



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Anna Engeström

Battle of the forms i Sverige och USA

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Eva Lindell-Frantz

Avtalsrätt, komparativ rätt

VT 2007

Innehåll

| | |
|--|-----------|
| SUMMARY | 1 |
| SAMMANFATTNING | 3 |
| FÖRORD | 5 |
| FÖRKORTNINGAR | 6 |
| 1 INLEDNING | 7 |
| 1.1 Problemvalet | 7 |
| 1.2 Syfte | 8 |
| 1.3 Avgränsningar | 8 |
| 1.4 Metod och material | 9 |
| 1.4.1 Svensk rätt | 9 |
| 1.4.2 Amerikansk rätt | 10 |
| 1.5 Disposition | 11 |
| 2 ALLMÄNT OM STANDARDAVTAL | 12 |
| 2.1 Definition | 12 |
| 2.2 Syfte och användningsområde | 12 |
| 2.3 Olika typer av standardavtal | 13 |
| 2.4 Inkorporering | 14 |
| 2.4.1 Olika inkorporeringsmetoder | 14 |
| 2.4.2 Standardavtal som handelsbruk? | 15 |
| 2.4.3 Öväntade och tyngande klausuler | 15 |
| 2.4.4 Inkorporeringsproblematiken i förhållande till battle of the forms | 16 |
| 2.5 Öppen och dold domstolskontroll | 16 |
| 3 MÖJLIGA LÖSNINGSALTERNATIV VID BATTLE OF THE FORMS | 17 |
| 3.1 Dissens | 17 |
| 3.2 First shot | 17 |
| 3.3 Last shot | 18 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 3.4 | Klausulupplösning/ the knock out rule | 18 |
| 3.5 | The performance rule | 19 |
| 4 | SVENSK LAGREGLERING | 20 |
| 4.1 | Allmänt om AvtL | 20 |
| 4.2 | 6 § 1 st AvtL | 20 |
| 4.3 | 6 § 2 st AvtL | 21 |
| 5 | SVENSK PRAXIS | 22 |
| 5.1 | Allmänt | 22 |
| 5.2 | Dissens | 22 |
| 5.3 | Passivitet och last shot | 23 |
| 5.3.1 | Passivitet i samband med oren accept | 23 |
| 5.3.2 | Frö till ett last shot-tänkande – Koja-fallet | 23 |
| 5.3.3 | Närmare last shot – lastbilscentrals-fallet | 24 |
| 5.3.4 | Last shot och subjektiva rekvisit | 25 |
| 6 | SVENSK DOKTRIN | 27 |
| 6.1 | Allmänt | 27 |
| 6.2 | Rekommenderade lösningsförslag | 27 |
| 6.2.1 | Last shot | 27 |
| 6.2.2 | First shot | 28 |
| 6.2.3 | The performance rule | 28 |
| 6.2.4 | Klausulupplösning | 28 |
| 7 | KORT OM AMERIKANSK RÄTT | 30 |
| 7.1 | Amerikanska rättskällor | 30 |
| 7.1.1 | Stare decisis | 30 |
| 7.1.2 | Primära rättskällor | 30 |
| 7.1.3 | Sekundära rättskällor | 31 |
| 7.2 | Domstolarna | 31 |
| 7.3 | Det missvisande uttrycket ”amerikansk avtalsrätt” | 32 |
| 7.4 | UCC | 33 |
| 7.4.1 | Harmonisering av avtalsrätten | 33 |
| 7.4.2 | UCC:s innehåll | 33 |
| 7.4.3 | UCC:s grundläggande syften | 34 |

| | | |
|------------|--|-----------|
| 8 | AMERIKANSK BEHANDLING AV BATTLE OF THE FORMS | 35 |
| 8.1 | Rättsläget före UCC § 2-207 | 35 |
| 8.1.1 | Spegelbilsregeln | 35 |
| 8.1.2 | Last shot-modellen | 35 |
| 8.2 | Allmänt om UCC § 2-207 | 36 |
| 8.2.1 | Vad reglerar UCC § 2-207? | 36 |
| 8.2.2 | Har ett avtal ingåtts eller ej? | 37 |
| 8.2.3 | Vilket är avtalsinnehållet? | 37 |
| 8.2.4 | Kritik mot UCC § 2-207 | 38 |
| 8.3 | 2-207(1) | 38 |
| 8.3.1 | Accepter | 38 |
| 8.3.1.1 | Definitiva och tidsenliga accepter | 38 |
| 8.3.1.2 | Spegelbilsregeln satt ur spel | 39 |
| 8.3.1.3 | Förbehållsbestämmelsen | 39 |
| 8.3.2 | Bekräftelser | 41 |
| 8.4 | 2-207(2) | 42 |
| 8.4.1 | Accept innehållande nya klausuler | 42 |
| 8.4.1.1 | Avtalsinnehållet | 42 |
| 8.4.1.2 | Vad menas med avsevärd förändring? | 42 |
| 8.4.2 | Accept innehållande avvikande klausuler | 43 |
| 8.4.2.1 | UCC § 2-207(2) i enlighet med knock out- modellen | 44 |
| 8.4.2.2 | UCC § 2-207(2) tillämpas endast på nya klausuler | 44 |
| 8.4.2.3 | UCC § 2-207(2) tillämpas på både nya och avvikande klausuler | 45 |
| 8.5 | 2-207(3) | 46 |
| 9 | ANALYS | 47 |
| | BILAGA A | 52 |
| | BILAGA B | 53 |
| | KÄLLFÖRTECKNING | 56 |
| | RÄTTSFALLSFÖRTECKNING | 58 |

Summary

This paper examines how battle of the forms problems are treated in Swedish and American law. The legislation regarding battle of the forms, to the extent that there is one, is presented, as are the different solutions that have been suggested and recommended in case law and by legal scholars in Sweden and the United States.

Taking its starting point in a comparison of Swedish and American law, the purpose of this paper is to provide an answer to the question *how should a battle of the forms situation be solved in order to achieve the best commercial result*. The paper emphasizes the importance of an uncomplicated solution which can in fact be applied by the commercial parties that may find themselves in a battle of the forms situation.

We can conclude that there is a manifest difference in law in Sweden and the United States in regard to battle of the forms. There is no legislation regarding battle of the forms in Sweden; in the United States, the harshly criticized UCC § 2-207 establishes how the matter is to be decided. There are many cases in the US that explore UCC § 2-207 and the section is intensely discussed by American legal scholars. In contrast, not a single battle of the forms case has been decided by the Supreme Court in Sweden. Furthermore, battle of the forms has not generated much interest from the Swedish legal community.

This paper establishes that the last shot and knock out solutions attract the most supporters in Sweden. Considering the massive amount of criticism the last shot model generated in the United States, I find it particularly interesting that it has won support in Sweden. It is discussed whether this criticism is exclusively linked to the common law system or if it may be of relevance in the Swedish legal discussion as well. It is my conclusion that American contracts law, and especially the fact that offers are not binding in common law, makes for an important background in this matter that should not be over-looked but that the offer and acceptance models in both countries still share enough common ground to find the American criticism of the last shot model to be of interest in Sweden as well.

After having examined the battle of the forms problem, I find it vital that the law in this matter is more clearly established in Sweden. The best way to do this is through legislation. UCC § 2-207 illustrates a solution that is so complicated that it is not possible for the involved parties to apply it themselves.

As foreseeability is an important aspect in the commercial world, I do not recommend the knock out model. It is my belief that a clear rule is preferable to a more complicated one, even though the more complicated

model in some cases may provide a more satisfying result. Accordingly, the first shot and the last shot models are the choices we are left with.

I would like to recommend the first shot solution, due to the fact that it is the offeror who takes the first step to create an agreement. I therefore find it more reasonable that his terms, rather than the offeree's, constitute the content of the agreement. It is true that the first shot model does not make for an ideal solution and that the result sometimes may be arbitrary, but in my view it is still the best solution available.

Sammanfattning

I denna uppsats undersöks hur battle of the forms behandlas i svensk respektive amerikansk rätt. I uppsatsen presenteras lagregleringen i frågan, i den mån den existerar, i Sverige och USA samt vilka lösningsförslag som finns liksom vilka lösningar som rekommenderas i doktrin och praxis i de båda länderna.

Syftet med uppsatsen är att med komparationen som utgångspunkt svara på frågan *hur en battle of the forms-situation bör lösas för att ge bästa kommersiella resultat*. I uppsatsen understryks vikten av att lösningen inte är alltför svårhanterlig utan faktiskt är tillämpbar för kommersiella parter som hamnar i battle of the forms-situationer.

Vi kan konstatera att rättsläget i Sverige och USA vad gäller battle of the forms skiljer sig åt markant. I Sverige saknas lagstiftning i frågan medan den mycket kritiserade UCC § 2-207 reglerar hur frågan skall avgöras i USA. I USA finns många rättsfall kring UCC § 2-207 och en intensiv diskussion pågår i doktrinen om battle of the forms medan det i Sverige saknas praxis i frågan och doktrinen behandlat frågan relativt styvmoderligt.

I uppsatsen klargörs att last shot-modellen och klausulupplösningssmodellen har flest förespråkare i Sverige. Med tanke på den massiva kritik som last shot-modellen genererade i USA anser jag det vara särskilt intressant att den vunnit stöd i Sverige. I uppsatsen diskuteras i vilken mån kritiken mot last shot-modellen var knuten till common law-avtalsrätten och därmed vilken relevans den kunde tänkas ha för den svenska rätten. Min slutsats är att den amerikanska rätten, och särskilt det faktum att den baseras på kontraktsprincipen, utgör en viktig bakgrund som inte skall förringas men att synen på anbud och accept i de båda länderna ändå har såpass mycket gemensamt att den amerikanska kritiken mot last shot-modellen är av intresse även för svensk rätt.

Min slutsats är att det är av vikt att rättsläget i battle of the forms-frågan klargörs. Det bästa sättet detta kan göras är genom lagstiftning. UCC § 2-207 exemplifierar en lagstiftning som är alltför komplicerad för att kunna tillämpas av parterna själva.

Då förutsägbarhet är en viktig aspekt i den kommersiella världen anser jag att klausulupplösningssmodellen inte är att rekommendera. Jag menar att en klar regel är att föredra framför en mer invecklad, även om den invecklade kanske ibland ger ett materiellt mer tillfredsställande resultat. Därmed är first- och last shot-modellerna de som finns att välja mellan.

Jag skulle vilja rekommendera first shot-lösningen, då det trots allt är anbudsgivaren som initierar avtalet och därmed anser jag att det är mer försvarbart att hans villkor får genomslag än anbudsmottagarens. Det

konstateras att first shot-modellen på intet sätt är en idealisk lösning och att resultatet ibland kan bli godtyckligt, men enligt min åsikt är det ändå den bästa lösning som finns att tillgå.

Förord

Jag vill gärna tacka min handledare Eva Lindell-Frantz för all hjälp med den här uppsatsen samt min vän Agnes Brännberg för korrekturläsning.

Förkortningar

| | |
|--------|---|
| ALI | American Law Institute |
| AvtL | Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område |
| HD | Högsta Domstolen |
| HovR | Hovrätten |
| KöpL | Köplag (1990:931) |
| NJA | Nytt juridiskt arkiv |
| NCCUSL | National Conference of Commissioners on Uniform State Laws |
| RB | Rättegångsbalken (1942:740) |
| RH | Rättsfall från hovrätterna |
| UCC | Uniform Commercial Code |

1 Inledning

1.1 Problemvalet

Under första året i amerikanska law schools finns det en avtalsrättslig paragraf som vållar särskilt mycket gråt och tandagnisslan, eller åtminstone var det så när jag studerade på Suffolk University Law School i Boston under läsåret 2005/2006. Denna paragraf, § 2-207, återfinns i UCC¹. Bland annat reglerar paragrafen battle of the forms-situationer, men den gör det knappast på ett lättförståeligt sätt.

Med *battle of the forms* menas den relativt vanligt förekommande² situation som uppkommer när två kommersiella avtalsparter ingår avtal med varandra och båda parterna i sina formulär hänvisar, ofta helt slentrianmässigt,³ till sina egna standardavtal men utan att det närmare diskuteras vems standardavtal som faktiskt skall gälla mellan parterna.⁴ Så länge som båda parterna presterar till belåtelse och ingen tvist uppkommer, spelar det naturligtvis ingen roll vems villkor som reglerar avtalsförhållandet. Problemet blir desto mer akut när väl en tvist uppkommer och det måste avgöras till exempel vems reklamations-, friskrivnings- eller force majeure-klausul som gäller.⁵

I en sådan situation använder sig en amerikansk domstol ofta av UCC § 2-207 för att lösa frågan – men vilket resultat den kommer fram till är sannerligen inte lätt att veta! Efter många timmars studier av UCC § 2-207 insåg jag till min förvåning att ett intresse för battle of the forms-frågan hade väckts hos mig och att jag blivit nyfiken på hur ett så vanligt problem kunde resultera i en så oklar lösning. Det fick mig att minnas att frågan inte heller i svensk rätt fått någon entydig lösning; i Sverige finns inte ens en lagregel som reglerar frågan. Vidare fann jag det är något förvånande att USA, som är ett common law land, har en lagreglerad lösning på frågan medan vi i Sverige, som tillhör civil law-traditionen, inte har någon motsvarande paragraf.

Väl hemkommen från mitt utbytesår bestämde jag mig för att än en gång studera UCC § 2-207 och kontrastera denna paragraf med vad svensk rätt har att komma med på området. Resultatet presenteras nedan.

¹ Se 7.4 för en kort beskrivning av lagen.

² Göranson, s. 13.

³ Göranson, s. 13.

⁴ Adlercreutz, 2001, s. 73 – 74.

⁵ Jfr White/Summers, s. 30.

1.2 Syfte

I denna uppsats ämnar jag undersöka hur battle of the forms behandlas i svensk respektive amerikansk rätt. För att kunna utröna hur frågan behandlats måste jag utreda följande frågeställningar:

- Vilken, om någon, lagreglering finns i Sverige respektive USA som kan tillämpas på battle of the forms?
- Vilka lösningsförslag finns på problemet?
- Vilka lösningsmodeller förordas inom svensk respektive amerikansk doktrin och praxis?

Mitt syfte med uppsatsen är att med komparationen som utgångspunkt svara på frågan *hur en battle of the forms-situation bör lösas för att ge bästa kommersiella resultat*. Med bästa kommersiella resultat menar jag en lösning som är förutsägbar för parterna och som därmed minskar transaktionskostnaderna och antalet tvister. Jag anser det vara av vikt att lösningen faktiskt är tillämpbar för de parter som hamnar i battle of the forms-situationer, det vill säga kommersiella parter. En alltför svårhanterlig lösning är därmed oacceptabel. Oavsett om en viss part är köpare eller säljare, eller anbudsgivare eller anbudstagare, torde var part ha ett intresse av att veta vad som gäller om en battle of the forms-situation skulle uppkomma.

Med tanke på att battle of the forms-situationer kan uppstå vid såväl nationella som internationella avtal bör den kommersiella bakgrunden ständigt hållas i minnet. Det är, enligt min mening, att föredra en lösning som inte alltför strikt baseras på specifikt nationella förhållanden, då detta kan resultera i en reglering som är alltför snäv för att vara relevant vid gränsöverskridande avtal.

Det är på dessa premisser som battle of the forms-problemet undersöks i denna uppsats.

1.3 Avgränsningar

En battle of the forms-situation torde sällan eller aldrig uppkomma när en konsument är en av avtalsparterna.⁶ I denna undersökning kommer jag därför helt att rikta in mig på kommersiell avtalsrätt, vilket innebär att många frågor som ofta kan vara av intresse när standardavtal diskuteras, till exempel konsumentskydd, kommer att falla utanför denna framställnings ramar.

Vidare kommer jag att utgå från att de olika standardvillkor som de respektive parterna önskar använda sig av är skäliga. I min fortsatta framställning kommer jag med andra ord inte annat än ytligt att behandla 36

⁶ Jfr White/Summers, s. 38.

§ AvtL. Jag kommer inte heller att diskutera frågan vad som händer om en parts klausul är oklar. Oskälighets- och oklarhetsfrågor kan naturligtvis uppstå även i avtal som kolliderat med varandra, men dessa frågor rör inte specifikt kollisionen och löses i enlighet med de regler som rör oskälighet och oklarhet. Jag kommer inte heller vidare att diskutera avtalsvillkorlagarna, då även deras tillämpningsområde faller utanför intresset för denna undersökning.

Av utrymmesskäl kommer jag inte ha möjlighet att behandla bevisbördefrågor i uppsatsen.

Det är inte alls omöjligt att en battle of the forms-situation uppstår mellan två avtalsparter av olika nationalitet.⁷ Då kan även internationell privaträtt komma in i bilden och ytterligare komplicera läget.⁸ Denna dimension kommer dock inte att behandlas i denna uppsats.

Vad gäller amerikansk reglering av battle of the forms har jag valt att enbart titta på UCC. Som beskrivs närmare nedan⁹ har alla stater antagit versioner av UCC. Jag kommer inte att använda mig av någon specifik stats version, utan utgå ifrån modellversionen av UCC. Även vad gäller den amerikanska doktrinen kommer jag att koncentrera mig på vad som skrivits om UCC § 2-207.

Jag kommer inte heller att diskutera hur battle of the forms-situationen behandlas i den nya versionen av UCC som håller på att tas fram.

1.4 Metod och material

1.4.1 Svensk rätt

I uppsatsen används traditionell juridisk metod, i vilken lagstiftning, praxis och doktrin används för att undersöka gällande rätt. Detta påstående behöver kanske förklaras något då det i Sverige varken finns någon lagregel eller något rättsfall som behandlar frågan. I avsaknad av det presenteras den paragraf i AvtL som brukar tas som utgångspunkt för frågan, 6 §, liksom de rättsfall som tillför battle of the forms-diskussionen något, må vara att direkta svar på frågan inte ges.

Inte heller i svensk eller nordisk doktrin finns några klara svar. Till att börja med kan konstateras att frågan inte genererat någon större uppmärksamhet i doktrinen. Visserligen nämns frågan i avtalsrättsliga läroböcker samt böcker om standardavtal, men det är sällan särskilt ingående. Dessutom är det som

⁷ Lando, s. 6.

⁸ Se t ex Wilhelmsson, s. 53 f. om standardvillkor i internationell handel. Han påpekar att ”[r]edan avgörandet, vilket lands lag som skall äga tillämpning (sic) på avtalet, är ofta osäkert, då den internationella pri-vaträttens (sic) normer är vaga.” (s. 53).

⁹ Se 7.4.

skrivs ofta referenser fram och tillbaka mellan de olika författarna. Hellner hänvisar till Ramberg och Göranson som i sin tur hänvisar till varandra samt till Hellner. I avsnittet om svensk behandling av battle of the forms behandlas även doktrin av nordiska författare. Med tanke på att så stor rättsgemenskap finns i de nordiska länderna anser jag detta vara berättigat.

Om standardavtal finns en hel del skrivet, och denna litteratur är relevant i så mån att den kan presentera den bakgrund till ämnet som krävs för att förstå frågeställningen. Här bör särskilt Bernitz' *Standardavtalsrätt* nämnas. Detta verk hänvisas till var gång standardavtal kommer på tal.

Det finns ett mer specifikt verk på området, Göransons *Kolliderande standardavtal*, och denna monografi refereras ständigt till i de nyss nämnda läroböckerna. En nackdel med detta verk är att det gavs ut 1988, och har med andra ord några år på nacken. Detsamma gäller tre uppsatser, skrivna av Hellner, Håstad respektive Lando, i vilka battle of the forms-frågan diskuteras mer ingående. Jag anser dock att de överväganden författarna gör är lika relevanta nu som då.

1.4.2 Amerikansk rätt

Även vad gäller det amerikanska avsnittet har jag använt mig av den traditionella *svenska* juridiska metoden. Möjligen skiljer sig denna metod från vad som gäller i USA, men denna uppsats är en svensk sådan, må vara att den delvis behandlar amerikansk rätt.

I USA finns en lagstadgad lösning på hur battle of the forms-problem skall lösas. Denna lösning, som är allt annat än enkel, återfinns i § 2-207 i UCC och har givit upphov till hundratals rättsfall och en intensiv diskussion i doktrinen. Rättsläget skiljer sig sålunda radikalt från det i Sverige. Både detta och det faktum att USA tillhör ett annat rättssystem än Sverige gör att man måste vara försiktig i sin komparation. Jag menar dock att den kommersiella bakgrunden och problemet som sådant torde vara desamma i båda länderna, vilket jag tror är väl så viktigt som vilket rättssystem länderna tillhör. Min ambition med komparationen av de båda rättssystemen är att den skall leda fram till en mer nyanserad analys av frågeställningen.

En relativt stor del av uppsatsen används till att beskriva och förklara de invecklade reglerna i UCC § 2-207. Materialet har främst utgjorts av de stora standardverken inom amerikansk avtalsrätt – *Farnsworth on Contracts*, *Calamari and Perillo on Contracts*, *Corbin on Contracts*, samt det största verket som behandlar UCC, White och Summers *Uniform Commercial Code*.

I de avtalsrättsliga verken ges mycket utförliga hänvisningar till såväl doktrin som praxis. Dessa hänvisningar har varit min utgångspunkt i materialsökandet. Jag använder mig av law review-artiklar som ofta

refereras till i standardverken, och de rättsfall som jag tagit med som illustrationer är även de välkända.

I något fall har jag inte kunnat få tag på originalmaterialet och har därför fått nöja mig med att referera till ett verk som i sin tur hänvisar till källan. Jag anger i min källhänvisning när så är fallet.

I Bilaga A finns en kort engelsk-svensk ordlista över ord och fraser som är av vikt. I Bilaga B återfinns UCC § 2-207 samt dess officiella kommentarer.

1.5 Disposition

Uppsatsen är disponerad enligt följande: i nästa kapitel ges en allmän introduktion till standardavtal, i vilket bland annat diskuteras deras olika användningsområden, för- och nackdelar liksom frågeställningar som är av särskilt intresse vid standardavtal. Denna generella överblick är en nödvändig bakgrund för att kunna förstå problemet med battle of the forms.

Detta inledande kapitel följs av en presentation av de olika lösningsförslag som har givits för battle of the forms-frågan. Förslagen är visserligen tillämpliga på såväl svensk som amerikansk rätt, men jag har använt mig av svenska källor i detta avsnitt.

Därefter kommer jag att i tur och ordning titta på svensk lagstiftning, praxis och doktrin. Det bör dock redan nu påpekas att det inte är några vattentäta skott mellan dessa kapitel – framförallt överlappar doktrin-kapitlet med andra, särskilt de som redogör för praxis och möjliga lösningsförslag.

Efter redogörelsen av den svenska behandlingen av battle of the forms följer ett kapitel som ger en kort introduktion till det amerikanska rättssystemet i allmänhet och den amerikanska avtalsrätten i synnerhet. Efter detta mer allmänna avsnitt kommer så ett mer ingående kapitel som behandlar UCC § 2-207. I kapitlet förklaras lagtexten, och olika tolkningar och rättsfall som illustrerar dem tas upp. Således skiljer sig upplägget något mellan redogörelserna för svensk respektive amerikansk rätt.

Först efter att denna information presenterats finns förutsättningarna för att kunna diskutera vilken lösning som är att föredra. Uppsatsen avslutas med en sådan diskussion.

2 Allmänt om standardavtal

2.1 Definition

Varje dag ingås en stor mängd avtal. Många av dessa avtal är rutinmässiga och företas utan att några som helst förhandlingar förekommer mellan avtalsparterna. För att dessa transaktioner skall kunna genomföras friktionsfritt används ofta standardavtal. Med standardavtal menas, med Bernitz' definition, ”sådana avtal, som helt eller delvis ingås enligt i förväg upprättade standardiserade villkor avsedda att tillämpas likartat i ett större antal konkreta avtalsituationer av viss art, i vilka åtminstone den ena avtalsparten växlar”.¹⁰

2.2 Syfte och användningsområde

Standardavtal används av kommersiella parter av många olika anledningar. Den viktigaste torde vara effektivitetsaspekten; genom att en gång upprätta de villkor enligt vilka man i fortsättningen ingår avtal kan mycket tid sparas. I många fall skulle det överhuvudtaget inte vara praktiskt möjligt att avtala med varje avtalspart. Detta är fallet vid många av de rutinmässiga avtal som ingås varje dag, till exempel när någon parkerar sin bil i ett parkeringsgarage eller åker med kollektivtrafik.¹¹ Istället för att förklara för varje kund vilka villkor som gäller för tjänsten finns de tillgängliga, till exempel på skyltar, och ingår som en del av avtalet mellan näringsidkaren och konsumenten.¹²

Vidare kan en part använda sig av standardiserade avtal för att försäkra sig om en konfliktlösningsmodell som är önskvärd¹³ samt för att förskjuta affärsriskernas fördelning så att motparten får stå för en större del av dem än om dispositiv rätt tillämpats. Utöver dessa användningsområden kan standardavtal användas för att precisera ett rättsområde som antingen är oreglerat eller ofullständigt.¹⁴ Hellner framhåller i detta sammanhang att ”standardavtalen har en särpräglad funktion som ett slags substitut för dispositiva rättsregler, med uppgift främst att differentiera rätten efter växlande behov”.¹⁵

¹⁰ Bernitz, 2000, s. 12. Kursivering i originaltexten.

¹¹ För exempel på rättspraxis inom dessa områden, se t ex NJA 1981 s. 323 som behandlar villkor vid parkering i parkeringsgarage och NJA 1973 s. 674 som behandlar villkor vid kollektivtrafik, närmare bestämt på spårvagn.

¹² Adlercreutz, 2001, s. 72.

¹³ I kommersiella sammanhang önskas ofta skiljeförfarande. Just skiljeklausuler har blivit föremål för flera olika rättsfall, t ex NJA 1949 s. 609 och NJA 1969 s. 285 i vilka de respektive skiljeklausulerna inte ansågs gällande och NJA 1980 s. 46, som redogörs för i 5.3.3, i vilket skiljeklausulen godkändes.

¹⁴ Jfr Ramberg/Ramberg, s. 167-168 och Bernitz, 2000, s. 14-17.

¹⁵ Hellner, 1979, s. 298.

Det finns således stora fördelar med standardavtal – i dagens samhälle vore det knappast möjligt för företag att klara sig utan dem¹⁶ – men det finns också nackdelar med dem, som man delvis försökt komma tillrätta med lagstiftningsvägen.

Ett problem med standardavtal är att det ofta är den starkare avtalsparten som utformar dem. Denne kan därigenom tillförsäkra sig en bättre position gentemot den andre parten än om dispositiv rätt varit tillämplig.¹⁷ Särskilt stor är denna risk när motparten är en konsument.¹⁸ Dessutom är det vanligt att en part som utformat standardavtal endast ingår avtal på dessa villkor. Är kunden inte nöjd med villkoren, finns valet att vända sig till en annan avtalspart eller tygla sitt missnöje och trots allt acceptera villkoren. När motpartens val på detta sätt kan beskrivas med frasen ”take it or leave it” är det fråga om den typ av standardavtal som brukar kallas för anslutningskontrakt (adhesion contracts).¹⁹

2.3 Olika typer av standardavtal

Det finns olika sorters standardavtal, och de skiljer sig åt både till omfånget och till sättet de upprättas. Således finns alltifrån avtal där enbart någon enstaka klausul²⁰ är standardiserad²¹ till sådana där i stort sett allt utom motpartens namn är ifyllt. Man kan med andra ord tänka sig en ”glidande [avtals-]skala”, som Wilhelmsson uttrycker det, som sträcker sig från fullständigt individuella avtal till helt standardiserade avtal.²²

Vidare är vissa standardavtal helt ensidigt upprättade av den ena parten²³ medan andra standardavtal förhandlas fram mellan representanter för båda parter. Gemensamt upprättade avtal brukar kallas för *agreed documents* och tenderar att vara mer balanserade än ensidigt upprättade avtal.²⁴

Standardavtal kan med andra ord se mycket olika ut. Oavsett hur de är utformade, är den allmänna avtalsrätten tillämplig på dem.²⁵ Detta innebär bland annat att AvtL:s ogiltighetsparagrafer och jämningsparagrafen 36 § kan användas på standardavtal. I Sverige finns alltså ingen särskild lag som tillämpas när standardavtals-rättsliga problem skall lösas.²⁶

¹⁶ Jfr Wilhelmsson, s. 61.

¹⁷ Wilhelmsson, s. 7.

¹⁸ Bernitz, 2000, s. 17.

¹⁹ Bernitz, 2000, s. 13.

²⁰ Till exempel en force majeure-klausul.

²¹ Ramberg/Ramberg, s. 172.

²² Wilhelmsson, s. 33.

²³ Bernitz, 2000, s. 13.

²⁴ Ramberg/Ramberg, s. 171.

²⁵ Jfr Bernitz, 2000, s. 20.

²⁶ Bernitz, 2000, s. 22.

2.4 Inkorporering

2.4.1 Olika inkorporeringsmetoder

Visserligen skall den allmänna avtalsrätten tillämpas även på standardavtal men det finns vissa särdrag hos standardavtalen som inte existerar i individuellt avtalade avtal och som kräver särskild behandling. Frågan om inkorporering, det vill säga om standardavtalet på ett eller annat sätt gjorts till en del av parternas individuella avtal,²⁷ och om denna gjorts korrekt är exempel på frågor som särskilt uppkommer vid standardavtal.²⁸ Eftersom standardavtal, till skillnad från dispositiv rätt, inte automatiskt får verkan om inget annat avtalats är inkorporering nödvändig.²⁹

Det finns inga lagstadgade regler för hur inkorporering av standardavtal i det individuella avtalet skall ske. Därmed blir principerna som framgår ur praxis vägledande. Bernitz anser att svenska domstolar är ”oformalistiska och ställer sig förstående till praktiska be-hov (sic)” som talar för att standardavtal enkelt kan inkorporeras i individuella avtal.³⁰

Generellt kan sägas att ett standardavtal kan inkorporeras på olika sätt: genom att avtalet bifogas det individuella, till exempel på baksidan med en tydlig hänvisning till det på framsidan,³¹ genom en hänvisning till avtalet *utan* att avtalet bifogas samt genom att parterna tidigare använt sig av detta avtal i sina affärer sinsemellan (partsbruk).³²

Vilket sätt som skall användas för att inkorporeringen skall anses giltig beror bland annat på rättshandlingens art, parternas ställning och den omtvistade klausulens innehåll.³³ En hänvisning i avtalet utan bifogande är ofta tillräckligt när standardavtalet är tillgängligt för motparten samt är rimligt. Andra sidan av detta mynt är att det krävs att standardavtalet översänds om motparten inte har kännedom om det eller lätt kan ta del av det.³⁴

²⁷ Bernitz, 2000, s. 26.

²⁸ Jfr Wilhelmsson, s. 38.

²⁹ Ramberg/Ramberg, s. 173.

³⁰ Bernitz, s. 32.

³¹ Bernitz, s. 32.

³² Ramberg/Ramberg, s. 173.

³³ Adlercreutz, 2001, s. 72 – 73.

³⁴ Hellner, 1993, s. 48.

2.4.2 Standardavtal som handelsbruk?

När det gäller vissa standardavtal är de så vanliga att de inte ens behöver åberopas för att de skall anses inkorporerade i det individuella avtalet. Hellner ger som exempel ett försäkringsavtal som ingås efter att försäkringstagaren ringt upp försäkringsbolaget. Försäkringsbolagets representant behöver i detta fall inte särskilt hänvisa till sina villkor för att dessa skall ingå i avtalet.³⁵

Med detta som utgångspunkt verkar det kanske inte orimligt att betrakta vissa utbredda standardavtal som handelsbruk. HD har även i målet NJA 1998 s. 448 använt sig av allmänt utbredda standardavtal för att fylla ut en avtalsbestämmelse, vilket för tankarna till handelsbruk. 1998 års fall var dock säreget då det rörde sig om försäkring av kärnkraftverk.

Bernitz är dock av åsikten att standardavtal *inte* utgör handelsbruk, och han menar att detta även gäller avtal som är mycket utbredda i den relevanta branschen.³⁶

2.4.3 Oväntade och tyngande klausuler

Särskilda regler gäller standardklausuler som klassas som *särskilt tyngande* eller *oväntade*. Med särskilt tyngande klausuler menas sådana som skapar en väsentligt mycket sämre ställning för motparten än de regler som fastställs i dispositiv rätt. För att inkorporeringen av dessa klausuler skall godkännas måste motparten ha fått kännedom om dem före avtalsslutet.³⁷ Extra höga krav ställs när oväntade eller tyngande klausuler ingår i avtal mellan en näringsidkare och en konsument.³⁸

Med oväntade klausuler menas sådana som framstår som främmande för avtalstypen eller sådana som gömmts undan i avtalet, till exempel under en missvisande rubrik. Sådana klausuler blir sällan del av det individuella avtalet, och det gäller även om klausulerna inte framstår som särskilt tyngande.³⁹

³⁵ Hellner, 1993, s. 48.

³⁶ Bernitz, 2000, s. 31.

³⁷ Bernitz, 2000, s. 36 – 38.

³⁸ Lehrberg, s. 64.

³⁹ Bernitz, 2000, s. 36 – 38. För rättspraxis, se t ex NJA 1979 s. 401 där en klausul ansågs både tyngande och oväntad.

2.4.4 Inkorporeringsproblematiken i förhållande till battle of the forms

Som nämnts ovan är inkorporering en huvudfråga vad gäller standardavtal. I viss mån är denna fråga besläktad med battle of the forms, såtillvida att båda frågorna rör huruvida ett visst standardavtal blir tillämpligt eller ej. Det är dock viktigt att förstå att frågorna inte är identiska – battle of the forms är inte en fråga om inkorporering.

I en typisk battle of the forms-situation är frågan inte om avtalsparten hänvisat ordentligt till sina villkor eller ej, utan huruvida en sådan hänvisning skall ges effekt *med tanke på att även den andra parten hänvisat till sina villkor*, antingen före, efter eller samtidigt som första partens hänvisning.

2.5 Öppen och dold domstolskontroll

Även om ett standardavtal blivit inkorporerat i det individuella avtalet enligt konstens alla regler kan en domstol naturligtvis jämka oskäligen avtalsklausuler i enlighet med 36 § AvtL.⁴⁰ När domstolen gör så talar man om öppen kontroll. När domstolarna istället underkänner en viss klausul genom att finna att avtalet inte blivit ordentligt införlivat i det individuella avtalet är det fråga om dold kontroll.⁴¹ HD har dock uttryckligen konstaterat att det efter tillkomsten av 36 § AvtL finns mindre anledning att ställa upp stränga krav på inkorporeringen av standardavtal.⁴² Man kan alltså säga att tyngdpunkten nu ligger på öppen istället för dold kontroll av avtalsvillkor.

Utöver denna dolda och öppna domstolskontroll finns dessutom två avtalsvillkorsslag⁴³ som på marknadmässig väg förbjuder vissa oskäligen avtalsvillkor. Dessa lagar gäller visserligen även individuella avtal, men är främst avsedda att användas på standardavtal.⁴⁴

⁴⁰ Adlercreutz, 2001, s. 73.

⁴¹ Bernitz, 2000, s. 21.

⁴² NJA 1980 s. 46.

⁴³ Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare och lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.

⁴⁴ Adlercreutz, 2002, s. 307.

3 Möjliga lösningsalternativ vid battle of the forms

3.1 Dissens

Enligt såväl svensk som amerikansk rätt gäller att en oren accept betraktas som ett avslag i förening med nytt anbud.⁴⁵ Denna regel kallas för *spegelbilsregeln*.⁴⁶ Om man väljer att strikt följa denna skola och ser en accept med hänvisning till egna standardvillkor som en oren accept blir resultatet att inget avtal anses ingått såvida ingen ren accept följer på detta nya anbud. På grund av *dissens* mellan parterna kommer inget avtal till stånd.⁴⁷

Göranson menar att denna mekaniska syn på avtals ingående passar dåligt in på avtalande genom standardavtal. Vidare konstaterar han att detta ”lösningsförslag” egentligen inte ger någon lösning alls på battle of the forms-problemet, då inget förslag ges på hur en uppkommen tvist faktiskt skall lösas.⁴⁸ Som sagts ovan är fallet vid battle of the forms sällan att parterna önskar ett avtalslöst tillstånd. Tvisten rör istället vilka villkor som skall gälla. Av denna anledning händer att dissens-modellen inte ens uppräknas som ett möjligt lösningsförslag. I fullständighetens syfte medtas den ändå här.

3.2 First shot

En möjlighet vid battle of the forms är att man låter det standardavtal som först hänvisats till (utan att motparten protesterar mot det) gälla. Den som inte reklamerar mot motpartens standardavtal (utan enbart skickar med sitt eget standardavtal) får stå sitt kast.⁴⁹

En fördel med first shot-modellen är att regeln är klar och att därmed lösningen är förutsägbar för parterna.⁵⁰

⁴⁵ 6 § 1 st AvtL resp. Reitz, s. 286.

⁴⁶ Lando, s. 1.

⁴⁷ Göranson, s. 24 – 25.

⁴⁸ Göranson, s. 24 – 25.

⁴⁹ Lehrberg, s. 69.

⁵⁰ Jfr Lehrberg, s. 70.

3.3 Last shot

Man kan även tänka sig motsatsen till first shot-modellen, det vill säga att den som sist hänvisar till sitt standardavtal utan att motparten reklamerat får sin vilja igenom.⁵¹

I denna modell, liksom i first shot-lösningen, ser man på standardavtalen som helheter. Antingen gäller hela det ena avtalet eller det andra. Liksom i dissens-modellen råder därmed ett mekaniskt synsätt.⁵²

Liksom first shot-modellen har last shot-lösningen den fördelen att de medför förutsägbarhet, något som alltid är att föredra i juridiska sammanhang, inte minst som aktörerna kan anpassa sitt agerande efter den fastlagda normen.⁵³ En nackdel med lösningsmodellen är att resultatet kan framstå som godtyckligt.⁵⁴

3.4 Klausulupplösning/ the knock out rule

Ett mindre mekaniskt sätt att lösa battle of form-problemet är genom att använda sig av vad Göranson kallar för *klausulupplösning*. Detta innebär att de olika standardavtalen inte längre betraktas som helheter; istället är man beredd att gå in och jämföra avtalen, klausul för klausul. När parternas klausuler är likadana eller liknande, skall dessa klausuler tillämpas.⁵⁵

Klausulupplösningens modellen är viktig så till vida att den står för en annorlunda syn på standardavtal. Modellen gör tydligt att parterna i vilket fall som helst står i en avtalsrelation till varandra.⁵⁶

Frågan blir då hur man skall behandla de klausuler som inte är överensstämmande. Här kan man tänka sig lite olika alternativ. Ett sådant är att man faller tillbaka på dispositiv rätt,⁵⁷ ett annat att fritt låta en domare eller skiljeman lösa konflikten med hjälp av fri tolkning och utfyllnad för att därigenom nå det bästa materiella resultatet.⁵⁸

Eftersom handelsbruk enligt 3 § KöpL har företräde framför KöpL:s bestämmelser, det vill säga dispositiv rätt, är det viktigt huruvida ett standardavtal kan sägas utgöra handelsbruk eller ej. Som diskuterats ovan⁵⁹ är rättsläget osäkert på detta område.

⁵¹ Lehrberg, s. 69.

⁵² Göranson, s. 26.

⁵³ Jfr Lehrberg, s. 70.

⁵⁴ Jfr Hellner, 1993, s. 51.

⁵⁵ Göranson, s. 26 – 27.

⁵⁶ Göranson, s. 26 – 27.

⁵⁷ Adlercreutz, 2001, s. 75

⁵⁸ Göranson, s. 27.

⁵⁹ Se 2.5.2.

Klausulupplösningssmodellen är som jag förstår det nära besläktad med vad som brukar kallas för knock out-modellen, enligt vilken klausuler som är likadana i båda kontrakten får kvarstå och resten tas bort.⁶⁰

3.5 The performance rule

Modellen som kallas ”the performance rule” innebär att en köpare som godtar säljarens prestation utan att invända mot dennes villkor blir bunden av dem. Denna regel är som synes mycket säljarvänlig – på ”ett sätt som är svårt att rättfärdiga”, i Hellners ögon.⁶¹ Lehrberg har beskrivit the performance rule lite mer generellt då han menar att den part som fullgör sin egen prestation eller godtar motpartens prestation utan att protestera mot villkoren blir bunden av dem.⁶²

⁶⁰ Ramberg/Ramberg, s. 176.

⁶¹ Hellner, 1993, s. 50 – 51.

⁶² Lehrberg, s. 70.

4 Svensk lagreglering

4.1 Allmänt om AvtL

Då det inte finns någon särskild lagstiftning som tillämpas vid standardavtal blir det den allmänna avtalsrätten, främst AvtL, som får användas för att lösa problem som uppkommer kring standardavtal. AvtL har dock kritiserats för att inte spegla ”den moderna avtalsrättens problem”.⁶³ Detta visar sig bland annat i att många vanliga avtalsrättsliga fenomen, såsom avtalad skriftform, skadeståndsskyldighet vid culpa in contrahendo och battle of the forms, helt saknar reglering i AvtL.⁶⁴

Vidare är det tydligt att AvtL är utformad efter ett individuellt avtalsmönster.⁶⁵ Lagstiftaren har tänkt sig att avtal ingås i enlighet med den klara anbud – accept-modellen.⁶⁶ Dagens avtalsingående avviker dock ofta från detta mönster.⁶⁷ Redan att avgöra vad som är anbud och vad som är accept kan vara vanskligt när standardavtal skickas fram och tillbaka.⁶⁸

4.2 6 § 1 st AvtL

Om AvtL:s regler ändå skall användas för att lösa battle of the forms-frågan är det 6 §, som behandlar oren accept, som kan komma ifråga.⁶⁹

6 § första stycket ger uttryck för spegelbilsregeln då det stadgar att en accept för att vara giltig helt måste motsvara anbudets villkor. När en anbudsmottagare bifogar sina egna standardvillkor i sin accept blir denna att betrakta som oren.⁷⁰ För att avtal skall komma till stånd måste därför den ursprungliga anbudsgivaren acceptera dessa nya villkor. Detta kan ske konkret eller konkludent. Göranson konstaterar dock att för att man på denna sista väg skall nå fram till ett avtal krävs en friare syn på realhandlande som fullgod accept än den som traditionellt funnits i svensk rätt.⁷¹

Att komma fram till att avtal inte slutits mellan parterna är, som redan konstaterats, dock sällan vad som efterfrågas. För en domstol kan denna väg för övrigt vara oåtkomlig, då den måste rätta sig efter parternas yrkanden.⁷²

⁶³ Håstad, s. 249.

⁶⁴ Håstad, s. 249.

⁶⁵ Hellner, 1979, s. 284.

⁶⁶ 1 § AvtL, se vidare Göranson, s. 103.

⁶⁷ Hellner, 1979, s. 285.

⁶⁸ Göranson, s. 103.

⁶⁹ Adlercreutz, 2001, s. 74 och Göranson, s. 103.

⁷⁰ Adlercreutz, 2001, s. 74.

⁷¹ Göranson, s. 104.

⁷² Se 17 kap 3 § RB. För en beskrivning av denna dispositionsrätt, se Ekelöf, s. 125 – 129.

Med andra ord, om parterna vänder sig till en domstol för att få avtalsinnehållet fastställt, kan domstolen inte välja att förklara att avtal ej föreligger.⁷³

4.3 6 § 2 st AvtL

Konsensuskravet som uppställs i första stycket mildras något av 6 § andra stycket, som stadgar att en oren accept som skickas i tron att den är ren skall leda till avtal i enlighet med den orena accepten, men bara om anbudsgivaren *dels* måst inse att acceptgivaren trodde accepten var ren och *dels* inte reklamerade. För att denna regel skall kunna tillämpas krävs således uppfyllelse av dubbla subjektiva kriterier: acceptanten skall ha trott att accepten var ren och anbudsgivaren måste ha insett detta.⁷⁴

Regeln i andra stycket är som synes praktiskt svårtillämpad och passar inte för att lösa battle of the forms-situationer.⁷⁵ Till att börja är det svårt att se hur en anbudsmottagare som skickar med sitt eget standardavtal kan tro att accepten är helt ren, och även om detta sker är det knappast möjligt att tänka sig att mottagaren av denna accept skulle vara tvungen att inse att så är fallet.⁷⁶ Hellner har uttryckt ett långtgående missnöje med 6 § som han menar ”utgår från ett ohållbart tänkesätt, vilket inte passar ens för individuella meddelanden”.⁷⁷

⁷³ Håstad, s. 262.

⁷⁴ Jfr Hellner, 1979, s. 294 – 295.

⁷⁵ Lando, s. 7.

⁷⁶ Göranson, s. 105 och Håstad, s. 263.

⁷⁷ Hellner, 1979, s. 300.

5 Svensk praxis

5.1 Allmänt

Det finns inga HD-avgöranden som klargör vad som skall gälla när ingen av de två tvistande parterna önskar ogiltighet utan istället vill att avtalet skall genomföras i enlighet med de egna villkoren.⁷⁸ Med tanke på hur vanligt förekommande standardavtal är finns det överhuvudtaget förhållandevis få prejudikat som rör standardavtal, något som kan tänkas bero på att sådana tvister ofta avgörs genom skiljedom.⁷⁹

Nedan kommer jag att ta upp några rättsfall som antingen kommer nära en battle of the forms-situation, eller åtminstone tar upp aspekter som kan vara av intresse för frågan om standardavtalskollisioner.

5.2 Dissens

I NJA 1916 s. 583 (stenkols-fallet) hade trafikförvaltningen Göteborg-Stockholm-Gävle annonserat att de en viss dag önskade mottaga anbud från försäljare av stenkol. En firma lämnade i enlighet med detta in ett anbud. I detta anbud stadgades att ”konossement och gruvcertifikat skulle utgöra bevis för kvantitet och kvalitet”. Förvaltningen skickade ett brev i vilket den meddelade att anbudet accepterades samt att kontrakt skulle skickas till firman. Firman svarade på detta meddelande att de enbart ingick avtal i enlighet med sina egenupprättade avtal och skickade med exemplar av detta för påskrift av förvaltningen. Förvaltningen förklarade sig dock enbart ingå avtal i enlighet med sina egna avtalsvillkor och skickade över dessa; firmans avtal skickades samtidigt tillbaka utan underskrift. I förvaltningens avtal fanns bland annat bestämmelser om besiktning av kvalitet och kvantitet som stod i direkt strid med de i anbudet angivna bestämmelserna. Firman meddelade då att man inte kunde stå fast vid sitt anbud när deras villkor, på vilka man baserat priset, inte godkändes. Priset på stenkol hade vid detta lag stigit och trafikförvaltningen stämde firman på mellanskillnaden mellan firmans pris och marknadspriset.

HD fann att avtal inte kommit till stånd då anbudet innehållit ett villkor om att konossement och gruvcertifikat skulle utgöra bevis för kvalitet och kvantitet, och att detta villkor inte godkändes av förvaltningen, vilket visats genom uppmaningen att skriva på förvaltningens egna avtal.

Med stenkols-fallet kommer vi nära en battle of the forms-situation. Situationen skiljer sig från vad som är typiskt för battle of the forms då de olika villkoren uppmärksammades av parterna med en gång och ingen av

⁷⁸ Adlercreutz, 2001, s. 74.

⁷⁹ Jfr Hellner, 1979, s. 287.

parterna började leverera. På detta sätt kunde frågan besvaras med dissensmodellen och HD behövde inte ta ställning till vilken parts villkor som faktiskt skulle tillämpas. Fallet är gammalt och ger knappast någon ledning i hur en battle of the forms-situation bör lösas idag.

5.3 Passivitet och last shot

5.3.1 Passivitet i samband med oren accept

HD:s majoritet har aldrig förklarat att ren passivitet i förhållande till en oren accept binder anbudsgivaren,⁸⁰ men i NJA 1970 s. 478 (Koja-fallet) var de två skiljaktiga justitieråden öppna för en sådan tanke, vilket kan vara värt att notera. I NJA 1980 s. 46 (lastbilscentrals-fallet) finns liknande tankegångar. Att passivitet i samband med en oren accept resulterar i ett avtalsinnehåll i enlighet med acceptens innehåll för i battle of the forms-sammanhang tankarna till en last shot-lösning. Det är dock viktigt att notera att fallen inte behandlar battle of the forms-situationer, varför man måste vara försiktig med att dra slutsatser utifrån dem.

5.3.2 Frö till ett last shot-tänkande – Koja-fallet

I Koja-fallet var frågan om en friskrivningsklausul i en orderbekräftelse hade fått verkan mellan parterna. Avtalet, mellan köparen Koja och säljaren Träimport, rörde köp av abachiträ. Den 17 april 1963 talade parterna i telefon och enades om kvantitet, kvalitet, leveransdag med mera. Koja upplyste även Träimport om att Koja avsåg att ingå avtal om vidareförsäljning av trävarorna senast samma dag, och datumen för leverans diskuterades ingående. Efter samtalet skickade Träimport över ett telegram i vilket ordern bekräftades, men tillade att ”slutlig bekräftelse följer”. Denna slutliga bekräftelse skickades i brev den 29 april. I brevets maskinskrivna del gjordes vid leveranstiden en reservation för force majeure, och denna friskrivning utökades i ett tryckt avsnitt i marginalen. I de tryckta villkoren i marginalen friskrev sig säljaren även från dröjsmål på grund av uteblivna leveranser från underleverantörer. Sedermera blev leveransen försenad just på grund av uteblivna leveranser från underleverantörer och fråga blev om den tryckta friskrivningen skulle anses gälla mellan parterna.

HD:s majoritet fann att friskrivningen i orderbekräftelsen inte kunde anses binda Koja. Man lade inte minst vikt vid att Koja ingivits föreställningen om att bindande avtal skulle komma till stånd mellan parterna senare samma dag som telefonsamtalet ägde rum.

HD:s minoritet ansåg dock att friskrivningen gällde mellan parterna. Dissidenterna ansåg nämligen att avtal inte slutits förrän i samband med brevet. Men även om Koja haft fog för sin uppfattning att avtal slutits

⁸⁰ Jfr Håstad, s. 263.

tidigare måste de med tanke på brevets utformning ha insett att Träimport inte ansåg så vara fallet. Därmed åvilade det Koja att meddela Träimport att man ansåg att avtal redan var slutet. När Koja inte gjorde detta fick man anse avtalet reglerat i enlighet med brevets bestämmelser.

5.3.3 Närmare last shot – lastbilscentrals-fallet

Lastbilscentrals-fallet handlar om inkorporering av standardavtal. Någon battle of the forms-situation förelåg inte. Det är ändå intressant eftersom det är ett exempel på två parter som använder sig av olika standardavtal utan att detta uppmärksammas när avtal ingås samt att domstolen fick avgöra vilket avtalsinnehållet var. Den lösning HD väljer påminner om last shot-lösningen. I väntan på ett klart battle of the forms-fall, är lastbilscentrals-fallet det som ligger närmast frågan om vilket avtalsinnehåll som gäller när vanligt förekommande standardavtal innehåller motstridiga klausuler.

I fallet med lastbilscentralen var frågan om en skiljeklausul blivit gällande mellan parterna i ett entreprenadavtal. Parterna, en lastbilscentral och en byggfirma, hade träffats den 15 juni 1979 och fört muntliga förhandlingar. Byggfirman skickade nästa dag ett brev i vilket den hänvisade till gårdagens förhandlingar och lastbilscentralens då avgivna anbud som man nu i brevet accepterade. Brevet avslutades med förklaringen att "[f]ör upphandlingen gäller Svenska Teknologföreningens Allmänna Bestämmelser (AB 72)". AB 72 bifogades ej avtalet. Lastbilscentralen började efter mottagandet av detta brev att utföra entreprenadarbetet. Så småningom uppkom en tvist och lastbilscentralen stämde byggfirman som då gjorde foruminvändning. I AB 72 fanns nämligen en skiljeklausul.

HD fann att skiljedoms klausulen blivit en del av avtalet och förklarade att även om lastbilscentralen ansåg att avtal kommit till stånd vid de muntliga förhandlingarna måste de dagen därpå, när de mottog brevet från byggfirman, ha insett att byggfirman var av en annan åsikt. När lastbilscentralen mot denna bakgrund påbörjade arbetet utan invändning fick avtal "anses träffat i enlighet med vad som framgår av brevet". I fallet diskuterades även om standardavtalet blivit ordentligt inkorporerat med tanke på att det inte bifogats. HD fann så vara fallet och nämnde särskilt att lastbilscentralen var en näringsidkare som lätt kunnat få tag i AB 72, som för övrigt ansågs vara "utarbetade med stor omsorg under beaktande av båda avtalsparters intressen". HD fann inte heller att en skiljedoms klausul i sådana här sammanhang var att anse som överraskande eller tyngande – även om man uttalade att det var beklagligt för prejudikatbildningen att tvister på området så ofta löses genom skiljedom.

I 1980 års fall tycks HD lägga vikt vid att lastbilscentralen påbörjade arbetet utan att protestera mot byggfirmans standardavtal, och dess villkor kom att bli gällande mellan parterna. Detta kan kanske ses som ett exempel på the performance rule. Det är dock viktigt att minnas att 1980 års fall inte är en

ren battle of the forms-situation, då lastbilscentralen inte specifikt hänvisat till de standardavtal som den brukade använda.

Adlercreutz anser att lastbilscentrals-fallet, med sin positiva inställning till standardavtal, kan ses som ”en viktig milstolpe i standardavtalsrätten”.⁸¹ I HD:s argumentation kan ses återkopplingar till tankegångarna som uttrycktes av minoriteten i 1970 års fall, och en tendens till last shot-tänkande.⁸²

I både Koja- och lastbilscentrals-fallet spelar subjektiva rekvisit en stor roll, något som åtminstone Göranson anser bör undvikas i battle of the forms-sammanhang.⁸³ Han menar att detta kommer att göra rättstillämpningen mer ”realistisk... med avseende på vad parterna *verkligt* tänkt och avsett vid utväxlingen av standardavtal”.⁸⁴ I sin studie trycker Göranson nämligen mycket på att partsavsikten i battle of the forms-situationer ofta saknas, eller åtminstone är urvattnad, då han menar att ”näringsidkaren i normalfallet ägnar det juridiska innehållet i sitt och motpartens formulär föga uppmärksamhet”.⁸⁵

5.3.4 Last shot och subjektiva rekvisit

Ett annat rättsfall som diskuterade subjektiva rekvisit är RH 1986:65 (marknadsföringsfallet), i vilket ett marknadsföringsbolag, Tracer, skickat ett brev till 120 företag i vilket det erbjöd medverkan i ett marknadsföringsprojekt mot en kostnad av 10 000 kronor. Ett av bolagen, Berglunds, svarade att det var intresserat av kampanjen. När Tracer mottagit detta svar skickade det en handling som kallades ”överenskommelse om deltagande” som skulle skrivas under av Berglunds och skickas tillbaka. I detta formulär fanns även vissa provisionsvillkor som inte tidigare omnämnts. Berglunds skrev aldrig under detta formulär trots påminnelser från Tracer. Tracer ansåg att bindande avtal kommit till stånd och började agera i enlighet med detta genom att inkludera Berglunds i marknadsföringskampanjen.

HovR fann att brevet med informationen som skickats ut av Tracer endast kunde ses som en anmodan att lämna anbud. Berglunds svar betraktades därmed som ett anbud, men svaret på detta anbud ansågs vara en oren accept i och med den nya provisionsbestämmelsen. Därmed hade inget avtal ingåtts i detta skede.

Däremot fann HovR att avtal uppkommit därefter på grund av Berglunds agerande; Tracer hade haft anledning att tro att Berglund deltog i aktionen

⁸¹ Adlercreutz, 2001, s. 70.

⁸² Göranson, s. 111 – 112.

⁸³ Göranson, s. 112 – 113.

⁸⁴ Göranson, s. 171, kursiv i originaltexten.

⁸⁵ Göranson, s. 171.

(och därmed accepterat det nya anbudet) och detta måste även Berglund ha förstått.

Även i detta fall finns tendenser till last shot- och performance rule-tänkande, liksom diskussioner kring subjektiva rekvisit. Göranson framhåller likheterna mellan last shot-modellen och synen på oren accept i 6 § AvtL, då båda modellerna syftar till att förhindra att en avtalspart genom hänvisning till avtalsmekanisk dissens kan dra sig ur ett avtal som blivit ofördelaktigt för den. Skillnaden mellan lösningarna ligger just i fokuseringen på subjektiva rekvisit i AvtL, något som saknas i last shot-modellen.⁸⁶

⁸⁶ Göranson, s. 114 – 115.

6 Svensk doktrin

6.1 Allmänt

Med några få undantag har inte battle of the forms diskuterats särskilt ingående i nordisk doktrin. Problematiken och de klassiska lösningsförslagen räknas ofta upp på ett svepande sätt, och efter någon kortfattad kommentar lämnas ofta frågan därhän.

Vad som i alla fall kan konstateras är att någon enighet inte uppnåtts inom nordisk doktrin vad gäller battle of the forms-frågan. Den enda gemensamma nämnaren jag lyckats upptäcka är ett allmänt avståndstagande från 6 § AvtL när det gäller att lösa battle of the forms-problem.⁸⁷

Nedan följer en genomgång av ett antal rättsvetenskapsmäns inställning i frågan. För att underlätta läsningen är de indelade i grupper som i bästa möjliga mån – en del uttalanden har varit mer svårplacerade än andra – speglar de lösningsförslag som gått igenom ovan.

6.2 Rekommenderade lösningsförslag

6.2.1 Last shot

Bernitz anser att det ”ligger väl i linje med vår avtalsrätts allmänna uppfattning att se last shot... som ett slags oren accept i förhållande till motpartens last shot, vilken därefter de facto godtagits genom motpartens bristande reaktion” medan han menar att motsatsen, first shot, är ”betydligt svårare att förena med vår avtalsrätts allmänna uppbyggnad”.⁸⁸

Håstad rekommenderar inte klart en enda lösningsmodell, utan diskuterar olika regler för olika situationer. Han anser bland annat att om en accept innehåller mindre ändringar vilka acceptanten har anledning att tro skall godtas, skall avtal anses ha ingåtts i enlighet med den orena accepten, såvida anbudsgivaren inte reklamerar inom skälig tid.⁸⁹ Håstad påpekar att det faktum att inte en enda lösning förordas kan betyda ”att ingen lösning är nämnvärt sämre än någon annan, varför det bara är att bestämma sig och göra lösningen allmänt bekant i lagen”.⁹⁰

Håstads regel klassificerar jag som en last shot-variant, må vara att krav läggs på att tilläggen/ändringarna inte är stora.

⁸⁷ T ex Adlercreutz, 2001, s. 74, Hellner, 1979, s. 294, Göranson, s. 171, Wilhelmsson, s. 70 – 80, Lehrberg s. 69.

⁸⁸ Bernitz, 1989/90, s. 364.

⁸⁹ Håstad, s. 266.

⁹⁰ Håstad, s. 263.

Även Hellner har försiktigt uttalat sig för last shot-lösningen som han kallar för ”godtycklig men praktisk”.⁹¹ Han efterlyser en regel som är enkel och klar, även om den ibland kan få hårda resultat; ”[r]eglerna skall utformas så, att de passar för normalfallen, inte så att de är opraktiska men hindrar olämpliga resultat i några enstaka fall”.⁹² Hellner uttalar sig dock inte entydigt för en lösning. Framför allt är han kritisk till att använda sig av 6 § AvtL för att lösa frågan.⁹³

6.2.2 First shot

Även Göranson anser att det är olämpligt att använda sig av subjektiva rekvisit för att lösa battle of the forms-situationer. I detta avseende är han enig med Hellner, men till skillnad från honom anser Göranson att first shot-lösningen är att föredra av de två shot-modellerna.⁹⁴

6.2.3 The performance rule

Håstad anser att avtal ibland kan komma till stånd trots att accepten varit så oren att den modifierade last shot-modellen inte leder till avtal. Han uttalar i detta fall att ”fullgör anbudsgivaren avtalet eller mottar anbudsgivaren acceptantens full-görelse (sic)... utan att anbudsgivaren därvid gör förbehåll om villkoren i anbudet, blir han likaledes bunden av villkoren i accepten”.⁹⁵

Som jag förstår det speglar Håstads uppfattning the performance rule.

6.2.4 Klausulupplösning

Ett flertal uttalanden i doktrinen speglar en positiv inställning till en icke-mekanisk lösning av battle of the forms-frågan. Bland dessa förespråkare återfinns Adlercreutz, Lando, Lehrberg och Wilhelmsson.

Lehrberg framhåller att om allmänna avtalsrättsliga regler tillämpas kan avtal inte anses ha kommit till stånd i en battle of the forms-situation, och hänvisar till 6 § AvtL. Därmed kan battle of the forms-problemet ”inte lösas enligt vanliga tolkningsregler, eftersom dessa bygger på att avtal kommit till stånd”.⁹⁶ Efter detta konstaterande förklarar Lehrberg att klausulupplösning bäst överensstämmer med gällande rätt, liksom att dispositiv rätt används för att bestämma avtalsinnehållet. Han påpekar dock att dispositiv rätt kan vara olämplig, då parternas respektive standardvillkor kan ha mer

⁹¹ Hellner, 1993, s. 51.

⁹² Hellner, 1979, s. 300.

⁹³ Se Hellner, 1979, särskilt s. 294.

⁹⁴ Göranson, s. 164 ff.

⁹⁵ Håstad, s. 266, kursiv i originaltexten.

⁹⁶ Lehrberg, s. 69.

gemensamt med varandra än endera har med dispositiv rätt. Med tanke på att battle of the forms-situationen är ”så speciell” menar han dock att ”man får räkna med att domstolarna inte skulle anse sig förhindrade att pröva andra lösningar”⁹⁷ än dispositiv rätt som utfyllnad.

Wilhelmsson synes ha en liknande åsikt i frågan då han menar att mer godtagbara och mindre slumpartade resultat [än när AvtL tas som utgångspunkt] kan uppnås om ”man utgående från förhållandena *in casu* sökte jämka samman de båda villkorssamlingarna med beaktande av dispositiv rätt på sådana punkter där det föreligger klara konflikter mellan villkoren”.⁹⁸

Göranson är också han positivt inställd till klausulupplösning och sammanjämkning av standardavtalen, något som han menar ”står väl i linje med rättstillämpningen av 36 § AvtL”.⁹⁹ När det inte går att sammanjämka avtalen, förordar Göranson dispositiv rätt som utfyllnadsmaterial även om han medger att lösningen inte är optimal.¹⁰⁰

Även Lando menar att den dispositiva rätten visserligen kan vara av vikt, men att man kan avvika från denna för att komma fram till ett materiellt bättre resultat. Visserligen blir resultatet då mer oförutsägbart men det menar Lando inte spelar så stor roll i detta fall, då ”behovet for sikkerhet i samhandelen ikke er så stort, eftersom parterna selv har skapt deres plage. De kunne have bragt klarhet og dermed sikkerhet”.¹⁰¹

Så drastiskt uttalar sig inte Adlercreutz, men också han anser att omständigheterna i det enskilda fallet ofta bör avgöra hur en battle of the forms-situation skall lösas. Vidare uttalar han att ”det ibland kan vara lämpligt att beakta, vilketera standardavtalet som bäst svarar mot affärs- transaktionens realiteter, särskilt realprestationens beskaffenhet och ändamål”.¹⁰² Han menar även att lämplighets- och rimlighetssynpunkter skall få stort utrymme, liksom att dispositiv rätt, gängse bruk samt vilket standardavtal som är mest utbrett skall tas med i bedömningen. Adlercreutz nämner även att huruvida ett av avtalen är ett agreed document är en omständighet av vikt.¹⁰³

Även Ramberg och Ramberg anser att ett agreed document har större möjligheter att slå igenom vid en battle of the forms-situation.¹⁰⁴

⁹⁷ Lehrberg, s. 70.

⁹⁸ Wilhelmsson, s. 70.

⁹⁹ Göranson, s. 162.

¹⁰⁰ Göranson, s. 170.

¹⁰¹ Lando, s. 12.

¹⁰² Adlercreutz, 2001, s. 76.

¹⁰³ Adlercreutz, 2001, s. 74.

¹⁰⁴ Ramberg/Ramberg, s. 175.

7 Kort om amerikansk rätt

7.1 Amerikanska rättskällor

7.1.1 Stare decisis

USA är ett *common law*-land. Med detta menas att ”the law of the land is viewed as an evolving body of doctrine determined by judges on the basis of cases which they must decide, rather than a group of principles expressly articulated and codified”.¹⁰⁵

En grundsats inom common law-systemet är *stare decisis* som anger att fall skall behandlas likadant idag som de behandlats tidigare.¹⁰⁶ Principen anses generera rättvisa och förutsägbarhet samt vara rättsekonomisk samtidigt som den visar respekt för gårdagens juristers kunskap.¹⁰⁷ Stare decisis binder underrätter men även en domstol på samma nivå som den domstol som beslutade i frågan anses böra följa rättsregeln.¹⁰⁸

Det är enbart lägre domstolar *inom samma jurisdiktion* som är bundna av stare decisis-regeln. Härrör ett prejudikat från en högsta domstol inom en annan jurisdiktion¹⁰⁹ är det med andra ord inte bindande, men det kan ändå åberopas som så kallad *persuasive authority*.¹¹⁰

7.1.2 Primära rättskällor

I USA gäller en annan rättskällelära än i Sverige. Rättskällorna delas upp i primära och sekundära rättskällor.¹¹¹ Rättsfall räknas som primära rättskällor. Andra primära rättskällor är lagar (*statutes*) på både delstatlig och federal nivå liksom administrativa föreskrifter (*administrative law*), som båda spelar en allt större roll inom den amerikanska rätten.¹¹² Samtliga dessa primärkällor kallas i USA för ”law”, något som ibland kan skapa förvirring.¹¹³

En viktig aspekt av den amerikanska rätten är just samspelet mellan de olika primära rättskällorna. Vissa rättsområden regleras enbart av lagar medan det på andra är rättsregler som uppkommit i praxis som råder och inom vissa områden är det en kombination av båda rättskällorna som gäller. Ofta är det

¹⁰⁵ Cohen/Berring/Olson, s. 2.

¹⁰⁶ Clark, s. 35 – 36.

¹⁰⁷ Farnsworth, 1996, s. 51 – 52.

¹⁰⁸ Clark, s. 36.

¹⁰⁹ Se 7.2 för domstolssystemets uppbyggnad.

¹¹⁰ Cohen/Berring/Olson, s. 3.

¹¹¹ Jfr Cohen/Berring/Olson, s. 2-3; 385 – 386 och Farnsworth, 1996, s. 83.

¹¹² Cohen/Berring/Olson, s. 2 – 3.

¹¹³ Jfr Farnsworth, 1996, s. xi, “Note on Terminology”.

dessutom så att stiftade lagar måste tolkas av domstolen, och det är då denna tolkning av lagen som anses utgöra gällande rätt.¹¹⁴ Domstolen är dock förbjuden att ändra på stiftade lagar, medan lagar kan och får ändra på rättsregler som uppkommit i praxis.¹¹⁵

7.1.3 Sekundära rättskällor

Utöver de primära rättskällorna finns sekundära rättskällor. Dessa är inte bindande.¹¹⁶ I denna grupp återfinns juridisk doktrin, som kan ta sig många olika sorters uttryck. Dels finns juridiska ordböcker och uppslagsverk, dels läroböcker och stora verk som täcker olika rättsområden. En del av dessa verk är författade av stora auktoriteter inom området och får därför stor ”persuasive authority”. Exempel på sådana verk inom avtalsrätten är *Corbin on Contracts* och *Williston on Contracts*.¹¹⁷

Vidare är olika amerikanska *law reviews* en viktig sekundär rättskälla. De flesta amerikanska law schools publicerar law reviews. Skolans bästa studenter ansvarar för utgivningen och redigerandet av artiklarna som ofta skrivs av framstående juridiska forskare och praktiker. Resultatet av ansträngningarna är stora fora för redovisning och diskussion av aktuell juridisk forskning.¹¹⁸

Utöver dessa sekundära källor bör *the Restatements* nämnas. Dessa verk publiceras av ALI och anses vara en viktig sekundär rättskälla. Tanken är att verken skall systematisera och ge uttryck för gällande rätt inom ett visst rättsområde, till exempel avtalsrätten.¹¹⁹ Vissa avsnitt av *the Restatements* har dock snarare propagerat för vad som borde vara gällande rätt än enbart återgivit rätten. Arbetet med de olika *Restatements* har både kritiserats och applåderats och även om verken ofta citeras är de fortfarande kontroversiella.¹²⁰

7.2 Domstolarna

I USA finns en mängd olika domstolssystem; varje delstat har sitt eget, District of Columbia har ett och utöver dessa finns dessutom det federala domstolssystemet.¹²¹ Delstaterna har valt att bygga upp sina system något olika men oftast består varje system av tre domstolar. Den lägsta domstolen kallas ofta för *district court*, den mellersta för *court of appeal* och den högsta för *supreme court*, men det finns många varianter. Till exempel

¹¹⁴ Cohen/Berring/Olson, s. 2, 4.

¹¹⁵ Farnsworth, 1996, s. 75.

¹¹⁶ Farnsworth, 1996, s. 83.

¹¹⁷ Farnsworth, 1996, s. 83 – 86.

¹¹⁸ Cohen/Berring/Olson, s. 359 – 360.

¹¹⁹ Farnsworth, 1996, s. 87 – 88.

¹²⁰ Cohen/Berring/Olson, s. 395 – 396.

¹²¹ Burkhart/Stein, s. 25.

kallas New Yorks högsta domstol för *Court of Appeal*.¹²² Det federala domstolssystemet består av *district courts*, *courts of appeal* och *the Supreme Court*.¹²³

De federala och de delstatliga domstolarna dömer i olika frågor; de federala domstolarna dömer inom rättsområden som specifikt hamnar inom deras kompetens medan de delstatliga domstolarna dömer inom alla andra.¹²⁴ För att en domstol skall kunna ta upp ett mål måste den dels vara behörig vad gäller rättsområdet (federalt eller delstatligt) och dels vad gäller personen eller egendomen som fallet gäller.¹²⁵

De allra flesta målen avgörs i delstatliga domstolar.¹²⁶

7.3 Det missvisande uttrycket ”amerikansk avtalsrätt”

På ett sätt är det vilseledande att tala om amerikansk avtalsrätt. USA är en federation som består av femtio delstater, och enligt den amerikanska konstitutionen har staterna all regleringsmakt som inte förbehållits de federala organen.¹²⁷ Varje delstat har sin egen administrativa organisation, med eget domstolsväsende, guvernör, kongress och så vidare.¹²⁸

Avtalsrätten är ett sådant juridiskt område som inte regleras på federal nivå. Därmed är det inte fullständigt korrekt att tala om ”amerikansk avtalsrätt” då det i USA finns ungefär 50 olika avtalsrätter – en för var stat.¹²⁹ Nu är detta inte så drastiskt som det låter; likheterna mellan delstaternas avtalsrätt är betydligt större än olikheterna, och samtliga delstater utom Louisiana baserar sin rätt på engelsk rätt.¹³⁰ Vad gäller avtalsrätten är det också viktigt att notera att samtliga stater utom Louisiana har antagit artikel 2 av UCC.¹³¹

¹²² Farnsworth, 1996, s. 37 – 38.

¹²³ Burkhart/Stein, s. 25.

¹²⁴ Farnsworth, 1996, s. 40.

¹²⁵ Grilliot, s. 52.

¹²⁶ Farnsworth, 1996, s. 37.

¹²⁷ Bogdan, s. 148.

Amendment X i den amerikanska konstitutionen lyder: The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.

¹²⁸ Clark, s. 6.

¹²⁹ Jfr Bogdan, s. 129.

¹³⁰ Farnsworth, 1996, s. 6 – 7.

¹³¹ Reitz, s. 280. Om UCC, se 7.4.

7.4 UCC

7.4.1 Harmonisering av avtalsrätten

Inom vissa rättsområden finns en önskan att harmonisera delstatliga lagar. Denna utveckling påbörjades redan 1892, då NCCUSL bildades för att arbeta mot detta mål. Än idag träffas NCCUSL, som består av deltagare från varje delstat, varje år för att skriva, diskutera och propagera för olika modellagar.¹³²

Det är viktigt att förstå att modellagarna inte är lagar i sig själva. Lagarna skrivs inte av lagstiftare utan enbart av juridiskt kunniga. För att en modellag skall uppnå lagstatus måste de delstatliga lagstiftarna välja att anta den i enlighet med vad som gäller för lagstiftande i den aktuella delstaten.¹³³

I slutet av andra världskriget påbörjade NCCUSL och ALI gemensamt ett ambitiöst projekt att skapa en modellag som skulle behandla modern kommersiell rätt. Lagen kallades the UCC och var klar 1957. 1967 hade samtliga delstater utom Louisiana antagit UCC, eller versioner av den.¹³⁴ Idag har samtliga delstater antagit åtminstone delar av UCC.¹³⁵

I vissa kontroversiella delar av UCC finns olika versioner av modellagen. I dessa delar har delstaterna kunnat välja vilken version de föredrar.¹³⁶

Det finns även officiella kommentarer till UCC. De är skrivna av UCC:s upphovsmän, men då kommentarerna inte har antagits av delstaterna är de inga primära rättskällor.¹³⁷

7.4.2 UCC:s innehåll

UCC består av elva artiklar. Artikel 1 innehåller allmänna regler samt definitioner av begrepp som förekommer i UCC. Därefter följer tio artiklar som var och en består av olika paragrafer som reglerar olika aspekter inom civilrätten.¹³⁸

Artikel 2, som är en av de viktigaste artiklarna, reglerar köp av saker (*sale of goods*). Artikeln har kodifierat många allmänna avtalsrättsliga regler som tidigare uppkommit i praxis. Artikel 2 behandlar både avtalsrättsliga och obligationsrättsliga regler.¹³⁹ UCC § 2-207 reglerar battle of the forms.

¹³² Cohen/Berring/Olson, s. 189.

¹³³ Cohen/Berring/Olson, s. 190 och Reitz, s. 281.

¹³⁴ Farnsworth, 1996, s. 137.

¹³⁵ Reitz, s. 280.

¹³⁶ Reitz, s. 280.

¹³⁷ Perillo, s. 18.

¹³⁸ Hyland, s. 58.

¹³⁹ Farnsworth, 2004, s. 43 – 45.

Trots att artikel 2 enbart reglerar köp av saker använder sig många domstolar av UCC:s regler även inom andra rättsområden.¹⁴⁰ En domare motiverade sitt beslut att tillämpa UCC-regler trots att den aktuella transaktionen inte föll inom UCC:s tillämpningsområde på följande sätt: “[w]hile this contract is not controlled by the Code, the Code is persuasive here because it embodies the foremost legal thought concerning commercial transactions.”¹⁴¹

7.4.3 UCC:s grundläggande syften

UCC:s övergripande mål är att avtal skall kunna genomföras i enlighet med parternas intressen utan att hindras av otympliga och mekaniska common law-regler.¹⁴² I enlighet med detta ligger fokus på parternas faktiska avtal medan formalia är av mindre intresse.¹⁴³ Denna praktiska syn på avtal genomsyrar UCC:s andra artikel. Till exempel stadgas att ett köpeavtal kan ingås ”in any manner sufficient to show agreement, including offer and acceptance, conduct by both parties which recognizes the existence of a contract, the interaction of electronic agents, and the interaction of an electronic agent and an individual”,¹⁴⁴ att anbud kan accepteras ”in any manner and by any medium reasonable in the circumstances”¹⁴⁵ samt att näringsidkare kan lämna bindande anbud utan att anbudsmottagaren måste erlægga någon *consideration*.¹⁴⁶

Till skillnad från i Sverige, där löftesprincipen gäller, råder nämligen kontraktsprincipen i USA. Detta innebär att anbud inte är bindande utan de kan dras tillbaka när som helst tills de accepterats.¹⁴⁷ Detta gäller inte så kallade firm offers som är bindande. För att ett anbud skall uppnå firm offer-status måste anbudsmottagaren erlægga *consideration*, det vill säga betala i något avseende, må vara att små uppföringar är tillräckliga för att utgöra giltig *consideration*.¹⁴⁸

¹⁴⁰ Perillo, s. 18.

¹⁴¹ Vitex Mfg. Corp. v. Caribtex Corp.

¹⁴² Brown, s. 899.

¹⁴³ Jfr Murray, s. 1311 – 1313.

¹⁴⁴ UCC § 2-204.

¹⁴⁵ UCC § 2-206.

¹⁴⁶ UCC § 2-205.

¹⁴⁷ Adlercreutz, 2002, s. 51.

¹⁴⁸ Farnsworth, 1996, s. 123.

8 Amerikansk behandling av battle of the forms

8.1 Rättsläget före UCC § 2-207

8.1.1 Spegelbilsregeln

Före UCC § 2-207:s tillkomst tillämpade amerikanska domstolar strikt spegelbilsregeln i battle of the forms-situationer. Även mycket små avvikelser i en accept medförde att den ansågs som oren och därför som ett nytt anbud.¹⁴⁹

Denna strikta tillämpning av spegelbilsregeln öppnade möjligheter för en part att undvika avtal som inte längre var förmånliga för den, till exempel på grund av prispörändringar.¹⁵⁰ Ett exempel på detta utgör Poel v. Brunswick-Balke-Collender Co. I detta rättsfall hade en säljare givit ett anbud som köparen accepterade genom att skicka en blankett på vilken bland annat stod "[t]he acceptance of this order which in any event you must acknowledge..." Säljaren skickade ingen bekräftelse på att man mottagit accepten och när priserna senare föll ville köparen inte längre vara bunden av avtalet. Domstolen fann här att något avtal inte hade ingåtts eftersom köparens accept på grund av bekräftelseklausulen var oren. Eftersom accepten var oren var den att se som ett nytt anbud och detta hade aldrig accepterats av säljaren.

Det var i detta fall tämligen klart att konflikten mellan parterna inte uppstod på grund av problem med ingående av avtalet utan att detta enbart var den teknikalitet köparen använde sig av för att komma undan ett ofördelaktigt avtal.¹⁵¹ Fall som detta kritiserades hårt och exemplifierade behovet av en ny, modern regel som tog hänsyn till vilka avtal som parterna faktiskt ansåg sig ha ingått.¹⁵²

8.1.2 Last shot-modellen

Före UCC § 2-207 använde sig amerikanska domstolar av last shot-modellen för att avgöra vilket avtalsinnehåll som skulle gälla mellan två parter som befann sig i en battle of the forms-situation.¹⁵³ Accepter som inte var helt identiska med anbudet sågs som orena accepter och därmed nya anbud. Parterna uppmärksammade dock inte alltid detta utan trodde att avtal

¹⁴⁹ Corbin, s. 497.

¹⁵⁰ Farnsworth, 2004, s. 318.

¹⁵¹ Corbin, s. 497 – 498.

¹⁵² Murray, s. 1318.

¹⁵³ Perillo, s. 98.

ingåtts trots att deras anbud och accept inte helt överensstämde.¹⁵⁴ När den ursprunglige anbudsgivaren, i tron att hans anbud accepterats, började agera i enlighet med avtalet, sågs detta av domstolarna som en konkludent accept på motanbudet. Den orena acceptens villkor kom därmed att gälla mellan parterna.¹⁵⁵

Det var oftast, men inte alltid, säljaren som skickade den orena accepten i en orderbekräftelse. Därmed blev ofta villkoren som kom att anses gälla mellan parterna mycket säljarvänliga.¹⁵⁶

Denna lösning ansågs inte vara tillfredsställande. Framförallt var den problematisk då den helt gick emot common law-grundtanken att anbudsgivaren är ”the master of his offer”¹⁵⁷. Den ursprunglige anbudsmottagaren sågs av domstolen, men inte av parterna själva, som anbudsgivare och därmed blev hans villkor tillämpliga på avtalet. Den ursprunglige anbudsmottagaren fick därmed en stor fördel när han kunde insistera på att villkoren i hans ”dolda motanbud” (*hidden counter offer*) skulle gälla. Brown använder sig av detta uttryck hon menar att det faktum att accepten sågs som ett anbud för det mesta inte uppmärksammades av parterna själva förrän en konflikt uppstod.¹⁵⁸

8.2 Allmänt om UCC § 2-207

8.2.1 Vad reglerar UCC § 2-207?

UCC § 2-207 reglerar de frågor som är relevanta i battle of the forms-situationer, det vill säga huruvida ett avtal ingåtts eller ej, samt vilket avtalsinnehållet i så fall är.¹⁵⁹

Det finns ett samband mellan dessa två frågor som kan ge upphov till spänningar. För att se till att en avtalspart inte kan undvika ett visst avtal genom hänvisning till detaljavvikelser mellan anbud och accept kan det synas befogat att mildra kraven på vad som skall krävas för att anbud och accept skall anses ge upphov till avtal. Men detta medför samtidigt att det blir svårare att avgöra vilket det faktiska avtalsinnehållet är.¹⁶⁰

Det problematiska med UCC § 2-207 är att dess upphovsmän främst försökte svara på en fråga, nämligen huruvida ett avtal ingåtts eller ej, medan paragrafen oftast tillämpas för att avgöra den andra frågan, det vill säga vilket avtalsinnehållet är. White och Summers har målande beskrivit detta förhållande genom att likna UCC § 2-207 vid en amfibietank som

¹⁵⁴ White/Summers, s. 31.

¹⁵⁵ Farnsworth, 2004, s. 318.

¹⁵⁶ Jfr Corbin, s. 499.

¹⁵⁷ Restatement (Second) of Contracts, § 29, comment a.

¹⁵⁸ Brown, s. 902 – 903.

¹⁵⁹ Jfr White/Summers, s. 30.

¹⁶⁰ Farnsworth, 2004, s. 318.

designats för strid i träskmark men som sedermera kommit att användas i öknen.¹⁶¹

8.2.2 Har ett avtal ingåtts eller ej?

När UCC skrevs koncentrerade man sig främst på frågan huruvida ett avtal ingåtts eller ej när icke överensstämmande formulär utbyts.¹⁶² Framförallt ville man inte att en avtalspart skulle kunna dra sig ur ett avtal som båda parterna ursprungligen ansett sig ha ingått, så som skett i *Poel*.¹⁶³ UCC § 2-207 första stycket behandlar denna fråga.¹⁶⁴

Första stycket behandlar förutom frågan om orena accepter också bekräftelser. Det är viktigt att förstå att dessa begrepp är separata och distinkta.¹⁶⁵ Regleringen av bekräftelser diskuteras nedan i avsnitt 8.3.2.

Generellt anses UCC § 2-207 ha uppfyllt målet att en avtalspart inte skall kunna undvika ett avtal som faktiskt ingåtts i praktiken om än ej enligt spegelbilsregeln.¹⁶⁶

I fall då avtal inte anses ingånget i enlighet med § 2-207(1) kan UCC § 2-207(3) vara av intresse. Detta stycke redogör för vilken betydelse parternas agerande har för frågan om avtal kan anses ingånget.¹⁶⁷

8.2.3 Vilket är avtalsinnehållet?

I battle of the forms-situationer är dock konflikter som rör avtalsinnehållet vanligare än sådana som rör huruvida ett avtal föreligger eller ej.¹⁶⁸ UCC § 2-207 första och andra stycket reglerar vilket avtalsinnehåll som skall gälla i sådana situationer.¹⁶⁹

I 8.3 och 8.4 beskrivs UCC § 2-207(1) och (2) mer ingående. Sammanfattningsvis kan sägas att anbudets avtalsinnehåll är utgångspunkten men innehållet kan modifieras i någon mån beroende på vilket avtalsinnehåll som accepten innehåller.

¹⁶¹ White/Summers, s. 30.

¹⁶² Corbin, s. 500.

¹⁶³ White/Summers, s. 30. Om fallet, se ovan i 8.1.1.

¹⁶⁴ Corbin, s. 500.

¹⁶⁵ Perillo, s. 100.

¹⁶⁶ Baird/Weisberg, s. 1245.

¹⁶⁷ Corbin, s. 508.

¹⁶⁸ Corbin, s. 100.

¹⁶⁹ Corbin, s. 504.

8.2.4 Kritik mot UCC § 2-207

Överhuvudtaget har UCC § 2-207 kritiserats mycket hårt i såväl doktrin som praxis då den anses komplicerad och svårtillämpad. En av UCC:s upphovsmän har kallat paragrafen (som han var med att författa) ”a miserable, bungled, patched-up job”¹⁷⁰ och Perillo menar att UCC § 2-207 är ”a recipe for unadulterated chaos”¹⁷¹ som ”created far more problems than it solved”¹⁷² medan man i praxis något mildare bland annat har kallat den ”a murky bit of prose”¹⁷³ och förklarat den vara ”not too happily drafted”¹⁷⁴.

Inte heller UCC:s kommentarer anses ge mycket vägledning: Murray menar att de är ”something akin to a metaphysical experience until one realizes that the creators of the Comments were as confused as all others who have attempted to deal with the section since its enactment”.¹⁷⁵

8.3 2-207(1)

8.3.1 Accepter

8.3.1.1 Definitiva och tidsenliga accepter

För att UCC § 2-207(1) skall vara tillämplig måste det föreligga en definitiv (*definite*) och tidsenlig (*seasonable*) accept.

En accept anses generellt inte vara definitiv om den skiljer sig i väsentlig grad från anbudet vad gäller de överenskomna (*dickered*) villkoren. Exempel på överenskomna villkor är pris, kvalitet, leveransdatum samt beskrivning av varan.¹⁷⁶ Vanligtvis kan alltså sägas att en ”accept” som inte överensstämmer ens i de individualiserade delarna i avtalet inte är en accept utan istället ett nytt anbud.¹⁷⁷ Det finns dock exempel på rättsfall där accepter som avvikit från anbudet även i de nyss nämnda hänseendena ansetts vara definitiva.¹⁷⁸

Corbin anser att frågan om en accept är definitiv bör lösas med ledning av UCC § 2-207:s kommentar 2. I enlighet med denna bör man fråga sig huruvida ett avtal ingåtts ”in commercial understanding” i och med accepten. Corbin hänvisar även till UCC § 2-204 som tar upp huruvida

¹⁷⁰ Gilmore i ett brev till Summers, såsom det citeras i Murray, fotnot 8.

¹⁷¹ Perillo, s. 100.

¹⁷² Perillo, s. 100.

¹⁷³ Southwest Eng'g Co. v. Martin Tractor Co.

¹⁷⁴ Roto-Lith, Ltd. v. F.P. Bartlett & Co.

¹⁷⁵ Murray, s. 1310.

¹⁷⁶ Perillo, s. 100.

¹⁷⁷ Brown, s. 912.

¹⁷⁸ Perillo, s. 101 med hänvisning till CBC v. Auburn Plastics & Aikman och Bosway Tube & Steel v. McKay Mach.

parterna själva anser att ett avtal ingåtts samt om parterna haft avsikt att ingå avtal.¹⁷⁹ Brown är av samma uppfattning och framhåller att huruvida en accept är definitiv nog för att anses vara en accept måste besvaras ”in light of section 2-207’s purpose of correlating the legal rule with the commercial understanding”.¹⁸⁰

I UCC § 1-205(b) definieras tidsenligt agerande enligt följande: ”An action is taken seasonably if it is taken at or within the time agreed or, if no time is agreed, at or within a reasonable time.”

8.3.1.2 Spegelbilsregeln satt ur spel

UCC § 2-207(1) medför att en accept som är definitiv och tidsenlig men som innehåller nya (*additional*) och/eller avvikande (*different*) villkor i jämförelse med anbudet inte ses som ett avslag i förening med nytt anbud, utan som en vanlig accept som medför att ett avtal ingås. Med andra ord gäller inte spegelbilsregeln för transaktioner där UCC tillämpas, det vill säga vid köp av saker.¹⁸¹

”Accepten” godtas alltså som en sådan, och det gäller även om dess avvikelser från anbudet är väsentliga, men avtalsinnehållet blir det som angivits i anbudet. De nya villkoren ses endast som förslag till avtalsändringar. Detta gäller med förbehåll för reglerna i UCC § 2-207(2).¹⁸²

UCC § 2-207(1) innebär med andra ord att regeln har skiftat från att favorisera den part som sköt det sista skottet till den som sköt det första.¹⁸³

8.3.1.3 Förbehållsbestämmelsen

I enlighet med förbehållsbestämmelsen i slutet av UCC § 2-207(1) kan en anbudsmottagare förhindra att ett avtal (på anbudsgivarens villkor) kommer till stånd genom att skriva in i accepten att anbudet endast accepteras på villkor att anbudsgivaren uttryckligen godtar anbudsmottagarens nya eller avvikande villkor.¹⁸⁴ När den ursprungliga anbudsmottagaren villkorar sin accept på detta vis, betraktas hans meddelande inte som en accept, utan som ett nytt anbud som måste accepteras för att ett avtal skall anses ingånget.¹⁸⁵ Parternas efterföljande agerande kan dock under vissa omständigheter medföra att ett avtal anses ingånget i enlighet med UCC § 2-207(3).¹⁸⁶

¹⁷⁹ Corbin, s. 501.

¹⁸⁰ Brown, s. 912.

¹⁸¹ Reitz, s. 286.

¹⁸² Farnsworth, 2004, s. 320 och 322. Se 8.4 för en beskrivning av UCC § 2-207(2).

¹⁸³ Farnsworth, 2004, s. 320.

¹⁸⁴ Perillo, s. 101.

¹⁸⁵ Farnsworth, 2004, s. 327 – 328.

¹⁸⁶ Se 8.5 för en beskrivning av UCC § 2-207(3).

I enlighet med grundtanken bakom paragrafen, att se till att avtal effektivt kan komma till stånd på ett enkelt sätt, måste den ursprunglige anbudsmottagaren vara mycket tydlig i sin villkorade accept för att hans svar inte skall ses som en accept.¹⁸⁷ Till exempel har formuleringen "subject to all of the terms and conditions on the face and reverse side hereof, including arbitration, all of which are accepted by the [offeror]"¹⁸⁸ inte ansetts vara tillräckligt villkorad, trots att orden "subject to" vanligtvis tolkas som ett uttryckligt villkor.¹⁸⁹ Domstolen uttalade att "it is not enough that an acceptance is expressly conditional on additional or different terms; rather, an acceptance must be *expressly* conditional on the offeror's *assent* to those terms".¹⁹⁰ Därmed ansågs förbehållet inte vara ett sådant som omtalas i UCC § 2-207(1).¹⁹¹

UCC § 2-207(1) medförde sålunda en helomvändning av rättsläget. Före paragrafens tillkomst ansågs ändringar av avtalsvillkoren i en accept göra den oren och den betraktades därmed som ett nytt anbud såvida anbudsmottagaren inte var mycket tydlig med att han faktiskt accepterade och att hans nya villkor enbart var förslag på ändringar. Efter paragrafens införande gäller motsatsen: vad som tidigare setts som ett nytt anbud är nu en godkänd accept utom i fall där det görs mycket klart att meddelandet skall ses som ett nytt anbud.¹⁹²

Murray anser att tillämpningen av förbehållsbestämmelsen i UCC § 2-207(1) har resulterat i avgöranden som helt går emot grundtanken att affärlivets realiteter skall avgöra huruvida ett avtal föreligger eller ej, och inte juridiska teknikaliteter. Flera domstolar¹⁹³ har nämligen valt att mekaniskt beakta huruvida anbudsmottagarens accept innehåller "villkorsfrasen" som beskrivs i förbehållsbestämmelsen i UCC § 2-207(1), oavsett hur en rimlig affärsman skulle ha tolkat accepten. När detta varit fallet har domstolarna ansett ett motanbud vara för handen – men de har inte behandlat detta motanbud på vanligt sätt. Domstolarna har ansett att dessa motanbud inte kan accepteras konkludent, till skillnad från hur det vanligen är i amerikansk avtalsrätt.¹⁹⁴

Medan Murray frågar sig varför inte vanliga regler om motanbud skall gälla även för accepter som innehåller "villkorsfrasen" som stadgas i UCC § 2-207(1) menar Farnsworth att UCC § 2-207(3) får tillämpas för att avgöra huruvida ett avtal är för handen eller ej när fråga är om sådana accepter och dessa inte har uttryckligen accepterats av den ursprunglige anbudsgivaren.¹⁹⁵ Farnsworth anser nämligen att det vore att återgå till last

¹⁸⁷ Corbin, s. 503.

¹⁸⁸ Från *Dorton v. Collins & Aikman Corp*, kursivering i originaltexten.

¹⁸⁹ Corbin, s. 503.

¹⁹⁰ *Dorton v. Collins & Aikman Corp*.

¹⁹¹ Corbin, s. 503.

¹⁹² Murray, s. 1324 – 1325.

¹⁹³ Se till exempel *Dorton v. Collins & Aikman Corp*, *C. Itoh & Co. (America) Inc. v. Jordan International Co.* och *Uniroyal, Inc. v. Chambers Gasket & Manufacturing Co.*

¹⁹⁴ Murray s. 1341.

¹⁹⁵ Farnsworth, 2004, s. 329.

shot-modellen som rådde före UCC § 2-207 att tillåta att accepter innehållande ”villkorsfrasen” ses som motanbud som kan accepteras konkludent, eftersom detta skulle medföra att den ursprunglige anbudsmottagarens villkor kom att gälla.¹⁹⁶

Murray rekommenderar en mindre mekanisk syn på förbehållsbestämmelsen. Han anser att domstolar bör fråga sig ”whether a reasonable offeror would believe that the offeree intends to close the deal by its response”.¹⁹⁷ Om så är fallet skall svaret anses vara en accept i enlighet med de vanliga reglerna i UCC § 2-207(1) och (2) och ett avtal kommer därmed till stånd, på anbudsgivarens villkor.¹⁹⁸

Brown anser att rekvisiten i UCC § 2-207(1) måste läsas tillsammans och inte ses som separata kriterier. Hon menar att det är svårt att karaktärisera en accept som definitiv och tidsenlig när den innehåller villkor om att dess nya avtalsinnehåll måste accepteras och påpekar att en villkorad accept är en juridisk paradox i sig själv.¹⁹⁹

8.3.2 Bekräftelser

UCC § 2-207(1) behandlar även bekräftelser (*confirmations*). Perillo menar att stycket är konstigt och ologiskt i sitt stadgande att en bekräftelse ”operates as an acceptance” eftersom en bekräftelse per definition inte accepterar ett anbud utan bekräftar ett redan ingånget avtal.²⁰⁰

Enligt kommentarerna till UCC § 2-207 är stycket tänkt att vara tillämpligt på situationer där ”an agreement has been reached either orally or by informal correspondence between the parties and is followed by one or both of the parties sending formal memoranda embodying the terms so far as agreed upon and adding terms not discussed”.²⁰¹ I en sådan situation kan nya villkor bli en del av avtalet enligt samma regler som gäller för nya klausuler i accepter.^{202 203}

Villkor i bekräftelsen som skiljer sig från vad parterna kommit överens om tidigare gäller inte. Jämförelsen görs alltså mellan vad som ursprungligen överenskommit och vad som sägs i bekräftelsen.²⁰⁴ Om båda parterna skickar bekräftelser och det i dessa finns villkor som skiljer sig åt, slås bådas villkor ut.²⁰⁵

¹⁹⁶ Farnworth, 2004, s. 328 – 329.

¹⁹⁷ Murray, s. 1343.

¹⁹⁸ Murray, s. 1343.

¹⁹⁹ Brown, s. 917 – 918.

²⁰⁰ Perillo, s. 105.

²⁰¹ UCC § 2-207, officiell kommentar 1.

²⁰² Se 8.4 nedan för en beskrivning av UCC § 2-207(2).

²⁰³ Corbin, s. 511.

²⁰⁴ White/Summers, s. 28.

²⁰⁵ UCC § 2-207, kommentar 6.

8.4 2-207(2)

8.4.1 Accept innehållande nya klausuler

8.4.1.1 Avtalsinnehållet

Om en accept innehåller klausuler som inte fanns med i anbudet stadgar UCC § 2-207(2) att dessa blir en del av avtalet såvida inte (a) anbudet uttryckligen förbjuder nya avtalsbestämmelser, (b) de nya bestämmelserna förändrar avtalet avsevärt eller (c) anbudsgivaren protesterar mot de nya bestämmelserna, antingen innan de anländer eller inom en rimlig tid efter att de mottagits. Endast i fall där båda parterna är näringsidkare, vilket de ju är i battle of the forms-situationer, kan de nya avtalsbestämmelserna bli del av avtalet automatiskt.

Det är vanligt att kommersiella parter utformar sina anbudsformulär så att nya bestämmelser inte blir en del av avtalet. Detta resultat åstadkoms genom att skyddsmöjligheterna för anbudsgivaren i UCC § 2-207(2)(a) eller (c) utnyttjas. När så är fallet får avtalet det innehåll som uttrycktes i anbudet.²⁰⁶

8.4.1.2 Vad menas med avsevärd förändring?

Även om anbudsgivaren inte har använt sig av de skyddsmekanismer som finns i UCC § 2-207(2)(a) eller (c), stadgar UCC § 2-207(2)(b) att de nya klausulerna i accepten inte blir en del av avtalet om de medför att avtalet förändras avsevärt i jämförelse bestämmelserna i anbudet.

Enligt kommentarerna till UCC § 2-207 skall en ny klausul anses utgöra en substantiell förändring om den medför ”surprise or hardship if incorporated without express awareness by the other party”.²⁰⁷ Exempel på sådana klausuler är: ”a clause negating such standard warranties as that of merchantability or fitness for a particular purpose in circumstances in which either warranty normally attaches; a clause requiring a guaranty of 90% or 100% deliveries in a case such as a contract by cannery, where the usage of the trade allows greater quantity leeways; a clause reserving to the seller the power to cancel upon the buyer’s failure to meet any invoice when due; a clause requiring that complaints be made in a time materially shorter than customary or reasonable.”²⁰⁸

Brown poängterar att UCC § 2-207(2)(b) syftar på förändringar i jämförelse med *avtalet* och inte med anbudet.²⁰⁹ När detta sätts i sitt kommersiella sammanhang, i det här fallet användandet av standardavtal för avtalsslut, får det viktiga konsekvenser. Brown påpekar att en part som utformar standardavtal rimligtvis innefattar alla villkor som kan vara av vikt för

²⁰⁶ Perillo, s. 102 – 103.

²⁰⁷ UCC § 2-207, kommentar 4.

²⁰⁸ UCC § 2-207, kommentar 4.

²⁰⁹ Brown, s. 934.

denne. Därmed bör avsaknad av en viss avtalsbestämmelse indikera att en sådan klausul är av mindre vikt för parten i fråga. Om så är fallet tyder detta på en villighet att låta motparten reglera området i fråga – och i så fall bör anbudsmottagarens nya avtalsvillkor inte anses medföra en avsevärd förändring av avtalsinnehållet.²¹⁰

Brown menar att denna regel gäller med undantag för avtalsvillkor som ingen rimlig anbudsgivare bort räkna med att anbudsmottagaren skulle lägga till i sin accept. Exempel på denna typ av avtalsbestämmelser är sådana som är ovanliga i den aktuella branschen.²¹¹

Browns slutsats är att många avtalsbestämmelser felaktigt anses medföra en avsevärd förändring av avtalsinnehållet och därför inte tillåts bli en del av avtalet. Till exempel menar hon att friskrivningar ofta borde tillåtas bli en del av det individuella avtalet under förutsättning att det inte är ovanligt med sådana i branschen. Enligt Brown kan man mycket väl tänka sig att en anbudsmottagare under UCC § 2-207(2)(b) kan tillföra en väsentlig bestämmelse – men att den inte anses medföra en väsentlig förändring av avtalet.²¹²

Däremot anser Corbin att endast små tillägg till avtalet kan tillåtas under UCC § 2-207(2)(b)²¹³ och Baird och Weisberg har i samma anda uttalat att "[c]ourts appear to find 'material' any clause worth litigating".²¹⁴

Det finns många rättsfall som diskuterar vad som är att anse som en avsevärd förändring.²¹⁵ Inte minst har frågan huruvida en skiljedomsklausul skall anses avsevärt förändra avtalet bedömts. I de flesta fallen har domstolen funnit så vara fallet.²¹⁶

En anbudsgivare kan naturligtvis välja att acceptera nya avtalsvillkor som avsevärt förändrar avtalsvillkoret och som alltså annars ej hade blivit en del av det individuella avtalet. I så fall blir de nya klausulerna en del av avtalet.²¹⁷

8.4.2 Accept innehållande avvikande klausuler

UCC § 2-207(1) behandlar accepter med nya eller avvikande avtalsbestämmelser medan UCC § 2-207(2) enbart nämner accepter innehållande nya avtalsbestämmelser. Det finns till och med uttalanden i förarbetena till paragrafen som indikerar att det var ett rent misstag att ordet

²¹⁰ Brown, s. 935.

²¹¹ Brown, s. 935.

²¹² Brown, s. 934.

²¹³ Corbin, s. 506.

²¹⁴ Baird/Weisberg, s. 1246.

²¹⁵ Farnsworth, 2004, s. 324 med hänvisningar till flera olika rättsfall.

²¹⁶ Perillo, s. 103.

²¹⁷ Corbin, s. 504 – 505.

”different” utlämnades i UCC § 2-207(2), något som tagits fasta på i ett par uttalanden i doktrin och praxis.²¹⁸

Det råder delade meningar i såväl praxis som doktrin hur man skall se på avvikande avtalsbestämmelser i UCC § 2-207(2) och därmed hur man bör gå till väga i en situation då anbud och accept båda innehåller en viss klausul, till exempel en tvistlösningsklausul, men klausulerna är motstridiga.

8.4.2.1 UCC § 2-207(2) i enlighet med knock out-modellen

White anser att motstående avtalsklausulerna slår ut varandra. Han menar att anbudsmottagaren endast accepterar de klausuler som inte står i strid med villkoren som avges i accepten. UCC:s regler får användas för att fylla ut avtalet. White menar att kommentar 6 till UCC § 2-207 visar att frågan skall lösas på detta sätt.²¹⁹

Summers anser inte att kommentar 6 kan tillämpas i situationer där accepter innehåller avvikande avtalsvillkor utan menar att kommentaren endast ger vägledning vid situationer som rör *bekräftelser* med avvikande avtalsinnehåll.²²⁰

De flesta fall som behandlat avvikande avtalsvillkor har avgjorts i enlighet med Whites uppfattning, det vill säga knock out-modellen.²²¹

8.4.2.2 UCC § 2-207(2) tillämpas endast på nya klausuler

Summers anser att UCC § 2-207(2) endast behandlar nya klausuler. Han menar att avvikande avtalsbestämmelser helt enkelt faller från och inte får någon verkan. Det är istället anbudets avtalsinnehåll som skall gälla, inklusive den klausul som skiljer sig åt i anbudet och accepten.²²²

Corbin anser att UCC § 2-207:s ordalydelse är klar vad gäller avvikande avtalsvillkor: till skillnad från vad som gäller nya klausuler skall avvikande avtalsvillkor endast bli del av det individuella avtalet om anbudsgivaren accepterar dem.²²³ Vad gäller meningsskiljaktigheterna mellan White och Summers uttalar Corbin att ”it is quite clear that Professor White is seeking to make law and Professor Summers is deferring to legislative intent (sic) as expressed in the statute”.²²⁴

²¹⁸ Murray, s. 1355 – 1356 med vidare hänvisningar.

²¹⁹ White/Summers, s. 34.

²²⁰ White/Summers, s. 34.

²²¹ White/Summers, s. 35. Se *Tex Daitom, Inc. v. Pennwalt Corp* i vilket domstolen förklarade att den ansåg att knock out-modellen resulterade i den mest rättvisa lösningen.

²²² White/Summers, s. 34. Se *Reaction Molding Technologies, Inc. v. General Elec. Co.* för ett exempel på ett rättsfall som avgjordes i enlighet med Summers uppfattning.

²²³ Corbin, s. 505.

²²⁴ Corbin, s. 505.

Även Brown menar att UCC § 2-207(2) endast behandlar nya klausuler, och inte avvikande.²²⁵

8.4.2.3 UCC § 2-207(2) tillämpas på både nya och avvikande klausuler

Murray anser att både nya och avvikande klausuler behandlas i UCC § 2-207(2). Han menar att detta är nödvändigt för att syftet bakom lagen skall få genomslag.²²⁶ Paragrafens syfte är att motverka förtryck (*oppression*) och vedermödor (*hardship*). En anbudsgivare skall inte påtvingas avtalsvillkor som väsentligt förändrar det avtal han tänkt sig när han gav sitt anbud.²²⁷ Murray menar att precis detta skulle ske om avvikande klausuler inte behandlades i UCC § 2-207(2).²²⁸

Murray påpekar att det ofta är svårt att avgöra om en klausul är avvikande eller ny.²²⁹ Vidare anser han att det är svårt att tänka sig att ”a nonmatching term in an acceptance is both material and additional without being different”.²³⁰ Han hänvisar även till kommentarerna till stycket, särskilt kommentarerna 3 – 5, som alla tyder på att såväl nya som avvikande avtalsbestämmelser behandlas i andra stycket. I kommentar 4 finns inga exempel som enbart behandlar nya avtalsbestämmelser, utan alla exempel berör avvikande klausuler – de avviker från så kallade *implied terms* i anbudet.²³¹

Brown menar dock att klassificeringen av en klausul som ny eller avvikande endast bör ske genom jämförelse med de termer som explicit används i anbudet. Med andra ord skall ”implied terms” inte tas med i jämförelsen. Därmed upprätthålls skillnaderna mellan nya och avvikande termer.²³²

Till skillnad från Murray anser Brown inte att man undergräver syftet med lagen genom att undanta avvikande klausuler från andra stycket. Tvärtom, menar hon, att inkludera avvikande klausuler vore ”to shift inappropriately the term-setting power” från anbudsgivaren till anbudsmottagaren.²³³

²²⁵ Brown, s. 931 – 932.

²²⁶ Murray, s. 1365.

²²⁷ Murray, s. 1360.

²²⁸ Murray, s. 1365.

²²⁹ Murray, s. 1363 – 1364.

²³⁰ Murray, s. 1364.

²³¹ Murray, s. 1355 – 1363.

²³² Brown, s. 932.

²³³ Brown, s. 932.

8.5 2-207(3)

Om inget avtal har ingåtts i enlighet med reglerna i UCC § 2-207(1), till exempel för att anbudsmottagaren skickat en villkorad accept med en avvikande klausul och den ursprunglige anbudsgivaren inte godtar det nya villkoret, men parterna ändå börjar prestera som om ett avtal hade ingåtts, kan UCC § 2-207(3) användas. Stycket förklarar att parternas agerande kan leda till att ett avtal anses ha ingåtts. De klausuler som är likadana i anbudet och accepten utgör avtalsinnehåll medan bestämmelser som inte stämmer överens slår ut varandra och ersätts av UCC:s utfyllnadsregler.

UCC § 2-207(3) medför en förändring gentemot vad som gäller om common law-regler tillämpas. I common law används last shot-modellen för att avgöra avtalsinnehållet, medan UCC:s regler resulterar i en kompromiss mellan parternas avtalsinnehåll.²³⁴ Det bör dock nämnas att UCC:s regler, som använts som utfyllnad om parternas villkor är motstridiga, är mycket köparvänliga,²³⁵ varför det kanske inte är helt rättvisande att kalla resultatet för en kompromiss.

UCC § 2-207(3) är endast tillämpligt om skriftväxling föregått mellan parterna, men denna inte lett till något avtal.²³⁶ Om ingen skriftväxling förekommit, eller har skriftväxlingen lett till ett avtal i enlighet med reglerna i UCC § 2-207(1), skall inte tredje styckets bestämmelse tillämpas.²³⁷ Brown menar att domstolarna använts sig av tredje stycket alltför ofta – ”treated it as a solution to all sorts of cases considered difficult to solve under 2-207(1)”.²³⁸

²³⁴ Perillo, s. 104.

²³⁵ Corbin, s. 508.

²³⁶ White/Summers, s. 42.

²³⁷ White/Summers, s. 42.

²³⁸ Brown, s. 927.

9 Analys

I såväl Sverige som USA är användandet av formulär i samband med avtalsslutande utbrett. I formulären hänvisas ofta till standardavtal. Standardavtalen effektiviserar ingåendet av avtal men de ger även upphov till en risk för battle of the forms-problem.

I USA diskuteras battle of forms-problemet intensivt och det finns många hundratals rättsfall i vilka sådana situationer uppkommit. Visserligen är USA ett mycket större land än Sverige, med en enormt mycket större ekonomi, och visserligen är USA ett common law-land i vilket domstolarna spelar en central roll, men jag finner det ändå anmärkningsvärt att vi i Sverige inte haft ett enda klart battle of forms-rättsfall. Må vara att kommersiella tvister ofta löses genom skiljedom, men det borde väl gälla även kommersiella tvister i USA? Så hur kommer det sig att amerikanske domstolar så ofta får lösa battle of the forms-problem medan det sällan eller aldrig inträffar i Sverige? Nu är det inte den här frågan som denna uppsats behandlar, och kanske är den inte möjlig att besvara, men jag tycker ändå att den är värd att notera och fundera över. En gissning från min sida är att UCC § 2-207:s otydlighet utgör en del av förklaringen. Att lagstifta i en komplicerad fråga är inte tillräckligt för att lösa problemet – är lagregeln invecklad och kan tolkas på många olika sätt kanske detta ger upphov till fler tvister än om lagen inte funnits!

Som redan flera gånger konstaterats finns det ingen lag i Sverige som särskilt reglerar frågan om kolliderande standardavtal. Om någon lagregel skall användas är 6 § AvtL, som behandlar orena accepter och ger uttryck för spegelbilsregeln, den som ligger närmast till hands. Problemet är att paragrafen är till för att tillämpas vid individuellt avtalsslutande. I dess andra stycke finns ett undantag från den strikta spegelbilsregeln, men stycket laborerar med dubbla subjektiva rekvisit, vilket gör att undantagsregeln sällan blir tillämplig. När det gäller battle of the forms-situationer passar subjektiva rekvisit särskilt illa in, eftersom avtalsslutandet ofta sker slentrianmässigt genom att en part skickar ett beställningsformulär som accepteras genom en orderbekräftelse. I de flesta fallen blir det snarast fiktion att tala om parternas avsikt i dessa situationer. Att 6 § AvtL inte ger mycket ledning i en battle of the forms-situation är en av de få saker man är enig om i nordisk doktrin.

I USA regleras battle of the forms i UCC § 2-207. Paragrafen används för att avgöra både om avtal har ingåtts och för att bestämma vilket avtalsinnehåll som i så fall föreligger. Såväl amerikanska domstolar som juridiska auktoriteter har kämpat med att förklara och tillämpa UCC § 2-207 men deras ansträngningar har inte resulterat i en enhetlig bild. Tvärtom, skulle jag vilja konstatera; det råder delade meningar om hur i stort sett varje ord i paragrafen skall tolkas.

UCC:s syfte är att underlätta för kommersen och att reflektera den kommersiella verkligheten istället för en teoretisk juridisk idé om hur avtal skall ingås. UCC § 2-207 tillkom för att modifiera spegelbilsregeln som dels medförde att avtal som i realiteten ingåtts inte ansågs ingångna juridiskt och dels resulterade i en last shot-lösning i frågan om vilket avtalsinnehåll som förelåg. UCC § 2-207 har löst det första problemet men vad gäller det andra har rättsläget visserligen förändrats, men förvirring råder fortfarande om hur konkreta situationer skall lösas. Man är tämligen enig i amerikansk doktrin om att last shot-modellen inte gav ett materiellt tillfredsställande resultat.

UCC § 2-207 innebär att avtalsinnehållet nu huvudsakligen fastställs i enlighet med first shot-modellen. Vissa avvikelser från anbudet kan dock godtas, i enlighet med UCC § 2-207(2). Det kan tyckas orättvist att den som sköt första skottet får fördelen att diktera avtalsvillkoren. En anledning till att detta verkar accepteras i USA är att det stämmer överens med de anbud och accept-regler som råder enligt traditionell common law. Common law-reglerna ger stor makt till anbudsgivaren, dels vad gäller att utforma anbudet i enlighet med egna önsknings, dels då anbudet i enlighet med kontraktsprincipen kan dras tillbaka när som helst tills det accepterats av anbudsmottagaren. Med denna bakgrund är det knappast förvånande att last shot-modellen, som medförde att den ursprunglige anbudsgivaren ansågs ha ingått ett avtal på den ursprunglige anbudsmottagarens villkor, kritiserades så hårt i USA. Detta gick ju helt emot grundtanken med anbud och accept i amerikansk avtalsrätt. I och med att anbudsgivaren alltid har ansetts vara ”master of the offer” i amerikansk avtalsrätt anser man det knappast vara underligt att detsamma gäller även i battle of the forms-situationer.

Jag tycker att det amerikanska missnöjet med last shot-modellens resultat är intressant, särskilt med tanke på att den är en av de två modeller som har flest förespråkare i svensk doktrin. Dessutom fanns tendenser i lastbilscentralfallet och hos dissidenterna i Koja-fallet som pekar mot en lösning i enlighet med last shot-modellen, även om jag vill understryka att det rör sig om just tendenser som inte skall överskattas. Frågan är om den kritik som framfördes i USA mot last shot-modellen även är relevant i Sverige. Med andra ord, var de invändningar som riktades mot modellen helt knutna till common law-avtalsrätten, eller finns tillräckligt stora likheter mellan svensk och amerikansk avtalsrätt för att kritiken skall vara av intresse också för oss?

Här vill jag först och främst peka på att amerikansk avtalsrätt bygger på kontraktsprincipen medan vi i svensk rätt baserat våra anbud- och accept-regler på löftesprincipen. Detta är en viktig skillnad som säkerligen är en av förklaringarna till att last shot-principen fått fler förespråkare i Sverige än den har i USA.

Trots detta skulle jag vilja hävda att det vad gäller battle of the forms finns såpass mycket gemensamt hos amerikansk och svensk avtalsrätt och deras respektive syn på anbud och accept för att det skall vara berättigat att

diskutera den amerikanska kritiken även i svensk rätt. I båda länderna har grundtanken när det gäller slutande av avtal varit att anbudsgivaren har kontrollen över avtalet och dess utförande, och att anbudsmottagaren enbart har rätt att acceptera eller avslå anbudet. Det är ju just denna premis som spegelbilsregeln bygger på. Att anbudsgivaren påtvingas ett avtalsinnehåll som han inte föreslagit, vilket sker vid last shot-modellen, förefaller underligt under förutsättning att det klart kan avgöras vem som är anbudsgivare och vem som är anbudstagare. Men i dagens avtalsklimat, i vilket användande av standardformulär är det normala, kanske det inte alltid är självklart vad som är ett anbud och vad som är en accept. I sådana fall, liksom då det är mer slumpartat vems meddelande som betraktas som anbud, ter det sig inte lika angeläget att värna om anbudsgivaren.

Vad gäller klausulupplösning och knock out-regeln finns det även inslag av dem i UCC § 2-207. Om avtal inte anses ha ingåtts i enlighet med paragrafens första stycke, kan UCC § 2-207(3) medföra att ett avtal ändå anses slutet under förutsättning att parterna betett sig som om avtal ingåtts. Jag anser att detta är ett exempel på strävan i UCC att undvika juridiska teknikaliteter och istället finna avtal där parterna själva anser att avtal ingåtts. UCC § 2-207(3) medför att ingen av parterna vinner slaget om formulären, utan motstridiga avtalsklausuler slår ut varandra och fylls ut med UCC:s obligationsrättsliga regler.

Ett problem med knock out-regeln är att ingen av parterna får det avtalsinnehåll som de önskat sig. Så må vara fallet, men battle of the forms-situationer uppkommer ju just när ingen av parterna uppmärksammat skillnaderna i avtalsinnehållet och agerat för att förändra detta förhållande. Om en part inte ansåg att det var värt tiden att göra det, kanske det inte är alltför hårt att säga att den då får finna sig i att få ett avtalsinnehåll som inte är helt i enlighet med de egna villkoren.

I Sverige finns flera förespråkare för att använda klausulupplösning för att lösa battle of the forms-frågor. Vad gäller klausulupplösningens-modellen infinner sig dock frågan vad som skall fylla ut avtalet mellan parterna. Många föreslår här dispositiv rätt. Andra anser att omständigheter i det individuella fallet måste avgöra utgången.

Jag anser att fördelen med klausulupplösningens-modellen är att den ofta kan generera ett resultat som framstår som lämpligt med hänsyn till samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet. Men frågan är om denna fördel väger upp nackdelen, nämligen att resultatet blir oförutsägbart. Detta gäller särskilt om avtalsinnehållet skall fyllas ut enligt en domares fria skön, men även om dispositiv rätt används är det svårt att på förhand sia om hur avtalsinnehållet kommer att bestämmas, inte minst som parterna kan vara av olika nationalitet med olika dispositiv rätt. Jag föreställer mig att bristen på förutsägbarhet måste ses som ett allvarligt problem i den kommersiella världen och jag anser därför att klausulupplösning är en olämplig modell för att lösa battle of the forms-problem.

Naturligtvis är en materiellt skälig utgång det önskvärda men som jag ser det är battle of the forms ett så komplicerat problem att det är svårt att finna en materiellt tillfredsställande lösningsmodell som inte samtidigt blir så komplicerad att utgången blir nästan omöjlig att förutsäga. UCC § 2-207 anser jag vara ett exempel på en alltför komplicerad lösning.

Överhuvudtaget visar UCC § 2-207 på svårigheterna med att försöka lagstifta i battle of the forms-frågan. Som erfarenheterna i USA visar ger inte lagstiftning i en fråga alltid alla svar, och kan tvärtom ge upphov till fler frågor än någonsin.

Trots detta skulle jag vilja rekommendera att det lagstiftades i Sverige i battle of the forms-frågan. Det utbredda användandet av standardavtal när avtal ingås gör att battle of the forms-problem är svåra att undvika, och jag har mycket svårt att tänka mig något som skulle förändra denna bild. Därmed är det nödvändigt att hitta en lösning på problemet. Då ingen praxis finns som klart visar hur frågan skall hanteras och enighet saknas i doktrinen menar jag att lagstiftning är det bästa sättet att besluta vilken denna lösning bör vara. Under förutsättning att regleringen är klar och inte alltför invecklad ger detta förutsägbarhet för kommersiella avtalsparter – om de tar sig tid att sätta sig in i frågan, eller åtminstone uppmärksammar att problemet finns.

Det är viktigt att inse att en lag som reglerar frågan inte enbart kommer att ge svar på hur konkreta battle of the forms-situationer skall lösas utan också, och detta är kanske väl så viktigt, påverka parternas agerande redan innan situationen uppkommer. En kodifiering av last shot-modellen kommer medföra att var part vill ses som anbudsmottagare medan motsatsen blir fallet om en first shot-lösning väljs. Båda modellerna kan ge resultat som framstår som godtyckliga, vilket naturligtvis är en nackdel.

I ett typiskt avtal som ingås med användande av formulär utgör en beställningsorder ett anbud medan orderbekräftelsen blir en accept. Om first shot-modellen används kommer således köparen att gynnas medan säljaren får fördelar med last shot-modellen. Om säljaren missgynnas på grund av att hans villkor inte alltid anses gälla kommer han sannolikt att justera priset, det vill säga höja priset, på varan för att kompensera sig. Detta är lättare för honom att göra än det är för köparen att förändra något om han skulle missgynnas på grund av att last shot-modellen används.

Det mest önskvärda vore naturligtvis att battle of the forms-situationer aldrig uppkom, utan att de berörda parterna tog sig tid att läsa de olika standardavtalen och uttryckligen förhandlade om de villkor som inte stämde överens. Men detta är ingen realistisk möjlighet då det helt enkelt tar för mycket tid och därmed blir alltför dyrt. Jag vill dock påpeka att det är ett val som båda parterna gör; båda väljer att inte läsa och jämföra de respektive standardavtalen eftersom kostnaden för detta blir för hög. När en part gjort denna avvägning känner jag ingen större sympati för den om den senare inte får igenom alla sina avtalsvillkor. Om inte ens parterna själva agerar som

om standardavtalen de utformat är av större vikt, varför skall då någon annan göra det?

Sammanfattningsvis anser jag att det är viktigt att rättsläget i battle of the forms-frågan klargörs. Det bästa sättet detta kan göras är genom lagstiftning. Då förutsägbarhet är en viktig del i den kommersiella världen anser jag att en klar regel är att föredra framför en mer invecklad, även om den invecklade kanske ger ett materiellt mer tillfredsställande resultat. Därmed är first- och last shot-modellerna de som finns att välja bland.

Jag skulle vilja rekommendera first shot-lösningen, då det trots allt är anbudsgivaren som initierar avtalet och därmed anser jag att det är mer rimligt att hans villkor får genomslag än anbudsmottagarens. Om en part som typiskt sätt är anbudsmottagare, det vill säga en säljare, anser att en viss avtalsklausul är av särskild vikt för honom kommer en first shot-lösning tvinga denne part att jämföra sitt och motpartens avtal åtminstone vad avser denna klausul om han inte vill riskera att den egna klausulen inte kommer att gälla.

Jag är medveten om att first shot-modellen på intet sätt är en idealisk lösning och att resultatet ibland kan bli godtyckligt, men enligt min åsikt är det den bästa lösning som finns att tillgå. Vad gäller battle of the forms menar jag att en klar, om än kanske i vissa fall godtycklig, lösning är att föredra framför den Lützen-dimma som idag råder på formulärens slagfält.

Bilaga A

Engelsk-svensk ordlista

Acceptance – accept

Additional – nya

Conduct – agerande

Confirmation – bekräftelse

Dicker – förhandla

Definite – definitiv, bestämd

Different – avvikande

Material – avsevärd, väsentlig

Modification – förändring, modifiering

Offer – anbud

Offeree – anbudsmottagare

Offeror – anbudsgivare

Perform – prestera

Proviso – förbehållsklausul, förbehållsbestämmelse

Seasonable – tidsenlig

Term – villkor, bestämmelse

Bilaga B

§ 2-207. Additional Terms in Acceptance or Confirmation.

(1) A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms.

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

- (a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer;
- (b) they materially alter it; or
- (c) notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received.

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

OFFICIAL COMMENT

2004 Main Volume

Prior Uniform Statutory Provision: Sections 1 and 3, Uniform Sales Act.

Changes: Completely rewritten by this and other sections of this Article.

1. This section is intended to deal with two typical situations. The one is the written confirmation, where an agreement has been reached either orally or by informal correspondence between the parties and is followed by one or both of the parties sending formal memoranda embodying the terms so far as agreed upon and adding terms not discussed. The other situation is offer and acceptance, in which a wire or letter expressed and intended as an acceptance or the closing of an agreement adds further minor suggestions or proposals such as "ship by Tuesday," "rush," "ship draft against bill of lading inspection allowed," or the like. A frequent example of the second situation is the exchange of printed purchase order and acceptance (sometimes called "acknowledgment") forms. Because the forms are oriented to the thinking of the respective drafting parties, the terms contained in them often do not correspond. Often the seller's form contains terms different from or additional to those set forth in the buyer's form. Nevertheless, the parties proceed with the transaction. [Comment 1 was amended in 1966.]

2. Under this Article a proposed deal which in commercial understanding has in fact been closed is recognized as a contract. Therefore, any additional matter contained in the confirmation or in the acceptance falls within subsection (2) and must be regarded as a proposal for an added term unless the acceptance is made conditional on the acceptance of the additional or different terms. [Comment 2 was amended in 1966.]

3. Whether or not additional or different terms will become part of the agreement depends upon the provisions of subsection (2). If they are such as materially to alter the original bargain, they will not be included unless expressly agreed to by the other party. If, however, they are terms which would not so change the bargain they will be incorporated unless notice of objection to them has already been given or is given within a reasonable time.

4. Examples of typical clauses which would normally "materially alter" the contract and so result in surprise or hardship if incorporated without express awareness by the other party are: a clause negating such standard warranties as that of merchantability or fitness for a particular purpose in circumstances in which either warranty normally attaches; a clause requiring a guaranty of 90% or 100% deliveries in a case such as a contract by cannery, where the usage of the trade allows greater quantity leeways; a clause reserving to the seller the power to cancel upon the buyer's failure to meet any invoice when due; a clause requiring that complaints be made in a time materially shorter than customary or reasonable.

5. Examples of clauses which involve no element of unreasonable surprise and which therefore are to be incorporated in the contract unless notice of objection is seasonably given are: a clause setting forth and perhaps enlarging slightly upon the seller's exemption due to supervening causes beyond his control, similar to those covered by the provision of this Article on merchant's excuse by failure of presupposed conditions or a clause fixing in advance any reasonable formula of proration under such circumstances; a clause fixing a reasonable time for complaints within customary limits, or in the case of a purchase for sub-sale, providing for inspection by the sub-purchaser; a clause providing for interest on overdue invoices or fixing the seller's standard credit terms where they are within the range of trade practice and do not limit any credit bargained for; a clause limiting the right of rejection for defects which fall within the customary trade tolerances for acceptance "with adjustment" or otherwise limiting remedy in a reasonable manner (see Sections 2-718 and 2-719).

6. If no answer is received within a reasonable time after additional terms are proposed, it is both fair and commercially sound to assume that their inclusion has been assented to. Where clauses on confirming forms sent by both parties conflict each party must be assumed to object to a clause of the other conflicting with one on the confirmation sent by himself. As a result the requirement that there be notice of objection which is found in subsection (2) is satisfied and the conflicting terms do not become a part of the contract. The contract then consists of the terms originally expressly agreed to, terms on which the confirmations agree, and terms supplied by this Act, including subsection (2). The written confirmation is also subject to Section 2-201. Under that section a failure to respond permits

enforcement of a prior oral agreement; under this section a failure to respond permits additional terms to become part of the agreement.

[Comment 6 was amended in 1966.]

7. In many cases, as where goods are shipped, accepted and paid for before any dispute arises, there is no question whether a contract has been made. In such cases, where the writings of the parties do not establish a contract, it is not necessary to determine which act or document constituted the offer and which the acceptance. See Section 2-204. The only question is what terms are included in the contract, and subsection (3) furnishes the governing rule.

[Comment 7 was added in 1966.]

Källförteckning

Litteratur

Adlercreutz, Axel: *Avtalsrätt I*, 2002, 12 uppl, Lund: Juristförlaget i Lund;
Avtalsrätt II, 2001, 5 uppl, Lund: Juristförlaget i Lund.

Bernitz, Ulf: *Standardavtalsrätt*, 2000, 6 uppl, Stockholm: Norstedts Juridik.

Bogdan, Michael: *Komparativ rättskunskap*, 2003, 2 uppl, Stockholm: Norstedt Juridik AB.

Burkhart, Ann M. – Stein, Robert A.: *How to Study Law and Take Law Exams*, 1996, St. Paul: West Publishing Co.

Clark, David S.: *The American Legal System and Legal Culture i Introduction to the Law of the United States*, Clark, David S – Ansay, Tuğrul (reds), 1992, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers.

Cohen, Morris L. – Berring, Robert C. – Olson, Kent C.: *How to find the Law*, 1989, 9 uppl, St. Paul: West Publishing Co.

Corbin, Arthur Linton: *Corbin on Contracts*, 1993, rev. ed./by Joseph M. Perillo, St. Paul, Minnesota: West Publications.

Ekelöf, Per Olof: *Rättegång II*, 1996, 8 uppl, Stockholm: Norstedts Juridik.

Farnsworth, E. Allan: *An Introduction to the Legal System of the United States*, 1996, 3 uppl, New York: Oceana Publications;
Farnsworth on Contracts, Volume 1, 2004, 3 uppl, New York: Aspen Publishers.

Grilliot, Harold J.: *Introduction to Law and the Legal System*, 1983, 3 uppl, USA: Houghton Mifflin Company.

Göranson, Ulf: *Kolliderande standardavtal Avtalsrättsligt, komparativt och rättsekoniskt kring "the Battle of the Forms"*, 1988, Uppsala: Iustus Förlag.

Hellner, Jan: *Kommersiell avtalsrätt*, 1993, 4 uppl, Stockholm: Jurstedts Juridik AB.

Hyland, Richard: *The American Experience: Restatements, the UCC, Uniform Laws, and Transnational Coordination i Towards a European Civil Code*, 2004, 3 uppl, Nijmegen: Kluwer Law International.

Lehrberg, Bert: *Avtalstolkning*, 2003, 3 uppl, Uppsala: I.B.A. Institutet för Bank- och Affärsjuridik AB.

Perillo Joseph M.: *Calamari and Perillo on Contracts*, 2003, 5 uppl, St. Paul, Minnesota: Thomson West.

Ramberg, Jan – Ramberg, Christina: *Allmän avtalsrätt*, 2003, 6 uppl, Stockholm: Norstedts Juridik.

Reitz, John C.: *Commercial Transactions i Introduction to the Law of the United States*, Clark, David S – Ansary, Tuğrul (reds), 1992, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers.

Wilhelmsson, Thomas: *Standardavtal*, 1995, 2 uppl, Helsingfors: Juristförbundets Förlag.

White, James J. – Summers, Robert S.: *Uniform Commercial Code*, 2004, 5 uppl, St. Paul, Minnesota: West Group.

Artiklar

Baird, Douglas G. – Weisberg, Robert: *Rules, Standards, and the Battle of the forms: a Reassessment of § 2-207*, 68 Va. L. Rev. 1217.

Bernitz, Ulf: *Recension av Ulf Göransons Kolliderande Standardavtal*, JT 1989/90 s. 361 – 364.

Brown, Caroline N.: *Restoring Peace in the Battle of the Forms: A Framework for Making Uniform Commercial Code section 2-208 Work*. 69 N.C. L. Rev. 893.

Hellner, Jan: *Standardavtal vid avtalsslutande*, FJFT 1979 s. 281 – 300.

Håstad, Torgny: *Reformering af de nordiske aftalelove?* vid NJM 1990 s. 248 – 283.

Lando, Ole: *Kampen om formularen*, UfR 1988 s. 1 – 12.

Murray, John E.: *The Chaos of the 'Battle of the Forms': Solutions*, 39 Vand. L. Rev. 1307.

Lagkommentarer

Restatement (Second) of Contracts (1981).

Rättsfallsförteckning

Svenska rättsfall

NJA

NJA 1916 s. 583

NJA 1949 s. 609

NJA 1969 s. 285

NJA 1970 s. 478

NJA 1973 s. 674

NJA 1979 s. 401

NJA 1980 s. 46

NJA 1981 s. 323

NJA 1998 s. 448

RH

RH 1986:65

Amerikanska rättsfall

Bosway Tube & Steel v. McKay Mach., 65 Mich.App. 426, 237 N.W.2d 488 (1975).

C. Itoh & Co. (America) Inc. v. Jordan International Co., 552 F.2d 1228 (7th Cir. 1977).

CBC v. Auburn Plastics & Aikman, 453 F.2d 1161 (6th Cir.1972).

Daitom, Inc. v. Pennwalt Corp, 741 F.2d 1569, 39 UCC 1203, 1219 (10th Cir.1984).

Dorton v. Collins & Aikman Corp., 453 F.2d 1161 (6th Cir. 1972).

Poel v. Brunswick-Balke-Collender Co, 139 N.Y.S. 602, 607 (Sup. Ct. 1912).

Reaction Molding Technologies, Inc. v. General Elec. Co., 588 F. Supp. 1280 (E.D. Pa. 1984).

Roto-Lith, Ltd. v. F.P. Bartlett & Co., 297 F.2d 497, 500 (1st Cir. 1962).

Southwest Eng'g Co. v. Martin Tractor Co. 205 Kan. 684, 694, 473 P.2d 18, 25 (1970).

Uniroyal, Inc. v. Chambers Gasket & Manufacturing Co., 380 N.E.2d 571.

Vitex Mfg. Corp. v. Caribtex Corp., 377 F.2d 795.