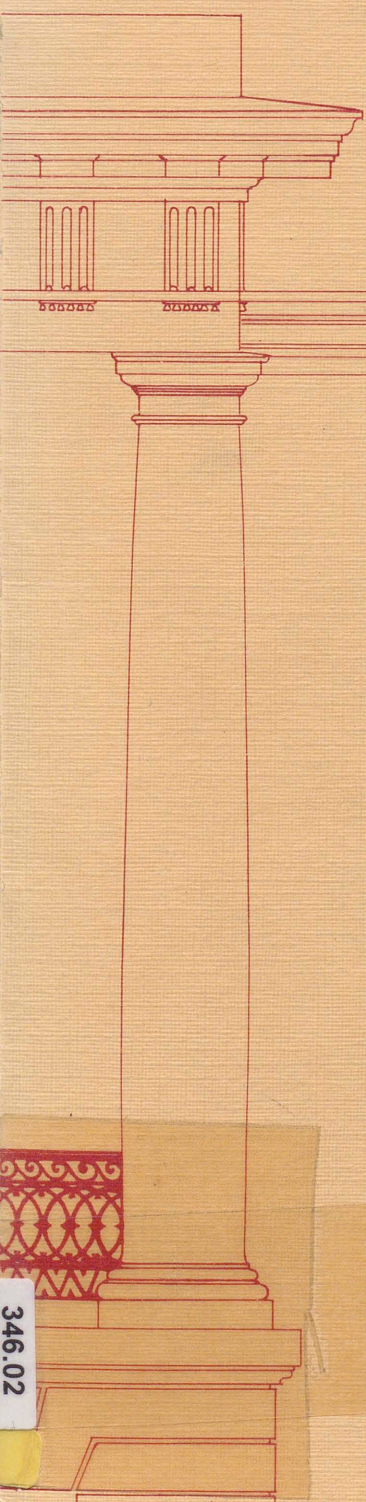




ÅBO AKADEMIS FÖRLAG — ÅBO ACADEMY PRESS

Avtalsrättens normer

LARS ERIK TAXELL

EJ HEMLÅN

346.02

JURIDISKA INSTITUTIONEN

vid Uppsala Universitet

2003.

346.02 Nor

Juridikbok.se

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

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

Villkoren för tillståndet är:

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

Se även information på

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

UPPOM A UNIVERSITE 19818 1076A



16000

000096182

Avtalsrättens normer

Några riktlinjer

LARS ERIK TAXELL

ÅBO 1987

ÅBO AKADEMIS FÖRLAG — ÅBO ACADEMY PRESS

JURIDISKA INST. BIBL.

1988-05-12

UPPSALA

CIP Cataloguing in Publication

Taxell, Lars Erik

Avtalsrättens normer : några riktlinjer / Lars Erik
Taxell. – Åbo : Åbo Akademis förlag, 1987.

Summary.

ISBN 951-9498-18-4

UDK 347.4(083.7)

ISBN 951-9498-18-4

Åbo Akademis kopieringscentral
Åbo 1987

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1. BAKGRUND	9
1.1. Begreppet avtal	9
I. Element i avtal 9. II. Avtal — en samverkan 11.	
III. Avtal — olikheter 13.	
1.2. Samhällsordning, ekonomiskt system	14
I. Demokrati 15. II. Marknadsekonomi 16.	
2. MED AVTAL FÖRENADE INTRESSEN	18
I. Allmänt — rättspolitik 18. II. Partsintressen 19.	
III. Tredje mans intressen 20. IV. Samhällsintressen 20. V.	
Intresseavvägning 22.	
3. ALLMÄN OCH SPECIELL AVTALS RÄTT	25
4. ALLMÄNNA AVTALS PRINCIPER	30
4.1. Bakgrund och förankring	30
4.2. Avtalsfrihet	32
I. Innebörd 32. II. Begränsningar 32.	
4.3. Avtalsbundenhet	35
I. Innebörd 35. II. Upplösning av avtalsbundenhet 36.	
4.4. Skyddsprincipen	39
4.5. Sammanfattning	41
5. NORMSYSTEMET — ALLMÄNT	43
I. Rättsnormer 43. II. Rättsnormernas syften 44. III.	
Handlingsnormer, påföljdsnormer 44. IV. Frågeställ-	
ningar 46.	
6. NORMTYPER	47
I. Allmänt 47. II. Egentliga avtalsnormer 48. III. Allmänna	
avtalsvillkor 49. IV. Lag 51. V. Prejudikat 55. VI.	
Kutymor 57. VII. Allmänna rättsprinciper 58. VIII. Övriga	
rättsnormer 61.	

7. NORMSTYRKA, NORMKOLLISIONER	64
I. Rättsnormers bindande verkan. 64. II. Avtal-lag 64.	
III. Avtal-särskilda normer 68. IV. Normer i olika avtal 69.	
8. NORMTILLÄMPNING	72
I. Allmänt 72. II. Tolkning — avtal 73. III. Tolkning lag	
76. IV. Prövningsnormer 79.	
9. NORMLUCKOR	82
9.1. Problemet	82
9.2. Avtals uppkomst	83
I. Allmänt 83. II. Avtalsmekanismer — allmänt 84.	
III. AvtL 1 kap. — betydelse 84. IV. Avtalsgrundande	
rättsfakta 87.	
9.3. Avtalskonflikter	89
I. Allmänt 89. II. Domstolens roll 90. III. Några rele-	
vanta element 91. IV. Sammanfattande synpunkter 95.	
10. FLERA RIKTIGA LÖSNINGAR?	97
11. UTVECKLINGSTENDENSER	101
I. Allmänt 101. II. Allmänna avtalsvillkor 102. III. Lagstift-	
ning 107. IV. Sociala drag 110.	
FÖRKORTNINGAR	114
LITTERATUR	114
SUMMARY	117

FÖRORD

Den allmänna avtalsrätten syftar till att klarlägga linjer och principer för att på det sättet belysa avtalsförhållandenas systematiska helhet och sambanden mellan dess delar. Den senaste tidens utveckling inom det ekonomiska livet har fört in nya och komplicerade element i avtalsrätten: nya avtalstyper som spränger traditionella mönster, en accelererande internationalisering med krav på harmonisering av normgivningen i olika länder, en ökad användning av generalklausuler och andra elastiska normer, starkare ingrepp från samhällets sida i regleringen av avtalsförhållanden etc. Inför denna omdaning har det förefallit mig vara en övermäktig uppgift för en ensamarbetande forskare att ge en sammanfattande framställning av den allmänna avtalsrätten — vilket jag för ett tiotal år sedan planerade. Jag har — vid sidan av andra uppgifter — tvingats begränsa mig till analyser av specialfrågor. Den undersökning vars resultat jag nu lägger fram — om det redan i sig omfattande normproblemet — utgör ett försök att teckna några centrala drag i vårt lands avtalsrätt i ett spänningsläge mellan gammalt och nytt.

Åbo i augusti 1987

Lars Erik Taxell

1. BAKGRUND

Människors relationer till varandra bestäms och regleras i stor utsträckning av avtal — främst inom den privata men i växande omfattning också inom den offentliga sektorn. Den samverkan som avtalen är inriktade på fungerar i stöd av normer som föreskriver vad parterna har att göra och hur de skall förhålla sig för att avtalen skall kunna förverkligas med avseende på förmåner och skyldigheter. Härtill kommer ett behov av direktiv för de situationer då avtalsförhållanden störts. Regleringen sker genom bindande normer — rättsnormer.

Strukturen i det normsystem som utvecklats inom avtalsrätten är mera mångsidigt och komplicerat än inom något annat rättsligt reglerat område. Normer av olika typer och styrka kompletterar och korsar varandra.

Den följande framställningen *syftar* till att ge en *allmän bild* av avtalsrättens normer och av det system i vilket de ingår. Speciella normtyper och frågor rörande normtillämpning behandlas blott schematiskt. Detaljproblem tas upp endast när detta syns nödvändigt för att skärpa grundlinjerna.

För att rätt förstå avtalsrättens normsystem måste man — enligt min mening — klarlägga och teckna några bakgrundsfaktorer i den samhälleliga verklighet vari avtalen är inordnade. Utan dem ser man inte tillräckligt tydligt vare sig huvudlinjer eller särdrag.

1.1. Begreppet avtal

I. I och för sig är det av mindre vikt att ge en koncis och uttömmande definition av begreppet avtal. Människor vet intuitivt — åtminstone i stort — vad avtal är: att de uppkommer genom överenskommelse mellan två eller flera personer, att de ger upphov åt krav och förpliktelser, att parter-

na måste fullgöra det avtalen föreskriver etc.¹ När man enligt rättslig metodik har att bedöma frågor rörande avtal eller konflikter med anknytning till avtal är det likväl nyttigt att som bakgrund ha en mera konkret och instruktiv bild av vad avtal är eller kan vara och av några drag i partsrelationerna.

I avtalsbilden finns *element* av många slag. Det är viktigt att man ser avtalen ur olika infallsvinklar:²

- 1) I första hand tar man sikte på omständigheter av närmast *formell* art. Avtalet har betecknats som en rättshandling sammansatt av viljeförklaringar — anbud och svar — som till innehållet täcker varandra. Det är fråga om rättsligt relevanta fakta som grundar ett avtalsförhållande — viljeförklaringar eller andra avtalsgrundande rättsfakta. Det gäller att precisera förutsättningar för avtals uppkomst. Man talar om avtalsmekanismer och försöker se hur de fungerar.
- 2) När en avtalsmekanism har arbetat till slut ställs man inför den *materiella* sidan — avtalets innehåll och rättsverkningar. Frågan gäller vilka normer som reglerar avtalsförhållandet och parternas positioner, vilket innehåll normerna har och vilka faktorer som utöver normerna kan vara relevanta. Det centrala är avtalsförhållandets substans, parternas på avtalet grundade anspråk och förpliktelser i relation till varandra och ibland även avtalets verkningar i förhållande till personer utanför avtalet.
- 3) Slutligen har man att se hur avtalets syften förverkligas genom parternas handlande och beteenden. Man ställs inför den på avtalet grundade verksamheten, den *funktionella* sidan. Avtalet framstår som ett medel eller instrument med vilket parterna strävar att förverkliga de syften som de var för sig föresatt sig att nå genom avtalet.

Man kan på det sätt som här skett schematiskt tredela avtalens element — det formella, materiella och funktionella. Man bör dock ha klart för sig

1. Allmänna synpunkter på avtal, *Taxell* JFT 1979 487 ff.

2. Jfr *Huser* 55 ff.

att beteckningarna form, innehåll och medel går in i varandra och är beroende av och bundna vid varandra på många sätt. Sålunda kan innehållet bestämma formen, t.ex. skriftlig form för överlåtelse av fastighet. Innehållet kan delvis bestämmas av avtalsmekanismen, t.ex. under vilka förutsättningar allmänna avtalsvillkor blir normerande för ett individuellt avtal. Likaså är den funktionella sidan beroende av den formella och den materiella i den meningen att ett avtals fullgörande förutsätter ett i riktig ordning tillkommet avtalsförhållande och att avtalet i funktion följer avtalsinnehållet.

Beroende på vilka frågor som in casu skall bedömas framträder de olika sidorna med olika styrka, ibland blott en enda av dem, t.ex. när man har att avgöra om formföreskrifter för ingående av avtal följts.

II. Om man i det som här sagts försöker ta fram det som är gemensamt och samtidigt karakteristiskt och centralt i avtalsförhållanden, kan man uppfatta avtalet som en form och ett medel för *samverkan* mellan parterna. Denna samverkan går ut på att förverkliga det som avtalet konkret syftar till. En samverkan förekommer också i inledningsskedet, avtalsmekanismerna förutsätter alla parters medverkan.

När det gäller att penetrera konkreta frågor rörande avtal är det enligt min mening viktigt att man betonar karaktären av samverkan. Avtalet bör inte uppfattas blott som en juridisk konstruktion som i stöd av normer pålägger parterna förpliktelser och ger dem rättigheter. Man bör se avtalet som ett led i mänsklig aktivitet och som en form för och ett medel att möjliggöra och främja sådan aktivitet. Det betyder också att man i bedömningarna normalt prioriterar den funktionella sidan, som i sin tur, såsom ovan sagts, är beroende av den formella och den materiella.

Den tanke som här utvecklats kunde kort uttryckas på följande sätt: avtalet är en rättsligt reglerad samverkan mellan parterna med syfte att nå resultat i överensstämmelse med avtalets innehåll och syften.

Parternas samverkan i avtal (avtalsförhållanden) bestäms eller påverkas av det som kunde benämnas *partsegoism*. Det är naturligt att envar som är delaktig i ett avtal eftersträvar resultat som är de bästa möjliga för honom själv. Vanligen är det direkt eller indirekt fråga

om ekonomiska värden. Ekonomisk egoism gör sig gällande både när avtal ingås och när de fullgörs.

Partsegoismen framkallar lätt spänningar och motsättningar, ibland konflikter mellan parterna. Detta drag i avtalad samverkan ingår i den ekonomiska verkligheten. Intressebaserade motsättningarna hör hemma i avtalsstrukturen. De bör likväl inte poängteras så starkt att det centrala momentet, en friktionsfri samverkan mellan parterna, fördunklas.

En av avtalsrättens uppgifter är att ange hur intressebaserade motsättningar mellan parterna skall eller kan avlägsnas, utjämnas eller minskas. Det måste finnas gränser för partsegoismen. Visserligen har man att utgå från att varje part själv skall bevaka sina intressen. Misslyckas han, får han bära konsekvenserna — varje avtal innebär ett risktagande. Å andra sidan är det viktigt att hindra eller dämpa parts strävanden att hårt och ensidigt tillgodose sina intressen. Denna målsättning framträder tydligast i absoluta lagbestämmelser till skydd för svagare parter i avtalsförhållanden. Typiska exempel är den allmänna jämningsregeln (AvtL 36 §) samt ett flertal stadganden i lagstiftningen om konsumentskydd.

Partsegoismens utväxter kan inte behärskas enbart med hjälp av lagbestämmelser. Man har anledning att generellt ställa kravet att parterna i sin samverkan inte ensidigt driver sina intressen till förfång för varandra. Part är inom vissa gränser skyldig att beakta sin motparts rätt och intresse. Denna inställning har betecknats med termen *lojalitet*. Denna utgör motvikt till en hård för partsegoism och bör uppfattas som en allmän vägledande rättslig princip i avtalsförhållanden (nedan s. 60).

Det finns undantagsvis avtal som saknar egentliga intressespanningar mellan parterna. Man kan nämna gåvoavtal samt avtal med syfte att bevaka parternas gemensamma intresse i förhållande till tredjeman, t.ex. konsortialavtal som reglerar utövande av rösträtt i aktiebolag.

De synpunkter som här framhållits ger en antydning om centrala drag i partsrelationer och om inriktningen av bedömningarna av dessa. De har relevans dels när avtalsrättsliga normer skapas — av lagstiftare eller avtalsparter — dels när man har att lösa ur avtal härflytande intressebaserade motsättningar och konflikter. I de överväganden som då görs är det viktigt att uppfatta avtalet som en mellan parterna frivilligt etablerad samverkan i vilken det finns plats för en sund och konstruktiv partsegoism kompletterad med det ömsesidiga hänsynstagande som innefattas i partslojaliteten.

III. Allmänna synpunkter på avtals struktur och partsrelationers inriktning — enligt det som här sagts — har ett begränsat syftemål: de anger en vagt skisserad ram innanför vilken det finns rum för överväganden och ställningstaganden enligt krav som ställs av en mångskiftande *verklighet*.

Avtalen utgör instrument för mänsklig aktivitet inom nästan alla verksamhetsområden. De kan ha de mest olika innehåll och syften.

De miljontals avtal som ingås kan därför inte i allt följa samma eller ens likartade mönster. Olikheter med avseende på avtalens uppkomst, innehåll, syften, ekonomiska betydelse och mycket annat påverkar den rättsliga normeringen. Problem som har anknytning till ett visst avtal eller en bestämd avtalstyp kan inte lösas enbart eller ens huvudsakligen med ledning av generella synpunkter och principer. Men dessa bör finnas med i de bedömningar som problemlösningarna förutsätter.

Avtalen är i första hand avsedda att användas som instrument inom den *privata sektorn*. Där gäller de flesta avtal *ekonomi*, direkt eller indirekt. Parternas ekonomiska intressen och deras avvägning mot varandra dominerar i stor utsträckning avtalsrättsliga överväganden. Trots det får man inte framhäva de ekonomiska aspekterna så starkt eller så ensidigt att omständigheter av annan art förbises, t.ex. parts till ett avtal knutna personliga eller ideella intressen. I många fall måste det finnas plats för olika värderingar.

På senaste tid har man i växande omfattning börjat använda avtal inom den *offentliga sektorn*. Staten och kommunerna har t.ex. allt mera anställt personer i arbetsavtalsförhållande i stället för att inrätta och besätta egentliga tjänster. Gränserna och olikheterna mellan avtalsförpliktelser och tjänsteåligganden suddas ut, vilket skapar rättsliga problem, t.ex. med avseende på arbetstagarnas ansvar. Den offentliga sektorns avtalsproblem behandlas inte i det följande.

Avtalen brukar *klassificeras* på olika sätt enligt kriterier som kan ha avsevärd rättslig relevans. Man skiljer mellan ömsesidigt förpliktande avtal, i vilka bägge parter har att fullgöra skyldigheter i förhållande till varandra, och ensidigt förpliktande avtal som förpliktar endast den ena parten, t.ex. gåvoavtal. Vidare skiljer man mellan avtal som reglerar engångssituationer (engångsavtal) och varaktiga avtal som innefattar fortgående samverkan mellan parterna, t.ex. arbets- och hyresavtal.

En särkategori bildar de osjälvständiga avtalen, vilka inte har ett syfte i sig utan endast i anslutning till ett annat eller andra avtal: föravtal, avtal om avtalsmekanismer, avtal som förutsätter komplettering genom senare avtal, normavtal etc.

Till detta kommer mångfalden av avtalstyper, hävdvunna såsom köp eller legoavtal, eller nyskapelser framsprungna ur behov som den ekonomiska utvecklingen skapat, t.ex. leasing och joint venture avtal.

I avtalsbegreppet bör man ytterligare infoga att varje *person*, fysisk eller juridisk, kan vara part i avtal. Särskilt i konfliktsituationer har man anledning att ta hänsyn till de faktiska olikheter som förekommer mellan parter med avseende på kvalifikationer och styrkeförhållanden, ekonomiskt och socialt. Man kan bl.a. nämna den skillnad som finns mellan personer som kontraherar inom den ekonomiska verksamhet som de bedriver och enskilda personer som endast tillfälligtvis ingår avtal samt den bristande jämvikten i relationen näringsidkare-konsument.

När man försöker se begreppet avtal som en helhet med ensartade element i fråga om form, innehåll och funktion, måste man beakta och ge värde åt de mest olika faktorer i den mångskiftande verkligheten. En av avtalsrättens många svårigheter framträder i spänningar mellan konkreta behov och generella modeller.

Den mångskiftande verklighet i vilken avtal skall fungera och parternas syften förverkligas, utesluter att man opererar med ett snävt avtalsbegrepp. Det förefaller mig tillfyllest att stanna vid en *allmän karakteristik* av det slag som antytts i det föregående. Viktigare än att forma ett avtalsbegrepp med fast preciserat innehåll är att med rättslig metodik försöka behärska den ofantligt rika verklighet som möter i de sammanhang där man enligt gängse språkbruk kan använda termen avtal. Denna utgångspunkt betyder att avtalsrätten med dess normer och bedömningar uppfattas som ett *elastiskt* och *dynamiskt* rättsområde.

1.2. Samhällsordning, ekonomiskt system

Det ekonomiska livet präglas av den samhällsordning och det ekonomiska system som gäller i ett land. Avtalen och för dem gällande normer bör därför bedömas mot bakgrunden av den verklighet som bestäms eller påverkas av samhällsordningen och av det ekonomiska livets realiteter.

I. Vårt lands samhällssystem — nordisk *demokrati* — påverkar förhållanden, aktivitet, värderingar och människosyn på livsområden utanför den politiska sektorn.³ Dessa *följdverkningar* av den politiska demokratin framträder starkast med avseende på de värden som innefattas i demokratin — frihet, jämlikhet och trygghet för de enskilda. I den mån dessa värden erkänns i ekonomisk verksamhet och i mänskliga relationer över huvud får de relevans när avtalsrättsliga normer utformas och tillämpas. Det är viktigt att också avtalsrättens normer passar in i det allmänna samhälleliga mönstret.

Demokratin framhäver individens *frihet*. Däri innefattas att människorna, envar för sig eller i grupper eller organisationer, tillförsäkras ett sådant mått av personlig frihet att de har tillräckliga möjligheter att tillgoda egna behov och verka för intressen som de finner angelägna. I denna frihet finns en bas för ekonomisk verksamhet. Närings- och avtalsfrihet är uttryck för ledande tankar i demokratin med dess respekt för individuell frihet.

Också den *jämlikhet*, som principiellt råder i en demokrati, kan återspeglas i avtalsförhållanden. Det gäller ofta att finna balans mellan förmåner och förpliktelser, att utjämna olikheter i parternas ställning eller att hindra att en svagare avtalspart oskäligt utnyttjas. I jämlikheten innefattas också den för avtalsförhållanden betydelsefulla principen om likhet inför lagen (se RF 5 §), vilken ställer krav på dömande och förvaltande instansers avgöranden även när det gäller ekonomiska angelägenheter.

Till demokratins väsen hör även en strävan till *trygghet* (skydd) för den enskilda människan i förhållande dels till samhället, dels till andra individer. Också i den avtalsrättsliga normeringen intar en trygghets- eller skyddsfaktor en central position. Tanken på parternas rättsskydd genomtränger hela avtalsrätten. Kravet på trygghet återspeglas också i det skydd som samhället ger individens egendom (se RF 6 §).

När samhället normerar avtalsförhållanden sker det genom eller i stöd av lag. Detta överensstämmer med den demokratiska regeln att lagstiftningsmakten primärt tillhör den folkvalda riksdagen. I den mån administrativ myndighet har behörighet att gripa in i avtalsförhållanden måste grunden härför finnas i lag (se t.ex. KonsumentskyddsL 3:2).

3. *Taxell* II 105 f, 441 f, *Demokrati* 46.

På senare tid har en allt starkare *internationell* faktor kommit med i den avtalsrättsliga regleringen.⁴ Den framträder i konventioner och konventionsutkast inom olika områden — köp, transport etc. I sådana strävanden till mellanfolklig reglering nedtonas olikheter mellan samhällssystem som i högre eller lägre grad avviker från varandra. När en konvention lagstiftningsvägen inkorporeras i ett lands rättssystem eller när dess principer annars tillämpas där, sker det likväl på basen av den egna samhällsordningen och det egna ekonomiska systemet.

II. Den ekonomiska verksamheten i Finland är grundad på *marknadsekonomi* — ett system med utbyte av varor och tjänster på basen av fri prisbildning i vilken tillgång och efterfrågan samt öppen konkurrens utgör grundläggande faktorer. Detta betyder en vidsträckt näringsfrihet och en frihet för individerna att ingå avtal och att bestämma villkoren i sina avtal.⁵

En i egentlig mening fri marknadsekonomi kan knappast förekomma i andra än i demokratiskt styrda samhällen. Det ekonomiska livets marknadsekonomiska frihet har det demokratiska samhällets tysta erkännande och gillande.

Marknadsekonomin principiella frihet hindrar inte en måttfull statlig normering av ekonomisk verksamhet. Detta kan betingas av samhällsekonomiska eller socialpolitiska skäl eller av andra allmänna intressen (nedan s. 20 ff). På det sättet uppstår i viss omfattning en blandekonomi eller modifierad marknadsekonomi utan att den marknadsekonomiska kärnan splittras. Marknadsekonomin element är likväl primära i den meningen att de presumeras gälla, ifall inte begränsningar införts eller möjliggjorts av samhällelig normering, vanligen tvingande lag. För ingrepp i det ekonomiska livets frihet bör alltid särskilda grunder kunna påvisas. För samhället kan det också vara angeläget att stävja sådana begränsningar av det ekonomiska livets frihet, vilka uppstår genom avtalade konkurrensbegränsningar eller faktiska monopol.

Förenligt med ett marknadsekoniskt synsätt är att staten genom rättslig normering främjar det ekonomiska livet. En sådan uppgift fullgörs till en del genom avtalsrättslig dispositiv lag.

4. Se bl.a. *FN-konventionen om köp*.

5. *Taxell* II 442, *Bernitz*, Marknadsrätt 14 f.

Den avtalsrättsliga regleringen — både den offentliga och den privata — påverkas även av faktorer och förhållanden som präglas av att det moderna marknadsekonomiska samhället är ett utvecklat produktions- och konsumtionssamhälle.⁶ Inte minst den ökande konsumtionen med en effektiv marknadsföring som bas, kräver särskilda skyddsmekanismer.

6. Se bl.a. *Jørgensen* 14 f.

2. MED AVTAL FÖRENADE INTRESSEN

I. Inom avtalsrätten — liksom inom andra rättsområden — blir det ofta fråga om rättspolitiska bedömningar. De finns bakom många normer.

Med *rättspolitik* avses i detta sammanhang att avtalsrättsliga regleringar och avgöranden bestäms eller påverkas av behov, strävanden och syften — *intressen* — med anknytning till personer eller enheter som är delaktiga i eller på annat sätt berörs av avtal. Avtalsrättens uppgift är att så långt som möjligt tillgodose och skydda med avtal förenade intressen samt att mot varandra avväga motstående eller konkurrerande intressen.

Rättspolitiska bedömningar har sin egentliga funktion när lagar rörande avtalsförhållanden stiftas. Härifrån sträcker de sig till tolkning och tillämpning av lag i överensstämmelse med syften som lagen öppet eller underförstått vill tillgodose. Rättspolitiken slutar inte här. Dess bedömningar har relevans också i det privata normskapandet, inte minst när allmänna avtalsvillkor utformas. Också i rättsliga avgöranden in casu finns det plats för rättspolitiska bedömningar när tillämpliga normer saknas, när elastiska normer förutsätter prövning eller när normtolkning sker.

I rättspolitiska bedömningar — oberoende av i vilket skede och i vilket sammanhang de förekommer — är det framför allt fråga om olika intressen som gör sig gällande i avtalsförhållanden. Man har anledning att fråga:

- vilka intressen är förknippade med avtal i allmänhet, med avtal av viss typ eller med ett enskilt avtal, och
- hur skall man bäst förverkliga dessa ofta motsatta intressen och skydda dem?

Avtalsrätten färgas starkt av intresseproblematiken. Prioriteringar, avvägningar och sammanjämkningar är ofta både nödvändiga och svåra.

II. Avtal berör i första hand blott *parterna*. Regleringen av avtals uppkomst, innehåll och verkningar samt av avtalsstörningar bör därför ske utgående från parternas intressen. Dessa är vanligen av ekonomisk art. Också personliga intressen utan samband med ekonomiska värden kan vara knutna till avtal.

Stadga och säkerhet i avtalsförhållanden tillgodoser alla parters fördel. Det som har överenskommits skall gälla i förhållandet mellan dem. Envar part bör kunna lita på att det som avtalats håller oberoende av om det är fråga om rättigheter eller skyldigheter. Parterna skall på förhand kunna bedöma sina positioner i den samverkan som avtalet syftar till. Osäkerhet och bristande stadga i avtalsförhållanden skulle försvaga användningen av avtal som nödvändiga instrument i ekonomisk verksamhet och sålunda vara till men för denna.

Det som sagts här framhäver ett generellt partsintresse, det som normalt är av betydelse för alla parter. Det bygger också på tanken att avtalen vanligen innefattar risker som varje part måste bära för sin del. Om ett avtals fullgörande för en part blir oförmånligare eller mera betungande än han tänkt sig, får han inte på denna grund hävda sitt eget intresse så långt att han ensidigt frigör sig från avtalet.¹ Det generella partsintresset har i den meningen prioritet framom det individuella.

Partsintresset har också en annan sida. I den samverkan som ett konkret avtal innebär står parternas intressen vanligen mot varandra. Inom den ram som avtalet anger försöker parterna bevaka och tillgodose sina egna intressen. När konflikter uppkommer och motsättningarna inte kan elimineras genom åtgärder av parterna själva, uppkommer för dem eller för en av dem ett behov av skydd — t.ex. när en part otillbörligt utnyttjats eller när en part underlåtit att för sin del fullgöra avtalet. Konflikter av denna art måste oftast lösas så att den beslutande instansen — vanligen en domstol — företar en intresseavvägning inom ramen för tillämpliga normer utan att a priori ta ställning för någon av parterna.

De problem som förs under rubriken partsintressen är långt ifrån entydiga. Det finns spänningar mellan ett generellt partsintresse konkretiserat i avtalsbundenhet och ett individuellt partsintresse präglad av parternas positioner i ett bestämt avtal. Oftast är spänningen så svag att den inte

1. Under speciella (oförutsedda) ändrade förhållanden kan part frigöra sig från avtalet, t.ex. genom annullering; se *Taxell* I 151 ff, 162 ff, *Hellner*, Festskr. Ylöstalo 133 ff.

framkallar konflikter, parternas samverkan fungerar. Men när intresse-motsättningarna utmynnar i konflikter — avtalsstörningar av ett eller annat slag — ställs man inför avtalsrättens kanske svåraste problem: hur skall partsintressena prioriteras och avvägas mot varandra? Ett av de avtalsrättsliga normernas viktigaste syften är att ge svar på den frågan.

III. I princip berör avtalet inte intressen utanför parternas krets. Andra personer — *tredje man* — kan inte framställa krav eller åvälvas förpliktelser grundade på avtal vari de inte är delaktiga. Utomstående intressen är inte relevanta i parternas interna samverkan.

Principen gäller ingalunda undantagslöst.

Avtal kan syfta till att ge tredje man en rätt — tredjemansavtal. Parterna har utsträckt avtalet att gälla till förmån för en utomstående person. Dennes intresse av avtalets fullgörande är av samma art som parternas.

Även när avtal inte är avsedda att gälla tredje man kan deras verkningar sträcka sig till utomstående personer, t.ex. till en säljares borgenärer. Man kan inte lita på eller förutsätta att parterna alltid beaktar tredje mans intressen. Det är skäl att räkna med att parter kan försöka tillgodose egna intressen på tredje mans bekostnad. Risker är särskilt stor när en part med ansträngd ekonomi inriktar sig på att ensidigt tillgodose egen fördel eller gynna sin avtalspart på någon annans bekostnad. I sådana fall har tredje man ett anspråk på intresseskydd. Frågan aktualiseras främst vid konkurs. Regler om återvinning är uttryck för tredje mans behov av intresseskydd mot följderna av andras avtal.

Av vikt är också att skydda en tredje man som har en rätt till det objekt som är föremål för ett avtal, t.ex. en legotagare eller inteckningshavare. Möjligheterna att genom rättsnormer tillgodose utomstående intressen inskränker sig vanligen till speciella fall. Situationen är en annan när det gäller ett avtals faktiska följder, t.ex. när överlåtelse av ett företag leder till nedskärning av verksamheten med friställning av arbetstagare som följd. Problem av sådan art måste främst bemästras med andra medel än rättslig reglering.

IV. Samhället och dess organ står på sidan om den privata sektorns avtal. Det betyder ingalunda att det vore likgiltigt för samhället hur avtalsförhållanden är reglerade och hur de fungerar. Utgående från den ekonomiska verksamhetens betydelse för samhället som organisation och

för medborgarna i allmänhet och med beaktande av statens uppgift att främja sådan verksamhet och att skydda individerna i deras verksamhetsutövning kan man spåra mångsidiga allmänna intressen i avtalsförhållanden.

Samhällsintressen har plats i rättspolitiska bedömningar som gäller avtal i allmänhet eller speciella typer av avtal. I princip är det däremot likgiltigt för samhället hur A och B avtalsvägen ordnar sina inbördes relationer. Men i den mån ett enskilt avtal i något avseende står i strid med samhällets intresse eller en part gör anspråk på att samhället — genom domstol eller administrativ myndighet — skall ge honom rättsskydd, sprängs den trånga partsrelationen och samhället gör sina bedömningar och ställer sina krav.

Man kan peka på följande omständigheter.

En av statens centrala uppgifter består i att upprätthålla *ordning* och *säkerhet*. Krav i den riktningen kan i någon mån gälla också den privata sektorn. Det behövs stadga inom det ekonomiska livet, den ekonomiska aktiviteten påverkar starkt samhällets resurser och därmed dess handlingsmöjligheter. Det ligger i allmänt intresse att avtalsförhållanden är rationellt och fast reglerade och att frekvensen av avtalskonflikter minimeras. Samtidigt bör man likväl betona de enskilda individernas handlingsfrihet, som kan behöva stimulans från samhällets sida.

För samhället uppstår i varierande lägen behov att *reglera ekonomisk verksamhet*.² Den komplicerade ekonomiska politiken avser att stävja inflation, trygga sysselsättning, åstadkomma en tillfredsställande handels- och betalningsbalans samt att tillgodose många andra samhällsekonomiska intressen. I sådana syften kan det vara motiverat att staten reglerande griper in i enskilda avtalsförhållanden, t.ex. genom förbud mot indexklausuler, krav på prisfastställelse eller på koncession för viss verksamhet. Som en motpol till regleringen inom den ekonomiska sektorn framstår samhällets intresse att främja fri konkurrens inom näringslivet.

Starka allmänna intressen framträder i den på avtal inriktade aktivitet som förekommer i relationer mellan organiserade kollektiv, särskilt inom arbetsmarknaden. Kollektiva avtalsuppgörelser har direkt eller indirekt följdverkningar för det ekonomiska livet och ofta även för statens finans- och penningpolitik.

2. Bl.a. *Wilhelmsson* 20 f.

Också den allmänna *socialpolitiken* ställer krav på avtalsparter, främst på dem som utövar ekonomisk verksamhet. Det är nödvändigt att till avtal koppla förmåner utöver de överenskomna — pensioner, ersättning under sjukdomstid, olycksfallsförsäkring etc. För motparten uppkommer, åtminstone delvis, motsvarande förpliktelser, bl.a. i form av kontrahe-ringsplikt med tredjeman (försäkringsgivare). I syfte att skapa erforderlig grundtrygghet är det motiverat att samhället griper in genom särskilda regleringar, t.ex. beträffande hyresförhållanden.

I överensstämmelse med sina skyldigheter mot medborgarna ankommer det på staten att *ge rättsligt skydd* åt envar som har legitimt behov därav. Avtalskonflikter löses i sista hand av ett statligt organ, domstol. Jämsides härmed framträder ett preventivt skydd. För samhället måste det vara angeläget att så väl som möjligt — utan starkare begränsningar av avtalsfriheten — hindra eller minska kränkningar av intressen förknip-pade med avtal. En sida härav är att skydda icke organiserade kollektiv, detta ser vi t.ex. i konsumentskyddslagstiftningen.

Man bör även nämna *miljövården*. Industriell verksamhet, transporter m.m. måste i allt större omfattning beakta behovet av en möjligast ren och ostörd miljö. Detta kan i allmänt intresse medföra begränsningar av män-niskors frihet att gestalta sina avtalsförhållanden.

Även när det inte ligger i samhällets intresse att direkt gripa in i den privata avtalsssfären kvarstår statens uppgift att erbjuda medborgarna bästa möjliga *service*. Vi ser det i många dispositiva lagar.

När man talar om samhällsintressen eller allmänna intressen är det inte, åtminstone inte i större omfattning, fråga om den organiserade sta-tens utan om medborgarnas eller större medborgargrupperns intressen. Dessa intressen förefaller att utvecklas och stärkas i takt med det ekono-miska livets expansion och en växande välfärd. I den utvecklingen kom-mer den enskilda människan lätt i kläm. Spänningen mellan allmänt och enskilt intresse påverkar allt mera den avtalsrättsliga normeringen.

V. Rättspolitikern med dess *intresseavvägning* är i första hand lagstifta-rens dilemma. Det gäller att överväga i vilken utsträckning och på vilka sätt det är motiverat att genom lag gripa in i avtalsförhållanden.³

3. Taxell, Festskr. Ylöstalo 411 ff.

Utgångspunkterna är givna. Avtalsfriheten med dess centrala roll i det marknadsekonomiska systemet tillerkänner parterna rätt att själva bestämma avtalsvillkoren. Inom den privata sektorn erkänner man enligt demokratins synsätt människornas frihet att utan intrång utifrån reglera sina mellanhavanden. För begränsningar krävs sakligt motiverade och tillräckligt starkt underbyggda skäl.

Generellt kan man säga att lagstiftaren har skäl att ingripa när ingående av avtal, innehållet i avtal eller avtals fullgörande hotar eller åsidosätter intressen — parts eller någon annans — som lagstiftaren finner skäl att skydda. Det är intresseskyddet som utgör det primära motivet för avtalsrättsligt lagstiftning. Därtill kommer att lagstiftaren enligt sin allmänna uppgift att främja ordning och stadga i ekonomisk verksamhet och att ge avtalsparter "normservice" kan ha anledning att reglera avtal genom dispositiva stadganden. Också dessa bygger på intresseavvägningar, vilkas resultat binder parterna, ifall dessa inte avtalsvägen avvikit från lagens reglering.

Lagstiftaren ser i första hand till intressen utanför partsrelationerna — tredje mans och samhällets (ovan p. III, IV). Detta är påkallat därför att parterna ingalunda alltid beaktar dem. Sådana intressen måste föras in i övervägandena via tvingande lagstadganden. Också parterna kan behöva lagens stöd i sina inbördes relationer. Framför allt är det lagens uppgift att till parts förfogande ställa de instrument som kan vara nödvändiga för att han skall kunna bevaka och fullfölja sina intressen enligt avtalet. Behovet härav framträder vid avtalsstörningar. Dessutom är det viktigt att en svagare part i avtalsförhållandet kan skyddas mot att obehörigt eller oskäligt utnyttjas av motparten, konsumentskyddslagstiftningen och den allmänna jämningsregeln (AvtL 36 §) ger exempel härpå. I allt detta vägs relevanta intressen mot varandra.

Också i normskapande på sidan om lagstiftningen är intresseavvägningen viktig. Särskilt beträffande allmänna avtalsvillkor bör understrykas att den som utformar villkoren borde beakta blivande motparter intresse i rimlig omfattning. Faran för att så inte sker, att partsegoismen alltför långt tillåts dominera, är ofta en realitet som man måste räkna med. Avtalsvillkoren blir lätt oskäliga för motparten i någon punkt. Lagstiftarens ingrepp via den allmänna jämningsregeln och ett kollektivt utformat konsumentskydd motiveras i mycket med standardavtalens obalans.

I den mån i rättsnormer innefattas en intresseavvägning har den relevans också när normerna tolkas och tillämpas.

Allmänna rättsprinciper utformas i syfte att på ett balanserat och riktigt sätt väga partsintressen mot varandra. Skälighets- och lojalitetsreglerna åskådliggör detta. I fråga om dem ställs krav på den enskilda partens agerande som inte bör bestämmas av en hård intresse-egoism.

I rättsliga avgöranden som inte består i en automatisk normtillämpning ingår intresseavvägning ofta som ett led i övervägandena. Detta framträder tydligt i prövningsfall (nedan s. 79 ff), t.ex. i jämkning av avtalsvillkor eller av skadestånd. Också i normlösa situationer är intresseproblemet ofta framträdande, låt vara att domstolen inte i fråga om balanseringen av partsintressen mot varandra har samma rörelsefrihet som lagstiftaren (nedan s. 96).

3. ALLMÄN OCH SPECIELL AVTALSRÄTT

För normering av avtal kan man skissera två alternativa grundlinjer.

Man skapar normer för det enskilda avtalet och för den avtalstyp till vilken det hör. En sådan reglering fäster huvudvikten vid faktiska omständigheter och syften som kännetecknar det ifrågavarande avtalet och likartade avtal — lösöreköp, arbetsavtal etc. Siktet är inställt på det man kallar *speciell avtalsrätt*.

Det andra alternativet framhäver regler, riktlinjer och fakta — element — med rättslig betydelse för avtal i allmänhet eller för grupper av avtal. Man ser bort från det enskilda avtalets och avtalstypens utformning och speciella kännetecken. Syftet med utredningar och överväganden inom en sådan *allmän avtalsrätt* är att klarlägga linjer och principer för att på det sättet forma och belysa en systematisk helhet och sambanden mellan dess delar. En sådan generalisering och systematisering kan tjäna som bas och vägledning för bedömningar av enskilda avtal och avtalstyper samt av konkreta avtalskonflikter. Man eftersträvar enhetlighet utan att förneka relevanta olikheter.

Den starka och omfattande expansion, innefattande jämväl specialisering, som på senare tid skett inom ekonomisk verksamhet föranleder frågan: finns det i den heterogena mångfalden plats för en allmän avtalsrätt?¹

Några faktorer förefaller att *förneka* eller åtminstone *minska* behovet av allmänna avtalsrättsliga element.

I ekonomisk verksamhet har man skapat och utvecklat *nya avtalstyper* — leasing, joint venture avtal etc. — för att tillgodose speciella behov som

1. Se *Klami*, Ihmisen säännöt 340 ff, *Wilhelmsson* 22, *Rissanen*, LM 1987 431, *Cheshire and Fifoot* 23.

framträtt i praktiken. De klassiska avtalstyperna — köp, lega etc. — finns visserligen kvar, men de har differentierats och i många fall komplicerats, varigenom nya synsätt och regler trängt in. Det har skett uppsjälkningar.

I den mån *ny avtalsrättslig lagstiftning* tillkommit — och det har skett ganska ofta — har densamma reglerat särskilda avtalstyper, ofta med huvudsyfte att skydda intressen som mera än tidigare ansetts kunna komma i kläm i utvecklingen. Som exempel kan man nämna hyresavtal och den reglering som skett i fråga om konsumentköp och -krediter (KonsumentskyddsL). Lagstiftningen har sällan varit allmänt avtalsrättslig, den har fullföljt specifika syften.

Den allt mera utbredda användningen av *allmänna avtalsvillkor* innefattar standardisering och rationalisering för vilka praktiska behov och ekonomisk ändamålsenlighet i första hand är avgörande. Standardvillkor är ingalunda alltid förenliga med allmänna avtalsrättsliga principer.

Ytterligare kan man nämna *internationaliseringen* inom det ekonomiska livet, vilken fört in nya specifika element i avtalsförhållanden.

Å andra sidan kan man i dag — och uppenbarligen även i framtiden — peka på fakta och tendenser som understryker *allmänna element* i avtalsrättsliga relationer.

Det finns *lagbestämmelser* som gäller *avtal* i *allmänhet* utan att anknyta till någon särskild avtalstyp. Främst står AvtL med dess för all avtalsrätt betydelsefulla principer om bindande anbud och svar och om behörighet och befogenhet i fullmaktsförhållanden samt en del ogiltighetsregler. Också utanför lagstiftningens gränser har det dragits riktlinjer som införlivats med allmän avtalsrätt, t.ex. det närmast ur köprätten härledda kravet på väsentlighet som betingelse för hävning.

I lagar rörande speciella avtalstyper finns drag som uttrycker *allmänna* avtalsrättsliga element. Sålunda har man i lagar om arbets- och hyresavtal i vissa stycken begränsat parternas frihet att bestämma avtalens innehåll och framför allt att tillgripa sanktioner vid avtalsstörningar — i överensstämmelse med en numera allmänt godtagen strävan att skydda en svagare part. Samtidigt kan man konstatera att lagarnas tvingande regleringar inte har den räckvidd att de skulle omkullkasta de allmänna principerna om avtalsfrihet och avtalsbundenhet. I denna problematik ser man en balansgång mellan specifika och allmänna avtalsrättsliga element.

De *allmänna avtalsvillkoren* begagnar, trots sin praktiska målsättning, material som den allmänna avtalsrätten erbjuder. Man använder termer, begrepp och konstruktioner som i avtalssammanhang vanligen nyttjas och som långt har en allmängiltig innebörd — uppsägning, hävning, garanti etc. Vidare kan man nämna t.ex. friskrivningsklausuler, som i standardavtalen utgår från och vanligen konstrueras som undantag från gängse ansvarighetsregler och därför bör bedömas i relation till dessa.

I avtalsrättens utveckling kan man skönja *tendenser* som inte begränsas till vissa avtalstyper eller verksamhetsområden utan har en större bärvidd. Man kan nämna den på senare tid starkt framryckande skälighetsprincipen. Den kom först till uttryck i speciallagstiftning i form av en jämningsregel (SkuldebrevsL 8 §, FörsAvtL 34 § etc.). Trycket på att vidga principen ökades undan för undan och resulterade i analogitillämpning, närmast av SkuldebrevsL 8 §. Genom ändringen av AvtL 36 § lagfästes skälighetsprincipen att gälla generellt. I dag skönjer vi ytterligare utvecklingstendenser: skälighetsbedömningar med fotfäste utanför jämnings-situationer, det än så länge obestämda lojalitetskravet, ett framhävande av sociala aspekter i avtalsrelationer etc. Avtalsrätten är dynamisk också utan direkt stöd i ny lagstiftning.

Det material som har relevans för avtalsrätten är omfattande och disparat. Det är viktigt att kunna se gemensamma linjer och grunder, att undvika motstridiga avgöranden när enhetlighet och samstämmighet är motiverade. I mycket är det fråga om rättssäkerhet, vikten av att kunna förutse konsekvenserna av parternas handlande eller underlåtande. Detta underlättas när avtal och avtalstyper kan passas in i *enhetliga mönster*. Sådana främjar stadga och säkerhet i avtalsförhållanden och tillgodoser därigenom ett allmänt intresse.

Avtalsförhållandena och deras reglering framvisar sålunda både speciella och allmänna drag. Det är inte motiverat att betona de förra så starkt att de allmänna avtalsrättsliga aspekterna fördunklas. Uppenbarligen behöver den allmänna avtalsrätten också framdeles utvecklas vid sidan av den speciella. Det är närmast fråga därom hur man skall avväga och kombinera speciella och allmänna avtalsrättsliga element.

Vilka uppgifter har en allmän avtalsrätt i det läggspelet?

Den allmänna avtalsrättens principer, riktlinjer och fakta är viktiga i *normskapandet*. För lagstiftaren bör det vara angeläget att vid normeringen av en avtalstyp använda termer och begrepp i hävdvunnen mening —

t.ex. inte sammanblanda termerna uppsägning och hävning, såsom ibland skett. Det är viktigt att lagstiftaren har att tillgå en väl försedd arsenal av termer, begrepp och principer. Enhetligheten befordras, tolkning och tillämpning underlättas. Likaså är det viktigt att inte utan tvingande och klart redovisade skäl avvika från allmänt vedertagna grundsatser rörande t.ex. avtals uppkomst och tillämpning eller påföljder av avtalsstörningar. Om avvikelser sker, bör de motiveras tillräckligt tydligt. Ifall lagstiftaren t.ex. finner det angeläget att frångå den för parts ersättningsskyldighet allmänt godtagna culpapregeln — med den innebörd och räckvidd den har i avtalsförhållanden — bör detta sägas ut och motiveras.²

Det sagda gäller ganska långt också när parterna eller någon av dem avfattar individuella eller allmänna avtalsvillkor. Innehållet blir klarare, tillämpningen lättare och konfliktsituationerna reduceras om man följer vedertagna linjer. Allmänna avtalsrättsliga element informerar om riktlinjer, som är bra att följa, och fullgör sålunda en serviceuppgift när avtal ingås.

När man har att *klarlägga innehållet* i avtal får man ofta vägledning av allmänna avtalsrättsliga element. Man presumerar att använda uttryck och termer har den innebörd som de normalt har i avtalsrättsligt språkbruk. I tolkningen av oklara eller ofullständiga avtalsvillkor erbjuder den allmänna avtalsrätten både tolkningsmaterial och -kriterier. Det samma gäller situationer då normluckor är för handen.

I *konfliktsituationer* efter det avtalsstörningar inträtt finns det ofta plats för allmänna avtalsrättsliga överväganden. När ett avtals ogiltighet påyrkas, måste man ofta ty sig till ogiltighetsgrunder som gäller avtal i allmänhet. I fråga om krav grundade på avtalsbrott utgår man oftast från normala förutsättningar för påföljder — väsentlighetskravet vid hävning, culpa som grund för skadestånd etc. Också i avtal, som man försökt göra normativt heltäckande, finns det, när konflikter inträtt, vanligen utrymme för kompletterande allmänna avtalsrättsliga överväganden.

Det som här sagts om den allmänna avtalsrättens syften och betydelse *exemplifierar* endast behov och inriktning. En speciell avtalsrätt med dess av praktiska och ekonomiska synpunkter och av konkretiserade skyddsbehov präglade faktorer bör ofta prioriteras framom allmänna avtalsrätts-

2. Se NU 1984:5 258 f, *KöpLProp.* 26 f, 70 f.

liga element. Vanligen föreligger likväl inte en konkurrens i vilken det speciella utesluter det allmänna utan ett samspel, som får särskild relevans i avtalskonflikter. I detta samspel erbjuder allmänna avtalsrättsliga element hjälpmedel som man tillgriper när normer och fakta med anknytning till ett visst avtal eller en bestämd avtalstyp inte är tillfyllest. Därutöver har de en "självständig" funktion i det avseendet att de genom att befordra enhetlighet och kontinuitet stärker rättssäkerheten och främjar rättskyddet. Jämsides härmed försöker den allmänna avtalsrätten fånga upp tendenser och fixera riktlinjer i utvecklingen.

4. ALLMÄNNA AVTALSPRINCIPER

4.1. Bakgrund och förankring

Den enhetlighet och systematik som man eftersträvar inom allmän avtalsrätt bygger på överväganden som inte får vara och inte heller bör uppfattas som rent teoretiska konstruktioner. För att få reell betydelse måste principer och riktlinjer förankras i verkligheten och ha sin grund i rättspolitiska syften och bedömningar.

I enlighet härmed inriktas och präglas normeringen inom avtalsrätten av tre *ledande principer*:

- avtalsfriheten,
- avtalsbundenheten eller principen om avtals bindande kraft, samt
- skyddsprincipen.

Dessa principer har fäste i det demokratiska samhällssystemet. Den individens frihet och trygghet som hör till demokratin har följdverkningar inom den privata sektorn, också jämlikhetskravet har relevans. Det marknadsekonomiska systemet — även när det inte renodlas — förutsätter frihet och säkerhet i avtalsförhållanden, annars fungerar det inte.

De olika intressen som är knutna vid avtal (ovan 2) ger innehåll åt de ledande principerna. Härigenom får dessa ett rättspolitiskt syfte vilket via dem projiceras på konkreta avtalsförhållanden. En allmän avtalsprincip är en exponent för synpunkter, tankar och strävanden som man vill se förverkligade i avtalsförhållanden, en *syntes* av faktiska och rättsliga element. De får inte uppfattas som abstrakta eller bindande normer. De betecknar *riktlinjer* för lagstiftning och rättstillämpning, linjer som kan och bör brytas om sakligt grundade skäl föreligger. De genomsyrar hela avtalsrätten.

Avtalsprinciperna konkretiseras bäst när de direkt eller indirekt kommer till uttryck genom lagstiftning eller annat normskapande eller synbart framträder i rättstillämpningen. Förankring i lagstiftning och praktiskt rättsliv är nödvändig för att principerna skall få största möjliga genomslagskraft på avtalsfältet. Rättspolitiskt sett är det därför viktigt att låta dem återspeglas i lagar och dessas förarbeten. Det kan ske indirekt så att undantag från en allmän princip uttryckligt regleras, varvid det är underförstått att själva principen gäller. Denna situation framträder tydligt i fråga om avtalsfriheten som i stor utsträckning begränsats genom tvingande lagbestämmelser. Lagens regleringar av avtalsbrott förutsätter logiskt avtalsbundenhet. I domstolarnas avgöranden finner man uttryck för en skyddsprincip med varierande innehåll och syftning.

Det uppstår inte sällan motsättningar dels mellan de ledande avtalsprinciperna dels mellan intressen bakom dem. Detta behöver inte minska principernas betydelse som generella direktiv. När t.ex. avtalsbundenheten kolliderar med parts krav på skydd för sina intressen ställs man inför en prioritering eller en sammanjämkning. Principerna får inte vara stela. Det måste finnas plats för en elasticitet som beaktar mångsidigheten i avtalsrättsliga argument och bedömningar.

De ledande avtalsprincipernas betydelse ligger främst däri att de utgör den *bas* på vilken avtalsrättens normsystem byggs upp. De anger inte hur normerna i detalj skall se ut eller hur normerna skall tillämpas i enskilda fall. Normernas enskilda byggstenar måste sökas på annat håll. Men genom att principerna bildar en grund för normeringen kommer de att på olika sätt påverka innehållet i detaljföreskrifterna. En del av dessa kan, trots att man eftersträvar överensstämmelse, komma i strid med en avtalsprincip. Sålunda begränsar detaljregleringen i många fall avtalsfriheten av hänsyn till intressen som lätt kunde hotas, om parterna skulle ha total frihet att ordna sina förhållanden, skyddssynpunkter ges sålunda prioritet.

De avtalsprinciper vilka nämnts här betecknas som ledande därför att de omspannar och präglar hela avtalsrätten. Man kan kalla dem rättsprinciper, om man så vill. De har rättslig relevans. Termen allmän rättsprincip har jag likväl reserverat för grundsatser som har ett trängre betydelseområde, t.ex. skälighetsprincipen, och som på den grund har mera begränsade funktioner i rättsliga avgöranden samtidigt som de syftar till att komplettera andra rättsliga normer.

4.2. Avtalsfrihet

I. Det har redan antytts att avtalsfriheten dels är ett uttryck för individens frihet enligt demokratins mönster dels ett nödvändigt element i en fungerande marknadsekonomi. För sin existens behöver avtalsfriheten knappast någon ytterligare argumentering.¹

Uppmärksamheten riktas på avtalsfrihetens innebörd och räckvidd.

Avtalsfriheten har ett *tredelat innehåll*.

För det första innefattas däri en *möjlighet* — frihet — för individen att ingå avtal om han så önskar eller låta bli att göra det. Avtalsfriheten sträcker sig i princip lika långt som människors frihet att inom rättsordningens ram förfoga över sin egendom och ordna sina relationer till andra människor.

För det andra kan individerna *välja* med vem och på vilket sätt de ingår avtal.

För det tredje kan parterna själva *bestämma avtalets innehåll* och villkor. De kan, utan tvång utifrån, reglera både huvudlinjer och detaljer i den samverkan som varje avtal utgör. Här ingår också möjligheten för parterna att ändra, komplettera eller upphäva ett gällande avtal.

Avtalsfriheten — med de tre sidor som här nämnts — kan inte vara fullständig. *Begränsande faktorer* förekommer i stor omfattning. I dem framträder avtalsfrihetens egentliga problem.

Man kan formulera en allmän *tes*: avtalsfriheten gäller till dess den stöter på någon begränsande omständighet.²

II. Vilka faktorer kan föranleda *begränsningar*³ i avtalsfriheten?

- 1) I många fall föreligger en skyldighet att ingå avtal — *kontraheringsplikt*.⁴ Den förekommer inom vissa grenar av näringsverksamhet. Motiven växlar.

Den som lider skada genom andras åtgärder eller den som kan bli ansvarig för skada i den verksamhet han utövar har intresse av att det

1. Avtalsfriheten har utförligt behandlats i rättslitteraturen, se *Taxell* II 450 ff och där nämnd litteratur samt *Atiyah*. Se även *KöpLProp* 13 f.

2. Se *HD* 1985 I 1.

3. *Taxell* II 451 ff, *Jørgensen* 27 ff, *Atiyah* 716 ff.

4. *Taxell* II 451, *Victorin*, SvJT 1976 438 ff.

finns täckning för ersättningsansvaret. Också ett allmänt intresse kan anses kräva garantier för att uppkomna skador kompenseras. Särskilt i fråga om personskador framträder sociala synpunkter. När lagen utgående härifrån föreskrivit obligatoriska försäkringar — t.ex. arbetstagares olycksfallsförsäkring och trafikförsäkring — har den, åtminstone indirekt, ålagt de företag som beviljar försäkringar en kontraheringsplikt i förhållande till personer som är skyldiga att teckna försäkring. Också beviljad koncession för t.ex. bankverksamhet, medför skyldighet att ingå vissa slag av avtal enligt direktiv som gäller för verksamheten. Monopolföretag och företag som offentligen erbjuder sina tjänster har kanske inte en egentlig skyldighet att sluta avtal men god sed bjuder likväl att potentiella avtalsparter inte godtyckligt avvisas.

- 2) De flesta begränsningar av avtalsfriheten framspringer ur behovet att skydda intressen som kan hotas eller åsidosättas av bestämmelser i avtal eller genom avtals förverkligande. Begränsningarna gäller avtals *innehåll* och rättsverkningar.

Intressen som kan kräva begränsningar har berörts ovan (s. 18 ff): parts skydd mot andra parter, tredje mans skydd mot avtals verkningar som kan göra intrång i hans rätt eller intressen, tillgodoseendet av allmänna intressen i överensstämmelse med uppgifter som samhället har bl.a. i fråga om social och ekonomisk politik.

Begränsningar kan också framträda i föreskrifter om viss avtalsmekanism, formkrav (t.ex. överlåtelse av fast egendom).

I de fall som här berörts framträder spänningar eller motsättningar mellan å ena sidan avtalsfriheten, å andra sidan intresseskydd eller rätts-säkerhet. Begränsningar betyder att man prioriterar skyddet eller säkerheten.

- 3) Avtalsfriheten kan *begränsas genom avtal*.

I ett på avtal grundat samarbete kan det finnas behov att begränsa parternas möjligheter att ingå avtal med tredje man — generellt eller med viss person — eller att i avtal med utomstående inta villkor av visst slag. Som exempel kan nämnas konkurrensavtal (se L om främjande av ekonomisk konkurrens 423/1973 8, 9 §§) och konsortialavtal eller andra sam-

arbetsavtal mellan aktieägare ifråga om utövande av rösträtt eller överlåtelse av aktier till utomstående. Avtal som starkt begränsar parts handlingsmöjligheter kan ibland uppfattas som ett icke godtagbart åsidosättande av avtalsfriheten (se AvtL 38 §).

- 4) *Faktiska begränsningar* av avtalsfriheten kan uppkomma som en följd av rationalisering och standardisering av ekonomisk verksamhet. Av praktiska skäl kan individuella avtalsvillkor inte alltid användas: biljettpreiser i allmänna fortskaffningsmedel är fasta, försäkringsavtalen följer allmänna försäkringsvillkor, användandet av allmänna avtalsvillkor utesluter ofta avtal med härifrån avvikande villkor etc. I sådana fall har den ena parten begränsad rörelsefrihet, han har att finna sig i villkoren eller låta bli att ingå avtal. Också samhällets reglering betyder i många fall inskränkningar, även om endast maximigränser för t.ex. avgifter fastställts.

Hur förverkligas begränsningar i avtalsfriheten?

Mest sker det genom *tvingande lag* eller samhälleliga regleringar i stöd av sådan lag. Lagen kan använda olika metoder. Den kan innehålla direkta eller indirekta förbud (t.ex. mot indexklausuler eller mot avtal i strid med tro och heder, AvtL 33 §) eller handlingsdirektiv (t.ex. i fråga om form för avtal rörande fast egendom, JB 1:2, JordlegoL 3 §). Vidare kan lagen ange gränser inom vilka parterna kan överenskomma om vissa avtalsvillkor (t.ex. FörsAvtL 14 §) eller bestämma under vilka förutsättningar varaktiga avtal kan bringas att upphöra (t.ex. ArbAvtL 37 §).

Om i lag ingående begränsningar av avtalsfriheten åsidosätts, kan olika påföljder inträda: avtalet är i sin helhet ogiltigt, det mot lagen stridande villkoret är utan verkan, vilket eventuellt leder till att avtalet återgår, villkoret modifieras så att det överensstämmer med lagens krav, en i stöd av avtalet företagen åtgärd (t.ex. uppsägning) förklaras vara överksam.

En alternativ lösning är att offentlig myndighet efter prövning in casu förbjuder användandet av visst avtalsvillkor (KonsumentskyddsL 3:2 och 3). En sådan behörighet för en myndighet måste ha uttryckligt stöd i lag.

Avtal som begränsar avtalsfriheten framkallar två problem.

Det första: *hur långt kan en part begränsa sin frihet att ingå avtal?* En total begränsning är inte möjlig. Ett avtal som inskränker parts handlingsmöjligheter inom ett visst område — t.ex. ett konkurrensavtal — eller

i förhållande till bestämda personer eller grupper — t.ex. förbud att sälja aktier till utomstående — kan däremot godtas. Sådana avtal kan likväl inskränka parts verksamhetsmöjligheter så starkt att avtalet inte alls eller inte i avtalad omfattning bör anses vara bindande. I fråga om konkurrensavtal föreskriver lagen att avtalet inte är bindande till den del det oskäligt begränsar parts handlingsfrihet (AvtL 38 §). Också i andra avtal kan en begränsande klausul helt eller delvis underkännas efter företagen skälighetsprövning (AvtL 36 §).

Det andra problemet: har ett begränsande avtal, som i och för sig är giltigt, *verkan i förhållande till tredje man*? Frågan blir aktuell när en part i avtal med tredje man handlar i strid med det begränsande avtalet — ett normavtal, samarbetsavtal etc. För konflikten finns två alternativa lösningar: antingen är det med tredje man ingångna avtalet ogiltigt till den del det strider mot det begränsande avtalet eller bedöms läget — utan att avtalet med tredje man påverkas — endast som en fråga om avtalsbrott och påföljder mellan parterna i det begränsande avtalet. Den senare lösningen är den principiellt riktiga utgående från att ett avtal och dess förverkligande utgör en angelägenhet mellan parterna. Men generellt kan detta inte gälla. Särskilda omständigheter kan leda till att det begränsande avtalet ges företräde och sålunda har rättsverkan mot tredje man (se nedan s. 70 f).

4.3. Avtalsbundenhet

I. Partsförhållanden behärskas genomgående av principen om avtals bindande kraft — den romerska rättens *tes pacta sunt servanda*.⁵ Denna avtalsbundenhet innebär att parterna skall iaktta de handlingsnormer som gäller för det avtal i vilket de samverkar. Skyldigheter skall fullgöras, rättigheter förverkligas.

Avtalsbundenheten utgör ett nödvändigt element i parternas samverkan. Den bildar stommen i avtalsrättsliga relationer och ger dem styrka.

Man kan peka på olika *motiv*. Avtalens stora betydelse i människorelationer och i ekonomiska förhållanden betingar att parterna ömsesidigt kan lita på att ingångna avtal fullgörs. Bundenheten möjliggör hållbara

5. *Taxell* I 3 f, 21 f.

ekonomiska kalkyler. Den skyddar seriösa parter mot dem som vill utnyttja avtalsapparaten chikanöst eller i rent spekulativt syfte. I detta finns också etiska värderingar. Sett ur samhällets synpunkt är det viktigt att genom avtalsbundenhet främja stadga och säkerhet i det ekonomiska livet.

Avtalsbundenheten är inte någon absolut princip. Genom överenskommelse kan parterna utesluta eller begränsa bundenheten. De kan stipulera en ensidig bundenhet, t.ex. i vissa options- och föravtal. En part eller bägge parter kan ges rätt att annullera ett avtal. Dessa och andra dispositioner kan parterna fritt företa. En avvikelse från regeln om avtalsbundenhet kräver medverkan av samtliga parter eller att en särskild upplösande faktor är för handen (II).

Bundenheten vid ett avtal kan vara relativ eller elastisk i den meningen att den ger part vissa valmöjligheter när avtalet skall fullgöras.

För att bundenhet skall uppkomma krävs ett definitivt avtal. Genom vilken mekanism avtalet tillkommer är irrelevant. Det finns avtalsmekanismer enligt vilka avtalsbundenheten uppkommer successivt så att den vidgas och stärks i takt med att avtalsprocessen fortskrider (nedan s. 88). Att märka är också att de viljeförklaringar — anbud och svar — som inkluderas i en vanlig avtalsmekanism, var för sig utgör bindande löften, ifall inte annat bestämts (AvtL 1 §).

Principen om avtals bindande kraft har inte uttryckligt formulerats i lag. Den kan likväl utläsas ur stadganden i AvtL 1 kap. Avtalsrättsliga lagar bygger genomgående på densamma. Det råder ingen tvekan om att den gäller generellt — också utanför de lagreglerade avtalstyperna.

II. Avtalsbundenheten gäller till dess avtalet fullgjorts i alla dess delar. Olika faktorer kan likväl leda till att bundenheten helt eller delvis *upplöses* i förtid.

En central uppgift inom allmän avtalsrätt är att formulera regler och konstruera mekanismer som hindrar eller försvårar avtalsbundenheten att upplösas eller försvagas. Å andra sidan behövs normer som anger under vilka förutsättningar och på vilka sätt part kan frigöra sig från avtalsbundenheten, om hans intresse så kräver. Denna dubbla målsättning, med element som motverkar varandra, för oss in i avtalsstörningarnas omfattande problemkomplex där parternas rättsskyddsbehov dominerar.

Utgångspunkt för varje bedömning av hithörande frågor är att avtalsbundenhet presumeras gälla till dess man påvisar någon särskild omständighet som motiverar en upplösning eller modifiering av bundenheten.

Upplösning av avtalsbundenhet kan ha många orsaker och genomföras på olika sätt. Schematiskt kan man göra en indelning i fyra grupper.

- 1) Avtalet kan uttryckligen eller konkludent *ge part rätt att upplösa avtalsbundenheten*. Främst är det fråga om avtal med uppsägningsklausul. En sådan kan ge en eller alla parter en obegränsad eller en till avtalade betingelser knuten rätt att upplösa avtalsförhållandet. I lag reglerade varaktiga avtal — arbetsavtal, hyres- och legoavtal — har föreskrifter om uppsägning. Också varaktiga avtal, som inte reglerats genom lag, kan under vissa förutsättningar upplösas genom parts uppsägning trots att klausul här- om inte finns i avtalet.
- 2) Det förekommer att avtalsbundenhet inte alls uppkommit på grund av omständigheter som var för handen före eller vid avtalets ingående — *ursprunglig avtalsrubbnig*.⁶ De flesta hithörande fall betecknas med termen ogiltighet. Man kan känneteckna ogiltighetssituationerna så att ett verkligt avtal inte har uppkommit, det föreligger en situation som framstår som ett avtalsförhållande trots att bundenhet inte är för han- den. Också i dessa fall presumerar man bundenhet till dess en part, i syfte att frigöra sig, gör gällande att avtalet inte binder honom. Om ett sådant yrkande inte görs, kan förhållandet mellan parterna behandlas som ett gällande avtalsförhållande trots att avtalet rättsligt sett inte binder. Faktorer med anknytning till allmänna intressen eller tredje mans rätt kan likväl leda till att bristen i avtalet inte elimineras genom parternas passivitet; som exempel kan nämnas att avtal om fastighets- överlåtelse med avseende på formkravet granskas när ansökan om lag- fart behandlas samt att tredje man genom återvinningstalan i konkurs kan kräva att ett avtal förklaras ogiltigt.
- 3) Efter det ett bindande avtal uppkommit kan det inträffa omständighe- ter som motiverar att bundenheten upplöses helt eller delvis. I regel

6. *Taxell* I 130 ff.

påverkar *ändrade förhållanden* inte avtalets bestånd eller enskilda avtalsvillkor. Parterna bär var för sig risken för att ändringar i faktiska förhållanden inträder, t.ex. med avseende på ekonomiska förutsättningar för avtalets fullgörande. Undantagsvis är det likväl rimligt att överväga om avtalsbundenheten skall fortsätta. Det kan sålunda vara motiverat att ge part rätt att i en väsentligt förändrad situation annullera avtalet eventuellt mot skyldighet att betala ersättning.⁷ Ett ändrat läge kan betyda att avtalsbalansen avsevärt rubbats eller att det annars vore oskäligt att låta bundenheten fortbestå. Sådana bedömningar kan leda till att ett avtalsvillkor modifieras eller försätts ur kraft eller att avtalet i dess helhet upphör att vara bindande.⁸

- 4) Avtalsbundenheten kan upphöra som en följd av *avtalsbrott* — både när orsakerna till utebliven eller bristande fullgörelse finns hos en part och när avtalsbrottet föranleds av yttre faktorer (t.ex. force majeure). Principiellt leder ett avtalsbrott inte till att avtalsbundenheten upphör. Trots avtalsbrottet är parterna fortfarande bundna — principen om fortsatt bundenhet.⁹ Det är viktigt att kunna bestämma under vilka förutsättningar och genom vilka åtgärder avtalsbundenheten upplöses. Undantagsvis kan avtal automatiskt förfalla på sådant sätt att ingen part kan framställa något anspråk grundat på avtalet.¹⁰ Orsaken kan vara ett oöverstigit prestationshinder eller att avtalets ändamål bortfallit när avtalet inte fullgjorts inom föreskriven tid. Parts underlåtenhet att inom skälig tid framställa anspråk grundade på avtalsbrott kan leda till att avtalet förfaller (försenad reklamation etc.). Efter ett avtalsbrott kan det vara motiverat att låta en ensidig åtgärd från en parts sida — hävning — upplösa avtalsförhållandet. Det behövs normer som anger under vilka förutsättningar hävning får ske, vanligen fordras att avtalsbrottet är väsentligt. Ett avtalsbrott kan leda till en modifiering av villkor i avtalet utan att bundenheten helt upplöses. Sålunda kan bristfällig prestation motivera en minskning av det avtalade vederlaget.

7. Se *Taxell* I 162 ff.

8. Se *Taxell* I 151 ff, *Hellner*, Festskr. Ylöstalo 133 ff; även *Jokela*, DL 1978 133 ff.

9. *Taxell* I 177 ff.

10. *Taxell* I 418 ff.

När man säger att avtalsbundenheten upplösts betyder det att avtalet inte skall fullgöras enligt sitt innehåll. En annan sak är att anspråk trots det kan framställas i stöd av avtalet, främst ersättningskrav av olika slag.

Gränserna mellan de grupper som nämnts i det föregående är inte alltid exakta eller tydliga. Bilden av problemet upplösning av avtalsbundenhet är mycket mera komplicerad än den som här tecknats med några huvudlinjer. En omfattande normering är nödvändig.

4.4. Skyddsprincipen

En allmän rättspolitisk strävan är att erbjuda skydd för intressen som kan vara förknippade med avtal. Avtalsrättens normer är i stor utsträckning inriktade härpå.

När man försöker ge substans åt det som här kallas skyddsprincipen har man att utgå från att rättsskydd bör ges när ett faktiskt behov därav är för handen.¹¹ Skyddet förverkligas genom rättslig normering och genom rättstillämpning, innefattande jämväl rättsliga avgöranden i lägen då tillämpliga normer saknas. Huvudsakligen är det fråga om *parternas skydd* i relation till varandra. Endast den sidan berörs i det följande.

Skyddsprincipen har för parternas del en *dubbel inriktning*.

- 1) Det är ett primärt rättspolitiskt syfte att garantera att det som innefattas i avtal blir förverkligat, att parternas samverkan fungerar så som avtalen föreskriver eller förutsätter. Principen om avtals bindande kraft erbjuder den bästa rättsliga garantin härför. Den skyddar alla parter: envar part skall få det som är utfäst i avtalet och han är inte skyldig att fullgöra något utöver det avtalet förpliktar honom till. I den meningen finns det inte något motsatsförhållande mellan avtalsbundenhet och behovet av rättsskydd. *Avtalsbundenheten* bildar *stommen i parisskyddet*.

Detta sakförhållande konkretiseras när en part inte för sin del fullgör avtalet enligt dess innehåll. Rättsordningen godtar långt parts anspråk på avtalsprestation (fullgörelse in natura) och erbjuder möjligheter att ge-

11. Närmare härom *Taxell* I 14 f.

nomdriva anspråket via domstol och exekutiv myndighet. I de fall då avtalsprestation inte tvångsvis kan förverkligas,¹² kan rättsskydd ges i form av ersättningskrav grundat på avtalet.

Hela det påföljdssystem som avtalsrätten byggt upp kring avtalsbrott grundar sig på principen om avtals bindande kraft. Sålunda är t.ex. hävning, som ofta kompletteras med ett ersättningsanspråk, baserad på det faktum att avtalsbundenheten består trots avtalsbrottet till dess den elimineras genom hävningsåtgärder.

Också den part som brutit avtalet kan tänkas ha ett behov att till sitt skydd åberopa avtalsbundenheten. Sålunda kan hävning av avtalet strida mot hans intressen. Påföljder som förutsätter fortsatt men modifierad bundenhet, t.ex. vederlagsminskning, kan vara mindre betungande än total upplösning.

- 2) Skyddsproblemets andra sida framträder däri att en part kan ha giltig orsak att helt eller delvis *befrias från avtalsbundenheten*. Hans intresse av befrielse kan vara så starkt att det förtjänar rättsordningens stöd. Part värjer sig mot konsekvenserna av avtalets bindande kraft.

För att part skall kunna ges ett sådant skydd räcker det inte med ett konstaterande att hans intressen skulle åsidosättas genom avtalets fullgörande. Det måste finnas en särskild, rättsligt relevant grund för upplösning av bundenheten — en ogiltighetsgrund, oskäligt avtalsvillkor, övermäktigt prestationshinder etc. I detta är det fråga om en kollision mellan avtalsbundenhet och partsskydd. Det är närmast en rättspolitisk fråga hur långt det senare bör och kan tillgodoses. Den löses i första hand genom lag. Men lagen kan inte uttömmande ange alla de fall i vilka partsskyddet bör ges prioritet. Också när rättstillämpningen saknar fasta normer att hålla sig till, bör avgöranden kunna träffas utgående från den ovan hävdade tesen att part bör ges rättsskydd när ett faktiskt behov därav är för handen.

En parts strävan att lösgöra sig från avtalet betyder ofta konflikt med motpartens intresse att avtalet skall fullgöras i normal ordning. Vardera sidan kan åberopa ett rättsskyddsbehov. Det måste ske en intresseavväg-

12. *Taxell* I 191 ff.

ning enligt objektiva kriterier utan att någon av parterna ensidigt favoriseras. Skyddsprincipen gäller alla parter. Resultatet av avvägningen framgår ofta ur en prövning av omständigheterna in casu — har ett avtal ingåtts i strid med tro och heder (AvtL 33 §), är ett avtalsvillkor oskäligt (AvtL 36 §), föreligger det vägande skäl för hävning av ett arbetsavtal (ArbAvtL 43 §) etc. Ofta väger det över till förmån för part i underläge. Men inte ens då får man förbise att avtalsbundenheten är huvudregel, att det som avtalats inom avtalsfrihetens ram skall respekteras. Undantag bör förekomma endast när ett tillräckligt starkt faktiskt behov av skydd är för handen i anslutning till en särskild grund av den art eller vikt att den kan eliminera avtalsbundenheten.

Variationerna är stora beträffande olika typer av avtal. Längst har skyddsbehoven tillgodosetts i lagstiftning med social prägel — arbetsavtal, hyresavtal etc. En genomgående tendens i sådana lagar är att skydda den svagare parten.

Skyddsprincipen med dess olika förgreningar löper som en röd tråd genom hela avtalsrätten. Den framträder i varierande situationer dels i överensstämmelse med, dels i motsättning till principerna om avtalsfrihet och avtalsbundenhet.

4.5. Sammanfattning

De tre allmänna avtalsprinciper som berörts i det föregående — avtalsfrihet, avtalsbundenhet och skyddsprincipen — bildar en *rättspolitisk bakgrund* till avtalsrättens normsystem. De bestämmer eller påverkar inriktningen av avtalsrättsliga normer, både de som utformas av parterna och de som ges av lagstiftaren. I stöd av allmänna principer kan man vanligen inte lösa konkreta avtalsrättsliga frågor. Men de ger vägledning när avtalsnormer tolkas och tillämpas och de har stark relevans i avgöranden som inte kan grundas på uttryckliga normer.

Principerna har olika struktur. Avtalsfriheten och avtalsbundenheten har ett klart bestämt innehåll, det råder sällan tvekan om deras innebörd. De har också ett nära samband med varandra. Avtalsfriheten blir meningsfull då det som parterna överenskommit om är bindande. Vice versa betyder en upplösning av avtalsbundenheten att avtalsfrihetens roll be-

skärs. De problem som de två principerna erbjuder, består i att klarlägga och fastslå under vilka betingelser undantag kan eller måste göras. Därvid kommer skyddsprincipen in i bilden.

Skyddsprincipen skiljer sig från de två andra därigenom att den inte har ett konkret och fixerat innehåll. Man kan blott framhäva en abstrakt huvudlinje: part bör ges skydd när han har ett faktiskt behov därav. När och hur sådant skydd skall ges förklarar principen inte. Den begränsas till att ge en riktlinje enligt en allmän rättspolitisk målsättning. Reell innebörd och betydelse får principen först när den konkretiseras i avtalsrättsliga normer, i deras tolkning och tillämpning eller i överväganden i normlösa situationer samt ytterligare när nya normer skapas.

Trots sin annorlunda struktur har skyddsprincipen nära anknytning till de två andra principerna. Man kan säga att avtalsfriheten ger part möjlighet att genom rättsliga dispositioner — avtal — bevaka och skydda sina intressen. Också avtalsbundenheten tjänar rättsskyddet. Å andra sidan kommer skyddsprincipen ofta i motsättning till avtalsfrihet eller avtalsbundenhet. De flesta begränsningar av avtalsfriheten har sin ratio i strävanden att skydda partsintressen eller tredje mans eller samhällets intressen. När avtalsbundenheten upplöses sker det vanligen i syfte att tillgodose parts behov av intresseskydd. Motsättningarna skall i första hand lösas lagstiftningsvägen. Effektivast sker det genom tvingande lagnormer. Utanför regleringen genom lag blir det ofta nödvändigt att in casu företa avvägningar mellan å ena sidan intressen som bär upp avtalsfrihet resp. avtalsbundenhet, å andra sidan parts skyddsintressen konkretiserade i krav på begränsning av avtalsfriheten eller upplösning av avtalsbundenheten.

De allmänna avtalsprinciperna har egentligen inte karaktären av rättsnormer. De utgör närmast sammanfattande beteckningar för syften och strävanden som är riktningsgivande när avtalsrättsliga normer skapas, tolkas och tillämpas.

5. NORMSYSTEMET — ALLMÄNT

I. Såsom en rättsligt reglerad form för samverkan innebär avtalet att parterna är underkastade bindande föreskrifter, *rättsnormer*. Detta gäller alla avtal, också de allra enklaste, t.ex. köp av dagligvaror.

Den rättsliga regleringen av avtal har som allmänt syfte att möjliggöra och främja samverkan mellan parterna. I normalfall handlar parterna, mera eller mindre automatiskt, enligt de för deras avtal gällande normerna. Dessa utgör handlingsnormer oberoende av om parterna är medvetna om deras existens och innehåll eller ej.

Utformningen av avtalsrättens normsystem tar i första hand sikte på *normalfallen*.

De ur rättslig synpunkt vanskligaste problemen uppstår när det inträder *störningar* i avtalsförhållanden med därur härflytande intressemot-sättningar och konflikter mellan parterna. Här möter oss den avtalsrättsliga regleringens andra sida: det behövs normer för situationer i vilka avtalets samverkan störts eller brutits.

Parternas samverkan kan inte i alla stycken och detaljer bestämmas av rättsnormer. Särskilt i mera komplicerade avtal framträder reglerande faktorer av annat slag: ekonomiska kalkyler och annat bakgrundsmaterial, tekniskt kunnande, etiska värderingar etc. Den rättsliga regleringen får inte utsträckas så långt eller djupt att den hämmar parternas på realiteter grundade bedömningar och åtgärder när de har att fullgöra avtal och förverkliga deras syften. Men normproblemet finns alltid i bakgrunden dels som en styrningsmekanism för parternas handlande, dels som en latent faktor i den meningen att en eventuell konflikt eller åsiktsolikhet mellan parterna — även om den t.ex. gäller tekniska frågor — i sista hand skall lösas av domstol eller skiljemän som har att bygga sitt avgörande på rättsligt relevanta, normativa faktorer.

Avtalsrättens normer gäller olika sidor av avtalsförhållanden:

- avtals uppkomst (avtalsmekanismer, avtalsgrundande rättsfakta),
- avtals innehåll och rättsverkningar,
- avtals fullgörande (parternas samverkan),
- avtalskonflikter (avtalsstörningar) och deras lösande.

II. I en allmän karakteristik av avtalsrättsliga normers *syften* tar man fasta på tre moment:

- 1) Normerna informerar parterna om vad de har att iaktta när de ingår eller fullgör avtal eller när konflikter uppkommer i deras inbördes relationer eller i förhållande till tredje man. I stöd av sin normkännedom vet parterna hur de skall handla och förhålla sig och de kan förutse följder av ett handlande eller en underlåtenhet. Normerna har en *informationsfunktion*.

Bristande kännedom om en gällande norms existens — t.ex. ett lagstadgande eller ett allmänt avtalsvillkor — eller oriktig uppfattning om en föreskrifts innehåll kan föranleda menliga påföljder för part.

- 2) Normerna syftar till att styra parternas aktivitet i fråga om avtalsförhållandets tillkomst, existens och avveckling. De har en *styrningsfunktion* i parternas samverkan och i konfliktsituationer.
- 3) När en konflikt uppkommer i partsrelationen får normerna relevans för domstol som har att behandla och avgöra parternas yrkanden. I det skedet bildar normerna en grund för domstolens beslut och ger direktiv för hur konflikten skall lösas. Normerna har en *beslutsfunktion*.

III. Man har att operera med *två grundtyper* av normer: dels de som anger hur parterna skall fungera i sin samverkan, dels de som reglerar följderna av störningar i avtalsförhållandet. I överensstämmelse härmed kan man använda termerna handlingsnormer (förhållningsnormer) och påföljdsnormer (sanktionsnormer).¹ Denna tudelning bygger på det faktum att det inte är tillfyllest med regler om hur människor skall handla eller förhålla sig i givna situationer. Det behövs också direktiv för de lägen som inträder när gällande handlingsregler inte har följts.

1. *Taxell* I 33 f, II 201 ff.

Handlingsnormer reglerar den aktivitet som avtalets ingående och fullgörande utlöser eller borde utlösa hos parterna. De siktar i princip framåt, de ger direktiv för framtida aktivitet, de har en styrningsfunktion.

Karaktären av handlingsnorm framträder tydligast i regler som säger vad parterna *skall* göra eller underlåta. Parterna ställs inför påbud eller förbud: t.ex. en leverans skall fullgöras, en konkurrerande verksamhet får inte inledas. Handlingsnormer kan också uttrycka vad parter *kan* göra, t.ex. välja mellan olika avtalsmekanismer. Ibland uttrycker en norm vad en part *får* göra, t.ex. behörighet att företräda en annan person. Det är genomgående fråga om förpliktelser (skyldigheter), förmåner (rättigheter) och möjligheter med varierande anknytning till avtalsförhållanden. Ofta står rättigheter och skyldigheter mot varandra (ömsesidigt förpliktande avtal).

En del handlingsnormer är formulerade så att de inte direkt anger ett handlingsdirektiv utan endast förutsätter ett sådant. Man kan nämna ogiltighetsreglerna i AvtL 3 kap. som indirekt förbjuder part att begå så att avtalet blir ogiltigt.

Påföljdsnormerna reglerar situationer som uppkommit när avtalsförhållandet störts, m.a.o. när någon för avtalet gällande handlingsnorm inte har följts. Normstyrningen har inte fungerat. Det är då nödvändigt att ha en reglering som tar sikte på följderna av att en handlingsnorm åsidosatts. Intresset koncentreras på det som benämnts påföljd eller sanktion: den konkreta konsekvensen av att en avtalsstörning inträtt. Härvid blir det fråga om påföljdens art, t.ex. hävning eller skadestånd, om förutsättningarna för olika påföljder, t.ex. krav på väsentlighet vid hävning, samt om påföljdernas omfattning, t.ex. total eller partiell ogiltighet. Också frågor rörande förfarandet hör hit, t.ex. reklamationsregler, likaså normer rörande verkställighet av domstolsavgöranden i avtalskonflikter.

Också påföljdsnormerna styr parternas handlande, t.ex. vad part bör iaktta, om han väljer att göra en påföljd gällande (reklamation, krav etc.). När konflikten förs till domstol (eller skiljemän) erbjuder påföljdsnormerna en grund för det rättsliga avgörandet. Beslutsfunktionen träder i förgrunden.

Det finns alltid ett *samband* mellan handlingsnormer och påföljdsnormer, de senare förutsätter de förra.² Ett avgörande beträffande påföljder

2. Se *Taxell* II 207 f, *Zitting*, LM 1984 499 ff.

kan aldrig träffas utan att det har sin materiella bas i bakomliggande handlingsnormer. Påföljdsnormerna är i den meningen subsidiära.

IV. I den *översikt* av avtalsrättens normsystem som ges i det följande har jag — utan anspråk på fullständighet — tagit upp några *principiella frågor*:³

- redogörelsen för olika normtyper syftar till att ge en bild av ett komplicerat regelsystem i vilket de olika typerna har sina särskilda funktioner (6),
- normernas styrka bestäms av olika faktorer som även avgör eller påverkar rangordningen mellan normerna och skapar en för normkollisioner avsedd prioritetsordning (7),
- relationen mellan normerna och den verklighet som de skall reglera framträder i normtillämpningen (8),
- avtalsrättens normer bildar inte ett slutet och komplett system, många normer är ofullständiga och det förekommer helt oreglerade förhållanden och problem — normluckor eller öppna fall (9).

3. Jfr *Klami*, JFT 1984 196 ff.

6. NORMTYPER

I. Avtalsrättsliga normer omfattar regler, föreskrifter och riktlinjer för parternas handlande och för rättsliga avgöranden i avtalskonflikter. I systemet inryms många olika *typer* av normer — rörande avtal i allmänhet (t.ex. AvtL), om särskilda avtalstyper (t.ex. ArbAvtL) samt normer som tillämpas i standardiserade avtal (allmänna avtalsvillkor) eller gäller blott ett enskilt avtal (egentliga avtalsnormer).

De normtyper som behandlas i det följande har sin *grund* och sina *syften* i de fakta och överväganden som berörts i det föregående (1–5). När man med ledning härav skall karakterisera olika normtyper, skilja dem från varandra och se hur de uppkommer, riktas uppmärksamheten främst på tre faktorer:

- *avtalsfriheten* (ovan s.32 ff) betyder att parterna själva får bestämma sätt och former för sin samverkan och sålunda vilka normer som skall gälla i deras avtalsförhållande (partsautonomi),
- olika *intressen* (ovan s. 18 ff), som kan vara förknippade med avtal och som behöver ett särskilt skydd (rättsskydd), kräver en normgivning utanför parternas krets,
- enligt samhällets uppgift att upprätthålla ordning och säkerhet inom alla sektorer av mänsklig verksamhet (rättssäkerhet) bör samhället vid behov kunna erbjuda ändamålsenliga regler för parternas samverkan, *normservice*.

Man kan i fråga om *uppkomst* indela avtalsrättens normer i tre grupper:

- 1) Normer som genom *medverkan av parterna* eller genom åtgärd av en part gjorts till delar av det normkomplex som reglerar ett bestämt avtalsförhållande (II, III).
- 2) Normer tillkomna genom *lagstiftning* eller andra avgöranden av offentlig myndighet (IV, VIII): lag, förordning, statsrådsbeslut, direktiv av förvaltande myndighet.

- 3) Normer som utvecklas *utan en omedelbar normskapande aktivitet* (V–VII), dels praxis som med tiden kommit att uppfattas som normerande (rättsliga sedvänjor, handelssed), dels fakta och synpunkter som utöver enskilda fall har relevans i avtalsförhållanden (allmänna rättsprinciper). Av betydelse är ytterligare HD:s för rättstillämpningen vägledande avgöranden (prejudikat).

Det finns sålunda en stark *normpluralism*. Ingen instans har regleringsmonopol.

I det följande behandlas normtyperna i syfte att framhålla grundlinjer och särdrag i avtalsrättens normsystem.¹ Detaljproblem analyseras inte.

II. Föreskrifter om vilka parterna överenskommit — *egentliga* eller individuella *avtalsnormer*² — bildar slutfasen i den avtalsprocedur som parterna använt. Från avtalsinnehållet avvikande förslag, kalkyler, uttalanden etc., som framförts under avtalsförhandlingarna, träder tillbaka för det som avtalats. Helt har de likväl inte förlorat sin betydelse. Ifall det råder oklarhet om innehållet i en avtalsbestämmelse och parterna hävdar olika uppfattningar, kan det som förekommit medan avtalsmekanismen var i gång ge vägledning bl.a. med avseende på avtalsklausulens syften och räckvidd. Material i det som föregått avtalsslutet kan erbjuda väsentligt tolkningsmaterial.

När man ställs inför svårigheter att fixera den riktiga innebörden eller räckvidden av en avtalsklausul bör man inte se den separat utan uppfatta den som en integrerad del i avtalet som helhet. Därigenom kan klausulen få ny belysning i vilken man bättre ser de för tillämpningen centrala spörsmålen om avtalets syften och envar parts avsikter.

I avtalsnormeringen ingår även det som "kan (må) anses avtalat":³ bestämmelser eller handlingslinjer som parterna inte uttryckligt överenskommit om men som likväl genom parternas uppträdande — handlande, uttalanden, passivitet — kan anses ha blivit delar av det för avtalsförhållandet gällande normkomplexet. Ofta är det fråga om vad parterna stilla-

1. Utförligare, *Taxell* I 31 ff, se även II 156 ff, *Strömholm* 213 ff.

2. Här uppfattas alla avtalsnormer, också de individuella, som rättsnormer, *Taxell* I 35 f, II 166 f; se även *Jørgensen* 51 ff.

3. KöpL 3 §, *NU* 1984:5 200; *Taxell* I 35 f. — Den engelska rättsens "implied terms", se *Cheshire and Fifoot* 115 ff.

tigande kan anses ha förutsatt, t.ex. att köpt vara skall ha viss minimikvalitet eller att man skall följa samma handlingsmönster som i tidigare avtal. Man utreder vilka "rättsgrundande fakta" som kan ha relevans in casu. Frågor rörande avtalsreglering kan inte besvaras enbart genom formella överväganden. Ofta krävs en öppen och på realia grundad bedömning.

Tesen "kan anses avtalat" är obestämd. Entydiga riktlinjer kan inte dras. Man rör sig på gränsen till den prövning som, ifall en konflikt uppkommer, ankommer på domstol.

III. *Allmänna avtalsvillkor* (standardvillkor) är avsedda att fullständiga de bestämmelser om vilka parterna uttryckligt överenskommit.⁴ De är i den meningen subsidiära, låt vara att de bildar huvuddelen av avtalets föreskrifter. De har utformats eller tagits i bruk av den ena parten utan medverkan från den andra partens sida.

Man kan inte utan vidare anse att allmänna avtalsvillkor binder den "passiva" parten. En automatisk och definitiv bundenhet är inte väl förenlig med kravet på ömsesidig partsaktivitet som betingelse för ett komplett avtalsförhållande.

I det praktiska rättslivet kan man likväl presumera att allmänna avtalsvillkor binder parterna i det individuella avtalet. Man utgår från en normal situation. Om invändning görs av den passiva parten, blir det dock nödvändigt att klarlägga om det finns en tillräckligt hållbar bindning mellan det individuella avtalet och de allmänna villkoren. Det krävs ett *anknytningsfaktum*, någon omständighet som föranleder att de allmänna avtalsvillkoren kan anses inkorporerade i det individuella avtalet och därigenom bindande för parterna.⁵ Det finns olika slag av anknytningsfakta: part har undertecknat ett formulär som innehåller avtalsvillkoren, ett skriftligt avtal hänvisar till allmänna villkor, sådana har förut utan invändningar använts i avtal mellan samma parter etc. En fullständig uppräkningsräkning kan inte göras. Standardiserade fakta kan ge vägledning. Man måste likväl in casu avgöra om ett åberopat faktum är tillfyllest för att skapa bundenhet.

4. Betr. allmänna avtalsvillkor, standardvillkor, formulärrätt etc. se bl.a. *Olsson*, 21. NJM Bil. VI, *Taxell* I 37 ff, *Wilhelmsson* 30 ff, *Portin*, LM 1987 391 ff, *Hellner*, JFT 1979 281 ff, *Bernitz* 8 ff, *Jørgensen* 45 ff, *Huser* 144 ff.

5. *Taxell* I 40 ff, *Wetterstein* 109 ff, *Wilhelmsson* 48 ff, *Hellner*, JFT 1979 283 ff, *Bernitz* 17 ff, *Grönfors* 40 f, *Hov* 82 ff.

En anknytning till det individuella avtalet kan ske partiellt. När den passiva parten, utan att försöka upplösa avtalsförhållandet, ifrågasätter bundenhet vid allmänna avtalsvillkor, riktar han sig vanligen mot någon klausul som han för sin del finner särskilt oförmånlig. Det kan vara riktigt att göra en uppdelning och kräva en starkare anknytning beträffande klausuler som är särskilt betungande eller innebär väsentliga avvikelser från den "aktiva" partens normala skyldigheter, t.ex. långtgående friskrivning. Man kan i sådana situationer t.ex. fordra att den passiva parten vid avtalets ingående eller därefter givits tillräckliga möjligheter att inte endast ta del av villkoren utan även att bilda sig en uppfattning om deras innebörd.⁶

När man på detta sätt skiljer ut de betungande klausulerna får man inte bedöma dem var för sig. De bör ställas i relation till övriga avtalsvillkor. Ett tyngande villkor kan möjligen kompenseras av andra klausuler som är förmånliga. Avtalet måste ses som en helhet. Det man framför allt måste vakta sig mot är att den aktiva parten utnyttjar det övertag som allmänna avtalsvillkor ger i syfte att otiltbörligt gynna egenintresset till nackdel för medkontrahenten. AvtL 36 § är i sådana fall betydelsefull, den möjliggör både en jämkning och ett totalt åsidosättande av ett avtalsvillkor.

Den lucka som uppkommer när ett allmänt avtalsvillkor utesluts, fylls av dispositiv lag eller av andra kompletterande normer. Om villkoret är väsentligt för helheten och en jämkning inte kan ske, ligger det nära att avtalet återgår, ifall parterna inte i efterhand enas om en lösning.

Anknytningen är i mycket beroende av prövning av föreliggande faktiska omständigheter. En faktor som stärker allmänna avtalsvilkors giltighet är att villkoren är inarbetade inom ifrågavarande verksamhetsområde.⁷ Innan nya avtalsvillkor "slagit igenom" kan man ha anledning att iaktta större varsamhet när man anknyter tyngande avtalsvillkor till ett enskilt avtal.

De allmänna avtalsvilkoren utgör en speciell rättsbildning. I fråga om uppkomst, syften och användning avviker de avsevärt från egentliga avtalsvillkor. Detta hindrar inte att de uppfattas som beståndsdelar i individuella avtal och tillämpas i överensstämmelse härmed. Även om en del av de allmänna villkorens speciella karaktär betingar att olikheter i bedömning-

6. Se motiveringen i *HD 1984 II 57*.

7. Se *HD 1984 II 119*.

en förekommer, bör samtliga avtalsvillkor — allmänna lika väl som individuella — underlyda likartade regler i fråga om tolkning, ogiltighetsgrunder, jämkning etc.

Ett allmänt avtalsvillkor viker för det som parterna uttryckligt överenskommit och för det som kan anses avtalat. Detta följer av de allmänna avtalsvillkorens syfte och natur. Standardiseringen har i första hand betingats av strävanden till rationalisering av avtalsmekanismen. Ett allmänt villkor som utesluts genom överenskommelse kan ha betydelse i det avseendet att ett individuellt villkor blir klarare till sin innebörd genom att ställas i relation till det motsvarande allmänna villkoret.

IV. I ett system med avtalsfrihet, vilken aldrig kan vara obegränsad, finns det olikartade, till sin styrka varierande intressen som kräver reglering genom lag. De allmänna rättspolitiska bedömningarna bakom sådan lag kan sammanfattas i termerna rättsskydd och rättssäkerhet. Dessa går in i och kompletterar varandra: ett lagfäst skydd främjar säkerhet, rättssäkerheten är i sin tur ett led i intresseskyddet.

Rättspolitiska bedömningar, inriktade på att tillgodose behov av skydd och säkerhet, leder fram till två olika slag av lagnormer: absoluta eller tvingande och dispositiva. För avtalsparter är skillnaden betydande. Absoluta normer drar gränser för avtalsfriheten, dispositiva normer kan parterna utesluta genom föreskrifter i avtalet.

Absoluta lagreglers primära syfte är att erbjuda skydd för olika intressen över vilka avtalsparter inte bör få bestämma. De dispositiva normerna syftar till att främja enhetlighet och stadga i avtalsförhållanden. Det är likväl inte motiverat att i alla avseenden betona skillnaden mellan de två lagtyperna. Bägge tillgodoser både rättsskydd och rättssäkerhet, låt vara att det sker på olika sätt och med olika styrka. Också de dispositiva lagnormerna är tvingande i den meningen att de skall tillämpas när parterna inte reglerat sitt förhållande på annat sätt. De flesta avtal, t.ex. vardagliga köp, är ofullständigt reglerade av parterna och har sålunda plats för dispositiva lagnormer som tillämpas oberoende av parternas vilja.

När man har att bedöma behoven av avtalsrättslig lagstiftning ställs man bl.a. inför följande tre frågor:

— i vilka avseenden och syften bör samhället gripa in i avtalsförhållanden genom tvingande lag,

- i vilken omfattning och inom vilka avtalsområden bör dispositiv lag stiftas, samt
- skall lagstiftningen ge regler för avtal i allmänhet eller för speciella typer av avtal?

Svaren på dessa frågor växlar från tid till tid, från fall till fall.⁸

Absolut lag behövs ibland för att befästa avtalsfriheten. Denna existerar visserligen oberoende av lagens stöd. Men det kan behövas regler som garanterar individernas möjligheter att genom avtal nyttja sin ekonomiska självständighet. För en väl fungerande marknadsekonomi är det viktigt att hålla tillbaka ekonomisk maktkoncentration. Ifall man inom näringslivet med dess organisationer inte genom konkurrens upprätthåller en tillräcklig avtalsfrihet, kan ingrepp genom lag vara nödvändiga (se L om främjande av ekonomisk konkurrens 423/1973).

Framför allt behövs absoluta lagnormer för att skydda olika intressen — samhällets, medborgarnas eller medborgargrupper, tredje mans och enskilda avtalsparter. Man kan inte räkna med att avtalsparter självmant skall beakta allmänna eller utanför avtalet stående personers intressen som kan beröras av deras avtal. På senare tid har partsskyddet blivit alltmera angeläget i standardiseringen och rationaliseringen inom näringslivet. Genom denna utveckling men också längs andra vägar, t.ex. ett starkare hävdande av sociala behov, uppstår i växande omfattning en bristande balans mellan avtalsparterna. Skyddet för en svagare part är angeläget också ur samhällets synpunkt. Ur dessa behov har en tvingande reglering genom lag vuxit fram. Dels eftersträvar den ett kollektivt skydd, t.ex. för konsumenter (KonsumentskyddsL och därtill anknuten lagstiftning), dels tar den sikte på parter i avtalsförhållanden av viss typ (Arb-AvtL, HyresL), dels skyddar lagen enskilda parter oberoende av avtalstyp, t.ex. genom att tillåta jämkning av oskäligen avtalsvillkor (AvtL 36 §). Sådana syften kan knappast nås på annan väg än genom tvingande lag.

Ibland motiveras absolut lag av rättssäkerhet i allmänt intresse vid sidan av ett behov av partsskydd. Man kan nämna föreskrifter om en del avtal rörande fast egendom eller grundande av juridiska personer.

Tillgodoseendet av samhällsintressen kräver i vid omfattning absolut lag. Denna kan direkt eller indirekt påverka avtalsförhållanden. Till stora delar är det fråga om skötseln av samhällsekonomin och om ett produktivt och väl fungerande näringsliv med bästa möjliga sysselsättning och

8. Se *Taxell*, Festskr. Ylöstalo 412 f.

konkurrenskraft samt ett relativt stabilt penningvärde. I det syftet genomförs verksamhetsregleringar av många olika slag beroende på de behov som existerar vid olika tidpunkter och under växlande konjunkturer — mekanismer som reglerar priser, avgifter och räntor, förbud mot indexklausuler etc.

Uppräkningen kunde fortsätta, gränslinjer för tvingande lagnormer kan knappast dras med bestämdhet. Skyddsbehov och intressen varierar från tid till tid. Utvecklingen skapar nya problem, gamla försvinner. En yttersta gräns finns: avtalsfriheten får inte begränsas så starkt att dess roll som en ledande princip i avtalsförhållanden rubbas med de konsekvenser som detta skulle ha för marknadsekonomin och för den enskildes handlingsfrihet.

Det är inte möjligt att via tvingande lagregler förverkliga ett fullständigt intresseskydd. Verkligheten är alltför mångskiftande och föränderlig för att detta skulle lyckas. I avtalskonflikter måste domstol kunna ge part rättsskydd utan att stöda sig på något speciellt lagstadgande. Sålunda är ogiltighetsreglerna i AvtL 3 kap., vilka utgör skyddsföreskrifter, ingalunda uttömmande. Också tredje man bör vid behov kunna ges skydd utanför de specialfall som regleras i lag.

På ett annat plan möter oss behovet av icke tvingande eller *dispositiv* lag.

Dispositiva normer tar inte, åtminstone inte i första hand, sikte på intresseskyddet. De bör ses som uttryck för samhällets uppgift att främja människors verksamhet inom den privata sektorn.^{8a} Ur den synpunkten är det naturligt att lagstiftaren tillhandahåller medborgarna ändamålsenliga och balanserade lösningar som ger handlingsdirektiv och fyller ut luckor i avtalen. På det sättet skapas säkerhet för parterna i form av förutsebarhet samtidigt som samhällets intresse av ordning och stadga i ekonomiska förhållanden främjas. Ytterligare bör man understryka de dispositiva normernas beslutsfunktion, de ger domstolarna beslutsunderlag i avtalskonflikter med därav följande enhetlighet i rättstillämpningen.

Detta betyder inte att man borde ha en mycket omfattande dispositiv lagstiftning rörande avtal.

Det finns avtalstyper som inte behöver regleras i lag emedan det utvecklat en tillfredsställande avtalspraxis — allmänna avtalsvillkor. Byggnads-

8a. Se NU 1984:5 155 f, KöpL 3 §, KöpLProp 47 f.

entreprenad med dess tekniska problem, som inte lämpar sig för lagstiftning, hör till denna kategori. Inom det ekonomiska livet utvecklas nya avtalstyper, leasing etc., som åtminstone i detta skede inte förefaller att kräva lagstiftning.

När det i fråga om en del avtalstyper ansetts nödvändigt att reglera påtagliga skyddskrav, främst med avseende på en part som är svag i sitt beroendeförhållande till motparten, har det varit naturligt och lagtekniskt motiverat att ge dispositiva normer vid sidan av absoluta. Man kan som exempel nämna arbets- och hyresavtal.

En väsentlig brist i dispositiv avtalsrättslig lagstiftning har alltför länge varit att det saknats en lag om lösöreköp. Denna avtalstyp är viktig för varje individ. Köpavtalen inrymmer ett stort antal rättsliga problem vilkas lösande inte är oproblematiskt, t.ex. betingelserna för ersättningsskyldighet på grund av fel eller dröjsmål. Prejudikaten, som ingalunda alltid innehållit klara ställningstaganden, har löst blott ett mindre antal problem. De skäl som talar för dispositiv lag har i fråga om köprätten länge gjort sig gällande med accelererande styrka.

När vårt land nu fått en på samnordisk beredning uppbyggd köplag (Köpl i kraft 1.1.1988) är detta en milstolpe i avtalsrättslig lagstiftning.

I *tolkning* av lag ställs man ibland inför frågan om en norm är absolut eller dispositiv.

Vanligen framgår det av lagen, uttryckligt (t.ex. FörsAvtL 15 §) eller underförstått (t.ex. JB 1:2), att ett stadgande är tvingande. I osäkra fall gäller det att klarlägga om det föreligger någon sådan särskild omständighet som rubbar presumtionen att en avtalsrättslig lagnorm är dispositiv. Bedömningen bestäms i stor utsträckning av rättspolitiska synpunkter (nedan s. 66).

Till sist krävs ett svar på frågan om lagstiftaren skall ge regler för *avtal i allmänhet* eller för *speciella* avtalstyper.

Det är knappast rationellt att i större utsträckning stifta lag om allmänna avtalsrättsliga grundsatser. Det är vanskligt att få ett så starkt grepp om allmänna principer och att utforma dem så konkret att en direkt tillämpning bleve möjlig. Därtill kommer att den fortgående utvecklingen gör att lagen lätt blir otidsenlig. Delar av AvtL ger belägg härför. Reglerna om slutande av avtal (kap. 1) har i dag ganska liten betydelse för nya avtalsmekanismer som utvecklats och tagits i bruk, låt vara att den viktiga regeln om bindande verkan av anbud och svar fortsättningsvis godtas. Å

andra sidan syns det fortfarande viktigt att kunna tillämpa t.ex. ogiltighetsreglerna i AvtL kap. 3. Den komplettering som nyligen gjorts genom den allmänna jämningsregeln i 36 § utgör ett exempel på att det kan vara ändamålsenligt att i lag befästa en allmän rättsprincip. Användningen underlättas och principen kan anpassas till utvecklingen när den formulerats som en elastisk norm.

I valet mellan allmän och speciell avtalsrättslig lag bör man inte förbise att också lagar rörande enskilda avtalstyper i mycket genomsyras av allmänna grundsatser som är viktiga för systematiken och för förståelsen och bedömningen av konkreta frågeställningar. SkuldebrevsL har i det avseendet varit betydelsefull. KöpL kommer sannolikt att direkt eller indirekt påverka avtalsrättsliga frågeställningar och lösningar långt utanför sitt tillämpningsområde. Trots att lagtexten och motiveringarna inte nämnvärt redovisar allmänna avtalsrättsliga principer och riktlinjer finns dessa likväl med i bakgrundsmaterialet. KöpL konkretiserar i många stycken centrala avtalsrättsliga grundsatser. Man kan nämna principen om väsentligt avtalsbrott som förutsättning för hävning (25 § m.fl.), en viss nyreglering av betingelserna för skadestånd (27 § m.fl.) samt det utförligt reglerade systemet för påföljder av avtalsbrott.

Allmänna och speciella lagnormer går sålunda in i och kompletterar varandra.

V. I ett system där de primära normerna — avtalsnormer och lag — lämnar öppna luckor får rättspraxis avsevärd tyngd.

Publicerade avgöranden av HD — *prejudikat*⁹ — har inte en speciellt stark informativ eller styrande verkan i relation till avtalsparter. Det beror på att prejudikat behandlar konkreta, ofta komplicerade fall som lekmän inte har lätt att förstå. Prejudikat är sällan formulerade med samma precision som avtals- och lagnormer. Däremot är prejudikatens beslutsfunktion ofta stark när avtalskonflikter skall lösas. Prejudikat kan diktera avgörandena. Oftast utgör de likväl blott en av flera faktorer när domstolarna bygger grunden för sina ställningstaganden.

Som kompletterande normer har prejudikaten betydelse vid tolkning av avtal och lag, i avgöranden som beror på prövning samt i öppna fall.

9. Betr. avtalsrättens prejudikat, *Taxell* 1 61 ff och JFT 1987 251 ff (jämte där nämnd litteratur).

Det har debatterats på vilket sätt och i vilken omfattning prejudikat är normerande för framtida avgöranden. Om avtalsrättsliga prejudikat, som kan ha mycket olika faktiska verkningar, kan allmänt sägas att de ger anvisningar och vägledning genom att framhäva principer, argument och andra rättsligt relevanta faktorer. Prejudikatens verkningar in casu varierar beroende på vilka element som är riktningssgivande samt på hur och med vilken tydlighet och utförlighet dessa element är angivna i prejudikatens rubriker (i HD:s årsbok) och i domskälen. Därtill kommer att också en lägre domstol bör anses ha behörighet att granska och bedöma prejudikatens rättsliga grund och fortsatta giltighet. Prejudikat är inte bindande på samma sätt som avtalsnormer och lag.

Förenklat kan man skilja mellan två huvudtyper av prejudikatverkningar.

En del prejudikat är relativt klart och entydigt formulerade. Det ligger nära att utan vidare tillämpa dem på samma sätt som man tillämpar avtalsvillkor och lag (t.ex. HD 1951 I 5 angående föravtal rörande fastighetsöverlåtelse, se även HD 1985 II 49). Om det inte efter prejudikatavgörandet inträtt omständigheter, som kan rubba prejudikatnormen, förfar en domstol med största sannolikhet felaktigt om den avviker från prejudikatet. När det förekommit "prejudikatupprepningar", som befast en viss lagtolkning eller utvecklat en regel, har det skett en förstärkning genom "inarbetning".

I de fall som här avsetts är det fråga om en *omedelbar* prejudikatverkan: prejudikatet är normerande i likadana fall och i fall som är likartade i den meningen att rättsfrågan är densamma som i prejudikatet.

Läget är ett annat när man inte koncentrerar sig på själva domslutet utan uppfattar enskilda element i domskälen som vägledande för framtida avgöranden utan att dessa behöver vara likartade i sak. Man tar ut skäl och argument — eventuellt från flera avgöranden av HD — och ger dem längre gående verkningar. En sådan vidgad — *medelbar* — prejudikatverkan framträder huvudsakligen i prövningsfall och i öppna fall.

En medelbar prejudikatverkan har sin grund däri att ett domskäl framstår som uttryck för en princip eller för syften med större spännvidd än in casu eller att det utgör en typifiering av relevanta fakta. Man kan t.ex. nämna domskäl som understryker parts upplysningsplikt, fastslår krav på avtalsbrottets väsentlighet som grund för hävning eller framhåller

faktorer som påverkar en skälighetsprövning (se t.ex. HD 1984 II 193). Prejudikatets verkan beror på i vilken mån det ifrågavarande elementet har relevans vid sidan av eller i konkurrens med andra domskäl.

Det är inte möjligt och knappast heller nödvändigt att dra en skarp gräns mellan omedelbar och medelbar prejudikatverkan. Uppdelningen har gjorts för att peka på olikheter och nyanser i prejudikatverkningarna.

Prejudikat har också betydelse i rättsutvecklingen.¹⁰

Också andra avgöranden än av HD kan vara vägledande när avtal ingås eller när avtalskonflikter skall lösas, t.ex. beslut av marknadsdomstolen.

VI. Sedan gammalt har man erkänt att sedvänjor har eller kan ha rättslig betydelse. När de har anknytning till avtal har de ibland kallats *kutym*.¹¹ Inom köprätten använder man vanligen termen handelsbruk (KöpL 3 §).

En kutym innefattar ett förfarande eller ett bruk som förekommit på sådant sätt och i sådan omfattning att det blivit naturligt och vanligt att iaktta detsamma i fråga om vissa typer av avtal. Ofta är tillämpningsområdet starkt begränsat, till bestämda branscher och inom dem till speciella slag av avtal. Vanligen gäller kutymerna faktiska förhållanden med anknytning till parternas rättigheter och skyldigheter. En kutym kan vara lokalt begränsad.

I några fall hänvisar lagen till sedvänja (bl.a. AvtL 1 § 2 mom. och 10 § 2 mom., KöpL 3 §, SjöL 72 § 1 mom.). Lagen har därmed erkänt sedvänjornas normerande verkan.¹² Det förekommer också att lagstadganden anknyter till "god sed", t.ex. så att en åtgärds giltighet görs beroende av att den är förenlig med god sed (se L om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet 1061/1978 1 § "god affärssed"). Till en del är det fråga om moraliska värderingar. Vid sidan därav tar man hänsyn till sedvänjor och praxis. Moral och sedvänja glider in i och påverkar varandra.

Ett avtal kan föreskriva att en kutym skall gälla. Det kan ske genom hänvisning varvid den ifrågavarande sedvänjan — t.ex. en transportklau-

10. *Taxell*, JFT 1987 265 ff. Genom praxis, som bestyrks av prejudikat, kan en bindande rättsregel uppkomma, se *HD 1981 II 98* (handpenning vid köp).

11. *Taxell* I 54 ff, II 173 ff; allmänt om rättsliga sedvänjor, *Klami*, *Gewohnheitsrecht* 43 ff och där nämnd litteratur.

12. Se även *FN-konventionen om köp* art. 9.

sul av typen cif eller fob — får samma betydelse som ett avtalsvillkor. Ibland kan en kutym innefattas i det som parterna kan anses ha avtalet.

En kutym får rättslig relevans i det skede då ett förfarande eller ett bruk iakttagits i den utsträckning att det framstår som naturligt att samma mönster följs i fortsättningen.¹³ Sedvänjan skall ha ett tillräckligt mått av stadga. Den bör genom faktisk användning ha vunnit sådan fasthet att ett handlingsdirektiv kan anses ha uppkommit.

Det kan inte bestämt sägas när en rättsligt relevant kutym uppkommit. Av betydelse är den tid under vilken ett förfarande använts. Vanligen förutsätts en längre tidsrymd. En kort intensiv användning kan likväl ge upphov åt en normerande sedvänja.

En kutym som används i förhållandet mellan fackmän inom ett verksamhetsområde gäller inte utan vidare i avtal där en icke-fackman är part. Man har att in casu avgöra till vilka kretsar en kutyms verkningar sträcker sig.

För att vara normerande bör kutymer vara ur rättslig synpunkt godtagbara. De får inte strida mot allmänna grundsatser som rättsordningen strävar att upprätthålla i avtalsförhållanden. Tillämpningen får inte leda till oskälighet (se RB 1:11, "landssed som ej har oskiäl med sig"). Kravet på skälighet aktualiseras främst i sådana fall då kutymen starkt betungar en part genom att avsevärt skärpa hans avtalsförpliktelser.

VII. I det avtalsrättsliga normsystemet ingår också *allmänna rättsprinciper*.¹⁴

En allmän rättsprincip utgör en generellt formulerad sammanställning av fakta och bedömningar med relevans i avtalsförhållanden. Den innehåller en syntes av synpunkter, tankar och syften som man önskar se förverkligade i avtalsförhållanden i allmänhet eller inom vissa sektorer av avtalsreglerad verksamhet. Allmänna rättsprinciper återger ofta föreställningar om hur något borde vara reglerat. De uttrycker och avser att tillgodose rättspolitiska syften. I allmänna rättsprinciper finns även plats för etiska föreställningar och värderingar.¹⁵

13. Se HD 1984 II 23, 135.

14. *Taxell* I 73 ff, II 185 ff.

15. *Taxell*, JFT 1979 487 ff.

Inom olika områden har man tagit i användning allmänna rättsprinciper. För avtalsrättens del kan man främst nämna skälighets- och lojalitetsreglerna.¹⁶

Rättsprinciperna är allmänna i dubbel bemärkelse. Dels är deras användning inte begränsad till bestämda, på förhand givna fall. De har en flytande och ofta vid verkningskrets. Dels är de allmänna i den meningen att deras innehåll inte är exakt fixerat. De konkretiseras när de tillämpas in casu.

Det kan vara en smaksak om man talar om rättspolitiska syften, argument, bedömningar etc. eller om man sammanfattar dessa i det man benämner en allmän rättsprincip. Utformningen av en princip fyller likväl ett praktiskt behov. Man uttrycker kort, förenklat och komprimerat vissa för rättsliga överväganden väsentliga omständigheter. Bedömningen tillförs egentligen inte nytt material. Det som principen uttrycker och sammanfattar, t.ex. skälighetssynpunkter, skulle ha relevans även om det inte hade formulerats som en allmän princip.

Användningen av allmänna rättsprinciper ger större slagkraft åt fakta och element som de täcker. Sålunda kommer förtroendet och den ömsesidiga hänsynen mellan avtalsparter att framhävas starkare när man tillgriper en lojalitetsprincip. Å andra sidan löper man risken att en princip med diffust innehåll ges en alltför vid tillämpning.

Allmänna rättsprinciper kan vara förankrade i rättsordningen på olika sätt och med olika styrka.

En princip kan ha innefattats i lag utan att där komma till klart uttryck. Den kan ingå i eller bilda grund för enskilda lagstadganden. Den betydelsefulla *skälighetsprincipen*¹⁷ har, med stor bärvidd, konkretiserats i AvtL 36 § (och KonsumentskyddsL 3:1). Den har därutöver bildat grund för en del specialstadganden (t.ex. HyresL 5 §). Dessa lagnormer anger inte uttömmande principens verkningskrets. Skälighetsbedömningar, med olika nyanser, har betydelse långt utanför lagrummen. De fall som lagen reglerar hör till en större helhet inom vilken det finns plats för likartade rättsliga bedömningar.

16. Dessa principer har jag redogjort för i annat sammanhang, se *Taxell* I 78 ff och där nämnd litteratur.

17. På senare tid har skälighetsprincipen utförligt behandlats i anslutning till jämkning enligt AvtL 36 §, se bl.a. *Taxell*, JFT 1984 606 ff och där nämnd litteratur samt *Aarnio*, LM 1987 400 ff.

Allmänna rättsprinciper kan växa fram i praxis och få stöd i avgöranden av HD.

Om likadana lösningar upprepas i domstolarnas avgöranden, kan detta betyda att en enhetlig linje börjat dras och att den blir normerande för framtiden. Sålunda har skadeståndsrättsliga principer — culpapregeln etc. — även om de haft ett visst stöd i lag, befasts och utvecklats genom långvarig praxis.

Slutligen finns det rättsprinciper som inte, åtminstone inte direkt, har anknytning till vare sig lag eller rättspraxis. De framträder enbart som en förenkling och komprimering av allmänna motiv och syften av relevans för avtalsrättsliga överväganden. Man kan nämna *lojalitetsregeln* som uttrycker tanken att parter i avtalsförhållanden inte ensidigt får driva egna intressen utan är skyldiga att inom vissa gränser beakta motparternas rätt och fördel.¹⁸ Med tiden kan också den principen få fäste i lag.

En allmän rättsprincip har i första hand en preventiv funktion. Den kan påverka parterna när de ingår avtal och bestämmer avtalsvillkoren, t.ex. principen om tro och heder (AvtL 33 §). Också när avtal fullgörs kan principen ge anvisning, t.ex. genom att understryka kravet på lojalitet.

Vid sidan härav framträder en rättsprincips betydelse när det finns luckor i avtal och lag. Den kan då ha en betydande kompletterande uppgift. Öppna fall kan knappast lösas enbart i stöd av en allmän rättsprincip (nedan s. 92). Men en sådan kan ange i vilken riktning lösningen skall sökas och de faktorer som den täcker kan bli väsentliga element i domskälen.

Allmänna rättsprinciper kan vara vägledande för utvecklingen. Man ser detta bl.a. i fråga om skälighetsprincipens successivt växande betydelse för lagstiftning och rättspraxis.

Vilken är skillnaden mellan en allmän rättsprincip och de allmänna avtalsprinciper som nämnts i det föregående (s. 30 ff)?

De senare — avtalsfrihet, avtalsbundenhet, skyddsprincipen — bildar grund för hela avtalsrätten, både för normgivning och rättstillämpning. De anger generella rättspolitiska riktlinjer. Frågan kan belysas av rela-

18. Se bl.a. *Taxell* I 78 ff, DL 1977 148 ff, *Muukkonen* Festskr. Kekkonen 356 ff, *Arnholm* II 7 f. — Betr. rättspraxis, HD 1985 II 29, 1982 II 128 (försummelse att bevaka parts fördel enligt god affärssed); ofta inbegrips i lojalitet en upplysningsplikt för parterna, t.ex. HD 1983 II 79, 1980 II 70.

tionen skyddsprincipen-skälighetsprincipen. Den förra, som genomtränger hela avtalsrätten, tar sikte på att i växlande situationer med olika medel erbjuda skydd åt intressen som kan beröras av avtal och deras förverkligande. Skälighetsprincipen täcker ett begränsat område, det är fråga om en parts skydd mot sin medkontrahent framför allt i situationer då han befinner sig i beroendeförhållande eller annars i underläge. Skälighetsprincipen har ett "materiellt" innehåll. Skyddsprincipen saknar ett sådant, den blir reell först när den ger utslag i konkreta normer — t.ex. begränsning av uppsägningsrätt (HyresL 53 §) eller jämkning av oskäligen avtalsvillkor (AvtL 36 §). Allmänna rättsprinciper — såsom de här uppfattats — är, trots sin obestämdhet, rättsnormer i egentlig mening. De inte endast kan utan bör läggas till grund för och användas som argument i avtalsrättsliga avgöranden, oftast vid sidan av andra normer. Man kan kanske påstå att distinktionen mellan rättsprinciper och allmänna avtalsprinciper är konstlad. Men den är likväl, enligt min mening, systematiskt betingad och av reella skäl motiverad.

VIII. Den frihet som kännetecknar det marknadsekonomiska systemet och den pluralism som råder i ett demokratiskt samhälle med avseende på intressen och behov kräver normeringar som inte alltid passar in i ett slutet normsystem. Samhällsutvecklingen och ändrade förhållanden inom den privata sektorn kan motivera att samhället, organisationer och enskilda avtalsparter skapar eller godtar nya normtyper. Avtalsrättens normsystem är i princip öppet.

I det följande nämns *några typer av normer* som kan ha relevans i avtalsförhållanden.

Normer kan ges på lagstiftande nivå under riksdagen, t.ex. förordningar om tillämpning av en lag som direkt eller indirekt berör avtalsförhållanden, eller statsrådsbeslut (se KonsumentskyddsL 7:21 med syfte att förhindra att konsumenterna i alltför hög grad skuldsätter sig). Sådan normskapande behörighet förutsätter särskilt bemyndigande i lag (jfr RF 28 §).

Som ett led i finanspolitiken har staten i stöd av lag förbehållit sig rätt att i viss utsträckning fastställa priser och avgifter eller på annat sätt påverka prisbildningen. Det ligger i samhällets intresse att hålla avgifter

och priser på en skälig nivå. Syftet är dels att stävja inflation, dels att skydda konsumentkretsen. Olika mekanismer har tagits i bruk: anmälnings-, förhandlings- och fastställelseförfaranden.¹⁹

Fastställda priser och avgifter bör iakttas när avtal sluts. De gäller även utan särskild överenskommelse. Ifall part betingar ett pris som överstiger det fastställda, kan motparten nöja sig med att betala det reglerade priset. Om endast ett normpris fastställts, kan parterna överenskomma om ett högre pris. Har priset lämnats öppet, skall part i regel betala normpriset.

Med avseende på avtal rörande lagstadgad (obligatorisk) försäkring skall grunderna och villkoren godkännas av myndighet (social- och hälsovårdsministeriet, se t.ex. L om arbetspensioner 395/1961 3 § 3 mom., TrafikförsäkringsL 279/1959 18 §). Beträffande frivilliga försäkringar sker en liknande kontroll med avseende på grunderna för livförsäkring (L om försäkringsbolag 1062/1979 13:2).

En "normmekanism" av något annat slag förekommer beträffande granskning av allmänna avtalsvillkor i bankverksamhet. Om i de granskade formulären ingår oskäligen villkor, kan dessa förbjudas (av finansministeriet på framställning av bankinspektionen, se t.ex. L om affärsbanker 678/1978 42 b §, L om sparbanker 680/1978 53 b §).²⁰ En förestående granskning jämte hotet om förbud kan leda till återhållsamhet i fråga om standardvillkor som inte tillräckligt beaktar motpartens intressen.

Också enligt konsumentskyddslagstiftningen förekommer en myndighetsövervakning av avtalsvillkor, främst standardvillkor. Näringsidkare kan förbjudas att använda avtalsvillkor som är oskäligt mot konsumenterna (KonsumentskyddsL 3:2). Förbud kan utfärdas av marknadsdomstolen på basen av ett kontradiktoriskt förfarande (KonsumentskyddsL 2:3, L om marknadsdomstolen 41/1978 6–13 §§) eller undantagsvis av konsumentombudsmannen (L om konkurrensombudsmannen 40/1978 7 §).²¹

Av myndighet fastställda avtalsformulär blir i praktiken ofta normgivande, även om avvikelser från dem kan ske (se HyresL 104 §).

19. Se L om prisövervakning 156/1974, L om näringsstyrelsen 421/1973 1 § och NäringsL 22 § samt omfattande specialföreskrifter på olika normskapande nivåer. Kommunala myndigheters behörighet att godkänna instruktioner, reglementen och ordningsstadgar (KommunalL 9, 10 §§) kan ha betydelse för avtal, t.ex. arbetsavtal.

20. *Taxell*, JFT 1980 31, *Wilhelmsson* 112 f.

21. Se härom *Wilhelmsson* 106 ff.

Bolagsordningar, föreningars stadgar och andra av organisationer för deras verksamhet godkända föreskrifter²² kan i speciella avseenden reglera delägarnas eller medlemmarnas avtalsrelationer sinsemellan eller med utomstående personer.

Arbetsavtalsförhållanden kan till vissa delar bestämmas av ordningsregler, instruktioner etc. som arbetsgivaren beslutat tillämpa inom arbetslagstiftningens och kollektivavtalens ram. Föreskrifter som arbetsgivaren ger sina anställda innebär ofta ett utnyttjande av den "direktionsrätt" som enligt lag tillkommer arbetsgivaren och som är en konsekvens av att arbetet skall utföras under arbetsgivarens ledning och uppsikt (se ArbAvtL 1, 13 §§).

Slutligen kan nämnas att föreskrifter i internationella konventioner, även när dessa inte är formellt bindande, kan påverka eller t.o.m. bestämma rättsliga avgöranden (t.ex. *FN-konventionen om köp*). De kan också ha relevans när avtalsvillkor tolkas.

22. *Taxell* I 49 f, II 171 ff.

7. NORMSTYRKA, NORMKOLLISIONER

I. I begreppet rättsnorm innefattas att normerna är bindande: dels styr de parternas samverkan, dels bildar de grund för domstolarnas avgöranden i avtalskonflikter. Denna bundenhet gäller alla normer vilka betecknas som rättsnormer, oberoende av hur de uppkommit och vilket innehåll de har.

Problemet rättsnormers bindande verkan är likväl mera komplicerad. Det finns grader och nyanser — *normstyrkan* är inte alltid densamma. Det förekommer också en prioritetsordning. I praktiken kan dessa olikheter leda till att det i rättsliga ställningstaganden uppstår konkurrens mellan normer eller normkollisioner (normkonflikter).

Rättsnormernas styrka växlar från tvingande (absoluta) påbud och förbud över regler som själva tillåter avvikelser (dispositiva) till normer som närmast har karaktär av riktlinjer eller rekommendationer (allmänna rättsprinciper etc.).

Styrkegraderingen är en konsekvens av två i motsatt riktning verkande krafter: å ena sidan behovet av en fast reglering och av skydd för olika intressen, å andra sidan parternas handlingsmöjligheter enligt avtalsfriheten. Avtalsrätten behärskas av bägge dessa krafter. Normstyrkan bestäms främst av de syften som rättsnormerna skall tillgodose.

En allmän strävan är att utforma rättsnormerna på sådant sätt att de ger entydiga direktiv. Sådana normer är i den meningen starka. Andra normer ger däremot möjlighet till prövning enligt riktlinjer som anges i normen — elastiska normer. Denna deras karaktär betyder att de i sin obestämdhet är svagare.

II. Det problem som man först möter är hur man till varandra skall *anpassa* å ena sidan *avtalade föreskrifter* — egentliga avtalsnormer och allmänna avtalsvillkor — å andra sidan *lagnormer*.

Utgångsläget är givet: parternas frihet att enligt gällande samhällsordning och ekonomiska system använda avtal som instrument för sin samverkan samt bestämma hur detta instrument för deras vidkommande skall se ut och fungera. Parterna kan själva avgöra vilka normer som skall gälla och innehållet i dem. Partsrelationen regleras i enlighet härmed av det som parterna uttryckligen överenskommit och av det som utöver detta "kan anses avtalat". Det överenskomna har prioritet framom lag. "Förord bryta Lagh" gällde redan enligt domarreglerna (DR 16).

Detta är avtalsnormeringens *huvudregel*. Den måste dock förtydligas och fullständigas. Undantag måste kunna göras.

När man in casu har att göra med *kollisionsfall* ställer man frågan: vilka syften och intressen avser den med avtalet konkurrerande eller kolliderande lagen att tillgodose, har lagen en sådan styrka att det som avtalats måste vika och avtalsfriheten sålunda inskränkas? Det är här fråga om gränserna för parternas regleringskompetens.

Sällan — kanske aldrig — har parterna uttömmande reglerat sitt avtalsförhållande eller förutsett alla situationer som avtalets tillämpning kan komma att framkalla. Avtalsnormerna måste *kompletteras* med andra normer, som i den meningen är subsidiära.

I första hand fullgörs den uppgiften av *dispositiv* lag. Den träder automatiskt in i avtalsförhållandet när parterna låtit bli att själva forma regler. Det sker utan parternas medverkan eller samtycke. I den meningen är dispositiv lag ovillkorligt bindande.

I dispositiv lag tillhandahåller samhället — utan direkt tvång — standardiserade regler som är genomarbetade och presumeras fylla krav på ändamålsenlighet och skälighet (ovan s. 53). Parterna kan låta bli att i alla stycken reglera sina inbördes relationer utan att rättssäkerheten eller rättsskyddet för den skull äventyras.

Dispositiv lag kan även vara vägledande när avtalsvillkor tolkas.

Om dispositiv lag saknas — såsom i fråga om många avtalstyper — utfylls avtalet av kompletterande normer av annat slag: kutymer, prejudikat etc. I sista hand sker avgörandena enligt de mekanismer som gäller i öppna fall (nedan s. 82 ff).

Ett annat problem gäller relationen avtalsvillkor — *absolut* lag. Har avtalet en lucka, sker en komplettering på samma sätt som beträffande dispositiv lag. Läget är ett annat när ett avtalsvillkor strider mot tvingande lag. Det föreligger en reell normkollision.

Lösningen sker enligt ett enkelt schema: den absoluta lagen har prioritet. Den ovan nämnda huvudregeln gäller alltså inte. Lagen drar gränser för parternas i princip fria regleringskompetens.

Dels sker det så att lagstiftaren slår fast en bestämd ordning, som måste följas, t.ex. formföreskrifter för fastighetsöverlåtelse. Alternativa förfaranden är uteslutna. Dels anger lagen gränser som inte får överskridas — förbud av olika slag, t.ex. mot indexklausuler eller mot handlande i strid med tro och heder. Fram till gränserna råder avtalsfrihet, men inte längre.

Absoluta lagnormer förestavas av intressen över vilka parterna inte får disponera (ovan s. 52 f). Det kan gälla allmänna eller enskilda intressen eller en kombination av bägge. Ett genomgående drag — ehuru inte det enda motivet — är behovet av intresseskydd. Detta kan vanligen inte tillgodoses utan tvingande normer.

Absoluta stadganden tillåter inte någon prövning av om de motiv, som bär upp dem, har betydelse i det föreliggande fallet. Lagens ordning är schematisk och bör följas även när ett skyddsbehov inte är för handen in casu.

Ofta framgår det av ordalydelsen i ett lagrum eller av lagens förarbeten huruvida stadgandet är dispositivt eller tvingande. Alltid är det inte så. I tveksamma fall bör man undersöka och bedöma de motiv som bär upp ett lagstadgande och ställa dem i relation till strävandena bakom avtalsfriheten. Om huvudmotivet t.ex. är att skydda en svagare avtalspart, kan man anta att lagregeln är absolut. Omständigheter av annan art kan likväl rubba denna presumtion. I något fall har lagen uttryckligen anvisat tillämparen att själv avgöra om en avtalsklausul, som avviker från lagens reglering, är giltig (HyresL 3 §: avvikelse från lagen kan göras i hyresavtalet, ”om inte annat stadgas i denna lag eller avvikelse annars skall anses vara förbjuden”).

Absolut lag är styrande på det sättet att parterna, när de ingår avtal, vanligen iakttar begränsningarna i sin regleringskompetens.

Om detta inte iakttas, vilka blir följderna?

När lagen föreskriver en bestämd ordning för ingående av avtal, är ett avtal i strid därmed ogiltigt, t.ex. åsidosättande av JB 1:2 (jfr JordlegoL 3 §).

Om ett avtalsvillkor till innehållet är oförenligt med tvingande lag, är följderna inte entydiga.

Det är möjligt att den absoluta normen inte åberopas av någondera parten. Det kan bero på att parterna inte känner till normen eller att den part till vars skydd normen gäller, inte vill eller annars inte anser sig ha anledning att åberopa densamma. Myndigheterna inskrider inte på eget initiativ, ett uttryck för den privata sfärens integritet. Undantagsvis kan ingripanden likväl ske, t.ex. enligt det lagreglerade konsumentskyddet.

När en part åberopar att ett avtalsvillkor inte överensstämmer med tvingande lag, kan olika lösningar förekomma.

Den enklaste och mest konsekventa är att det mot lagen stridande avtalsvillkoret elimineras, m.a.o. ogiltigförklaras. Vad sätts i stället?

En lösning är att justera avtalsvillkoret så att det inte längre strider mot lag — t.ex. en ränta som överskrider ockergränsen sänks till gängse ränta. Hit hör även det fall då en klausul till innehållet är oskälig. Den kan då jämkas enligt AvtL 36 § eller justeras enligt den mekanism som konsumentskyddslagstiftningen erbjuder (ovan s. 59).

En annan möjlighet är att det tomrum, som det ogiltiga avtalsvillkoret lämnat, inte fylls av någon annan föreskrift, t.ex. en förbjuden indexklausul betraktas som icke existerande, medan avtalet i övrigt förblir oförändrat.

Enligt ett tredje alternativ förfaller hela avtalet. Den lösningen ter sig naturlig i sådana fall då den överksamma klausulen har en så central position i avtalet att det enligt de förutsättningar, på vilka avtalet bygger, och parternas avsikter inte längre föreligger tillräckliga skäl att låta avtalet bestå. Det är inte möjligt att närmare ange under vilka betingelser hela avtalet bör förfalla. Om parterna är av olika mening, måste det ske en konkret prövning som tar sikte på att åstadkomma ett resultat som kan uppfattas som rimligt med beaktande av alla parterers intressen. Även när AvtL 36 § inte är tillämplig i här avsedda situationer — klausulen behöver inte vara oskälig utan kan vara förbjuden på annan grund — kan man likväl ganska långt bedöma läget i överensstämmelse med skälighetssynpunkter vid sidan av andra omständigheter, t.ex. vad som för parterna är ändamålsenligt och ekonomiskt försvarligt.

Ibland är ett lagrum tvingande endast i en riktning. Sålunda kan en föreskrift erbjuda möjlighet till avvikelser till förmån för den part som lagen avser att skydda (HyresL 15 § 6 mom., 35 § m.fl.).

Avtalsförhållanden påverkas i princip inte av ny lagstiftning. *Retroaktivitet* kunde betyda ingrepp i privata förhållanden på ett sätt som vore

oförenligt med individernas frihet att gestalta sina inbördes relationer. Det som parterna avtalat bör ses i relation till lagnormer som gällde när avtalet slöts.

Tillämpningen av ny dispositiv lag kunde påverka avtalsförhållanden på ett sätt som parterna eller någon av dem kanske inte velat godta eller åtminstone inte haft anledning att räkna med när avtalet ingicks. Dispositiv lag bör i princip inte verka retroaktivt. Detta bör man hålla fast vid även när den nya lagen inte ersätter en annan lag utan fyller ut ett i lag oreglerat läge (se KöpL 83 § 3 mom.). En annan sak är att parterna kan enas om att ny lag skall tillämpas.

Beträffande absoluta lagstadganden är läget ett annat beroende på deras syfte att tillgodose allmänna intressen eller att skydda tredje man eller enskilda parter. För att förverkliga sådana syften bör tvingande lag med retroaktiv verkan vara möjlig när starka skäl talar härför. Den allmänna jämningsregeln i AvtL 36 § är sålunda tillämplig på avtal som ingåtts före lagens ikraftträdande. Den framträder som en klar och angelägen skyddsnorm. Det bör också beaktas att jämningsmöjligheter redan därförinnan fanns enligt den allmänna skälighetsprincipen.¹ Det är viktigt att lagstifaren vid beredning av ny tvingande lag allsidigt överväger om och i vilken utsträckning lagen skall göras retroaktiv. Problemen framträder närmast beträffande långvariga avtal (se HyresL 127 §).

III. Ett avtalsvillkor kan vara oförenligt med en *allmän rättsprincip*.

Det är ofta svårt att avgöra om en sådan normkollision verkligen är för handen beroende på att en allmän rättsprincip alltid är mera eller mindre obestämd till innehåll och räckvidd. Lojalitetsregeln samt skälighetsprincipen utanför de i lag reglerade fallen är så vaga att det kan vara vanskligt att utan stöd av andra faktorer konstatera en bristande överensstämmelse mellan avtalsvillkor och princip. Om ett motsatsförhållande konstateras föreligga, beror prioriteten på vilken karaktär och vilka syften principen har.

När en rättsprincip har ett klart skyddssyfte, bör ett mot densamma stridande avtalsvillkor i regel underkännas. Skälighets- och lojalitetsprin-

1. *Taxell* I 80, 159 hävdade existensen av en allmän jämningsregel (år 1972).

ciperna hör till denna kategori. De skulle förlora mycket av sin betydelse ifall de kunde uteslutas avtalsvägen. En part kan sålunda inte fransäga sig rätten att framföra ett relevant skälighetskrav.

Å andra sidan bör man understryka att lösandet av avtalskonflikter, i vilka en allmän rättsprincip aktualiseras, ofta kräver mångsidiga överväganden i vilka principen måste ställas i relation till andra element, t.ex. till ett av de faktiska förhållandena starkt betingat krav att avtalsförhållandet skall fortbestå oförändrat.² Ett med en rättsprincip oförenligt villkor behöver sålunda inte nödvändigt vara ogiltigt. I rättsprinciperna finns elasticitet som, i stället för ogiltighet, kan motivera en sådan justering att man åstadkommer balans mellan princip och avtalsvillkor. Därtill kommer att ett mindre betydande intrång i en rättsprincip, t.ex. en låg grad av oskälighet eller illojalitet, kan lämnas ur räkningen och inte tillmätas rättslig relevans — det finns en toleranströskel.

Avtalsvillkor kan avvika från ståndpunkter som fastslagits i *prejudikat*. En sådan normkonflikt kan inte lösas schematiskt. Man måste gå till konkreta situationer och klarlägga motiv och syften bakom HD-avgörandet. Ifall ett klart prejudicerande avgörande är uttryck för en väsentlig skyddsfunktion, kan det avvikande avtalsvillkoret åsidosättas, i överensstämmelse med det som gäller för tvingande lag. Om prejudikatet däremot är av den art att en motsvarande föreskrift genom lagstiftning skulle ges dispositiv karaktär, har avtalsvillkoret företräde.

Prioriteten mellan avtalsnormer och i det föregående nämnda *särskilda normtyper* (ovan s. 61 ff) bestäms enligt bedömningar som, generellt sett, sammanfaller med det som sagts om relationen mellan å ena sidan avtalsvillkor, å andra sidan absolut respektive dispositiv lag. De olika normtypernas syften — speciellt skyddsmomentet — är i första hand avgörande för prioriteten.

IV. Kollision kan uppstå mellan *normer i olika avtal*.

Om ett villkor i ett definitivt avtal avviker från en föreskrift i ett *föravtal*,³ är det förra bindande. Parterna har full frihet att reglera sin samverkan på annat sätt än föravtalet anger. När det definitiva avtalet lämnat

2. Se även *Aarnio*, LM 1987 400 ff.

3. Se *Hakulinen* 118 ff, *Taxell* I 196 och där nämnd litteratur.

någon fråga öppen, gäller föravtalets bestämmelse ifall avsikten inte varit att upphäva den. Om bestämmelser i föravtalet och det definitiva avtalet i sak eller till formen avviker från varandra, kan föravtalet eventuellt ge tolkningsmaterial. En tredjemansklausul i föravtalet kan innebära en viss bundenhet för parterna när de ingår det slutliga avtalet.

Relationen mellan ett *normavtal*⁴ och ett enskilt avtal kan gestaltas olika.

Med normavtal avses här avtal vilkas föreskrifter parterna förbundit sig att iaktta när de ingår enskilda avtal av viss beskaffenhet. De fixerar på förhand en del av de enskilda avtalens föreskrifter. Parterna eller en av dem har begränsat sin avtalsfrihet. Ofta utgör normavtalen led i konkurrensbegränsande verksamhet och är bindande i den mån de håller sig inom gränser som dras av konkurrensreglerande lagstiftning.

När parter i normavtalet sinsemellan ingår enskilda avtal inom normavtalets tillämpningsområde gäller de normerande villkoren automatiskt utan särskild hänvisning. Parterna i ett enskilt avtal kan avvika från normavtalet, om i detta inte finns andra parter. Normavtalet kan då uppfattas som ett slags föravtal. Situationen är en annan när det finns andra parter i normavtalet, t.ex. konkurrensreglerande avtal mellan flera företagare. Man presumerar att normavtalets villkor gäller så länge inte samtliga parter samtyckt till en avvikelse.

När ett enskilt avtal ingås mellan en part i normavtalet och en tredje man (inte part i normavtalet), kan man utgå från att normavtalets villkor inte är bestämmande. Det enskilda avtalet har prioritet, det kan likväl genom hänvisning anknytas till normavtalet. Ifall detta inte sker, är normavtalet utan inflytande även när tredje man är medveten om normavtalets existens. Beroende på omständigheterna in casu kan det möjligen anses strida mot tro och heder att åberopa ett mot normavtalet stridande villkor (se AvtL 33 §). Också lojalitetskravet och skälighetsbedömningar kan vara relevanta. Den som är bunden vid ett normavtal och ingår avtal i strid med dess villkor utsätter sig för påföljder av brott mot normavtalet, t.ex. avtalsvite.

Kollektivavtal utgör en typ av normavtal. Deras automatiskt normgivande funktion för enskilda arbetsavtal är reglerad i lag (KollAvtL). Om

4. *Taxell* I 46 ff.

parterna i ett arbetsavtal frångår kollektivavtalet, är avvikelsern ogiltig, i stället gäller kollektivavtalets motsvarande föreskrift (6 §).

Ett avtal kan inkräkta på det som utfästs i ett tidigare slutet avtal. Termen ”*ivesalu*” (se HB 1:5) antyder problemet. I princip har det tidigare ingångna avtalet prioritet.⁵ Denna kan likväl rubbas av särskilda omständigheter som kan men inte behöver ha relevans in casu — bl.a. parts goda tro eller besittning av avtalsobjektet (se HyresL 7 §).

5. Se t.ex. JordlegoL 13 §, *Hakulinen* 41 ff, *Hellner*, Köprätt 259 ff.

8. NORMTILLÄMPNING

I. Normernas uppgift är att reglera den verklighet som finns i parternas inbördes förhållande eller som annars har anknytning till ett avtal (ovan s. 44). Parternas aktivitet och eventuella åtgärder av personer eller instanser utanför avtalsförhållandet skall anpassas till normerna, följa de direktiv som normerna innehåller. Denna *normtillämpning* betyder att man ställer en norm i relation till verkligheten in casu och på basen därav drar slutsatser som utmynnar i åtgärder, förfaranden eller avgöranden (av parter, domstol etc.).

Normtillämpning är vanligen en automatisk process utan komplikationer — en part fullgör det som avtalet åvälver honom, ett avtal förfaller på grund av prestationens omöjlighet etc. En prövning av argument för eller mot den lösning som en norm föreskriver eller ett val mellan alternativa lösningar förekommer inte.

De rena tillämpningsfallen kan sägas utgöra ideallösningar. Normerna befordrar rättssäkerheten. Det är på förhand givet hur eventuella konflikter skall lösas. Sådana fall kommer till domstolsbehandling huvudsakligen blott när bevisning måste upptas eller dom erfordras som grund för verkställighet eller när en part, utan att kunna åberopa en hållbar grund för sina invändningar, försöker hindra eller försvåra avtalets fullgörande.

När en avtalskonflikt uppkommit, ställs man inför olika tillämpningsproblem.

I första hand gäller det att avgöra *om* en viss norm skall tillämpas i en konkret situation. Jag hänvisar till det som tidigare sagts om normkollisioner (s. 64 ff). Vilken av flera möjliga normer skall användas, sträcker sig en norms tillämpningsområde till det aktuella fallet eller inte? Samma problem framträder när det är fråga om att fylla en lucka i avtalsbestämmelserna, skall t.ex. en gäldenär betala ränta när sådan inte utfästs (se

RänteL 3 §). När en part kräver att avtalet skall ogiltigförklaras, har man att avgöra om en ogiltighetsregel kan tillämpas. Vidare kan man ha att överväga om en norm upphävs av en annan, t.ex. huruvida prestations-skyldighet enligt avtalet upphör till följd av övergående force majeure.

Ett annat problem uppkommer när man har att avgöra *hur* en norm skall tillämpas, särskilt när normens direktiv är oklara eller ofullständiga. Det är fråga om normens innehåll. Ofta måste detta fastställas genom tolkning som påverkas av faktiska förhållanden. Inverkan av omständigheter in casu på tillämpningen framträder starkast med avseende på elastiska normer. Resultatet av normtillämpningen, t.ex. jämkning av avtalsvillkor enligt AvtL 36 §, är beroende av en prövning i vilken de faktiska förhållandena är avgörande inom normens ram. Också många påföljdsnormer kräver en liknande prövning, t.ex. hävningsregler som förutsätter väsentligt avtalsbrott.

Slutligen kan det bli fråga om att jämsides tillämpa *flera normer* som kompletterar varandra. När ett avtal t.ex. ålägger part en prestationsskyldighet kan det bli nödvändigt att fullständiga med normer utanför avtalet vilka anger när och var en prestation skall ske. En "dubbel" normtillämpning förekommer nästan alltid vid avtalsbrott. Tillämpningen av en påföljdsnorm, t.ex. om skadeståndsskyldighet, förutsätter alltid att man klarlägger att en gällande handlingsnorm har åsidosatts.

De problem, som här endast antytts, är omfattande och i många stycken svåra. I det följande skall jag beröra endast *två delproblem* med anknytning till relationen norm-verklighet, nämligen tolkning (II, III) och prövning (IV). När jag talar om verkligheten (realiteterna) innefattar jag däri inte bara yttre omständigheter, skeenden och förhållanden utan även intressen, behov och syften som ansluter sig till avtalsförhållanden. Av särskild vikt är att i normtillämpningen betona parts konkreta behov av rättsskydd samtidigt som kravet på rättssäkerhet uppmärksammas.

II. När man *tolkar egentliga avtalsnormer*¹ är det naturligt att utnyttja det material som avtalet byggts upp på eller som annars varit aktuellt under avtalsförhandlingarna. Relevant är vad som förekommit i form av förslag och motförslag, uttalanden, expertutredningar etc. Också parts åtgärder före eller efter avtalets ingående kan ge anvisning om hur ett avtalsvillkor bör uppfattas.

1. Taxell II 294 f, Jørgensen 180 ff, Arnholm II 35 ff, Hov 37 ff, Huser 367 ff.

Bedömningen är objektiv i den meningen att den utgår från avtalsnormens ordalydelse enligt den innebörd man ger den i normalt språkbruk. Härtill kommer en subjektiv faktor: man frågar hur parterna eller personer i deras ställning uppfattat eller bort uppfatta det kontroversiella avtalsvillkoret. Denna tanke är ett uttryck för strävanden att skydda part i god tro. Av betydelse är också principerna om tro och heder och om lojalitet i avtalsförhållanden — realiteter i en konstruktiv samverkan.

Då avtalet är ett instrument för samverkan, är det av vikt att ta hänsyn till avtalets och enskilda avtalsvillkors syften — de konkreta resultat som parterna eftersträvar. Parterna kan uppfatta syftena olika utgående från sina subjektiva intressen. Tolkningen bör beakta vad parterna var för sig eller tillsammans kan anses ha avsett eller förutsatt.

Tolkningen bör inriktas på lösningar som är praktiskt genomförbara. Resultatet bör inte ointetgöra eller avsevärt försvåra parternas fortsatta samverkan, ifall en sådan är möjlig och aktuell.

Skall tolkningen beakta ändamålsenlighetssynpunkter?

Då tolkningens objekt är föreskrifter vilka skall tillämpas på den verklighet som möter i parternas förhållande, är det naturligt att eftersträva lösningar som så långt som möjligt tillgodoser det som in concreto uppfattas som rationellt. Detta kan visserligen inte ensamt för sig vara avgörande för tolkningsresultatet. Men ändamålsenligheten — som måste bedömas ur alla parter synvinkel — är eller kan vara en relevant faktor bland andra, den bör inte saknas i allsidiga rättsliga överväganden.

Av betydelse vid tolkningen är också om och hur en viss lösning påverkar tredje mans rätt.

Rättsskyddskravet, som går genom hela avtalsrätten, bör ges en framträdande plats i tolkningen. Alla parter behov av skydd för sina intressen måste uppmärksammas och kunna påverka tolkningen. Man bör undvika lösningar som oskäligt tungt eller ensidigt skulle drabba en av parterna. I valet mellan olika tolkningsalternativ kan man t.ex. anse ett avtalsvillkor vara bindande, ifall ett ogiltigförklarande skulle orsaka en part allvarligt men. De faktiska rättsskyddsbehoven bör vägas mot varandra. Ofta kan en svagare parts behov prioriteras — ett sätt att balansera upp ojämlikhet i parternas styrkeförhållande.²

2. Se HD 1980 II 82.

Inte sällan begår man misstaget att tolka ett avtalsvillkor för sig utan att se och beakta sambandet med andra föreskrifter i avtalet. Detta ger ofta en skev bild av verkligheten. Delarna i det överenskomna samarbetet går vanligen in i varandra. En realistisk avtalstolkning är ett läggspel i vilket de enskilda bitarna dimensioneras och formas så att de passar in i avtalshelheten.

I strävanden att underlätta och förenkla avtalstolkningen har man, genom att generalisera överväganden som i praktiken ansetts relevanta, fixerat och utvecklat ”tekniska” *tolkningsmetoder*.³ De bör närmast ses som kompletterande tolkningsregler. Man kan nämna minimumregeln — man stannar för den lösning som är förmånligast för den part som åvälvs en förpliktelse genom avtalsnormen. Giltighetsregeln förordar alternativet att avtalet eller en klausul däri betraktas som gällande. Ganska ofta åberopas regeln att ett villkor tolkas till nackdel för den som utformat det-samma. Sådana schematiska metoder bör användas med måtta. En okritisk användning av konstruerade tolkningsmetoder kan leda till att man förbiser väsentliga reella faktorer eller avstår från den helhetsbedömning som vanligen är nödvändig för att nå riktiga resultat.

Avtalstolkning inriktad på realiteterna in casu kan leda till att avtalsvillkor med liknande innehåll i olika avtal inte nödvändigt tolkas exakt på samma sätt. Tolkningen är inriktad på ett speciellt fall, inte på en generell föreskrift, såsom t.ex. vid tolkning av lag. Facktermer och allmänt godtagna uttryck och begrepp bör likväl tolkas enhetligt,⁴ ifall inte särskilda skäl in casu föranleder annat, t.ex. när parterna har samma felaktiga uppfattning om termer som de använt.

Allmänna avtalsvillkor ingår som beståndsdelar i det enskilda avtalet. De bör tolkas i enlighet härmed.⁵ Jämsides bör man beakta att standardvillkoren till struktur och betydelse skiljer sig från individuella avtalsklausuler (ovan s. 49 ff). De har relevans utöver det enskilda avtalet. För den part som inte medverkat vid tillkomsten av allmänna avtalsvillkor och som inte heller uttryckligt accepterat dem, framstår de som regler utanför avtalet. Han ger dem inte samma värde som de villkor han uttryckligt omfattat. Den part som för in allmänna avtalsvillkor i individuella avtal ser dem som allmänna regler i den verksamhet han utövar.

3. Bl.a. *Jørgensen* 187 ff, *Huser* 553 ff.

4. Avtalspraxis inom en viss bransch kan också ha betydelse; *HD* 1982 II 52.

5. Se *Wetterstein* 146 ff, *Bernitz* 27 ff, *Jørgensen* 188 ff, *Huser* 470 ff.

Ofta är allmänna avtalsvillkor genomtänkta och formade inte bara för att underlätta ingående av avtal utan även för att tillgodose eller prioritera den aktiva partens intressen. De blir därför ofta ensidiga, den passiva partens berättigade intressen skjuts lätt åt sidan. Denna part har ofta svårt att förstå avtalsvilkorens verkliga innebörd eller att inse följderna av deras tillämpning.

En sådan ensidighet eller snedvridning, där den förekommer, betyder inte sällan att tolkningen — för att skapa en motvikt — inriktas på att tillgodose den passiva partens rättsskydd.⁶ Det betyder att man i tolkningsattityden avstår från en strikt balanserad avvägning av parternas intressen och prioriterar den som opponerar mot ett allmänt avtalsvillkor. Tolkningen väger lätt över till förmån för den passiva parten. Detta överensstämmer med en allt mera omfattad strävan att skydda en part i underläge. Man bör likväl vara på sin vakt emot en inställning som understryker den passiva partens fördel så starkt att den aktiva partens berättigade intressen åsidosätts eller att principen om avtalsbundenhet luckras upp till men för användningen av allmänna avtalsvillkor.

Tolkning av allmänna avtalsvillkor kan även påverkas av hur använda klausuler uppfattats och tillämpats i andra avtal där de eller liknande villkor ingått. På det sättet kan t.ex. force majeure klausuler få en mera preciserad innebörd. Strävanden att generalisera tolkningen av allmänna avtalsvillkor får likväl inte undanskymma verkligheten i det enskilda avtalsförhållandet.

III. När man tolkar *lag*⁷ förefaller det att finnas ganska litet utrymme för de faktiska förhållanden som präglar ett enskilt avtal. Lagen är en allmän och i viss mån abstrakt norm. I tillämpningen förutsätter och eftersträvar man enhetliga lösningar. Man försöker förverkliga likhet inför lagen.

Hur viktigt detta än är får man inte se förbi den andra sidan: en lagnorm konkretiseras och får reellt innehåll när den tillämpas i ett enskilt fall.

Man kan, utgående från det som här sagts, uppfatta tolkning av lag på två sätt.

6. Se *Wilhelmsson* 63 ff samt *HD* 1978 II 126.

7. *Taxell* II 276 ff, 310, *Makkonen* 116 ff, *Aarnio* 99 ff, *Strömholm* 395.

Enligt det ena avser tolkningen att fastslå vilken räckvidd eller innebörd en lagnorm skall anses ha. Tolkningen siktar på en generell lösning. Det resultat man kommer fram till är avsett att gälla för alla situationer i vilka normen kan tänkas bli aktuell. Tolkningsresultatet och de överväganden som föregått detsamma innebär en fortsättning på lagstiftarens normskapande, vilket kan sägas vara ofullbordat då lagen inte fått en lydelse som skulle ge tillämparen ett entydigt direktiv.

Det andra sättet inriktar tolkningen på en konkret situation. Man försöker inte att en gång för alla bestämma gränser för en lagnorms tillämpning eller fixera dess innebörd. Man bemödar sig om att klarlägga huruvida och hur normen skall tillämpas i det föreliggande fallet med dess realia. Tolkningen utgör ett led i ett konkret avgörande.⁸

Man bör inte renodla någotdera alternativet. De bildar inte motpoler. De kompletterar varandra. Huvudvikten kan och måste läggas olika beroende på normernas art och syften. När det ur allmän rättsäkerhetssynpunkt är viktigt med enhetlig normtillämpning bör man eftersträva ett "generellt" tolkningsresultat. När däremot en enskild persons rättsskyddsanspråk står i förgrunden och kräver en liberal och "individcentrerad" bedömning, är det naturligt att fästa särskild vikt vid faktiska omständigheter in casu. Mellan ytterligheterna finns det plats för skiftande bedömningar av "generella" och av "konkreta" faktorer. Ett stereotypiskt tolkningsmönster finns inte.

Det ligger nära att i första hand inrikta tolkningen på den konkreta situationen för att se i vilken mån de faktorer som behärskar den korresponderar med normen. En ofta betydelsefull faktor är normens syften⁹ såsom de framträder i lagens ordalydelse och i förarbetena. När lagen har ett klart syfte, som går längre än ordalydelsen ger vid handen, kan det vara fullt motiverat att under densamma inrycka situationer som vid en formell tolkning skulle falla utanför. Det gäller t.ex. att avgöra om ett "specialkonstruerat" avtal rörande fastighet faller under formuleringen "köp, skifte eller gåva" i JB 1:2 eller om en avtalsklausul med en ovanlig eller svävande formulering strider mot lagens förbud mot indexklausuler. Lagens och avtalets syften jämförs. Detta kan motivera en extensiv tolkning.

8. Se HD 1984 I 1.

9. HD 1985 II 49.

Ett tolkningsresultat som man börjat följa i rättspraxis ger lagnormen ett klarare innehåll med påföljd att en "konkret" tolkning måhända framdeles utesluts. Detta är särskilt fallet när lagen förtydligats av ett prejudikat.

När man har att avgöra om ett avtal eller ett enskilt villkor däri eller avtalets tillkomst överensstämmer med eller står i strid med en *absolut* lagnorm, utgör normens syfte — rättspolitiska ändamål — det centrala tolkningskriteriet.

Tvingande avtalsrättsliga lagar har vanligen skyddssyften till förmån för en avtalspart eller för tredje man. Ibland avser de att tillgodose allmänna intressen (ovan s. 52). Vilket syftet än är utgör lagen ett undantag från avtalsfriheten. Lagnormen bör tolkas så att syftet nås. Längre än så bör den inte utsträckas.

Ett väsentligt drag i tolkningen är att hindra parterna att kringgå tvingande lag. Detta betingar i många situationer en konkret och realistisk bedömning av avtalsförhållandet, vid behov av fakta på sidan om det som kan utläsas ur avtalsvillkoren.

Dispositiv lag har andra syften än absoluta normer: de ger parterna normservice, fyller ut luckor i avtal och främjar enhetlighet och rättssäkerhet. Tolkningen bör utgå härifrån.

Man förutsätter att lagstiftaren i dispositiv lag på ett ändamålsenligt sätt vägt parternas intressen mot varandra. En balanserad avvägning, som tar sikte på parternas ofta motsatta intressen, är sålunda ett centralt moment i tolkningen. Ibland prioriteras den ena partens intressen, särskilt när lagen reglerar förhållanden i vilka parterna är eller kan vara ojämlika. Strävanden i den riktningen får likväl inte drivas så långt att objektiviteten äventyras.

Också kravet på rättssäkerhet bör beaktas när man tolkar dispositiva normer. Rättssäkerheten pekar vanligen mot en schematisk tillämpning och kan därigenom komma i strid med en konkret bedömning.

Tolkning av lag — liksom av avtal — utgör ett *led i en normtillämpning*. I den meningen är den inte en abstrakt tankeprocess. Den är, enligt mitt sätt att se, knuten till och beroende av realiteter in casu. Deras inflytande kan variera med hänsyn till normens art, syfte, styrka och klarhet.

Tolkningsregler och -mönster får betydelse huvudsakligen i avtalskonflikter när avgörandena sker utanför parternas krets — av domstol etc. Om parterna däremot själva enas om en tolkning, blir den vanligen gäl-

lande trots att den kanske följer andra mönster och beaktar andra faktorer än domstolen skulle ha godtagit. På den vägen kan t.o.m. tvingande normer komma att tillämpas i strid med deras innehåll eller syfte. Endast undantagsvis har samhället möjlighet att in casu inskrida mot sådana tolkningar, t.ex. när en förvärvare av fastighet anhåller om lagfart.

IV. Ett stort antal normer förutsätter för sin tillämpning en *prövning* på basen av förhållanden in casu. I den gruppen finner man individuella avtalsklausuler, allmänna avtalsvillkor och lagnormer. Också andra typer av rättsnormer, t.ex. allmänna rättsprinciper, kan i sin tillämpning vara beroende av en prövning.

Prövningsnormer kan ha olika syften och utformning. Följande gruppering ger en bild härav.

I lag och avtal är det ibland nödvändigt att använda termer och begrepp vilkas innebörd inte är och inte kan vara bestämd. Man kan som exempel nämna oöverbinnerligt hinder, vållande, skälighet, god sed. Endast en prövning på basen av faktiska förhållanden kan avgöra om normen kan och skall tillämpas i ett enskilt fall.

Många gånger har det varit nödvändigt att i lag eller avtal ange förutsättningar för åtgärder som part kan vidta, t.ex. att ensidigt lösgöra sig från ett avtal. Sålunda binds t.ex. uppsägning (från arbetsgivarens sida) och hävning av arbetsavtal till förekomsten av "särskilt vägande skäl" eller "vägande skäl" (ArbAvtL 37, 43 §§).¹⁰ Endast en till verkligheten knuten prövning kan klargöra om sådana förutsättningar in casu är för handen.

I syfte att hindra en part att ensidigt utnyttja ett avtal till egen fördel eller att använda klandervärda metoder har lagstiftaren i några fall formulerat generalklausuler (standardnormer, elastiska normer). Dessa kompletterar ofta specificerade normer som inte förmår täcka hela det fält som ansetts nödigt att reglera. I större utsträckning än vanligen är fallet låter man de faktiska förhållandena bestämma avgörandena inom den ofta vida och konturlösa ram som lagstiftaren byggt. Som exempel på generalklausuler av här avsedd typ kan man nämna förbudet mot förfarande som är "otillbörligt mot konsumenterna" (KonsumentskyddsL 2:1), ogiltighets-

10. Se t.ex. HD 1985 II 99.

regeln när avtal tillkommit i strid med "tro och heder" (AvtL 33 §) samt den allmänna jämningsregeln (AvtL 36 §).¹¹ Också en del andra normer kan uppfattas som generalklausuler.

Det gemensamma draget i de normer som här avses är att de inte kan tillämpas utan att man klarlägger de faktiska förhållandena och företar en allsidig prövning av dem.

Det är vanskligt att dra riktlinjer för tillämpningen av provningsnormer. De i normerna givna provningsdirektiven — oskälighet, stridande mot tro och heder etc. — tillåter och betingar omfattande och mångsidiga överväganden. De faktiska förhållandena företer stora olikheter och låter sig inte lätt inordnas i standardiserade mönster. Provningsfriheten, med beaktande av de omständigheter som normen eventuellt nämner (se t.ex. AvtL 36 §), bildar basen för avgörandena. Provningsfriheten måste likväl hålla sig inom de gränser som gäller all rättstillämpning i avtalsförhållanden. I det avseendet kan man bl.a. nämna lagnormernas syften, kravet på objektivitet, strävan till ändamålsenliga lösningar och hänsynen till tredje man. Också en del etiska värderingar ryms med.¹² Därtill kommer mera utpräglade avtalsrättsliga element: principen om avtalsbundenhet, avtalsbalans, bristande jämvikt i partsförhållandet,¹³ riskfördelning mellan parterna etc.

Provningsnormerna är i mycket inriktade på att ge part rättsskydd. Detta är t.ex. fallet när lagen innehåller en skälighetsstandard. Provningsfriheten tar sikte på att så långt som möjligt skydda den part vars intresse kan anses ha blivit åsidosatt. Detta utesluter ingalunda hänsyn till motpartens intresse. Provningsfriheten bör vara en objektiv intresseavvägning. Normens elasticitet ger möjlighet att gå en rimlig medelväg mellan parternas motstående intressen, t.ex. genom att moderera ett avtalsvillkor framom att helt underkänna detsamma. Vi ser denna problematik i t.ex. AvtL 36 §, jämkningen är inte bara ett medel att skydda en part i underläge, en del av dess ratio är att den kan skydda motparten mot lösningar som helt skulle underkänna ett avtalsvillkor eller ogiltigförklara avtalet i dess helhet.

Resultatet av en prövning kan inte förutses med bestämdhet. Detta ligger i prövningens natur. Rättssäkerheten kan därför äventyras. Fara för

11. Betr. jämkning enligt AvtL 36 §, *Taxell*, JFT 1984 606 ff och där nämnd litteratur (630) samt *Wilhelmsson* 69 ff, *Sevón*, JFT 1985 155 ff.

12. *Taxell*, JFT 1979 487 ff.

13. Se *HD 1985 II 36, 177*.

godtycke finns också. Det är viktigt att rättssäkerhetssynpunkterna ägnas uppmärksamhet utgående från den allmänna principen om avtalsbundenhet.

Uppmärksamhet kommer ofta att fästas vid ekonomiska faktorer, särskilt hur en möjlig lösning påverkar parternas rättigheter och skyldigheter.

Den i prövningen ingående intresseavvägningen kan föranleda en justering av det i avtalet fixerade värdeförhållandet mellan prestation och motprestation, t.ex. nedsättning av köppriset. I fråga om avtal som har en personlig karaktär, t.ex. rörande upphovsrätt, men också i avtal av annat slag, kan etiska och individuellt färgade värderingar ingå i prövningen.

Det är knappast motiverat att helt olika bedöma tillämpningen av egentliga prövningsnormer och av rättsnormer med ett mera exakt innehåll. Också de senare förutsätter i många fall ett visst mått av prövning av i stort sett samma slag som den vilken förekommer när generalklausuler eller andra elastiska normer tillämpas. Det är snarare fråga om en gradskillnad än om en artolikhet.

9. NORMLUCKOR

9.1. Problemet

Avtalsrättens normsystem är långt ifrån heltäckande. Lagstiftningen kan aldrig vara fullständig. Ofta släpar den efter i utvecklingen. Inte ens genomarbetade och detaljerade avtal innefattar i praktiken en reglering vilken förutser alla situationer som kan uppkomma.¹ Den mest omfattande normeringen finns ofta i standardavtal.

Man kan tala om *normluckor*² i två avseenden.

Dels ställs man inför situationen att en i ett konkret fall tillämplig norm inte i alla stycken ger tillräckliga direktiv — en avtalsnorm åvälver t.ex. betalningsskyldighet till ett visst belopp men bestämmer inte när betalning skall ske eller om ränta skall erläggas. Luckan i avtalsnormen utfylls med normer utanför avtalet — dispositiv lag, handelssed etc. I sådana fall finns det tillämpliga normer som kompletterar varandra. Tillammans stänger de luckan i avtalsnormeringen. En normlucka i egentlig mening existerar inte, den finns endast i avtalstexten.

Dels förekommer fall då tillämpliga normer finns utan att likväl täcka hela det problem som skall lösas, kompletterande normer existerar inte heller. Ytterligare förekommer det att tillämpliga normer helt saknas, normluckan är fullständig i den situation som är föremål för behandling. Som exempel på oreglerade situationer kan nämnas fall då avtalets ratio eller syfte helt eller delvis rubbats genom en utveckling efter det avtalet ingicks eller när en part önskar annullera avtalet till följd av ändrade förhållanden. Endast dessa egentliga normluckor — *öppna fall* — berörs i det följande.

1. Jfr HD 1981 II 141.

2. Taxell II 316 ff, Makkonen 144 ff.

Den naturligaste lösningen i öppna fall är att parterna sinsemellan överenskommer om hur förhållandet skall regleras. Denna lösningsmodell möjliggörs av avtalsfriheten som kan utnyttjas ända till dess avtalsförhållandet är avvecklat.

I avtalskonflikter måste domstolen, som är underkastad beslutstvång, ofta träffa avgöranden utan direkt stöd av rättsnormer. I avtalsrättsliga avgöranden måste man räkna med och acceptera det faktum att det inte i varje konkret situation finns en rättsnorm att falla tillbaka på.

Att konstatera detta betyder ingalunda att avgöranden i öppna fall vore helt oberoende av rättsnormer. I varierande omfattning sker en normpåverkan — öppet eller dolt. Detta betingas dels av att öppna fall i fråga om realia vanligen eller åtminstone ofta har likheter med normerade avtalssituationer, dels av att regleringen rörande avtal ingår i ett normsystem vars grundlinjer genomkorsar hela avtalsrätten. På den vägen rycks de öppna fallen in i rättsnormernas verkningskrets.

Problemet egentliga normluckor (öppna fall) skall i det följande belysas i relation till två av avtalsrättens centrala problemområden: *avtalsuppkomst* och *avtalskonflikter*. Inom dessa områden finns det rättsnormer av många olika typer. Men luckorna är stora. Beskrivningen i det följande är närmast en *skiss* av problemet öppna fall och av samspelet mellan å ena sidan normtillämpning, å andra sidan överväganden utan direkt stöd av rättsliga normer.

9.2. Avtals uppkomst

I. Problemet avtals uppkomst³ — i vidsträckt mening — har tre sidor.

I första hand har man att avgöra vilka fakta som kan konstituera avtal, m.a.o. skapa en rättsligt reglerad samverkan mellan två eller flera personer. Det är huvudsakligen fråga om det som benämns *avtalsmekanismer* eller avtalsmodeller.

För det andra gäller det avtals *innehåll* och rättsverkningar. Frågan berör avtals uppkomst såtillvida att det kan krävas särskilda anknytnings-

3. Se bl.a. *Adlercreutz* 20 ff, *Arnholm* II 62 ff. — Se även *FN-konventionen om köp* art. 14–24.

fakta för att vissa normer skall bli tillämpliga i ett avtal — allmänna avtalsvillkors införlivande med ett individuellt avtal, ett normavtals eller ramavtals reglerande verkan med avseende på enskilda avtal etc.

Härtill kommer — för det tredje — att avtal kan medföra verkningar också i förhållande till tredje man — överlåtelse av en fastighet leder till att en legotagare sägs upp, en persons avtalsförpliktelser innebär att hans borgenärers möjligheter att få betalt försvagas etc. Tredje mans skydd regleras normalt av tvingande lag. Dess normer tillämpas oberoende av hur avtalsparterna förhåller sig till tredje mans rätt och intressen.

Frågor som rör avtals innehåll och rättsverkningar behandlas inte i det följande. Jag tar endast upp problemet avtalsmekanismer.

II. Principiellt är problemet *avtalsmekanismer* en fråga om på vilka sätt avtal kan uppkomma eller, uttryckt på ett annat sätt, hur personer kan bli avtalsrättsligt bundna. Avtal är inte bara en fråga om faktisk samverkan mellan två eller flera personer, utan även om ett rättsligt reglerat förhållande innefattande förpliktelser och förmåner.

Hur uppkommer ett avtalsförhållande?

Ett entydigt och uttömmande svar kan man inte ge. Det finns rättsnormer men också stora normluckor.

Problemet avtalsmekanismer bör enligt min mening ses mot två bakgrundsfaktorer.

Dels finns det *av rättsnormer reglerade* avtalsmekanismer. I AvtL 1 kap. ingår allmänna föreskrifter om slutande av avtal. För särskilda avtalstyper avsedda mekanismer finns i några speciallagar (t.ex. JB 1:2). De förra är dispositiva, de senare i regel tvingande. Dessutom kan parterna överenskomma om bestämda mekanismer, t.ex. skriftlig form.

Dels har utvecklingen på avtalsfältet skapat avtalsmekanismer *utan stöd av rättsnormer*. De praktiska handlingsmönstren varierar starkt, en utveckling försiggår ständigt.

III. Oaktat de "öppna" mekanismerna i mycket avlägsnat sig från de tankar som präglar föreskrifterna i *AvtL 1 kapitel* har dessa likväl inte förlorat sin betydelse.⁴ Jag vill peka på några faktorer i föreskrifterna om

4. Se bl.a. *Hellner*, JFT 1979 283 ff, *Adlercreutz* 20 ff, *Grönfors* 24 ff, *Arnholm* II 64 ff. — Se även diskussionsreferat vid 24. NJM över temat "Bör de nordiska avtalslagarna reformeras?" (referent *Folke Schmidt*, bilaga 7, diskussion s. 182–210).

”slutande av avtal” som fortfarande har relevans, åtminstone i viss utsträckning och beträffande en del mekanismer utanför de lagreglerade.

Anbud och svar anses *bindande* för avgivaren. Bägge uppfattas som löften vilka bör infrias. Detta är ett väsentligt moment i den samverkan som avtalet innebär. Också procedurerna före och vid ingående av avtal kan betraktas som en samverkan: parterna eftersträvar gemensamt ett slutligt avtalsförhållande. I varje rättsligt reglerat samverkande är säkerhetskravet viktigt. Särskilt anbudsgivarens bundenhet vid sitt löfte är av den största betydelse för motparten när han överväger sitt ställningstagande. Principen om anbudets och svarets bindande verkan är uttryck för tanken att parterna skall kunna ta fasta på och lita på varandras utsagor under det förfarande som leder till avtal. Åtminstone till en del ingår detta i kravet på lojalitet, vilket allt starkare gör sig gällande i avtalsförhållanden. Häri kan man också inlägga tanken att den som avger anbud eller svar tar på sig ansvar för att fakta, som han framlägger eller åberopar, är riktiga.

AvtL understryker att ett definitivt avtal innebär *överensstämmelse i sak mellan anbud och svar*. Det skall föreligga consensus mellan parterna. Utan en sådan kan det vara svårt att i praktiken genomföra den samverkan som avtalets fullgörande innebär. Också i rättssäkerhetens intresse har det varit angeläget att AvtL förutsätter samstämmighet mellan parterna. Detta motsvarar lagens syn på att avtalet består av parternas ömsesidiga, varandra täckande viljeförklaringar.

Lagen ger värde åt parts *goda tro* (se 4 § 2 mom. och 6 § 2 mom.). Också detta är ett uttryck för den lojalitet som parterna bör iaktta i sina inbördes relationer. Part skall i sina dispositioner kunna ta fasta på det som enligt en objektiv bedömning framgår av en förklaring. Också den i godtrosskyddet ingående reklamationskyldigheten understryker partslojaliteten.

När man ställs inför avtalsmekanismer *utanför AvtL:s mönster*, kan man se tre huvudtyper.

Till en grupp hänförs avtal som bygger på förhandlingar mellan de blivande parterna — ofta är det fråga om omfattande och detaljerade avtal. I avtalsförhandlingarna finner man sällan egentliga anbud eller svar eller andra bindande löften. Genom utredningar, förslag och motförslag, eftergifter och kompromisser går parterna stegvis framåt mot ett definitivt avtal, eventuellt via föravtal eller andra preliminära överenskommelser.

En annan grupp omfattar avtal vilkas normer huvudsakligen består av allmänna avtalsvillkor (standardavtal). Själva avtalsslutet består i consensus dels beträffande att avtal av en viss typ skall komma till stånd, dels rörande omständigheter som måste regleras i det individuella avtalet. De allmänna villkoren följer i släptåg utan att man behöver presumera viljeförklaringar eller consensus.

Slutligen kan man i en tredje grupp inräkna olika slag av ”tekniska” avtal. Parterna kommer egentligen inte i kontakt med varandra, avtalen ingås genom tekniska arrangemang, automater av olika slag etc. Det är kanske inte fråga om avtal i traditionell mening, snarare om avtalsliknande förhållanden. Men de rättsliga verkningarna är i stort sett desamma som enligt vanliga avtal, t.ex. i fråga om rättigheter och skyldigheter för den som tankar sin bil vid en bensinautomat.

Hur väsentliga AvtL:s principer än är måste man vid tillkomsten av avtal enligt mekanismer som här nämnts i mycket följa andra linjer.⁵ Jag skall peka på några omständigheter med relevans för *öppna avtalsmekanismer*.

Enligt AvtL är det parternas med varandra överensstämmande viljeförklaringar som konstituerar avtal. De flesta avtal uppkommer fortfarande i stöd av uttryckliga eller konkludenta viljeförklaringar, bl.a. avtal enligt vardagslivets rutiner. Lika klart är att ett stort antal avtal uppstår utan att det förekommit viljeförklaringar i egentlig mening — inköp genom självbetjäning, användning av parkeringsautomat för bil, bruk av kreditkort etc. Tekniska förfaranden och rationaliseringar inom ekonomisk verksamhet leder fram till mekanismer beträffande vilka det är meningslöst att försöka konstruera bakomliggande viljeförklaringar. I många fall kunde man tala om ”teknisk kontrahering”. Inte heller i avtal som föregåtts av förhandlingar och kompromisser är det alltid motiverat att falla tillbaka på ett viljemoment. Avtalen framstår som resultat av ett faktiskt händelseförlopp med många skeden i vilka det inte är anledning att i allt försöka se eller konstruera bindande viljeförklaringar från parternas sida. Också i standardavtalen är det verklighetsfrämmande att försöka knyta bundenheten vid allmänna villkor till underförstådda viljeförklaringar.

5. Grönfors, 11 f, understryker att AvtL är starkt tidsbunden vid det samhälle som fanns vid tillkomsten, man bör läsa ”lagtexten utifrån”, så långt som möjligt befriad från sin föräldrade dogmatiska bakgrund i ljuset av dagens förhållanden, en ny avtalsrätt håller på att växa fram.

I överensstämmelse med avtalsfriheten är föreskrifterna i AvtL 1 kap. *dispositiva* (1 § 2 mom.). Parterna har rörelsefrihet. De kan utforma egna avtalsmekanismer och använda modeller som andra utvecklat eller som uppkommit genom praxis. Detta är lagstiftarens principiella inställning till avtalsmekanismerna.

IV. På vilka grunder skall man i öppna fall avgöra om ett avtalsförhållande uppkommit och vilken bindande verkan ett sådant har?

Avtalsmekanismer utanför lagmodellerna motiverar att man inte, åtminstone inte primärt, behöver fråga vad parterna velat och i överensstämmelse därmed förklarat. Man kan i stället fråga: vilka eller vilka slag av faktorer kan ge upphov åt avtal och bestämma avtalens innehåll? Man har att klarlägga vad som kan anses utgöra ”*avtalsgrundande rättsfakta*”.⁶ Häri innefattas åtgärder och förfaranden av det slag och den styrka att de skapar en relation vilken kan uppfattas som ett rättsligt bindande avtalsförhållande.⁷ Man frigör sig från ett schema med bestämda avtalsmekanismer och från uppfattningen att avtal alltid förutsätter parternas ömsesidiga viljeförklaringar.

Kretsen av avtalsgrundande rättsfakta är inte begränsad. Utvecklingen ger upphov åt nya mekanismer. Som avtalsgrundande rättsfakta kan man uppfatta parternas samstämmiga viljeförklaringar — avtalslagens modell — olika slag av konkludenta handlingar från parternas sida, översändande av skriftlig bekräftelse, undertecknande av ett skriftligt avtal uppfattat som ett bestyrkande av parternas förhandlingsresultat, delgivning av allmänna avtalsvillkor som komplettering till de detaljer som parterna kommit överens om, postförsäljning, användning av olika tekniska hjälpmedel etc. Om man vill, kan man i mycket av detta konstatera vad parterna velat och även anse att de förklarat sin vilja. Men det är inte nödvändigt att tillgripa konstruktionen viljeförklaring eller den sofistikerade argumentering som den ofta förutsätter.

När man erkänner att det förekommer avtalsgrundade rättsfakta utanför parternas viljeförklaringar avstår man från att i alla enskildheter kräva

6. Härom *Grönfors* 38 ff, se även *Wilhelmsson* 24 ff, *Adlercreutz* 31 f (realhandlande), *Jørgensen* 33, 64 ff (realhandling, passivitet), *Arnholm* I 287, II 80 (passivitet), *Huser* 104 ff. — *Cheshire and Fifoot* 56 ff.

7. Se *HD* 1986 II 78, 1984 I 5 och II 192.

consensus med avseende på avtalets innehåll. Det är visserligen viktigt att kunna klarlägga vilka bestämmelser som parterna är eniga om, därigenom blir handlingsdirektiven starkare och rättssäkerheten större. Vanligen är en sådan överensstämmelse för handen och möjlig att påvisa. Men också när meningsolikheter förekommer kan avtalets samverkan fungera i stöd av kompletterande normer och rättsliga överväganden — under förutsättning att det finns tillräckliga fakta som grund för att ett avtalsförhållande uppkommit.

Enligt synsättet i AvtL inträder avtalsbundenhet i och med att avtalet är slutligt, dvs. när anbud och svar överensstämmer med varandra. Därför innan existerar bara den ensidiga bundenhet som följer av att löften är bindande. I praktiken har detta i viss mån uppluckrats. När avtal föregås av förhandlingar som kan dra långt ut på tiden, kan det finnas behov av en *successivt* uppkommande bundenhet, manifesterad t.ex. i föravtal, letters of intent eller andra bindande förhandsutfästelser.⁸ Dessa absorberas sedermera av det slutliga avtalet och förlorar därmed i regel sin egen existens. När ett definitivt avtal inte kommer till stånd kan det bli fråga om krav grundade på den preliminära bundenheten, t.ex. ersättning för förhandlingskostnader, tekniska och ekonomiska expertutredningar etc. Ifall dessa frågor inte reglerats avtalsvägen, ställs man inför rättsliga problem för vilkas lösande det inte finns direktiv i vare sig lag eller andra rättsnormer.

I avtalsrättens utveckling kan man skönja en trend som tar hänsyn till en ofta förekommande ojämlikhet i partsförhållandet. Detta drag framträder bl.a. i konsumentskyddslagstiftningen. Huvudsakligen är det fråga om att tolka och tillämpa avtal till förmån för den svagare parten. Tanken kan också ha relevans i fråga om ingående av avtal, t.ex. så att man kan kräva ett starkare anknytningsfaktum för att en betungande klausul i ett standardavtal skall binda den passiva parten. Också detta är en avvikelse från AvtL:s tanke att avtal ingås mellan jämstarka parter.

Avtalsmekanismer på sidan om de i lag reglerade företer problem av varierande art. De synpunkter, som nämnts i det föregående, exemplifierar endast problemen. De är relevanta — vid sidan av mycket annat — när man har att fylla ut normluckor. Fortfarande finner man vägledning i de

8. Se *Grönfors* 37 f, 43 "stegvis låsning", *Gomard* särsk. 276–282 samt 30. NJM (Forhandlingene) Del II 441–472 (diskussion).

principer på vilka AvtL 1 kap. bygger. Men framför allt gäller det att in casu avgöra huruvida förhållandena är sådana att det föreligger tillräckliga avtalsgrundande rättsfakta. Man kan med ledning av praxis dra vissa riktlinjer, t.ex. i fråga om anknytning av allmänna avtalsvillkor till individuella avtal. Men några rättsnormer skapar man inte på det sättet, först en fast rättspraxis (kutym) eller prejudikat kan uppfattas som en rättslig normering. Avgörandena in casu baserade på reella faktorer blir i mycket beroende av en avvägning mot varandra av parternas ekonomiska intressen, syftet med det avtal som man eftersträvar samt parternas faktiska behov av skydd med särskild hänsyn till en svagare parts position. Överväganden av sådan art kan i konfliktsituationer avgöra om avtalsbundenhet uppkommit eller inte.

9.3. Avtalskonflikter

I. När man talar om *avtalskonflikter* menar man att det inträtt en störning i den samverkan som ett avtal reglerar och att det i störningen framträder en intresse motsättning mellan parterna.

Det finns två huvudtyper av konfliktskapande avtalsstörningar.

Den ena innefattar *rubbningar i avtalsbundenheten*:⁹ det har inträffat en omständighet som helt eller delvis kan upplösa avtalets bindande verkan. En rubbning kan vara ursprunglig i den meningen att part som grund för befrielse från bundenhet åberopar någon omständighet som var för handen före eller vid avtalets ingående, t.ex. en ogiltighetsgrund. En efterföljande avtalsrubbing betyder att ett giltigt avtal uppkommit men att bundenheten sedermera anses ha upphört, helt eller till en del, t.ex. som en följd av ändrade förhållanden.¹⁰

De vanligaste konfliktsituationerna uppstår genom *avtalsbrott*:¹¹ en för avtalet gällande handlingsnorm har åsidosatts, avtalet har inte behörigen fullgjorts. Avtalsbrott finns i en mycket vid skala, beroende på mångfal-

9. *Taxell* I 128 ff.

10. Se bl.a. *Taxell* I 151 ff, *Hellner*, Festskr. Ylöstalo 133 ff. — KöpL 52 § förutsätter en möjlighet för köparen att avbeställa en vara; *KöpLProp* 37 f.

11. *Taxell* I 171 ff, *Arnholm* III 238 ff.

den av handlingsnormer som gäller i avtalsförhållanden. Ett avtalsbrott kan föranledas av en part eller av en omständighet utanför parternas krets, t.ex. *force majeure*.

Det centrala problemet vid avtalsstörningar gäller *påföljder*: vilket eller vilka anspråk kan en part rikta till sin motpart, vilken är ett anspråks rättsgrund och hur kan anspråket förverkligas?

Det finns i stor utsträckning rättsnormer som reglerar olika typer av avtalsstörningar och deras påföljder. I många fall har normerna skyddskaraktär med sådan vikt att de intagits i tvingande lag (ArbetsavtL, HyresL etc.). Dispositiv lag kan innehålla detaljerade påföljdsnormer (t.ex. KöpL). I avtal av större ekonomisk betydelse ingår vanligen föreskrifter om påföljder av avtalsbrott, t.ex. om hävning eller avtalsvite. Det finns också vägledande prejudikat. Inte sällan får normtillämpningen stöd av allmänna rättsprinciper — skälighet, lojalitet etc.

Trots allt detta är normluckorna stora.

II. Det har ibland sagts att *domstolen* själv bör skapa en norm som den sedan tillämpar i det föreliggande öppna fallet. Domaren uppfattas träda i lagstiftarens ställe och — med avseende på ett enskilt fall — fullgöra den normskapande uppgift som primärt tillkommer lagstiftande instanser.¹²

Detta är knappast riktigt. Normtänkandet får inte drivas till sin spets. Avgöranden i avtalskonflikter behöver inte nödvändigt vara en tillämpning av normer, redan existerande eller för ändamålet skapade. Domen är samhällets avgörande i en tvist mellan avtalets parter.

Den centrala frågan i de öppna fallen gäller grunden för domstolens avgörande: kan detta träffas fritt och obundet eller är det knutet till ett bestämt schema eller till standardiserade överväganden?

Fria avgöranden, t.ex. enbart på basen av ändamålsenlighetssynpunkter, förekommer inte i domstolarnas beslutsfattande. För avgöranden i öppna fall måste det alltid finnas en *rättslig grund*.

Vad betyder detta?

Rättsgrunden framträder i faktavärdering, överväganden och argumentering som domstolen tillmäter relevans i sitt avgörande. Den kan inte

12. Betr. detta problem, *Taxell* II 317 ff, *Makkonen* 161 f.

inordnas i bestämda scheman eller modeller. Det står inte i mänsklig makt att upprätta en fullständig katalog över omständigheter, synpunkter, förhållanden och argument som kan ha rättslig betydelse i avtalskonflikter för vilka tillämpliga normer saknas. Men det finns grundlinjer och med dem sammanhängande bedömningar som inte bör överges, gränser som inte får överskridas.

Det som här sagts betyder inte att tanken på ett normskapande från domstolens sida helt kunde strykas ur bilden. Det är naturligt att domstolen i ett normlöst fall medvetet eller omedvetet söker en lösning som är godtagbar i andra liknande situationer. Såsom prejudikatdomstol eftersträvar HD lösningar vilka kan tjäna som mönster i likartade fall. Principiellt skapar HD inte en norm för det konkreta fall som den avgör. Men HD ger en dom vilken i stöd av reglerna om prejudikatverkan kan bli normgivande för likartade fall i framtiden.

Trots att domstolen saknar normstöd påverkas den likväl indirekt av rättsliga regleringar. Domstolens avgöranden bör passa in i rättssystemet, vars grundlinjer återspeglas i normer inom olika specialområden av avtalsrätten. Denna influens är ett viktigt drag i de öppna avgörandena.

III. Syftet med övervägandena i det följande är att, ovanför olikheter som de öppna avtalskonflikterna visar fram, dra några *riktlinjer* och framhäva några element som är eller kan vara relevanta. Med detta vill jag åskådliggöra de "öppna avtalskonflikternas" problematik.

Den allmänna bakgrunden för domstolens överväganden bildas av *allmänna avtalsprinciper* (ovan s. 30 ff).

Ur dem tar man i första hand fram kärandepartens *behov av rättsskydd*. Domstol skall pröva om parten har ett av subjektiva föreställningar och känslor oberoende objektivt påvisbart behov av skydd i form av ett avgörande i enlighet med det som han yrkat. Riktlinjen är denna: domstolen bör så långt det är möjligt tillgodose parts konkreta behov av skydd. I bedömningen härav är det mycket fråga om avtalsstörningens orsak och faktiska verkningar, vilka förluster eller andra olägenheter som störningen åstadkommit och vilka konsekvenser genomförandet av den yrkade påföljden kan ha.

Rättsskyddsbehovet bör av domstol bedömas med avseende på bägge parter. Också tredje mans intressen kan påverkas av domen, t.ex. återgång av ett fastighetsköp kan lädera en inteckningshavares rätt. De olika beho-

ven av rättsskydd är vanligen inbördes oförenliga. Domstolen har att mot varandra väga olika rättsskyddsbehov: en skadelidandes och en skadeorsakandes, en tillverkares och konsumenternas, en överlåtares och hans borgenärs etc. Intresseavvägningen intar en framskjuten plats i domstolens bedömning.

Behovet av rättsskydd förutsätter ofta ekonomiska överväganden. Ekonomiska värden är likväl inte allena bestämmande för rättsskyddsbehovet, låt vara att de vanligen dominerar. En människas rätt kan ha blivit kränkt eller åsidosatt på ett annat plan än det ekonomiska. Ideella värden samt individernas personlighet och integritet kan behöva skydd i lika hög grad som ekonomiska värden.

Det andra grundläggande elementet som man har anledning att lyfta fram är *avtalsbundenheten*.

När man hävdar avtalsbundenhetens relevans betyder det att man a priori fasthåller vid den samverkan som avtalet avser att förverkliga. För avvikelser härifrån krävs särskilda skäl vilkas förhandenvaro och räckvidd domstolen bör försöka klargöra. I den mån avtalsbundenheten inte kan upprätthållas — ogiltighetsgrunder, berättigad hävning etc. — uppkommer den sekundära frågan om och i vilken utsträckning en eller flera parter skall ges ekonomisk compensation. Mycket av det som har anknytning till grunden för ersättning i avtalsförhållanden är oreglerat, de öppna fallen är talrika. Här måste domstol i sina överväganden föra in, utöver ett traditionellt culparesonemang, sådana faktorer som riskfördelning, partslojalitet och skälighet.

Från de element som den allmänna bakgrunden erbjuder övergår man till faktorer av skiftande slag inom och utanför avtalsregleringen.

En primär strävan är att ta fasta på *enhetligheten* i det avtalsrättsliga systemet. Här innefattas olika moment.

I överensstämmelse med det som sagts om den allmänna avtalsrätten (ovan s. 25 ff) bör man ge värde åt *allmänna avtalsrättsliga principer* och element.¹³ Enbart i stöd av dem kan man likväl inte lösa en avtalskonflikt. Rättsprinciper är till innehållet obestämda. Men de kan, vid sidan av faktorer och synpunkter av annat slag, erbjuda tunga argument. Sålunda kan skälighets- och lojalitetsprinciperna ha stor betydelse som kompletterande faktorer. Man bör också nämna principen om godtrosskydd.

13. Se *FN-konventionen om köp* art. 7, *Makkonen* 200 ff.

Den allmänna *likhetsgrundsatsen* — medborgarna är likställda inför lagen — har bärvidd såväl principiellt som praktiskt när domstolen tar ställning till normlösa situationer. Grundsatsen, sådan den kommit till uttryck i RF 5 §, betyder inte bara att stadganden i lag skall av domstol tillämpas lika utan hänsyn till person. Den har också giltighet i rättsliga avgöranden som inte kan grundas på någon föreskrift i lag. När domstolen inte har en lagnorm att hålla sig till, ligger den risken öppen att avgörandet ensidigt tillgodoser en parts intresse på andras bekostnad. En sådan lösning strider mot den sakligt objektiva behandling av alla berörda parter som innefattas i likhetsgrundsatsen och som är förpliktande för domstolen. Detta betingar en objektiv och balanserad avvägning av parternas rättsskyddsbehov.

Domstolen kan falla tillbaka på *regler*, framför allt lagstadganden, om *andra typer av avtal*. I den mån fakta och värderingar inom olika områden är likartade är det naturligt att detta återspeglas i rättsliga bedömningar.

Den reglering som ingår i en lag kan mången gång ses som uttryck för allmänna rättsliga bedömningar och ställningstaganden. Det ligger nära att anta att samma reglering skall gälla för ett öppet fall beroende på att enahanda bedömningar passar in. Ibland kan ett öppet fall lösas genom en tillämpning *ex analogia*. Om skiljaktigheterna är så stora att en analogitillämpning svårligen kan ske, är det möjligt att falla tillbaka på den tanke som här antytts: man ser lagens reglering inom ett närbeläget område som uttryck för allmänna rättsliga överväganden vid sidan av eller som bakgrund till de speciella syften som präglar lagen. Detta är t.ex. fallet med bestämmelserna i 1 kapitlet SkuldebrevsL som i mycket ger uttryck åt "allmänna obligationsrättsliga principer".

Å andra sidan bör man akta sig för att ge stadganden i speciallagar alltför stor räckvidd. Ofta betingas regleringen av faktorer som har relevans blott för bestämda avtalstyper eller verksamhetsområden. Ett primärt rättspolitiskt syfte i avtalsrättsliga speciallagar har varit en långtgående strävan att skydda parter i underläge, t.ex. enligt AvbetKöpL, HyresL, KonsumentskyddsL. Denna strävan representerar visserligen en allmän riktlinje i avtalsrättsliga konfliktlösningar över huvud. Men det sätt på vilket skyddet förverkligas samt skyddets omfattning kan inte utan vidare godtas utanför speciallagens område.

Det är motiverat att frånga enhetligheten då den pekar på lösningar enligt lagar som är föråldrade i skenet av samhällsutvecklingen. Domstolarnas *nyskapande* verksamhet sker framför allt genom avgöranden i öppna fall. Om rättspolitiska faktorer motiverar en annan lösning än den som regleringen inom ett närstående område anvisar, bör domstolen inte tveka att låta dessa faktorer bli avgörande. Strävanden till enhetlighet i avtalsrättsliga avgöranden får inte hämma rättsutvecklingen.

Ny lagstiftning kan föreskriva lösningar som avviker från allmänt godtagna principer eller som betingas av utveckling och nya värderingar. Det är möjligt och ofta även eftersträvarsvärt att ge nya lösningar bärvidd utanför det område lagen reglerar också när man tidigare följt andra linjer i öppna fall. KöpL fastslår t.ex. att ersättningsskyldighet principiellt grundar sig på själva avtalsbrottet och i ansvarsbedömningen har lagen reviderat det hävdvunna culpatänkandet (se KöpL 27 §). Detta kommer uppenbarligen att framdeles avspeglas i öppna fall utanför köprätten.¹⁴

Kravet på *rättssäkerhet* har relevans i det avseendet att domstolen bör undvika lösningar som ur parternas synpunkt förefaller oberäknliga. Förutsebarheten är ett nödvändigt moment i rättssäkerheten.

Domstolen bör eftersträva *ändamålsenliga* lösningar.

Därmed avses i första hand att domen skall kunna verkställas. Denna omständighet begränsar domstolens frihet att träffa avgöranden. Endast de domar kan verkställas som fastslår sanktioner eller andra åtgärder för vilka lagen erbjuder möjligheter till exekution.

I strävanden till ändamålsenliga lösningar ingår även att domstolen bör undvika åtgärder som onödigt hårt drabbar den part som förlorar processen. Om en för denna part förmånligare lösning är möjlig utan att den vinnande partens berättigade behov av rättsskydd åsidosätts, bör en sådan lösning väljas i överensstämmelse med tesen att vardera partens intressen bör beaktas.

Vad som är ändamålsenligt eller lämpligt följer av överväganden in casu. Ändamålsenlighetsbedömningen kan ske endast inom de gränser som de i det föregående nämnda faktorerna — intresseskydd, rättssystemets enhetlighet etc. — uppdrar. Domstol får inte avgöra ett öppet fall enbart med ledning av vad den anser vara rationellt. Den ändamålsenlig-

14. Se NU 1985:4 156.

hetsbedömning som domstol företar i ett öppet fall är avsevärt mera begränsad och bunden än t.ex. prövningen i många avgöranden inom förvaltningen.

När ett avgörande helt eller delvis skall grundas på andra rättsligt relevanta faktorer än en rättsnorm, bör domstolen beakta *alla* omständigheter och synpunkter som den finner vara *relevanta*. Domstolen får inte välja ut vissa faktorer — t.ex. de som talar för en bestämd lösning som anses ändamålsenlig — och underkänna andra: alla omständigheter som kan påverka avgörandet måste beaktas också när de är inbördes oförenliga. När argumenten pekar i olika riktning bör en avvägning ske. Denna kan betyda att några dominerande faktorer blir bestämmande med påföljd att de övriga förlorar sin betydelse. Ofta resulterar avvägningen i en kompromiss — vissa krav godkänns andra inte, ersättning ges t.ex. för vissa kostnader men inte för frångången vinst eller för indirekt skada.

Ett ofrånkomligt villkor är att de omständigheter som domstol för in i grunden för sitt avgörande har ett *sakligt* och *logiskt samband* med den konflikt som skall lösas. Faktorer som domstolen tillmäter betydelse skall alltid öppet kunna redovisas. Det sagda kan komprimeras i kravet på *objektivitet*, ovidkommande faktorer får inte påverka ett avgörande.

Irrelevanta för den rättsliga bedömningen är i regel *personliga* omständigheter. Parts ideologiska, politiska, moraliska eller religiösa uppfattningar och föreställningar får inte påverka bedömningen av t.ex. ekonomiska frågor. Undantagsvis kan personliga omständigheter, såsom avsaknad av kunskaper och erfarenhet, ha betydelse, t.ex. när domstolen har att beakta skälighetssynpunkter.

Också parternas ekonomiska resurser och sociala ställning kan i viss mån beaktas, särskilt i prövningsfall (se nedan s. 110 ff). De har relevans även utanför de normer som föreskriver en skälighetsbedömning — i överensstämmelse med erkända strävanden att skydda en part i underläge.

IV. De omständigheter som nämnts i det föregående anger endast *allmänna linjer* för bedömningen av öppna fall. De har olika tyngd i olika sammanhang. Ibland kan någon av dem förbigås och andra komma in i stället. Domstolens argumentationsfält är inte ingärdat. Domstolen kan och bör beakta alla faktorer som i sak har anknytning till det föreliggande fallet.

För domstolen gäller det att sakligt och fördomsfritt väga olika omständigheter och argument mot varandra och att träffa sitt avgörande på basen av en *helhetsbedömning* av den konkreta situationen och av fakta som ansetts ha rättslig betydelse. Detta är något annat än en fri prövning som i princip ger den beslutande instansen makt att träffa sitt avgörande på basen av faktorer som den enligt sin egen värdering, som kan vara ensidig, önskar tillägga relevans i föreliggande fall.

Det som här sagts ger även vid handen att domaren inte i öppna fall har samma frihet som lagstiftaren, vars beslutsfattande rör sig inom mycket vida gränser. Principiellt är domstolens avgöranden bundna medan lagstiftarens med vissa begränsningar är fria. Denna olikhet i bundenheten utesluter inte att rättsliga avgöranden kan komma att bestämmas av samma eller likartade rättspolitiska omständigheter och bedömningar som kan tjäna som bas när rättsnormer skapas.

10. FLERA RIKTIGA LÖSNINGAR?

Finns det i en konkret avtalskonflikt ett enda riktigt avgörande eller kan man välja mellan två eller flera lösningar som alla kan anses vara riktiga?

Problemet aktualiseras när avtalskonflikten förs till domstol (eller skiljemän). När parterna själva löser sin konflikt kan det ske oberoende av om resultatet juridiskt sett är riktigt eller inte.

Vad menas med en *riktig lösning*?¹

Ett rättsligt avgörande kan sägas vara riktigt när det till innehållet överensstämmer med en tillämplig rättsnorm och/eller med relevanta rättsliga bedömningsgrunder. För att klarlägga om ett avgörande är riktigt eller inte bör man sålunda utreda både grunden för avgörandet, t.ex. att en tillämplig rättsnorm använts, och resultatets överensstämmelse med rättsgrunden. Ett avgörande är riktigt när det i båda dessa avseenden är felfritt.

När ett rättsligt avgörande är felaktigt, har man vanligen använt fel grund för ställningstagandet, t.ex. en norm som inte är tillämplig, eller gjort bedömningar som är ensidiga och därför juridiskt ohållbara.

Frågan om riktiga eller oriktiga avgöranden kan också ses ur en annan synvinkel. Man frågar: har den rättsliga bedömningen och det resultat som den leder till byggt på ett sant och fullständigt *faktamaterial*?

Domstolen bygger sitt avgörande på fakta som bevisats och som eventuellt därutöver bör beaktas (notoriska fakta). Domstolen godkänner t.ex. ett ersättningskrav grundat på avtalsbrott emedan part inte förmått exculpera sig trots att vållande de facto inte förelegat. Ett sådant avgörande kan sägas vara sakligt felaktigt, men ur domstolens synpunkt är det riktigt. Bedömningen av den faktiska situationen, såsom beslutsfattaren ser den,

1. Betr. detta problem *Taxell* II 348 ff, *Makkonen* 245 ff, *Aarnio* 150 ff.

är riktig. Mot bakgrunden av det framlagda och verifierade faktamaterialet är grunden och konklusionen riktiga. Detta är tillfyllest. Härvid förutsätts att invändningar inte kan göras mot domstolens sätt att tillgodogöra sig och bedöma faktamaterialet.

Domstolen har att ta ställning till de *yrkanden* som parterna framställt. Det är möjligt att en part i sak har rätt men att hans yrkande likväl inte får domstolens medhåll. Ett alternativt yrkande hade däremot kunnat godkännas. Exempel: en köpare har fått felaktig vara och yrkar att köpet skall hävas, domstolen underkänner yrkandet då felet inte är väsentligt, prisnedsättning hade däremot kunnat godkännas. När man säger att ett avgörande är riktigt eller oriktigt, gäller detta i relation till framställda yrkanden, inte till "saken" som helhet.

Vanligen har man ansett att det i avtalskonflikter finns endast en lösning som rättsligt bedömd är riktig.

Ett generellt svar kan knappast ges. Den omständigheten att varje avgörande måste bygga på en rättslig grund och i den meningen är bundet, utesluter inte i och för sig att flera lösningar är möjliga. Särskilt i öppna fall är bedömningsgrunderna mången gång så osäkra, att man inte bestämt kan påstå att domstolens överväganden och konklusioner varit de enda möjliga. HD-avgöranden, i vilka omröstning förekommit, ger inblick i frågeställningen.

Svaret på frågan om en enda riktig lösning är beroende av den rättsliga grunden för avgörandet och därav hur bestämt fixerad grunden *in casu* är.

I klara fall av *normtillämpning* finns det endast en riktig lösning. Det är fråga om en mera eller mindre "mekanisk" tillämpning av en till innehåll och räckvidd ostridig norm. Om de faktiska förhållandena är sådana som rättsnormen anger eller förutsätter, har domstolen att dra den slutsats som normen anger. Något val existerar inte.

När *normtolkning* måste ske, kan svaret vara problematiskt. Tolkningsmaterialet är ofta heterogent och konkurrerande tolkningskriterier finns. Dessa är ofta obestämda till sin innebörd — det är t.ex. inte alltid lätt att exakt säga vilka syften en lagnorm skall tillgodose eller vad parterna kan anses ha menat med ett avtalsvillkor. En avvägning mot varandra av konkurrerande tolkningskriterier kan utfalla olika beroende på hur man prioriterar och var man lägger huvudvikten. När man överväger en tolkning *ex analogia* är det ofta osäkert om likheten mellan de fall, som

jämförs, är så väsentlig att en analogitillämpning är möjlig. Tolkningsresultatet framgår sällan ur en mekanisk process, detsamma är beroende av bedömningar för vilka fasta regler inte finns.

Det förekommer likväl tolkningsfall som är klara. Lösningen är given, det existerar intet alternativ. Densamma kan ytterligare ha bekräftats genom en konsekvent tillämpning i praxis. Ett exempel härpå erbjuder tillämpningen av JB 1:2 på föravtal.

Allmänt kan sägas att tolkningsmetodiken inte är så fast och erkänd att man i alla situationer med bestämdhet kan påstå att endast en lösning är riktig. Möjliga tolkningsalternativ kan ha en högre eller lägre "grad av riktighet".

Mången rättsnorm förutsätter en *prövning* på basen av föreliggande fakta. Normen anger vilka slag av omständigheter som prövningen skall eller kan fästa avseende vid. Resultatet bestäms av förhållandena in casu och av bedömningar som sker på basen av dem. Lagstiftaren har överlåtit åt tillämparen att fatta beslut, utan att uttömmande ange arten av de faktorer som kan beaktas ("övriga omständigheter", AvtL 36 §). Inom prövningsmekanismens gränser kan man tänka sig olika avgöranden. En jämkning av ett avtalsvite med hälften kan vara lika riktig som med en tredjedel. Ofta är det fråga om kompromisser som arbetats fram genom avvägningar mot varandra av fakta och intressen — enligt riktlinjen att alla parter faktiska behov av rättsskydd bör beaktas. I prövningsfall • måste man kunna räkna med två eller flera riktiga lösningar.

När avtalskonflikter skall lösas utan stöd av tillämpliga normer — *öppna fall* — finns det inte på förhand givna lösningar. Mångfalden av bedömningsgrunder som kan ifrågakomma gör det ofta omöjligt att säga om domstolens avgöranden uttrycker den enda riktiga lösningen.

Det finns sannolikt ett stort antal öppna fall i vilka endast en lösning är riktig, t.ex. hävning av ett i lag oreglerat avtal på grund av väsentligt dröjsmål. Särskilt kravet på enhetlighet i rättstillämpningen — ett viktigt rättspolitiskt syfte — kan utesluta alternativa lösningar.

Ofta är de öppna fallens bedömningsgrunder likväl så obestämda och relevanta fakta inbördes så oförenliga, att man lätt kommer till olika resultat beroende på var man lägger tyngdpunkten i överväganden och argumentering. I sådana situationer kan man inte med bestämdhet säga att en enda lösning är riktig. Osäkerheten i fråga om resultat understryks

ytterligare av den avvägning mot varandra av inbördes oförenliga intressen och hänsyn som måste ske i öppna fall. Det kan t.ex. gälla betydelsen av ändrade förhållanden för ett avtals fortsatta giltighet eller förutsättningar för annullering av avtal.

Rättsliga avgöranden påverkas av faktiska förhållanden och av skiftande rättsliga element som inte alltid kan ge exakta utslag. Man bör därför inte låta sig förblindas av föreställningen att det i varje enskilt fall finns endast en lösning som är riktig. De rättsliga avgörandena ingår i samhällets beslutsprocess. De skiljer sig i princip från andra avgöranden genom den grund på vilken de byggs upp, inte därigenom att det i varje situation skulle finnas blott en enda godtagbar lösning, även om detta normalt är fallet. Domstolens uppgift och strävan bör vara att i avtalskonflikter nå fram till lösningar som sakligt och objektivt bedömda har en hållbar rättslig grund och som domstolen i enlighet härmed anser vara riktiga.

När ett rättsligt avgörande är *processuellt* definitivt — det kan inte överklagas — finns det inte längre några alternativ. Om sådan funnits tidigare, har de utmönstrats genom domstolens avgörande. Detta är i den meningen det enda riktiga.

11. UTVECKLINGSTENDENSER

I. Hur kommer avtalsrättens normsystem att *utvecklas*?¹

Frågan har två dimensioner.

Dels gäller det normtyperna — problemets *formella* sida. Man har att bedöma i vilken omfattning avtalsrätten kommer att regleras av ändrad eller ny lagstiftning, om allmänna avtalsvillkor allt mera undantränger individuella avtalsnormer, i vilken utsträckning administrativ reglering av avtalsförhållanden kommer att öka, huruvida prejudikatnormer får en större räckvidd etc. Också helt nya regleringar och mekanismer kan bli aktuella.

Dels är det fråga om normernas innehåll — den *materiella* sidan. Vad är det som behöver regleras och i vilka riktningar skall normeringen gå?

Några säkra riktlinjer för normutvecklingen kan man knappast dra. Den påverkas av och måste anpassas till utvecklingen i samhället i stort, särskilt inom det ekonomiska livet. Nu förefintliga behov kan accentueras eller försvagas, nya intressen kan framträda med anspråk på rättsligt erkännande och skydd. Avtalsnormeringen skall å ena sidan främja en sund utveckling, å andra sidan resa spärrar mot osunda tendenser på avtalsfältet.

Det är uppenbart att också en framtida avtalsnormering kommer att bygga på de tre ledande avtalsprinciperna: avtalsfrihet, avtalsbundenhet och skyddsprincipen. De är djupt förankrade i samhällssystemet och i människors föreställningsvärld. Endast radikala förändringar i samhällslivet kunde föranleda väsentliga förskjutningar av den avtalsrättsliga normgivningens form och innehåll.

Trots att grundvalar och principer står fast kan det komma att inträffa förskjutningar i olika riktningar.

1. Se *Wilhelmsson* 16 ff, *Rissanen*, LM 1987 426 ff.

Avtalsbundenheten — med en över tvåtusen år gammal tradition — rubbas inte. Någon väsentlig uppmjukning av densamma är inte heller möjlig när man eftersträvar fasthet och stadga i ekonomiska relationer. Däremot kan man emotse en växande spänning mellan å ena sidan avtalsfriheten, å andra sidan skyddsprincipen med dess många förgreningar till olika intressefält. Detta kan påverka normgivningen på många olika sätt beroende på vilket eller vilka intressen som man anser sig böra prioritera och vilka nya skyddsbehov som framträder.

I det följande skall jag notera några faktorer som i viss mån påverkar normgivningen redan nu och som kan beräknas få ökad tyngd i framtiden. Den formella sidan kan inte skiljas från den materiella.

II. Rationaliseringen inom näringslivet har redan nu drivits långt. Den kommer att fortsätta.² Avtalen standardiseras mer och mer. Användningen av allmänna avtalsvillkor ökar.

Standardavtalen ger upphov åt *två problem* som kräver lösningar:

- hur skall man reglera inkorporeringen av allmänna avtalsvillkor i individuella avtal,
- hur skall man stävja användningen av avtalsvillkor som ensidigt tillgodoser den aktiva partens fördel med åsidosättande av den passiva partens berättigade intressen?

Inkorporeringsproblemet kan svårligen lösas med generella föreskrifter. Det är knappast möjligt att uttömmande klarlägga vilka alla faktorer, som kan föranleda att allmänna villkor blir delar av individuella avtal, eller att uppställa minimikrav för en anknytning. Svårigheter uppstår redan därför att man inte kan skära alla villkor över en kam, lätta och tyngande villkor kan kräva olika slag eller grad av anknytning (ovan s. 50). Situationen skulle knappast underlättas av en i lag intagen generalklausul — om det vore möjligt att formulera en sådan på ett tillfredsställande sätt.

Man kan måhända emotse att de som använder standardavtal i sin verksamhet, i växande omfattning håller sig till förfaranden som är ägnade att förtydliga inkorporeringen av de allmänna villkoren i de individuella avtalen. Främst skulle det gälla för den aktiva parten att i samband med avtalsslutet informera motparten om betydelsefulla och betungande klau-

2. Se *Portin*, LM 1987 393 ff.

suler och klarlägga deras innebörd. Samtidigt kan man ställa kravet att den passiva parten seriöst tar del av villkoren. På den vägen kan man möjligen skapa en praxis som bättre än nu skulle minimera den osäkerhet som ofta vidlåder anknytningen. Detta vore helt i linje med den allmänna lojalitetsprincipen.

Sannolikt vilar det också framdeles på rättspraxis och doktrin att dra riktlinjer och skapa mönster för inkorporeringen av allmänna avtalsvillkor i individuella avtal.

Problemet rörande *sanering av standardavtalens villkor* bör synbarligen tacklas med andra metoder och mekanismer.

Allmänna avtalsvillkor är ensidigt utarbetade av fackmän som behärskar avtalsproblemen och som kan konstruera lösningar som primärt tillgodoser den aktiva partens intressen. Den enskilda medkontrahenten, som ser avtalet ur sin subjektiva synvinkel och som vill få sina intressen tillgodosedda så långt som möjligt, skymms bort i standardiseringen som i mycket tjänar syften vilka är honom ovidkommande. Obalansen mellan parterna hotar att tillta i rationaliseringen och standardiseringen inom näringslivet.

Å andra sidan behöver en utveckling, som inom avtalsfrihetens ram utnyttjar näringslivets "självförsörjande" normgivning, inte vara negativ. Rationaliseringen framtvingar ofta ändamålsenliga och genomtänkta normer. Allmänna avtalsvillkor kan skapa en betydligt större rättssäkerhet än den som förekommer när endast avtalens huvudpunkter preciseras och fältet i övrigt lämnas öppet. Standardavtalen erbjuder normer att falla tillbaka på i avtalskonflikter särskilt när dispositiv lag saknas eller har luckor. De tillgodoser sålunda även syften som är angelägna för den passiva parten.

Det är möjligt att en hårdnande konkurrens mellan näringsidkare framtvingar för den passiva parten mera moderata avtalsvillkor. Men detta gäller knappast generellt. Konkurrensen med aktiv marknadsföring i släptåg framhäver ofta endast vissa faktorer som i första hand är betydelsefulla för blivande medkontrahenter, t.ex. priser och andra ekonomiska förmåner. Övriga avtalsvillkor, som kan vara betungande särskilt i partskonflikter, förtigs eller göms undan, t.ex. oförmånliga uppsägnings- och ersättningsklausuler. Det är närmast i det avseendet som obalansen framträder och kraven på skydd aktualiseras.

I mycket av detta ser man spänningar mellan avtalsfrihet och partskydd. Hur kan en normgivning, som tar sikte på standardavtal, avlägsna eller mildra denna spänning?

Att avlägsna den är uteslutet. I varje avtalsförhållande finns latent motståndningar. Regleringen kan däremot ge ett relativt skydd genom att preventivt balansera upp ojämlikheter eller repressivt ge part tillräckliga rättsskyddsmedel.

I första hand bör man räkna med och ställa krav på en "*självsanering*" inom näringslivet — inom företag och organisationer som utformar allmänna avtalsvillkor. Detta betyder att nödig hänsyn tas till den passiva partens intressen i överensstämmelse med avtalsrättens lojalitetsprincip. Vikten av lojalitet är särskilt påtaglig i situationer då parter saknar faktiska möjligheter att i större utsträckning påverka villkoren i individuella avtal. Näringsidkares och organisationers åtgärder innefattande självsanering med sikte på moderata och skäliga standardvillkor är en förutsättning för att största möjliga avtalsfrihet skall upprätthållas för deras del. Om standardavtalen inte utvecklas i riktning mot en avvägd balans mellan partsintressena, måste särskilda skyddsmekanismer övervägas.

I självsaneringen är det möjligt att bygga in ett kontrollsystem enligt vilket organisationer inom näringslivet skulle övervaka att oskäliga eller olämpliga avtalsvillkor inte används. Man kan räkna med att de flesta av dem, som använder standardavtal i sin verksamhet, för framtiden skulle följa den anvisning som en "prickning" från organisationens sida innebär. Modellen med opinionsnämnder (mot otillbörligt förfarande i näringsverksamhet) kan eventuellt kopieras.

En alternativ lösning vore att föra in en *förhandlingsmekanism* på partsnivå. Allmänna avtalsvillkor kunde utformas enligt principen *audiat et altera pars*. Det kan uppstå behov att skapa och upprätthålla organiserade enheter av kontrahenter i massavtal, t.ex. grupper av försäkringstagare eller hyresgäster, och låta dem förhandla fram eller åtminstone påverka villkor i standardavtal. De allmänna villkoren skulle därigenom framstå som "*agreed documents*". Dessa skulle inte behöva vara direkt normerande utan betraktas som rekommendationer. Deras reglerande roll skulle närmast bestå däri att avvikelser från de villkor, som förhandlats fram, kunde in casu underkännas om de skulle försvaga den passiva partens position. Detta vore en mildare form av bundenhet än den som behärskar normgivningen inom arbetsmarknaden med kollektivavtalens i lag grundade regleringsstyrka.

En relativt ny trend i utvecklingen av det partsskydd, som aktualiserats av standardavtalen, framträder i *administrativ myndighets* behandling och prövning av villkor i standardavtal. Tydligast ser man detta i lagstiftningen om konsumentskydd vilken tar sikte på konsumentkollektivet. Detta skydd har avsevärt utökats och i detaljer reglerats genom att till KonsumentskyddsL fogats ett kapitel om konsumentkrediter (kap. 7, L 385/1986, i kraft 1.1.1987). Det är tänkbart att liknande regleringar framdeles kan komma att utsträckas till andra verksamhetssektorer (se även ovan s. 62 beträffande bank- och försäkringsverksamhet).

Under tidigare skeden var parts skyddskrav exklusivt knutet till det individuella avtalet. Avtalskonflikter skulle i efterhand lösas av domstol eller skiljemän.

I och med det administrativa och kollektiva inslaget har skyddsproblematiken fått en ny dimension: rättsskyddsfrågor överförs i praktiken från domstolarna till förvaltande myndigheter. Det bör likväl också framdeles vara angeläget att bibehålla domstolarnas prioritetsställning i den meningen att avtalskonflikter alltid av en part skall kunna föras till behandling vid allmän domstol som inte bör vara bunden av en administrativ myndighets avgörande. Oförenligt härmed är inte att en del rättsskyddsfrågor i anslutning till standardavtal behandlas av en specialdomstol (se L om marknadsdomstolen 41/1978 1, 16 §§).

Ett till den offentliga administrationen knutet skyddssystem kan förverkligas på olika sätt.

En grundlinje borde vara att de administrativa skyddsmekanismerna, åtminstone huvudsakligen, har ett *förebyggande syfte*: att hindra ibruktage av icke godtagbara avtalsvillkor.

En lösning — som redan nu förekommer (ovan s. 62) — är *förhandsgranskning* av villkor i massavtal som är avsedda att tas i bruk.¹ Ifall en tillräcklig självsanering inte sker inom näringslivet, genom åtgärder av organisationer eller enskilda företag, kan det finnas ett behov att utsträcka förhandsgranskningen utöver det som nu är fallet. Det är naturligt att kombinera granskningen med ett förhandlingsförfarande som ger standardavtalens tillskyndare möjlighet att moderera villkor som den granskande myndigheten inte anser godtagbara. Förbud borde ifrågakomma

3. Se Olsson, 21. NJM 44 I och diskussionen enligt Förhandlingar vid mötet 152 ff. Bernitz, TfR 1979 113 I, Portin, LM 1987 392 I.

först när förhandlingsproceduren inte gett resultat. Den kraftigast verkande kontrollmekanismen vore att allmänna avtalsvillkor borde fastställas av myndighet innan de tas i bruk.

Alternativt kan kontrollen inriktas på allmänna avtalsvillkor som redan använts i individuella avtal.⁴ Granskningen kan ske på myndighetens eget initiativ eller efter anmälan av en part (se KonsumentskyddsL 3:2).

Förfaranden och åtgärder från myndighets sida av de slag som här nämnts, förutsätter föreskrifter i lag. Lagstiftaren slår härvid vakt om ett allmänt intresse representerat av medlemmarna i ett kollektiv — enskilda avtalsparter inom en eller flera verksamhetssektorer. Till vilka områden en kontrollverksamhet av ett eller annat slag framdeles eventuellt skall utsträckas är en bedömning som ankommer på lagstiftaren. En av gruppintressen motiverad administrativ reglering måste ställas mot det allmänna intresset att befästa och upprätthålla avtalsfriheten.

Myndighetskontroll av avtalsvillkor — preventivt eller i efterhand — bör under alla omständigheter ses som en undantagsreglering. Den bör tillgripas endast när starka allmänna rättsskyddsbehov så kräver. En väsentlig faktor är i vad mån avtalspraxis utvecklats i "partsvänlig" riktning. Behoven kan växla från tid till tid. En reglering, som i ett skede visat sig nödvändig, bör inte fortbestå när skyddsbehoven eliminerats eller väsentligt försvagats. Huvudregeln bör vara att skyddsintressen — parter, tredje mans eller allmänna — skall tillgodoses dels genom en reglerande lagstiftning — absolut eller dispositiv lag — dels genom domstols avgöranden i efterhand.

Oberoende av på vilket sätt och i vilken omfattning man utvecklar rättsskyddet genom att ge administrationen möjlighet att gripa in i avtalsförhållanden är det fråga om en faktor med indirekt påverkan — den förmår avtalsparter, när de ingår avtal, att i rimlig grad beakta intressen som riskerar att bli åsidosatta i avtalsförhållanden. I avtalsfrihetens atmosfär bör en administrativ behörighet att påverka avtalsförhållanden främst uppfattas som en preventivt dämpande faktor.

Slutligen bör understrykas att administrativ myndighets åtgärder riktade mot allmänna avtalsvillkor — t.ex. förbud att använda visst villkor — inte direkt leder till att ett icke godtagat villkor, som införs i ett indivi-

4. Se *Kivivuori m.fl.* 109 ff.

duellt avtal, vore ogiltigt.⁵ Avgörandet av konflikter som hänför sig till ett enskilt avtal bör i sista hand ankomma på allmän domstol som på parts yrkande har att pröva villkor som förvaltande myndighet underkänt. En annan sak är att ett administrativt avgörande påverkar domstolens prövning. Men rättsligt sett binder det inte.

III. Finns det framdeles behov av ny *tvingande lag*?

Svaret är beroende av den allmänna samhällsutvecklingen samt av nyordningar, tekniska metoder, automatisering etc. inom näringslivet. Behovet av absolut lag står i relation till hur självsaneringen inom näringslivet fungerar och hur långt och med vilken effektivitet det administrativa rättsskyddet byggs ut (ovan II). Som måttstock kan man använda hur väl eller illa olika regleringar förmår jämnar ut obalanser i parternas styrkeförhållanden när avtal ingås och fullgörs.

Samhällsintressen kan kräva nya ingrepp. Dessa kan motiveras av statens finanspolitik, ekonomiska internationella relationer, strävanden till stabiliserande arbetsmarknadspolitik, tillgodoseende av medborgarnas eller medborgargrupperns ekonomiska och sociala grundbehov m.m. För mycket av detta kan krävas tvingande lagnormer. De får inte bli ett ändamål, de utgör blott ett medel i samhällsstyrningen.

Ett tredjemansskydd kan i speciella situationer motivera absoluta regler.

Efter stiftandet av KöpL kommer trycket att åstadkomma nya *dispositiva* lagar knappast att vara särskilt starkt. Ifall standardavtalen, vilkas användning uppenbarligen växer, fungerar tillfredsställande, minskas eller elimineras behovet av dispositiv lag. Justeringar och kompletteringar av nu gällande lag kan likväl behövas. Tillämpningen av KöpL kommer möjligen med tiden att kräva detaljändringar, eventuellt även i andra lagar.

Skall man räkna med att den senaste tidens förkärlek för generalklausuler — komprimerad i AvtL 36 § — kommer att fortbestå? Ökar behovet av *elastiska normer*?

5. Detta gäller även när förbud utlärats av marknadsdomstolen.

Den allt mera komplicerade verkligheten försvårar skapandet av normer med ett i enskildheter fixerat innehåll. Detaljregler blir lätt oöverskådliga eller ofullständiga. I motsats härtill erbjuder standardnormer en elasticitet som möjliggör anpassning till verkligheten och dess förändringar. Men de försvårar den för rättssäkerheten utmärkande förutsebarheten.

I den mån nya värderingar och bedömningar tränger fram inom avtalsrätten kan man emotse att det sker förskjutningar i tillämpningen av gällande generalklausuler — främst de som har anknytning till skälighetsprincipen.⁶ I och för sig behöver detta inte leda till ny lagstiftning. Till generalklausulernas natur hör att de kan anpassas till utvecklingen. Rättspraxis kan likväl leda till justeringar i själva lagtexten. En möjlighet är att generalklausuler byggs ut på det sättet att man inom den allmänna ram som en standardnorm anger reglerar specialfall och på det sättet begränsar prövningen in casu. Ett exempel på denna teknik ser vi i ArbAvtL 37 § enligt vilken standardregeln att arbetsgivare inte får uppsäga arbetstagare ”utan särskilt vägande skäl” kompletteras av detaljföreskrifter som anger omständigheter vilka inte får betraktas som uppsägningsskäl.

Generalklausuler kan vidgas, begränsas eller förtydligas genom praxis. Den kontrollapparat som fungerar för det kollektiva konsumentskyddet kan leda till att vissa typer av avtalsvillkor generellt kommer att betraktas som oskäligen och därmed förbjudna, trots att myndigheternas bedömningar har koncentrerats till enskilda fall. Beträffande HD:s tillämpning av generalklausuler eller andra elastiska normer kommer avgörandenas prejudikatverknningar, både omedelbara och medelbara (ovan s. 56), att vara viktiga. Prejudikatnormer kan leda till såväl inskränkande som utvidgande tillämpning.

I dagens läge kan man knappast med säkerhet bedöma om det finns behov av *nya* generalklausuler eller andra elastiska normer. Svaret blir beroende dels av om det finns eller håller på att utvecklas principer och värderingar som kan formuleras i standardnormer, dels av om det är ändamålsenligt att välja utvägen över elastiska normer.

Intresset har redan länge koncentrerats på skälighetsprincipens tillämpning, framför allt på dess roll vid jämkning av skadestånd och avtalsvillkor. Principen har likväl en bredare bas. Det är knappast riktigt att strikt begränsa den till de i lag uttryckligt reglerade fallen. Den kan t.ex. få

6. Se *Taxell*, JFT 1984 614 f, *Aarnio*, LM 1987 400 ff.

relevans när man vid avtalsstörningar har att bedöma förutsättningar för olika påföljder av avtalsbrott — hävning, prisnedsättning etc. Men det är ingalunda givet att man i det syftet behöver formulera nya generalklausuler.

Uppmärksamhet bör också ägnas kravet på lojalitet i partsrelationer. Detsamma framträder kanske skarpast när det råder obalans mellan parterna, t.ex. i avtal mellan yrkesmässiga fackmän och vanliga lekmän eller mellan olika led i en distributionskedja. I en bristande avtalsjämvikt ligger det nära att en fackmässigt, ekonomiskt eller socialt starkare part utnyttjar sitt övertag. En del av detta men ingalunda allt har konkretiserats i begreppet "tro och heder" (AvtL 33 §). Principen har särskild tyngd när avtal ingås men den kan också aktualiseras när avtal fullgörs eller när avtalsstörningar inträder, man kan t.ex. nämna KöpL 70 § 1 mom. "den skadelidande parten skall vidta skäliga åtgärder för att begränsa sin skada".

Att utforma en generalklausul som konkretiserar lojalitetsprincipen är inte vare sig aktuellt eller möjligt, åtminstone inte i dagens läge. Det betyder ingalunda att lojalitetskravet skulle sakna rättslig relevans. Jag uppfattar lojalitet i avtalsförhållanden som en allmän rättsprincip vilken är normerande med den relativa styrka som sådana principer har.

Det som här sagts tyder närmast på att man åtminstone inte i detta skede har anledning att räkna med nya vittomfattande legala generalklausuler av typen AvtL 36 §. Däremot är det nödvändigt — i den mån ny absolut eller dispositiv lag stiftas — att formulera normer som i högre eller lägre grad är obestämda och i den meningen elastiska. Man finner denna inriktning i KöpL; som exempel kan nämnas avlämnande av varan "inom skälig tid" (9 § 1 mom.), "köparen har haft rimlig anledning att förlita sig på säljarens sakkunskap" (17 § 2 mom.), formuleringen av grunden för säljarens ersättningsskyldighet till följd av dröjsmål (27 § 1 mom.) etc.

För att underlätta tillämpningen av elastiska normer är det viktigt att lagmotiven är klara med avseende på normernas syften och att de ger informativa redogörelser för situationer i vilka tillämpning bör eller kan ske. "Lagstiftning genom motiv" — dessa är ingalunda kategoriskt bindande — är en faktor som man måste tillmäta avsevärd betydelse när obestämda normer tillämpas. Nödig försiktighet bör likväl iakttas. Nya fakta, synpunkter och värderingar måste få plats i tillämparens överväganden. Man får inte förbise att elastiska normer också utgör instrument i rättsutvecklingen.

IV. I avtalsrätten kan man skönja en del sociala drag — en tendens att beakta sociala synpunkter.⁷

Termen social i samband med avtalsförhållanden har en obestämd innebörd. I det följande avses därmed sådana faktiska omständigheter som parts sjukdom, förlorad eller nedsatt arbetsförmåga, arbetslöshet, ekonomiska svårigheter som äventyrar parts eller hans familjs utkomst — *sociala faktorer*. Det genomgående draget är skyddet av en särskilt svag och sårbar part. Häri ingår också etiska värderingar.⁸ Främst ställs man inför situationer då en social faktor inträtt efter det avtalet ingåtts, ofta utan parts egen skuld.

Att det med avseende på en avtalspart inträder en social faktor är i och för sig inte relevant. Rättslig betydelse kan den få — dels när fullgörandet av avtalet omöjliggörs eller avsevärt försvåras, — dels när fullgörandet skulle leda till en situation med avsevärda svårigheter av social natur för part, hans familj eller personer i hans tjänst.

Man kan anlägga olika synpunkter på problemet.

I princip är det samhällets sak att på sin bekostnad ta hand om "social-fall". Den sociala lagstiftningen syftar till att ge människorna en ekonomisk grundtrygghet. För detta finns olika mekanismer och stödformer inom ramen för socialpolitiken och den lagstiftning som växer fram därur. Avtalsparters roll och sociala ansvar ser vi närmast på ett annat plan, det moraliska och medmänskliga.

Hur riktig denna uppdelning än må vara i princip, är den inte tillfyllest. Den utesluter inte att samhället, i syfte att tillgodose människors sociala behov, griper in i avtalsförhållanden genom lagstiftning. Detta är inte i och för sig ett för avtalsrätten främmande drag. Beaktandet av sociala synpunkter kan ses som en tillämpning av den allmänna *skyddsprincipen*. Ett framträdande drag i nyare lagstiftning är att skydda en svagare avtalspart. Denna strävan har räckvidd långt utöver ett socialt syfte, den tar i första hand sikte på obalans i avtalsförhållanden oberoende av vari den har sin grund — en bristande balans kan t.o.m. erkännas och beaktas i förhållandet mellan ekonomiskt starka parter (t.ex. vid tillämpning av

7. Sociala synpunkter har länge funnits med i olika skälighetsbedömningar; en kartläggning av problematiken med en starkt "behovsorienterad" inställning och strävan presteras av *Wilhelmsson* i "Social civilrätt".

8. Se *Taxell*, JFT 1979 487 ff. — Parts ekonomiska ställning kan beaktas vid en jämkning utan att den behöver vara "social"; se *HD 1985 II 51*.

AvtL 36 §). Såsom led i lagstiftarens strävan att tillgodose parts sociala behov — sådana som ofta har anknytning till mänsklig grundtrygghet — kan man nämna restriktioner i fråga om uppsägning och hävning av arbetsavtal och av hyresavtal rörande bostadslägenhet (se ArbAvtL 37, 43 §§, HyresL 53, 61 §§). Ett klart formulerat ställningstagande till sociala faktorer ingår bl.a. i RänteL (633/1982 11 §): jämkning av dröjsmålsränta på grund av att ”gäldenären till följd av sjukdom eller arbetslöshet eller av annan särskild orsak huvudsakligen utan egen skuld råkat i betalningssvårigheter”.

Det är möjligt att det framdeles uppkommer behov att genom detaljbestämmelser i tvingande lag stärka det sociala draget i avtalsförhållanden.⁹ Det gäller därvid att måttfullt avväga trängande sociala grundbehov mot den avtalsfrihet och avtalsbundenhet som bör behärska avtalsrätten. Man bör inte för långt tunna ut principen att avtalet är en av bindande normer reglerad samverkan mellan parterna. Man förutsätter att envar av parterna fullgör det som avtalet förpliktar till och erhåller det som avtalet ger rätt till.

Man kunde stanna här och konstatera att sociala faktorer har plats i avtalsrätten endast i den mån och i den omfattning de införts där genom lagstiftning. Är det så?

Den allmänna skyddsprincipen, om vilken det också nu är fråga, är ihålig — den kan fyllas med element och argument av olika slag beroende på föreliggande omständigheter, bland dem ekonomiska, sociala och moraliska bedömningar. Avtalsrätten — både normtillämpning och avgörande av öppna fall — bör bereda plats för sådana element när konkreta faktiska skyddsbehov är för handen.

En sektor inom vilken sociala synpunkter kan ha relevans är tillämpningen av *elastiska normer* — i lag och standardavtal.

När skälighetsstandarden i AvtL 36 § (och vissa speciallagar, t.ex. HyresL 5 §) används, är det uppenbart att sociala faktorer kan beaktas. ”Parternas ställning” är en av de omständigheter som man har att pröva när det blir fråga om jämkning. En sådan möjliggörs inte endast när ett avtalsvillkor som sådant är oskäligt utan också när villkorets tillämpning skulle leda till oskälighet (se formuleringen i HyresL 5 § 1 mom.), alltså när

9. Se även Klami, JFT 1984 209 f.

tillämpningen av ett villkor, som i sig är godtagbart, i det föreliggande fallet skulle leda till ett oskäligt resultat för en socialt svag part.¹⁰ Den möjlighet som finns i detta betyder ingalunda att sociala faktorer nödvändigt leder till en jämkning. De utgör endast ett av de element som, jämte andra, in casu avgör om, på vilket sätt och i vilken utsträckning jämkning kan eller bör ske.

Skälighetsbedömningar har betydelse också utanför jämningsfallen. Sociala faktorer kan i viss omfattning påverka avgöranden i avtalskonflikter, speciellt i *öppna fall*, t.ex. när man har att besluta om en part skall ges rätt att annullera ett avtal på grund av ändrade förhållanden, om förutsättningar för hävning är för handen eller om skadestånd skall utdömas och hur stort detta skall vara.

När det finns förutsättningar att i rättstillämpningen beakta sociala faktorer bör man — enligt min tanke — inte se dessa som ett "självständigt element", vilket enligt generella regler skulle medföra bestämda verkningar, t.ex. att prestationsskyldighet upphör eller att skadeersättning utesluts. Man bör t.ex. inte schematiskt dra en parallell till *force majeure*.¹¹ Med tanke på de mångsidiga bedömningar som lösandet av avtalsrättsliga problem ofta förutsätter är det knappast riktigt att stänga in en viss grupp av synpunkter i principiella fållor. Jag ser sociala faktorer som delar i ett argumentationsmönster vilket innehåller många andra omständigheter. Närmast hör de hemma i skälighetsbedömningar.

När man företar en "social bedömning" får man inte förbise att tillämpningen av normer som — i högre eller lägre grad — ger möjligheter till prövning av omständigheter in casu, förutsätter att alla parter behov och intressen beaktas. Det är fråga om *helhetsbedömningar*. Hur angeläget det än kan vara att skydda en socialt svag part måste nödig hänsyn tas även till motpartens intressen. En sådan intresseavvägning innebär att sociala faktorer har olika tyngd i olika situationer. Man kan t.ex. väl försvara att en gäldenär, som till följd av sjukdom eller arbetslöshet skulle råka i ett svårt läge om han skulle tvingas att fullgöra sin betalningsskyldighet till en bank (stark part), jämningsvägen kan få anstånd eller andra lättnader i stöd av en skälighetsprövning. Här kommer också avtalsetiska moment in i bilden, man har rätt att vänta att starka parter visar hänsyn.

10. HD 1984 II 83: ett avtalsvillkor lämnades utan avseende i stöd av AvtL 36 § med hänvisning bl.a. till att villkorets tillämpning hade inneburit att part förlorat sin utkomst.

11. Se *Wilhelmsson*, Social civilrätt 177 ff, "social force majeure".

Även om man understryker att det primärt är en uppgift för lagstiftaren att, när behov härav föreligger, föra in sociala faktorer i avtalsrättslig normering, bör man inte förbise den rättsutvecklande funktion som tillkommer *rättspraxis*. Det är möjligt att rättsutvecklingen småningom leder fram mot ett starkare hävdande av sociala faktorer i den mångfald av konkurrerande och varandra korsande synpunkter och argument som bestämmer domstolarnas avgöranden i prövningssituationer och i öppna fall. I det avseendet är HD:s roll som prejudikatdomstol betydande.

De tankar jag här fört fram betyder en i princip negativ inställning till försök att på teoretisk eller ideologisk grund skapa en "social avtalsrätt". Sociala faktorer har relevans på annat sätt. Det gäller att i varje skede av samhällsutvecklingen — med reflexverkningar på avtalsrätten — upprätthålla en avvägd balans mellan å ena sida avtalsbundenhet med den rättssäkerhet som härflyter ur den, å andra sidan parternas skäliga och sakligt grundade anspråk på skydd för sina intressen med beaktande av ensars speciella situation.

FÖRKORTNINGAR

ArbAvtL	L om arbetsavtal 320/1970
AvbetKöpl	L om avbetalningsköp 91/1966
AvtL	L om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 228/1929
FN-konventionen om köp	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (11 April, 1980)
FörsAvtL	L om försäkringsavtal 132/1933
HyresL	Hyreslag 653/1987
JorlegoL	Jordlegolag 258/1966
KollAvtL	L om kollektivavtal 436/1946
KommunalL	Kommunallag 953/1976
KonsumentskyddsL	Konsumentskyddslag 38/1978
Köpl	Köplag 355/1987
KöplProp	Regeringens proposition 93/1986 med förslag till köplag
NäringsL	L ang. rättighet att idka näring 122/1919
RF	Regeringsform för Finland 94/1919
RänteL	Räntelag 633/1982
SkuldebrevsL	L om skuldebrev 622/1947

LITTERATUR

- Aarnio, Aulis: Oikeussäännösten tulkinnasta: tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä. Helsinki 1982.
- Onko kohtuus oikeusperiaatteena syrjäyttämässä sekä sopimusvapauden että sopimusten sitovuuden periaatteen? LM 1987 400–414.
- Adlercreutz, Axel: Avtal. Lärobok i allmän avtalsrätt. 4 uppl. Lund 1977.
- Arnholm, Carl Jacob: Privatrekt. I Allmindelig privatrekt. II Avtaler. III Almindelig obligasjonsrett (2 utg.). Oslo 1964, 1974.
- Atiyah, P.S.: The Rise and Fall of Freedom of Contract. Oxford 1979.
- Bernitz, Ulf: Standardavtalsrätt. 3 uppl. Uddevalla 1978 (Bernitz).
- Svensk marknadsrätt. Uddevalla 1983.
- Kontroll av standardavtal — utvecklingslinjer och metoder. TfR 1979 113–131.
- Cheshire and Fifoot's Law of Contract. 10. Ed. (M.P. Furmston). London 1981.
- Gomard, Bernhard: "Letters of intent" (hensiktserklæringer), 30. NJM (Forhandlingene) Del 1 245–312. Oslo 1984.
- Grönfors, Kurt: Avtalslagen. Stockholm 1984.
- Hakulinen, Y.J.: Obligationsrätt I. Allmänna läror. Tammerfors 1962.
- Hellner, Jan: Generalklausulerna och avtalsrättens utveckling. JFT 1975 92–109.
- Standardavtal vid avtalslutande. JFT 1979 281–300.
- Speciell avtalsrätt I. Köprätt. Stockholm 1982.

- Hellner, Jan: Företsättningsläran rediviva. Festskr. Matti Ylöstalo. Suomal. lakimiesyhd. julk. C-sarja N:o 21. Helsinki 1987.
- Hov, Jo: Avtalerett. Oslo 1980.
- Huser, Kristian: Avtaletolking. En innføring i avtaletolkingslaerens alminnelige del. Bergen 1983.
- Jokela, Heikki: Kestosopimusten sopeuttaminen muuttuneisiin olosuhteisiin. DL 1978 133–171.
- Jørgensen, Stig: Kontraktsret. I. bind. Aftaler. København 1971.
- Kivivuori, A.—af Schultén, C.G.—Sevón, Leif—Tala, Jyrki: Kuluttajansuoja. Suomal. lakimiesyhd. julk. B-sarja N:o 187. Helsinki 1978.
- Klami, Hannu Tapani: Ihmisen säännöt. Tutkimus oikeuden olemuksesta, synnystä ja toiminnasta. Turku 1983.
- Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle. Einige Gesichtspunkte aufgrund der finnischen Rechtsquellenlehre. Turku 1984.
- ✓ — Om reglering av avtal. En studie i avtalsrättsliga tänkesätt. JFT 1984 196–211.
- Makkonen, Kaarle: Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakenneanalyytinen tutkimus. Suomal. lakimiesyhd. julk. B-sarja N:o 191. Vammala 1981.
- Muukkonen, P.J.: Yhteistyösopimukset ja lojaliteettivelvollisuus. Juhla julk. Urho Kaleva Kekkonen. Suomal. lakimiesyhd. julk. C-sarja N:o 13, s. 356–364. Helsinki 1975.
- Nordiska köplagar. Förslag av den nordiska arbetsgruppen för köplagstiftning — NU 1984:5. Stockholm 1985.
- Olsson, Curt: Verkan av avtalsklausuler i standardformulär. Förhandlingarna å det tjugoförsta nordiska juristmötet i Helsingfors 22–24 aug. 1957 s. 152–157 och Bil. VI. Vammala 1959.
- Portin, Göran: Vakiosopimusten problematiikasta. LM 1987 391–399.
- Regeringens proposition 93/1986 med förslag till köplag.
- Rissanen, Kirsti: Kauppaoikeudellisen sääntelyn ja tutkimuksen tarve. LM 1987 426–431.
- ✓ Sevón, Leif: Kan avtal jämkas på grunder som var kända vid avtalsslutet? JFT 1985 155–172.
- Strömholm, Stig: Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära. Lund 1981.
- ↘ Taxell, L.E.: Avtal och rättsskydd. Åbo 1972. (Taxell I)
- Rätt och demokrati. Åbo 1976. (Taxell II)
- Demokrati. Teori och verklighet. Åbo 1987.
- Om lojalitet i avtalsförhållanden. DL 1977 148–155.
- Om avtalsetik. JFT 1979 487–498.
- Ensidig ändring av villkor i massavtal. JFT 1980 31–47.
- Jämkning av avtal. JFT 1984 606–630.
- Avtalsrättens prejudikat. JFT 1987 251–268.
- Avtalsrätt — lagstiftning och doktrin. Festskr. Matti Ylöstalo. Suomal. lakimiesyhd. julk. C-sarja N:o 21 s. 411–420. Helsinki 1987.
- Ussing, Henry: Aftaler paa Formuerettens Omraade. 3. Udg. København 1959.
- Wetterstein, Peter: Säljarens garantiutfästelser vid lösöreköp. Åbo 1982.
- Victorin, Anders: Om kontraheringstvång inom förmögenhetsrätten. SvJT 1976 436–445.

Wilhelmsson, Thomas: Standardavtal. Om avtalsbundenhet och oskäligen avtalsvillkor. Vammala 1984. (Wilhelmsson).

② Wilhelmsson, Thomas: Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror. Vammala 1987.

Zitting, Simo: Siviilinormin käytöstä ratkaisutoiminnassa. LM 1984 499–514.

I ovanstående litteraturförteckning (och i fotnoterna) ingår inte — med några undantag — arbeten som jag angivit och hänvisat till i mina tidigare avtalsrättsliga arbeten, som nämns i förteckningen.

SUMMARY

Norms for the law of contract

Background

People's relations with each other are governed to a large extent by agreements or contracts — principally in the private but also to an increasing degree in the public sector. Contracts function on the basis of norms that determine what the parties to the contract are expected to do and how they shall act for the obligations and rights incorporated in the contracts to take force. Added to this is the need for directives in those situations when the terms of the contract have been broken. Regulation takes place by way of binding norms — legal norms.

The system of norms that has evolved in the law of contract is more comprehensive and complex than in any other legal field. Norms of different types and force complement and conflict with each other.

This paper tries to give a general picture of the system of norms in the Finnish law of contract.

A contract is regarded as a legally regulated agreement between different parties aimed at achieving certain results in agreement with the contract's contents and purpose.

Contracts and the norms that govern them must be seen against the background of the reality that is determined and influenced by the country's political and economic system.

Finland's political system — a Nordic democracy — affects conditions, activities, values and human opinions in areas outside the political arena. These consequences of Finland's democratic system are strongest in their impact on the values intrinsic to democracy: liberty, equality and security

for the people. Since these values are also acknowledged in economic activity and in human relations in general, they are of relevance when norms for the law of contract are formulated and applied.

The regulation of contracts must also be seen against the background of the market economy that exists in Finland. This includes open competition and a wide degree of freedom in business. Contracts have to be adapted to this reality.

An increasingly strong international factor has also entered into the regulation of the law of contract. This can be seen in conventions, concerning sale of goods and transport, for example. In the attempts to achieve international coordination the differences between political and economic systems are played down.

Interests joined by contract

It is easy for tensions and conflicts between different interests to arise in contract situations. A task for the norms is, as far as is possible, to satisfy and protect interests joined by contract and also to weigh conflicting or competing interests against each other. Judgements of legal policy of this type occur mainly when statutory laws governing contracts are enacted. But they are also important when norms are applied and when decisions have to be made without any direct reference to any norm.

Contracts concern in the first instance only the parties to them. The coming into force of the contract, its contents and effects as well as any disturbances in the contract must therefore be regulated with respect to the contracting parties' interests. These are usually of an economic nature. However, personal interests unconnected with economic values must also be taken into consideration.

Despite the latent tensions between the parties' interests that exist in any contract, relations between the parties usually flow smoothly. When, however, in exceptional cases, differences of interest result in open conflict, we are faced with what is perhaps the most difficult problem in the law of contract: how should the parties' interests be weighed against each other? One of the most important purposes of the stipulations of the law of contract is to provide an answer to this question.

Only in exceptional cases do contracts refer to the interests of third parties. It is important that the legislator should try to protect the creditors of the contracting parties, for example. The possibility of restricting the actual consequences of a contract by means of legal norms is normally limited. For example, it is hardly possible to prevent the transfer of ownership of an enterprise from leading to cuts in operations with the dismissal of employees as a consequence.

The interests of society are also important when it comes to judgements of legal policy pertaining to contracts in general or to special types of contracts. We may point to the state's duty to maintain order and security also when it comes to economic relations, society's interest in regulating and creating the conditions necessary for a given economic policy intended to check inflation and sustain employment, the obligation to provide citizens with legal protection in the event of conflicts and the task of offering the country's people the best possible service.

General principles of the law of contract

The norms of the law of contract are guided and characterised by three main principles: freedom of contract, the binding nature of a contract (*pacta sunt servanda*) and protection of the interests of the parties and others. Together they form the legal basis of the norm system governing the law of contract. They determine or influence the nature of the norms, both those formulated by the parties and those laid down by the legislator. It is not usually possible, on the basis of general principles alone, to solve concrete conflicts in the law of contract. However, they provide guidance when the norms are interpreted and applied and they are often of great importance in decisions that cannot be decided according to express norms.

The general principles do not actually possess the character of legal norms. They constitute a summing up of the purposes and endeavours that form the guiding lines when norms are created, interpreted and applied.

The norm system

The legal regulation of contracts has as its overall purpose to permit and promote the parties' cooperation. In normal cases the parties act more or less automatically according to the norms of their contracts. The system aims primarily to cater for these normal cases. However, rules must also be laid down for how differences and conflicts of interest between the parties or in relation to third parties can be solved.

As far as contents are concerned the norms regulate different aspects of contracts: the coming into existence of the contract and its legal consequences, the fulfilment of the terms of the contract, and, finally, contractual conflicts and their solution. With these in mind the norms aim at three things. The norms inform the parties how they should deport themselves or act when they draw up or execute a contract or when conflicts arise. Their purpose is to guide the parties' actions in the negotiation, existence and dissolution of the terms of the contract. Finally, the norms constitute the basis for legal decisions in a court of law in the event of conflicts and also provide guidelines for how the conflicts should be resolved.

There are two basic types of norms: those that determine how the parties should act in their relations to each other and those that determine the consequences of disturbances in the terms of the contract. These are termed action norms and sanction norms.

There are many types of norms in the law of contract; in other words, there exists a pluralism of norms. According to how norms come into being it is possible to distinguish between three groups.

The first group includes individual contractual norms: rules on which the parties have expressly reached agreement or which are implied. They are often supplemented by general contractual terms (standard contracts) drawn up by one of the parties or by an organisation to be used in a large number of similar cases (mass contracts). The terms of such contracts are subsidiary in the sense that, if they are to be legally binding, they must be incorporated in the individual contract, e.g. by one party signing a form or accepting the terms of the contract without remonstrance.

The second group comprises statutory legal norms. In a system with freedom of contract, which can never be unlimited, there are various interests which differ in their force and which need to be regulated by statutory law. In this way effective protection is maintained at the same

time as the security in legal relations can be maintained and uniformity in the terms of contracts promoted. Judgements of legal policy lead to two different kinds of statutory legal norms: absolute and discretionary. Such absolute norms establish limits to the freedom of contract; their primary purpose is to protect interests over which the contracting parties should not be permitted to have any influence. Discretionary norms aim to further uniformity and permanency in the terms of contracts. The parties have the freedom to agree on departures from discretionary norms. In most cases, however, they refrain from doing so and consequently the norms play a service role.

In the third group we find different types of supplementary legal norms that have come about without any immediate normcreating activity. To these belong case law, precedents and general legal principles such as the principles of equity and loyalty, for example.

When two or more norms with a different content can be applied in a concrete situation, the question arises of the relative force of the norms and which takes precedence over the other or others. The starting point is given; according to the principle of the freedom of contract the parties can themselves determine what norms are to apply in their relations with each other. What the parties have expressly agreed or what is implied takes precedence. Nevertheless, this prime rule is altered in many cases. The most important exception is that an absolute statutory norm excludes the possibility of applying any other norm that infringes such an absolute norm. Other norms — discretionary statutory norms, precedents, etc. — mainly serve a supplementary function when what has been agreed upon is incomplete or offers the possibility of different interpretations.

Gaps in norms

The system of norms in the law of contract is far from comprehensive. The statutory law can never be comprehensive. Often it lags behind in development. Not even carefully drawn up and detailed contracts can, in practice, include stipulations governing all the possible situations that may arise.

There will always be gaps, "open cases", in norms. These open cases are treated in this paper partly in the light of how the contracts came into existence, partly in the light of contractual conflicts.

As far as the conclusion of a contract is concerned, in Finnish law an offer and the acceptance of an offer are binding both for the party making the offer and for the party accepting it. A contract exists when offer and acceptance correspond to each other in content. Developments in business have given rise to new contractual mechanisms being used without there being any statutes that govern them. Contracts are often entered into through negotiations in which no offers or acceptances in the traditional sense are made. The question of the incorporation of general terms of agreement in the individual contract is not regulated by statutory law, different types of "technical" agreements, e.g. as a result of the use of vending machines, occur on a large scale. In such cases it is a matter of determining whether sufficient legal facts exist for a contract to be considered to be in force. In the final analysis this is a matter for a court of law to decide. Mention may also be made of agreements arising out of "letters of intent", which are also not regulated at statutory law.

Conflicts in contracts can be of so many kinds that it is out of the question to regulate in such a way as to cover them all. It is possible to mention different types of invalidity and the varying grounds for such, the annulment of contracts etc. The largest group is made up of actual breaches of contract with all the consequences that these may involve — discharge by breach, damages, reduction of the purchase price, etc. It is up to the court to find a tenable legal basis for its decision, often outside the statutory law and the terms laid down in the contract. Among considerations that may constitute the basis for such decisions mention may be made above all of a party's need for protection, the principle of the binding nature of a contract, uniformity in the legal system, the rule of equality before the law, respect for the security in legal relations, and the endeavour to reach practicable solutions. It is up to the court to weigh, objectively and without prejudice, the different circumstances and arguments against each other and to reach its decision on the basis of an overall approach to the concrete situation and on the basis of facts that the court considers may have legal significance.

Recent developments

The final section of the paper presents some views on the lines along which the law of contract is developing. Problems such as those caused by the increasing use of general terms in contracts, the possibilities of abolishing unreasonable terms, for example, by measures taken by the administrative authorities, the need for new legislation in the form of general clauses which make it possible to judge cases individually and finally a tendency on the part of legislations and courts alike to take social factors into consideration in order to protect the weaker and more vulnerable party are discussed. The law of contract must be dynamic.

UPPSALA UNIVERSITETSBIBLIOTEK



16000

001063445

bo Academy Press
700 Åbo, Finland
PB 33, SF-21601 Pargas