

LARS ERIK TAXELL

Avtalsrätt



BAKGRUND

SAMMANFATTNING

UTBLICK

JURISTFÖRLAGET

Juridikbok.se

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och 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>



Lars Erik Taxell

Avtalsrätt

Bakgrund – sammanfattning – utblick

Juristförlaget

Juristförlaget ingår i Norstedts Juridik AB

Adressen till förlaget:

Norstedts Juridik AB, Box 6472, 113 82 Stockholm

Fax 08-690 90 70, telefon 08-690 91 00

Beställningar:

Norstedts Juridik AB, Kundtjänst, Box 6454, 113 82 Stockholm

Avtalsrätt

Lars Erik Taxell

Upplaga 1:1

ISBN 91-39-20069-8

© 1997 Lars Erik Taxell och Norstedts Juridik AB

Sättning och tryck: Norstedts Tryckeri AB 1997

Omslag: Norstedts Tryckeri AB

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

Förord

Avtalsrätten har blivit allt mera omfattande och komplicerad i takt med utvecklingen inom det ekonomiska livet samt en starkt ökande internationalisering. I förändringarnas värld har det blivit svårare att i mycket olika avtalsrättsliga normer och tillämpningar urskilja principer och riktlinjer samt andra sammanbindande element. Utan sådana saknar detaljlösningarna ofta den fasthet som är nödvändig i ett utvecklat rättssystem.

Syftet med min bok är att sammanfatta en del tankar och ställningstaganden som grott och utvecklats hos mig under en mänskligt bedömt lång period som för min del nu avslutas – femtio år efter min doktorsdisputation. Några större anspråk har jag inte ställt på mina sammanfattande konklusioner och deras motiveringar. Närmast har jag velat, med bakgrund i samhällsskick och ekonomisk ordning, ge uttryck åt en subjektiv, av personlig ideologi färgad syn på nordisk avtalsrätt.

Manuskriptet har lästs av min efterträdare i ämbetet, professor Peter Wetterstein vars sakligt kritiska synpunkter föranlett en del justeringar. Mitt tack riktar jag till honom samt till Juristförlaget som godhetsfullt åtagit sig publiceringen av arbetet.

Åbo i oktober 1996

Lars Erik Taxell

Innehållsförteckning

1. Inledning	9
Allmänna synpunkter	9
Avtalsrätt	10
2. Bakgrund – samhällsordning, ekonomiskt system	14
2.1. Allmänt	14
2.2. Demokrati	15
2.2.1. Begrepp	15
2.2.2. Demokratins värden	16
Frihet, jämlikhet	16
Trygghet	17
Begränsningar	18
Följdverkningar	19
2.3. Grundläggande fri- och rättigheter	20
2.4. Moral	21
2.5. Velfärd	22
2.6. Rättsstat	24
2.6.1. Demokrati – rättsstat	24
2.6.2. Legalitet	25
Rättssäkerhet	25
Rättsskydd	25
Relationen rättssäkerhet – rättsskydd	26
2.6.3. Rättvisa, rättsmedvetande	27
2.7. Marknadsekonomi	28
Allmänt	28
Avtalsrätten i marknadsekonomin	29
2.8. Demokrati – marknadsekonomi	31
2.9. Bakgrundsfaktorernas betydelse för avtalsrätten	32

3. Allmänna avtalsprinciper	34
3.1. Begrepp	34
3.2. Avtalsfrihet	36
3.3. Avtalsbundenhet	39
3.4. Skyddsprincip	40
3.5. Avtalsprinciperna – samband, motsättningar	42
4. Avtal – begrepp, uppkomst, upphörande	44
4.1. Begrepp	44
4.2. Uppkomst	46
Avtalsmekanismer	46
Ogiltighet	49
4.3. Upphörande	50
Allmänt	50
Ändrade förhållanden	50
5. Avtalsrättens materia	54
5.1. Begrepp	54
5.2. Normer	56
5.2.1. Innebörd	56
5.2.2. Normer i avtal	56
5.2.3. Lagnormer	57
Normeringsfrihet – begränsningar	58
Allmänna syften	58
Elastiska normer	60
Förarbeten	61
5.2.4. Kompletterande normer	61
Prejudikat	61
Kutymer	62
5.3. Rättsprinciper	63
5.3.1. Begrepp, syften	63
5.3.2. Allmänna rättsprinciper	65
5.3.3. Partiella rättsprinciper	67
5.3.4. Betydelse i rättstillämpning	68
5.4. Bedömningsfaktorer	69
5.4.1. Begrepp	69
5.4.2. Avtal i företagsverksamhet	70
5.4.3. Bristande jämlikhet	72

5.4.4. Riskfördelning	74
5.4.5. Betydelse i rättstillämpning	75
6. Avtalskonflikter	77
6.1. Begrepp, typer	77
6.2. Utgångsläge – allmänna avtalsprinciper	78
6.3. Kärnproblemet	79
6.4. Avtalsbrott	80
6.4.1. Begrepp	80
6.4.2. Avveckling – innebörd, syfte	81
6.4.3. Påföljder	81
System	81
Avtalade påföljder	82
Påföljders preventiva funktion	83
6.4.4. Normtillämpning	84
Begrepp – innebörd	84
Tolkning av avtal	84
Tolkning av lag, kompletterande normer	86
Särskilda tolkningsdata	87
Riktlinjer för normtillämpning	87
Element i normtillämpning	89
6.4.5. Rättstillämpning i normluckor	91
Begrepp – innebörd	91
Riktlinjer för rättstillämpning	91
Lagars följdverkningar	92
Särskilda element i tillämpningen	95
Intresseavvägning, helhetsbedömning	96
6.5. Andra avtalskonflikter	97
6.6. Jämförelse mellan normtillämpning och rättstillämpning i normluckor	98
6.7. Flera riktiga lösningar?	100
7. Avtalsrättens system	102
Varför systematisering?	102
Allmänt system, delsystem	103
Avvikelser, öppenhet	105
8. Målsättningar och riktlinjer – sammanfattning	106

9. Utvecklingslinjer	108
9.1. Allmänt	108
9.2. Harmonisering	109
9.3. Normer	111
9.4. Rättsprinciper, bedömningsfaktorer	115
Litteratur	118
Sakregister	119

1. Inledning

Allmänna synpunkter

Rättsvetenskapen har många ansikten. Karaktärsdragen bestäms av talrika faktorer, ofta i motsättning till varandra.

Rättsvetenskaplig tankeverksamhet kan inte vara enhetlig och schematisk. Den är i mycket präglad av *forskarna* själva och deras personlighet – livsinställning, erfarenheter, ideologi, graden av inlevelse och analytisk förmåga, egna ambitioner, förväntningar och målsättningar.

Analysen och ställningstaganden måste gå i sär beroende på den *inriktning* forskaren valt och den materia han opererar med: rättshistoria, allmän rättsteori, rättsdogmatik i dess olika varianter, rättssociologi etc.

Rättsordningen kan sägas utgöra en helhet. Men de skilda rättsområdena, som delvis täcker varandra, är till innehåll, struktur och syften mycket olika: den offentliga rätten behärskas av makt- och kompetensfördelning, förvaltningsmekanismer och människors relationer till samhället och dess organ, straffrätten av principen "nulla poena sine lege" och kriminalpolitiska målsättningar, äktenskapsrätten av personliga relationer och familjeband, avtalsrätten av samarbets- och motsatsförhållanden mellan parterna etc.

Ytterligare *differentieringar* förekommer beroende på

- om man behandlar en snäv sektor av ett större rättsområde, t.ex. tolkning och tillämpning av en speciallag eller ett enskilt lagstadvärk, eller om man eftersträvar en kartläggning och analys av en större helhet, t.ex. avtalsrätten eller miljörätten,
- om man behandlar blott ett enda juridiskt begrepp eller element, t.ex. skadeståndsrättslig jämkning eller rätten att anordna demonstrationer, eller om man eftersträvar en samlande analys av t.ex. påföljder av avtalsbrott eller medborgarnas rättsskydd inom förvaltningen, eller

- om man analyserar gällande rätt eller försöker dra riktlinjer de legerenda.

Här nämnda och många andra omständigheter ger rättsvetenskapen bredd och djup.

Den mångfald som antytts här tvingar fram frågan: finns det, och i så fall i vilken utsträckning, riktlinjer, principer och tankemodeller som kan användas i rättsvetenskaplig analys oberoende av vilka delar av rättsordningen man väljer till objekt?

Ett svar skulle förutsätta ingående bedömningar av olika rättsområden och delar av dem, med de särdrag som förekommer där. Den följande framställningen koncentreras till ett enda centralt område, den omfattande, mångförgrenade och till innehållet oenhetliga *avtalsrätten* (kontraktsrätten).

Trots fokuseringen på avtalsrätten är det ingalunda uteslutet att överväganden och ställningstaganden från min sida kan ha relevans när man behandlar *andra rättsområden*. Det är inte motiverat – åtminstone inte för doktrinen – att dra skarpa gränser mellan olika delar av rättssystemet, t.ex. mellan privat och offentlig rätt. Man har anledning att i många avseenden se rättsordningen som en helhet, som en sammanhållande och styrande kraft i samhället, i vårt fall med den utformning och utvecklingsnivå som de nordiska demokratierna nått fram till. Specialisering är visserligen ofrånkomlig i rättsvetenskapen, men den får inte skymma gemensamma drag och tankemönster.

Avtalsrätt

Min *målsättning* för den följande behandlingen, som enbart rör avtalsrätten, är kort sagt:

- att mot en *allmän bakgrund* föra fram och förklara det källmaterial – den *rättsmateria* – som överväganden och slutsatser skall eller kan grunda sig på,
- att särskilt med tanke på avtalskonflikter dra riktlinjer för *rätts-tillämpningen* i den verklighet där avtalen förekommer, samt
- att göra en *systematisering* som tar sikte på att sammanföra sådant som är gemensamt och skilja ut sådant som avviker.

Det är sålunda fråga om rättsvetenskaplig *metodik*, om tankemodeller enligt vilka man förklarar och sammanfattar det som är karakteristiskt och vägledande för ställningstaganden rörande avtalsförhållanden.

I den målsättningen ger jag inte utrymme åt djupgående utredningar och analyser. Jag vill endast i korthet redogöra för den syn jag i dag har på avtalsrätten, dess bakgrund, riktlinjer och system, en doktrinsyn utvecklad genom erfarenheter och ställningstaganden – också misstag och ofullkomligheter – i mina rättsvetenskapliga arbeten. Resultatet blir blott en *sammanfattande bild* med förenklingar och grova linjebildningar – kanske den också avspeglar en personligt präglad ideologi. Så bör den uppfattas och bedömas av läsaren.

Jämförelser med *alternativa metoder* och lösningar gör jag inte. Där för uteblir hänvisningar till andra forskares arbeten. Men mycket av det jag vill säga har fått innehåll och färgats av inspirerande tankar och avgörande impulser särskilt från nordiska forskarkollegers sida under ett halvsekel.

I en litteraturförteckning nämner jag några av mina arbeten i vilka frågor som jag nu för fram behandlats mera ingående eller blott sporadiskt – i de tidsskeden då texterna skrevs.

Det första steget i mitt ställningstagande till juridisk metodik, koncentrerad till avtalsrätten, har inneburit ett *val* mellan två infallsvinklar, även ett val mellan två forskningsmetoder:

- 1) Man relaterar avtalen, avtalstyperna och de enskilda avtalen och avtalskonflikterna till de *speciella* syften, motiv, intressen och andra omständigheter som mera eller mindre direkt ansluter sig till de problem man har att lösa. Man beaktar inte material och anknyter inte till värderingar utanför avtalsrätten eller sektorgränser inom den. Övervägandena begränsas till det specifikt avtalsrättsliga, till normer och fakta som reglerar de enskilda avtalen och avtalstyperna. Bedömningarna är i den meningen *slutna* och därmed restriktiva.
- 2) Man ser inte avtalsrätten och den verklighet avtalen reglerar som ett slutet område. Man erkänner att avtalsrätten som helhet och överväganden som rör konkreta avtalsförhållanden tar emot påverkande impulser från det rådande *samhällssystemet* och de värderingar som förekommer där. De partsförhållanden som utgör avtals-

rättens objekt ingår i samhällsverksamheten i stort. Relationer mellan människor – också de som grundar sig på avtal – präglas av tänkesätt, värden och ideologiska element med förankring i samhällsordningen, dess strukturer och målsättningar. Bedömningar och avgöranden på den basen är *öppna* och "samhällsinriktade", i den meningen expansiva. Detta alternativ utesluter självfallet inte att man beaktar omständigheter som nämns i föregående punkt.

För mig har det varit lätt att stanna inför den senare infallsvinkeln. Det har sedan länge varit naturligt för mig att se och uppfatta rättsvetenskapen, också inom den privata sektorn, som en *samhällsvetenskap*, en för strömningar och uppfattningar i samhället och hos medborgarna öppen vetenskap underkastad den utveckling som ständigt pågår där. Detta motiverar en relativt utförlig analys av avtalsrättens bakgrund (kap. 2).

Det avtalsrättsliga tankemönster som jag vill försöka teckna, påverkas starkt av att människors ekonomiska relationer till varandra i stor omfattning tar intryck av ledande tankar i gällande samhällsordning och i det ekonomiska system som råder i samhället. I viss mån bekräftas detta av att avtalsrätten – och privaträtten i övrigt – har en annan position och behärskas av andra krafter i en demokrati än i en totalitär stat.

Jag har ansett det nödvändigt att inledningsvis understryka min *grundinställning*. Utan hänvisning till den är det knappast möjligt att förstå den metod jag vill redogöra för och det system som byggs upp enligt det mönstret.

När jag talar om *avtalsrätt* avses inte endast rättsnormer av olika slag utan även principer, värden och fakta som kan ha rättslig relevans i partsförhållanden, särskilt i lösandet av avtalskonflikter – både i normtillämpning och i avgöranden i normlösa situationer.

Inledningsvis bör inskjutas att vår avtalsrätts *internationella* dimension inte kommer att behandlas; i något sammanhang tangeras likväl de mellanfolkliga aspekterna (se särsk. kap. 9). Man måste likväl ha klart för sig att inflytande från andra länders rättssystem växer i takt med den ekonomiska verksamhetens ökande internationalisering samt strä-

vandena till integration och harmonisering. De internationella inslagen kommer med tiden att leda till förändringar och nydaningar, men de får inte tillåtas undantränga grundlinjer i den högt utvecklade nordiska avtalsrätten.

2. Bakgrund – samhällsordning, ekonomiskt system

2.1. Allmänt

I den infallsvinkel jag valt – den samhällsinriktade – finns en given *bakgrund* för avtalsrättslig metod och element på vilka den bygger:

- det *samhällssystem* som råder i ett land, dess normer, värderingar och praktiska gestaltning samt
- det *ekonomiska system* enligt vilket människors och organisationers verksamhet och relationer till varandra utformas och fungerar.

De två systemen är inte väsensskilda. De är beroende av och påverkar varandra. Samhällets funktioner behärskas i mycket av ekonomiska realiteter. Och det ekonomiska livet och dess verksamhetsbetingelser bestäms eller präglas av normer givna av samhällets styrande organ samt av värderingar med fäste i samhällslivet och i människors medvetande.

En sådan allmän bakgrund är ägnad att främja enhetlighet och belysa frågeställningar inom begränsade ämnesområden och inom rättsordningen över huvud.

För *avtalsrättens* del är det viktigt att dra enhetliga linjer och följa dem, utan att därmed skjuta åt sidan olikheter och detaljproblem. Bakgrundsfaktorer bör finnas med när

- speciallagar stiftas och när allmänna avtalsrättsliga element förs in i lagstiftningen,
- allmänna och individuella avtalsnormer utformas på partsnivå,
- avtal tolkas och tillämpas,
- avtalsbrott och andra avtalsstörningar bedöms och deras påföljder bestäms.

När man leds av tanken på en samhällsinriktad (samhällsbunden) avtalsrätt, innebär det att man tar avstånd från uppfattningen att samhällsordningen präglar blott statens och andra offentliga enheters upp-

gifter, organisation och verksamhet samt medborgarnas ställning i och till samhället. Element i samhällssystemet och i den ekonomiska ordningen bildar bakgrund för och påverkar rättsliga överväganden och ställningstaganden inom såväl den offentliga som den privata sektorn, självfallet på olika sätt och med skiljaktiga argumenteringar.

2.2. Demokrati

2.2.1. *Begrepp*

Finland är en demokrati med den innebörd som samhällsordningen i de nordiska länderna har på dagens utvecklingsnivå. För avtalsrättens del gäller frågan: har element i *nordisk demokrati* betydelse för regleringar och bedömningar rörande avtalsförhållanden och, om så är fallet, hur och i vilken omfattning?

Demokrati är i första hand en *styrelseform* uppbyggd på tesen att statsmakten tillhör och utgår från folket – folkstyre. Folket som kollektiv kan inte vara ett handlande subjekt. Statsmakten utövas av företrädare som folket valt (riksdag) med rätt att stifta *lagar* för rättsskapande, styrande, förvaltande och dömande funktioner men också för verksamhet inom den privata sektorn.

Den medborgerliga aktiviteten i demokratin är ytterst en angelägenhet för den *enskilda människan* med hennes rätt att påverka samhällskeendet genom att delta i allmänna val (participation) och att även på andra sätt gripa in i det som sker i samhället (interaktion, kontroll). Men individen får inte uppfattas enbart som ett led i organisationsmönstret och beslutsprocessen. Den enskilda människan måste föras in i ett blickfält där man observerar hennes egenvärde samt erkänner att hennes behov och intressen bör tillgodoses i samhällets verksamhet. Inriktningen på den enskilda människan, individen, och inte enbart på folket som ett heterogent kollektiv, leder till kärnan i demokratins ideologi.

Denna inriktning betyder att man inte ser demokratin enbart som en från folket utgående styrelseform, en beslutsordning, ett politiskt system – demokratins *formella* dimension. Man erkänner att demokratin också har en *materiell* dimension som framhäver individen och ger honom grundläggande rättigheter. Demokratin är i den meningen ett *vär-*

desystem som tar sikte på den enskilda människan, dels på medborgarens ställning i folkkollektivet, dels på människans egenvärde.

Det finns inte anledning att nu stanna inför demokrati som styrelseform. Den formella dimensionen saknar i stort sett relevans för det rättsområde som behandlas här – om man bortser från det viktiga faktum att avtal till centrala delar regleras av demokratins lagstiftande instanser och att avtalskonflikter avgörs av samhällets domstolar. Den materiella dimensionen – demokratins värden – är däremot, såsom jag ser saken, av grundläggande betydelse i människors relationer till varandra och inte bara i förhållandet stat-medborgare.

2.2.2. *Demokratins värden*

Vilka är demokratins värden?

Demokratin har som grundläggande värden hävdad individens frihet och människors jämlikhet – förverkligade i principen om allmän och lika rösträtt i politiska val. Genom utvecklingen har frihet och jämlikhet fått fotfäste inom de flesta sektorer i samhället, värdekretsen har med tiden vidgats.

Frihet, jämlikhet

Begreppet *frihet* är obestämt och mångtydigt. En allmän definition kan knappast vara annat än negativ: frihet betyder frånvaro av tvång och av handlingsbegränsningar. Sakinnehåll får friheten först när man preciserar olika typer av frihet: yttrande- och tryckfrihet, religionsfrihet, avtalsfrihet etc.

Enligt demokratiskt synsätt bör medborgarna tillåtas ha största möjliga frihet, detta bör vara en riktlinje för tanke och handling. I stor utsträckning är det likväl nödvändigt att begränsa olika friheter. För begränsningar måste det föreligga starka och motiverade skäl, samhällspolitiska eller betingade av enskilda intressen och skyddet för dem.

Kravet på *jämlikhet* (jämställdhet, likställighet) ingår i demokratins väsen; varje människa är en del av folket med samma egenvärde som alla andra, jämlikheten är en konsekvens härav.

Jämlikheten vidlås av samma obestämdhet som begreppet frihet.

Allmänt uttryckt betyder jämlikhet att människor skall behandlas och bedömas lika, enligt enahanda grunder och på samma sätt i likartade situationer – utan hänsyn till person, kön, grupptillhörighet, ekonomisk eller politisk position, ideologi, religion etc.

För att jämlikheten skall få innehåll måste den konkretiseras. Det gäller att bestämma i vilka avseenden och i hurudana situationer människor skall behandlas på samma sätt. Jämlikheten får innehåll när den ställs in i den verklighet som förekommer i relationen individ-samhälle eller i förhållandet mellan människor. Också behov av jämlikhet inom olika slag av organisationer bör uppmärksammas. En viktig faktor utgör likheten inför lagen, ett direktiv för lagstiftning och rättstillämpning men också ett krav från individens sida. För lagstiftaren är det angeläget att ge lagarna det innehåll och den form att deras tillämpning gör det möjligt att förverkliga jämlikhet.

Avsteg från jämlikhet måste i viss utsträckning tolereras. Här gäller det som tidigare sagts om begränsningar av friheten. När inskränkningar i friheten måste göras är det viktigt att också beakta kravet på jämlikhet. Avgörandet ligger hos lagstiftaren.

Så långt demokratis *traditionella* värden.

Trygghet

I analyser av och syn på demokrati har jag fört in ytterligare ett värde – *trygghet*, jag använder också termen skydd. Förverkligandet av frihet och jämlikhet förutsätter att medborgarna skyddas i utövning av demokratisk aktivitet, innefattande participation och interaktion, alltså i relation till staten och dess maktutövning. Trygghet bör också ses ur individens personliga synvinkel, som en förutsättning för och ett led i hävdandet av det egenvärde som i ett demokratiskt samhälle tillerkänns den enskilda människan.

Kravet på trygghet har stark förankring i konventioner om grundläggande fri- och rättigheter (s. 20) med de tankar och principer som bär upp dem.

Kort sagt: man kan inte förverkliga demokrati med dess krav på frihet och jämlikhet utan effektiv trygghet för medborgarna. Människors behov av trygghet inom olika områden växer i takt med att samhällslivet kompliceras; omvärlden ställer nya krav på människorna och hoten

mot mänskliga rättigheter och personlig integritet ökar. Också social-politiska målsättningar tar sikte på ekonomisk och social trygghet, särskilt för den svaga människan.

Tanken på trygghet skär genom hela samhället: den enskilde kan behöva skydd mot ingrepp från samhällets sida, staten måste kunna ingripa mot människors kriminella eller annars skadliga åtgärder som äventyrar eller rubbar ordning eller säkerhet, i människors relationer till varandra krävs särskilda skyddsmekanismer.

Individens krav på trygghet har en dubbel inriktning (se även s. 26). Dels är det fråga om *preventivt* skydd – genom normer och åtgärder som kan förebygga ingrepp i människors intressesfär. Dels gäller det *repressivt* skydd – möjligheter för människor att reagera och ställa krav när de anser sig ha blivit åsidosatta eller kränkta. Denna dubbla trygghet gäller individens förhållande både till samhället och till andra människor.

Trygghet i den mening som här avsetts har inte betonats i demokratidebatten. Men det synes mig nödvändigt att göra det, om man – såsom i det föregående skett – godtar en materiell demokratiuppfattning som understryker den enskilda människans ställning, uppgifter och ansvar och därvid framhäver demokratins materiella sida och inte endast dess makt- och beslutsfunktion. Med den syn på demokratin som jag har är det ofrånkomligt att föra fram tryggheten – skyddet – som ett värde vid sidan av och som komplement till frihet och jämlikhet.

Begränsningar

Samtidigt som den enskilda människan har krav på samhället att få åtnjuta frihet, jämlikhet och trygghet är hon skyldig att finna sig i *restriktioner* som samhället kan ha föreskrivit beträffande demokratins värden och möjligheter att utnyttja dem.

När man i värdesystemet ställer den enskilda människan i förgrunden får man inte förbise att individen är inordnad i relationer till andra människor: organisationer, avtalsförhållanden, arbetsgemenskaper etc. I dem kan individens i sig rättmätiga krav på frihet, jämlikhet eller trygghet stöta samman med andra människors motsvarande anspråk. Motsatser och konflikter är i det avseendet inbyggda i demokratins värdesystem. Att i spänningsfälten tillgodose konkurrerande rättmätiga krav och behov förutsätter ömsesidighet och objektivitet i bedömning-

arna. I konkreta konflikter är allsidiga intresseavvägningar ofta nödvändiga.

Följdverkningar

Det som nu sagts ger vid handen att demokratins värden inte får betraktas enbart ur samhällets synvinkel, enligt vad som är nödvändigt för att en stat kan sägas vara demokratisk. De måste jämsides ses som en tillgång för den enskilda människan i hennes relationer till både samhället och andra människor.

I överensstämmelse härmed kan man konstatera att samhällsordningen – det gäller inte bara demokratin – påverkar förhållanden, aktiviteter, värderingar och människosyn på livsområden långt utanför den offentliga sektorn. I den meningen kan man tala om *följdverkningar* av samhällssystemet, för vår del av demokratin.

Det är inte nu fråga om att ge begreppet demokrati ett mera omfattande innehåll eller nya kännetecken. Det gäller att klarlägga hur och i vilken utsträckning demokratins idéer, tankar och syften återspeglas i människors inbördes relationer och påverkar dessa. Ju starkare demokratin med dess värden har fotfäste i samhällslivet och i människors föreställningsvärld – man kunde tala om *demokratisk attityd* – desto större är deras genomslagskraft utanför den offentliga sektorn.

I dagens läge utgör demokratins värden och människors inställning till dem påverkande *bakgrundskrafter* även i privata rättsförhållanden. De gör sig gällande i både normgivning och rättstillämpning. Den tesen skall jag i det följande försöka konkretisera och utveckla.

Demokratins värden har olika *tyngd* beroende på i vilka sammanhang de aktualiseras.

För egen del vill jag med tanke på avtalsrätten särskilt understryka *trygghetens betydelse* utan att därmed förneka frihetens och jämlikhetens viktiga roller. Mycket i min inställning till demokratins värden och deras följdverkningar bottnar i övertygelsen att det är samhällets uppgift att – utan överdriven reglering – så långt det är möjligt tillgodose människors behov av skydd i deras relationer till andra människor. Samtidigt har trygghetskravet adress till enskilda människor, man väntar att de visar hänsyn och lojalitet i relation till sina medmänniskor, deras rättigheter och intressen. I avtalsförhållanden accentueras den dimen-

sionen. Endast med ett så inriktat trygghetskrav som bakgrund och påverkande kraft kan jag förklara och motivera mycket av det jag i det följande vill säga om avtalsrätten, dess uppbyggnad och tillämpning.

2.3. **Grundläggande fri- och rättigheter**

Vid sidan av demokratis värden har man idag – och troligen ännu mera i framtiden – att beakta människors grundläggande fri- och rättigheter.

Ursprunget finns i FN:s förklaring (deklaration) om de mänskliga rättigheterna (1948) utgående från världsorganisationens stadga (1945). Förklaringen antogs såsom en riktlinje för alla folk och nationer enligt idealet att "alla människor är födda fria i värde och rättigheter". Enligt detta basdokument har de grundläggande fri- och rättigheterna senare byggts upp och specificerats bl.a. genom FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (1966) – med dess erkännande av "det inneboende värdet hos alla medlemmar av mänskosläktet" – samt Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (1950, gäller för medlemmar av Europarådet); i den senare konventionen hänvisas till "politisk demokrati" som ett medel att vidmakthålla dessa rättigheter och friheter. Bägge konventioner har införlivats med vår lagstiftning (1976 resp. 1990).

På basen av dessa dokument har vår Regeringsform från ingången av år 1996 byggts ut med detaljerade stadganden om grundläggande fri- och rättigheter. Härigenom har dessa på det nationella planet stärkts och givits högsta dignitet.

Även om de flesta grundläggande fri- och rättigheter är neutrala i förhållande till samhällssystemet har de och demokratis värden en och samma *kärna*: människan och hennes egenvärde. Utgående härifrån betonas bägge systemen, med delvis olika formuleringar och betoningar, människors frihet, jämlikhet och trygghet. Grundprincipen är sålunda gemensam.

I första hand är de grundläggande fri- och rättigheterna inriktade och utformade med tanke på människors *förhållande till samhället*. De skall vara vägledande för lagstiftare och myndigheter. Den enskilde har krav på att de för hans del respekteras.

Man kunde möjligen hävda att grundläggande fri- och rättigheter inte har betydelse i *privata relationer*, t.ex. i avtalsförhållanden. De och ideologin bakom dem ger likväl uttryck åt en allmän attityd som man väntar att människor skall iaktta, en grundinställning med respekt för den enskilda människan och hennes värde, de har därför betydelse i mänsklig samlevnad över huvud. I den meningen har de i vårt samhälle godtagna grundläggande fri- och rättigheterna *följdverkningar* på samma sätt som demokratins värden. De kan sålunda ses som riktlinjer också för avtalsrättslig lagstiftning, kanske främst när det gäller att tillgodose människors grundbehov såsom rätten till arbete och bostad. Indirekt kan de påverka rättstillämpningen rörande avtal.

Det som nu senast sagts försvarar enligt min mening de grundläggande fri- och rättigheternas plats i bakgrunden till rättsliga regleringar och bedömningar av människors samverkan i avtalsförhållanden.

Hur starkt man än betonar människans fri- och rättigheter bör man ha klart för sig att de ibland måste *begränsas* dels till förmån för allmänna intressen dels av hänsyn till människor med konkurrerande berättigade anspråk, det krävs då jämkningar och intresseavvägningar både i lagstiftning och rättstillämpning.

2.4. Moral

Samhällsordningen tar intryck av moraliska värderingar: uppfattningar om vad som är riktigt eller fel, försvarligt eller inte godtagbart och i överensstämmelse härmed hur människor borde handla, reagera eller förhålla sig i skiftande livssituationer.

Moralen är ett resultat av en lång social och kulturell utveckling, i mycket färgas den av religiösa föreställningar, hos oss präglade av kristendomen och en därmed förenlig i humanism grundad livssyn som bejakar människovärdet och den enskildes integritet.

Moralens "bud" är obestämda, ofta uppfattas och praktiseras de olika beroende på människors gruppstillhörighet, ideologi och individuella målsättningar samt varierande livssituationer i vilka de aktualiseras. Även om moralbudens grundelement består, pågår en ständig utvecklings- och förändringsprocess med ökad värdepluralism ju mera verksamheten i samhället differentieras, kompliceras och rationaliseras. Det kan därför vara svårt att i enskilda fall bestämma etiska värdering-

ars relevans, bortsett från extrema situationer. Väsentligt är att de inte glöms bort eller utan skäl underkänns i mänskliga aktiviteter.

Då etiken betonar människans egenvärde, ofta med tonvikt på den svaga människan, kommer den direkt i kontakt med demokratins värden och ideologin bakom dem. Det är dock knappast möjligt att med moraliska bedömningar, mera eller mindre ogripbara och osäkra, precisera demokratiska värdens innebörd. Men man kan med fullgoda skäl hävda att frihet, jämlikhet och trygghet också är etiskt betingade. Demokratins materiella dimension har sålunda kontaktyta med moraliska föreställningar, djupt rotade hos de flesta i vårt land. I den meningen ingår moralen som ett element i samhällsordningen.

Också grundläggande fri- och rättigheter har en moralisk dimension med relevans även i rättsordningen.

Etiken sträcker sig till nära nog alla slag av mänskliga relationer, också till förhållanden grundade på *avtal*. Vi ser detta bl.a. i utformning och tillämpning av normer och rättsprinciper såsom förbud mot handlande i strid med god sed, prövning enligt skälighet, hävdande av partslojalitet. Med varierande styrka finns avtalsetik med – ofta osynligt – i rättsmaterialets element. Inom avtalsrätten är det visserligen andra faktorer som dominerar normer och tillämpningar – ekonomiska realiteter, behovet av standardiserade lösningar, krav på effektivitet, möjligheter att förutse hur konflikter skall lösas etc. Sådana realiteter får likväl inte undantränga moraliska bedömningar, dessa är särskilt viktiga som motvikt till ensidigt ekonomiskt och rationellt tänkande och handlande.

Etiken i rättsordningen får inte betraktas som ett isolerat område. Det finns starkt samband och fortgående växelverkan mellan moralens bud, demokratins värden och människans fri- och rättigheter samt rättsstatlig ideologi (s. 24). Moralens är *en* av byggstenarna i vår samhällsordning och dess rättssystem.

2.5. **Välfärd**

I nordisk demokrati på dagens utvecklingsnivå finns bland värderingarna ett välfärdstänkande, en *välfärdsideologi*.

Man talar gärna om välfärdssamhälle eller -stat utan att man alltid gör klart för sig eller för andra vad man egentligen menar med termer-

na. Begreppet välfärd är vanligen politiskt färgat med den ensidighet som följer därav. Det ges olika innebörd beroende på av vem och i vilket sammanhang det används. Därför är det vi benämner välfärd obestämt och även mångtydigt. Allmänt kan sägas att däri innefattas rättigheter och förmåner, huvudsakligen av ekonomisk och/eller social art, vilka generellt tillerkänns större eller mindre medborgargrupper eller ges människor som prövats ha behov av stöd. Att skapa och upprätthålla sådan välfärd är socialpolitikens uppgift. I vilken omfattning denna uppgift kan fullgöras är beroende av resurser som ekonomiska aktiviteter i samhället kan frambringa. I ett sådant välfärdstänkande är det fråga om relationen medborgare-samhälle.

Det har gjorts försök – i och för sig framgångsrika – att på begreppet välfärdsstat och dess ideologi bygga upp en "social avtalsrätt" eller att med ledning av välfärdstänkandet förklara väsentliga element i avtalsrätten.

Enligt mitt sätt att se har välfärdsideologi nära anknytning till och överensstämmer i mycket med det demokratiska värdet trygghet. Strävanden att förverkliga välfärd korresponderar även med grundläggande fri- och rättigheter. Väsentliga syften för välfärdsaktivitet är dels att tillgodose människors *grundbehov*, t.ex. rätt till arbete och bostad, dels att stöda och skydda den *svaga människan*, t.ex. genom att bevilja bidrag eller ekonomiska lättnader. Också en jämlikhetstanke har plats när välfärd utformas.

En sådan inställning betyder att välfärdsideologin inte begränsas till relationen samhälle-individ. Men till följd av sin obestämdhet samt påverkan av ofta motstridiga och föränderliga impulser utifrån är välfärdsideologin knappast ägnad att särskilt för sig styra och argumentera ställningstaganden beträffande t.ex. avtal. Det är visserligen riktigt att omständigheter som kan kopplas till ett välfärdstänkande, beaktas i avtalsrättsliga bedömningar. Tveksamt är däremot om man skall söka utgångspunkter och motiv i välfärdsstatens begrepp och ideologi.

Den naturliga bakgrunden finns i stället, enligt min tanke, i demokratins trygghetskrav – en viktig beståndsdel i det expansiva välfärds-samhällets mönster. Som en kompletterande faktor kan välfärdstänkandet ha betydelse för rättspolitiska bedömningar i lagstiftningen. Viktigast är måhända att man med avseende på avtalsförhållanden fäster avseende vid *sociala* faktorer (s. 73), i enlighet med demokratins inställning till den enskilda människan och hennes behov av skydd.

2.6. Rättsstat

2.6.1. *Demokrati – rättsstat*

Det demokratiska systemet kan inte utformas och förverkligas som en fungerande ordning utan stöd av bindande normer. Verklig demokrati utan en omfattande *rättsordning* är en omöjlighet. Detta är ytterst en konsekvens av att statsmakten utgår från folket som inte – annat än i undantagsfall (folkomröstning) – kan vara en beslutande maktfaktor. För den demokratiska ordningen är det väsensfrämmande att samhällsverksamheten och dess förutsättningar skulle bestämmas av en maktfullkomlig styrande elit.

Normbundenheten är inbyggd i demokratins system, den förekommer på alla nivåer och inom samhällsverksamhetens alla sektorer. Detta gäller både demokratin som styrelseform och demokratins värden. Frihet, jämlikhet och trygghet äger visserligen giltighet utan att uttryckligen vara lagfästa. Men det behövs normer som närmare utvecklar och specificerar demokratins värden samt garanterar att de upprätthålls, också begränsningar måste ha stöd i rättsnormer.

Det sagda kunde kort uttryckas: en förverkligad demokrati måste vara en rättsstat, demokrati är också ett *rättsligt system*.

Vad menar man med termen *rättsstat*, vad inlägger man i det som kunde kallas rättsstatsideologi?

Den primära delfrågan är: *vem skapar* bindande regler, rättsnormer?

Normeringskompetensen finns i princip hos riksdagen såsom företrädare för folket som är bärare av statsmakten, däri ingår lagstiftningsmakt. Jämsides härmed gäller för privata förhållanden – i enlighet med demokratins frihet – att normer kan ges av dem som berörs därav, likväl med makt för lagstiftaren att bestämma vissa ramar och begränsningar. Hur långt reglering genom lag i det avseendet skall och kan utsträckas beror på samhälls- och rättspolitiska målsättningar som lagstiftaren anser sig böra eller kunna förverkliga eller främja. Som en allmän riktlinje gäller människors demokratiska frihet att själva bestämma sina inbördes relationer med begränsningar som betingas av kraven på jämlikhet och trygghet (rättsskydd).

Den komplicerade och expanderande verksamheten i samhället utesluter möjligheten att uttömmande normera den konkreta verkligheten. Normluckorna är stora och elastiska lagnormer (s. 60) har tillgri-

pits i allt större utsträckning. I fullständiga eller partiella *normluckor* är det av samhällets styrande organ och människors opinionsyttringar oberoende domstolar som med bindande verkan träffar avgöranden enligt principer och bedömningsgrunder med rättslig relevans, också detta är ett led i rättsstatssystemet.

2.6.2. *Legalitet*

Vill man generalisera grundtankarna bakom och syftet med rättsstaten kunde det ske med användande av begreppet *legalitet*. Dess bärande element kan, starkt komprimerat, uttryckas i begreppen rättssäkerhet och rättsskydd.

Rättssäkerhet

Rättssäkerhet uppstår och upprätthålls genom normer som anger hur myndigheter, organisationer och enskilda människor skall förhålla sig i lägen som uppkommer inom deras verksamhetssfärer. Det är fråga om verklighetsinriktade handlingsmönster. Rättssäkerheten förutsätter och kräver att normerna är bindande för alla som berörs av dem, både för dem som har skyldigheter och dem som åtnjuter rättigheter. Detta kan uttryckas med termerna lagbundenhet och laglydnad i vidsträckt mening – förpliktelse att följa och underordna sig rättsnormernas direktiv och rättstillämpningens avgöranden. Ju klarare och mera informativa rättsnormer är och ju starkare de knyts till den verklighet som de reglerar, desto större är deras genomslagskraft och därmed rättssäkerheten.

Ett väsentligt moment i rättssäkerheten utgör *förutsebarhet*: på basen av en norm kan man i förväg få kännedom om och sålunda kalkylera med följderna av ett handlande eller en underlåtenhet samt beräkna hur avgöranden i konfliktsituationer kommer att utfalla.

Rättsskydd

Med *rättsskydd* avses det skydd som enskilda människor, grupper och organisationer kan få genom rättsnormer och rättstillämpning. Det är, allmänt uttryckt, fråga om förverkligande genom rättsordningen av demokratins trygghetsvärde.

I det följande är det endast fråga om rättsskydd i privata förhållanden.

I överensstämmelse med det som sagts om demokratins trygghet (s. 17) har rättsskyddet en dubbel dimension.

Dels gäller det ett förebyggande, *preventivt* rättsskydd: normer ger människor handlingsmönster som informerar dem om hur de skall eller kan agera för att skydda sina rättigheter och intressen. Rätten drar gränser: hit men inte längre.

Dels är rättsskyddet återställande, *repressivt*: människor ges möjlighet att få upprättelse och gottgörelse om de kränkts eller åsidosatts i sina rättigheter eller intressen. Skyddet ges genom olika slag av sanktioner. För detta ändamål erbjuds rättsskyddsmekanismer som står till förfogande för envar som anser sig kränkt eller åsidosatt. Den starkaste garantin för repressivt rättsskydd finns i oberoende domstolar.

Ett tillräckligt och väl fungerande rättsskydd inom såväl den offentliga som den privata sektorn utgör ett nödvändigt inslag i en rättsstat. En ledande tanke är att människor, så långt det är möjligt, bör ges rättens skydd när de har ett faktiskt och godtagbart behov därav (s. 79).

Relationen rättssäkerhet – rättsskydd

Rättssäkerhet och rättsskydd har *gemensamma målsättningar*. Ordning och säkerhet inom samhällslivets alla områden i stöd av rättsnormer är inte bara allmänt verksamhetsfrämjande, de skyddar också människor i deras aktiviteter, den enskilde vet hur han skall förhålla sig och han kan i stöd av normer påkalla sanktioner när hans intressen åsidosatts.

Det förekommer också *motsättningar* mellan säkerhet och skydd. Schematisk normering som eftersträvar ordning och stadga, prioriterar säkerheten vilket i tillämpningen kan leda till att rättsskyddet skjuts åt sidan. Och fasta normer är inte sällan ensidigt utformade utan att tillräckligt beakta skyddskravet. Å andra sidan kan ett långt reglerat individuellt skydd försvaga säkerheten. Motsättningar och spänningar av dessa och andra slag förutsätter att man i rättstillämpning mot varandra väger å ena sidan kraven på rättssäkerhet, å andra sidan den enskildes konkreta behov av rättsskydd.

Förhållandet och samspelet mellan säkerhet och skydd utgör framträdande drag i avtalsrätten.

2.6.3. *Rättvisa, rättsmedvetande*

I den rättsstatliga ideologin ingår tankar om *rättvisa*. Det som folk benämner rättvisa innefattar både objektiva och subjektiva värderingar. Uppfattningar om vad som är rättvist eller orättvist betingas av sociala och ekonomiska förhållanden i vilka människor lever och verkar samt av den enskildes inställning till bl.a. moral, religion och politik. I konkreta avgöranden kan uppfattningar om vad som är rättvist vara starkt känsloladdade. Rättvisans innebörd förändras i takt med det nya som utvecklingen för med sig och med förskjutningar i människors behov och intressen och möjligheter att tillgodose dem.

Centrala element i ett allmänt rättvisebegrepp är kravet på likhet innefattande jämlik behandling under likartade förhållanden – *formell* rättvisa – samt skälighet och strävanden att undvika godtycke och otilbörliga lösningar – *materiell* rättvisa. Till detta kommer att en del bedömningsfaktorer (s. 69) kan ses som uttryck för rättvisa och samtidigt för moraliska värderingar – främst överensstämmelse med god sed samt tro och heder. Sådana beståndsdelar i begreppet rättvisa, med förankring i demokratins värden, har betydelse i rättsliga överväganden, men de kan användas där utan att man försöker härleda dem ur ett diffust rättvisebegrepp.

Den obestämdhet och de meningsolikheter som vidlåder begreppet rättvisa, gör det svårt att foga in ett *allmänt* rättvisekrav i specificerade lagnormer eller att använda rättvisestandarden som konkret argument i rättstillämpningen, t.ex. i avtalskonflikter. *Enskilda* "rättviseelement", t.ex. skälighet, lämpar sig däremot väl som öppet redovisade motiv och argument. Man bör dock inte förneka eller förbise att allmänna rättvisesynpunkter kan påverka normering och rättstillämpning som gäller människorelationer – inte sällan finns de med i bedömningsutlåtningar utan att synas i motiveringarna. I bakgrunden finns den i konventioner om grundläggande fri- och rättigheter grundade princip som i landets konstitution (RF 1 §) formulerats som ett allmänt syfte att främja "rättvisa i samhället" – en princip som, hur obestämd den än är, bör beredas plats i rättsliga relationer och avgöranden med den styrka de skilda beståndsdelarna i rättvisebegreppet har.

Obestämdhet kännetecknar också begreppet *rättsmedvetande*. Detta kommer närmast till uttryck i en mera eller mindre intuitiv reaktion

mot normer eller avgöranden vilka människor uppfattar som felaktiga eller orättvisa, t.ex. lagnormer som starkt favoriserar eller tvärtom undertrycker en part eller en grupp.

Hänvisningar till människors rättsmedvetande förekommer huvudsakligen beträffande relationer och motsättningar mellan samhälle och individ. Undantagsvis kan en i rättsmedvetande förankrad reaktion göra sig gällande i privata rättsförhållanden, t.ex. i fråga om långt gående begränsningar av avtalsfriheten. Normer som åsidosätter människors rättsmedvetande har en försvagad genomslagskraft. Konkreta avgöranden, som uppenbart strider mot människors rättsmedvetande, kan åtminstone av dem som berörs därav betraktas som felaktiga.

Demokratins värden, grundläggande fri- och rättigheter, moral, välfärdsideologi samt rättsstaten med dess legalitet och anknytning till rättvisa och rättsmedvetande – grundfaktorer vilkas huvuddrag tecknats i det föregående – ingår på olika sätt och med varierande styrka i vårt lands samhällsordning med grund i nordisk demokrati. Beståndsdelar och värderingar i denna samhällsordning har på olika sätt betydelse inom *alla* områden av mänsklig verksamhet.

Också avtalsrätten bör ses i det perspektivet.

2.7. **Marknadsekonomi**

Allmänt

Den omfattande och starkt förgrenade ekonomiska verksamheten är organisatoriskt och funktionellt bunden vid det ekonomiska system – den ekonomiska ordning – som råder i landet med den praktiska utformning det fått där. Då samhällslivet i mycket grundar sig på och är beroende av ekonomiska realiteter är det naturligt att olika sektorer i samhället tar intryck av det ekonomiska systemets målsättningar och faktiska uppbyggnad. Å andra sidan påverkas det ekonomiska livet av samhällsordningen, dess principer och värderingar. Det förekommer en fortgående *växelverkan* mellan samhällsordning och ekonomiskt system.

I Finland gäller *marknadsekonomi*: ett system med utbyte av varor

och tjänster på basen av en prisbildning i vilken tillgång och efterfrågan samt fri konkurrens utgör grundläggande faktorer. Verksamheten styrs och behärskas i mycket av de s.k. marknadskrafterna: en kollektiv beteckning på materiella, organisatoriska och personliga resurser som dominerar olika delar av det ekonomiska livet inom systemets ramar. Marknadsekonomi utesluter inte en moderat samhällelig styrning av ekonomisk verksamhet. Det förekommer ett samspel – inte utan friktioner – mellan ekonomisk politik och marknadsekonomska målsättningar.

Avtalsrätten i marknadsekonomi

Då avtal utgör nödvändiga instrument i marknadsekonomi kommer avtalsrätten att befinna sig i det centrala blickfältet. Det är viktigt att avtalsrättens normer utformas och att rättstillämpningen sker så, att de dels främjar marknadsekonoms målsättningar, dels hindrar eller begränsar menliga verkningar av marknadskrafternas ibland ensidiga strävanden.

Det är inte motiverat att nu belysa marknadsekonoms teoretiska och praktiska problem. Jag nöjer mig med – för att hålla mig till avtalsrättens bakgrund – att framhålla två *grundfaktorer*: dels frihet i företagsverksamhet, dels normbundenhet uttryckt i kravet på rättssäkerhet. Här överensstämmer marknadsekonomi med riktlinjer i demokrati. En väl utvecklad marknadsekonomi är knappast möjlig annat än i ett demokratiskt samhälle, vars tysta erkännande och gillande systemet har.

Marknadsekonoms *frihet* innefattar i första hand näringsfrihet – denna är numera inskriven i grundlag bland människans rättigheter – samt frihet att ingå avtal och bestämma avtalens innehåll, avtalsfrihet (s. 36). Också andra delfriheter är väsentliga: organisations- och konkurrensfrihet, frihet i marknadsföring, fri förfoganderätt över egendom etc. Marknadsekonoms behov av *säkerhet* i ekonomiska relationer ("omsättningsens säkerhet") återspeglas för avtalsrättens del i avtalsbundenhet (s. 39).

Förverkligandet av vinstsyftet i företagsverksamhet förutsätter inriktning på effektivitet och rationalitet, ofta framtvingad av hård konkurrens. Detta undantränger lätt det i demokrati inbyggda kravet på *skydd* för den enskilda människan. När skyddsproblematiken ges en

framträdande plats i avtalsrätten, har lösningarna inte sin bakgrund i marknadsekonomin utan i demokratins trygghetsvärde.

Frihet, säkerhet och skydd, med motsättningar som de ger upphov åt, betecknar handlingslinjer i en förverkligad – reell – marknadsekonomi. De måste där anpassas till varandra. Detta betingar omfattande regleringar, främst från lagstiftarens sida.

I det följande skall jag nämna *några* omständigheter som ingår i marknadsekonomin såsom den förverkligats hos oss. Jag ser dem som *bakgrundsfaktorer* vilka kan påverka avtalsrättslig normering och tillämpning.

- a) En för samhället angelägen uppgift är att sörja för att det i tillräcklig omfattning finns väl grundade normer för olika slag av ekonomisk verksamhet. Normernas *handlingsmönster* ger vägledning åt företag och enskilda, de skapar ordning och stadga i verksamheten samt tjänar som direktiv för avgöranden i konfliktsituationer. För att inte begränsa marknadsekonomin frihet görs lagnormer i stor utsträckning dispositiva. Då avvikelser ofta inte sker avtalsvägen, kommer normerna att gälla.
- b) I överensstämmelse med kravet på rättsäkerhet är det motiverat att genom lagstiftning forma *organisationstyper* som effektivt kan tjäna som subjekt för ekonomisk verksamhet – aktiebolag och andra bodelsformer, andelslag etc. Den enhetlighet som "prototyperna" leder till är nödvändig i det ekonomiska livet. Detta "typtvång" är även ägnat att skydda delägare, kreditgivare etc. mot risker i företagsverksamhet. Normer med sådana syften måste i mycket vara tvingande. Regleringen får inte vara så omfattande och detaljerad att den hindrar eller för mycket begränsar det enskilda företags möjligheter att enligt sina behov och målsättningar organisera och leda sin verksamhet.
- c) Det är nödvändigt att samhället bevakar *allmänna intressen* som kan hotas eller åsidosättas i ekonomisk verksamhet. Marknadsekonomin friheter måste kunna begränsas när starka allmänna skäl motiverar ingrepp. Främst är det fråga om att tillgodose intressen av större betydelse för samhällsekonomin eller för vidsträckta medborgarkretsar som utnyttjar företags tjänster – kreditgivning, försäkring etc. – för sådana verksamheter kan krävas statlig koncessi-

on. Hit hör också socialpolitiska målsättningar som förverkligas t.ex. genom normering av rättigheter och skyldigheter i arbetsförhållanden. På senare tid har miljöhänsyn blivit allt viktigare. Också kontroll från samhällets sida är motiverad beträffande en del verksamhetssektorer – bank och försäkring, värdepappershandel etc. Ytterligare kan nämnas normer som främjar fri konkurrens genom förbud mot vissa konkurrensbegränsande avtal.

- d) Marknadens krafter är starka. De kan inte tillåtas verka fritt i alla avseenden. *Enskilda intressen* kan komma i kläm, i en hård marknadsekonomi behöver den enskilda människan ett skydd. I ett utvecklat produktions- och konsumtionssamhälle – sådant som vårt – är det nödvändigt att med olika medel balansera upp en bristande jämvikt mellan starka företag och enskilda människor som är hänvisade till dem och därvid befinner sig i underläge; konsument-skyddslagstiftningen är ett typiskt exempel. Det är – allmänt sagt – fråga om att modifiera marknadsekonomin principiella frihet, att till en del luckra upp säkerheten samt att generellt ställa strängare krav på dem som utövar ekonomisk verksamhet än på enskilda människor som inte är yrkesmässigt involverade i sådan aktivitet (s. 70). I allt detta är det ytterst fråga om att tillgodose trygghet med grund i demokratin.

Mycket av det som framhållits i punkterna ovan återger målsättningen att i marknadsekonomin befordra och stärka säkerhet och stadga. Jämsides har understrukits syftet att genomföra restriktioner när allmänna intressen eller enskilda människors skyddsbehov så kräver. När det gäller den för marknadsekonomin centrala friheten, bör ytterligare framhävas att den presumeras gälla ifall inte begränsningar införts genom samhällelig reglering eller andra godtagbara skäl härför kan åberopas.

2.8. Demokrati – marknadsekonomi

Den nordiska demokratin med dess värden samt, å andra sidan, marknadsekonomin med de starka krafter som gör sig gällande i dess tillämpning, har i många stycken beröringspunkter och kontaktytor – såsom av det föregående framgått. Detta är i första hand en konsekvens

av det jag benämnt demokratins följdverkningar (s. 19) som sträcker sig till alla sektorer av samhällets liv.

Den starkaste länken i sambandet utgör *friheten*. Den har visserligen olika inriktning i demokratin och i marknadsekonomin – men detta behöver inte innebära motsättningar. Friheten får sin konkreta innebörd först när den kommer till uttryck i olika delfriheter som bestäms av den verksamhet i vilken dessa aktualiseras – t.ex. tryck- och religionsfrihet i jämförelse med närings- och avtalsfrihet. Men grunden är den samma: friheten som ett generellt element i mänsklig samlevnad.

Sambandet mellan politiskt och ekonomiskt system framträder på ett helt annat sätt än i relationen demokrati-marknadsekonomi när man ställs inför en autoritär regim där den centrala styrningen med dess kontrollmekanismer även omfattar det ekonomiska livet.

Samtidigt som man betonar sambandet mellan demokratins värden och element i marknadsekonomin måste man ha blick för att det förekommer *spänningar* mellan dem särskilt när det blir fråga om jämlikhets- och trygghetskrav. Dessa, med fotfäste i demokratisk ordning, kan i olika avseenden begränsa marknadsekonomin spelrum, såsom ovan antytts.

Man bör likväl inte överbetona motsatser utan hellre se *samspelet* mellan politiskt och ekonomiskt system och försöka skapa en jämvikt som – utan teoretisk renodling av systemen – på bästa möjliga sätt tillgodoser både samhällets och den enskilda människans vitala intressen. Varken demokrati eller marknadsekonomi utgör självändamål, deras värde bestäms av hur de bäst tillgodoser samhällets och människors intressen och reglerar motsättningar mellan dem.

I det perspektivet har jag funnit avtalsrättens allmänna bakgrund.

2.9. **Bakgrundsfaktorernas betydelse för avtalsrätten**

Vilken reell *betydelse* har bakgrundsfaktorerna för avtalsrätten, dess normer och tillämpningar?

Svar på den frågan vill jag försöka ge i de olika avsnitten av den följande redogörande sammanfattningen av avtalsrätten.

Inledningsvis framhåller jag några *allmänna synpunkter*:

- det är inte möjligt att ur bakgrundsfaktorer direkt härleda slutsatser beträffande innehållet i avtalsrättsliga överväganden,

- samhällsordningen och det ekonomiska systemet skapar hos människor attityder som medvetet eller omedvetet påverkar bedömningar och handlande i mänskliga relationer, också i avtalsförhållanden,
- en genomgående målsättning är att avtalsrättsliga normer och konkreta avgöranden passas in i och inte står i strid med väsentliga element i demokrati och marknadsekonomi,
- bakgrundsfaktorer kan, med varierande styrka, ge vägledning när avtalsrättsliga principer och bedömningsgrunder utformas.

3. Allmänna avtalsprinciper

3.1. Begrepp

När man ställs inför frågan om bakgrundsfaktorernas betydelse måste man först beakta att avtalsrätten i sin vida omfattning är ett heterogent rättsområde. Både i normgivning och rättstillämpning är det nödvändigt att så långt som möjligt tillgodose behov och målsättningar som förekommer inom olika delområden – köp, kredit- och transport-avtal etc. I det avseendet pågår en utveckling som innebär en ökande *differentiering* genom lagar om särskilda typer av avtal samt en växande användning av standardavtal för tidigare erkända och för nya avtalstyper.

Jämsides med differentieringen accentueras behovet att framhäva och stärka drag som kännetecknar avtal i allmänhet och som ger uttryck åt *generella* och väsentliga rättspolitiska argument och syften; detta underlättar både normgivning och rättstillämpning. *Utgångspunkterna* för enhetliga avtalsrättsliga resonemang och linjedragningar finns enligt min mening i bakgrundsfaktorerna och i den verklighet som präglas av dem.

Med denna uppfattning som bas har jag format tre ledande grundsatser som jag benämnt *allmänna avtalsprinciper*:

- avtalsfrihet,
- avtalsbundenhet eller principen om avtals bindande kraft,
- 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 systemet inte.

Att framhäva detta betyder inte att man direkt skulle härleda avtalsprinciperna ur bakgrundsfaktorerna. Det är närmast fråga om att ge dem ett innehåll som är förenligt med samhällsordningen och det ekonomiska systemet, beståndsdelar i dessa förs över till ett annat plan, till avtalsförhållanden.

En allmän avtalsprincip är sålunda 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 principer eller bindande normer. De betecknar *riktlinjer* för lagstiftning och rättstillämpning, linjer som kan eller bör brytas om sakligt grundade skäl föreligger. Avtalsprinciperna skär igenom hela avtalsrätten.

När det gäller att närmare bestämma innehållet i de allmänna avtalsprinciperna samt deras tillämpning bör man beakta vilka *intressen* som gör sig gällande i avtalsförhållanden och hur olika intressen kan samordnas och vägas mot varandra. Det är inte fråga bara om avtals värde och betydelse för parterna utan även om avtals eventuella inverkan på personer utanför avtalsförhållanden (tredje man) samt samhällets intressen med avseende på verksamheter i vilka avtal ingår.

Avtalsprincipernas betydelse är *dubbel*:

Dels bildar avtalsprinciperna den *bas* på vilken avtalsrättens *normsystem* byggs upp. De anger inte hur normerna skall se ut i detalj. Normernas byggstenar måste sökas på annat håll, i syften och målsättningar som motiverar detaljbestämmelserna. När principerna finns med i grunden för normeringen kommer de likväl att påverka innehållet i detaljföreskrifterna.

Dels aktualiseras avtalsprinciperna i *rättstillämpningen*, särskilt när avtalskonflikter skall lösas. Tydligast framträder detta i tillämpning av elastiska normer, t.ex. jämningsregler, och i överväganden i öppna (normlösa) fall.

De avtalsprinciper som här förts fram kunde möjligen kallas rättsprinciper. De är likväl – uppfattade som riktlinjer – till sitt innehåll så allmänna och delvis så obestämda att det är svårt att tillerkänna dem lika stark bindande verkan som egentliga normer. Termen rättsprincip har jag därför reserverat för grundsatser med mindre spännvidd och större

konkretisering och sålunda även med starkare normativ verkan, t.ex. skälighetsprincipen (s. 65).

3.2. Avtalsfrihet

Avtalsfrihet är dels ett uttryck för individens frihet enligt demokratis mönster, dels ett nödvändigt element i en fungerande marknadsekonomi. För sin existens behöver den knappast någon ytterligare argumentering. Det är inte heller motiverat att direkt lagfästa avtalsfriheten, den finns immanent i dispositiva lagnormer.

Uppmärksamheten riktas på avtalsfrihetens innebörd och räckvidd. Avtalsfriheten har ett *tredelet innehåll*:

- däri innefattas en *möjlighet* (frihet) för människor att ingå avtal om de så önskar eller låta bli att göra det, häri ingår även frihet att ändra eller upphäva ingångna avtal; 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,
- människor har möjlighet att *välja* med vem och på vilket sätt de ingår avtal,
- parterna kan själva bestämma avtalets *innehåll*, reglera både huvudlinjer och detaljer i den samverkan som varje avtal utgör.

Avtalsfriheten kan inte vara fullständig. *Begränsande faktorer* förekommer i stor utsträckning. I dem framträder avtalsfrihetens egentliga problem.

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

Olika skäl motiverar att avtalsfriheten begränsas. Problemet är omfattande, motiven för ingrepp varierar starkt. Endast *några synpunkter* nämns i det följande:

- a) Många begränsningar har sin grund i *samhällspolitiska* målsättningar. Det är inte enbart fråga om att tillgodose den organiserade statens utan i stor utsträckning även medborgarnas eller medborgargrupperns intressen.

Till statens uppgifter hör att främja verksamhet inom den privata sektorn samt att bevaka och skydda intressen som där kan kom-

ma att hotas eller åsidosättas. Här kommer samhällets (lagstiftarens) reglering av avtalsfriheten in i blickfältet.

En naturlig uppgift för staten är att befordra *ordning och säkerhet* i ekonomisk verksamhet. Det behövs stadga inom det ekonomiska livet. Det ligger i samhällets intresse att avtalsförhållanden är rationellt och fast reglerade och att frekvensen av avtalskonflikter minimeras. I det syftet förekommer tvingande ordningsföreskrifter som inskränker avtalsfriheten, t.ex. beträffande överlåtelse av fast egendom.

Samhället kan ha ett behov att i eget intresse reglera ekonomisk verksamhet. Den komplicerade *ekonomiska politiken* avser bl.a. att stävja inflation eller att skapa en tillfredsställande betalningsbalans med utlandet. Detta kan motivera ingrepp i avtalsförhållanden, t.ex. förbud mot indexklausuler eller införande av valutareglering.

Socialpolitiken ställer krav på avtalsparter, främst på dem som utövar företagsverksamhet. Det är t.ex. nödvändigt att till arbetsavtal koppla förmåner utöver de överenskomna – pensioner, sjukersättningar, försäkringar. Och i syfte att tillgodose människors grundtrygghet griper samhället in genom begränsande regleringar, t.ex. beträffande avtal om hyresbostad. Sociala skäl, främst skyddet för svagare parter, kan motivera legala begränsningar av friheten att ändra eller upphäva gällande avtal, starkast framträder detta med avseende på arbetsavtal.

Miljövården, tryggheten av en möjligast ren och oförstörd miljö, kan i allmänt intresse föranleda begränsningar av människors frihet att gestalta sina avtalsförhållanden.

- b) Avtalsparter är ofta i behov av skydd mot varandra – *partsskydd* – särskilt när avtalsbrott eller andra störningar inträtt. I viss utsträckning begränsas avtalsfriheten genom tvingande normer rörande sanktioner, t.ex. i fråga om förutsättningar för hävning av arbetsavtal. Partsskyddet med bakgrund i demokratins trygghet berörs senare (s. 40).
- c) Undantagsvis existerar en skyldighet att ingå avtal – *kontraheringsplikt*.

Huvudsakligen är det fråga om att genom försäkringsavtal skapa täckning för skada som kan uppkomma i vissa slag av verksamhet. Syftet är att ge ett dubbelt skydd, dels för den avtalspart (försäkringstagare) som kunde bli ansvarig, dels för tredje man (den till

vars förmån försäkringen gäller). Beträffande personskadorna finns sociala argument med i motiveringarna för skyddet.

Företag som bedriver verksamhet i stöd av koncession kan i visa avseenden anses skyldiga att ingå avtal enligt generella bestämmelser som gäller inom verksamheten, t.ex. persontransport. Monopolföretag och företag som offentligen erbjuder sina tjänster på angivna villkor har kanske inte en egentlig skyldighet att ingå avtal men god sed bjuder att potentiella avtalsparter inte godtyckligt avvisas.

d) Avtalsfriheten kan *begränsas genom avtal*.

Det förekommer situationer i vilka det är motiverat att parterna i förhållande till varandra begränsar möjligheterna att ingå avtal med tredje man eller att använda avtalsvillkor av visst slag. Som exempel kan nämnas konkurrensavtal samt konsortialavtal eller liknande samarbetsavtal mellan aktieägare rörande utövande av rösträtt eller överlåtelse av aktier till utomstående.

I princip är sådana restriktioner tillåtna. De kan likväl inskränka parts verksamhetsmöjligheter eller personliga frihet så starkt att avtalet inte är bindande, inte alls eller inte i avtalad omfattning.

e) *Faktiska begränsningar* av avtalsfriheten uppstår som följer av rationalisering och standardisering i ekonomisk verksamhet. Detta framträder i den ökande användningen av standardvillkor som i praktiken inte tillåter avvikelser i det individuella avtalet – avtal om turistresor etc. Typavtalen har en så dominerande position att de starkt begränsar människors frihet att påverka avtalsinnehållet. Den enskilde har att finna sig i standardvillkoren eller låta bli att ingå avtal.

Om en part, med andra skäl och argument än de som här nämnts, yrkar på att helt eller till någon del lösgöras från ett avtal med åberopande av att avtalsfriheten varit begränsad gäller det in casu att avgöra huruvida starka skyddsbehov eller vägande skäl av annat slag motiverar anspråket. Det är inte möjligt att uttömmande förteckna faktorer som kan tänkas begränsa avtalsfriheten. I konkreta bedömningar utgår man likväl från presumtionen att avtalsfrihet gäller.

3.3. Avtalsbundenhet

Avtalsbundenhet – "pacta sunt servanda", avtal skall hållas – är en i partsförhållanden genomgående princip med innebörd att parterna skall iaktta de *handlingsnormer* som gäller för avtal i vilka de samverkar. Skyldigheter skall fullgöras, rättigheter förverkligas.

Bundenheten gäller avtalet i dess helhet: alla normer som reglerar ett avtalsförhållande oberoende av normernas art – lag, avtalsklausuler, sedvänjor etc. – därtill kommer beroendet av rättsprinciper och bedömningsfaktorer som är vägledande i rättstillämpningen.

Avtalsbundenhet i vidsträckt mening omfattar även parternas skyldighet att finna sig i påföljder som kan inträda vid avtalsbrott och andra störningar. Bundenheten sträcker sig sålunda till avtalens *påföljdsnormer* och faktorer som ansluter sig till deras tillämpning.

Avtalet som instrument i ekonomiska förhållanden förutsätter att parter ömsesidigt kan lita på att ingångna avtal håller, avtalsbundenheten är ett nödvändigt element i parternas samverkan och den möjliggör hållbara ekonomiska kalkyler. Här möter vi både samhällsordningens i legaliteten inbyggda krav på rättssäkerhet och marknadsekonomins behov av stadga och ordning i ekonomiska relationer. Dessa argument är tillfyllest, avtalsbundenhetens princip behöver inte uttryckligen lagfästas.

Avtalsbundenhet *inträder* när avtal blivit definitiva, genom vilka mekanismer avtal uppkommit är irrelevant. Bundenheten gäller i princip till dess avtalet fullgjorts till alla delar.

Principen om avtalsbundenhet är inte absolut.

Parterna kan själva *moderera* sin bundenhet, t.ex. genom options- och föravtal eller klausuler om annullering. Avtalsfriheten har företräde.

Bundenheten kan vara *obestämd* i den meningen att avtalsvillkor eller lag ger part vissa valmöjligheter eller prövningsrätt inom angivna gränser när avtalet skall fullgöras. Därtill kommer att bundenheten i efterhand kan modifieras – utom genom överenskommelse mellan parterna – i stöd av någon rättsprincip, främst skälighetsprincipen (s. 65), eller på grund av ändrade förhållanden (s. 50).

Centrala och omfattande problem är: genom vilka mekanismer *uppkommer* avtalsbundenhet (formell bundenhet), vilket *inhåll* har bun-

denhet (materiell bundenhet) och vilka omständigheter kan leda till att bundenheten *upplöses* (se kap. 4).

Också viljeförklaringar – *anbud* och *svar* – som ingår i en ordinär avtalsmekanism är var för sig bindande (löften), ifall inte annat bestämts.

När ett avtal brutits inträder en ändrad situation med avseende på parternas bundenhet. Jag har benämnt den *fortsatt avtalsbundenhet*. Det avtalsrättsliga påföljdssystemet med dess komplicerade frågeställningar baserar sig på grundsatsen fortsatt avtalsbundenhet (s. 88).

3.4. Skyddsprincip

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

Skyddsprincipen återgår direkt på tryggheten som ett demokratiskt värde. Den utgör en nödvändig beståndsdel i ett demokratiskt skyddsnät. Därtill kommer den rättsstatliga legaliteten med dess syfte att effektivt skydda individer, organisationer och grupper samt välfärdstänkandets inriktning på människans grundbehov och på skydd för den svaga människan.

I avtalsförhållanden hotas parter ofta av ensidiga och hårda marknadskrafter. I det avseendet har avtalsrättens skyddsprincip både en återhållande och en återställande funktion.

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. Skyddet förverkligas genom rättslig normering och genom rättstillämpning innefattande jämväl avgöranden i lägen då tillämpliga normer saknas.

Skyddsprincipen kan inte exakt bestämmas med avseende på innehåll och räckvidd. Huvudsakligen framträder den som en allmän och central *riktlinje* i olikartade ställningstaganden i avtalsfrågor. Obestämtheten understryker principens allmängiltighet. Konkretiseringen sker dels med avseende på typfall – t.ex. till förmån för underlägsna parter – dels i avgöranden enligt omständigheterna in casu.

Det är sålunda inte möjligt att konstruera en skyddsprincip som direkt skulle ge svar på frågan under vilka förutsättningar och med vilka mekanismer rättsskydd skall eller kan ges.

I första hand är det fråga om avtalsparterers skydd i förhållande till varandra – partsskydd. Därtill kommer, i vissa fall, behov av skydd för tredje man vars intressen kan påverkas av det som sker i ett avtalsförhållande, t.ex. kreditgivare, hyresgäster; det kan också vara motiverat att ta sociala hänsyn, t.ex. med avseende på rätten att upplösa arbetsavtal.

Här berörs endast *partsskyddet*

Ett primärt rättspolitiskt syfte är att garantera att det som innefattas i avtal blir förverkligat, att parternas samverkan fullföljs såsom avtalen föreskriver eller förutsätter. Principen om avtals bindande kraft utgör 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 bildar avtalsbundenheten *stommen* i partsskyddet.

Skyddskraven gör sig starkt gällande i *konflikter* mellan parterna – meningsolikheter om tolkning, avtalsbrott etc. Då ställs preciserade skyddskrav mot varandra: det är inte endast fråga om skydd för *en* part, t.ex. den mot vilken ett avtalsbrott riktar sig, också en part som handlat i strid med avtalet kan ha anspråk på skydd, t.ex. mot överdrivna påföljdskrav. Motsatta skyddskrav måste vägas mot varandra.

Skyddsprincipen utövar starkt inflytande på både normgivning och rättstillämpning.

I ett flertal *lagar* ingår bestämmelser vars huvudsyfte är att skydda enskilda parter eller kollektiv (preventivt skydd). Vanligen ger normerna skydd åt svaga, underlägsna eller beroende parter, tydligast framträder detta dels i konsumentskyddslagarna, som är inriktade på att balansera upp den bristande jämvikten mellan företag och deras kunder, dels i lagar som dessutom, genom att skydda vissa kategorier av avtalsparter, har en "social" prägel (lagar rörande arbets- och hyresförhållanden). Skyddet ges genom *tvingande* lagnormer.

Också *dispositiva* lagar tar i stor utsträckning sikte på partsskyddet, t.ex. KöpL. Lagars bestämmelser gäller vanligen i praktiken, emedan parterna i allmänhet inte ordnar skyddet med avvikelse från det lagen föreskriver, åtminstone inte i full utsträckning.

Också många *rättsprinciper* tar ställning till parterers skyddsbehov, t.ex. skälighetsprincipen.

I *rättstillämpningen* är skyddsprincipen en genomgående bedömningsfaktor (repressivt skydd), både i normtillämpning och i avgöranden i öppna fall (s. 84, 91). Starkast framträder skyddsprincipen när parter motsatta intressen kräver en avvägning mot varandra, det är ingalunda alltid så att skydd skulle förvägras den reellt sett starkare parten. Ömsesidiga skyddskrav kan ibland tillgodoses genom modifierande lösningar, t.ex. jämkning av avtalsvillkor.

En allmän reflexion: skyddsprincipen med dess förgreningar löper som en röd tråd genom *hela* avtalsrätten.

3.5. **Avtalsprinciperna – samband, motsättningar**

De tre allmänna avtalsprinciperna återger generella *rättspolitiska* syften. De utgör tillsammans och var för sig sammanfattande beteckningar för strävanden och målsättningar som är och bör vara riktningsgivande när avtalsrättsliga normer skapas, tolkas och tillämpas samt i avgöranden i normlösa situationer. Deras allmänna karaktär betyder att man inte kan lösa konkreta problem med stöd av en avtalsprincip.

Hur olika de tre principerna än är bildar de likväl en helhet.

Avtalsfrihet och *avtalsbundenhet* är till innehållet relativt klara. De problem som dessa principer erbjuder består huvudsakligen i att klarlägga och fastslå under vilka betingelser undantag från dem kan eller bör göras. I de övervägandena är parts krav på skydd ett starkt argument.

Skyddsprincipen skiljer sig från de två andra därigenom att den inte har ett klart fixerat innehåll. Den framhäver blott en till synes abstrakt huvudlinje: part bör ges skydd när han har ett faktiskt behov därav. När och hur skyddet skall ges förklarar principen inte. Reell innebörd och betydelse får skyddsprincipen först när den konkretiseras i normer, i deras tolkning och tillämpning samt i öppna fall.

Trots sin annorlunda struktur har skyddsprincipen nära anknytning till de två andra. Avtalsfriheten ger parterna möjligheter att genom avtal bevaka och skydda sina intressen. Och avtalsbundenheten tjänar rättsskyddet.

Å andra sidan kommer skyddsprincipen ofta i *motsättning* till avtalsfrihet och avtalsbundenhet. De flesta begränsningar av avtalsfriheten har sin ratio i strävanden att skydda parter, tredje mans eller samhäl-

lets intressen. När avtalsbundenheten upplöses eller begränsas, sker det vanligen i syfte att tillgodose parts skyddsbehov. Motsättningarna löses i första hand lagstiftningsvägen. Utanför regleringarna genom lag blir det ofta nödvändigt att in casu företa avvägningar mellan å ena sidan syften som bär upp avtalsfrihet och avtalsbundenhet, å andra sidan parts skyddsintresse konkretiserat i krav på begränsning av avtalsfriheten eller upplösning eller modifiering av avtalsbundenheten.

I *kollisionsfall* har ingen av de tre principerna utan vidare företräde. Det finns ingen prioritet mellan dem. I praktiken är det likväl ofta skyddsprincipens tillämpning som föranleder avsteg från avtalsfrihet eller avtalsbundenhet.

Den omständigheten att det i den praktiska användningen förekommer motsättningar innebär inte att de allmänna avtalsprincipernas betydelse skulle minska. De kan och bör användas jämsides, detta förutsätter likväl att de smidigt anpassas till varandra i konkreta situationer. Inom principerna finns elasticitet som gör dem tillämpliga och ger möjlighet till inbördes jämkning i de mest olika avtalsförhållanden och konfliktsituationer.

I lösandet av *avtalskonflikter* gäller det dels att ta sikte på arten och styrkan i de intressen som kunde bli tillgodosedda eller tvärtom åsidosatta om en princip skjuts åt sidan, dels att mot varandra väga motiv och argument bakom principerna och på den basen avgöra vilken vikt och verkan de har i ett konkret fall. Det är här, liksom i all konfliktlösning, fråga om helhetsbedömningar med den intresseavvägning som innefattas däri.

4. Avtal – begrepp, uppkomst, upphörande

4.1. Begrepp

Det kan förefalla meningslöst att definiera begreppet avtal. Människor vet intuitivt, åtminstone i stora drag, vad avtal är: överenskommelser som ger upphov åt rättigheter och skyldigheter för parterna (kontrahenterna).

För rättsvetenskaplig metodik är det likväl väsentligt att ha en fullständigare och mera instruktiv bild av vad avtal är eller kan vara. Bilden kan också påverka principiella överväganden samt konkreta ställningstaganden i avtalssituationer.

I *avtalsbilden* finns tre framträdande drag:

- 1) I första hand tar man sikte på *formella* omständigheter: har ett avtal uppkommit, om så är fallet, fastslår man att parterna blivit bundna vid det som avtalet föreskriver (avtalsbundenhet s. 39).
- 2) När ett avtal uppkommit – den formella basen finns – ställs man inför den *materiella* sidan: avtalets innehåll. Man har att ta ställning till vilka normer som reglerar avtalsförhållandet och vilka faktorer som utöver normerna är eller kan vara relevanta. Det gäller avtalets substans.
- 3) Slutligen är det fråga om det enskilda avtalets syften och målsättningar, om intressen som skall tillgodoses genom parternas handlande och beteenden enligt avtalets innehåll. Man framhåller avtalets *funktionella* sida, avtalet ställs in i den verksamhet och den verklighet vari avtalet ingår som ett led.

När man gör denna tredelning bör man ha klart för sig att form, innehåll och funktion går in i varandra och att de är inbördes beroende på många sätt – skriftlig form krävs för överlåtelse av fastighet, särskilda förutsättningar gäller för att allmänna avtalsvillkor skall ingå i det individuella avtalet, funktionen är beroende av att ett giltigt avtal uppkommit samt av avtalets innehåll.

När man enligt det som här sagts karakteriserar det som är nödvändigt och centralt i avtalsförhållanden kan man uppfatta avtalet som en form och ett medel för *samverkan* mellan parterna genom vilken de förverkligar det som avtalet förpliktar och berättigar parterna till. Sådan samverkan förekommer i alla skeden av avtalsprocessen: när avtal ingås och fullgörs samt när avtalsstörningar inträder. Tyngdpunkten ligger i fullgörelsen.

Denna *avtalsmodell* – samverkan – anknyter till avtalsförhållandets bakomliggande verklighet.

Avtal bör sålunda inte uppfattas blott som en juridisk konstruktion (rättshandling). Avtalen bör framför allt ses som led i mänskliga aktiviteter med syfte att möjliggöra och främja inter-mänskliga relationer, främst ekonomiskt inriktade. Det betyder att man starkt framhäver den funktionella sidan som i sin tur är beroende av det formella och det materiella elementet.

Det sagda kunde kort *sammanfattas*: avtalet är en rättsligt reglerad samverkan mellan parterna i syfte att nå resultat i överensstämmelse med avtalets innehåll, denna samverkan har en formell grund i ett giltigt avtal, dess innehåll eller materiella sida regleras av rättsliga normer och principer samt påverkas av olikartade bedömningsfaktorer.

När man betonar avtalet som samverkan får man likväl inte förbise att parternas intressen oftast är *motsatta*, åtminstone till vissa delar, trots att de skall tillgodoses genom samarbete. Normalt eftersträvar alla parter resultat som är de bästa möjliga för dem själva, *partsegoism* gör sig gällande.

Partsegoismen framkallar lätt spänningar och motsättningar, ibland svåra konflikter, det måste man räkna med i den ekonomiska verkligheten. Intresse motsättningar hör hemma i avtalsförhållanden. De får likväl inte betonas så starkt, att den centrala målsättningen, en friktionsfri samverkan, fördunklas.

En av avtalsrättens viktigaste uppgifter är att klarlägga hur intresse motsättningar mellan parterna skall eller kan avlägsnas, utjämnas eller mildras. Man kan visserligen utgå från att varje part själv har att bevaka sina intressen och stå för ekonomiskt menliga följder som avtalets fullgörande kan leda till för hans del. Å andra sidan är det viktigt att hindra eller dämpa parter strävanden att ensidigt och hårt tillgödosa egna intressen – härom senare (s. 72).

För att motverka konsekvenser av en utpräglad partsegoism har man anledning att generellt ställa kravet att parterna inte ensidigt får driva sina intressen till förfång för motparter. Parter är inom vissa gränser skyldiga att beakta övriga parters rättigheter och intressen också när detta inte är uttryckligt föreskrivet. Den inställningen har betecknats med termen *lojalitet*. Denna har utvecklats till en allmän rättsprincip i avtalsförhållanden med betydelse främst i avtalskonflikter (s. 65). Partslojaliteten har sin grund i avtalet som samverkan. Förenligt härmed är också att parter i konfliktsituationer måste vara beredda att underkasta sig en intresseavvägning och bära dess följder.

Den innebörd som här givits begreppet avtal är i större eller mindre utsträckning relevant trots de enorma skillnader som förekommer mellan avtal – med avseende på typ, ekonomiskt värde, verkningar för tredje man, parternas styrkepositioner, personligt färgade avtal, varaktiga avtal etc. De miljontals avtal som ingås kan därför inte i allt följa samma mönster. Olikheter med avseende på avtals innehåll, syften, ekonomiska betydelse och mycket annat påverkar rättslig normering och bedömning. Med stöd enbart av kännetecknen i avtalsbegreppet löser man inte konkreta problem. Men begreppet avtal, såsom det här skisserats, har betydelse i en analys av avtalsrätten och det kan ge vägledning när man formar rättsprinciper och använder bedömningsfaktorer i avtalsrättsliga ställningstaganden.

4.2. **Uppkomst**

Avtalsmekanismer

Hur uppkommer avtal?

Förfaranden som konstituerar avtal kan benämnas *avtalsmekanismer*.

När en avtalsmekanism fungerat regelenligt har ett avtal uppstått, parterna har blivit bundna, både formellt och materiellt (s. 44).

Frågan om *innehållet* – allt som har avseende på avtalets förverkligande och parternas roll däri – har anknytning till avtalets uppkomst såtillvida att det, utöver den mekanism som skapar formell bundenhet, kan krävas särskilda anknytningsfakta för att vissa normer skall inkor-

poreras i avtalet, t.ex. allmänna avtalsvilkors införlivande med det individuella avtalet (s. 48). Till detta kommer att uppkomsten av ett avtal binder parterna vid normer utöver de som ingår i avtalet, främst bestämmelser i såväl tvingande som dispositiv lag, oberoende av om parterna varit medvetna om en lagnorms existens eller inte. Ytterligare uppkommer bundenhet vid principer och bedömningsfaktorer som kan komma att tillämpas om avtalsstörningar inträder.

Vilka *avtalsmekanismer* finns och hur fungerar de?

Dels finns det i lag reglerade mekanismer, dels har utvecklingen i det ekonomiska livet och praktiska behov som där uppkommit, framkallat mekanismer utan stöd i lagnormer. Och parterna kan själva – med en del undantag – bestämma hur de ingår avtal. I dagens läge varierar handlingsmönstren mycket.

Enligt den "klassiska" modellen (AvtL 1 kap.) uppkommer avtal genom en sammansatt *rättshandling*: parterna avger uttryckliga viljeförklaringar – anbud och svar – som till innehållet täcker varandra, materiell konsensus. I avtalsbilden koncentreras blicken på parternas vilja såsom den uttryckts i förklaringarna. I andra hand tar man sikte på hur en viljeförklaring, som innefattar ett löfte, uppfattas av mottagaren, vilken tillit den väcker hos denne, man beaktar adressatens goda eller onda tro.

När ett allmänintresse är förknippat med avtal – främst kravet på rättssäkerhet – kräver lagen att särskilda formföreskrifter iakttas, t.ex. vid fastighetsöverlåtelse.

Emedan den klassiska modellen är dispositiv, är fältet fritt för andra avtalsmekanismer. Utvecklingen har skapat nya modeller.

När avtal ingås genom omfattande *förhandlingar*, finner man ingalunda alltid egentliga anbud eller svar under avtalsprocessens fortgång. Genom utredningar, förslag och motförslag, eftergifter och kompromisser går parterna stegvis framåt mot ett definitivt avtal. Eventuellt sker det så att bundenhet uppkommer successivt via föravtal, letter of intent eller annan preliminär överenskommelse eller genom fortsatta förhandlingar på basen av ett ramavtal. Det avtal, som fixeras efter slutförda förhandlingar, kan i fråga om innehåll och tillämpning påverkas av det som förekommit under olika skeden av förhandlingsprocessen. Också sedvänjor och praxis inom företag eller olika företagssektorer

rer kan ha relevans för avtalsmekanismerna.

En annan grupp omfattar avtal vilkas normer huvudsakligen eller till väsentlig del består av allmänna avtalsvillkor – *standardavtal*. Själva avtalsslutet framträder i konsensus beträffande ett individuellt utformat avtal, t.ex. en livförsäkring; de allmänna villkoren följer i släptåg när de fogas till det definitiva individuella avtalet och därigenom införlivas med detta – även när den ”passiva” parten inte tagit del av villkoren.

Undantag måste likväl kunna göras från ett sådant schema. Detta är motiverat främst beträffande villkor som är särskilt betungande eller annars oförmånliga för den passiva parten och därigenom är oförenliga med skälig avtalsbalans och skydd för en underlägsen part. För att ett sådant villkor skall anses inkorporerat i avtalet – ingå i den materiella avtalsbundenheten – kan man kräva ett särskilt *anknytningsfaktum*, t.ex. en uttrycklig och klarläggande information om avtalsvillkorets innebörd och betydelse. Man har här att göra med partslojalitet.

I en tredje grupp kan man inräkna olika slag av ”*tekniska*” avtal: sådana avtal uppkommer med utnyttjande av tekniska rationaliseringar, automation och nydaningar inom ekonomisk verksamhet såsom avancerad kommunikationsteknik, serviceautomater etc. Ofta är det meningslöst att i det som kunde kallas ”teknisk kontrahering” försöka inlägga viljeförklaringar eller tala om rättshandlingar. Avtalen kan ses som resultat av faktiska händelseförlopp som utgör avtalsmekanismer beträffande vilka man inte behöver någon sofistikerad argumentering för existensen av viljeförklaringar eller för abstrakta rättshandlings-teorier.

Om man – såsom här förordats – är beredd att erkänna avtalsmekanismer utanför de ”traditionella”, blir huvudfrågan: vilka eller vilka typer av förfaranden eller fakta kan ge upphov åt avtal och bestämma avtalens innehåll?

Man har att klarlägga vad som kan anses utgöra ”*avtalsgrundande rättsfakta*” – en term som på senare tid vunnit berättigat erkännande. Här innefattas, kort sagt, åtgärder och förfaranden av det slag och den styrka att de skapar relationer som kan uppfattas utgöra rättsligt bindande avtalsförhållanden – också i lag reglerade mekanismer hör hit. Överväganden in casu skall ge svar på om det mellan parterna uppkommit en bundenhet av den art som normalt innefattas i avtalsförhållan-

den eller, uttryckt på ett annat sätt: för de i skeendet involverade personerna skapas en rättslig grund för krav mot varandra, t.ex. på betalning eller transport, man ser till både handlandet och dess följder. Möjligt är också att bundenhet inte uppkommer samtidigt för alla parter. Och det är inte alltid så att avtalet till innehållet är färdigt när avtalsbundenhet inträtt, "normkomplettering" kan eventuellt ske senare, t.o.m. under själva fullgörelseprocessen. Man kunde också formulera läget så, att den materiella bundenheten inte behöver fixeras till en bestämd tidpunkt, den kan variera längs en tidsaxel, vidgas eller eventuellt begränsas.

Genom att erkänna denna mångfald frigör man sig från ett enhetligt schema. När tillräckligt starka skäl prövas föreligga, accepterar man att avtalsbundenhet inträtt, att ett avtalsgrundande rättsfaktum föreligger. Man godkänner nya mekanismer som fyller behov framkallade av ekonomisk utveckling och tekniska nydaningar – den processen kommer ständigt att fortgå. Kretsen av avtalsgrundande rättsfakta är inte sluten.

Ogiltighet

Om någon framställer krav som kan påstås vara baserade på ett avtal, kan motparten möjligen invända att något avtalsgrundande rättsfaktum inte föreläggat, det saknas en avtalsmekanism. Den som framför kraven har bevisbördan.

Om en avtalsmekanism använts men *inte fungerat* som den bort göra, kan avtalsbundenhet utebli, avtalet är *ogiltigt*. Den part som hävdar att ett giltigt avtal inte uppkommit, tvingas visa att en ogiltighetsgrund föreligger. Då kan frågan om partsviljan aktualiseras, en parts vilja kan ha varit bunden, t.ex. av tvång eller svek, eller inriktats fel, t.ex. vilseledande eller misstag. Alla ogiltighetsgrunder har ingalunda anknytning till avtalsmekanismer, t.ex. avtalsklausuler i strid med tvingande lag.

En part som kunde åberopa ogiltighet, kan godta avtalet trots felet i mekanismen. Ett godkännande kan ske genom att avtalet fullgörs trots felet.

Oaktat avtalsbundenhet inte uppstått kan det som förekommit mellan de presumtiva parterna föranleda rättsligt grundade krav, t.ex. på ersättning av den som föranlett ogiltigheten (tvång etc.).

Ogiltighet kan vara *partiell* i den meningen att ett visst avtalsvillkor inte gäller, t.ex. om den part som fogar allmänna avtalsvillkor till det individuella avtalet försummat sin informationsskyldighet, alternativt kan detta i extrema fall leda till att avtalet i dess helhet inte anses bindande.

4.3. **Upphörande**

Allmänt

Principiellt är ett avtal bindande för alla parter tills detsamma i allt *fullgjorts*. Först då är avtalsbundenheten ur världen.

Felaktig eller bristfällig fullgörelse bedöms enligt regler om avtalsbrott med deras inverkan på bundenheten utgående från principen om fortsatt avtalsbundenhet (s. 88).

Det förekommer omständigheter som i förtid eliminerar eller modifierar avtalsbundenheten – *avtalsupplösande fakta* (eller rättsfakta). Några skall här nämnas. De utgör typfall. Utvecklingen kan föra fram nya upplösande fakta.

Tidsfaktorn kan ha betydelse. Beträffande varaktiga avtal är frågan vanligen löst genom uppsägningsbestämmelser i lag eller avtal. I varaktiga avtal utan sådana villkor kan det, beroende på omständigheterna, vara motiverat att ge parter möjlighet att inom en skälig tidsfrist säga upp eller annullera avtalet. Även i lag angivna preskriptionstider kan föranleda att bundenheten upphör, t.ex. avtal om borgen.

Fakta utanför avtalsparterna, *hinder* av typen force majeure etc., kan leda till att en avtalad förpliktelse blir omöjlig att fullgöra och att bundenheten som en följd härav faller bort. Sådana förändringar bedöms i de flesta fall enligt problematiken kring avtalsbrott. Detsamma gäller med avseende på omständigheter som hänför sig till parts person eller hans situation och som de facto hindrar en fullgörelse – konkurs, parts sjukdom som utesluter personlig prestation etc.

Ändrade förhållanden

En fråga som innefattar många osäkerhetsmoment är: kan avtalsbundenhet upplösas som en följd av *ändrade förhållanden*, omständigheter som inträtt efter avtalets uppkomst (andra än de som nämnts i det föregående)?

Förändringar i omvärlden eller beträffande den verksamhet i vilken ett avtal ingår kan på olika sätt ha återverkningar på ett avtalsförhållande: fullgörelse kan avsevärt försvåras eller bli ekonomiskt mera betungande än parterna förutsett, en mottagande part har inte längre behov av avtalets prestationer i sin verksamhet, intresset för fullgörelse har minskat eller upphört då det ändamål som avtalet skall tillgodose bättre och effektivare kan förverkligas genom nya tekniska förfaranden etc. När avtalet uppfattas som en samverkan är det logiskt att sådana förändringar kan ha rättslig relevans.

Problemet är mångskiftande och komplicerat. Fasta regler kan inte uppställas. Det finns likväl en del naturliga utgångspunkter som anger *riktlinjer* för bedömningar:

- genom ett avtal skapas, ekonomiskt sett, en relation mellan parternas skyldigheter och rättigheter, en *avtalsbalans*, denna kan avsevärt rubbas genom yttre förändringar (t.ex. valutajusteringar),
- den som ingår avtal tar på sig ekonomiska *risker*, dessa har kanske inte i alla avseenden kunnat överblickas när avtalet ingicks,
- *rättssäkerheten* kräver att avtalsbundenheten så långt som möjligt förblir i kraft,
- i ett förändrat läge, som avsevärt påverkar en parts situation, ekonomiskt eller i något annat avseende, kan för honom uppstå ett starkt behov av *rättsskydd*,
- det enskilda avtalet, som ett led i en samverkan mellan parterna, måste bedömas mot bakgrunden av den *verksamhet* i vilken avtalet ingår och beakta avtalets konkreta ändamål.

I dessa konstateranden ingår omständigheter som är mycket olika och delvis motsatta, t.ex. säkerhet kontra skydd. Min uppfattning är att det på grund härav inte är möjligt att utforma en allmän doktrin om ändrade förhållandens inverkan på avtalsbundenheten. Det finns inte en hållbar reell bas för enhetliga lösningar. En generell princip skulle bli mera eller mindre schematisk. Det sagda innebär ett avståndstagande från en allmän förutsättningslära, från en doktrin som deklarerar att parter helt eller delvis löses från sin bundenhet när en väsentlig förutsättning, som avtalet utgått från, har brutit.

Handlingslinjen bör vara att man företar en *separat bedömning* av olika typsituationer enligt riktlinjerna i det föregående. Det gäller i för-

sta hand att pröva vilka faktiska verkningar förändringarna har i det enskilda fallet. Är de så genomgripande att det föreligger skäl att upplösa eller modifiera avtalsförhållandet?

Ifall den frågan besvaras jakande – efter en allsidig avvägning av argument för och emot – har man att in casu ta ställning till hur och i vilken omfattning justering av avtalsbundenheten eller av avtalets innehåll kan genomföras.

Förändringar kan vara så genomgripande att det föreligger tillräckliga skäl att anse avtalsbundenheten *eliminerad*. Det är t.ex. möjligt att avtalsbalansen förskjutits så starkt att parts prestation enligt avtalet skulle överskrida en rimlig offergräns. Bedömningen bör inte ensidigt koncentreras till ekonomiska faktorer eller prioritera rättssäkerheten, den bör också beakta vad som är rimligt och skäligt.

En part kan ges möjlighet att *annullera* avtalet. Detta kan vara motiverat när en fullgörelse inte längre skulle tillgodose det konkreta ändamål som avtalet är avsett att förverkliga, t.ex. en nödtvungen eller av starka rationella skäl betingad begränsning eller omstrukturering av den verksamhet som avtalet skulle främja.

En i många fall naturlig lösning är att *jämka* avtalsvillkor som i ändrade förhållanden blivit särskilt betungande för en part. Här är det framför allt fråga om att återställa eller åtminstone närma sig den ursprungliga ekonomiska avtalsbalansen.

I långvariga avtalsförhållanden kan uppkomma ett faktiskt läge som motiverar en *omförhandling* i syfte att ändra ett eller flera avtalsvillkor. Det är naturligt att en klausul härom inrycks i avtalet ifall man räknar med väsentliga förändringar i den verklighet där avtalet ingår. Man bör likväl inte vara främmande för tanken att utan särskild avtalsklausul ge en part rätt att kräva förhandlingar syftande till avtalets anpassning till ändrade förhållanden. Tanken härpå förutsätter att den materiella avtalsbundenheten inte anses vara så absolut att det, inför ett starkt yttre verklighetstryck, vore uteslutet att in casu modifiera bundenhetens innehåll. Parts vägran att i ett sådant läge gå med på en omförhandling kan uppfattas som ett avsteg från lojalitetsprincipen med dess anknytning till avtalet som en samverkan mellan parterna. Om konflikten hänskjuts till domstol eller skiljemän, kan lösningen med stöd av skälighetsprincipen och med åberopande av en rubbad avtalsbalans leda till annullering eller jämkning.

Det kan förekomma fall då ändringar med avseende på förutsättningar som var för handen när ett långvarigt avtal ingicks ger en part rätt att *ensidigt ändra* ett avtalsvillkor, t.ex. en ränteklausul – närmast ett alternativ till uppsägning. Motparten bör ha möjlighet att lösgöra sig från det ändrade avtalet.

När avtal upplöses i den meningen att rättigheter och förpliktelser enligt avtalet faller bort – av här nämnda eller av andra skäl – betyder det ingalunda att man utesluter andra krav än på fullgörelse, främst vissa slag av ekonomisk kompensation (jfr sekundär avtalsbundenhet s. 88).

5. Avtalsrättens materia

5.1 Begrepp

I begreppet avtalsrättens *materia* innefattar jag normer, principer, riktlinjer, värderingar, argument – allt sådant som bestämmer eller påverkar överväganden och ställningstaganden rörande avtal och avtalskonflikter. Termen betecknar material som har rättslig relevans och sålunda tjänar som styrinstrument i rättsvetenskapliga analyser och i konkreta avgöranden. Materians enskilda beståndsdelar kunde kallas *element*.

Avtalsrättens materia har inte slutna gränser. Det måste finnas beredskap att i större utsträckning än hittills ta emot impulser utifrån – inte minst från utländsk rätt och internationella regleringar. Det är viktigt att fortgående beakta av ny kunskap och av nya värderingar betingade förändringar i samhällslivet och i den verklighet där avtal förekommer. Äldre teser, principer och riktlinjer kan på den vägen förlora i betydelse, t.ex. den traditionella culparegeln. Nya målsättningar kan föra fram fakta och strävanden som inte tidigare beaktats, sålunda har t.ex. sociala synpunkter relativt sent kommit in i rättstillämpningen. Grundläggande linjer får inte försvagas utan starka sakliga skäl.

Avtalsrättens materia har – i varierande omfattning – en *dubbel* funktion: dels när normer bereds och formas, dels i rättstillämpning.

Med *rättstillämpning* i vidsträckt mening avser jag bedömningar, överväganden och beslutsfattande i stöd av rättsliga element som gäller för ett enskilt avtal. Rättstillämpning sker dels när avtal fullgörs, dels när avtalskonflikter löses.

Fullgörelse utgör tillämpning i den meningen att parternas samverkan fungerar, deras skyldigheter och rättigheter förverkligas enligt de element som för det enskilda avtalets del innefattas i avtalsbundenhetens materiella dimension (s. 44).

I en *avtalskonflikt* (avtalsstörning), som parterna inte själva förmår

lösa, sker avgörandet av domstol eller skiljemän i stöd av rättsliga element som anses relevanta för avtalet eller den del därav som konflikten gäller. Rättsmaterians betydelse och relationen mellan olika element framträder starkast i lösandet av partskonflikter; problemen behandlas nedan, huvudsakligen med avseende på avtalsbrott (kap. 6).

Begreppet avtalsrättens materia, såsom det här bestämts, är mera omfattande och heterogent än termen *rättskälla*, åtminstone när detta begrepp ges en snäv innebörd. Jag finner det inte motiverat att här analysera och ta ställning till olika rättskällevärdar.

I det följande gör jag en schematisk indelning i *tre grupper*: normer, rättsprinciper och bedömningsfaktorer. De går delvis in i varandra och de tjänar liknande syften. Det är därför inte anledning att närmare avgränsa elementen från varandra. Både i normgivning och rättstillämpning verkar de sida vid sida och kompletterar varandra. I praktiken förekommer självfallet även motsättningar mellan element inom olika grupper eller inom samma grupp. Det blir därför ofta fråga om hur olika element skall anpassas till varandra och hur deras inbördes prioritet och styrkeförhållande skall bedömas.

Skall inte den *juridiska doktrinen* och resultat som nås genom den inräknas i avtalsrättens materia?

Svaret blir beroende av vilken roll man ger rättsvetenskaplig analys och vilken betydelse man tillerkänner dess bedömningar och slutsatser. När man – såsom jag inledningsvis gjort (s. 11) – accepterar uppfattningen om en samhällsinriktad rättsvetenskap, vilken tar sikte på den verklighet i vilken avtal förekommer, samt därjämte konstaterar att doktrinen söker anknytning till alla delar av rättsmaterian, ter det sig naturligt och logiskt att inte jämställa doktrinen överväganden och ställningstaganden med rättsmaterians element.

Rättsmaterian utgör det *objekt* med vilket rättsvetenskapen arbetar. Doktrinen är ett *medel* i bearbetning och analys av rättsmaterians syften och funktioner med avseende på normering och rättstillämpning och inte ett av elementen i materians mångfald.

De uppgifter som jag i överensstämmelse härmed påför den avtalsrättsliga doktrinen har jag försökt fixera i min avslutande sammanfattning (kap. 8).

5.2. Normer

5.2.1. *Innebörd*

I begreppet *norm* – rättsnorm – innefattas regler som anger hur avtalsförhållanden kan eller skall utformas, hur enskilda avtal skall bedömas och tillämpas samt hur avtalskonflikter skall eller kan lösas. Normerna är antingen *generella* – gäller avtal i allmänhet eller vissa avtalstyper – eller *individuella* – hänför sig till ett enskilt avtal. Normerna kan var för sig bestämma hur konkreta avgöranden skall utfalla, ofta kompletteras eller modifieras de likväl av andra element i rättsmateria.

Med avseende på inriktning opererar man med två *grundtyper* av normer: handlingsnormer samt påföljdsnormer eller sanktionsnormer.

Handlingsnormer reglerar den aktivitet som krävs av parterna vid ingående och fullgörande av avtal. De siktar framåt, ger direktiv för parternas kommande aktiviteter, utgör handlingsmönster. En handlingsnorm uttrycker vanligen vad parterna *skall* göra eller underlåta. Normer kan i andra fall ange vad parter *kan* göra, det ges t.ex. valfrihet mellan alternativa fullgörelseåtgärder. Ibland uttrycker normer vad parter *får* göra, t.ex. behörighet att företräda en annan person.

Påföljdsnormer reglerar situationer som uppkommit när avtalsförhållanden störts – någon handlingsnorm har inte följts. De koncentreras på frågor rörande olika slag av påföljder eller sanktioner som framkallas av avtalsstörningar – problemen behandlas senare med avseende på avtalsbrott (s. 81).

5.2.2. *Normer i avtal*

Avtalade normer – individuella och allmänna avtalsvillkor – bildar basen för parternas handlande och för lösandet av konflikter. De är primära i den meningen att de gäller framom andra normer som innehåller alternativa lösningar – detta i överensstämmelse med avtalsfriheten. Endast när en begränsning av denna frihet är för handen – vanligen en tvingande lagnorm – måste den avtalade normen vika. Parternas normeringsfrihet utgör regel, de begränsande faktorerna undantag (s. 36).

Avtalsbundenheten får sålunda i första hand sitt innehåll av de avtalade normerna. Från avtalsinnehållet avvikande förslag, kalkyler, uttalanden etc. som förts fram under avtalsförhandlingar, träder tillbaka för de avtalade normerna. Helt har de likväl inte förlorat sin betydelse.

Om det råder oklarhet om innebörden av ett avtalsvillkor och parterna hävdar olika uppfattningar, kan det som förekommit medan avtalsmekanismen var i gång ge vägledning, bl.a. med avseende på villkorets ändamål och räckvidd.

I avtalsnormer i vidsträckt mening ingår också det som "*kan anses avtalat*" – handlingslinjer som inte uttryckligen framgår av avtalet men som likväl genom parternas uppträdande, handlande, uttalanden, information via marknadsföring, passivitet etc. kan anses ha blivit normerande för avtalsförhållandet. Huruvida och i vilken utsträckning detta är fallet förutsätter bedömning in casu.

Särskilda problem erbjuder *standardavtalen* innehållande allmänna avtalsvillkor. Dessa är starkt verksamhetscentrerade, utformade med ledning av speciella förhållanden och regleringsbehov som förekommer beträffande den ifrågavarande branschen eller avtalstypen, t.ex. entreprenad- och försäkringsavtal – man kan tala om en "formulärrätt" med omfattande tillämpningsområde. Villkor i standardavtal är i den meningen generella, de blir delar av individuella avtal genom att fogas till dessa, eventuellt krävs särskilda anknytningsfakta (s. 48). Inte sällan avviker standardavtalens bestämmelser från dispositiva lagnormer samtidigt som de kompletterar dessa. Inom vissa områden är standardavtalen i praktiken allena rådande, främst när lagnormer saknas, t.ex. beträffande byggnadsentreprenad, eller är ofullständiga.

Standardavtal skapar enhetlighet i normering vilket främjar rättssäkerheten inom många verksamhetsområden. Med tanke på partsskyddet är standardavtalens normer ibland ensidiga till förmån för den part som utformat dem eller tagit dem i bruk utifrån. Motpartens skydd kräver därför särskild uppmärksamhet i tillämpningen. Inom vissa områden (t.ex. bankverksamhet) är en del standardvillkor underkastade samhällets kontroll.

5.2.3. *Lagnormer*

Bestämmelser i lag eller givna av myndighet i stöd av lag – *lagnormer* i vid bemärkelse – är i princip bindande på samma sätt som avtalade normer: tvingande lag ovillkorligen, dispositiv lag i den mån inte parterna enats om annan reglering.

Normeringsfrihet – begränsningar

Lagstiftaren kan sägas vara suverän – inom grundlagarnas gränser. Lagar rörande avtal kan i princip ges det innehåll som prövas vara ändamålsenligt och som tillgodoser rättspolitiska syften som lagstiftaren vill se förverkligade.

Är denna *normeringsfrihet* obegränsad?

Svaret på denna mångförgrenade fråga är ett klart nej. Här berörs endast *en* sida av problemet: lagstiftarens möjligheter att se bort från och åsidosätta element i de allmänna avtalsprinciperna.

Demokratins majoritetsprincip har begränsningar. Lagstiftaren är inordnad i det demokratiska systemet med de värden som ingår däri och med människan i centrum av demokratins ideologi. Också marknadsekonomens målsättningar och inriktningar bör ges en framträdande plats. Detta betyder att de allmänna avtalsprinciperna – förankrade i samhällsordning och ekonomiskt system – både anger gränser och drar riktlinjer för normering av avtal genom lag.

En naturlig ordning är att lagstiftaren, med avseende på de särskilda områden som skall regleras, *konkretiserar* och *utvecklar* de till innehållet ganska obestämda allmänna avtalsprinciperna och därigenom gör dem lättare tillgängliga och ger dem större genomslagskraft. Sålunda befordras avtalsfrihet när lagarnas normer görs dispositiva – vilket i stor utsträckning är fallet. Avtalsbundenhet får innehåll när parternas skyldigheter, rättigheter och ansvar regleras och när lagen innehåller påföljdsnormer i händelse av avtalsbrott. Och skyddsprincipen förverkligas genom skydd av svaga eller underlägsna parter och av parter mot vilka avtalsbrott kan komma att rikta sig.

Å andra sidan är det ofrånkomligt att lagstiftaren tvingas *begränsa* allmänna avtalsprinciper. Detta gäller främst avtalsfriheten, av skäl som tidigare berörts (s. 36), parterns behov av skydd är den dominerande faktorn. Lagens konkretiseringar kan också betyda utjämning av motsättningar mellan olika avtalsprinciper.

Allmänna syften

Det som här sagts om lagstiftningens relationer till avtalsprinciperna och deras bakgrundsfaktorer kan också uppfattas som allmänna *rättspolitiska* målsättningar för avtals normering genom lag.

Det gäller att tillgodose reella behov, krav och syften – kort sagt *in-*

tressen – med anknytning till personer eller organisationer som är delaktiga i eller på annat sätt berörs av avtal. En uppgift för lagstiftaren är att så långt och så effektivt som möjligt väga konkurrerande intressen mot varandra. Normerna färgas starkt av intresseaspekterna. I beredningen måste det ske prioriteringar, avvägningar och sammanjämnningar.

Utöver detta kan man framhålla en del andra generella syften:

- lagnormer har en *informativ* funktion: dels framgår det av dem huruvida parternas möjligheter att avtalsvägen reglera sina förhållanden är begränsade och i så fall på vilket sätt (absolut lag), dels uppger de parterna om vilka regler som gäller ifall de inte själva till alla delar bestämt avtalets innehåll (dispositiv lag); lagarna fullgör i dessa avseenden en serviceuppgift,
- lagen främjar och stöder ekonomisk aktivitet genom att mera eller mindre ingående reglera olika slag av ekonomisk verksamhet, primära syften är att skapa och upprätthålla ordning och säkerhet beträffande avtal inom olika verksamhetssektorer, att där förverkliga ett effektivt partsskydd samt att, i undantagsfall, möjliggöra övervakning närmast för att tillgodose allmänna intressen; i allt detta framträder lagarnas *styrande* funktion,
- lagens normer reglerar rättstillämpningen i avtalskonflikter, de tar därvid sikte på avtal i allmänhet eller på vissa avtalstyper, normeringen är inriktad dels på parter behövande skydd för sina intressen, dels på samhällets och det ekonomiska livets krav på enhetlighet och konsekvens i rättstillämpningen; detta kunde också uttryckas så att lagen har en *beslutsfunktion* i avtalskonflikter.

Dessa syften ger också vägledning beträffande frågan i vilken omfattning och med vilka målsättningar lagstiftning borde ske inom avtalsrätten. Svaren beror på en mångfald rättspolitiska bedömningar. Med tanke på framtiden belyses problemet delvis senare (s. 111).

Mycket av det som här sagts om lagnormers syften gäller i tillämpliga delar även *andra* normtyper, främst avtalade normer och bland dem standardavtal med deras starka styrande funktion.

Läget i dag domineras av lagar av olika typer av avtal utgående från den verksamhet i vilken de förekommer – försäkring, transport, förmed-

lingsrörelse etc. Normerna är starkt *verklighetspräglade*, de speciella förhållanden som utmärker respektive verksamhet och avtalstyp inriktar och bestämmer normernas innehåll och tillämpningsområde. Den långt förda legislativa *differentieringen* betyder ingalunda att allmänna avtalsprinciper och deras bakgrundsfaktorer samt generella rättspolitiska syften skulle ha undanträngts. De finns med och utgör grundstenar i lagstiftningen även när de inte syns.

En del lagar ger uttryck åt mera *allmänna* avtalsrättsliga strukturer med relevans även utanför de avtal som de reglerar. KöpL med sin fullständighet innesluter många erkända grundfakta och principer – t.ex. med avseende på påföljdssystemet. Därför har den också, trots normeringen av en enda avtalstyp, betydande klarläggande och vägledande följdverkningar utanför sitt direkta tillämpningsområde.

Elastiska normer

Nyare lagstiftning har i allt större utsträckning börjat använda general-klausuler (rättsliga standarder) och andra *elastiska normer*. I lagtext förekommer t.ex. termerna "skälig", "rimlig", "väsentlig", "tro och heder". Skilt för sig uttrycker sådana termer ganska litet, deras konturer är vaga och innebörden obestämd. De konkretiseras och får tyngd först när de relateras till andra ord och uttryck: skälig tid, rimlig uppföring, väsentligt avtalsbrott etc. De obestämda formuleringarna ger möjligheter att fatta avgöranden i lagtillämpningen enligt en prövning som beaktar skiftande omständigheter in casu (s. 89). Härigenom undviker man olägenheter av schematiska ställningstaganden och öppnar möjligheter att beakta faktorer som lagstiftaren inte förutsett eller inte kunnat inrymma i lagnormerna utan att göra lagen detaljerat oöverskådlig.

Lagstiftaren har i de elastiska normerna fört regleringen till en angiven gräns, den som tillämpar lagen har att fortsätta rättsskapandet genom utfyllning av prövningsnormernas innehåll utifrån omständigheter utanför normen men i överensstämmelse med dess generella direktiv. Elastiska normer förutsätter ett samspel med olika roller mellan lagstiftare och tillämpare. Lagstiftaren anger normens syften och gränser samt ger ett öppet direktiv om in casu-prövningens inriktning. Den som tillämpar normen för in fakta och värderingar i den skönsmässiga prövningen och drar därpå grundade slutsatser. I praktiken ligger tyngdpunkten i tillämpningen, i den meningen kan det sägas ha skett

en förskjutning av gränsen mellan lagstiftande och dömande verksamhet.

Förarbeten

Även när en lagnorm är specificerad och detaljerad kommer den att i praktiken tillämpas på förhållanden som i mycket avviker från varandra – en konsekvens av den ökande komplexiteten i det ekonomiska livet. Detta leder till att lagnormer, i tolkning och tillämpning, mera än tidigare behöver stöd av principer och målsättningar bakom normerna. Lagars *förarbeten* med redovisade motiv kommer därför att på sätt och vis integreras i normernas direktiv. De belyser, konkretiserar och förklarar lagdirektiven och erbjuder sålunda vägledande hjälpmedel för rättstillämpningen. Ju utförligare motiven är desto starkare är lagstiftarens inflytande på normtillämpningen.

När man talar om "lagstiftning genom motiv" framhäver man ett väsentligt element i rättsanvändningens metodik. Men samtidigt som man gör så bör man iaktta återhållsamhet: dels bör man beakta att lagmotiv, uttryckligt uttalade eller underförstådda, ingalunda är bindande på samma sätt som normerna, de ger blott information och vägledning, dels kan motiv i förarbeten helt eller delvis förlora sin kraft som en följd av en utveckling i vilken nya synpunkter och värderingar gör anspråk på att bli beaktade inom normernas ram. Särskilt påtagligt är detta med avseende på avtal i verksamheter som snabbt och radikalt utvecklas samt elastiska normer med den prövningsrätt som ingår i dem.

5.2.4. Kompletterande normer

Vid sidan av avtalsrättens centrala materia – avtalade normer och lag – finns kompletterande normer: prejudikat och rättsliga sedvänjor. Här görs endast ett par korta principiella påpekanden.

Prejudikat

Prejudikat – avgöranden av högsta instans – har en för rättstillämpningen styrande funktion (s. 96). De ger anvisningar och vägledning genom att framhäva principer, riktlinjer, argument och andra rättsligt relevanta faktorer. Prejudikat verkar på grund av motiv och argument. Deras bindande verkan är inte lika stark som normer i avtal eller lag,

domstolarna har i princip behörighet att granska och bedöma prejudikats rättsliga grund och fortsatta giltighet. Av HD uttalade principer bör sålunda inte uppfattas som absoluta. Avvikelse bör kunna göras när extrema omständigheter in casu så kräver, särskilt när dessa anses rubba grunden för HD:s principiella ställningstagande. Det bör likväl föreligga klara skäl för att frångå till innehållet klart inriktade prejudikat; ett sådant skäl kan t.ex. vara av utvecklingen betingade och i nyare lagstiftning accepterade lösningar.

En prejudikatverkan kan vara *omedelbar*: prejudikatet är normerande i likadana fall och i situationer som är likartade i den meningen att rättsfrågan är densamma som i prejudikatet. En *medelbar* prejudikatverkan är för handen när domskälen ger uttryck åt en princip, ett allmänt direktiv eller syften och bedömningsgrunder med spännvidd utöver det prejudicerande avgörandet. Sådana prejudikat är vägledande för framtida avgöranden utan att dessa behöver vara likartade i sak.

Också avgöranden av lägre instanser kan ge vägledning i rättstillämpningen trots att de inte kan anses ha egentlig normverkan. Detsamma gäller beslut av specialorgan, t.ex. av konkurrens- och konsumentskyddsmyndigheter.

Kutymor

I avtalsrättens materia ingår även *kutymor* (rättssedvänjor) som främst förekommer i handelsförhållanden. De innefattar förfaranden eller bruk som förekommit på sådant sätt och i sådan omfattning att det blivit naturligt och vanligt att iaktta dem. Ofta är tillämpningsområdet starkt begränsat, till bestämda branscher och inom dem till speciella slag av avtal. Kutymernas normerande verkan är beroende av att de i respektive bransch eller avtalstyp har vunnit tillräcklig fasthet och att de fyller krav på skälighet. Deras bindande verkan har även kommit till uttryck i lag (t.ex. KöpL). Det sagda gäller också praxis som har utbildats mellan parterna.

5.3. Rättsprinciper

5.3.1. *Begrepp, syften*

En *rättsprincip* – med avseende på avtal – utgör en generellt formulerad och förenklad sammanfattning av fakta, argument, överväganden och bedömningar. Den uttrycker kort och komprimerat vissa för rättsliga ställningstaganden väsentliga omständigheter. Rättsprincipen utgör sålunda en syntes av synpunkter, tankar och syften som är vägledande i avtalsförhållanden i allmänhet eller inom vissa sektorer av avtalsreglerad verksamhet eller i lösandet av avtalskonflikter; i den meningen anger principen inriktningen för rättsliga bedömningar. I rättsprinciperna finns ofta plats också för etiska föreställningar och värderingar.

En rättsprincip är *allmän* när dess användning inte är begränsad till bestämda sektorer eller till särskilda typer av avtal eller partskonflikter.

En rättsprincip är *partiell* när den har betydelse blott i bestämda slag av avtal eller avtalskonflikter eller inom ytterligare begränsade områden, t.ex. med avseende på en viss påföljd av avtalsbrott.

Rättsprinciperna kunde inordnas i kategorin rättsnormer i vidsträckt mening. Att de här förts till en särskild grupp är främst motiverat av en strävan att framhäva deras specifika karaktär och den betydelse de har vid sidan av och ofta som komplement till normer i avtal och lag. Genom sin normverkan – låt vara att den kan vara obestämd – skiljer de sig från de allmänna avtalsprinciperna som blott har karaktär av riktlinjer (s. 34).

Vad *motiverar* uppställandet av rättsprinciper?

Vore det inte lika bra att hålla i sär rättspolitiska syften, argument, bedömningar etc. som att föra in och sammanfatta dem i en princip?

Det som innefattas i en rättsprincip tillför egentligen inte bedömningarna nytt material. Faktorer som ingår i principerna kunde ha relevans även utan att förenas i ett allmänt formulerat vägledande direktiv.

Olika *skäl* talar likväl *för* utformandet av avtalsrättsliga principer:

- 1) Gällande lagar om aval – särskilt nyare – är huvudsakligen inriktade på avtal inom speciella slag av verksamhet med ledning av realiteter na där. Det föreligger risk för att rättstillämpningen begränsas till smala sektorer med förbiseende av allmänna och gemensamma av-

talsrättsliga drag. Innehållet i en starkt specificerad avtalsbundenhet kan behöva kompletteras av mera allmänna motiv, värderingar och argument, genom att dessa sammanfattas i en princip betonas enhetligheten och deras betydelse understryks.

- 2) Det är omöjligt att i en allt mera komplicerad verksamhet i detalj reglera olika typer av avtal och konflikter som avtals fullgörande kan framkalla. Lagstiftaren – och i viss mån även parterna – tvingas dels använda *öppna* eller elastiska normer, dels lämna frågor *oreglerade*. I sådana situationer behöver rättstillämpningen stöd av synpunkter och argument med relevans utöver det enskilda fallet. Då kan man utnyttja den analys och bearbetning som föregått utformandet av en rättsprincip.
- 3) Tillämpning av till innehållet bestämda normer kan till följd av deras schematiska utformning leda till otillfredsställande resultat. I sådana fall kan det behövas *modifierande* element som gör det möjligt att välja en medelväg i stället för allt eller intet. Rättsprinciper kan i det avseendet ha en viktig funktion, man ser det tydligt i skälighetsprincipens tillämpning.
- 4) Utvecklingen för fram nya eller accentuerar tidigare erkända synpunkter, värderingar och målsättningar. Sådana trender bör beaktas när lag stiftas samt som underlag för prejudikat. I bearbetningen av det nya materialet kan det bli angeläget att utforma en rättsprincip eller att revidera en tidigare omfattad princip. Tendenser i utvecklingen behöver bearbetas för att lättare bli observerade och användbara, anknytningen till en rättsprincip kan *befordra rättsutvecklingen*.

När man utformar rättsprinciper för att tillgodose syften som nämnts här kan lösningarna bli mycket varierande med avseende på principernas innehåll, tillämpningsområde och styrka. När en princip uttryckts i lag (t.ex. AvtL § 36) har den konkretiserats, erkännandet från lagstiftarens sida har givit den ökad betydelse med verkningar utanför lag-normens tillämpningsområde. En princip som däremot saknar direkt stöd i lag är mera diffus och har därför mindre betydelse i rättstillämpningen. Med tiden kan en rättsprincip stärkas genom fortgående inarbetning och därmed få fäste i lag och prejudikat.

5.3.2. *Allmänna rättsprinciper*

I dagens läge opererar man i växande omfattning med två *allmänna* rättsprinciper: skälighets- och lojalitetsprincipen.

Skälighetsprincipen innebär, kort sagt, att man i normgivning och rättstillämpning undviker lösningar som är obilliga – oskäligen – för parterna eller någon av dem. Den grundtanken har gammal hävd i nordiskt rättsliv. På senare tid har den i huvudsak utvecklats och konkretiserats i regler om jämkning, dels av oskäligen avtalsvillkor dels av skadestånd. Dessutom har den kommit till uttryck i nyare speciallagar, såsom i KöpL. En fortsatt utveckling i den riktningen kan emotes.

Uppmärksamheten koncentreras på *två problem*: vad avses med skälighet (oskälighet) och hur skall man tillämpa principen så att oskäligen lösningar undviks?

I sin utformning och tillämpning framstår skälighetsprincipen som uttryck för den allmänna skyddsprincipen med dess inriktning på att ge parter rättsskydd när ett faktiskt behov härav föreligger. I stor utsträckning tar skälighetsprincipen sikte på att skydda en svag eller underlägsen part, i det avseendet har den anknytning till det allmänna jämlikhetskravet. Skälighetssynpunkter kan också ha relevans i konflikter där en bristande jämvikt mellan parter inte är för handen.

Vanligen blir det fråga om att in casu *avväga* parter skyddsbehov mot varandra, skälighet får inte bedömas ensidigt, i en enda parts intresse. Skäligheten mäts i stor omfattning med ledning av hur långtgående eller stränga krav man kan ställa på parternas handlande och uppträdande samt hur starka och omfattande ingrepp parter rimligen bör tåla (offergräns). Bedömningarna tar sikte på mycket olika situationer i vilka skälighetssynpunkter kan påverka avgöranden, i den meningen är principen ostridigt allmän.

Lojalitetsprincipen (som har skiftande innebörd inom olika rättsområden) innebär för avtalsrättens del att parter inte får driva egna intressen hårt och ensidigt, en part är skyldig att inom vissa gränser beakta och bevaka sin motparts intresse. Kravet på partslojalitet utgör en motvikt till en hård för partsegoism eller strävanden att handla uteslutande till egen fördel också när detta åsidosätter en motparts intresse. Lojalitetstanken kan göra sig gällande i olika situationer och skeden –

när avtal ingås (information) och fullgörs, vid bedömande av påföljdskrav när avtalsbrott förekommit, i fråga om vårdplikt efter avtalsstörningar etc.

Principen har inte direkt kommit till uttryck i lag, men den kan spåras bakom lagnormer som reglerar förhållanden av de slag som här antytts. Det är möjligt att lojalitetsprincipen till följd av sin relativa obestämthet inte är ägnad att såsom sådan formuleras i lag, t.ex. som en generalklausul. Men detta bör inte begränsa dess tillämpningsområde, principen kan utan att synas finnas inbyggd i en norms motiv och syften.

Lojalitetsprincipen kan anses utgöra en konsekvens av uppfattningen att avtalet är en form och ett medel för *samverkan* mellan parterna. En sådan samverkan förutsätter hänsyn och förtroende, dessa utgör bärande element i lojaliteten, ofta förutsätter principen t.ex. en upplysningsplikt. Särskilt starkt framträder kravet på lojalitet när en part saknar möjlighet att själv handla eller bevaka sina intressen medan motparten har denna möjlighet, t.ex. att vårda egendom – man kan tala om lojalitetens aktivitetsrekvisit. I sådana fall har lojalitet anknytning till den allmänna skyddsprincipen.

De två här nämnda principerna har på senare tid ofta uppmärksamats och ingående behandlats i rättslitteraturen. Därför har jag blott pekat på deras innebörd och grund.

Det är möjligt att utvecklingen framkallar behov av *nya* allmänna rättsprinciper. Redan nu finns det underlag för något som kunde kallas en *jämviktsprincip* som skulle dra riktlinjer enligt vilka man i normgivning och rättstillämpning kunde angripa och jämnar ut brister eller rubbningar i avtalsbalansen. Också om man utgår från att parterna är jämställda, bör man vara medveten om att detta ofta är missvisande. Många avtalskonflikter har sin grund i att det råder obalans mellan parterna – med avseende på ekonomiska styrkepositioner, personliga kvalifikationer, en parts beroende ställning gentemot sin motpart etc. Problemet är aktuellt både i normgivning (t.ex. konsumentlagstiftning) och rättstillämpning (t.ex. beaktande av sociala faktorer). Det gäller att finna korrektiv mot följderna av olika typer av obalans. Strävanden i den riktningen korresponderar med den allmänna skyddsprincipen

samt med strävanden att förverkliga skälighet. I bakgrunden finns också demokratins jämlikhetstanke.

Element som kunde införlivas med en allmän rättsprincip vilken skulle ta sikte på partsjämvikten, behandlas senare (s. 72) såsom bedömningsfaktorer. Jag har gjort det därför att man, åtminstone inte tillsvidare, kan tala om en etablerad rättsprincip.

Rättsprinciper nämnda i det föregående är allmänna – de skär genom *hela avtalsrätten* – låt vara att olika faktorer hindrar eller begränsar deras användning i konkreta situationer.

5.3.3. *Partiella rättsprinciper*

Partiella rättsprinciper kan vara mycket olika med avseende på omfattning och frekvens, ibland är verkningskretsen så stor, att principen kunde hänföras till gruppen allmänna rättsprinciper, man talar t.ex. om allmänna skadeståndsprinciper (HD).

Några *exempel* kan belysa problemet partiella rättsprinciper.

Som hjälpmedel vid tolkning av oklara eller ofullständiga avtalsvillkor har man formulerat s.k. *tolkningsprinciper* – tolkning till nackdel för den part som avfattat villkoret, minimumregeln till förmån för en part vars avtalsförpliktelse är oklar etc. Det bör likväl beaktas att tolkning av avtal normalt kräver en allsidig avvägning mot varandra av flera principer kompletterade med olika bedömningsfaktorer, man får inte schematiskt tillämpa en enda tolkningsprincip (se s. 84).

De flesta partiella avtalsrättsliga principer aktualiseras vid *avtalsbrott*.

Den skadeståndsrättsliga *culpaprincipen* – culparegeln – har kommit till uttryck i många lagnormer som koncentrerat och schematiskt föreskriver att parts skadeståndsskyldighet grundas på vållande. På den basen har culparegeln utvecklats genom praxis och doktrin. I dag ger den – långt utöver det lagnormerna säger – anvisningar om culpabedömningar (objektiverad culpa), konstruktionen anonym culpa, relevanta skillnader mellan grovt och lindrigt vållande, bevisbördans fördelning (presumerad culpa) etc. På den vägen har culpastandarden fått innehåll som en rättsprincip med ett mångsidigt innehåll. Den visar tydligt att lagnormer, som inte kan reglera allt i detalj, kräver komplettering av

fakta och målsättningar med förankring i verkligheten. Culpaprincipen är ägnad att konkretisera och komplettera lagnormer som föreskriver ansvar grundat på vållande, den ger anvisningar för skadeståndslösningar i situationer som kan vara mycket olika. Den främjar enhetlighet i rättstillämpning.

Som skadeståndsrättslig princip är culpapregeln ingalunda ensam rådande. Den har, särskilt på senare tid, genom lagstiftning fått konkurrens av andra skadeståndsprinciper – kontrollansvar, strikt ansvar och olika särformer. Denna utveckling torde fortgå (s. 116). Culpaprincipens verkningskrets är likväl fortfarande stor.

När ett avtal inte fullgjorts normenligt aktualiseras frågan om rätt för den part mot vilken avtalsbrottet riktar sig att lösgöra sig från avtalet. När krav på *hävning* framställs bör alla parter intressen och behov av skydd beaktas. Det har lett till att man formulerat förutsättningar för hävning (t.ex. KöpL § 25). Generellt har man uppställt kravet på väsentlighet – med avseende på avtalsbrottet såsom sådant och dess betydelse för den part som framställt kravet. Man kan tala om en *väsentlighetsprincip*, dess betydelse framträder starkast i normluckor.

Man har även godtagit en princip om *valfrihet*: den part mot vilken ett avtalsbrott riktar sig, har rätt att välja mellan alternativa påföljder för vilka erforderliga förutsättningar finns, t.ex. mellan hävning och prisminskning, part har också frihet att kombinera påföljder, t.ex. krav på fullgörelse och skadestånd. Elementär partslojalitet förutsätter likväl att en part i sitt val mellan alternativa påföljder undviker påföljder som vore särskilt betungande för motparten.

5.3.4. *Betydelse i rättstillämpning*

Rättsprinciper, både allmänna och partiella, är mycket olika när man ser till deras faktiska betydelse i rättstillämpningen. När en princip kommit till uttryck i en lagnorm – t.ex. en jämningsregel – är det i första hand normen som tillämpas, rättsprincipen verkar indirekt, den ger riktlinjer och stoff för tolkning och tillämpning inom den ram som normen anger. I andra fall utgör en rättsprincip närmast blott en av flera bedömningsfaktorer i ett konkret ställningstagande och konkurrerar där med andra element. Stor betydelse har rättsprinciper dels i rättstillämpning i öppna fall, dels som riktlinjer för framtida normgivning.

Bortsett från fall då lagnormer ger uttryck åt en rättsprincip, t.ex.

regler om jämkning, är det ingalunda på förhand givet *när* en princip skall användas i rättstillämpningen. Frågan avgörs utgående från huruvida syften och värderingar som principen täcker, bedöms ha relevans in casu, t.ex. huruvida motiven bakom culpaprincipen är så starka att den bör ha företräde framom andra ansvarsformer.

5.4. Bedömningsfaktorer

5.4.1. *Begrepp*

I avtalsrättens materia ingår en oenhetlig grupp element som kort kunde benämnas *bedömningsfaktorer* (alternativt bedömningsgrunder eller -fakta). De utgör en väsentlig del av det som har kallats reella överväganden. Den sammanfattande termen bedömningsfaktor betecknar fakta, motiv, målsättningar och argument som kan eller skall ingå i basen för överväganden och slutledningar. Bedömningsfaktorer påverkar utformning och tolkning av normer i avtal och lag och har betydelse när man konkretiserar innehållet i rättsprinciper. Starkast framträder de när avtalskonflikter skall lösas och det krävs överväganden utöver dem som direkt följer av normer och rättsprinciper, huvudsakligen men ingalunda enbart i tillämpningen av oklara eller elastiska normer samt i normluckor.

En del bedömningsfaktorer är *allmänna*, deras verkningar sträcker sig i princip genom hela avtalsrätten. Andra faktorer har ett mera begränsat användningsområde, de har betydelse endast för *särskilda* situationer. Det finns ingen anledning att dra en skiljelinje mellan de två grupperna, deras struktur är i stort sett densamma.

Att uttömmande katalogisera bedömningsfaktorer och att fixera deras innehåll och styrka är inte möjligt. Nya synpunkter och värderingar bör beaktas, godtagna bedömningsfaktorer kan med tiden omformas eller uttunnas, helt nya kan komma till.

En allmän gräns bör man dra: faktorer som kan anses strida mot grundläggande fri- och rättigheter (se RF 5 §) får inte beredas plats i bedömningarna.

Bedömningsfaktorer bör ses i relation till de allmänna avtalsprinciperna, främst skyddsprincipen, beroende på att de huvudsakligen aktualiseras i situationer då parternas rättsskydd träder i förgrunden.

I det följande nöjer jag med att skissera *några* bedömningsfaktorer

som för närvarande har en avsevärd inverkan på överväganden och konklusioner.

5.4.2. *Avtal i företagsverksamhet*

En väsentlig bedömningsfaktor utgör den omständigheten att avtal ingår som *led i företagsverksamhet*. I avtalsrättsliga överväganden kan man presumera att företag – oberoende av den juridiska formen – i fråga om sakkunskap, organisation, intern kontroll och effektivitet fyller krav som man rimligen kan ställa på företag och deras verksamhet av den art och omfattning som utmärker det ifrågavarande partsföretaget.

Ett företag är *opersonligt* i den meningen att man bedömer företaget som organisation utan att i dess relationer utåt fästa avseende vid de personer som handlar på dess vägnar. Det betyder att personliga omständigheter i allmänhet inte lämpar sig för bedömningar av t.ex. ansvarsfrågor, företaget har ett verksamhetsansvar till skillnad från personansvar. Detta understryks av att företagskollektivets interna förhållanden – fördelning av arbetsuppgifter, styrning av avtalsprocesser etc. – inte är öppna eller tillgängliga för utomstående. Det är därför svårt eller omöjligt att avgöra t.ex. var och hos vem orsaker till avtalsstörningar ligger.

Bedömningarna inriktas sålunda på själva företaget och dess verksamhet. Härvid förutsätts också att företag är rationellt ordnade, utnyttjar erforderlig sakkunskap samt har ekonomiska och tekniska resurser att fullgöra avtalade förpliktelser. Skillnaderna mellan företag är likväl så stora med avseende på verksamhetsområde, omfattning etc. att en schematisk likartad bedömning inte är möjlig trots de gemensamma dragen.

Väsentligt är också att man inom företag och företagssektorer kan ha utvecklat kutym, sedvänjor och förfaringssätt som påverkar ingående eller fullgörande av avtal och som på den grund kan tillmätas betydelse när man har att bedöma meningsolikheter mellan parterna.

Företagsavtalen kan schematiskt indelas i *två grupper* som i många avseenden måste bedömas olika: dels avtal mellan företag, dels avtal mellan företag och enskilda personer.

För avtal mellan företagare – *kommersiella avtal* – finns ibland lagnormer som tar sikte på att parterna utövar företagsverksamhet, sålun-

da är parterna på bägge sidor i t.ex. avtal om sjö-, land- och lufttransporter i stor utsträckning företag, vilket påverkat lagarnas utformning. Generellt kan sägas att kommersiella avtal huvudsakligen bedöms med ledning av det som parterna överenskommit – detaljerade villkor samt för olika verksamhetsområden i bruk tagna standardavtal. Till rättsmaterian hör även kutymer och avtalspraxis.

Med rätta talar man om stränghet i kommersiella avtal: avtalsbundenheten skall upprätthållas, parterna skall fullgöra skyldigheter och få åtnjuta rättigheter enligt avtalets individuella och allmänna villkor. I företagsverksamhet prioriterar man säkerheten – *rättssäkerhet* – och sålunda normbundna överväganden framom bedömningar enligt prövning. Den linjen har man att följa både i avtalstolkning och i lösandet av konflikter orsakade av avtalsbrott. Det betyder att skyddsprincipen har en mera undanskymd position. Den är likväl inte betydelselös. När avtalskonflikter skall lösas, måste parternas skyddsbehov alltid finnas med men tillämpas enligt speciella krav och behov som gäller företagsverksamhet. Starkast framträder detta när parterna inte är jämställda utan en part de facto har en underordnad, beroende eller annars svagare position i förhållande till sin motpart. I sådana situationer kan det vara motiverat att använda skälighetsbedömningar och andra skyddsmekanismer.

Till kommersiella avtal hör att parter tar och tvingas bära *risker*. En ekonomisk obalans i själva avtalet när detta fullgörs har man därför i allmänhet inte anledning att fästa avseende vid, inte ens när den beror på omständigheter som inträffat efter det avtalet ingicks. Man kan även motivera detta med att de som bedriver yrkesmässig verksamhet förmodas ha bättre förutsättningar än andra att inom sitt område förutse en framtida utveckling. Verkningar av det som kan tänkas inträda i framtiden borde företagsparter rimligtvis beakta i sina ekonomiska kalkyler innan avtal ingås. Om en part inte gör det eller medvetet tar ekonomiska risker, får han normalt stå för betungande konsekvenser av senare tillkomna omständigheter (jfr s. 50). Det finns likväl gränser också för en företagsparts riskområde, en sådan utgör den s.k. offergränsen (s. 75).

I företagsförhållanden bör man starkt understryka kravet på *lojalitet*, bl.a. med avseende på företagens upplysnings- och undersökningsplikt.

5.4.3. *Bristande jämlikhet*

Man presumerar att avtalsparter är *jämlika* i sitt avtalsförhållande och att de därför bör behandlas och bedömas enligt enahanda grunder. I stor utsträckning hävs denna presumtion av faktiska förhållanden.

I första hand är det fråga om situationer i vilka en part är svag eller underlägsen i relation till sin motpart med avseende på kunskaper, erfarenhet, beroende ställning etc. Huvudfrågan är om och hur en bristande partsjämvikt skall behandlas.

I *arbetsavtal* med en vanligen stark ojämlikhet mellan arbetsgivaren och den enskilda arbetstagaren balanserar man upp den bristande jämvikten dels genom lagnormer med tvingande inslag dels genom bindande bestämmelser i kollektivavtal som ingåtts mellan i princip jämstarka organisationer.

I avtal *mellan företag och enskilda personer* är de senare (benämns här kunder) ofta underlägsna i förhållande till motparten, företaget. Detta kan utnyttja sin sakkunskap, erfarenhet och organisation till egen fördel, bl.a. genom ensidigt bestämda avtalsvillkor. Kundens möjligheter att påverka och modifiera företagets avtalsvillkor är ofta små eller obefintliga. Hård konkurrens mellan företag är likväl ägnad att åstadkomma bättre balans till kunders förmån.

För att tillgodose underlägsna parterers intressen och skydd mot "hårda" företag har lagstiftaren i ökande omfattning ingripit genom *tvingande lag*, främst om konsumentskydd i olika verksamheter. Direkt eller indirekt framhävs den stränghet med vilken företagsparten bör bedömas.

I lägen som inte täcks av särskilda skyddsbestämmelser utan av normer i *dispositiv lag* utgår man från att lagstiftaren inte givit någon part en fördelaktigare position än den som tillkommer motparten. Man kan räkna med att det skett en balanserad avvägning av parternas intressen. Detta utesluter likväl inte att man i avtalskonflikter beaktar en kunds underlägsna position. I tillämpningen av en dispositiv lag, som inte uttryckligen skiljer mellan företag och enskilda parter, t.ex. KöpL, bör de senares svagare status beaktas som bedömningsfaktor när detta in casu konstateras vara motiverat, särskilt i tillämpningen av prövningsnormer finns förutsättningar härför. Liknande överväganden är ofta motiverade i öppna fall. Vi ser här en trend som är särskilt påtaglig i fråga om avtal med syfte att tillgodose människors grundbehov.

I ett samhälle med fri ekonomisk konkurrens kan företags motparter, också när de är "vanliga lekmän", i praktiken vara tillräckligt starka för att hävda sina intressen. Bedömningsfaktorer till förmån för kunder får inte användas ensidigt, in casu bör de ställas in i avvägningar mellan alla parter intressen.

Bristande jämvikt kan också förekomma i avtal mellan en *fackman* och en part som inte är sakkunnig i frågor som avtalet gäller. Det ställs strängare krav på fackmannen. Man kan utgå från att en fackman lojalt använder sin sakkunskap i den samverkan som avtalet innebär och att han därvid rimligen beaktar sin motparts intressen. Denne bör bl.a. kunna lita på riktigheten och fullständigheten i fackmannens uppgifter samt utgå från att fackmannen handlar med tillbörlig omsorg. Handlande i strid härmed kan påverka bedömningar i konfliktsituationer.

För överväganden relevanta brister i parter jämvikt kan ha förekommit vid avtalets tillkomst eller uppträtt senare.

Beaktandet av bristande jämvikt i här nämnda och i andra fall kan, åtminstone till en del, ses som uttryck för en mera omfattande trend: skydd för en *svag* eller svagare part, en part som är svag i sig eller underlägsen i förhållande till en motpart med andra och bättre verksamhetsförutsättningar. Den inställningen, vars "ideella" bas ligger långt tillbaka i tiden, har betydelse också utanför i lag reglerade förhållanden.

I förlängningen av sådana resonemang frågar man vilket värde man kan eller bör ge s.k. *sociala faktorer*: i vilka fall, på vilket sätt och i vilken utsträckning skall man vid bedömningar rörande avtals innehåll och tillämpning fästa avseende vid att en part är sårbar eller försvagad av yttre omständigheter såsom sjukdom, arbetslöshet eller andra omständigheter som avsevärt påverkar hans eller honom närstående människors livssituation? Särskilt de senaste årens utveckling i samhället har stärkt min uppfattning att sociala omständigheter bör finnas bland bedömningsfaktorer också när de inte direkt är förankrade i lag.

Begreppet social bedömningsfaktor kan ges en vidare innebörd än den nyss nämnda. Närmast är det fråga om att i avtalsrättslig normgivning och tillämpning beakta och eftersträva att tillgodose avtalsparter grundbehov, främst beträffande arbete, bostad och skälig utkomst. I den meningen kan man se det sociala inflytandet som uttryck för en

välfärdstanke (s. 22). Också i familjerättsliga avtal kan man i en del fall ty sig till sociala bedömningar.

Man kan, om man så vill, anse att sociala faktorer tillräckligt starkt kommer fram när man åberopar den allmänna skyddsprincipen (s. 40), de innefattas i målsättningen att ge partsskydd när ett konkret behov därav är för handen, särskilt till förmån för en svagare part. Skyddsprincipen är visserligen obestämd, men detsamma gäller termen "social". Huvudsaken är att skyddsfaktorer som kan sägas ha social prägel ges tillräckligt utrymme i bedömningar och avgöranden i avtalsförhållanden.

Med sin rättspolitiska tyngd och sin anknytning till det demokratiska värdet trygghet och till grundläggande fri- och rättigheter har det man benämner sociala fakta och hänsyn – hur man än definierar dem – aktualitet i varierande situationer, bland dem i överväganden med inslag av skälighetsprövning och intresseavvägning.

Också när parterna är jämstarka kan en disproportion framträda i den *ekonomiska* avtalsbalansen – parternas åtaganden och häremot svarande förmåner är fördelade på ett sätt som starkt gynnar en part. Här gäller den fria marknadsekonomin med dess tanke att varje part själv, så långt hans förmåga sträcker sig, har att bevaka och tillgodose egna intressen. Det som avtalats skall gälla oberoende av ekonomiska konsekvenser. Undantagsvis kan en väsentlig ojämlikhet i den ekonomiska balansen beaktas, t.ex. genom nedskrivning av ett överstort vederlag utifrån en skälighetsbedömning. En justering är kanske starkast motiverad när obalansen orsakats av ändrade förhållanden (se s. 50).

5.4.4. *Risikfördelning*

I avtalsförhållanden ingår vanligen ekonomiska risker. I princip bär envar part för sin del konsekvenserna av att avtal som han ingått, förverkligas. Problemet är likväl inte entydigt. Det har delvis redan berörts: risken med avseende på avtalsbundenheten när ändrade förhållanden inträtt (s. 50) samt den risk som vilar på företagare (s. 71).

Risikfördelning aktualiseras i många andra fall av olika orsaker och med olika följder. Närmast är det fråga om vilken part som skall stå för följderna av att det inträffat omständigheter som har ekonomiska konsekvenser för avtalsförhållandet, särskilt för avtalsbalansen. Det är inte

möjligt att dra upp enhetliga riktlinjer, det krävs överväganden in casu med risk och riskfördelning som bedömningsgrunder.

I det följande skall några *exempel* nämnas.

Lagstiftaren kan ha utgått från och byggt sin normering på riskfördelning mellan parter. Sålunda grundas *kontrollansvaret* på att en part (enligt KöpL säljaren) har ett riskområde i den meningen att han ansvarar för det som ligger inom hans kontrollsfär även när något klanderbart inte kan läggas honom till last. Motparten bär risken och får sålunda stå för förluster som orsakats av omständigheter utanför kontrollgränsen, t.ex. av force majeure.

Riskbedömningar sker när det blir fråga om hur långt en part bör sträcka sig för att hindra att en avtalsstörning inträder eller reducera verkningar av en störning – *offergräns*. Här kommer också jämviktsresonemang in i bilden (s. 71).

Det är naturligt att parter i många fall måste finna sig i smärre avtalsstörningar – *toleransgräns* – utan att ha anspråk på compensation.

Varje part bär risken för att han har eller kan uppbringa de *ekonomiska resurser* som fullgörelse kräver. Problemet kompliceras i samband med konkurs och skuldsanering.

Riskfördelning har samband med frågan om *bevisbördan*, det gäller t.ex. att avgöra om den part mot vilken ett avtalsbrott riktar sig, skall visa att förutsättningar för en påföljd är för handen eller om motparten, för att omintetgöra en påföljd, skall bevisa att påföljdsförutsättningar inte föreligger – jfr problemet presumerad eller styrkt culpa i fråga om skadestånd.

Exempel som här nämnts belyser bara en del av riskproblematiken. Riskfördelning som bedömningsgrund kan vara relevant i mycket olika situationer som inte kan behandlas på samma sätt. Det är därför knappast möjligt att – åtminstone inte i detta skede – uppställa någon allmän riskprincip. Man bör likväl räkna med att frågan om risker och riskfördelning framdeles får växande betydelse.

Parter kan reglera riskfrågor genom *avtalsvillkor*, t.ex. force majeure-klausuler eller klausuler om avtalsvite (s. 83).

5.4.5. *Betydelse i rättstillämpning*

Utöver de bedömningsfaktorer som tidigare behandlats kan avslutningsvis ytterligare nämnas: parts *goda* eller *onda tro*, klausulers eller

handlingars bristande överensstämmelse med *god sed*, innefattande även moraliska värderingar samt underlåtenhet att teckna *försäkring* när sådan normalt förekommer.

Allmänt kan sägas att bedömningsfaktorer, oberoende av typ, i stort sett har likartad betydelse i *rättstillämpningen*.

Bedömningsfaktorer kan komma till användning oberoende av avtalets eller avtalsstörningens natur, ifall inte särskilda omständigheter utesluter detta. Frågan huruvida faktorer som är ägnade att påverka konkreta avgöranden måste användas kan besvaras så, att de ingår i en "arsenal" av motiv och argument ur vilken man i konkreta överväganden tar fram de som till sin struktur och sitt syfte är sådana att de, vid sidan av andra argument, är ägnade att påverka avgörandena.

Det är inte möjligt att med någon allmän formel ange vilken *styrka* enskilda bedömningsgrunder har i rättstillämpningen, inte heller att bestämma hur olika, ibland motsatta grunder skall vägas mot varandra. Starkast är de bedömningsfaktorer som uttryckts i lag eller understrukits i en lags motiv. Bedömningarna in casu bör, ifall inte annat följer av relevanta normer, också vara *öppna* för nya behov och värderingar.

6. Avtalskonflikter

6.1. Begrepp, typer

Vanligen *avvecklas* avtalsförhållanden enligt gällande handlingsnormer och med beaktande av andra in casu relevanta faktorer – såsom parterna uppfattar eller vill uppfatta dessa element. Parterna låter inte eventuella meningsolikheter omintetgöra eller påverka fullgörelse.

Ibland löses meningsolikheter och motsättningar mellan parterna genom *överenskommelse* med avsteg från det ursprungliga avtalet. Avtalsfriheten ger möjlighet härtill inom sina gränser, avtalsbundenheten utgör inte hinder. Motiven för sådana uppgörelser kan variera – önskan att undvika olägenheter av en avtalsprocess, ”kommersiella” hänsyn såsom parters strävan att upprätthålla fortsatta affärskontakter, känsla av moralisk skyldighet att fullgöra, fruktan för påföljder etc. Ändrade förhållanden, särskilt i långfristiga avtal, kan framtvinga omförhandlingar med överenskomna justeringar som resultat (s. 52). Rättsliga element kan men behöver inte finnas med i parternas överväganden.

Avtalsrättens problematik i hela dess vidd kommer in i blickfältet när parterna inte själva lyckas lösa uppkomna konflikter. Dessa kan vara av många olika slag, jag har använt den samlande och obestämda termen *avtalsstörning* – det har uppstått komplikationer i den samverkan som avtalet reglerar.

Konflikter som drivs till sin spets leder till att lösningarna skjuts över till domstol eller skiljemän. Det blir då fråga om ren *rättstillämpning*, avgöranden med stöd enbart av element i avtalsrättens materia, utgående från parternas yrkanden och invändningar samt på basen av det faktamaterial som läggs fram (om begreppet rättstillämpning s. 54).

Vill man belysa hela konfliktfältet kan man – grovt schematiskt – särskilja följande *huvudtyper* av avtalsstörningar:

- 1) Har ett avtal *uppkommit*:
 - föreligger ett tillräckligt starkt avtalsgrundande rättsfaktum,
 - ogiltighet till följd av fel i avtalsmekanismen.
- 2) Avtalets *inhåll*, vilka normer gäller för avtalet:
 - avtalade normer,
 - lagnormer, tvingande och dispositiva,
 - övriga normer, kutymer etc.,
 - avtalsvillkor i strid med annan norm,
 - tolkning av lag och avtalsvillkor.
- 3) *Upplösning* eller *modifiering* av avtalsförhållandet på grund av
 - ursprungliga faktorer (oskäligen avtalsvillkor etc.),
 - under avtalstiden ändrade förhållanden, vanligen med rubbad avtalsbalans som följd (valutajusterings etc.).
- 4) *Avtalsbrott*:
 - åsidosättande av handlingsnormer (se s. 80).

Dessa störningstyper, som delvis går in i varandra, kan ingalunda behandlas enhetligt, skillnaderna är stora trots att det finns gemensamma drag. Avvägningar mellan olika element i materialet varierar mycket också inom samma grupp. Någon analys av de olika avtalsstörningarna kommer jag inte att göra.

6.2. **Utgångsläge – allmänna avtalsprinciper**

Rättsliga avgöranden i avtalskonflikter har ett gemensamt utgångsläge: de *allmänna avtalsprinciperna*.

Avtalsfriheten blir undantagsvis föremål för bedömning: när en part hävdar att avtalet i dess helhet eller ett enskilt avtalsvillkor står i strid med en begränsande faktor, t.ex. en tvingande lagnorm eller god sed. Överskridande av avtalsfriheten kan leda till total eller partiell ogiltighet, eventuellt i förening med ersättningsskyldighet.

För alla avtalsstörningar, oberoende av art och styrka, gäller att den rättsliga bedömningen utgår från *avtalsbundenheten*. Två omständigheter förtjänar särskilt understrykas:

- avtalsbundenheten upphör i princip inte av den orsaken att en avtalsstörning inträtt, den presumeras gälla oförändrad så länge giltiga argument för motsatsen inte anförts, detta framträder tydligast

- i tesen om fortsatt avtalsbundenhet vid avtalsbrott (s. 88),
- om ett avtal inte kan eller av någon speciell orsak inte behöver fullgöras – inte alls eller inte helt – aktualiseras frågan om bundenhetens sekundära, ekonomiska dimension (s. 88).

I avtalskonflikter träder den allmänna *skyddsprincipen* i förgrunden – utan att de två andra principerna (avtalsfrihet och avtalsbundenhet) förlorar sin betydelse. En allmän utgångspunkt är att envar part som anses ha ett faktiskt behov av rättsskydd skall beaktas i avveckling efter avtalsstörningar.

Vad menar man när man talar om ett *faktiskt behov* av skydd?

När en avtalsstörning åsidosatt intressen som avtalet skall tillgodose, utlöses behov av skydd för den eller de parter som tillfogas ekonomisk förlust eller annan olägenhet, direkt genom störningen eller indirekt om på denna grundade påföljdskrav godkänns. Det är sålunda fråga om skydd mot avtalsstörningars faktiska följder. I den rättsliga avvecklingen efter en avtalsstörning gäller det att avgöra om sådana skyddsbehov är för handen, om de kan tillgodoses samt hur och i vilken omfattning detta i så fall skall ske.

I första hand prövas skyddsbehovet hos den part mot vilken en avtalsstörning riktar sig och som på grund härav framställer anspråk till sin motpart. Jämsides har man att överväga övriga parters eventuella behov av skydd, också för en part som orsakat störningen. Det gäller att mot varandra väga parternas faktiska skyddsbehov utan att schematiskt prioritera någon part, låt vara att övervägandena främst och huvudsakligen bör ta sikte på den part som framställt yrkanden grundade i avtalsstörningen. Beaktandet av alla parters behov av skydd – låt vara att dessa kan vara mycket olika med avseende på art och styrka – överensstämmer med tanken att avtalet är en form för samverkan i vilken alla parters intressen bör tillgodoses så långt som möjligt.

6.3. Kärnproblemet

Huvudfrågan i rättstillämpning efter avtalsstörningar är: vilka element i avtalsrättens materia skall eller kan användas i det enskilda fallet och hur skall olika element vägas mot och anpassas till varandra?

Inledningsvis kan sägas: ingen norm, rättsprincip eller bedömningsfaktor, som kan anses relevant in casu, får på förhand uteslutas.

Man skiljer mellan två grupper: *normtillämpning* samt *rättstillämpning i normluckor* (öppna fall). Någon skarp gräns mellan de två kategorierna existerar inte, de flyter in i varandra.

Beträffande lagnormer bör understrykas att lagstiftaren fört fram direktiven för tillämpning till den gräns som markeras av stadgandenas ordalydelse med det som ostridigt följer därav. På den andra sidan är det tillämpningens uppgift att med ledning av lagens förarbeten inrikta de rättsliga övervägandena in concreto och komplettera dem med tillämpliga element ur rättsmaterian. Normtillämpningen bör sålunda vara öppen för element utanför normen, särskilt när det blir fråga om elastiska eller annars obestämda normer vilka erbjuder möjlighet till prövning eller till skiftande tolkningar.

I normluckor gäller det att – obunden av direkt tillämpliga normer – in casu avgöra vilken betydelse man skall ge värderingar, principer, motiv, synpunkter och argument från avtalsrättens mångskiftande materia.

Det är knappast möjligt att, utöver några allmänna riktlinjer, formulera anvisningar som vore giltiga för alla eller större delar av avtalsstörningar. Försök i den riktningen skulle kräva ingående detaljanalyser, sådana skall inte göras här. I det följande kommer jag att koncentrera mig på *avtalsbrott* och gå förbi andra slag av störningar. En annan sak är att många överväganden rörande avtalsbrott ingalunda är exklusiva i den meningen att de skulle sakna betydelse för andra typer av avtalskonflikter.

6.4. **Avtalsbrott**

6.4.1. *Begrepp*

Med *avtalsbrott* avses att någon för ett avtal gällande handlingsnorm har åsidosatts. Avtalet har inte fullgjorts – helt eller delvis – på det sätt, med den substans eller i den omfattning som en eller flera normer bestämmer eller förutsätter. Det är vanligen irrelevant vilken typ av handlingsnormer som brutits: individuellt eller allmänt avtalsvillkor, bestämmelse i lag etc. Termen avtalsbrott är inte bunden till den orsak som lett till att en handlingsnorm inte följts, det kan vara en parts eller

hans medhjälparens agerande eller en utifrån kommande händelse. Orsaken till avtalsbrottet får betydelse först i det skede då fråga blir om påföljder och deras förutsättningar. Avtalsbrott förutsätter att avtalet är giltigt.

6.4.2. *Avveckling – innebörd, syfte*

Avtalsbrottets problematik är ytterst en fråga om *avveckling* av avtalsförhållanden i de förändrade lägen som avtalsbrott framkallat med de påföljder som då kan göras gällande.

När en part hävdar att ett avtalsbrott förekommit och med anledning härav framställer krav till sin motpart, ställs man inför följande *avgöranden*:

- har någon för avtalet gällande handlingsnorm verkligen åsidosatts,
- vilken eller vilka påföljder kan göras gällande av den part mot vilken avtalsbrottet riktar sig,
- vilka förutsättningar gäller för olika påföljder samt
- hur och i vilken omfattning kan påföljder förverkligas?

Bakgrunden till påföljdsproblematiken finner man i *syften* och strävanden som gör anspråk på att bli tillgodosedda när avtalsbrott förekommit:

- att lindra ekonomiska verkningar av avtalsbrott, ett minimum av olägenheter för alla parter,
- att om möjligt försätta den part mot vilken ett avtalsbrott riktar sig i samma ekonomiska ställning som hade inträtt ifall avtalet hade fullgjorts enligt gällande handlingsnormer,
- att låta denna part välja vilken eller vilka påföljder han gör gällande,
- att tillgodose kravet på lojalitet vilket, för alla parter del får särskild tyngd efter det avtalsbrott inträffat, samt
- att utgöra påtryckningsmedel med preventiv verkan.

6.4.3. *Påföljder*

System

Under en lång tid har det utvecklats ett *påföljdssystem* inom vilket man försöker tillgodose syften som nämnts i det föregående. Systemet har utformats dels genom lagstiftning och rättspraxis dels genom rättsvetenskaplig analys och därpå grundade ställningstaganden.

I dagens läge förekommer följande *grundformer*:

- *krav på avtalsprestation* utgående från principen om fortsatt avtalsbundenhet,
- *hävning* utgående från att den part mot vilken avtalsbrottet riktar sig inte är skyldig att hålla fast vid avtalsbundenheten utan bör ges möjlighet att under särskilda betingelser lösgöra sig från avtalet och därmed även från honom åvilande skyldigheter,
- *vederlagsminskning* (prisavdrag) med syfte att part skall kompenseras ekonomiskt när motpartens prestation är felaktig eller bristfällig vilket lett till att den ursprungliga avtalsbalansen rubbats,
- *skadestånd* med uppgift att ekonomiskt försätta part i samma situation som skulle ha inträtt ifall avtalet hade fullgjorts enligt gällande handlingsnormer.

Vid sidan av grundformerna förekommer "accessoriska" påföljder, närmast är det fråga om åtgärder som en part får vidta för att temporärt bevaka sina intressen eller för att utöva påtryckning på sin motpart, t. ex. innehålla sin prestation i avvaktan på att motparten försenat skall fullgöra sina förpliktelser.

I några fall ges part rätt till "självhjälp" som de facto innefattar fullgörelse – kvittning och tackningsavtal. Också en omfördelning av parternas risker kan uppkomma som en följd av avtalsbrott.

Med avseende på *särskilda avtalstyper* förekommer påföljder som är anpassade till förhållanden som utmärker dessa avtal. Sålunda kan en köpare kräva att fel eller brister i varan avhjälpas, pantavtal rörande lös egendom ger borgenär rätt att vid betalningsdröjsmål realisera panten, mottagare av saker för reparation kan ha rätt att sälja gods som inte avhämtas.

Det är möjligt att utvecklingen för med sig *nya påföljdstyper* eller uppdelar tidigare förekommande påföljder. Normalt sker det genom lagstiftning som direkt eller indirekt bestäms av eller får impulser från behov som gör sig gällande i det ekonomiska livet eller beträffande någon särskild avtalstyp.

Avtalade påföljder

I överensstämmelse med avtalsfriheten kan parterna helt eller delvis reglera påföljder av eventuella avtalsbrott. De kan genom *avtalsklausu-*

ler dels ta i bruk andra påföljder än sådana som har stöd i lag, t.ex. rätt att annullera avtalet. Parterna kan reglera vanliga påföljder eller deras förutsättningar på ett sätt som *avviker* från den "normala" ordning som ingår i dispositiv lag. Sålunda är det möjligt att genom påföljdsklausuler

- helt eller under angivna förutsättningar utesluta en påföljd, t.ex. hävning,
- begränsa en påföljd till sin omfattning, t.ex. maximering av skadeståndsbelopp,
- fixera förutsättningar för en påföljd sålunda att parts ansvar skärps, t.ex. genom avtalsvite, eller mildras, t.ex. genom att utesluta skadestånd om vållande endast är ringa, eller närmare precisera en påföljd, t.ex. hävning när ett dröjsmål varat en bestämd tid.

Parter kan inte ges full frihet att använda påföljdsklausuler. En klausul blir lätt oförmånlig för någon part. Dels kan det vara svårt att förutse den faktiska situation som inträder efter ett avtalsbrott, en klausul kan få andra eller större verkningar än man tänkt sig. Dels ligger faran nära att den part, på vars initiativ eller åtgärd en påföljdsklausul intas i avtalet, för sig skapar en förmånlig position på motpartens bekostnad. Detta gäller särskilt i förhållandet mellan parter med olika styrka samt när den ena parten de facto utformar avtalet, såsom vid standardavtal. Sådana olägenheter kan elimineras dels genom förbud mot vissa påföljder (förverkandeklausul etc.), dels genom jämkning av oskäligen påföljdsklausuler.

Parter kan inte med bindande verkan överenskomma om tvångsmedel som enligt lag inte får användas.

Efter det avtalsbrott inträffat kan parterna inom avtalsfrihetens gränser avtala om avveckling av avtalsförhållandet via särskilda påföljder.

Påföljders preventiva funktion

Påföljder har inte enbart en repressiv funktion. Det är naturligt att parterna, var för sin del, vidtar åtgärder som kan eliminera eller minska riskerna för avtalsbrott för att därigenom undgå sanktioner som kunde komma att riktas mot dem och som normalt är ekonomiskt eller på annat sätt betungande eller oförmånliga. I den meningen har de en-

skilda sanktionerna i påföljdssystemet en viss förebyggande, *preventiv* funktion, detta framträder kanske tydligast med avseende på skadeståndssanktioner. Ett rationellt påföljdssystem har sålunda också "avtalsstabiliserande" verkningar.

I det följande gör jag blott några *allmänna* reflexioner rörande påföljder och deras förutsättningar.

6.4.4. *Normtillämpning*

Begrepp – innebörd

Normtillämpning innebär att den konflikt som ett avtalsbrott framkallat skall lösas med stöd av en eller flera för det ifrågavarande fallet gällande normer i avtal, lag etc.

I första hand blir det möjligen fråga därom huruvida en viss *handlingsnorm*, som påstås ha blivit åsidosatt, är tillämplig i den konkreta situationen. En part hävdar t.ex. att ett för honom betungande villkor i ett standardavtal inte gäller, då motparten inte vid avtalets ingående uppmärksamgjort honom på dess existens eller innebörd eller att en sedvänja inte vunnit den fasthet att ett handlingsdirektiv kan anses ha uppkommit.

På samma sätt kan det bli nödvändigt att ta ställning till om en *påföljdsnorm* som part åberopar, skall tillämpas eller ej, den part mot vilken avtalsbrottet riktar sig, yrkar t.ex. på en annan påföljd än den som anges i en avtalsklausul emedan han anser denna strida mot tvingande lag eller mot en bestämmelse i ett normavtal. Frågan löses enligt det som tidigare sagts om begränsningar i avtalsfriheten (s. 36).

När avtalskonflikten kanaliseras till en bestämd norm blir det fråga om dennas innebörd. Ifall normen inte är klar eller fullständig, måste det ske en *tolkning* – inklusive en eventuell komplettering eller utfyllning – såsom ett led i tillämpningen.

Tolkning av avtal

Tolkning av *avtalsvillkor* bör beakta sambandet med andra bestämmelser i avtalet. En realistisk avtalstolkning är ett läggspel i vilket enskilda bitar dimensioneras och formas så att de passar in i avtalshelheten och därmed in i den samverkan mellan parterna som avtalet utgör. Ofta

åberopar man särskilda tolkningsprinciper, t.ex. minimumregeln (s. 67). Sådana schematiska och ofta ensidiga metoder bör nyttjas med måtta och bör främst ses som kompletterande tolkningsregler. En okritisk användning kan leda till att man förbiser väsentliga faktorer som bör ingå i en helhetsbedömning. Sålunda är det viktigt att fästa avseende vid avtalets syfte, det faktiska bakgrundsmaterial som kan ha använts, t.ex. expertutlåtanden, samt det som från olika sidor hävdats i förhandlingar och eventuella "kompromisser" som föregått avtalet.

Dispositiva lagnormer kan ge *vägledning*. Om parterna eftersträvat en lösning som avviker från lagens reglering, är det viktigt att klarlägga skillnaderna mellan lagen och det oklara avtalsvillkoret och avsikten med avvikelsen. När det i andra fall gäller att få klarhet i ett avtalsvillkors innebörd – t.ex. när villkoret är obestämt eller ensidigt utformat – kan man utgå från att en lags motsvarande dispositiva norm, t.ex. i KöpL, utgör resultat av en objektiv och rationell avvägning mot varandra av parternas intressen och att lagen anger en rimlig, skälig och rationell lösning – en normallösning. I sådana fall ger fakta och argument som bär upp en lagnorm, vägledning för tolkningen vid sidan av särskilda omständigheter och syften bakom avtalet och det tolkning underkastade villkoret.

Tolkning av allmänna villkor i *standardavtal* följer i viss mån andra linjer. För den part som inte medverkat vid tillkomsten av villkoren (passiv part) och som kanske inte har närmare kännedom om deras innehåll, framstår allmänna avtalsvillkor lätt som regler utanför det individuella avtalet, som normer i den verksamhet vari avtalet ingår. Vägledning för tolkning kan sökas i den praxis som gäller i sådan verksamhet.

Ofta finns det i standardavtalen bestämmelser som ensidigt tillgodoser intressen för den part som använder avtalen i sin rörelse. Den andra parten kan ha svårt att fatta avtalsvillkorens verkliga innebörd eller inse följderna av deras tillämpning. Detta motiverar, om sakskalet härför påvisas, att man i tolkningsattityden avviker från en strikt balanserad avvägning av parternas intressen och prioriterar den passiva parten. Å andra sidan bör man vara återhållsam till en tolkning som understryker den passiva partens intresse och skyddsbehov så starkt att de allmänna avtalsvillkorens normerande betydelse avsevärt försvagas.

Tolkning av lag, kompletterande normer

Tolkning av *lag* följer delvis ett annat mönster. Det är fråga om allmänna och i viss mån abstrakta normer i vilkas tillämpning man bör eftersträva för likartade fall enhetliga tolkningar och därmed även att befordra likhet inför lagen. Å andra sidan får man inte förbise att lagnormer konkretiseras och får reellt innehåll först när de tillämpas i enskilda fall, tolkningen utgör i det avseendet ett led i en speciell konfliktlösning. Det kan då uppstå ett motsatsförhållande mellan kravet på generell rättssäkerhet och behovet av individuellt rättsskydd. En betydelsefull tolkningsfaktor är lagnormens allmänna målsättningar såsom de framträder i ordalydelsen och i förarbetena med deras på senare tid utförligare motiveringar. Genom prejudikat kan tolkning preciseras. Möjligt är också att utvecklingen för in nya motiv och bedömningsgrunder, detta kan betinga tolkningar med nya element och leda till ändringar i tolkningsmönstret.

Vid tolkning av *tvingande* lag utgör normens rättspolitiska ändamål det centrala kriteriet. Normens syfte är normalt att skydda en avtalspart, oftast en svag, eller att tillgodose vissa allmänna intressen, lagen bör tolkas så att dessa syften förverkligas in casu. Ett väsentligt drag i tolkningen är att hindra parterna att kringgå lagen. Den tvingande regleringen bildar undantag från avtalsfriheten och bör därför inte utsträckas längre än att normernas rättspolitiska krav klart fylls.

Dispositiv lag ger parterna "normservice", fyller ut luckor i avtal samt främjar enhetlighet och rättssäkerhet. Tolkningen bör utgå härifrån. Man har skäl att förutsätta att lagstiftaren vägt parternas intressen och skyddsbehov mot varandra på ett objektiva, rimligt och ändamålsenligt sätt. Detta bör vara en vägledande tanke i tolkningen. Man bör dock beakta att lagstiftaren kan ha syftat till att prioritera *en* parts intresse, t.ex. den part mot vilken ett avtalsbrott riktar sig. Och även när lagen utgår från jämlikhet mellan parterna, såsom t.ex. KöpL, måste tolkningen beakta att det i praktiken kan föreligga en uppenbart bristande jämlikhet, vilket kräver att man betonar skyddet för den svagare parten. I sig lovvärda strävanden att genom tolkning prioritera skyddet för en underlägsen part får likväl inte drivas för långt, tolkningen förutsätter intresseavvägning. Samtidigt bör man vara uppmärksam på att rättssäkerheten inte förbises.

I tolkning av *konventionsstyrd* lag, t.ex. inom transporträtten, bör

man självfallet beakta motiv och syften bakom konventionerna samt utländskt rättsligt material även om sådana element skulle avvika från principer och bedömningsgrunder i nationell lagstiftning och rättstillämpning.

Också *kompletterande* normer (s. 61) kan kräva tolkning. Det kan t.ex. vara nödvändigt att klargöra om, på vilket sätt och i vilken omfattning motiv och argument bakom ett avgörande av HD kan anses ha prejudikatverkan i ett fall som inte är analogt men som beträffande rättsfrågan kräver likartade bedömningar som i den prejudicerande domen.

Särskilda tolkningsdata

All normtolkning bör inriktas på lösningar som är praktiskt genomförbara och rationella. I en del fall bör även tredje mans intressen beaktas. Tolkningen bör även vara öppen för moraliska värderingar samt eftersträva överensstämmelse med allmänna och partiella rättsprinciper. Enligt en generell riktlinje bör tolkning, så långt det är möjligt, tillgodosätta alla parter behov av skydd.

Riktlinjer för normtillämpning

Tillämpningen av en norm för att lösa en genom avtalsbrott framkallad konflikt är ingalunda alltid en entydig "teknisk" process. Också när normens innebörd från början är ostridig eller senare klarlagts genom tolkning kan det krävas *komplettering* eller utfyllning som är öppen för normens "ratio" i hela dess vidd. Det kan bli nödvändigt att i tillämpningen beakta element ur bakgrundsmotiv, ändamål, avgränsning mot konkurrerande normer, användningen av rättsprinciper och särskilda bedömningsgrunder – kort sagt att välja ut användbara delar ur allt det som rättsmaterian erbjuder till stöd och vägledning i den verklighet som framträder i avtalet och avtalsbrottet.

Normtillämpningens material och överväganden på den basen kan sålunda vara mycket olika. Därtill kommer skiljaktigheter beroende på vilken normtyp – avtalsvillkor, lag etc. – det är fråga om och hur fullständig och exakt normen är. Osäkerheten i tillämpningen ökar i takt med att normens fullständighet och bestämdhet avtar.

I lösandet av konflikter orsakade av avtalsbrott ligger huvudvikten på

tillämpningen av *påföljdsnormer*. Dessa har sin bas i bakomliggande handlingsnormer sålunda att tillämpningen är beroende av på vilket sätt, i vilken omfattning och av vilken orsak en part brutit mot en handlingsnorm. I den meningen är påföljdsnormerna subsidiära. Deras tillämpning konkretiserar framför allt den allmänna skyddsprincipen genom att ta sikte på reella skyddsbehov hos parterna.

Grunden för tillämpning av påföljdsnormer finns i tesen att ett avtalsbrott inte upphäver parternas bundenhet – principen om *fortsatt avtalsbundenhet*. Avtalets handlingsnormer gäller fortfarande – så långt detta är möjligt i de ändrade förhållandena. Den part på vars sida avtalsbrott förekommit, kan inte lösgöra sig från avtalet genom att bryta detta. Den part mot vilken avtalsbrottet riktar sig och vars skyddsbehov det i första hand gäller att tillgodose, kan – i princip – kräva fullgörelse enligt avtalets handlingsnormer, detta kan även ske genom krav på avhjälpande av fel eller komplettering av brister. Den part som brutit avtalet har å sin sida rätt att fullgöra enligt avtalet, motpartens valfrihet beträffande påföljder (s. 68) kan likväl omintetgöra prestation.

Det som här sagts kunde benämnas den fortsatta avtalsbundenhetens *primära* dimension.

När fullgörelse inte är möjlig – t.ex. force majeure – eller den skulle kräva orimliga upppoffringar – offergräns – är det naturligt att bundenheten enligt avtalets innehåll faller bort. Därutöver kan den part mot vilken avtalsbrottet riktar sig ensidigt häva avtalet när särskilda förutsättningar härför är för handen och på det sättet eliminera bundenheten. När den primära avtalsbundenheten av sådana orsaker ömsesidigt upphör, kvarstår bundenhet likväl i den meningen att den part mot vilken avtalsbrottet riktats, i princip bör försättas i samma ekonomiska situation som skulle ha inträtt utan avtalsbrott, han skall gottgöras, erhålla avtalsvärdet. Skadestånd med dess tes om full ersättning samt prisminskning utgår härifrån. Man kan benämna detta avtalsbundenhetens *sekundära* dimension. En annan sak är att linjen kan komma att rubbas som en följd av att den part mot vilken kraven riktas, för sin del har ett godtagbart behov av skydd.

Principen om fortsatt avtalsbundenhet med dess två dimensioner bildar under alla omständigheter *utgångsläget* för tillämpningen av påföljdsnormer.

Jämte frihet att välja mellan olika påföljder har den part mot vilken

avtalsbrottet riktar sig möjlighet att kombinera påföljder, t.ex. förena krav på avtalsprestation eller hävning med skadestånd. Denna rörlighet är nödvändig för att tillgodose hans rättsskydd.

Skyddet för den part på vars sida avtalsbrottet förekommit tillgodoses huvudsakligen genom att påföljdsnormer bestämmer *förutsättningar* för olika påföljder – väsentlighet som betingelse för hävning, force majeure utesluter skadeståndsskyldighet etc.

Vid tillämpningen av påföljdsnormer är det nödvändigt att mot varandra ställa och *avväga* parternas motsatta skyddsbehov – å ena sidan de framförda påföljdskraven, å andra sidan de begränsande förutsättningarna för deras godkännande. Man frågar: har avtalsbrottet orsakats av culpa, är det rimligt att tillmötesgå krav på avtalsprestation, är avtalsbrottets verkningar så väsentliga att hävning är motiverad etc.

Element i normtillämpning

När en norm, som skall tillämpas, inte ger tillräcklig anvisning om vilka faktorer som bör beaktas i överväganden in casu ställs man inför frågan: vilka *andra element* i avtalsrättens materia skall man tillgripa och vilken relevans har de? Normernas och avtalsbrottens mångfald är så stor att det är uteslutet att ge uttömmande svar. Några allmänna synpunkter förtjänar nämnas.

Särskilt vill jag understryka betydelsen av att man låter *avtalsrättsliga principer* påverka avgörandena. Sådana principer (s. 63) kompletterar eller modifierar tillämpliga påföljdsnormer när de förs in i den konkreta avvägningen. Dels kan en rättsprincip ge stöd åt det påföljdskrav som framställts och sålunda stärka detsamma, dels kan principen moderera den lösning som en schematisk normtillämpning skulle leda till. Det sagda kan exemplifieras med skälighetsprincipen. En prövning av vad som är skäligt kan utfalla till förmån för den part som framställt ett yrkande – t.ex. en underlägsen part i relation till en stark företagspart – men prövningen bör också ge motparten skydd om ett förebehållslöst godkännande av påföljdskravet skulle leda till oskälighet; jämkning av skadestånd belyser problematiken. På liknande sätt kan man resonera med avseende på lojalitetsprincipen samt olika partiella rättsprinciper, t.ex. culparegeln, i överensstämmelse med fakta och värderingar bakom dem.

Bedömningsfaktorer utanför rättsprinciperna kan starkt påverka av-

vägningar mellan parterna – t.ex. parts egenskap av fackman, god tro, riskfördelning (s. 69). Störst är deras betydelse i tillämpningen av normer som tillåter eller förutsätter prövning.

Tillämpningen av sådana *prövningsnormer* (s. 60) är öppen inom de ramar normen anger, de betingar att man företar en allsidig prövning på basen av de faktiska omständigheterna in casu.

Det är vanskligt att dra riktlinjer för tillämpning av prövningsnormer. Direktiven – oskälighet, särskilt vägande skäl, stridande mot tro och heder etc. – tillåter och kräver omfattande och allsidiga överväganden i relation till den konkreta situationen; som exempel kan nämnas att längden av "skälig tid" beror på vad som skall eller borde ske inom den tiden, vilka ekonomiska och andra konsekvenser ett dröjsmål skulle ha, hur snabbt det är möjligt att vidta åtgärder etc. Prövningen måste hålla sig inom gränser som gäller all rättstillämpning i avtalsförhållanden – normernas syften, kravet på objektivitet, intresseavvägning, behov av rättsskydd etc. Normernas elasticitet gör det möjligt att i en del fall gå en rimlig medelväg mellan motsstående intressen, t.ex. att moderera ett krav framom att helt underkänna detsamma.

Resultat av normprövning kan inte med bestämdhet förutses, detta ligger i prövningens natur. Rättssäkerheten kan äventyras, det finns risk för godtycke och subjektiva värderingar, därför bör prövningens slutsatser vara genomgående sakligt underbyggda, helst med redovisade motiv.

Det är knappast motiverat att på helt olika sätt tillämpa prövningsnormer och normer med exakt innehåll. Också de senare förutsätter ofta ett visst mått av prövning. Det är fråga om en gradskillnad snarare än om en artolikhet.

Det som här sagts om olika element i normtillämpning vid avtalsbrott antyder endast synpunkter och argument som *kan* utnyttjas. I vad mån de eller delar av dem *bör* användas i tillämpningen är helt beroende av hur långt man in casu har att gå när själva normen inte ger tillräckligt material för en godtagbar konfliktlösning. Det är närmast fråga om att nyttja den "arsenal" av principer och bedömningsfaktorer ur vilken man väljer ut sådant som inom normens ram kan vara relevant som hjälpmedel i tillämpningen och därmed bidra till allsidigt underbyggda konfliktlösningar; urvalet är ett led i normtillämpningens metodik. I en

sådan vid normtillämpning – särskilt påtaglig med avseende på provningsnormer – kommer man in på gränsområdet till normlösa situationer.

6.4.5. *Rättstillämpning i normluckor*

Begrepp – innebörd

En *normlucka* föreligger när den avtalskonflikt som skall lösas inte är reglerad i vare sig avtal, lag eller någon annan rättsnorm.

Det förekommer *grader* av öppenhet.

Dels är läget *helt* öppet, det finns inte någon som helst rättsnorm som direkt kan tjäna som grund för den konkreta konfliktlösningen, luckan är fullständig. Dessa situationer benämns i det följande *öppna fall*.

Dels finns det någon rättsnorm viken kan tjäna som bas för avgörandet, men normen är *ofullständig*, den täcker blott en del av det problem som skall lösas.

I de öppna fallen *saknas* en konkret *bas* för tillämpningen. Det betyder ingalunda att avgörandena och deras argumenteringar vore fria. Varje konfliktlösning skall grundas på rättsligt material som provas vara relevant i det konkreta avgörandet. Bedömningarna bör i princip vara öppna och mottagliga för allt som ingår i avtalsrättens materia.

Riktlinjer för rättstillämpning

Man utgår från avtalsförhållandets *realiteter*: syften som avtalet skall förverkliga, avtalstypen, avtalsbalansen, avtalsbrottets faktiska följder etc. Sådana omständigheter bör i ett tidigt skede ryckas in i helhetsbedömningar som konfliktlösningar i öppna fall alltid förutsätter.

Avtalsbundenheten utgör bas för konfliktlösningarna. Principen om *fortsatt avtalsbundenhet* (s. 88) är generell, den gäller alla avtalsförhållanden och alla slag av konflikter – ifall inte parterna avtalat annat.

Överväganden i öppna fall koncentreras starkt till *skyddsprincipen*. Den eller de parter som har ett faktiskt behov av skydd bör tillgodoses så långt detta är möjligt – detta är ju en för alla avtalsbrott vägledande tes. Motsatta skyddskrav måste sålunda vägas mot varandra, vilket i praktiken kan betyda att partsskyddet reduceras.

Huvudproblemet i öppna fall är: *vilka påföljder* kan ifrågakomma och under *vilka förutsättningar* kan olika påföljder med framgång göras gällande och förverkligas?

För problemlösningarna in casu finns en *allmän riktlinje*: överväganden och deras resultat bör passa in i det avtalsrättsliga påföljdssystemet (s. 81) med de förutsättningar som krävs beträffande olika slag av påföljder. Rättstillämpningen i öppna fall bör inte brytas ut ur denna helhet.

I första hand gäller det att avgöra om ett framställt påföljdskrav till *sin natur* är sådant att det kan godtas.

För användningen i en normlucka av en påföljd som ingår i det allmänna påföljdssystemet (s. 82) krävs inte någon särskild motivering. Påföljdstyperna utgör allmängods, bortsett från påföljder knutna till speciella avtal. Det behöver likväl inte vara helt uteslutet att på parts yrkande använda en påföljd som inte finns i det allmänna systemet.

I praktiken bereder det knappast svårigheter att avgöra om ett framställt påföljdskrav är sådant att det – generellt sett – kan genomföras. Systemets grundformer ger den ram inom vilka övervägandena bör göras.

Svårigheter uppstår däremot och argumenteringarna varierar när det blir fråga dels om *förutsättningar* för respektive påföljd – t.ex. om kravet på väsentlighet vid hävning skall upprätthållas och hur det i så fall bör fixeras – dels om vilken av *alternativa* lösningar som skall gälla – t.ex. culpa-ansvar eller strikt ansvar.

Lagars följdverkningar

Det ligger nära att jämföra med lagnormer om liknande eller annars närliggande avtal och avtalsbrott. Man utnyttjar det man kunde kalla *lagars följdverkningar*: man låter lagnormer samt principer, argument och ställningstaganden på vilka de bygger bestämma eller påverka avgöranden på sidan om lagens tillämpningsområde.

När man analyserar följdverkningar och bygger avgöranden på dem måste man beakta att lagar om avtal i första hand är anpassade till *speciella* behov och syften som präglar den verksamhet och de avtal som respektive lag reglerar. Det förekommer stora olikheter mellan t.ex. av-

tal i transportverksamhet och i värdepappershandel. Skiljaktigheter mellan olika avtalstyper måste alltid beaktas. Man har anledning att vara försiktig att godta följdverkningar av lagbestämmelser med specifik uppbyggnad och målsättning.

En lags ålder bör beaktas. En *äldre lag* kan bygga på fakta och värderingar som inte längre är aktuella, åtminstone inte i samma utsträckning som när lagen stiftades. Användning av en äldre lag som jämförelseobjekt kan betyda fastlåsta positioner som är främmande för nya, godtagbara tendenser i rättsutvecklingen. En *nyare lag* presumeras bygga på eller åtminstone omfatta aktuella målsättningar i samhällsliv och ekonomisk verksamhet. Det är naturligt att sådana linjer följs också i avgöranden i öppna fall – utan att enhetligheten i det allmänna på-följdssystemet bryts sönder.

Trots olikheter i uppbyggnad och detaljer mellan lagar om särskilda typer av avtal präglas lagnormer i många stycken av *allmänna* avtalsrättsliga principer och andra element som är allmänna i den meningen att de skär igenom hela eller stora delar av avtalsrätten, t.ex. lojalitet i parternas samverkan eller skydd för svagare parter. Sådana ofta dolda element i en lags eller en enskild norms bakgrund är naturliga att föras in i analyser av följdverkningarna.

Särskilt betydelsefulla är lagar som återger ett allmänt och relativt fullständigt påföljdsmonster; KöpLs följdverkningar är i det avseendet starka.

Följdverkningars genomslagskraft är störst när överensstämmelsen med en i lag reglerad avtalstyp och/eller konfliktsituation är så stor att man – enligt gammalt mönster – kan företa en *tillämpning ex analogia*: en lagnorm tillämpas i det öppna fallet utan förbehåll.

Likheterna mellan det öppna och det lagreglerade fallet skall vara mycket stora innan man tillgriper en analogitillämpning. Man bör akta sig för att utsträcka analogierna för långt. Schematiska lösningar förbiser lätt relevanta olikheter. Användningen av en lagnorm ex analogia bör ske restriktivt.

När man på grund av väsentliga skiljaktigheter inte når fram till en analogitillämpning betyder det ingalunda att en lags följdverkningar vore uteslutna. En lagnorm kan ha en betydande *vägledande funktion* vid sidan av eller framom andra bedömningsfaktorer.

Man utgår från *motiven* bakom det lagrum som anses kunna ge vägledning, lagens förarbeten kan i det avseendet ge viktig information. Det gäller att klarlägga om stadgandet ger uttryck åt någon för det föreliggande fallet godtagbar princip eller riktlinje, om värderingar bakom normen har relevans och om lagens direktiv kan anses ändamålsenligt och passa in i den avtalstyp och konkreta situation som är för handen i det öppna fallet. Om svaret blir jakande, betyder det inte att man tillgriper en analogitillämpning. Lagbestämmelsens följdverkan framträder däri att bakomliggande element projiceras på det öppna fallet. Med ledning härav och med beaktande av andra faktorer, t.ex. det ifrågavarande avtalets särart, avgör man om, i vilka avseenden och i vilken utsträckning lagnormen med dess ratio har relevans utanför sitt tillämpningsområde och sålunda kan påverka avgörandet.

När man använder en lags följdverkningar som vägledning i ett öppet fall får man kanske inte ett tillräckligt material för bedömningen. Det kan krävas *komplettering* med andra element. Den generella riktlinjen är given: den avtalsrättsliga materian i dess helhet står till förfogande. Det gäller att välja ut element som har ett sakligt och logiskt samband med situationen i den konflikt som skall lösas och som rationellt kompletterar den modell som finns i den vägledande lagnormen.

I sådana överväganden har man anledning att beakta *rättsprinciper* som kan påverka avgörandet in casu. Sålunda är det viktigt att eftersträva skäligen lösningar, särskilt när det gäller att skydda svagare parter. Lojalitetsprincipen är relevant när man bedömer parterers handlande och uppträdande i samband med avtalsbrott eller därefter. Och med avseende på en del påföljdskrav har man att beakta partiella rättsprinciper som preciserar förutsättningar för en påföljd, t.ex. väsentlighet som betingelse för hävning.

Ofta måste man in casu komplettera eller modifiera lagars följdverkningar med *särskilda bedömningsfaktorer*, sådana är bl.a. riskfördelning mellan parterna, parts goda eller onda tro, sociala hänsyn, inverkan av oförutsedda yttre händelser, bristande jämvikt mellan företag och enskilda personer eller mellan fackmän och icke sakkunniga (s. 69).

I ett öppet fall kan det gälla val mellan följdverkningar av två eller flera konkurrerande lagnormer som erbjuder *alternativa lösningar*.

Som exempel kan tjäna lagregler om förutsättningar för skadeståndsskyldighet vid avtalsbrott. Skall man tillämpa den traditionella culparegeln, stanna för strikt ansvar, använda det nya kontrollansvaret eller ta modell av någon i lag reglerad särform? Svaret blir beroende av avvägningar som beaktar både motiven bakom de olika ansvarsformer-
na och särskilda bedömningsfaktorer, också sådana som möjligen inte finns med i lagarnas motiveringar. Speciell vikt bör man fästa vid nya trender samt överväga huruvida dessa med sitt nytänkande kan anses tillräckligt starkt underbyggda för att bestämma avgöranden i öppna fall. Det ligger sålunda nära att ge företräde åt nyare lagnormer, detta får dock inte ske utan noggrann prövning. I det avseendet bör särskilt nämnas konkurrensen mellan det personcentrerade culpa-ansvaret och kontrollansvaret med dess förankring i den riskfördelning som är särskilt motiverad i företagsverksamhet.

Att utnyttja lagars följdverkningar bidrar till att föra in de öppna fallen i det påföljdssystem som utvecklats genom lagstiftning. Detta befordrar enhetlighet och stadga i rättstillämpningen.

Särskilda element i tillämpningen

När någon lagnorm med *följdverkningar inte* kan åberopas, gäller det att i övrigt i tillämpliga delar följa det mönster som skisserats i det föregående. Man utnyttjar det allmänna påföljdssystemet, allmänna och partiella rättsprinciper samt särskilda bedömningsfaktorer. Dessa element i rättsmaterialet har i sådana fall en större tyngd. Ofta bygger lösningarna på konkret inriktade bedömningar av förhållandena i det enskilda fallet, dessa får dock inte avskiljas från beroendet av allmänna avtalsrättsliga element och riktlinjer. Lösningarna bör vara förenliga med det allmänna påföljdssystemet och dess grundlinjer, låt vara att valet av basmaterial och argumentering är relativt fritt. Den osäkerhet som med avseende på resultatet vidlåder en sådan mera "fri och konkret" bedömning försvårar möjligheten att förutse följderna av ett avtalsbrott, också sannolikheten för att det finns flera riktiga lösningar (s. 100) ökar.

Av vikt är att eftersträva *ändamålsenliga* lösningar. Och man bör – om det är möjligt – undvika avgöranden som onödigt hårt skulle drabba den i processen förlorande parten, i överensstämmelse med tesen att alla parter skyddsbehov bör beaktas.

Det som här sagts om lagnormers följdverkningar gäller i princip även *prejudikat* (ovan s. 61).

Om ett avgörande av högsta instans har en medelbar prejudikatverkan, kan det närmast jämföras med lagnormer som har *vägledande följdverkningar*. Genom att HD:s avgöranden på senare tid utförligare redovisat allmänna motiv, principer och bedömningsgrunder har de fått ökad betydelse för avgöranden i öppna fall. Som exempel förtjänar nämnas att det i prejudikat uttalats en allmän princip att ansvarsbefriande avtalsklausuler tolkas restriktivt och att en parts medhjälpare enligt en erkänd avtalsrättslig princip inte är ansvarig mot sin huvudmans medkontrahent. I sådana fall kan man säga att prejudikaten tar fram, klarlägger och sammanfattar motiv, argument och avvägningar som redan kan ha fotfäste i avtalsförhållanden. I prejudikat företagna bedömningar och uttalade principer utgör i många fall resultat av en utveckling som pågått under längre eller kortare tid och som också kan ha influerat lagstiftning och avtalspraxis – låt vara att det inte kommit till klart uttryck. I prejudikat kan man också skönja resultat av bearbetning som skett genom rättsvetenskaplig analys.

Också den utveckling som skett genom *avtalspraxis*, särskilt genom standardavtal, kan erbjuda argument. I praxis utvecklade avtalsvillkor är ingalunda alltid betingade enbart av speciella förhållanden och syften i anslutning till en viss avtalstyp. Allmänna avtalsvillkor återger inte sällan riktlinjer och bedömningar som har befunnits ändamålsenliga för den verksamhet som ett standardavtal reglerar samtidigt som de uttrycker syften och anger lösningar som godtas även inom andra verksamhetsområden. Man kan t.ex. nämna den riskfördelning som, med avvikelse från traditionell uppfattning om betydelsen av övermäktiga händelser, motiverar force majeure-klausuler. I den mån det i öppna fall är möjligt att göra jämförelser med ofta förekommande avtalsvillkor kan dessa ge vägledning.

Intresseavvägning, helhetsbedömning

Alla här nämnda element – de allmänna avtalsprinciperna, avtalsrättens påföljdssystem, lagnormers och prejudikats följdverkningar, allmänna och partiella rättsprinciper, avtalspraxis och särskilda bedömningsfaktorer – är eller kan vara relevanta i den *avvägning* mellan parternas intressen och skyddsbehov som måste företas när öppna kon-

fliktfall skall avgöras. Genom avvägningar i vilka de delar av rättsmaterian som ansetts relevanta in casu ställs i relation till varandra och ges den vikt de prövas förtjäna, kommer man genom en *helhetsbedömning* fram till en konkret lösning av den konflikt ett avtalsbrott orsakat.

Oberoende av var man in casu lägger tyngdpunkten och hur man väger relevanta element mot varandra bör man ha klart för sig att bedömningar och avgöranden i normluckor förutsätter en *öppen argumentering*. Intet element bör uteslutas utan hållbara skäl. Relativt fritt kan man väga synpunkter och argument mot varandra i syfte att tillgodose parternas rimliga och skäliga skyddskrav samt att åstadkomma rationella lösningar. I sådana överväganden finns det inte plats för subjektivt färgad snedvridning. En öppen argumentering fångar också upp synpunkter och värderingar som träder fram i nya trender. De öppna fallen erbjuder en naturlig plattform för nytänkande med förankring i behov och målsättningar som gör sig gällande i verksamheter där avtal förekommer.

Öppenheten betyder inte att en avgörande instans skulle ha samma frihet som *lagstiftaren* som kan röra sig inom mycket vida gränser. Principiellt är domstolarnas avgöranden bundna – i realiteten på det sätt som belysts i det föregående – medan lagstiftarens makt, med vissa begränsningar (s. 58), är obunden. Denna olikhet utesluter ingalunda att avgöranden i öppna fall kan komma att bestämmas eller påverkas av samma eller likartade rättspolitiska målsättningar och överväganden som kunde ha plats i en framtida lagstiftning.

6.5. Andra avtalskonflikter

Det som här sagts om avgöranden rörande avtalsbrott kan också tjäna som vägledning när man genom normtillämpning eller i normluckor har att lösa *avtalskonflikter av annat slag*. Faktiska förhållanden och överväganden kan i mycket skilja sig från situationer vid avtalsbrott, vilket självfallet föranleder i olika avseenden skiljaktiga bedömningar. Det är likväl viktigt att för avtalsstörningar i allmänhet betona betydelsen av avtalsrättsliga principer och bedömningsfaktorer, låt vara att de utvecklats främst för att vara vägledande vid avtalsbrott.

6.6. Jämförelse mellan normtillämpning och rättstillämpning i normluckor

Det förekommer *gemensamma* drag men också väsentliga *olikheter* mellan de två tillämpningstyperna:

- 1) *Basen* för normtillämpning – själva normen – och för öppna fall – avsaknad av en tillämplig norm – betecknar en väsentlig skiljelinje. Men det betyder ingalunda att bedömningar och överväganden samt material på vilket de grundar sig vore väsensskilda. Tillämpningsmönstren har många gemensamma drag. Det är angeläget att så långt det är möjligt framhålla enhetligheten och inte för starkt understryka de skiljande dragen.
- 2) Tillämpningen av avtalsrättsliga *normer* är ingalunda alltid en mekanisk tankeprocess. Ju mera obestämd eller ofullständig en norm är desto större utrymme finns för rättsprinciper och bedömningsfaktorer utanför normen. Likheten med öppna fall är störst i tillämpningen av elastiska normer.
- 3) I normfallen finns ofta ett relevant bedömningsmaterial i *motiven* bakom en norm, klarast framträder detta med avseende på nyare lag med redovisade förarbeten. De öppna fallen saknar denna källa, med undantag för de fall då rättstillämpningen kan falla tillbaka på "utomstående" lagnormer och deras motiv och sålunda utnyttja lagars följdverkningar.
- 4) De två tillämpningsformerna har samma utgångsläge i de *allmänna avtalsprinciperna*. Dessa principers relevans för rättstillämpningen bör alltid erkännas, också när de inte är synliga i rättsmaterialet. En annan sak är att det förekommer begränsningar av eller undantag från principerna samt att dessa inte kan användas på samma sätt eller med samma styrka i hela den komplicerade verklighet där avtal förekommer. Men olikheterna beror främst på andra faktorer än tildelningen i normerade och öppna fall. Särskilt bör understrykas att konfliktlösningar både i normfall och i normluckor utgår från principen om fortsatt avtalsbundenhet.
- 5) Inom avtalsrätten har utvecklats *system* (s. 102) med olika omfattning och varierande syften; det har skett genom lagstiftning, rättspraxis och doktrin. Tydligast framträder detta i frågor rörande avtalsbrott. Tillämpningen inriktas på att passa in de konkreta fallen i ett allmänt påföljdssystem och följa riktlinjer som dragits där.

Detta gäller framför allt avgöranden i normluckor, de underlättas och blir starkare sakligt underbyggda när de ordnas in i ett system till vilket de logiskt ansluter sig.

- 6) I lösandet av avtalskonflikter finns det nästan alltid, i större eller mindre omfattning, behov att utnyttja allmänna och partiella *avtalsrättsliga principer* samt särskilda *bedömningsfaktorer*. I normtillämpning sker det inom den trängre eller vidare ram som normen slagit fast. I öppna fall, där en normbas saknas, tillåter man största möjliga frihet i användningen av principer och bedömningsfaktorer, likväl med restriktioner som kan betingas av de allmänna avtalsprinciperna samt strävanden att passa in avgörandena i gällande system. Därtill kommer det allmänna kravet att skapa och upprätthålla enhetlighet och därmed förutsebarhet i rättstillämpningen. Nya trender observeras i första hand i avgöranden i öppna fall, men de får inte förbises i normers tolkning och tillämpning. All rättstillämpning i avtalsförhållanden är betjänt av en sund och konstruktiv dynamik.
- 7) I lösandet av avtalskonflikter är det mera eller mindre utpräglat fråga om *helhetsbedömningar* i vilka det ingår element som kan vara mycket olika och som gör sig gällande med varierande styrka, ofta i motsättning till varandra. Ett centralt led i konfliktlösningar utgör *avvägning* mot varandra av parternas motstående intressen och skyddsbehov. Detta är en allmän riktlinje för all rättstillämpning rörande avtalskonflikter, dess betydelse understryks i öppna fall.

De gemensamma drag och olikheter som nämnts i de sju punkterna ger också antydningar om rättstillämpning i en "grå zon" mellan normerade och öppna fall.

En med tiden allt större grupp utgör normer i lag vilka tillåter eller förutsätter prövning inom gränser som normerna anger. Tillämpningen av *prövningsnormer* knyts i första hand till övriga bestämmelser i den lag eller det avtal där de ingår, den bör beakta dessa normers syften och målsättningar. Men samtidigt måste prövningen in casu vara öppen för bedömningsfaktorer som inte, åtminstone inte direkt, kommit till uttryck i normen samt för nya behov och värderingar som framträder i avtalsförhållanden (s. 89).

Till skiktet mellan normerade och öppna fall hör även situationer då

en norm endast till *en del* reglerar den konflikt som skall avgöras. Sådana fall kan vara mycket olika, främst beroende på graden av normering. Det gäller att utnyttja sådana element i den totala rättsmaterian vilka in casu anses relevanta på gränsområden mellan normtillämpning och rättsanvändning i normlösa lägen.

6.7. Flera riktiga lösningar?

Finns det i en konkret avtalskonflikt blott ett enda riktigt avgörande eller kan två eller flera alternativa lösningar vara riktiga?

Vad menas med en *riktig lösning*?

Ett avgörande kan, allmänt uttryckt, anses vara riktigt när det till innehållet överensstämmer med en tillämplig rättsnorm och/eller relevanta principer och bedömningsgrunder. Man bör sålunda se till *basen* för avgörandet, vilka element i rättsmaterian som använts, var tyngdpunkten i argumenteringen lagts och hur olika delar i beslutsmönstret vägts mot varandra samt därefter bedöma om det resultat man kommit fram till överensstämmer med element som är relevanta, deras värde, inriktning och argumentationstyngd i den konflikt det gäller att lösa. Ett avgörande kan anses vara riktigt när det i dessa avseenden är felfritt eller åtminstone sakligt godtagbart.

Här förutsätts att *faktamaterialet* är verkligt, tillräckligt uttömmande och allsidigt belyst.

I klara fall av *normtillämpning* finns endast en riktig lösning. Det sker en mera eller mindre "mekanisk" tillämpning av en rättsnorm som är ostridig till innehåll och räckvidd. Om de faktiska förhållandena är sådana som normen anger eller förutsätter, existerar inte något val.

Det är uppenbart att *öppna fall* kan ha den karaktären att en enda konfliktlösning är riktig – t.ex. hävning när det är klart att avtalsbrottets betydelse är väsentligt. Strävanden till enhetlighet med däri ingående syften att inordna oreglerade fall i vedertagna system samt att använda erkända avtalsrättsliga principer leder till konformitet i rättstillämpningen med därav följande rättssäkerhet.

Möjligheten att *flera lösningar* kan vara *riktiga* aktualiseras främst när övervägandena kan nyttja många olika element – normer, rättsprinciper, särskilda bedömningsfaktorer – mellan vilka det inte förekommer

någon bestämd rangordning. Framför allt är det här fråga om öppna fall. Det gäller inte bara att in casu ta ställning till vilka element man anser sig böra använda. Det är också fråga om att konfrontera olika element med varandra samt att företa avvägningar med beaktande av parternas intressen och skyddsbehov. Allsidiga tankeoperationer på den basen utmynnar i helhetsbedömningar som kan utfalla olika. Då några enkla schematiska tankemönster knappast kan konstrueras för komplicerade avvägningssituationer – detta vore inte heller önskvärt – måste man räkna med att lösningar, som argumenteras längs riktlinjer vilka i många stycken kan vara enhetliga, likväl utfaller olika – utan att man med säkerhet kan påstå att någon av konklusionerna är den enda riktiga. Detta bekräftas av avtalsrättsliga avgöranden av HD i vilka det förekommit omröstning betingade av skiljaktiga uppfattningar om vilka bedömningsgrunder som är relevanta och hur avvägningar skall göras.

Att flera lösningar kan vara riktiga framträder måhända tydligast i tillämpningen av normer som tillåter eller förutsätter prövning av omständigheterna in casu. En *prövningsnorm* öppnar en sektor inom vilken avgörandena skall träffas. Sektorgränserna är inte alltid tydligt bestämda, hur drar man t.ex. en offergräns. Och omständigheter som prövningen skall beakta är, på grund av normens natur, endast obestämt angivna. Syftet med prövningsnormer är att ge tillämpningen möjligheter att beakta varierande omständigheter in casu enligt ett allmänt direktiv i normen. Elasticiteten har sin ratio i det faktum att det inte varit möjligt att reglera detaljer i den mångskiftande verkligheten. I rörelsefriheten och öppenheten finns plats för konkurrerande lösningar med högre eller lägre grad av "riktighet".

Avtalsrättsliga principer, som har en betydande roll i tillämpningen, är i regel så obestämda att de kan ges mycket olika tyngd i enskilda fall, t.ex. skälighets- och lojalitetsprincipen, samt bland partiella principer de som reglerar förutsättningar för skadestånd vid avtalsbrott. Divergerande lösningar kan vara riktiga.

I den heterogena avtalsrättens tillämpningar får man inte låta sig förblindas av den i många fall falska tesen om en enda riktig lösning.

7. Avtalsrättens system

Varför systematisering?

De föregående avsnitten har präglats av en gemensam *målsättning*: dels att föra fram, förklara och gruppera för avtal relevant material, dels att analysera rättslig materia med dess bakgrundsfaktorer och ledande principer i syfte att dra riktlinjer och forma mönster för bedömningar av partsrelationer och avtalskonflikter. Mycket av detta innebär systematisering.

Med *system* avses här större eller mindre ordnade helheter utformade genom analys, argumentering och slutledning på basen av fakta och värderingar som anses ha rättslig relevans.

Varför är det meningsfullt att skapa system inom avtalsrätten?

Huvudskälen är:

- det är lättare att överblicka och behärska rättsmaterialet när man sammanför sådant som är gemensamt och skiljer ut det som avviker,
- man får vägledning när det ges riktlinjer som kan följas då normer skapas, detta gäller både lagstiftning och normgivning genom avtal,
- framhävande av enhetlighet och gemensamma drag är ägnat att underlätta bedömningar, argumenteringar och ställningstaganden i rättstillämpningen, främst i öppna fall,
- det är lättare att acceptera värderingar och strävanden som utvecklingen för med sig när de kan inordnas i ett rådande system, härigenom befordras överväganden de lege ferenda.

Förverkligandet av sådana syften, vilka i mycket domineras av vad som är ändamålsenligt, är ägnat att främja *säkerhet* och *skydd* i partsrelationer.

Å andra sidan bör man ha klart för sig att en långtgående och kanske stel systematisering kan medföra *olägenheter* och vådor:

- stark bundenhet vid ett system kan i praktiken leda till att rättstill-

lämpningen schematiseras och förbiser relevanta bedömningsgrunder som kunde påverka den avvägning och helhetsbedömning som rättsliga avgöranden ofta förutsätter,

- det förekommer situationer som har så specifika drag att det är tveklaktigt om de passar in i ett på andra premisser baserat system,
- det är möjligt att utvecklingen för med sig behov och värderingar som inte väl passar in i ett godtagat system, åtminstone inte om detta bibehålls oförändrat.

Skälen för systematisering överväger klart olägenheterna.

Allmänt system, delsystem

Det förekommer system på *två nivåer*:

Ett *allmänt system* innehåller och samordnar normer, principer och bedömningar som har anknytning till avtalsförhållanden över huvud.

Det allmänna systemet präglas genomgående av de tre allmänna avtalsprinciperna (s. 34) med bakgrund i samhällsordning och ekonomiskt system, dessa principer bildar bas och anger riktlinjer. Till detta kommer det man inlägger i begreppet avtal såsom en samverkan mellan parterna med beaktande av intressebeträffningar som förekommer där. I systemet ingår också allmänna rättsprinciper (s. 65) – främst skälighets- och lojalitetsregeln – som uttryck för värderingar och målsättningar med generell räckvidd. Dessutom innefattar det bedömningsfaktorer som kan sägas vara generella, bland dem skydd för underlägsna eller annars svagare parter.

I olika *delsystem* (partiella system) eftersträvar man att koordinera och mot varandra väga faktorer av skiftande slag som är eller kan vara bestämmande eller vägledande för partsrelationer och -konflikter med likartade drag eller liknande syften och som därför helt eller delvis kan behandlas enhetligt. En sådan systematisering innebär dels att man på mera eller mindre begränsade områden för in element ur det allmänna systemet dels att man sammanfattar speciella drag och målsättningar.

Detta betyder, bortsett från en del undantag, att det inte förekommer motsättningar mellan det allmänna systemet och delsystemen, låt vara att de senare domineras av specifika element. Delsystemen skall, med beaktande av faktiska förhållanden inom de sektorer där de utformats, passa in i och så långt som möjligt förverkliga för avtalsrättens

olika delar gemensamma målsättningar, därvid utgör de allmänna avtalsprinciperna det centrala elementet.

Delsystems innebörd och karaktär belyses av den samordning som skett för att behärska problematiken kring *avtalsbrott*. Systematiken har drivits längst och utvecklats mest med avseende på dem.

Bilden konkretiseras kanske bäst av det för avtalsbrott utvecklade påföljdssystemet och det däri ingående skadeståndssystemet. Påföljdssystemet (s. 81) utvecklar typer av påföljder, preciserar deras förutsättningar samt anger hur olika påföljder kompletterar eller utesluter varandra och vilka möjligheter parter har att välja mellan konkurrerande påföljder.

Grunden och det sammanhållande elementet i påföljdssystemet utgör principen om *fortsatt avtalsbundenhet* (s. 88) – tanken att den part mot vilken avtalsbrottet riktar sig så långt som möjligt bör tillgodoses i överensstämmelse med intressen som en normal fullföljelse skulle ha tillgodosett. Jämsides härmed är påföljderna inriktade på att skydda andra parter som i det ändrade läge som avtalsbrottet framkallat, har ett faktiskt behov av skydd, i det avseendet får den allmänna skyddsprincipen en central position i påföljdssystemet.

Inom detta system har mindre delsystem utvecklats, de tar sikte på olika typer av påföljder. Tydligast framträder systematiseringen med avseende på skadeståndsskyldighet och dess förutsättningar.

Länge nöjde man sig med två *ansvarsformer*: culpa-ansvar och strikt ansvar. Särskilt culpabedömningarna bearbetades och utvecklades, t.ex. genom en objektivisering av culpa, samtidigt som vållandekonstruktionen blev allt mera ihålig och lös genom att man godtog dels en culpapresumption dels s.k. anonym culpa. Köplagen införde en ny ansvarsform – kontrollansvar – med dess kontroversiella bundenhet till direkt skada. Denna ansvarsform har inte ännu vunnit systematisk fasthet, osäkert är bl.a. hur "kontrollgränsen" skall dras. En fortgående lagstiftning har lett till att man nödgas erkänna förekomsten av ansvarsformer som inte passar in i systemets tredelning – särformer.

Systematiseringen är inriktad på att genom jämförelser som beaktar likheter och skiljande drag, precisera ansvarsformernas särart och dra gränser mellan olika ansvarsformer. Viktigt är också att ange kriterier för vilken ansvarsform som skall användas i oreglerade fall. Därtill

kommer frågan om skadeståndets storlek med olika beräkningsgrunder – adekvat skada, normal skada, direkt och indirekt skada etc. – samt att närmare klarlägga grunderna för jämkning av skadestånd med beaktande av att nedsättning av skadestånd alltid förutsätter en prövning av omständigheterna i det enskilda fallet.

I allt detta avser skadeståndssystematiseringen dels att dra generella riktlinjer, dels att framhäva och precisera ansvarsformernas särdrag.

I dag uppkommer avtal genom olika *avtalsgrundande rättsfaka* (s. 48). Här förefinns ett behov av en systematisering dels med avseende på hur avtalsbundenhet kan uppstå, dels för bestämmande av under vilka betingelser en norm blir beståndsdel av ett avtal. En viss klarläggning kan anses ha skett i fråga om hur bestämmelser i standardavtal blir normerande för individuella avtal. Mycket finns kvar att bearbeta. Det vi idag ser är en ofullgången helhet, ett system i vardande.

Avvikelser, öppenhet

När ett system konfronteras med verkligheten kan det visa sig att det inte är möjligt eller försvarligt att i allt följa dess riktlinjer. *Avvikelser* måste kunna göras. Det allmänna systemets avtalsfrihet kan vara begränsad, dess avtalsbundenhet kan rubbas av ändrade förhållanden etc. Och en skadeståndsrättslig ansvarsform måste kanske modifieras om detta betingas t.ex. av väsentliga skyddsbehov. Systemens schematiska lösningar bör sålunda lämpas eller kanske helt åsidosättas när så krävs av tillräckligt starka verklighetsskäl. Systemen utgör inte självändamål.

De avtalsrättsliga systemen måste – liksom avtalsrätten i dess helhet – vara *öppna*, mottagliga för nya värderingar och ändrade yttre förhållanden som kan påverka motiveringar, argumenteringar och ställningstaganden och som kan innebära att systematiseringen måste revideras. Ny lagstiftning har härvid stor betydelse också med avseende på sina följdverkningar. Utvecklingen beträffande avtalsrättsligt skadestånd utgör ett belysande exempel på fördjupning och expansion. Samtidigt som man understryker systemens öppenhet framåt – deras *dynamik* – bör man se *perspektivet bakåt*, avtalsrättens bakgrund i samhällsskick och ekonomisk ordning.

8. Målsättningar och riktlinjer – sammanfattning

Målsättningar som jag förelagt mig och riktlinjer som jag försökt dra med syfte att teckna en översiktssbild av vår nationella avtalsrätt med dess nordiska grund och särdrag vill jag komprimera i några teser som *sammanfattar* mina analyser och slutsatser enligt den metod jag använt.

Jag har sett som min *uppgift*:

- 1) att klarlägga den *bakgrund* mot vilken man bör bedöma avtalsrätten som helhet och dess olika delar; hit hör dels samhällssystemet enligt den nordiska demokratins mönster med de värden – frihet, jämlikhet och trygghet – som ingår däri och i samband härmed element ur människors grundläggande fri- och rättigheter, välfärdsideologi och moral samt rättsstatligt tänkande, dels det rådande ekonomiska systemet, dominerat av marknadsekonomi, med den mångskiftande verklighet som präglas därav,
- 2) att mot denna allmänna bakgrund pröva och bestämma i vilken omfattning och med vilket innehåll man kan utforma vägledande *allmänna avtalsprinciper*, härvid framträder som ledande grundsatser avtalsfrihet och avtalsbundenhet samt en skyddsprincip,
- 3) att bestämma *begreppet avtal* och dess innebörd som en rättsligt reglerad samverkan mellan parterna, i vilken det även förekommer intressemotsättningar, samt att i enlighet härmed ordna in och belysa avtal i de verksamheter och den verklighet där de förekommer, hit hör även att klarlägga hur avtal uppkommer och upphör,
- 4) att föra fram, belysa och sammanställa *avtalsrättens materia* omfattande normer av olika slag och styrka, rättsprinciper, både allmänna och partiella, samt olikartade bedömningsfaktorer,
- 5) att dra riktlinjer och skissera mönster för rättstillämpning i *avtalskonflikter*, dels normtillämpning dels rättstillämpning i normluckor, samt att klarlägga samband, likheter och skiljaktigheter mellan de två kategorierna,

- 6) att *systematisera* rättsligt stoff genom att skapa och precisera helheter, härvid framträder dels ett allmänt system präglad av de allmänna avtalsprinciperna och av rättsprinciper och bedömningsfaktorer som genomgår hela avtalsrätten, dels större och mindre delsystem som sammanfattar speciella drag och målsättningar inom mera eller mindre begränsade sektorer.

Med denna sammanfattning har jag också velat ge en bild – låt vara ofullständig – av hur jag uppfattar den *avtalsrättsliga doktrinen uppgifter*, inriktning och arbetsmetod (s. 55).

För att göra bilden litet tydligare vill jag ytterligare framhäva två linjer som skyttat fram i olika avsnitt av min redogörelse:

- avtal av skilda slag och med olika syften samt avtalsbrott och andra avtalsstörningar bör bedömas i relation till de *faktiska förhållanden* i vilka de förekommer, doktrinen skall arbeta i avtalens verkligheter, samt
- den avtalsrättsliga doktrinen tankevärld bör vara *öppen* – dynamisk – för det nya som utvecklingen i samhället för med sig (kap. 9), forskaren bör vara beredd att ta emot och efter prövning använda stoff som fortgående tränger in på avtalsfältet.

Min syn på och inställning till rättsvetenskap – inom en central sektor av mänsklig samlevnad och aktivitet – är *personligt* färgad, det medger jag villigt.

Jag är dock övertygad om att i mina tankar och överväganden finns *en* för alla delar av vår rättsordning giltig och förenande bakgrundsfaktor med en därifrån utgående grundlinje som en på gällande rätt och dess utveckling inriktad rättsvetenskap inte får förbise: vår i nordisk livssyn förankrade *demokrati* med dess *värden* – människors frihet, jämlikhet och trygghet.

9. Utvecklingslinjer

9.1. Allmänt

I min framställning har jag i olika sammanhang betonat vikten av att avtalsrätten, dess element och tillämpningar, bör ha ett perspektiv framåt, beredskap att ta emot impulser och beakta behov, värderingar och trender som kan komma att göra sig gällande i den framtida gestaltningen av samhället och det ekonomiska livet. Avtalsrätten bör i den meningen vara öppen, *dynamisk* utan att sambandet med det förflutna bryts.

Utgående från dagens läge kan man räkna med en del sannolika drag i utvecklandet av avtalsrätten. Också oväntade förändringar kan påkalla justeringar. En allmän riktlinje kunde vara: avtalsrätten och dess olika delar bör dels fånga upp och anpassa sig till förändringar i den verklighet där avtal förekommer, dels skapa skyddande spärrar mot hotande eller försvagande tendenser. Nyckelorden skulle vara *anpassning* och *skydd* (för parter och utomstående). Målsättningar som de anger kan stå i motsättning till varandra men behöver inte nödvändigt göra det.

Avtalsrättens grundlinjer och bärande element kommer knappast att överges eller väsentligt rubbas. Genomgripande förändringar skulle förutsätta radikala omvälvningar i samhällssystem, rättsstatligt tänkande och/eller ekonomisk ordning – en utveckling som man inte har anledning att räkna med, åtminstone inte under överskådlig tid. Avtalsrättens *bakgrundselement* (kap. 2) bör sålunda i princip tillerkännas samma relevans som i dag, den demokratiska samhällsordningen med dess värderingar och respekt för den enskilda människan, rättsstatlighetens krav på säkerhet och skydd samt marknadsekonomin med dess inriktning på rationalitet, effektivitet och ekonomiskt utbyte. En annan sak är att justeringar, tyngdpunktsförskjutningar och kompletteringar kommer att ske.

Det sagda betyder också att de *allmänna avtalsprinciperna* – djupt

förankrade i samhällssystemet och i människors föreställningsvärld – uppenbarligen kommer att hållas i kraft, likväl med utrymme för konstruktivt nytänkande. *Avtalsfriheten* kan i större omfattning än nu komma att begränsas av hänsyn till allmänna intressen eller utökat partsskydd, främst för svagare parter. *Avtalsbundenheten* modifieras kanske, t.ex. som en följd av förändringar i och utvecklande av avtalsmekanismerna. *Skyddsprincipen* måste sannolikt byggas ut på grund av hot från en allt mera rationaliserad och tekniskt utvecklad verklighet.

Uppfattningen om avtal som en form och ett medel för *samverkan* mellan parterna, med de intressebetsättningar som finns där, förblir troligen en väsentlig faktor i avtalsrättsliga överväganden och konfliktlösningar.

Mot denna bakgrund skall jag göra några ensidigt valda *allmänna reflektioner*.

9.2. Harmonisering

Inom rättslig reglering av ekonomisk verksamhet ser man en starkt ökande *harmonisering*, ett förenhetligande av rättsnormer ovanför nationella gränslinjer. Harmonisering tvingas fram av ökande handelsutbyte, multinationella företags verksamhet, kapitalöverföringar etc. Därtill kommer beroende av och inflytande från mellanfolkliga samarbetsorganisationer med den normeringskompetens som tillagts dem, särskilt starkt framträder detta i den position som EU intar.

Harmonisering förekommer också i den meningen att man eftersträvar enhetlig *tolkning* av normer som har internationell räckvidd.

Sedan gammalt har *internordisk* harmonisering förekommit i stöd av koordinerad lagberedning, också inom avtalsrätten. Troligen kommer strävanden till nordisk enhetlighet att försvagas då en bredare mellanfolklig likriktning blir dominerande. Detta får likväl inte leda till att man förnekar eller förringar betydelsen av lagstiftning i samverkan mellan alla nordiska länder.

Genom *konventionsstyrd* lagstiftning kan nya element föras in i vår avtalsrätt med följdverkningar utöver lagarnas begränsade tillämpningsområden. Sålunda kan bestämmelser i 1980 års konvention angående avtal om internationella köp av varor med tiden påverka tolkning-

ar och tillämpningar av den för nordiska köp gällande KöpL, som inte i allt överensstämmer med konventionen.

Förändringar och nyvärderingar kommer framför allt att förmedlas av *medlemskapet i EU*, präglad av den ekonomiska integrationens krav utformade och förverkligade i EG-rättens normer – utöver grundfördragen, förordningar, som är bindande och direkt tillämpliga, samt direktiv, som definitivt binder när de överförs till nationell lagstiftning.

Allmän avtalsrätt och huvuddelen av avtalsrätten i övrigt står utanför denna normering; undantag finns, främst avtal som berör konkurrens och konsumentskydd. Med tiden kommer det måhända att ske en utvidgning som införlivar nya områden med *EG-rätten*. Och man bör räkna med att inslag från många länders rättsordningar, åtminstone indirekt, leder till att det också hos oss sker en harmoniserande "europisering" som sätter spår i vår avtalsrätt.

I en sådan utveckling kan man emotse uppkomst av nya avtalstyper och därmed en ytterligare differentiering samt strukturella förändringar i avtalstyper som redan nu används. Man kan också förutse att avtalskonflikter långt kommer att bedömas enligt mera standardiserade lösningsmodeller som kan leda till ökad formalism som inte har utrymme för längre gående prövning in casu. Generella normer och deras tillämpning får likväl inte hindra ett tillräckligt partsskydd. Även om utvecklingen främst gäller internationella avtal, kan den indirekt påverka bedömningar och ställningstaganden rörande nationella och nordiska avtal.

I den ekonomiska integrationens harmoniseringsprocess ingår även avgöranden av *EG-domstolen*. Det står redan nu klart att domstolen målmedvetet eftersträvar att prägla för medlemsstaterna bindande rättsprinciper med anknytning till EG-rätten. I den mån domstolen tar ställning till avtalsrättsliga principfrågor kommer dess prejudikat att ha åtminstone reflexverkningar för den nationella rätten, t.ex. genom prioritering av integrationsfrämjande avgöranden eller tolkningar som koncentreras till avtals funktionella uppgifter. På den vägen kan vår avtalsrätt föras in i nyvärderingar.

Utöver den harmonisering som här nämnts bör man räkna med strävanden att åstadkomma en för avlägsnande av olikheter avsedd "tillnärmning" av ländernas nationella lagstiftning i den utsträckning den gemensamma marknadens funktion så kräver – detta i överensstäm-

melse med Romfördraget (art 3 h). Sådana anspråk på likformighet kan med tiden leda till ändringar i tänkesätt, bedömningar och ställningstaganden i nordisk avtalsrätt.

Man bör även räkna med en *reflexverkan* i den meningen att normer tillkomna genom harmonisering eller tillnärmning inom smalare sektorer ger stoff och vägledning för överväganden och konklusioner inom andra områden. På det sättet kan följdverkningar inträda – principer och värderingar med grund i andra länders rättsordningar tränger in i vår avtalsrätt.

Ytterligare kan nämnas att användning av utländsk rätt tilltar i takt med ökningen av avtal med anknytning till olika länder och därmed till deras rättssystem. Det blir allt vanligare att genom *klausuler* om skiljedom och/eller lagval reglera vilket lands lag som skall tillämpas vid tolkning och i avtalskonflikter.

9.3. Normer

Den ekonomiska integrationen med dess konsekvenser för rättslig harmonisering och tillnärmning leder otvivelaktigt till en *ökad normgivning* både på det internationella och det nationella planet.

I integrationens spår har den *nationella lagstiftningen* fått en ny dimension: den skall med avseende på innehållet respektera gränser och följa riktlinjer som det mellanfolkliga ekonomiska samarbetet bestämmer eller förutsätter. Det betyder en begränsning i sak av lagstiftarens normeringsfrihet.

Också när vi ser bort från det internationella perspektivet finner vi att den senaste tidens utveckling inom det ekonomiska livet inneburit ett starkt *tryck på lagstiftningen*. Det har framför allt gällt att förtydliga och stärka säkerheten i avtalsförhållanden samt att utveckla och öka avtalsparterers skydd. Sålunda har luckor i lagstiftningen fyllts ut beträffande traditionella avtalstyper (köp, representationsavtal). Samtidigt har detaljerade nya regleringar krävts av en vidgad, specialiserad och rationaliserad näringsverksamhet (t.ex. värdepappershandel). Och behovet att lagstiftningsvägen ge avtalsparter, särskilt svaga eller underordnade, ett effektivare skydd har resulterat i en omfattande konsumentskyddslagstiftning samt i förnyelse av andra normer med syfte att eliminera vådor av en bristande partsjämvikt (t.ex. försäkringsavtal).

Allt detta har inneburit en *differentiering* – en specialisering och uppspjälkning av lagnormer (s. 60). I de nya lagarna har avtalstyperna fått sina speciella inriktningar och särdrag bekräftade.

Den utveckling som här antytts kommer med stor sannolikhet att *fortsätta*, möjligen ytterligare accentueras.

Man bör även räkna med att i nya speciallagar, vid sidan av detaljbestämmelser, också införs en del *allmänna* avtalsrättsliga element.

En central fråga för kommande *lagstiftning*: skall bestämmelserna göras tvingande eller dispositiva?

Vår avtalsrättsliga tankevärld behärskas i första hand av den allmänna *avtalsfriheten*. Denna presumeras gälla ifall inte särskilda skäl betingar undantag. Enligt den inställningen är det naturligt att prioritera dispositiva stadganden.

Frågan är närmast: på vilka grunder och i vilken utsträckning kommer det att uppstå behov av *tvingande lag*?

Ibland behövs absoluta normer för att befästa och *upprätthålla avtalsfrihet*, närmast regler som garanterar människors möjligheter att nyttja sin ekonomiska frihet – sålunda är den enskildes näringsfrihet garanterad i grundlag. För en väl fungerande marknadsekonomi är det viktigt att stävja ekonomisk maktkoncentration. Ingrepp genom tvingande lag kan bli nödvändiga för att upprätthålla tillräcklig konkurrens och därmed en omfattande avtalsfrihet.

Främst krävs tvingande normer för att *skydda* personer och intressen som kan råka i kläm i avtalsförhållanden.

Den fortgående standardiseringen och rationaliseringen inom näringslivet framkallar lätt bristande balans mellan parterna. Detta ökar behovet av skydd främst för svaga, underlägsna eller beroende parter. Tillgodoseendet av samhällsintressen – statens eller vida medborgarkretsars – kan motivera tvingande normer; det kan gälla skötseln av samhällsekonomin, skydd för ett produktivt och väl fungerande näringsliv, gynnande av konkurrensfrihet och sysselsättning, garantier för medborgarnas grundbehov etc. Att tillgodose sådana syften i vilka det finns en stark social dimension, kan kräva tvingande lag.

Det finns inga på förhand bestämda *gränser* för tvingande lagstiftning, utvecklingen skapar nya problem, gamla försvinner. En yttersta gräns finns likväl: avtalsfriheten får inte beskäras så starkt att dess roll

som ledande princip rubbas, vilket kunde få allvarliga konsekvenser för marknadsekonomin och för den enskildes handlingsfrihet.

I vad mån ny *dispositiv* lag kommer att stiftas är beroende av rättspolitiska målsättningar – centrala motiv har tidigare nämnts (s. 59). När tvingande normer behövs för vissa verksamhetsgrenar, är det lagtekniskt rationellt att i samma lag föra in både absoluta och dispositiva bestämmelser även om de senare kanske inte nödvändigt behövde lagfästas.

Då en allt mera komplicerad ekonomisk verklighet ytterligare försvårar möjligheterna att lagstiftningsvägen skapa heltäckande normer, som skulle reglera alla eller åtminstone de flesta enskildheter, ökar behovet av allmänt formulerade, *elastiska* normer (s. 60). I samma riktning verkar snabba förändringar i ekonomiska förhållanden. Lagstiftaren reagerar ofta långsamt, ny lag bereds vanligen först när konkreta och tillräckligt starka behov gör sig gällande i praktiken. Elasticitet i normer erbjuder möjlighet att i tillämpningen beakta dels förändringar som inträtt eller kan förutses, dels allmänna avtalsrättsliga element som inte kommit till uttryck i normernas ordalydelse.

Ökningen av elastiska lagnormer leder till att rättstillämpningens spelrum blir större och bedömningsfaktorerna mångsidigare. Detta kan medföra en förskjutning av kompetensgränsen mellan lagstiftare och domstolar till förmån för de senare. Under alla omständigheter är det likväl lagen som drar gränser och bestämmer riktlinjer för normtillämpningen.

Behovet av allt större mångsidighet och variation på avtalsfältet betyder troligen också en ökad normgivning genom *standardavtal*. Dessa kan, inom ramen för tvingande lag, introducera nya regler och påverka utvecklingen framom den trögare lagstiftningen. Erfarenheten visar redan nu att man via standardavtal kan utveckla klausuler som fångar upp trender med avsteg från eller komplettering av tidigare accepterade lösningar (s. 57). Att så kommer att ske framdeles synes uppenbart. Den vägen kan man bl.a. tillgodose behov och krav föranledda av en fortgående rationalisering (datorisering, telekommunikationer etc.). I det avseendet har standardavtalen bättre förutsättningar än lagen att ta i användning verklighetsinriktade, av nya behov präglade avtalsvillkor.

Sannolikt kommer det också att ske en viss precisering av riktlinjer för

inkorporering av standardavtalens allmänna villkor i individuella avtal, närmast med tanke på ett utökat skydd för den passiva parten mot överraskande eller betungande klausuler. Det kan delvis ske genom en vidgad upplysningsplikt, också en skärpning av lojalitetskravet kan bidra här till. Måhända kan en ökad konkurrens samt en fortgående rationalisering i företagsverksamheten bidra till en självsanering av allmänna avtalsvillkor och därigenom undanröja motiv för ingrepp genom lag. Möjligt är att det inom en del branscher kan uppstå ett behov av kontroll från samhällets sida av speciella avtalsklausuler – på gott och ont.

HDs roll som prejudikatdomstol kommer att understrykas. Nya element kommer in i bedömningar och motiveringar bakom *prejudikatnormer*: det som nedan sägs om rättsprinciper och bedömningsfaktorer ger en antydning härom. Domstolarna bör vara beredda att i sina motiveringar föra in och precisera nya godtagbara faktorer samt att pröva hur avvägning mellan dem och tidigare erkända bedömningsfaktorer skall ske. Särskilt påtagligt är detta i tillämpningen av elastiska normer och i avgöranden i öppna fall.

Ett särskilt problem erbjuder *lagars följdverkningar* (s. 92): den ökande differentieringen kan bereda domstolarna svårigheter att avgöra vilken av alternativa, inbördes motstridiga lagnormer som borde vara vägledande i en konkret normlucka.

Till HDs uppgifter hör även att lösa konflikter mellan *internationell* och *nationell* rättslig materia. Härvid kommer också EG-domstolens principiella ställningstaganden och hänsynen till allmänna mänskliga rättigheter att kräva överväganden.

På senare tid har *lagars förarbeten* fått en allt större betydelse i rätts-tillämpningen – lagstiftning genom motiv (s. 61). Den trenden kommer att förstärkas i takt med ny lagstiftning. Beträffande internationella normer kommer redovisade motiv i många fall sannolikt att vara minimala. En väsentlig faktor i tolkning och tillämpning – särskilt av EG-normer – kan därför bli de syften och de mera praktiskt inriktade målsättningar som en norm eller ett komplex av normer skall tillgodose.

I en allt mera splittrad och till stora delar internationaliserad normvärld är det viktigt att domstolarna och särskilt den högsta instansen

beaktar både de mellanfolkliga sammanhangen och den nationella kontinuiteten. Så långt som möjligt gäller det att hos oss hävda *grundlinjer* i *nordisk* avtalsrätt. Det är angeläget att de nordiska länderna, med den styrka som deras högt utvecklade och relativt enhetliga avtalsrätt representerar, skulle samordna sina aktiviteter i den normskapande verksamhet som är en följd av ekonomisk integration och kommersiellt samarbete över nationsgränser. Här finns viktiga uppgifter för nordisk rättsvetenskap.

9.4. Rättsprinciper, bedömningsfaktorer

Det kan förefalla motsägelsefullt att hävda att en allt mera specialiserad och mångsidig normering vid sin sida kräver generaliseringar och sammanfattningar som spänner över hela eller stora delar av avtalsrätten. *Rättsprinciper* vilka innehåller och ger uttryck åt sådana element (s. 63) kommer likväl att vara nödvändiga i framtiden, utan sådana förloras blicken för allsidiga bedömningar och värderingar. Rättsprinciper – allmänna eller till området mera begränsade – förblir viktiga både i normgivning och rättstillämpning. Man kan räkna med att rättsprinciper i ökad omfattning tas i bruk och preciseras i ny lagstiftning och ytterligare utvecklas i prejudicerande domstolsavgöranden.

De *allmänna* skälighets- och lojalitetsprinciperna kommer uppenbarligen att ha stor betydelse också i framtiden. De representerar så centrala värderingar i avtalsrättens system att de knappast kan undvaras. En annan sak är att det inom de två principerna kan komma att ske omvärderingar och tyngdpunktsförskjutningar.

Skälighetskravet (s. 65), som gjort sig gällande allt starkare, kommer sannolikt att utvecklas mot en specialisering som beaktar särskilda förhållanden som olika normer reglerar. Den fastare anknytningen till speciella avtalsförhållanden för in särdrag i principen men förändrar inte dess grunddrag, skälighetsbedömningen in casu. I konflikter i normluckor är skälighetsprincipen, liksom nu, oundgänglig.

Lojalitetsprincipen (s. 65), som i dag kan förefalla diffus, kommer måhända att få en mera konkretiserad innebörd i ny lagstiftning, bl.a. med avseende på parts upplysningsplikt och skyldighet att i konfliktsituationer aktivt bevaka motpartens intressen.

Också *nya* allmänna rättsprinciper kan komma att formuleras, jag hänvisar till det som tidigare sagts om en jämviktsprincip (s. 66).

Partiella rättsprinciper kan komma att utvecklas och nya skapas.

Man kan bl.a. hänvisa till det oklara läget med avseende på avtalsuppkomst genom *avtalsgrundande rättsfakta* (s. 48). Användningen av elektroniska och andra tekniska hjälpmedel har redan nu skapat problem för avtalsrätten. Det gäller inte minst att radikalt revidera inställningen till det rättsliga system som byggts upp med utgångspunkt i en "viljeförklaringsdogm".

Beräffande *påföljder av avtalsbrott* och deras förutsättningar kan man vänta förändringar utgående från ny lagstiftning och rättspraxis. Sålunda är det sannolikt att konstruktionen presumerad culpa småningom viker för en inriktning mot kontrollansvar med dess riskfördelning eller mot särarter av skadeståndsansvar.

Det är givet att den ekonomiska och sociala utvecklingen medför ändringar i och utbyggnad av olika *bedömningsfaktorer* (s. 69). Närmast torde det bli fråga om att ta i bruk nya reella argument och synpunkter när avtalskonflikter skall lösas.

Beräffande avtalsparter som är företag (s. 70) finns behov av en *objektivering* av en del bedömningsfaktorer. Redan nu finns en tendens att anknyta konkreta bedömningar till den verksamhet i vilken avtalet ingår, varvid man beaktar vad som är normalt och rationellt i en verksamhet av den art som det in casu gäller. En "verksamhetscentrerad" bedömning ser man t.ex. när man har att in casu pröva huruvida förutsättningar för skadeståndsskyldighet är för handen. Detta har också samband med en riskfördelning mellan parterna, en bedömning av hur långt företagsparter bör stå för att avtalsstörningar inträder samt ansvara för deras följder.

När det gäller enskilda personer som parter, deras handlande och försummelser, kan det vara naturligare att beakta *subjektiva* faktorer. Sålunda kommer culpa-regeln troligen att finnas kvar i skadeståndssystemet också i en utveckling mot mera objektiverade ansvarsformer. En påtaglig trend är också att i enskilda parters relationer till företag och fackmän beakta och försöka mildra verkningar av bristande jämvikt mellan parterna.

Man kan också räkna med ett växande behov att i både lagstiftning och rättstillämpning företa skiljaktiga bedömningar av kommersiella avtal och avtal i vilka enskilda personer är parter – utan att göra en schematisk tudelning.

Sociala synpunkter och argument (s. 73) kommer troligen att ha styrka också i framtiden, inte bara i skyddsmekanismer som ingår i lag till förmån för svaga eller underordnade parter utan även i rättstillämpning över huvud. Sociala bedömningsfaktorer, som hos oss på senare tid öppet erkänts, kommer sannolikt att utvecklas genom lagstiftning och rättspraxis, särskilt om det sociala trycket ökar i samhället. Det kan då också bli fråga om en vidgad inställning till sociala hänsyn, t.ex. så att det skulle krävas mycket starka skäl för att häva eller annullera avtal, ifall avtalsupplösningen skulle medföra arbetslöshet eller andra menliga konsekvenser för grupper i den verksamhet där avtalet ingår. Måhända kan man på längre sikt, i överensstämmelse med ett vidgat "välfärdstänkande", utveckla och fixera en allmän social skyddsprincip.

Rättsprinciper och bedömningsfaktorer vilka nämnts här som exempel, ger en antydning om några sannolika linjer i framtidens avtalsmönster – där det också finns plats för mycket annat. Hur elementen i rättsmaterialet än kommer att gestaltas, kvarstår en *generell riktlinje*: fakta och värderingar – traditionella och nya, med växlande styrka och räckvidd – måste anpassas till och vägas mot varandra. Spänningar mellan gammalt och nytt bör lösas genom helhetsbedömningar i både normgivning och rättstillämpning.

I allt detta finns en primär *allmän målsättning* för avtalsrätten, dess normer och tillämpningar: att i en föränderlig verklighet tillgodose både *rättssäkerhet* och *rättsskydd*.

Här möter uppgifter mer än nog för framtidens rättsvetenskap.

Litteratur

Taxell, Lars Erik

Böcker:

Avtal och rättsskydd, Åbo 1972.

Rätt och demokrati, Åbo 1976.

Demokrati. Teori och verklighet, Åbo 1987.

Avtalsrättens normer. Några riktlinjer, Åbo 1987.

Rätt – individ – samhälle, Helsingfors 1989.

Köplagen. Några riktlinjer, Åbo 1991.

Skadestånd vid avtalsbrott, Åbo 1993.

Uppsatser:

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.

Avtalsrätt – lagstiftning och doktrin. Festskr. Matti Ylöstalo. Suomal. lakimiesyh. julk. C-sarja N:o 21 411–420, Helsinki 1987.

Avtalsrättens prejudikat, JFT 1987 251–268.

Avtalsersättning och culpa, TfR 1987 342–360.

Sociala drag i avtalsrätten. Lov, dom og bok. Festskr. til Sjur Braekhus 19. juni 1988 525–534, Otta 1988.

Lagstiftare och domare. Några synpunkter på lagmotiv. Festskr. Curt Olsson. Juridiska föreningens i Finland publikationsserie N:o 54 382–390. Ekenäs 1989.

Avtalsbundenhet och avtalsbrott. Några reflexioner, JFT 1994 306–322.

Sakregister

A

allmänna avtalsprinciper 34ff,
42, 78, 98, 106, 108f
analogitillämpning 93f
annullering 52
ansvarsformer 104
avtal som samverkan 45, 66, 109
avtalade normer 56ff, 96
– kan anses avtalat 57
avtalsbalans 51
avtalsbilden 44f, 106
avtalsbrott 67, 78, 80ff, 104
avtalsbundenhet 34, 39ff, 42,
56f, 78f, 104, 109
avtalsfrihet 34, 36ff, 42, 78, 109,
112
– begränsningar 36ff
avtalsförhandlingar 47
avtalsgrundande rättsfakta 48f,
105, 116
avtalsklausuler 75, 83, 111
avtalsmekanismer 46ff
avtalsrätt 10ff
– allmän målsättning 10f,
106f, 117
– innebörd 12, 14
– metodik 11
avtalsrättsliga principer, se rätts-
principer
avtalsstörning (konflikt) 43, 54f,
77ff, 106

avtalsupplösande fakta 50ff
avveckling 77, 81

B

bakgrundsfaktorer 14f, 30, 32f,
106, 108
– betydelse 32f
bedömningsfaktorer 69ff, 99,
116
– allmänna 69
– särskilda 69, 94
bevisbörda 75
bristande partsjämvikt 72ff, 116

C

culpapprincip 67f, 116

D

demokrati 15ff, 31f
– begränsningar 18
– följdverkningar 19f
demokratins värden 16ff
– begränsningar 18f
– frihet 16
– jämlikhet 16f
– trygghet 17f, 19f, 40f
differentiering 60, 112
dispositiv lag 41, 72, 86, 113

E

elastiska normer 60, 113

EG-rätten 110
 ensidig ändring av avtal 53

F

fackman 73
 faktiskt skyddsbehov 79
 fortsatt avtalsbundenhet 40, 88,
 91, 104

fullgörelse 50, 54
 företagsverksamhet 70f, 72
 försäkring 76

G

god eller ond tro 75f
 god sed 76

H

handlingsnorm 39, 56, 84
 harmonisering 109ff
 helhetsbedömning 96f, 99
 hävning 68

I

internationella element 12f,
 109ff
 internordisk samverkan 109, 115
 intresseavvägning 96f
 intressen 30f, 35
 – allmänna 30f
 – enskilda 31

J

jämkning 52, 65
 jämvikt mellan parter 66, 72f
 jämviktsprincip 66, 116

K

kommersiella avtal 70f

kompletterande normer 61f, 87
 kontraheringsplikt 37f
 kontrollansvar 68, 75, 116
 konventionsstyrning 86f, 109f
 krav på avtalsprestation 82
 kutymer 62

L

lagnormer 57ff
 – funktioner 59f
 – följdverkningar 92ff, 114
 – förarbeten 61, 114
 legalitet 25ff
 lojalitet (princip) 46, 65f, 71,
 115

M

marknadsekonomi 28ff, 31f
 – frihet 29
 – säkerhet 29
 materia (avtalsrättens) 54ff, 106
 moral 21f, 76
 målsättningar och riktlinjer 10ff,
 106f
 människan i demokratin 15f
 mänskliga rättigheter 20f, 74

N

normer (rättsnormer) 56ff,
 111ff
 – syften 58f
 normbundenhet 24
 normeringsfrihet 24, 58,
 111f
 normeringskompetens 24f
 normluckor 80, 91, 98f
 normtillämpning 80, 84ff, 87ff,
 98ff, 100

O

objektivering 116
 offergräns 75, 88
 ogiltighet 49f
 omförhandling 52

P

partsegoism 45
 partsskydd 37, 41
 prejudikat 61f, 96, 114
 primär avtalsbundenhet 88
 provningsnormer 60, 90, 99,
 101
 påföljder (avtalsbrott) 81ff
 – förutsättningar 92
 – prevention 83f
 – system 81f
 – typer 82
 påföljdsnorm 39, 56, 81ff, 84, 88

R

riktiga lösningar 100f
 risker, riskfördelning 51, 74f, 116
 rättshandling 47
 rättsmedvetande 27f
 rättspolitik 36, 40, 58f
 rättsprinciper 63ff, 99, 101, 115
 – allmänna 63, 65ff, 116
 – motiv 63f
 – partiella 63, 67ff, 99, 116
 rättsskydd 25f, 51, 79, 102,
 117
 – preventivt 18, 26
 – repressivt 18, 16
 rättsstat 24ff
 rättssäkerhet 25f, 51, 71, 102,
 117
 rättstillämpning 54, 68f, 75f, 77,
 84ff, 91ff, 98ff

rättstillämpning i

normluckor 80, 91ff, 98ff, 100
 rättsutveckling 64, 108ff
 rättsvetenskap 9f, 12, 55, 107,
 117
 rättvisa 27

S

samhällspolitiska
 målsättningar 36f
 sekundär avtalsbundenhet 88
 skadeståndsprinciper 67f, 82,
 116
 skyddsprincipen 34, 40ff, 79, 91,
 109
 skälighet (princip) 65, 115
 sociala faktorer 73f, 117
 standardavtal 48, 57, 85, 113f
 subjektiva
 bedömningsfaktorer 116
 system (avtalsrättens) 102ff,
 107
 – allmänt system 103
 – delsystem 103f
 – motiv 102f

T

tekniska avtal 48
 tidsfaktor 50
 tillnärmning 110f
 toleransgräns 75
 tolkning 84ff, 109
 – avtal 84f
 – lag 86f
 – prejudikat 87
 tolkningsdata 87
 tolkningsprinciper 67, 85
 tvingande lag 41, 72, 86, 112f

U

undersökningsplikt 71
upplysningsplikt 71, 115
utfyllning 87
utvecklingslinjer 108ff

V

valfrihet (parts) 68
varaktiga avtal 50
vederlagsminskning 82
vårdplikt 66

välfärd 22f
väsentlighet (princip) 68

Ä

ändamålsenlig lösning 95
ändrade förhållanden 50ff

Ö

öppen bedömning 12, 76, 105
öppna fall, se normluckor

LARS ERIK TAXELL

Avtalsrätt

I Avtalsrätt ger Lars Erik Taxell sin syn på nordisk avtalsrätt med utgångspunkt i egna erfarenheter som aktiv rättsvetenskapsman. Utifrån samhällsskick och ekonomisk ordning beskriver Taxell bakgrunden till dagens avtalsrätt, hur den kan sammanfattas samt hur den i framtiden kan komma att förändras.

Författaren går igenom beståndsdelar och huvudlinjer i nordisk avtalsrätt. Han diskuterar demokratiska värden, grundläggande fri- och rättigheter samt ekonomiska förutsättningar som gjort att avtalsrätten blivit vad den idag är. Därefter behandlas avtalsrättens begrepp och materia samt grundlinjer för lösandet av avtalskonflikter, särskilt avtalsbrott. Avslutningsvis tar författaren upp utvecklingsmöjligheter för avtalsrätten i framtiden.

"Syftet med min bok är att sammanfatta en del tankar och ställningstaganden som grott och utvecklats hos mig under en mänskligt bedömt lång period som för min del nu avslutas – femtio år efter min doktorsdisputation. ... Närmast har jag velat, med bakgrund i samhällsskick och ekonomisk ordning, ge uttryck åt en subjektiv, av personlig ideologi färgad syn på nordisk avtalsrätt."

Lars Erik Taxell, förutvarande professor i privaträtt med allmän rättslära vid Åbo akademi.

ISBN 91-39-20069-8



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