Christina Hultmark

REKLAMATION vid kontraktsbrott

Juristförlaget

Juridikbok.se

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

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

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

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

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

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f4296

Christina Hultmark



REKLAMATION VID KONTRAKTSBROTT

Christina Hultmark

REKLAMATION VID KONTRAKTSBROTT

Juristförlaget

Juristförlaget ingår i Norstedts Juridik AB

Adress till förlaget:
Norstedts Juridik AB, Box 6472, 113 82 Stockholm
Fax 08-690 90 70, telefon 08-690 91 00

Beställningar:
Norstedts Juridik AB, Kundtjänst, Box 6454, 113 82 Stockholm
Fax 08-690 90 30, telefon 08-690 96 96

Reklamation vid kontraktsbrott
Christina Hultmark
Upplaga 1:1
ISBN 91- 39-200037-X
© 1996 författaren och Norstedts Juridik AB

Sättning och tryck: Norstedts tryckeri, Stockholm 1996
Omslag: Pontus Castenfors

Att mångfaldiga innehållet i denna bok, helt eller delvis, utan medgivande av Norstedts Juridik AB, är förbjudet enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära verk. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande, såsom tryckning, kopiering, bandinspelning etc.

FÖRORD

Det problem som denna framställning behandlar är teoretiskt intressant och av stor praktisk betydelse. Undersökningen skulle i och för sig kunna föranleda två böcker om samma ämne, en riktad till rättsvetenskapsmannen och en annan riktad mot rättstillämparen. Jag har emellertid valt att rikta boken till bägge läsarkategorierna. Det samspel som råder mellan praktik och teori kräver nödvändigtvis att dessa båda sidor redovisas. Min ambition har varit att finna en balans mellan förenkling och problembeskrivning som kan tillfredsställa många olika typer av läsare.

Det har varit mycket värdefullt för mig att under arbetets olika skeden kunna diskutera olika problem med mina kollegor vid Handelshögskolorna i Göteborg och Stockholm samt vid universiteten i Stockholm och Köpenhamn. Jag vill uttrycka ett varmt tack till alla dem som bidragit med goda råd och intressanta synpunkter. Dem jag särskilt vill nämna är professorerna Mads Bryde Andersen, Lars Gorton, Kurt Grönfors, Jan Kleineman, Jan Ramberg, Jan Sandström och Dennis Töllborg.

Jag vill också tacka Eva Gunne som hjälpt mig med sammanställningen av litteraturförteckningen.

Jag har tacksamt mottagit generösa bidrag av Adelbertska forskningsfonden, som finansierat en studieresa till Max Planck Institut für Ausländisches Recht i Hamburg, samt tryckningsbidrag av Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning.

Göteborg i september 1996
Christina Hultmark

INNEHÅLL

Förord 5
Innehållsförteckning 7
Förkortningar 11

1. Inledning 13
1.1 Presentation av ämnet 13
1.2 Syfte och avgränsningar 14
1.3 Metod 17

2. Reklamationsinstitutets funktioner 27
2.1 Inledning 27
2.2 Skadebegränsningsargumentet 27
2.3 Bevissäkringsargumentet 30
2.4 Spekulationsargumentet 33
2.5 Undvikande av haltande rättsförhållanden 35
2.6 Godkännandekonstruktionen 35
2.7 Reklamation som lojalitetsförpliktelse 40
2.8 Reklamation i förhållande till undersökningsplikten före köpet 41
2.9 Konfliktbegränsningsargumentet 42
2.10 Reklamation som motvikt till strängt ansvar 43
2.11 Konsumenträttsliga aspekter 44
2.12 Reklamation i förhållande till preskription 45
2.13 Rättsekonomiska aspekter 49
2.14 Sammanfattning 50

3. Reklamationsfristens längd efter det att kontraktsbrott faktiskt upptäckts 51
3.1 Inledning 51
3.2 Från när räknas reklamationsfristen? 51
3.3 Hur lång tid är "skälig tid"? 58
3.4 Hävningsreklamation och annan specialreklamation 65
3.5 Sammanfattning 71

4. Reklamation beträffande kontraktsbrott som man borde ha känt till – undersökningsplikten 73
4.1 Inledning 73
4.2 Undersökningspliktens historiska utveckling 73
4.3 Undersökningspliktens omfattning 76
4.3.1 Avtalstyp 77
4.3.2 Kontraktsbrott 87
4.3.3 Parternas beteenden 93
4.3.4 Parternas sakkunskap 96
4.4 När skall undersökningen påbörjas? 102
4.5 Sammanfattning 107

5. Krav på reklamationens innehåll och form 109
5.1 Inledning 109
5.2 Precisering av kontraktsbrottet 109
5.3 På vems risk sänds reklamationen? 116
5.4 Formkrav 119
5.5 Vem skall framföra reklamationen? 119
5.6 Val av påföljd – specialreklamation 121
5.7 Sammanfattning 124

6. Omständigheter på den kontraktsbrytande partens sida 127
6.1 Betydelsen av att den kontraktsbrytande parten handlat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder 130
6.1.1 Köp 127
6.1.2 En allmän princip om betydelsen av klandervärt beteende 130
6.2 Betydelsen av att den kontraktsbrytande parten är medveten om kontraktsbrottet 135
6.3 God tro (den kontraktsbrytande parten uppfattar att motparten accepterat prestationen som avtalsenlig) 136
6.4 Sammanfattning 139

7. Rättsverkningar av försummad reklamation 141
7.1 Inledning 141
7.2 Exempel på situationer där rättsverkan av försummad reklamation är oviss 142
7.3 Rättsverkningarna utanför lagreglerat område 145
7.3.1 Analogier 147
7.3.2 Rättspraxis 153
7.3.3 Doktrin 154
7.3.4 Ratio legis 155
7.3.6 Slutsats om rättsverkningar av försummad reklamation utanför det lagreglerade området 162

8. Tolkning av reklamationsklausuler i avtal 165
8.1 Inledning 165
8.2 Reklamationsföreskrifter i fakturor 170
8.3 I gränslandet mellan kontraktsbrott och avtalad prisjustering 170
8.4 Skriftlighetskrav och krav på visst innehåll 171
8.5 Reklamationsskyldigheten påverkas av garantiåtaganden 176
8.6 Oskäliga reklamationsklausuler 178

9. Invändning om att reklamationsskyldigheten försummats 179

10. Rättsverkningar av rättidig reklamation 183
10.1 Effekten av rättidig reklamation 183
10.2 Betydelsen av att viss påföljd angivits i reklamationen 184

11. A comparative analysis 185
11.1 Introduction 185
11.2 Aspects de lege ferenda 186
11.3 The concept of abandonment and the concept of mitigation in different legal systems 187
11.4 Loss of the right to terminate the contract (rescission) 189
11.5 Damages to the party in breach for loss caused by the late notice 190
11.6 Examination of the performance 191
11.7 When shall notice be given? 192
11.8 Form and content of the notice 194
11.9 The impact of the behaviour of the party in breach 196
11.10 Final remarks 196

12. Sammanfattning och slutsatser 199
12.1 Inledning 199
12.2 Synpunkter de lege ferenda 200
12.3 Slutsatser de lege lata 203
12.4 Avtalsskrivarens perspektiv 205
12.5 Reklamationsinstitutets handlingsdirigerande funktioner 207

Rättsfallsregister 209
Litteraturförteckning 212
Sakregister 218

FÖRKORTNINGAR

AB 92	Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationssentreprenader
ABK 87	Allmänna bestämmelser för konsultuppdrag inom arkitekt- och ingenjörsverksamhet av år 1987
ABS 95	Allmänna bestämmelser för småhusentreprenader, där enskild köpare är konsument
AC	Appeal Cases
AJCL	American Journal of Comparative Law
AD	Arbetsdomstolens domar
ALOS 81	Allmänna bestämmelser av år 1981 för leverans av gods (utan montage) till den offentliga sektorn
A.L.R	American Law Reports, Annotated
App. Cas	Appeal Cases
ARN	Allmänna reklamationsnämnden
BGB	Büregerliches Gestezbuch (Tyskland)
CISG	1908 års UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods
E.R.	English Reports
European Principles	Principles of European Contract Law, Commission on European Contract Law (version agreed by Commission May 1996, Stockholm)
F. 2d	Federal Reporter, Second Series
FJFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
F. Supp	Federal Supplement
H	Højesteret (Danmark)
HD	Högsta domstolen
HBG	Handelsgestezbuch (Tyskland)
ICC	International Chamber of Commerce
JBL	Journal of Business Law
JT	Juridisk Tidskrift
MD	Marknadsdomstolens domar
Montage 85	Allmänna bestämmelser av år 1985 för leverans

	innefattande montage av gods till den ofentliga sektorn
ND	Nordiske Domme i Sjøfarsanliggender
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv avdelning I
NJA II	Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning II
NL 92	Allmänna leveransbestämmelser för leveranser av maskiner samt annan mekanisk, elektrisk och elektronisk utrustning inom och mellan Danmark, Finland, Norge och Sverige
NLM 94	Allmänna bestämmelser för leverans och montage av maskiner samt annan mekanisk, elektrisk och elektronisk utrustning inom och mellan Danmark, Finland, Norge och Sverige
NRt	Norsk retstidende
NU	Nordisk utredningsserie
Prop	Proposition
SH	Sø- og Handelsretten (Danmark)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJt	Svensk Juristtidning
TSA	Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund
TfR	Tidskrift for rettsvitenskap
ULIS	Uniform Law on International Sale of Goods, The Hague 1964
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
Unidroit	International Institute for the Unification of Private Law
UCC	Uniform Commercial Code (USA)
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
V	Vestre Landsret (Danmark)
Ø	Østre Landsret (Danmark)

1. INLEDNING

1.1 Presentation av ämnet

I avtalsrelationer är det viktigt att försöka begränsa en konflikt så att den inte onödigtvis förvärras. Man bör inte göra sig skyldig till kontraktsbrott, men om ett kontraktsbrott nu ändå är begånget, så är det viktigt att den drabbade parten agerar på ett sätt som kan bidra till att intressekonflikten blir löst på ett konstruktivt sätt. Regler om reklamation är avsedda att bidra till en sådan konstruktiv lösning.

Reklamationsinstitutets funktion är att verka handlingsdirigerande, så att parter i allmänhet agerar så att skadeverkningarna av en uppkommen konflikt begränsas genom att konflikten snabbt avvecklas och de totala kostnaderna minskas.

Reklamationsskyldighet med anledning av kontraktsbrott är en skyldighet i ett avtalsförhållande (in contractu) och den närmare innebörden i reklamationsskyldigheten finner man i första hand genom en tolkning av avtalet. Reklamationsskyldigheten är emellertid en biförpliktelse och det är alltså inte i första hand den som blir föremål för individuellt förhandlade villkor i ett avtal. Inte ens i de fall reklamationsskyldigheten reglerats särskilt i avtalet brukar den vara särskilt preciserad eller konkret. Vid ett studium av de lagregleringar som finns av reklamationsskyldigheten är det lätt att glömma bort att den är en avtalsförpliktelse som i första hand skall bedömas med stöd av avtalstolkning. Precis som är fallet vid avtalstolkning av parternas huvudförpliktelser finns det hjälpmedel av olika slag att ta till när det inte framgår uttryckligen av avtalet hur reklamationsskyldigheten gestaltar sig. Det är detta som studien främst kommer att behandla.[1] Man kan säga att passiviteten – underlåtenheten att reklamera – är ett uttryck för den passives vilja (att godkänna kontraktsbrottet). Man kan å andra sidan beakta hur motparten haft anledning att uppfatta passiviteten (tillitsteorin). I takt med att synen på avtalets innehåll har kommit att allt mer objektiveras, framstår dessa synsätt som föråldrade. Istället kan det vara

[1]Indelningen i huvud- respektive biförpliktelse är en indelning som pedagogiskt sett illustrerar de villkor som parterna ofta löser explicit till skillnad från andra villkor som avtalet ofta måste utfyllas med. Men bara för att det ger en god bild, bör man inte förledas att dra några slutsatser av denna indelning. I båda fallen är det fråga om att tolka avtalet. Beträffande huvudförpliktelsen finns ofta skriftligt material att grunda avtalstolkningen på, under det att biförpliktelsernas närmare innehåll får tolkas fram med hjälp av t ex handelsbruk, partsbruk och dispositiv lag. Men det får inte förglömmas att det både beträffande huvud- och biförpliktelsen handlar om avtalstolkning.

givande att studera reklamationsskyldighetens omfattning utifrån de funktioner som reklamationen är avsedd att fylla. Även detta är en form av avtalstolkning, men inte subjektiv utan objektiv.

Reklamationsinstitutet är förvånansvärt lite behandlat i svensk litteratur. Detta kan ge ett intryck av att reklamation inte ger upphov till särskilt komplicerade frågor. Men bakom en avtalsparts skyldighet att reklamera kontraktsbrott (som ju i förstone kan förefalla både självklar och okomplicerad) döljer sig samma grad av komplexitet som bakom det till synes okomplicerade påståendet att en part skall lämna avtalsenlig prestation. Det som gör det möjligt att inom en så begränsad framställning som denna ändå ge en tämligen heltäckande bild av reklamationsinstitutet, är att det är en mer homogen företeelse än kontraktuella huvudförpliktelser. Men samma typ av frågeställningar infinner sig: Vad har parterna avtalat? Hur gestaltar sig avtalsförpliktelsen? Vad händer om ena parten beter sig klandervärt och vilka beteenden är klandervärda? Hur ser sanktionssidan ut? Vad gäller utanför lagreglerat område? Vilka faktorer är relevanta vid en skälighetsbedömning? Osv.

Reklamation har beskrivits som en rättsbevarande åtgärd och därmed kan man få intrycket av att det skulle vara fråga om en åtgärd av eget slag som ligger vid sidan av eller utanför själva avtalet.[2] Det är emellertid viktigt att poängtera att reklamation med anledning av kontraktsbrott är en avtalsförpliktelse, vars närmare innebörd man kan fastställa först genom en tolkning av avtalet. Detta utesluter inte att begreppet "rättsbevarande åtgärd" kan vara illustrativt för att t ex peka på att verksam reklamation kan företas av omyndig.[3]

1.2 Syfte och avgränsningar

Beskrivning av olika reklamationsreglers närmare innebörd

I lagar, standardavtal och individuellt utformade avtal finns ofta regler som innebär att man är skyldig att underrätta motparten om att det föreligger kontraktsbrott.[4] *När* en sådan reklamation skall ske och *hur* den skall ske varierar. Även *följderna* av att man underlåter att reklamera eller reklamerar för sent varierar. Syftet med denna studie är att redogöra för hur olika

[2]Arnholm, Privatrett I, s 314; Vahlén, Avtal och tolkning, s 13.
[3]Adlercreutz, Avtalsrätt I, s 115.
[4]Def reklamation: En rättsbevarande akt som sker därför att man vill vidmakthålla ett anspråk som är grundat på en avvikelse från ett avtal. (Cervin, Om passivitet, s 20; Grundtvig, s VIn ; Federspiel, s 192).

reklamationsregler utformats i olika lagar och i vanligt förekommande standardavtal samt att dra upp riktlinjer för tolkning av ofullständiga och oklara reklamationsbestämmelser. I samband med reklamationsregler förekommer ofta vaga uttryck (som t ex "skälig tid"). Denna studie syftar till att utreda vilka moment som ingår i en bedömning av dylika vaga uttryck.

Identifiering av en allmän princip om reklamation

Mot bakgrund av att det inte har ansetts möjligt att uppställa allomfattande uttryckliga reklamationsregler,[5] syftar studien dessutom till att analysera om det finns möjlighet att identifiera en allmän princip om reklamationsskyldighet och hur den gestaltar sig.

Systematiseringsbehov

På grund av att rättsverkningarna av försummad reklamation varierar starkt mellan olika avtalstyper blir en systematisering av särskilt värde. Ett studium av reklamationsreglernas olika utformning i lagar och avtalsklausuler ger ett tvärsnitt av ett visst problem över en rad avtalstyper, vilket ger insikter i hur hela den speciella och allmänna avtalsrätten samverkar och en modell för hur andra typer av avtalsrättsliga problem kan behandlas. Avsikten är att undersöka om de olika reklamationsreglerna bygger på ett konsekvent och samstämmigt synsätt som ger uttryck för en allmän reklamationsprincip.

Tolkning av reklamationsklausuler

Behovet av en analys av reklamationsskyldigheten har ökat i och med att den köprättsliga preskriptionstiden förlängts från ett till två år. Frågan om reklamation skett i riktig ordning aktualiseras oftare nu än när preskriptionstiden endast var ett år. Vid tvister i samband med kontraktsbrott är det vanligt att den kontraktsbrytande parten hävdar att reklamation skett för sent eller på fel sätt. Förutom att klargöra vad som gäller enligt dispositiv rätt för olika avtalstyper är syftet med studien att undersöka hur olika reklamationsklausuler i kontrakt skall tolkas.

[5]Man har överlåtit åt praxis att utarbeta situationer där reklamationsskyldighet skall föreligga. Se Arnholm, Privatrett I, s 318.

Avgränsning mot passivitet in contrahendo

Studien behandlar endast reklamationsskyldighet in contractu – dvs i ett existerande avtalsförhållande. Avtalsbundenhet på grund av passivitet vid avtalsförhandlingar (in contrahendo) behandlas alltså inte i denna studie. Reklamation har uppmärksammats i doktrin främst som ett delproblem under rubriken "Passivitet", varvid passivitet in contrahendo och passivitet in contractu behandlats gemensamt.[6] När man betraktar reklamationsskyldigheten i samband med kontraktsbrott som en avtalsförpliktelse som skall bli föremål för avtalstolkning framkommer det olyckliga med att sammanblanda passivitet in contrahendo med passivitet in contractu, eftersom avtalstolkning in contrahendo inte kan bli aktuellt. Dessutom ser intressekonflikten annorlunda ut vid passivitet in contrahendo jämfört med passivitet in contractu. Utom- och inomkontraktuell passivitet är besläktade men ändå fundamentalt olika. Passivitet har traditionellt behandlats som en helhet. Det finns skäl att göra en mer isolerad studie av reklamationsskyldigheten i samband med kontraktsbrott. Skyldigheten att reklamera är en passivitetsregel så till vida att passiviteten, dvs underlåtenheten att reklamera, kan medföra vissa rättsverkningar. De i not 6 nämnda författarna behandlade huvudsakligen passivitet som ett moment för avtalsbundenhet, men drog dessutom slutsatser beträffande passivitet med anledning av kontraktsbrott. Områdena har visserligen vissa likheter, men med följande illustration vill jag inledningsvis påvisa att skillnaderna är större än vad man kanske i förstone föreställer sig.

Vid sekelskiftet var man i Sverige starkt påverkad av viljedogmen, dvs att rättshandlingars giltighet var beroende av den rättshandlandes vilja. Avtalsbundenhet på grund av passivitet var därför en logisk omöjlighet. Detta synsätt överfördes på reklamationsinstitutet. Man kunde inte förklara varför en utebliven reklamation skulle medföra rättsverkningar med hjälp av viljedogmen. Därför utformades reklamationsregeln i köplagen som en "direktregel" och man försökte inte på något sätt ta fasta på motpartens tillit, dvs i vilken utsträckning den kontraktsbrytande parten haft befogad anledning att uppfatta den drabbade partens passivitet som ett godkännande. Tillitsprincipen vann insteg först senare i svensk rätt. Som kontrast till den svenska regleringen kan ställas anglo-amerikansk rätt där frågorna om avtalsbundenhet utgår från en *gemensam* partsvilja. Då är det fullkomligt främmande att överhuvudtaget försöka dra en parallell med passivitet vid avtals ingående och vad som skall gälla om passivitet vid kontraktsbrott. I anglo-amerikansk rätt är utgångspunkten helt klart den

[6]Vid sekelskiftet fördjupade sig Grundtvig och Federspiel i saken. På trettiotalet undersöktes problemet av Arnholm och Knoph och på sextiotalet behandlade Karlgren och Cervin ämnet.

att passivitet från den drabbades sida endast får rättsverkningar om den givit upphov till en befogad föreställning hos den kontraktsbrytande parten om att den drabbade parten godkänt prestationen. Detta exempel visar att det finns anledning att betrakta frågan om reklamation på grund av kontraktsbrott skild från frågan om passivitet i samband med avtalsbundenhet.

Avgränsning mot sakrätt och andra meddelanden än reklamation

Studien begränsar sig till reklamation på grund av kontraktsbrott och behandlar alltså inte ansvaret för andra typer av meddelanden – även om vissa jämförelser sker när det kan vara av intresse. Meddelanden kan ha sakrättslig betydelse, vilket inte behandlas i studien.

1.3 Metod

Ratio legis

När man studerar en regel i civilrätten är det naturligt att noga klargöra regelns ratio legis, det vill säga vilka intressen regeln är avsedd att tillvarata. Det är då möjligt att med större säkerhet uttala sig om hur oklara lagregler och avtalsbestämmelser skall tolkas. Klarhet om ratio legis är vidare nödvändigt för att bedöma om det föreligger en icke lagfäst allmän rättsgrundsats.[7] När en lagregel är klar och entydig får ratio legis ingen direkt betydelse, även om det i ett vidare perspektiv naturligtvis alltid är en fördel att förstå regelns funktion och sammanhang.

Reklamationsreglernas funktion är att lösa en intressekonflikt mellan den kontraktsbrytande parten och den part som drabbas av ett kontraktsbrott. Det finns många skäl som talar för att den part som drabbas av ett kontraktsbrott skall vara skyldig att snabbt meddela den kontraktsbrytande parten om kontraktsbrottet. Framför allt kommer det att visa sig att den kontraktsbrytande parten kan ha en befogad anledning att i vissa fall tolka den drabbade partens tystnad som ett godkännande av prestationen. Detta leder till att man i många fall skall tolka regler om reklamation mot bak-

[7]Knoph pekar på hur föränderliga passivitetsreglerna är, eftersom de samspelar så tätt med de etiska och sociala förhållandena i samhället (Rettslige standarder, s 247 f). "It is not helpful to say that a contract is a series of consequences the law attaches to the parties' conduct if one cannot explain why the law does so." (Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, s 201.) Se även P H Lindblom, Studier i processrätt, s 24 f. Rodhe anser, a propos analogier, att de rättspolitiska synpunkter som ligger till grund för en viss avtalstyp ofta gör sig gällande för flera avtalstyper (Lärobok i obligationsrätt, s 1). Se även Sundberg, Fel i lejt gods, s 266; Ross, Om ret og retfærdighed, s 176).

grund av om den kontraktsbrytande parten haft anledning att uppfatta passiviteten som ett godkännande. Man betraktar alltså problemet utifrån hur den kontraktsbrytande parten uppfattat situationen. Men å andra sidan är reglerna konstruerade utifrån ett motsatt perspektiv, nämligen med hänsyn till hur den drabbade parten skall handla. Mottagaren av en prestation skall t ex undersöka avtalsobjektet så snart han eller hon får praktisk möjlighet och vissa typer av förhinder, som t ex sjukdom, är ibland förmildrande trots att detta är omständigheter som är okända för den kontraktsbrytande parten. Detta dubbelperspektiv på reglerna komplicerar bilden och fram träder en reklamationsskyldighet som inte kan förklaras och tillämpas på ett enkelt sätt. Ju mer ingående man studerar de bakomliggande skälen för reklamationsskyldigheten, desto mer mångfacetterad blir problematiken.

Ratio legis som argument

Inom avtalsrätten är juridiken mer en fråga om argumentationskonst än ett objektivt fastställande av gällande rätt. Och vilka argument som är relevanta avgörs lämpligast mot bakgrund av dessas styrka ur ändamålssynpunkt. Visserligen kan man argumentera de lege ferenda genom att först fastställa rättsläget de lege lata och därefter ta avstånd från det eller ansluta sig. Men denna tvåstegsmodell är teoretisk (eller pedagogisk) till sin karaktär. I praktiken sammanflyter ofta de lege lata och de lege ferenda. Parter och deras ombud försöker att argumentera för sin sak och det kan i praktiken bli nödvändigt att argumentera inför domaren. Domaren är mottaglig för ändamålsargument.[8] Det är ju t ex ytterst sällan så att domaren säger att han tillämpar ett visst lagrum, trots att det inte leder till ett ändamålsenligt resultat i det enskilda fallet. Åtminstone inom avtalsrätten är regleringarna så tänjbara att de ofta låter sig anpassas till ändamålsenlighet – under den viktiga förutsättningen att parterna i tvisten framför denna typ av argument.

Det finns tre anledningar till varför jag vill lyfta fram ratio legis:

1. För det första vill jag tillhandahålla argument till ombud i tvister (eller avtalsskrivare). Advokatens roll som utvecklare av rätten bör icke förringas. Om advokaten lyfter fram argument av ändamålskaraktär, så lockar han indirekt domaren att ta ställning och göra ändamålsöverväganden. Traditionellt sett har nog svenska advokater sällan framfört denna typ av argu-

[8] Se tex Lind, Rättsfallsanalyser – recension eller analys?, JT 1995-96 s 232 ff.

ment utan istället enbart lutat sig mot rättskällor i den trånga bemärkelsen (dvs argument av typen: "Det står i § 4 att jag har rätt." Istället föra att säga: "Det är samhälleligt sett ändamålsenligt att min ståndpunkt vinner, vilket också § 4 ger uttryck för.") Genom att inte framföra ändamålsargument väcks inte domarens intresse och därmed blir inte denna sida av saken belyst och övervägd. Man kunde tro att domaren självmant, enligt principen om jura novit curia, skulle göra en sådan bedömning. Det sker ibland, men i praktiken är det nog oftast så att domaren är mer passiv i detta avseende och istället låter parterna "argue the case".[9] Därför är det av stor betydelse ur rättsteoretisk synvinkel hur advokaten spelar sin roll. Om advokater i större utsträckning argumenterade utifrån ändamålsöverväganden, skulle innehållet i domarna förändras och detta i sin tur påverka den rättsvetenskapliga metoden. Cirkeln sluts och en fruktbar symbios växer fram när det är rättsvetenskapsmännen som tillhandahåller en del av argumenten åt advokaten.[10]

2. För det andra vill jag underlätta för den domare som skall bedöma argumentens relevans genom att tillhandahålla en utredning som är objektiv så till vida att den är frikopplad från det enskilda fallet. Därmed är inte sagt att denna studie är helt objektiv. Det kan den aldrig vara eftersom slutsatserna baseras på en analys av vilka olika hänsyn som bör väga tyngst i olika sammanhang. Detta hindrar emellertid inte att både domaren och rättsvetenskapsmannen kan *sträva* efter objektivitet. Behovet av objektivitet blir särskilt framträdande när ett område präglas av "jämkningsjuridik" istället för "allt-eller-inget-juridik" (se s 24), eftersom domarens skön då ofta blir av större vikt.

3. Sist, men inte minst, är det min förhoppning att lagstiftaren kan få viss nytta av att ratio legis bakom reklamationsinstitutet uppmärksammas, så att en synkronisering kan ske för olika avtalstyper till undvikande av onödig fragmentarisering av civilrätten.

Ratio legis i förhållande till handelsbruk

På vissa rättsområden framträder ratio legis tydligt. Beträffande reklamation är ratio legis emellertid oklar och mångfacetterad. Till den del av avtalsrätten som syftat till att kodifiera handelsbruk är det ologiskt att

[9]Kleineman, Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla, JT 1994-95 s 621, s 627 och 645; Töllborg, Några reflektioner rörande relationen vetenskap/praktik inom juridiken, JT 1995-96 s 354, på s 362 f.

[10]Ett exempel på sådan rättsutveckling utgör modellen för avtalstolkning, där HD tydligt i och med NJA 1990 s 24 angripit problemen på ett nytt sätt. En förutsättning var att ombuden argumenterade med ny terminologi (se Ramberg, Avtalstolkningsmodeller, JT 1990-91 s 76).

anknyta till *lagstiftarens* ändamål och syften med lagregleringen. Istället får man försöka finna ratio legis bakom handelsbruket. Det sker genom att studera vilken funktion handelsbruket är ägnat att fylla. Även om handelsbruket i vissa fall kan ge intryck av att vara ologiskt, ineffektivt och oskäligt, visar det sig vid ett närmare studium många gånger vara ändamålsenligt.

I enlighet med ett liberalt marknadsekonomiskt betraktelsesätt borde marknaden genom handelsbruk utveckla ändamålsenliga reklamationsregler. Om man mot bakgrund av en studie av de olika syften som reklamationsinstitutet är avsett att tillvarata kommer fram till en annan lösning än den som utvecklats genom handelsbruk, bör man vara försiktig med att slå fast att den teoretiskt sett förnuftiga lösningen är den bästa.[11] Problemet är, som alltid, att med säkerhet fastställa handelsbrukets innehåll. Domar ger ingen bra vägledning, eftersom de till stor del baseras på domarförnuft. Det "sanna" handelsbruket återfinns i de vardagliga transaktionerna. Det är knappast möjligt att göra en fristående empirisk undersökning av hur handelsbruk gestaltar sig. Eftersom det inte går att bilda sig en verklig uppfattning om hur det skulle gestalta sig utan att låta sig påverkas av dispositiv rätt, måste man i slutänden fästa stor vikt vid de bakomliggande funktionerna med reklamationsinstitutet.

Ratio legis i förhållande till utländsk rätt

Skillnaderna mellan svensk och utländska rättsordningars civilrätt kan i förstone förefalla vara mest av teknisk art, men de tekniska olikheterna kan ge uttryck för olika synsätt. Även om olika systematik kan leda till samma resultat är det likväl av intresse att jämföra den utländska systematiken med den svenska. Därigenom får man nya infallsvinklar och en tydligare bild av regelns funktioner. I detta syfte kommer jag i denna studie att – utöver dansk och norsk rätt – uppmärksamma anglo-amerikansk rätt och även tysk rätt samt översiktligt fransk och italiensk rätt.[12]

Särskilt viktigt är att uppmärksamma hur regleringarna skiljer sig åt i olika länder med avseende på reklamationens rättsverkningar (sanktionssidan). Enligt köplagen innebär försummad reklamation att köparen är förhindrad att göra felet gällande. I anglo-amerikansk rätt är huvudregeln att

[11]Se angående oskäligt handelsbruk Ramberg, Köplagen, s 160 ff.

[12]Det finns flera anledningar till varför finsk rätt inte uppmärksammas särskilt. Dels saknade man en motsvarighet till 1905 års köplag i Finland, dels finns en stor del av den moderna juridiska debatten endast tillgänglig på finska språket (som jag inte behärskar) och därför är det inte möjligt att bilda sig en fullständig bild av hur reklamationsinstitutet gestaltar sig i Finland. För närvarande pågår ett arbete med en doktorsavhandling om reklamation vid Helsingfors universitet (av J Bärnlund) och därmed kommer det finska reklamationsinstiutet att inom kort bli belyst.

passivitet i samband med kontraktsbrott innebär att den drabbades rätt att häva faller bort men att hans rätt till ersättning kvarstår. Först om passiviteten kan anses som ett godkännande, bortfaller all möjlighet att göra gällande kontraktsbrottet. I svensk rätt är rättsverkningarna av utebliven reklamation utanför det lagreglerade området osäkra. Ett av syftena med denna studie är att utreda vilka rättsverkningar som är ägnade att tillvarata ratio legis och mot denna bakgrund dra en slutsats om vilka rättsverkningar försummad reklamation får på de områden där uttryckliga lagregler saknas. En jämförelse med hur rättsverkningarna gestaltar sig i andra länder kan visserligen inte läggas direkt till grund för en tillämpning av svensk rätt men ändå få ett betydande argumentationsvärde.

Även mot bakgrund av den svenska rättens internationalisering är det viktigt att förstå hur de svenska reklamationsreglerna förhåller sig till motsvarande regler i andra rättsordningar.

Förhållandet till rättshistorien

Det rättshistoriska perspektivet är också av intresse eftersom man därigenom eventuellt kan skönja en utvecklingslinje. Om en förändring skett kan detta ge ytterligare underlag för att fastställa ratio legis. Även det historiska perspektivet – liksom en komparativ rättslig undersökning – kan visa att resultaten blir identiska trots olika systematiska utgångspunkter.[13]

Vad ger ratio legis svar på?

Reklamationsinstitutet är särskilt lämpligt för historiska och internationella jämförelser. Reklamationsreglerna i de studerade rättssystemen har i princip samma ursprung och fyller samma funktioner, men de har trots detta utvecklats helt olika både med avseende på krav på rättidig reklamation (rekvisitsidan) och rättsföljd av försummad reklamation (sanktionssidan). Det är då viktigt att noga skilja på skälen för att införa en regel och vilka rekvisit regeln är uppbyggd av. Som exempel kan ges att ett av ratio legis bakom reklamationsreglerna är att tid typiskt sett ofta medför en intresseförskjutning. Detta innebär dock inte att det alltid är ett nödvändigt rekvisit för reklamationsskyldighet att en intresseförskjutning faktiskt inträffat i det enskilda fallet. Ändamålen bakom reklamationsregeln ger oss

[13]"these changes... affected the way that the rules were explained, not the way in which they were applied." Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, s 151.

alltså inte rekvisiten, men är av största vikt för *förståelsen* av regeln och för *tolkningen* av regelns rekvisit.

Betydelsen av rättsfall

Rättsfall utgör en viktig bas för framställningen. De tjänar dels som en illustration av förekommande problem, dels som en rättskälla för att t ex konkretisera begrepp som "skälig tid" och ge vägledning om vad som gäller utanför det direkt lagreglerade området. På grund av den utveckling som skett av nya kommunikationsmedel och tekniska undersökningsmetoder kan det emellertid uppstå tvekan om tidsfrister fastslagna i äldre rättsfall fortfarande bör vara vägledande, men de kan likväl vara av värde för att åskådliggöra *metoder* för att fastställa tidsfrister, undersökningsplikt m m.

Rigor commercialis

Rigor commercialis är enkla, lättillämpade och hårda regler, som i det enskilda fallet kan upplevas som "orättvisa", men som ändå förtjänar att upprätthållas eftersom de totalt sett medför en önskvärd effektivitet och klarhet.[14] Men det förutsätter att näringslivet också i praktiken upprätthåller rigor commercialis och att det allmänt sett råder konsensus om att de tuffa spelreglerna gäller (att de är "part of the game"). Utan att ha genomfört en empirisk studie av hur man beter sig i näringslivet vågar jag med bestämdhet påstå att kontraktsbrott i praktiken ofta regleras även om reklamationsskyldigheten försummats. Åtminstone torde det vara det vanliga innan en jurist konsulterats. Detta är en anledning att inte tillämpa en princip om rigor commercialis i samband med försummad reklamation. Men även rent allmänt är det möjligt att principen om rigor commercialis håller på att förlora terräng till förmån för vad som är en rimlig ansvarsfördelning i det enskilda fallet med beaktande av en mängd olika omständigheter.[15]

[14]Hellner, Ersättning till tredje man vid sak- och personskada, SvJT 1969 s 332 på s 336 f; Kommersiell avtalsrätt, kap 1.3.

[15]Man har kallat det "soft law" i kontrast till "hard law" (men dessa begrepp kan det finnas anledning att begagna med försiktighet eftersom de används också i andra sammanhang, t ex inom folkrätten och rättskälleläran).

Handlingsdirigerande och ansvarsfördelande normer

Normer skall dels utgöra preventivt verkande handlingsdirektiv, dels fungera som en rimlig fördelning av ansvar i händelse av konflikt. Man kan alltså se hur normer dels är preventivt verkande, dels är retroaktivt verkande. Att en norm är effektiv i det ena av dessa båda avseenden, kan kompensera att den är mindre effektiv i det andra hänseendet. Så länge som allt-eller-inget-juridiken har ett värde ur preventiv synvinkel, kan man acceptera att den leder till hårda ("orättvisa") resultat i händelse av konflikt. Rigor commercialis har etablerats eftersom affärsmän behöver enkla och lättillämpade regler. Men om det inte är praktiskt möjligt för affärsmän att skaffa sig en klar bild av de handlingsdirektiv som normen preventivt ålägger honom, måste normernas retroaktiva verkningar modifieras.

Kommersiella normer bör vara funktionellt effektiva, dvs motsvara behovet av enkla och lättillämpade handlingsdirektiv (oljan i maskineriet). Om normerna blir alltför speciella och detaljerade mister de sin funktionella karaktär. Det må vara att en juridisk specialist på lokalhyra eller en annan specialist på remburser eller en tredje specialist på franschisingavtal är insatt i de komplicerade och speciella skyldigheter som hyresgästen, säljaren respektive franschisegivaren har i olika sammanhang, men den affärsman som normerna i sin egenskap av handlingsdirektiv riktar sig till är vanligtvis inte jurist och han är både hyrestagare, säljare och franschisegivare m m samtidigt. Detta illustrerar hur viktigt det är att handlingsdirigerande normer är enhetliga. Eljest går den handlingsdirigerande, preventiva funktionen förlorad. Då fyller normen endast en retroaktiv, konfliktlösande funktion.

Det är i och för sig möjligt att låta en norm enbart ha retroaktiv effekt (även om det förefaller slösaktigt att inte utnyttja den omständigheten att normen kan fylla två funktioner parallellt), men det påverkar hur normen bör sanktioneras. En norm bör sanktioneras strängt endast om man kan utgå ifrån att parter i allmänhet känner till handlingsdirektivet. Om så inte är fallet, bör sanktionen vara mer avvägd och motsvara en rimlig fördelning av ansvaret.

Om man betraktar ett visst fenomen isolerat är det ofta så att en sträng sanktion riktar uppmärksamheten mot den handlingsdirigerande normen. I ren självbevarelsedrift måste handlingsdirektivet åtlydas. Rigor commercialis befruktar i detta isolerade perspektiv sig själv. Men i praktiken är detta perspektiv verklighetsfrämmande mot bakgrund av att så många olika handlingsdirektiv gäller för olika – men snarlika – situationer. För affärsmannen drunknar handlingsdirektiven i varandra. Detta är en följd av civilrättens fragmentarisering.

Rigor commercialis och förutsebarhet

Man kan se en trend bort från rigor commercialis mot generalklausuler, skälighetsbedömningar och bredare spektrum av påföljder med en glidande skala av stränghet. Allt-eller-inget-juridiken förbyts till jämkningsjuridik (eller med en annan term: ett paternalistiskt system). Instinktivt tänker man sig att förutsebarheten blir lidande i ett paternalistiskt system. Det har betonats att man särskilt inom den kommersiella handeln värderar förutsebarheten så högt att man är beredd att tåla ett visst mått av "orättvist" hårda sanktioner. Men då måste man ta sig tid att närmare beskriva vari behovet av förutsebarhet består. Rimligen är det som i första hand efterfrågas av affärsmän klara och enkla handlingsdirektiv. Juristen efterfrågar i första hand en annan typ av förutsebarhet, nämligen en möjlighet att i det läge då en tvist uppkommit kunna förutse vem av parterna som har rätt till vad. Så som läget ser ut idag har juristen – till skillnad från affärsmannen – anledning att vara förhållandevis nöjd, åtminstone om tvisten rör sig inom ramen för hans specialistkompetens. Men allmänt sett måste det rimligen vara mer effektivt om förutsebarheten kunde förläggas till ett tidigare stadium, så att affärsmannen kunde undvika tvisten genom att agera i enlighet med handlingsdirektivet.

Detta ställer krav på normer som är enhetliga och applicerbara på många avtalstyper. Sådana normer blir med nödvändighet generella till sin karaktär och därmed går ofta deras tydlighet och konkretion förlorad. Hur man än vänder sig har man svansen bak. Antingen blir handlingsdirektiven konkreta och fragmentariska eller också blir de generella och otydliga. Det är naturligtvis inte möjligt att renodla handelsrätten till endera av dessa modeller. Trenden går mot generella regler (som exempel kan ges prekontraktuellt ansvar, 36 § avtalslagen, viktig grund i handelsagentlagen, jämkningsregeln i 70 § köplagen m m). Det är viktigt att uppmärksamma denna principiella skillnad i normuppbyggnad, så att inte en konkret handlingsnorm kombineras med en skälighetssanktion eller, omvänt, en generell norm kombineras med en sträng påföljd.

Rigor commercialis minskade betydelse

Förklaringen till att rigor commercialis inte längre vinner så många anhängare kan ligga i att de nya avtalstyper som utvecklats under senare delen av 1900-talet i stor omfattning bygger på förtroende och långsiktigt samarbete mellan avtalsparterna. Tidigare menade man med handel framför allt momentana köp av varor som var ersättningsbara och utsatta för starka prisfluktuationer. Sådana köp är vanliga än idag, men vid sidan av

dem har man andra typer av avtalssituationer som i hög grad bygger på ömsesidighet och där en regel om rigor commercialis i praktiken inte upprätthålls. Trenden mot lojalitetsplikter och bestämmelser om "good faith" är också symptom på denna utveckling.

Detta finns all anledning att beakta vid en analys av reklamationsinstitutet. Som det kommer att visa sig är det fragmentariskt reglerat i lagar och avtal. Det ligger ett tydligt, generellt handlingsdirektiv i regleringarna: "Var lojal, informera din avtalspart om att du inte är nöjd!" Hur denna skyldighet skall iakttas mer i detalj varierar, liksom rättsverkningarna av att dessa detaljer inte iakttagits. I denna studie kommer samspelet mellan generella och detaljerade handlingsdirektiv att belysas med särskild betoning på hur rättsverkningarna samspelar med den handlingsdirigerande funktionen.

Avslutning

Olika ämnen lämpar sig för olika angreppssätt. Om många uttryckt olika uppfattningar och diskussionen varit svåröverskådlig, är det en viktig uppgift att försöka förenkla och förklara. När uppgiften består i att förenkla och förklara blir studien i huvudsak deskriptiv och nyhetsvärdet begränsas till sammanställandet av relevant material. Om problemområdet däremot inte varit föremål för någon ingående debatt eller kritisk granskning, gäller det istället att noggrant inventera alla möjliga infallsvinklar och ta ställning till uppkommande komplikationer. Denna studie är i första hand av den senare karaktären.

2. REKLAMATIONSINSTITUTETS FUNKTIONER

2.1 Inledning

Reklamationsinstitutet tillvaratar en mängd olika intressen. En utredning om de funktioner reklamationsreglerna tjänar är nödvändig dels för att bedöma om det föreligger en allmän rättsgrundsats om reklamation och dess rättsverkningar, dels för att tolka lagstadganden och avtalsklausuler som reglerar reklamation. Inget bakomliggande intresse är emellertid ensamt avgörande och det förefaller inte som om man i samband med införande av lagregler om reklamation i någon större omfattning gjort klart för sig varför reklamationsreglerna införts och vilka funktioner de är avsedda att fylla. Visserligen kan lagregler motiveras av att de är en kodifiering av handelsbruk, men det förefaller ovisst om man ens varit säker på hur handelsbruk gestaltat sig innan lagstiftning om reklamation infördes i olika lagar.

Redogörelsen för reklamationsreglernas olika funktioner sker inte för att ifrågasätta om det föreligger reklamationsskyldighet i svensk rätt (det är ju helt klart att det gör), utan det sker för att bana väg för den senare analysen av i *vilka situationer* och under *vilka förutsättningar* reklamationsskyldighet inträder samt vilka *rättsverkningar* försummad reklamation får.

2.2 Skadebegränsningsargumentet

En upplysning till den kontraktsbrytande parten om att kontraktsbrott föreligger, möjliggör för honom att vidta åtgärder som kan *minska skadeverkningarna* av kontraktsbrottet.[1] Den allmänna principen, att man är skyldig att i motpartens intresse minska skadeverkningarna av ett kontraktsbrott, är den rättsliga grunden till skadeståndsskyldighet med anledning av försummad reklamation.[2] När den passive varit medveten om kontraktsbrottet och trots detta dröjt med att reklamera, skulle en skadeståndsskyldighet kunna baseras på den allmänna culpa-grundsatsen. Att culpa i

[1] Ur prop 1989/90:77 s 45: "Från allmän synpunkt är det en fördel att en fastighetsköpare inte dröjer alltför länge med att reagera, när han inser att fastigheten är felaktig. Ett tidigt avhjälpande av ett fel kan många gånger begränsa skadeverkningarna av felet."

[2] Se allmänt härom Herre, Ersättningar i köprätten, kap 13.1-13.3.

kontraktsförhållanden medför skadeståndsansvar är allmänt vedertaget.[3] I detta sammanhang finns det ingen anledning att göra åtskillnad mellan skyldigheten att begränsa sin egen förlust respektive skyldigheten att begränsa motpartens förlust. Ändamålet är att minimera den totala gemensamma förlusten. Det sker direkt genom en begränsning av den egna förlusten och indirekt genom en medverkan till att begränsa motpartens förlust.

Exempel på skada som kan begränsas genom reklamation

En viktig funktion med reklamationsregler är att göra det möjligt för den kontraktsbrytande parten att *regressvis* föra anspråket vidare mot bakre led. Många transaktioner sker idag genom flera avtalsled och en huvudregel (med få undantag) är att man skall rikta anspråket mot sin egen avtalspart som därefter får slussa anspråket vidare till nästa avtalsled. Till slut sätter preskriptionsregler i lagar eller avtal stopp för möjligheten att föra anspråket vidare bakåt i avtalskedjan. Det är för de drabbade parterna naturligtvis angeläget att hinna så långt bak som möjligt med anspråket innan preskription inträder. En skyldighet att reklamera snabbt kan därför vara viktig. Det finns dock många fall där regressmöjligheten saknas, t ex på grund av att kontraktsbrottet inte kan hänföras till något bakre led eller på grund av att avtalsförhållandet med bakre led föreskriver ett mycket kortfristigt ansvar.

När för sen reklamation medför skadeståndsskyldighet, blir den part som reklamerar för sent tvungen att nedsätta sina anspråk mot den kontraktsbrytande parten med den skada denne lider på grund av att han är förhindrad att föra anspråket vidare. Ibland leder detta till att respektive anspråk jämkas till noll. Men om motparten *inte* skulle ha varit berättigad till full ersättning i det bakre avtalsledet, får den försenade reklamationen till följd att skadeståndet blir lägre.

Ju tydligare och innehållsrikare reklamationen är, desto större klarhet får den kontraktsbrytande parten om omfattningen av den drabbade partens anspråk. Följaktligen kan han vidta effektivare åtgärder för att minska skadeverkningarna av kontraktsbrottet. Detta är särskilt angeläget när den kontraktsbrytande parten regressvis skall föra anspråket vidare.

Passivitet kan leda till att säljaren onödigt sent blir uppmärksam på ett

[3] Skadeståndsskyldighet vid culpa in contrahendo anses mer kontroversiellt.

allvarligt fel i sin produktion. Säljaren fortsätter produktionen tills dess han får ett meddelande om det allvarliga felet i de tillverkade och sålda produkterna. För att förhindra onödig kapitalförstöring är det angeläget att reklamation sker så snabbt som möjligt. Men frågan är om det är rimligt att övervältra en del av säljarens ansvar för en fungerande produktion på köparen. Det effektivaste är antagligen att säljaren på olika sätt stimuleras att vidta ordentliga kontroller av sina egna produkter. Sådana stimuli återfinns i regeln om strikt ansvar för fel samt i produktansvarsreglerna. Dessa regler är förmodligen så effektiva att de inte behöver kompletteras med ett ansvar för köparen att reklamera för att tillgodose säljarens intresse av en fungerande produktion.

Betydelsen av att den kontraktsbrytande parten känner till kontraktsbrottet

Det kan konstateras att intresset av att minska skadeverkningarna av ett kontraktsbrott tillgodoses bättre ju snabbare den kontraktsbrytande parten får kännedom om det. Ju snabbare den kontraktsbrytande parten får reklamationen, desto lättare är det för honom att lokalisera orsaken och kontrollera om orsaken till kontraktsbrottet ligger hos transportören eller om det är fråga om ett serietillverkningsfel osv. Därför är det angeläget att reklamation sker snabbt efter upptäckten. Detta intresse är dock inte motiverat att tillvarata i de fall där den kontraktsbrytande parten blivit medveten om kontraktsbrottet på annat sätt än genom den drabbade partens reklamation.

För att den kontraktsbrytande parten effektivt skall kunna minska skadeverkningarna, måste han få *klarhet om vilka påföljder* den drabbade parten ämnar göra gällande. Det är alltså angeläget för den kontraktsbrytande parten att få sådan information från den drabbade parten. När den kontraktsbrytande parten är medveten om kontraktsbrottet vore det kanske naturligt att han själv frågade (interpellerade) den drabbade parten om vilka påföljder han önskar göra gällande. För att skapa klarhet är det alltså endast nödvändigt att reklamation sker i de fall där den kontraktsbrytande parten saknat kännedom om kontraktsbrottet.

Betydelsen av att den drabbade parten borde ha känt till kontraktsbrottet

Skadeståndsansvar baserat på en skyldighet att tillvarata motpartens intresse och begränsa dennes skada uppkommer i första hand för den part som är *medvetet* passiv. Ett skadeståndsansvar kan också konstrueras för kontraktsbrott som den drabbade parten *borde* ha haft kunskap om i de fall

det kan betecknas som vårdslöst av honom att inte ha införskaffat kunskapen.[4]

En av reklamationsreglernas funktioner är att minska skadeverkningarna av kontraktsbrottet. Ju snabbare den kontraktsbrytande parten får kännedom om att den drabbade parten är missnöjd, desto större möjligheter har han vanligtvis att vidta åtgärder som begränsar skadeverkningarna av kontraktsbrottet. För att tillvarata den kontraktsbrytande partens intresse, kan det vara motiverat att ålägga den part som drabbas av ett kontraktsbrott en undersökningsplikt. Vid en intresseavvägning mellan den drabbades intresse av att kunna göra gällande kontraktsbrott som han inte upptäckt och den kontraktsbrytande partens intresse av att kunna minska skadeverkningarna av kontraktsbrottet, framstår den drabbade partens intresse typiskt sett som mer angeläget. I synnerhet om man beaktar att den kontraktsbrytande partens möjligheter att begränsa skadan många gånger i praktiken är små. Den allmänna skyldigheten att begränsa motpartens förlust motiverar alltså inte en generell undersökningsplikt, utan endast en reklamationsskyldighet beträffande kontraktsbrott som den drabbade parten känt till eller haft anledning att fatta misstanke om.

I vissa avtalssituationer är den kontraktsbrytande partens behov av att regressvis göra anspråket gällande mot bakre led särskilt framträdande. I sådana fall där regressmöjligheten typiskt sett är viktig, kan det finnas anledning att ålägga den part som mottagit en prestation en undersökningsplikt i syfte att begränsa motpartens förlust.[5]

2.3 Bevissäkringsargumentet

Ett ändamål med regler om reklamation är att *bevisning skall kunna säkras* i tid. Vardera parten har intresse av att bevisning säkras. I och med att den drabbade parten reklamerar, tvingas konflikten snabbt upp till ytan och båda parter kan i tid säkra bevisning om relevanta förhållanden.

[4] Kritik av Huber i von Cammerer och Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG, München 1995. I engelsk rätt gäller inte ett sådant borde-ansvar (Harris i Benjamin's Sale of Goods, s 879 f).

[5] Krüger, Norsk kjøpsrett, s 405, anser att köparens undersökningsplikt efter köpet följer av att han typiskt sett måste antas inse att säljaren lider skada av att få reklamation sent.

Bevisning om det bakomliggande kontraktsbrottet

Om det inte förelåg en skyldighet att reklamera skulle det – åtminstone teoretiskt sett – finnas en risk att den part som drabbats av ett kontraktsbrott i lönndom samlade bevis och väntade så länge med att framställa anspråket att motparten i realiteten saknade möjlighet att skaffa motbevisning. Risken för ett sådant beteende torde i praktiken inte vara särskilt stor. Den bevissamlande tar trots allt en mycket stor risk, eftersom det normalt är han själv som lider mest av tidsutdräkten. När det gäller fel i samband med köp ligger som utgångspunkt bevisbördan på köparen för att felet funnits vid tidpunkten för avlämnandet. Köparen har redan i och med detta ett starkt incitament att föra kontraktsbrottet på tal så tidigt som möjligt, för att förhindra ett försämrat bevisläge.[6] Även i andra fall då köparen inte åläggs denna bevisbörda, t ex när säljaren lämnat en garanti, så torde den omständigheten att felet påtalas sent beaktas så till vida att säljarens bevisbörda lättas.

I praktiken tillgodoses alltså intresset av att båda parter bereds möjlighet att säkra bevisning, även reklamationsreglerna förutan. Denna funktion hos reklamationsreglerna bör därför inte överdrivas. Reglerna om bevisbördans placering torde vara långt mer effektiva än reklamationsreglerna som medel för att stimulera effektiv bevissäkring. Det ligger en fara i att sammanbinda reklamationsreglerna med behovet av bevissäkring. När för sen reklamation innebär att den part som drabbats av ett kontraktsbrott förlorar sin rätt att göra kontraktsbrottet gällande (som t ex är fallet enligt köplagen) så sker ingen bevisprövning alls, även om det i det enskilda fallet visar sig att bevisningen inte utgör något problem.[7]

Bevisning om kausalitet

Vid en tvist finns det behov av att säkra bevisning om faktiska förhållanden men även att säkra bevisning om kausalitetsfrågor. Reklamationens syfte kan vara att *urskilja vilka kontraktsbrott som är av betydelse* för den drabbade parten. Om ett kontraktsbrott varit utan betydelse, skall man inte senare kunna åberopa kontraktsbrottet som en förevändning för att undslippa

[6] Bergem och Rognlien påpekar att Art 44 i CISG i praktiken endast hjälper köparen i säregna undantagstillfällen på grund av att köparen vid en sent framställd reklamation har svårigheter att bevisa att felet förelåg vid tiden för riskens övergång (Kjøplsloven kommentarutgave, s 568).

[7] Se dock Ramberg i Hellner-Ramberg, s 201: "Denna påföljd kan synas väl drastisk men förklaras bland annat av det förhållandet att bevisvärdet ändå blir så osäkert, att man – för att undvika onödiga tvister – bör ha en regel som utestänger sådana som inte fullgjort sin reklamationsskyldighet från möjligheten att påtala fel i varan."

avtalsbundenhet som man egentligen vill komma ifrån av andra skäl eller genom prisavdrag åstadkomma en rabatt.[8] Påtalas inte kontraktsbrottet snabbt, så kan det vara rimligt att anta att det är av mindre betydelse för den drabbade. Regler om reklamation är ett handlingsdirektiv till den drabbade avtalsparten: Om du inte reklamerar, så kommer man inte senare att anse att kontraktsbrottet var av betydelse för dig!

Bevisning om reklamation

När det föreligger en skyldighet att reklamera och fråga uppkommer om reklamation skett i rätt ordning uppkommer en annan sorts bevistekniska problem. Då skall inte bevisning säkras om kontraktsbrottet, utan om själva reklamationen. Har den skett i rätt tid (d v s när förelåg kännedom om kontraktsbrottet), har reklamationen adekvat innehåll och form samt avser den det ifrågavarande kontraktsbrottet?

Det kan var svårt att bevisa *när* den drabbade parten erhållit faktisk kännedom om ett kontraktsbrott. Genom att uppställa ett krav på reklamation redan beträffande fel som mottagaren av prestationen *borde* ha känt till, undviker man i viss mån denna problematik. Det är praktiskt sett lättare att hantera ett objektivt ansvar för vad man borde ha haft kännedom om än att utreda en subjektiv faktisk kännedom. Den omständigheten att det är svårt att föra bevisning om när faktisk insikt erhållits talar för en undersökningsplikt efter fullgjord prestation. Ett annat tillvägagångssätt skulle kunna vara att uppställa lägre beviskrav på när faktisk kunskap erhållits.

Vidare är det av praktiskt intresse – särskilt för den som avger reklamationen – att den är väl ägnad att säkra bevisning om när reklamation givits och om reklamationens innehåll.[9] Man måste också mot bakgrund av hur kontraktsbrottet beskrivits i reklamationen kunna skilja mellan olika kontraktsbrottssituationer. Det är emellertid inte nödvändigt att på grund av dessa intressen uppställa några särskilda formkrav eller krav på visst innehåll i reklamationen. Den får bli föremål för tolkning, precis som vilket annat meddelande som helst (se vidare kap 5). Den omständigheten att meddelandet kan tolkas på annat sätt än avsett utgör tillräckligt incitament för avgivaren av meddelandet att uttrycka sig klart och tydligt.

[8] Inom hyresrätten får försummad reklamation ofta endast till följd att den kontraktsbrytande parten får längre tid på sig att vidta rättelse. Detta är egentligen ett sätt att bedöma kausaliteten på. Innan den drabbade påtalat felet, så anses det inte vara av betydelse för honom.

[9] Schlegelberger HGB Kommentar, s 160 med hänvisning till rättsfall.

Sammanfattande om bevissäkringsargumentet

En reklamation eller en frånvaro av reklamation har betydelse som ett indicium. Men ur bevissäkringssynpunkt har det inte särskilt stor handlingsdirigerande funktion. Parterna är måna om att säkra bevisning ändå. Detta medför att bevissäkringsintresset inte föranleder särskilt stränga krav på reklamationens form eller på att den skall framföras med särskild skyndsamhet. Det saknas vidare anledning att med hänvisning till bevissäkringsintresset sanktionera försummad reklamation med något annat än ofördelaktigt bevisläge.

2.4 Spekulationsargumentet

Hävning som spekulation

Den som drabbas av ett väsentligt kontraktsbrott står normalt inför en valsituation: Han kan häva avtalet eller stå fast vid det. Denna valmöjlighet har uppställts till skydd för den drabbade avtalsparten. Men den kontraktsbrytande parten har också ett krav på visst skydd eftersom det finns en möjlighet att rätten att välja missbrukas på så sätt att den drabbade parten spekulerar i prisförändringar på den kontraktsbrytande partens risk.

Om t ex en köpare får en felaktig vara, skulle han kunna dra ut på tiden och om varan stiger i pris endast begära prisavdrag men häva om varan sjunker i pris. För att undvika sådan spekulation utan egen risk är det angeläget att köparen snabbt tvingas ta ställning till om han avser att häva eller ej.

Spekulation förutsätter prisfluktuerande avtalsobjekt

Det bör framhållas att spekulationsmöjlighet endast föreligger om det är osäkert om priset kommer att gå upp *eller* ned. I sådana situationer då priset endast utvecklas i endera riktningen kan inte köparen spekulera i prisförändringen genom att avvakta med att häva (men väl utnyttja en vetskap om t ex prisfall genom att häva).

Spekulation är möjlig endast om avtalsobjektet är utsatt för prisfluktuationer. Sålunda är det rimligt att förlust av hävningsrätten inträder snabbare vid köp av varor som noteras på en marknad (t ex metaller eller spannmål) än vid köp av varor som inte är utsatta för lika hastiga prisförändringar (t ex fastigheter). För vissa avtal torde prisfluktuationen vara så

liten att reklamation av denna anledning inte behöver ske med någon skyndsamhet alls.[10]

Spekulation förutsätter att den drabbade parten är medveten om kontraktsbrottet

För att köparen skall kunna göra en dylik, riskfri spekulation, krävs att han är *medveten* om att han spekulerar. Innan köparen känner till kontraktsbrottet är han inte medveten om att han har en valmöjlighet och han kan alltså inte ägna sig åt spekulation. Om syftet med reklamationsreglerna är att förhindra spekulation på den kontraktsbrytande partens risk, måste det alltså krävas faktisk kännedom för att reklamationsskyldighet skall inträda.

Spekulationsargumentet i förhållande till andra påföljder än hävning

Kravet på att reklamation sker snabbt för att undvika spekulation på motpartens bekostnad gör sig endast gällande när det är fråga om hävning. Det är inte möjligt att spekulera med hjälp av andra påföljder. Spekulationsargumentet kan alltså endast åberopas som stöd för att försummad reklamation skall medföra förlust av hävningsrätten – övriga påföljdsmöjligheter kvarstår.

När hävning aktualiseras först efter ett misslyckat avhjälpningsåtagande, kan det hända att det sker en tidsutdräkt mellan kontraktsbrott och hävning. Men i det fallet är det inte möjligt för köparen att spekulera i prisförändringar på säljarens bekostnad. I första hand skall den kontraktsbrytande parten beredas möjlighet att avhjälpa. Om det lyckas, så är den drabbade parten förhindrad att häva. Om avhjälpandet däremot misslyckas, så kan det föreligga en möjlighet att häva. Eftersom den drabbade parten inte på förhand kan bedöma utsikterna att avhjälpande lyckas och eftersom denne inte själv kan påverka avhjälpandets genomförande, föreligger ingen spekulationsmöjlighet. Om det emellertid är så att den drabbade parten själv avhjälper felet på den kontraktsbrytande partens bekostnad och detta avhjälpande misslyckas, kan det föreligga en viss risk för spekulation. Men den drabbade partens hävningsmöjligheter efter ett eget misslyckat avhjälpandeförsök torde vara ytterst begränsade.

[10] Almén, § 26 vid not 57. Sundberg anser att spekulationsargumentet inte gör sig gällande vid lega eftersom legotagaren där inte har vidareförsäljning som alternativ (Fel i lejt gods, s 163). Jag vill i sammanhanget endast påpeka att legotagaren kan spekulera i förändrade hyrespriser, som i vissa brancher kan variera betydligt.

2.5 Undvikande av haltande rättsförhållanden

När ett kontraktsbrott inträffat är rättsläget osäkert. Den part som drabbats av kontraktsbrottet kan välja att påtala det eller välja att godkänna prestationen, trots kontraktsbrottet. Dessutom är rättsförhållandet ovisst med avseende på vilken typ av påföljd som den drabbade parten väljer att aktualisera. Sådana haltande tillstånd strävar rättssystemet att minimera (ett undantag är regeln om bindande anbud, 1 § 1 st avtalslagen). Anledningen till att detta svävande rättsförhållande bör vara så kortvarigt som möjligt är den kontraktsbrytande partens behov av att kunna inrätta sig och agera med hänsyn till vilket val den drabbade parten träffat.[11]

Argumentet gör sig starkast gällande beträffande hävningspåföljden, men även avhjälpande, omleverans, prisavdrag och skadestånd kan det finnas behov av att planera inför. Men argumentet om haltande rättsförhållanden är inte särskilt tungt vägande, eftersom man också måste beakta den part som drabbats av kontraktsbrottet och hans behov av visst rådrum. Argumentet kan åberopas först när den drabbade parten haft faktisk kännedom om kontraktsbrottet, eftersom det är först då som den drabbade parten själv inser att han har en valmöjlighet. Det kan alltså inte utgöra stöd för en undersökningsplikt av prestationen.

Följande exempel visar att behovet av att inrätta sig i praktiken inte alltid är särskilt angeläget.

> En säljare har sålt sin cykel och köpt en ny cykel. Om köparen sedan häver köpet på grund av fel, så har säljaren haft en onödig utgift för sin nya cykel. Om köparen varit passiv och reklamerat onödigt sent, kan säljaren kompenseras med skadestånd för den eventuella förlust säljaren lidit. Det verkar överdrivet att köparen inte skulle få göra felet gällande över huvud taget. Dessutom kan det ju vara så att köparen nöjer sig med att begära prisavdrag och då är det ju strängt taget ointressant att säljaren köpt en ny cykel.

2.6 Godkännandekonstruktionen

Reklamationsskyldigheten är bl a tillkommen i den kontraktsbrytande partens intresse för att *skaffa klarhet* om motparten anser att avtalet är rätteligen fullgjort eller vill framställa något anspråk med anledning av kontraktsbrott. Genom reklamationen undviker man sådana missförstånd.

Det finns all anledning att vid en analys av reklamationsinstitutet ta

[11] SOU 1976:66 s 326. Se även Hellner, Kommersiell avtalsrätt, s 27 samt M B Andersen, Grundlæggende aftaleret, s 207 f, angående negotium claudicans.

ställning till i vilken utsträckning en sen reklamation kan ha givit upphov till en föreställning om att prestationen är godkänd. Innan 1905 års köplag och innan köparens reklamationsskyldighet vunnit obestridd giltighet i svensk rätt, ansågs köparen ofta genom aktiva handlingar eller passivitet ha godkänt prestationen och därigenom förlorat möjligheten att göra kontraktsbrottet gällande.[12] Så tillvida fick alltså köparens passivitet betydelse.

Godkännandekonstruktionen är framträdande i anglo-amerikansk rätt. Där talas om *affirmation, acceptance* eller *election*.[13] I tysk rätt har man en konstruktion som utgår från godkännande, även om det aktuella stadgandet i HGB kallas för "Genehmigungs*fiktion*" i litteraturen.[14]

Bakgrunden till godkännandekonstruktionen

Regler om att underlåtenhet att ge motparten meddelanden medför rättsverkan sammanhänger med den allmänna frågan om rättsverkan på grund av passivitet. Rent allmänt gäller som en huvudregel i svensk rätt att passivitet inte leder till *avtalsbundenhet*. Passivitet i samband med avtals ingående har ansetts kunna leda till skadeståndsskyldighet.[15] Denna studie analyserar dock inte frågan om passivitet i samband med avtals ingående (passivitet in contrahendo), utan passivitet i ett redan uppkommet avtalsförhållande (passivitet in contractu). Detta är två olika frågor. Att ålägga en part som ännu inte inträtt i ett avtal aktivitetsplikt framstår som mer känsligt än att ålägga en part som inträtt i ett avtalsförhållande en aktivitetsplikt.[16]

Reglerna om reklamation kan fungera som ett värn för den godtroende part som inrättat sig efter ett visst förhållande under en längre tid. Detta har kallats "*status-quo-principen*", vilken innebär att en part inte antas

[12] Almén, § 52 vid not 9; Federspiel, Bidrag til læren om Viljesærkleringer, t ex på s 130 f.

[13] Där medför sådant normalt endast bortfall av hävningsmöjligheten. När Atiyah redogör för ett fall av för sen reklamation som ledde till att köparen förlorade sin rätt att häva köpet tillägger han: "Of course the plaintiff retained his right to damages." (Atiyah, The Sale of Goods, s 497). Samma regler gäller inom ramen för Sale of Goods Act. Unidroit Principles uttalar som en allmän princip att "avoidance of the contract is excluded" om "the party entitled to avoid the contract expressly or impliedly confirms the contract" (Art 3.12).

[14] § 377 st 2 HGB:"Unterlässt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware *als genehmigt*".

[15] NJA 1990 s 745.

[16] Cervin tror att tendensen att låta det faktiska förhållandet utgöra det rättsliga förhållandet – d v s att ge passiviteten rättsverkan – är mer utbredd i norsk rätt än i svensk (Om passivitet, s 98). Knoph anser att det inte erfordras ett rekvisit "ändrade förhållanden" – det är tillräckligt att passiviteten utgör ett klandervärt beteende. Medvetenhet om ändrade förhållanden ingår dock i bedömningen av om beteendet är klandervärt. Om beteendet inte är klandervärt krävs ändrade förhållanden som är av sådan art att en intresseförskjutning föreligger (Knoph, Rettslige standarder, s 224 – 255). Hela detta resonemang verkar endast applicerbart på in contrahendo-fallet och inte på kontraktsbrottssituationen.

påkalla någon förändring i den faktiska situationen, om han inte ger tillkänna sitt missnöje.[17] Principen kan förklaras med att den som inrättat sig efter ett visst förhållande är skyddsvärd och med att tilliten till det bestående skall värnas.[18] Om man alltså anser att det bestående förhållandet inte motsvarar ens rättigheter, skall man inte låta det onormala förhållandet pågå längre än nödvändigt. Samhället har ett intresse att värna om tilliten till det faktiskt bestående och medverka till att det faktiskt bestående omvandlas till verklig rätt. Detta är särskilt angeläget om det skett nya rättsdispositioner. Det finns goda skäl att ha en regel som innebär att den som drabbas av ett kontraktsbrott inte får göra detta gällande om han inte påtalar kontraktsbrottet inom rimlig tid och den kontraktsbrytande parten får anledning att uppfatta passiviteten som ett godkännande och inrättar sig efter detta. Det skall betonas att det är först när det föreligger *tillit* till att det föreliggande tillståndet skall bestå som det finns anledning att låta den passive drabbas av passivitetsverkningar.[19]

Mot principen om *status quo* kan invändas att en rättighetsinnehavare har ett legitimt intresse av att kunna förlita sig på sina rättigheter, utan att i varje ögonblick behöva tänka på hur han använder eller inte använder rättigheten. Det är därför angeläget att förändringar i rättsläget till största delen knyts till aktiva handlingar så att det mer klart framgår vem som har vilka rättigheter.[20]

Betydelsen av att den kontraktsbrytande parten känner till kontraktsbrottet

Den kontraktsbrytande parten kan få anledning att uppfatta prestationen som godkänd oberoende av om han känt till kontraktsbrottet. Men om han är medveten om kontraktsbrottet förväntar han sig normalt en reaktion och därför måste passiviteten pågå under längre tid eller ske i kombination med någon aktivitet, innan prestationen kan uppfattas som godkänd.

[17] Almén, s 364, § 27 vid not 20. Köparen måste alltså reklamera om han önskar ändra status quo. Se Nørager-Nielsen & Theilgaard, s 922. Lindskog har i samband med preskription utvecklat saken med delvis annan terminologi (det abstrakta rättsläget, det presumtiva rättsläget, anpassningsfunktionen), Preskription, s 59 f. Se även Knoph, Rettslige standarder, s 225 ff.
[18] Bang, Passivitetsvirkninger, UfR 1944 s 101, på s 103.
[19] Knoph, Rettslige standarder, s 242.
[20] Knoph, Rettslige standarder, s 246.

Betydelsen av att den drabbade parten är omedveten om kontraktsbrottet

Den kontraktsbrytande partens uppfattning att prestationen är godkänd kan uppkomma oberoende av den drabbade partens faktiska kännedom om kontraktsbrottet. I detta sammanhang finns det anledning att tala om en undersökningsplikt för den drabbade parten. Han måste undersöka prestationen så att han kan framföra klagomål till den kontraktsbrytande parten innan denne får anledning att tro att prestationen är godkänd.

Om handelsbruk och praxis gestaltar sig på sådant sätt att mottagaren av en prestation strax efter leveransen vanligtvis aktivt undersöker prestationen, så bidrar det naturligtvis till att motparten snabbare får befogad anledning att anta att mottagaren godkänt prestationen som kontraktsgill.

I vissa fall är den drabbade partens omedvetenhet om kontraktsbrottet så ursäktlig att reklamationsskyldighet inte rimligen bör inträda trots att den kontraktsbrytande parten uppfattat prestationen som godkänd.[21] Det kan alltså föreligga behov av att balansera den kontraktsbrytande partens tillit mot den drabbade partens "skuld".

Betydelsen av att avtalsobjektet är utsatt för prisfluktuation och andra förändringar

Graden av prisfluktuation är i och för sig irrelevant för att bedöma om prestationen skall uppfattas som godkänd eller ej. Men när det är fråga om ett avtalsobjekt som är utsatt för stora prisfluktuationer är avtalstypen ofta av sådan karaktär att parterna snabbt kommunicerar och reagerar. I sådana fall föreligger det normalt anledning att snabbare uppfatta passivitet som ett uttryck för godkännande av prestationen.

Ett därmed sammanhängande problem uppkommer när avtalsobjektet typiskt sett utsätts för förändringar med tiden och att säljaren därför kan drabbas mycket hårt vid hävning. Även om detta skulle kunna vara ett starkt argument för att låta för sen reklamation medföra förlust av rätten att häva, behöver man inte anlägga denna synpunkt i anslutning till reklamationsinstitutet. Problemet kommer man tillrätta med genom att hävningsrätt kan vara utesluten på grund av att prestationen inte kan återställas i väsentligen oförändrat skick (se 66 § köplagen, som ger uttryck för en allmän princip – *restitutio in integrum*).

[21] Se t ex den engelska regeln i 34(1) Sale of Goods Act: "Where goods are delivered to the buyer, and he has not prevoiuosly examined them, *he is not deemed to have accepted them until he has had reasonable opportunity of examining* them..." (min kursivering).

Effekten av att prestationen uppfattas som godkänd

När passiviteten skall tolkas som ett godkännande är rättsverkan som innebär förlust av rätten att göra kontraktsbrottet gällande mer självklar.[22] Då blir emellertid reklamationsfristen mycket lång (jfr "orimligt länge" i 52 § 3 st köplagen). Motparten har knappast anledning att uppfatta passivitet som ett godkännande efter endast en kort tid. Så som tidigare framhållits är det allmänt sett angeläget att reklamation sker snabbt. Därför bör det finnas regler om att reklamation skall ske snabbt, men *sanktionen* behöver inte vara strängare än att den skapar ett incitament att reklamera.

I vissa fall kan passiviteten tolkas som att den drabbade parten avstått från att göra gällande vissa enstaka påföljder. Det blir då fråga om en glidande skala av rättsverkningar beroende på i vilken utsträckning beteendet eller icke-beteendet kunnat uppfattas som ett totalt godkännande eller ett avstående från att göra gällande vissa påföljder.

Sammanfattande om godkännandekonstruktionen

Till undvikande av att den kontraktsbrytande parten uppfattar det som om den drabbade parten godkänt kontraktsbrottet och vidtar dispositioner i enlighet med denna uppfattning, är det angeläget att den drabbade parten reklamerar till den kontraktsbrytande parten. Någon extrem snabbhet kan dock i allmänhet inte krävas för att förebygga att den kontraktsbrytande parten bibringas uppfattningen att den drabbade parten godkänt prestationen.

I likhet med vad som ovan sagts om bevissäkringsintresset, utgör risken för att prestationen uppfattas som godkänd ett incitament för mottagaren av en prestation att *i eget intresse* göra en undersökning.

När de förhållandevis stränga krav som uppställs för att passivitet enligt principen om status quo skall leda till att en prestation anses som godkänd

[22] Sundberg synes mena att köplagens konstruktion inte är en allmän rättsgrundsats. Sundberg analyserar i vad mån man kan tillämpa köplagens reklamationsregler analogt vid hyra av lös egendom. Hans undersökning, som publicerades 1966, finner ingen egentlig vägledning från rättspraxis, formulärpraxis eller doktrin (Fel i lejt gods, s 158 ff). Han anser att köplagens reklamationsregler inte är tillämpliga vid hyra av lös egendom när 1) det uppkommer fel vid senare skede än tillträdet eller 2) när uthyraren har bevaringsplikt eller lämnat en garanti eller 3) när uthyraren inte anmanat hyrestagaren att undersöka eller 4) när parterna är olikställda i yrkesmässigt hänseende. Det är intresseväckande att Sundberg inte analyserar frågan om sen reklamation kan medföra skadeståndsskyldighet eller endast medföra rätt till någon begränsad påföljd. Även Hasselrot ansåg att köplagens reklamationsinstitut skulle tillämpas med försiktighet på hyresförhållanden (Några spörsmål ang. lån och saklega). Även i äldre entreprenadrätt var reklamationsskyldigheten konstruerad enligt en godkännandemodell (Sandvik, Entreprenørsrisikoen, s 423 f).

inte är uppfyllda, kan man tänka sig andra mindre ingripande rättsverkningar. Man skulle alltså kunna betrakta passiviteten som en successiv företeelse och låta den medföra en glidande skala av rättsverkningar.

2.7 Reklamation som lojalitetsförpliktelse

Eventuellt ser man en trend mot att i ökad omfattning låta *illojal* passivitet få rättsverkningar.[23] Genom att två parter slutit ett avtal har de åtagit sig att gemensamt verka för att båda parters syften med avtalet uppnås. Så till vida kan man säga att parterna åtagit sig en lojalitetsplikt. Denna lojalitetsplikt kvarstår även om ena parten gör sig skyldig till ett kontraktsbrott. Men även om man kan konstatera att den ena parten brutit mot sin "lojalitetsplikt" och gjort sig skyldig till brott mot sin huvudförpliktelse samt den andra parten brutit mot sin "lojalitetsplikt" genom att inte reklamera snabbt, har man inte kommit mycket närmare svaret på frågan om vilka rättsverkningar dessa försummelser skall medföra.[24]

Lojalitetsförpliktelsen som pedagogisk förklaringsmodell

Det ligger en *pedagogisk* poäng i att beskriva reklamationsskyldigheten som en lojalitetsförpliktelse. Därmed klargör man att ett kontraktsbrott inte medför att man får "slå tillbaka", utan att man trots kontraktsbrottet måste vara hänsynsfull och beakta den kontraktsbrytande partens intressen. Det

[23] Kleineman, JT 1991-92 s 125.

[24] Knoph ansåg att den allmänna trenden är att reklamationsskyldigheten förstärks, vilket sammanhänger med den allmänna tendensen att subjektiva rättigheter skall utövas med hänsynsfullhet gentemot andra och särskilt mot den som man är avtalspart med (Knoph, Rettlige standarder, s 230 f). Detta skulle kunna sägas innebära att reklamationsskyldigheten förstärkts mot bakgrund av att man idag uppställer större lojalitetskrav. Men den kontraktsbrytande partens lojalitet skall väl också beaktas? Knophs resonemang för tanken till att man skulle väga de båda parternas illojalitet mot varandra och på så sätt få fram den mest illojale och därmed förloraren. Hellner har analyserat i vad mån reklamationsreglerna skulle kunna betraktas som ett utflöde av parternas lojalitetsplikt. "I den mån man söker efter ett mer differentierat syfte hos reglerna, kan man kanske finna det i en önskan att främja hederligheten i affärslivet och parternas lojala samarbete, ett otvivelaktigt lovvärt syfte. Tillfälle skall inte ges för någondera parten att, om möjlighet finns, utnyttja en maktställning för att otillbörligt tillgodose sina intressen på den andra partens bekostnad, och även den som begått ett kontraktsbrott skall inte vara utlämnad åt andra partens godtycke. De talrika reklamationsreglerna anförs som exempel på en sådan strävan. Det är dock inte självklart att man bör se reklamationsreglerna från denna synpunkt. I den internationella diskussionen har det hävdats att exempelvis det omfattande bruk som utkasten till ULIS gjorde av reklamationsregler tenderade till att gynna den kontraktsbrytande parten på den förfördelade partens bekostnad, genom att den senare kunde gå miste om sitt skydd genom en jämförelsevis obetydlig passivitet. Försiktighet är säkerligen på sin plats när det gäller att bedöma rättvise- och maktaspekter i regler om kontrakt i affärslivet." (Hellner, Lagstiftning i förmögenhetsrätten, s 69).

är emellertid inte möjligt att dra några *slutsatser* om när och hur reklamation skall ske eller vilka rättsverkningar försummad reklamation medför genom att klassificera reklamationsskyldigheten som en lojalitetsförpliktelse.

Illojalitet som relevant faktor vid avtalstolkning

Inom ramen för den partsinriktade avtalstolkningsmetoden finns det utrymme att beakta om en part haft möjlighet att undanröja det uppkomna missförståndet.[25] Illojalitet kan alltså medföra en oförmånlig avtalstolkning. Reklamationsmeddelanden blir ofta föremål för tolkning, vilket kommer att framgå i det följande. Även en utebliven reklamation (passivitet) kan bli föremål för tolkning. På så sätt kan man säga att illojaliteten indirekt är av betydelse i samband med att reklamationsskyldighetens närmare innebörd skall fastställas i ett enskilt fall.

2.8 Reklamation i förhållande till undersökningsplikten före köpet

Regeln om undersökningsplikt *efter* köpet korresponderar med regeln om att man inte kan åberopa fel som man känt till eller bort känna till vid köpet (d v s undersökningsplikten före köpet). Den nära relationen till undersökningsplikten *före* köpet kan vara en förklaring till att påföljden vid försummad reklamation ibland är så sträng. Om man inte hade den stränga påföljden vid försummad undersökningsplikt efter köpet, skulle det bli oerhört viktigt att avgöra i vilket skede köparen försummat sin undersökningsplikt (före eller efter köpet). I och med att köparen drabbas strängt i båda fallen, minskar betydelsen av i vilket skede undersökningsplikten försummats. Man kan emellertid fråga sig om det egentligen är förknippat med så stora praktiska problem att särskilja försummad undersökningsplikt före respektive efter köpet. Dessutom aktualiseras problemet endast i samband med fel och inte vid andra typer av kontraktsbrott. Det är otvivelaktigt så att undersökningsplikten före och efter köpet interagerar men en bedömning av vilka *rättsverkningar* försummad undersökningsplikt efter köpet lämpligen bör ha, kan ske tämligen isolerat utan att någon större hänsyn behöver tas till vad som gäller beträffande undersökningsplikten före köpet (se även kap 2.3).

[25] Ramberg, Allmän avtalsrätt, kap 8.4.5.

2.9 Konfliktbegränsningsargumentet

Tydlighet med avseende på reklamationens innehåll

Behovet av att konflikten kommer upp till ytan så att bevissäkring kan ske effektivt, står i konflikt med ett annat intresse; nämligen intresset av att undvika konflikter.[26] Reklamationsskyldigheten kan i vissa fall leda till att den drabbade parten tvingas göra en stor sak av problem som hade kunnat lösas i samförstånd om man gått mer diplomatiskt till väga. Visserligen kan reklamationsmeddelandet formuleras på så sätt att man inte väcker ont blod i onödan, men balansgången mellan de juridiska kraven på reklamationens innehåll respektive affärsmässiga och diplomatiska krav kan vara mycket svår. Reglerna om reklamation har sagts medföra att förhållandet mellan parterna avvecklas så fort som möjligt. Men vad är det som är så bra med det om det sker till priset av en konflikt som annars hade kunnat undvikas? Preskriptionsreglerna är bättre ägnade att tillvarata intresset av att avtalsförhållandet avvecklas (se kap 2.12).

I vissa fall kan dock reklamationsskyldigheten bidra till att minska en konflikts omfattning genom att den kan bidra till att verkningarna av kontraktsbrottet inte förvärras.[27] För att dämpa den konfliktframkallande effekten av reklamationsregler, kan det finnas anledning att inte låta för sen reklamation få en alltför sträng rättsverkan i de fall där den drabbade parten saknat kännedom om kontraktsbrottet och bara haft en obestämd aning om att det eventuellt föreligger kontraktsbrott. Därigenom förhindras att den part som drabbas av ett kontraktsbrott på ett onödigt odiplomatiskt och hårdfört sätt framställer reklamation för säkerhets skull och på så sätt skapar en konflikt som kanske hade kunnat lösas på ett smidigare sätt.

De framåt- respektive bakåtblickande perspektiven

Synen på den avtalsrättsliga principen om pacta sunt servanda håller långsamt på att förändras. Från att ha betraktats som innebärande att "avtal skall hållas" ses den numera snarare som en princip om att "avtal skall genomföras".[28] Men den rättsliga regleringen är inte anpassad till detta förändrade synsätt. I domstolar och i regelverk ser man mer "tillbakablick-

[26] Sundberg anser att reklamationsinstitutet inte passar bra vid långvariga avtalsförhållanden. Där finns ju ingen strävan efter att avveckla relationen snabbt (Fel i lejt gods, s 165). Här måste dock påpekas att det inte är kontraktsförhållandet i sig som skall avvecklas snabbt – utan *ovissheten* som skall avvecklas (se kap 2.5).

[27] Aktivitetsregler har en processpreventiv funktion (Krüger, Norsk kjøpsrett, s 402).

[28] Se Grönfors, Avtal och omförhandling, 1995 passim.

ande" på avtalsförhållandet. Man ställer sig inte frågan hur parterna på bästa sätt skall kunna gå vidare och genomföra avtalet, utan koncentrerar intresset på vad som tidigare hänt och om det varit i strid mot det ursprungliga avtalet. Det ökade bruket av omförhandlingsklausuler i standardavtal och andra avtal är ett tecken på att de gängse konfliktlösningsmetoderna inte förmår att tillgodose intresset av att avtal skall genomföras. Men det är inte enbart omförhandlingsklausulerna som ger uttryck för detta. Man kan också notera ett inslag av stränga preklusionsregler. D v s en skyldighet för part att snabbt och tydligt klargöra sin inställning till olika saker (kontraktsbrott, kontraktsförändringar, ändrade förhållanden m m), vid äventyr av att omständigheten inte senare kan göras gällande. Genom att införa sådana preklusionsregler i kontraktet, "tvingar" man domaren att rikta blicken framåt istället för bakåt. Den omvälvande utveckling på avtalsrättens område som man kan ana är ännu i sin linda. Kanske kvävs den där, kanske vidareutvecklas den med följder för både de materiella avtalsrättsliga reglerna och processrätten. Ännu torde det var för tidigt att med hänsyn till reklamationsinstitutet sett isolerat dra några slutsatser mot bakgrund av en önskan att anpassa den rättsliga regleringen till ett framåtblickande perspektiv.

2.10 Reklamation som motvikt till strängt ansvar

När ansvaret för ett kontraktsbrott är strängt, kan det stränga ansvaret kompenseras genom allvarliga rättsföljder på grund av försummad reklamation och korta preskriptionstider.[29] Tanken att man skall kompensera ett strängt ansvar med stränga reklamationsregler kan i förstone verka bestickande. Man balanserar parternas ansvar genom att på ena parten lägga ett strängt ansvar för kontraktsbrott och på den andra parten ett strängt ansvar att reklamera snabbt. Motvikten i form av strängt reklamationsansvar skulle emellertid vara onödig om man redan vid avgörande av vad som skulle anses vara kontraktsbrott och vilka rättsverkningar ett kontraktsbrott skall ha, intog en balanserad hållning. Ett överdrivet strängt ansvar för kontraktsbrott kan visserligen i vissa situationer kompenseras av stränga regler om reklamation, men det är ju en ringa tröst för en kontraktsbrytande part vars motpart reklamerar i tid, att hans ansvar teoretiskt sett balanseras av regler om reklamation. Och omvänt, den avtalspart som drabbas av de stränga reglerna om reklamation när det är fråga om en situation där motpartens ansvar för kontraktsbrott inte kan klassificeras

[29] Arnholm, Privatrett III, s 246.

som strängt, finner föga tröst i det faktum att motparten bär ett ansvar som omfattar fler situationer än den förevarande. Reklamationsregler bör således inte formuleras, motiveras eller tolkas mot bakgrund av att de skulle skapa en balans mellan avtalsparterna.

I förhandlingssituationer kan det i praktiken bli aktuellt att kompensera ett strängt ansvar för kontraktsbrott med stränga regler om reklamation. Sådan "byteshandel" förekommer både vid utformning av allmänna standardavtal (*agreed documents*) och enskilt utformade avtal. Även vid kontraktsskrivning är det optimala emellertid om man redan vid bestämningen av ansvaret för kontraktsbrott kan finna balansen. Lagstiftaren och den rättsskapande domaren bör definitivt ägna möda åt att finna den rätta balansen redan på ansvarsstadiet och inte kompensera ett för strängt ansvar med för stränga reklamationsregler.

2.11 Konsumenträttsliga aspekter

Konsumenter intar ofta ställning som naturaborgenärer (köpare, beställare av tjänster, osv) och därmed aktualiseras deras skyldighet att reklamera mot naturagäldenärens (näringsidkarens) kontraktsbrott. Reklamationsskyldigheten påverkas av att en konsument skall reklamera. När avtalsförpliktelsen att reklamera blir föremål för tolkning måste man inom ramen för den partsinriktade avtalstolkningsmetoden väga in den omständigheten att den ene parten inte har förmåga att undersöka avtalsobjektet, att han måste framföra reklamationen på sin fritid och saknar en professionell organisation för att hantera reklamationer samt att han kanske saknar förmåga att uttrycka sig på ett klart och tydligt sätt.[30] Detta medför att man inte kan ställa lika omfattande krav på en reklamation innehållsmässigt när en konsument framför den. Vidare kan näringsidkaren inte i samma utsträckning utgå ifrån att konsumentens passivitet innebär att prestationen är godkänd.

Även om avtalstolkning är subjektiv så tillvida att man beaktar att en konsument är part, förekommer det objektiviseringstendenser inom ramen för konsumenträtten. Man fäster mindre intresse vid den enskilda konsumentens kompetens i olika hänseenden och betraktar alla konsumenter på samma sätt.

Spekulationsargument gör sig inte gällande vid konsumentavtal eftersom avtalsobjekten i sådana avtal normalt inte är utsatta för betydelsefulla prisvariationer och konsumenter i allmänhet saknar tillräckliga juridiska och andra kunskaper för att företa medveten spekulation på näringsidkarens

[30] Angående den partsinriktade avtalstolkningsmetoden, se Ramberg, Allmän avtalsrätt, kap 8.4.5.

bekostnad. Detta kan vara förklaringen till att man ser annorlunda på reklamationsskyldigheten för konsumenter respektive affärsmän.[31] Men trots att det mot bakgrund av spekulationsargumentet vore rimligt att beträffande hävningsmöjligheterna göra åtskillnad mellan konsumenter och affärsmän, återfinns ingen sådan uttrycklig olikhet i lagstiftningen (15 § konsumentköplagen).[32] Skillnaden mellan konsumentköp och andra köp har istället främst visat sig genom att konsumenten åläggs en mindre omfattande undersökningsplikt efter köpet. Konsumentens skyldighet att reklamera kontraktsbrott som han saknat faktisk kännedom om är alltså inte lika omfattande.

2.12 Reklamation i förhållande till preskription

Reklamationsregler och preskriptionsregler har ett nära samband. En viktig skillnad ligger i att preskriptionsfristen vanligtvis är absolut och objektiv, under det att reklamationsfristens längd är mer flytande och beroende av en rad subjektiva omständigheter.

I de fall reklamationsskyldigheten förknippas med en skyldighet att undersöka prestationen är likheten med preskription än mer framträdande. Undersökningsplikten – d v s ett ansvar att reklamera kontraktsbrott som man saknat faktisk kännedom om, men *borde* ha känt till, innebär en objektivisering av reklamationsskyldigheten.

På rättsföljdssidan kan det ibland föreligga en skillnad. Preskription innebär att alla anspråk förfaller, men reklamation kan medföra en rad olika rättsverkningar – alltifrån ett ofördelaktigt bevisläge till skadeståndsskyldighet eller förlust av en eller flera påföljdsmöjligheter.

En likhet är att anspråk som förfallit på grund av försummad reklamation eller preskription normalt "läks" eller "återuppstår" om den kontraktsbrytande parten agerat svikligt eller i strid mot tro och heder (se närmare kap 6.1). Preskriberade anspråk kan också i allmänhet utnyttjas som kvittningsgill fordran.[33]

[31] Sundberg pekar återkommande på att reklamationsinstitutet främst är ägnat för kommersiella förhållanden. Ratio legis passar enligt honom inte in på konsumentförhållanden (Fel i lejt gods).

[32] Inte heller i engelsk rätt skiljer man på konsumenter och affärsmän i detta avseende, även om det har varit föremål för kritik (Se t ex Brown, Acceptance in the Sale of Goods, JBL 1988 s 56).

[33] Saken aktualiserades i NJA 1974 s 203, där domstolen fick anledning att ta ställning till om en frist i ett entreprenadkontrakt skulle uppfattas som en preskriptionsbestämmelse eller en bestämmelse som mer hade karaktären av köplagens reklamationsbestämmelse. Mot bakgrund av att syftet med bestämmelsen varit att parternas mellanhavande skulle avvecklas snabbt, ansågs det inte finnas utrymme att göra gällande anspråket genom en kvittningsinvändning eller genom utnyttjande av ställd pant när fristen försuttits. Se vidare Lindskog, Kvittning, § 6.1.2 – 6.1.3 och densamme, Preskription, § 13.

En jämförelse av ratio legis bakom reklamation respektive preskription

Ratio legis bakom reklamationsreglerna och preskriptionsreglerna är inte desamma. Ändamålet med preskriptionsreglerna är mindre komplicerat. Det handlar där framför allt om att "klippa av" banden mellan parterna så att de får en bättre möjlighet att överblicka sin riskexponering. Ett eventuellt anspråk på grund av kontraktsbrott utgör en risk. I och med att preskription inträder minskas denna risk – även om den i viss mån finns kvar eftersom ju preskriberade anspråk kan väckas till liv i vissa fall. Reklamationsreglerna tillgodoser inte riskexponeringsargumentet eftersom den kontraktsbrytande parten vanligtvis inte själv kan avgöra om reklamationsskyldigheten försummats (med undantag för de fall där undersökningsskyldigheten enligt handelsbruk är så fast att reklamationsskyldigheten i praktiken är helt objektiv).

Det ovan omtalade *bevissäkringsargumentet* gör sig inte gällande som förklaring till preskriptionsreglerna. Visserligen medför preskriptionsreglerna ett incitament att undersöka om det föreligger kontraktsbrott och säkra bevisning om kontraktsbrott så att eventuella anspråk kan framföras innan preskriptionstiden går till ända, men det är alltså en indirekt effekt av preskriptionsreglerna och inte ett ändamål bakom dem.

Inte heller *skadebegränsningsargumentet* gör sig gällande som ett ratio legis bakom reglerna om preskription. Att preskription inträder begränsar skadan för den kontraktsbrytande parten, men inte för den part som drabbats av kontraktsbrottet. Det föreligger alltså ingen möjlighet att med hjälp av preskriptionsreglerna begränsa den totala, sammanlagda skada som följer av kontraktsbrott (jfr nedan om rättsekonomiska aspekter, kap 2.13).

Preskription kan sägas utgöra en objektivisering av *godkännandekonstruktionen*. När preskriptionsfristen gått till ända, föreligger typiskt sett anledning att fästa tillit till passiviteten och därför skall prestationen betraktas som godkänd och kontraktsbrott får ej göras gällande. Det är detta som är en förklaring till varför preskriptionsfrister varierar för olika avtalstyper. Vid fastighetsköp, där fel kan vara dolda under en lång tid, är det rimligt att ha en lång preskriptionsfrist under det att fel i fabrikstillverkade varor (som köplagen bl a tar sikte på) vanligtvis framträder snabbare, varför det är rimligt med en kortare preskriptionsfrist. På samma sätt är det rimligt att preskriptionsfristen beträffande olika typer av fordringar varierar. Näringsidkare har vanligtvis rutiner för att påminna om fordringsanspråk. En konsument som inte får en påminnelse om en fordran på tre år, kan typiskt sett utgå från att näringsidkaren inte gör gällande något anspråk. För andra fordringar än konsumentfordringar finns det dock inte anledning att uppfatta passiviteten som att fordringsanspråket inte längre är aktuellt. En privatperson som har ett fordringsanspråk har normalt sett inte sådana

rutiner som gör det naturligt för honom att ofta påminna om fordringsanspråket. Och när det är fråga om fordringsanspråk mellan näringsidkare, har vanligtvis gäldenären en bokföring av vilken skulden framgår. Därför är det naturligt att preskriptionsfristen är längre vid andra fordringar än konsumentfordringar.

Om nu preskription kan sägas utgöra en objektivisering av godkännandekonstruktionen, kan man ifrågasätta om det är rimligt att göra följande antagande: "I och med att preskriptionstiden ännu inte gått till ända, kan man presumera att prestationen *inte* skall betraktas som godkänd." I och för sig måste man alltid ha som *utgångspunkt* att så länge som inget aktivt godkännande givits, har inte prestationen godkänts. Det gäller allmänt att passivitet endast binder om den givit upphov till faktisk tillit (om ens då, jfr strax ovan s 35 ff). Men man kan *inte dra några slutsatser* om i vilken utsträckning passivitet i det enskilda fallet givit upphov till tillit genom att studera preskriptionsfristens längd. Relevanta faktorer vid en sådan subjektiv och individuell bedömning är istället avtalstypens karaktär, parternas förhållande till varandra, handelsbruk etc.

Ett viktigt ändamål bakom reklamationsreglerna är att förhindra spekulation på den andra partens risk (*spekulationsargumentet*, se kap 2.4). Mot bakgrund av att preskriptionsfrister vanligen är så långa att det skulle kunna finnas goda möjligheter att spekulera på motpartens risk, är det viktigt att preskriptionsreglerna kompletteras med reklamationsregler. Preskriptionsreglerna är normalt sett inte väl ägnade att förhindra osund spekulation. Men det finns vissa avtalstyper där risken för spekulation på motpartens risk typiskt sett är så stor att man infört mycket korta preskriptionsfrister just i syfte att effektivt förhindra den osunda spekulationen och genom det objektiva preskriptionsansvaret underlätta hanteringen av konflikter. Om det *endast* är den osunda spekulationen man vill undvika genom att införa en kort preskriptionsfrist, bör det emellertid uppmärksammas att det strängt taget är onödigt att låta andra påföljdsanspråk än hävning preskriberas.

Förhållandet mellan preskriptionsfristens längd och rättsföljden av försummad reklamation

Även om reklamations- och preskriptionsreglerna sålunda är olika till sin karaktär, finns det emellertid en samverkan mellan dem. Om preskriptionstiden är kort, behöver man inte kombinera försummad reklamation med en sträng rättsverkan. Om preskriptionstiden däremot är lång, kan det finnas ett behov av att tidigare "klippa av" förhållandet mellan parterna via reklamationsreglerna. I lagstiftning är dock förhållandet ofta det omvända.

Förkortade preskriptionsfrister förknippas med strängt sanktionerade reklamationsregler, medan vissa avtal som omfattas av allmän tioårig preskription inte omfattas av särskilda reklamationsregler. Förklaringen ligger antagligen i att tidsmomentet spelar stor roll i vissa avtalstyper under det att det är av mindre betydelse i andra.

Ett exempel när man inte önskar ha för kort preskriptionsfrist är fall då fel visar sig först efter en längre periods brukande. Då kan det vara angeläget att reklamation skall ske så snart felet uppdagats. I det läget är det lämpligt att sanktionera försummad reklamation med en sträng rättsverkan, eftersom man därigenom kan få en avvecklingsfrist som är så kort som möjligt, men ändå rimlig mot bakgrund av svårigheterna att uppdaga kontraktsbrottet.

Vid en medveten styrning av reglernas utformning i avtalstext, bör korta preskriptionstider förenas med reklamationsregler med lindriga rättsverkningar, mot bakgrund av att ju kortare preskriptionstid desto kortare tid av ovisshet för den kontraktsbrytande parten och desto mindre intresse för honom av att skaffa klarhet om hur hans motpart ställer sig till prestationens kontraktsenlighet.

Reklamationsreglerna har vuxit fram efterhand som preskriptionsreglerna skärpts. Preskriptionsreglerna har skärpts i takt med att säljarens felansvar utvidgats.[34] Historiskt kan man konstatera att utvecklingen mot kortare preskriptionstider också åtföljts av kortare reklamationsfrister. Förklaringen till utvecklingen mot strängare reklamationsregler är höljd i dunkel, även om Reitz försökt sig på en teori – vars svagheter han själv är medveten om – som går ut på att det är säljarkollektivet som styr utvecklingen mot säljarvänliga regler på grund av att de är "nettosäljare".[35]

Sammanfattande om förhållandet mellan preskription och reklamation

Genom en jämförelse av ratio legis bakom reklamations- och preskriptionsreglerna framkommer att det finns en rad skillnader mellan dem. De kompletterar varandra på så sätt att de objektiva preskriptionsreglerna aktualiseras när det inte längre är meningsfullt att göra sådana subjektiva överväganden som reklamationsreglerna föranleder. Men de fungerar olika när det gäller påverkan på parternas beteenden och det är därför viktigt att inte betrakta dem som olika sidor av samma sak, utan som regler som kompletterar varandra.

[34] Denna utveckling påvisas i en studie av Reitz, A history of cutoff rules... AJCL Part I och II.
[35] aa

2.13 Rättsekonomiska aspekter

När det gäller de rättsekonomiska aspekterna är det som utgångspunkt naturligtvis totalt sett effektivt att den part som utsätts för ett kontraktsbrott reklamerar till den kontraktsbrytande parten, så att de totala *skadeverkningarna* av kontraktsbrottet kan minimeras.

Den rättsekonomiska bedömningen är emellertid mer komplicerad med avseende på en eventuell *undersökningsplikt* av prestationen. Det mest effektiva är ju att säljaren undersöker avtalsobjektet innan prestationen slutförs eftersom han då antingen kan rätta till saken eller åtminstone förvarna motparten så att dennes skada kan minimeras. Men vissa kontraktsbrott uppkommer i samband med transporter och vissa fel visar sig först efter det att prestationen fullgjorts. Detta skulle innebära att gods som transporterats lämpligen skall undersökas av köparen med avseende på tid samt egenskaper som kunnat skadas i samband med transporten. Det var också till dessa fall som undersökningsplikten efter köpet ursprungligen inskränkte sig.[36] Vid avtal där det är fråga om långa transporter och köparen ändå måste kontrollera att godset inte blivit skadat vid transporten, är det "onödigt" att säljaren gör en kontroll av godset innan det avsänds. Även i de fall där godset inte transporteras men säljaren saknar kontrollutsrustning, som köparen har tillgång till, är det lämpligare att köparen undersöker godsets kvantitet och kvalitet. Som exempel på en sådan situation kan nämnas leverans av en underleverantör av en komponent till ett mätinstrument, vars egenskaper i praktiken endast kan bedömas när den infogats i instrumentet.

Att rutinmässigt kräva att köparen undersöker gods kan förefalla rättsekonomiskt ineffektivt. Kostnaden för alla genomförda obligatoriska undersökningar torde knappast motsvara den besparing som säljare kan göra genom att få en snabb underrättelse om fel i de ovanliga fall då sådant föreligger. En undersökning bör ske först om köparen misstänker eller har anledning att misstänka något fel. Det rättsekonomiskt intressanta är att marknaden antagligen själv förmår anpassa handelsbruket till den mest effektiva omfattningen av undersökningsplikten efter köpet, på så sätt att den totala kostnaden för undersökningar ungefär motsvarar köparkollektivets risk. Men eftersom effekten av försummad undersökningsplikt enligt köplagen är förlust av rätten att göra felet gällande, tvingas marknaden att anpassa sig till en mer omfattande undersökningsplikt efter köpet eftersom kostnaden på sanktionssidan är dyrare än vad den ur rättsekonomisk synvinkel borde vara (sanktionen borde vara skadestånd för den skada som säljaren orsakats på grund av för sen reklamation, se kap 7).

[36] Reitz, A history of cutoff.., AJCL (I) 36:437-472 (1988).

Rättstekniskt har skadeståndsansvaret på grund av försummad reklamation vissa nackdelar. Den kontraktsbrytande parten måste för det första bevisa att motparten agerat försumligt genom att reklamera för sent. Dessutom måste den kontraktsbrytande parten bevisa vilken skada han lidit så att man kan fastställa skadeståndets storlek. Detta kan vara komplicerat och svårbedömt och är typiskt sett önskvärt att undvika. Det som ovan sagts om rigor commercialis (kap 1.2) kan även analyseras ur ett rättsekonomiskt perspektiv. Allt-eller-inget-juridiken är processekonomisk på så sätt att man antagligen är mindre benägen att processa i ett sådant fall än när man enligt "jämknings-juridiken" kanske åtminstone kan räkna med att få något.

De rättsekonomiska aspekterna ger alltså inget entydigt svar på hur reklamationsreglerna bör gestalta sig. Sådana svar förmår rättsekonomi sällan ge, vilket inte hindrar att det är angeläget att skapa medvetenhet om dessa ting. Rättsekonomiska aspekter kan utgöra ett argument bland många andra.

2.14 Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan konstateras att regler om reklamation i anslutning till kontraktsbrott fyller en mängd olika funktioner. Här ovan har framhållits behovet av att minska skadeverkningarna av ett kontraktsbrott och säkra bevisning i rätt tid, den kontraktsbrytande partens behov av att i tid kunna framställa regresskrav och få klarhet, behovet av att minska möjligheten till spekulation på motpartens risk samt principen om status quo. Allt detta påvisar att det allmänt sett är angeläget att ha regler om reklamation.

Därmed är inget sagt om vilken *rättsföljd* som är lämplig i händelse av försummad reklamation. Tänkbara rättsföljder är skadeståndsskyldighet, förlust av rätten att göra kontraktsbrottet gällande eller förlust av vissa påföljder, t ex rätten att häva eller kräva omleverans eller avhjälpande.

De olika funktionerna samspelar och ingen funktion är ensam avgörande när man skall beskriva reklamationsskyldighetens omfattning och verkningar. I det följande kommer jag att återknyta till de här presenterade funktionerna med reklamationsinstitutet och analysera i vilka sammanhang och på vilka sätt de gör sig gällande.

3. REKLAMATIONSFRISTENS LÄNGD EFTER DET ATT KONTRAKTSBROTTET FAKTISKT UPPTÄCKTS

3.1 Inledning

När den part som drabbats av ett kontraktsbrott blivit uppmärksam på kontraktsbrottet, skall han lämna ett meddelande – reklamera – till den kontraktsbrytande parten. I detta kapitel skall reklamationsfristens längd analyseras. D v s frågan om hur lång tid den part som drabbats av ett kontraktsbrott har på sig att reklamera. I det följande kapitlet behandlas skyldigheten att reklamera inom skälig tid från det att man *bort* upptäcka felet – närmare bestämt undersökningspliktens omfattning.

3.2 Från när räknas reklamationsfristen?

Reklamationsfristens starttidpunkt vid fel

För att fastställa längden på en frist måste man först avgöra när fristen börjar löpa. Vid fel räknas starttidpunkten från det att felet uppdagats (angående fel som *borde* ha upptäckts se kap 4).

> I NJA 1988 s 335, som rörde ett köp mellan två näringsidkare, upptäcktes ett fel dagen efter leverans (en lördag). Reklamationsfristen skulle räknas från påföljande måndag. När köparen försökte framföra reklamationen visade det sig att den person med vilken man varit i kontakt var utomlands och väntades åter till landet på långfredagen. HD ansåg att reklamation skulle framföras till kontaktpersonen närmast påföljande vardag (tisdagen efter påskhelgen).[1]
>
> NJA 1977 s 756 rörde köp av lingonpulp som var avsedd för vidareförsäljning. Köparen fick kännedom om felet den 4 september (en söndag). Två dagar senare lämnade köparen ett meddelande till säljaren. Reklamation ansågs ha skett i rätt tid.

Dessa rättsfall klarlägger att reklamationsfristen inte börjar löpa under helgdagar. Som helgdagar räknas lördag, söndag och påskhelg, men inte semesterstängt under sommaren.[2] Om kontraktsbrottet uppdagas på en vardag börjar reklamationsfristen löpa omedelbart.

[1] Se även UfR 1976.254 Gros. soc.
[2] NJA 1982 s 301.

Reklamationsfristens starttidpunkt vid dröjsmål

Vid olika lagregleringar om *dröjsmål* räknas reklamationsfristen normalt inte från tiden för kontraktsbrottets uppkomst, dvs från avtalad dag för prestation, utan från tidpunkten då prestation faktiskt sker.

I entreprenadrätten är tidpunkten för *färdigställande* av entreprenaden utgångspunkt när det är fråga om reklamation beträffande dröjsmål.[3] Det framgår av § 26 konsumenttjänstlagen "inom skälig tid efter uppdragets *avslutande*"[4] och av AB 92 5:19 "framställas senast tre månader efter entreprenadens *godkännande*".

Enligt 23 § kommissionslagen skall reklamation om för sent avlämnat gods ske "utan oskäligt uppehåll efter det att godset kommit honom *tillhanda* eller han av säljaren eller kommissionären *underrättats om dess avsändande*".

Enligt köplagen förlorar köparen sin rätt att kräva *fullgörelse* till följd av säljarens dröjsmål om han väntar "orimligt länge" med att framställa sådant krav (23 § 3 st 2 köplagen). Det framgår emellertid inte av lagtexten från när denna frist skall räknas. Enligt ett uttalande i propositionen skall säljaren i detta läge inte förhålla sig passiv "efter det att dröjsmål har inträffat".[5] Detta tyder på att reklamationsfristen börjar löpa redan vid den avtalade leveransdagen. Om köparen istället vill *häva och/eller kräva skadestånd*, skall reklamation ske "inom skälig tid efter det att han fick kännedom om avlämnandet" (29 § köplagen). Tidsfristen räknas alltså inte från avtalad leveransdag utan i princip från faktisk leveransdag. Om köparen/beställaren har för avsikt att häva eller kräva skadestånd på grund av dröjsmålet, behöver han inte ge tillkänna en sådan avsikt förrän motparten avlämnat varan. Anledningen till detta är att dröjsmålet intill dess att varan avlämnats är ett pågående (perdurerande) avtalsbrott.[6]

Viss kritik kan riktas mot dessa regleringar. Om reklamationsskyldigheten inträtt direkt när dröjsmålet kunnat konstateras (dvs vid avtalad leveransdag), hade kanske vissa skadeverkningar till följd av dröjsmålet kunnat undvikas. Detta gäller särskilt när säljaren själv inte känner till dröjsmålet, t ex på grund av att han anlitat en transportör. Enligt European Principles art 9:303 (a) behöver hävningsreklamation inte ske innan avlämnandet (the tender). Men enligt de allmänna principerna om att begränsa motpartens

[3] K Marthinussen, Reklamasjon og varsel i entrepreisereten – død og fordervelse eller bara ordensforskrifter, s 7 med hänvisning till Sandvik och dom av FTV-Vestl 10.05.73.
[4] Prop 1984/85:110 s 219 och 253.
[5] Prop 1988/89:76 s 102.
[6] Ramberg, Köplagen, s 372.

förlust (art 9:505) och kravet på "good faith and fair dealing" (art 1:201 och 12:106) kan ändå en skyldighet föreligga att reklamera redan innan avlämnande skett.[7]

I NL 92 skall reklamation om dröjsmål ske "inom sex månader från det att *leverans skulle ha skett*" (p 13 st 5 och motsvarande regel i NLM 84 p 48 st 4 som anknyter till när "*övertagandet skulle ha skett*").

Starttidpunkt för reklamationsfristen i samband med anteciperat kontraktsbrott

En nära sammanhängande fråga är om köparen är skyldig att reklamera redan vid anteciperat kontraktsbrott. Om varan inte nått fram till köparen och det av uppgifterna i faktura, konossement eller certifikat redan innan leveransen framgår att säljaren gjort sig skyldig till kontraktsbrott så till vida att varan är behäftad med fel eller kommer att levereras för sent, föreligger i nordisk doktrin olika meningar om reklamationsskyldighet inträder redan i och med mottagandet av *dokumentet* eller om köparen kan invänta mottagande av *själva varan*. I praktiken torde det inte vara vanligt att man noga kontrollerar att uppgifterna i dokument är i överensstämmelse med avtalet, åtminstone inte med avseende på kvantitet och kvalitet. Om man ålade köparen en reklamationsskyldighet beträffande innehållet i fakturor och andra dokument, så skulle man samtidigt ålägga honom en skyldighet att i motpartens intresse – inte i eget intresse på annat sätt än att undvika en sanktion – göra en sådan jämförelse mellan avtalet och uppgifterna i dokumentet.

I de fall där avtalet faktiskt innebär att leverans skall ske 1 mars, men det i fakturan står 1 april, så vore det ju anmärkningsvärt om köparen skulle förlora sin rätt att få leverans 1 mars bara för att han inte reklamerat mot innehållet i fakturan. Jag förutsätter alltså att det går att bevisa att avtalet avsåg leverans 1 mars. En annan sak är att det kan vara svårt att i praktiken bevisa detta och att passiviteten såtillvida får verkningar i bevishänseende.

Ytterligare en komplikation uppkommer i de fall köparen faktiskt tar del av innehållet i dokumentet. Han kan ha uppfattat det som att det endast är dokumentet som är behäftat med ett skrivfel (och alltså inte själva prestationen som är felaktig) och sålunda inte kommit till faktisk insikt om avtalsavvikelsen. Almén betonar att felet enligt 1905 års köplag skall "ha yppats" och menar med stöd därav att reklamationsskyldighet inträder först

[7] Artiklarna i European Principles numrerades tidigare 4.303, 1.106 respektive 1.104.

när köparen mottagit varan.[8] I nya köplagen omtalas dock endast "märkt eller borde ha märkt felet" och lagtexten ger inte intryck av annat än att reklamationsfristen kan börja löpa redan när felet kommer till köparens kännedom före leveransen. Almén pekar på att en sådan regel måste synkroniseras med köparens rättigheter på grund av anteciperat kontraktsbrott. En sådan samordning föreligger enligt 1990 års köplag.[9]

Det skulle kunna tänkas att reklamationsskyldigheten sammankopplades med riskens övergång på så sätt att reklamationsskyldighet uppkom tidigast när risken går över på köparen.[10] Då skulle ingen reklamationsskyldighet föreligga med avseende på anteciperat fel som framgår t ex av uppgifterna i en faktura.[11] Beträffande fel är det visserligen på så sätt att säljaren så länge han bär risken för varan inte kan anklagas för att ännu ha begått ett kontraktsbrott bestående i att varan är behäftad med fel. Han har ju tid på sig att rätta till felet fram till dess att risken övergått på köparen. Felbedömningen sker vid tidpunkten för riskens övergång och först vid det tillfället kan man med säkerhet konstatera om säljaren levererat en felaktig vara. Men mot bakgrund av att ett av de viktigaste syftena med reklamationsinstitutet är att begränsa den kontraktsbrytande partens skada, är det försvarbart att uppställa en skyldighet att reklamera "anteciperat fel" i varor som är under transport och där köparen genom faktura eller transportdokument får klart för sig att varan sannolikt kommer att vara behäftad med fel i samband med riskens övergång.

Reklamationsskyldighet mot uppgifter i dokument av olika slag bör endast åläggas köparen om han haft faktisk insikt om att det föreligger en avvikelse från vad som avtalats. Visserligen kan man kräva av avtalsparter att de läser varandras meddelanden. Men köparen förväntar sig normalt sett inte att en faktura eller ett transportdokument innehåller uppgifter som förändrar avtalsvillkoren med avseende på kvantitet, kvalitet eller tid för prestation. Därför läser köparen dokumentet på ett annat sätt än t ex en offert. Han läser dokumentet med den förutfattade meningen att det endast är en bekräftelse på vad som tidigare avtalats och saknar normalt sett anledning att noga jämföra dokumentet med tidigare kontraktshandlingar. Man kan alltså inte utgå från att köparens underlåtenhet att reklamera mot dokumentet innebär att han godtar en förändring av de ursprungliga avtalsvillkoren. Reklamationsskyldighet mot uppgifter i transportdokument eller fakturor bör sålunda uppkomma först om köparen de facto uppfattat att det

[8] Almén § 52 vid not 27. Enligt dansk rätt skall köparen i vissa fall eventuellt reklamera redan när han får fakturan (Nørager-Nielsen och Theilgaard, Købeloven, s 924 f). Honnold förefaller anse att man enligt CISG har en skyldighet att reklamera med anledning av uppgifter i dokument, s 334.
[9] Ramberg, Köplagen, s 584 f.
[10] Bergem och Rognlien, Kjøpsloven, kommentarutgave, s 190.
[11] Bergem och Rognlien, Kjøpsloven kommmentarutgave, s 190.

varit fråga om en avvikelse. Enligt UNIDROIT General Principles for International Commercial Contracts är den part som blir medveten om anteciperat dröjsmål på motpartens sida, skyldig att reklamera inom skälig tid från det att han fått kännedom om dröjsmålet. Om så inte sker, förlorar han rätten att *häva* avtalet (Art 7.3.2 (2)).[12]

Reklamationsfristens starttidpunkt vid dröjsmål med köparens medverkan till köp

Vid köparens dröjsmål med att medverka till att köpet genomförs, t ex genom att köparen inte tar emot godset på överenskommet sätt, har säljaren en reklamationsskyldighet. Säljaren förlorar rätten att kräva att köparen medverkar till köpet om han väntar orimligt länge med att framställa kravet (53 § 3 st köplagen). Av lagtexten framgår inte från när en sådan tidsfrist skall räknas, men det troliga är att tidsfristen räknas från det att köparen enligt avtalet skulle ha utfört sin medverkan – alltså från tiden för själva kontraktsbrottets uppkomst – eftersom säljaren därigenom på ett effektivt sätt kan bidra till att minska köparens förlust till följd av kontraktsbrottet. Anledningen till köparens bristande medverkan kan vara missförstånd som snabbt undanröjs genom reklamationen. Motsvarande effekt skulle inte uppnås om reklamationsfristen började löpa först efter det att köparen utfört sin avtalsenliga medverkan.

Reklamationsfristens starttidpunkt när prestationen är utsträckt i tiden

Vid avtalstyper där prestationen inte sker momentant vid ett enda tillfälle, utan är mer utspritt i tiden är det särskilt svårt att bedöma när reklamation skall ske. Exempel på sådana avtal är entreprenader och vissa immateriella tjänster. Det kan då uppkomma en situation där uppdragsgivaren blir varse ett fel redan innan tiden är inne för fullständigt slutförd prestation. Det är vid entreprenader inte ovanligt att parterna har avtalat om vissa delbesiktningar och då skall anmärkningar beträffande kända fel framföras senast i anslutning till dessa delbesiktningar. Men vad gäller om skyldigheten att framföra reklamation om uppdragsgivaren upptäcker ett fel en tid före en sådan delbesiktning eller, om parterna inte kommit överens om delbesiktning, en tid före slutbesiktningen? Av 17 § konsumenttjänstlagen framgår att reklamation skall ske inom skälig tid från det att konsumenten märkt

[12] Unidroit Principles, s 185 f.

felet. Det är inte helt entydigt om reklamation måste ske beträffande fel som upptäckts redan innan prestationen är slutförd. Men mot bakgrund av att själva bedömningen av om fel föreligger anknyter till tidpunkten för prestationens slutförande, är det sannolikt att reklamationsskyldighet inträder först efter det att prestationen är slutförd. I 18 § konsumenttjänstlagen sanktioneras reklamationsskyldigheten strängt; konsumenten får inte åberopa fel som han reklamerat för sent. Man skulle kunna tänka sig att konsumenten enligt den allmänna principen om skyldigheten att begränsa motpartens förlust har en skyldighet att framföra anmärkningar mot fel trots att prestationen ännu inte är slutförd, men att detta endast skulle medföra en skyldighet att utge skadestånd för den kostnad som näringsidkaren åsamkas till följd av den sena anmärkningen. I AB 92 3:9 samt 5:10 framkommer en skyldighet för beställaren att utan dröjsmål meddela entreprenören om anmärkningar som upptäckts i samband med fortlöpande kontroll. Om beställaren underlåter att framföra en sådan anmärkning, blir han skyldig att utge skadestånd för den merkostnad som den uteblivna eller försenade anmärkningen medfört. Antagligen ger AB 92 uttryck för en allmän princip om skyldighet att i möjligaste mån minska motpartens kostnader genom att ge fortlöpande meddelanden om anmärkningar. Underlåtenhet att tillvarata motpartens intresse härvidlag kan ge upphov till skadeståndsskyldighet.[13]

När föreligger kunskap om ett kontraktsbrott?

I viss lagstiftning saknas en skyldighet att utföra undersökningar och reklamationsfristen räknas endast från det att den part som drabbats av ett kontraktsbrott har faktisk kunskap om kontraktsbrottet. Den part som drabbas av ett kontraktsbrott är alltså inte skyldig att reklamera kontraktsbrott som han *borde* ha känt till, utan endast sådana som han faktiskt känt till. Så är fallet bl a vid vissa typer av kontraktsbrott i samband med hyra samt vid anställningsavtal.[14] I sådana fall är det särskilt angeläget att avgöra vilka krav som ställs på *kunskap* för att reklamationsskyldighet skall inträda.

> Frågan har prövats av HD i NJA 1973 s 328 som handlar om uppsägning av ett hyresavtal. Den då gällande 33 § hyreslagen stadgade att hyresvärden skulle säga upp avtalet senast inom en månad *från det han fått kunskap om* otillåten uthyrning i andra hand. I domen klargörs vilka krav som skall ställas på kunskapen. Enligt HD var det inte tillräckligt att hyresvärden fått skälig

[13] Sandvik, Entreprenørsrisikoen, s 420.
[14] 7 § 3 st lagen om anställningsskydd. Falkanger, Leie av skib, s 208 f.

anledning att anta eller bort inse att andrahandsupplåtelse ägt rum. Fristen skulle räknas från det att hyresvärden fått verklig vetskap (subjektiv insikt) om att andrahandsupplåtelse skett.

I domen har HD givit en tolkning av ordet "kunskap" i reklamationssammanhang som antagligen ger uttryck för gällande rätt även i andra fall än i det numera upphävda lagstadgandet. I domen uppställs stränga krav för att rekvisitet "kunskap" skall var uppfyllt; det skall vara fråga om faktisk kunskap och bevistekniskt ligger en stor börda på den som påstår att kunskap föreligger. Det är möjligt att detta stränga krav uppställts på grund av att andrahandsupplåtelse anses som ett mycket allvarligt kontraktsbrott som hyresgästen ofta aktivt försöker dölja för hyresvärden. Man kan spekulera i om samma stränga krav på faktisk kännedom skulle ha uppställts om det varit fråga om ett mindre allvarligt kontraktsbrott som hyresgästen inte själv aktivt burit skuld till.

Enligt JB har köparen en reklamationsskyldighet som börjar löpa då felet på ett påtagligt sätt framträder.[15] Detta torde vara exempel på ett fall där det krävs faktisk, subjektiv insikt hos köparen för att reklamationsfristen skall börja löpa.

Beträffande funktionsfel uppkommer inte en skyldighet att reklamera vid första tecken på fel. Köparen måste först få en möjlighet att göra sig en klar bild av om varan motsvarar vad som avtalats och i vissa fall även tillkalla en egen expert innan reklamationsfristen börjar löpa.[16]

I NL 92 p 24 görs en uppdelning mellan reklamationer som beträffande vanliga fel skall ske "utan oskäligt uppehåll" respektive sådana fel där det finns anledning att anta att felet kan medföra risk för skada då reklamationen skall ske "genast". Man får ett intryck av att själva reklamationsfristens längd är beroende av vilken typ av fel det är fråga om. Men det är nog snarare så att kraven på att reklamera "genast" snarare medför en skyldighet för köparen att reklamera innan han nått faktisk visshet om felet, alltså redan när han hyser en misstanke om felet och inser att det eventuellt kan förorsaka risk för elektriska överslag, brandfara eller liknande. Starttidpunkten för reklamationsfristen börjar alltså löpa tidigare vid sådana fel än vid andra fel (se kap 4). Så som kommer att framgå strax nedan är reklamationsfristens längd vanligen så kort att det knappast är möjligt att göra en distinktion mellan "genast" och "utan oskäligt uppehåll".

När den reklamationsskyldige är omyndig och slutit ett avtal med sin förmyndares samtycke, uppkommer fråga om reklamationsfristen skall räkans från det att den omyndige fått kunskap om kontraktsbrottet eller

[15] Prop 1989/90:77 s 62.
[16] Ramberg, Köplagen, s 389; Krüger, Norsk kjøpsrett, s 403 not 5.

först när förmyndaren fått kunskapen. I princip är det förmyndarens kunskap som är den relevanta. Men även om det är fråga om en reklamationsskyldighet som inte är förknippad med undersökningsplikt, kan man antagligen kräva att förmyndaren kontrollerar om den omyndige är nöjd med prestationen.

Reklamationsfristens starttidpunkt vid garantier

Den omständigheten att säljaren lämnat en garanti, torde i och för sig inte påverka reklamationsfristens starttidpunkt. Så snart köparen blivit medveten om ett fel börjar reklamationsfristen löpa, oavsett om säljaren lämnat en garanti eller ej.[17] Men garantier kan påverka omfattningen av undersökningsplikten efter köpet (se kap 4.3.3).

3.3 Hur lång tid är "skälig tid"?

Begreppet "skälig tid" är flexibelt och för att kunna avgöra i vilka fall tiden skall vara lång (kanske två år) och i vilka fall den skall vara kort (kanske några timmar), måste man ha klart för sig vilka intressen som skall tillvaratas genom kravet på reklamation inom skälig tid och vilka omständigheter som skall ingå i skälighetsbedömningen.

Omständigheter på den drabbade partens sida

Det närmast till hands liggande är att bedöma vilka *praktiska möjligheter* den part som drabbats av kontraktsbrottet har att framföra meddelandet. Med moderna kommunikationsmedel, såsom telefon, fax och e-mail eller av parterna överenskomna interna kommunikationsmetoder, kan en reklamation vanligen framställas samma dag som reklamationsfristen börjar löpa. Om det endast är detta moment som skall ingå i bedömningen av vad som är skälig tid, kommer reklamationsfristen att bli mycket kort.

Man kan tänka sig att dessutom beakta om den drabbade parten haft några *ursäktande hinder* för att framföra reklamation så snabbt. Det kan vara så att han är sjuk eller att telefonfunktionen inte fungerar (beroende på internt eller centralt fel). Vidare kan det t ex var så att kontraktsbrottet upptäcktes under semestertid och man därför dröjde med reklamationen.

[17] Wetterstein, Säljarens garantiutfästelser vid lösöreköp, s 267.

Dessutom måste man medge den drabbade parten visst *rådrum*, så att han får en möjlighet att fatta ett beslut om hur han skall förhålla sig till kontraktsbrottet.[18]

Omständigheter på den kontraktsbrytande partens sida

Utöver omständigheter på den drabbade partens sidan, kan det eventuellt vara så att man skall beakta den kontraktsbrytande partens *behov* av en snabb reklamation. Om den kontraktsbrytande partens möjligheter att minska skadeverkningarna av kontraktsbrottet inte påverkas av hur snabbt reklamationen lämnas, så skulle skälig tid kunna vara mycket lång.

Man kan alltså tänka sig att båda parters intressen ingår i en bedömning av hur lång reklamationsfristen är. Det behöver inte vara ensamt avgörande med vilken skyndsamhet den drabbade parten hade kunnat reklamera.[19]

Betydelsen av hur försummad reklamation sanktioneras

Svaret på frågan om den kontraktsbrytande partens behov av snabb reklamation skall vara relevant för att bestämma reklamationsfristens längd kan inte besvaras utan att man beaktar rättsföljderna av för sen reklamation. Enligt 32 § köplagen och 4:19 a jordabalken medför sen reklamation beträffande fel att köparen inte får göra felet gällande. Det innebär att så snart reklamationsfristen gått till ända, så bortfaller köparens alla rättigheter med anledning av felet. Enligt köplagen och jordabalken saknas möjlighet att på *sanktionssidan* ta hänsyn till om en rättidig reklamation faktiskt kunnat bidra till att minska skadeverkningarna av kontraktsbrottet. Därför bör sådana hänsyn tas när man på *rekvisitsidan* bedömer om reklamation skett för sent. Det sker genom att man vid bestämmande av reklamationsfristens längd, tar hänsyn till vilket behov den kontraktsbrytande parten haft av att erhålla snabb reklamation. I de fall den kontraktsbrytande parten är medveten om kontraktsbrottet redan reklamationen förutan, blir alltså reklamationsfristen längre än i de fall den kontraktsbrytande parten är omedveten om kontraktsbrottet.[20] Och på samma sätt förlängs reklama-

[18] UfR 1970.184 H.

[19] Phillips, Notice of breach in sales and strict tort liability law: Should there be a difference?, Indiana Law Journal Vol 47 1971-72, s 467. På samma sätt ser man det inom den engelska allmänna avtalsrätten, där enbart dröjsmål med att framställa anspråk normalt inte får några konsekvenser om det inte lett till någon skada för motparten eller kunnat uppfattas som ett godkännande. Guest i Chitty on Contracts, 1989, s 1298 (sec 2015).

[20] Se vidare nedan kap 6.2.

tionsfristen om kontraktsbrottet är av sådan karaktär att den kontraktsbrytande parten inte regressvis kan föra anspråket vidare eller på annat sätt ekonomiskt begränsa skadeverkningarna av kontraktsbrottet.

I de fall sanktionssidan är mer nyanserad, på så sätt att sen reklamation endast medför förstärkt bevisbörda eller skadeståndsansvar eller enbart förlust av hävningsrätten, kan det finnas anledning att se mer strängt på reklamationsfristens längd och enbart beakta omständigheter på den drabbade partens sida. Om sådan hänsyn tas på sanktionssidan, kan man alltså göra en mer ensidig bedömning på rekvisitsidan. Man kan med andra ord vara mer formell på rekvisitsidan om rättsföljden nyanseras. Men om alla påföljder exkluderas vid försummad reklamation, föreligger behov av att nyansera rekvisitsidan (se vidare kap 7).

Reklamationsfristens längd i olika lagar

I förarbetena till köplagen och jordabalken har intresset främst koncentrerats till om man skall göra olika bedömningar av "skälig tid" beroende på köparens sakkunskap. Uttalandena i förarbetena har inte haft ambitionen att allsidigt belysa alla moment av betydelse för skälighetsbedömningen.[21] I 1905 års köplag användes inte termen "inom skälig tid", utan "genast" respektive "utan oskäligt uppehåll". Termen "genast" ger ett intryck av att bedömningen skulle vara ensidig och alltså endast ta sikte på köparens praktiska möjligheter att framföra reklamationen och inte beakta säljarens behov av snabb reklamation. Avsikten med förändringen i 1990 års köplag var att med "skälig tid" kunna nyansera tidsfristen i olika situationer och kanske i viss mån utöka fristen vid handelsköp.[22] I denna avsikt skulle kunna inbegripas ett mer allsidigt betraktelsesätt, även om saken inte varit föremål för någon ingående analys av lagstiftaren. Mot bakgrund av att man i förarbetena inte analyserat och avvisat ett hänsynstagande till säljarens behov av snabb reklamation, föreligger inget hinder mot att låta detta förhållande få betydelse.

UN Convention on the Carriage of Goods by Sea 1978 (Hamburgreglerna) är ett exempel på en kort reklamationsfrist som är helt oberoende av individuella hinder. Men detta har kombinerats med en mild sanktion. Reklamation skall enligt Art 19(1) ske senast arbetsdagen efter leveransen

[21] I anslutning till att reklamationsskyldighet infördes för fastighetsköpare behandlades endast frågan om vilken *möjlighet köparen hade* att reklamera. Inte heller förarbetena till köplagen nämner något om att man vid bedömningen av vad som är skälig tid skall ta hänsyn till i vilken utsträckning en snabb reklamation tillgodosett något behov hos säljaren.

[22] Ramberg, Köplagen, s 388; Bergem och Rognlien, Køpsloven kommentarutgave, s 192.

och om denna reklamationsfrist överskrids, så presumeras godset var i sådant skick som framgår av transportdokumentet – sanktionen är alltså endast ett ofördelaktigt bevisläge.

Regleringen i CISG ger upphov till särskilda problem. Där anknyter *undersökningsplikten* till köparens praktiska möjligheter (Art 38). *Själva reklamationen* skall ske inom rimlig tid och även enligt CISG skulle man alltså vid bestämmande av reklamationsfristens längd kunna beakta i vilken utsträckning en snabb reklamation faktiskt bidrar till att minska skadeverkningarna. På *sanktionssidan* medför en sen reklamation i första hand att köparen inte får göra felet gällande, i likhet med svenska köplagen. Men i CISG finns ett undantag från denna stränga sanktion. Enligt art 44 förlorar köparen inte alla rättigheter med anledning av kontraktsbrottet, utan kan kräva prisavdrag och begränsat skadestånd om han haft "*reasonable excuse for his failure to give the required notice*". CISG:s undantag innebär inte att man på sanktionssidan skall ta hänsyn till vilken funktion en snabb reklamation faktiskt fyller. Undantaget i art 44 syftar på omständigheter på köparsidan, närmast hans individuella hinder att genomföra en undersökning.[23] Därför finns det skäl att vid bestämmande av reklamationsfristens längd enligt CISG ta hänsyn till om en snabb reklamation verkligen kunnat begränsa skadeverkningarna.

Betydelsen av att den reklamationsskyldige är lekman eller har särskild sakkunskap

Den drabbade partens egenskap av fackman eller privatperson är av betydelse för att avgöra hur lång tid "skälig tid" är. Konsumenten har något längre tid på sig att reklamera än vad näringsidkaren har.[24] Förarbetsuttalanden vittnar om en viss sammanblandning beträffande betydelsen av sakkunskap när det gäller undersökningspliktens omfattning respektive skyldigheten att reklamera snabbt efter det att felet faktiskt konstaterats. Det framgår av följande citat från propositionen till köplagen (min kurs.):

> "Den tid inom vilken meddelande om ett fel bör lämnas *efter det att det upptäckts* kan variera bl a beroende på vem som är köpare... Som regel bör

[23] Det finns mycket som talar för att CISG art 44 främst syftar till att begränsa köparens undersökningsplikt efter köpet och inte egentligen berör reklamationsfristens längd från det att kontraktsbrottet faktiskt upptäckts, se nedan kap 4.4.

[24] Ramberg, Köplagen, s 384. I ARN 1993/94 ref 34 hade konsumenten avvaktat med sin reklamation under mer än två månader för att se hur grannens reklamation skulle bedömas. Detta accepterades av reklamationsnämnden (via Olsen, Konsumentskyddets former, s 115).

> bedömningen vara strängare om köparen är en näringsidkare,...än om köparen är en privatperson... Vilket mått av sakkunskap köparen har är också en omständighet som bör beaktas. En köpare kan behöva biträde av en sakkunnig person *för att bedöma huruvida ett fel föreligger* som kan göras gällande mot säljaren."[25]

Anledningen till att reklamationsfristen är längre för konsumenter beror dels på att konsumenter i allmänhet inte förfogar över lika effektiva kommunikationsmedel som näringsidkare, dels på att reklamationsärenden av konsumenten måste hanteras på fritiden under det att avgivande av reklamationer ingår i näringsidkarens löpande verksamhet. Ytterligare en förklaring till att konsumenter har längre reklamationsfrist är att näringsidkarens behov av snabb reklamation typiskt sett är begränsad vid masstransaktioner. Detta gäller dock inte vid alla typer av konsumentavtal (t ex inte vid omfattande konsumenttjänst i form av husrenovering). Se även kap 2.11.

Betydelsen av att det förelegat hinder att framföra reklamationen

En fråga som har nära samband med köparens sakkunskap, är i vilken omfattning man vid bedömningen av vad som skall anses vara "skälig tid" kan ta hänsyn till hinder på köparsidan. Allmänna hinder, som strejk, är ursäktande liksom andra hinder utanför köparens kontroll.[26]

I samband med utarbetande av CISG väcktes från vissa utvecklingsländer kritik mot reklamationsregeln. De flesta köpare i dessa länder kunde inte förväntas vara bekanta med en sådan regel och den skulle därför slå alltför hårt mot dem. Som en kompromiss antogs därför en kompletterande regel (art. 44), där sanktionssidan lindrades något (if he had reasonable excuse for his failure to give the required notice). *Syftet* med art 44 var att mjuka upp kravet och tolkningen av "reasonable time" särskilt när köparen var från ett utvecklingsland. Men i realiteten har man inte genom art. 44 reglerat reklamationsfristens längd, utan istället lindrat effekterna av en för sen reklamation. Konsekvensen av regleringen i art. 44 är emellertid

[25] Prop 1988/89:76 s 124. Ett liknande uttalande återfinns i propositionen om konsumentskydd vid förvärv av småhus, NJA II s 550 f. I det senare fallet framstår sammanblandningen som än mer anmärkningsvärd mot bakgrund av att man i jordabalken inte reglerat köparens undersökningsplikt efter köpet. Se även Grauers, Fastighetsköp, s 141.

[26] Bergem och Rognlien anser att man inte kan ta i beaktande hinder av rent personlig art eller hinder som rör företagets inre drift (Kjøpsloven kommentarutgave, s 555 ff).

mer omfattande än att enbart reglera sanktionssidan. Vid bedömningen av reklamationsfristens längd skall man antagligen ta hänsyn till köparens insikter om vikten av att snabbt reklamera och hans individuella möjligheter att reklamera (se strax ovan).[27]

Det är osäkert i vilken utsträckning man har möjlighet att vid svenska köp ta hänsyn till individuella hinder på köparsidan. Det finns inget uttryckligt hinder mot att vid en bedömning av vad som skall anses vara "skälig tid" ta hänsyn till individuella hinder. Det förefaller rimligt att denna omständighet skall utgöra en bland flera andra vid bedömningen av vad som får anses vara skälig tid. Privatpersoner eller avtalsparter som är oerfarna av avtalstypen, torde i större mån kunna åberopa individuella hinder som grund för förlängd reklamationsfrist än professionella avtalsparter.[28] När man skall bedöma vilken betydelse individuella hinder har, är det emellertid viktigt att skilja mellan individuella hinder för att företa en *undersökning* av prestationen respektive hinder för att kunna *framföra* en reklamation beträffande kontraktsbrott som man är medveten om. I kapitel 4.3.4 kommer den förstnämnda problematiken att behandlas.

Reklamationsfristens längd i rättspraxis

Den rättspraxis som finns och som kan ge vägledning beträffande reklamationsfristens längd är i flera avseenden oklar. Många gånger framgår inte om reklamationsskyldigheten försummats på grund av otillräcklig undersökning efter köpet eller på grund av att själva tidpunkten mellan upptäckt och meddelande varit för lång. Dessutom har rättspraxis den svagheten att det sällan framgår vilka olika hänsynstaganden som skett vid bestämningen av reklamationsfristens längd. Rättspraxis beträffande handelsköp enligt 1905 års köplag torde inte heller vara rättvisande för innehållet enligt nu gällande köplag dels på grund av att termen "genast" bytts ut mot "inom

[27] Reitz, A history of cut-off rules... AJCL (I) 36:437-472 (1988) s 461 ff. Bianca anser att en försening med att *undersöka* varan är ursäktande endast om den har sin orsak i något allmänt och objektivt hinder. Köparens personliga förhållanden är alltså inte relevanta (Bianca i Bianca-Bonell, s 299). Detta uttalande står inte i harmoni med "uppmjukningen" i Art 44 och man kan antagligen inte dra några slutsatser av detta uttalande såvitt avser skälighetsfristens längd från det att felet faktiskt konstaterats, utan endast med avseende på undersökningspliktens omfattning.

[28] Prop 1984/85:110 s 217. Se även MD 1972:11, 1973:10, 1976:2, 1977:9 och Prop 1973:138 s 247 f.

skälig tid", dels på grund av att 1990 års köplag ger utrymme för en mer nyanserad bedömning än vad som var fallet enligt 1905 års köplag.[29]

Reklamationsfrister i förhållande till preskriptionsfrister

För vissa avtalstyper gäller en bestämd reklamationsfrist och man har alltså inte hänvisat till vaga begrepp som "skälig tid" eller liknande. Ett exempel är 12 § produktansvarslagen enligt vilken talan skall väckas inom tre år från det att man fått veta eller borde ha fått veta att fordringen kunde göras gällande.

Även för anställningsavtal gäller en exakt tidsfrist. Anställningsavtalet är särpräglat på så sätt att arbetstagaren kan begå mindre kontraktsbrott som arbetsgivaren avstår från att påtala för att inte "störa relationen". Arbetsgivaren får dock endast göra gällande kontraktsbrott senast inom två månader. Men åberopar arbetsgivaren inom tidsfristen ett kontraktsbrott, kan han dessutom göra gällande äldre kontraktsbrott.

Arbetstagarens plikt att anmärka mot felaktig uppsägning är också tidsbestämd. Han måste inom två veckor från det att han mottog en uppsägning göra gällande att uppsägningen är ogiltig (skadeståndsanspråk skall framföras inom fyra månader). Skälet till den stränga reklamationsregeln är att det är angeläget att konflikter snabbt klaras upp. Arbetsgivaren måste kunna planera sin verksamhet och snabbt få veta om arbetstagaren inte accepterar uppsägningen.

För entreprenadavtalets del finns det de som hävdar att beställaren har hela garantitiden på sig att reklamera dolda fel som visar sig under garantitiden och att det alltså inte föreligger någon skyldighet att reklamera så snart det dolda felet visar sig. Förklaringen skulle ligga i att det är kostnadseffektivt att samla alla anspråk till ett tillfälle.[30] Även om man i ett enskilt fall kan visa att det vore kostnadseffektivt, krävs det antagligen att en sådan

[29] I NJA 1971 s 51 ansågs reklamation ha skett för sent. Det var fråga om köp av en begagnad bil (säljaren var näringsidkare och köparen konsument). I januari upptäckte köparen kraftiga rostskador. Först i april reklamerade köparen. NJA 1977 s 138 rörde en tomträttsupplåtelse där köparen fick faktisk kännedom om ett fel (bestående i felaktig takkonstruktion) under våren 1970 (tillträdet var redan 1961) och reklamerade den 8 juli 1970. Reklamation ansågs ha skett utan oskäligt uppehåll. I ett danskt rättsfall (UfR 1946.719 VL) rörande köp av potatis, fick köparen anledning att misstänka fel den 2 december i samband med leveransen. Den 6 december reklamerade köparen och säljaren fick del av reklamationen den 8 december. Reklamation ansågs ha skett för sent. Det var fråga om handelsköp. I UfR 1984.459 H, som rörde ett fastighetsköp där huset var angripet av råttor, reklamerade köparen och krävde prisavdrag först två år efter det att han settt tecken på råttangrepp. Reklamationen ansågs rättidig.

[30] Sandvik, Entreprenørsrisikoen, s 424. Sandvik påpekar dock att reklamation skall ske snabbt i de fall en snabb reklamation kan förhindra att felet förvärras (s 425).

uppsamlingsmöjlighet framgår tydligt av avtalet för att sätta den allmänna skadebegränsningsskyldigheten ur spel.

Som ovan anmärkts (kap 2.12) finns många likheter mellan reklamations- och preskriptionsregler, även om ratio legis bakom reglerna inte är identiska. De här redovisade fallen kan i ett avseende betecknas som preskriptionsregler i det att de är exakt tidsbestämda. Men det återfinns också ett subjektivt moment (kunskap), vilket gör att de skulle kunna betecknas som reklamationsbestämmelser. Det tjänar inget till att kategorisera bestämmelserna som det ena eller det andra, så länge man är uppmärksam på att det finns en blandning av objektiva och subjektiva rekvisit i dem.

3.4 Hävningsreklamation och annan specialreklamation

Ju längre tid den drabbade parten har på sig att informera om kontraktsbrott som är så allvarliga att han har rätt att häva, desto större är risken att han spekulerar i prisförändringar på den kontraktsbrytande partens risk (se ovan kap 2.4). För att undvika sådan osund spekulation är det motiverat att man beaktar spekulationsrisken vid bedömning av hävningsreklamationsfristens längd.[31] Reklamationsreglerna bidrar till att minska risken för att hävningspåföljden missbrukas av köparen.[32] Mot säljarens intresse härvidlag bör ställas köparens intresse av att inte tvingas fatta överilade beslut. Det viktigaste vid bestämmande av tidsfristen för att lämna hävningsförklaring, är i vilken utsträckning det föreligger risk för att köparen spekulerar på säljarens bekostnad.[33]

När man vid en bedömning av vad som är skälig tid beaktar vilket intresse säljaren kan tänkas ha av att få en snabb reklamation, kan detta intresse studeras utifrån en objektiv (typisk) eller från en subjektiv (individuell) horisont. Vilket betraktelsesätt som skall väljas är en delikat fråga. Det objektiva betraktelsesättet har den fördelen att köparen typiskt sett kan

[31] Unidroit Principles Art 7.3.2, s 186.

[32] Enligt 1905 års köplag var köparen vid säljarens dröjsmål med delleverans skyldig att meddela att han förbehöll sig rätten att häva avtalet i dess helhet om de återstående leveranserna också skulle försenas. Underlät köparen att lämna ett sådant meddelande, kunde han inte häva mottagna delleveranser. Enligt Almén förebyggdes därigenom att köparen vid prisfall tog dröjsmålet till förevändning för att komma ifrån hela avtalet, trots att en delvis uppfyllelse i själva verket inte skulle medföra någon olägenhet för honom (Almén § 22).

[33] I UfR 1980.388 H, som rörde överlåtelse av samtliga aktier i ett aktiebolag som bedrev restaurangrörelse, tillträddes verksamheten i december 1972. I början av januari 1973 fick köparen klart för sig att det saknades utskänkningstillstånd. Han hävde först i mitten av mars 1973. Det ansågs rättidigt. Det var inte fråga om en situation där det var möjligt för köparen att spekulera i prisförändringar på säljarens risk.

ta fasta på det och bilda sig en självständig uppfattning om hur lång tid han har på sig att reklamera. Nackdelen med det objektiva betraktelsesättet är att det inte fångar upp den individuella säljarens speciella möjligheter att t ex regressvis framföra anspråk. Frågan om objektiva typiserade bedömningar och subjektiva individuella bedömningar uppkommer inte bara i samband med reglerna om reklamation, utan är ett ständigt återkommande problem i avtalsrätten och skadeståndsrätten. Skillnaden behöver inte bli så stor beroende på hur många variabler som ingår i den typiserade bedömningen. Ju fler variabler, desto mer liknar bedömningen den som sker i det enskilda fallet. Dessutom torde det i nu aktuellt hänseende vara tillräckligt att konstatera att om avtalsobjektet är utsatt för prisfluktuation, så är presumtionen om att det förelegat spekulationsrisk i det enskilda fallet så stark att det i praktiken inte uppkommer något behov av att skilja mellan de båda synsätten. Detta innebär omvänt att om köpet rör varor som inte är utsatta för prisfluktuationer, så krävs ingen snabb hävningsförklaring.[34]

Det är emellertid inte enbart risken för spekulation som motiverar att hävningssanktionen går förlorad snabbt. Ett snabbt meddelande om hävning är viktigt för att tillvarata säljarens möjligheter att inrätta sig efter att köparen vill göra hävning gällande, men som tidigare anförts är detta argument inte särskilt tungt vägande (se ovan kap 2.5).[35]

Hävningsreklamation enligt köplagen

Så som köplagen är konstruerad är tanken att köparen först skall lämna en neutral reklamation och därefter en särskild reklamation om den drabbade parten önskar häva.

Om reklamationsinstitutet vore uppbyggt för att på ett ändamålsenligt sätt tillgodose syftena med att den kontraktsbrytande parten får ett meddelande om kontraktsbrottet, borde konstruktionen se annorlunda ut: Om köparen önskar häva, måste han lämna en speciell hävningsförklaring så snabbt som är lämpligt mot bakgrund av varans prisfluktuationsgrad. Gör han inte det, förlorar han möjligheten att häva. Andra påföljder skulle dock stå till buds och köparen ha längre tid på sig att framföra en neutral reklamation om han inte gjorde gällande hävningspåföljden.

Förklaringen till att neutral reklamation vanligtvis lämnas först beror på att köparen inte har hela omfattningen av kontraktsbrottet klar för sig. Köparen har alltså inte bildat sig en uppfattning om kontraktsbrottet är så allvarligt att han önskar häva, men han är på det klara med att han vill göra

[34] Unidroit Principles, Art 7.3.2, s 186 (punkten 3).
[35] SOU 1976:66 s 326.

kontraktsbrottet gällande. I sådana situationer är köparen skyldig att lämna en neutral reklamation först.

> NJA 1977 s 756 rörde köp av lingonpulp. Felet upptäcktes den 4 september. Reklamation skedde 6 september och den 4 oktober lämnades hävningsförklaring. Hävning ansågs ha skett utan oskäligt uppehåll med hänsyn till att en expertutredning om felets omfattning blivit färdigställd först den 29 september.
>
> Vid funktionsfel har man i norsk praxis låtit köparen vänta med att meddela att han vill häva köpet tills dess att felets hela omfattning och betydelse har blivit klarlagd.[36]

Hävningsförklaring från konsumenter

Frågan om reklamationsskyldigheten ser likadan ut för konsumenter som för professionella avtalsparter har delvis behandlats ovan och kommer att utredas närmare i anslutning till undersökningsplikten (kap 4). När det gäller skyldigheten att lämna en särskild hävningsreklamation kan noteras att det i konsumentköplagen inte stadgas något om skyldigheten att avge hävningsreklamation vid fel, men väl vid dröjsmål (§ 15). Här uppkommer problemet om denna oreglerade fråga skall lösas genom en analogi med köplagen eller om avsaknaden av reglering skall tolkas som att lagstiftaren gjort ett tyst avståndstagande från köplagen. Vid enstaka konsumentköp torde det vanligtvis inte föreligga någon större risk för att konsumenten spekulerar i prisförändringar utan egen risk och säljaren/näringsidkaren torde i normalfallet kunna hantera en sen hävning och anpassa sig efter den utan alltför stora besvär även om hävningsreklamationen inte lämnas omedelbart. Detta talar för att konsumenter inte skulle vara skyldiga att särskilt snabbt ange att de önskar häva köpet till följd av fel. Men i de fall där det faktiskt föreligger en spekulationsrisk eller säljaren/näringsidkaren får problem med att hantera en hävning som görs gällande sent, så är det möjligt att konsumenten förlorar sin hävningsrätt, utan att han för den sakens skull förlorar sin rätt att göra gällande andra påföljder. I en sådan situation förefaller det rimligt att tillämpa köplagen analogt. Det är lika angeläget att konsumenter inte spekulerar på näringsidkarens risk som när motsvarande spekulation företas i förhållanden mellan två näringsidkare eller två privatpersoner.

[36] Krüger, Norsk kjøpsrett, s 406 f med rättsfall i not 12.

Hävningsreklamation efter avhjälpande

Särskilda problem att bedöma när hävningsförklaring skall ske uppkommer i sådana fall där den kontraktsbrytande parten har möjlighet att avhjälpa kontraktsbrottet för att undgå hävningspåföljden.[37] Det uppkommer ingen skyldighet för köparen att lämna hävningsreklamation innan det kunnat konstateras att avhjälpande inte fungerar.[38] Det faktum att köparen är vänlig och erbjuder säljaren lång tid att avhjälpa felet skall inte lända köparen till skada, utan köparen har kvar sin rätt att häva eller kräva prisavdrag eller omleverans under avhjälpandetiden.

Man skulle kunna tänka sig att den drabbade parten i samband med att han kräver avhjälpande, eller i de fall den kontraktsbrytande parten kräver att få avhjälpa, skulle vara skyldig att göra ett förbehåll om att han har för avsikt att häva om avhjälpandet misslyckas. Det är inte troligt att den drabbade parten förlorar sin hävningsrätt om han avstått från att göra ett sådant förbehåll. Så länge som den kontraktsbrytande parten medverkar till avhjälpande, torde det inte föreligga någon skyldighet för den drabbade parten att göra ett förbehåll om hävning (även om sådana förbehåll torde vara vanliga i praktiken).

Särskilt om hävningsreklamation vid fastighetsköp

Enligt jordabalken skall talan om hävning väckas i domstol inom en absolut frist (inom ett år från tillträdet 4:12 st 2 jordabalken). Köparen kan emellertid gå miste om hävningsrätten redan tidigare, om han inte reklamerar utan oskäligt uppehåll. Jordabalkens reklamationsregel reglerar inte – utöver den maximala ettårsfristen – särskilt hur och när köparen skall framställa ett anspråk om att han önskar häva köpet. Om köparen alltså framställer en reklamation i enlighet med föreskriften i 4:19a jordabalken utan att i reklamationen ange vilken påföljd han önskar göra gällande (neutral reklamation), kvarstår då hans rätt att häva under hela ettårsfristen i jordabalken 4:12 st 2? Eller är köparen i analogi med § 39 st 2 köplagen skyldig att inom skälig tid (vilket i vissa fall kan antas vara kortare tid än inom ettårsfristen) meddela att han häver köpet för att bevara sin hävningsrätt?[39]

[37] Se NRt 1960 s 1055; 1962 s 175; 1967 s 1059; 1973 s 61.

[38] Nørager-Nielsen & Theligaard, s 934 med hänvisning till UfR 1951 s 12 H; 1958 s 1 H; 1962 s 21 H; 1969 s 152 H.

[39] Tidigare, innan köparen i jordabalken ålades en reklamationsplikt, ansågs att köparen hade hela ettårsfristen på sig att väcka talan. Men det är möjligt att köparens hävningsrätt skall tolkas mot bakgrund av 39 § köplagen enligt vilken hävningsförklaring skall ske inom skälig tid (Jfr Rodhe, Obligationsrätt, s 448).

Frågan om i vilken utsträckning jordabalkens 4 kapitel skall kompletteras med reglerna i köplagen eller tolkas e contrario i förhållande till köplagens regler gör sig gällande inte enbart med avseende på reglerna om reklamation.[40] Mot bakgrund av ändamålsöverväganden framstår det emellertid ofta som rimligt att komplettera jordabalkens regler med köplagens regler. Bedömningen av vad som är en lämplig ansvarsfördelning vid köp av lös egendom överensstämmer många gånger med vad som gäller vid köp av fast egendom. Köparens begränsade möjligheter att häva enligt köplagen syftar till att förhindra att köparen spekulerar utan egen risk. Även vid fastighetsköp finns det motsvarande intresse av att förhindra sådan osund spekulation. Visserligen är fastigheter normalt sett inte utsatta för snabba prisförändringar (även om prisbilden var synnerligen föränderlig under början av 1990-talet), men även lös egendom kan vara tämligen prisstabil. Så som ovan framkommit finns det också en möjlighet att variera kravet på hur snabbt ett hävningsmeddelande skall ges med hänsyn till i vilken utsträckning köpobjektet är utsatt för prisvariationer. Särskilt vid köp av kommersiella fastigheter (t ex hyresfastigheter) är risken för spekulation ett skäl att sätta fristen kort. Därför framstår det som lämpligt att ålägga även fastighetsköparen en skyldighet att inom skälig tid meddela säljaren att han önskar utöva sin rätt att häva, vid äventyr av att han annars förlorar rätten att häva (även om inte ettårsfristen i 4:12 jordabalken gått till ända).[41]

Samma resonemang kan anföras i anslutning till 8:24 p 2 jordabalken där det stadgas om en skyldighet för jordägare att senast inom sex månader från det han fick kännedom om vidareöverlåtelse av arrendet säga upp arrendeavtalet.

Reklamation om skadestånd

Det är inte enbart för att göra gällande påföljden hävning som det krävs en specificerad reklamation. Även möjligheten att kräva skadestånd är beroende av att den part som drabbas av ett kontraktsbrott meddelar det inom en viss frist. Beträffande skadestånd som inte har samband med hävning gör sig inte spekulationsargumentet gällande. Kravet att det skall ges en särskild reklamation om den part som drabbats av ett kontraktsbrott önskar kräva skadestånd är motiverat av att den kontraktsbrytande parten måste få

[40] Se Hultmark, Upplysningsplikt vid ingående av avtal, s 40 f.

[41] Hellner påpekar att reklamationsplikten i jordabalken endast avser neutral reklamation och att det saknas motsvarigheter till de regler om reklamation som förutsättning för särskilda påföljder som finns i köplagen. Man får ett intryck av att han anser att det föreligger en skillnad i förhållande till vad som gäller för köp av lös egendom (Speciell avtalsrätt II, s 61).

klarhet om vilka krav som kontraktsbrottet föranleder, så att han kan inrätta sig därefter. Det är då inte fråga om ett intresse som ställer krav på särskilt snabb skadeståndsreklamation (se kap 2.5). Trots att skyldigheten att reklamera och ange att man kräver skadestånd eller häver ibland regleras i samma paragraf och med angivande av "inom skälig tid", är det alltså fråga om olika tidsfrister för de olika påföljderna (t ex 29 och 59 §§ köplagen, 25 § konsumenttjänstlagen).[42]

> I NJA 1992 s 728 rörande ett leasingavtal där leasegivaren hade rätt att häva och dessutom gjorde gällande rätt till skadestånd, ansågs leasegivaren inte skyldig att ge detta tillkänna innan bolaget fått underlag för att beräkna sin skadeståndsfordran. Hävningsgrunden förelåg under våren 1984 och i december 1984 uthyrdes leasingobjektet på nytt. Skadeståndsanspråket framställdes i januari 1985 och ansågs ha skett i rätt tid.

Reklamation om avhjälpande och omleverans

Avhjälpande och omleverans skiljer sig från hävning på så sätt att köparen inte vid dessa båda påföljder har möjlighet att spekulera i prisförändringar och därför är det inte lika angeläget att köparen snabbt specificerar dessa påföljder. I likhet med skadeståndspåföljden är intresset av att köparen specificerar vilka påföljder han önskar göra gällande motiverat av att säljaren skall kunna inrätta sig efter den uppkomna situationen.[43] Mot bakgrund härav är det alltför strängt att ålägga köparen en skyldighet att precisera sitt anspråk vid äventyr av att han eljest förlorar möjligheten att kräva avhjälpande eller omleverans. Trots allt har säljaren en möjlighet att fråga vilken påföljd köparen ämnar göra gällande. Det viktiga är alltså inte vilken påföljd köparen önskar göra gällande, utan att säljaren genom en neutral reklamation blir medveten om att någon påföljd kan bli aktuell. Om det är av betydelse för säljaren vilken påföljd köparen ämnar göra gällande, så kan säljaren interpellera. Men det är naturligtvis angeläget att köparen inte dröjer alltför länge med att efter en neutral reklamation precisera sina krav. Något krav på att köparen agerar särskilt snabbt är emellertid inte motiverat. Det här sagda gäller dock *inte hävningspåföljden*, där det är angeläget att minska förutsättningarna för spekulation på den kontraktsbrytande partens risk.

[42] Av prop 1988/89:76 s 119 framgår att fristens längd varierar beroende på om det är ett krav på hävning eller skadestånd som framställs.
[43] SOU 1976:66 s 136.

3.5 Sammanfattning

Vid *fel* och motsvarande typ av kontraktsbrott vid andra avtalstyper än köp, gäller att reklamationsfristen börjar löpa så snart kontraktsbrottet upptäckts (vad som gäller beträffande reklamation av fel som köparen borde ha upptäckt, se kap 4). Vid *dröjsmål* är det inte lika enkelt att uttala sig om när reklamationsfristen börjar löpa. Enligt köplagen börjar reklamationsfristen löpa först när godset faktisk levererats eller köparen fått meddelande om avlämnandet. Reklamationsfristen börjar alltså inte löpa vid den avtalade leveransdagen. Utanför köplagens område torde följa av den allmänna principen om skyldigheten att begränsa motpartens förlust att reklamationsfristen börjar löpa så snart den part som drabbats av dröjsmålet blir varse kontraktsbrottet och har för avsikt att begära kompensation (under förutsättning att reklamationen kan bidra till att begränsa den kontraktsbrytande partens förlust). Eventuellt uppkommer på denna grund en skadeståndssanktionerad skyldighet att reklamera även vid sådana avtal som omfattas av köplagen (se närmare kap 7).

Vid en bedömning av hur lång reklamationsfristen är skall hänsyn tas till vilka praktiska möjligheter den part som drabbats av kontraktsbrottet har att meddela den kontraktsbrytande parten. Möjligheten att i bedömningen av vad som är skälig tid dessutom ta hänsyn till vilket behov den kontraktsbrytande parten har av snabb reklamation varierar beroende på hur försummad reklamation är sanktionerad. I de fall där försummad reklamation medför förlust av rätten att göra kontraktsbrottet gällande (som t ex i köplagen), kan den omständigheten att den kontraktsbrytande partens möjligheter att begränsa sin skada varit oberoende av hur snabbt reklamationen framförts leda till att reklamationsfristen förlängs. I andra fall, där försummad reklamationsfrist endast medför förlust av rätten att häva eller ger upphov till skadeståndsskyldighet, skall endast den drabbade partens praktiska möjligheter att framföra reklamation snabbt beaktas, vilket medför att reklamationsfristen i sådana fall normalt sett blir mycket kort.

De lege ferenda kan man kritisera en ordning där reklamationsfristens längd bestäms utan att hänsyn tas till om reklamationen faktiskt är ägnad att fylla en skadebegränsande funktion. Sådan hänsyn kan tas *antingen* på så sätt att reklamationsfristens längd inte enbart blir beroende av den drabbade partens praktiska möjligheter att snabbt reklamera, utan dessutom beroende av i vilken utsträckning den kontraktsbrytande parten genom en snabb reklamation kunnat begränsa skadeverkningarna. Ett *annat sätt* är att låta reklamationsfristens längd endast bestämmas utifrån köparens praktiska möjligheter (och alltså inte förlänga reklamationsfristen i de fall en snabb reklamation inte leder till begränsning av skadan), men i gengäld

låta påföljden av för sen reklamation variera beroende på vilken skada den sena reklamationen faktiskt givit upphov till.

Det är angeläget att den part som drabbats av ett kontraktsbrott snabbt lämnar ett meddelande om han vill häva avtalet på grund av att man därigenom undviker att den drabbade parten spekulerar i prisfluktuationer utan egen risk. Vid en bedömning av hur snabbt *hävnings*reklamation skall ske, skall hänsyn tas till i vilken utsträckning avtalsobjektet är föremål för prisfluktuation.

4. REKLAMATION BETRÄFFANDE KONTRAKTSBROTT SOM MAN BORDE HA KÄNT TILL – UNDERSÖKNINGSPLIKTEN

4.1 Inledning

I detta avsnitt skall undersökningsplikten beträffande fullgjord prestation konkretiseras så långt det är möjligt. Dessutom skall avsnittet behandla frågan om i vilken utsträckning en motsvarande undersökningsplikt åvilar naturaborgenärer i avtalstyper för vilka frågan inte regleras i lag. Köplagens utgångspunkt är att köparen efter leveransen skall undersöka varan i enlighet med god affärssed. Motsvarande bestämmelser finns också i andra lagar, t ex 11 och 12 §§ kommissionslagen. Det finns avtalstyper där lagen endast föreskriver att reklamation skall ske efter det att den part som drabbats av kontraktsbrott fått *faktisk kännedom* om det (t ex 8:24 p2 jordabalken) och man får då intryck av att det inte föreligger någon undersökningsskyldighet. Det finns också lagar som stadgar reklamationsskyldighet för kontraktsbrott som den drabbade parten *borde ha känt till* utan att lagen reglerar något om undersökningsplikten eller dess omfattning (t ex 17 § konsumenttjänstlagen). I dessa fall är det särskilt svårt att bilda sig en uppfattning om i vilken utsträckning den part som drabbats av ett kontraktsbrott är skyldig att undersöka prestationen.

4.2 Undersökningspliktens historiska utveckling

Köparens undersökningsplikt efter köpet utvecklades i samband med att distansköp blev allt vanligare. Vid platsköp gällde som huvudregel att köparen i och med köpet godkände varan och därefter inte fick göra gällande fel i det sålda. Vid distansköp utvecklades en regel att köparen i samband med mottagandet skulle anses ha godkänt varan och därmed förlorade han rätten att göra gällande påföljder. Eftersom man vid platsköp ansåg att köp av varor med synbara fel utgjorde ett godkännande av felet, var det naturligt att vid distansköp anse att köparen var skyldig att påtala fel så fort han fick en möjlighet, dvs i samband med mottagandet.[1]

[1] Reitz, A history of cutoff... AJCL, (II) 37: 247-299 (1989), s 261 f samt Recknagel, Die Trennung von Zivil- und Handelsrecht... , s 43.

Det är knappast möjligt att fastställa hur ett handelsbruk uppkommit innebärande en skyldighet för köparen att undersöka varan efter köpet när det inte var fråga om distansköp. Man skulle kunna spekulera i att det ursprungligen utformades av köparen som ett sätt för denne att tillvarata sin möjlighet att hålla inne en del av betalningen. I de fall där betalning skulle ske efter eller i samband med leverans var köparen naturligtvis mån om att undersöka varan så att han, om det fanns fel i den, kunde innehålla en del av köpeskillingen. Denna vana hos köpare skapade så småningom en föreställning hos säljare att om köparen betalade utan att framställa några anmärkningar på varan, så hade köparen godkänt varan. Det handlingssätt, som ursprungligen utvecklades i syfte att tillvarata köparens rätt att innehålla en del av betalningen, utvecklades till att även skydda säljaren på så sätt att om köparen betalade utan anmärkning, så ansågs varan godkänd. Det är möjligt att detta synsätt kom att appliceras även på de fall där köparen betalat innan han mottagit varan, på så sätt att han ansågs ha en skyldighet att strax efter köpet undersöka den och reklamera fel. Enligt detta scenario har utvecklingen av reklamationsskyldigheten skett enligt en godkännandekonstruktion: Köparens passivitet skapar en föreställning hos säljaren om att köparen godkänt varan. En förutsättning är dock att säljaren fäst tillit till passiviteten och uppfattat situationen så att köparen godkänt varan.

En annan förklaringsmodell ges av Reitz. Han anser att säljarvänligt handelsbruk i kommersiella förhållanden uppkommer på grund av att det inte finns tillräckliga incitament att förhindra en sådan utveckling. De flesta kommersiella aktörer har nämligen som målsättning att sälja för högre värden än de köper (de är nettosäljare). Därför finns ett större intresse av att skapa säljarvänliga regler än köparvänliga och på detta sätt får uppkomsten av den stränga reklamationsskyldigheten en förklaring.[2] Förklaringen är anslående, men det som talar mot den är att dröjsmåls- och felansvarsreglerna i övrigt måste karaktäriseras som tämligen stränga mot säljaren, åtminstone sett i ett historiskt perspektiv. Vore Reitz förklaring den riktiga, borde man kunna se en liknande trend inom hela det köprättsliga fältet. Reitz tillstår också att hans förklaringsmodell inte är invändningsfri. En annan näraliggande förklaring kan vara att säljarkollektivet präglar handelsbruk på grund av att det är mer enhetligt till sin karaktär än de tillfälliga köparna.

I samband med att köparen i 1905 års köplag ålades en undersökningsplikt, dvs en skyldighet att reklamera mot fel som han saknade faktisk kännedom

[2] Reitz, A history of cutoff.., AJCL, (I) 36:437-472 (1988) s 467.

om, skedde inga egentliga analyser av om det var lämpligt med en sådan regel. Man antog att undersökningsplikten efter köpet utgjorde handelsbruk avseende såväl distans- som platsköp, även om det var osäkert hur etablerat ett sådant eventuellt handelsbruk var.[3]

1905 års köplag utformades inte med utgångspunkt från en godkännandekonstruktion. Vid tiden för köplagens tillkomst dominerades tänkesättet av viljedogmen. Det är möjligt att dessa teorier för avtalsbundenhet influerat även synsättet på passivitetsverkan vid kontraktsbrott. Bundenhet genom passivitet bygger inte på den passives *vilja*, utan på att den passive lämpligen bör bära ett *ansvar för att han inte valt att undanröja ett missförstånd*. Eftersom godkännandekonstruktionen inte passade in i viljedogmens ram, avstod man från att basera reklamationsskyldigheten vid kontraktsbrott på ett sådant synsätt. Man underlät att bygga upp en teoretisk grund för reklamationsregeln. I tyska HGB sägs att om köparen inte undersöker på visst sätt, så skall han anses ha godkänt prestationen. I 1905 års köplag däremot stadgas endast att om köparen inte reklamerat inom viss tid från det att han upptäckt eller bort upptäcka felet (med underförstådd hänvisning till undersökningsplikten i föregående paragraf) så "vare köparen all talan förlustig".

Trots att viljeteorin försvagats alltmer sedan sekelskiftet, förändrades inte reklamationsregeln i 1990 års köplag. Även om det inte föreligger något behov av att anpassa reklamationsreglerna i köplagen till teorierna om passivitetsverkan i samband med ingående av avtal, föreligger ändå ett behov av att anpassa reklamationsregeln i köplagen och tillämpningen av den till de ändamål den är avsedd att tillvarata. Detta bör bland annat medföra att man vid bedömning av köparens undersökningsplikt av mottagen prestation bland annat beaktar i vilken utsträckning säljaren har befogad anledning att uppfatta köparens tystnad som ett godkännande av prestationen.

Det är möjligt att man kan se en utvecklingslinje beträffande undersökningsplikten mot bakgrund av att den typ av köpsituationer som man hade för ögonen när 1905 års köplag utformades inte motsvarar många av de köp som förekommer idag. 1905 års köplag tog sikte på handelsköp av dels fungibla varor (t ex säd och metaller), dels köp av individuella, unika varor (t ex en viss häst). Numera har tillkommit en vanlig typ av köp där köpobjektet utgörs av specialtillverkade varor samt varor där säljaren ensam har kompetens att bedöma om varan är kontraktsenlig. Ytterligare ett vanligare fenomen är att många varor är förpackade på ett sätt som gör att de inte kan undersökas innan de vidareförsålts, eller att varupartiet är så stort att det är

[3] Federspiel, Bidrag til læren om.., s 87 f.

praktiskt ogenomförbart att företa någon meningsfull undersökning av varje enskilt objekt. Vid sådana köp blir undersökningsplikten begränsad. Relationen mellan köpare och säljare bygger ofta på förtroende. Säljaren är beroende av att ha gott kvalitetsrykte och köparen räknar typiskt sett med att säljaren åtgärdar fel som upptäcks vid normalt bruk just på grund av att säljaren är mån om sitt kvalitetsrykte.

Dessa numera så vanliga köp som bygger på ömsesidigt förtroende leder till att undersökningsplikten efter köpet förändras. Förändringen sker parallellt på två plan. Utifrån säljarens perspektiv är det inte längre lika självklart att passivitet från köparsidan skall uppfattas som ett godkännande. Och sett utifrån köparens perspektiv är det rimligt att inte uppställa stränga krav på omfattande undersökningar av varor som säljaren underförstått påtagit sig ett funktionsansvar för.

4.3 Undersökningspliktens omfattning

Vid en analys av de bakomliggande skäl som talar för en undersökningsplikt av mottagen prestation har framkommit att det finns två argument varför mottagaren av en prestation har anledning att i eget intresse undersöka prestationen; dels för att säkra bevisning (kap 2.3), dels för att undvika att hans passivitet uppfattas som om han godkänt kontraktsbrottet (kap 2.6). Men det finns inget självständigt argument som motiverar en generell obligatorisk skyldighet att undersöka en mottagen prestation. Endast i ett fall kan det vara motiverat med en sådan undersökningsplikt och det är när mottagaren av prestationen inser att motparten har ett intresse av att regressvis kunna föra eventuella anspråk bakåt i avtalskedjan. Man bör dessutom beakta den allmänna skyldigheten att begränsa motpartens förlust. Den part som erhåller en prestation och visserligen inte är säker på att det föreligger ett kontraktsbrott, men på goda grunder *misstänker* att så är fallet, kan enligt denna princip vara skyldig att aktivt undersöka om misstanken är riktig.[4]

Undersökningspliktens omfattning är primärt en fråga om avtalstolkning. De moment som är av störst betydelse och som tjänar som utgångspunkt är det parterna uttryckligen avtalat om. I avsaknad av uttrycklig överenskommelse måste andra faktorer ligga till grund för en bedömning av i vilken utsträckning mottagaren av prestationen är skyldig att företa en undersökning. De moment som kan bli aktuella vid en sådan bedömning är avtalstypens karaktär, handelsbruk och kontraktsbrottets art, parternas sak-

[4] UfR 1961.917 V

kunskap och förväntningar på motparten, sambandet mellan undersökningsplikt före avtalet och undersökningsplikt efter mottagen prestation samt den kontraktsbrytande partens beteenden före och efter leveransen. Dessa moment skall nu analyseras var för sig.

4.3.1 Avtalstyp

Köp

Att undersökningens omfattning är beroende av avtalstolkning, framgår inte med önskvärd tydlighet av t ex köplagen, CISG eller kommissionslagen. Av dessa får man närmast ett intryck av att det enda relevanta är i vilken utsträckning en part tillvaratagit de *praktiska möjligheter* han har att genomföra en undersökning.

I CISG anknyter man inte till ett begrepp motsvarande "god affärssed", som i köplagen, utan säger att köparen skall undersöka godset inom en så kort tid som är praktiskt möjligt med hänsyn till omständigheterna, art. 38 (1). Regeln skall emellertid tolkas mot bakgrund av "international usages".[5] CISG har alltså ett utpräglat köparperspektiv och ställer frågan om köparen handlat så som man kan kräva av honom. Som en kompensation för den stränga undersökningsplikten, infördes efter krav från tredje världen, en uppmjukning av påföljderna av för sen reklamation i vissa fall (se vidare kap 7.3.1). [6]

Undersökningens omfattning är beroende av vad för slags avtalsobjekt det är fråga om. Vid köp av en verksamhetsrörelse – som får betecknas som ett komplicerat köpobjekt med många potentiella fel – har man typiskt sett *längre tid* på sig att avgöra om det finns fel.[7] Man kan emellertid inte generellt säga att komplicerade köpobjekt medför en mer *omfattande* undersökningsplikt. Många gånger talar just köpobjektets komplicerade natur för att undersökningen begränsar sig till en ytlig granskning. Vid

[5] Bianca i Bianca-Bonell, Commentary on the International Sales Law the 1988 Vienna Sales Convention, s 297 f. CISG är mer nyanserad än sin föregångare, ULIS, som föreskrev att köparen skulle undersöka godset "promptly".

[6] Till skillnad från CISG, fastslås i Unidroit Principles – i samband med kommentaren till vad som skall anses utgöra "good faith and fair delaing" – att det är en allmän princip att säljarens vetskap om köparens kompetens att undersöka avtalsobjektet är relevant för att avgöra om reklamation skett i rätt tid (Unidroit, Principles of International Commmercial Contracts, s 18, ill. 6). Där har man alltså givit uttryck för att undersökningens omfattning inte enbart skall bedömas mot bakgrund av "international usages". Man skall dessutom beakta vilka förväntningar säljaren haft om snabb reklamation.

[7] UfR 1927.245 H där brister i lagret påtalades ca fem månader efter tillträdet. I UfR 1969.391 H ansås dock reklamation ha skett för sent. Det var fråga om köp av tillgångarna i en verksamhet. Köparen påtalade efter ett år och fem månader att tillgångarna var felaktiga och värdelösa.

vissa typer av komplicerade objekt – specialtillverkade maskiner och liknande – händer det att parterna avtalar särskilt om slutbesiktning eller provning (testkörning). Om parterna emellertid inte kommit överens om en sådan undersökning i samband med leveransen, är det möjligt att köparen helt saknar undersökningsplikt efter köpet mot bakgrund av köpobjektets komplicerade natur.[8]

Kravet på att undersökning skall ske i enlighet med god affärssed kan innebära en skyldighet för köparen att *bruka* köpobjektet i viss omfattning, så att köparen i och med brukandet får möjlighet att konstatera funktionsstörningar.

> I ett engelskt rättsfall som rörde konsumentköp av bil reklamerade köparen först efter fyra veckor. Det var vinter och han hade endast kört bilen några få gånger. Reklamation ansågs ha skett för sent.[9]

Ju mer omfattande undersökning, desto längre tid tar den och därmed riskerar reklamationen att komma senare till säljaren. Så snart undersökningen medför att köparen blir uppmärksam på någon typ av fel, så skall han reklamera inom skälig tid. Han kan i reklamationen påpeka att undersökningen fortskrider och att prestationens kontraktsenlighet ännu inte till fullo kan bedömas. Även när köparen anlitar sakkunnig hjälp med undersökningen kan det uppkomma en skyldighet att reklamera innan undersökningen är helt slutförd.

Vidareförsäljning

Tre moment är ägnade att skapa problem i samband med undersökningsplikten vid vidareförsäljning där köparen inte brukar varorna utan säljer dem vidare. Enligt 31 § 3 st köplagen krävs för det första att köparen på grund av vidareförsäljningen saknat skälig möjlighet att undersöka varan och vad som utgör "skälig möjlighet" är i viss mån oklart. För det andra är det oklart om säljaren måste ha haft insikt om att köpobjektet skulle vidareförsäljas och, i så fall, om insikten skall ha förelegat redan vid köpet eller om det är tillräckligt att denne blir medveten vid något senare tillfälle. För det tredje är det oklart om köpare 1 är ursäktad gentemot den ursprunglige säljaren om köpare 2 åsidosätter sin undersökningsplikt och reklamationsskyldighet.

[8] Enligt Sandvik föreligger dock en sådan allmän skyldighet vid entreprenader, Entreprenørsrisikoen, s 414.
[9] Bernstein v Pamson Motors (Golden Green) Ltd (1987) 2 All E.R. 220.

I motiven anges som exempel på en situation där köparen saknar undersökningsplikt när varan är avsedd för vidareförsäljning att det kan vara besvärligt och förenat med kostnader att bryta förpackningen eller, såsom vid containertransporter, varorna är oåtkomliga för undersökning.[10] Det framgår inte klart om det är kostnaden bestående i att det måste företas dubbla undersökningar, av både mellanledet och slutdestinatären, som föranleder att undersökningsplikt inte inträder i mellanledet eller om det är själva emallageproblematiken som är skälet till att mellanledet undgår undersökningsplikt. Som konkret exempel kan tas att köpet rör en maskin som inte är emballerad på något särskilt sätt och som är avsedd för vidareförsäljning. Är köparen skyldig att undersöka om maskinen fungerar eller kan han vänta och låta slutdestinatären undersöka maskinen?

Om det endast vore nödvändigt med en undersökning i slutledet, så skulle kostnader besparas totalt sett, men sett utifrån den enskilda säljarens synvinkel är mellanledets undersökningskostnader rimligen något som mellanledet bör se till att bli kompenserad för när han förhandlar om priset med slutdestinatären. Emballageargumentet, dvs att bryta en förpackning, innebär direkt kapitalförstöring och kan tjäna som ett starkt argument mot att mellanledet företar en undersökning, vilket däremot inte är lika självklart i det exemplifierade fallet som endast medför dubbla kostnader för själva undersökningsförfarandet. Mot bakgrund av lagtextens utformning ("utan att ha haft skälig möjlighet att undersöka") kan mellanledet antagligen inte undgå undersökningsplikten om en undersökning inte medför direkt kapitalförstöring eller är praktiskt svårgenomförbar. Rent samhällsekonomiskt skulle man kunna kritisera en sådan ordning med undersökningsplikt för mellanledet eftersom den medför att två i stort sett identiska undersökningar måste ske.

I kommissionsförhållanden, som ju är en variant av vidareförsäljning, åläggs handelskommissionär som mottagit gods för försäljning en skyldighet att undersöka godset i den omfattning som efter gott handelsskick kan krävas (11 § kommissionslagen). Även om kommissionslagen inte hänvisar till att kommissionären skall ha saknat skälig möjlighet att undersöka varan, vilket köplagen gör när det är fråga om vidareförsäljning, torde i praktiken samma undersökningsplikt åvila en försäljningskommissionär som en köpare i mellanled. Rättssystematiskt kan man emellertid beklaga att texterna i köplagen och kommissionslagen inte synkroniserats härvidlag. En förklaring till varför sådan synkronisering inte skett kan möjligen vara att påföljdssidan ser helt annorlunda ut i kommissionslagen jämfört med köplagen. Enligt köplagen medför försummad reklamation att köpa-

[10] NU 1984:5 s 272; Prop 1988/89:76 s 122.

ren inte får göra felet gällande men enligt kommissionslagen medför försummad reklamation endast en skyldighet för kommissionären att ersätta den skada som den uteblivna reklamationen orsakat kommittenten.

> I NJA 1982 s 301, som rörde undersökningsplikten efter köpet vid köp av plomberad utsädespotatis som var avsedd för vidareförsäljning, konstaterades att köparen ej var skyldig att bryta plomberingarna innan han vidareförsålde varorna. Dock ansågs köparen vara skyldig att utvidga sin undersökning och att reklamera så snart han fått klagomål från en av dem han vidareförsålt till.

Av både art. 38 p 3 CISG och 31 § 3 st köplagen framgår uttryckligen att undersökningen efter köpet får uppskjutas tills dess varan når slutdestinatären, under förutsättning att säljaren "vid köpet kände till eller borde ha känt till möjligheten" av en sådan vidaresändning. Insiktsrekvisitet är emellertid mycket lågt ställt, det räcker med att säljaren *borde* ha känt till *möjligheten* av vidareförsäljning. Detta leder i praktiken till att varor som typiskt sett vidareförsäljs inte behöver undersökas innan de nått slutdestinatären.[11]

Den tidpunkt då insikt om vidareförsäljning skall ha förelegat anges i både köplagen och CISG till tiden för köpet. Om säljaren först senare får kännedom om att varan skall vidareförsäljas, skulle köparen e contrario vara skyldig att göra en undersökning. Men i och med att säljarens förväntningar påverkas av att han får veta att godset skall vidareförsäljas, är det möjligt att köparens undersökningsplikt blir mindre omfattande. Säljaren har i det läget inte anledning att uppfatta köparens passivitet som ett godkännande av prestationen.

När en vara säljs i flera avtalsled händer det att ansvarsfördelningen varierar i de olika mellanleden. Det kan t ex förhålla sig så att reklamationsskyldigheten ser annorlunda ut i förhållandet mellan säljaren och mellanledet respektive i förhållandet mellan mellanledet och slutdestinatären. Frågan är då om mellanledet bär risken för att slutdestinatären inte reklamerar på ett sådant sätt som motsvarar mellanledets skyldigheter gentemot säljaren. Av förarbetena till köplagen får man ett intryck av att mellanledets reklamationsskyldighet gentemot säljaren aktualiseras först när han fått faktisk kännedom om felet via slutdestinatärens reklamation ("I sådana fall räknas reklamationsfristen från det att felet... vid vidareförsäljning, har kommit till köparens kännedom exempelvis på grund av senare köpares reklama-

[11] NJA 1977 s 756 rörde köp av lingonpulp avsett för vidareförsäljning. HD uttalar att när säljaren känner till att varan är avsedd att sändas vidare till annan kund, kan det ej krävas att undersökning sker innan varan nått slutdestinatären.

tion.").[12] Mellanledet skulle alltså bibehålla sin rätt att påtala felet gentemot säljaren även om slutdestinatären på grund av t ex ett fördelaktigt avtal har en mindre omfattande undersökningsplikt eller reklamationsskyldighet än vad mellanledet skulle ha haft om han vore slutdestinatär. Ett rättsfall som avgjordes mot bakgrund av 1905 års köplag talar också för att mellanledet bibehåller sina rättigheter gentemot säljaren så länge som slutdestinatären fullgjort vad som på honom ankommer i förhållande till mellanledet.

> NJA 1956 s 343. Köparen hade sålt varan vidare till köpare i England. Denne reklamerade inte omedelbart (i enlighet med engelsk rätt) och den svenske köparen reklamerade till sin säljare så snart han mottagit den engelske köparens reklamation. Detta ansågs tillräckligt.[13]

Jag ställer mig kritisk till förarbetsuttalandet och NJA 1956 s 343. Rent allmänt förefaller det rimligt att låta mellanledet bära ett ansvar för att avtalen med säljaren respektive med slutdestinatären är synkroniserade. Om mellanledet låter slutdestinatären bära ett lindrigare ansvar än vad mellanledet själv gör gentemot säljaren, så bör ansvaret stanna på mellanledet och alltså inte kunna vidareföras på säljaren. Detta gäller för dröjsmåls- och felansvar och borde rimligtvis gälla även med avseende på reklamationsskyldigheten. Det ovan citerade uttalandet i förarbetena kan kritiseras även på ett annat sätt. Om slutdestinatären försummar sin reklamationsskyldighet och framför reklamationen för sent, men mellanledet av försumlighet inte tillbakavisar slutdestinatärens anspråk, så skulle mellanledet enligt förarbetsuttalandet ändå kunna anses ha reklamerat i tid gentemot säljaren eftersom han reklamerar så snart felet kommit till mellanledets kännedom. Det är inte rimligt att mellanledet skall kunna lasta över ansvaret för sin egen försumlighet på säljaren.[14] Enligt min uppfattning ger det aktuella uttalandet i propositionen, mot bakgrund av den här anförda kritiken, inte uttryck för gällande rätt i vidare mån än att om slutdestinatären undersöker och reklamerar *i enlighet med mellanledets skyldigheter gentemot säljaren*, så kan mellanledet reklamera inom skälig tid efter det att slutdestinatären framfört sin reklamation till mellanledet.[15]

Vid avtal beträffande varor som är av den karaktären att de vanligtvis vidareförsäljs och som är paketerade eller där det framgår av omständighe-

[12] Prop 1988/89:76 s 123 (se även NU 1984:5 s 273).

[13] Det går att spåra en kritisk ton hos Rodhe mot avgörandet, SvJT 1961 s 245, på s 272.

[14] I UfR 1946.543 ansågs ett fel reklamerat för sent. Köparen fick kännedom om felet först sedan de han vidareförsålt till klagat. Köparen ansågs ha reklamerat för sent eftersom felet hade kunnat upptäckas vid en stickprovsundersökning.

[15] Se även Ramberg, Köplagen, s 390. Frågan är omdiskuterad i tysk rätt. Mitt synsätt delas av K Schmidt, Handelsrecht, s 720.

terna att mellanledet saknar undersökningsmöjligheter (t ex i brist på utrustning, kompetens eller tid), finns det många gånger anledning att tolka avtalet mellan parterna på så sätt att det saknas undersökningsplikt. En sådan bedömning tar sin utgångspunkt i förhållandena vid avtalets tillkomst. Om det enligt avtalet saknas undersökningsplikt, så inträder mellanledets reklamationsskyldighet först när han får faktisk kännedom om felet. Den omständigheten att mellanledet inte föreskrivit stränga villkor i förhållande till slutdestinatären drabbar alltså säljaren. Avtalet mellan säljaren och mellanledet kan också leda fram till en tolkning som innebär att mellanledet skall försäkra sig om att slutdestinatären gör en snabb och grundlig undersökning. En sådan tolkning ligger nära till hands när det är fråga om varor som är utsatta för snabb försämring (t ex grönsaker) eller produkter där säljaren och mellanledet saknar undersökningsmöjligheter som slutdestinatären har (t ex leverans av laboratorieutrustning). Slutligen kan avtalet mellan säljaren och mellanledet tolkas på så sätt att det föreligger en undersökningsplikt för mellanledet. Detta kan bli fallet om mellanledet skall blanda säljarens produkter med andra produkter innan de vidareförsäljs eller om vidareförsäljningen medför stora transportkostnader och mellanledet besitter praktiska möjligheter att göra en undersökning.

Förskottsbetalning

Betalningsvillkoren kan vara en relevant omständighet att ta fasta på när man skall tolka ett avtals innebörd beträffande omfattningen av undersökningsplikten efter köpet. Att varan skall betalas i samband med leveransen, talar för att undersökningsplikten inträder mycket snabbt men i gengäld kanske är mindre omfattande. I de fall köparen har t ex trettio dagars kredit, kanske det kan vara en rimlig utgångspunkt att köparen har hela denna tidsperiod på sig att undersöka och reklamera fel – men att han å andra sidan måste företa en mer omfattande och ingående undersökning. Slutligen, i de fall där betalning skall erläggas före leveransen, är inte betalningssättet särskilt vägledande för att bedöma omfattningen av undersökningsplikten efter köpet. Möjligen kan man säga att köparen i det fallet inte har något omedelbart intresse av att göra en undersökning eftersom han redan lämnat ifrån sig pengarna, vilket skulle kunna motivera en mindre omfattande undersökningsplikt.

Det skall betonas att betalningssättet endast är en omständighet bland många andra som kan ingå i en bedömning av vad parterna får anses ha avtalat om undersökningspliktens omfattning. Det är alltså inte möjligt att dra några generella slutsatser enbart med utgångspunkt i hur betalning skall ske.

Uppdragsavtal

Kommissionslagens regler om förhållandet mellan kommittenten och kommissionären rör uppdragsavtal och tjänar som en källa för analogier. I 20 § kommissionslagen regleras kommittentens skyldighet att ge kommissionären meddelande när kommittenten anser att kommissionären agerat försumligt. Ett sådant meddelande skall ges utan oskäligt uppehåll efter det att han från kommissionären *erhållit underrättelse* om det förfarande varom fråga är. Detta innebär att kommittenten inte har någon undersökningsplikt beträffande de prestationer som kommissionären utför. Reklamationsskyldighet inträder först när kommittenten fått vetskap om det försumliga agerandet. Vetskapen skall dessutom *härröra från kommissionären* för att reklamationsfristen skall börja löpa. När kommittenten fått underrättelse från kommissionären om agerandet, måste emellertid kommittenten göra en självständig bedömning av om agerandet är försumligt i lagens mening, men en sådan bedömning är inte detsamma som en aktiv undersökningsplikt. Det är möjligt att HD i NJA 1994 s 532 låtit en analogi från detta stadgande i kommissionslagen ligga till grund för avgörandet, även om det inte framgår uttryckligen av domen.

> I NJA 1994 s 532 ålades den part som drabbats av ett kontraktsbrott ingen undersökningsplikt.[16] HD ansåg att reklamationen skett i rätt tid när den ägt rum kort tid efter det att den drabbade parten "fått anledning att uppmärksamma tygets brister". Det var inte fråga om ett köpavtal, utan ett avtal där Statens provningsanstalt hade fått i uppdrag att kontrollera ett tygs ljushärdighet. Kontraktsbrottet bestod i att provningsanstalten genom en ofullständig redovisning av analysresultaten av oaktsamhet förlett uppdragsgivaren. Provningsanstalten gjorde gällande att uppdragsgivaren hade en skyldighet att, i analogi med köplagen, reklamera så snart testresultaten erhölls. Reklamation skedde dock först 8 månader efter det att testresultaten upprättades. HD ålade inte uppdragsgivaren någon undersökningsplikt utan sade att reklamation skett i rätt tid när den ägt rum kort tid efter det att uppdragsgivaren fått anledning att uppmärksamma tygets brister. Tingsrätten tog inte ställning till reklamationsfrågan eftersom man ansåg att uppdragstagarens prestation varit avtalsenlig. Inte heller hovrätten prövade frågan om reklamationsskyldigheten. Se vidare om rättsfallet s. 86 f.

[16] Domen har kommenterats av Kleineman, JT 1994-95 s 702, samt Millqvist, JT 1995-96 s 575.

Hyra

Vad beträffar undersökningsplikten i samband med att man tar hyresobjektet i besittning, utgår uthyraren från att hyrestagaren utnyttjar hyresobjektet på sedvanligt sätt och vid sådant nyttjande kan brister uppdagas.[17] Det är i och för sig angeläget för uthyraren att få information om sådana fel som endast kan upptäckas vid en undersökning som är mer grundlig än enbart normalt bruk, t ex i de fall där det är fråga om ett litet droppläckage som, om det hejdas i tid, inte medför stora kostnader men som, om det inte åtgärdas i tid, kan förorsaka stora kostnader. Men det är svårt att avtalstolkningsvis finna stöd för ett underförstått åtagande om undersökningsplikt för hyrestagaren. Särskilt i de fall uthyraren har en plikt att underhålla hyresobjektet. Hyrestagaren har då inget omedelbart incitament att göra en ingående undersökning, eftersom han är förvissad om att uthyraren kommer att åtgärda fel som uppdagas under hyrestiden.[18]

> I NJA 1916 s 247 som rörde hyra av pråm ålades inte hyrestagaren undersökningsplikt beträffande prämens sjövärdighet. Vid den första transporten vattenfylldes prämen och lasten skadades. Hyrestagaren fick häva och fick dessutom ersättning för den skadade lasten. Ett justitieråd var skiljaktigt och ansåg att hyrestagaren inte skulle få ersättning för den skadade lasten eftersom denna skada hade kunnat undvikas om hyrestagaren gjort en undersökning av prämens sjövärdighet.

Vid hyra i form av tidsbefraktning tar inte tidsbefraktaren fartyget i besittning i samband med avlämnandet och då är det naturligt att man heller inte gör en undersökning i samband med avlämnandet.[19] Vid avtal där hyrestagaren påtagit sig ansvar för inre underhåll följer naturligtvis ett incitament för hyrestagaren att i eget intresse göra fortlöpande undersökningar av hyresobjektet som kanske är mer omfattande än enbart normalt brukande. Då är det emellertid inte fråga om en undersökningsplikt i syfte att uppdaga kontraktsbrott.

[17] Falkanger påpekar att frågan om undersökningsplikt för hyrestagaren sällan ställs på sin spets eftersom hyrestagaren normalt sett brukar hyresobjektet och i samband därmed uppptäcker eventuella brister (Leie av skib, s 208).
[18] Sundberg, Fel i lejt gods, s 166.
[19] Honka, Fartygets skick och egenskaper, s 339 f.

Avtal om undersökning

Vid entreprenadavtal och vissa andra avtal är det brukligt att parterna särskilt överenskommer om att göra en undersökning, t ex besiktning enligt 7 kap AB 92 och syn enligt 9:23-28 JB. Syftet med sådan besiktning är i första hand att säkra bevisning. Enligt JB 9:28 är detta så angeläget att syn som inte klandrats inom en månad gäller som "fullt bevis för arrendeställets skick".[20] Även enligt 7:13 AB 92 och 7:10 ABS 95 är beställarens möjlighet att åberopa fel som bort märkas vid slutbesiktningen begränsade. Det föreligger antagligen en allmän skyldighet för beställaren att göra en undersökning i samband med färdigställandet av entreprenaden.[21]

Remburser

Remburser kännetecknas av att hela förfarandet skall ske med snabbhet. I 1983 års regler om Documentary Credits stadgades att banken inom "skälig tid" skulle meddela att den inte ansåg sig skyldig att utbetala på grund av att erforderliga dokument ej presenterats. I 1993 års omarbetade version av reglerna har man emellertid angivit en exakt tidsfrist på sju bankdagar. Tidsfristen gäller oberoende av om banken gjort någon undersökning eller ej. Den innebär alltså en obligatorisk undersökningsplikt.[22] I reglerna om Demand Guarantees stadgas att "the Guarantor" skall ha skälig tid på sig att undersöka om han är betalningsskyldig eller ej, även här stipuleras alltså en obligatorisk undersökningsplikt.[23] Sjudagarsfristen beträffande Documentary Credits är en maxgräns, banken kan ha en skyldighet att reagera tidigare än inom sju dagar. Om det inte är fråga om ett särskilt komplicerat ärende, torde tre dagar vara en normal tid inom vilken banken skall lämna meddelande.[24]

[20] Motsvarande bestämmelse i en föregångare till AB 92 har ingående analyserats i MD 1977:17 när bestämmelsen åberopats gentemot konsument.
[21] Sandvik, Entreprenørsrisikoen, s 414.
[22] ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, UCP, 1993 Art 14, (d)(i).
[23] ICC Rules for Demand Guarantees 1992 Art. 10 (a). Motsvarande regel är väl etablerad och har funnits sedan 1933.
[24] Bankers Trust Co. v. State Bank of India, Lloyd's Law Reporter 1991 Vol.2 s 443, särskilt sidan 450.

Övrigt

När det inte i lag föreskrivs en skyldighet att undersöka en naturaprestation efter det att den färdigställts uppkommer frågan om en sådan skyldighet ändå föreligger på grund av att det är underförstått mellan parterna.

Rättsfallet NJA 1994 s 532, som refererats ovan s 83, ger visst stöd för att köplagens reklamationsregel inte skall tillämpas analogt. Eftersom HD inte närmare preciserat *varför* uppdragsgivaren saknade undersökningsplikt är emellertid prejudikatvärdet härvidlag mycket litet. Det kan vara så att HD inte ansett att god affärssed innebär att uppdragsgivare har undersökningsplikt i det aktuella fallet. Dvs att HD tillämpat köplagen analogt, men funnit att köplagens hänvisning i 32 § till att undersökningen skall ske i enlighet med god affärssed, inte innebär att undersökning skall utföras. Men det kan också vara på det sättet att HD tagit avstånd från att ålägga en drabbad kontraktspart undersökningsplikt när det saknas uttryckligt lagstöd för en sådan plikt. Slutligen kan HD genom en avtalstolkning som är fristående från köplagen ha kommit fram till att det inte förelåg någon undersökningsplikt. Domen är inte formulerad på ett sätt som för tankarna till att det är avtalstolkning som legat till grund för avgörandet. Men mot bakgrund av att Provningsanstalten knappast kunnat förvänta sig att mottagaren kontrollerade resultaten i omedelbar anslutning till att han erhöll dem, eftersom en sådan kontroll skulle kräva just den expertis som Provningsanstalten salufördе, kan man inte konstruera fram ett underförstått avtal om undersökningsplikt.

I viss konflikt med detta rättsfall står HD:s dom, DT 44 meddelad 1996-03-06.[25]

> Det var fråga om ett uppdrag att pressa plåtpaneler. Pressningen utfördes felaktigt. Uppdragsgivaren, som vidareförsålde panelerna, ansågs ha en skyldighet att undersöka panelerna i samband med att uppdragsgivaren mottog dem och kunde inte avvakta med att reklamera i två månader (tills dess han fick faktisk kännedom om felen). Denna undersökningsplikt ansågs följa av "allmänna kontraktsrättsliga regler i kommersiella förhållanden".

Både NJA 1994 s 532 och DT 44/96 rör kommersiella uppdragsavtal och det är inte klarlagt varför undersökningsplikt ålades uppdragsgivaren endast i det ena fallet. Möjligen skulle en förklaring kunna ligga i att uppdragsgivaren i DT 44/96 varit mycket aktiv och noga förklarat hur arbetet skulle utföras, under det att uppdragsgivaren i NJA 1994 s 532 varit

[25] Domen kommer att refereras i NJA:s notisavdelning.

mer beroende av uppdragstagarens sakkunskap. Detta är visserligen förhållanden som i första hand borde påverka bedömningen av om det över huvudtaget föreligger ett fel, men det är möjligt att denna omständighet även påverkar frågan om det föreligger en skyldighet att reklamera fel som man inte känt till, men genom en undersökning borde ha känt till.

Vid en jämförelse av de båda rättsfallen visar sig en annan intressant sak. I NJA 1994 s 532, där uppdragsgivaren inte ålades undersökningsplikt, hade skadeverkningarna av kontraktsbrottet kunnat minskas om undersökning vidtagits och reklamation följdenligt skett tidigare. Men motsvarande begränsning av skadeverkningarna, kunde inte uppnås genom den undersökningsplikt som ålades uppdragsgivaren i DT 44/96. Sett enbart utifrån det allmänna intresset av att genom snabb reklamation minska skada, borde alltså utgången i målen ha blivit omvänd.

4.3.2 Kontraktsbrott

Undersökningsplikten varierar för olika typer av potentiella kontraktsbrott. I detta avsnitt kommer undersökningsplikten beträffande kontraktsbrott bestående i dröjsmål och fel, för tidig leverans, för stor leverans, rådighetsfel, rättsliga fel samt ogiltighets- och jämkningsgrunder enligt 3 kap avtalslagen att behandlas.

Jämförelse mellan dröjsmål och fel

Det föreligger en viss skillnad mellan reklamationsregler på grund av dröjsmål respektive fel. Ändamålen bakom bestämmelserna är dock på det hela taget detsamma.[26] Skillnaden består främst i från vilken tidpunkt reklamationsfristen skall börja löpa (se kap 3). Även undersökningsplikten är i viss mån beroende på vilken typ av kontraktsbrott som är för handen. Enligt köplagen har köparen en undersökningsplikt beträffande fel och brist medan han inte åläggs någon uttrycklig undersökningsplikt vid dröjsmål. Förklaringen ligger antagligen i att köparen inte behöver göra någon undersökning för att konstatera att det föreligger dröjsmål eftersom han i normala fall inte kan undgå att märka det.

[26] Almén, § 52 vid not 1.

Partiellt dröjsmål

Ett särskilt problem uppkommer vid partiellt dröjsmål på säljarens sida. Om köparen försummar sin reklamationsskyldighet beträffande brist i varan eller partiellt dröjsmål, måste han betala fullt pris.[27] Vid dröjsmål börjar reklamationsfristen löpa från det att köparen fått kännedom om avlämnandet. Vid fel börjar reklamationsfristen löpa när köparen borde ha fått kännedom om felet genom sin undersökning i enlighet med god affärssed. Innebär dessa olika regleringar för fel och dröjsmål någon praktisk skillnad? Antagligen inte. I dröjsmålsfallet skall reklamation ske inom skälig tid och i bedömningen av vad som är skälig tid, måste man antagligen ta hänsyn till om det partiella dröjsmålet var svårt att upptäcka och hurdana kvantitetskontroller man normalt gör vid den aktuella typen av köp. Vid brist (fel) där reklamationsfristen börjar löpa från det att köparen borde ha upptäckt felet är visserligen själva reklamationsfristen mycket kort (se kap 3), men i gengäld bestäms undersökningsfristens längd med hänsyn till hur svår bristen var att upptäcka och hurdana kvalitetskontroller man normalt gör vid den ifrågavarande typen av köp.

Gränsen mellan partiellt dröjsmål och fel kan vara svår att dra. Till undvikande av hårklyverier om vad som skall anses som brist och vad som skall anses som partiellt dröjsmål är det angeläget att skillnaden mellan vad som gäller vid brist respektive partiellt dröjsmål inte är för stor.[28] I CISG, Unidroit Principles och European Principles har man undvikit den problematik som en gränsdragning mellan fel och dröjsmål medför (problemen uppenbarar sig även i andra fall än beträffande reklamation). Istället för att tala om dröjsmål, fel och andra kontraktsbrott som olika ansvarsgrunder använder man ett enhetligt begrepp, *non-performance*. Vad beträffar undersökningsplikten efter köpet och reklamationsskyldigheten kan konstateras att även om köplagens reglering vid första påseende förefaller vara olika beträffande brist och partiellt dröjsmål, så medför de i realiteten samma resultat. Därför innebär uppdelningen i fel och dröjsmål inte några praktiska problem vad avser reklamationsskyldigheten. Men från teoretisk, systematisk och pedagogisk synvinkel hade det naturligtvis varit att föredra att reklamationsreglerna i köplagen samordnats för alla olika typer av kontraktsbrott.

[27] Enligt Almén (§ 52 vid not 75-76) skulle det strida mot sunda förnuftet om en köpare som fått delleverans genom underlåten reklamation skulle utsätta sig för den påföljden att han måste betala för full leverans. Det är emellertid just vad som händer eftersom rättsföljden av försummad reklamation är att kontraktsbrottet inte får göras gällande.

[28] Almén anser att det är bra att reklamation avseende fel och dröjsmål korresponderar (§ 27 vid not 29).

För tidig leverans

Om leverans sker tidigare än avtalat uppkommer frågan om köparens undersökningsplikt inträder redan vid den för tidiga leveransdagen.[29]

Även här lämpar det sig bäst att ta avtalstolkning som utgångspunkt. I avtal där leveransdag har avtalats med stor noggrannhet, ligger det närmare till hands att tolka avtalet på så sätt att mottagaren kan vänta med sin undersökning. Det kan vara så att undersökningen skall företas av en särskild expert som man bokat in till ett senare datum och då är det inte rimligt att tvingas tidigarelägga undersökningen om leverans sker tidigare än avtalat. Det finns omständigheter som kan tala för att parterna utgått ifrån att undersökningen skall ske även om leverans sker för tidigt, t ex när den aktuella undersökningen inte är särskilt avancerad och inte behöver planeras tidsmässigt och utrustningsmässigt eller om det är fråga om varor som är utsatta för snabb förstöring och man inte fixerat leveransdagen med stor bestämdhet.

Litet annorlunda ställer sig saken när parterna inte kommit överens om delleverans, men sådan ändå sker. Inträder köparens reklamationsskyldighet och undersökningsplikt beträffande fel redan när den första delen levereras eller först när hela leveransen presterats? I 43 § köplagen stadgas för partiellt avtalsbrott att bestämmelserna om ifrågavarande avtalsbrott skall tillämpas på den först levererade delen. Detta innebär att köparens undersökningsplikt kan aktualiseras redan vid den partiella leveransen.[30] De faktorer som spelar in för att avgöra denna fråga är hur stor den första leveransen är samt om det skulle medföra extra kostnader och olägenhet för köparen att företa två undersökningar istället för en. Om det endast är en enstaka procentandel som levereras vid ett senare tillfälle, talar mycket för att undersökning skall ske redan vid den första leveransen, under förutsättning att det inte skulle innebära väsentliga merkostnader eller olägenheter för köparen att göra två undersökningar.

Kontraktsbrottet visar sig före leveransen i dokument

Ett fel kan framgå av en beskrivning i faktura eller annat dokument som kommer köparen till del innan leveransen. I sådana fall påverkas antagligen undersökningsplikten både till omfattning och tid.[31] Köparen skall rekla-

[29] Federspiel, Bidrag til læren om viljeserklæringer..., s 142 f med hänvisning till UfR 1885 s 771. Se även Almén, § 51 vid not 67.
[30] Se även CISG Art 51 (1).
[31] Federspeil, Bidrag til læren om viljeserklæringer..., s 160 f; Nørager-Nielsen & Theilgaard, s 924 f.

mera så snart han borde ha fått kännedom om ett fel, vare sig han erhåller kunskapen genom en fysisk undersökning i samband med leverans eller genom uppgift i faktura. Om säljaren lämnar en uppgift i en faktura eller något annat dokument som kommer köparen till handa före leveransen, och köparen inte anmärker mot uppgiften, kan det i vissa fall leda till att säljaren uppfattar situationen så att köparen godkänner uppgiften. Men härvid måste samma hänsyn och försiktighet iakttas som när det gäller att anse att villkor i fakturor blivit en del av avtalet (se kap 3.2).[32]

Säljaren levererar för mycket

När kontraktsbrottet består i att säljaren levererar för mycket, inträder också en reklamationsskyldighet för köparen. Om köparen inte reklamerar, riskerar han att få betala för alla de levererade varorna om det av avtalet framgår att köparen skall betala per levererad enhet och priset alltså inte bestämts som en klumpsumma.[33] Frågan om i vilken utsträckning köparen är skyldig att aktivt undersöka om säljaren levererat för mycket finns inte reglerad i köplagen eller CISG. Om säljaren får befogad anledning att uppfatta köparens passivitet i samband med att han mottar en faktura eller något annat dokument där leveransen angivits till större mängd än vad som avtalats, som att köparen accepterar den angivna mängden *och* köparen inte kan åberopa någon omständighet som gör att hans passivitet är ursäktad, talar mycket för att köparen blir bunden att betala för den större leveransen. Köparen är alltså inte skyldig i och för sig att undersöka om leveransen är avtalsgill, men för att undvika att säljaren uppfattar hans passivitet som ett godkännande, kan det finnas anledning för köparen att göra en undersökning. Det är alltså här fråga om en plikt att reklamera som sanktioneras med avtalsbundenhet. Samma stränga rekvisit gäller som vid all annan avtalsbundenhet på grund av passivitet.

Rådighetsfel

Det är osäkert om köplagen är tillämplig på rådighetsfel. Inom doktrin förefaller man tämligen överens om att 17-19 §§ köplagen är tillämpliga på

[32] Härvid bör observeras att jag inte behandlar bevisproblematiken. Passivitet i samband med villkor i fakturor, kan ofta leda till att köparen hamnar i ett sämre bevisläge.
[33] Reklamationsskyldigheten inträder i detta fall enligt Almén redan när köparen erhåller en felaktig faktura eller ett felaktigt konossement eller certifikat (§ 52 vid not 81). Se ovan kap 3.2.

rådighetsfel.[34] Trots detta kvarstår en osäkerhet om hur undersökningsplikten efter köpet gestaltar sig för rådighetsfelens del. Det kan vara så att man i princip inte har någon undersökningsplikt med avseende på rådighetsfel, utan att det är tillräckligt att reklamera när felet upptäcks vid normalt brukande.[35] Man kan fråga sig om det är motiverat att i detta avseende behandla rådighetsfelen på ett annorlunda sätt än de övriga felen. För säljarens del finns lika stort intresse som vid övriga fel att få klarhet, minska skadeverkningarna, säkra bevisning samt förebygga att köparen spekulerar i prisfluktuationer på säljarens risk. Den stora skillnaden i förhållande till övriga fel, är att köparen allmänt sett inte anses ha en undersökningsplikt *före* köpet beträffande rådighetsfel.[36] Förklaringen kan antas vara de svårigheter köpare har att överblicka alla potentiella myndighetsförbud och myndighetstillstånd innan han "lärt känna" köpobjektet. Efter tillträdet är möjligheterna möjligen något bättre för köparen att undersöka om det föreligger rådighetsfel, men fortfarande kvarstår stora praktiska problem. Ytterligare en skillnad mellan rådighetsfel och andra fel är att säljaren vanligtvis saknar möjlighet att regressvis kompensera sig.

Det är inte möjligt att med stöd av en avtalstolkningsmodell generellt uttala sig om vad som gäller om undersökningsplikten beträffande rådighetsfel. Det kan nog många gånger vara så att parterna underförstått utgått ifrån att det skall ske en kontroll av om myndighetstillstånden är i ordning i nära anslutning till att avtalsprestationen fullgjorts. Vid t ex företagsöverlåtelser och överlåtelser av industrifastigheter kan man tänka sig att en sådan plikt många gånger uppkommer i nära anslutning till tillträdet.

Rättsliga fel

För rättsliga fel gäller enligt 41 § köplagen med hänvisning till 32 § st 1 samt 33 § att köparen skall reklamera fel som han borde ha känt till. I och med att lagrummet inte hänvisar till 31 § köplagen som stadgar att undersökning skall ske i enlighet med god affärssed, kan man få ett intryck av att köparen saknar undersökningsplikt beträffande rättsliga fel. Men i 32 § st 1

[34] Ramberg i Hellner och Ramberg, Speciell avtalsrätt I Köprätt, s 170, samt densamme i Köplagen, s 256 f; Hultmark, Köplagens tillämplighet på fel i patent, JT 1993-94 s 689. Håstad uttrycker dock viss tveksamhet mot bakgrund av att risken för rådighetsfel övergår först vid avlämnandet, trots att risken logiskt sett borde övergå redan i och med avtalet (Den nya köprätten, s 140 f). Jfr en kommande artikel av Hellner i festskrift till Ramberg.

[35] I NJA 1991 s 808 rörande köp av glass- och konfektyraffär tillträddes rörelsen 12 mars. I augusti konstaterades rådighetsfel (det krävdes nya sanitära installationer). Det framgår inte när reklamation skett och frågan var inte uppe till prövning. Men det förefaller som om säljaren inte opponerat sig mot att reklamation framförts först fem månader efter tillträdet.

[36] NJA 1961 s 330.

stadgas inte enbart om reklamationsskyldighet beträffande fel som köparen faktisk känt till, utan också för fel som köparen *borde* ha känt till. Motsvarande reglering återfinns i art. 43 CISG.

I de fall säljaren själv känner till det rättsliga felet, aktualiseras inte köparens undersöknings- och reklamationsskyldighet, eftersom säljaren i så fall handlat i strid mot tro och heder (se nedan kap 6). Men i de fall säljaren saknat kännedom om det rättsliga felet, kan det alltså hända att köparen har en undersökningsplikt. För vissa typer av rättsliga fel kan man tänka sig att det föreligger en aktiv undersökningsplikt, t ex när förhållandena framgår av lättillgängliga register. Hänvisningen till vad köparen borde ha känt till, syftar antagligen också på att köparen har en skyldighet att göra en närmare undersökning i de fall han fattat misstanke om rättsligt fel (se vidare nedan s 104).

Ogiltighetsgrunder enligt avtalslagen

När det föreligger en ogiltighetsgrund enligt 3 kap avtalslagen, är det mycket ovisst om det föreligger någon reklamationsskyldighet över huvud taget (se kap 7.2). I detta avsnitt av framställningen fokuseras intresset kring den drabbade partens undersökningsplikt. Frågan är om den drabbade parten måste undersöka huruvida det förekommer någon ogiltighetsanledning, eller om han kan avstå från att göra en undersökning och göra gällande ogiltighetsanledningen eller jämkningsgrunden först när den tar sig uttryck i ett påtagligt problem.

Som exempel kan ges det fallet att en indexklausul i ett avtal är oskälig på grund av att det aktuella indexet inte alls påverkar säljarens kostnader. Klausulen är alltså oskälig enligt 36 § avtalslagen och kan bli föremål för jämkning.[37] Är det tillräckligt att köparen påtalar oskäligheten i samband med att säljaren önskar höja priset i enlighet med indexklausulen, eller är köparen skyldig att strax efter att utväxling av prestationerna påbörjats sätta sig in i klausulens verkningar och åberopa oskäligheten? Mot bakgrund av att köplagens reklamationsregel enligt lagens uttryckliga text inte gäller för förfaranden som står i strid mot tro och heder, förefaller det inte rimligt att tillämpa köplagens reklamationsregel analogt vid förhållanden som omfattas av avtalslagens tredje kapitel. Ogiltighets- och jämkningsgrunderna är dessutom av den karaktären att de intressen som de är avsedda att tillvarata framstår som lika angelägna oavsett om den drabbade parten aktivt undersökt om de föreligger eller ej. Det torde alltså inte föreligga någon skyldig-

[37] Bernitz, Standardavtalsrätt, s 90, med hänvisning till NJA 1983 s 385.

het att aktivt undersöka förekomsten av ogiltighets- och jämkningsgrunder enligt 3 kapitlet avtalslagen.[38]

4.3.3 Parternas beteenden

Betydelsen av att undersökning skett innan prestationerna utväxlats

Vid företagsöverlåtelser kan man se en ganska plötslig utveckling mot undersökningar *före köpet* istället för kontroll *efter tillträdet* som tidigare varit det vanliga. Undersökningar i samband med företagsförvärv kallas ofta due diligence-undersökningar. Det är symptomatiskt att marknaden låtit sig inspireras av anglo-amerikanskt beteende. I den anglo-amerikanska avtalsrätten präglas säljarens och köparens relation av mindre förtroende. Principen om caveat emptor har som utgångspunkt stark position i anglo-amerikansk rätt. Undersökningsplikten före köpet är i praktiken mer omfattande på grund av att säljarens felansvar är mindre omfattande.[39] I anglo-amerikansk rätt är däremot undersökningsplikten *efter* köpet inte lika central eftersom det i princip endast är köparens hävningsrätt som går förlorad vid sen reklamation, under det att rätten till ekonomisk kompensation kvarstår. I fransk och italiensk rätt – där köparen har en obligatorisk undersökningsplikt före köpet – saknar köparen helt undersökningsplikt efter köpet. I dessa rättsordningar är köparen endast skyldig att reklamera fel som han känner till.[40]

Det är möjligt att det ökande bruket i Sverige av due diligence undersökningar före köpet i praktiken leder till att undersökningen efter köpet inte blir av lika omfattande karaktär som förr. Detta kan dock medföra olyckliga juridiska konsekvenser för den svenske köparen, som ju förlorar alla påföljdsmöjligheter om han kan anses ha försummat sin undersökningsplikt efter köpet. Det är emellertid möjligt att en omfattande undersökning före köpet inskränker undersökningsplikten efter köpet, eftersom det enligt "god affärssed" inte är nödvändigt att göra en undersökning efter tillträdet när en omfattande undersökning skett före köpet. När man betraktar saken

[38] Se ang anspråkskonkurrens, Ramberg, JT 1993-94 s 522 ff.

[39] Martinson, Säljarens upplysningsplikt..., JT 1992-93 s 436. Det antas allmänt att felansvaret är mindre omfattande i anglo-amerikansk rätt, men det kan ifrågasättas om det föreligger någon skillnad vid en jämförelse av enskilda fall. Det väsentliga här är emellertid inte hur stor skillnaden är i felansvarets omfattning, utan att den engelske och amerikanske köparen *uppfattar* sin situation som så osäker att han i praktiken ser till att genomföra omfattande undersökningar före köpet.

[40] Art 1648 Code Civil som lyder:"L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un bref delai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage du lieu oú la vente a été faite." Art 1495 Codice Civile 1 st: "Il compratore decade dal diritto alla garantzia, se non denunzia i vizi al venditore entro otto giorni dalla scoperta (1511), salvo il diverso termine stabilito dalle parti o adlla legge."

med utgångspunkt från en avtalstolkningsmodell, finner man att den omständigheten att köparen före köpet gjort en ingående undersökning är ett förhållande som talar för att parterna inte avsett att det skulle ske en omfattande undersökning även efter köpet.

Inom fastighetsrätten, där så stort intresse visats undersökningsplikten *före* köpet, visas mycket litet intresse för undersökningsplikten *efter* köpet. Det finns många rättsfall som ger exempel på att lång tid gått efter tillträdet innan ett dolt fel åberopats. Ändå är inte spörsmålet om för sen reklamation aktuellt i målen.[41] Det var först 1990 som en uttrycklig regel om reklamation infördes i 4 kap jordabalken, och det förefaller som om man utgått från att undersökningsplikt efter köpet inte förelegat före denna lagändring.[42]

På grund av den omfattande undersökningsplikten före fastighetsköpet blir reklamationsskyldigheten aktuell i första hand för dolda fel. I fråga om sådana fel skall reklamationsfristen enligt uttalanden i propositionen börja löpa när felet på ett påtagligt sätt framträder.[43] Man lägger alltså inget aktivitetskrav på köparen. Jag är kritisk till detta generella uttalande. Vid fastighetsköp, likaväl som vid köp av lös egendom, bör man ta sin utgångspunkt i avtalet mellan parterna. Den omfattande undersökningsplikten före fastighetsköpet talar, som ovan framgått, för att undersökningsplikten efter köpet skulle vara mindre omfattande. En omständighet som å andra sidan talar för en aktiv undersökningsplikt efter köpet kan vara sådana fastighetsköp som präglas av ett större mått av spekulation. Om köparen vid sådana köp inte har undersökningsplikt, kan han i praktiken spekulera utan egen risk på säljarens bekostnad, mot bakgrund av att det i praktiken

[41] Se t ex NJA 1989 s 117, 1986 s 670, 1982 s 36.

[42] I denna riktning pekar NJA 1977 s 138 där det var fråga om köp av en tomträtt med byggnad som visade sig vara behäftad med ett allvarligt konstruktionsfel vilket medförde vattenläckage. Tillträde skedde 16 juli 1961. Under vintern 1963-1964 upptäckte köparen fukt och på våren 1970 fick köparen full insikt om felets karaktär och omfattning. Den 8 juli 1970 reklamerade köparen. Reklamation ansågs ha skett utan oskäligt uppehåll. HD tillämpade inte köplagens reklamationsregler. Tydligen ansågs det helt i sin ordning att undersökning efter köpet inte vidtogs utan att felet fick ta sin tid på sig att framträda tydligt.

[43] Prop 1989/90:77 s 62. Av propositionen framkommer att man inte övervägt vilka konsekvenserna blir av att man inför en en annan typ av reklamationsplikt i jordabalken jämfört med köplagen. Först säger man att fristen skall räknas från den tidpunkt då felet påtagligt framträder, sedan tillägger man att frågan om "när köparen borde ha märkt felet kan vara beroende av köparens sakkunskap". Om reklamationsfristen löper först efter det att felet visat sig, så kan det väl inte samtidigt finnas ett "bordeansvar"? Det finns därför anledning att inte automatiskt anse att uttalandet i propositionen ger uttryck för gällande rätt. I Norge tillämpades köplagens reklamationsregler analogt vid fastighetsköp före den särskilda lagstiftningen om fastighetsköp som infördes 1991. (Krüger, Norsk kjøpsrett, s 402.) I den norska lagen om fastighetsköp har inte köparen någon uttrycklig skyldighet att undersöka fastigheten efter köpet – men enligt Krüger kan det "allikevel tenkes tilfelle der det med rimelighet kan forventes at også forbrukerkjøperen er rimelig aktpågivende". (Krüger, Norsk kjøpsrett, s 404.)

är mycket svårt för säljaren att visa när felet på ett påtagligt sätt framträtt för köparen (se kap 2.4).[44]

Betydelsen av garantier

Säljarens uppträdande är ett relevant moment när man skall tolka avtalets innebörd med avseende på undersökningspliktens omfattning.[45] Undersökningsplikten efter leverans och den därmed sammanhängande reklamationsfristen är beroende av förhållandena vid avtalets ingående, t ex vilka uttalanden säljaren gjort vid köpet och vilka undersökningar som gjorts före köpet. Garantin medför att undersökningspliktens omfattning och i vilken tid den skall företas i viss grad påverkas, men utan stöd i avtalet kan man antagligen inte utgå ifrån att undersökningsplikten efter köpet *helt bortfaller* enbart på grund av att säljaren åtagit sig en garanti.[46]

Även uppgifter som säljaren lämnar efter köpet kan vara av betydelse, eftersom de kan föranleda att köparen avstår från att göra en undersökning.

> I NJA 1937 s 382, som rörde köp av en buss, hade säljaren såväl i samband med leveransen som senare i samband med att köparen uttryckt misstankar om fel försäkrat att bussens styrinrättning var avtalsenlig. Trots att köparen godkänt bussen i samband med en leveranskontroll, fick köparen göra felet gällande.[47]

[44] Dessutom är det olyckligt att regleringen av köp av fast egendom och lös egendom inte är överensstämmande, eftersom det leder till en splittring av civilrätten. Se närmare beträffande denna systematiska fråga Bengtsson, Om civilrättens splittring, Festskrift till Kurt Grönfors, 1991 s 29; Hultmark, Köplagens tillämplighet på fel i patent, JT 1993-94 s 687 och Internationaliseringen av svensk avtalsrätt – Unidroit Principles of International Commercial Contracts, JT 1995-96 s 655.

[45] NJA 1937 s 382 och SOU 1976:66 s 94.

[46] Se beträffande tidbefraktning, Honka, Fartygets skick och egenskaper, s 341 f. I UfR 1964.156 uttrycker man det på så sätt att köparen "som følge af garantien ikke havde haft anledning til *straks* efter købet at foretage nogen undersøgelse" (min kursivering). När säljaren lämnat en garanti anser Anders Vinding Kruse att undersökningsfristen är längre. Så även Lund, Enkelte kjøpsrettlige spørsmål, TfR 1963 s 311. Wetterstein anser att undersökningens omfattning varierar beroende på hur specifik garantin är; ju mer specifik, desto mindre omfattande undersökningsplikt (Säljarens garantiutfästelser vid lösöreköp, s 258). Detsamma anser Kruse gäller när felet beror på culpa hos säljaren. Omvänt bör man enligt Kruse ställa strängare krav på reklamation när felet beror på bristande eller felaktiga förutsättningar (Ejendomskøb, s 189). Federspiel går så långt att han beträffande fel som omfattas av garantier menar att undersökningsplikten helt bortfaller och att köparen har hela garantitiden på sig att reklamera fel. Garantin ger nämligen enligt Federspiel upphov till en föreställning hos köparen om att han inte behöver företa någon undersökning. Om köparen har fått faktisk kännedom om ett fel innan garantitiden gått till ända anser Federspiel dock att det är möjligt att reklamationsskyldighet inträder tidigare (Federspiel, Bidrag til læren om viljeserklæringer..., s 127 ff).

[47] Se även UfR 1963.644 V.

4.3.4 Parternas sakkunskap

Frågan om i vad mån omfattningen av köparens undersökningsplikt efter köpet är beroende av köparens sakkunskap är intressant. Sett ur säljarens synvinkel innebär det faktum att undersökningens omfattning är beroende av köparens sakkunskap, att säljaren tar en större risk om han säljer till en osakkunnig person än om han säljer till en sakkunnig.[48] Trots detta kan den osakkunnige ha en mindre omfattande undersökningsplikt. När en kontraktsbrytande part har slutit avtal med en icke-professionell avtalspart, räknar denne typiskt sett med att undersökningen efter köpet inte är av så omfattande karaktär samt att meddelanden framställs med mindre skyndsamhet. Skiljelinjen är inte knivskarp mellan privatpersoner och affärsmän eller juridiska personer. Ett viktigt moment för att bedöma undersökningspliktens omfattning, är hur den kontraktsbrytande parten har haft anledning att uppfatta sin motpart; som väl insatt i avtalsobjektets kvalitet och funktioner eller som mindre insatt. Det är alltså inte fråga om att behandla näringsidkare och konsumenter på principiellt olika sätt, men vid en tolkning av parternas avtal om undersökningsplikten får den omständigheten att den ene avtalsparten insett att motparten saknar kompetens att undersöka prestationen betydelse eftersom det är en omständighet som talar för att parterna inte avtalat om undersökning efter mottagen prestation.

Köplagen och konsumentköplagen

Av köplagen framgår inte om man uppställer ett objektivt krav på köparens undersökningsplikt eller om man kan ta hänsyn till den individuella köparens sakkunskap. I köplagen omtalas endast vad köparen "borde ha märkt". Mot bakgrund av att undersökningspliktens omfattning är beroende av "god affärssed" får man ett intryck av att bedömningen skall ske objektivt, dvs utan hänsyn till den individuella köparens möjligheter och sakkunskap. I motiven beträffande köparens undersökningsplikt före köpet anges att utgångspunkten skall vara den grad av omsorg som kan krävas av en person i köparens ställning.[49] Inte heller av detta uttalande framgår klart om avsikten är att bedömningen skall vara objektiv eller subjektiv eftersom det är

[48] Reitz ställer sig mycket kritiskt till att särbehandla konsumenter och näringsidkare. Han menar att om det inte finns tillräckligt starka skäl att låta konsumenter drabbas hårt av försummad reklamation, så finns det inte heller skäl att låta en näringsidkare göra det (Reitz, A history of cutoff rules... Part I, AJCL, (I) 36: 437-472 (1988), s 450). Även Recknagel anser att konsumenter bör omfattas av lika stränga reklamationsregler som näringsidkare. Recknagel, Die Trennung von Zivil- und Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Untersuchungs- und Rügeplicht nach § 377 HGB, 219-21.
[49] Prop 88/89:76, s 94.

oklart om begreppet "ställning" syftar på "ställning typiskt sett" eller "individuell ställning".[50]

Rent generellt ställdes enligt 1905 års köplag strängare krav på köparens undersökning vid handelsköp än vid civilköp. Nya köplagen upprätthåller inte distinktionen mellan dessa typer av köp, men man gör ändå skillnad på undersökningens omfattning vid kommersiella transaktioner och civila transaktioner.[51] Det följer av hänvisningen till god affärssed i köplagen. Köplagen och konsumentköplagen har två olika regler i detta avseende. I köplagen sägs uttryckligen att köparen skall undersöka varan efter köpet i enlighet med god affärssed. Konsumentköparen har inte någon motsvarande uttrycklig undersökningsplikt, även om det i konsumentköplagen står att konsumenten är skyldig att reklamera fel som han *borde* ha upptäckt. Förklaringen kan ligga i att man inte anser att konsumenter *bör* upptäcka fel som inte visar sig påtagligt. I propositionen till konsumenttjänstlagen sägs att konsumenten har en skyldighet att ganska omgående göra en åtminstone ytlig granskning av resultatet.[52] Konsumenten åläggs alltså en undersökningsplikt trots att det inte framgår uttryckligen av lagtexten. Det anses följa av hans skyldighet att reklamera fel som han "bort" märka. Men det krävs inte att konsumenten företar en mer ingående eller systematisk undersökning.[53]

Det är möjligt att konsumentköplagens hänvisning till vad konsumenten "borde" ha upptäckt skall uppfattas på så sätt att näringsidkaren inte behöver visa att konsumenten känt till felet, utan endast göra det *sannolikt* att sådan kännedom förelegat. När avsikten är att fördela bevisbördan brukar man emellertid använda andra uttryckssätt (se t ex "måste antagas hava ägt

[50] Enligt Almén bör måttstocken vara den grad av omsorg och grundlighet som med fog kan fordras vid ett köp sådant som det föreliggande av en person i köparens ställning (Om köp och byte, s 644). Almén uttalar att vid handelsköp enligt 1905 års köplag kan köparen inte ursäkta sig från undersökningsplikten med hänvisning till att han saknat erforderlig varukännedom (Om köp och byte, s 644). Detta synsätt måste antagligen modifieras med hänsyn till den utveckling som skett. Åtminstone när det är fråga om specialiserade produkter vars funktionsduglighet endast säljaren kan bilda sig en uppfattning om.

[51] Vid bedömning av undersökningspliktens innehåll bör hänsyn även tas till vem som är köpare (NU 1984:5 s 271; Prop 1988/89:76 s 121; Ramberg, Köplagen, s 38 f). Det krävs mer av en näringsdrivande köpare än en privatperson vad gäller undersökningsplikten (Krüger, Norsk kjøpsrett, s 404). Även i CISG förfaller man benägen att låta undersökningspliktens omfattning vara beroende av vem som är köpare (Sono i Bianca-Bonell, Commentary on..., s 309). Se Bergem och Rognlien, Kjøploven en kommentarutgave, s 193, som anser att köparen rimligtvis har längre tid på sig om han är beroende av sakkunnig hjälp för att genomföra undersökningen. Håstad anser att det för enskilda personer enligt köplagen inte finns någon god affärssed. En sådan köpare torde enligt Håstad inte vara skyldig att undersöka varan särskilt noggrannt vid mottagandet, men han bör omgående göra en ytlig granskning. Därutöver måste han, enligt Håstad, reklamera fel som han med hänsyn till den faktiska hanteringen bort upptäcka vid mottagandet eller vid senare bruk (Håstad, den nya köprätten, s 101). För dansk rätts del se Nørager-Nielsen & Theilgaard, Købeloven, s 924.

[52] Prop 1984/85:110 s 217.

[53] Prop 1984/85:110 s 217.

sådan vetskap", i 33 § avtalslagen samt "could not have been unaware of" i art. 40 CISG).

Kommissionslagen

Frågan om undersökningens omfattning är beroende av parternas sakkunskap aktualiseras även i kommissionsavtal. När kommissionärens kontraktsbrott består i att han inköpt varor för kommittentens räkning, är kommittenten skyldig att undersöka varorna i enlighet med gott handelsskick (21 § kommissionslagen med hänvisning till 51 § i 1905 års köplag). Bestämmelsen gäller endast för handelskommission och fråga uppkommer därför vad som gäller vid civilkommission. Vid civilkommission gäller – precis som vid köp av privatpersoner – en skyldighet att reklamera mot kontraktsbrott som man borde ha känt till. Skall 21 § kommissionslagen tolkas e contrario på så sätt att kommittenten vid civilkommission saknar undersökningsplikt eller skall 21 § ligga till grund för en analogi beträffande civilkommission? Lösningen ligger i att inte stödja sig på analogi- eller e contrarioslut, utan göra en självständig tolkning av avtalet mellan kommittenten och kommissionären.

Fastighetsköp

Det är en svår fråga att avgöra om den nyinförda reklamationsregeln i jordabalken innebär att reklamationsfristen börjar löpa när köparen erhållit faktisk insikt om felet eller om den börjar löpa redan när köparen typiskt sett *borde* ha insett felet.

Jordabalkens reklamationsregel kanske skall tolkas så att när det är en konsument som köper fastigheten, så inträder reklamationsskyldighet först när felet visar sig påtagligt. För en sakkunnig fastighetsköpare däremot gäller att han måste genomföra en undersökning efter köpet och reklamera fel som han borde ha upptäckt. Man kan nu fråga sig om denna varierande undersökningsplikt är beroende av objektivt konstaterbara omständigheter som att den ena köparen är konsument eller privatperson och den andra köparen är juridisk person eller professionell fastighetsköpare. Om omfattningen av undersökningsplikten bedöms mot bakgrund av en avtalstolkningsmodell, så blir den beroende av individuella omständigheter och inte en objektiv klassificering av köparens person. Om således en köpare är privatperson och köper en fastighet för privat bruk kan man utgå från att han inte har någon aktiv undersökningsplikt efter köpet. Men om denne köpare driver ett fastighetsbolag och har stor erfarenhet av fastighetsköp, så

har han antagligen en undersökningsplikt efter köpet även om han köper fastigheten i sin egenskap av privatperson och för privat bruk. På motsvarande sätt har en juridisk person som utgångspunkt undersökningsplikt efter köpet, men om det är en litet bolag som inte alls sysslar med fastighetsköp och som köper fastigheten för att i den bedriva den egna rörelsen, så föreligger inte en särskilt långtgående undersökningsplikt efter köpet.

Det kan med detta synsätt förefalla som om det föreligger en skillnad i förhållande till vad som gäller för köp av lös egendom, där konsumentens undersökningsplikt efter köpet regleras i konsumentköplagen (ingen uttrycklig undersökningsplikt) och näringsidkarens undersökningsplikt efter köpet regleras i köplagen (undersökning i enlighet med god affärssed). Även vid köp av lös egendom finns det emellertid möjligheter att skärpa undersökningsplikten efter köpet för "professionella" konsumenter samt minska undersökningsplikten efter köpet för juridiska personer som saknar erfarenhet.

Som konkret exempel kan man ta det fallet att en fastighetsköpare inte flyttar in i fastigheten i samband med tillträdet, utan bosätter sig utomlands i fem år och låter fastigheten stå tom. Kan en sådan köpare åberopa ett fel som visat sig för fyra år sedan, men som han inte upptäckt eftersom han inte varit i fastigheten eller kan han anses ha försummat sin reklamationsskyldighet i och med att han inte undersökt fastigheten? En omständighet som kan tala för att köparen saknar undersökningsplikt är att det stod klart för säljaren redan vid köpet att köparen inte skulle bruka fastigheten utan låta den stå tom. Men om det istället förhöll sig på det viset att säljaren inte kände till att köparen inte skulle bruka fastigheten och inte hade anledning att anta att köparen av någon annan anledning var särskilt oförmögen att bedöma fastighetens skick under normalt brukande, så finns det mycket som talar för att köparen i exemplet försummat sin undersökningsplikt efter köpet. Det kan förefalla orimligt att säljaren skall stå i olika rättsligt hänseende beroende på vem han säljer till. Men enligt godkännandekonstruktionen är det just det som händer; om säljaren vet om att köparen inte har för avsikt att bruka fastigheten, så har han mindre skäl att tolka köparens passivitet som ett godkännande. Det är för övrigt så att säljarens ställning på många områden påverkas av vem som är köpare. T ex prisavdragets och skadeståndets storlek samt möjligheten att häva varierar för säljarens del beroende på vem han sålt till.

Individuella hinder

Den största skillnaden mellan civilköp och kommersiella köp torde vara att man beträffande de senare inte kan åberopa individuella hinder som ursäkt

för försenad undersökning efter köpet, t ex sjukdom, resor eller att man har dålig kunskap om varan.[54] Man kan se det som ett uttryck för att man vid civilköp tar större hänsyn till den drabbade partens *vilja* än till den *tillit* som passiviteten kan ha givit upphov till hos den kontraktsbrytande parten. Vid kommersiella transaktioner väger tilliten tyngre.

> Det faktum att köparen varit sjuk förlängde inte reklamationstiden när han var köpman. Han ansågs skyldig att organisera verksamheten på sådant sätt att rättidig reklamation ändå kunde ske (NJA 1982 s 301).

För privatpersoner torde däremot sådana individuella och personliga hinder kunna motivera en ganska långvarig väntan med att framställa reklamation.[55] Även enligt CISG art. 44 finns det en möjlighet att åberopa individuella hinder i vissa fall. En förutsättning torde dock vara att säljaren borde ha räknat med en risk för individuella hinder, på grund av att motparten saknat förmåga eller kompetens att vidta en "professionell" undersökning.

Avtalsobjektets karaktär

Undersökningspliktens omfattning kan alltså variera beroende på vem som är köpare. På liknande sätt är undersökningspliktens omfattning beroende av hur komplicerat köpobjektet är. När varorna är för komplicerade eller för många är köparen inte skyldig att noga undersöka varje enskild del eller varje enskild vara.[56] Förklaringen till detta är att säljaren av tekniskt komplicerad utrustning inte typiskt sett kan förvänta sig att köparen genomför mer än en ytlig undersökning. Däremot är det vanligt att säljaren förväntar sig att köparen *använder* köpobjektet. Fel som skulle kunna ha upptäckts vid normal användning skall köparen reklamera. Om en köpare i det enskilda fallet väljer att inte använda köpobjektet och därför inte blir medveten om fel som skulle ha upptäckts vid normal användning, finns det alltså risk för att köparen kan anses ha försummat sin reklamationsskyldighet.

[54] Almén § 51 vid not 10. I ett engelskt rättsfall ansågs en privat bilköpares sjukdom (under en vecka) förlänga tiden för undersökningen. (Bernstein v Pamson Motors (Golders Green) Ltd (1987) 2 All E.R. 220).
[55] Almén § 52 vid not 62.
[56] Bianca i Bianca-Bonell, Commentary on..., s 289.

Skyldigheten att anlita expertis

Om köparen är särskilt oförmögen att vidta undersökning, kan avtalet innebära att han är skyldig att anlita en expert.[57] Därvid måste man bl a beakta den aktuella transaktionens värde. Man kan utgå ifrån att parterna avsett att kostnaderna för undersökningen skall stå i rimlig proportion till köpeskillingen.

När köparen anlitar expertis för att hjälpa till med undersökningen uppkommer osäkerhet om i vilken utsträckning köparen gentemot säljaren bär ett ansvar för expertens dröjsmål eller felbedömning. Kan köparen ursäkta en för sen reklamation med att den expert som utfört undersökningen inte fullgjort sitt uppdrag korrekt utan tagit för lång tid på sig? Det skulle kunna tänkas att man därvid tillämpade principen om *culpa in eligiendo vel instruendo*, dvs köparen bär endast ett ansvar om han valt ut sin medhjälpare vårdslöst.[58] Det ligger emellertid närmare till hands att köparen, om han på grund av en egen medhjälpare försummar sin reklamationsskyldighet, istället får rikta ett skadeståndsanspråk mot den försumlige medhjälparen. Säljarens ställning borde inte försämras på grund av att köparen anlitar en expert som missköter sig. Säljarens intresse att snabbt erhålla reklamation förändras inte av den omständigheten att köparen anlitar en expert. Han framstår som lika skyddsvärd vare sig köparen anlitar en expert eller ej.

Parternas relativa sakkunskap

Parternas relativa sakkunskap påverkar inte omfattningen av undersökningsplikten. Köparens undersökningsplikt är alltså inte mindre omfattande bara för att säljaren besitter särskilt stor sakkunskap.[59] I praktiken kan dock överlägsen kunskap hos ena parten leda till vissa konsekvenser som medför ett bredare ansvarsområde. För det första kan han ha haft särskilda kunskaper om köpobjektet som han inte upplyser motparten om, vilket kan medföra att han anses ha handlat i strid mot tro och heder och

[57] Vid bedömning av om det föreligger skyldighet att anlita en expert skall man göra en jämförelse med "a reasonable person of the same kind", Sono i Bianca-Bonell, Commentary on..., s 310.

[58] Federspiel, Bidrag til læren om viljeserklæringer..., s 101.

[59] Den omständigheten att det föreligger "unequal bargaining power" och att parterna inte är "on equal footing" har varit föremål för stor intresse, inte minst i amerikansk doktrin. Man kan uppväga en sådan obalans genom konsumenträttslig lagstiftning, där konsumenten ju antas typiskt sett besitta mindre sakkunskap om såväl juridiska möjligheter och rättigheter som tekniska frågor. Utanför konsumenträtten får styrkeförhållandet mellan parterna betydelse i den mån den starkare parten *inser* att motparten saknar kompetens i något avseende. Den starkare partens förväntningar på motpartens agerade blir lägre i sådana fall. Dessutom kan det ge upphov till skyldigheter för den starkare parten att i högre utsträckning tillvarata den svagare partens intressen.

därigenom minskas motpartens reklamationsskyldighet (se kap 6). För det andra kan en part som framstått som särskilt sakkunnig ha lämnat vissa uppgifter som inskränker undersökningsplikten. För det tredje kan den särskilda sakkunskapen leda till att parten får insikt om att motparten saknar viss kompetens, vilket kan få konsekvenser för omfattningen av motpartens undersökningsplikt.

Frågan om sakkunskap visar tydligt på det olyckliga med de lagregleringar av undersökningsplikten som är till synes objektiva genom att anknyta till "god affärssed" eller "gott handelsmannaskick". När man bedömer sakkunskapen är det alltid en fråga om avtalstolkning och omständigheterna i det enskilda fallet och därför lämpar den sig inte för typiserade bedömningar mot bakgrund av enbart god affärssed.

4.4 När skall undersökningen påbörjas?

Vid vilken tidpunkt undersökningen skall påbörjas måste i första hand avgöras genom en tolkning av avtalet. När det saknas direkta tolkningsdata, blir bl a handelsbruk av betydelse. Härnedan kommer en rad fall från domstolspraxis att beröras. När det anses att varor skall undersökas genast efter köpet, är det ofta svårt att avgöra om för sen reklamation föreligger på grund av att undersökning skett för sent eller på grund av att reklamation skett för sent efter det att man faktiskt fått kännedom om felet. Många av rättsfallen är oklara härvidlag. Trots denna oklarhet kan översikten ändå ge en skissartad bild av hur undersökningsplikten gestaltar sig vid olika avtalstyper.

Den danska motsvarigheten till handelskammaren har uttalat sig om reklamationsfristens längd avseende *textilbranschen vid köp mellan näringsidkare* och säger att en undersökning och reklamation av tyger och kläder skall ske inom högst 8-14 dagar från leveransen. Dolda fel, sådana som t ex visar sig först i samband med färgning, kan dock påtalas senare.[60]

Livsmedel hör till en grupp där reklamation måste ske snabbt. Reklamation som framställdes två dagar efter köpet ansågs vara för sen när det var fråga om sill som såldes på torget (de visade sig bli dåliga fortare än normalt).[61] Vid köp av ett parti lök ansågs reklamation för sent framställd. Felet bestod i mögel. Partiet lossades 8 maj och kördes till köparen 9 maj. Reklamation skedde den

[60] UfR 1945 s 960 Gros.soc.; 1953 s 661 SH; 1953 s 989 Gros.soc.; 1959 s 681 SH och 1980 s 315 Gros.soc.
[61] UfR 1949 s 1168.

10 maj. I fakturan som kom köparen tillhanda fyra dagar före leveransen angavs att kvaliteten skulle godkännas vid leveransen.[62] Vid köp av citroner anses att köparen skall besiktiga partiet på ankomstdagen och reklamation skall framställas omgående efter ankomsten, dvs samma dag, om det är en vardag, och annars på nästföljande vardag.[63] Detsamma gäller för importerad potatis.[64]

UfR 1972.359 H gällde köp av mattor till en möbelutställning i Köpenhamn. Mattorna anlände till Köpenhamn torsdagen den 24 april. Måndag eller tisdag den påföljande veckan kördes mattan till utställningslokalen och började rullas ut. Onsdagen den 30 april reklamerade köparen till säljaren att mattan var felaktig. Den danska motsvarigheten till handelskammaren uttalade i domen att det inte var sedvanligt att en matta på 18 000 kvadratmeter utrullades omedelbart efter lossningen. Reklamationen, som lämnats sex dagar efter leveransen, ansågs ha skett i rätt tid.

När köpet rör varor av teknisk natur, är undersökningsfristen längre på grund av att undersökningen vanligen tar längre tid. Det kan många gånger vara osäkert om problemet verkligen utgör ett fel och det är först när köparen är säker på att det är fråga om ett kontraktsbrott som reklamationsskyldigheten inträder (under förutsättning att undersökningen sker i sådan omfattning och med sådan skyndsamhet som gott affärsskick förutsätter). I UfR 1961.306 H aktualiseras denna problematik. Vid köp av en begagnad bil med vibrationsstörningar reklamerade köparen efter två månader. Köparen hade först försökt åtgärda vibrationen och reklamerade när detta visade sig omöjligt. Köparen hade kunskap om felet, men meddelade inte detta till säljaren, utan försökte att på egen hand åtgärda felet. Tydligen var inte avsikten att göra gällande att säljaren var skyldig att ersätta kostnaderna för ett sådant åtgärdande. När det sedan stod klart för köparen att felet inte gick att åtgärda, reklamerade han och fick häva.

Av denna rättsfallsöversikt framgår att undersökningsplikten varierar högst väsentligt. Vid handel med färska livsmedel undersöks varorna i kvalitetshänseende samma dag som leverans sker. Men svårundersökta varor (som stora mattor eller tekniska produkter) undersöks i princip inte på annat sätt än genom normal eller avsedd användning. Härvid torde bevishänsyn spela en stor roll. Beträffande livsmedel som inte undersöks i omedelbar anslutning till leverans, är det svårt att säkra bevisning om varans kvalitet vid avlämnandet. Så som tidigare anmärkts bör man emellertid skilja noga mellan bevissäkring samt reklamationsskyldighet (kap 2.3). Den omstän-

[62] UfR 1951.429.
[63] UfR 1976.254 Gros.soc.
[64] UfR 1984.241 Gros.soc.

digheten att det *typiskt* sett är svårt att säkra bevisning om t ex en varas kvalitet vid tidpunkten för avlämnandet, bör inte innebära att köparen förlorar möjligheten att åberopa felet om han *i det enskilda fallet* förmår visa att varan faktiskt var felaktig vid den relevanta tidpunkten.

Att avtalsobjektet är utsatt för betydande prisvariationer eller snabb förändring talar emellertid ändå för att undersökningsplikten inträder i nära anslutning till köpet. Naturagäldenären räknar i sådana fall vanligtvis med att motparten påbörjar sin undersökning tidigt så att skadeverkningarna av en fördröjd undersökning och reklamation blir så små som möjligt. Och omvänt, i de fall där skadeverkningarna inte typiskt sett påverkas av när reklamation sker på grund av att prestationen inte är utsatt för förändring eller prisfluktuation, så förväntar sig inte naturagäldenären att motparten gör en undersökning i omedelbar anslutning till leverans.

Betydelsen av köparens praktiska möjligheter

Ofta leder en avtalstolkning till att köparen inte anses ha åsidosatt sin undersökningsplikt om undersökningen påbörjas så snart köparen har praktisk möjlighet att själv eller genom representant genomföra undersökningen. I vissa fall är emellertid undersökningsplikten mer långtgående än så, om det nämligen av avtalet följer att köparen åtagit sig att göra undersökningen på ett visst sätt. Då kan han inte ursäkta sig med att det senare visat sig att undersökningen är praktisk svårgenomförbar.

Betydelsen av misstanke om kontraktsbrott

Köparens misstanke om ett fel kan aktivera undersökningsplikten.[65] Detta är följer av principen om skyldigheten att begränsa motpartens förlust (se kap 2.2). En misstanke kan uppkomma självständigt eller uppenbara sig i samband med en undersökning. Undersökningsplikten påverkas alltså av att köparen sett tecken på att det kan föreligga ett kontraktsbrott. Men är köparen tvungen att lämna en "reklamationsvarning", dvs ett meddelande till säljaren om att han anar oråd och företar en fördjupad undersökning men ännu inte är säker på om det föreligger ett kontraktsbrott?

Om köparen väljer att meddela säljaren att det föreligger en misstanke

[65] Almén § 52 vid not 35; Nørager-Nielsen & Theilgaard, Købeloven, s 933, med hänvisning till UfR 1962.279 H. Se dock UfR 1961.306 SH (bilen med vibrationer). Federspiel anser att det är motiverat att ålägga köparen en reklamationsplikt om det föreligger tveksamhet om huruvida varan är kontraktsenlig (Bidrag til læren om viljeserklæringer..., s 136 f).

om kontraktsbrott, inträder vissa rättsverkningar. Den kontraktsbrytande parten får genom reklamationsvarningen klart för sig att det föreligger en misstanke, något som skulle ha varit svårt för honom att bevisa om han inte fått en reklamationsvarning. Reklamationsvarningen får alltså i praktiken negativa rättsliga konsekvenser för den som avger den. Här ser man ett exempel på hur de avtalsrättsliga teorierna påverkas av de praktiska bevismöjligheterna. Bevisaspekterna bör beaktas vid en teoretisk diskussion om hur ansvar lämpligen bör fördelas.[66] Det vore å ena sidan angeläget om man kunde skapa incitament för den part som drabbats av ett kontraktsbrott och fått en misstanke, att lämna en reklamationsvarning, eftersom en sådan underlättar för den kontraktsbrytande parten att vidta skademinskande åtgärder. Men å andra sidan skall den kontraktsbrytande partens intresse av att erhålla reklamationsvarning vägas mot risken att väcka liv i en konflikt i onödan, dvs innan det råder säkerhet om att det faktiskt föreligger ett kontraktsbrott (se kap 2.9). En sammanvägning av dessa olika hänsyn medför att den drabbade parten inte förlorar sin möjlighet att åberopa kontraktsbrottet om han inte lämnar en reklamationsvarning, men i sådana fall där undersökningen tar lång tid och man kan anta att den kontraktsbrytande parten genom en reklamationsvarning skulle ha kunnat minska skadeverkningarna av kontraktsbrottet och inte heller kände till kontraktsbrottet, så kan påföljderna jämkas enligt den allmänna regeln om att man skall sträva efter att minska skadeverkningarna för motparten.

Kan undersökningen uppskjutas?

En näraliggande fråga är i vilken utsträckning man kan påverka och utsträcka reklamationsfristen genom att meddela motparten att man ännu inte haft möjlighet att undersöka prestationen.

> Vid köp av ett parti "lammetarmer", som var felsorterade, kunde köparen vänta med en reklamation i tio dagar, trots att det var fråga om livsmedel där reklamationsfristen ofta sätts snävare. Efter fem dagar hade köparen lämnat ett meddelande till säljaren att han strax skulle undersöka varorna och betala om varorna var felfria.[67]

I och med meddelandet om att undersökning inte kan ske omedelbart förtydligas avtalets innebörd på denna punkt. Om motparten inte protes-

[66] Se för ytterligare exempel, Hultmark, Slutande av avtal med moderna komunikationsmedel i Festskrift till Jan Ramberg.
[67] UfR 1952.467 SH.

terar mot meddelandet, så är det en omständighet som talar för att avtalet skall tolkas som om undersökningen kan företas vid en senare tidpunkt. Dessutom medför ett sådant meddelande att den kontraktsbrytande parten inte på grund av passiviteten kan förledas tro att prestationen är godkänd. Men i *praktiken* är köparen kanske inte så mycket behjälpt med en utsträckt reklamationsfrist eftersom han genom att uppskjuta undersökningen ofta kommer i ett sämre bevisläge beträffande frågan om felet verkligen förelåg vid tidpunkten för avlämnandet.

Var skall undersökning ske?

Även frågan om på vilken plats undersökningen skall utföras är beroende av avtalstolkning. I avsaknad av uttryckliga överenskommelser, stipulerar köplagen att undersökningen skall ske hos säljaren (31 § 1 st med hänvisning till avlämnandet). Om varan skall transporteras kan köparen avvakta med undersökningen tills dess att varan kommit fram (31 § 2 st). Av art. 38 p 2 i CISG följer uttryckligen att när det av avtalet framgår att varan skall transporteras, så behöver inte köparen undersöka innan varan kommit fram till bestämmelseorten. I vissa fall kan det mellan parterna vara underförstått att undersökningen skall ske hos den köpare som godset vidareförsålts till.[68] Undersökningspliktens början är i princip oberoende av riskens övergång.[69] Men eftersom man för att avgöra om fel eller dröjsmål föreligger måste knyta an till tidpunkten för riskens övergång, är den naturligtvis av betydelse för undersökningens karaktär.

Kort anmärkning om bevisbördan

Säljaren har bevisbördan för att köparen bort upptäcka felet tidigare eller att köparen faktiskt upptäckt felet tidigare.[70] Det kan antas vara en generell regel även utanför köplagens tillämpningsområde att den som gör gällande för sen reklamation skall visa att rekvisiten är uppfyllda. Detta medför att den kontraktsbrytande parten har bevisbördan för att avtalet innebär att det förelåg en undersökningsplikt samt att motparten åsidosatt denna. Härmed är inget sagt om hur tung bevisbördan är.

[68] Reynolds i Benjamin's Sale of Goods, s 529.
[69] Nørager-Nielsen och Theilgaard, Købeloven, s 844.
[70] Almén § 52 vid not 53.

4.5 Sammanfattning

Köplagens och kommissionslagens hänvisningar till att undersökning skall ske i enlighet med "god affärssed" och "gott handelsmannaskick" kan ge en felaktig föreställning om att det skulle finnas någon objektiv norm. Vad det i själva verket är frågan om är att man mot bakgrund av en mängd omständigheter bildar sig en uppfattning om vad avtalet mellan parterna i det enskilda fallet faktiskt innebär med avseende på skyldigheten för mottagaren av en prestation att undersöka om prestationen är kontraktsenlig. Det är inte möjligt att objektivt – utan hänsynstagande till omständigheterna i det individuella fallet – bedöma frågan om undersökningsplikt överhuvudtaget föreligger och i så fall, omfattningen av denna och vid vilken tid undersökningen skall genomföras, utan att tolka avtalet.

Vare sig av köplagen, kommissionslagen, jordabalken, konsumentköplagen, konsumenttjänstlagen m fl lagar framgår att man normalt inte undgår att *tolka* avtalet med avseende på undersökningsplikt och reklamation. I detta kapitel visas att det är fullt möjligt att inom ramen för dessa lagrum använda sig av en avtalstolkningsmodell och att den leder till en mer mångfacetterad analys än den begränsade och stereotypa metod som lagtexten inbjuder till.

När avtalet inte uttryckligen reglerar undersökningspliktens omfattning, är man hänvisad till att tolka avtalet enligt allmänna tolkningsprinciper. I en sådan bedömning är många olika moment relevanta. De som särskilt uppmärksammats i detta avsnitt och som skall ingå i en helhetsbedömning är avtalstypens karaktär och handelsbruk, betalningssätt, undersökningsplikten före köpet, parternas sakkunskap och parternas beteenden. Det är alltså inte fråga om att inskränka bedömningen till att enbart omfatta handelsbruk.

5. KRAV PÅ REKLAMATIONENS INNEHÅLL OCH FORM

5.1 Inledning

I detta avsnitt behandlas frågorna om vilken form och vilket innehåll en reklamation skall ha och vilka konsekvenser avvikelser i detta avseende får. Av avtal eller lag framgår sällan på ett konkret sätt vilka krav som ställs på reklamationens form och innehåll. För att kunna bedöma omfattningen av kraven på reklamationens innehåll och form och vilka rättsverkningar en ofullständig reklamation medför, är det angeläget att skapa klarhet kring vilka bakomliggande intressen kraven är avsedda att tillvarata.

5.2 Precisering av kontraktsbrottet

Tolkning av reklamation

Det uttalas ofta att det av reklamationen skall framgå att den drabbade parten anser att ett kontraktsbrott föreligger samt att han önskar göra gällande påföljder.[1] Engelsmännen betraktar saken på ett *omvänt* sätt och frågar sig om meddelandet till den kontraktbrytande parten kan uppfattas som en förklaring att prestationen godkänns.[2] Många gånger är det tillräckligt att den part som drabbats av ett kontraktsbrott beter sig på ett sådant sätt att det inte uppkommer en befogad föreställning hos den kontraktsbrytande parten om att den drabbade parten är nöjd med prestatio-

[1] Hammond uppställer för amerikansk rätts del en rad mål som reklamationen skall tillgodose. Den skall vara av sådan karaktär att den underlättar förlikningar, den skall ge säljaren en möjlighet att avhjälpa fel, den skall ge möjlighet för säljaren att förbereda sig inför en eventuell tvist och den skall inte förleda säljaren att tro att köparen är nöjd. Hammond anser inte att samtliga dessa krav måste vara uppfyllda, men han anser att man vid en bedömning av vilka krav som kan ställas på en reklamation i ett enskilt fall, bör beakta i vilken utsträckning dessa mål kunnat tillgodoses. (Hammond, Notification of breach under Uniform Commercial Code section 2-607(3)(a): A conflict, a resolution, 70 Cornell Law Review 526-56 1985). Fikentscher anser att det viktiga med reklamationen är att säljaren av reklamationen skall kunna bilda sig en uppfattning om reklamationen är välgrundad och hur han skall förhålla sig till den (Fikentscher, Die mängelrüge im deutschen, ausländischen und internationalen recht, s 10). Cervin föreslår de lege ferenda att de krav som uppställs på reklamationens innehåll bör variera beroende på hur komplicerat och omfattande anspråket är (Om passivitet, s 163).

[2] I ett rättsfall ansågs köparens brev till säljaren inte som ett godkännande och köparen förlorade alltså inte sina rättigheter att göra gällande påföljder på grund av fel i en maskin när brevet avslutades: "it will be of no use to me... but I shall be in Huddersfield this week... where I shall be pleased to see you." (Varley v Whipp (1900) 1 Q.B. 513. Reynolds i Benjamin's Sale of Goods, s 541).

nen. D v s de krav på reklamationen som man kan ställa är endast att den medför att den kontraktsbrytande parten inte får anledning att tro att motparten godkänt prestationen. Det är i och för sig angeläget att den kontraktsbrytande parten får klart för sig vad anspråket innebär. Men detta intresse är knappast så angeläget att den drabbade parten vid en opreciserad reklamation inte skall få göra gällande något anspråk alls. I situationer där den kontraktsbrytande parten typiskt sett kan minska sin skada genom att vidta åtgärder, är det viktigt att det av reklamationen framgår i vilka avseenden prestationen inte är förenlig med avtalet. Om den kontraktsbrytande parten har *självständig kännedom* om kontraktsbrottet eller *typiskt sett saknar möjlighet att begränsa sin skada*, är det emellertid inte angeläget att ställa omfattande krav på reklamationens innehåll.

Om man vid en tolkning av reklamationen kommer fram till att den är otydlig, finns det en risk att reklamationen tolkas som att den drabbade parten avstått från att göra gällande vissa typer av påföljder. För att skapa incitament till tydliga reklamationer är det tillräckligt att den drabbade parten riskerar att den otydliga reklamationen tolkas som ett godkännande istället för en reklamation. Det är däremot inte rimligt att resonera på följande sätt: Eftersom reklamationen är otydlig, så får du inte göra gällande kontraktsbrottet, trots att man vid en tolkning av reklamationen kommer fram till att du dock allmänt har angivit felets karaktär! En parallell kan dras till missförstånden av oklarhetsregeln i samband med tolkning av avtal. Den blir tillämplig först när man efter en tolkning inte kan komma fram till hur parterna fördelat ansvaret.[3]

Reklamation som konfliktskapande element

I amerikansk rätt har frågan om kraven på innehåll i reklamation varit föremål för debatt. De som inte förordar höga krav på innehållet i reklamationen, anser att syftet endast är att säljaren skall bli *medveten om felet eller dröjsmålet*. De som ställer höga krav anser att syftet är att säljaren skall göra sig *beredd* på en talan om ersättning. I en amerikansk dom uttalas:

> "The plaintiff replies that the buyer is not required to give notice of what the seller already knows, but this confuses two quite different things. The notice 'of the breach' required is not of the facts, which the seller presumably knows quite as well as, if not better than, the buyer, but of the buyer's claim that they

[3] Se Ramberg, Allmän avtalsrätt, s 174. Det går alltså inte till så att man tolkar avtalet och kommer fram till att A bär ansvar och sedan tillämpar oklarhetsregeln och låter ansvaret vila på B på grund av att A utformat avtalet.

> constitute a breach. The purpose of the notice is to advice the seller that he must meet a claim for damages, as to which, rightly or wrongly, the law requires that he should have early warning.[4]

Uttalandet belyser vikten av att skilja mellan reklamationer som avser att informera om att det föreligger en avvikelse i prestationen och reklamationer för att informera om avsikten att göra gällande påföljder med anledning av avvikelsen.

Förhållandet mellan parterna vid tidpunkten för kontraktsbrottets uppenbarande kan vara sådant att det skulle vara relationsmässigt olämpligt att framställa alltför direkta anspråk.[5]

> I en tvist mellan ett flyglinjebolag och en flygplanstillverkare aktualiserades detta problem.[6] Tillverkaren kom i dröjsmål med de successiva leveranserna och beställaren påpekade detta i försiktiga brev. Leveranserna av flygplan skulle ske under fyra år och beställaren bedömde att ett alltför aggressivt reklamationsmeddelande skulle kunna äventyra hela det långvariga samarbetet. Trots detta ansågs beställaren inte ha reklamerat i rätt ordning. Beställarens "repeated communications of dissatisfaction to McDonnell Douglas (tillverkaren) could have been viewed as mere requests for aid".[7]

Det amerikanska rättsfallet illustrerar problemet med att kravet på reklamation utgör ett konfliktskapande element (se kap 2.9). Beställaren stod inför två mycket obehagliga alternativ; att antingen framföra sina krav med anledning av kontraktsbrottet och därigenom äventyra de fortsatta leveran-

[4] American Mfg. Co. v. United States Shipping Bd. Emergency Fleet Corp., 7 F.2d 565, 566 (2d Cir. 1925), ur Milberger, Section 2-607(3)(a): Effective notification of breach under the Uniform Commercial Code, 444 University of Pittsburgh Law Review 733-749 (1983).

[5] I den officiella kommentaren till Uniform Commercial Code uttalas:

"There is no reason to require that the notification which saves the buyer's rights under this section must include a clear statement of all objections that will be relied on by the buyer... Nor is there reason for requiring the notification to be a claim for damages or of any threatened litigation or other resort to a remedy. The notification... need only be such as informs the seller that the transaction is claimed to involve a breach..."(U.C.C. § 2–607 Official Commment 4) Denna kommentar till UCC har modererats i rättspraxis. Där ställer man tämligen stränga krav på att köparen skall ha informerat säljaren, inte endast om att det föreligger ett missnöje, utan om att köparen anser att säljaren gjort sig skyldig till kontraktsbrott.

[6] Eastern Air Lines, Inc. v. McDonnell Douglas Corp. 532 F.2d 957 (5th Cir. 1976), kommenterat av Milberger, s 737 f.

[7] "We recognize, of course, that once an airline begins to build a fleet with a particular make of airplane it cannot easily switch to a competing manufacturer. Eastern, therefore, is correct in pointing out that as of 1965, it was effectively 'married' to Douglas...however... In a continuing contractual relationship,.. the buyer must decide whether the benefits of claiming a breach of contract outweigh the need for a close rapport with the seller. "(532 F.2d at 979 n.62.)

serna av flygplan eller att avstå från sin rätt med anledning av kontraktsbrottet och erhålla fortsatta leveranser.

Hur man i svensk rätt skulle ställa sig till kravet på reklamationens tydlighet i motsvarande situation är osäkert. Vid en bedömning av vilka krav som skall ställas på reklamationens innehåll och hur klargörande den skall vara, bör man beakta att parternas relation är känslig och att det kan föreligga affärsmässiga skäl som förhindrar att reklamation ges med den normalt sett erforderliga tydligheten. Så länge det klart framgår att mottagaren av pretationen inte är helt nöjd, borde reklamationsskyldigheten anses fullgjord. Om den kontraktsbrytande parten känner en osäkerhet om och i vilken utsträckning motparten avser att rikta krav mot honom, så bör han i eget intresse interpellera för att få klarhet i saken. Det är inte rimligt att den part som drabbats av ett kontraktsbrott i en sådan situation förlorar rätten att göra kontraktsbrottet gällande, åtminstone i de fall kontraktsbrottet är av sådan karaktär att den kontraktsbrytande parten inte genom att vidta åtgärder skulle ha kunnat minska sin egen skada (t ex genom regressanspråk).

Reklamation beträffande flera kontraktsbrott

Skyldigheten att precisera kontraktsbrottets karaktär har delvis att göra med att man skall kunna skilja mellan kontraktsbrott som köparen reklamerat från sådana som han inte reklamerat. För varje kontraktsbrott löper en egen reklamationsfrist och genom att anmärka på ett kontraktsbrott påverkas inte reklamationsfristen för andra kontraktsbrott. Även en allmänt hållen och icke substantiell reklamation kan emellertid i vissa fall vara tillräcklig när det i sammanhang med andra omständigheter står klart för den kontraktsbrytande parten att det är fråga om ett visst kontraktsbrott.

Om parterna redan är involverade i en tvist, uppstår frågan om köparen ånyo måste reklamera mot förhållanden som inte omfattas av den pågående tvisten. Av några norska domar förefaller det som om man inte ställer alltför höga krav på köparen i sådana fall.[8] I Danmark däremot ställs lika stränga krav på snabb reklamation oberoende av om det föreligger en tvist om andra kontraktsbrott.[9]

[8] NRt 1967 s 1059, 1958 s 112. Se dock 1924 s 729.
[9] Se UfR 1914.749 H; 1920.49 ØL; 1920.553 H; 1922.744 SH; 1950.917 Børsvoldgift; 1956.980 SH; 1964.87.

I NJA 1936 s 584 reklamerade köparen mot visa fel. Först långt senare, i samband med stämningen, åberopade han även andra fel. Dessa senare fel ansågs han inte kunna göra gällande.

En kontraktsbrytande part som blivit medveten om att motparten kommer att rikta anspråk, vidtar rimligen försiktiga dispositioner. Han drabbas därför typiskt sett inte lika hårt av att ytterligare anspråk framställs. Därför skulle det, i enlighet med norsk rätt, kunna vara rimligt att inta en någorlunda generös attityd mot den drabbade avtalsparten. Om det är fråga om helt olika typer av kontraktsbrott (t ex att säljaren är i dröjsmål och köparen dessutom vill göra gällande felansvar), bör emellertid undersöknings- och reklamationsskyldigheten efter köpet gälla fullt ut och köparen vara skyldig att iaktta de reklamationsregler som gäller för varje enskilt kontraktsbrott.[10]

Ensidig förlängning av reklamationsfristen

Ytterligare en förklaring till varför kontraktsbrottet måste preciseras i reklamationen är en oro för att mottagare av prestationer annars slentrianmässigt förbehåller sig rätten att påtala kontraktsbrott och därmed utökar reklamationsfristens längd. Denna oro har påtalats särskilt i tysk rätt.[11] Oron förefaller mig överdriven. Om det i ett visst fall visar sig att köparen regelmässigt sänder sådana generella förbehåll till säljare, så kan man i det enskilda fallet hävda att säljaren inte fäst sig vid den generella reklamationen och att den därför inte uppfyllt de krav man kan ställa på den. Det föreligger knappast anledning att uppställa stränga krav på preciserade reklamationer utifrån ett antagande att mottagare av prestationer i allmänhet eftersträvar att förlänga reklamationsfristen genom att sända ospecificerade reklamationer.

Betydelsen av att den kontraktsbrytande parten känner till kontraktsbrottet

Man kan tänka sig en situation där den drabbade parten otvetydigt förklarar att han är missnöjd, utan att precisera sig. Om den kontraktsbrytande parten är medveten om vari kontraktsbrottet består, kan man ifrågasätta om det är rimligt att den drabbade parten skall förlora sin rätt att göra kontraktsbrottet gällande endast på grund av att reklamationen inte var

[10] Ramberg, Köplagen, s 389; Bergem-Rognlien, 1991, s 184.
[11] Schlegelberger HGB Kommentar, s 160; K Schmidt, Handelsrecht, s 217 ff.

tillräckligt tydlig. Det ligger då närmare till hands att den kontraktsbrytande parten interpellerar och begär en precisering (se kap 6.2).

Köplagen

Av köplagen framgår det inte uttryckligen vilka krav som ställs på reklamationens form och innehåll. Det har i praxis inte ansetts tillräckligt att köparen endast i allmänna ordalag påpekar att han är missnöjd med leveransen, utan av reklamationen måste framgå att man inte tänker låta sig nöja. Man ser en konflikt mellan kravet på att reklamation skall ske snabbt respektive att reklamationen skall vara preciserad. Ju större krav man ställer på precisering, desto längre tid tar det att reklamera. Allmänt sett anses det som mer angeläget att reklamationen kommer snabbt, än att den är preciserad.[12]

Något detaljerat angivande av felets beskaffenhet är inte nödvändigt men av reklamationen måste framgå i vilket avseende varan enligt köparens förmenande är kontraktsstridig. Om inte felets art kan preciseras, så skall köparen i vart fall ange på vilket sätt felet visar sig.[13] Även om detta inte framgår särskilt tydligt av lagtexten, anses det i Sverige följa av att köparen skall lämna meddelande om "felet".[14] I norska köplagen sägs däremot uttryckligen att köparen i sitt meddelande skall ange vari felet huvudsakligen består (§ 32 (1) "melding som angir hva slags mangel det gjelder").

CISG

Enligt art. 39 CISG skall "*the nature* of the lack of conformity" beskrivas, eftersom säljarens möjligheter att säkra bevisning om felet och att avhjälpa felet möjliggörs först om han får information om vari felet består. Det är intresseväckande att Honnold i sin kommentar till CISG endast hänvisar till *bevissäkringsfunktionen*. Han är präglad av det amerikanska synsättet där rättsföljden av för sen eller oriktig reklamation allmänt sett inte medför så

[12] Kolrud m fl, Kommentar till NL 92, s 97."Ofta försenas reklamationen i onödan av att köparen använder för lång tid för att undersöka felet i detalj."
[13] Prop 1988/98:76 s 123; Ramberg, Köplagen, s 387. UfR 1941.119 H rörde köp av en tvättmaskin som inte förmådde tvätta rent och arbetade för långsamt. Köparen anförde i sin reklamation endast att varan inte fungerade kontraktsmässigt, vilket inte ansågs tillräckligt. När köparen senare preciserade felen, ansågs reklamation ha skett för sent.
[14] NU 1984:5 s 273.

sträng rättsverkan, utan endast förlust av hävningsrätten och i praktiken ett sämre bevisläge.[15]

Jordabalken

En neutral reklamation vid fastighetsfel skall innehålla en närmare beskrivning av felet samt att köparen vill göra felanspråk gällande.[16] Köparen skall alltså ange själva kontraktsbrottet med den precision som är möjlig mot bakgrund av vad köparen faktiskt känner till, men de påföljder han vill göra gällande behöver inte preciseras.

Precisering vid misstanke om kontraktsbrott

Av det föregående kapitlet har framkommit att en misstanke om kontraktsbrott förstärker undersökningsplikten efter fullgjord prestation (s 104 f). Även om den part som drabbas av ett kontraktsbrott inte har någon skyldighet att anmäla en misstanke om kontraktsbrott, så kan det hända att han ändå skickar en sådan "reklamationsvarning". En sådan måste med nödvändighet vara ospecificerad, eftersom den drabbade parten ännu inte är säker på om något kontraktsbrott är för handen. Eftersom det inte föreligger någon skyldighet att reklamera i den situationen, så kan den drabbade parten inte gå miste om några rättigheter genom att sända den. Men det bör betonas att så snart den drabbade parten når visshet om kontraktsbrottets närmare karaktär, kan det föreligga en skyldighet för honom att återigen sända ett meddelande till den kontraktsbrytande parten och specificera kontraktsbrottet närmare.

Rättsverkningarna av att reklamationen inte är preciserad

Rättsföljden av att felet inte är angivet med tillräcklig precision framgår inte entydigt av vare sig CISG eller köplagen. Av 32 § 1 st norska köplagen framgår dock tydligt att om reklamationen inte anger vad för slags fel det är fråga om, så förlorar köparen sin rätt att göra felet gällande.

[15] Honnold påpekar också att i detta tidevarv av elektroniska kommunikationsmöjligheter, kan man förvänta sig att den säljare som vill veta mer om felet ställer frågor till köparen (Honnold, s 335). Med Honnolds synsätt skulle alltså sanktionen vid en otydlig reklamation inte vara att den betraktades som en icke-reklamation. Istället påverkas fördelningen av bevisbördan.
[16] Grauers, Fastighetsköp, s 141.

Den norska regleringen kan förefalla onödigt sträng och formalistisk. Det avgörande bör vara om säljaren insett vilket kontraktsbrott som köparen varit missnöjd med, och inte vilken grad av precision reklamationen faktiskt haft. Om säljaren t ex på andra vägar än via köparens reklamation blivit medveten om kontraktsbrottets art, så förefaller det orimligt att köparen skulle förlora sin rätt att åberopa kontraktsbrottet på grund av att reklamationen varit oprecis. Det är möjligt att man skulle kunna komma till rätta med det formella kravet på precisering genom att hänvisa till 33 § köplagen och hävda att det skulle strida mot tro och heder att säljaren åberopade otydlig reklamation och att köparen förlorade sin rätt om säljaren var medveten om kontraktsbrottet (jfr art. 40 CISG och se vidare kap 6.1).[17]

Enligt CISG och Unidroit Principles följer av den allmänna skyldigheten att inte agera "against good faith and fair dealing", en risk att man förlorar sin rätt att åberopa ett kontraktsbrott om reklamationen varit alltför ospecificerad. Men detta förhållande måste då vara av så allvarlig art att det kan klassificeras som "against good faith and fair dealing".[18] I ett annat sammanhang påpekas i kommentaren till Unidroit Principles att den som drabbats av ett kontraktsbrott "for the sake of clarity, would be well advised to give some reasons for the avoidance in its notice, although in cases of fraud or gross disparity the avoiding party may assume that those reasons are already known to the other party".[19] Det framgår inte hur avsaknaden av specificering är sanktionerad. Däremot framkommer att det inte finns behov av någon specifikation av kontraktsbrottets karaktär om det kan antas att den kontraktsbrytande parten redan är medveten om kontraktsbrottet.

5.3 På vems risk sänds reklamationen?

En generell regel kan sägas vara att meddelanden som skickas för att begränsa motpartens förlust – och alltså huvudsakligen ges i motpartens intresse – sänds på motpartens risk. Och i de fall ett meddelande sker i eget intresse, går meddelandet på den avsändande partens risk. Detta återspeglas i t ex 40 § 1 st avtalslagen, som innebär att den som sänder ett meddelande för att förebygga ett missförstånd (vid risk att bli bunden av passivitet

[17] Ramberg, Köplagen, s 399 ff.
[18] Unidroit, Principles of International Commercial Contracts, s 18.
[19] Unidroit, Principles of International Commercial Contracts, s 83.

vid oren accept respektive vid förklaringsmisstag) har gjort det som på honom ankommer om meddelandet givits på ett ändamålsenligt sätt. Risken för att meddelandet kommer för sent eller inte kommer fram ligger sålunda på motparten, under förutsättning att det avsänts på ett ändamålsenligt sätt.[20]

Att reklamationen sänds på mottagarens risk står på sätt och vis i strid mot de stränga krav som ställs på reklamationens innehåll. Om det viktiga med reklamationen är att säljaren skall kunna handla på visst sätt, borde ju reklamationen sändas på köparens risk. Men skillnaden framstår som mer förklarlig om man beaktar att köparen själv kan påverka reklamationen innehållsmässigt, under det att han saknar möjlighet att påverka befordringen av reklamationen när befordringen sker av någon annan än honom själv.

I lagar och standardavtal som reglerar olika avtalstyper finns det olika regler om på vems risk reklamationen går. Det finns en mängd exempel på att reklamationen går på den kontraktsbrytande partens (dvs mottagarens) risk:

Enligt 82 § köplagen contrario bär säljaren (den kontraktsbrytande parten) risken för att reklamationen når fram när det är fråga om fel och säljarens dröjsmål. På samma sätt förhåller det sig enligt 17 § konsumenttjänstlagen, 15, 23 och 47 §§ konsumentköplagen samt 4:19 a st 3 jordabalken och enligt art. 82 CISG.

Vid hävningsförklaringar går risken på den kontraktsbrytande parten enligt 29, 39 st 2, 59 och 82 §§ köplagen, 15 st 1 och 47 §§ konsumentköplagen, European Principles art 1:303(4).[21] Så är även fallet beträffande meddelande om avhjälpande och omleverans (35 och 82 §§ köplagen samt 16 och 47 §§ konsumentköplagen). Se även art. 82 CISG.

Enligt kommissionslagen skall kommittenten meddela kommissionären om inköpsgods till kommissionären levererats för sent eller är felaktigt. En sådan reklamation går i likhet med reklamation om att kommissionären handlat försumligt på kommissionärens risk (3, 10, 22 och 23 §§ kommissionslagen).

Kommissionärens meddelande till kommittenten att försäljningskommissionsgods är felaktigt går på kommittentens risk (3 § e contrario och 12 § kommissionslagen)

Vid köparens dröjsmål med betalning och bristande medverkan skall reklamation ske och köparen (den kontraktsbrytande parten) bär risken för att reklamationen når köparen (52 § st 3, 53 § st 3 och 82 § köplagen).

[20] Grönfors, Avtalslagen, s 266 f; Ramberg, Köplagen, s 399.
[21] Artikeln i European Principles numrerades tidigare 1.110.

Men det finns också exempel på fall där risken för försenad eller utebliven reklamation ligger på den part som drabbas av kontraktsbrottet (dvs på avsändaren):

Enligt Unidroit Principles går meddelanden på avsändarens risk (alltså inte på den kontraktsbrytande partens risk) och det framgår tydligt av kommentarerna till artikeln att detta gäller även för reklamationer.[22]

Enligt NLM 84 (se de inledande definitionerna) går alla meddelanden på avsändarens risk.

Slutligen finns det situationer där det inte är uttryckligen reglerat på vems risk reklamationen sänds:

Av jordabalken följer inte vem som står risken för meddelandet beträffande hävningsreklamation, dröjsmålsreklamation och lagfartsreklamation (4:15 st 2).

I lag om handelsagentur framkommer inte vem som bär risken för att ett meddelande om att avtalet sägs upp i förtid på grund av motpartens kontraktsbrott kommer fram (§ 26 st 2).

Inom hyresrätten, där påföljder med anledning av uthyrarens kontraktsbrott aktualiseras först för tiden efter reklamationen, är det också oklart vem som bär risken för att meddelandet försenas eller försvinner.

Enligt 8:24 p 2 jordabalken skall fastighetsägaren reklamera mot arrendators vidareupplåtelse, men det framgår inte på vems risk meddelande sänds.

Av NL 92, Montage 85, AB 92, ABS 80, NSAB, ABK 87 och ALOS 81 framgår inte på vems risk reklamation går.

Förklaringen till att reklamationen så ofta sänds på avsändarens risk i svensk rätt, är antagligen att rättsföljden av för sen reklamation är så sträng att det inte framstår som rimligt att låta reklamationen gå på avsändarens risk. Om nu reklamationen huvudsakligen sker i den kontraktsbrytande partens intresse, så kan man fråga sig varför det uppställs några krav alls på reklamationens form eller innehåll, så länge som det framgår att den drabbade parten inte är nöjd. Därefter skulle man kunna tycka att det ankom på den kontraktsbrytande parten att skaffa klarhet i hur den drabbade parten karaktäriserar kontraktsbrottet och vilken påföljder han ämnar göra gällande. En större logik uppvisar Unidroit Principles härvidlag där alla meddelanden inklusive reklamation med anledning av kontraktsbrott anses gå på avsändarens risk, art 1.9(2). Att man i Unidroit Principles kunnat lägga ett så strängt ansvar på den som avsänt reklamationen hänger samman med

[22] Unidroit, Principles of International Commercial Contracts, Art 1.9 (s 22 och s 83).

att rättsföljden av att reklamationsskyldigheten försummats inte är så sträng enligt Unidroit Principles (den medför endast bortfall av rätten att häva).[23]

5.4 Formkrav

Reklamation behöver inte ske på något särskilt sätt.[24] Det är alltså tillräckligt med en muntlig reklamation, även om det i efterhand kan vara svårt att bevisa att muntlig reklamation lämnats. Precis som handlingar kan innebära (konkludent) godkännande av kontraktsbrott, kan handlingar innebära konkludent reklamation.[25]

Det är inte ovanligt att det i standardavtal och individuella kontrakt uppställs särskilda formkrav på reklamationer, t ex att de skall vara *skriftliga*. Vilken rättsföljden blir om detta formella krav inte är uppfyllt är i första hand en tolkningsfråga. Detta ämne behandlas utförligt i kap 8.4.

5.5 Vem skall framföra reklamationen?

Reklamation från annan än den som drabbats av kontraktsbrottet

Reklamationen behöver inte ges av den drabbade kontraktsparten själv.

> I NJA 1994 s 532 hade reklamation skett av ett bolag som inte stod i direkt kontraktsförhållande med den kontraktsbrytande parten, utan i sin tur hade ett avtal med den drabbade parten. HD uttalar att "det förhållandet att brevet härrörde från Tufvessonbolaget och inte från FRITAB, som beställt provningarna, är med hänsyn till de nära banden mellan FRITAB och Tufvessonbolaget inte ägnat att betaga reklamationen dess rättsliga verkan."

Man kan ifrågasätta HD:s förklaring till varför reklamationen fick rättslig verkan trots att den inte lämnats av den drabbade parten. Antingen borde HD ha byggt sitt ställningstagande på *fullmaktsrättsliga* resonemang eller också avgjort saken på den grunden att den kontraktsbrytande parten i och med reklamationen *blivit på det klara med* att det förelåg ett kontraktsbrott som den drabbade parten inte var beredd att godkänna. HD:s hänvisning till de nära banden mellan den drabbade parten och den som givit reklama-

[23] Se dock kritik av Hellner, Unidroit principer för internationella avtal, i Lex ferenda, s 71 på sid 78 f.
[24] UfR 1976.315 H. Unidroit, Principles of International Commercial Contracts, Art 1.9, s 22.
[25] Almén § 27 not 39.

tionen kan i vart fall inte ensam utgöra ett tillräckligt rekvisit. Frågan är om det "nära bandet" över huvud taget är relevant (om det inte är en omskrivning för något mellanmansrättsligt förhållande).

Reklamationsskyldighet för omyndiga

Reklamation kan i princip ske av en omyndig. Ett skäl för detta har angivits vara att reklamationen är av rättsbevarande karaktär.[26] Men den egentliga anledningen till att en omyndig kan reklamera är snarare att den kontraktsbrytande parten blir medveten om att motparten inte är nöjd med prestationen och kan vidta åtgärder för att begränsa sin förlust samt interpellera till förmyndaren.

Ett större problem är om en omyndig kan förlora sin rätt att åberopa ett kontraktsbrott genom att vara *passiv*. I och med att förmyndaren medverkat till att ett avtal kommit till stånd, måste han också anses ha ålagt den omyndige de förpliktelser som följer av avtalet (t ex att betala köpeskillingen och att reklamera kontraktsbrott). En omyndig kan alltså genom passivitet förlora sina anspråk på grund av kontraktsbrott. Men det är möjligt att den kontraktsbrytande parten måste acceptera en längre reklamationsfrist när den drabbade parten är omyndig, eftersom undersökningspliktens omfattning och kravet på ett snabbt agerande inte kan ställas lika högt på en omyndig (kap 3.2). Av samma skäl kan man antagligen inte uppställa krav på att reklamationen skall vara lika preciserad med avseende på beskrivning av kontraktsbrottets art eller vilka påföljder som görs gällande. Reklamationens innehåll bör bli föremål för en partsinriktad tolkning där hänsyn tas till den omyndiges förmåga och motpartens insikt om att meddelandet lämnats av en underårig.

Ytterligare ett problem är vilka konsekvenserna blir om en omyndig framför en *obefogad hävningsreklamation*, eftersom en sådan kan medföra obehagliga konsekvenser för den omyndige. En hävningsreklamation kan få allvarliga följder om den är felaktig eller oberättigad. Troligen medför inte en obefogad hävning ekonomiska konsekvenser för den omyndige. Härvid uppkommer emellertid ett teoretiskt dilemma, eftersom den omyndige enligt vad som ovan sagts har möjlighet att framföra en verksam befogad neutral reklamation och hävningsreklamation. Denna obalans är något som följer av reglerna om omyndiga i avtalsförhållanden. Att sluta avtal med omyndiga innebär risker – bundenheten haltar i vissa fall. På samma sätt kan ansvarsfördelningen halta efter det att ett bindande avtal

[26] Adlercreutz, Avtalsrätt I, s 115.

kommit till stånd på så sätt att den omyndige kan framföra en verksam rättsbevarande reklamation, utan att han samtidigt riskerar negativa konsekvenser om reklamationen är obefogad.

Reklamation när fler parter än två är berörda

När avtalsförhållandet involverar flera avtalsparter på endera eller båda sidorna uppkommer problemet om reklamation skall ske *till* alla och *från* alla. Det är ett mellanmansrättsligt problem som inte kommer att analyseras närmare här. Man måste i varje enskilt fall ställa sig frågan om reklamationen kommit till alla berörda parters kännedom direkt, indirekt eller via behörig ställföreträdare. En praktisk aspekt i sammanhanget är att när flera säljare är solidariskt ansvariga gentemot köparen, så räcker det strängt taget för köparen att reklamera till en säljare.

5.6 Val av påföljd – specialreklamation

Det måste av reklamationen framgå att man vill göra anspråk gällande.

> I UfR 1983.505 H var det fråga om köp av en stor anläggning. Drygt ett år efter leveransen fick köparen veta att anläggningen enligt myndigheternas krav förde för mycket oväsen. Detta vidarebefordrade köparen till säljaren. Först efter drygt fyra år krävde köparen avhjälpande. Reklamationsskyldigheten ansågs inte uppfylld.

Utgången i målet kan förefalla självklar mot bakgrund av att en egentlig reklamation skedde först efter fyra år. Rättsfallet utgör emellertid ett exempel på att det inte är tillräckligt att skicka en kopia på ett krav som myndigheterna framställt, om inte köparen samtidigt klargör att han avser att åberopa denna omständighet och framställa krav mot säljaren.[27]

I vissa fall krävs, utöver ett klargörande att man önskar göra gällande påföljder, en specialreklamation där påföljden preciseras. D v s en förklaring att den drabbade parten med anledning av kontraktsbrottet önskar t ex häva eller kräver omleverans eller annan fullgörelse.

[27] Det är möjligt att domstolen ansåg att kontraktsbrott över huvud taget inte förelåg. Denna fråga förefaller man ej ha tagit ställning till. Systematiskt bör man först utreda om kontraktsbrott föreligger och därefter bedöma om reklamation skett i rätt tid och varit tillräckligt tydlig. Annars finns det risk att man blandar ihop bedömningarna.

Det är särskilt angeläget att det tidigt framkommer om den drabbade parten önskar häva, eftersom man därigenom undviker risken att den drabbade parten spekulerar i prisutvecklingen på den kontraktsbrytande partens risk (exempel på detta återfinns i 29 § köplagen och 20 § 1 st 2 p kommissionslagen). Vidare är hävningsreklamationen viktig för att tillvarata säljarens möjligheter att inrätta sig efter att köparen vill göra hävning gällande (se kap 2.4 och 2.5).[28]

Det finns även krav i lagtext på att andra typer av anspråk skall klargöras i en specialreklamation (t ex skadestånd på grund av säljarens dröjsmål enligt 29 § köplagen, krav på fullgörelse vid dröjsmål § 23 st 2 köplagen, krav på omleverans och avhjälpande enligt 35 § köplagen). Det är också angeläget med en preciserad reklamation med avseende på avhjälpande och omleverans med hänsyn till säljarens behov av att kunna inrätta sig efter köparens krav så snabbt som möjligt.[29] Avhjälpande och omleverans skiljer sig dock från hävning på så sätt att köparen vid dessa båda påföljder saknar möjlighet att spekulera i prisförändringar och denna olikhet bör observeras när man bedömer om skyldigheten att precisera påföljden iakttagits.

Hävningsreklamation

Ordet "hävning" behöver inte nödvändigtvis ingå i hävningsreklamationen.[30] Det är tillräckligt att man på annat sätt ger tillkänna att man "ställer in" sin egen eller motpartens prestation.[31] Ordet "uppsägning" är emellertid inte alltid tillräckligt eftersom det vid tidsbestämda avtal kan uppfattas som att avtalsförhållandet skall upphöra i samband med att avtalstiden löper ut och alltså inte som en begäran om att avtalsprestationerna skall gå åter eller upphöra i förtid. Hävningsreklamation måste emellertid ha

[28] SOU 1976:66 s 326.
[29] SOU 1976:66 s 136.
[30] Ang möjligheten att återkalla en hävningsförklaring, se Ramberg, Köplagen, s 6§3.
[31] I NJA 1992 s 728 rörande ett leasingavtal ansågs det underförstått att leasegivaren önskade häva, men leasegivaren var skyldig att klargöra att han dessutom gjorde gällande rätt till skadestånd. Rättsfallet är kommenterat av Millqvist, JT 1992-93 s 908. I NJA 1970 s 72 angående hävningsreklamation ansågs en sådan ha kommit till stånd genom att entreprenören avbröt arbetet och dagen därpå sade sig vägra fullfölja avtalet. Vid bilköp ansågs köparen ha hävt när han lämnat tillbaka nycklarna till säljaren (UfR 1955 s 791 H). I ett amerikanskt rättsfall ansågs det inte tillräckligt som hävningsförklaring att lämna ett fordon på säljarens mark efter det att säljaren gjort flera avhjälpningsfösök (Poole v. Marion Buick Co., 189 S.E.2d 650 (N.C. App. 1972). I ett annat amerikanskt rättsfall där säljaren försökt avhjälpa felet ett flertal gånger, ansågs köparen ha gjort en hävningsreklamation genom att sluta betala de månatliga avbetalningarna (Davis v. Colonial Mobile Homes, 2205 S.E.2d 802 (N.C. App. 1975). Båda rättsfallen är hämtade från Lutz, Section 2-608 Revocations of Acceptance of Non-Conforming Goods: The Seller's Defense, Uniform Commercial Code Law Journal 13:348-61 (1981).

kommit till klart uttryck eftersom hävning svårligen kan anses vara underförstådd.[32]

> I UfR 1948.1061 H, som gällde köp av ett parti citron- och apelsinsaft, återsände köparen successivt tunnor med saft som han ansåg lukta mögel och ha en besynnerlig färg. Leveranserna skedde mellan 10 februari och 19 april. Den 9 juni reklamerade köparen och krävde omleverans. Den 28 juni hävde köparen. Reklamationen ansågs för sent framställd, trots att anledningen till den sena reklamationen var att köparen tagit hjälp av ett laboratorium för att undersöka om varan överensstämde med prov. (Det framgår inte klart om det var den för sent framställda hävningsreklamationen som varit ensamt avgörande. Højesteret hänvisade dessutom till att köparen inte visat att varorna varit felaktiga samt att köparen åsidosatt sin undersökningsplikt efter köpet.)

Värdet av detta avgörande kan diskuteras eftersom domskälen inte redovisats tydligt. Men det kan ändå tjäna som en illustration till en kritisk analys av de krav som uppställs på tydlighet i samband med att köparen vill häva. Säljaren hade lämnat felaktiga varor och köparen hade allt eftersom felaktiga produkter upptäcktes återsänt dem. När felets fulla omfattning stod klar för köparen, krävde han omleverans och senare hävde han. Säljaren kan inte ha svävat i ovisshet om att köparen var missnöjd och om säljaren varit osäker på hur han skulle anpassa sig till köparens ospecificerade krav, kunde det vara rimligt att han interpellerade och frågade köparen vilka anspråk han ville göra gällande. En sådan interpellationsskyldighet har inte ålagts den kontraktsbrytande parten i svensk rätt utan istället har den part som drabbats av kontraktsbrottet förlorat möjligheten att göra kontraktsbrottet gällande på grund av att han inte konkretiserat sig tillräckligt. Man kan ifrågasätta om detta är en rimlig avvägning av den kontraktsbrytande partens intresse av att kunna anpassa sig till den drabbade partens krav och den drabbade partens intresse av att erhålla avtalsenlig prestation. Kravet på att den neutrala reklamationen åtföljs av en reklamation där hävningspåföljden specificeras kan förefalla onödigt strängt mot den part som drabbats av kontraktsbrottet, om det i det enskilda fallet är utan betydelse för den kontraktsbrytande parten om specialreklamationen uteblir. I NOU 1976:34 stannade man emellertid ändå för den lösningen: "Men å la det bero på et skjønn (eventuelt et domstolsskjønn) hvilken betydning en manglende reklamasjon i det enkelte tilfelle skal ha, vil skape for stor

[32] UfR 1976.315 H, där köparen reklamerat mot att temperaturen var för hög i en smörgåsautomat men alltför sent tydligt klargjort att han önskade häva köpet när säljaren misslyckats med att avhjälpa felet.

usikkerhet. En reklamasjonsregel må være absolutt, ikke relativ."[33] Att låta domaren beakta i vad mån säljaren varit betjänt av en specialreklamation, är inte att ge för stort utrymme åt domarens eget skön, utan endast ytterligare ett relevant moment att ta ställning till. Ett starkare – men enligt min mening inte tillräckligt tungt vägande – argument mot att låta detta moment ingå i bedömningen skulle i så fall vara det processtekniska, dvs en önskan om att begränsa omfattningen av processmaterialet (se kap 2.13).

Hävningsreklamation i anslutning till att avhjälpande sker

I många fall har säljaren både en rätt och en skyldighet att i första hand avhjälpa kontraktsbrottet (genom reparation eller omleverans). Först om avhjälpande misslyckas har den drabbade parten rätt att kräva prisavdrag eller häva. Fråga uppkommer nu om när ett anspråk på hävning som orsakats av ett misslyckat avhjälpningsförsök skall framföras. Vanligtvis ligger det underförstått att den drabbade parten avstår från att häva och istället begär avhjälpande under förutsättning att avhjälpandet lyckas. Det kan knappast krävas att den drabbade parten uttryckligen förbehåller sig rätten att häva om avhjälpandet skulle misslyckas. Men under den tid då avhjälpande sker, kan den drabbade parten agera på ett sätt som ger den kontraktsbrytande parten ett befogat intryck av att han avstår från hävning. Eftersom hävningspåföljden sålunda kan gå förlorad under avhjälpandeperioden bör man i förebyggande syfte redan i samband med att avhjälpandet påbörjas klargöra att man förbehåller sig rätten att häva om avhjälpandet skulle misslyckas.[34]

5.7 Sammanfattning

Frågan om reklamationen är tillräcklig med avseende på innehåll och form måste bedömas mot bakgrund av avtalssituationen totalt sett. En reklamation som i och för sig inte är tydlig, kan vid en tolkning i kombination med andra moment leda till att den ändå anses som verksam, t ex när köparen lämnar tillbaka nycklarna till en köpt bil eller vägrar betala fakturan. Vid tolkningen skall hänsyn tas till i vilken utsträckning den kontraktsbrytande parten, trots att reklamationen inte varit entydigt utformad, ändå haft anledning att gardera sig mot ett eventuellt krav med anledning av kon-

[33] NOU 1976:34 Lov om kjøp, s 82.
[34] Se som illustrationer NRt 1967 s 1059 samt UfR 1976.315 H.

traktsbrottet eller haft självständig kännedom om det.

En tolkning av reklamationen kan också innebära nackdelar för den som reklamerat. På grund av reklamationens lydelse kan den anses som ett godkännande, istället för en anmärkning med anledning av kontraktsbrott. Den kan också tolkas som att den drabbade parten avstår från att göra gällande vissa typer av påföljder.

En reklamation bör vara skriftlig och innehålla:

1. En utförlig beskrivning av kontraktsbrottet,
2. en precisering av vilken påföljd den drabbade parten önskar göra gällande med anledning av kontraktsbrottet, samt
3. en precisering av alternativa påföljder (om den först utkrävda påföljden inte skulle medföra full kompensation).

6. OMSTÄNDIGHETER PÅ DEN KONTRAKTSBRYTANDE PARTENS SIDA

6.1 Betydelsen av att den kontraktsbrytande parten handlat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder

De problem som hittills behandlats i framställningen har man kunnat komma tillrätta med genom att fråga sig vad parterna får anses ha avtalat (mot bakgrund av subjektiva och objektiva omständigheter). På det föreliggande problemet, hur den kontraktsbrytande partens klandervärda beteende påverkar reklamationsskyldigheten, är det inte lämpligt att applicera en avtalstolkningsmodell, eftersom det är fråga om förhållanden som parterna inte kan disponera fritt över i sitt avtal.

6.1.1 Köp

Krav på kausalitet mellan det klandervärda beteendet och den försummade reklamationen

I avtalslagens tredje kapitel finns regler om rättshandlingars ogiltighet när den rättshandlandes medkontrahent betett sig klandervärt, t ex svekfullt eller i strid mot tro och heder. När reklamation vidtagits felaktigt eller för sent är det inte möjligt att tillämpa dessa lagstadganden, eftersom rättsverkningen enligt avtalslagen är rättshandlingens ogiltighet, vilket ju s a s ytterligare förvärrar de effekter som utebliven reklamation för med sig. Men den bakomliggande principen som kommer till uttryck i 30, 31 och 33 §§ avtalslagen – att en klandervärt agerande medkontrahent inte skall få utnyttja sitt klandervärda beteende till sin fördel – kan appliceras även på reklamationssituationer. Om alltså den kontraktsbrytande partens klandervärda beteende är orsaken till att reklamationen sker i fel ordning, så kan inte den kontraktsbrytande parten göra gällande att reklamation skett i fel ordning.[1] Detta följer också uttryckligen av 33 § köplagen.

[1] Angående kausalitetskravet i anslutning till säljarens svek enligt tysk rätt, se Schlegelberger HGB Kommentar, s 160.

Krav på kausalitet mellan det klandervärda beteendet och kontraktsbrottet

Vissa andra klandervärda beteenden på den kontraktsbrytande partens sida kan inte direkt kopplas till felaktig reklamation. T ex när en säljare betett sig klandervärt genom att inte upplysa köparen om ett fel som han känt till. Då är det inte säljarens klandervärda beteende som är den direkta orsaken till att reklamation sker för sent. Det klandervärda beteendet har istället samband med det aktuella kontraktsbrottet. I den situationen kunde båda parter ha agerat på ett mer ändamålsenligt sätt; säljaren borde ha upplyst köparen och köparen borde ha reklamerat tidigare. Denna konflikt mellan två felande parter skall enligt köplagen lösas på så sätt att om säljaren handlat i strid mot tro och heder eller grovt vårdslöst, får köparen åberopa felet trots att han reklamerat senare än inom skälig tid från det att han märkt eller borde ha märkt felet (33 § köplagen). Det har inte ansetts rimligt att köparen skall gå miste om sin rätt att påtala ett fel om han varit passiv och inte reklamerat i tid när säljaren å sin sida varit grovt vårdslös eller handlat i strid mot tro och heder.[2] Den kontraktsbrytande parten har inte heller behov av att uppmärksammas på kontraktsbrottet om han redan känner till det.[3]

Säljaren kan ha betett sig grovt vårdslöst eller handlat i strid mot tro och heder i olika sammanhang. Det kan t ex ha skett i samband med avtalsförhandlingarna, i samband med leveransen eller i samband med att kontraktsbrottet begås eller uppdagas. Bestämmelsen i köplagen måste rimligen tolkas på så sätt att säljarens handlande i strid mot tro och heder eller vårdslösa beteende skall ha samband med den felaktiga reklamationen eller med det aktuella kontraktsbrottet. Det innebär t ex att när säljaren förfarit grovt vårdslöst och på så sätt kommit i *dröjsmål*, kan köparen inte åberopa denna grova vårdslöshet för att freda sig mot en invändning om att han reklamerat ett *fel* oriktigt. När emellertid den grova vårdslösheten eller handlandet i strid mot tro och heder har orsakat kontraktsbrottet, föreligger ett sådant relevant samband att köparens reklamationsskyldighet inskränks.

Konsumenttjänstlagen föreskriver att konsumenten "alltid" får åberopa ett fel om han reklamerat för sent när säljaren varit grovt vårdslös eller handlat i strid mot tro och heder. Detta uttryckssätt torde inte utesluta att visst grovt vårdslöst beteende eller vissa handlingar i strid mot tro och heder är irrelevanta för bedömningen av köparens skyldighet att inom

[2] Prop 1988/89:76 s 125 samt Prop 1989/90:77 s 64: "En illojalt handlande säljare kan alltså inte åberopa reklamationsreglerna för att freda sig mot köparens anspråk på grund av fel". Se även Ramberg, Köplagen, s 399 f; Sono i Bianca-Bonell, s 323. En tydlig illustration återfinns i NRt 1958 s 112.
[3] Knoph, Rettslige standarder, s 245.

skälig tid reklamera mot felaktig prestation. "Alltid" i 15 § konsumenttjänstlagen syftar alltså antagligen på att köparen kan åberopa felet *trots att* preskriptions- eller reklamationsfristen gått till ända.

Skyldigheten att reklamera kvarstår trots att säljaren agerat klandervärt

Köparen kan emellertid inte vänta hur länge som helst med att påtala ett fel bara för att säljaren handlat i strid mot tro och heder. Man skall väga säljarens klandervärda beteende mot köparens passivitet. Köparens medvetna passivitet kan ju ibland likställas med handlande i strid mot tro och heder eller i vart fall betecknas som grovt vårdslös och i så fall får passiviteten rättsverkningar.[4]

Vid säljarens agerande i strid mot tro och heder framgår av ordalydelsen i 33 § köplagen att köparen inte skall förlora sin rätt att tala å felet, av 39 § köplagen att han inte förlorar sin rätt att häva köpet och enligt 35 § köplagen förlorar han inte sin rätt att kräva avhjälpande och omleverans. Dessa stadganden tyder på att så snart säljaren varit grovt vårdslös eller handlat i strid mot tro och heder, så bibehåller köparen alla sina rättigheter oberoende av om han själv betett sig klandervärt genom att vara passiv. Även 39 § köplagen förefaller enligt sin ordalydelse utesluta bortfall av rätten att häva när säljaren varit grovt vårdslös eller handlat i strid mot tro och heder.[5]

Det är emellertid möjligt att köparen ändå drabbas på grund av passiviteten, även om det inte finns något uttryckligt stöd för det i lagtexten. Enligt den allmänna principen om skyldigheten att begränsa motpartens förlust är det möjligt att köparen ådrar sig en *skadeståndsskyldighet* gentemot säljaren för den skada som hans passivitet orsakat (se kap 7).[6] Köparen skulle alltså bibehålla sin rätt att åberopa felet, men köparens anspråk nedsätts i den utsträckning den sena reklamationen orsakat säljaren skada. Det har till och med hävdats att köparens passivitet enligt allmänna regler kan medföra *förlust av rätten att åberopa* felet även i sådana fall då säljaren agerat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder.[7]

[4] Bergem och Rognlien, Kjøpsloven kommentarutgave, s 203. Även i engelsk rätt kan rätten att häva falla bort om inte reklamation sker efter det att den part som drabbats av ett svekfullt kontraktsbrott fått kännedom om det (Treitel, The Law of Contract, s 345).

[5] Detsamma gäller enligt jordabalken vid fastighetsköp.

[6] Reglerna om allmän preskription gäller emellertid även om den kontraktsbrytande parten varit i ond tro (se vidare Lindskog, Preskription, s 419 ff).

[7] Prop 1988/89:76 s 125 och NU 1984: 5 s 276.

6.1.2 En allmän princip om betydelsen av klandervärt beteende

Finns det någon allmän princip av innebörd att den som drabbas av ett kontraktsbrott har förlängd tid på sig att reklamera om den kontraktsbrytande parten handlat i strid mot tro och heder eller grovt vårdslöst? Det föreligger ett behov av att veta om det finns någon allmän avtalsrättslig princip att lägga till grund för bedömningen bl a på grund av att vissa lagrum och vanligt förekommande standardavtal är otydliga i detta avseende och lämnar frågan oreglerad. Dessutom kan man ifrågasätta om det över huvud taget är möjligt att i ett avtal ålägga en part reklamationsskyldighet när den kontraktsbrytande parten handlat i strid mot tro och heder eller grovt vårdslöst. Det kan eventuellt anses oskäligt (i likhet med vad som gäller beträffande friskrivningar från svek).

Kännedom om innehållet i en allmän princip får man genom att studera hur ett problem lösts i olika lagar och rättsfall. Dessutom kan allmänna ändamålsöverväganden (i doktrin, lagförarbeten eller utländsk rätt) bidra till att belysa innehållet i allmänna principer. Dessa olika kunskapskällor skall nu analyseras i syfte att försöka identifiera en allmän princip om i vilken utsträckning en kontraktsbrytande parts klandervärda beteende påverkar den drabbade partens reklamationsskyldighet.

I vissa lagar som stadgar om reklamationsskyldighet ser man uttryckliga undantag i de fall där den som gjort sig skyldig till kontraktsbrottet handlat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder (33 och 39 §§ köplagen, 4:19 a st 2 JB, 24 § konsumentköplagen, 17 § konsumenttjänstlagen, 20 och 22–24 §§ kommissionslagen).[8] För andra fall *saknas* dock motsvarande uttryckliga lagregler (t ex 23 § 2 st köplagen och 12 § 3 st konsumentköplagen om rätten att kräva fullgörelse; 24 och 29 §§ köplagen, 15 § 1 st konsumentköplagen samt 26 § konsumenttjänstlagen om dröjsmål; 59 § köplagen om köparens dröjsmål med betalningen; 12 § kommissionslagen om fel vid försäljningskommission; 40 § lagen om anställningsskydd).[9] Vid en jämförelse mellan dessa båda typer av regleringar finner man två skillnader. De utgörs av att undantag ej stadgas dels i de fall reklamationsskyldighet endast föreligger när den reklamationsskyldige har faktisk *kännedom* om kontraktsbrott, dels i de fall *rättsföljden* av försummad reklamation är mindre ingripande.

I. I de fall reklamationsskyldigheten inträder först när den part som

[8] I kommissionslagen (§ 24) talas inte om "handlande i strid mot tro och heder", utan om "oredlighet". De torde i detta sammanhang vara synonyma begrepp.

[9] I standardavtal förekommer ofta föreskrifter om att skyldigheten att reklamera inte gäller om säljaren handlat grovt vårdslöst (NL 92, ABK 87). I andra standardavtal saknas motsvarande bestämmelser (NLM 84, AB 92, ABS 95, NSAB).

drabbats av kontraktsbrottet fått faktisk kännedom om kontraktsbrottet (dvs ingen reklamationsskyldighet beträffande kontraktsbrott som man *bort* känna till), uppställs inget undantag för det fallet att den kontraktsbrytande parten handlat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder eller liknande (15 § konsumentköplagen, 40 § lagen om anställningsskydd).[10] I lag skyddas alltså framför allt den part som *omedvetet* försummar sin reklamationsskyldighet. Men i de fallen som försummad reklamationsskyldighet endast kan komma ifråga när den drabbade parten varit passiv efter det att han blivit *medveten* om kontraktsbrottet, har det inte ansetts lika angeläget att skydda honom i de fall den kontraktsbrytande parten agerat klandervärt.[11] Av 33 § köplagen, som reglerar skyldighet att reklamera både fel som köparen faktiskt känt till och sådana fel som han borde ha känt till, framgår emellertid inte att undantaget från reklamationsskyldigheten för de fall säljaren agerat klandervärt endast skulle gälla när köparen saknat kännedom om felet. Det finns inget i bestämmelsen som tyder på att så skulle vara fallet, även om man enligt vad som ovan sagts skulle kunna komplettera lagregeln med principen om skyldigheten att begränsa motpartens förlust.

II. Det andra fallet där det inte av lagen framgår om den kontraktsbrytande partens klandervärda beteende påverkar reklamationsskyldigheten gäller en situation där den försummade reklamationen medför skadeståndsskyldighet istället för förlust av rätten att åberopa kontraktsbrottet (12 § kommissionslagen). Rättsföljden av försummad reklamation är alltså inte så sträng som enligt t ex köplagen. Då är det inte så angeläget att göra undantag för reklamationsskyldigheten på grund av att den kontraktsbrytande parten agerat klandervärt. I de fall där den kontraktsbrytande partens klandervärda beteende består i att han varit medveten om kontraktsbrottet, uppkommer normalt ingen skada till följd av att reklamation lämnats för sent, eftersom den kontraktsbrytande partens möjligheter att begränsa sin skada i den situationen inte är beroende av att han erhåller reklamation. I de fallen leder följaktligen inte en försummad reklamation till någon rättsföljd alls och då är det i praktiken ointressant hur reklamationsskyldigheten gestaltar sig i händelse av den kontraktsbrytande partens klandervärda beteende.

CISG art. 40 anknyter inte till handlande i strid mot tro och heder, utan

[10] Beträffande anställningsavtal och oriktiga uppsägningar finns dock en viss möjlighet att åsidosätta den korta preskriptionsfristen om partställningen på arbetsgivarsidan är oklar på grund av att arbetsgivaren inte klargjort vem som är arbetsgivare (AD 1984:63).

[11] Ramberg anser att det kan vara rimligt att låta köparens talerätt bestå under den tioåriga preskriptionstiden enligt preskriptionslagen med avseende på *dolda* fel men menar att köparen inom rimlig tid från det att han fått faktisk kännedom om felet bör lämna säljaren ett meddelande (Köplagen, s 401 f).

stadgar att reklamationsreglerna inte gäller om säljaren känt till eller inte kunde ha varit omedveten om felet och inte upplyst köparen härom. Det anses inte nödvändigt att säljaren känner till felets omfattning. Det är tillräckligt att säljaren känner till förhållanden som normalt sett ger upphov till fel.[12] I detta sammanhang blir det av intresse att fråga sig vad som enligt köplagen skall anses innefattat i grov vårdslöshet och handlande i strid mot tro och heder. Cervin,[13] Ramberg[14] och Wetterstein[15] anser att redan själva förtigandet av ett fel som säljaren känner till är tillräckligt för att reklamationsskyldigheten skall bortfalla. Deras ståndpunkt sammanfaller alltså med regleringen som kommit till uttryck i CISG. Köplagen täcker in ett större område än CISG, som ju endast omtalar förtigande som grund för undantag från reklamationsskyldigheten. Men även vid internationella köpavtal torde ett klandervärt agerande från säljarens sida som förhindrar att reklamationen framförs, leda till att reklamation inte anses för sen eller oriktig, även om detta inte framgår uttryckligen av CISG.[16] Indirekt skulle man kunna utläsa en sådan norm ur den generella bestämmelsen i CISG art. 7 om good faith.

Enligt 1905 års köplag uppställdes ett strängare rekvisit för att oriktig reklamation skulle anses ursäktad. Säljaren skulle ha gjort sig skyldig till svek eller grov vårdslöshet som länt köparen till märklig skada, vilket alltså är snävare begrepp än 1990 års köplag ("grov vårdslöshet eller handlande i strid mot tro och heder"). Det är möjligt att den allmänna rättsgrundsatsen inskränker sig till att endast omfatta svek och grov vårdslöshet. Ändringen från svek till tro och heder har motiverats bl a av att man önskat uppnå parallellitet med 33 § avtalslagen, enligt vilken ett avtal kan bli ogiltigt på den grunden.[17] Detta utredningsuttalande har inte upprepats i propositionen, vilket antagligen kan förklaras med att det inte vid första påseende verkar logiskt (se s 127 ovan). Men vad man egentligen menade i utred-

[12] Ramberg, Köplagen, s 401; Sono i Bianca-Bonell, Commentary on..., s 314 f.
[13] Cervin hävdar bestämt att det krävs att den kontraktsbrytande parten är i god tro – d v s att han inte är medveten om kontraktsbrottet – för att reklamationsskyldighet över huvud taget skall föreligga (Om passivitet, s 16).
[14] Köplagen, s 400 f.
[15] Säljarens garantiutfästelser vid lösöreköp, s 262 med hänvisningar till rättsfall.
[16] CISG art 43 handlar om skyldighet att reklamera rättsliga fel. Köparen går inte miste om rätten att göra gällande rättsligt fel även om han reklamerar för sent, om säljaren kände till felet. Denna bestämmelse korresponderar inte helt med vad som gäller för andra fel. Där man i art 40 också lägger till "or could not have been unaware of and which he did not disclose to the buyer". För rättsliga fel uppställer man alltså ett krav på faktisk vetskap hos säljaren för att köparens för sena reklamation ändå skall beaktas. Men vid övriga fel krävs endast att säljaren inte rimligen kunde ha varit ovetande om felet för att köparens för sena reklamation skall beaktas. Man har alltså ett strängare beviskrav beträffande säljarens vetskap om rättsliga fel. (Se Honnold, s 353).
[17] NU 1984:5 s 276.

ningen är antagligen att det är en allmän princip att säljarens handlande i strid mot tro och heder inte skall få löna sig på så sätt att en sen reklamation från köparens sida leder till att köparen inte får göra kontraktsbrottet gällande och att denna princip indirekt kommer till uttryck i 33 § avtalslagen.

I engelsk rätt är reklamationsskyldigheten beroende av *orsaken* till kontraktsbrottet. Vid *innocent* och *negligent misrepresentation*, där den kontraktsbrytande parten inte medvetet orsakat kontraktsbrottet, kan den drabbade partens anspråk på *rescission* bortfalla enbart på grund av att tiden går. Vid *fraud*, där den kontraktsbrytande parten agerat medvetet och klandervärt, börjar reklamationsfristen löpa först i och med att den drabbade kontraktsparten får faktisk kunskap om kontraktsbrottet.[18] I slutänden blir resultatet antagligen detsamma som enligt svensk rätt: När säljaren är utan skuld och handlat med tillbörlig aktsamhet, så måste köparen reklamera för att bevara sina anspråk. Om säljaren däremot handlat klandervärt, drabbas inte en köpare som varit omedveten om kontraktsbrottet av risken att gå miste om sina anspråk.

Inte heller enligt tysk rätt förlorar köparen sina anspråk på grund av försummad reklamation om säljaren agerat svekfullt (§ 377 st 5 HGB).[19]

Konklusion

Frågan om det finns en allmän princip som innebär att den drabbade partens reklamationsskyldighet faller bort eller inskränks på grund av den kontraktsbrytande partens klandervärda beteende är inte så enkel att allt klandervärt beteende på den kontraktsbrytande partens sida ursäktar passivitet av den part som drabbas av kontraktsbrottet. Man måste väga parternas intressen mot varandra. Olika omständigheterna kan också få betydelse i olika sammanhang. Att den kontraktsbrytande parten agerat klandervärt kan t ex medföra att motparten får längre tid på sig att undersöka prestationen.

Utgångspunkten är att ingen av parterna bör kunna göra en vinst genom att bete sig klandervärt. När den kontraktsbrytande parten känt till kontraktsbrottet, bör han således inte kunna freda sig mot påföljder med hänvisning till att motparten reklamerat för sent. Men om den drabbade parten är passiv och därigenom spekulerar i prisförändringar på den kontraktsbrytande partens risk, är det rimligt att han förlorar sin rätt att häva avtalet. Vidare är det, med hänsyn till den kontraktsbrytande partens intresse,

[18] Se Treitel, The Law of Contract, s 345.
[19] K Schmidt, Handelsrecht, 1987 s 728.

rimligt att kräva att den drabbade parten reklamerar så snart han blivit medveten om kontraktsbrottet, även om det har sin grund i grov vårdslöshet eller handlande i strid mot tro och heder. Om den part som drabbas av ett kontraktsbrott gör sig skyldig till medveten – och än värre "taktisk" – passivitet, bör han således ådra sig skadeståndsskyldighet för den skada som passiviteten orsakat den kontraktsbrytande parten och i förekommande fall förlora sin hävningsrätt.

I två av de fall där det inte framgår av lagtexten hur den kontraktsbrytande partens agerande påverkar reklamationsfristen är det svårt att finna en bakomliggande förklaring till om, och i så fall varför, man inte skulle kunna åberopa det klandervärda beteendet som en ursäkt för försummad reklamation. Det är för det första 23 § köplagen som stadgar att köparen förlorar sin rätt att kräva fullgörelse om han väntar orimligt länge med att framställa kravet, utan att göra något uttryckligt undantag för det fallet att säljaren agerat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder. Det är möjligt att man här syftar på orimligt länge *efter det att köparen fått faktisk kännedom* om felet. I så fall kan man dra en parallell med 15 § konsumenttjänstlagen där köparens reklamationsskyldighet inskränker sig till kontraktsbrott som han faktiskt känt till och där det inte uppställs något undantag för det fallet att säljaren agerat klandervärt.[20]

Det andra oklara fallet är 26 § konsumenttjänstlagen som reglerar konsumentens skyldighet att inom skälig tid reklamera för att få rätt till skadestånd och hävning när uppdraget avslutats. Här sägs inget om betydelsen av att näringsidkaren handlat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder. Man får därför ett intryck av att köparens reklamationsskyldighet inte påverkas av att näringsidkaren betett sig klandervärt, vilket kanske kan motiveras av den kapitalförstöring som hävning normalt för med sig när ett uppdrag avslutats. Men å andra sidan framgår det inte helt klart om "inom skälig tid" skall räknas från det att konsumenten fick faktisk kännedom om felet och om man vid bedömningen av vad som är skälig tid kan ta hänsyn till att näringsidkaren agerat klandervärt.[21]

[20] I andra sammanhang (som inkluderar reklamationsskyldighet för fel som köparen bort känna till) talas om att meddelande skall lämnas inom skälig tid. Men det är inte helt självklart att man skall göra en sådan distinktion mellan begreppen "skälig tid" respektive "orimligt uppehåll".

[21] Beträffande neutral reklamation uppställs i 18 § konsumenttjänstlagen ett undantag från reklamationskyldigheten när näringsidkaren handlat i strid mot tro och heder.

6.2 Betydelsen av att den kontraktsbrytande parten är medveten om kontraktsbrottet

Man kan fråga sig om det är nödvändigt att reklamera när den kontraktsbrytande parten redan känner till kontraktsbrottet reklamationen förutan. Varför skall man lämna information till någon som redan har informationen? I sådana fall tar reklamationen inte sikte på kontraktsbrottet som sådant, utan på att den drabbade parten önskar göra gällande påföljder. När säljaren har avsänt en vara, svävar han i ovisshet om köparen på grund av fel i varan tvingar honom att ta tillbaka varan i kanske dåligt skick eller med lägre värde eller på en plats långt borta. I vilken utsträckning säljaren bör kalkylera med risken för att köparen påtalar ett kontraktsbrott varierar. Ju större sannolikheten är att köparen kommer att avvisa varan, desto mer bör säljaren kalkylera med de problem som köparens eventuella anspråk kan komma att föranleda. Omvänt har han mindre anledning att kalkylera med problem när han är övertygad om att varan är kontraktsenlig. Säljaren är mindre skyddsvärd ju större han uppfattar att sannolikheten är för att köparen kommer att ställa några anspråk. När säljaren känner till kontraktsbrottet lindras alltså köparens reklamationsskyldighet. Det kan i den situationen vara lämpligt att ålägga den kontraktsbrytande parten en interpellationsskyldighet – dvs en skyldighet att fråga den drabbade parten om han godtar prestationen som avtalsenlig.[22]

Enligt konsumenttjänstlagen saknar konsumenten reklamationsskyldighet när näringsidkaren är i dröjsmål och konsumenten önskar häva avtalet beträffande ännu ej utförd del och i samband därmed kräva skadestånd. I propositionen motiveras detta med att näringsidkaren i allmänhet är medveten om sitt eget dröjsmål och genom frågor till konsumenten kan klarlägga dennes inställning till dröjsmålet.[23] Även om konsumenten inte har en uttrycklig reklamationsskyldighet, är det i praktiken viktigt att observera att fallet endast omfattar *återstående* del av tjänsten. Om konsumenten dröjer med att reklamera, så fortsätter näringsidkaren att fullgöra tjänsten

[22] Arnholm anser emellertid att den kontraktbrytande partens interpellationsmöjlighet är av litet värde, eftersom man inte kan ställa en sådan fråga utan att försvaga sin egen ställning (Passivitetsvirkninger, s 32). Se även Lindskog som à propos preskription uttalar att det är en god regel att inte väcka den björn som sover (Preskription, s 55). Det kan säkert många gånger vara klokt att inte i onödan ställa frågor till sin motpart, men det innebär ju inte automatiskt att den uteblivna interpellationen skall uppmuntras med juridiska regler. Allmänt sett är det angeläget att missförstånd undanröjs och den som väljer att inte undanröja missförstånd kan därför drabbas av negativa juridiska konsekvenser, t ex förlora möjligheten att invända att reklamationsskyldigheten försummats. Cervin hävdar bestämt att det krävs att den kontraktsbrytande parten är i god tro – d v s att han inte är medveten om kontraktsbrottet – för att reklamationsskyldighet över huvud taget skall föreligga (Om passivitet, s 16).

[23] Prop 1984/85:110 s 253.

och konsumentens möjligheter att häva krymper följaktligen i motsvarande mån.

Ytterligare en effekt av att den kontraktsbrytande parten känner till kontraktsbrottet är att det finns mindre anledning för honom att uppfatta den drabbade partens passivitet som ett godkännande av prestationen.

6.3 God tro (den kontraktsbrytande parten uppfattar att motparten accepterat prestationen som avtalsenlig)

Vissa handlingar av den part som drabbats av ett kontraktsbrott kan tolkas som om han godkänt prestationen, trots kontraktsbrottet.

Betalning

I amerikansk och engelsk rätt anses köparen gå miste om sin rätt att häva om han betalar trots att han blivit uppmärksam på kontraktsbrottet.[24] I dansk rätt kan betalning utan förbehåll om tillbakabetalning få till effekt att köparen mister sin rätt att åberopa felet. Detta trots att köparen före betalningen påtalat felet.[25] Om köparen inte håller inne betalningen, så ger han säljaren skälig anledning att tro att varan vid en ytlig besiktning varit felfri. För köparen är det viktigt att vara vaksam på hur hans beteende kan komma att uppfattas av säljaren. En reservationslös betalning, kan ge upphov till en föreställning hos säljaren om att varan är godkänd och köparen måste observera att han genom att betala tar en risk att han går miste om rätten att göra gällande fel.

[24] "It is generally held that an innocent part who wishes to terminate a contract because of a breach of condition by the other part cannot be treated as having affirmed the contract unless he knew of the breach, and of his right to terminate. But ... the innocent party may lose his right to terminate even if he does not know the facts or his rights, if he represents (by words or conduct) that he is affirming the contract, and the other relies to his prejudice on that implied representation." (Ur Atiyah, The Sale of Goods, s 496 not 29). I engelsk rätt skiljer man mellan *intentional affirmation* och *affirmation by virtue of induced reliance*. Det är osäkert om det krävs någon form av aktivitet för att *inducement* skall föreligga eller om det är tillräckligt att tiden bara går. Atiyah uttalar att det är möjligt att hävning kan vara utesluten även i fall där det inte föreligger *intention to affirm* eller *induced reliance*. Han fortsätter: "This may seem hard where the innocent party acts with promptitude as soon as he discovers the facts, but there must be an end to transactions sometime, and the other party is entitled to assume that the innocent party is content with the contract if he does not act within a reasonable time after the contract was performed. But even if this is right, it is not appartenly the law where fraud or some other deception is involved, such as an abuse of a fiduciuary position."

[25] UfR 1927.594 H, UfR 1931.1054 SH, 1969.976 V. Krüger anser, för norsk rätts del, att godkännande inte kan anses föreligga enbart på grund av passivitet. Annorlunda förhåller det sig emellertid om köparen t ex betalar utan anmärkningar (Norsk Kjøpsrett, s 401, med hänvisning till rättsfall i not 1).

Mottagande

Själva mottagandet av en felaktig prestation kan anses som ett godkännande av sådana kontraktsbrott som är uppenbara i samband med mottagandet.[26] Mottagandet utgör emellertid inte alltid ett godkännande. Många gånger är köparen tvungen att ta emot varan på grund av sin vårdplikt. Uppenbara kontraktsbrott som kan konstateras i samband med mottagandet, bör köparen omedelbart reservera sig mot om han tar emot varan, eftersom det annars finns en risk att han anses ha godkänt den.[27]

Vidareförsäljning

På samma sätt kan en vidareförsäljning uppfattas som ett godkännande. I anglo-amerikansk rätt anses en vidareförsäljning vara "*inconsistent with the ownership of the seller*". I nordisk rätt förefaller man inte lika benägen att anse att köparen genom sådana handlingar godkänt prestationen.[28] I detta sammanhang skall erinras om att hävningsmöjligheten enligt 66 § köplagen kan bortfalla om varan vidareförsålts på grund av att varan då inte kan återställas väsentligen oförändrad.

Ibruktagande

Att köparen brukat varan kan av säljaren uppfattas som ett godkännande.[29]

Godkännandekonstruktionen

I samband med utarbetande av CISG föreslog the Asian-African Legal Consultative Committee att man i art. 39 skulle införa en presumtion om

[26] "Om konsumenten låter näringsidkaren påbörja arbetet trots dröjsmålet, får han anses ha avstått från sin rätt att häva på grund av detta dröjsmål. Han är däremot bibehållen sin rätt att eventuellt fordra skadestånd på grund av dröjsmålet, såvida han inte någon gång kan anses ha avstått även från denna rätt." (Prop 1984/85:110 s 254).

[27] Enligt tysk rätt förlorar köparen rätten att åberopa ett fel om han utan förbehåll tar emot en vara som han vet är felaktig, § 464 BGB. Se även UfR 1982.691 V som gällde mottagande av betalning till för litet belopp i en ackordsuppgörelse; UfR 1984.811 B där ett försäkringsbolag under ett flertal år mottagit försäkringspremier utan att invända att premierna erlades för sent.

[28] I UfR 1973.259 SH ansågs vidareförsäljning av en del av leveransen inte utgöra godkännande av hela leveransen.

[29] Schlegelberger HGB Kommentar, s 160. Se som exempel UfR 1969.391 H rörande företagsöverlåtelse.

att, om säljaren inte inom skälig tid fick reklamation, säljaren var berättigad att anta att varorna var kontraktsenliga. Man hänvisade till art 19 (1) i The 1978 UN Convention on the Carriage of Goods by Sea, (Hamburg-reglerna).[30] En sådan presumtion skulle kunna motbevisas och detta skulle inte innebära en lika sträng reklamationsskyldighet som den föreslagna som var förenad med undersökningsplikt och reklamationsskyldighet beträffande fel som köparen saknat kännedom om men bort känna till. Man stannade emellertid inte för denna konstruktion med godkännandepresumtion, utan modifierade istället rättsverkningarna av för sen reklamation (se kap 7). Inte heller den svenska köplagen har en godkännandekonstruktion beträffande reklamation. Trots detta är den omständigheten att säljaren haft en befogad anledning att uppfatta att köparen godkänt varan i praktiken viktig i samband med en bedömning av reklamationsskyldigheten enligt såväl svenska köplagen som CISG. Köparen kan nämligen gå miste om sitt anspråk – även om han i och för sig inte försummat sin reklamationsplikt – om han agerat på ett sätt som givit säljaren en befogad uppfattning om att köparen godkänt varan.

Godkännandekonstruktionen i kombination med klandervärt beteende

Man frågar sig om möjligheten att åberopa kontraktsbrottet går förlorad i de fall den drabbade avtalspartens passivitet har uppfattats som ett godkännande av prestationen, *även om* den kontraktsbrytande parten handlat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder. Det föreligger ett nära samband så till vida att det ställs extra stränga krav för att en kontraktsbrytande part som handlat i strid mot tro och heder skall anses ha befogad anledning att uppfatta passivitet som ett godkännande. När den kontraktsbrytande parten handlat i strid mot tro och heder, är han vanligtvis medveten om kontraktsbrottet. I sådana fall ställs det extra stora krav för att den kontraktsbrytande parten skall anses ha fått befogad anledning att uppfatta den drabbade partens beteende eller passivitet som ett godkännande.[31]

Enligt engelsk rätt medför säljarens *fraud* att köparen bibehåller sin rätt att häva även om han reklamerar för sent. Men fortfarande kan det vara så att *the lapse of time* kan anses som godkännande.[32] Antagligen förhåller det

[30] Sono i Bianca-Bonell, Commentary on..., s 308.

[31] När säljaren delade upp en leverans i två delsändningar, ansåg HD i NJA 1912 s 198 med fyra röster mot tre, att tiden för reklamation mot fel i den första leveransen skulle räknas från mottagandet av denna och inte först från det hela leveransen fullgjorts. Majoritetens ställningstagande baserades framför allt på att reklamationen var otydlig och kunde uppfattas som ett godkännande (säljaren "varit berättigad att antaga, att förstnämnda 47 hjul befunnits användbara").

[32] Reynolds i Benjamin's Sale of Goods, s 513.

sig precis som i svensk rätt, att svek är en omständighet som talar för att den svekfulle parten inte uppfattat motpartens beteende som ett godkännande.

Aktivt godkännande

I vissa fall kan den part som drabbats av ett kontraktsbrott aktivt godkänna prestationen, t ex genom att i samband med mottagandet av en vara underteckna ett dokument där det står att varan är godkänd. Verkan av sådana aktiva handlingar faller utanför ramen för denna framställning. Det skall endast påpekas att de inte nödvändigtvis medför att köparen förlorar rätten att göra gällande fel (se t ex NJA 1948 s 526).

6.4 Sammanfattning

Redan i kap 3 och kap 4 framkommer att omständigheter på den kontraktsbrytande partens sida är av betydelse för att bedöma reklamationsskyldighetens räckvidd. När man skall avgöra hur lång tid "skälig tid" är, dvs hur lång tid köparen har på sig att reklamera från det att han erhållit faktisk kännedom om ett kontraktsbrott, så skall bland annat beaktas vilket behov den kontraktsbrytande parten har av en snabb reklamation. Samma omständighet är av betydelse för att avgöra när köparen skall inleda sin undersökning efter köpet.

I detta avsnitt har analyserats vilken betydelse det har i reklamationssammanhang att den kontraktsbrytande parten handlat i strid mot tro och heder eller grovt vårdslöst. Det har framkommit att det är en allmän rättsgrundsats – som alltså i allmänhet gäller även utan uttryckligt lagstöd – att den part som drabbats av ett kontraktsbrott och reklamerar sent inte förlorar sin rätt att åberopa kontraktsbrottet, om den kontraktsbrytande parten handlat i strid mot tro och heder eller grovt vårdslöst och detta klandervärda beteende står i samband med kontraktsbrottet eller den sena reklamationen.

Den drabbade parten kan emellertid inte vara hur passiv som helst. Passiviteten kan ge upphov till en skyldighet att utge skadestånd enligt den allmänna principen att man måste begränsa motpartens förlust (se vidare kap 7). Eventuellt kan den drabbade parten också gå miste om sin rätt att häva till följd av kontraktsbrottet, om det visar sig att det funnits risk för att den drabbade parten genom sin passivitet spekulerat i prisförändringar utan egen risk.

I detta kapitel har vidare uppmärksammats vilken betydelse det har i reklamationssammanhang att den kontraktsbrytande parten varit omedveten om kontraktsbrottet respektive medveten om det. Ju större anledning den kontraktsbrytande parten har att befara att motparten inte kommer att låta sig nöja med prestationen, desto mindre anledning finns det att låta den part som drabbas av ett kontraktsbrott förlora sin rättigheter på grund av försummad reklamation. För att bedöma omfattningen av reklamationsskyldigheten är det alltså relevant om den kontraktsbrytande parten känt till eller varit omedveten om kontraktsbrottet.

Slutligen har detta kapitel behandlat betydelsen av att den kontraktsbrytande parten fått befogad anledning att tro att motparten godkänt och accepterat prestationen. En sådan uppfattning kan den kontraktsbrytande parten ha fått antingen på grund av aktiva handlingar från den drabbade partens sidan (t ex betalning eller vidareförsäljning) eller enbart på grund av passivitet från den drabbade partens sida. Om den kontraktsbrytande parten handlat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder, uppställs extra stränga krav för att han skall anses ha fått anledning att uppfatta den drabbade partens beteende som att han godkänt prestationen. Men om man ändå finner att den kontraktsbrytande parten fått en sådan befogad uppfattning, så bortfaller den drabbade partens möjligheter att åberopa kontraktsbrottet, även om den kontraktsbrytande parten handlat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder.

7. RÄTTSVERKNINGAR AV FÖRSUMMAD REKLAMATION

7.1 Inledning

Försummad reklamation kan påverka parternas bevisläge samt tolkningen av deras avtal. Det kan också ge upphov till att den försumlige blir skadeståndsskyldig mot den kontraktsbrytande parten så att rätten att kräva påföljder med anledning av kontraktsbrottet jämkas motsvarande den skada som den försummade reklamationen förorsakat den kontraktsbrytande parten. Dessutom kan den som försummat sin reklamationsskyldighet förlora möjligheten att åberopa vissa eller alla påföljder. Rättsföljderna av försummad reklamation kommer att analyseras i det följande.

Försummad reklamation regleras i olika lagar och har olika rättsverkningar. Som exempel kan anges köplagen och kommissionslagen. Enligt köplagen medför för sen reklamation vid fel att köparen *förlorar rätten att åberopa felet* (32 § köplagen). I kommissionslagen finns en skyldighet för försäljningskommissionären att reklamera fel till kommittenten och försummad reklamation medför *skadeståndsskyldighet* (12 § kommissionslagen). På grund av att det inte finns någon enhetlig reglering som ger tydligt uttryck för en allmän princip om vilka rättsliga följder försummad reklamation medför, råder ovisshet om vilka rättsverkningarna är i sådana fall där de inte framgår av lagtexten.

Det finns ett intresse av att man meddelar sin motpart att man ämnar påtala ett kontraktsbrott. Anledningarna till att det är önskvärt att sådant meddelande ges har analyserats ovan (kap 2). I detta kapitel skall det huvudsakliga intresset riktas mot hur ett beteende som inte står i överensstämmelse med dessa önskemål *sanktioneras*. Jag kommer inledningsvis att beskriva den osäkerhet som råder beträffande rättsföljden av försummad reklamation i vissa avtalstyper. Därefter kommer jag att analysera hur försummad reklamation sanktioneras utanför det lagreglerade området.

7.2 Exempel på situationer där rättsverkan av försummad reklamation är oviss

Oskäliga avtalsvillkor

Det är svårt att bedöma reklamationsskyldigheten beträffande ogiltighets- och jämkningsgrunderna i 3 kap avtalslagen. Försummad reklamation skulle kunna ingå som ett moment i den helhetsvärdering som sker enligt 36 § avtalslagen.[1] Det kan dock ligga en fara i att baka samman bedömningarna. Istället bör man först konstatera om jämknings- eller ogiltighetsanledning föreligger för att därefter fråga sig om den drabbade parten borde ha varslat om saken tidigare. Först genom en sådan tvåstegsanalys når man tillräcklig stringens. Den omständigheten att reklamation givits sent kan emellertid påverka domstolens bedömning av hur sannolika påståendena från parterna är. Därigenom kan tidpunkten för reklamationen i praktiken få betydelse redan vid tolkningen av avtalet.

Om man har ett bindande avtal med visst innehåll och sedan enligt 36 § avtalslagen vill åberopa att en viss klausul är ogiltig eller skall jämkas – uppkommer frågan om man har reklamationsskyldighet eller kan vänta med att påtala ogiltighetsanledningen tills dess den blir påtaglig.[2] Föreligger det någon undersökningsplikt efter avtalet med avseende på oskäliga avtalsvillkor? Överensstämmer det verkligen med "god affärssed" att vänta med att åberopa oskäligheten tills dess den blir påtaglig?[3] Man kan spalta upp frågeställningen på följande sätt:

1. Föreligger reklamationsskyldighet över huvud taget beträffande ogiltighetsanledningar enligt 3 kap avtalslagen?
2. Föreligger i så fall någon undersökningsplikt eller aktualiseras reklamationsskyldigheten först i och med att parten blir uppmärksam och medveten om grunden för oskäligheten?
3. Vilka rättsverkningar får för sen reklamation i samband med ogiltighet enligt 3 kap avtalslagen?

I många lagar som behandlar reklamationsskyldighet, finns undantag för det fall den kontraktsbrytande parten handlat i strid mot tro och heder eller grovt vårdslöst. Om kontraktsbrottet är av särskilt kvalificerat slag och har sitt ursprung i ett beteende som är klandervärt, föreligger ingen reklamationsskyldighet (se kap 6.1). Detta talar för att det inte föreligger någon

[1] Nørgaard, Aftalelovens § 36 og ægteskabslovens § 58, UfR 1983 B s 109.
[2] Se som exempel NJA 1982 s 800 angående en skiljeklausul i avtal mellan näringsidkare och konsument (där reklamationsfrågan ej aktualiserades).
[3] Se NJA 1982 s 853 som illustration till problemet.

reklamationsskyldighet vid ogiltighetsgrunderna i 28–33 §§ avtalslagen.

Svårare är det att uttala sig om reklamationsskyldigheten vid ogiltighets- eller jämkningsgrund enligt 36 § avtalslagen, som ju inte behöver innebära att någon av parterna betett sig klandervärt. Enligt Unidroit Principles föreligger en reklamationsskyldighet även beträffande oskäliga avtalsvillkor. För att ha rätt att ogiltigförklara villkoret skall reklamation ges inom skälig tid från det att den drabbade parten fått insikt om orsaken, "asserted" (art. 3:15).

Köplagen

Inom ramen för köplagen råder ovisshet om reklamationens rättsverkningar, t ex med avseende på *rådighetsfel*. Ytterligare ett exempel på problem som uppkommer inom ramen för köplagen är det fallet att kontraktsbrottet *vare sig utgör dröjsmål eller fel* (se kap 3.2).

> I NJA 1916 s 158 hade säljaren sänt godset till fel järnvägsstation. HD ansåg att det *enligt grunderna för köplagens regler* om reklamation på grund av dröjsmål och fel ålegat köparen att om han ville påtala en avvikelse från vad som avtalats utan oskäligt uppehåll underrätta säljaren.

I köpavtal där det föreligger *garantiåtaganden* uppkommer frågan om köplagens reklamationsregler även omfattar garantiåtagandet (se kap 8.5 samt redogörelsen för NJA 1976 s 341 nedan s 153 f).

Säljarens kontraktsbrott kan bestå i att han *levererar för tidigt*. Det är inte alltid en för tidig leverans är till skada för köparen, men när så är fallet skall köparen reklamera om han vägrar att ta emot varan eller om han önskar sända den tillbaka. Om köparen istället endast önskar ersättning för de kostnader för förvaring som den för tidiga leveransen orsakar, är det mer osäkert vad en för sen reklamation får för rättsliga följder. Eventuellt medför en sen reklamation endast att köparen får ersätta säljaren de merkostnader som den sena reklamationen åsamkat säljaren.[4] Vanligtvis är säljaren medveten om att han levererar för tidigt, och i så fall är det ännu mindre skäl att ålägga köparen en reklamationsskyldighet.

I vissa fall kan det till följd av sedvänja finnas anledning att inte använda köplagens reklamationsregler, trots att köpobjektet faller inom ramen för köplagens tillämpningsområde. Köplagens reklamationsregler anses t ex

[4] Federspeil, Læren om viljeserklæringer...,s 139.

till följd av sedvänja inte tillämpliga vid överlåtelse av *immaterialrättigheter*.[5]

Fastighetsköp

Även inom ramen för jordabalken är rättsverkningarna av sen reklamation i viss mån ovissa. Det är en nyhet sedan 1990 att fastighetsköparen har en lagstadgad reklamationsskyldighet. Det förefaller som om man innan denna lagändring utgått ifrån att reklamationsskyldighet saknades, vilket bland annat visar sig genom att frågan om fastighetsköpares försummade reklamation inte varit uppe till prövning i mål om fel i fastighet, trots att det gått lång tid efter tillträde och efter det att felet faktiskt upptäckts tills dess att reklamation framställts.[6] Anledningen till att man inte ansåg det lika angeläget med reklamationsskyldighet vid fastighetsköp som vid andra köp kan vara att fastighetsköpet hade karaktären av civilköp och de stränga reklamationsreglerna i köplagen främst tog sikte på handelsköp. Enligt köplagen föreligger reklamationsskyldighet beträffande *alla kontraktsbrott* under det att jordabalken endast ålägger reklamationsskyldighet för köparen vid *fel* i fastigheten och alltså inte vid dröjsmål och inte heller för säljaren gentemot köparen.[7] Avsikten torde inte vara att man i de fall reklamationsskyldighet ej uttryckligen reglerats i jordabalken skall ålägga köparen en reklamationsskyldighet genom en analogi från köplagens reklamationsregler eller jordabalkens reklamationsregel för fel, vilket kanske kan förklaras med att säljarens möjligheter att minska skadorna vid dröjsmål i samband med fastighetsköp är ytterst begränsade.[8] I norsk rätt har, till

[5] Koktvedgaard och Levin, Lärobok i immaterialrätt, 352; Bernitz m fl, Immaterialrätt, s 215. Jfr Hultmark, Köplagens tillämplighet på fel i patent, JT 1993-94 s 687 på s 690 och 699.

[6] Grauers, Fastighetsköp, s 103. I NJA 1949 s 259 var frågan om köparens reklamationsplikt uppe till prövning. HD ansåg att säljarens invändning om att köparen "för sent framställt anmärkning rörande egendomens ägovidd ej förtjäna avseende". Det framkommer dock inte om HD grundar sitt ställningstagande på den omständigheten att anmärkning framställts i rätt tid eller på grund av att fastighetsköparen helt skulle sakna reklamationsplikt. (Fastigheten tillträddes i oktober 1943, köparen fick faktisk kännedom om felet i juli 1946 och han reklamerade i slutet av 1946). I NJA 1928 s 554 var frågeställningen densamma och HD motiverade inte heller här varför fastighetssäljarens invändning om för sen anmärkning inte förtjänade avseende, trots att säljaren åberopat en analog tillämpning av köplagen. (Köpet skedde i augusti 1918 och det blev aldrig klarlagt om reklamation skedde i mars 1925 eller redan år 1919).

[7] Grauers, Fastighetsköp, s 105.

[8] Vid köp av lös egendom som skall transporteras, är det däremot ytterst viktigt att köparen reklamerar, så att säljaren kan begränsa transportkostnaderna.

skillnad från svensk rätt, köplagens reklamationsregler tillämpats analogt på fastighetsköp innan det infördes särskilda lagregler om detta.[9]

Kommission

I 20 § kommissionslagen regleras kommittentens skyldighet att underrätta kommissionären om han anser att kommissionären gjort sig skyldig till försumlighet vid fullgörande av sitt uppdrag. Det framgår dock inte helt tydligt vilken rättsverkan försummad reklamation medför. Om kommittenten inte utan oskäligt uppehåll meddelar att han vill avvisa ingånget avtal, så "må rätt därtill ej sedermera göras gällande", men vad som inträffar om kommittenten dröjer med att underrätta kommissionären om att han t ex vill ha skadestånd är mer osäkert. Bestämmelsen är uppbyggd så att om kommittenten *vill* göra gällande påföljder, så *åligger* det honom att reklamera utan oskäligt uppehåll. Detta tyder på att kommittenten förlorar möjligheten att göra påföljder gällande om han reklamerar för sent. Om man emellertid sätter sig in i de följande bestämmelserna om reklamation (§§ 21-23), så framkommer att de inte är sanktionerade på samma stränga sätt. Kommittenten kan, trots att han reklamerar för sent, enligt §§ 22 och 23 göra gällande påföljder mot kommissionären i den mån kommissionären inte lidit skada av att reklamationen kommit för sent (se vidare s 148). Den omständigheten att övriga reklamationsregler i kommissionslagen medför en annan sanktion än total förlust av rätten att göra kontraktsbrottet gällande, kan tyda på att 20 § kommissionslagen inte heller skall tolkas som så strängt sanktionerad.

7.3 Rättsverkningarna utanför lagreglerat område

Av genomgången i kap 7.2 framgår att rättsverkningarna av försummad reklamation inom ramarna för avtalslagen, köplagen, jordabalken och kommissionslagen i vissa fall är oviss. Än mer ovisst ter sig svaret på frågan

[9] Krüger, Norsk kjøpsrett, s 402. För tidigare och icke längre rättvisande rättspraxis om analogisk användning av gamla köplagen: NRt 1918 s 494; 1919 s 533; 1924 s 1056.

om rättsverkningarna av sen reklamation beträffande sådana avtalstyper som inte lagreglerats.[10]

Förlagsavtalet kan tjäna som illustration på hur svårt det är att avgöra vad som gäller i reklamationshänseende.[11] Förläggaren anses ha reklamationsskyldighet (vid äventyr av talans förlust) vid *rättsliga* fel.[12] Reklamationsfristen skall i första hand räknas från det att förläggaren faktiskt upptäckt felet, men Rosén säger också att reklamation rimligen skall ske innan mångfaldigandet påbörjas.[13] Han menar att mångfaldigandet skall tolkas som ett godkännande, vilket utesluter senare invändningar mot verkets beskaffenhet. Rosén hänvisar till WIPO Model Provisions 11 § p 3 som anger att förläggaren har två månader på sig efter överlämnande av fullständigt manuskript att framställa anspråk på rättelse, vid äventyr av att han annars skall anses ha godtagit verket.[14]

Frågan man ställer sig är om det kan sägas föreligga en allmän rättsgrundsats beträffande rättsverkningarna av försummad reklamation. För att kunna avgöra denna fråga är det av intresse att utreda de bakomliggande syftena med att införa reklamationsskyldighet och därefter bedöma vilka sanktioner som är bäst ägnade att tillvarata dessa syften. Vidare måste man ta hänsyn till hur lagstiftning gällande näraliggande avtalstyper gestaltar sig. Rättspraxis är också en viktig källa för att kunna utläsa allmänna principer, liksom i viss utsträckning doktrin.

[10] Även i norsk rätt är rättsverkningarna av för sen reklamation osäkra när uttryckliga lagregler saknas. Augdahl (Den norske obligationsrettens almindelige del, s 285) ansåg att köplagens regler i stort sett kunde användas analogt. I USA har man tillämpat UCC:s reklamationsregler analogt utanför lagens tillämpningsområde. Se Phillips, Notice of beach in sales and strict tort liabilty law: Should there be a difference? Indiana Law Journal, Vol 47 1971-72, s 463 med hänvisningar till rättsfall.

[11] Andra exempel på avtal som faller utanför köplagen är NJA 1991 s 625 som ger en intressant illustration till problemet med reklamation vid immateriella tjänster. En fastighetsmäklare gav en felaktig uppgift om skattekonsekvenser, vilket utgjorde skadeståndsgrundande kontraktsbrott. Det framgår emellertid inte av uppgifterna i målet när kontraktsbrottet påtalades och frågan om för sen reklamation var heller inte uppe till prövning. I NJA 1991 s 217 hade en bank gjort sig skyldig till kontraktsbrott genom att dröja med utbetalning av ett beviljat lån. Bankens kontraktsbrott skedde den 15 november 1984, men påtalades av låntagaren först i och med en genstämning i tingsrätten (oklart när, men dom föll 28 september 1988). I målet var frågan om låntagarens eventuellt för sent framställda reklamation emellertid inte uppe till prövning.

[12] Rosén, Förlagsavtalet, s 260.

[13] aa s 275.

[14] Rosén, Förlagsrätt, s 276 not 324. Av WIPO framgår inte vad som gäller om mångfaldigande sker innan tvåmånadersfristen gått till ända.

7.3.1 Analogier

En förutsättning för att tillämpa reklamationsbestämmelser analogt är att de regler som analogier skall göras från framstår som ändamålsenliga. Det är alltså inte så enkelt att man gör en analogi enbart genom att konstatera att den aktuella avtalstypen inte är reglerad i lag, men att den till sin karaktär är lik en annan lagreglerad avtalstyp. Man måste dessutom pröva om en analogi medför ändamålsenliga resultat.[15] I det följande sker en redogörelse för hur reklamationsskyldighet sanktioneras i olika lagar och en analys av varför regleringarna är utformade som de är.

Reklamation inom transporträtten

Enligt FN:s konventioner om The Carriage of Goods by Sea (Hamburgreglerna) art. 19(1) samt The Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade art. 11 är sanktionen vid reklamation som lämnas senare än en dag efter leverans beträffande synligt kontraktsbrott och 15 dagar efter leverans beträffande dolt kontraktsbrott en *presumtion* om att kontraktsbrott ej föreligger.[16] Det är inte klarlagt varför för sen reklamation inte sanktioneras hårdare enligt Hamburgreglerna. Vid tillkomsten av konventionen var man medveten om att sanktionen var förhållandevis mild jämfört med reklamationsreglerna i föregångaren till CISG och sedermera i CISG.[17]

Enligt 13:38 sjölagen (1994:1009) gäller på samma sätt en presumtion om att godset inte skadats under transporten om inte mottagaren skriftligen reklamerar i samband med att godset lämnas ut. Först om reklamation inte skett 60 dagar från utlämnandet förlorar mottagaren alla anspråk.[18]

[15] Se principiellt sett Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning, s 242, som uttalar att dispositiva regler i allmänhet representerar genomtänkta lösningar där motstående parters intressen vägts mot varandra, medan en sedvänja eller ett lokalt handelsbruk kan te sig mindre tillfredsställande.

[16] Endast om reklamation beträffande dröjsmål sker senare än 60 dagar efter det att godset levererats drabbas den för sent reklamerande parten av förlust av rätten att kräva skadestånd på grund av dröjsmålet enligt Hamburgreglerna art. 19(5). Motsvarande tidsfrist är enligt Operators art. 11(5) 21 dagar. I ND 1983 s 114 övertygade mottagaren rätten om att godset inte var i sådant skick som beskrevs i konossementet, trots presumtion emot honom. Jfr ND 1984 s 66. Hur bevisbördan placeras vid rättidig reklamation varierar med hänsyn till IP-rättsliga regler om vilket lands lag som är tillämplig.

[17] UNCTAD secretariat, The Economic and commercial implications of the entry into force of the Hamburg rules and the multimodal transport convention, part one, s 53.

[18] I NSAB hade man tidigare en sträng sanktion, men i 1985 års version infördes en mildare sanktion efter påtryckningar från lastägarsidan.

Kommission

Det är intressant att studera vad som gäller i kommissionsförhållanden beträffande skadeståndsskyldighet vid försummad reklamation eftersom alltid minst tre avtalsled är involverade och regressmöjligheten därför ofta aktualiseras. För inköpskommissionären är det viktigt att snabbt erhålla en reklamation från kommittenten så att han kan föra anspråket vidare mot tredje man. Reklamationsbestämmelserna i 21-23 §§ kommissionslagen är direkt konstruerade med beaktande av betydelsen av kommissionärens regressmöjligheter. I det fallet att kommittenten reklamerar för sent, t ex på grund av att han åsidosatt sin undersökningsplikt, så förlorar han inte helt möjligheten att göra kontraktsbrottet gällande. Kommittenten har nämligen rätt att göra gällande anspråk mot kommissionären i samma utsträckning som kommissionären kan få anspråket täckt av tredje man. Regleringen innebär att kommittentens dröjsmål med att reklamera endast straffar sig i den mån dröjsmålet medfört skada för kommissionären.

Om kommissionären försummar sin undersöknings- och reklamationsskyldighet med avseende på gods som han fått i uppdrag att sälja åt kommittenten, är rättsverkan av försummad reklamation en skyldighet att ersätta den skada som kommittenten orsakas på grund av den uteblivna reklamationen (11 och 12 §§ kommissionslagen). Här anvisar lagen skadeståndssanktionen som rättslig konsekvens av försummad reklamation, vilket är en naturlig konsekvens av att kommission är en mellanmanskonstruktion med redovisningsskyldighet för kommissionären. Om det istället hade varit fråga om en återförsäljare, hade försummad reklamation enligt köplagen medfört förlust av rätten att åberopa kontraktsbrottet och man kan fråga sig om det finns några tungt vägande skäl att ha en så annorlunda sanktion för det fallet.

Nationella köp

I flera lagar om köp finner man en lösning som innebär att den som försummar sin reklamationsskyldighet går miste om rätten att åberopa kontraktsbrottet (t ex i 29 § i kombination med 23 § 2 st köplagen, 15 § 1 st i kombination med 12 § 3 st konsumentköplagen, 32 § köplagen, 23 § konsumentköplagen, 46 § 3 st konsumentköplagen, 4:19 a jordabalken och 52 § 3 st köplagen).[19]

Regleringarna bygger inte på en bevissäkringskonstruktion, även om

[19] Även 18 § konsumenttjänstlagen.

reglerna i praktiken förstärker köparens incitament att snabbt säkra bevisning om kontraktsbrottet.

Skadebegränsningsargumentet förefaller inte heller ligga till grund för dessa köprättsliga regleringar. I så fall skulle det ju vara tillräckligt att sanktionera försummad reklamation med att köparens anspråk nedsattes motsvarande den skada som den försummade reklamationen medfört för säljaren. Man kan emellertid spåra vissa korn av skadebegränsningsfunktionen i köplagens reklamationsregler. Om man nämligen låter det *behov* säljaren haft av att få snabb reklamation vara ett moment som är relevant för att avgöra reklamationsfristens längd respektive omfattningen av undersökningsplikten. Att detta är relevant framgår visserligen inte uttryckligen av lagtexten, men som tidigare anförts är det rimligt att säljarens behov av snabb reklamation skall beaktas vid bedömningarna (se kap 3.3 samt 4). Det finns dessutom en allmän skyldighet att begränsa skadeverkningarna av kontraktsbrott som kommer till uttryck i bl a 70 § köplagen. Utrymmet för att tillämpa detta stadgande vid sidan av de uttryckliga reklamationsreglerna i 31-33 §§ köplagen är emellertid i praktiken mycket begränsat.

Spekulationsargumentet, dvs funktionen att undvika att köparen spekulerar i prisförändringar på säljarens risk återfinns inte heller renodlat i köplagen. För att osund spekulation skall kunna ske krävs, förutom prisfluktuationer, att den part som drabbats av ett kontraktsbrott haft faktisk insikt om hävningsgrunden. Innan dess kan han inte medvetet spekulera på den kontraktsbrytande partens risk. Det förekommer emellertid att hävningsrätten går förlorad även i de fall den drabbade parten saknat faktisk kännedom om kontraktsbrottet, men *borde* ha haft sådan kännedom. (Se t ex 39 § 2 st köplagen, 23 § konsumentköplagen.[20] Annorlunda i 29 § köplagen och 15 § konsumentköplagen om säljarens dröjsmål).

Köplagen bygger inte heller på en godkännandekonstruktion. Det finns ingenting i beskrivningen av hur och när reklamation skall ske, som tyder på att säljarens tillit till köparens passivitet skulle vara av betydelse. Men sanktionen, förlust av rätten att göra felet gällande, är i och för sig densamma som följer av en godkännandekonstruktion.

Regleringen i köplagen får sin förklaring om man betraktar den som ett försök att kodifiera handelsbruk. Det kan naturligtvis vara vanskligt att kodifiera handelsbruk utan att noga analysera varför det utvecklats, eftersom det då kan finnas en risk att kodifikationen inte helt överensstämmer med handelsbruk. Det är troligen detta som skett när man vid seklets början reglerade reklamationsskyldigheten i köplagen. Reklamationsreg-

[20] 17 och 18 §§ konsumenttjänstlagen, 26 § 2 st lagen om handelsagentur.

lerna i 1905 års köplag har ursprungligen ansetts utgöra en kodifiering av handelsbruk.[21] Dispositiv lagstiftning kan många gånger ha som huvudsyfte att kodifiera handelsbruk. Det är viktigt att handelsrättsliga, dispositiva lagar ansluter sig till handelsbruk, inte minst mot bakgrund av att den typen av lagstiftning sällan lyckas verka handlingsdirigerande. Både 1905 års köplag och kommissionslagen hade som huvudsakligt ändamål att utgöra en kodifiering av handelsbruk. Beträffande rättsverkningarna av försummad reklamationsskyldighet förefaller det dock som om handelsbruket kring sekelskiftet var osäkert och inte etablerat. Grundtvig ansåg (år 1903) att rättsverkningen utanför handelsförhållanden endast var att den som reklamerat för sent blev skadeståndsskyldig gentemot den kontraktsbrytande parten för den skada som hade kunnat undvikas genom en rättidig reklamation.[22] Man kan i och för sig säga att det på köpavtalets område funnits lagstiftning om reklamation och preklusionsverkan i snart hundra år och att det därigenom uppkommit en fast etablerad och accepterad handlingsnorm. Men när handelsbruk uppkommit på detta sätt ger det inte på samma sätt som ett "fritt" etablerat handelsbruk uttryck för en allmän princip.

CISG

Utgångspunkten enligt CISG är densamma som i köplagen, dvs förlust av rätten att åberopa felet. Men i art 44 modifieras denna stränga rättsföljd på så sätt att om köparen har en rimlig ursäkt för varför han försummat sin reklamationsskyldighet, så kan han kräva prisavdrag och/eller skadestånd.[23]

En diskussion har förts om säljaren kan jämka köparens anspråk på prisavdrag eller skadestånd enligt art 44 med den skada säljaren lider på

[21] Almén, § 27 vid not 17-18.

[22] Grundtvig, Om reklamation i formueretsforhold, s 174.

[23] Frågan om rättsverkningen skall anses vara en följd av passiviteten i sig eller en preventiv sanktion mot ett oönskat beteende visar sig i den internationella debatten i samband med utarbetandet av CISG. Länderna på europakontinenten betonade vikten av att bevara reklamationsreglerna i sina rättssystem, under det att företrädare för utvecklingsländerna var negativa. Utvecklingsländerna var oroade över att de saknade kompetens att bedöma om komplicerade maskiner var kontraktsenliga och att många importörer från dessa länder inte kände till de stränga följder som för sen reklamation kunde föra med sig (Honnold, s 332.) I CISG infördes därför en kompromiss innebärande att köparen har en skyldighet att inom skälig tid reklamera fel. Om köparen emellertid har en rimlig ursäkt till varför han inte reklamerat i tid, kvarstår köparens rätt till prisavdrag och visst skadestånd (Art 39, 40, 44). Även om rättsverkningarna av för sen reklamation enligt CISG är lindrigare än förlust av rätten att göra kontraktsbrottet gällande, är rättsverkningarna tillräckligt omfattande för att verka preventivt. Det är alltså inte sannolikt att köparen avstår från att göra en så snabb reklamation som möjligt mot bakgrund av de rättsverkningar som för sen reklamation trots allt medför (Honnold, s 340).

grund av den sena reklamationen.[24] En konstruktion med skadestånd på grund av passivtet återfinns inte uttryckligen i CISG. Man skulle dock kunna konstruera ett sådant ansvar enligt den allmänna regeln om jämkning och skadebegränsning som kommit till uttryck i art 77 CISG.[25]

Enligt CISG art 49.2 a och 29 § norska köplagen e contrario har köparen kvar sin rätt till skadestånd i händelse av säljarens dröjsmål även om han reklamerar för sent.

Unidroit Principles och European Principles

I såväl Unidroit Principles som European Principles finns endast en uttrycklig skyldighet att reklamera om den drabbade parten önskar häva avtalet eller kräver att det fullgörs. Det finns således ingen generell skyldighet att reklamera för att bevara sin rätt till prisavdrag och skadestånd.[26] Enligt Unidroit Principles Art 7.4.8 (1) skall eventuellt skadestånd till den part som drabbats av ett kontraktsbrott minskas "to the extent that the harm could have been reduced by the latter party's taking reasonable steps". Detta innebär bland annat att skadeståndet kan minskas om den part som drabbas av ett kontraktsbrott i strid mot kravet på "good faith and fair dealing" i Art 1.7 (1) underlåter att snabbt reklamera kontraktsbrottet till en kontraktsbrytande avtalspart som saknar kännedom om kontraktsbrottet. En liknande reglering återfinns i art 1:201 samt 9:505 European Principles.[27]

[24] Honnold och Huber avvisar denna tanke (Honnold, s 339; Huber i von Cammerer och Schlechtreim, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG). Sono är av motsatt uppfattning och anser att säljaren enligt CISG Art 77 kan få skadestånd för t ex förlorad regressmöjlighet på grund av att köparen reklamerat för sent, trots att köparen haft giltig ursäkt och har rätt till prisavdrag enligt Art 44 (Sono i Bianca-Bonell, Commentary on..., s 327). Se även Bergem och Rognlien, Kjøpsloven kommentarutgave, s 567, och Ramberg, Köplagen, s 393 vid not 34.

[25] Se även art 7 CISG om den allmänna skyldigheten att agera i enlighet med "good faith in international trade". En skillnad mellan CISG och köplagen visar sig däri att 70 § 1 st köplagen endast talar om den skadelidandes skyldighet att begränsa "sin" skada, under det att CISG talar om en skyldighet att begränsa "loss" i allmänhet, d v s både sin egen och motpartens skada. Men det finns utrymme för att ta hänsyn till om den skadelidande begränsat motpartens skada i 70 § 2 st köplagen om jämkning.

[26] Unidroit Principles art 7.2.2 (e) och 7.3.2 samt European Principles art 9:102 (tidigare 4.103) och 9:303 (tidigare 4.303). Enligt Unidroit Principles kan hävningsrätten gå förlorad om man inte reklamerar inom skälig tid från det att man haft eller borde ha haft kännedom om kontraktsbrottet, Art 7.3.2 (2).

[27] I tidigare utkast numrerades dessa artiklar 1.106 respektive 4.504.

Anställningsavtal

I arbetsrätten gäller en kort reklamationsfrist om två veckor för arbetstagare som anser sig felaktigt uppsagd och vill göra gällande att uppsägningen är ogiltig, men rätten att kräva skadestånd behöver han inte göra gällande förrän efter fyra månader (40-42 §§ lagen om anställningsskydd).

Nyttjanderättsavtal

Vid nyttjanderättsavtal skall hyra erläggas för tiden fram till dess reklamation sker. Rättsverkan av reklamationen är alltså att hyra skall erläggas tills dess reklamation sker, men efter det att reklamation skett är hyrestagaren berättigad till t ex nedsättning i hyran. För sen reklamation får alltså inte till effekt att hyrestagaren går miste om rätten att göra felet gällande, den medför endast att under tiden fram till dess reklamation sker, så skall hyrestagaren betala full hyra.

Entreprenadavtal

I entreprenadförhållanden anses beställaren ha en skyldighet att reklamera fel som han upptäckt före slutbesiktningen, vid äventyr av att entreprenörens felansvar begränsas motsvarande de kostnader som hade kunnat undvikas om reklamation skett (se ovan kap 3.2).

Vid andra typer av meddelanden än reklamationer i samband med kontraktsbrott, är skadestånd på grund av för sent meddelande en vanlig rättsföljd. Detta ansågs vara följden enligt AB 72 punkt 4.4 om entreprenören inte underrättade beställaren om förhållande som kunde medföra försening av kontraktsarbetena. I nya AB 92 har man emellertid uttryckligen reglerat följderna av att ett sådant meddelande inte lämnas. Där sägs att förhållande som man inte underrättat om inte får åberopas som ursäkt för dröjsmål.[28]

Sammanfattande om analogier

Det har här framkommit att rättsverkan av försummad reklamation varierar i olika lagar. Den splittrade regleringen i olika lagar ger inte något

[28] Kritik har framförts av Marthinussen, Reklamasjon og varsel..., s 3.

säkert uttryck för en allmän princip. Analogin lämpar sig då inte som stöd för vad som gäller i avsaknad av direkt tillämplig lag.

7.3.2 Rättspraxis

Rättspraxis är inte särskilt omfattande i Sverige, och där framträder ingen entydig bild av vilka rättsverkningar försummad reklamation medför i avsaknad av lagstöd.

I NJA 1943 s 272 tillämpar HD en regel av innebörd att reklamation i samband med fel i entreprenad skall framställas inom skälig tid från det beställaren märkt eller bort märka felet. Om reklamation sker för sent, så äger beställaren inte göra felet gällande. Domen är så tillvida kristallklar, även om HD inte angivit den rättsliga grunden. Det framkommer alltså inte om det är fråga om en analog tillämpning av köplagens reklamationsregel eller om den av HD formulerade regeln utgör en allmän rättsgrundsats eller om utslaget är baserat på lämplighetsöverväganden för just avtalstypen entreprenad eller, slutligen, om beställaren i detta fall kunde anses ha godkänt prestationen.[29]

I NJA 1916 s 158, som refererats ovan s 143, ansågs köplagens reklamationsregler vid fel och dröjsmål kunna tillämpas analogt på ett köpavtal där kontraktsbrottet inte kunde klassificeras som vare sig fel eller dröjsmål.

I NJA 1976 s 341 ges en splittrad bild av reklamationsskyldighetens omfattning och verkningar. Där hade säljaren av samtliga aktier i ett aktiebolag åtagit sig en garanti beträffande bolagets kundfordringar. Frågan var om köplagens reklamations- och preskriptionsregler skulle anses tillämpliga på garantin. Två JR ansåg att så skulle vara fallet mot bakgrund av att garantin var en förhållandevis obetydlig utvidgning av det i köplagen avsedda ansvarsområdet. Ett JR var skiljaktigt beträffande motiveringen och framhöll bland annat att han inte var benägen att göra ett generellt ställningstagande till behovet eller lämpligheten av enhetliga reklamations- och preskriptionstider beträffande fel som omfattas av garantiåtagande och fel som faller utanför detta. Två JR var skiljaktiga i sak och ansåg att garantin skulle uppfattas som ett självständigt betalningsåtagande utan anknytning till köplagens reglering av felansvaret. De två sistnämnda JR:n anser att det är en öppen fråga om det föreligger en allmän reklamationsskyldighet utanför köplagens område och uttalar: "Det torde dock ej vara uteslutet att en tillämpning av allmänna

[29] I NJA 1931 s 208 (I) finner HD att beställaren av en entreprenad framställt anmärkning mot felet utan oskäligt dröjsmål efter det att felet blivit i anmärkningsvärd grad märkbart. Det förefaller som om detta att anmärkning framställts utan oskäligt dröjsmål varit en förutsättning för beställarens rätt till avhjälpande. Se även Rodhe, Obligationsrätt, § 25 vid not 73.

rättsgrundsatser kan medföra att en garanti av här avsett slag förfaller, om den berättigade inte gör den gällande inom rimlig tid."[30]

I HD:s dom, DT 44 meddelad 1996-03-06, som rörde fel i utfört arbete bestående i pressning av plåtpaneler, ansågs det enligt allmänna kontraktsrättsliga regler i kommersiella förhållanden föreligga en skyldighet att reklamera inom skälig tid för att kunna göra gällande skadeståndsskyldighet. Så som målet var upplagt, saknades anledning att uttala sig om vad som gällde beträffande reklamationsskyldighet avseende andra påföljder än skadestånd.[31]

I praktiken medför sen eller försummad reklamation ett försämrat bevisläge. I NJA 1898 s 507 är det möjligt att den sena reklamationen medförde endast bevisverkan. Det var fråga om en agent som inte förrän efter mer än ett år efter leveransen av ett parti tegel och lera anmärkte att det var felaktigt och yrkade ersättning för lagringskostnader. I målet var det svårt att avgöra om leveransen var behäftad med fel eller ej och man får ett intryck av att HD i själva felbedömningen vägt in den omständigheten att reklamation skett så sent.

HD använder sig av fingerat godkännanderesonemang dels i NJA 1993 s 436 angående det fallet att säljaren inte omedelbart gör en invändning om för sen reklamation (se kap 9), dels i NJA 1993 s 302 angående en sambo som lång tid efter att förhållandet upplösts begärde bodelning ("I målet är inte heller visat att Inga-Britt Å gett Bengt N befogad anledning att utgå från att hon inte ämnade påkalla bodelning"). I NJA 1970 s 72 angående ett entreprenadavtal påtalade entreprenören förhållanden som gav honom rätt att häva avtalet. När han på byggherrens uppmaning fortsatte arbetet ansågs han inte ha gått miste om rätten att häva. Byggherren var alltså medveten om att entreprenören var missnöjd.[32]

7.3.3 Doktrin

Inom doktrinen återfinns olika uttalanden om i vad mån man skall tillämpa köplagens stränga regel att försummad reklamation medför förlust att åberopa kontraktsbrottet analogt. Rodhe är försiktig allmänt sett och säger att

[30] Domens prejudikatvärde har ifrågasatts av Karnell, Något om reklamation och preskription vid garantianspråk beträffande aktiebolagsöverlåtelser, TSA 1977 s 155.
[31] Domen kommer att refereras i NJA:s notisavdelning.
[32] I UfR 1981.295 H, som rörde hyresavtal avseende mark till en bensinstation, ansågs kontraktsbrottet inte vara av betydelse för den drabbade parten, eftersom reklamation skett så sent. Rättsfallet ger uttryck för kausalitetsbedömningen påverkas av om reklamation sker sent. I UfR 1966.225 H, som rörde köp av selleri, reklamerade köparen mot fuktskador 5 dagar efter avtalad leveransdag. Eftersom köparen inte kunde bevisa att sellerin var felaktig vid tiden för den avtalade leveransdagen, ansågs han skyldig att betala hela köpesumman. I rättsfallet får alltså den sena reklamationen bevisverkan.

någon stadgad uppfattning om analogier från köplagens reklamationsregler inte föreligger.[33] Även Almén ställer sig tveksam till att det skulle föreligga någon allmän rättsgrundsats med innebörd att försummad reklamation skulle medföra förlust av rätten att åberopa kontraktsbrottet.[34] Augdahl anser att köplagens reklamationsbestämmelser i stort sett kan användas analogt.[35] Anders Vinding Kruse kritiserar köplagens reklamationsregel för att vara antingen/eller och anser att man utanför köplagens område kan vara mer smidig och låta för sen reklamation endast påverka storleken av prisavdraget.[36] Arnholm är kritisk mot köplagens stänga sanktion, men pekar på att den är praktisk genom att den skapar klarhet.[37]

7.3.4 Ratio legis

Det finns flera motiv till varför det är angeläget med regler om reklamation i anslutning till kontraktsbrott. I kap 2 har framhållits behovet av att minska skadeverkningarna av ett kontraktsbrott och att säkra bevisning i rätt tid, den kontraktsbrytande partens behov av att i tid kunna framställa regresskrav och få klarhet, behovet av att minska risken för spekulation på motpartens risk, behovet av att balansera parternas ansvar, samspelet med undersökningsplikten före köpet samt principen om status quo.[38] Allt detta visar att det är angeläget att ha regler om reklamation.[39]

Därmed är inget sagt om vilken *rättsföljd* som är lämplig i händelse av

[33] § 25 vid not 73 med hänvisning till NJA 1931 s 208 (I) och 1943 s 272. Det bör observeras att i de aktuella rättsfallen framgår inte på vilken rättslig grund HD ålagt beställaren en reklamationsskyldighet; om det var en analogi från köplagen, eller med stöd av en allmän rättsgrundsats eller på grund av lämplighetsöverväganden i det enskilda fallet. Hellner anser att den ymniga förekomsten av reklamationsregler i kommissionslagen kan förklaras med att man önskat undanröja ovisshet om analogisk tillämpning (Lagstiftning inom förmögenhetsrätten, s 194).

[34] § 27 vid not 17-18 (med anledning av betalningsdröjsmål). Se även Gomard, Egen skyld, UfR 1958 B s 149 på s 178 ff.

[35] Den norske obligationsretts almindelige del, s 285. Av samma mening är Krüger (Norsk Kjøpsrett, s 402. Krüger ger en mängd rättsfallshänvisningar på s 404).

[36] Ejendomskøb, s 190. Knoph säger att när det finns en bestämd preskriptionsregel i en lag, så kan man inte tillämpa kortare frister mot bakgrund av passivitet, preskriptionsbestämmelsen skall tolkas så att den uttömmande reglerar de fall som kan beröras av passivitet (Rettslige standarder, s 252). Sandvik anser att det är lämpligare att analogisera från standardavtal än köplagen med avseende på reklamationsregeln i entreprenadförhållanden (Entreprenørsrisikoen, s 412).

[37] Privatrett I, s 321.

[38] De bakomliggande skälen till reklamationsregler är mångfacetterade, vilket kom till uttryck i samband med förhandlingarna om den internationella köplagen (CISG) där frågan om den lämpligaste utformningen av reklamationsreglerna var utsatt för bland de livligaste diskussionerna i hela konventionsarbetet (Sono i Bianca-Bonell, Commentary on..., s 324 och kap 4.4.1).

[39] Det skall anmärkas att det ligger i den drabbade partens egna intresse att undersöka varan och reklamera ett fel så snart som möjligt. Det är nämligen viktigt för köparen att bilda sig en uppfattning om hur säljaren förhåller sig till hans anspråk och ju snabbare köparen är, desto fortare har han möjlighet att erhålla en kontraktsenlig vara genom avhjälpande eller omleverans.

försummad reklamation. Tänkbara rättsföljder är förskjutning av bevisbördan, förlust av rätten att göra kontraktsbrottet gällande, skadeståndsskyldighet (dvs nedsättning av anspråket motsvarande den skada som den försummade reklamationen medfört) eller förlust av vissa påföljder, t ex rätten att häva eller kräva omleverans eller avhjälpande.

Det är önskvärt att den som drabbas av ett kontraktsbrott är aktiv och meddelar den kontraktsbrytande parten vilka anspråk han ämnar framföra på grund av kontraktsbrottet. Det är inte önskvärt att den drabbade parten förhåller sig passiv. Därför finns det regler som syftar till att uppmuntra aktivitet och motverka passivitet. Härvid måste man göra klart om det är passiviteten *i sig* som medför rättsverkningar eller om rättsverkningarna endast är en *sanktion* som är avsedd att förebygga oönskad passivitet.

För att passiviteten *i sig* skall medföra rättsverkningar, måste krävas att passiviteten givit upphov till en tillit hos den kontraktsbrytande parten om att den drabbade parten godkänt kontraktsbrottet. En sådan godkännandekonstruktion medför en sträng rättsverkan – förlust av rätten att göra felet gällande.

Om syftet endast är att *förebygga* passivitet och uppmuntra aktivitet, kan varje litet oönskat beteende sanktioneras. Den typ av sanktion som blir aktuell i sådana fall bör varieras och anpassas efter i vilken utsträckning beteendet är oönskat samt till behovet av incitamentförstärkande (eller preventiva) sanktioner. Eftersom det ligger i det egna intresset att framföra reklamation snabbt, är det inte nödvändigt med särskilt stora påtryckningsmedel för att stimulera snabb reklamation.

När det är passiviteten i sig som ger upphov till rättsverkningar, blir rättsverkan ingripande, men rekvisiten för denna rättsverkan är i gengäld också stränga. När det är fråga om att förebygga passivitet kan sanktionerna vara mindre ingripande. I svensk lagstiftning ser man ibland att dessa två principiellt sett olika hänsyn sammanblandats så att varje litet oönskat beteende sanktioneras som om de strängaste rekvisiten varit uppfyllda.

Bevisverkan

Vid en tvist finns det behov av att säkra bevisning om faktiska förhållanden och om kausalitetsfrågor. Reklamationens syfte kan vara att *urskilja vilka kontraktsbrott som är av betydelse* för den drabbade parten. Om ett kontraktsbrott varit utan betydelse, skall man inte senare kunna åberopa kontraktsbrottet som en förevändning för att undslippa avtalsbundenhet som man egentligen vill komma ifrån av andra skäl. Om ett kontraktsbrott inte

påtalas snabbt, kan det finnas anledning att anta att det är av mindre betydelse för den drabbade. Här inträder emellertid en komplikation med avseende på rättsverkningarna. Utebliven eller för sen reklamation är en omständighet som talar för att kontraktsbrottet saknat betydelse. Utebliven eller för sen reklamation skulle alltså kunna medföra en *presumtion* om att kontraktsbrottet saknade betydelse. I såväl lagtext som kontraktstext innebär emellertid för sen reklamation många gånger att den drabbade är förhindrad att göra kontraktsbrottet gällande, trots att det är uppenbart att kontraktsbrottet är av största betydelse för den drabbade. En så sträng rättsverkan som förlust av rätten att göra kontraktsbrottet gällande är inte motiverad enbart av hänsyn till intresset av att kunna fastställa kontraktsbrottets betydelse för den drabbade.[40]

Fullgörelse in natura

Anledningen till att den part som drabbats av ett kontraktsbrott kan gå miste om rätten att kräva fullgörelse in natura på grund av att han inte reklamerat i tid, är att den kontraktsbrytande parten måste få veta hur den drabbade parten ställer sig till kontraktsbrottet för att därmed kunna vidta åtgärder som begränsar hans kostnader med anledning av kontraktsbrottet. Det är alltså i syfte att begränsa den kontraktsbrytande partens förlust som motparten kan gå miste om sin rätt att kräva fullgörelse in natura. Vad är det egentligen som är så allvarligt för den kontraktsbrytande parten med en sen reklamation när det enda som krävs är att han fullgör den avtalade prestationen? En snabb reklamation är knappast ägnad att hjälpa honom just med avseende på denna påföljd. Han kan vara angelägen om att säkra sina regressanspråk, men för det är han teoretiskt sett tillräckligt tillgodosedd genom att den drabbade parten får betala skadestånd för de regressanspråk som gått förlorade på grund av den försummade reklamationen.

Vid anställningsavtal och långvariga uppdragsavtal kan det emellertid vara särskilt svårt för den kontraktsbrytande parten att tillgodose ett krav på naturaprestation om han hunnit binda sig vid ett nytt anställningsavtal. Därför uppställs en kort reklamationsfrist om två veckor i 40 § lagen om anställningsskydd om arbetstagaren vill göra gällande att en uppsägning är ogiltig.

[40] Enligt Unidroit Principles art. 6.2.3. skall ett meddelande om "hardship" lämnas utan oskäligt uppehåll. Rättsverkningen av att ett sådant meddelande ges för sent är att bedömningen av om "hardship" föreligger påverkas liksom vilka verkningar "the hardship" skall medföra. Den sena reklamationen medför alltså inte förlust av rätten att åberopa "hardship", men leder helt naturligt till att negativa förhållanden inte antas vara så allvarliga för den drabbade parten. Den sena reklamationen gör att den drabbade parten kommer i ett sämre bevisläge.

Det finns ytterligare fall där rätten till naturafullgörelse är begränsad på grund av försummad reklamation. Det kan nämligen föreligga möjlighet till osund spekulation på motpartens risk. Ett kontraktsbrott kan bestå i att naturagäldenären (säljaren) utan rättsligt stöd annullerar ett avtal (t ex i tider då priserna stiger). Om inte naturaborgenären (köparen) reagerar snabbt, så kan han förlora sina anspråk, om det föreligger risk för osund spekulation.[41]

I de fall där den kontraktsbrytande parten själv är medveten om kontraktsbrottet, kan det förefalla naturligt att han i eget intresse frågar om motparten har för avsikt att kräva naturafullgörelse (se t ex 24 § köplagen).

I de fall där försummad reklamation kan tolkas som ett godkännande, ställer sig emellertid saken annorlunda. Vid dröjsmål med prestation, där hela prestationen uteblivit, förväntar man sig att strax få höra ifrån mottagaren. Hör man inget på en längre tid kan man anta att han inte önskar någon leverans och det är rimligt att han förlorar rätten att senare kräva leverans (se t ex 23 § 3 st köplagen och 12 § 3 st konsumentköplagen där köparen förlorar rätten att kräva fullgörelse om han väntar *orimligt* länge med att framställa ett sådant krav).[42] Vid entreprenader där kontraktsbrottet består i avvikelser från avtalet i form av felaktigt material eller byggnadssätt, skall anspråk normalt framställas i samband med slutbesiktning. Sker inte så, anses entreprenaden godkänd och beställaren förlorar sin rätt att framställa anspråk. När fel är dolda och visar sig först efter en tid, kan såväl säljare som entreprenör bli skyldig att göra omleverans eller avhjälpa felet. För själva prestationen spelar det normalt sett inte så stor roll om motparten reklamerat omedelbart eller först efter någon månad. Så länge entreprenören/säljaren blir kompenserad för förlorad regress och annan skada till följd av att reklamationen lämnats för sent, saknas anledning att den som drabbats av kontraktsbrottet skall förlora sin rätt att kräva fullgörelse in natura.

Hävning

För att undvika risken för spekulation på den kontraktsbrytande partens risk, finns det anledning att begränsa rätten för den passive att häva, under förutsättning att den passive haft faktisk kännedom om kontraktsbrottet. Det finns anledning att anta att en allmän princip föreligger av innebörd att

[41] Äldre norska domar NRt 1918 s 494, 1919 s 530, 1919 s 761 (hänvisade till i Arnholm, s 37).

[42] I det engelska rättsfallet Development Pte v Jip Hong Trading Co Pte (1985) AC 511, bortföll rätten att kräva specific performance när köparen givit säljaren anledning att tro att köparen endast skulle kräva skadestånd.

om en part som drabbas av ett kontraktsbrott inte inom skälig tid *från det han blev medveten* om kontraktsbrottet meddelar motparten att han önskar häva köpet, förlorar rätten att häva. Förlust av hävningsrätten bör emellertid endast inträda i de fall avtalssituationen är sådan att det finns en *risk för att spekulation* skulle kunna aktualiseras. Innan hävningsrätten går förlorad, bör man alltså göra en prövning av i vilken utsträckning det faktiskt förelegat möjlighet att företa spekulation på den kontraktsbrytande partens risk.

Mer oklart är om det finns en allmän princip av innebörd att hävningsrätten går förlorad även om den drabbade parten saknar kännedom om kontraktsbrottet, men på grund av att han t ex bort undersöka avtalsobjektet *borde* ha haft kännedom om kontraktsbrottet. Det kan finnas anledning att låta hävningsrätten gå förlorad även i de fallen – eftersom man därmed kommer undan den praktiska problematiken med att klarlägga om den drabbade parten haft kännedom om kontraktsbrottet. Rent teoretiskt är det emellertid svårt att försvara en regel som innebär att den part som drabbas av ett kontraktsbrott förlorar hävningsrätten trots att han inte haft faktisk kännedom om kontraktsbrottet, eftersom han saknar möjlighet att medvetet spekulera på motpartens bekostnad innan han själv är medveten om spekulationsmöjligheten.

Om den kontraktsbrytande parten fått befogad anledning att uppfatta passiviteten som ett uttryck för att den drabbade parten avstår från att häva, är det också motiverat att den passives möjligheter att göra gällande denna påföljd begränsas.

Skadestånd

Det kan finnas anledning att låta rätten till skadestånd falla bort om den kontraktsbrytande parten haft anledning att anta att motparten godkänt kontraktsbrottet.

I andra situationer finns det inga teoretiska förklaringar till varför det vore rimligt att låta den som försummat att reklamera gå miste om sin rätt till skadestånd, förutsatt att skadeståndet jämkas av motanspråk avseende den skada som den försummade reklamationen kan ha givit upphov till. Det kan ha varit så att den skada som den kontraktsbrytande parten förorsakat motsvaras av den skada som uppkommit på grund av att reklamationsskyldigheten försummats. Detta innebär strängt taget inte att den part som drabbats av kontraktsbrottet förlorar sin rätt till skadestånd, utan endast att deras respektive skadeståndsskyldighet avräknas mot varandra. Detta leder bland annat till att den part som drabbas av ett kontraktsbrott sällan går miste om rätten att kräva skadestånd när den kontraktsbrytande

parten själv haft kännedom om kontraktsbrottet, eftersom han ju då kunnat säkerställa sina regressanspråk och begränsat andra skadeverkningar oberoende av reklamationen.[43]

Förlust av rätten att göra kontraktsbrottet gällande

Den allvarligaste och mest ingripande rättsföljden av för sen reklamation är förlust av rätten att göra kontraktsbrottet gällande över huvud taget. Denna påföljd är inte nödvändig för att tillgodose något av de ovan analyserade intressena. Om den kontraktsbrytande parten typiskt sett haft skälig anledning att anta att den drabbade parten på grund av sitt uppträdande (t ex passivitet) inte vill framställa några anspråk, utan godkänt prestationen, kan det emellertid vara rimligt att ta mer hänsyn till den kontraktsbrytande partens tillit till detta förhållande än till den drabbades intresse av att göra påföljder gällande.

Det är allmänt sett angeläget att man inte fråntar en part materiella kontraktsenliga rättigheter på grund av formella fel om inte de formella kraven tillgodoser ändamålsenliga intressen. Men vid vissa avtalstyper måste den lämpliga sanktionen i det enskilda fallet vika för vad som är totalt sett mest ändamålsenligt (se allmänt angående rigor commercialis kap 1.2). Nackdelen med att sanktionera försummad reklamation med ersättningsskyldighet för den skada som uppkommit till följd av försummelsen, är att det praktiskt sett kan vara svårt att avgöra skadans storlek. Detta är ett generellt problem med allt skadeståndsansvar. I många avtal undviker man delvis denna praktiska problematik genom att införa normerade skadestånd (t ex vitesklausuler). Sådana klausuler förekommer av förståeliga skäl inte i praktiken i samband med reklamationer, men den stränga sanktionen i köplagen – förlust av rätten att åberopa felet – kan på sätt och vis liknas vid ett normerat skadestånd. Sanktionen fyller samma funktion; man undgår problemet med att exakt fastställa skadeståndets

[43] I engelsk rätt anses man inte kunna förlora sin rätt till skadestånd om man saknat kännedom om kontraktsbrottet. Lord Denning uttalade i ett rättsfall (där The Sale of Goods Act inte var tillämplig): "A person could not be said to affirm the contract unless he had full knowledge of the breach and deliberately elected to go on with it" (Farnworth Facilities v. Attryde (1970) 2 All. E.R. 774 samt Guarantee Trust of Jersey v. Gardener (1973) 177 S.J. 564). I Schweizisk rätt föreligger eventuellt en möjlighet för den köpare som försummat sin reklamationsskyldighet att ändå erhålla skadestånd enligt Art. 97 ff Bundesgezetz. Frågan är omdebatterad, se Geiger, Das Obligationenrecht, s 469, med hänvisningar till praxis och doktrin.

storlek.[44] I många avtal mellan näringsidkare kan det vara lämpligt att ha ett sådant normerat skadestånd på grund av försummad reklamation. Detta gäller i synnerhet vid sådana avtal där risken typiskt sett är stor att den kontraktsbrytande parten går miste om sin regressmöjlighet när reklamation sker för sent. Detta är ofta fallet vid avtalskedjor med korta preskriptionsfrister, t ex vid entreprenader, remburser och köp av varor som är avsedda för vidareförsäljning eller bearbetning.[45] Däremot är det ovanligare vid immateriella tjänster. Det är emellertid inte alltid så att den skada som försummad reklamation ger upphov till är svår att fastställa. I t ex kommissionsförhållanden har rigor commercialis fått ge vika för skadeståndslösningen (se ovan s 148 f).

För vissa avtalstyper där båda avtalsparter är näringsidkare är det alltså lämpligt att, med hänvisning till de praktiska problem som kan uppkomma när man skall bestämma hur stor skada en försummad reklamation medför, ha ett normerat skadestånd som motsvarar vad den part som drabbats av kontraktsbrottet skulle ha haft rätt att kräva med anledning av kontraktsbrottet, vilket leder till samma konsekvenser som rättsföljden förlust av rätten att göra kontraktsbrottet gällande. Härvid är det viktigt att uppmärksamma att en så sträng rättsföljd med nödvändighet måste synkroniseras med rekvisiten för att ansvar skall anses föreligga. Rättsföljden kan knappast motiveras i sådana fall då den kontraktsbrytande parten själv varit medveten om kontraktsbrottet, eftersom han då på eget initiativ kan begränsa skadeverkningarna av kontraktsbrottet eller interpellera till den drabbade parten och kontrollera om han godkänner prestationen trots kontraktsbrottet.

På motsvarande sätt kan man inte uppställa alltför stränga krav på reklamationens innehåll och form för att den stränga rättsföljden förlust av rätten att göra kontraktsbrottet gällande skall vara motiverad. Det är tillräckligt att den kontraktsbrytande parten blir medveten om att motparten inte accepterar prestationen som kontraktsenlig.

När man skall avgöra inom vilken tid reklamationen skall ges, bör man också beakta hur lång tid det typiskt sett kan förväntas ta innan den kontraktsbrytande partens eventuella regressanspråk preskriberas. Reklamationsfristen blir alltså något längre när den stränga rättsföljden förlust av

[44] I reklamationssituationen blir effekten dessutom dubbel. I och med att reklamationsskyldigheten försummats kan man i princip också slippa ta ställning i själva ansvarsfrågan. Se dock Rodhe som påpekar att man först bör utreda ansvarsfrågan för att därefter ta ställning till om felet är relevant, t ex om reklamation skett i rätt ordning (Obligationsrätt, s 15).

[45] Se, som exmepel på synkroniserad avtalskedja, The FIATA Multimodal Transport Bill of Lading Rule 10. Där har preskriptionsfristen satts till nio månader, så att den kontraktsbrytande parten har tid på sig att att slussa anspråket vidare inom ramen för den ettåriga preskriptionsregeln enligt Hague/Visby-reglerna. Se Ramberg, The law of freight forwarding, s 38 f.

rätten att göra kontraktsbrottet gällande aktualiseras jämfört med vad som är fallet när rättsföljden endast innebär att den som lämnat för sen reklamation skall ersätta den faktiska skada som försummelsen medfört.

7.4 Slutsats om rättsverkningar av försummad reklamation utanför det lagreglerade området

Förutom i de fall där den drabbade parten kan anses ha godkänt kontraktsbrottet, finns det inte några övertygande argument som motiverar att försummad reklamation skall leda till förlust av rätten att göra kontraktsbrottet gällande. Mot bakgrund av den splittrade bild som ges i lagstiftning och rättspraxis samt svårigheterna att bilda sig en uppfattning om hur handelsbruk gestaltar sig, kan man antagligen inte påstå att det föreligger en allmän rättsgrundsats av innebörd att försummad reklamation medför förlust av rätten att göra kontraktsbrottet gällande. Däremot finns det starka skäl som talar för att det finns en allmän rättsgrundsats att försummad reklamation medför andra rättsverkningar – t ex bortfallande av hävningsrätt där den drabbade haft faktisk kännedom om kontraktsbrottet eller skadeståndsskyldighet där den part som gjort sig skyldig till kontraktsbrottet saknade kännedom om det. Vidare kan den passives anspråk nedsättas med den skada som passiviteten orsakat.

Man skulle kunna tänka sig att den rättsliga effekten av att reklamation lämnas för sent påverkas av om den kontraktsbrytande parten varit medveten om kontraktsbrottet eller ej. För att den stränga sanktionen förlust av rätten att åberopa kontraktsbrottet skulle kunna göras gällande, skulle i så fall krävas att den kontraktsbrytande parten varit i god tro och inte känt till kontraktsbrottet. Ett sådant generellt krav finns inte, även om 28 § 2 st avtalslagen ger uttryck för att reklamation endast är nödvändig i de fall motparten inte känt till kontraktsbrottet. Men indirekt har man genom bestämmelsen om att den stränga påföljden vid för sen reklamation inte inträder då den kontraktsbrytande parten handlat i strid mot tro och heder givit omständigheter på den kontraktsbrytande partens sida relevans. Effekten är emellertid inte att *sanktionerna* förändras, utan att reklamationsskyldigheten helt bortfaller.

När det gäller frågan om rätten att häva bortfaller trots att den reklamationsskyldige saknat kännedom om kontraktsbrottet finns det tyvärr inga fasta hållpunkter för hur gällande rätt gestaltar sig. Den metod som jag inledningsvis redogjort för – där ratio legis ges stort utrymme – talar för att den drabbade parten inte bör förlora rätten att häva om han saknat faktisk

insikt om kontraktsbrottet. Vid en bedömning av om den drabbade parten har sådan kännedom, bör man emellertid utgå ifrån att den relevanta kännedomen föreligger (alltså en sorts omkastad bevisbörda eller negativ presumtion), åtminstone i de fall avtalsobjektet är utsatt för stora prisfluktuationer.

I vissa fall kan det av praktiska skäl finnas anledning att låta försummad reklamation medföra förlust av rätten att göra kontraktsbrottet gällande. Detta är aktuellt i sådana fall då den skada som uppkommer för den kontraktsbrytande parten går jämt ut med det anspråk som den part som försummat att reklamera ställer. Exempel på sådana fall är när regressen typiskt sett alltid går förlorad om reklamationsskyldigheten försummas. Det finns exempel på avtalskedjor som är uppbyggda kring korta preskriptions- och reklamationsfrister och där risken lämpligen läggs på siste man i avtalskedjan. I och med att den passive förlorar rätten att åberopa kontraktsbrottet undgår man komplikationer med att fastställa vardera partens anspråk och därefter väga dem mot varandra. Det finns alltså *praktiska* skäl som talar för att man, i fall där man typiskt sett kan anta att skadorna av respektive parts kontraktsbrott och försumlighet uppväger varandra, bör sanktionera försummad reklamation med förlust av rätten att göra kontraktsbrottet gällande.

8. TOLKNING AV REKLAMATIONSBESTÄMMELSER I AVTAL

8.1 Inledning

I kontrakt regleras ofta reklamationsskyldigheten vid kontraktsbrott i särskilda klausuler. Sådana klausuler kan vara ofullständiga och otydliga. Det kan t ex vara oklart om reklamation skall ske så snart ett kontraktsbrott upptäckts eller om reklamation behöver ske först i samband med att den stipulerade preskriptions- eller garantifristen går till ända. Vidare kan det vara oklart om det föreligger en undersökningsplikt efter köpet, dvs ett ansvar att reklamera även kontraktsbrott som man *borde* ha känt till. Slutligen är det vanligt att klausulerna inte reglerar sanktionssidan, dvs vad som händer om man inte iakttar föreskrifterna i reklamationsklausulen.

Eftersom parterna sällan har övervägt och diskuterat utformningen av reklamationsklausulen närmare, uppkommer stora svårigheter i samband med tolkning av oklara reklamationsklausuler. Man kan sällan fastställa vad vardera parten avsett om reklamationsskyldighetens detaljer och följaktligen inte heller hur motparten uppfattat hans avsikt härvidlag.[1] Normalt sett blir det alltså sällan fråga om att använda en partsinriktad avtalstolkningsmetod. Man är istället hänvisad till språkinriktade, norm- och branschinriktade tolkningsmetoder.

Hellner har förordat en avtalstolkningsmetod som går ut på att när ordalydelsen inte ger besked, så skall avtalet tolkas mot bakgrund av en allmän bedömning som går ut på att fastställa en rimlig regel för de rättsförhållanden som tvisten rör.[2] Många gånger leder en sådan allmän bedömning till en överensstämmelse med dispositiv rätt, eftersom dispositiv rätt normalt sett vilar på allmänna lämplighetsöverväganden. Att dispositiv rätt används

[1] Lindskog (Preskription, s 206) uttalar som förklaring till varför preskriptionsklausuler i köpavtal skall tolkas mot bakgrund av köplagens preskriptionsregler: "När parterna tar in ett avtalsvillkor rörande preskription i det upprättade kontraktet är inte fråga om att uppfinna hjulet på nytt; de har haft en förebild. Denna förebild är som regel en lagbestämmelse eller i allt fall den skrivningsteknik som förekommer i lagstiftningen. Villkoret bör tydas med beaktande härav. Lagen får således betydelse för avtalstolkningen såsom miljöfaktor." Lindskog menar alltså att parterna *medvetet* formulerat klausulen mot bakgrund av dispositiv rätt och att det därför är naturligt att tillägga dispositiv rätt betydelse vid avtalstolkningen. Jag anser inte att dispositiv rätt får sin genomslagskraft på grund av en sorts presumtion om vad parternas hypotetiska viljor varit i samband med att klausulen skrevs. Förklaringen till varför dispositiv rätt får stor betydelse för avtalstolkningen är att den ansvarsfördelning som framkommer i dispositiv rätt typiskt sett ger uttryck för en ändamålsenlig ansvarsfördelning.

[2] Tolkning av standardavtal, Jussens Venner 1994 s 226, s 278.

för att fylla ut ofullständiga avtal kanske inte förefaller särskilt förvånande. Men det är viktigt att observera att när otydligheten beror på att reklamationsskyldigheten visserligen finns medtagen i kontraktet, men inte blivit heltäckande reglerad, så kan det finnas anledning att, istället för att *fylla ut* avtalet med dispositiv rätt, *tolka* det på ett mer nyanserat sätt. Gränsen mellan tolkning i egentlig mening och utfyllnad är flytande.[3] Men oavsett gränsdragningen bör man inte slentrianmässigt utfylla med dispositiv rätt, utan istället göra en mer allsidig bedömning. Man måste då gå en omväg och fråga sig hur ansvarsfördelningen lämpligen bör gestalta sig och därvid bl a ta hänsyn till avtalets karaktär, branschpraxis och partsbruk. Om man tolkar reklamationsklausuler på ett sådant sätt, kommer köparen i vissa fall att åläggas ett mindre strängt ansvar än enligt köplagen.[4] Om det i ett köpekontrakt helt saknas en reglering av reklamationsskyldigheten, ligger det nära till hands att fylla ut avtalet med köplagens reklamationsregler. Först måste man emellertid överväga om avsaknaden av reklamationsbestämmelser i avtalet kan tolkas som att sådan skyldighet inte alls föreligger.

Så som redogjorts för (kap 2.9), kan regler i kontrakt som innebär att en part som inte snabbt och tydligt klargör sin inställning till en omständighet förlorar möjligheten att göra gällande omständigheten (preklusionsregler) vara ett sätt att "tvinga" domaren att anlägga ett framåtblickande perspektiv när han skall bedöma en uppkommen konflikt, istället för att dissekera alla gamla oförrätter. I kontrakt där man kan finna en genomarbetad sådan uppläggning kan det finnas anledning att tolka reklamationsreglerna som strängt sanktionerade gentemot den part som drabbats av ett kontraktsbrott.[5]

Minimiregeln

Man skulle kunna tänka sig att tillämpa minimiregeln med avseende på reklamationsskyldigheten. Detta skulle medföra att om reklamationsklausulen inte innehåller någon uttrycklig sanktion, så skulle det föreskrivna beteendet betraktas som osanktionerat. Det finns dock en rad skäl som gör

[3] Se Ramberg, Avtalsautonomi och den dispositiva rätten, Festskrift till Anders Agell, Uppsala 1995, s 501-512, och densamme, Allmän avtalsrätt, s 131 ff.

[4] UfR 1967.245. I ett internationellt kontrakt föreskrevs att reklamation skulle ske inom åtta dagar. Fristen skulle räknas från den tidpunkt då köparen var "in a position to accept the goods". Fristen ansågs löpa trots att köparen hade sommar-semsterstängt (en klädfabrik). Klausulen tokades mot bakgrund av köplagens regel om gott handelsskick och enligt handelsbruk var semesterstängt inte en ursäkt för att vänta med undersökningen.

[5] T ex i NF 92 (Norsk fabrikationskontrakt). Se Kaasen, Kommentar til NF 92.

att minimiregeln knappast blir aktuell i samband med tolkning av reklamationsklausuler.

En tillämpning av minimiregeln kan komma ifråga först om man inte kunnat skingra avtalets oklarhet med hjälp av avtalstolkning.[6] Det torde höra till ovanligheterna att oklarheten kvarstår efter det att avtalet blivit föremål för avtalstolkning enligt gängse avtalstolkningsmetoder.

Minimiregeln är inte en avtalstolkningsregel utan snarare en processrättslig regel med innebörd att den som påstår sig ha en rättighet, normalt måste visa att han har en sådan rätt.[7]

Ett märkligt fenomen uppenbarar sig om minimiregeln skulle tillämpas på otydliga reklamationsklausuler. Om man istället för att tillämpa minimiregeln skulle komplettera avtalet med köplagens reklamationsregel får man motstridiga resultat. Enligt köplagen leder försummad reklamation till förlust av rätten att göra kontraktsbrottet gällande, men enligt minimiregeln skall klausulen tolkas så att den blir minst betungande för den reklamationsskyldige, dvs som osanktionerad.

Oklarhetsregeln

I reklamationssammanhang skulle vidare oklarhetsregeln kunna tänkas bli aktuell. Den innebär att en osanktionerad reklamationsregel som formulerats av eller i tvisten åberopas av säljaren (naturagäldenären) – vilket torde vara det vanligast förekommande eftersom regeln tillkommer i första hand i hans intresse – tolkas till nackdel för säljaren. En för sen reklamation skulle alltså enligt oklarhetsregeln inte medföra annan sanktion än på sin höjd skadeståndsskyldighet. Det olyckliga med oklarhetsregeln framkommer vid en jämförelse mellan kontrakt som inte alls reglerat reklamation respektive kontrakt där man reglerat hur och när reklamation skall ske utan att sanktionera det. I det första fallet, där reklamation inte alls reglerats i kontraktet, kommer det inte på fråga att tillämpa oklarhetsregeln eftersom det inte finns någon "stipulator" (avtalsskrivare). Visserligen kan oklarhetsregeln eventuellt aktualiseras på så sätt att avtalet tolkas till nackdel för den som skrivit hela avtalet, men då är det inte längre fråga om att tolka en enskild klausul som är ensidigt till förmån för ena parten. Det ligger då närmare till hands att komplettera avtalet med dispositiv lag eller handels-

[6] Ramberg, Allmän avtalsrätt, s 173.

[7] Jfr Gomard, Almindelig kontraktret, s 256. Se dock Lehrberg, Avtalstolkning, s 103 ff, samt Agell, Anm av B Lehrberg, Avtalstolkning, SvJT 1995 s 746.

bruk.[8] Om man nu vore förhindrad att tillämpa oklarhetsregeln när kontraktet helt saknar reklamationsregler, förefaller det inkonsekvent att åberopa oklarhetsregeln bara för att parterna till viss del reglerat reklamation i kontraktet. Man "straffar" då den av parterna som velat klargöra hur och när en reklamation skall ske genom att tolka avtalet till nackdel för honom på så sätt att den tolkas som osanktionerad. Om han däremot inte reglerat reklamationen alls, ligger det nära till hands att avtalet fylls ut med dispositiv rätt och vid köp alltså tolkas som strängt sanktionerat.[9]

Härmed inte sagt att oklarhetsregeln inte existerar som en form av "riskregel"; man riskerar alltid att oklarheter tolkas på ett sätt som man inte själv tänkt sig, därför finns det incitament att uttrycka sig klart i kontraktstext.

Avtalstolkning

Sammanfattningsvis kan konstateras att vare sig minimiregeln eller oklarhetsregeln är lämpliga metoder att tillgripa när innebörden av reklamationsskyldigheten skall bedömas. Vidare är reklamationsbestämmelser typiskt sett av en sådan karaktär att de inte varit föremål för några medvetna överväganden i samband med avtalets tillkomst (och om sådana överväganden förekommit, är det svårt att i efterhand skapa klarhet om viljorna beträffande klausulens oklarheter). Därför är de särskilt illa lämpade för hypotetiska spekulationer om parternas viljor och avsikter. Den metod som återstår är inte enkel, eftersom den innebär att man måste göra en tämligen ingående undersökning av hur ansvarsfördelningen skall gestalta sig mot bakgrund av kontraktets ordalydelse och systematiska uppbyggnad, handelsbruk, partsbruk, dispositiv lag och allmänna principer.

Exempel på problemområden

I. Som exempel på de problem som kan uppkomma vid tolkning av reklamationsklausuler, kan ges NL 92 som i p 24 stadgar att reklamationsskyldighet inträder när felet har visat sig. I kommentaren till NL sägs att den "rimliga utgångspunkten för reklamationsfristen är den tidpunkt då köparen med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet *borde ha upptäckt*

[8] Sandvik riktar kritik mot oklarhetsregelen när det gäller reklamationsklausuler i entreprenadavtal (Entreprenørsrisikoen, s 426).

[9] Oklarhetsregeln kan tillämpas även till nackdel för den som *åberopar* en klausul (contra proferentem). Eftersom det normalt sett är naturagäldenären som åberopar reklamationsklausulen, så är det möjligt att applicera samma resonemang som beträffande contra stipulatorem. I detta sammanhang framträder för övrigt likheten mellan minimiregeln och contra proferentem-regeln.

felet".[10] Det framgår inte av bestämmelsen att köparen har en skyldighet att reklamera andra fel än sådana som han faktiskt känner till.[11] Köparen åläggs heller inte i avtalet någon uttrycklig undersökningsplikt.[12] Det är möjligt att man ansett att bestämmelserna i NL 92 skall kompletteras med köplagens bestämmelser om undersökningsplikt och skyldighet att reklamera även fel som köparen borde ha känt till, men det vore naturligare om denna skyldighet i så fall framgick i kontraktet. Avsaknaden av bestämmelser om undersökningsplikt efter köpet och reklamationsskyldighet beträffande fel som köparen inte har faktisk kännedom om kan tolkas som att det inte föreligger några sådana skyldigheter för köparen.

II. Ytterligare exempel på ett vanligt förekommande avtalstolkningsproblem är när kontraktet stipulerar att reklamation skall ske inom en viss tid och fråga uppkommer om den som drabbas av kontraktsbrott har hela denna tid på sig eller en skyldighet att i enlighet med köplagens reklamationsregel reklamera tidigare om han upptäcker eller borde ha upptäckt kontraktsbrottet tidigare. Mot bakgrund av den allmänna skyldigheten att begränsa motpartens förlust, har antagligen den som drabbas av ett kontraktsbrott skyldighet att informera motparten härom, även om en sådan skyldighet inte framgår uttryckligen av avtalet. Men det är knappast möjligt att med stöd av en sådan allmän lojalitetsprincip ålägga en skyldighet att agera med särskild skyndsamhet. Dessutom är det ovisst vilken sanktion som skall anses förknippad med ett sådant brott mot lojalitetsförpliktelserna. Även om kontraktet stipulerar att man inte får göra gällande kontraktsbrott efter en viss tidsfrist, är det möjligt att passivitet *inom ramen för tidsfristen* kan medföra skyldighet att utge skadestånd för den skada som passiviteten har orsakat.

III. Vidare kan nämnas det oklara fallet att kontraktet inte stadgar något om reklamation, men innehåller bestämmelser om att besiktning skall ske i viss ordning. Det kan då vara en naturlig utgångspunkt att tolka avtalet på så sätt att naturaborgenären är skyldig att reklamera fel som borde ha upptäckts vid en sådan besiktning.[13]

[10] Kolrud m fl, Kommentar till NL 92, s 96.
[11] Av lokutionen "visar sig" framgår visserligen inte för vem felet skall ha visat sig, men rimligen måste uttrycket syfta på "visat sig för köparen".
[12] Frånsett bestämmelserna om särskilt avtalat leveransprov, som skall utföras av säljaren pp 5-8.
[13] Falkanger, Leie av skib, s 209.

8.2 Reklamationsföreskrifter i fakturor

Det är vanligt att reklamationsföreskrifter finns i fakturor. Sådana föreskrifter får avtalsverkan på så sätt att köparen kan vänta med att reklamera till slutet av den angivna tiden, även om han enligt köplagen bort reklamera tidigare.[14] Ett sådant stagande i en faktura kan betraktas som ett ensidigt och förpliktande åtagande av naturagäldenären att inte kräva snabbare reklamation.

När tidsfristen i fakturan är *kortare* än reklamationsskyldigheten enligt lag eller avtal och bestämmelsen är ensidigt bestämd av ena parten efter det att avtalet slöts, är den inte bindande för motparten.[15] Enligt vad som tidigare framgått, bör man vid bedömningen av undersökningspliktens omfattning och begreppet "skälig tid" betrakta saken både från köpar- och säljarsidan. En uppgift i faktura om när reklamation skall ske spelar en viss roll vid dessa bedömningar, eftersom den ger köparen en bild av vad säljaren uppfattar som "skälig tid" för undersökning och reklamation.[16]

8.3 I gränslandet mellan kontraktsbrott och avtalad prisjustering

Det förekommer att parterna avtalat om att utföra en leveranskontroll i särskild ordning. Det medför normalt att köparen inte behöver vidta en undersökning innan tidpunkten för en sådan avtalad kontroll är inne och att köparen inte behöver göra en mer ingående undersökning än vad som föreskrivs i en sådan avtalad kontroll.

En speciell situation uppkommer när priset skall justeras i efterhand på grundval av t ex olika kvantitetsuppmätningar eller kvalitetsbestämningar som sker efter leveransen. Parterna har alltså kommit överens om ett preliminärt pris som skall justeras mot bakgrund av kontrollmätningar efter leveransen. Om köparen i ett sådant fall hävdar att priset skall justeras nedåt, så föreligger inget kontraktsbrott i egentlig mening, eftersom köpobjektet inte varit preciserat i kvantitets- eller kvalitetshänseende. Har köparen i en sådan situation en skyldighet att göra gällande prisjusteringen inom en viss tid? Enligt 17 § köplagen föreligger fel om varan med avse-

[14] Rodhe, Obligationsrätt § 20 vid not 55. Se även Nørager-Nielsen & Theilgaard, Købeloven, s 935.
[15] UfR 1953.661 SH och UfR 1957.254 SH.
[16] Om parterna har en löpande affärsförbindelse kan uppgifter i fakturor bli avtalsinnehåll enligt regeln om partspraxis (3 § köplagen). Se även art 8 (3) CISG, art 4.3 (c) Unidroit Principles samt art 5:102(b) European Principles (tidigare art 7.102) om "subsequent conduct" och avtalstolkning.

ende på mängd eller kvalitet avviker från avtalet. I det aktuella exemplet har parterna inte fastslagit kvalitet och mängd, utan endast haft en preliminär utgångspunkt. Därför är det inte fråga om ett fel i köplagens mening och 32 § köplagen om reklamation på grund av fel blir därför inte tillämplig.

> Saken har varit uppe till prövning i ett äldre rättsfall (NJA 1920 s 603). Där ansågs köparen ha en skyldighet att göra gällande rätt till prisjustering i enlighet med föreskrifterna om reklamation i 1905 års köplag. Föredragande revisionssekreteraren ansåg emellertid att reklamationsskyldighet inte förelåg, eftersom det var ett överenskommet sätt att fastställa priset på.

Köplagens reklamationsregler kan knappast tillämpas när det inte är fråga om ett egentligt kontraktsbrott. Men ett visst aktivitetskrav åvilar ändå köparen. Istället för att tillämpa köplagens reklamationsregel, vore det lämpligare att anlägga ett direkt godkännanderesonemang. Om säljaren har anledning att anta att köparen godkänt leveransen och det preliminära priset, så får köparen inte senare göra gällande prisnedsättning. Säljaren kan ha anledning att anta att sådant godkännande skett på grund av att köparen tagit lång tid på sig att framställa sitt anspråk.

Det är emellertid inte helt enkelt att dra upp gränsen mellan fel och brist respektive avtalad prisjustering. Det som karaktäriserar det senare fallet är att parterna vid avtalet är medvetna om och kalkylerar med att det kan bli fråga om vissa justeringar i priset. Eftersom säljaren i en sådan situation har större anledning att räkna med prisjustering, så förefaller det naturligt att inte ålägga köparen en sträng reklamationsskyldighet.

8.4 Skriftlighetskrav och krav på visst innehåll

Det är särskilt svårt att avgöra hur avtalet skall behandlas när i en klausul föreskrivet beteende inte regleras i dispositiv rätt. Så är fallet med klausuler som stipulerar att reklamation skall ske skriftligen. I dispositiv rätt återfinns inget skriftlighetskrav på reklamationer. Vid en tolkning av reklamationsklausuler med osanktionerade skriftlighetskrav står man inför en mängd alternativ:

1. Man kan med stöd av dispositiv rätt tolka klausulen på så sätt att skriftlighetskravet inte är sanktionerat.
2. Man kan anta att alla beteendeföreskrifter skall vara sanktionerade.[17]

[17] Betydelseregeln, se Ramberg, Allmän avtalsrätt s 178 samt art 4.5 Unidroit Principles och art 5:106 European Principles (tidigare art 7.106).

Därmed har man emellertid inte löst frågan om sanktionen skall vara förlust av rätten att göra gällande att reklamation skett, skadeståndsskyldighet eller ett försämrat bevisläge (stark presumtion om att reklamation inte skett).

3. Man kan med stöd av en allmän ond-tros-regel bortse från att sanktionera skriftlighetskravet. Om den reklamerande parten kan bevisa att reklamation skett muntligen så att den kontraktsbrytande parten kommit i ond tro, så skulle inte skriftlighetskravet kunna göras gällande.
4. Man kan tolka reklamationsklausulen som en definition av reklamation. Om reklamation inte skett skriftligen, så föreligger enligt avtalet ingen reklamation. Reklamation har således inte skett och sanktionen blir densamma som om reklamation över huvud taget inte skett.

I NL 92 finns ett skriftlighetskrav på reklamationer. Hur detta krav sanktioneras framgår inte. I kommentaren till NL 92 förefaller man utgå ifrån att en muntlig reklamation inte har några rättsverkningar (dvs alternativ 4 ovan). Där sägs att det inte är tillräckligt med ett muntligt meddelande och det anses tveksamt om ens ett mötesprotokoll som återger ett muntligt meddelande om felet skulle vara tillräckligt, men anges att i "praktiken kommer detta dock på goda grunder normalt att godkännas. Det förefaller onaturligt att skriva brev om något som har nedtecknats i ett justerat protokoll".[18] Kommentarens uttolkning av skriftlighetskravet är alltså mycket strikt. Om man skulle upprätthålla en så sträng syn på formkravet som kommentaren antyder, krävs rimligen en snabb och tydlig invändning från säljaren om att reklamationen är formellt sett felaktig, så att köparen sätts i tillfälle att uppfylla formkravet innan reklamationsfristen går till ända (se kap 9).[19]

I NLM 84 finns ett skriftlighetskrav med avseende på reklamationer som inte är uttryckligen sanktionerat. Om leverantören vill häva med anledning av beställarens betalningsdröjsmål, skall han reklamera skriftligen (p 26 st 2). Om beställaren önskar häva på grund av dröjsmål, skall han lämna skriftligt meddelande inom en viss frist (p 49 st 2). Även fel skall reklameras skriftligen (p 57).

Även i ALOS 81 finns krav på skriftlig reklamation. I p 18 anges att köparen skall reklamera skriftligen om han vill häva avtalet på grund av dröjsmål. Eftersom det inte i avtalet uppställs någon tidsfrist inom vilken en sådan skriftlig reklamation skall framföras, finns det emellertid ingen egentlig anledning att sanktionera skriftlighetskravet. Köparen kan se till

[18] Kolrud m fl, Kommentar till NL 92, 1993, s 96.

[19] Så anges vara fallet beträffande reklamation som skett för sent, Kolrud m fl, Kommentar till NL 92, s 98.

att uppfylla skriftlighetskravet så snart säljaren påtalar formfelet. (Se liknande bestämmelse i Montage 85 p 18.)

I AB 92 5:10 föreskrivs att reklamation skall ske skriftligen beträffande fel som upptäcks efter avlämnandet. Sanktionen framgår inte. Men om skriftlighetskravet inte är uppfyllt vid reklamation beträffande anspråk på vite eller skadestånd, så framgår uttryckligen att vite respektive skadestånd inte skall utgå (5:19 st 3).[20] I ABK 87 finns motsvarande reglering (5:7 och 6:3).

> I en refererad skiljedom beträffande ett skeppsbyggnadskontrakt prövades ett skriftlighetskrav beträffande skyldighet att anmäla fel.[21] Sådan anmälan skulle framställas skriftligen inom tolv månader. Skiljenämnden anger att ett syfte med bestämmelsen i kontraktet är att fel och brister i utförda arbeten snarast möjligt skall påtalas och utredas för att säkerställa tillgång till erforderlig bevisning samtidigt som regeln sätter en fast tidsgräns för upphörande av parternas förpliktelser mot varandra. Det framgår inte av referatet om anmälan skett i skriftlig form inom den angivna tidsfristen, men skiljenämnden anser att krav på grund av felaktigt utförda arbeten skall anses prekluderade om de inte skriftligen delgivits motparten inom tidsfristen.

Mot skiljedomen kan viss kritik framföras med reservation för att skiljenämndens ställningstagande endast kortfattat refererats (hela domen är på drygt 200 sidor och referatet omfattar endast 14 sidor). Själva skriftlighetskravet tillgodoser knappast syftet att säkerställa tillgång till erforderlig *bevisning om felets eller bristens karaktär*. På den grunden saknas det följaktligen anledning att låta skriftlighetskravet sanktioneras på så sätt att rederiets anspråk skulle prekluderas. Möjligtvis kan syftet med skriftlighetskravet ha varit att säkerställa *bevisning om att reklamation skett*, men om den reklamerande parten lyckas bevisa på annat sätt än genom ett skriftligt dokument att reklamation skett, så förefaller det onödigt strängt att låta hans anspråk helt gå förlorade på grund av att han inte uppfyllt formkravet. Detta framgår också av CISG Art. 29 (2):

> "A contract in writing which contains a provision requiring any modification or termination by agreement to be in writing may not be otherwise modified or terminated by agreement. However, a party may be precluded by his

[20] Sandvik ser skriftlighetskrav i entreprenadavtal som en osanktionerad ordningsföreskrift (Entreprenørsrisikoen, s 429).

[21] Refererat av Litzén, Skiljedom: Ombyggnad av fartyg, JT 1994-95 s 756, och av Ramberg, JT 1994-95 s 771, med hänvisning till CISG art 29.2.

> conduct from asserting such a provision to the extent that the other party has relied on that conduct."[22]

Med hänvisning till vad ovan sagts (kap 2.3) bör regler som syftar till att säkerställa bevisning främst sanktioneras genom en strängare bevisbörda och inte genom förlust av rätten att åberopa kontraktsbrottet. Kontraktsklausuler som inte tydligt anger hur skriftlighetskravet är sanktionerat bör därför tolkas mot bakgrund av ett antagande om att sanktionen skall vara förstärkt bevisbörda.[23]

I samband med demand guarantees är reklamationsförfarandet mycket formaliserat. I ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits 1993. art. 14 (d)(ii) stadgas:

> "Such notice must state *all* discrepances in respect of which the bank refuses the documents and must also state wheter it is holding the documents at the disposal of, or is returning them to, the presenter."

I Art 14 (e) anges sanktionen om detta formkrav inte uppfylls:

> "If the issuing Bank and/or Confirming Bank, if any, fails to act in accordance with the provisions of this Article ...the Issuing Bank and/or Confirming Bank, if any, shall be precluded from claiming that the documents are not in compliance with the terms and conditions of the Credit."

Detta är ett exempel på att formkraven sanktioneras till synes onödigt strängt. Trots att bankens motpart inser på vilken grund banken avvisar betalning, kan han kräva betalning på grund av att banken inte uppfyllt ett formkrav. Endast vid svek, som ju är mycket svårt att påvisa, har banken möjlighet att undslippa betalningsskyldighet. Det finns ett allmänt intresse av att bankerna tillser att denna typ av transaktioner handläggs på ett professionellt sätt. Om banken inte handlägger dessa frågor professionellt, så drabbas de av stränga påföljder som kanske främst är avsedda att verka preventivt. Vidare är det ytterst angeläget att undvika osäkerhet i dessa transaktioner som bygger på snabbhet. Om banken inte anger grunden för sitt ställningstagande, så blir motparten osäker på vad som ytterligare krävs av honom, vilket leder till onödig tidsutdräkt. Sådana allmänna intressen motiverar att formkravet sanktioneras strängt. Dessa ändamålsöverväganden kan också leda till att ett strängt sanktionerat formkrav gäller även om parterna inte hänvisat till ICC-reglerna eller själva reglerat saken i avtalet.

[22] Se även Unidroit Principles, art. 2.18.

[23] Enligt Gomard är krav på skriftlig reklamation ej rimligt att upprätthålla när reklamation sker på annat sätt (Obligationsret 2 del, s 244).

Både handelsbruk och ändamålsöverväganden talar således för att man skall ge avkall på vad som kan förefalla rimligt i det enskilda fallet till förmån för rigor commercialis beträffande skriftlighetskravet vid denna avtalstyp (se ovan kap 1.3).

Även i lagtext förekommer det krav att vissa meddelanden skall ske skriftligen. I 13 § konsumentkreditlagen är sanktionen inte civilrättslig, utan offentligrättslig/marknadsrättslig. I förslaget till lag om finansiell leasing (SOU 1994:120 § 8) framgår inte vilken sanktionen är, men man får ett intryck av att leasegivaren inte äger åberopa en förändring av leasingavgiften om han inte uppfyllt skriftlighetskravet, trots att leasetagaren uppfattat ändringen och betalat det högre beloppet.[24] Även om det är angeläget att vissa meddelanden är tydliga och skriftliga, mot bakgrund av att det bl a motverkar bevissvårigheter och skapar klara handlingsdirektiv, är det för dessa båda avtalstyper inte lämpligt med civilrättsliga sanktioner om inte skriftlighetskravet upprätthålls.

Enligt fast praxis i Marknadsdomstolen är det oskäligt att en näringsidkare använder avtalsvillkor som kräver att konsument skall reklamera köp eller tjänster skriftligen.[25] Inte i något av fallen framgick emellertid uttryckligen av avtalen hur just själva skriftlighetskravet var sanktionerat.

Enligt FN:s konventioner om The Carriage of Goods by Sea samt The Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade uppställs ett krav på att reklamation skall ske skriftligen, art 19(1) och 19(5) respektive art 11 (jfr 13:38 sjölagen. Sanktionen är emellertid inte särskilt betungande. För sen reklamation eller muntlig reklamation medför endast att det föreligger en *presumtion* om att kontraktsenlig prestation skett. Endast vid reklamation beträffande dröjsmål uppställs ett krav på skriftlig reklamation med sträng sanktion. Mottagaren av godset förlorar rätten till skadestånd om inte reklamation beträffande dröjsmål skett skriftligen inom 60 dagar efter det att godset levererades. När mottagaren har så lång tid på sig torde i praktiken skriftlighetskravet upprätthållas. Inte minst mot bakgrund av att transportören är skyldig att invända att reklamation inte skett i rätt ordning så snart han mottagit reklamationen, vilket normalt torde ha skett i god tid innan 60-dagars-fristen gått till ända (se vidare nedan i kap. 9).

[24] SOU 1994:120 s 402.
[25] MD 1977:9 (All-Flytt), 1978:29 (Finnwood), 1988:25 (SMG) och 1990:7.

Ett näraliggande problem är när man ställer krav på vilket *innehåll* reklamationen skall ha, utan att samtidigt sanktionera beteendet uttryckligen.[26] I t ex NL 92 p 24 skall köparen i reklamationen beskriva hur felet yttrar sig (så även enligt NLM 84 p 57).

Det är inte givet att man skall tolka avtalet på samma sätt vid alla typer av oklarhet med avseende på reklamation. De olika momenten i en reklamationsregel är nämligen uppställda för att tillvarata olika syften. Skriftlighetskravet är normalt uppställt i syfte att säkerställa bevisning om att reklamation skett. Krav på att reklamationen skall ha visst innehåll är vanligtvis uppställt i ett annat syfte, nämligen att den kontraktsbrytande parten skall kunna bilda sig en uppfattning om huruvida reklamationen är sakligt grundad (se ovan kap 5.2). Kravet på reklamation överhuvudtaget kan vara uppställt mot bakgrund av en mängd olika skäl, vilket framgått tidigare i studien. Här kan nämnas syftet att minska motpartens skada samt risken för spekulation på motpartens bekostnad och att bevisning om kontraktsbrottet kan säkerställas. Om inte sanktionen framgår uttryckligen av avtalet bör avtalstolkaren fråga sig vilket syfte bestämmelsen haft och anpassa sanktionen så att detta syfte uppnås.

En sådan tolkningsmetod får till följd att när kontraktet föreskriver att reklamationen skall ha visst innehåll, så måste den part som inte reklamerat på föreskrivet sätt visa att den kontraktsbrytande parten ändå hade insikt om i vilket avseende prestationen inte varit kontraktsenlig. Innehållskravet sanktioneras alltså med en presumtion om att den kontraktsbrytande parten saknat insikt om i vilket avseende hans prestation inte varit kontraktsenlig.

8.5 Reklamationsskyldigheten påverkas av garantiåtaganden

När säljaren åtagit sig en garanti kan den påverka köparens reklamationsskyldighet och eventuellt helt eliminera den eller modifiera den på så sätt att undersökningsplikten efter mottagandet bortfaller eller påverkar reklamationstidens längd.

Garantin kan i vissa fall betraktas som ett självständigt åtagande, frikopplat från köpet, och då är inte köplagens reklamationsregel direkt till-

[26] I ICC:s regler om Documentary Credits stipuleras ett krav på innehåll, Art 14 (d)(ii), som är sanktionerat på så sätt att reklamation som inte uppfyller kravet på visst innehåll medför förlust av rätten att åberopa att dokumenten inte överensstämmer med villkoren för utbetalning, Art 14 (e).

lämplig.[27] För egen del anser jag att det är för konstruerat att betrakta garantin som frikopplad från själva köpet om den tar sikte på köpobjektets egenskaper. Men vid en bedömning av reklamationsskyldigheten enligt köplagen finns det möjlighet att beakta att säljaren lämnat en garanti.

En garanti skulle eventuellt kunna anses innebära att säljaren frånskurit sig möjligheten att åberopa att reklamation skett för sent. In dubio torde dock inte så vara fallet. Även om säljaren lämnat en garanti för en viss tid, så kan säljaren ha ett anspråk på att köparen reklamerar innan denna tid gått till ända. Garantin innebär normalt heller inte att köparen kan vänta med att göra sin undersökning tills garantitidens utgång.[28] Garantin kan emellertid medföra att undersökningen inte behöver utföras med samma krav på skyndsamhet och omfattning som krävs när garanti inte lämnats. Garantin kan vidare medföra längre tidsfrister att påtala felet efter det att det upptäckts.[29]

Förklaringen till att garantier kan medföra dessa effekter är dels att köparen i och med garantin känner sig skyddad och hans incitament att genomföra undersökningar därmed är mindre, dels att säljaren när han lämnar en garanti i större utsträckning måste kalkylera med risken för felansvar och följaktligen inte i samma utsträckning kan tolka köparens passivitet som ett godkännande. Inom ramen för köplagen är det också möjligt att hävda att det i begreppen "god affärssed" och "skälig tid" ligger en möjlighet att beakta den omständigheten att säljaren lämnat en garanti. Exempel på detta går att finna i äldre rättspraxis:

> I NJA 1922 s 522 var parterna överens om att tryckeriutensilier skulle avhyvlas för att passa i köparens maskin. När det efter köpet visade sig att tryckeriutensilierna inte var avhyvlade, ansågs köparen inte ha någon skyldighet att reklamera utan oskäligt uppehåll (dvs i enlighet med 1905 års köplags reklamationsregel).
>
> I NJA 1927 s 352 hade parterna i ett köpekontrakt kommit överens om ett dröjsmålsvite. Köparen hävdade att vitesbestämmelsen skulle ses som en ovillkorlig rätt som uteslöt tillämpning av köplagens reklamationsregler. Säljaren ansågs emellertid inte skyldig att utge vite eftersom köparen inte reklamerat i enlighet med köplagens regler.

Rättsfallen är gamla och avgjorda mot bakgrund av 1905 års köplag, men det finns anledning att anta att man idag på motsvarande sätt låter ett

[27] Se NJA 1976 s 341 med kommentar av Karnell, TSA 1977 s 156, samt UfR 1960.1048 H och 1968.828 Ø.
[28] Almén § 53 vid not 25-28.
[29] Lund, Enkelte kjøpsrettlige spörsmål, TfR 1963 s 311.

garantiåtagande eller annat särskilt ansvarsåtagande i ett kontrakt i viss mån återverka på skyldigheten att reklamera.

8.6 Oskäliga reklamationsklausuler

Reklamationsklausuler kan bli föremål för jämkning på grund av att de är oskäliga.[30] Många gånger är det emellertid den korta preskriptionstiden som anses oskälig och inte själva reklamationsklausulen.[31]

Reklamationsklausuler kan vara oskäliga i olika hänseenden. Den tid inom vilken undersökning skall påbörjas kan vara oskäligt kort. Vidare kan den tid som medges för undersökningen vara oskäligt kort. Undersökningspliktens omfattning kan vara oskäligt stor. Det kan också vara så att själva reklamationsfristen, dvs den tid inom vilken reklamation skall framföras från det att kontraktsbrottet uppmärksammats eller bort uppmärksammas, är oskäligt kort.

Vid en bedömning av om reklamationsskyldigheten är oskälig måste man ta hänsyn till hur försummad reklamation sanktionerats. Om sanktionen är mild (kanske endast skadestånd för den skada som en försummad reklamation kan ha givit upphov till) finns det anledning att tåla kortfristigare reklamationsbestämmelser än om sanktionen är sträng (t ex förlust av rätten att åberopa kontraktsbrottet).

Det är vidare viktigt att man vid oskälighetsbedömningen inte enbart ser till den reklamationsskyldiges praktiska möjligheter att vidta en undersökning, utan även beaktar den kontraktsbrytande partens behov av snabb reklamation. Om det finns risk för att den kontraktsbrytande parten gör förluster i händelse av att reklamationen drar ut på tiden, kan man acceptera strängare reklamationsklausuler. Detsamma gäller om den kontraktsbrytande parten inte själv bidragit till kontraktsbrottet eller varit omedveten om det.

[30] I Unidroit, Principles of International Commercial Contracts, s 78 f, ges detta som exempel på oskäliga avtalsvillkor.
[31] Se t ex MD 1972:11, 1973:10. 1976:2, 1977:9, 1978:29.

9. INVÄNDNING OM ATT REKLAMATIONSSKYLDIGHETEN FÖRSUMMATS

Försummad reklamation utgör ett kontraktsbrott och mot kontraktsbrott har man en skyldighet att reklamera. Det är detta som är anledningen till att man anses ha en skyldighet att invända att reklamation inte skett i rätt ordning. Det är alltså fråga om en reklamation mot reklamationen eller, som norrmännen uttrycker det, en kontrareklamation.[1] Detta skulle kunna ge upphov till en ping-pong-effekt: Först sker reklamation oriktigt, därefter kommer invändningen om för sen reklamation för sent, mot detta måste den ursprunglige reklamationsskyldige reklamera osv i all oändlighet.

Skyldigheten att kontrareklamera finns inte lagreglerad.[2] Skall köplagens regler tillämpas analogt, varvid den som försummat att invända om oriktig reklamation inte får åberopa passiviteten över huvud taget? Eller gäller den allmänna regeln att försummad invändning om för sen reklamation endast medför skyldighet att utge skadestånd för den skada som den för sena invändningen kan ha givit upphov till (onödiga förhandlingskostnader t ex)? En uttrycklig tillkännagivelse från säljaren att han inte tänker göra en invändning om för sen reklamation kan vara av betydelse för köparen att få innan han ådrar sig kostnader för en omfattande undersökning.

Genom rättspraxis är klarlagt att man vare sig tillämpar köplagens regel analogt eller lägger den allmänna principen om skyldigheten att begränsa förluster till grund för att avgöra kontrareklamationsskyldighetens omfattning och rättsverkningar. Istället frågar man sig om säljarens beteende kan tolkas på så sätt att han får sägas ha avstått från att åberopa oriktig reklamation (alltså närmast en godkännandekonstruktion).[3]

> I NJA 1993 s 436 ansågs säljaren inte skyldig att göra en omedelbar invändning om att reklamation skett för sent. HD uttalade: "Av avgörande betydelse

[1] Krüger, Norsk Kjøpsrett, s 420.

[2] I Norge övervägde man att införa en lagregel om detta, men avstod eftersom man befarade att den kunde hindra en "mindelig løsning av en uoverensstemmelse", NOU 1976:34 s 83.

[3] NU 1984:5 s 274. Även när CISG är tillämplig krävs kontrareklamation. I en skiljedom anlades en godkännandekonstruktion och säljaren ansågs ha förlorat möjligheten att göra gällande att köparen lämnat för sen reklamation (Internationales Scheidsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft Arbitral Tribunal, Wien, avgjord 1994-06-15. Kommenterat av A H Kritzer på Internet http://cisgw3.law.pace.edu/cgi-bin).

för principens tillämpning måste vara, huruvida säljaren genom sitt uppträdande givit köparen särskild anledning att tro att han avstått från att göra invändning om för sen reklamation".

I NJA 1934 s 533 inlät sig den kontraktsbrytande parten (säljaren) på förhandlingar med köparen angående återtagande av de levererade partierna och delning av den förlust som kunde uppkomma vid deras försäljning på annat håll. Därigenom ansågs säljaren inte senare kunna göra gällande att reklamation framställts för sent. Av omständigheterna framkommer att förhandlingarna varit tämligen ingående och detaljerade. Säljarens beteende kunde alltså uppfattas som att han avstod från att göra en invändning om för sen reklamation.[4]

I ND 1983 s 367 kunde en verkstad göra gällande att reklamation skett för sent. Trots att verkstaden sammanträffat med sin motpart, rederiet, utan att göra förebehåll om oriktig reklamation, ansågs verkstaden kunna göra gällande att rederiet inte reklamerat i rätt ordning. Det ansågs förenligt med gott affärsskick att sammanträffa med rederiet. Det skulle enligt rätten vara orimligt om ett enda möte skulle kunna avskära verkstadens rättigheter enligt kontraktets reklamationsklausul särskilt mot bakgrund av att verkstaden inte före mötet hade klart för sig omfattningen av rederiets anspråk.

Om den kontraktsbrytande partens passivitet och tystnad kan tolkas som att han frånsäger sig rätten att invända för sen reklamation, så skall han inte senare kunna åberopa att reklamation skett felaktigt. Det blir alltså fråga om en form av avtalstolkning.[5] Det finns inget principiellt att invända mot ett sådant resonemang. Men det kan tyckas inkonsekvent att man inte betraktar försummad reklamation beträffande det ursprungliga kontraktsbrottet likadant som försummad invändning om oriktig reklamation. Den avtalstolknings- och godkännandekonstruktion som HD stannat för i NJA 1993 s 436 påminner mycket om den engelska godkännandekonstruktionen och så som framgått i olika sammanhang tidigare i denna studie, kan det finnas anledning att närma sig detta sätt att se på saken även beträffande skyldigheten att reklamera mot det ursprungliga kontraktsbrottet.

I norsk rätt har man i äldre rättspraxis sett strängt på försummad invändning om för sen reklamation, men senare rättsfall förefaller ligga mer i linje

[4] Se Ramberg, Köplagen, s 50, angående betydelsen av äldre rättsfall i detta sammanhang.
[5] Rodhe ser det också som en fråga om säljaren genom sitt beteende kan anses ha avstått från att åberopa att reklamation icke skett i rätt tid (Obligationsrätt, § 20 vid not 60). Se även AD 1978:66.

med NJA 1993 s 436.[6] I en norsk dom NRt 1984 s 962 har man betonat att det avgörande är om parten kan anses ha frånskrivit sig rätten att åberopa för sen reklamation.[7]

I dansk rätt anses regeln om att säljaren snabbt måste invända att köparen reklamerat för sent vara en lämplig *motvikt* till den för köparen stränga reklamationsskyldigheten.[8] Jag har ovan redogjort för det olämpliga i att låta ett alltför strängt ansvar kompenseras av ett strängt ansvar för motparten (kap 2.10). Visserligen är det i detta fall fråga om att domstolarna skapat en motvikt till en sträng lagregel, men domstolen hade antagligen kunnat angripa problemet genom att i praxis se mildare på köparens reklamationsskyldighet istället för att kompensera honom med en invändningsskyldighet för säljaren.

För att inte gå miste om rätten att åberopa för sen reklamation, bör den kontraktsbrytande parten *för säkerhets skull* noga klargöra att han anser att reklamationen framställts för sent och alltså inte enbart meddela att han bestrider själva kontraktsbrottet.

Om säljaren inte accepterar för sen reklamation men ändå är behjälplig med att t ex se till att köparen får sålt varorna vidare, finns alltid en risk att säljaren uppfattas sälja varorna för egen räkning. Han bör därför noga klargöra att han inte anser sig rättsligt förpliktad gentemot köparen. På omvänt sätt kan en köpare som försöker vidareförsälja felaktiga varor uppfattas göra detta för egen räkning och genom sitt handlande anses ha godkänt varorna (se ovan kap 6.3). Köparen bör i sådana fall noga klargöra att han endast hjälper säljaren och fortfarande gör gällande ansvar för kontraktsbrott.

[6] Se Augdahl, Den norske obligationsrettens..., s 285 not 3a och där angivna rättsfall. Om den part som drabbats av ett kontraktsbrott häver och avtalsobjektet är utsatt för prisfluktuation, är det särskilt angeläget med snabb kontrareklamation, eftersom man därigenom förhindrar att köparen gör ett onödigt täckningsköp. Arnholm, Privatrett I, s 302, med hänvisning till äldre norska rättsfall.

[7] Domen gällde dock preskriptionsfristen och inte reklamationsreglerna i köplagen. "Mesterhus har sålede hele tiden optrådt på en måte som måtte gi (byggherren) inntrykk av at takelekkasjen ville bli avhjulpet uten omkostninger for ham i den utstrekning den hadde sammenheng med mangelfull konstruksjon eller utförelse. At (byggherren) har oppfattet det slik, fremgår blant annet av at han etter anmodning trakk sin förste forliksklage tilbake. Jag finner etter dette at Meterhus ved sin optreden etter att reklamasjonen ble fremsatt har avskåret seg fra å påberope reklamasjonsfristen i NS 3401 punkt 25 nr 9". Krüger är kritisk till att en försummad invänding om för sen reklamation skulle medföra att invändningen inte senare fick åberopas. Krüger anser att det avgörande måste vara om parten kan anses ha frånskrivit sig rätten att åberopa för sen reklamation (Kontraktsrett, s 746). Även Wyller är kritisk mot domen (Kjøpsretten i et nøtteskal, s 110).

[8] Se Nørager-Nielsen & Theilgaard, Købeloven, s 469 ff och s 922 med hänvisningar till rättsfall.

10. RÄTTSVERKAN AV RÄTTIDIG REKLAMATION

I denna studie koncentreras intresset huvudsakligen till hur och när reklamation skall ske och vad som händer om reklamation inte sker i rätt ordning. Avslutningsvis kan det dock vara av intresse att helt kort redogöra för vilka rättsliga effekter en rättidig reklamation får. Dessutom kommer i detta kapitel att behandlas frågan om i vilken utsträckning det går att förändra den ståndpunkt som angivits i samband med en reklamation.

10.1 Effekten av rättidig reklamation

Vid en rättidig reklamation inträder ett avbrott i den tvååriga preskriptionstid som gäller enligt köplagen. Vad händer då? Påbörjas en ny tvåårsperiod eller inträder allmän tioårig preskription och vad gäller om passivitet inom ramen för denna nya tidsperiod?

I och med att rättidig reklamation ges, är anspråket skyddat och utgör ett vanligt fordringsanspråk, vilket innebär att 10 årig fordringspreskription gäller.[1] Visserligen skulle man med stöd av den allmänna principen om *venire contra factum propriam*kunna hävda att den som reklamerar och därefter är passiv, går miste om sina anspråk. Men det är inte sannolikt att denna princip skulle tillämpas enbart på grund av passivitet.[2]

Det är osäkert från vilken tidpunkt den tioåriga preskriptionstiden börjar löpa, vid avtalet, tidpunkten för riskens övergång, tillträdet eller vid tiden för reklamationen. Normalt sett är tidpunkten för riskens övergång den relevanta starttidpunkten.[3] Men själva reklamationen utgör ett preskriptionsavbrott och därför börjar preskriptionsfristen löpa ånyo från tiden för reklamationen.

[1] Ramberg, Köplagen, s 393 f. NRt 1980 s 1524.
[2] Jfr dock NOU 1976:34 s 64.
[3] Ramberg, Köplagen, s 394.

10.2 Betydelsen av att viss påföljd angivits i reklamationen

Om köparen har sagt sig vilja kräva prisavdrag, anses att han som huvudregel inte senare kan ändra ståndpunkt och häva köpet, även om han håller sig inom den tidsfrist för hävningsförklaring som ges i köplagen.[4] Ett skäl är att den kontraktsbrytande parten måste kunna inrätta sig efter den drabbade partens val, och inte skall behöva kalkylera med risken att anspråket förändras. Men om köparen t ex krävt avhjälpande och säljaren dröjer alltför länge med att avhjälpa, är köparen fri att sedan kräva prisavdrag eller häva köpet.[5]

Köparen kan ha valt att häva köpet och sedan av någon anledning ångra sig och istället önska en mindre ingripande påföljd, t ex prisavdrag. Det är rimligt att köparen skall medges en rätt att ändra sitt anspråk på ett sådant sätt, under förutsättning att köparen inte därigenom spekulerat i prisvariationer eller orsakar säljaren ekonomisk skada genom att ändra sitt anspråk till en mindre ingripande påföljd.

En reklamation kan återtas varigenom prestationen s a s godkänns.[6] Men det är inte alltid som en reklamation kan återkallas. Man kan t ex tänka sig att köparen hävt köpet och säljaren därför vidareförsäljer varan innan han faktiskt fått tillbaka den från den ursprunglige köparen. I en sådan situation kan inte den ursprunglige köparen ångra sig och vidbliva köpet. I denna situation kan han inte heller ångra sig och kräva prisavdrag eller avhjälpande istället. Om den kontraktsbrytande parten har vidtagit dispositioner på grundval av reklamationen, minskar möjligheterna för den part som reklamerat att förändra sitt anspråk.

[4] Almén, 52 § vid not 24-30; Nørager-Nielsen & Theilgaard, Køberoven, s 473.

[5] Om säljaren vägrar att gå med på hävningen, så har dock köparen rätt att istället behålla godset och kräva prisavdrag eller skadestånd enligt Almén, § 52 vid not 47.

[6] Även om den reklamerande parten alltid tar en risk att han själv genom en oriktig reklamation anses ha gjort sig skyldig till ett väsentligt kontraktsbrott. Se s 120 om hänvisningsförklaring från omyndig.

11. A COMPARATIVE ANALYSIS

11.1 Introduction

This study concerns the duty to give notice about non-performance. When does this duty arise and what happens when a party fails to give due notice? The comparative perspective shows two main reasons for the duty to give notice; either as a way of preventing the party in breach from believing that the performance was accepted and that there had been an abandonment of all legal rights or abandonment of certain remedies, or as a way of reducing the costs for the party in breach. Whether one chooses to look upon the duty to give notice as a concept of abandonment or a concept of reducing harm (mitigation) influences both the question as to when and how notice should be given as well as the legal effects of failure to give due notice.

The concept of abandonment might lead to the conclusion that the duty to give notice occurs rather late, at least no sooner than the party in breach gets the impression that the other party actually abandoned all his legal rights. In such cases the effects of failure to give due notice would be harsh, that is to say the party who failed to give notice would lose every right to claim any remedy for non-performance.

If, on the other hand, the concept of a duty to reduce the total losses due to the breach, the duty to give notice logically ought to arise rapidly. But a failure to give notice would then lead only to an obligation to pay damages for the harm caused by the late notice.

Interestingly enough, there seems to be some uncertainty over the ratio legis behind the duty to give notice and the rules in different legal systems therefor appear to be quite inconsistent when we look at them closely.

I will here give a short picture of the situation de lege ferenda. After that I will explain how different legal systems relate to this de lege ferenda standpoint.

11.2 Aspects de lege ferenda

One must consider whether anything is actually gained by receiving the notice.[1]

When late notice leads to losses for the party in breach, e g when the party in breach loses his right to claim compensation from his other contracting parties further back in the contractual chain (regress), there should be a duty to give notice quickly. The effect of failure to give such notice should then be *compensation for the loss caused by the late notice.* In cases where the nature of the contract is such that late notice typically gives rise to losses that in amount correspond to or exceed the liabilities of the party in breach, the effect of late notice may reasonably be loss of the right to claim any remedy at all.

The innocent party's duty to mitigate the total losses due to the breach (including the duty to mitigate his own direct costs as well as enabling the party in breach to reduce his costs) and give notice about the breach normally requires that the innocent party had *actual knowledge* of the breach. But in order to prevent the party in breach from getting the impression that the defected performance or breach is totally waived, the innocent party may be obliged to make an examination of the performance. If the party in breach is aware of the breach he will normally realise that it is not likely that the innocent party would abandon all his legal rights, and thus the innocent party's duty to make an examination becomes indirectly less extensive.

When the object of performance is subject to rapid price-variations, it is possible to make speculations on the other party's risk. By delaying the notice, the innocent party may choose to terminate the contract if the price of the object of performance has increased, or choose to claim price-reduction or cure if the price has decreased. Therefore, it is reasonable to demand quick notice in these cases.[2] But still, the innocent party would need to have actual knowledge of the breach since he would not be able to make any intentional speculation on the other party's risk if he was unaware of his possible right to terminate the contract. The effect of failure to give due notice should then be loss of the right to rescission/termination.

In certain cases the duty to mitigate may lead to a duty on the innocent

[1] "The overbreadth of most of the current special cutoff rules, which apply without a showing of prejudice, in relation to the prejudice rationale is so great that it is unreasonable to rationalize the current rules on the grounds that a broadly applicable rule saves administrative and litigation costs identifying the specific case which fit the rationale. The prejudice arguments thus at most would justify cutoffs that apply, like the common law rule of laches, only if the seller demonstrates the likelihood that it suffered prejudice because of the buyer's delay in giving notice."(Reitz, A history of cutoff rules as a form of caveat emptor: Part I–The UN Convention on the International Sale of Goods (I), AJCL 36: 437-472 (1988) p 447).

[2] Brown, Accetpance in the Sale of Goods, JBL 1988 p 56.

party to *examine* the perfomance in order to reduce the loss for the party in breach. In sales such a duty has developed through usage. And the duty to give quick notice about termination often requires notice even though the innocent party is unaware of the breach. These are examples of a very extensive duty to mitigate.

The question of how *promptly* notice should be given is also dependent on the reason why notice is needed at all. In cases where the party in breach is aware of the breach, there is normally no need to give quick notice, since then the party in breach by asking the other party if he is content or not has a possibility to protect his own interests. Nor is there any reason to give particularly promptly notice in cases where the object of performance is not subject to price-variations and the party in breach could not be expected to lose any claims against his other parties (regress).

With regard to the *form and content* of the notice, the main question is whether the party in breach has become aware of the breach through the notice (or in any other way) and is in a position to reduce his loss due to the breach. Therefore there is often no reason to demand very much with regard to form and content of the notice.

11.3 The concept of abandonment and the concept of mitigation in different legal systems

In Anglo-American law the duty to give notice is based on the concept of abandonment. The abandonment could occur by active means or by mere silence.[3] But an abandonemnt of every legal right (including the right to claim damages) normally requires an active statement and is not lost merely by passiveness.[4] There is in Anglo-American law also a general duty to mitigate the loss.

In German law there is no such clear concept with respect to giving notice. The German concept is said to be that of abandonment ("als genehmigt gilt", § 377 st 3 HGB), but the duty occurs rapidly and in the

[3] According to American law a breach can be waived passively. This does normally not affect the right to claim damages (Calamari and Perillo, Contracts, 3 ed 1987, p 498).
[4] McKendrick in Chitty on contracts, 1994 p 1154 .

literature it is called the "Genehimigungs*fiktion*".[5] Lack of notice can therefore in practice not be considered to be based on a concept of abandonment. Outside HGB there is no corresponding general duty to give notice.[6] However, according to the general duty to mitigate due to the principle of good faith (Treu und Glauben, § 242 BGB), there may be a general duty to give notice to be able to claim full compensation.[7]

Swedish law is not based on a concept of abandonment. In statutes regulating notice it is hard to find any rationale at all. Outside the regulated area there is uncertainty whether there is a duty to give notice or not. However, there is a general duty to mitigate, which may give rise to a general duty to give notice in order to reduce the loss of the party in breach.

It is unclear what the basic concept of notice is in the French Code Civile. The rules about notice and prescription are entwined. According to Art 1648 Code Civile notice about termination or reduction of the price shall be given within a short period (bref délai) after the buyer has become aware of the breach. ("L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un bref delai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage du lieu oú la vente a été faite.")

According to the Italian Codice Civile Art 1491 the buyer is deemed to have accepted the goods and thus abandoned every legal right, if the defect was easy to discover before the conclusion of the contract. This is an indication that Italian rules about notice are based upon the concept of abandonment. But there is still a kind of fiction in the Italian system, since the buyer is obliged to give notice within a specific period of eight days from the discovery of the defect, or he will lose every right to claim any remedy (Codice Civile Art 1495).[8]

When CISG was drafted the Afro-Asian committée was concerned that purchasers in less developed countries were lacking competence to make proper examinations and also were unaware of the duty to make examina-

[5] Schmidt, Handelsrecht, 1987, p 723; Walter, Handbuch des Schuldrechts Kaufrecht, 1987 p 394. See according to Swiss law Art 201 Bundesgesetz ("est tenue pour accepté"), Geiger, Das Obligationenrecht, Bern 1980, p 470. It should be obeserved that the requirements for the innocent party to give notice are less extensive in § 378 HGB. This paragraph is applicable when the goods are clearly not in accordance with the contract and the seller can not typically presume that the buyer would accept them. There is in German cases a tendency to apply this paragraph instead of § 377, which is less generous towards the buyer (Walter, Handbuch des Schuldrechts Kaufrecht, 1987 p 385; Schmidt, Handelskauf, 1987 p 710). According to Swiss law the buyer may be entitled to damages though he did not give due notice, see Geiger, Das Obligationenrecht, Bern 1980 p 469

[6] Schlegelberger HGB Kommentar, 5 aufl 1982 p 140.

[7] It should be observed that the prescription period is very short according to BGB; only six months.

[8] Art 1495 Codice Civile 1 st: "Il compratore decade dal diritto alla garantzia, se non denunzia i vizi al venditore entro otto giorni dalla scoperta (1511), salvo il diverso termine stabilito dalle parti o adlla legge."

tions.[9] It was therefore stipulated in Art. 44 that if the buyer had reasonable excuse for not making a due examination, he still kept his right to price-reduction and some damages. Even though the effects of late notice are not so severe, they are probably enough to stimulate the buyer to give notice as quickly as possible.[10]

The Unidroit Principles of International Commercial Contracts seem to be based on a concept of abandonment. According to Art 3.12 "avoidance of the contract is excluded" if "the party entitled to avoid the contract expressly or impliedly confirms the contract".

11.4 Loss of the right to terminate the contract (rescission)

In the Anglo-American system the fear that the aggrieved party is speculating in price-variations is great, and therefore he loses his right to rescission if notice is not given promptly.[11]

According to Swedish law it is often necessary that the innocent party specifies in the notice if he wants to terminate the contract. If he fails to make such a specification within a reasonable time, he may lose his right to terminate the contract. This means in effect that the right to terminate the contract is lost more quickly than the right to claim other remedies. I have in this study argued that in deciding what "reasonable time" is, one should consider if there was any actual risk for speculation on the risk of the party in breach, i e if the object was due to significant price-variations.

We can see that according to both Anglo-American law and Swedish law the right to terminate the contract is lost more quickly than the right to claim other remedies. However, this is differently construed. In Swedish law one supposes that the innocent party first gives a neutral notice without any specification of remedy. And soon thereafter gives a specific notice where he says that he wants to terminate the contract. But in Anglo-

[9] Honnold, Uniform law for international sales under the 1980 United Nations convention, 2 Ed, 1991, p 332.

[10] Honnold, Uniform law for international sales under the 1980 United Nations convention, 2 Ed, 1991, p 340.

[11] However this loss of the right to terminate the contract is not based only on the fear for speculation at the other party's risk. It is also due to the fact that goods may change. "There is no doubt that, in general, the tendency has been to hold that the right of rejection is lost speedily where goods are in daily use, and this normally means days, rather than weeks or months."Atiyah, The Sale of Goods, 1990, p 509 with reference to Long v Lloyd (1958) 1 WLR 753; Lee v York Coach & Marine (1977) RTR 35; Flynn v Scott (1949) SC 442. According to German and Scandinavian law, this problem is not solved by the rules about notice. There is instead a general rule that the right to terminate the contract is lost when the object contracted for cannot be returned in the original condition (restitutio in integrum).

American law the innocent party can lose his right of termination and yet keep his right to claim damages even though he has not given any notice about the non-performance.

11.5 Damage to the party in breach for the loss caused by late notice

The innocent party's claims may be reduced if he has not fulfilled the general duty to mitigate the loss of the party in breach. This appears to be a general principle in most legal systems. But I have not seen it applied in cases where the innocent party has failed to give due notice.[12]

According to CISG the effect of late notice is normally that the purchaser loses every right to claim any remedy (Art. 38). But there is an exemption in Art. 44. The buyer may claim reduction of the price and limited damages if he had "reasonable excuse for his failure to give the required notice". The exemption was said to soften the interpretation of "reasonable time", particularly when the buyer came from a country where there was little knowledge of rules about examination. In reality Art. 44 has not prolonged the "reasonable time", but instead softened the effects, the sanctions, of late notice. Art. 44 furthermore implies that account should be taken of the buyer's knowledge of the duty to give promptly notice and if he had individual obstacles preventing him from giving due notice.[13]

There has been a discussion as to whether the *seller* can claim damages when the purchaser is entitled to price-reduction and damages according to Art. 44 CISG. Honnold and Huber oppose this, but Sono argues that it should be possible for the seller to claim damages if the late notice cf. has led to the seller losing the possibility of regaining his loss from another contracting party.[14]

According to the Unidroit Principles of International Comercial Contracts there is a possibility of awarding the party in breach damage since according to Art. 7.4.8 (1) the innocent party's right to damages may be reduced "to the extent that the harm could have been reduced by the latter

[12] See Huber in von Cammerer och Schlechtreim, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG, München 1995, and Harris in Benjamin's Sale of Goods, 1992 p 879 f. See also Unidroit Principles of International Commercial Contracts art 7.4.8 and European Principles of Contract Law art 9:505 (former art 4.504).

[13] Reitz, A history of cutoff rules...Part I, AJCL 36:437-472 (1988) p 461.

[14] Honnold, Uniform law for international sales under the 1980 United Nations convention, 2 Ed , 1991, p 339; Huber in von Cammerer and Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG – München 1995. Sono in Bianca-Bonell, Commentary on the International Sales Law under the 1988 Vienna Sales Convention, 1987, p 327. See also Bergem och Rognlien, Kjøpsloven kommentarutgave, 1988, p 567.

party's taking reasonable steps". A similar regulation appears in European Principles of Contract Law art 9:505 (former art 4.504).[15]

11.6 Examination of the performance

In acts regulating sale of goods there is often a duty on the buyer to examine the goods and give the seller notice about defects that ought to have been discovered at such an examination. Accordingly the buyer's duty to give notice may arise even in cases where he lacked knowledge about the defect, but *ought* to have such knowledge (cf. the Swedish Sale of Goods Act § 32, § 377 HGB, Art. 38 CISG).[16] If the examination is not done properly and thus notice is not given, silence is either treated as an evidence of abandonment of all legal rights to remedies or as a fact automatically leading to the loss of the right to claim any remedy (as is the case according to Swedish law).[17]

According to CISG the duty to examine appears to be solely decided with regard to the buyer's practical possibilities and international usages.[18] However, it is possible that in deciding what a reasonable time is consideration could also be given to whether the notice could actually reduce the seller's loss. This is also relevant according to CISG Art. 44. According to Unidroit Principles of International Commercial Contracts the seller's knowledge of the buyer's competence and possibilities to examine the performance is relevant when deciding if notice is duly given.[19]

Since the English system is based upon a concept of abandonment, it is natural that the innocent party does not lose his rights automatically due to his failure to make a proper examination after the performance. This is only

[15] See also Unidroit Principles art 1.7 and the general obligation to act according to good faith and fair dealing.

[16] There is uncertainty about whether the general principle of affirmation and acceptance under the Sale of Goods Act are the same, see Reynolds in Benjamin's Sale of Goods, 1992, p 513 with reference to Leaf v National Galleries (1950) 2 K.B. 86. See with respect to Demand Guarantees, ICC Rules for Demand Guarantees 1992 Art. 10 (a), where the guarantor has a duty to examine if he is obliged to pay or not. See also Lloyd's Law Reporter 1991 Vol.2 p 443, Bankers Trust Co. v. State Bank of India, pg 450.

[17] Reynolds in Benjamin's Sale of Goods, 1992 p 528. "It is generally held that an innocent party who wishes to terminate a contract because of a breach of condition by the other party cannot be treated as having affirmed the contract unless he knew of the breach, and of his right to terminate. But ... the innocent party may lose his right to terminate even if he does not know the facts or his rights, if he represents (by words or conduct) that he is affirming the contract, and the other relies to his prejudice on that implied representation." (Atiyah, Sale of Goods, 1990, p 496 note 29).

[18] Bianca in Bianca-Bonell, Commentary on the International Sales Law the 1988 Vienna Sales Convention, 1987, pg 297.

[19] Unidroit, Principles of International Commercial Contratcs, Rome 1994, pg 118 ill. 6.

one factor relevant to decide whether the party in breach had reason to believe that the innocent party abstained from claiming certain remedies.[20] But the "automatic" approach that can be seen in Swedish law is harder to understand. Particularly since there seems to be no consideration given to the needs or beliefs of the party in breach when deciding the time for and extension of the duty to examine the goods. I argue in this study that such considerations ought to be made.

The question whether there is a general duty – outside cases covered by legislation – to examine the performance is solved by interpreting the contract.[21] Could the parties be considered to have agreed upon a duty of examination after performance? This kind of interpretation is often difficult to make when notice is not regulated in the written contract or oral negotiations between the parties before concluding the contract. It is then necessary to look at the contract as a whole and consider the type of contract, usages related to that type of contract, the knowledge of the parties and their conduct (before the conclusion of the contract, and subsequent conduct as well as usages by the actual parties in other relationships). There is also another important element to consider: Has the party in breach relied on the innocent party's conduct (i e de facto interpreted the silence as an abandonment of rights and acted upon that interpretation)?[22]

11.7 When shall notice be given?

Notice must be given within a short period after the innocent party has discovered the breach (or, when there is a duty to examine the perfomance, within a short period after he ought to have discovered the breach). This is a general principle in most legal systems and is based upon the principle of mitigation and the duty of the parties to be loyal towards each other. The innocent party thus must give notice as quickly as possible. He can nor-

[20] Sec 34(1) the Sale of Goods Act: "Where goods are delivered to the buyer and he has not previously examined them, he is not deemed to have accepted them until he has had a reasonable opportunity of examining them for the purpose of ascertaining whether they are in conformity with the contract." Lord Denning said in a case where the Sale of Goods Act was not applicable: "A person could not be said to affirm the contract unless he had full knowledge of the breach and deliberately elected to go on with it". Farnworth Facilities v. Attryde (1970) 2 All E.R. 774 and Guarantee Trust of Jersey v. Gardener (1973) 177 S.J. 564.

[21] In USA the regulation on notice has been applied outside the scope of UCC. See Phillips, Notice of breach in sales and strict tort liability law: Should there be a difference? Indiana Law Journal, Vol 47 1971-72, p 463

[22] Reynolds in Benjamin's Sale of Goods, 1992 p 538.

mally not be excused because of "private reasons" such as illnesses, holidays etc. A businessman is obliged to keep his organization in such a state that notice can be given promptly. For consumers, however, there is probably a more generous attitude towards personal and individual excuses for not giving prompt notice. This is due to the fact that consumers have to deal with notices on their spare-time and lacks routines to handle such matters on a daily basis.[23]

It is not possible to give a general answer as to when notice must be given in the sense of a certain number of hours or days. It all depends on the nature of the thing contracted for and the available means of communication. According to Italian law the period is limited to eight days (Art 1495 Codice Civile). This is normally a longer period than in other countries, at least compared to Germany, Switzerland and the Scandinavian countries, though it is not possible to compare them for every situation, since the Italian period is expressly fixed, while the other countries have a non-specified period.

Even with regard to the isolated question about the time for notice one finds a difference between English law, based upon the principle of abandonment, and Swedish law (and probably German law).[24] According to English law one must ask whether the delayed notice affected the situation of the party in breach (either because he believed that the right to remedies was abandoned, or because he made losses due to the late notice).[25] But according to Swedish law these aspects appear not to be considered when deciding within which period notice should be given. This is most remarkable since the effect of late notice is much harsher according to Swedish law than English law. The general interest in having prompt notice may in practice be undermined by the fact that the effects of late notice are so severe. Instead of demanding prompt notice and adjusting the effects of late notice to the needs of the party in breach, the Swedish regulation results in that the period within which notice ought to be given is being

[23] Treating consumers differently from businessmen has been criticized on the ground that, if there is not enough reason to let consumers lose their rights because of late notice there is consequently no reason to let businessmen lose rights because of late notice. Reitz, A history of Cuttoff...Part II AJCL 37:247-299 (189) pg 261 f and Recknagel, Die Trennung von Zivil- und Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Untersuchungs- und Rügeplicht nach § 377 HBG, 1985 pg 43.

[24] Art. 2-602(1) UCC stipulates that the buyer must give notice of a breach within a reasonable time after the delivery or tender, or be barred from any remedy.

[25] Lindsay Petroleum Oil Co. v Hurd (1874) LR 5 PC 221. In USA there should be no bar to sanctions when the lack of notice has caused no prejudice to the party in breach.

prolonged in order to avoid the severe effects of late notice. This development can be seen in consumer law.[26]

11.8 Form and content of the notice

In the Anglo-American, Roman, German or Scandinavian legal families there are no stipulations as to the form of the notice. It can be made orally as well as in written form. But contract clauses often stipulate that notice should be in written form, or otherwise should be of no effect. In many cases this should be interpreted only as a way of increasing the burden of proof for the party who claims that notice has been given orally, since it would be unreasonable for the party in breach to rely on late notice if he was aware of both the non-performance and the innocent party's claim by cf. oral communication.

But even though there is no general rule about written form, there are often requirements with regard to the *content* of the notice. The breach must be specified. When deciding how the breach should be specified, one must know *why* there is a need for specification. In some cases it is necessary for the party in breach to have specific knowledge about the non-performance in order to make claims against his other parties or to gather proof. But when the party in breach has independent knowledge of the breach this kind of information is of no value to him. He is then only interested in knowing if the innocent party would like to make a claim. The ratio legis behind the duty to specify the non-perfomance is according to this view a matter of mitigating the losses for the party in breach. In the commentary to Unidroit Principles of International Commercial Contracts it is said that it "for the sake of clarity, would be well advised to give some reasons for the avoidance in its notice, although in cases of fraud or gross disparity the avoiding party may assume that those reasons are already known to the other party".[27] There is in USA an onging debate about how the notice should be specified. Some say that it is only necessary to make the party in breach aware of the non-perfomance, while others claim that the notice

[26] In France the buyer's duty to give notice has been interpreted generously towards the buyer. This may be explained by the fact that the buyer has an extensive duty to examine the goods before the sale and can only claim for defects that could not have been discovered at such an examination (vices cachés).
[27] Unidroit, Principles of International Commercial Contracts, 1994, p 83.

should make clear that the innocent party wants to claim remedies.[28] In the official comment to UCC it is said: "There is no reason to require that the notification which saves the buyer's rights under this section must include a clear statement of all objections that will be relied on by the buyer... Nor is there reason for requiring the notification to be a claim for damages or of any threatened litigation or other resort to a remedy. The notification... need only be such as informs the seller that the transaction is claimed to involve a breach...".[29] In England, however, the question is whether the notice could be interpreted as a message that the performance is accepted. The buyer of a defective machine did not lose his right to claim for non-performance when he wrote a letter that ended: "it will be of no use to me... but I shall be in Huddersfield this week... where I shall be pleased to see you."[30]

The ratio legis behind the obligation to specify the non-performance in the notice has also been said to be a way to avoid that the innocent party as a matter of routine sends notices that are unspecific and thus ends his duty to give notice.[31] In my view this fear is exaggerated. I do not believe that parties as a matter of routine would send groundless notices in order to reduce their duty to give notice if there were no general requirements of specification. And if in a certain case the specification is not enough for the party in breach, he may always ask the innocent party to give a more detailed specification.[32]

[28] Hammond, Notification of breach under Unifom Commercial Code section 2-607(3)(a): A conflict, a resolution, 70 Cornell Law Review 526-56 Mrs 1985. See also German law, Fikentscher, Die mängelrüge im deutschen, ausländischen und internationalen recht, 1956, p 10.

[29] U.C.C. § 2-607 Official Commment 4. Eastern Air Lines, Inc. v. McDonnell Douglas Corp. 532 F.2d 957 (5th Cir. 1976): "We recognize, of course, that once an airline begins to build a fleet with a particular make of airplane it cannot easily switch to a competing manufacturer. Eastern, therefore, is correct in pointing out that as of 1965, it was effectively 'married' to Douglas...however... In a continuing contractual relationship,.. the buyer must decide whether the benefits of claiming a breach of contract outweigh the need for a close rapport with the seller." (532 F.2d at 79 n.62.) See a commentary by Milberger, Section 2-607(3)(a): Effective Notification of Breach under the Uniform Commercial Code, 444 University of Pittsburgh Law Review 733 (1983), pg 737 f. See notice about termination Poole v. Marion Buick Co., 189 S.E.2d 650 (N.C. App. 1972) and Lutz, Section 2-608 Revocations of Acceptance of Non-Conforming Goods: The Seller's Defense, Uniform Commercial Code Law Journal 13:348-61, 1981.

[30] Varley v Whipp (1900) 1 Q.B. 513. Reynolds in Benjamin's Sale of Goods, 1992, p 541.

[31] Schlegelberger HGB Kommentar, 1982, p 160; Schmidt, Handelsrecht, 1987, p 217.

[32] Honnold, Uniform law for international sales under the 1980 United Nations convention, 2 Ed 1991 p 335.

11.9 The impact of the behaviour of the party in breach

In Swedish, English, American, French and German law the party in breach cannot rely on the innocent party's failure to give due notice in cases where he has acted against good faith or fraudulently.[33] If the party in breach has willingly caused the breach or knowingly concealed it, the innocent party's duty to give notice is abolished. This general principle can be explained in two ways. When the party in breach conceals the breach he is neutralising the innocent party's failure to give notice in due time. One may also explain it by the fact that when the party in breach has acted against good faith, he is normally aware of the breach and thus is not very much helped by receiving notice from the innocent party. According to CISG Art. 40 the seller is not entitled to rely on late notice if he knew or could not have been unaware of the fact related to the lack of conformity.[34] This approach has been criticized in USA. "The plaintiff replies that the buyer is not required to give notice of what the seller already knows, but this confuses two quite different things. The notice 'of the breach' required is not of the facts, which the seller presumably knows quite as well as, if not better than, the buyer, but of the buyer's claim that they constitute a breach. The purpose of the notice is to advise the seller that he must meet a claim for damages, as to which, rightly or wrongly, the law requires that he should have early warning."[35]

11.10 Final remarks

To understand and interpret rules, whether they are established through usages, cases or statutes, it is often necessary to understand the ratio legis behind the rule. This is particularly important when the questions are "soft" (cf. the question about what "reasonable time" is), since it is then necessary to decide what factors are of relevance and the importance of each relevant factor. There is a greater awareness of why the duty to give notice exists and what interests it is supposed to uphold in the Anglo-American legal family than on the European continent and in Scandinavia.

[33] See regarding the requirement of connection between the fraud and the late notice, Schlegelberger HGB Kommentar, 1982, p 160, and Treitel, The law of Contract, 1991, p 345; Reynolds in Benjamin's Sale of Goods, 4 ed, 1992, p 513.

[34] Sono in Bianca-Bonell, Commentary on the International Sales Law the 1988 Vienna Sales Convention, 1987, p 314 .

[35] By Judge Learned Hand, American Mfg. Co. v. United States Shipping Bd. Emergency Fleet Corp., 7 F.2d 565, 566 (2d Cir. 1925), from Milberger, Section 2-607(3)(a): Effective notification of breach under the Uniform Commercial Code, 444 University of Pittsburgh Law Review 733-749, 1983.

The legal system in England seems to be the one that is best adjusted to the ratio legis of the duty to give notice. There one finds (with regard to general contract law as well as sale of goods) that the right to terminate the contract is lost speedily but the right to damages is not lost until the silence could be considered as an abandonment of all legal rights.[36] However, the failure to give notice may affect the amount of damages (due to the duty to mitigate).[37] Hopefully, the English solution with respect to notice will influence the ongoing work of international harmonization in different fields.[38]

This study shows that the Swedish law of sales (and the law in the other Scandinavian countries) does not concur with the above given de lege ferenda standpoint. Swedish sales law imposes an obligation upon contracting parties to give prompt notice, whether anything is actually gained by the notice or not. The time within which notice should be given is short and decided mainly with regard to the possibility for the buyer to make investigations and give notice and the seller's actual interest in getting prompt notice seems to be of little or no relevance. The effects of failure to give due notice is loss of every right to claim any remedy. There is uncertainty about whether there is a corresponding general principle outside the law of sales, but the Swedish Sale of Goods Act is often used as a source for analogy, though I personally object to this with respect to the duty to give notice.

[36] An affirmation requires in principle a clear indication that the transaction is affirmed, made by a person who has knowledge or obvious means of knowledge of the facts and (probably) of his right to rescind (Reynolds in Benjamin's Sale of Goods, 1992 p 512).

[37] "As soon as the buyer knows of the defect, he will be unable to recover damages for any further or consequential loss which he ought reasonably to have avoided by taking remedial or precautionary steps" (Harris in Benjamin's Sale of Goods, 1992 p 878). Contributory negligence is not applicable in contracts generally when there is a failure to give due notice (Harris in Chitty on Contracts, 1994, p 1214).

[38] In Unidroit Principles of International Commercial Contracts the duty to give notice is only regulated in connection with termination (art. 7.3.2). There is also a duty to mitigate in connection with damages (art. 7.4.8). See also European Principles of Contract Law art 9:505 (former 4.504).

12. SAMMANFATTNING OCH SLUTSATSER

12.1 Inledning

Skyldigheten för den drabbade parten att lämna ett meddelande till den kontraktsbrytande parten (reklamera) sönderfaller i en mängd delproblem. Har den drabbade parten en skyldighet att undersöka prestationen (alltså en skyldighet att reklamera kontraktsbrott som han saknat faktisk kännedom om, men borde ha känt till)? Och i så fall, när skall en undersökning för att fastställa avtalsenligheten påbörjas och hur omfattande är den? Vilka faktorer är relevanta för att avgöra inom vilken skälig tid en reklamation skall ges? Vilka krav ställs på reklamationens innehåll och form? Vad händer om reklamation inte skett i rätt ordning (vilka rättsföljder får icke avtalsenlig reklamation)? I vilka situationer saknas helt en skyldighet att reklamera med anledning av kontraktsbrott?

För att kunna tolka lagtext och definiera innehållet i rättsregler som inte är kodifierade är det viktigt att göra klart för sig reklamationsinstitutets funktioner. Den första är skyldigheten att *begränsa motpartens förlust*. Den skyldigheten sanktioneras med skadeståndsskyldighet, dvs skyldighet att ersätta den skada som underlåtenheten att reklamera snabbt kan ha medfört. Den andra är att underlåtenheten att reklamera kan uppfattas som ett *godkännande av prestationen*. Den kontraktsbrytande parten får alltså på grund av passiviteten anledning att tro att den drabbade parten är nöjd. Enligt denna godkännandekonstruktion förlorar den part som drabbats av ett kontraktsbrott rätten att göra kontraktsbrottet gällande. Den tredje funktionen är intresset av att undvika att den drabbade parten genom att vara passiv *spekulerar i prisförändringar* på den kontraktsbrytande partens risk. Konsekvensen av sådan osund spekulation är att den drabbade parten förlorar rätten att häva.

Det har visat sig att reklamationsskyldigheten inte är enhetligt utformad i svensk lag. Den varierar beroende på avtalstyp och kontraktsbrott. Det har vidare framkommit i denna studie att reklamationsskyldigheten är olika uppbyggd i olika rättssystem, trots att den är avsedd att tillvarata samma intressen. Dessutom är reklamationsskyldigheten omgärdad av en mängd svårbedömda juridiska rekvisit. Det är alltså angeläget att bringa ordning och systematik i reklamationsinstitutet. Med stöd av en sådan ordning kan man lättare bilda sig en uppfattning om de delproblem som ovan presenterats. Dessutom kan man med stöd av en sådan systematik möjligen våga definiera en allmän princip beträffande reklamation, till vägledning för hur

problemen skall behandlas i avsaknad av uttryckligt lagstöd. Reklamationsinstitutet är komplicerat på så sätt att det är avsett att ta tillvara en mängd olika intressen. Reklamationsinstitutets olika funktioner gör sig gällande med olika stryka beroende på vilken del av reklamationsproblematiken som är för handen.

Denna sammanfattning kommer i det följande att delas upp i fyra avsnitt. Den första delen ger synpunkter de lege ferenda. Den andra redogör för vissa problemområden de lege lata. Det tredje avsnittet riktar sig till den preventive juristen, avtalsskrivaren, och ger synpunkter på när det kan vara befogat att skriva reklamationsklausuler och hur de i så fall bör vara utformade. Slutligen sammanfattas i en fjärde del reklamationsinstitutets handlingsdirigerande funktioner.

12.2 Synpunkter de lege ferenda

Handelsrätten är speciell så tillvida att lagstiftarens uppgift i huvudsak är en servicefunktion för att underlätta och rationalisera handelsutbytet. Affärslivet har emellertid utvecklat sina egna handlingsmönster och är obenäget att anpassa sig till sådana dispositiva lagar som av en eller annan anledning inte uppfattas som lämpliga. Detta är en av förklaringarna till att många dispositiva lagar är försedda med undantag för vad som följer av handelsbruk eller annan sedvänja. Dessutom måste man beakta internationalisering av avtalsrätten som ytterligare begränsar den svenske lagstiftarens möjligheter att självständigt påverka ansvarsfördelningen mellan avtalsparter i kommersiella förhållanden. Det som nu sagts innebär emellertid inte att det rättspolitiska perspektivet är utan intresse. Det lagstiftningsarbete som bedrivs inom ramen för internationella harmoniseringssträvanden har givetvis behov av en analys av reklamationsinstitutets funktioner. Dessutom är det av vikt vid fastställande och prövning av innehållet i handelsbruk att bilda sig en helhetsbild av vilka intressen reklamationsinstitutet är ägnat att tillvarata.

Det är angeläget att reklamation sker i så nära anslutning till kontraktsbrottet som möjligt. Därigenom kan den kontraktsbrytande parten vidta ågärder som begränsar hans förlust (t ex säkra sin regressrätt). Därför bör det föreligga skyldighet att reklamera snabbt efter det att kontraktsbrottet kommit till den drabbade partens kännedom.

Det finns också skäl att ålägga mottagaren av en prestation en undersökningsplikt. Denna skyldighet att lojalt och aktivt tillvarata den kontrakts-

brytande partens intresse av att begränsa skadan av kontraktsbrottet bör emellertid inte vara alltför omfattande, dels eftersom det är fråga om en skyldighet att tillvarata motpartens intresse i den händelse motparten gjort sig skyldig till kontraktsbrott, dels på grund av att den som mottar en prestation i allmänhet har rimlig anledning att utgå ifrån att prestationen är avtalsenlig.

Mot bakgrund av att huvudsyftet med reklamationsskyldigheten är att den kontraktsbrytande parten snabbt skall kunna begränsa sin skada med anledning av kontraktsbrottet, är den rimliga utgångspunkten att försummad reklamation sanktioneras på så sätt att anspråket på grund av kontraktsbrottet jämkas, så att den kontraktsbrytande parten får ersättning för den skada som den försummade reklamationsskyldigheten medfört. Detta leder t ex till att om den kontraktsbrytande parten gått miste om sin regressmöjlighet, så blir den som försummat att reklamera ersättningsskyldig. Det innebär också att kompensation kan minskas eller utebli om den kontraktsbrytande parten själv känt till kontraktsbrottet, eftersom han ju då på eget initiativ kunnat begränsa skadeverkningarna.

I vissa fall får emellertid försummad reklamation mer långtgående konsekvenser. När det typiskt sett föreligger risk för att den part som drabbats av ett kontraktsbrott väntar med att reklamera i syfte att spekulera i prisförändringar på den kontraktsbrytande partens risk, finns det anledning att låta försummad reklamation medföra bortfall av rätten att häva på grund av kontraktsbrottet. Detta kan vara fallet under förutsättning att avtalsobjektet är föremål för prisfluktuation och den drabbade parten känt till att det förelegat grund för hävning.

I situationer där försummad reklamation i princip alltid medför att den kontraktsbrytande parten går miste om sin regressmöjlighet och skadan av försummad reklamation typiskt sett alltid motsvarar den drabbade partens anspråk med anledning av kontraktsbrottet, finns det anledning att låta försummad reklamation medföra förlust av rätten att åberopa kontraktsbrottet. Denna situation uppkommer t ex vid avtalskedjor med synkroniserat ansvar och korta preskriptionstider.

När försumligheten att reklamera övergått i något annat än försumlighet, nämligen ett partiellt eller totalt godkännande, inträder andra rättsverkningar. Om den kontraktsbrytande parten haft befogad anledning att uppfatta utebliven reklamation som ett godkännande av prestationen, så kan kontraktsbrottet inte längre göras gällande. Det kan också vara så att den kontraktsbrytande parten uppfattat passiviteten (eventuellt i kombination med visst aktivt beteende) som ett avstående från att göra gällande någon

viss påföljd, varför denna påföljd inte längre står den drabbade parten till buds.

Detta rättspolitiska perspektiv ger en annan bild av reklamation än den som framträder i t ex köplagens reglering av skyldigheten att reklamera med anledning av fel. Enligt köplagen föreligger en skyldighet för köparen att snabbt reklamera fel som han känner till. Dessutom föreligger en skyldighet att undersöka varan i enlighet med god affärssed. Denna undersökningsplikt har av tradition uppfattats som tämligen sträng, dvs som att köparen skall göra en omfattande och snabb undersökning. Påföljdssidan är helt annorlunda konstruerad enligt köplagen. Om reklamationsskyldigheten försummats, förlorar köparen möjligheten att åberopa kontraktsbrottet. Man betraktar alltså saken som om köparen genom sin passivitet godkänt prestationen, trots att rekvisitsidan inte alls tar sikte på om prestationen kan anses godkänd. Den stränga sanktion som uppställs i köplagen medför i praktiken att man tenderar att göra en mild bedömning av om förutsättningarna för försummad reklamation är uppfyllda, t ex på så sätt att tidsfristerna för vad som skall utgöra skälig tid utsträcks. *Om sanktionen istället skulle stå i proportion till de effekter försumligheten för med sig, kunde man vara sträng på rekvisitsidan och inskärpa betydelsen av att reklamation sker snabbt.*

Det är svårt att finna det bakomliggande motivet till att ha olika reklamationsregler i kommersiella respektive icke-kommersiella avtalsförhållanden. Trots att det i äldre litteratur inte sällan påpekas att det bör vara en skillnad vid dessa olika typer av avtal, anges sällan en djupgående förklaring till varför det vore motiverat med en skillnad. Denna studie har i många delar kritiserat det onyanserade sanktionssystemet med den i det enskilda fallet omotiverat stränga rättsföljd som t ex köplagen stipulerar vid försummad reklamation. I kommersiella avtal kan det möjligen vara motiverat med en sträng sanktion av *praktiska* skäl. Kommersiella avtalsparter har ofta en förmåga att anpassa sig även till "orättvisa" regler (rigor commercialis). Den stränga sanktionen i köplagen, förlust av rätten att åberopa felet, har preventiv effekt så till vida att den utgör ett starkt incitament för köparen att organisera sin verksamhet på ett sådant sätt att meddelanden om kontraktsbrott snabbt kan lämnas till avtalsparter. Denna preventiva effekt skulle visserligen kunna erhållas även med en mindre sträng sanktion, t ex genom jämkning av den drabbade partens anspråk i den omfattning som den försummade reklamationen orsakat den kontraktsbrytande parten skada, men nackdelen med en sådan sanktion är att dess verkningar är svårare att förutse och tillämpa.

Samma synsätt kan anläggas beträffande innehålls- och formkraven på reklamationen. I kommersiella sammanhang kan det vara motiverat att sanktionera kravet på reklamationens form och innehåll med förlust av rätten att åberopa kontraktsbrottet mot bakgrund av behovet av prevention och förutsebarhet. Den "obilliga" förlust en kommersiell avtalspart gör i en enskild transaktion uppvägs av den "vinst" som en praktiskt lättillämpbar och förutsebar regel för samtliga transaktioner medför. En konsument saknar dock vid de flesta typer av avtal motsvarande möjlighet att sprida fördelar och nackdelar över många transaktioner. Därför är det angeläget att i konsumentförhållanden ha reklamationsregler som framstår som lämpliga i det enskilda fallet.

Man kan alltså inte beträffande konsumenter anlägga samma rigor commercialis-argument som för kommersiella avtalsparter. Detta är en förklaring till varför det är motiverat att ha strängare sanktioner vid för sen reklamation respektive reklamation som inte uppfyller kraven på specificerat innehåll när reklamationsskyldigheten åvilar en näringsidkare. För konsumenter behöver sanktionen endast vara så sträng att den utgör ett incitament för konsumenten att reklamera samt kompenserar näringsidkaren för den faktiska förlust som konsumentens passivitet medfört.

12.3 Slutsatser de lege lata

Rättstillämparen ställs inför två olika huvudtyper av problem; dels hur reklamationsbestämmelser i lagar skall tolkas (t ex innebörden i begrepp som "skälig tid", "god affärssed" eller "i strid mot tro och heder"), dels vad som gäller om reklamationsskyldighet utanför det uttryckligen lagreglerade området.

Tolkning av reklamtionsbestämmelser i lag

Vid tolkning av reklamationsbestämmelser i lagar bör man beakta vilka funktioner reglerna är ägnade att tillvarata. Bedömningen skall inte enbart ske utifrån den drabbade partens möjligheter att lämna en snabb reklamation eller göra en omfattande undersökning. Hänsyn skall dessutom tas till i vad mån den kontraktsbrytande parten faktiskt kunde antas ha något behov av en snabb reklamation.

Reklamationsskyldigheten utanför lagreglerat område

När det så gäller frågan om vad som gäller beträffande reklamationsskyldigheten utanför lagreglerat område måste man fråga sig om det föreligger någon allmän princip om reklamationsskyldighet vid kontraktsbrott och hur den i så fall gestaltar sig. De reklamationsregler som finns i lagstiftning är olika både med avseende på när reklamationsskyldighet inträder och vilka rättsverkningar försummad reklamation medför. I utländsk rätt visar sig också en splittrad bild. Inte heller i rättspraxis återfinns någon enhetlig bedömning av reklamationsskyldighet i olika avtalsförhållanden. Det finns en allmänt vedertagen och mycket allmängiltig princip om lojalitetsplikt i avtalsförhållanden av innebörd att det föreligger en skyldighet att begränsa motpartens skada (se t ex 70 § köplagen samt art. 77 CISG). Reklamationsskyldigheten kan ses som ett utslag av denna princip.

Skyldigheten att meddela en kontraktsbrytande part om ett kontraktsbrott (reklamera) har sin grund i parternas avtal. Frågan om det över huvud taget föreligger en skyldighet att reklamera och, i så fall, hur och när det skall ske samt vilka rättsverkningar försummad reklamation medför är alltså i första hand en fråga om avtalstolkning. Reklamationsskyldigheten kategoriseras ofta som en biförpliktelse. Huvudförpliktelserna i ett avtal består i att t ex leverera en vara eller utföra en tjänst respektive betala priset. Precis på samma sätt som huvudförpliktelsen måste bli föremål för svåra bedömningar av vad den går ut på och vad som skall hända om prestationen inte sker kontraktsenligt, måste biförpliktelsen bli föremål för samma bedömning. Reklamationsförpliktelsen kan variera i olika avtal både med avseende på innehåll och sanktioner. Parterna i ett avtal har ofta i samband med avtalets ingående noga reglerat huvudförpliktelsen, under det att biförpliktelserna inte ägnats något större intresse. Därför sker tolkningen många gånger på ett annat sätt när det är biförpliktelsens innehåll och verkningar som skall bedömas. Man kan inte i samma utsträckning beakta parternas individuella partsvilja eller falla tillbaka på en språkinriktad tolkningsmetod.

Hur bör rättstillämparen gå till väga för att i ett visst fall, som inte omfattas av uttrycklig lag, bedöma omfattningen av reklamationsskyldigheten? Han kan söka efter en näraliggande lag att dra analogier från. Men det problem han då ställs inför är att välja vilken lag som skall utgöra stöd för analogi. Det är särskilt svårt när reklamationsskyldigheten reglerats olika för olika avtalstyper. Dessutom måste han, precis som vid all analogisk tillämpning, göra en självständig bedömning av om det är ändamålsenligt att göra ett analogislut. Och om han ändå måste göra ett sådant ändamålsövervägande, kan man fråga sig om det inte är bättre att göra tvärtom: Börja med en lämplighetsanalys och därefter kontrollera om lös-

ningen återfinns i näraliggande lagstiftning.

Problemet med lämplighetsanalyser är att det finns risk att de blir subjektiva och färgas av rättstillämparens sympatier för en av parterna. Ett annat problem är att det sällan finns tid att företa en tillräckligt allsidig analys av problemet. Doktrin kan möjligen komma tillrätta med dessa båda nackdelar. I vetenskapliga verk som skrivits utan samband med en enskild tvist, finns mindre risk för subjektivitet.

Vid avtalstolkningen kan man utgå från en allmän skyldighet att lämna meddelande om att motpartens prestation inte varit avtalsenlig. En försummelse mot denna reklamationsskyldighet bör åtminstone sanktioneras på så sätt att den försumliges anspråk på kontraktsbrottspåföljder jämkas med den skada som den försummade reklamationen orsakat den kontraktsbrytande parten. Vidare begränsas reklamationsskyldigheten av att den kontraktsbrytande parten varit medveten om kontraktsbrottet, han har ju då inte samma angelägna behov av att snabbt informeras om kontraktsbrottet. Det är endast viktigt för honom att få klart för sig vilka påföljder mottagaren av prestationen gör gällande. Och detta behov gör sig vanligen inte gällande lika snabbt som behovet av att få vetskap om själva kontraktsbrottet. När det föreligger risk för spekulation på den kontraktsbrytande partens risk faller rätten att häva bort.

Delvis skild från reklamationsskyldigheten är en näraliggande situation, då passiviteten kan tolkas som ett godkännande. I de fall då den kontraktsbrytande parten haft befogad anledning att uppfatta motpartens passivitet som ett godkännande av prestationen eller som ett avstående från att göra gällande viss påföljd, förlorar den passive rätten att åberopa kontraktsbrottet respektive göra gällande viss påföljd.

12.4 Avtalsskrivarens perspektiv

Den part som står i begrepp att skriva ett kontrakt står med avseende på reklamation inför följande fråga: Skall han i avtalet reglera reklamationsskyldigheten, och i så fall hur? I de fall där reklamationsskyldigheten uttryckligt framgår av lag, t ex vid köp, kan avtalsskrivaren i princip avstå från att reglera saken särskilt i avtalet. Men han måste naturligtvis förvissa sig om att avtalsparterna accepterar den undersökningsplikt och sanktion som följer av köplagen. De flesta lagregleringar om reklamation innehåller vaga begrepp, såsom "god affärssed", "skälig tid", "orimligt länge" osv. Det kan därför finnas anledning att i avtalet på ett konkret sätt beskriva t ex hur snabb och omfattande en undersökning skall vara samt inom hur många dagar från upptäckten ett kontraktsbrott skall reklameras.

Så som framkommit är ovissheten stor om vad som gäller beträffande reklamationsskyldighetens omfattning och rättsverkningar utanför det uttryckligen lagreglerade området och i syfte att skapa klarhet kan därför en reklamationsklausul vara att rekommendera.

Om rättsverkningen av försummad reklamation är oproportionerligt sträng så finns det risk för att reklamationsskyldigheten i praktiken de facto lindras. Detta är något som avtalsskrivaren bör begrunda. Skriver han en för strängt sanktionerad reklamationsklausul, så riskerar han att den tolkas mot honom på rekvisitsidan.

Vid utformande av en reklamationsklausul bör en rad förhållanden uppmärksammas:

1. Vilka kontraktsbrott omfattas av reklamationsskyldighet?
2. Från när löper reklamationsfristen? Från faktisk kännedom om kontraktsbrottet eller från det att kontraktsbrottet bort upptäckas?
3. Om fristen skall räknas från den tidpunkt då kontraktsbrottet *borde* ha upptäckts, måste man avgöra vilka krav som gäller för en undersökning av prestationens avtalsenlighet. *När* skall undersökningen företas och hur *omfattande* skall den vara?
4. Hur lång är reklamationsfristen? En dag, tre dagar, en månad eller hela preskriptionsfristen?
5. På vems risk sänds reklamationen, avsändarens eller mottagarens?
6. Vilka formkrav gäller för reklamationen? Skall den vara skriftlig? Skall den ha visst innehåll? Måste vissa påföljder förbehållas särskilt i reklamationen?
7. Vad gäller om formkraven enligt p 6 ej iakttagits?
8. Vilka rättsverkningar har försummad reklamation, skadeståndsskyldighet eller förlust av en, flera eller alla påföljder?
9. Vilken betydelse har det att den kontraktsbrytande parten känt till kontraktsbrottet, handlat vårdslöst, i strid mot tro och heder eller svikligt?

12.5 Reklamationsinstitutets handlingsdirigerande funktioner

Mottagaren av en prestation bör:
a) undersöka prestationen.
I händelse av kontraktsbrott bör han vidare:
b) reklamera så snabbt som möjligt,
c) reklamera skriftligen,
d) precisera vari kontraktsbrottet består samt
e) ange de påföljder han önskar göra gällande.

Anledningen till att han bör undersöka prestationen är att han därigenom bättre kan säkerställa bevisning om att kontraktsbrottet förelegat vid den relevant tidpunkten. Dessutom kan en undersökning och därmed tidig upptäckt av kontraktsbrott minska de totala skadeverkningarna av kontraktsbrottet, eftersom den kontraktsbrytande parten i ett tidigt skede kan vidta relevanta åtgärder för att begränsa skadorna. En undersökning leder till att reklamation kan framföras snabbt, vilket minskar risken för att den kontraktsbrytande parten uppfattar prestationen som godkänd.

Mottagaren av prestationen bör reklamera så snabbt som möjligt. Då blir de lättare för honom att övertyga motparten om att kontraktsbrottet inneburit en nackdel för honom (bevisa att kontraktsbrottet är relevant). Vidare möjliggör en snabb reklamation för den kontraktsbrytande parten att vidta åtgärder som begränsar skadeverkningarna av kontraktsbrottet. Slutligen undviker man risken att den kontraktsbrytande parten får befogad anledning att uppfatta prestationen som godkänd.

Reklamation bör ske skriftligen, så att bevisning att reklamation skett kan säkerställas effektivt.

I reklamationen bör kontraktsbrottet preciseras. Därigenom blir det möjligt för den kontraktsbrytande parten att effektivare begränsa de negativa effekterna av kontraktsbrottet.

Slutligen är det en fördel om påföljden anges i reklamationen. På så sätt undviker man en risk för att mottagaren anklagas för att spekulera i prisförändringar på den kontraktsbrytande partens risk. Dessutom blir det möjligt för den kontraktsbrytande parten att anpassa sig till mottagarens krav.

RÄTTSFALLSREGISTER

Svenska rättsfall

AD 1978:66 180
AD 1984:63 131
MD 1972:11 63, 178
MD 1973:10 63, 178
MD 1976:2 63, 178
MD 1977:9 63, 175, 178
MD 1977:17 85
MD 1978:29 175, 178
MD 1988:25 175
MD 1990:7 175
NJA 1898 s 507 154
NJA 1912 s 198 139
NJA 1916 s 158 143, 153
NJA 1916 s 247 84
NJA 1920 s 603 171
NJA 1922 s 522 177
NJA 1927 s 352 177
NJA 1928 s 554 144
NJA 1931 s 208 153, 155
NJA 1934 s 533 180
NJA 1936 s 584 113
NJA 1937 s 382 95
NJA 1943 s 272 153, 155
NJA 1948 s 526 139
NJA 1949 s 259 144
NJA 1956 s 343 80, 81
NJA 1961 s 330 91
NJA 1970 s 72 122, 154
NJA 1971 s 51 64
NJA 1973 s 328 56
NJA 1974 s 203 45
NJA 1976 s 341 143, 153, 177
NJA 1977 s 138 64, 94
NJA 1977 s 756 51, 67, 80
NJA 1982 s 36 94
NJA 1982 s 301 51, 80, 100
NJA 1982 s 800 142
NJA 1982 s 853 142
NJA 1983 s 385 92
NJA 1986 s 670 94
NJA 1988 s 335 51
NJA 1989 s 117 94
NJA 1990 s 24 19
NJA 1990 s 745 36
NJA 1991 s 217 146
NJA 1991 s 625 146
NJA 1991 s 808 91
NJA 1992 s 728 70, 122
NJA 1993 s 302 154
NJA 1993 s 436 154, 179, 180
NJA 1994 s 532 83, 86, 87, 119
HD:s dom, DT 44 meddelad 1996-03-06 86

Danska rättsfall

UfR 1885.771 89
UfR 1914.749 H 112
UfR 1920.49 ØL 112
UfR 1920.553 H 112
UfR 1922.744 SH 112
UfR 1927.245 H 77, 136
UfR 1931.1054 SH 136
UfR 1941.119 H 114
UfR 1945.960 Gros.soc. 102
UfR 1946.543 81
UfR 1946.719 VL 64
UfR 1948.1061 H 123
UfR 1949.1168 102
UfR 1950.917 Børsvoldgift 112
UfR 1951.12 H 68
UfR 1951.429 103
UfR 1952.467 SH 105
UfR 1953.661 SH 102, 170
UfR 1955.791 H 122
UfR 1956.980 SH 112

UfR 1957.254 SH 170
UfR 1958.1 H 68
UfR 1959.681 SH 102
UfR 1960.1048 H 177
UfR 1961.306 SH 103, 104
UfR 1961.917 V 76
UfR 1962.21 68
UfR 1962.279 H 104
UfR 1963.644 V 95
UfR 1964.87 112
UfR 1964.156 95
UfR 1966.225 H 154
UfR 1967.245 166
UfR 1968.828 Ø 177
UfR 1969.152 H 68
UfR 1969.391 H 77, 137
UfR 1969.976 V 136
UfR 1970.184 H 59
UfR 1972.359 H 103
UfR 1973.259 SH 137
UfR 1976.254 Gros. soc 51, 103
UfR 1976.315 H 119, 123, 124
UfR 1980.315 Gros. soc 102
UfR 1980.388 H 65
UfR 1981.295 H 154
UfR 1982.691 V 137
UfR 1983.505 H 121
UfR 1984.241 Gros.soc. 103
UfR 1984.459 H 64
UfR 1984.811 137

Norska rättsfall

NRt 1918 s 494 145, 158
NRt 1919 s 533 145, 158
NRt 1919 s 761 158
NRt 1924 s 729 112
NRt 1924 s 1056 145
NRt 1958 s 112 112, 128
NRt 1960 s 1055 68
NRt 1962 s 175 68
NRt 1967 s 1059 68, 112, 124
NRt 1973 s 61 68
NRt 1980 s 1524 183
NRt 1984 s 962 181

Nordiska rättsfall

ND 1983 s 114 147
ND 1983 s 367 180
ND 1984 s 66 147

Engelska rättsfall

Bankers Trust Co. v. State Bank of India, Lloyd's Law Reporter 1991 Vol.2 s 443 85, 191
Bernstein v Pamson Motors (Golden Green) Ltd (1987) 2 All E.R. 220 78, 100
Development Pte v Jip Hong Trading Co Pte (1985) AC 511 158
Farnworth Facilities v. Attryde (1970) 2 All E.R. 774 160, 192
Flynn v Scott (1949) SC 442 189
Guarantee Trust of Jersey v. Gardener (1973) 177 S.J. 564 160, 192
Leaf v National Galleries (1950) 2 K.B. 86 191
Lee v York Coach & Marine (1977) RTR 35 189
Lindsay Petroleum Oil Co. v Hurd (1874) LR 5 PC 221 193
Long v Lloyd (1958) 1 WLR 753 189
Varley v Whipp (1900) 1 Q.B. 513 109, 195

Rättsfall från USA

American Mfg. Co. v. United States Shipping Bd. Emergency Fleet Corp., 7 F.2d 565, 566 (2d Cir. 1925) 111, 196
Davis v. Colonial Mobile Homes, 2205 S.E.2d 802 (N.C. App. 1975 122
Eastern Air Lines, Inc. v. McDonnell Douglas Corp. 532 F.2d 957 (5th Cir. 1976) 111, 195
Poole v. Marion Buick Co., 189 S.E.2d 650 (N.C. App. 1972) 122, 195

LITTERATURFÖRTECKNING

1. Urkundspublikationer, kommittébetänkanden m m

Svenska

NU 1984:5 Nordiska köplagar, Förslag av den nordiska arbetsgruppen för köplagstiftning
Prop 1973:138 Förslag till konsumentköplag m m
Prop 1984/85:110 Förslag till konsumenttjänstlag
Prop 1988/89:76 Ny köplag
Prop 1989/90:77 Om konsumentskyddet vid förvärv av småhus m m
SOU 1976:66 Köplag
SOU 1994:112 Finansiell leasing av lös egendom

Norska

NOU 1976:34 Lov om kjøp.

2. Övrig litteratur

Adlercreutz, Avtalsrätt I. 9 uppl Lund 1995
Agell, Anm av B Lehrberg, Avtalstolkning. SvJT 1995 s 746
Andersen, Mads Bryde, Grundlæggende aftaleret, stencileret udg. Köpenhamn 1996
Almén och Eklund, Om köp och byte. 4 uppl Stockholm 1960
Arnholm, Passivitetsvirkninger. Oslo 1932
– Privatrett I. Oslo 1964
– Privatrett III. 2 utg. Oslo 1974
Atiyah, The Sale of Goods. 8 uppl London 1989
Augdahl, Den norske obligationsrettens almindelige del. Oslo 1978

Bang, Passivitetsvirkninger. UfR 1944 B s 101
Bengtsson, Om civilrättens splittring. Festskrift till Grönfors. Stockholm 1992 s 29
Benjamin's Sale of Goods. 4 uppl London 1992 (utgiven av Guest)
Bergem och Rognlien, Kjøpsloven, kommentarutgave. Oslo 1988
Bernitz, Standardavtalsrätt. 6 uppl Sthlm 1993

– **Karnell, Pehrson och Sandgren,** Immaterialrätt. 5 uppl Sthlm 1995
Bianca och Bonell, Commentary on the International Sales Law the 1988 Vienna Sales Convention. Milano 1987
Brown, I Acceptance in the Sale of Goods, The Journal of Business Law 1988 s 56

Calamari och Perillo, Contracts. 3 uppl 1987 Hornbook Series
Cammerer von och Schlechtreim, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG. München 1995
Cervin, Om passivitet. Lund 1960
Chitty on contracts. 26 uppl London 1994 (utg av Guest, A G)

Eklund, se Almén och Eklund

Falkanger, Leie av skib. Oslo 1969
Federspiel, Bidrag til læren om viljeserklæringer. Köpenhamn 1903
Fikentscher, Die mängelrüge im deutschen, ausländischen und internationalen recht. 1956
Fränberg, Om rättsregler och rättsval. Uppsala 1984

ICC Rules for Demand Guarantees 1992
– Uniform customs and practice for Documentary Credits, UCP, 1993

Geiger, Das obligationenrecht. Bern 1980
Gomard, Almindelig kontraktsret. 2 uppl Köpenhamn 1996
– Egen skyld. UfR 1958 B s 149
– Obligationsret. 2 del. Köpenhamn 1995
Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. Oxford 1991
Grauers, Fastighetsköp. 13 uppl. Lund 1994
Grundtvig, Om reklamation i formueretsforhold. Köpenhamn 1903
Grönfors, Avtal och omförhandling. Stockholm 1995
– Avtalslagen, Stockholm 1995 (under medverkan av Dotevall)
Guest, i Chitty on Contracts

Hasselrot, Några spörsmål ang lån och saklega. (omtryckt) Malmö 1927
Hammond, Notification of breach under Uniform Commercial Code section 2-607(3)(a): A conflict, a resolution, 70 Cornell Law Review 1985 s 526–56
Harris, i Benjamin's Sale of Goods. 1992
Hellner, Ipso facto avoidance. Festskrift till Weitauer. 1980
– Ersättning till tredje man vi sak- och personskada, Festskrift till I

Strahl, SvJT 1969 s 332
– Kommersiell avtalsrätt, 4 uppl. Stockholm 1993
– Lagstiftning i förmögenhetsrätten. Stockholm 1990
– Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. Stockholm 1993
– Tolkning av standardavtal. Jussens Venner 1994 s 226
– Unidroit principer för internationella avtal, i Lex Ferenda – rättsvetenskapliga studier av forskare vid Stockholms universitet, Stockholm 1996, s 71
– **och Ramberg,** Speciell avtalsrätt I. Köprätt. 2 uppl. Stockholm 1991
Herre, Ersättningar i köprätten. Stockholm 1996
Honka, Fartygets skick och egenskaper. En befraktningsrättslig studie. Åbo 1989
Honnold, Uniform law for international sales under the 1980 United Nations convention. 2 uppl. Deventer 1991
Huber, i von Cammerer & Schlechtreim, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG. München 1995
Hultmark, Internationaliseringen av svensk avtalsrätt – Unidroit Principles of International Commercial Contracts. JT 1995–96 s 655
– Köplagens tillämplighet på fel i patent. JT 1993–94 s 689
– Slutande av avtal med moderna kommnikationsmedel. I Festskrift till Ramberg, Stockholm 1997
– Upplysningsplikt vid ingående av avtal. Stockholm 1993
Håstad, Den nya köprätten. 3 uppl Uppsala 1993
Kaasen, Kommentar til NF 92. Oslo 1994
Karnell, Något om reklamation och preskription vid garantianspråk beträffande aktiebolagsöverlåtelser. TSA 1977 s 155
Kleineman, Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar. JT 1991–92 s 125
– Tekniska konsulters skadeståndsansvar för vilseledande information. JT 1994–95 s 702
– Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla. JT 1994–95 s 621
Knoph, Rettslige standarder. Oslo 1939
Koktvedgaard och Levin, Lärobok i immaterialrätt. 4 uppl. Sthlm 1996
Kolrud, Kortekangas, Kriström, Schultz, Kommentar till NL 92. Stockholm 1993
Kritzer Internet http://cisgw3.law.pace.edu/cgi-bin
Kruse, A Vinding, Ejendomskøb. 6 uppl Köpenhamn 1992
Krüger, Norsk kontraktsrett. 2 uppl Bergen 1991
– Norsk kjøpsrett. 3 utg. Bergen 1991
Källenius, Entreprenadjuridik. Stockholm 1960

Lehrberg, Avtalstolkning. Stockholm 1995
Levin, Se Koktvedgaard och Levin
Lind, Rättsfallsanalyser – recention eller analys, JT 1995–96 s 232
Lindblom, Studier i processrätt. Stockholm 1993
Lindskog, Kvittning. 2 uppl. Stockholm 1993
– Preskription. Stockholm 1990
Litzén, Skiljedom: Ombyggnad av fartyg. JT 1994–95 s 756
Lund, Enkelte kjøpsrettlige spörsmål. TfR 1963 s 311
Lutz, Section 2-608 Revocation of acceptance of non-conforming goods: The seller's defence, Uniform Commercial Code Law Journal 13:348–61 (1981)

Martinson, Säljarens upplysningsplikt – en fråga om "att gå över ån efter vatten", JT 1992–93 s 436.
Martinussen, Reklamasjon og varsel i entrepreisereten – død og fordervelse eller bara ordensforskrifter. Norsk forening for Bygge- och Entrepreiserett. 1987
McKendrick in Chitty on contracts. 26 uppl London 1994
Milberger, Section 2-607 (3)(a):Effective notification of breach under the Uniform Commercial Code, 444 University of Pittsburgh Law Review 733 (1983)
Millqvist, Informationsansvar och kontraktsregler. JT 1995–96 s 575
– Undantag från krav på hävningsförklaringar för förtida upphörande av långvariga avtal. JT 1992–93 s 908

Nørager-Nielsen och Thielgaard, Købeloven. 2 utg Köpenhamn 1993
Nørgaard, Aftalelovens § 36 og ægteskabslovens § 58. UfR 1983 B s 109

Olsen, Konsumentskyddets former. Uppsala 1995

Phillips, Notice of breach in sales and strict tort liability law: Should there be a difference? Indiana Law Journal. Vol 47 1971–72 s 467
Perillo, Se Calamari och Perillo

Ramberg, Allmän avtalsrätt. 4 uppl Stockholm 1996 (under medverkan av Hultmark)
– Avtalsautonomi och den dispositiva rätten. Festskrift till Anders Agell. Uppsala 1995 s 501
– Avtalstolkningsmodeller, JT 1990–91 s 76
– Köplagen. Stockholm 1995 (under medverkan av Herre)
– Köprättsliga reklamationsregler och konkurrerande rättsgrunder. JT 1993–94 s 522

– Några synpunkter på en skiljedom angående ombyggnad av fartyg. JT 1994–95 s 771
– The law of freight forwarding. Zürich 1993
– Speciell avtalsrätt I Köprätt. 2 uppl Stockholm 1991 (tillsammans med Hellner)
Recknagel, Die Trennung von Zivil- und Handelsrecht under besonderer Berücksichtigung der Untersuchungs- und Rügeplicht nach § 377 HGB. 1985
Reitz, A history of cutoff rules as a form of caveat emptor. Part I The 1980 UN Convention on the International Sale of Goods. AJCL 36:437–472 (1988)
– A history of cutoff rules. Part II From Roman law to the modern civil and common law. AJCL 37:247–299 (1989)
Reynolds, i Benjamin's Sale of Goods. 4 ed. London 1992
Rodhe, Obligationsrätt. Stockholm 1956
– Lärobok i obligationsrätt. 6 uppl Stockholm 1986
– Svensk rättspraxis. Förmögenhetsrätt: Förpliktelsers uppkomst och obligationsrätt 1950–1959. SvJT 1961 s 245
Rognlien, se Bergem och Rognlien
Rosén, Förlagsrätt. Stockholm 1989
Ross, Om ret og retferdighed. Köpenhamn 1953

Sandvik, Entreprenørsrisikoen. Oslo 1966
Schlegelberger HGB Kommentar. 5 uppl München 1982
Schmidt, Handelsrecht. Hamburg 1987
Smith, C, Studier i garantiretten. Oslo 1963
Sono, i Bianca och Bonell, Commentary on the international sales law. The 1988 Vienna sales convention. Milano 1987
Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning. 5 uppl Stockholm 1996
Sundberg, Fel i lejt gods. Stockholm 1966

Treitel, The Law of Contract. 8 uppl London 1991
Töllborg, Några reflektioner rörande relationen vetenskap/praktik inom juridiken, JT 1995–96 s 354

UNCTAD-secretariat, The economic and commercial complications of the entry into force of the Hamburg Rules and the mutimodal transport convention, part one
Unidroit, Principles of international commercial contracts. Rom 1994

Vahlén, Avtal och tolkning. Stockholm 1960

Walter, Handbuch des Schuldrects Kaufrecht. Tübingen 1987
Wetterstein, Säljarens garantiutfästlser vid lösöreköp, Åbo 1982
Wyller, Kjøpsretten i et nøtteskal. Bergen 1988

SAKREGISTER

AB 72 152
AB 92 56, 85, 152, 118
ABK 87 118, 173
ABS 80 118
ABS 95 85
ALOS 81 118, 172
andrahandsupplåtelse 57
anteciperat kontraktsbrott 53
avhjälpning 34

betalningsvillkor 82
betalning utan förbehåll 136
biförpliktelse 13, 204

certifikat 53
contra proferentem 168
contra stipulatorem 168
culpa in eligiendo vel instruendo 101

delbesiktning 55
delleverans 89
distansköp 73
due diligence 93

e-mail 58
emballageargumentet 79
expert 101

faktura 53
fakturor 170
fax 58
franschisingavtal 23
fritid 44
funktionsfel 67
förklaringsmisstag 117
förlagsavtal 146
förlängning 113
förmyndare 57
förskottsbetalning 82

garanti 58, 64, 95, 143, 153, 176

Hamburgreglerna 60, 138, 147
hardship 157
helgdagar 51
hinder 62, 99
hävningsreklamation 122

ibruktagande 137
immaterialrättigheter 144
immateriella tjänster 55, 161
indexklausul 92
individuella hinder 63
interpellation 112, 123

jura novit curia 19

kausalitet 31, 127, 128, 154
konossement 53
konsument 61, 67, 96, 128, 135, 175, 203
kontrareklamation 179
kontrollmätning 170
kundfordring 153
kunskap 56
kvittning 45

lekman 61
livsmedel 102
lördag 51

medverkan 55
minimiregeln 166
misstanke 30, 49, 76, 92, 104, 115
Montage 85 118, 173
mottagande 137
myndighetstillstånd 91

negotium claudicans 35
neutral reklamation 66, 69, 70, 115, 123
NF 92 166
NL 92 53, 57, 118, 168, 172, 176
NLM 84 53, 118, 172, 176
NSAB 118, 147

obefogad hävningsreklamation 120
oklarhetsregeln 167
omförhandlingsklausuler 43
omyndig 14, 57, 120
oren accept 117
oskäliga avtalsvillkor 142

påskhelgen 51
partiellt avtalsbrott 89
partiellt dröjsmål 88
paternalistiskt system 24
perdurerande avtalsbrott 52
platsköp 73
preklusionsregler 43, 166
produktansvar 29, 64
produktion 29
provning 78

ratio legis 17, 155
register 92
regress 28, 30, 60, 66, 76, 91, 148, 151, 157, 158, 161, 200
reklamationsvarning 104, 115
relativ sakkunskap 101
remburser 23, 85, 161
restitutio in integrum 38
rigor commercialis 22, 38, 50, 161, 175, 202
risken 54, 106
rådighetsfel 90, 143
rådrum 59
rättsbevarande åtgärd 14
rättsbevarande karaktär 120
rättsliga fel 91, 146

semesterstängt 51
serietillverkningsfel 29
sjuk 100
skeppsbyggnadskontrakt 173
slutbesiktning 55, 78
solidariskt ansvar 121
status quo 36, 39, 50, 155
söndag 51

tekniska produkter 103
telefon 58
testkörning 78
textilbranschen 102
tidsbefraktning 84
tillitsteorin 13, 16

uppsägning 122

venire contra factum propria 183
vidareförsäljning 78, 137, 140, 161, 181
viljedogmen 16, 75
vitesklausuler 160
vårdplikt 137

ändrade förhållanden 36

Christina Hultmark

REKLAMATION
vid kontraktsbrott

Skyldigheten att meddela motparten att hans prestation inte är avtalsenlig (reklamation) regleras i många olika lagar och kan också regleras i kontrakt. I reklamationsbestämmelser förekommer ofta vaga uttryck, som t ex "skälig tid" och "god affärssed". I denna bok analyseras vilka moment som ingår i en bedömning av sådana vaga begrepp.

Det är osäkert vad som gäller om reklamationsskyldigheten utanför det lagreglerade området. Studien syftar till att utreda om det finns någon allmän princip om reklamationsskyldighet vid kontraktsbrott.

De frågor som behandlas är bl a:
- Reklamationsfristens längd
- Undersökningsplikten efter fullgjord prestation
- Kraven på reklamationens form och underhåll
- Rättsföljden av att reklamationsskyldigheten försummats (sanktionen)
- Tolkning av reklamationsklausuler

Dessutom ges en jämförande inblick i några utländska rättsordningar.

Christina Hultmark är juris doktor och verksam vid Rättsvetenskapliga institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet.

ISBN 91-39-20037-X

JF

Beställningar Norstedts Juridik AB, Kundtjänst, Box 6454, 113 82 Stockholm
Telefon 08-690 96 96 **Telefax** 08-690 90 30