



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Omid Gholamifar

Överenskommelser om  
åberopande och bevisning

—

En civil- och processrättslig  
studie kring parternas  
dispositionsfrihet i  
dispositiva tvistemål samt  
utformningen av ändamålsenliga  
klausuler

Examensarbete  
20 poäng

Handledare: Professor Peter Westberg

Ämnesområde:  
Förmögenhetsrätt, Avtalsrätt, Processrätt, Företagsekonomi

Termin: VT 2005

# Innehåll

<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>1</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>2</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
1.1 Bakgrund	5
1.2 Problemformulering och syfte	6
1.3 Material och metod	7
1.4 Avgränsningar	8
1.5 Disposition	9
<b>2 AVTALETS FUNKTIONER OCH INNEHÅLL</b>	<b>10</b>
2.1 Inledning	10
2.2 Avtalet som en försäkring mot osäkerhet	11
2.3 Det skriftliga kontraktets funktioner	12
2.4 Samverkan och egoism	12
2.5 Handlings- och riskfördelningsregler	13
2.6 Sammanfattning	14
<b>3 PRIVATRÄTT OCH OFFENTLIG RÄTT</b>	<b>15</b>
3.1 Inledning	15
3.2 Materiell- och formell rätt	16
3.3 Dispositionsprincipen och principen om avtalsfrihet	17
3.3.1 Innebörden av dispositionsprincipen	17
3.3.2 Principen om avtalsbundenhet och avtalsfrihet	18
3.3.3 Relationen mellan dispositionsprincipen och principen om avtalsfrihet	19
<b>4 OM ÅBEROPANDE OCH BEVISNING</b>	<b>22</b>
4.1 Inledning	22

<b>4.2</b>	<b>Åberopande</b>	<b>22</b>
<b>4.3</b>	<b>Bevisning och bevisrätten</b>	<b>23</b>
4.3.1	Allmänt	23
4.3.2	Fri bevisprövning	23
<b>4.4</b>	<b>Gemensamma utgångspunkter för åberops- och bevisbördan</b>	<b>23</b>
<b>4.5</b>	<b>Åberops- och bevisbörda</b>	<b>25</b>
4.5.1	Något om begreppet "börda"	25
4.5.2	Åberopsbörda	26
4.5.2.1	Allmänt	26
4.5.2.2	Åberopsbördans placering	26
4.5.3	Bevisbörda	27
4.5.3.1	Allmänt	27
4.5.3.2	Rättskipningens funktion som utgångspunkt för bevisbördan	27
4.5.3.3	Sambandet mellan beviskrav, bevisvärdering samt bevisbördans placering	29
4.5.3.4	Beviskravet	29
4.5.3.5	Bevisvärderingen	30
4.5.3.6	Bevisbördans placering	31
4.5.3.6.1	Allmänt	31
4.5.3.6.2	Rättsregler för bevisbördans placering	32
4.5.3.6.3	Principer för bevisbördans placering och beviskravet	33
4.5.3.6.4	Den "falska" bevisbördan	35
<b>4.6</b>	<b>Relationen mellan åberops- och bevisbördan</b>	<b>35</b>
4.6.1	Sammanfaller alltid åberops- och bevisbördan?	35
4.6.2	Vilken av åberops- och bevisbördan är typiskt sett mest betydelsefull för utgången av en tvist?	36
<b>5</b>	<b>KAN AVTALSPARTER DISPONERA ÖVER ÅBEROPANDET OCH BEVISNINGEN?</b>	<b>38</b>
<b>5.1</b>	<b>Inledning</b>	<b>38</b>
<b>5.2</b>	<b>Processuella överenskommelser</b>	<b>38</b>
<b>5.3</b>	<b>Är överenskommelser om åberopandet och bevisningen processuella eller civilrättsliga?</b>	<b>39</b>
5.3.1	Överenskommelser beträffande bevisbördan	39
5.3.2	Överenskommelser beträffande åberopandet	42
5.3.3	Övriga överenskommelser beträffande bevisningen	42
<b>6</b>	<b>BÖR PARTERNA DISPONERA ÖVER ÅBEROPS- OCH BEVISBÖRDAN?</b>	<b>44</b>
<b>6.1</b>	<b>Inledning</b>	<b>44</b>
<b>6.2</b>	<b>Vilka frågor bör parterna avtala om?</b>	<b>44</b>
6.2.1	Allmänt	44
6.2.2	Tidsaspekten i relation till avgörandet	45
6.2.3	Tidsaspekten i relation till tvistens uppkomst	45
6.2.4	Möjligheterna till att överblicka överenskommelsernas konsekvenser	46
6.2.5	Särskilt rörande överenskommelser om inskränkning i bevisföringen	47
6.2.6	Särskilt om överenskommelser beträffande bevisvärdering	48

6.2.7	Särskilt om sannolikheten för ogiltighet och jämkning av överenskommelserna	48
6.2.8	Sammanfattning	49
<b>6.3</b>	<b>Den “dispositiva” ordningen – upphov till processtaktik eller osäkerhet?</b>	<b>50</b>
6.3.1	Allmänt	50
6.3.2	Är den dispositiva ordningen tillfredställande?	50
<b>7</b>	<b>ÖVERENSKOMMELSER OM ÅBEROPS- OCH BEVISBÖRDA</b>	<b>53</b>
<b>7.1</b>	<b>Inledning</b>	<b>53</b>
<b>7.2</b>	<b>Komplikationer</b>	<b>54</b>
7.2.1	Något om vitesklausuler	54
7.2.2	Dold reglering	54
7.2.3	Uttrycklig reglering	57
7.2.4	Jämförelse mellan den dolda och den öppna regleringen	59
<b>7.3</b>	<b>Den gyllene mellanvägen?</b>	<b>61</b>
<b>7.4</b>	<b>Analys av de olika regleringarna</b>	<b>62</b>
<b>7.5</b>	<b>Implikationer för förhandlingar</b>	<b>63</b>
7.5.1	Utgångspunkter	63
7.5.2	Avtalsförhandlingar	63
7.5.3	Förlikningsförhandlingar	65
<b>8</b>	<b>KONKLUSIONER OCH AVSLUTANDE DISKUSSION</b>	<b>68</b>
	<b>LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>70</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>78</b>

# Sammanfattning

Man har såväl i doktrinen som bland aktörer i rättslivet traditionellt utgått från att frågor om återopande och bevisning är undandragna från parternas dispositionsfrihet och istället är förbehållna lagstiftaren och domstolarna. Bakgrunden till denna ståndpunkt är den sedan länge i Sverige rådande rättsuppfattningen att förfoganden över processuella rättigheter utan uttryckligt lagstöd är ogiltiga *per se*.

Denna uppfattning har dock under framförallt senare år försiktigt ifrågasatts av vissa rättsvetenskapsmän. Frågeställning har dock fortfarande inte rönt särskild stor uppmärksamhet i svensk obligationsrättslig och processrättslig litteratur. Förevarande arbete är därför ämnat att utgöra den första grundliga och sammanhängande undersökningen om det svenska rättsläget i detta avseende.

Arbetet har som nämnts i ambition att underkasta den svenska bevisrätten en grundläggande undersökning i syfte att analysera huruvida överenskommelser om återops- och bevisbördan är tillåtna enligt svensk rätt och, om inte, huruvida överenskommelser härom kan motiveras *de lege ferenda*.

Utgångspunkten för analysen är den bredast tänkbara och rättskällematerialet är omfattande. Detta i syfte att på grundval av en omsorgsfull rättslig analys tillhandahålla handledning som utmynnar i rekommendationer för överenskommelser om återops- och bevisbördan i det praktiska rättslivet. Det står nämligen klart att en part ofta kan vinna taktiska fördelar genom att medvetet och noggrant utforma avtalsklausuler på ett sådant sätt att återops- och bevisbördan för de i processen aktuella rättsfakta åvilar motparten. Även om en part av olika anledningar inte vill besvära sig med att uppnå dessa fördelar är det viktigt att känna till metoderna härför i syfte att på ett effektivt sätt undvika att råka ut för motpartens försök att skaffa dessa fördelar.

Utredningen ger en bild av ett rättsläge där överenskommelser om bevisning är tillåtna. Vad gäller återopsbördan är det inte lika säkert att en liknande slutsats kan dragas *de lege lata* utifrån en traditionell juridisk metod.

Arbetet undersöker vidare vilka frågeställningar som är ekonomisk försvarbara för parterna att träffa överenskommelser om. Härigenom beskärs väsentligen de frågeställningar som parterna typiskt sett bör tänka på vid avtalsförhandlingar. Undersökningen påvisar även konsekvenserna av olika tillvägagångssätt vid utformningen av avtalsklausuler. Utifrån denna undersökning förmedlas därefter handfasta råd om hur parterna bör förhålla sig till och under avtalsförhandlingar och förlikningsförhandlingar i syfte att skaffa sig taktiska fördelar i en eventuell framtida tvist.

# Förord

*It is not that you read a book, pass an examination, and finish with education. The whole of life, from the moment you are born to the moment you die, is a process of learning.*

Jiddu Krishnamurti

*Silent gratitude isn't much use to anyone.*

G. B. Stern

Detta arbete sätter punkt för fem års juridik- samt ekonomistudier i Lund och i Vancouver, Kanada. Jag vill rikta min stora tacksamhet till min familj för att ha givit allt stöd och uppmuntran som krävs när man pendlar, pluggar dubbelt, driver företag, befinner sig utomlands, spelar fotboll och arbetar så mycket man hinner på olika affärsjuridiska byråer. Min mor förtjänar ett speciellt omnämnande. Utan henne hade jag inte varit den jag är idag.

Jag vill passa på att tacka advokat Magnus Bernro och Mattias Svensson på Mannheimer Swartling advokatbyrå för det vänliga bemötande under min tid som sommarpraktikant på byrån, samt för att båda därefter agerat som mentorer under utbildningstiden.

I also wish to thank Mr. Henri C. Alvarez, law professor at the University of British Columbia and a partner at Fasken Martineau DuMoulin LLP, for introducing me to the fascinating world of commercial arbitration. You are already aware of the fact that I truly appreciated your course and continue to appreciate your friendship. Thank you also for providing me the opportunity to work with and for you at Fasken. I truly hope that we will soon be seeing you in an arbitration in Sweden.

Jag tackar för möjligheten att arbeta på advokatfirman Vinge i Helsingborg under det gångna året, först som sommarpraktikant och därefter som anställd, när jag inte ens hade tagit examen. Tack för förtroendet! Utan att ens försöka överdriva kan jag konstatera att det har varit en fantastisk tid för mig, ur ett professionellt såväl som ur alla andra perspektiv. Tack även för att jag har fått obegränsad tillgång till alla resurser under författandet av detta arbete.

Ett särskilt tack vill jag framföra till advokat Krister Azelius, delägare på Vinge, som förutom att ha engagerat mig i ett flertal stora domstolsprocesser och skiljeförfaranden under det gångna året även varit lyhörd för mina framfusiga och bestämda uppfattningar om innehållet i gällande rätt. Krister har dessutom alltid frikostigt ställt upp diskuterat alltifrån fotboll till frågor om skiljeförfaranden, åberopande och bevisning.

Även andra kolleger på Vinge har tålmodigt lyssnat på mina resonemang och kommit med viktiga synpunkter beträffande ämnet i detta arbete. De personer vars tid jag har upptagit mest av alla är advokaterna Sven A. Olsson, Henrik Bornä samt Gustaf Hintze.

Det bör nämnas att arbetet har författats under min ”semester”. Det fina vädret och frestelsen att hinna vara ledig innan jag började arbeta i Stockholm har tveklöst utsatt mig för en prövning i självdisciplin. Professor Peter Westberg har varit vänlig nog att vara min handledare under sin semester och lämnat värdefulla synpunkter, som väsentligt påverkat uppsatsens slutliga innehåll. Jag har dessutom hans undervisning och skrifter att tacka för idén och inspirationen till detta arbete.

Av det sagda har säkert framgått att jag under författandet av arbetet erhållit bistånd från flera ytterst kompetenta jurister. Arbetet är dock enligt många förmenande något kontroversiellt till sitt innehåll, och alla ståndpunkter samt eventuella tillkortakommande och felaktigheter skall därför tillskrivas endast mig och ingen annan.

Sist men inte minst skall ett viktigt påpekande göras. Långt innan författandet av denna uppsats påbörjades bestämde mig för att lämna juridiken för att arbeta på en investment bank. Många har ställt sig frågande till detta val, troligtvis eftersom de flesta som kombinerar juridik- och ekonomistudier efteråt arbetar som affärsjurister. Jag känner efter mina år på olika advokatbyråer att det är dags att pröva något nytt. Min förhoppning att valet av ämne samt innehållet i framställningen tydligt ska visa att jag fortfarande tycker att affärsjuridik är toppen!

Väl medveten om att jag troligtvis har skrivit det längsta förordet till ett examensarbete i juridik förklarar jag studietiden som avslutad, åtminstone för den här gången.

Stockholm i september 2005

Omid Gholamifar

# Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
HD	Högsta domstolen
JB	Jordabalken (1970:994)
LSF	Lag (1999:116) om skiljeförfarande
KL	Konkurslag (1987:672)
KöpL	Köplag (1990:931)
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd. I
NJA II	Nytt juridiskt arkiv, avd. II
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
SOU	Statens offentliga utredningar
UB	Utsökningsbalk (1981:774)



# 1 Inledning

*Det är alltså uppenbart att reglerna om bevisbördan under inga omständigheter kunna tillerkännas blott underordnad betydelse i förhållande till de materiella reglerna. Även om processen i flertalet fall skulle avgöras efter den materiella rättens regler, så utgöra likväl reglerna om bevisbördan en förutsättning för att detta skall kunna ske.*

*Utän bevisbördereglerna är nämligen rättskipningen otänkbar.*

Karl Olivecrona

*Att ha rätt och att få rätt är inte samma sak.*

Okänd

## 1.1 Bakgrund

Enligt min mening var Mascardus en mycket klok herre. I egenskap av en av de främsta auktoriteterna inom bevisläran uttryckte han nämligen med eftertryck i sitt stora verk, "De Probationibus", från omkring 1590, att hela rättsvetenskapen i grunden och botten var en lära om bevisningen. Detta eftersom att varje domslut måste grunda sig på det som blivit bevisat i tvisten, och att en materiell rättighet mot denna bakgrund inte är något värd om dess existens inte kan bevisas.

Det behöver knappast anmärkas att rätten har utvecklats en hel del sedan den gode Mascardus tid, varför man kanske inte riktigt kan hålla med om att hans syn på rättsvetenskapen gäller ännu idag. Detta innebär dock ingalunda att läran om att bevisningen inte är av utomordentligt stor betydelse inom den moderna juridiken. Betydelsen av bevisfrågor är väsentlig och så kommer att förbli under mycket lång tid framöver. På vad grundar jag då detta uttalande?

Jo, jag har i de tvister i Sverige och Kanada som jag på olika sätt varit inblandad i haft förmånen att tillsammans med duktiga processjurister svettas över bevisfrågor i vid bemärkelse. Dessa frågor har visserligen ibland inbegripit bevismedlen som sådana, men de tveklöst mest påfrestande har berört olika rättsfakta och därmed bevisbördan, beviskravet och bevisvärderingen kring dessa fakta.

Den processovane juristen skulle kanske tro att hans mer erfarna kolleger oroar sig över eventuellt tillämpliga rättstillämpningsfaktum. Så är emellertid inte fallet, åtminstone inte enligt min erfarenhet. Anledningen härtill är helt enkelt att domstolen eller skiljenämnden i inhemska tvister antas känna lagen (principen om "jura novit curia").<sup>1</sup> Rättsreglernas existens behöver inte åberopas och deras tillämplighet samt innebörd

---

<sup>1</sup> Det finns emellertid undantag från denna princip. Se *infra* 3.3.3 och 4.5.3.1.

behöver inte heller bevisas. Domaren eller skiljemannen har monopol på tolkning och tillämpningen av en för tvisten lämplig rättsregel. Partsombuden behöver därför endast fundera över vilka rättsregler som kan komma att tillämpas, för att argumentera för eller emot rättsfaktumen i dessa regler.

Jag har ofta undrat över hur mycket lättare det hade varit för såväl processjurister som deras klienter om de sistnämnda redan vid avtalsförhandlingarna diskuterade de åberops- och bevisbördefrågor som kan tänkas uppkomma vid framtida tvister, för att sedan reglera dessa frågor i avtalet. Enligt min mening skulle en sådan reglering – under förutsättning att den är möjlig och plausibel – tveklöst medföra en ökad förutsägbarhet i parternas rättsförhållande och således, åtminstone på förhand, vara ytterst tillfredsställande. Genom en reglering av dessa frågor skulle kanske många kostsamma processer undvikas. Därmed skulle parternas affärsmässiga relationer i mindre grad vara utsatt för slitningar.

## 1.2 Problemformulering och syfte

Låt mig genom ett konstruerat problemexempel påvisa de frågor som detta arbete avser att behandla.

Parten K stämmer parten S vid domstol och yrkar att ett S skall förpliktas att till K utbetala 10 MSEK. Till grund för sin talan visar K upp ett skriftligt kontrakt undertecknade av K och S. Kontraktet innehåller en vitesklausul som stadgar att S under vissa omständigheter till K skall erlägga ett vitesbelopp på 10 MSEK. Den huvudsakliga frågan är huruvida domstolens bedömning av frågan om åberops- och bevisbördan kommer att variera beroende på vilken av nedanstående lydelse klausulen har:

Alternativ 1

§ 7 Om S av försummelse underlåter att uppfylla de i § 6 specificerade förpliktelseerna inom den tidsram som där anges, skall S till K erlägga ett vite på 10 MSEK.

Alternativ 2

§ 7 Om S av försummelse underlåter att uppfylla de i § 6 specificerade förpliktelseerna inom den tidsram som där anges, skall S till K erlägga ett vite på 10 MSEK.

Vid en eventuell tvist mellan S och K skall samtliga relevanta omständigheter beträffande eventuell försumlighet åberopas och styrkas av S.

### Alternativ 3

§ 7 Om S av försummelse underlåter att uppfylla de i § 6 specificerade förpliktelserna inom den tidsram som där anges, skall S till K erlægga ett vite på 10 MSEK.

Vid underlåten förpliktelse skall vitesbeloppet emellertid inte utgå, om det visas att S inte förfarit försumligt.

Denna specifika huvudfråga kan delas in i fyra allmänna underfrågor, vars besvarande utgör syftet med förevarande arbete:

1. Vilka frågor om åberopande och bevisning, om några, *kan* avtalsparterna i dispositiva tvistemål med bindande verkan för de själva och domstolen reglera i ett skriftligt kontrakt?
2. Beträffande vilken eller vilka av ovannämnda frågeställningar *bör* avtalsparter ingå överenskommelser?
3. *När* bör avtalsparterna ingå en sådan överenskommelse? Bör detta helst ske när avtalet ingås eller när tvist uppkommer?
4. *Hur* bör parterna utforma dessa frågor för att regleringen skall vara samt förbli bindande? Bör detta ske genom en dold eller öppen reglering?

Ovannämnda problemexempel diskuteras utförligt och får sin lösning utifrån ovan redogjorda problemexempel längre fram i uppsatsen.

## 1.3 Material och metod

Arbetet bygger på en traditionell juridisk metod av rättsvetenskaplig karaktär. Inhemska och undantagsvis utländska rättskällor har granskats för att beskriva problematiken kring frågeställningarna samt analysera desamma. Arbetet innehåller talrika och detaljerade hänvisningar och referenser i syfte att förmedla ett gediget underlag för analysen och slutsatserna.

Rättskällematerialet består huvudsakligen av avtalsrättslig och processrättslig litteratur. Även offentligrättsligt material såsom gällande lagstiftning, rättspraxis, förarbeten och motiv har såvitt möjligt studerats i syfte att presentera ett erforderligt underlag för innehållet i gällande rätt. Det bör dock uppmärksammas att verkan av överenskommelser om åberopande och bevisning inte har varit föremål någon större uppmärksamhet i rättskällorna, särskilt inte i det offentligrättsliga rättskällematerialet. Härav följer den ojämna fördelningen av referenser till dylikt material i arbetet.

Undersökningen anlägger framförallt parts- och därmed även partsombudsperspektivet. Den praktiska inriktningen har inneburit att företagsekonomiska och strategiska argument används i arbetet, dock ingalunda i en sådan omfattning eller på ett sådant sätt att sådan litteratur behöver refereras. Ett mål är att förmedla handfasta råd och allmän vägledning till vilka överväganden som part och partsombud bör göra i frågor rörande åberopande och bevisbörda. Ämnets natur medför emellertid att en genomgång av tungrodda civilprocessrättsliga grundbegrepp och allmänna civilprocessuella principer inte kan undvikas.

Övervägande delar av arbetet är deskriptiv, något som oftast är oundvikligt när gällande rätt är föremål för undersökning. Det anlagda perspektivet medför dock att analytiska moment i mindre eller större utsträckning kunnat vävas in i samtliga delar av undersökningen.

De normativa diskussionerna begränsas till frågor om huruvida samt hur parterna bör agera utifrån gällande rätt. Vid diskussion om dessa frågor beträder arbetet ett relativt outforskat område inom svensk, och till min kännedom även utländsk, civilprocessrätt. Den metodologiska utgångspunkten har därför varit att utifrån det problemexempel som presenterades i avsnitt 1.2 föra arbetet framåt. Fortfarande är referenserna många, men argumentationerna och analysen bygger på analogier från huvudsakligen andra rättsliga institut än åberopande och bevisning.

## 1.4 Avgränsningar

Framställningen behandlar åberopande och bevisning i dispositiva tvistemål, dvs. mål där förlikning om saken är tillåten. Således är förhållandet i andra typer av mål inte föremål för behandling. Dessutom behandlas endast inomobligatoriska förhållanden, eftersom endast dessa kan bli föremål för kontraktuella överväganden *innan* en tvist uppkommer. I en del fall kommer dock bevisbördan att diskuteras och analyseras genom paralleller med gällande rätt beträffande utomobligatoriska rättsförhållanden.

Vidare är undersökningen begränsad till svenska förhållanden. Trots att det har hävdats att olika civilprocessuella rättsordningar liknar varandra i en del avseenden,<sup>2</sup> vore det alltför optimistisk att tro sig kunna genomföra en fullständig behandling av dessa spörsmål i främmande rättssystem; åtminstone inte i ett examensarbete av nuvarande omfattning.

Såsom angivits i avsnitt 1.3, inriktar sig arbetet främst på part- och partsombudsperspektivet. Emellertid har ekonomisk litteratur studerats i syfte att använda rättsekonomiska och spelteoretiska ansatser och analysverktyg i normativa argument rörande parternas beteende.

---

<sup>2</sup> Exempelvis Cooter & Ulen (2004) s 388.

Arbete inriktar sig främst på rent kommersiella förhållanden. Det är nämligen främst inom detta område som överenskommelser om åberopande och bevisning kan tänkas vara föremål för parternas överväganden innan tvist. Undersökningen kan emellertid i de flesta fall även användas i konsumentförhållanden. I dessa fall bör läsaren dock tänka på att risken för jämkning är mycket större.

Trots att skiljeförfaranden inte nämns uttryckligen i den löpande texten är avsikten inte att utelämna denna för förmögenhetsrätten essentiella tvistelösningsmekanism. Istället skall det som sägs om domstolar även gälla skiljeförfarande. I den mån skillnader föreligger kommer dessa att påpekas och bli föremål för kontextuell analys i fotnoterna.

## 1.5 Disposition

Mot bakgrund av att ämnet i stort sett är utforskat, har det funnits ett behov av att beakta såväl avtals- som processrättsliga aspekter inom framställningens ramar. Utgångspunkten är den bredast möjliga för att skalas ner allteftersom arbetet fortskrider.

I kapitel 2 genomförs en grundläggande analys av avtalsinstitutets olika funktioner. Framställningen upprepar dock inte innehållet i allmänna avtalsrättsliga verk, utan anlägger istället ett risk- och förtjänstperspektiv på den osäkra framtid som avtalsparter generellt måste handskas med.

Den komplicerade men fundamentala kopplingen mellan privaträtt- och offentlig rätt är föremål för undersökning i kapitel 3. På grundval av uppfattningarna i doktrin och andra rättskällor undersöks i vilken grad principen om partsautonomi tillerkänns verkan på det processrättsliga området. Vidare genomförs en grundlig presentation av åberopande och bevisning i kapitel 4. Förståelsen av dessa frågor är nämligen en förutsättning för läsaren att till fullo kunna tillgodogöra sig analysen i efterföljande kapitel.

Återstående av arbetet introducerar läsaren till en relativt ny värld inom juridiken. I kapitel 5 behandlas frågan om huruvida parter *får* i sina avtal med bindande verkan reglera frågor om åberopande och bevisning. Analysen bygger i väsentliga delar på innehållet i föregående kapitel. Vidare behandlas huruvida parterna *bör* träffa överenskommelser om dessa frågor i kapitel 6. Här klargörs även vilka typer av överenskommelser parterna bör träffa för att sedan, i kapitel 7, utifrån problemexemplet i avsnitt 1.2 närmare behandla frågan om *hur* klausulerna bör utformas.

## 2 Avtalets funktioner och innehåll

*Risk, like energy, can neither be created nor destroyed.  
It can only be moved around from one party to another.*  
Okänd

*It is not from the benevolence of the butcher, the  
brewer, or the baker, that we expect our dinner,  
but from their regard to their own interest.*  
Adam Smith

### 2.1 Inledning

Ett avtal består av ett anbud och ett accept som överensstämmer med varandra, dvs två sammanstämmande viljeförklaringar eller rättshandlingar från avtalsparterna, och medför vissa rättsverkningar för avtalsparterna. Avtalsinstitutet är alltså en förmedlingslänk mellan vissa rättsfakta och rättsföljder.<sup>3</sup> Avtalet utgör en rättslig reglerad samverkan mellan avtalsparterna att uppnå det däri stipulerade resultatet.<sup>4</sup>

I en marknadsekonomi<sup>5</sup> fastställs och regleras den enskildes ekonomiska relationer i förhållande till andra i omfattande utsträckning genom avtal. Dessa har vitt skilda syften och innehåll beroende på de omständigheter under vilka de aktualiseras.<sup>6</sup> De kan dock kategoriseras under två huvudgrupper, omsättningsintresset samt funktionen som styrningsmedel.

*Omsättningsintresset*<sup>7</sup> dominerar fortfarande den moderna avtalsrätten. En väl fungerande avtalsrätt är tänkt att underlätta omsättningen av varor och tjänster genom att sänka transaktionskostnaderna<sup>8</sup> och därigenom befrämja en önskvärd samhällsekonomisk utveckling.<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> Lehrberg (2004) s 30, Adlercreutz (2000) s 30 samt Thoresson (1994) s 10.

<sup>4</sup> Taxell (1987) s 10f samt Taxell (1997) s 45.

<sup>5</sup> Marknadsekonomi kan definieras som ett system i vilket tillgång och efterfrågan utgör grundläggande och avgörande faktorer för utbyte av varor och tjänster genom en prisbildningsmekanism. En väl funderande marknadsekonomi är helt beroende av bl a avtalsrättsliga normer. Se exempelvis Taxell (1987) s 14ff, Taxell (1997) s 24 och s 29, Adlercreutz (2000) s 14 samt Peczenik (1990) s 11ff.

<sup>6</sup> Ramberg & Ramberg (2003) s 17 och 47ff, Taxell (1987) s 13f samt Grönfors (1995) s 25ff.

<sup>7</sup> Omsättningsintresset kan definieras som intresset av en snabb, effektiv, enkel och trygg omsättning av varor och tjänster. Se Lehrberg (2004) s 47, Adlercreutz (2000) s 13 samt Ramberg & Ramberg (2003) s 25.

<sup>8</sup> Runesson (2003) s 99ff. Transaktionskostnader sänks framförallt genom att lagstiftaren tillhandahåller effektiva dispositiva rättsregler som tillämpas i de fall där parterna har avstått eller bortsett från att förse ett avtalet med uttryckliga bestämmelser härom.

Dock är också avtalets funktion som *styrningsmedel* av väsentlig betydelse, inte minst mot bakgrund av på senare tid uppkomna rättsliga institut såsom franchising, licensing och leasing. Även olika avtal om samverkan för organisatoriska ändamål kan räknas till denna kategori. Dyliga avtal syftar framförallt till att inskränka eller utvidga en parts handlingsfrihet utan att någon egentlig omsättning äger rum.<sup>10</sup> De allra flesta avtal innehåller givetvis inslag av båda dessa funktioner.

## 2.2 Avtalet som en försäkring mot osäkerhet

Framtiden är förknippad med osäkerhet.<sup>11</sup> Detta innebär att en part inte alla gånger med säkerhet kan förutse hur den kommer att gestalta sig. Osäkerheten kan dessutom antas öka ju längre tidshorisont denne utgår från.<sup>12</sup>

En part kan ofta tänkas vilja maximera sitt framtida välbefinnande, varför osäkerhet om framtida händelser långtifrån alltid är acceptabel. Således kan denne ingå ett avtal för att just undvika den framtida osäkerheten.<sup>13</sup> Avtalet fungerar i dyliga fall som en försäkring<sup>14</sup> för att eliminera eller minska sin exponering för sannolikheten att det ofördelaktiga utfallet realiserar.<sup>15</sup>

Varje rättsförhållande är förknippat med såväl värden som risker. De risker som ett avtalsförhållande medför måste bäras av avtalsparterna.<sup>16</sup> Detta följer av principen om avtalets subjektiva begränsning, som medför att förpliktande tredjemansavtal som huvudregel inte är bindande för tredjemän.<sup>17</sup> En helt annan sak är att avtalsparterna kan överenskomma om att fördela rättsförhållandets risker på olika sätt. Om detta inte sker uttryckligen i parternas avtal kommer obligationsrätten, i egenskap av dispositiva rättsregler, att bli fördela avtalsförhållandets risker mellan parterna.<sup>18</sup>

---

Exempelvis Ramberg & Ramberg (2003) s 26, Cooter & Ulen s 211 och 220ff, Polinski (2003) s 29f samt Taxell (1987) s 53 och 78.

<sup>9</sup> Kronman & Posner (1979) s 1ff samt Cooter & Ulen (2004) s 198.

<sup>10</sup> Adlercreutz (2000) s 13. Jmf även Cooter & Ulen (2004) s 225ff.

<sup>11</sup> Kronman & Posner (1979) s 35.

<sup>12</sup> Kronman & Posner (1979) s 26f, Polinski (2003) s 57 samt Cooter & Ulen (2004) s 49.

<sup>13</sup> Kronman & Posner (1979) s 27 samt Cooter & Ulen (2004) s 50ff.

<sup>14</sup> Termen "hedging" är kanske att föredra. Se Kronman & Posner (1979) s 27.

<sup>15</sup> Runesson (2003) s 80f.

<sup>16</sup> Kihlman (1999) s 20.

<sup>17</sup> Se Adlercreutz (2000) s 135, Kihlman (1999) s 19, Ramberg & Ramberg (2003) s 295 samt Ramberg (2004) s 176.

<sup>18</sup> Kihlman (1999) s 19f samt Runesson s 162 och 186.

## 2.3 Det skriftliga kontraktets funktioner

Det skriftliga kontraktet har ett antal viktiga funktioner.<sup>19</sup> Det skall tjäna som bevis för huruvida ett avtal överhuvudtaget ingåtts, för att identifiera avtalsparterna samt för att utvisa avtalsparternas respektive rättigheter och skyldigheter i enlighet med avtalet.<sup>20</sup>

Den sistnämnda funktionen, vars bestämmande i det enskilda fallet är det egentliga föremålet för detta arbete, är det i särklass vanligaste föremålet för tvister.<sup>21</sup> Det är ju dessa rättsfakta som är direkt avgörande för avtalets rättsverkningar, och därmed för huruvida avtalet består ur ett riskhänseende är fördelaktigt för en part eller inte.<sup>22</sup>

## 2.4 Samverkan och egoism

Vid avtalsförhandlingar måste parterna ta ställning till en rad olika viktiga frågeställningar. Dessa ställningstaganden berör oftast parternas rättigheter och skyldigheter i avtalet. Visserligen uppfattas avtalet vanligen som ett medel för samverkan mellan avtalsparterna, men under förhandlingsstadiet präglas atmosfären i hög grad av vad som kan kallas för ”partsegoism”.<sup>23</sup>

Inslag av partsegoism är vanligare och tydligare vid enstaka transaktioner än vid upprepade sådana.<sup>24</sup> Det har sin grund i förhandlarnas dilemma, dvs spänningen mellan att samverka för att skapa värde och konkurrera för att få största möjliga del av det skapade värdet.<sup>25</sup> Envar part eftersträvar en fördelning av rättigheter och skyldigheter samt risk och förtjänst som är fördelaktig för honom. Denna motsättning mellan parternas strävan att skapa och fördela värden utgör ett naturligt drag i avtalad samverkan, och accepteras i den ekonomiska verkligheten. Den gör sig vidare gällande vid

---

<sup>19</sup> För tydlighetens skull bör nämnas att begreppet ”funktion” inte tar sikte på avtal som av lagen kräver särskild form för att vara bindande. Se Ramberg & Ramberg (2003) s 125ff.

<sup>20</sup> Thoresson (1994) s 11. Även Taxell (1987) s 10.

<sup>21</sup> Exempelvis Adlercreutz (2001) s 9 samt Taxell (1987) s 89f. Jag skulle vilja hävda att denna funktion även är den i särklass viktigaste ur ett strategiskt perspektiv. Part i en tvist kan ju exempelvis mot sitt bestridande anses vara avtalspart (de två förstnämnda funktionerna), men ändå bedömas vara bunden av ett för honom fördelaktigt avtal (den sistnämnda funktionen). Det är således endast den sistnämnda funktionen som kan sägas ha en direkt positiv, negativ eller neutral ekonomisk konsekvens för parten.

<sup>22</sup> Lehrberg (2003) s 13 samt Ekelöf/Edelstam (2002) s 40 och s 48.

<sup>23</sup> Detta bekräftas delvis av att det som huvudregel inte föreligger någon allmän eller långtgående lojalitetsplikt vid avtalsförhandlingar. Se Nicander (1995-96) s 46ff samt Ramberg & Ramberg (2003) s 137.

<sup>24</sup> Jmf exempelvis Kronman & Posner (1979) s 4.

<sup>25</sup> Förhandlarnas dilemma är utförligt behandlad i litteratur om förhandlingar. Se exempelvis Runesson (2003) s 104. Det är viktigt att notera att även om ett avtal typiskt sett har långtgående integrativa inslag kan det distributiva elementet aldrig uteslutas. Förr eller senare måste ju ”den bakade kakan delas”! Runesson (2003) s 23 och 103.



såväl förhandlingsbordet som under avtalets bestånd, om än typiskt sett i mindre utsträckning under avtalstiden.<sup>26</sup>

## 2.5 Handlings- och riskfördelningsregler

Ovan har framgått att parter ofta ingår avtal i syfte att undvika framtida osäkerhet.<sup>27</sup> Härvid blir det viktigt att noggrant i kontraktet specificera parternas respektive förpliktelser. Detta beror på att det skriftliga kontraktet såväl skall utgöra ett styrinstrument för parternas agerande som verka som bevis vid en eventuell framtida tvist om parternas rättsförhållande med avseende på avtalets innehåll.<sup>28</sup>

Parternas respektive åtaganden framgår av följande frågor:<sup>29</sup>

- Vem skall prestera?
- Vad skall presteras?
- Vilken kvalitet skall prestationen ha?
- Vilken kvantitet skall presteras?
- Var skall prestationen ske?
- Hur skall prestationen ske?
- När skall prestationen ske?
- Till vem skall prestationen ske?
- Vad skall mottagaren göra för att kunna kräva prestation?

Regleringen av dessa frågor i kontraktet utgör de sk *handlingsregler* som avtalsparterna har att följa för att avtalet skall kunna fullföljas i enlighet med sitt syfte.<sup>30</sup> Den närmare utformningen av dessa regler bygger, förutom på parternas förhandlingsstyrka och förhandlingsskicklighet,<sup>31</sup> på de risk- och förtjänstkalkyler som respektive part utfört.<sup>32</sup> Väsentliga avvikelser från avtalets handlingsregler kan konstituera ett avtalsbrott, och kan medföra att den skadelidande tillåts göra gällande olika påföljder.<sup>33</sup>

Förändringar beträffande avtalsparterna själva eller i omvärlden kan omöjliggöra eller avsevärt försvåra ena partens prestationer och därmed göra densamma mera ekonomisk betungande än vad parten förutsett vid avtalets ingående. Eftersom de flesta avtal är ömsesidigt förpliktande är båda avtalsparterna i större eller mindre utsträckning utsatta för denna risk

---

<sup>26</sup> Taxell (1987) s 11f samt Taxell (1997) s 45.

<sup>27</sup> Se *supra* 2.2.

<sup>28</sup> Se *supra* 2.3.

<sup>29</sup> Följande obligationsrättsliga spørsmål kommer inte att behandlas i detalj i detta arbete. Läsaren hänvisas till Rodhe (1956), Mellqvist & Persson (2004) samt Runesson (2003).

<sup>30</sup> Runesson (2003) s 162.

<sup>31</sup> Runesson (2003) s 111.

<sup>32</sup> Exempelvis Thoresson (1994) s 18 samt Taxell (1997) s 39.

<sup>33</sup> Olsen (1997) s 72ff samt Taxell (1997) s 80f.

för framtida förändringar. Således blir båda parterna genom avtalet utsatta för ekonomiska risker.<sup>34</sup>

Att en avtalspart står risken för följderna av en inträffad omständighet innebär att parten bär risken för omständighetens negativa ekonomiska konsekvenser för avtalsförhållandet.<sup>35</sup> Parallellt med och genom utformningen av handlingsreglerna sker alltså även den ekonomiska riskfördelningen mellan avtalsparterna.<sup>36</sup> Regleringen av dessa spørsmål utgör avtalets *riskfördelningsregler*.<sup>37</sup> Förutom deras reparativa funktioner har dessa regler även en preventiv effekt eftersom de ger avtalsparterna ekonomiska incitament att fullgöra sina prestationer i enlighet med avtalet. Därmed minskas riskerna för avtalsbrott om och när fullgörelse i enlighet med handlingsreglerna blir ekonomisk oförmånlig för parterna.<sup>38</sup>

Riskfördelningsreglerna består av såväl ansvars- som påföljdsregler. Exempel för de föregående är exempelvis culpa-ansvar, presumptionsansvar, kontrollansvar och strikt ansvar för en viss inträffad händelse.<sup>39</sup> Exempel på de senare utgör hävning, prisavdrag, vite och ersättningstak.<sup>40</sup>

## 2.6 Sammanfattning

Ett avtal består av två samstämmiga rättshandlingar som tillsammans medför vissa rättsverkningar för avtalsparterna. Det ingås ofta för att säkerställa eller förhindra en eller flera i framtiden förekommande händelser. Avtalets rättsverkningar medför såväl rättigheter som skyldigheter för parterna. Dessa framgår av de handlingsregler som parterna kommer överens om. Handlingsreglerna reglerar alltså det huvudsakliga obligationsrättsliga förhållandet mellan parterna.

Det är ibland naturligt att den part vars prestation har blivit ekonomisk betungande underlåter att fullfölja avtalet. Varje part agerar ju, åtminstone i ett visst rationellt hänseende, framförallt i eget intresse. Parallellt med förhandling om och reglering av handlingsreglerna allokera parterna därför den osäkerhet som är förknippad med framtida händelser genom riskfördelningsregler. Dessa regler är avsedda att förse varje part med ekonomiska incitament att fullgöra avtalet trots att detta genom oförutsedda händelser blivit mera ekonomisk betungande. Dyliga händelser kan nämligen göra det mera ekonomisk betungande för en part att fullgöra sina skyldigheter såsom dessa stipulerats genom handlingsreglerna.

---

<sup>34</sup> Taxell (1997) s 74.

<sup>35</sup> Kronman & Posner (1979) s 27 samt Taxell (1997) s 51.

<sup>36</sup> Taxell (1987) s 45f.

<sup>37</sup> Runesson (2003) s 162.

<sup>38</sup> Taxell (1997) s 83f.

<sup>39</sup> Ramberg & Ramberg (2003) s 38f samt Runesson (2003) s 187f.

<sup>40</sup> Taxell (1997) s 82f samt Runesson (2003) s 189ff.

## 3 Privaträtt och offentlig rätt

*De materiella rättsreglerna bestämma under vilka betingelser rättigheter och skyldigheter uppkomma, förändras och upphöra. Processrättens regler återigen avse rättsskyddet. Detta är något sekundärt i förhållande till rättigheter. Det är den bestående rättigheten som skall skyddas genom statsmakten.*

Karl Olivecrona

*Den materiella rätten skulle stanna på papperet om staten inte tillhandahöll domstolar och exekutiva myndigheter för att i sista hand tvångsvis kunna genomdriva den.*

Bengt Lindell

### 3.1 Inledning

Sedan länge har svensk inomstatlig rätt indelats i privaträtt och offentlig rätt. Privaträtten – vars regler ofta går under den samlade beteckningen ”civilrätt” – omfattar typiskt sett rättsförhållandet mellan enskilda.<sup>41</sup>

Till den offentliga rätten räknas, förutom rättsregler som styr statens egen organisation och uppbyggnad, de delar av juridiken som benämns ”straffrätt” och ”processrätt”. Den offentliga rätten reglerar typiskt sett rättsförhållandet mellan enskilda och staten. Den fundamentala skillnaden mellan privaträtt och offentlig rätt är således det rättsförhållande som dessa rättsregler typiskt sett avser att reglera.<sup>42</sup> Inom privaträtten anses avtalsrätten tillhöra förmögenhetsrättens allmänna del, eftersom denna del ger uttryck för grundläggande frågor om förpliktelseernas uppkomst.<sup>43</sup>

Skiljelinjen mellan privaträtt och offentlig rätt är långt ifrån klar. Tveklöst präglar offentligrättsliga principer utformningen av de privaträttsliga reglerna.<sup>44</sup> Många gånger får även privaträtten ett starkt inflytande över den offentliga rätten.<sup>45</sup> Privaträttsliga och offentligrättsliga regler lever alltså i hög grad i ett relativt invecklat ömsesidigt förhållande. Så är i hög grad fallet inom civilprocessrätten.<sup>46</sup>

---

<sup>41</sup> Mellqvist & Persson (2004) s 19.

<sup>42</sup> Agell & Malmström (2005) s 19f. Även Rodhe (1956) s 1.

<sup>43</sup> Rodhe (1956) s 2, Mellqvist & Persson (2004) s 20, Ramberg & Ramberg (2003) s 17f, Taxell (1987) s 25 samt (2005) *et al.* s 22.

<sup>44</sup> Exempelvis Jägerskiöld (1973) s 140f, Lindblom (1974) s 19 samt Agell & Malmström (2005) s 18.

<sup>45</sup> Lindell (2003) s 30.

<sup>46</sup> Se *infra* 3.2.

## 3.2 Materiell- och formell rätt

Den moderna svenska civilprocessrätten är dualistisk i bemärkelsen att den gör en åtskillnad mellan materiell- och formell rätt.<sup>47</sup> Medan civilrätten räknas till den förra brukar processrätten identifieras med den senare.<sup>48</sup> Härvid framgår rättens innehåll av civilrätten och formerna för uppnående av rättsskydd av processrätten.<sup>49</sup>

En civiliserad stat har som sin viktigaste uppgift att opartisk tillämpa en redan fastställd och bestämd rättsordning. För att kunna fullfölja detta ideal – dvs att vara en rättsstat – måste förfarandet i en tvist som följs av ett rättsligt avgörande regleras av förutbestämda rättsregler. I det svenska rättssystemet är dessa regler upptagna i RB, och de frågor som dessa reglerar brukar tillsammans med processhinderinstitutet betecknas som ”rättegångsfrågor”.<sup>50</sup>

En uppfattning är att rättegångsfrågor utgör den formella rätten medan övriga rättsregler är materiella.<sup>51</sup> En motsatt uppfattning är att någon sådan klar uppdelning inte går att uppställa, eftersom skillnaden mellan materiella och formella rättsregler inte går att hänföra till lagstiftarens val mellan att uttrycka rättsreglerna som handlingsregler för enskilda medborgare respektive för domaren.<sup>52</sup> Enligt den senare uppfattningen är ett angivande av exakta kriterier på vad som är materiell och formell rätt förknippad med stora svårigheter.<sup>53</sup>

Båda synsätten ger uttryck för att den materiella och formella rätten fristående men ömsesidigt beroende av varandra.<sup>54</sup> Formen påverkar alltså innehållet och tvärtom. Detta får till följd att invecklade civilprocessuella spörsmål kan bli föremål för olika lösningar beroende på innehållet i det materiella rättsförhållande som tvisten gäller.<sup>55</sup> På motsvarande vis är genomslaget av en materiell rättsregel avhängig utformningen av de formella rättsreglerna.<sup>56</sup>

---

<sup>47</sup> Olivecrona (1930) s 1 och s 6 samt Lindblom (1974) s 11.

<sup>48</sup> Ekelöf/Edelstam (2002) s 50f.

<sup>49</sup> Olivecrona (1930) s 1, Jägerskiöld (1973) s 129 Lindblom (1974) s 11, Lindblom (1993) s 17f samt Lindell (2003) s 29.

<sup>50</sup> Ekelöf/Edelstam (2002) s 44. Se även Lindell (2003) s 29.

<sup>51</sup> Olivecrona (1930) s 1, Ekelöf/Edelstam (2002) s 51f. Med viss modifikation, se även Lindblom (1974) s 18.

<sup>52</sup> Olivecrona (1930) s 149ff, Lindblom (1974) s 18f samt Ekelöf/Edelstam (2002) s 50f.

<sup>53</sup> Lindblom (1974) s 11 och s 18f.

<sup>54</sup> Olivecrona (1930) s 158, Jacobsson (1988) s 349, Boman (1993) s 63 samt Lindblom (1993) s 23.

<sup>55</sup> Lindell (2003) s 29f.

<sup>56</sup> Olsen (1997) s 123f.

## 3.3 Dispositionsprincipen och principen om avtalsfrihet

### 3.3.1 Innebörden av dispositionsprincipen

Den svenska civilprocessen är i hög grad präglad av den sk delegationsprincipen, som möjliggör en långtgående anpassning av processen som sådan till de närmare omständigheterna i det enskilda fallet.<sup>57</sup> Som en konsekvens härav är bestämmelserna rörande civilprocessen i RB, i högre grad än exempelvis de straffprocessuella bestämmelserna, dispositiva i sin natur.<sup>58</sup> Mera exakt är reglerna rörande processmaterialet<sup>59</sup> inom civilprocessen ofta underkastade dispositionsprincipen<sup>60</sup>, medan bestämmelserna om själva förfarandet däremot i stor utsträckning är undantagna från parternas disposition.<sup>61</sup> Vidare är den traditionella uppfattningen att såväl bevisvärdering<sup>62</sup> som rättstillämpning<sup>63</sup> är förbehållen domstolarna.

Alla regler i den svenska processordningen som är dispositiva präglas alltså av dispositionsprincipen.<sup>64</sup> Denna princip omfattar de bestämmelser som innebär att domstolen skall eller får företa en viss processhandling *endast* på yrkande av ena eller båda parterna.<sup>65</sup>

Parternas yrkanden och åberopande av faktaförhållanden sätter tvistens yttre ram, som genom stadgandet i RB 17:3 blir bindande för domstolen. Detta innebär att domstolen principiellt sett saknar lagenlig möjlighet att utvidga eller inskränka denna ram.<sup>66</sup> Detta medför också att parterna själva får bära risken för egen okunskap, försummelse och felbedömningar.<sup>67</sup> En dom får exempelvis endast grundas på processmaterialet, men har enligt RB 17:11 rättsverkan för allt som kan inrymmas i saken.<sup>68</sup>

<sup>57</sup> Ekelöf (1956) s 268ff samt Ekelöf/Edelstam (2002) s 56f.

<sup>58</sup> Ekelöf (1956) s 123ff och s 142 samt Ekelöf/Edelstam (2002) s 54.

<sup>59</sup> Boman (1964) s 12, Ekelöf (1956) s 37f, Ekelöf/Edelstam (2002) s 38 samt Lindell (2003) s 75.

<sup>60</sup> Se Larsson (1980) s 577ff.

<sup>61</sup> Ekelöf/Edelstam (2002) s 58ff samt Andersson (1990) s 168.

<sup>62</sup> Lindell (1988) s 119 not 1 och s 127, Lindell (2003) s 59, Ekelöf/Edelstam (2002) s 60f. Denna uppfattning kommer dock att ifrågasättas senare i arbetet, se *infra* 5.3.3.

<sup>63</sup> Principen benämns ”Jura novit curia” (domstolen känner rätten) och ”Da mihi factum, dabo tibi jus” (giv mig faktum, så ger jag dig din rätt), Se Westberg (1988) s 30 och 185ff, Lindell (1988) s 33, Lindell (2003) s 60ff samt Ekelöf/Edelstam (2002) s 60f.

<sup>64</sup> Se Westberg (1988) s 30, Lindell (1988) s 11, Lindell (2003) s 54 samt Ekelöf/Edelstam (2002) s 58.

<sup>65</sup> Ekelöf/Edelstam (2002) s 58. Dispositionsprincipen utgör en snävare variant av *förhandlingsprincipen*. Se Ekelöf (1956) s 245ff, Ekelöf/Edelstam (2002) s 70, Andersson (1999) s 166ff samt Lindell (2003) s 53f.

<sup>66</sup> Westberg (1988) s 30, Andersson (1999) s 169 samt Ekelöf/Edelstam (2002) s 59.

<sup>67</sup> En s k *självansvarighetsprincip*. Nordenson (1993-94) s 213, Westberg (1988) s 90f samt Andersson (1999) s 168f.

<sup>68</sup> Fitger s 17:34ff, Ekelöf/Edelstam (2002) s 43f, Ekelöf/Bylund/Boman (1994) s 102ff, Lindell (2003) s 301ff samt Westberg (1998-99) s 398ff.

### 3.3.2 Principen om avtalsbundenhet och avtalsfrihet

En uppenbar förutsättning för att ingå ett avtal är att det kan beräknas fullföljas i enlighet med parternas gemensamma vilja vid avtals slutet, så att båda parter får del av de i avtalet fastslagna prestationerna.<sup>69</sup> Detta följer av principen om avtalsbundenhet och innebär att ett avtal är bindande till dess att avtalsparternas åtaganden enligt avtalet fullgörs.<sup>70</sup> De i föregående kapitel nämnda funktionerna för avtalsinstitutet skulle nämligen förlora sin betydelse om en avtalspart utan att riskera att drabbas av sanktioner kunde frångå avtalet så snart det på grund av oförutsägbara händelser blivit ekonomisk ofördelaktigt för honom.

Att ena parten kan rättsligt tvingas fullgöra sina skyldigheter i enlighet med avtalet eller utge ekonomisk kompensation för ditt misslyckande utgör en säkerhet för den andra parten att genomföra sin förpliktelse.<sup>71</sup> Principen om avtalsbundenhet bidrar alltså till rättssäkerhet och förutsägbarhet för avtalsparter.<sup>72</sup> Dessa skäl talar för att avtalsbundenheten bör utgöra huvudregeln i en marknadsekonomi och säkras genom lagregler och exekutiv tvång från statsmaktens sida.<sup>73</sup>

En naturlig förutsättning för att ingånget avtal skall hållas är att avtalet ingåtts på frivillig grund.<sup>74</sup> Det frivilliga ligger däri att parterna kan välja med vem, när och om vad man vill ingå ett avtal.<sup>75</sup> Vidare står det sedan länge klart att parterna kan i avtal bestämma huruvida<sup>76</sup>, hur<sup>77</sup> samt av vem<sup>78</sup> eventuella tvister rörande avtalets innehåll samt parternas rättsförhållande i övrigt skall lösas.

Principen om avtalsfrihet bygger på den enskildes rätt att under beaktande av lagarna utvidga och inskränka sina personliga fri- och rättigheter samt öka eller minska sin förmögenhet. Denna rätt mynnar ytterst från statens

---

<sup>69</sup> Denna princip benämns ”Pacta sunt servanda” (avtal skall hållas). Här bortses från fall där ogiltighet eller jämkning kan bli aktuell. Adlercreutz (2000) s 14.

<sup>70</sup> Taxell (1987) s 36 samt Ramberg & Ramberg (2003) s 24f.

<sup>71</sup> Lehrberg (2004) s 53, Taxell (1987) s 35ff samt Taxell (1997) s 39ff.

<sup>72</sup> Taxell (1997) s 25. Även Peczenik s 53ff. Detta resulterar även i effektiv handel och ekonomiska vinster för samhället.

<sup>73</sup> Ramberg & Ramberg (2003) s 26.

<sup>74</sup> Adlercreutz (2000) s 14 samt Taxell (1987) s 23 och s 41. Här bortses från fall av sk kontraheringsplikt. Se exempelvis Adlercreutz (2000) s 101ff.

<sup>75</sup> Taxell (1987) s 32, Taxell (1997) s 36, Ramberg & Ramberg (2003) s 24 samt Ramberg (2004) s 17.

<sup>76</sup> Olsen (1997) s 35 menar att den troligtvis vanligaste reaktionen på ett avtalsbrott är att ingen åtgärd till kompensation tas från den skadelidande. Även Cooter & Ulen (2004) s 392 och s 414 menar att endast cirka fem (5) procent av alla tvister blir föremål för rättslig prövning.

<sup>77</sup> Bolding s 15. Olsen (1997) fastslår på s 430ff att den skadelidande ofta har en valmöjlighet mellan de olika remedier som står till buds för kontraktetsbrottet.

<sup>78</sup> Heuman (1999) s 17, Lindskog (2005) s 67, Cars (2000) s 20, Kvarn & Olsson (1999) s 20, Bolding (1956) s 17 samt Lindell (2003) s 612.

delegering av bestämmanderätt till den enskilde. Avtalsfrihet medför således inte enbart en frihet från offentligt ingripande utan även ett anspråk på offentligt agerande som skydd för parterna i avtalsförhållandet.<sup>79</sup>

Ovan har påpekats att principerna om avtalsbundenhet och avtalsfrihet tillhör avtalsrätten, som utgör en del i privaträtten.<sup>80</sup> Dessa principer kan av denna anledning inte utan vidare sägas utgöra huvudregeln även beträffande offentlighetsrättsliga spörsmål. Tvärtom är huvudregeln i den offentliga rätten att någon avtalsfrihet inte föreligger.<sup>81</sup>

Inte ens inom privaträtten råder en fullständig avtalsbundenhet och avtalsfrihet. Tvingande regler är till skillnad från dispositiva sådana inte underkastade parternas överenskommelser.<sup>82</sup> Här kan statsmakten sägas inte ha delegerat någon privat lagstiftningsmakt till avtalsparterna. Anledningen är oftast att skydda parter eller intressen som typiskt sett riskerar att vara i underläge i avtalsförhållanden.<sup>83</sup> Dessa regler är nödvändiga för att förhindra en alltför stor maktkoncentration, och är faktiskt på lång sikt är en nödvändig förutsättning för en välfungerande marknadsekonomi.<sup>84</sup>

### 3.3.3 Relationen mellan dispositionsprincipen och principen om avtalsfrihet

Det har ovan framgått att uppdelningen mellan materiell och formell rätt är långt ifrån självklar.<sup>85</sup> Denna osäkerhet kan skapa förvirring när den enskilde med hänvisning till principen om avtalsfrihet vill disponera över rättssaker som inte med säkerhet kan sägas ingå i den sfären där dispositionsprincipen är härskande. Det är därför intressant att närmare uttröna hur dessa principer förhåller sig till varandra.

Utgångspunkten är att dispositionsprincipen är funktionellt sammankopplad med den civilrättsliga förfoganderätten. Den är med andra ord direkt knuten till principen om avtalsfrihet så att dess tillämpning motsvaras av den materiella dispositionsrätten.<sup>86</sup> Anledningen härtill är att processrätten är ämnad att medverka till att de materiella rättsreglerna, i egenskap av handlingsdirigerande regler för medborgarna, får genomslagskraft i samhällslivet.<sup>87</sup> Således blir civilprocessen en vidareutveckling av de

---

<sup>79</sup> Adlercreutz s (2000) s 14, Thoressen (1994) s 12 samt Lerberg (2004) s 51.

<sup>80</sup> Se *supra* 3.3.1 och 3.3.2.

<sup>81</sup> Westberg (2005) s 347, Fitger s 49:7 samt Bolding (1956) s 59. Se vidare *infra* 5.2.

<sup>82</sup> Ramberg & Ramberg (2003) s 33f samt Lehrberg (2004) s 210 och s 234.

<sup>83</sup> Taxell (1987) s 39ff samt Taxell (1997) s 40ff.

<sup>84</sup> Taxell (1997) s 112.

<sup>85</sup> Se *supra* 3.2.

<sup>86</sup> Larsson (1970) s 9f och 11f, Boman (1993) s 63, Olsen (1997) s 115 samt Lindell (2003) s 55f.

<sup>87</sup> Olivecrona (1930) s 130f, Boman (1993) s 64f samt Ekelöf/Edelstam (2002) s 13f och 20ff. Det bör redan här påpekas att rättsdogmatiker tvistar om huruvida civilprocessen verkligen har denna handlingsdirigerande funktion, eller om den istället har en konfliktlösande funktion. Se vidare *infra* 4.5.3.2 samt Lindell (2003) s 92ff. Lindblom

civilrättsliga rättsreglerna. För att så skall vara fallet krävs en långtgående koherens mellan den enskildes disponering på det civilrättsliga och civilprocessrättsliga planet.<sup>88</sup>

Sammankopplingen mellan principerna är dock inte fullständig. Det har tidigare nämnts att parterna inte åtnjuter någon dispositionsrätt över bevisvärdering<sup>89</sup> och rättstillämpning<sup>90</sup>, och att dessa istället ankommer på domstolen.<sup>91</sup> Vidare är förfarandereglererna i RB<sup>92</sup> som sådana undandragna parternas dispositioner.<sup>93</sup>

I övrigt är alltså civilprocessen underordnad dispositionsprincipen, och står således i samklang med parternas civilrättsliga förfoganderätt. Tanken är att den skadelidande i marknadsekonomi skall ha kunskap och möjlighet att tillvarata sina egna ekonomiska intressen.<sup>94</sup> I detta system är processinstitutet det kanske viktigaste medel som denne kan nyttja sig av för att komma till sin rätt.<sup>95</sup> Därför måste den processuella dispositionsrätten vara knuten till förfoganderätten på det civilrättsliga planet. Eftersom den skadelidande har rådighet över tvisteföremålet och därför kan underlåta<sup>96</sup> att

---

(1993) s 58ff menar att civilprocessen har såväl en handlingsdirigerande som konfliktlösande funktion, samt att dessa inte nödvändigtvis är ömsesidigt uteslutande. Det ligger utanför ramen för detta arbete att närmare analysera dessa ståndpunkter.

<sup>88</sup> Boman (1993) s 63 samt Westberg (1988) s 89.

<sup>89</sup> För kritik mot denna traditionella uppfattning, se *infra* 5.3.3.

<sup>90</sup> I internationella skiljeförfaranden kan, enligt min praktiska erfarenhet, principen om ”Jura novit curia” (domstolen känner rätten) vara föremål för bevisning. Detta innebär att rättstillämpningen i dessa fall är föremål för dispositionsprincipen. Se SOU 1994:81 s 150ff och 177, Prop. 1998/99:35 s 121 och 146, Heuman (1999) s 395f och 675, Calissendorff (1995-96) s 147ff samt Lindskog (2005) 764f.

<sup>91</sup> Ekelöf/Edelstam (2002) s 60f, Westberg (1988) s 185, Lindell (1988) s 64ff och s 127 samt Lindell (2003) s 59f.

<sup>92</sup> Parterna i såväl inhemska som internationella skiljeförfaranden har i LSF § 21 2 men. givits en vittgående befogenhet att bestämma över förfarandet, och nyttjar enligt min erfarenhet denna möjlighet i stor utsträckning. Se Lindskog (2005) s 67 och s 649, Heuman (1999) s 266f och 270, Heuman (2000) s 37, Kvant & Olsson (1999) s 86, Ekelöf/Edelstam (2002) s 61 not 154 samt Lindell (2003) 623. Denna långtgående möjlighet till disposition uppstår delvis för att endast dispositiva frågor får enligt LSF § 1 avgöras genom skiljeförfarande. Således är bestämmelserna i LSF som utgångspunkt dispositiva. Undantag förekommer endast vad gäller kravet på rättssäkerhet, vilket torde vara begränsad till den allmänna likabehandlingsprincipen samt skiljemännens oberoende. Se Heuman (1999) s 271, Kvant & Olsson (1999) s 19f, Cars (1999) s 17 samt Lindskog s 80f och 649.

<sup>93</sup> Ekelöf/Edelstam (2002) s 61 samt Lindell (2003) s 75.

<sup>94</sup> Westberg (1988) s 89ff samt Andersson (1998) s 169f och s 183f.

<sup>95</sup> Ekelöf/Edelstam (2002) s 13f.

<sup>96</sup> Detta kan bero på att den skadelidande inte vill äventyra affärsförbindelsernas bestånd med motparten, att tvisten – särskilt skiljeförfarandet – som sådan inte lönar sig ur ett processekonomiskt perspektiv, att den skadelidande förväntar sig bära bevisbördan för omständigheter i målet som är svårbevisade, att en tvist – framförallt i domstol – riskerar att pga offentlighetsprincipen ge den skadelidandens konkurrenter att få insyn i dennes företagshemligheter samt att den skadelidande riskerar att förlora sitt anseende inför andra oavsett utgången i målet. Mao tillåter dispositionsprincipen rent företagsekonomiska, etiska, moraliska och andra överväganden än de rent juridiska vid den skadelidandes bedömning om huruvida ett avtalsbrott skall föranleda en tvist. Olsen (1997) s 35, Boman



påkalla ett avtalsbrott eller förlikas<sup>97</sup> utanför domstol (den förprocessuella rådgivningen), är en långtgående processuell rådgivning nödvändig för att avtalsfriheten skall vara konsekvent genomförd.<sup>98</sup> På dessa överväganden vilar den partsstyrda civilprocessen.<sup>99 100</sup>

---

(1964) s 18, Taxell (1997) s 77, Cooter & Ulen (2004) s 392ff samt Ekelöf/Edelstam (2002) s 59f.

<sup>97</sup> Givetvis kan de omständigheter som nämnts i föregående not göra sig gällande även vid förlikningar. Se även Runesson (2003) s 226ff.

<sup>98</sup> Lindell (2003) s 59.

<sup>99</sup> Ekelöf/Edelstam (2002) s 59, Westberg (1988) s 30, Bolding (1964) s 7, Heuman (1999) s 280 samt Lindskog (2005) s 580.

<sup>100</sup> Det kan med fog ifrågasättas huruvida överensstämelsen mellan dispositionsprincipen och principen om avtalsfrihet, som ju i praktiken är avsedd att medföra fördelar för avtalsparter, är att föredra ur ett samhällsligt perspektiv. Kritiker har menat att den partsstyrda processen medför att andra överväganden än de rent juridiska kan sättas i förgrunden, innebärande att civilprocessen inte fyller sin roll som ett led i en sanktionsmekanism. Vidare menar kritikerna att det kontradiktoriska förfarandet sätter ett för lågt värde på att finna materiell sanning. Kritikerna beskyller härvid de civilprocessuella mekanismerna – bl a att varje part inte presenterar all relevant bevisning utan endast det som är förmånligt för dennes talan samt att domstolen eller skiljenämnden är förhindrad från att själv inbringa bevisning i tvisten – för att inhibera framkomsten av relevant information för att avkunna en riktig och rättvis (skilje)dom.

Som argument mot det nu sagda kan anföras att *risken* för att juridiska snarare än andra överväganden skall få överhanden verkar i det enskilda fallet för att civilprocessen i allmänhet blir en effektiv sanktionsmekanism. Vidare behöver inte den partsstyrda processen med nödvändighet utesluta möjligheten att avkunna en riktig och rättvis dom. När parternas intressen är direkt motstridiga – vilket oftast är fallet i en tvist – kommer allt relevant material att frambringas i syfte att en riktig dom skall avkunnas. Dessutom kan domstolen eller skiljeförfarandet använda sig av sin materiella processledning för att berika det material som parterna förebringat i målet. Ekelöf/Edelstam (2002) s 60f, Lindblom (1993) s 58ff, Andersson (1999) s 168ff, Damaska (1986) s 1 och 122, Landsman (1988) s 27f, Frankel (1980) s 139 samt Westberg (1988) s 546ff.

# 4 Om åberopande och bevisning

*We must never assume that  
which is incapable of proof.*  
George Henry Lewes

*Each thing that exists remains forever, and that very  
existence of existence is proof of its eternity.*  
Kahlil Gibran

## 4.1 Inledning

De dispositiva tvistemålen i den svenska civilprocessen är som redan nämnts präglad av dispositionsprincipen. Parterna har den huvudsakliga bestämmanderätten över vad som skall avgöras av domstolen.<sup>101</sup> Denna rätt tar sig uttryck i olika processuella dispositionsmedel.<sup>102</sup>

Det mest grundläggande medlet för styrning är beslutet att överhuvudtaget väcka talan, eftersom domstolen inte själv äger anhängiggöra dispositiva tvistemål.<sup>103</sup> Talan väcks i regel<sup>104</sup> genom en stämningsansökan, som enligt RB 42:2 2 st bl a skall bestå av minst ett bestämt yrkande.<sup>105</sup> Yrkandet är en processhandling riktat till domstolen, genom vilken den yrkande parten begär eller fordrar att domstolen skall meddela ett avgörande i överensstämmelse med yrkandets innehåll.<sup>106</sup>

## 4.2 Åberopande

Ett yrkande som framställs måste ha en anknytning till ett bakomliggande rättsförhållande. Grunderna för yrkandet måste enligt RB 42:2 1 st 2p. tydligt framgå i stämningsansökan. Dessa består av omständigheter som åberopas till stöd för ett yrkande. Ett åberopande är således en processhandling genom vilken yrkandet motiveras.<sup>107</sup>

---

<sup>101</sup> Boman (1964) s 7, Ekelöf/Edelstam (2002) s 59, Westberg (1988) s 62, Andersson (1999) s 168, Lindell (2003) s 54, Heuman (1999) s 280 samt Lindskog (2005) s 580 och 770.

<sup>102</sup> Andersson (1999) s 170.

<sup>103</sup> Principen om "Nemo iudex sine actore" (ingen process utan kärke). Ekelöf (1996) s 103, Westberg (1988) s 835 samt Andersson (1999) s 170.

<sup>104</sup> Undantag kan förekomma. Se RB 13:4.

<sup>105</sup> Lindell (2003) s 246.

<sup>106</sup> Ekelöf (1956) s 54 samt Ekelöf/Edelstam (2002) s 39.

<sup>107</sup> Ekelöf (1956) s 56ff, Diesen (1999) s 79f samt Lindell (2003) s 247f.

Med begreppet omständighet förstås, i förevarande kontext, enbart omedelbart relevanta fakta – s k rättsfaktum.<sup>108</sup> Dessa fakta har direkt betydelse för åtminstone någon rättsföljd som framgår av yrkandet. Från dessa skall medelbart relevanta fakta – s k bevisfaktum – skiljas. Ett bevisfaktum har genom sitt bevisvärde enbart betydelse för förekomsten av ett eller flera rättsfaktum, och kan därmed endast ha indirekt betydelse för en rättsföljd.<sup>109</sup>

## 4.3 Bevisning och bevisrätten

### 4.3.1 Allmänt

Domstolens avgörande i tvistemål måste grundas på en rättsregel. En sådan regel består av ett eller flera rättsfaktum, vars förekomst i det specifika fallet måste utrönas för att talan skall kunna bifallas eller ogillas.<sup>110</sup> Detta kräver att domaren med hjälp av processmaterialet söker skapa en korrekt bild av det händelseförlopp som givit upphov till tvisten. Härvid kommer bevisning in i bilden, i syfte att bringa övertygelse om sanningen av ett påstående.<sup>111</sup>

### 4.3.2 Fri bevisprövning

I svensk processrätt gäller principen om fri bevisprövning. Denna princip, som finns upptagen i RB 35:1, innefattar såväl en fri bevisföring för parterna som en fri bevisvärdering för domstolen.<sup>112</sup>

Den fria bevisföringen innebär i princip att det inte föreligger några begränsningar med avseende på de bevismedel som får förebringas i tvisten. Enligt RB 35:7 finns det dock ett utrymme för domstolen att inte tillåta onödig eller onödigt kostsam bevisning.<sup>113</sup>

## 4.4 Gemensamma utgångspunkter för åberops- och bevisbördan

En domstol ställs ofta inför situationer där det är osäkert vilket avgörande som bör fattas på grundval av processmaterialet. Osäkerheten kan såväl tänkas beröra rättsfrågor som sakfrågor. De senare frågorna kan för det första beröra en nödvändig förutsättning för yrkandets bifall eller ogillande som inte åberopats i tvisten av någon av parterna, och som domstolen därför

---

<sup>108</sup> En helt annan sak är således att även bevisfakta stundom ”åberopas” i en tvist. Se Boman (1964) s 13f samt Ekelöf (1956) s 56.

<sup>109</sup> Exempelvis Boman (1964) s 10, Westberg (1988) s 142f och 161f samt Ekelöf/Edelstam (2002) s 40.

<sup>110</sup> Ekelöf/Boman (1992) s 11.

<sup>111</sup> Bolding (1951) s 13.

<sup>112</sup> Lindell (1987) s 96ff samt Lindell (2003) s 459.

<sup>113</sup> Ekelöf/Boman (1992) s 24.

i enlighet med RB 17:3 är förhindrad att använda som element i domgrunden<sup>114</sup>, då den inte ingår i processmaterialet.<sup>115</sup> För det andra kan situationen vara sådan att den nödvändiga förutsättningen visserligen åberopats på ett tillfredsställande sätt i tvisten och därför ingår i processmaterialet, men att det inte med tillräcklig säkerhet kan fastställas huruvida den verkligen har inträffat eller inte. Den har m a o inte bevisats.<sup>116</sup>

En försvårande omständighet för domstolen är att det inom rättskipningen, såväl beträffande rättsfaktumets införande i tvisten som vid fastställandet av huruvida den verkligen har inträffat, råder ett generellt förbud mot ett ställningstagande att det är oklart vem av de tvistande parterna som har den materiella rätten på sin sida.<sup>117</sup> Frågan blir då hur domstolen skall agera. Den måste ju meddela dom om processhinder inte föreligger.<sup>118</sup>

Det bör påpekas att domstolen aldrig med *absolut* visshet kan genom åberopandet och bevisningen komma fram till de rättsfakta som verkligen inträffat. Istället måste domstolen nöja sig med att meddela dom över de rättsfakta som med tillräcklig grad av sannolikhet blivit fastställda i processen.<sup>119</sup>

Det har under lång tid utvecklats hjälpregler för domstolens tillvägagångssätt att avgöra tvister trots eventuella osäkerheter beträffande såväl rättsfrågor<sup>120</sup> som sakfrågor.<sup>121</sup> Beträffande sakfrågor i vid bemärkelse sker detta genom åberopsbördan, bevisbördan, beviskravet och bevisvärderingen.<sup>122</sup>

---

<sup>114</sup> Termen ”domgrund” betecknar själva det rättsfakta varpå domen grundas. Se Ekelöf (1956) s 59.

<sup>115</sup> Ekelöf (1996) s 128f och s 182 samt Boman (1964) s 78. Jmf Westberg (1988) s 751.

<sup>116</sup> Westberg (2004) s 734, Bolding (1951) s 14, Bolding (1983) s 9 samt Lindell (2003) s 500.

<sup>117</sup> Det råder således i svensk rättskipning ett förbud mot principerna ”non liquet” (det är oklart) samt ”deni justice” (att vägra rättvisa). Se beträffande åberopsbördan Boman (1964) s 8 samt beträffande bevisbördan Olivecrona (1930) s 1f och s 148 samt Bolding (1951) s 26. Viss modifikation av regeln sker dock genom RB 35:5 beträffande bevisning om omfattningen av en inträffad skada.

<sup>118</sup> Boman (1964) s 78.

<sup>119</sup> Olivecrona (1930) s 158 samt Bolding (1951) s 14.

<sup>120</sup> Detta arbete inriktar sig på sakfrågor, sk rättsfakta, varför osäkerhet kring rättsfrågor, sk rättstillämpningsfakta, inte kommer att behandlas i det följande.

<sup>121</sup> Se exempelvis Olivecrona (1930) 12ff.

<sup>122</sup> Bolding (1951) s 14.

## 4.5 Åberops- och bevisbörda

### 4.5.1 Något om begreppet "börda"

Ovan har redogjorts för begreppen åberopande och bevisning. Eftersom arbetet till stor del avser åberopsbörda och bevisbörda kommer begreppet "börda" att behandlas i förevarande avsnitt.

Begreppet skall förstås mot bakgrund av dispositionsprincipen.<sup>123</sup> Det är alltså överhuvudtaget inte tal om en skyldighet eller en plikt för part att vara verksam i tvisten. Att en part har åberopsbördan för ett rättsfaktum innebär enbart att denne står risken för att domstolen inte kan lägga faktumet till grund för sitt avgörande, om parten inte åberopar densamma.<sup>124</sup> En högst liknande risk, men istället beträffande otillräcklig bevisning beträffande rättsfaktumets existens, står den part som bär bevisbördan för rättsfaktumet ifråga.<sup>125</sup> Att en part bär bevisbördan för ett rättsfaktum innebär alltså att ett krav riktas mot denne med hot om att han annars tappar målet. Kravet motsvaras dock inte av någon förpliktelse för parten att förebringa erforderlig bevisning.<sup>126</sup>

Mot bakgrund av det sagda är den praktiska nödvändigheten för den åberops- eller beviskyldige att agera något sekundärt. Den part på vilken en bevisbörda åvilar har således exempelvis att bringa erforderlig bevisning endast i sitt eget intresse. Parten får med andra ord agera efter eget gottfinnande men också på egen risk.<sup>127</sup>

En viktig skillnad mellan åberops- och bevisbördan är emellertid att risken för bevisbördan inte alltid blir utslagsgivande även om den part på vilken bevisbördan åvilar inte bryr sig om eller lyckas att fullgöra sin börda, eftersom bevisning om rättsfaktumet kan införas<sup>128</sup> på vitt olika sätt i tvisten.<sup>129</sup> Detsamma gäller inte åberopsbördan, då ett åberopande, till skillnad från blott ett införande, av rätt part enligt RB 17:3 2 men. krävs för att domstolen skall få lägga rättsfaktumet till grund för sin dom.<sup>130</sup>

---

<sup>123</sup> Om denna princip, se *supra* 3.3.1.

<sup>124</sup> Boman (1964) s 9 och 78, Westberg (1988) s 751, Ekelöf (1996) s 128 samt Fitger s 17:9ff.

<sup>125</sup> Olivecrona (1930) s 2 och s 4f, Bolding (1951) s 27, Ekelöf/Boman (1992) s 63, Diesen (1999) s 17 samt Lindell (2003) s 500f.

<sup>126</sup> Ekelöf/Boman (1992) s 61 samt Diesen (1999) s 18. Även Olivecrona (1930) s 5ff.

<sup>127</sup> Boman (1964) s 9 samt Westberg (1998-99) s 399.

<sup>128</sup> Boman (1964) s 11ff.

<sup>129</sup> Ekelöf/Boman (1992) s 63.

<sup>130</sup> Enligt Boman (1964) s 95ff föreligger således i regel ingen "objektiv" åberopsbörda, utan endast en "subjektiv" sådan. Detta följer även av ordalydelsen i RB 17:3 2 men. I praktiken kommer dock domaren ofta att ingripa med materiell processledning för att reda ut situationen. Exempelvis Boman (1964) s 96. Jmf även SOU 1982:26 s 101ff, Heuman & Westberg (1993) s 51f samt Nordenson (1993-94) s 211ff.

## 4.5.2 Åberopsbörda

### 4.5.2.1 Allmänt

Det har redan påpekats att domstolen i en tvist inte kan undgå att ta ställning till vilken part som har den materiella rätten på sin sida. Vidare har nämnts att ett rättsfaktum måste åberopas för att domstolen skall kunna grunda sitt avgörande på faktumet. Det har slutligen noterats att endera parten måste stå risken för att ett för en viss rättsföljd nödvändig rättsfaktum inte åberopats i tvisten, så att denna part kan sägas bära åberopsbördan för det ifrågavarande faktumet. I det följande kommer placeringen av åberopsbördan att behandlas.

### 4.5.2.2 Åberopsbördans placering

Lagstiftaren har förmodligen inte tagit hänsyn till åberopsbördans fördelning vid formulerandet av rättsatserna i lagregler.<sup>131</sup> Visserligen finns rättsatser som vid första anblick kanske kan tänkas reglera placeringen av åberopsbördan, men vid en närmare undersökning är så oftast inte fallet.<sup>132</sup> Anledningen till förekommandet av begreppet ”åberopa” eller liknande torde istället vara dess allmänna betydelse i det svenska språket.<sup>133</sup> Svaret på åberopsbördans placering i det enskilda fallet får således sökas annanstans än i lagregler.

En lämplig utgångspunkt för ändamålsanalys vid placeringen av åberopsbördan är kostnaderna för rättskipning.<sup>134</sup> Dessa utgör transaktionskostnader som eventuellt kan förhindra parter att ingå värdeskapande avtal eller försöka att driva igenom sina rättigheter.<sup>135</sup> Vidare präglas de dispositiva tvistemålen ju av dispositionsprincipen, varför starka argument finns för att utforma civilprocessuella regler och principer så att processen inte onödigtvis betungas med förhållanden som är ostridiga mellan parterna.

Mot bakgrund härav styrs åberopsbördans placering alltså åtminstone som huvudregel av processekonomiska hänsyn.<sup>136</sup> Härvid blir den ”successiva relevansens princip” av stor betydelse, innebärande att en omständighet – ett rättsfaktum – endast behöver åberopas om och när den är relevant och det

---

<sup>131</sup> Såsom Boman (1964) s 198 påpekar har någon antydning till lagstiftarens vilja eller strävan att reglera åberopsbördans placering inte heller gjorts i förarbeten till de lagregler i vilka begreppet förekommer. Även Ekelöf/Edelstam/Boman (1998) s 30.

<sup>132</sup> Se exempelvis KöpL §§ 20, 32, 33, 36 och 82.

<sup>133</sup> För diskussionen kring begreppets användning i samband med erfarenhetsatser, rättsregler och yrkande, se Boman (1964) s 13ff, Ekelöf (1956) s 56, Ekelöf/Edelstam (2002) s 40 samt Diesen (1999) s 142.

<sup>134</sup> Andra utgångspunkter och huvudregler behandlas kritisk och förkastas av Boman (1964) s 196ff.

<sup>135</sup> Runesson (2003) s 240 och 249f. Detta gäller särskilt vid skiljeförfarande, vars kostnader oftast uppgår till avsevärt högre belopp än domstolsförfarande. I särskilda fall kan dock kostnaden för skiljeförfarande vara lägre. Se exempelvis Heuman s 30 samt Kwart & Olsson (1999) s 32f och 35ff.

<sup>136</sup> Boman (1964) s 121 och 248f samt Ekelöf/Edelstam/Boman (1998) s 31.

därmed finns anledning för part att bringa den in i processmaterialet för att vinna framgång med sin talan.<sup>137</sup> På så vis undviks otvistiga spörsmål.<sup>138</sup>

Åberopsbördans placering som sådan kan inte förväntas orsaka några större bekymmer i praktiken.<sup>139</sup> En anledning härtill är att åberopsbördans *in dubio* följer bevisbördans placering.<sup>140</sup> Då bevisbördans placering kommer att behandlas utförligt nedan skall åberopsbördans placering i dessa fall inte diskuteras vidare här.

### 4.5.3 Bevisbörda

#### 4.5.3.1 Allmänt

Bevisbördans existens kan, precis som åberopsbördan, berättigas med hänvisning till förbudet mot domstolens ställningstagande att det är oklart vilken av de tvistande parterna som har den materiella rätten på sin sida.<sup>141</sup> Ur detta perspektiv syftar bevisbördeläran till att förse domstolarna med hjälpregler där ovisshet beträffande ett rättsfaktum uppstår.<sup>142</sup> Med anledning härav måste ett sakförhållande vars förekomst inte med *tillräcklig*<sup>143</sup> säkerhet har utretts i tvisten drabba endera parten. Ur parternas perspektiv utgör bevisbördeläran därför en riskfördelningslära som endast är knuten till konkreta rättsfaktum.<sup>144 145</sup>

#### 4.5.3.2 Rättsskipningens funktion som utgångspunkt för

---

<sup>137</sup> Olivecrona (1960) s 208 samt Ekelöf/Edelstam/Boman (1998) s 29f.

<sup>138</sup> Boman (1964) s 199 och s 262f ställer som ett alternativ till Olivecronas ”successiva relevansens princip” upp en sk frekvensteori samt en teori om att käranden har åberopsbördan för det som är rättsgrundande och svaranden för det som är rättsupphävande. Dessa behandlas dock inte närmare i förevarande arbete.

<sup>139</sup> Boman (1964) s 263, Fitger s 35:10b samt Ekelöf/Edelstam/Boman (1998) s 30.

<sup>140</sup> Jmf NJA 2003 s 89

<sup>141</sup> Se *supra* 4.4.

<sup>142</sup> Diesen (1999) s 134. Jmf Olivecrona (1930) s 9 och 142.

<sup>143</sup> Uttrycket används i NJA 1961 s 7.

<sup>144</sup> Motsatsvis kan utläsas att bevisbördan inte kan användas för bevisfaktum och rättstillämpningsfaktum. Denna uppfattning är också den klart förhärskande i doktrinen. Se Exempelvis Diesen (1999) s 17, Heuman & Westberg (1993) s 71, Westberg (2004) s 734 samt Ekelöf/Boman (1992) s 59 och 66. Detta är dock en sanning med modifikation, eftersom HD synes i NJA 1976 s 667 samt i NJA 1992 s 263 ha använt bevisbördan på bevisfaktum. Se Westberg (2004) s 736f. Annorlunda Lindell (2003) s 503f.

Bevisbördan kan också enligt RB 35:2 2 st tillämpas på rättstillämpningsfaktum, om faktumet berör utländsk rätt. Vidare kan existensen av samt innehållet i handelsbruk, partsbruk mm avgöras genom tillämpningen av en bevisbörderegeln. Slutligen bör återigen noteras att principen om ”jura novit curia” (domstolen känner rätten) troligtvis inte gäller i internationella skiljeförfaranden, varför innehållet i den tillämpliga rättsordningen kan bli föremål för bevisning. De tre sistnämnda situationerna utgör ett undantag från principen att rättstillämpningsfaktum varken behöver åberopas eller bevisas. Se Bolding (1951) s 44ff, Boman (1964) s 46ff, Ekelöf/Boman (1992) s 67, Westberg (2004) s 750, Calissendorff (1995-96) s 141ff, Heuman (1999) s 395f och 675 samt Lindskog s 764f.

<sup>145</sup> Exempelvis Fitger s 35:10b, Ekelöf/Boman (1992) s 60 samt Westberg (2004) s 737.

## bevisbördan

Det har länge pågått en debatt om rättskipningens samhälleliga funktion, som även är av väsentlig betydelse för bevisbördan. Somliga har ansett att bevisbördeläran bör utformas på ett sätt som främjar rättsreglernas genomslagskraft och ändamål, fastställd genom den teleologiska lagtolkningsmetoden.<sup>146</sup> Bevisbördan ses enligt denna åsiktsbildning närmast som en vidareutveckling av civilrättsreglerna, och bör därför harmonisera med desamma i varje enskilt typfall.<sup>147</sup>

Andra är av uppfattningen att rättskipningen istället i första hand bör vara konfliktlösande.<sup>148</sup> I enlighet härmed anses att bevisbördeläran bör utformas så att de skapar bästa möjliga förutsättningar för materiellt riktiga avgöranden i varje enskilt fall.<sup>149</sup>

Medan den förstnämnda åsiktsbildningen inte enbart ser till det enskilda fallet utan är handlingsdirigerande är den andra kasuistiskt utformad.<sup>150</sup> Detta har fått till konsekvens att företrädarna för den konfliktlösande funktionen hos rättskipningen har framfört den sk överviktsprincipen<sup>151</sup> som kritik mot och alternativ till den bevisbördelära som anhängarna till den handlingsdirigerande funktionen förespråkar.<sup>152</sup>

Även om det finns skillnader mellan de olika synsätten på bevisbördeläran bör det påpekas att gränsdragningen mellan dessa inte är alldeles klar och att dessa ibland glider in i varandra.<sup>153</sup> Den följande framställningen kommer att utgå från den bevisbördelära som anses främja rättskipningens handlingsdirigerande funktion.<sup>154</sup>

---

<sup>146</sup> Till dessa hör bl a Olivecrona (1930) s 130, Ekelöf/Boman (1992) s 85ff, Boman (1993) s 68 samt Westberg (2004) s 745f.

<sup>147</sup> Boman (1993) s 65 samt Westberg (2004) s 745. Jmf Olivecrona (1930) s 10.

<sup>148</sup> Till dessa hör bl a Bolding (1951) s 98f samt Lindell (2003) s 424.

<sup>149</sup> Boman (1993) s 64. Jmf Bolding (1951) s 94f och 98f.

<sup>150</sup> Boman (1993) s 65.

<sup>151</sup> Innebörden och konsekvenserna av denna princip kommer inte att behandlas i detta arbete. Det skall emellertid noteras att principen gäller såväl bevisbördans placering och beviskravet. I övrig hänvisas läsaren till Bolding (1951) s 28 och 86ff, Lindell (1988) s 284 och 287, Diesen (1999) s 87ff och 142ff samt Lindell (2003) s 501.

<sup>152</sup> Diesen (1999) s 21.

<sup>153</sup> Fitger s 35:12. Bolding (1951) s 90 som är en anhängare av överviktsprincipen förespråkar exempelvis bevisbördefördelning i vissa fall. Å andra sidan medger företrädarna för den handlingsdirigerande bevisbördeläran att tillämpning överviktsprincipen är mer lämplig i vissa situationer. Se Boman (1993) s 64.

<sup>154</sup> Anledningen härtill är att jag finner de skäl som anförs av företrädarna för denna åsikt vara mest övertygande. Se Boman (1993) s 66ff för en sammanfattning av kritiken riktad mot respektive bevisbördelära. Dessutom misstänker jag att denna åsiktsbildning är mera vedertagen i gällande rätt än överviktsprincipen, även om det tveklöst finns exempel i rättspraxis där överviktsprincipen tillämpats. Se exempelvis NJA 1977 s 176 samt NJA 1979 s 570.



#### 4.5.3.3 Sambandet mellan beviskrav, bevisvärdering samt bevisbördans placering

Diskussionen kring bevisbördan kan egentligen delas upp i tre led; beviskravet, bevisvärderingen samt bevisbördans placering. Beviskravet anger *hur stark* bevisning domstolen kräver för att ett rättsfaktum i tvisten skall anses vara bevisat. Bevisvärderingen berör frågan om den bevisning som förebringats i tvisten är *tillräcklig* för att beviskravet enligt domstolens bedömning skall anses uppfyllt. Bevisbördans placering avgör slutligen mot *vilken av parterna* som beviskravet för faktumet skall riktas, alltså vem som skall stå risken för att bevisningen i målet beträffande faktumet enligt domstolen inte är tillräcklig.

Dessa frågor är väldigt nära sammankopplade. Ett uttalande om vilken av parterna som bär bevisbördan för ett visst faktum (bevisbördans placering) är av ringa betydelse om det inte samtidigt framgår hur stark bevisningen måste vara för faktumet skall vara bevisat (beviskravet).<sup>155</sup> Dessutom uppstår inget bevisbördeproblem om rättsfaktumet är ostridigt mellan parterna eller om det med tillräcklig säkerhet utifrån förefintlig bevisning kan fastslås huruvida faktumet existerar eller inte.<sup>156</sup> Vidare hänger beviskravet starkt ihop med domstolens uppfattning om huruvida denna bevisning är tillräcklig (bevisvärderingen).<sup>157</sup> Dessa frågeställningarnas närmare innehåll kommer att redogöras för i det följande.

#### 4.5.3.4 Beviskravet

Beviskravet är den erforderliga styrka på bevisningen som måste uppfyllas för att ett rättsfaktum skall anses bevisat. Detta krav handlar alltså om erforderlig nivå på bevisningen.<sup>158</sup> Det nu sagda kan illustreras på följande sätt:<sup>159</sup>

Helt säkert Uppenbart Styrkt/Visat Antagligt Antagligt Styrkt/Visat Uppenbart Helt säkert  
A-----0-----Icke-A

Figur 1

Figur 1 visar att domstolen vid frågan om vilken part som skall bära bevisbördan för existensen av ett rättsfaktum måste ta hänsyn såväl till rättsfaktumet som till dess kontradiktoriska motsats. På så sätt bildar båda sidorna av motsatsförhållandet en enhet. Längs sträckan mellan mittpunkten och ändpunkterna sätts beviskraven ut.<sup>160</sup>

<sup>155</sup> Bolding (1951) s 24, Ekelöf/Boman (1992) s 55 och 62 samt Lindell (2003) s 500.

<sup>156</sup> Ekelöf/Boman (1992) s 58 samt Diesen (1999) s 18.

<sup>157</sup> Diesen (1999) s 115 och 135.

<sup>158</sup> Bolding (1951) s 55 och s 78 samt Ramberg (1995) s 118f.

<sup>159</sup> Modifierad från Ekelöf/Boman (1992) s 56 samt s 140.

<sup>160</sup> För en närmare redogörelse kring figuren och olika exempel beträffande beviskraven, se Ekelöf/Boman (1992) s 56ff, Lindell (2003) s 506ff samt Bolding (1983) s 8ff.

Om rättsfaktumet är ostridigt mellan parterna behöver figuren överhuvudtaget inte användas. I övrigt måste domstolen bestämma den erforderliga bevisstyrkan för faktumet, det sk bevisbördepunkten eller beviskravet. Denna punkt är ett mått på den lägsta bevisning som krävs för att faktumet skall anses bevisat och kan därför sägas precisera bevisbördans innehåll i det enskilda fallet.<sup>161</sup>

Lagstiftaren har i vissa fall avsiktligt försökt reglera beviskravet i materiella rättsregler.<sup>162</sup> Vidare framkommer beviskrav för en mängd olika fall i rättspraxis.<sup>163</sup> Härvid förekommer emellertid många olika formuleringar som lätteligen kan skapa förvirring, speciellt mot bakgrund av att det i praktiken ofta är omöjligt att nyansera beviskravet.<sup>164</sup> Det har därför föreslagits att enbart de i figuren använda beteckningarna skall användas.<sup>165</sup> Enligt gällande rätt torde beviskravet i normalfallet<sup>166</sup> vara ”styrkt/visat”.<sup>167</sup>

#### 4.5.3.5 Bevisvärderingen

Frågan om hur stark den av parterna framlagda bevisningen rörande rättsfaktumet skall anses vara avgörs genom bevisvärdering. Syftet är att använda en metod för att utröna huruvida bevisningen i det enskilda fallet är tillräcklig för att faktumet skall anses bevisat. Metoden som sådan är inte föremål för laglig reglering utan ingår i den fria bevisprövningen i RB 35:1.<sup>168</sup>

Den fria bevisvärderingen kännetecknas visserligen av att domaren inte är bunden av någon i lagen utpekad bevisvärdenorm för de bevis som förs i tvisten, och att några sådana normer inte heller finns.<sup>169</sup> Det är dock inte meningen att domaren skall grunda bevisvärderingen på sin egen subjektiva uppfattning om bevisets värde. Istället måste värderingen grundas på objektiva faktorer och skäl, så att en godtycklig och därmed oförutsägbar rättsskipning förhindras.<sup>170</sup>

---

<sup>161</sup> Diesen (1999) s 115, Bolding (1983) s 9 samt Ekelöf/Boman (1992) s 62.

<sup>162</sup> Exempelvis KöpL §§ 18, 27, 34, 40, 41, 43, 44, 55, 57, 62 och 77. Se Ramberg (1995) s 119ff.

<sup>163</sup> Exempelvis NJA 1952 s104, NJA 1959 s 318, NJA 1964 s 177, NJA 1976 s 667, NJA 1977 s 176, NJA 1991 s 481 samt NJA 1992 s 740 I och II.

<sup>164</sup> Bolding (1951) s 166ff, Boman (1992) s 49ff samt Diesen (1999) s 138.

<sup>165</sup> Ekelöf/Boman (1992) s 140.

<sup>166</sup> Att ett normalkrav finns framgår av exempelvis NJA 1987 s 500, NJA 1990 s 108 samt NJA 1993 s 764.

<sup>167</sup> Ekelöf/Boman (1992) s 59, Diesen (1999) s 82 och 85, Fitger s 35:20, Lindell (2003) s 507 samt Westberg (2004) s 732 och 744. Annorlunda Bolding (1951) s 173f samt Bolding (1983) s 17ff.

<sup>168</sup> Se *supra* 4.3.2, Bolding (1951) s 25f, Fitger s 35:30 samt Lindell (2003) s 459. Här skall återigen påpekas att detta inte innebär att domaren får använda ren intuition vid bevisvärderingen. Se SOU 1938:44 s 377f.

<sup>169</sup> Se *supra* 4.3.2.

<sup>170</sup> SOU 1938:44 s 377f, Ekelöf/Boman (1992) s 20, Lindell (2003) s 460 samt Diesen (1999) s 115.

I Sverige har debatten kring vilken metod som skall användas varit såväl långvarig som intensiv. De metoder som huvudsakligen diskuterats och ställts emot varandra är den sk temametoden och den sk värdemetoden.<sup>171</sup>

Oavsett vilken metod som används kommer bevisvärderingen av den föreliggande bevisningen med avseende på rättsfaktumet att mynna ut i en sk bevisvärdepunkt i figur 1. Denna punkt, vars position på skalan är helt beroende av en sammanvägning av all relevant bevisning beträffande faktumet, visar i förhållande till bevisbördepunkten huruvida tillfredsställande bevisning rörande faktumets existens har bibringats i tvisten eller inte.<sup>172</sup>

#### 4.5.3.6 Bevisbördans placering

##### 4.5.3.6.1 Allmänt

Ovan konstaterades att uppställandet av en bevisbördepunkt behövs så snart existensen av ett rättsfaktum är föremål för tvist mellan parterna.<sup>173</sup> Vidare påpekades att en bevisvärdepunkt blir resultatet av en samlad värdering av all relevant bevisning om faktumets existens som förebringats i tvisten. Dessa två punkter skall därefter jämföras för att utröna huruvida tillräcklig bevisning har införts av parterna gemensamt beträffande faktumet för att det skall anses bevisat.<sup>174</sup> Om så är fallet behöver bevisbördan för faktumet inte placeras på någon part, eftersom någon risk för att faktumets existens inte går att utreda i tvisten inte kan uppstå.<sup>175</sup>

Om det däremot förhåller sig så, att bevisvärdepunkten inte helt täcker bevisbördepunkten innebär detta att faktumets existens inte är bevisat. Eftersom domstolen inte kan kvarstanna i denna ovisshet, måste någon av parterna bära risken och således tappa målet. Den part som domstolen anser bör ligga närmast till att bära denna risk har bevisbördan för faktumets existens.<sup>176</sup> Vidare måste beviskravet framgå för att den part som bär bevisbördan skall förstå hur mycket bevisning som måste förebringas. Därför menas med bevisbördan för ett rättsfaktum såväl beviskravet som sådant för faktumet *samt* dess placering i tvisten.

Bevisbördepunktens plats på figur 1 är även avgörande för bevisbördans placering. Detta innebär att den ena parten har bevisbördan för att rättsfaktumet A har inträffat om bevisbördepunkten placeras i figurens vänstra sida, medan motparten har bevisbördan för icke-A om punkten

---

<sup>171</sup> Det ligger utanför ramen för detta arbete att i detalj diskutera dessa metoder. Istället hänvisas läsaren till Fitger s 35:30a med där gjorda hänvisningar till annan relevant litteratur. Även Lindell (2003) s 459ff.

<sup>172</sup> Bolding (1951) s 55 och 78, Bolding (1983) s 9, Ekelöf/Boman (1992) s 57 samt Lindell (2003) s 506f.

<sup>173</sup> Se *supra* 4.5.3.4.

<sup>174</sup> Se *supra* 4.5.3.5.

<sup>175</sup> Ekelöf/Boman (1992) s 60, Diesen (1999) s 134 samt Lindell (2003) s 504.

<sup>176</sup> Olivecrona (1930) s 5, Ekelöf/Boman (1992) s 63, Diesen (1999) s 17f samt Lindell (2003) s 500f.

istället placeras i figurens högra sida.<sup>177</sup> Det kan därför konstateras att bevisbördan för ett rättsfaktum kan vid en tvist endast åvila en<sup>178</sup> av parterna.<sup>179</sup>

Den fråga som kommer att behandlas i det följande berör domstolens stundom mycket komplicerade val mellan att ålägga ena parten att bära bevisbördan för A, eller motparten att bära bevisbördan för A:s kontradiktoriska motsats, icke-A.

#### 4.5.3.6.2 Rättsregler för bevisbördans placering

Det finns en skillnad mellan materiella rättsregler och bevisbörderegler. De förra knyter någon eller några rättsföljder till ett eller flera rättsfaktum under antagandet att alla sakförhållanden är fullt klarlagda samt att regeln tillämpas i enlighet med sitt ändamål. Dessa bortser alltså från all eventuell osäkerhet kring existensen av sakförhållanden.<sup>180</sup>

Vad sedan gäller bevisbörderegler kan konstateras att det i svensk rätt inte förekommer några rättsregler som enbart reglerar bevisbördan, varken i RB eller i någon annan lag.<sup>181</sup> Inte heller bör bevisbördans placering anses framgå av de materiella rättsreglernas satsbyggnad.<sup>182</sup> Bevisbördereglerna är istället stundom inbyggda i civilrättsliga ansvarsregler<sup>183</sup>, som därmed har formulerats på ett sätt att även bevisbördans placering framgår.<sup>184</sup>

Förutom bevisbördereglerna har även presumtioner<sup>185</sup> i de materiella rättsreglerna betydelse för bevisbördan i det enskilda fallet.<sup>186</sup> Dessa utgör rättsregler som efter rättspolitiska överväganden införts för svårbevisade fall. De underlättar utredningsarbetet, ger genom en omkastning av

---

<sup>177</sup> Ekelöf/Boman (1992) s 56ff.

<sup>178</sup> Se dock *infra* 4.5.3.6.4 om den sk falska bevisbördan.

<sup>179</sup> Ekelöf/Boman (1992) s 59 samt Diesen (1999) s 18.

<sup>180</sup> Olivecrona (1930) s 2ff, Bolding (1951) s 19f samt Ekelöf/Boman (1992) s 67f samt s 86.

<sup>181</sup> Annorlunda exempelvis i Tyskland genom den sk Satzbauteorie. Se Bolding (1951) s 163, Heuman & Westberg (1993) s 119 samt Boman (1993) s 69.

<sup>182</sup> Det finns ett flertal anledningar härtill. För det första *kan* som sagt bevisbördans placering utläsas av rättsreglernas satsbyggnad. Detta är dock föga värt eftersom bevisskravet samtidigt inte framgår av rättsregler. För det andra saknas det stöd i motiv och förarbeten för antagandet att lagstiftaren medvetet tagit ställning till bevisbördeproblematiken i alla materiella rättsregler. Dessutom verkar satsbyggnaderna oftast vara valda av estetiska eller andra skäl än att reglerna bevisbördan. Se Bolding (1951) s 163ff, Boman (1993) s 69 samt Ekelöf/Boman (1992) s 68.

<sup>183</sup> Se exempelvis KöpL §§ 27, 40, 57 och 77.

<sup>184</sup> Ekelöf/Boman (1992) s 68f samt Ramberg (1995) s 119ff.

<sup>185</sup> ”*Praesumptiones juris et de jure*” får inte motbevisas. Exempel på dessa stadganden utgör RB 10:1 2 st, JB 4:4 och 4:5. ”*Praesumptiones facti*” får motbevisas. Dessa presumptionsregler är vanligare än de förra. Se KL 2:9, UB 4:18 och 4:19 samt AvtL § 30. Regeln i KöpL § 27 utgör dock ingen presumptionsansvarsregel utan istället en kontrollansvarsregel.

<sup>186</sup> Se Bolding (1951) s 132ff samt Ekelöf/Boman s 73ff.

bevisbördan incitament till parterna i ett rättsförhållande samt förenklar bevisfrågorna i det enskilda fallet.<sup>187</sup>

#### 4.5.3.6.3 Principer för bevisbördans placering och beviskravet

##### 4.5.3.6.3.1 Allmänt

Som ovan har framgått är svensk lagtext inte uppbyggd så att bevisbördans placering och beviskrav bör utläsas ut rättsreglernas satsbyggnad. Vidare är antalet materiella rättsregler där även bevisbördan på ett eller annat sätt regleras – bevisbörderegler och presumtioner – inte särskilt många till antalet.<sup>188</sup> Dessutom finns relativt lite rättspraxis kring bevisbördan.<sup>189</sup>

Det kan med anledning av det sagda fastslås att flertalet av de tvister som uppkommer berör rättsregler i vilka bevisbördan inte är reglerad. Inte desto mindre kan osäkerhet beträffande sakförhållanden även förekomma i dessa mål, varför bevisbördeproblematiken fortfarande är aktuell. I dylika fall får allmänna bevisbördeprinciper användas.

Bevisbördeprinciper går långt tillbaka i tiden.<sup>190</sup> Utmärkande är att upphovsmännen bakom många av dessa principer har haft ambitionen att uppställa en generell sådan för hela civilprocessen. Dessutom har bevisbördeproblematiken vid uppställandet av dessa principer ofta betraktas ur en rent processrättslig synvinkel. Slutligen ger dessa principer vanligen endast besked om bevisbördans fördelning och inte beviskravet.<sup>191</sup> Därför är många av dessa principer, som än idag präglar svenska juristernas syn på bevisbördan, minst sagt ohållbara.<sup>192</sup> Det finns egentligen enbart tre allmänna bevisbördeprinciper som inte lider av de ovan nämnda bristerna och som därför kan sägas vara korrekta. Dessa kommer att redogöras för i det följande.

##### 4.5.3.6.3.2 Handlingsdirigering<sup>193</sup>

---

<sup>187</sup> Lindell (2003) s 137 och 503.

<sup>188</sup> Ekelöf/Boman (1992) s 83.

<sup>189</sup> Detta kan förklaras med att domstolarna inte är skyldiga att uttala sig om mer än det som fordras för att motivera domslutet samt att dessa ofta sammanblandar den äkta och den ”falska” bevisbördan. Se Ekelöf/Boman (1992) s 84. Jmf emellertid Westberg (2004) s 731 som menar att antalet rättsfall under det senaste kvartsseket är många. Westberg uttalar dock också att många bevisbördefrågor fortfarande är obesvarade.

<sup>190</sup> Se Olivecrona (1930) s 12ff för en redogörelse.

<sup>191</sup> Olivecrona (1930) s 159f, Bolding (1951) s 91, Ekelöf/Boman (1992) s 100 samt Westberg (2004) s 744.

<sup>192</sup> Kritiken mot många av dessa principer finns hos Olivecrona (1930) s 51ff, Ekelöf/Boman (1992) s 100ff samt Westberg (2004) s 742ff, och skall därför inte upprepas i detta arbete.

<sup>193</sup> Till det följande, se Westberg (2004) s 745f. Se även exempelvis NJA 1916 s 262, NJA 1962 s 770, NJA 1977 s 756. NJA 1986 s 470, NJA 1988 s 226, NJA 1991 s 481, NJA

Bevisbördans placering och beviskravet skall enligt denna princip bestämmas så att syftemålet med den aktuella civilrättsliga rättsregeln *typiskt sett* kan realiseras.<sup>194</sup> Bevisbördan skall förverkliga regelns praktiska genomslagskraft i rättslivet och få en styrande verkan på den enskildes rättshandlande. Lagstiftningens syfte får inte genom bevisbördelärans (felaktiga) tillämpning motverkas.<sup>195</sup> I annat fall riskerar nämligen de rättspolitiska övervägandena bakom rättsreglerna att bli illusoriska, och därmed kommer lagstiftarens avsikt att förfelas.

#### 4.5.3.6.3.3 *Osedvanlighet*<sup>196</sup>

Denna princip innebär att den part som påstår något som avviker från det sedvanliga – såsom handelsbruk, branschbruk, partsbruk eller annan sedvana – bör åläggas bevisbördan för detta.<sup>197</sup> Principen har tydliga inslag av kostnadseffektivt tänkande, då en part inte skall ödsla pengar, tid och kraft för att samla bevis om det vanliga. Givetvis bör även beviskravets höjd bestämmas på så sätt att å ena sidan inte varje bevis om avsteg från det sedvanliga anses tillräcklig, och å andra sidan att för höga krav på bevisning mot de sedvanliga inte uppställs.

#### 4.5.3.6.3.4 *Bevissäkringsansvar*<sup>198</sup>

Denna princip tillmäter parternas möjligheter på ett enkelt och kostnadseffektivt sätt i förväg säkra bevisning en avgörande betydelse. Bäst möjlighet till bevissäkring har oftast den part som har kontroll över den omtvistade händelsen eller som bör vara bäst insatt i den angelägenhet som tvisten rör. Den part som typiskt sett haft en sådan position men som inte säkrat bevisning som kunnat skapa klarhet om existensen av ett omstritt rättsfaktum, bör enligt denna princip bära risken för att en osäkerhet kvarstår.<sup>199</sup>

#### 4.5.3.6.3.5 *Sambandet mellan bevisbördeprinciperna*

Det finns för närvarande inte någon rangordning beträffande principernas inbördes relation. Detta hänger samman med att en princip utgör en

---

1991 s 625, NJA 1992 s 58, NJA 1994 s 449, NJA 1994 s 566, NJA 1999 s 197 samt NJA 2003 s 89.

<sup>194</sup> Olivecrona (1930) s 130 s 162ff samt Ekelöf/Boman (1992) s 86.

<sup>195</sup> Boman (1993) s 72.

<sup>196</sup> Till det följande, se Westberg (2004) s 749ff. Se även NJA 1948 s 554, NJA 1951 s 1, NJA 1969 409, NJA 1975 s 280, NJA 1989 s 614 samt NJA 2001 s 177.

<sup>197</sup> Fitger s 35:15 samt Heuman s 478.

<sup>198</sup> Till det följande, se Westberg (2004) s 752ff. Se även exempelvis NJA 1951 s 1, NJA 1954 s 558, NJA 1969 s 409, NJA 1975 s 577, NJA 1975 s 657, NJA 1977 s 765, NJA 1979 s 483, NJA 1986 s 470, NJA 1987 s 668, NJA 1988 s 226, NJA 1989 s 215, NJA 1991 s 467, NJA 1991 s 625, NJA 1992 s 58, NJA 1993 s 764, NJA 1994 s 449, NJA 1995 s 367 II samt NJA 1999 197.

<sup>199</sup> Heimer (1930) s 6ff, Fitger s 35:12 samt Heuman s 487.

riktlinje, som till skillnad från en rättsregel inte måste följas så snart förutsättningarna härför – sakförhållandena, rekvisiten eller rättsfaktumen – är uppfyllda.<sup>200</sup> För bevisbördeprinciperna del medför det nu sagda att medan en bevisbörderegeln måste tillämpas så snart dess förutsättningar är uppfyllda, behöver en bevisbördeprincip tillämpas endast vid fall då den befrämjar det samhälleliga ändamålet bakom den aktuella materiella rättsregeln.<sup>201</sup> Detta kan exempelvis medföra att bevisbördans placering och beviskravet bestäms av två olika principer.<sup>202</sup>

#### 4.5.3.6.4 Den "falska" bevisbördan

När den part som bär bevisbördan för ett rättsfaktum fullgör sin bevisskyldighet genom att bibringa tillräcklig mycket bevisning om faktumet, *övergår* bevisbördan på motparten. Anledningen härtill är att det nu är den sistnämnda parten som riskerar att förlora målet om han inte lyckas anföra erforderlig motbevisning för att återigen tränga bevisvärdepunkten bakom bevisbördepunkten. Om motparten lyckas härmed, *återgår* bevisbördan till den förstnämnda parten. Det bör dock poängteras att den part som bär den "äkta" bevisbördan måste först ha bibringat erforderlig bevisning för att bevisbördan överhuvudtaget skall övergå på motparten.<sup>203</sup>

Det nu sagda, som kan liknas vid en tennismatch, kallas för den "falska" bevisbördan. Till skillnad från den "äkta" bevisbördan som, i enlighet med en bevisbörderegeln eller en bevisbördeprincip, ständigt åvilar samma part kan den "falska" bevisbördan åvila än den ena än den andra parten, allteftersom utredningen i processen fortskrider.<sup>204</sup>

## 4.6 Relationen mellan åberops- och bevisbördan

### 4.6.1 Sammanfaller alltid åberops- och bevisbördan?

Åberops- och bevisbördan liknar varandra i många avseenden. Båda medför att den part på vilken bördan åvilar måste agera för att inte riskera att förlora tvisten.<sup>205</sup> Å andra sidan innebär bördan i båda fallen inte någon plikt eller skyldighet att handla.<sup>206</sup>

Det har ovan nämnts att åberops- och bevisbördan ofta sammanfaller.<sup>207</sup> Det förhåller sig alltså med nödvändighet inte så, att den part som har

---

<sup>200</sup> Peczenik (1990) s 83.

<sup>201</sup> Westberg (2004) s 744.

<sup>202</sup> Se exempelvis NJA 1991 s 481.

<sup>203</sup> Bolding (1951) s 83 samt Ekelöf/Boman (1992) s 63.

<sup>204</sup> Bolding (1951) s 84 samt Ekelöf/Boman (1992) s 64.

<sup>205</sup> Se *supra* 4.5.1.

<sup>206</sup> Se *supra* 4.5.1.

<sup>207</sup> Se *supra* 4.6.1.

åberopsbördan för ett rättsfaktum även har bevisbördan för faktumet.<sup>208</sup> Anledningen härtill är att ändamålen med dessa institut inte *alltid* konvergerar.

Visserligen ämnar åberopsbördan precis som bevisbördan att medföra att civilrättsliga regler för genomslagskraft i rättslivet.<sup>209</sup> Åberopsbördans placering skiljer sig emellertid från bevisbördans såtillvida att den förutom att ha en handlingsdirigerande verkan även är avsedd att begränsa tvisteföremålet till det som är stridigt mellan parterna.<sup>210</sup> Sålunda präglas åberopsbördan placering av en processekonomisk synpunkt som medför att den inte kan förväntas sammanfalla med bevisbördan placering i varje fall.<sup>211</sup>

#### **4.6.2 Vilken av åberops- och bevisbördan är typiskt sett mest betydelsefull för utgången av en tvist?**

Frågan om bevisbördan angående ett rättsfaktum saknar varje relevans i en tvist om faktumet p g a bristande åberopande inte ingår i processmaterialet, eftersom domstolen ändå inte får använda faktumet som domgrund. Det kan därför fastslås att fullgörande av åberopsbördan är nödvändig för att ett bevisbördeproblem överhuvudtaget skall uppstå.<sup>212</sup>

Domstolen kan dock ibland tänkas använda materiell processledning till att föra på tal även rättsfakta som inte åberopats i tvisten.<sup>213</sup> Härigenom uppmärksammas den part som kan förväntas gynnas av att processmaterialet berikas med rättsfaktumet, och åberopar detsamma. Dessutom är det i allmänhet inte betungande att åberopa ett rättsfaktum, varför även faktum varom tveksamhet om åberopsbördan föreligger kan tänkas åberopas av varje part som vill stödja sig på det. Därför bör den praktiska betydelsen av åberopsbördan inte överdrivas.<sup>214</sup>

Att åberopa ett rättsfaktum innebär emellertid endast att domstolen enligt RB 17:3 2 men. *får* lägga det till grund för sitt avgörande. För att detta *skall* ske krävs att faktumets existens med tillfredsställande säkerhet kan fastslås i tvisten. Således är fullgörandet av åberopsbördan som sådan aldrig tillräckligt för att rättsfaktumet skall leda till framgång i tvisten. Däremot är fullgörandet av bevisbördan tillräckligt för detta ändamål. Åberopsbördans fullgörande är med andra ord nödvändigt men inte tillräckligt för att rättsfaktumet skall användas i domgrunden. Bevisbördans fullgörande kan

---

<sup>208</sup> Westberg (2004) s 743. Boman (1964) s 263 samt Fitger s 35:10b menar att det är vanligt att dessa inte sammanfaller.

<sup>209</sup> Boman (1964) s 25 samt Lindell (2003) s 99.

<sup>210</sup> Boman (1964) s 201.

<sup>211</sup> Boman (1964) s 260 samt Ekelöf/Edelstam/Boman (1998) s 30ff.

<sup>212</sup> Fitger s 35:10b.

<sup>213</sup> SOU 1982:26 s 101ff.

<sup>214</sup> Jmf Boman (1964) s 27ff.



vara nödvändigt men är alltid tillräckligt för att så skall ske, under förutsättning att faktumet har åberopats.<sup>215</sup>

Bevisbördan kräver enligt RB 43:8 ett faktiskt förebringande av bevisning för eller emot ett rättsfaktum medan åberopsbördan enligt RB 43:7 endast kräver en formell påkallelse av faktumet.<sup>216</sup> Fullgörandet av bevisbördan kan därför sägas vara mera betungande än fullgörandet av åberopsbördan.<sup>217</sup>

Sammanfattningsvis kan det konstateras att bevisbördan *typiskt sett* är viktigare än åberopsbördan för utgången av en tvist. Detta beror på att förebringande av bevisning för fullgörande av bevisbördan är mera betungande än fullgörande av åberopsbördan samt att domstolen genom sin materiella processledning kan "påminna" part att fullgöra sin åberopsbörda medan sådant inte förekommer och för övrigt inte alltid hjälper beträffande bevisbördan. Dessutom är fullgörandet av bevisbördan till skillnad från fullgörandet av åberopsbördan tillräckligt för att förmå domstolen att använda rättsfaktumet i domgrunden så länge faktumet åberopats.

---

<sup>215</sup> Ekelöf/Boman (1992) s 65 åskådliggör det nu sagda genom att konstatera ett rättsfaktum som visserligen åberopats men inte bevisats med tillräcklig stark bevisning för domstolens avgörande får samma effekt som att faktumet inte ens hade åberopats i tvisten.

<sup>216</sup> Observera att förebringande av bevis enligt 35:2 1 st inte krävs för rättsfaktum som är allmänt veterliga. Se exempelvis Ekelöf/Boman (1992) s 39ff.

<sup>217</sup> Boman (1964) s 11ff, Bolding (1951) s 13f och 23f, Ekelöf/Edelstam (2002) s 39f, Ekelöf/Boman (1992) s 12 samt Ekelöf/Edelstam/Boman (1998) s 80 och s 84ff.

# 5 Kan avtalsparter disponera över åberopandet och bevisningen?

*What usually comes first is the contract.*  
Benjamin Disraeli

*All sensible people are selfish, and nature is tugging  
at every contract to make the terms of it fair.*  
Ralph Waldo Emerson

## 5.1 Inledning

Det har redan påpekats att parterna är fria att disponera över sina rättigheter och skyldigheter på det civilrättsliga planet.<sup>218</sup> Det har vidare konstaterats att denna princip om partsautonomi spiller över på parternas processuella förfoganden genom dispositionsprincipen.<sup>219</sup> Principen har dock vissa allmänna begränsningar.

## 5.2 Processuella överenskommelser

En sedan länge i Sverige härskande rättsuppfattning är att förfoganden över processuella rättigheter i allmänhet anses otillåtna.<sup>220</sup> Detta medför att processuella överenskommelser som inte har sin grund i lagstadgade undantag<sup>221</sup> är ogiltiga *per se*.<sup>222</sup> Bedömningen av huruvida en överenskommelse är processuell, och därmed ogiltig, eller materiell, och därmed inom dispositionsprincipen, är förbehållen domstolen.<sup>223</sup>

---

<sup>218</sup> Se *supra* 3.3.2.

<sup>219</sup> Se *supra* 3.3.3.

<sup>220</sup> NJA II 1943 s 611 samt Bolding (1956) s 59. Jmf Konventionen av 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna (Europakonventionen) artikel 6.

<sup>221</sup> Ett undantag finns i RB 49:2 som innebär att parterna under vissa förutsättningar kan komma överens om att inte fullfölja talan mot meddelad dom. Se Larsson (1970) s 74ff, Fitger s 49:7ff samt Westberg (2005) s 355. Ett annat undantag är att parterna genom ett skiljeavtal kan välja att slita tvisten inför en skiljenämnd. Skiljeavtalet utgör då enligt RB 10:17a och LSF § 4 ett processhinder. Se Heuman (1999) s 17 samt Lindskog (2005) s 65f och 327ff. Vidare är prorogationsavtal och derogationsavtal tillåtna enligt RB 10:16. Se Fitger s 10:34ff, Westberg (2005) s 356 samt Lindskog (2005) s 57f.

<sup>222</sup> Westberg (2005) s 354.

<sup>223</sup> Detta följer av principen om ”jura novit curia” (domstolen känner rätten). Se Westberg (2005) s 356f.

Anledningen till att part såsom huvudregel inte genom avtal kan förfoga över sina processuella rättigheter tål att diskuteras.<sup>224</sup> Det föreligger dock troligen en allmän ideologisk föreställning om rättskipningens centrala roll i en rättsstat.<sup>225</sup> Processrättens funktion är ju som bekant att driva igenom de rättigheter och skyldigheter som följer av de materiella rättsreglerna.<sup>226</sup> Genom att endast tillåta de överenskommelser som har stöd i lag har lagstiftaren skapat en ordning som erbjuder möjlighet att övervaka och skydda de överväganden på vilka principen vilar. Detta medför att parternas reglering av processuella spörsmål utan uttryckligt stöd i lagtext inte får de processuella konsekvenser som avtalet föreskriver.<sup>227</sup>

Av diskussionen hittills torde följa att kvalificeringen av överenskommelser om åberops- och bevisbördan kommer att vara avgörande för huruvida dessa är tillåtna enligt svensk rättsuppfattning eller inte. Om dessa överenskommelser bedöms vara civilrättsliga eller materiella kommer domstolen mot bakgrund av principen om avtalsfrihet att vara bunden av parternas förfoganden. Om de däremot bedöms vara huvudsakligen processuella behöver domstolen inte respektera överenskommelserna ifråga.<sup>228</sup>

Ett problem härvid är att med säkerhet dra en skiljelinje mellan civilrättsliga och processuella överenskommelser. Det finns nämligen inga uttalade kriterier som måste uppfyllas för att en överenskommelse skall anses vara av endera slaget. Tvärtom kan avtalsobjektet i en del fall tänkas vara såväl civilrättsligt som processuellt.<sup>229</sup>

## 5.3 Är överenskommelser om åberopandet och bevisningen processuella eller civilrättsliga?

### 5.3.1 Överenskommelser beträffande bevisbördan

Tidigare var det vanligt att betrakta bevisbördeläran som processuell och därför anse att överenskommelser härom var ogiltiga *per se*.<sup>230</sup> Anledningen härtill var bl a att bevisbördnormerna ansågs tillämpliga även på andra

---

<sup>224</sup> Vidare kan även principens bestånd givetvis diskuteras och ifrågasättas. En dylik normativ undersökning ligger dock utanför ramen för detta arbete. Läsaren hänvisas till Westberg (2005) s 360ff.

<sup>225</sup> Bolding (1956) s 60 samt Westberg (2005) s 361.

<sup>226</sup> Olivecrona (1930) s 10f.

<sup>227</sup> Westberg (2005) s 361. Jmf Bolding (1956) s 61.

<sup>228</sup> Notera att Lindell (1988) s 57 och s 120 är av en annorlunda mening och anser att själva kvalificeringen som civilrättslig eller processuell *i sig* inte har någon betydelse. Han menar att det istället är ändamålen bakom reglerna snarare än deras rättsliga etikett som är avgörande för huruvida en överenskommelse härom är giltig eller inte.

<sup>229</sup> Se Westberg (2005) s 358ff för ett exempel på sådana fall.

<sup>230</sup> Olivecrona (1930) s 3, Lindell (1988) s 57ff, Westberg (2004) s 744 samt Westberg (2005) s 354.

rättsregler än de rent civilrättsliga, att de användes endast i processer, att de inte framgick av de materiella rättsreglerna samt att de primärt utgjorde processuella beslutsregler.<sup>231</sup>

Den motsatta positionen skulle vara att bevisbördeläran istället hör till den materiella rätten. Denna ståndpunkt bygger emellertid inte på uppfattningen att bevisbördenormerna utvisar under vilka omständigheter rättigheter och skyldigheter uppstår, förändras och upphör. Bevisbördenormerna reglerar alltså till skillnad från materiella rättsregler i egentlig mening inte parternas obligationsrättsliga förhållande.<sup>232</sup> Istället utgår man här från en rättslig kvalifikation som räknar frågor i domstolens avgörande *i huvudsaken* till den materiella rätten.<sup>233</sup>

Nu mera synes den härskande uppfattningen vara *att bevisbördenormerna är materiella* eller civilrättsliga regler snarare än processuella eller formella sådana. Detta innebär att det förefaller möjligt att med bindande verkan för parterna och domstolen träffa överenskommelse om bevisbördans fördelning genom avtal.<sup>234</sup> Således ingår denna befogenhet i parternas processuella dispositionsmedel.<sup>235</sup> Det finns ett flertal anledningar härtill.

Det råder ingen tvekan om att lagstiftaren äger stifta bevisbörderegler i en civilrättslig rättsregel. Ovan har även redogjorts för fall där så har skett.<sup>236</sup> Det vore visserligen möjligt för lagstiftaren att uttryckligen ta ställning till och lagstifta om bevisbördans placering och beviskravet i varje enskilt fall inom privaträttens område. Detta tillvägagångssätt har emellertid ansetts vara uteslutet då det kan antas vara väldigt mödosamt och tidskrävande.<sup>237</sup> Istället har denna uppgift, helt i linje med den fria bevisprövningen och svensk lagtradition i allmänhet gällande detaljreglering, delegerats till rättstillämpningen att avgöra i det enskilda fallet. Detta måste dock, i enlighet med behandlingen av dispositiva rättsregler i allmänhet, få verkan *enbart* om parterna sinsemellan inte överenskommit om annat. Man kan kanske uttrycka saken så att delegeringen i första hand skett till parterna och i andra hand till domstolen. Detta synsätt stämmer även i övrigt väl överens med domstolarnas funktion som rättsbildande instanser.<sup>238</sup>

En annan och närliggande motivering till att parterna kan träffa avtal om bevisbördefrågor är att bevisbördereglerna ofta finns intagna i dispositiva rättsregler. Dessa typer av regler kan parterna frångå i sitt avtal, och detta

---

<sup>231</sup> Lindell (1988) s 57f.

<sup>232</sup> Rodhe (1956) s 2.

<sup>233</sup> Olivecrona (1930) s 3f.

<sup>234</sup> Hellner (1965) s 111 och s 185, Lindell (1988) s 119ff, Lindell (2003) s 59f, Ekelöf/Boman (1992) s 67 not 28 och s 96 not 118, Fitger s 35:10b, Bogdan (2004) s 265f, Pålsson (1998) s 37 och s 107f, Westberg (2004) s 744 och s 747 samt Westberg (2005) s 354. Beträffande skiljeförfarande, se Heuman (1999) s 278 och s 487 samt Lindskog (2005) s 59f.

<sup>235</sup> Jmf Andersson (1999) s 170.

<sup>236</sup> Se *supra* 4.5.3.6.2.

<sup>237</sup> Jmf NJA 1944 II s 446.

<sup>238</sup> Jmf Boman (1993) s 69.

gäller givetvis även bevisbördans reglering i den mån en sådan framgår av rättsreglerna. Det skulle mot bakgrund av det nu sagda förefalla ytterst märkligt och godtyckligt om parterna skulle tillerkännas denna dispositionsmöjlighet beträffande lagstadgade bevisbörderegleringar men inte beträffande bevisbördeläran i övrigt.<sup>239</sup>

Dessutom kan argumentet att bevisbördenormer endast används i processer samt att de primärt utgör processuella beslutsregler starkt ifrågasättas.<sup>240</sup> Det torde nämligen inte råda någon tvekan om att dessa väldigt nära sammanhängande frågor även är av utomordentlig betydelse i ett förberedande stadium av processen, eller kanske rent av vid fullgörandet av avtalet. Det står nämligen klart att en part i regel inte har något intresse i att bryta mot en i avtalet stipulerad handlingsregel eller gå till domstol med ett påstående om motpartens avtalsbrott om förutsättningarna för att vinna målet är närmast obefintliga.<sup>241</sup> Så kan vara fallet även om partens talan vore materiellt berättigad, eftersom rättigheten och vad som kan bevisas om rättigheten är två vitt skilda saker. Med anledning av det hittills sagda kan det ingalunda uteslutas att de spörsmål som avser bevisbördan aktualiseras utanför processen.<sup>242</sup> I linje härmed står det också klart att bevisbördereglererna framförallt utgör riskfördelningsregler ur parternas synvinkel, varför påstående om att dessa primärt skulle vara processuella beslutsregler inte kan ha någon bäring.<sup>243</sup>

Visserligen skulle som argument mot möjligheten att överenskomma om bevisbördan kunna anföras att denna inte längre kan av domstolen placeras på ett sätt som bäst främjar syftet med den aktuella rättsregeln.<sup>244</sup> Mot detta argument kan emellertid anmärkas att det inte nödvändigtvis förhåller sig så att parternas överenskommelse i det enskilda fallet strider mot denna funktion. Tvärtom vet ju parterna mer om deras inbördes förhållande än domstolen, och kan därför tänkas reglera bevisbördan på ett effektivare sätt. Även i övrigt finns det anledning att ge parternas dispositionsrätt företräde. En jämförlig situation är ju återigen de dispositiva rättsreglerna som lagstiftaren i och för sig ansett vara skäligen och effektiva men från vilka parterna ändå kan frånträda i sina avtal.<sup>245</sup>

Slutligen stämmer tillåtligheten av avtalade bevisbördenormer väl överens med parternas processuella dispositionsmedel i övrigt. En part kan redan i hög grad styra processen genom beslutet att bli väcka talan, yrka, anföra bevisning och förlikas. Denna långtgående förfoganderätt över tvisten

---

<sup>239</sup> Se Ekelöf/Boman (1992) s 67 not 28 och s 96 not 118. Lägg här särskilt märke till att begreppet "bevisbörderegler" används av Ekelöf/Boman (1992) som motsvarighet till i detta arbete använda termerna "bevisbörderegler" och "bevisbördeprincip".

<sup>240</sup> Dessa argument framkommer hos Lindell (1988) s 58.

<sup>241</sup> Ekelöf/Boman (1992) s 64.

<sup>242</sup> Exempelvis Bolding (1951) s 19, Ekelöf/Boman (1992) s 71f samt Lindell (2003) s 30.

<sup>243</sup> Lindell (2003) s 85ff samt s 504.

<sup>244</sup> Jmf Olivecrona (1930) s 130f samt Ekelöf/Boman (1992) s 86.

<sup>245</sup> Kronman & Posner (1979) s 4 och 6, Taxell (1987) s 72 och 87 samt Ramberg & Ramberg (2003) s 33.

motiveras med parternas motsvarande förfoganderätt över tvisteföremålet på det civilrättsliga planet, som har sin grund i den marknadsekonomiska ideologin bakom förmögenhetsrätten. Ett förbud mot överenskommelser om bevisbördan skulle mot bakgrund av det nu sagda utgöra en omotiverad diskrepans mellan parternas materiella och processuella förfoganderätt.<sup>246</sup>

### 5.3.2 Överenskommelser beträffande åberopandet

Vad gäller åberopsbördans placering måste först nämnas att giltigheten av överenskommelser om denna inte har varit föremål för undersökning i svensk rätt. Anledningen härtill är troligtvis att åberopsbördans placering inte vållar stora bekymmer i praktiken. Det kan dock ifrågasättas huruvida det finns skäl att här avvika från den för bevisbördan gällande ordningen, eftersom dessa institut ju i många avseenden påminner om varandra.<sup>247</sup>

Principen om att parterna inte utan uttryckligt lagstöd får förfoga över sina processuella rättigheter bör inte utgöra något hinder mot överenskommelser om åberopsbördans placering<sup>248</sup>. Dylika överenskommelser motverkar ju inte partens möjlighet till domstolskydd som sådant. Det handlar med andra ord inte om att helt avstå från rätten till domstolsprövning.<sup>249</sup>

Att tillåta dessa överenskommelser kan visserligen tänkas generera onödiga och kostnadsdrivande frågor i en tvist. Processekonomiska<sup>250</sup> överväganden är dock inte av sådan vikt att överenskommelser om åberopsbördan bör anses förbjudna *enbart* på denna grund. Det är exempelvis möjligt att fördela rättegångskostnaderna på ett sätt att utgången blir skälig ur en processekonomisk synpunkt. Därför måste även dylika överenskommelser i första hand, åtminstone *de lege ferenda*, anses vara förbehållna parterna.

### 5.3.3 Övriga överenskommelser beträffande bevisningen

Parterna torde alltså med bindande verkan kunna avtala om åberopsbördans fördelning, bevisbördans placering samt beviskravet. De kan emellertid ifrågasättas huruvida parterna även kan träffa överenskommelser beträffande andra bevisfrågor, såsom att ett visst rättsfaktum skall anses bevisat, att en presumtion för existensen av ett rättsfaktum skall tillämpas, att inskränkningar i bevisföringen skall råda samt om bevisvärderingen.<sup>251</sup>

---

<sup>246</sup> Jmf Westberg (1988) s 89, Andersson (1999) s 184, Ekelöf/Edelstam (2002) s 60 samt Lindell (2003) s 55. Beträffande motsvarande styrning genom åberopande och bevisning, se Lindell (1988) s 57 och s 62.

<sup>247</sup> Se *supra* 4.6.1. Jmf Boman (1964) s 18 och s 25.

<sup>248</sup> Annorlunda förhåller sig det nu sagda kanske om överenskommelsen istället förbjuder att vissa rättsfaktum åberopas. I dessa fall ligger det när till hands att anse att avtalet i denna del är ogiltig *per se*.

<sup>249</sup> Jmf Westberg (2005) s 356.

<sup>250</sup> Boman (1964) s 198.

<sup>251</sup> Lindell (1988) s 119ff samt Lindell (2003) s 59f.

Det är tveksamt om dylika överenskommelser går att träffa före uppkommen tvist. Genom en parallell till en utfästelse om att inte överklaga avgörandet kan man ifrågasätta huruvida dessa avtal kan sägas utgöra ett förfogande över processuella rättigheter, något som enligt RB 49:2 är ogiltigt *per se*.<sup>252</sup> Förbudet mot processuella förfoganden utan lagstöd torde dock tolkas restriktivt, så att det tillämpas enbart om en part helt eller väsentligen avstår från rätten till domstolsskydd, dvs att få sin rättighet prövad av en domstol. De nu nämnda avtalstyperna medför dock inget sådant avstående, och torde därför vara giltiga.<sup>253</sup> Ett sådant ställningstagande medför dessutom att parternas processuella dispositioner står i samklang med deras materiella förfoganderätt, och är därför tillfredsställande

Det har särskilt diskuterats huruvida parterna kan med bindande verkan avtala om bevisvärderingen, som ju i allmänhet anses vara helt förbehållen rätten. En ståndpunkt tycks vara att dylika överenskommelser är ogiltiga *per se*.<sup>254</sup>

Den bakomliggande tanken att ogiltigförklara dessa överenskommelser kan vara att processen annars riskerar att fördyras och att processmissbruk kan förekomma. Det finns emellertid inga bärande skäl för att inta detta ställningstagande enbart på processekonomiska överväganden. Det har ovan fastslagits att flertalet avtalstyper rörande återopande och bevisning är tillåtna. Om några särskilda argument emot tillåtligheten av just avtal om bevisvärderingen inte kan anföras torde därför även denna anses vara tillåten. Några sådana argument finns inte att tillgå i doktrinen.<sup>255</sup> Övervägande skäl talar sålunda mot bakgrund härav för att även dylika avtal är giltiga.<sup>256</sup>

---

<sup>252</sup> Se *supra* 5.2.

<sup>253</sup> Jmf Westberg (2005) s 356.

<sup>254</sup> Lindell (1988) s 119 och s 127f, Ekelöf/Edelstam (2002) s 60 samt Lindell (2003) s 59.

<sup>255</sup> Det närmaste argumentet emot avtal om bevisvärdering är ett danskt doktrinuttalande återgivet hos Lindell (1988) s 127, som dock inte är övertygande. Resterade av Lindell (1988) s 127f angivna skäl tar enligt min mening snarare sikte på huruvida parterna *bör* avtala om bevisvärderingen, och kommer därför att behandlas i kapitel 6.

<sup>256</sup> Se exempelvis Lindsog (2005) s 60 not 165.

# 6 Bör parterna disponera över åberops- och bevisbördan?

*Perception is strong and sight weak. In strategy it is important to see distant things as if they were close and to take a distanced view of close things.*

Miyamoto Misashi

*Know your enemy, know yourself and your victory will not be threatened. Know the terrain, know the weather and your victory will be complete.*

Sun Tzu

## 6.1 Inledning

Ovan har föreslagits att parter kan komma överens om åberops- och bevisbördans fördelning genom avtal. Denna deskriptiva slutsats rörande gällande rätt säger givetvis inget om huruvida parterna bör träffa överenskommelser rörande dessa frågor. Frågan står alltså öppen. I det följande skall emellertid den normativa frågan om dylika avtals ingående behandlas.

## 6.2 Vilka frågor bör parterna avtala om?

### 6.2.1 Allmänt

Föregående kapitel argumenterade för att parterna kan träffa följande typer av överenskommelser beträffande åberopandet och bevisningen:<sup>257</sup>

1. Avtal om att ett visst rättsfaktum vid en framtida tvist skall anses bevisat.
2. Avtal om att ett rättsfaktum skall anses bevisat om inte annat bevisas i en eventuell tvist (presumption).
3. Avtal om inskränkningar i bevisföringen vid en eventuell tvist.
4. Avtal om att ett rättsfaktum skall ha ett visst bevisvärde vid en framtida tvist.
5. Avtal om att åberops- eller bevisbördans placering samt beviskravet vid en framtida tvist.<sup>258</sup>

---

<sup>257</sup> Modifierad från Lindell (1988) s 119 samt Lindell (2003) s 59f. Märk jämväl att Lindell anser att avtalstyp 4 är ogiltig.



Att ingå avtal är förknippat med transaktionskostnader. Förhandling kring för många olika spörsmål riskerar dessutom att skapa slitningar mellan parterna. Det är således av intresse att utreda vilken eller vilka av ovanstående frågor som överhuvudtaget förtjänar att bli föremål för överenskommelse. Detta sker i det följande utifrån en rad olika praktiska perspektiv.

## 6.2.2 Tidsaspekten i relation till avgörandet

Det har vid ett flertal tillfällen påpekats att bevisbördenormerna utgör riskfördelningsregler ur parternas synvinkel. Denna risk realiseras när domstolens avgörande i tvisten meddelas.<sup>259</sup> Det är nämligen först under överläggningen till dom som bevisvärdering sker, och tillämpningen av en bevisbördenorm kan därför inte bli aktuell förrän tidigast vid denna tidpunkt.<sup>260</sup> Härvid är huvudförhandlingen slut, varför parterna inte längre har någon möjlighet att påverka<sup>261</sup> domslutet.<sup>262</sup>

Det nu sagda innebär att parterna oftast först genom domen får reda på vilken part som har burit åberops- och bevisbördan för ett rättsfaktum. Visserligen kan åberopsbördans placering ibland klargöras genom materiell processledning från domstolens sida, men detta är inte obligatoriskt.<sup>263</sup> Vidare torde sådan processledning endast undantagsvis förekomma beträffande bevisbördan.<sup>264</sup> Således saknas ofta en möjlighet för parterna att på förhand med säkerhet kunna förvissa om åberopsbördans och bevisbördans placering samt beviskravets höjd i tvisten. Detsamma gäller givetvis även avtalstyperna 1-4. Det nu sagda talar generellt sett för att parterna bör överväga att reglera dessa frågor i deras avtal, i syfte att öka förutsägbarheten i deras rättsförhållanden.

## 6.2.3 Tidsaspekten i relation till tvistens uppkomst

Vad gäller samtliga avtalstyper bör uppmärksammas att ingåendet av dessa troligtvis inte fyller någon egentlig funktion *efter* det att tvisten har uppkommit. Enligt en uppfattning i doktrinen bör en part istället erkänna

---

<sup>258</sup> Beträffande avtalstyperna 1 och 2, jmf Lindell (1988) s 124, Håstad (1990) s 96ff samt Håstad (1991) 595f. För avtalstyp 3, se Heuman (1999) s 273 samt Lindskog (2005) s 735ff.

<sup>259</sup> Lindell (2003) s 85, Fitger s 17:23 samt Andersson (1999) s 168ff.

<sup>260</sup> Bolding (1951) s 25ff samt Ekelöf/Boman (1992) s 12. Detta kan kanske också utläsas från användningen av ordet ”allt” i RB 35:1.

<sup>261</sup> Här bortses från möjligheten att överklaga avgörandet. Någon möjlighet att överklaga en skiljedom på materiell grund finns dessutom inte. Heuman (1999) s 40f, Kvarn & Olsson (1999) s 32 samt Lindskog (2005) s 47.

<sup>262</sup> Fitger s 43:22 samt Ekelöf/Edelstam/Boman (1998) s 80.

<sup>263</sup> Boman (1951) s 96.

<sup>264</sup> SOU 1982:26 s 101ff, Ekelöf/Edelstam/Boman (1998) s 40f samt Lindell (2003) s 78f.

rättsfaktumet under processens gång, åta sig åberops- respektive bevisbördan eller avstå från att föra fram vissa bevis.<sup>265</sup>

Vidare är det ofta orimligt att anta att parterna skulle ingå ett avtal med sådant innehåll när tvist väl har uppkommit. Dessa är ju vid denna tidpunkt ofta enbart intresserade av att vinna tvisten, varför några överenskommelser om åberopande och bevisning vanligen inte kan förväntas.<sup>266</sup>

Det hittills sagda innebär givetvis inte att dylika avtal generellt sett är ointressanta. Istället torde dessa överenskommelser i tidshänseende framförallt vara intressanta *innan* tvist har uppkommit.

#### 6.2.4 Möjligheterna till att överblicka överenskommelsernas konsekvenser

Parterna har *typiskt sett* ingen möjlighet att på förhand kunna förutse om och i så fall vilken part som gynnas av avtalstyperna 1-4. En sådan reglering kan beroende på framtida händelser i allmänhet missgynna endera parten, och det är svårt att på förhand förutse vilken. Detta innebär att överenskommelser av dessa typer avsevärt ökar risken för rättsförluster. Det kan sålunda konstateras att svårigheterna med att överblicka dessa överenskommelsers konsekvenser gör dessa avtal i allmänhet oattraktiva.<sup>267</sup> Parterna vill ju oftast ingå ett affärsmässigt avtal, inte spela hasard.

Annorlunda förhåller det sig med åberops- och bevisbördan (avtalstyp 5), eftersom dessa frågor är mer konkreta och därför förutsägbara.<sup>268</sup> Dessutom kan parterna med säkerhet förutse att den part på vilken åberops- eller bevisbördan åvilar drabbas av en nackdel och motpartens av en motsvarande fördel, eftersom endast en av parterna kan tappa målet genom att ett rättsfaktum inte är åberopat eller bevisat i tvisten.<sup>269</sup> Konsekvenserna av regleringen av åberops- och bevisbördan är alltså förutsägbara, och det finns därför anledning att överväga att avtala om dessa frågor.

---

<sup>265</sup> Lindell (1988) s 123 och s 125.

<sup>266</sup> Här kan överenskommelser om åberopande och bevisning efter tvistens uppkomst jämföras med de skiljeavtal som ingås vid samma tidpunkt. Jmf LSF § 1. Ingående av skiljeavtal vid denna tidpunkt är visserligen fullt tillåtet men relativt ovanligt. Se Lindskog (2005) s 258. Ett skiljeavtal kan dock exempelvis förekomma vid denna tidpunkt om det ligger i båda parternas intresse att hålla förfarandet konfidentiellt. Se Heuman (1999) s 30ff. Något sådant eller liknande intresse har jag svårt att föreställa mig beträffande överenskommelser om åberopande och bevisning.

<sup>267</sup> Se NJA 1994 s 712 III. Lindell (1988) s 124 använder detta argument beträffande inskränkningar i bevisföringen (avtalstyp 3). Jag kan emellertid svårt att se några bärande skäl emot att argumentet även gäller avtalstyperna 1, 2 och 4.

<sup>268</sup> Lindell (1988) s 128.

<sup>269</sup> Boman (1964) s 7 samt Ekelöf/Boman (1992) s 59f och s 64.

## 6.2.5 Särskilt rörande överenskommelser om inskränkning i bevisföringen

Det är parterna som har att sörja för bevisningen i en tvist. Detta följer av förhandlingsprincipen.<sup>270</sup> Av RB 35:6<sup>271</sup> följer dock att domstolen kan *ex officio* införskaffa vissa typer av bevisning.<sup>272</sup> En dylik komplettering av utredningen kan i vissa fall<sup>273</sup> urholka betydelsen av parternas överenskommelse om inskränkning i bevisföringen (avtalstyp 3).<sup>274</sup>

Den praktiska konsekvensen av RB 35:6 bör visserligen inte överdrivas. Regeln är enbart avsedd för komplettering av den bevisning som parterna uppgivit och dessutom fakultativ.<sup>275</sup> Den är vidare givetvis beroende av åberopsinstitutet, eftersom det är meningslöst för domstolen att införskaffa bevisning rörande ett rättsfaktum som inte åberopats i tvisten.<sup>276</sup>

Det kan emellertid *inte uteslutats* att domstolen just i de fall där överenskommelse beträffande en inskränkning i bevisföringen förekommer väljer att använda sig av sina befogenheter. Just i dessa fall kan nämligen risken för rättsförlust eller en uppenbar felaktig materiell dom vara särskilt stor. Mot bakgrund av det sagda torde överenskommelser om inskränkning av bevisföring inte vara speciellt viktiga i praktiken.

---

<sup>270</sup> Fitger s 35:63.

<sup>271</sup> Läsaren bör uppmärksamma att en ändring i bestämmelsen är föreslagen i Prop. 2004/05:131. Om förslaget träder i kraft kommer domstolen möjligheter att självmant inhämta bevisning i dispositiva tvistemål att undanröjas. Dock kommer domstolen fortfarande (och kanske i större utsträckning än tidigare) att använda sig av sin materiella processledning. Se Prop. 2004/05:131 s 231.

<sup>272</sup> Någon sådan kompletteringsmöjlighet finns inte beträffande skiljeförfaranden. Visserligen stagar LSF § 25 att skiljemännen kan utse sakkunnig, men denna regel utgör inget hot i förevarande hänseende då ett sådant tillvägagångssätt kräver *båda* parternas samtycke. Se Heuman (1999) s 436, Heuman (2000) s 43, Kwart & Olsson s 97 samt Lindskog (2005) s 719 och 771. Jmf även Bagner & Rosengren (2000-01) s 431ff.

<sup>273</sup> Detta kan exempelvis avse beslutande om parts hörande enligt RB 37 kap., syn enligt RB 39 kap., anlitan av sakkunnig enligt RB kap 40 samt besiktning RB 40:5. Se vidare Fitger s 35:64. Däremot följer av RB 35:6 att domstolen inte får, utan framställning av part, höra vittne som inte tidigare hörts på parts begäran eller meddela föreläggande om företeende av skriftligt bevis. I de nu nämnda fallen kan överenskommelser därför vara betydelsefulla.

<sup>274</sup> Lindell (1988) s 125.

<sup>275</sup> Ekelöf/Boman (1992) s 34f.

<sup>276</sup> Lindell (1988) s 126f. Detta kan vara ett cirkelresonemang. Om ett rättsfaktum inte ens åberopats efter domstolens materiella processledning är det givetvis onödigt för domstolen att självmant införskaffa bevisning rörande faktumet. I dessa fall kan man dock anta att det oftast inte heller finns någon större risk för en stor rättsförlust, varför domstolens komplettering av den föreliggande bevisningen inte bör förekomma. Annars hade ju parten åberopat faktumet efter den materiella processledningen.

## 6.2.6 Särskilt om överenskommelser beträffande bevisvärdering

Det är oklart huruvida överenskommelser beträffande bevisvärderingen (avtalstyp 4) accepteras i svensk rätt.<sup>277</sup> Även om man utgår från att dylika avtal godtas, vilket gjorts tidigare i arbetet, bör man fundera kring dess konsekvenser. Typiskt sett skulle ett dylikt avtal medföra att värderingen av vissa rättsfaktum normeras i parternas avtal medan andra faktum måste värderas av domstolen inom ramen för den fria bevisvärderingen. Detta tillvägagångssätt skulle avsevärt försvåra rättstillämpningen.<sup>278</sup>

Det kan starkt ifrågasättas om en sådan sammanvägning överhuvudtaget gör utgången mera förutsägbar, något som ju torde vara ett avgörande argument för överenskommelsen. Logiskt sett borde svaret bli att så inte är fallet, varför överenskommelser om bevisvärdering kan antas ha ringa praktiskt betydelse.

## 6.2.7 Särskilt om sannolikheten för ogiltighet och jämkning av överenskommelserna

Ingångna avtal kan av olika anledningar förklaras ogiltiga eller bli föremål för jämkning.<sup>279</sup> Det bör dock påpekas att detta endast medför att avtalet inte får verkningar i enlighet med sitt innehåll, inte att avtalet är ogiltigt *per se*.<sup>280</sup> Med andra ord måste denna fråga hållas skilt från den i föregående kapitel, nämligen om huruvida ovan nämnda avtalstyper är processuella eller civilrättsliga.<sup>281</sup> Det är därmed givetvis inte sagt att frågan om ogiltighet och jämkning saknar betydelse för huruvida och vilka avtalstyper som bör ingås. Om en avtalstyp bedöms vara känsliga för dessa rättsverkningar är det ju exempelvis inte ekonomisk motiverat för parterna att lägga ner tid och kostnader för att förhandla om den.<sup>282</sup>

Förekomsten av ogiltighet och jämkning är tänkt att förekomma med betydlig försiktighet på rena affärsförhållanden.<sup>283</sup> Detta beror på att det i

---

<sup>277</sup> Lindskog (2005) s 60 not 165 och s 735 not 83 ifrågasätter – utan att motivera – huruvida något bärande skäl för ett sådant förbud föreligger.

<sup>278</sup> Lindell (1988) s 127f är av uppfattningen att parterna inte får disponera över bevisvärderingen.

<sup>279</sup> Det ligger utanför ramen för arbetet att behandla dessa frågeställningar i detalj. Istället hänvisas läsaren till Grönfors (1995) s 197ff, Taxell (1997) s 49ff, Adlercreutz (2000) s 223ff, Ramberg & Ramberg (2003) s 99f och 144ff samt von Post (1999) s 137ff.

<sup>280</sup> NJA 1994 s 712 III. Även Lehrberg (2004) s 147 samt Adlercreutz (2000) s 226f.

<sup>281</sup> Se *supra* 5.3.

<sup>282</sup> Här bortser jag från eventuella fall där en dylik avtalstyp ingås enbart i förhoppning om att styra motpartens agerande innan tvistens uppkomst eller rent av för att undvika att motparten startar en process. Jmf Bolding (1951) s 19 och Lindell (2003) s 85. Detta förutsätter dock oftast att motparten inte har tillgång till juridisk kompetens, varför frågan torde sakna praktisk betydelse.

<sup>283</sup> Adlercreutz (2000) s 296, Ramberg & Ramberg (2003) s 152 och s 154f, Lehrberg (2004) s 194 samt von Post (1999) s 250.

sådana sammanhang oftast ingår ett visst mått av medvetet risktagande av ena eller bägge parter.<sup>284</sup> Det anses också viktigt i affärssammanhang att ingångna avtal blir gällande så att dess konsekvenser kan överblickas. En god affär skall få vara en god affär.<sup>285</sup> Det är därför uppenbart att den av parterna överenskomna ordningen som huvudregel måste accepteras.<sup>286</sup>

Emellertid är det ingalunda uteslutet att ogiltighet och jämkning även kan drabba avtal som ingåtts i rena affärsförhållanden mellan jämbördiga parter.<sup>287</sup> Visserligen är ovan nämnda avtalstyperna inte sådana som lagstiftaren tänkt på vid utformningen av jämkningsreglerna. Detta torde dock logiskt sett mot bakgrund av deras överraskande natur och därmed risken för rättsförluster snarare tala för än emot jämkning enligt AvtL § 36 även i rena affärsförhållanden.<sup>288</sup>

Mot bakgrund av det nu sagda finns det anledning att anta att avtalstyperna 1-4 löper förhållandevis stor risk att bli föremål för jämkning. Anledningen härtill är, såsom tidigare har berörts, att deras konsekvenser är svåra att överblicka på förhand. Dessa kan såldes lätteligen te sig tyngande eller överraskande för endera parten i det enskilda fallet.<sup>289</sup>

Detta gäller dock inte överenskommelser rörande åberops- och bevisbördan (avtalstyp 5). Avtalstypens konsekvenser kan nämligen oftast förutses, varför något överraskningsmoment *i regel* inte torde föreligga. Således torde dessa inte kunna anses vara oskäligen och bli föremål för jämkning. Det skall emellertid noteras att gränserna mellan samtliga avtalstyper är i praktiken ganska flytande.<sup>290</sup> Därför kan även avtal om åberops- och bevisbördan tänkas i en del fall bli föremål för jämkning, exempelvis på grund av en slumpmässig utformning som regleringen har fått i parternas avtal.<sup>291</sup>

## 6.2.8 Sammanfattning

Undersökningen visar att långtifrån alla avtalstyperna är av praktisk betydelse. För det första torde ingåendet av samtliga avtalstyper vara ovanligt efter att tvist uppstått. Den fortsatta framställningen fokuserar därför uteslutande på reglering av frågeställningarna *före* tvist.

Visserligen kan fall där avtalstyperna 1-4 blir aktuella tänkas förekomma. Exempelvis kan parterna träffa överenskommelse om att ett visst

---

<sup>284</sup> Prop. 1975/76:81 s 110.

<sup>285</sup> Adlercreutz (2000) s 299.

<sup>286</sup> Prop. 1975/76:81 s 104.

<sup>287</sup> Prop. 1975/76:81 s 105. I det följande behandlas endast jämkning, eftersom ogiltighet torde oftast drabba hela avtalsförhållandet och har därför inte omedelbar relevans för förevarande arbete.

<sup>288</sup> Lehrberg (2004) s 238 samt Adlercreutz (2000) s 299ff. Jmf von Post (1999) s 248f.

<sup>289</sup> NJA 1994 s 712 III. Även Lindell (1988) s 124f.

<sup>290</sup> Lindell (1988) s 128f.

<sup>291</sup> Detta påkallar givetvis försiktighet vid utformningen av klausuler om åberops- och bevisbördan. Se *infra* 7.2.4.

rättsfaktum skall anses bevisat (avtalstyp 1), om nyttan att kunna bevisa faktumet i en framtida tvist inte kan förväntas överväga kostnaderna för utredande av faktumets existens.<sup>292</sup> Dessa fall förekommer emellertid så sällan att de inte kommer att behandlas i det följande. Vidare är rättsverkningarna av avtalstyperna 1-4 i grunden överraskande och kan därför bli föremål för jämkning. Med anledning av detta torde nyttan av dessa avtalstyper inte överväga transaktionskostnaderna för deras ingående.

Sammantaget har undersökningen visat att endast överenskommelser om åberops- och bevisbördan typiskt sett kan antas vara ekonomisk motiverade att ingå (avtalstyp 5). Därför kommer återståendet av arbetet att inriktas på denna avtalstyp.<sup>293</sup> Dock kan, som redan nämnts, inte heller dessa avtal förväntas förekomma efter att tvisten uppkommit, varför endast överväganden som direkt berör situationen *innan* tvistens uppkomst att beröras.

## **6.3 Den “dispositiva”<sup>294</sup> ordningen – upphov till processtaktik eller osäkerhet?**

### **6.3.1 Allmänt**

Detta avsnitt utgår från att överenskommelser om åberops- och bevisbördan visserligen är giltiga men att dessa frågor inte har reglerats i parternas avtal. Syftet är att utröna huruvida och i vilka fall den dispositiva ordningen onödiggör en sådan överenskommelse.

### **6.3.2 Är den dispositiva ordningen tillfredställande?**

Eftersom part som sagt inte får reda på åberops- och bevisbördans placering i det enskilda fallet förrän dom meddelats skulle han kanske under processens gång försöka argumentera för att motparten skall bära åberops- eller bevisbördan för ett visst rättsfaktum.<sup>295</sup>

---

<sup>292</sup> Jmf Lindell (1988) s 123.

<sup>293</sup> Det bör framhållas att en överenskommen presumtion (avtalstyp 2) skiljer sig från en reglering av åberops- och bevisbördan (avtalstyp 5) endast såtillvida att den senare även inbegriper beviskravets höjd. Se Lindell (1988) s 128. Eftersom dessa frågor är så starkt sammankopplade uppfyller en överenskommelse enbart om bevisbördans placering, som ju presumtionen i avtalstyp 2 innebär, inte något egentligt syfte, och kommer därför inte heller att behandlas i det följande. Exempelvis Ekelöf/Boman (1992) s 68, Lindell (1988) s 129 samt Westberg (2004) s 744f.

<sup>294</sup> Termen ”dispositiv” används här i dess egentliga betydelse om än i en ny kontext, dvs den ordning i åberops- och bevisbördehänseende som gäller om parterna inte genom avtal överenskommer om annat.

<sup>295</sup> Jmf Westberg (2000) s 219ff samt Westberg (2004) s 732. Visserligen kan åberops- och bevisbördefrågorna redan ha klarlagts i rättspraxis och doktrin. Denna situation torde dock inte vara vanlig, eftersom varje tvist har sina egenheter. Dessutom är det ju ingen mening med att tvista om något som redan är klarlagt.

Det bör redan här påpekas att en sådan argumentation inte torde vara framgångsrik beträffande åberopsbördans placering. Detta av den enkla anledningen att ett påpekande från part att åberopsbördan för ett hittills inte åberopat rättsfaktumet åvilar motparten torde, i de allra flesta fall, initiera ett sådant åberopande från motparten.<sup>296</sup> Även om man bortser från existensen av detta problem är det ytterst tveksamt om argumentation beträffande åberopsbördans placering under processens gång är gynnsamt.

Vad beträffar såväl åberops- som bevisbördans placering kan emellertid argumentation i många fall vara ett långt bättre alternativ än tystnad.<sup>297</sup> För bevisbördan finns ju nämligen, som tidigare redogjorts, tre bevisbördeprinciper vars interna rangordning för närvarande är oklar och som dessutom kan tillämpas i kombination beträffande ett och samma rättsfaktum.<sup>298</sup> Även beträffande åberopsbördan är det högst oklart på vilken part denna åvilar i det enskilda fallet.<sup>299</sup>

Denna grad av osäkerhet och möjligheterna till kombination öppnar givetvis upp för den kreativa parten att genom en konstruktiv argumentation exempelvis söka förmå domstolen att tillämpa en bevisbördenorm som gynnar hans talan i det enskilda fallet.<sup>300</sup> Man kan emellertid ifrågasätta huruvida detta i själva verket är en fördel eller en nackdel ur ett processtaktiskt perspektiv. Omständigheterna i varje enskild process måste givetvis tas i beaktande för en analys om existensen av eventuella fördelar eller nackdelar. Dock ligger det nära till hands att konstatera att det typiskt sett inte är fördelaktigt för part att enbart förlita sig på argumentation under processens gång, speciellt eftersom dessa inte är bindande för domstolen.<sup>301</sup> Med andra ord är den dispositiva ordningen ofta ofördelaktig för parterna. Det finns en enkel förklaring härtill, nämligen att den dispositiva ordningen är av ovan nämnda skäl förknippad med en alltför hög osäkerhet.<sup>302</sup>

Osäkerheten tar sig uttryck som en avvikelse från ett förväntade utfall.<sup>303</sup> I en tvist där en part antingen kan vinna eller förlora kan även en liten avvikelse från det förväntade utfallet, dvs vinst, leda till det sämsta utfallet

---

<sup>296</sup> Ett åberopande från motparten under de nu nämnda omständigheterna torde inte nödvändigtvis träffas av preklusionsreglerna i RB 42:15, 42:15a eller 43:10. Detta beror på att dessa bestämmelser är fakultativa samt motparten inte haft för avsikt att överrumpla den förstnämnda parten. Se Lindell (1993) s 101ff och 109ff, Ekelöf/Bylund/Boman (1994) s 116 not 60 samt Fitger s 42:45ff och 43:23f.

<sup>297</sup> Jmf Westberg (2004) s 731.

<sup>298</sup> Se *supra* 4.5.3.6.3 samt Westberg (2004) s 744f.

<sup>299</sup> Boman (1964) s 99 samt Lindell (1993) s 194f.

<sup>300</sup> Westberg (2004) s 732f.

<sup>301</sup> Heuman & Westberg (1993) s 119.

<sup>302</sup> Westberg (2004) s 731ff verkar såvitt jag förstår vara av en motsatt uppfattning och mena att den dispositiva ordningen är typiskt sett är fördelaktig, just eftersom den öppnar upp för konstruktiv argumentation från parternas sida. Jag håller med om att så är fallet i de exempel som författaren erbjuder. Han synes dock framförallt ha *en redan föreliggande* tvist som utgångspunkt för sin undersökning. Jag tar i detta arbete *även* hänsyn till parternas möjligheter till överenskommelse före uppkommen tvist. Detta kan var orsaken till min och Westbergs olika, om än nyanserade, uppfattningar.

<sup>303</sup> Jmf Runesson (2003) s 79 och 276ff samt Lindell s 85.

ur riskhänseende, nämligen att han tappar målet.<sup>304</sup> Parten kan givetvis antas vara medvetna om detta, men kanske inte om att hans ställning påverkar argumentationen och utsikterna för framgång genom sk partisk informationsassimilering.<sup>305</sup> Detta medför att hans argumentation om åberops- och bevisbördan ofta riskerar att bygga på alltför förhoppningsfulla antaganden för att vara framgångsrik.<sup>306</sup>

Mot bakgrund av det nu sagda är den dispositiva ordningens förtjänst starkt överdriven även för den kreativa parten. Kreativitet under en eventuell tvist kan dessutom inte antas vara något självändamål vid den tidpunkt då avtalet ingås. Istället torde det typiskt sett vara mera fördelaktigt för parterna att söka på förhand försäkra sig om vem som har åberops- och bevisbördan för de rättsfaktum som troligtvis kommer att uppkomma vid en framtida tvist.

En reglering har dock sina uppenbara begränsningar. För det första innebär en sådan överenskommelse ingen begränsning om vilka bevis som får föras. Den fria bevisprövningen i RB 35:1 gäller alltså.<sup>307</sup> Vidare kan reglerna om i RB 36-40 kap. tillgripas för med tvång få fram bevisning till sin fördel.<sup>308</sup> Således förhindrar inte överenskommelsen att den bevisskyldige med lagliga medel får tag i bevismedel som hjälper denne att fullgöra sin bevisbörda. Slutligen kan den som lyckats ålägga motparten att bära bevisbördan inte bortse från risken att den "falska" bevisbördan övergår till honom, innebärande att han tappar målet såvida ingen motbevisning förebringas.<sup>309</sup>

Detta innebär dock inte att överenskommelser om åberops- och bevisbördan inte kan förväntas fylla någon funktion. Tvärtom medför en reglering klarhet och förutsägbarhet i parternas rättsförhållande. Helst bör alltså dessa regleras i parternas avtal. Detta medför att dylika frågor blir aktuella redan på förhandlingsstadiet. Mot bakgrund av att det tidigare konstaterades att ingående av dylika avtal efter tvistens uppkomst inte är särskilt vanliga, kommer den fortsatta framställningen att fokusera kring överenskommelser om åberops- och bevisbördan vid avtalsförhandlingar.

---

<sup>304</sup> Detta förutsätter visserligen att tvistens utgång är helt beroende av existensen av ett visst rättsfaktum, dvs att det rör sig om en sk binär konflikt. Jag misstänker dock att så ofta är fallet i praktiken. Se Runesson (2003) s 217 och s 224.

<sup>305</sup> Runesson (2003) s 49f och 250ff.

<sup>306</sup> Jmf Westberg (2000) s 231.

<sup>307</sup> Fitger s 35:21ff, Lindell (2003) s 459f samt Ekelöf/Boman (1992) s 22ff.

<sup>308</sup> Ekelöf/Boman s 164.

<sup>309</sup> Bolding (1951) s 83f samt Ekelöf/Boman (1992) s 63f.



# 7 Överenskommelser om återops- och bevisbörda

*However beautiful the strategy, you should  
occasionally look at the results.*  
Winston Churchill

*For every complex problem there is  
a simple solution that is wrong.*  
George Bernard Shaw

## 7.1 Inledning

Det har tidigare påpekats att överenskommelser om återops- och bevisbördan inte torde vara vanligt förekommande *efter* det att en tvist har uppkommit. Ofta är det nämligen varken logiskt eller ekonomisk försvarbart att komma överens om dessa frågor på detta stadium.<sup>310</sup>

Såsom ovan har framgått innebär detta emellertid inte att dylika överenskommelser alltid är obehövlige. Tvärtom har undersökningen visat att en part typiskt sett har en fördel av att spörsmålet om återops- och bevisbördan blir klarlagd på förhand.<sup>311</sup> Detta medför att parten bör verka härför redan under ett tidigt skede, dvs redan på förhandlingsstadiet.

Om parterna lyckas komma överens om dessa frågor i sitt avtal kommer detta att påverka deras respektive beslut såväl under avtalstiden som därefter. Eftersom återops- och bevisöverenskommelser torde missgynna en av parterna vid en framtida tvist kommer även förhandlingspositionerna vid en eventuell förlikningsförhandling att påverkas. Den part som missgynnas av överenskommelsen kan tänkas ha ett större intresse att förlikas.

I det följande kommer de tre avtalsklausulerna som presenterades i avsnitt 1.2 att analyseras. Utifrån denna analys kommer sedan avtals- och förlikningsförhandlingar att behandlas. Målet är dock inte att redogöra för hur sådana förhandlingar går till i allmänhet.<sup>312</sup> Istället begränsas framställningen såvitt möjligt kring de strategiska aspekter angående återops- och bevisöverenskommelser som parterna bör fundera kring vid dessa förhandlingar.

---

<sup>310</sup> För anledningarna härtill, se *supra* 6.2.3.

<sup>311</sup> Se *supra* 6.2.8.

<sup>312</sup> För en allmän redogörelse, se exempelvis Runesson (2003), Lindskog (1989), Thompson (2001) samt Fisher *et al.* (2000)

## 7.2 Komplikationer

### 7.2.1 Något om vitesklausuler

För att på ett tydligt sätt förmå illustrera de frågeställningar och avvägningar som uppkommer vid överenskommelser om åberops- och bevisbördan måste en viss typ av klausul väljas. Valet måste av förklarliga skäl begränsas till de sk riskfördelningsregler, eftersom det är dessa regler som reglerar parternas riskfördelning i avtalsförhållandet.<sup>313</sup> Härvid har sk vitesklausuler valts, då dessa är av stor praktisk betydelse.<sup>314</sup>

En vitesklausul är en i förväg avtalad och fixerad penningssumma som är ämnad att utfalla om en viss i avtalet specificerad förpliktelse åsidosätts.<sup>315</sup> Det finns ett flertal anledningar till att ha en vitesklausul i ett avtal. Bland dessa återfinns den sk ersättningsintresset och den sk begränsningsintresset.<sup>316</sup> Dessa medför, i jämförelse med allmänna skadeståndsregler, ett ökat skydd för borgenären respektive gäldenären.<sup>317</sup>

Ett annat syfte bakom vitesklausulens förekomst är det sk påtryckningsintresset. Detta utgör en påtryckningsfunktion som syftar till att ge ger gäldenären incitament att fullgöra sina skyldigheter.<sup>318</sup> Det har sålunda en preventiv effekt.<sup>319</sup> Slutligen syftar vitesklausulerna till att skyndsamt och enkelt avgöra eventuella konflikter mellan parterna. Detta benämns det sk konfliktlösningsintresset.<sup>320</sup>

Det skall här påpekas att överenskommelser om åberops- och bevisbördan ingalunda är begränsade till vitesklausuler. Detta medför att övervägandena i den följande framställningen egentligen kan appliceras på alla typer av riskfördelningsregler.

### 7.2.2 Dold reglering

Beträffande möjligheterna till att utläsa bevisbördans placering utifrån de materiella rättsreglernas satsbyggnad har tidigare påpekats att detta inte är

---

<sup>313</sup> Runesson (2003) s 162.

<sup>314</sup> Olsen (1993) s 25 samt Adlercreutz (2000) s 299.

<sup>315</sup> Jmf Bergström *et al.* (2002) s 202. Vitesklausuler förekommer i olika former. Denna fråga berörs dock inte här, då den saknar betydelse för förevarande arbete. Läsaren hänvisas till Olsen (1993) s 13 och 28 samt von Post (1999) s 198f.

<sup>316</sup> Denna funktion är oerhört viktig eftersom ett sedvanligt skadeståndsbelopp beror till övervägande del på omständigheter på borgenärssidan, som ju gäldenären inte har någon kontroll över. Lindskog (1989) s 151

<sup>317</sup> Olsen (1993) s 31f, Adlercreutz (2000) s 299f, Ramberg & Ramberg (2003) s 283f samt von Post (1999) s 198.

<sup>318</sup> Olsen (1993) s 30, Adlercreutz (2000) s 299 samt Runesson (2003) s 190.

<sup>319</sup> Lindskog (1989) s 152.

<sup>320</sup> Olsen (1993) s 33f, Adlercreutz (2000) s 299, Ramberg & Ramberg (2003) s 283f samt von Post (1999) s 198.

möjligt i svensk rätt.<sup>321</sup> En anledning härtill är att lagstiftarens vilja att reglera bevisbördan på detta sätt inte går att utläsa i förarbeten.<sup>322</sup> På samma sätt kan parternas överenskommelser om åberops- och bevisbördan vara svåra att utläsa i en vitesklausul. Studera följande klausul:

§ 7 Om S av försummelse underlåter att uppfylla de i § 6 specificerade förpliktelserna inom den tidsram som där anges, skall S till K erlægga ett vite på 10 MSK.

Vid en framtida tvist kommer åberops- och bevisbördan att aktualiseras beträffande två kumulativa rättsfaktum; (I) huruvida S underlåtit att uppfylla de i § 6 stipulerade förpliktelserna inom avtalad tid samt (II) om den underlåtenhet som påtalas i (I) råder, huruvida S varit försumlig.

Parten K väcker alltså talan mot parten S och yrkar med hänvisning till vitesklausulen att domstolen måste förpliktiga S att till K utge vitesbeloppet jämte ränta. K åberopar dels att ett avtal har ingåtts mellan K och S, dels att avtalet innehåller en vitesklausul som ger K rätt till vite med 10 MSEK vid kontraktsbrott, samt dels att S brutit mot avtalet. K underlåter emellertid att åberopa att S förfarit försumligt, då han anser att åberopsbördan härför enligt vitesklausulens lydelse åvilar S.

Beträffande bevisbördan anbringar K bevisning rörande avtalets och därmed vitesklausulens existens, samt avtalsbrottet. Han lyckas dessutom uppfylla det av domstolen uppställda beviskravet för dessa rättsfakta. Återigen anser han dock att vitesklausulens lydelse visar att bevisbördan rörande försumligheten åvilar S, och att beviskravet dessutom är högt ställt. Detta påtalar han också vid ett flertal tillfällen under processens gång. Dessutom har K inte några bevis för att S förfarit vårdslöst, men detta avslöjar han av processtaktiska skäl inte under tvisten.

Parten S, som genom K:s tolkning av vitesklausulens utformning ålagt åberops- och bevisbördan för ett rättsfaktum som är avgörande för tvistens utgång, menar att parterna inte avsett att reglera dessa frågor på det sätt som K menar har skett. S kan visserligen tänka sig att åberopa att han inte varit försumlig, eftersom detta inte är betungande och kan dessutom visa sig vara avgörande för framgång i tvisten, men han har helt enkelt svaga bevis för att han inte förfarit försumligt. Detta yppar han dock inte under processens gång, utan väljer istället att objektivt argumentera för att vitesklausulen inte har den tolkning beträffande bevisbördans fördelning som K hävdar.

Domstolen står nu inför ett problem. Rättsfaktumet ”försumlighet” har åberopats i tvisten och ingår därför i processmaterialet. Dock har det inte förekommit någon bevisning rörande dess existens. K har med hänvisning till vitesklausulens lydelse hävdats att bevisbördan för faktumet åvilar S. S har invänt att någon överenskommelse beträffande bevisbördan inte

---

<sup>321</sup> Se *supra* 4.5.3.6.2.

<sup>322</sup> Jmf Bolding (1951) s 163ff samt Boman (1993) s 69.

föreligger och istället menat att bevisbördan för försumlighet måste, i enlighet med allmänna bevisbördeprinciper, anses åvila K.

Domstolen, som ju måste meddela dom, funderar över vilken av parterna som skall bära risken för att existensen av försumlighet inte kan anses bevisat i tvisten. Den kan vid en sådan situation söka komma fram till parternas avsikter vid avtalsslutet genom avtalstolkning. Resultatet av denna skulle med stor sannolikhet vara till nackdel för K, eftersom det är svårt att utläsa något om bevisbördans fördelning i klausulen.<sup>323</sup> Vidare synes en rent språklig tolkning av klausulen snarare utvisa att bevisbördan för försummelse åvilar K. Klausulen uttalar ju endast att vite skall utgå om S varit försumlig. Om K vill ha ersättning synes det naturligt att han får bevisa vårdslöshet.<sup>324</sup>

Som ett alternativ kan domstolen istället använda en allmän bevisbördeprincip för att avgöra vem av parterna som ligger närmast till hands att bära risken för att existens av en avtalad bevisbördenorm inte går att fastställa. Eftersom dylika överenskommelser är sällsynta<sup>325</sup> ligger det nära till hands att låta K bära risken då han påstår något som avviker från det sedvanliga.<sup>326</sup> Även principerna om handlingsdirigering och bevissäkringsansvar talar för att K skall bära risken i detta fall, eftersom det är enklare och billigare att bevisa att något har hänt än att så inte har varit fallet.<sup>327</sup>

Även om domstolen mot förmodan skulle acceptera K:s argument och anse att bevisbördan avseende försumlighet åvilar S, anser den sig kanske fortfarande åtnjuta förmånen att bestämma beviskravet. Domstolen menar nämligen att det inte finns några som helst belägg för att beviskravet skulle ha reglerats i vitesklausulen. Härvid kan det tänkas att kravet på erforderlig bevisning sätts lågt på svårigheterna med att bevisa faktumet, och att S därför lyckas exculpera sig. Även detta är till K:s nackdel.

---

<sup>323</sup> Att K påstående dessutom avsevärt minskar domstolens handlingsutrymme beträffande bevisbördans placering kan tänkas utgöra ett incitament för domstolen genom sin tolkningsverksamhet komma fram till att någon sådan reglering inte har ägt rum.

<sup>324</sup> Denna ordning gäller i exempelvis som huvudregel vid utomobligatoriska skadeståndsfall. Se Hellner & Johansson (2001) s 145f samt Bengtsson & Strömbeck (2002) s 40.

<sup>325</sup> Exempelvis Lindell (2003) s 60.

<sup>326</sup> Detta beror inte på påståendet som sådant, utan snarare på att avtalsinstitutet skulle förlora sin samhällseliga funktion om den som påstår att ett avtal inte ingåtts skulle bära bevisbördan härför. Se Westberg (2004) s 742f och 749ff.

<sup>327</sup> K skulle emellertid *också* med stöd av principerna om handlingsdirigering och bevissäkring kunna argumentera för att bevisbördan i detta fall bör åvila S. Denne har ju större kontroll över sin egen försumlighet än K, och kan därför ansamlas bevisning till en lägre kostnad och mindre olägenhet. Båda parterna har fog för sina argument, något som ställer domstolen i ett dilemma. Detta utgör ett ypperligt typexempel på hur oförutsägbar och osäker tillämpningen av de allmänna bevisbördeprinciperna kan vara. Westberg (2004) s 745ff och 752ff.

Ponera nu att K, mot bakgrund av det ovan sagda, tappar målet och att han därför riskerar att hamna obestånd. Antag vidare att parterna verkligen hade kommit överens om åberops- och bevisbördan på det sätt som K påstår.<sup>328</sup> K kan visserligen överklaga domen<sup>329</sup>, men frågan är om detta är ekonomisk motiverat. Utsikterna ser ju tveklöst dåliga ut. Dessutom riskerar K att behöva erlägga S rättegångskostnader även i högre instans.

Slutsatsen beträffande vitesklausulen ovan måste vara att den inte har varit tillräcklig tydlig. Om parterna verkligen varit överens om regleringen borde klausulen ha utformats på ett bättre sätt.

### 7.2.3 Uttrycklig reglering

Parterna kan givetvis välja att uttryckligt och tydligt reglera åberops- och bevisbördan. Exempel på en sådan klausul skulle vara den följande:

§ 7 Om S av försummelse underlåter att uppfylla de i § 6 specificerade förpliktelseerna inom den tidsram som där anges, skall S till K erlägga ett vite på 10 MSK.

Vid en eventuell tvist mellan S och K skall samtliga relevanta omständigheter beträffande eventuell försumlighet åberopas och styrkas av S.

Skillnaden mellan denna och föregående klausul är intagandet av det andra stycket. Denna vitesklausul torde bedömas som långt mera tydlig ur åberops- och bevisbördehänseende. Den reglerar uttryckligen såväl åberops- och bevisbördans placering som beviskravet. Av klausulen framgår att S har åberopsbördan för rättsfaktumet ”försumlighet”. Vidare tyder av ordet ”styrka” att även bevisbördan för detta faktum åvilar S. Av samma ord framgår även att normalkravet skall ställas på bevisningens styrka.<sup>330</sup>

Att såväl åberops- som bevisbördan och beviskravet har varit föremål för en explicit reglering torde i många fall bero på den ökade förutsägbarhet i avtalsförhållandet, som denna reglering medför. Beroende på omständigheterna i övrigt kan detta givetvis gynna båda parter. Anta exempelvis att K intresserar sig för klausulen då den uppfyller den sk ersättningsintresset, men att även S är intresserad av vitesklausulen då denna tillfredsställer K som är S viktigaste kund. Genom intagandet av

---

<sup>328</sup> Detta är ingalunda orimligt. Antag exempelvis att den verkliga förlusten vid en underlåten förpliktelse uppgått till 15 MSEK och att vitesklausulen därför intagits på initiativ av S, som i egenskap av gäldenär velat begränsa sitt ansvar. I denna situation skulle klausulen således fylla den sk *begränsningsintresset*. Se Olsen (1993) s 30.

<sup>329</sup> Notera att en skiljedom inte kan överklagas på materiell grund. Heuman (1999) s 40f, Kvart & Olsson (1999) s 32 samt Lindskog (2005) s 47.

<sup>330</sup> Ekelöf/Boman (1992) s 59. Se även Ekelöf/Boman (1992) s 68 samt Westberg (2004) s 744.

klausulen i avtalet kan S undvika tvister, och klausulen uppfyller därför den sk konfliktlösningssintresset. Dessutom är det relativt höga vitesbeloppet godtagbart eftersom S räknar med att kunna leverera i tid. Sålunda erbjuder vitesklausulen i detta fall en tillfredsställande lösning för båda parterna vid avtalslutet, och får därför plats i avtalet.<sup>331</sup>

Såväl saker som människor ändras emellertid med tiden. Antag att S förbättrar sin position på marknaden och därför inte längre är lika beroende av K. I den marknadsekonomiska verkligheten kan detta innebära att S inte längre bryr sig lika mycket om sitt åtagande gentemot K.<sup>332</sup> Trots att S inser att han agerat försumligt eller t o m uppsåtligt när han inte uppfyllt sina förpliktelser i enlighet med avtalet, samt trots hans förstärkta finansiella position, vägrar S att erlægga det i avtalet stipulerade vitesbeloppet.

Antag att K stämmer S i domstol och yrkar på vitesbeloppet jämte ränta. K uppfyller åberops- och bevisbördan för samtliga övriga rättsfaktum. Han gör dock inget mer, eftersom han inte anser sig bära bevisbördan för försumligheten. Dessutom har han inga bevis härför.

S sväljer stoltheten och åberopar för det första att han inte varit försumlig. Detta gör han mestadels för att det inte är betungande för honom. För det första menar S, utan att kunna presentera några egentliga bevis, att han inte förfarit försumligt. Han påstår för det andra, att för det fall han bedöms ha varit försumlig, vitesbeloppet bör jämkas till noll med stöd av AvtL § 36.<sup>333</sup> S menar härvid att K påtvingat S att bära bevisbördan för detta rättsfaktum, som dessutom i förhållande till det i avtalet stipulerade beviskravet är mycket svårbevisat. S menar vidare att det stipulerade vitesbeloppet är alldeles för högt i förhållande till den skada som K lidit till följd av underlåtenheten att prestera.<sup>334</sup>

I förevarande fall står det klart, dock inte för domstolen, att det av S redogjorda händelseförloppet är en efterhandskonstruktion. Men så torde typiskt sett inte vara fallet. Tvärtom borde S:s invändning typiskt sett vara sann i de fall där en dylik uttrycklig reglering av bevis- och åberopsbördan förekommer. Varför skulle den typiske S annars gå med på att bära bevisbördan för ett svårbevisat rättsfaktum som försumlighet? Detta torde ju inte vara sedvanligt i de flesta branscher.<sup>335</sup> Även om S anser sig kunna

---

<sup>331</sup> Vitesklausulen utgör i detta fall ett integrativt inslag i förhandlingen. Intagandet av klausulen är därför pareto-effektiv (win-win). Om klausulen utelämnas i en sådan situation kommer parterna att ha "slängt bort pengar vid förhandlingsbordet". Se Runesson (2003) s 23 och 67ff och Thompson (2001) s 6ff.

<sup>332</sup> Denna situation kan någon gång t o m innebära att det är ekonomisk irrationellt för K att prestera i enlighet med avtalet, eftersom alternativkostnaden härför är för hög.

<sup>333</sup> Det bör påpekas att såväl åberops- som bevisbördan för jämningsgrunderna torde åligga S. Jmf Olsen (1993) s 112ff samt Westberg (2004) s 745ff.

<sup>334</sup> Ramberg & Ramberg (2003) s 284 samt von Post (1999) s 198.

<sup>335</sup> Den enda bransch i vilken, till min kännedom, överenskommelser om bevisbördan är någorlunda vanlig är försäkringsbranschen. Och där förekommer exempelvis inte vitesklausuler i någon större utsträckning. Se Hellner (1956) s 18, Lindell (2003) s 60 samt Westberg (2004) s 747.

uppfylla förpliktelseerna i avtalet torde han därför typiskt sett vilja slingra sig från att lämna denna (mildare form av) garanti.

Domstolen, som ju inte känner till det verkliga förhållandet, måste återigen trots det bristfälliga processmaterialet beträffande existensen av försumlighet meddela dom i tvisten. Frågan blir tydligen då om den finner AvtL § 36 vara tillämplig eller inte. Om så är fallet kanske bevisbördans placering och beviskravet jämkas så att sedvanliga bevisbördeprinciper istället blir avgörande för tvistens utgång.<sup>336</sup> Om inte så tillämpas vitesklausulen i enlighet med sin ordalydelse och S kommer att förpliktigas att till K erlægga 10 MSEK jämte ränta.

Det krävs givetvis mer information om omständigheterna i varje fall för att kunna bedöma om tillämpningen av AvtL § 36 kan vara aktuell. Några generella anmärkningar kan dock göras. Grundförutsättningen för jämkning är att vitesklausulen är oskälig.<sup>337</sup> Härvid skall en helhetsbedömning av rättsförhållandet genomföras, där särskild hänsyn skall fästas vid parternas respektive styrkeförhållanden.<sup>338</sup> Sannolikheten för jämkning ökar ju större diskrepansen som föreligger mellan parternas ställning.<sup>339</sup>

Här kan något förslag till dom i ovanstående typsituationer inte erbjudas. Det skall enbart anmärkas att den förutsägbarhet som (åtminstone) K sökt skapa genom en uttrycklig reglering av åberops- och bevisbördan gått om intet p g a att S åberopat omständigheter för tillämpningen av AvtL § 36 i, åtminstone i huvudexemplet, ren förhoppning att undkomma att erlægga vitesbeloppet.<sup>340</sup> Inte heller genom en uttrycklig reglering kan alltså överenskommelsen av åberops- och bevisbördan alltid sägas fullgöra sin avsedda funktion.

## 7.2.4 Jämförelse mellan den dolda och den öppna regleringen

Redogörelsen ovan har visat att en dold reglering av åberops- och bevisbördan är problematisk. Det är nämligen tveksamt om dessa frågor

---

<sup>336</sup> Det kan emellertid istället tänkas att vitesbeloppet jämkas eller att klausulen lämnas utan avseende. Rättsföljderna av AvtL § 36 är nämligen i allmänhet tämligen oförutsägbara. Grönfors (1995) s 244ff samt von Post (1999) s 252ff.

<sup>337</sup> Grönfors (1995) s 222ff, von Post (1999) s 127ff, Olsen (1993) s 116 samt Adlercreutz (2000) s 300. Beträffande styrkeförhållanden och överenskommelser om åberops- och bevisbördan, se Lindell (1988) s 125 och 128f.

<sup>338</sup> Det bör nämnas att domstolarna har hittills intagit en restriktiv inställning till att tillämpa AvtL § 36 i rent kommersiella rättsförhållanden. Se von Post (1999) s 115 och 250.

<sup>339</sup> Bernitz (1987) s 107ff, von Post (1999) s 109ff samt Grönfors (1995) s 238ff.

<sup>340</sup> Som en parentes skall här nämnas att det inte finns några fall där vitesklausuler har jämkats. Se von Post (1999) s 200f, Ramberg & Ramberg (2003) s 284 samt Olsen (1993) s 121ff. Av detta går det dock givetvis inte att hävda att dessa klausuler är immuna mot jämkning. Då inte vitesklausuler som sådana är föremål för detta arbete spelar det sagda ännu mindre roll, eftersom det ju i praxis finns urskilliga exempel på andra typer av klausuler som har varit föremål för jämkning.

verkligen bör avgöras genom en strukturell och språklig tolkning av avtalsklausuler.<sup>341</sup> Ett dylikt tillvägagångssätt utgör en bokstavstolkning snarare än en syftestolkning, något som rimmar illa med att ett skriftligt kontrakt bör, trots ordalydelsen, tillerkännas rättsverkningar i enlighet med parternas avsikter vid avtalsslutet. Dessutom trotsar en bokstavstolkning den gyllene regeln att bevisbördeproblematiken bör lösas på det sätt som bäst främjar syftet den materiella rättsregelns, i förevarande fall avtalsvillkorets, ändamål.<sup>342</sup>

En anledning till att en bokstavstolkning inte är att föredra är givetvis att avtalsklausulerna typiskt sett framförallt utformas med tanke på det materiella innehållet, och inte åberops- och bevisbördeöverenskommelser. Inte minst ur en estetisk synvinkel kan parterna vilja variera språkbruket i avtalsklausulerna utan att riskera rättsförluster rörande åberops- och bevisbördefrågor.<sup>343</sup> Vidare är det svårt att använda bokstavstolkning eftersom många uttryck är flertydiga.<sup>344</sup> Det nu sagda medför, som ovan framgått, att det blir svårt för parten K övertala domstolen om att parterna verkligen överenskommit om åberops- och bevisbördefrågor.

Det sistnämnda skälet till varför en bokstavstolkning inte bör användas är rättsekonomiskt präglat. En sådan tolkningsverksamhet uppmuntrar försåtlig avtalsskrivning. Detta är ett ineffektivt incitament, eftersom kan skapa misstro bland potentiella avtalsparter och därmed öka transaktionskostnaderna för ingående av avtal.<sup>345</sup>

Mot bakgrund av det ovan sagda är den dolda metoden varken att föredra ur ett parts- eller samhällsperspektiv. Men inte heller den öppna metoden är bekymmerfri. Även här finns två potentiella hot mot metodens framgång. Det första berör den relativt svåra frågan om jämkning, som redan har varit föremål för en tämligen utförlig undersökning.<sup>346</sup> Det andra hotet, som också berörts ovan, berör svårigheterna med att förhandla om en öppen reglering. När ingen obalans föreligger i rättsförhållandet är det svårt att föreställa sig några incitament för endera parten att i avtalet explicit åta sig åberops- och bevisbördan för ett eller flera rättsfaktum. Detta torde för övrigt även gälla beträffande ett rättsfaktum vars åberops- och bevisbörda är relativt förutsägbart, eftersom frånvaron av en överenskommelse ändå kan tänkas öppna för en konstruktiv argumentation utifrån exempelvis de allmänna bevisbördeprinciperna.<sup>347</sup>

---

<sup>341</sup> Se Westberg (2004) s 748. Jmf även Bolding (1951) s 163ff, Boman (1993) s 69 samt Ekelöf/Boman (1992) s 68.

<sup>342</sup> Olivecrona (1930) s 130f, Ekelöf/Boman (1992) s 86 samt Westberg (2004) s 745 och 747.

<sup>343</sup> Jmf Bolding (1951) s 168.

<sup>344</sup> För en genomgång av semantiska problem vid avtalsskrivning, se Fohlin (1989) s 8ff.

<sup>345</sup> Westberg (2004) s 749.

<sup>346</sup> Se *supra* 7.2.3 samt 7.2.4.

<sup>347</sup> Jmf Westberg (2004) s 731f.



Det bör påpekas att de båda hoten för den öppna metoden är närmast ömsesidigt uteslutande. Ju mer jämnstarka parter är, desto lägre risk för jämkning men desto högre sannolikhet för förhandlingssvårigheter. Ju större obalans i avtalsförhållandet, desto lägre sannolikhet för förhandlingssvårigheter men desto högre risk för jämkning. I den öppna reglering föreligger alltså ett inneboende problem som torde uppkomma oavsett omständigheterna i det enskilda fallet. Emellertid bör uppmärksammas att fallet med jämnstarka parter kan bli oproblematiskt redan på ett tidigt stadium i avtalsförhållandet, nämligen om parterna kommit överens om åberops- och bevisbördans uttryckliga reglering i avtalet.

### 7.3 Den gyllene mellanvägen?

Av framställningen hittills torde ha framgått att det inte finns någon standardförmulering som gör att parterna i varje enskilt fall kan med säkerhet reglera åberops- och bevisbördan. Omständigheterna i det enskilda fallet är istället avgörande. Trots de svårigheterna som förknippats med den dolda respektive öppna regleringen kan det inte uteslutas att just dessa metoder kan i vissa fall fungera på ett tillfredställande sätt. Här skall dock en mellanlösning presenteras i syfte att utöka exemplifieringen och visa att avtalsskrivaren inte behöver begränsa sitt val till den dolda och den öppna metoden. Den har följande lydelse:

§ 7 Om S av försummelse underlåter att uppfylla de i § 6 specificerade förpliktelserna inom den tidsram som där anges, skall S till K erlagga ett vite på 10 MSK.

Vid underlåten förpliktelse skall vitesbeloppet emellertid inte utgå, om det visas att S inte förfarit försumligt.

Liksom de tidigare klausulerna står det klart att åberops- och bevisbördan för övriga rättsfaktum åvilar parten K. Av klausulen framgår att beviskravet höjd skall motsvara normalkravet i tvistemål.<sup>348</sup> Åberops- och bevisbördans placering beträffande rättsfaktumet försumlighet är visserligen inte lika otydlig som i den dolda regleringen, men inte heller lika explicit som i öppna.

Det ligger nära till hands för K att argumentera att klausulen genom sin utformning vilar på en presumtion att den underlåtna förpliktelsen skett av vårdslöshet. Av detta skulle följa att S behöver såväl åberopa att han inte varit försumlig som styrka detta för att kunna freda sig från att domstolen förpliktar honom att utge vitesbeloppet till K. S måste alltså enligt detta synsätt exculpera sig.

---

<sup>348</sup> Ekelöf/Boman (1992) s 69f och 87f.

Denna nyanserade reglering är dock inte fredad mot invändningar. S kan exempelvis hävda att parterna inte avsett att reglera åberops- och bevisbördan för försumlighet genom vitesklausulen och att en bokstavstolkning därför strider mot parternas syfte med klausulen. Han skulle, om än undantagsvis, i andra hand kunna invända att klausulen måste jämkas med stöd av AvtL § 36 och ange olika skäl för denna invändning. Konsekvensen av dessa invändningar har redan behandlats i samband med övriga regleringar, och kommer därför inte att upprepas.

## 7.4 Analys av de olika regleringarna

Undersökningen av olika formuleringar har tydligt visat ingen är immun emot invändningar från S. Innebär då detta att åberops- och bevisbördeöverenskommelser inte borde förekomma? Svaret kan inte bli annat än ett klart nej! För att inse detta måste det nära sambandet mellan materiella rättsreglerna och åberops- och bevisbördeläran kanske återigen betonas.<sup>349</sup>

Båda dessa regeltyper är civilrättsliga och kan därför som bekant vara föremål för överenskommelser. Detta sker genom avtal som måste förhandlas fram av parterna. Även i övrigt föreligger ett starkt samband mellan regeltyperna; åberops- och bevisbördeläran är ju i stort sett en vidareutveckling av de materiella rättsreglerna.<sup>350</sup> Det nu sagda verifieras av att problemet med författandet av åberops- och bevisbördeklausuler även kan uppkomma beträffande regleringen av avvikelser från dispositiva materiella rättsregler. Dessa kan ju också vara otydliga eller rent utav dolda så att de behöver tolkas eller bli föremål för tillämpning av en bevisbördenorm. Vidare kan även dessa vara svåra att förhandla om och dessutom vara föremål för jämkning.

Alltså skiljer överenskommelser om åberops- och bevisbördan härvid inte sig från andra typer av överenskommelser. Att mot bakgrund av detta hävda att parterna gör bättre i att låta bli dessa frågor är därför lika fel som att påstå att parterna bör strunta i att upprätta skriftliga kontrakt överhuvudtaget! Det är därmed inte sagt att exakt samma överväganden gör sig gällande oavsett vilken regeltyp parterna har att göra med.

Slutsatsen från detta avsnitt är emellertid att överenskommelser beträffande åberops- och bevisbördan är lika viktiga som andra typer av överenskommelser. Det är ju de förra som i hög grad säkerställer tillämpningen av de senare.

---

<sup>349</sup> Läsaren bör uppmärksamma att det är de många likheterna som är av intresse. De skillnader som föreligger är av ringa eller ingen betydelse för förevarande avsnitt. Jmf ovan 4.6. Se Olivecrona (1930) s 2ff, Bolding (1951) s 19f samt Ekelöf/Boman (1992) s 67f samt s 86.

<sup>350</sup> Boman (1964) s 200f samt Boman (1993) s 65.

## 7.5 Implikationer för förhandlingar

### 7.5.1 Utgångspunkter

Med en förhandling förstås den aktivitet genom vilken en part söker påverka motparten att fatta ett beslut som är förmånligt för den förstnämnda parten. Denna definition är vid nog att innefatta såväl avtals- som förlikningsförhandlingar.<sup>351</sup>

Framställningen kommer att anta att parterna önskar och försöker vara rationella, dvs att i så hög grad så möjligt tillgodose sina egna respektive målsättningar.<sup>352</sup> Anledningen härtill är att det vore naivt att tro att parter i exempelvis kommersiella förhandlingar inte skulle ha tillräcklig information och kunskap för att söka agera rationellt. I dessa situationer är det orimligt att förvänta sig att respektive part accepterar motpartens förslag av altruistiska skäl, utan istället därför att dessa passar partens behov och målsättningar.<sup>353</sup>

Antagandet om eftersträvad rationalitet innebär dock inte att det finns givna knep och agerande som göra att den rationella parten kan gå segrande ur varje förhandling. Dessa är tvärtom högst beroende av den situation i vilken parten befinner sig. Några generella förhandlingsråd kan därför inte erbjudas, utan framställningen får istället inrikta sig på ett antal viktiga påpekanden.<sup>354</sup>

### 7.5.2 Avtalsförhandlingar

Ett avtal ger uttryck för de normer som reglerar rättsförhållandet mellan avtalsparterna.<sup>355</sup> Vid avtalsförhandlingar agerar parterna därför som privata "lagstiftare".<sup>356</sup> Mot denna bakgrund är det viktigt att noggrant överväga det som bör införas i avtalet.<sup>357</sup>

Parternas ofta ofullständiga privata lagstiftning kompletteras av dispositiva rättsregler. Härvid uppstår ibland, beroende på situationen, en potentiell möjlighet för den kunnige parten. Om den dispositiva rättsregeln innehåller

---

<sup>351</sup> Jmf Runesson (2003) s 11. Den finns dock ingen allmän vedertagen definition begreppet "förhandling". Se exempelvis Thompson (2001) s 2 som menar att en förhandling är "en interpersonell beslutsprocess genom vilken två eller flera parter kommer överens om allokeringen av knappa resurser". Denna definition är dock enligt mig för inriktad på förlikningsförhandlingar, som ju i mycket högre utsträckning består av distributiva inslag. Se Runesson (2003) s 23.

<sup>352</sup> Se *supra* 2.6.

<sup>353</sup> Runesson (2003) s 17.

<sup>354</sup> Runesson (2003) s 17f samt Lindskog (1989) s 129.

<sup>355</sup> Verkan av tvingande lagstiftning behandlas inte närmare i förevarande arbete. Läsaren hänvisas till Grönfors (1996) s 204ff samt Ramberg & Ramberg (2003) s 33f.

<sup>356</sup> Jmf Runesson (2003) s 215.

<sup>357</sup> Runesson (2003) s 307ff.

en bevisbörderegler som gynnar parten finns det exempelvis ingen anledning för denne att påtala rättsregelns existens vid en avtalsförhandling.<sup>358</sup> Då det civilrättsliga systemet endast undantagsvis erbjuder bevisbörderegler kan det nu sagda dock antas vara av ganska ringa praktiskt betydelse.<sup>359</sup>

Ibland upplevs det som ofint att diskutera vissa typer av bestämmelser under förhandlingsstadiet. Dessa gäller framförallt klausuler om kontraktsbrott, inklusive återops- och bevisbördenormer, samt konfliktlösning. Givetvis har detta ha sina strategiska fördelar, eftersom diskussionen kring en dylik reglering kan antas ha dålig inverkan på stämningen vid förhandlingsbordet.<sup>360</sup> Parterna måste emellertid vara medvetna om att ett avtal som innehåller handlingsregler men inga riskplanerings- och tvistlösningregler är ofullständigt och därför riskfyllt.<sup>361</sup>

Eftersom reglerna och principerna för såväl återops- som bevisbördan är svårtillämpade, löper parterna ofta risk för oförutsägbarhet i rättsförhållandet om de i hög grad förlitar sig på dessa.<sup>362</sup> I dylika fall gynnas alltså båda parterna av att istället diskutera frågor om återops- och bevisbördan öppet under förhandlingen för att därefter reglera de i avtalet, och en överenskommelse härom är därför värdeskapande. Omvänt kan man se saken så, att parterna ofta ”slänger bort pengar vid förhandlingsbordet” om de inte kommer till en överenskommelse om återops- och bevisbördan.<sup>363</sup>

Slutligen kan det förekomma fall där motparten av någon anledning inte är intresserad av en överenskommelse rörande återops- och bevisbördan. I dessa fall kan givetvis parten försöka reglera densamma dolt i vissa klausuler. Denna ordning är emellertid typiskt sett ofördelaktigt, eftersom det som vi sett är svårt att övertyga domstolen att en medveten reglering av dessa frågor framgår av klausulernas satsbyggnader. Dessutom föreligger i detta fall inte heller någon egentlig överenskommelse mellan parterna, eftersom motparten efter ett ställningstagande har avböjt erbjudandet till reglering. Även bortsett från den etiska dimensionen är det med anledning av det sagda i allmänhet inte rekommenderas att förfara på detta vis.

Själva utformningen och formuleringen av avtalsklausulen kräver givetvis förberedelse. Just förberedelsestadiet brukar framhållas som det kanske

---

<sup>358</sup> Givetvis förutsätter detta att även det materiella innehållet i den dispositiva rättsregeln gynna parten. Jmf Runesson (2003) s 164f.

<sup>359</sup> Se *supra* 4.5.3.6.2.

<sup>360</sup> Lindskog (1989) s 139ff. På samma sätt kan en diskussion om äktenskapsförord ha dålig inverkan på två blivande makars kärleksförhållande.

<sup>361</sup> Jmf Runesson (2003) s 161ff och Lindskog (1989) s 119ff. I vår analogi måste den mer förmögne maken räkna med risken att bli av med en del av sin förmögenhet utan ett äktenskapsförord.

<sup>362</sup> Jmf Thompson (2001) s 17 och 71 Ramberg (1987) s 503f samt Westberg (2004) s 742ff.

<sup>363</sup> Runesson (2003) s 69ff samt Thompson (2001) s 61ff. Jmf Lindskog (1989) s 68ff.

viktigaste för förhandlingens utgång. Det är nämligen under detta stadium som informationsanskaffning, analys och planering äger rum.<sup>364</sup>

För det första måste avtalsförfattaren ha en god kännedom om det grundläggande syftet med den aktuella klausulen, i detta arbete en vitesklausul. Denne måste vidare känna till riskerna för en eventuell jämkning för att kunna formulera och utforma klausulen på ett tillfredsställande sätt. Han måste givetvis dessutom ha en tillräcklig god kännedom om omständigheterna i ärendet för att kunna applicera sina allmänna kunskaper om klausulen samt åberops- och bevisbördan på parternas rättsförhållande. Detta innebär att överenskommelser om åberops- och bevisbördan ofta kommer att medföra merarbete för avtalsskrivaren, precis som det skulle ha gjort för lagstiftaren att reglera åberops- och bevisbördan i de materiella rättsreglerna.<sup>365</sup>

Det kan i vissa fall vara viktigt att vara den som utformar och formulerar det första utkastet. Detta kan medföra en taktisk fördel eftersom avtalsförfattaren kan härigenom bestämma terminologin och semantiken, som ju såväl vid dolda som öppna regleringar är av utomordentlig betydelse.<sup>366</sup>

Ett problem med att utforma ett första kontraktförslag är de kostnader som är förknippade härmed.<sup>367</sup> Ett annat är att utkast kan i vissa fall innebära låsta positioner på motpartens defensiva attityd, som beror på misstanken om lurigheter i texten.<sup>368</sup> Problemet skall dock inte överdrivas. Någon av parterna måste ju utforma ett första utkast.

### 7.5.3 Förlikningsförhandlingar

Vid en förlikningsförhandling agerar parterna som domare i egen sak.<sup>369</sup> Detta innebär att varje part vid förberedelsen till förhandlingen genom att undersöka (det subjektiva) oddset för vinst respektive förlust i en rättslig process, fäller sin egen dom om tvistens utgång.<sup>370</sup>

Anledningen härtill är att utgången av en rättslig process inte med säkerhet kan förutses på förhand.<sup>371</sup> Detta beror i sin tur i stor utsträckning på *just* frågor om bevisbörda och beviskrav. Det föreligger nämligen asymmetrisk information mellan parterna och domstolen. Dessutom måste domstolen

---

<sup>364</sup> Runesson (2003) s 305.

<sup>365</sup> Jmf Thompson (2001) s 9ff.

<sup>366</sup> Se *supra* 7.2.4.

<sup>367</sup> Runesson (2003) s 214f.

<sup>368</sup> Runesson (2003) s 50 och s 258ff samt Thompson (2001) s 11.

<sup>369</sup> Runesson (2003) s 215.

<sup>370</sup> Runesson (2003) s 226ff samt Cooter & Ulen (2004) s 392ff. Jmf Heuman & Westberg (1993) s 91ff.

<sup>371</sup> Runesson (2003) s 227 samt Polinski (2003) s 139.

följa de bestämmelser som gäller för civilprocessen, vilka i vissa fall motverkar rationellt beslutstagande.<sup>372</sup>

Parternas respektive ”dom” brukar emellertid sällan överensstämja. Detta beror antingen på asymmetrisk information eller på olika tolkningar av tillgänglig information, som oftast har sin grund i överoptimism hos respektive part.<sup>373</sup>

Det finns typiskt sett en rad fördelar med att förlikas istället för att slita tvisten inför domstol. Det belopp som egentligen skulle ha spenderats som rättegångskostnader kan istället ingå i förlikningspotten, så att det finns ett större värde för parterna att förhandla om. Vidare kan en förlikning ofta innebära räddningen för rättsförhållandet mellan parterna.<sup>374</sup> Vidare erbjuder en förlikning ett bredare urval av möjliga lösningar än en rättslig process.<sup>375</sup>

Antag att en tydlig överenskommelse om åberops- och bevisbördan föreligger mellan parterna. Antag vidare att den tappande parten kommer att förpliktas av domstolen efter en eventuell process att stå för såväl sin egen som motpartens rättegångskostnader.<sup>376</sup> Detta ger exempelvis den part som (I) enligt överenskommelsen bär bevisbördan för ett rättsfaktum som (II) denne inte anser sig kunna bevisa, att vid en tvist förlikas i syfte att undvika en kostsam rättslig process.<sup>377</sup>

Givetvis är verkligheten inte alltid så enkel som nu har beskrivits. För det första är klausuler inte alltid tydliga, åtminstone inte efter en kritisk granskning av juridisk expertis där olika tolkningsmöjligheter övervägs. Vidare hindrar en klar och tydlig överenskommelse inte motparten från att i en rättslig process vilja göra gällande olika ogiltighetsinvändningar, exempelvis att överenskommelsen är processuell. Motparten kan också av strategiska skäl inte vilja stå kvar i rättsförhållandet.<sup>378</sup>

Även den part som i det enskilda fallet gynnas av överenskommelsen kan av olika anledningar tänkas vilja genomgå en rättslig process. Objektivt sett är hans möjligheter att vinna processen väldigt stor, och han kan ju också förvänta sig att motparten bär kostnaderna för den rättsliga processen.<sup>379</sup> Man kan emellertid utgå från att en reglering av åberops- och bevisbördan

---

<sup>372</sup> Cooter & Ulen (2004) s 431ff presenterar en rad övertygande iakttagelser för att så är fallet.

<sup>373</sup> Polinski (2003) s 137f samt Runesson (2003) s 250ff.

<sup>374</sup> Givetvis är även förlikningsförhandlingar förknippade med kostnader, men dessa kan inte allmänhet inte anses överstiga rättegångskostnaderna. Se Polinski (2003) s 137 not 84.

<sup>375</sup> Runesson (2003) s 225.

<sup>376</sup> RB 18:1. Se Fitger 35:6ff, Lindell (2003) s 536 samt Ekelöf/Bylund/Boman (1994) s 178ff.

<sup>377</sup> Polinski (2003) s 135.

<sup>378</sup> Polinski (2003) s 141.

<sup>379</sup> RB 18:3. Om den rättsliga processen inletts utan att motparten givit anledning till det kan dock huvudregeln om rättegångskostnader modifieras. Se Fitger s 18:11ff, Ekelöf/Bylund/Boman (1994) s 190ff samt Lindell (2003) s 537ff.

kommer att medföra att antalet rättsliga processer minskar. Det finns nämligen oftast inga skäl för denna part att starta en rättslig process när han erbjuds samma utgång i en förlikningsförhandling.<sup>380</sup>

En part kan mot bakgrund av det hittills sagda i allmänhet rekommenderas att söka förlikas, om en tydlig reglering av åberops- och bevisbördan finns i parternas avtal och om denna överenskommelse inte kan förväntas gynna parten. Parterna får ett incitament att på förhand ingå dylika överenskommelser, eftersom de vid denna tidpunkt kan antas vilja undvika framtida tvister.

---

<sup>380</sup> Om han dessutom är riskavers kommer han att nöja sig med ett lägre belopp än vad som han förväntar sig erhålla genom domstolens dom, ett sk riskpremium, eftersom denna är förknippad med osäkerhet. Se Polinski (2003) s 139, Cooter & Ulen (2004) s 50f samt Runesson (2003) s 80 och s 229.

## 8 Konklusioner och avslutande diskussion

*'On course' doesn't mean perfect. 'On course' means that even when things don't go perfectly - you are still going in the right direction.*

Charles Garfield

*Risk comes from not knowing what you're doing.*

Warren Buffett

Syftet med förevarande arbete har varit att konkret besvara de problemformuleringar som presenterades i avsnitt 1.2. Undersökningen har härvid visat att en rad olika frågor om åberopande, åtminstone *de lege ferenda*, och bevisning kan, med bindande verkan för parterna och domstolen, vara föremål för överenskommelser. Utan att göra anspråk på någon uttömmande uppräkningslista, har det kunnat konstateras att samtliga i avsnitt 6.2.1 uppräknade avtalstyper är giltiga i svensk rätt. Denna slutsats besvarar den första problemställningen.

En andra fråga har berört vilka av dessa överenskommelser som parterna bör reglera i sina avtal. Slutsatsen har, föga överraskande, varit att något generellt svar inte kan erbjudas, utan att varje enskilt fall måste bedömas mot bakgrund av dess särskilda omständigheter. Detta svar har dock inte varit ämnat att slingra sig från en rekommendation. Därför har en grundlig rättslig och strategisk analys utifrån en rad olika infallsvinklar genomförts. Härvid har kunnat fastställas att *enbart* frågor om åberops- och bevisbördan placering samt beviskravet *typiskt sett* bör bli föremål för överenskommelser. Emellertid bör mot bakgrund av det sagda återigen påpekas att ställningstagandet kan variera beroende på omständigheterna i det enskilda fallet.

Det kan exempelvis förhålla sig så, att strategiska överväganden gör att dessa frågor inte bör bli föremål för diskussion under förhandlingar. Den dispositiva ansvarsregel som rättsförhållandet bygger på kanske redan innehåller en tillfredsställande lösning på bevisbördefrågan, även om detta är ovanligt. Alternativt kan förhandlingsklimatet försämrats om en part insisterar på en reglering av dessa frågor. Inte heller i detta fall bör dessa tas upp till diskussion. Reglering av åberops- och bevisbördan är ju inte något självändamål, utan endast en, om än en mycket viktigt sådan, aspekt att ta i beaktande vid avtalsförhandlingar. Fördelarna med en reglering kan emellertid *typiskt sett* förväntas överväga kostnaderna härför.

Undersökningen har visat att det är orimligt för parterna att komma överens om åberops- och bevisbördefrågor *efter* tvistens uppkomst. Parterna är nämligen härvid endast fokuserade på att förlikas, eller att vinna tvisten. Att ingå en överenskommelse genom vilken en part åläggs åberops- eller



bevisbördan vid denna tidpunkt kan likställas med att begå processuellt självmord för parten. Dessutom är ett sådant avtal även ur andra aspekter ekonomisk oförsvarbart. Parterna kan ju genom olika processhandlingar, såsom medgivande, uppnå samma sak. Det finns sålunda ingen anledning att spendera begränsade resurser – tid, pengar och energi – på komplicerade förhandlingar om åberops- och bevisbördeklausuler. Istället bör dylika överenskommelser *endast* vara aktuella innan tvist uppkommit.

Alldeles nyss nämndes att förhandlingar om åberops- och bevisbördan kan förväntas vara komplicerade. Så är onekligen fallet. Analysen av den sista frågeställningen, dvs den om utformningen av klausulerna, har genomförts med hjälp av olika språkliga varianter på en vitesklausul. Det har visats att en reglering av dessa frågor kräver utomordentlig goda kunskaper om ändamålet bakom den specifika klausulen, omständigheterna i parternas rättsförhållande samt goda kunskaper inom affärsjuridik, strategi och företagsekonomi.

Det har konstaterats att någon standardformulering på klausulerna inte finns att tillgå. Varken den dolda, den öppna eller den nyanserade utformningen visade sig vara immun mot rättsliga invändningar. Varje fall är unikt, och kräver därför unika överväganden och formulering. Det skall emellertid påpekas att det nu sagda även gör sig gällande beträffande avtalsreglering i allmänhet. Även utformning av sedvanliga handlingsregler i avtal kräver ovannämnda kunskaper. Således bör inte reglering av åberops- och bevisbördan förkastas endast för att de kräver en viss tankeverksamhet.

Slutligen kan konstateras att en reglering av åberops- och bevisbördan kan lika lite som reglering av handlingsregler skydda part från alla risker i ett avtalsförhållande. En reglering av handlingsreglerna är dock i dagens samhälle ett måste i kommersiella rättsförhållanden. Framställningen har visat att den nyss nämnda reglering just är nödvändigt, men inte tillräckligt för att minimera sin exponering mot avtalets risker, som ju måste slutligt bäras av avtalsparterna. Härvid erbjuder överenskommelser om åberops- och bevisbördan ett förstärkt skydd, då de kan medföra att avtalets handlingsregler får ändamålsenlig verkan. Dessa frågor är för viktiga för att överlämnas till domstolen stundtals slumpartade bedömning.

# Litteraturförteckning

## Offentligt tryck

NJA II 1943	Den nya rättegångsbalken.
Prop. 1975/76:81	Ändring i lagen (1915:216) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m m.
Prop. 1998/99:35	Ny lag om skiljeförfarande
Prop. 2004/05:131	En modernare rättegång – reformering av processen i allmän domstol
SOU 1938:44	Processlagberedningens förslag till ny rättegångsbalk.
SOU 1982:26	Översyn av rättegångsbalken 1. Process i tingsrätt. Del B. Motiv mm.
SOU 1994:81	Ny lag om skiljeförfarande

## Böcker och monografier

Adlercreutz A	<i>Avtalsrätt I</i> , 11:e upplagan, Juristförlaget i Lund, Lund 2000 [citat: Adlercreutz (2000)]
Adlercreutz A	<i>Avtalsrätt II</i> , 5:e upplagan, Juristförlaget i Lund, Lund 2001 [citat: Adlercreutz (2001)]
Agell A & Malmström Å	<i>Civilrätt</i> , 19:e upplagan, Liber Ekonomi, Malmö 2005 [citat: Agell & Malmström (2005)]

- Andersson T *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler – en studie i snittet av svensk civilprocess och EG-rätten*, Iustus förlag, Uppsala 1999 [citat: Andersson (1999)]
- Bengtsson B & Strömbeck E *Skadeståndslagen – en kommentar*, Norstedts juridik, Stockholm 2002 [citat: Bengtsson & Strömbeck (2002)]
- Bergström S, Andersson T, Håstad T & Lindblom P H *Juridikens termer*, 9:e upplagan, Liber, Stockholm 2002 [citat: Bergström *et al.* (2002)]
- Bogdan M *Svensk internationell privat- och processrätt*, 6:e upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 2004 [citat: Bogdan (2004)]
- Bolding P O *Bevisbörda och beviskrav*, Juridiska Föreningen i Lund, Lund 1983 [citat: Bolding (1983)]
- Bolding P O *Bevisbördan och den juridiska tekniken*, Appelbergs boktryckeri, Uppsala 1951 [citat: Bolding (1951)]
- Bolding P O *Skiljeförfarande och rättegång – en studie i processuell organisation och rättstillämpningsmetodik*, P.A. Norstedts & Söner förlag, Stockholm 1956 [citat: Bolding (1956)]
- Boman R *Om åberopande och åberopsbörda i dispositiva tvistemål*, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1964 [citat: Boman (1964)]
- Cars T *Lagen om skiljeförfarande – en kommentar*, 2:e upplagan, Fakta Infodirekt, Stockholm 1999 [citat: Cars (1999)]
- Cooter R & Ulen T *Law & Economics*, 4:e upplagan, Pearson Addison Wesley, USA 2004 [citat: Cooter & Ulen (2004)]
- Damaska M R *The Faces of Justice and State Authority – A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven 1986 [citat: Damaska (1986)]
- Diesen C *Prövning av skadestånd – Bevis 4*, Norstedts juridik, Stockholm 1999 [citat: Diesen (1999)]

- Ekelöf P O *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper*, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1956 [citat: Ekelöf (1956)]
- Ekelöf P O & Edelstam H *Rättegång – första häftet*, 8:e upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 2002 [citat: Ekelöf/Edelstam (2002)]
- Ekelöf P O *Rättegång – andra häftet*, 8:e upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 1996 [citat: Ekelöf (1996)]
- Ekelöf P O, Bylund T & Boman R *Rättegång – tredje häftet*, 6:e upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 1994 [citat: Ekelöf/Bylund/Boman (2002)]
- Ekelöf P O & Boman R *Rättegång – fjärde häftet*, 6:e upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 1992 [citat: Ekelöf/Boman (1992)]
- Ekelöf P O, Edelstam H & Boman R *Rättegång – femte häftet*, 7:e upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 1998 [citat: Ekelöf/Edelstam/Boman (1998)]
- Fisher R, Ury W & Patton B *Vägen till ja*, Liber ekonomi, Malmö 2000 [citat: Fisher *et al.* (2000)]
- Fitger P *Rättegångsbalken*, Del 1-4, Norstedts juridik, Stockholm 1997 [citat: Fitger]
- Fohlin P *Avtalstolkning*, Iustus Förlag AB, Uppsala 1989 [citat: Fohlin (1989)]
- Frankel M E *Partisan Justice*, New York 1980 [citat: Frankel (1980)]
- Grönfors K *Avtalslagen*, Norstedts juridik, Stockholm 1995 [citat: Grönfors (1995)]
- Heimer E H *Om bevisbördan*, Håkan Ohlssons boktryckeri, Lund 1930 [citat: Heimer (1930)]
- Hellner J *Försäkringsrätt*, 2:a upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 1965 [citat: Hellner (1965)]
- Hellner J & *Skadeståndsrätt*, 6:e upplagan, Norstedts juridik,

- Johansson S Stockholm 2000 [citat: Hellner & Johansson (2000)]
- Heuman L & Westberg P *Agumentationsformer inom processrätten – en studiebok*, Juristförlaget, Stockholm 1993 [citat: Heuman (1993)]
- Heuman L *Skiljemannarätt*, Norstedts juridik, Stockholm 1999 [citat: Heuman (1999)]
- Heuman L *Specialprocess – utsökning och konkurs*, 5:e upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 2000 [citat: Heuman (2000)]
- Jägerskiöld S *Offentlig rätt*, Almqvist & Wiksell, Stockholm 1973 [citat: Jägerskiöld (1973)]
- Kihlman J *Fel – särskilt vid köp av lös och fast egendom*, Norstedts juridik, Stockholm 1999 [citat: Kihlman (1999)]
- Kronman A T & Posner R A *The Economics of Contract Law*, Little, Brown & Company Ltd., Boston 1979 [citat: Kronman & Posner (1979)]
- Kvart J & Olsson B *Twistelösning genom skiljeförfarande – en presentation av den nya lagen om skiljeförfarande*, Norstedts juridik, Stockholm 1999 [citat: Kvart & Olsson (1999)]
- Landsman S *Readings on Adversarial Justice: The American Approach to Adjudication*, St. Paul 1988 [citat: Landsman (1988)]
- Larsson S *Studier rörande partshandlingar*, Uppsala 1970 [citat: Larsson (1979)]
- Lehrberg B *Avtalsrättens grundelement*, I.B.A. Institutet för Bank- och Affärsjuridik, Uppsala 2004 [citat: Lehrberg (2004)]
- Lehrberg B *Avtalstolkning*, 3:e upplagan, I.B.A. Institutet för Bank- och Affärsjuridik, Uppsala 2003 [citat: Lehrberg (2003)]
- Lindblom P H *Processhinder – om skillnaden mellan formell och materiell rätt i civilprocessen, särskilt vid*

- bristande talerätt*, P.A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1974 [citat: Lindblom (1974)]
- Lindblom P H *Studier i processrätt*, Norstedts juridik, Stockholm 1993 [citat: Lindblom (1993)]
- Lindell B *Civilprocessen*, 2:a upplagan, Iustus förlag, Uppsala 2003 [citat: Lindell (2003)]
- Lindell B *Partsautonomins gränser*, Iustus förlag, Uppsala 1988 [citat: Lindell (1988)]
- Lindell B *Processuell preklusion av nya omständigheter eller bevis rörande saken*, Norstedts juridik, Stockholm 1993 [citat: Lindell (1993)]
- Lindell B *Sakfrågor och rättsfrågor*, Iustus förlag, Uppsala 1987 [citat: Lindell (1988)]
- Lindskog S *Förhandlingsspelet – om affärsförhandling och kontraktsskrivning*, Norstedts förlag, Stockholm 1989 [citat: Lindskog (1989)]
- Lindskog S *Skiljeförfarande – en kommentar*, Norstedts juridik, Stockholm 2005 [citat: Lindskog (2005)]
- Mellqvist M & Persson I *Fordran & Skuld*, 7:e upplagan, Iustus förlag, Uppsala 2004 [citat: Mellqvist & Persson (2004)]
- Olivecrona K *Bevisskyldigheten och den materiella rätten*, Almqvist & Wiksells boktryckeri, Uppsala 1930 [citat: Olivecrona (1930)]
- Olsen L *Borgenärens val vid kontraktsbrott – en obligationsrättslig studie*, Norstedts juridik, Stockholm 1997 [citat: Olsen (1997)]
- Olsen L *Ersättningsklausuler – vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*, Nerenius & Santérius förlag 1993 [citat: Olsen (1993)]
- Peczenik A *Juridisk argumentation – en lärobok i allmän rättslära*, Norstedts förlag, Stockholm 1990 [citat: Peczenik (1990)]
- Polinski A M *An Introduction to Law and Economics*, 3:e upplagan, Aspen Publishers, New York 2003 [citat: Polinski (2003)]

- Pålsson L *Romkonventionen – tillämplig lag för avtalsförpliktelser*, Norstedts juridik, Stockholm 1998 [citat: Pålsson (1998)]
- Ramberg J *International Commercial Transaction*, 3rd edition, Norstedts juridik, Stockholm 2004 [citat: Ramberg (2004)]
- Ramberg J *Köplagen*, Fritzes förlag, Stockholm 1995 [citat: Ramberg (1995)]
- Ramberg J & Ramberg C *Allmän avtalsrätt*, 6:e upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 2003 [citat: Ramberg & Ramberg (2003)]
- Rodhe K *Obligationsrätt*, P A Norstedts & Söners förlag, Stockholm 1956 [citat: Rodhe (1956)]
- Runesson E M *Avtals- och tvistelösningsförhandling*, Glossator förlag, Stockholm 2003 [citat: Runesson (2003)]
- Taxell L E *Avtalsrätt*, Norstedts juridik, Stockholm 1997 [citat: Taxell (1997)]
- Taxell L E *Avtalsrättens normer*, Åbo akademis förlag, Åbo 1987 [citat: Taxell (1987)]
- Thompson L *The mind and heart of the negotiator*, Prentice Hall, New Jersey 2001 [citat: Thompson (2001)]
- Thoresson C T *Analys av risker i offerter och kontrakt (Ett system för granskning av offerter och kontrakt)*, Juristförlaget, Stockholm 1994 [citat: Thoresson (1994)]
- von Post C-R *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, Jure AB, Stockholm 1999 [citat: von Post (1999)]
- Westberg P *Domstols officialprövning – En civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p 1*, Juristförlaget i Lund, Lund 1988 [citat: Westberg (1988)]

## Artiklar och uppsatser

- Bagner H & Rosengren J ”Nya bevisregler för internationella skiljeförfarande” i *Juridisk Tidskrift Årgång 12 2000-01 Nr 2* s 431-438 [citat: Bagner & Rosengren (2000-01)]
- Bernitz U ”Småföretagarskydd mot oskäligen avtalsvillkor, särskilt 36 § avtalslagen”, i *Festskrift till Sveriges advokatsamfund* s 107-143, Norstedts juridik, Stockholm 1987 [citat: Bernitz (1987)]
- Boman R ”Bevisbörda och civilrätt (eller sfärens harmoni)”, i *Festskrift till Bertil Bengtsson* s 63-72, Nerelius & Santéus, Stockholm 1993 [citat: Boman (1993)]
- Boman R ”Ett rättsfall om bevisbördan (NJA 1976 s 667)”, i *Festskrift till Per Olof Bolding* s 49-56, Juristförlaget, Stockholm 1992 [citat: Boman (1992)]
- Calissendorff G ”Jura novit curia i internationella skiljeförfaranden i Sverige”, i *Juridisk Tidskrift Årgång 7 1995-96 Nr 1* s 141-148 [citat: Calissendorff (1995-96)]
- Håstad T ”Besiktningens rättsverkan”, i *Svensk Juristtidning* 1991 s 577-600, Norstedts juridik, Stockholm 1991 [citat: Håstad (1991)]
- Håstad T ”Dröjsmål och fel i AB 72 – Några kommentarer med anledning av den pågående villkorsrevisionen”, i *Festskrift till Gotthard Calissendorff* s 76-128, Norstedts juridik 1990 [citat: Håstad (1990)]
- Jacobsson U ”Argumentation i civilprocessen”, i *Festskrift till Lars Welamsson* s 349-368, Norstedts förlag, Stockholm 1988 [citat: Jacobsson (1988)]
- Larsson S ”Dispositionsprincipen och dispositiv rätt”, i *Svensk Juristtidning* s 577-605, Norstedts juridik, Stockholm 1980, [citat: Larsson (1980)]
- Nicander H ”Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden”, i *Juridisk Tidskrift Årgång 7 1995-96 Nr 1* s 31-49 [citat: Nicander (1995-96)]



- Nordenson U K ”Materiell processledning i skiljeförfarande”, i *Juridisk Tidskrift Årgång 5 1993-94 Nr 1* s 211-221 [citat: Nordenson)]
- Ramberg J ”Avtalsskrivaren och 36 § avtalslagen”, i *Festskrift till Sveriges advokatsamfund* s 503-515, Norstedts juridik, Stockholm 1987 [citat: Ramberg (1987)]
- Westberg P ”Advokatuppdrag och processuell undersökningsbörda – betydelsen av rättskraftens preklusionsverkan i tvistemål och skiljeförfarande”, i *Juridisk Tidskrift Årgång 10 1998-99 Nr 2* s 398-430 [citat: Westberg (1998-99)]
- Westberg P ”Processtaktik och bevisbördan i dispositiva tvistemål”, i *Festskrift till Per Henrik Lindblom* s 731-754, Iustus förlag, Uppsala 2004 [citat: Westberg (2004)]
- Westberg P ”Från statlig till privat rättskipning – reflexioner över frågan om avsägelse av rätten till domstolsprövning”, i *Festskrift till Hans Ragnemalm* s 347-364, Juristförlaget i Lund, Lund 2005 [citat: Westberg (2005)]
- Westberg P ”Taktisk rättegångsdribbling i tvistemål – en sk ’Lindskogare’”, i *Vänbok till Bo Broomé – Från grundlag till vardagsjuridik*, Hovrätten över Skåne och Blekinge, Malmö 2000 [citat: Westberg (2000)]

# Rättsfallsförteckning

NJA 1916 s 262	NJA 1951 s 1	NJA 1952 s104
NJA 1954 s 558	NJA 1959 s 318	NJA 1961 s 7
NJA 1962 s 770	NJA 1964 s 177	NJA 1969 409
NJA 1975 s 280	NJA 1975 s 577	NJA 1975 s 657
NJA 1976 s 667	NJA 1977 s 176	NJA 1977 s 756
NJA 1979 s 483	NJA 1979 s 570	NJA 1986 s 470
NJA 1987 s 668	NJA 1987 s 500	NJA 1988 s 226
NJA 1989 s 215	NJA 1989 s 614	NJA 1990 s 108
NJA 1991 s 467	NJA 1991 s 481	NJA 1991 s 625
NJA 1992 s 58 II	NJA 1992 s 263	NJA 1992 s 740 I & II
NJA 1993 s 764	NJA 1994 s 449	NJA 1994 s 566
NJA 1994 s 712 III	NJA 1995 s 367 II	NJA 1999 s 197
NJA 2001 s 177	NJA 2003 s 89	