



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Janos Kisvari

# Avtalsfrihet och kontraheringsplikt

– En analys av allmänna läror och deras inbördes  
samband genom doktrin och rättspraxis

Examensarbete  
30 högskolepoäng

Bernard Johann Mulder

Allmän förmögenhetsrätt

VT 09

*Tiden är en faktor vi bör ta på allvar*

*Men hur?*

*Ett steg i taget eller flera?*

*Är det upp till oss eller andra att bestämma?*

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>4</b>
1.1 Ämnespresentation	4
1.2 Problemformulering och syfte	5
1.3 Terminologi	6
1.4 Metodologiska utgångspunkter	7
1.5 Avgränsning	14
1.6 Material	14
1.7 Disposition	14
<b>2 AVTALSFRIHETEN SOM NORM</b>	<b>15</b>
2.1 Avtalsfrihetens dimensioner	15
2.2 Avtalsfrihetens idéhistoriska dimension	15
2.3 Avtalsfrihetens potentialfunktion	22
2.4 Avtalsfriheten och dess rättssystematiska undergrupper	26
<b>3 KONTRAHERINGSPLIKTEN SOM NORM</b>	<b>28</b>
3.1 Kontraheringspliktens grundläggande karaktär	28
3.2 Kontraheringspliktens roll i avtalsfrihetens potentialfunktion	33
<b>4 KONTRAHERINGSPLIKTEN SOM ALLMÄN LÄRA I RÄTTSPRAXIS</b>	<b>40</b>
4.1 Tendenser i rättspraxis mot en allmän princip om kontraheringsplikt	40
4.2 Hur långt kan man argumentera för en allmän princip om kontraheringsplikt?	50
4.2.1 Inneboende analysmöjligheter i rättsfallen	50
4.2.2 Tendenser mot alternativa uppfattningar?	54
4.2.3 Prognos avseende tillämpningen av en princip om kontraheringsplikt	55

<b>5 SLUTORD</b>	<b>59</b>
<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>61</b>
<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>64</b>

# Summary

The legal concept of freedom of contract is dynamic and argumentable. In this thesis this aspect of freedom of contract is introduced through a new definition, the function of potentiality of freedom of contract. Because freedom of contract has a function of potentiality, competing common theories of law can transform how freedom of contract as a basic principle in the legal system is implemented in case law. In this thesis moreover the limits of compulsory contract is examined. The purpose is to examine if there is tendencies towards closure between doctrine and case law regarding alternative approaches of freedom of contract in which compulsory contracting and freedom of contract as principle can be treated together. The purpose is to examine the degree of conformity between doctrine and case law and examine how extensively, with a higher precision, compulsory contracting as principle can be argued.

The conclusion is that the development of case law normatively in ideology is conforming to the alternative approaches that the doctrine addresses. Though, the argumentation in case law follows a diverse linguistic form. The progress of normative ideology in case law leads to the conclusion that alternative orientation of legal doctrine is, to some extent, supported by case law. Case law indicates a decline of free choice in contracting, and a shift towards a fruitful consideration of the weaker parties' interests in the contract relationship. But still, the traditional definition of freedom of contract is the general principle, although this traditional definition of freedom of contract is weakened.

Additionally, this thesis addresses the question if there is a general principle of compulsory contracting. However, as the conclusion above indicates, this way of addressing the question is rather simplified. The conclusion regarding this question is that there is a principle of compulsory contracting in Swedish law that is applicable in more situations than before.

Furthermore this thesis sets out a deeper understanding for the principles of freedom of contract and compulsory contracting. The question that is brought out is what freedom of contract and compulsory contracting is, and what contents these general principles have. The answer to the question is made possible through the division of the principles into different dimensions. The answer to the question is that the principle of freedom of contract and the principle of compulsory contracting can only be fully understood when there is an understanding for all the different dimensions of the principles which enables us to see the whole picture. Through a new definition, the function of potentiality of freedom of contract, an analysis is made possible that carries out the answer that the principles of compulsory contract and of freedom of contract can be treated together. Treating the principles in this direction surely strengthens the weaker parties' right to contract. And treating the principles together has direct consequences in the long run.

# Sammanfattning

Avtalsfriheten är dynamisk och argumenterbar, med andra ord har avtalsfriheten enligt det i arbetet myntade begreppet en potentialfunktion. I och med att avtalsfriheten har en potentialfunktion kan konkurrerande allmänna läror förändra hur avtalsfriheten som grundprincip i rättssystemet kommer tillämpas i rättspraxis. I detta arbete undersöks även gränserna för den allmänna läran om kontraheringsplikt. Syftet är att undersöka om det finns tendenser till närmanden mellan doktrin och rättspraxis angående alternativa uppfattningar av avtalsfriheten i vilken kan innefattas en viss inneboende kontraheringsplikt. Syftet är att undersöka graden av närhet mellan doktrin och rättspraxis och utreda hur vidsträckt man, med högre precisionsgrad, kan argumentera för en allmän princip om kontraheringsplikt till förmån för den svagare parten i avtalsförhållandet.

Slutsatsen är bland annat att utvecklingen i rättspraxis ideologiskt normativt ligger i linje med de alternativa synsätt som framkommer i doktrinen. I rättspraxis följer dock argumentationen en annan språklig utformning. Den förskjutning som föreligger i rättspraxis avseende normativa ideologiska utgångspunkter visar på att alternativa doktrinära synsätt återspeglas i viss grad samt kan användas i än större utsträckning. Det har skett en förskjutning i rättspraxis mot att avtalsfriheten är mer inskränkt än tidigare. Avtalsfriheten är inte en lika oinskränkt huvudregel tolkad enbart till förmån för den starkare parten i avtalsförhållandet. Något definitivt genombrott mot en absolut avtalsfrihet kan dock inte urskönjas och avtalsfriheten framstår som något försvagad men ändå som huvudregel.

Detta arbete ställer även frågan om det finns en allmän princip om kontraheringsplikt. Men som slutsatsen visar är denna fråga alltför förenklad och erbjuder med begagnande av en konstruktiv rättsvetenskaplig metod långt mer intressanta undersökningsmöjligheter. Slutsatsen avseende denna fråga är att det föreligger en princip om kontraheringsplikt som kan bli tillämplig i en rad fler situationer än tidigare.

I arbetet utvecklas förståelsen för avtalsfriheten och kontraheringsplikten. Frågan ställs vad avtalsfriheten och kontraheringsplikten är samt har för innehåll. Svaret på frågeställningarna möjliggörs genom att avtalsfriheten delas upp i olika dimensioner. Svaret är att avtalsfriheten och kontraheringsplikten kan uppfattas som allmänna läror där det krävs en övergripande förståelse för samtliga dimensioner hos dessa allmänna läror där delsvaren inom dessa dimensioner ger oss helhetsbilden. I arbetet framhävs genom begreppet avtalsfrihetens potentialfunktion avtalsfrihetens inneboende egenskap av att vara föränderlig i rättssystemet. I denna potentialfunktion placeras sedan kontraheringsplikten in. Resultatet är att sambandet mellan avtalsfrihet och kontraheringsplikt kan uppfattas på olika sätt, där en uppfattning om att lärorna ingår i varandra ger den svagare parten en starkare rätt till avtal. En uppfattning som på längre sikt har direkt verkan i den materiella rätten.

# Förord

Jag vill rikta ett varmt tack till mina föräldrar för deras kärlek, uppmuntran och stöd, både i lättare och svårare tider. Inga ord kan komma i närheten av den kärlek jag känner till Er.

Jag vill rikta ett stort tack till alla mina vänner, jag hoppas att ni vid det här laget vet vilka ni är och vad ni betyder för mig, även om jag har varit något oförmögen att visa detta under den tid då denna uppsats var i sitt slutskede. Jag gillar inte uppräknningar men vill speciellt tacka barndomsvänner från Växjö och nyfunna vänner i Lund. På vägen under min studietid har jag träffat Maria, tack för att du funnits här för mig och gett mig lugn. Jag vill även rikta ett speciellt tack till Ludwig, en person med djup insikt i hur livet egentligen ter sig i praktiken. Vi vet båda att utan dig hade den inledande delen av denna juristutbildning inte varit möjlig. Jag vill även tacka Christopher "the cat in the hat" som har bistått mig med alla former av råd och dåd, främst goda men även mer tveksamma sådana.

Slutligen har jag för denna uppsats att framföra ett stort tack till min handledare Johann Mulder. Johann har fått mig att inse vad ordet handledare egentligen betyder. Mobilsamtal då han gick med sin son till biblioteket, då han åkte på semester, även offrade sin forskningstid för en av sina många studenter. Då denna uppsats verkade omöjlig att skriva har han med en medvetet osynlig styrande hand lett mig in på vägar som jag har honom att rikta ett stort tack för. Utan honom hade denna uppsats inte kunnat presenteras med det innehåll den har idag. Jag har dessutom utöver detta Johann att tacka för att han gett mig en förståelse för vad det kan innebära att bedriva vetenskap på riktigt. Alla som bedriver denna verksamhet vill jag efter författandet av denna uppsats framhäva min respekt för.

Växjö,  
den 26 augusti 2009

# 1 Inledning

## 1.1 Ämnespresentation

Vad är kontraheringsplikt? Kontraheringsplikten framträder i rättssystemet genom stadganden eller som en rättsprincip. Innebörden av kontraheringsplikten kan förklaras på olika sätt. Ett av dessa sätt är att kontraheringsplikt innebär att en part kan påkalla avtalsslut utan viljeförklaring från en annan parts sida. Situationen kan även uppfattas som att kontraheringsplikt innebär förbud mot avtalsvägran från en part att ingå avtal med en annan. Ett annat sätt att formulera situationen är att kontraheringsplikt innebär att en part kan framtvunga avtal med annan part. Kontraheringsplikten är något av en främmande fågel. Det är inte många utanför rättsvetenskapens rum som vet om att den finns eller vad den innebär.

En välkänd storhet inom rättssystemet är avtalsfriheten. Avtalsfriheten uppfattas ofta som att individen har en fri vilja och en frihet att ingå avtal med vem han eller hon vill. Traditionellt uppfattas sambandet mellan avtalsfrihet och kontraheringsplikt som att kontraheringsplikten inskränker avtalsfriheten.<sup>1</sup> När avtalsfriheten uppfattas som statisk, föremål för inskränkningar, är det inte heller konstigt att kontraheringsplikten blir ett främmande element. I doktrinen anförs exempelvis att kontraheringsplikten innefattar ett ”genomgripande ingrepp i avtalsfriheten”.<sup>2</sup>

Detta sätt att uppfatta sambandet mellan avtalsfrihet och kontraheringsplikt har kraftigt ifrågasatts av Nybergh i arbetet *Avtalsfrihet – rätt till avtal*. Nybergh menar att kontraheringsplikten bör förstås i relation till den kvalificerade avtalsfriheten. Han anser att avtalsfriheten om den uppfattas till förmån för konsumenten även inbegriper en viss (inneboende) kontraheringsplikt. Även på andra håll i doktrinen anförs synsättet att avtalsfriheten bör omvärderas. Det har hävdats att samtidigt som privatautomin under det senaste århundradet konstant har försvagats har en ökning av situationer där en part måste ingå ett obligatoriskt – icke frivilligt, tvunget – utbyte ökat.<sup>3</sup> Atiyah anförs exempelvis att det finns en tradition att referera till utbyten i termer av ”kontraktstvång” och traditionellt uppfatta att det finns en motsättning mellan utbyten där parten har fri vilja och utbyten som sker genom kontraktstvång.<sup>4</sup> Rent faktiskt – i det praktiska samhällslivet – menar han dock att det är svårt att dra en gräns mellan de fall där en part ingår avtal helt fritt av egen vilja eller de fall där parten inte har någon fri vilja alls att ingå avtal. I den traditionella uppfattningen av den fria viljan och avtalsfriheten löstes denna avvikelse mellan det normativa och det faktiska genom att man undvek frågan om vems (vilken parts) fria vilja som

---

<sup>1</sup> Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, s. 3.

<sup>2</sup> Victorin, *Om kontraheringstvång inom förmögenhetsrätten*, SvJT 1976 s. 438.

<sup>3</sup> Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of contract*, s. 742 f.

<sup>4</sup> Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of contract*, s. 743.



avsågs och antog att alla kontrakt ingås och är ett resultat av den fria viljan.<sup>5</sup> Frågan är dock om detta synsätt någonsin har varit tillfredsställande. En svagare part som normativt skulle kunna ingå ett avtal genom sin fria vilja kommer rent faktiskt ibland inte ha möjligheten att ingå detta avtal på grund av vissa hinder på dennes sida, exempelvis ekonomiska eller sociala hinder. Frågan är om det inte är dags att omvärdera avtalsfrihetsbegreppet till att omfatta en viss kontraheringsplikt.

## 1.2 Problemformulering och syfte

*Finns det en allmän princip om kontraheringsplikt och vad har en sådan princip för innehåll?* Detta är den första frågeställningen av de totalt tre som föreligger i detta arbete. Frågeställningar som förefaller vara enkla och lätta att besvara kan ibland dölja ett omfattande material bakom sig som behöver undersökas för att nå klarhet och kunna dra exaktare slutsatser. Ibland inser man att vad man i början trodde var en enkel fråga tillslut visar sig ha flera bottnar och behöver preciseras. Så blev fallet här. För att förstå vår frågeställning är vägen lång och invecklad, men samtidigt motiverad att vandra och intressant.

Den andra huvudfrågeställningen i arbetet blir således *om och i vilken grad det finns tendenser i rättspraxis som ger stöd för de alternativa uppfattningarna av avtalsfriheten och det närmre sambandet med kontraheringsplikten som där anförs. Återspeglas och finns det stöd i rättspraxis för alternativa synsätt? Hur långt kan man med rätta argumentera i doktrinen och vad är den realistiska utgången mot bakgrund av HD:s praxis?* Denna frågeställning besvaras med hjälp av *den konstruktiva rättsvetenskapliga metoden*. Min förhoppning är att visa att denna metod ger nya resultat. På många sätt menar jag att den konstruktiva rättsvetenskapliga metoden kan sägas ligga mellan den alternativa rättsdogmatiken och den mer ”traditionellt” rättstillämpningsinriktade. Man kan också formulera det så att den konstruktiva rättsvetenskapen innebär mötet mellan den alternativa rättsdogmatiken och den mer ”traditionella”. Genom arbetet kommer en bild framträda att val av metod direkt har återverkningar på den juridiska undersökningens resultat.

Man får här inte glömma att inom rättssystemet det inte är en aktör som styr agendan utan att rättssystemet ofta utvecklas i en viss harmoni där aktörers krafter och motkrafter växelverkar. Man får inte glömma att doktrinära uppfattningar i slutändan vilar på uppfattningar om samhället, samhällsförhållandena, och på analyser av om det rättsmaterial som föreligger avviker från de rådande samhällsförhållandena och därför bör utvecklas. Som synes kan man bland annat komma till slutsatser liknande den att rättspraxis inte ger stöd för omfattande nyare doktrinära synsätt. Frågan är om i så fall det egentligen är rättstillämpande organ som inte har sett till samhällsutvecklingen eller om det är doktrinen som har misstagit sig. Det är här jag menar att rättssystemets aktörer samspelar och skapar harmoni. Vid

---

<sup>5</sup> Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of contract*, s. 743 f.

en tidpunkt kommer rättspraxis i samspel med doktrinen sammantaget ge ett tydligare svar på vilka samhällsförhållanden som bör återspeglas i rätts-systemet. Det är här jag menar att vi i nu befinner oss och det är därmed här detta arbete tar vid.

Denna andra frågeställning i arbetet är inte enkel. Det krävs en förståelse för att avtalsfriheten och kontraheringsplikten är allmänna läror (som innefattar begrepp och rättsprinciper) som befinner sig på en högre nivå än den materiella rätten. Frågan inställer sig om en syntes mellan avtalsfriheten och kontraheringsplikten i ett ovanifrånperspektiv på rätten har verkan när man dyker in i den materiella rätten här främst rättspraxis. Den tredje frågeställningen är om  *dessa allmänna läror på en högre nivå ovanför den materiella rätten har någon konkret verkan på vilka exempelvis rättsfaktum och rättsföljder kan inträda i rättspraxis?*

Innan de ovan angivna tre frågeställningarna besvaras måste först tre underfrågor besvaras. Den första frågan är  *vad avtalsfriheten har för innehåll och hur den uppfattas idag?* Den andra frågan är  *vad kontraheringsplikt är och hur den framträder i rättssystemet.* Den tredje frågan är om  *avtalsfrihet och kontraheringsplikt är motsatta begreppspar eller om det går att uppnå en syntes mellan begreppen? Kan det i avtalsfriheten anses ingå även en viss kontraheringsplikt?* Det är dessa underfrågor som detta arbete inleder med att besvara. Dessa underfrågor riktas så att huvudfrågeställningarna i arbetet ska kunna besvaras.

Syftet med detta arbete är att, förutom att besvara arbetets frågeställningar, undersöka om det finns tendenser till närmanden mellan doktrin och rättspraxis angående alternativa uppfattningar av avtalsfriheten i vilken kan innefattas en viss inneboende kontraheringsplikt. Syftet är att undersöka graden av närhet mellan doktrin och rättspraxis och utreda hur vidsträckt man, med högre precisionsgrad, kan argumentera för en allmän princip om kontraheringsplikt till förmån för svagare part i avtalsförhållandet. Syftet är att med grund i en analys som tar utgångspunkt i olika doktrinära synsätt sammanvägt med HD:s rättspraxis konkret kunna utreda rättsläget och ge prognoser samt rekommendationer för den framtida rättsbildningen avseende frågeställning ett och två. Syftet har vissa inneboende moment av konfliktförebyggning.

### 1.3 Terminologi

I arbetet används medvetet främst dikotomin *svag part och stark part vid rättsfallsanalysen*. Anledningen till användningen av dessa begrepp är att möjliggöra ett öppet förhållningssätt vid tolkning av rättspraxis. Rätts-systemet kan uppfattas som att den innehåller och avgör partskonflikter. Om man närmar sig den relevanta frågeställningen för ifrågasvarande arbete träder begreppet näringsidkare och konsument ibland fram. Syftet är dock medvetet att inte försöka att på förhand rikta analysen av rättspraxis mot dessa begrepp. Istället är syftet att se om en syntes av rättsprinciper på en högre nivå får gehör på grundnivån i detta fall bestående av rättspraxis.

Detta innebär att föra rationalitetsargument med grund i diskussionen kring de grundläggande principerna avtalsfrihet samt kontraheringsplikt och vilka inneboende möjligheter samt begränsningar dessa principer innefattar när de ställs i relation till den positiva rätten.

## 1.4 Metodologiska utgångspunkter

För alla som avser att författa en juridisk uppsats är det en nödvändighet att ha en förståelse för olika former av rättsvetenskaplig verksamhet och rättsvetenskaplig metodologi. Förståelsen för rättsvetenskaplig metodologi gör att relevanta juridiska problem identifieras och bearbetas på ett kreativt sätt. Metodologi är viktigt inom alla rättsområden. I förevarande uppsats står avtalsrätten och civilrätten i blickfånget. Dessa rättsområden som griper in i varandra karaktäriseras av stora delar icke kodifierad rätt. I denna uppsats framträder främst två av dessa rättsområdenas allmänna läror (innefattade rättsprinciper och begrepp), avtalsfrihet och kontraheringsplikt. Dessa principer är inte lätta att ”ta på” och det är svårt att utan en djupgående rättslig analys förstå principernas innebörd och samband med den materiella rätten. Förståelsen för rättsvetenskapliga idériktningar blir därför central för att möjliggöra en förståelse för rättssystemets olika nivåer och se samband mellan rättsprinciper och dess påverkan i positiv rätt.

*Denna uppsats tar utgångspunkt i en konstruktiv rättsvetenskaplig metod med inslag av Wilhelmssons metod att betrakta rättssystemet. Vägen mot förståelsen för denna konstruktiva metod med inslag är dock slingrig och gör att man måste lyckas nå över vissa hinder. Dessa hinder utgörs enligt min mening av att förstå vilken plats en konstruktiv rättsvetenskaplig metod intar mellan den traditionellt uppfattade rättsvetenskapen med dess rättsdogmatiska metod och den på andra sidan framträdande alternativa rättsdogmatiken. De rättsvetenskapliga teorier, idériktningar samt vetenskaplig metod som här redogörs för har påverkat tankeverksamheten, rättsfallsanalysen samt de rationella rättsliga argumenten i uppsatsen.*

I den dominerande juridiska doktrinen under 1900-talet och framåt uppfattas ofta rättssystemet som en i princip konfliktfri helhet. Uttrycket sedvanlig eller traditionell juridisk metod används för att benämna den rättsvetenskapliga verksamhet som tar utgångspunkt i ett positivistiskt synsätt, där användandet av lag, förarbeten och rättspraxis som kan sägas utgöra empirins motsvarighet i andra vetenskaper utgör grunden för att försöka fastställa innehållet i gällande rätt. Vid sidan av detta uttryck som förklarar den metodologiska utgångspunkten vid författandet av ett juridiskt arbete motiveras valet av metod vanligen av att författaren använder sig av rättsdogmatik. Dessa utgångspunkter för att analysera det rättsliga materialet, argumentera och dra konklusioner, medför kausalt vissa implikationer. Tyvärr uppfattas rättsvetenskapen och dess metod ofta på detta ensidiga sätt av de som befinner sig utanför rättsvetenskapens rum. Men än värre är att det framstår som att den som författar examensarbeten likt förevarande ofta intar en lika ensidig syn på juridisk metodologi. Kanske har denna syn med att göra att utbildningen länge har varit praktiskt inriktad mot domarbanan.

Men den uppsats som ska författas under juridikstudiernas sista terminer innebär ett försök att nå mot vissa kriterier. Exempelvis talas det om att studenten ska genomföra ett kvalificerat självständigt utredningsarbete samt ha kunskap om ett specifikt rättsområdes vetenskapliga grunder och metoder. Med andra ord ska man bedriva något som kan karakteriseras som rättsvetenskap med inslag av tillämpning.

Här kan inledas med den subjektiva ståndpunkten att det hos studenten som genomför sin juridiska grundutbildning på universiteten, det ofta finns en bristande förankring i förståelsen av vilka konsekvenser det medför att omdömeslöst ta utgångspunkt i en ensidig förståelse av rättsdogmatiken med grund i en positivistisk rättsvetenskap och ha grundantagandet att detta skulle medföra en objektivisering av rätten. Det är naturligtvis inte fel i sig att ta utgångspunkt i en sådan metod, detta vore enligt min mening att placera sina åsikter i periferin på en politisk värdeskala och strida från en politisk ytterpunkt. Istället är det centrala att *förstå* att man genom att stanna vid valet av rättsdogmatisk metod på inget självklart sätt förhåller sig objektiv till rätten och dess roll i samhället.

I den traditionella juridiska doktrinen som har växt fram under 1900-talet och som har en historisk påverkan från långt tillbaka i tiden finns ett synsätt att se rättssystemet som värdeneutralt.<sup>6</sup> Idéhistorien ger oss anvisningar om de normativa (värdemässiga) traditioner som dominerat den rättsliga tankeverksamheten under olika tidsfaser. Den tar oss tillbaka i tiden för att sedan stadigt vandra mot nuet och förklara för oss vilka värderingar som har format vårt tänkande till vad det är idag. Idéhistorien ger oss fingerisningen att det är en kombination av skandinavisk rättsrealism med grund i värdenihilismen, en positivistisk filosofi, samt under senare decennier en framväxande neoliberalism i en vacklande modernism vi svårligen lämnar, som har skapat vår värld och vårt rättsmedvetande till att sträva efter värdenutralitet.<sup>7</sup> Genom att exempelvis redogöra för en viss lagparagraf eller utreda ett rättsområde inbillar vi oss att vi är neutrala vid en analys av rätten, med ett samtidigt uppfyllande av vår plikt som jurister. Men man bör som individ ställa sig frågan om inte valet av rättsdogmatiken kausalt för med sig en viss passivitet att "hoppa in" i lagen med en redan förutfattad rättspolitisk ståndpunkt. I denna del blir svaret i stor utsträckning jakande. Det kan svårligen finnas något värdeneutralt vid val av en utgångspunkt som innebär att rätten godtas utan *någon* form av moralisk reflektion.<sup>8</sup> Att passivt återge gällande rätt i det föreliggande konkreta rättsmaterialet kan upplevas som och ge sken av att frånvaron av en personlig politisk värdering föreligger, men innebär istället att man enbart blundar eller inte ser att man faktiskt instämt i den politik som redan färgar den föreliggande rätten.

Flera har de varit som har ifrågasatt en rättspositivistisk syn på rättsvetenskapen och tanken om ett värdefritt rättssystem. Närmast ligger företrädarna för den alternativa rättsdogmatiken även benämnd som *Critical*

---

<sup>6</sup> Votinius, *Varandra som vänner och fiender*, s. 15–54.

<sup>7</sup> Votinius, *Varandra som vänner och fiender*, s. 15–54.

<sup>8</sup> Denna idé framförs av Votinius, se Votinius, *Varandra som vänner och fiender*, s. 49 f.

*legal studies (CLS)*. Under 1970-talet utvecklades CLS främst för att bryta ned en liberal rättsuppfattning som man menade fanns inbyggd i delar av den materiella rätten. Inriktningens företrädare menade att rätten och rättsaktörerna, såsom exempelvis domstolar, är politiska aktörer med egna politiska agendor och att den framträdande politiska inriktningen som tar uttryck i rätten är den fria marknadsliberalismen. Företrädarna för CLS ansåg att rättsvetenskapen måste få en ny utformning eller rättare sagt återtas till dess utgångspunkt som den var före påverkan av liberalismen. På sikt skulle detta återtagande innebära att rättsvetenskapen såg rättens inbyggda potential att styra den politiska agendan. CLS ville låta rättsvetenskapen växa som institution och inte tas över av marknadsekonomin. Rättssystemet skulle på detta sätt kunna bidra till och byggas upp efter social välfärd.<sup>9</sup>

Att påstå att CLS tar utgångspunkt i socialistiska idéer är naturligtvis inte en helt felaktig syn men är missvisande för att förstå inriktningens mål som framåtsträvande. CLS utvecklades med rötter i realismen och poststrukturalismen. Visserligen har teorin i dess grundberöringspunkter med socialismen men egentligen kan teorin ses som progressiv och postmodern där man vill dekonstruera liberalismen till något bättre, det vill säga inte nödvändigtvis ersätta liberalismen utan dekonstruera den och därefter utveckla den med välfärdselement, låt kalla sociala element, social rättvisa etcetera. Senare har CSL utvecklats i olika riktningar, där särskilt den postmoderna dekonstruktionen som inriktning blir intressant.

Den postmoderna dekonstruktionen av rätten med dess inverkan på den *alternativa rättsdogmatiken*, om man vill tala om en särskilt framväxande gren inom rättsvetenskapen, är för den ståndpunkten att rätten är i en svår period och talar om rättens begär efter och rättens oskiljbarhet från moraliska värderingar. Den dekonstruktiva delen i den postmoderna synsättet på rätten innebär att man ser rättslig objektivering som legitimerare för dolda agendor som beror på maktpåverkan. Det dekonstruktiva synsättet innebär att *några definitiva sanningar inte finns, utan att allt som finns är medierat av det språk vi lever i*. Allt är tolkningsbart och den liberala synen eller den neoliberala synen på rätten utgör endast en tolkning av världen, en modell som är resultatet av den språkliga retorik som skapar vår värld. Att den neoliberala modellen enbart är en modell innebär att det genom språklig retorik går att medvetandegöra de inbyggda värdena i rätten. Det går att konstruera en ökad social rättvisa för alla genom att återskapa världen med grund i nya värden och nya begrepp. Enligt det dekonstruktiva synsättet blir på detta sätt rättvisa enbart en fråga om konversation.<sup>10</sup> På flera sätt bottnar denna syn på världen i realismen, som dock bör avskiljas från vad som annars känns synonymt med den skandinaviska rättsrealismen och den därtill knutna värdenihilismen. Det dekonstruktiva synsättet passar in i dagens kunskapsamhälle och har växt fram i det, som en reaktion på modernismen. Kritiken mot rättsdogmatiken kan därmed bland annat sägas ligga i att rättsdogmatiken inte språkligt tydligt framhäver sina agendor

---

<sup>9</sup> Ward, Introduction to critical legal theory, s. 144 ff.

<sup>10</sup> Ward, Introduction to critical legal theory, s. 171 ff.

(motiv) och därmed legitimerar föreliggande maktstrukturer istället för att kritisera dem.<sup>11</sup>

I *svensk doktrin* finns en breddad metodologi inom delar av den rättsvetenskap som inriktar sig på studiet av avtalsrätten och civilrätten, även om denna breddade metodologi ibland framstår som vagt formulerad. Metodologin kan ofta uppfattas röra sig på gränsen mellan en alternativ rättsdogmatik och den rättsdogmatik som benämns som ”traditionell”. Ett arbete som exemplifierar en sådan balansgång mellan olika metoder är Christensens arbete *Hemrätt i hyreshuset*.<sup>12</sup> Arbetet innebär enligt min mening att en rättsdogmatisk metod kombinerad med välfärdsideologi ger en fast rättslig analys, dock med nya perspektiv och slutsatser. Utöver detta arbete återfinns ett breddat metodologiskt synsätt i juridiska avhandlingar. Vidare har Lehrberg och Hellner<sup>13</sup> vid beskrivningen av sin syn på rättsvetenskapen och dess uppgift argumenterat i dessa breddade riktningar.

Bland annat har Lehrberg argumenterat för olika betraktelsesätt av avtalsrätten som skiljer sig från det klassiska rättsdogmatiska synsättet.<sup>14</sup> Lehrberg menar att *avtalsrätten liksom juridiken i övrigt* kan betraktas ur tre skilda perspektiv som samverkar. Dessa perspektiv att ta utgångspunkt i är följande. För det första föreligger *verkligheten* som de rättsliga reglerna behandlar. För det andra föreligger *rättsreglerna* i sig som kan tas till utgångspunkt. För det tredje kan man undersöka de *ändamål* som uppbär rättsreglerna. Lehrberg menar att de flesta avtalsrättsliga framställningar är regelorienterade genom att de behandlar rätt som den framgår av rättsregler. När man betraktar rättsordningen ur ett samhällsperspektiv ligger det dock nära till hands att ifrågasätta reglernas innehåll. Detta i sin tur ligger inte långt ifrån den tredje perspektivet, att diskutera och ifrågasätta de *värderingar* som bär upp rättsreglerna.<sup>15</sup> I sin kritik är det också detta Lehrberg får anses kunna tillskrivas eftersöka. Sin syn på rätten hämtar han från åsikten att den moderna avtalsrätten har avintellektualiserats.<sup>16</sup>

Hellner diskuterar begreppet rättsdogmatik när han för en diskussion kring rättsvetenskapen.<sup>17</sup> Han menar att rättsdogmatiken får uppfattas som att framställa gällande rätt men dessutom ha något extra intellektuellt i bagaget i form av kunskaper och skicklighet. Han anför att det är onödigt att dra skiljelinjer för rättsvetenskapen mot andra vetenskaper. Objektet för rättsdogmatiken är visserligen att analysera gällande rätt som utgångspunkt, men en begränsning av rättsvetenskapen till rättsdogmatiken skulle vara att dra

---

<sup>11</sup> Naturligtvis kan även en alternativ rättsdogmatik legitimera maktstrukturer om den inriktar sig på att medvetandegöra marginella problem.

<sup>12</sup> Se i helhet Christensen, *Hemrätt i hyreshuset*, En rättsvetenskaplig studie av bostads-hyresgästens besittningsskydd, Juristförlaget, Stockholm 1994.

<sup>13</sup> Se Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen*, samt Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement*. Hellner diskuterar på s. 27 ff. utförligt rättsvetenskapens verksamhetsområde och är tillika kritisk mot den snäva rättsdogmatiken samt även rättspositivistiska angreppssätt.

<sup>14</sup> Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement*, s. 25.

<sup>15</sup> Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement*, s. 26.

<sup>16</sup> Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement*, s. 28–30.

<sup>17</sup> Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen*, s. 22.

upp en onödig skiljelinje.<sup>18</sup> Enligt min mening beskriver Hellner rättsdogmatiken på ett sätt som vi traditionellt uppfattar den. Med att närma sig andra vetenskapliga discipliner menar han inte att bedriva tvärvetenskaplig forskning. Han menar det jag anser vara en vag beskrivning av att ha alternativa synsätt på rätten.

De synsätt på rättsvetenskapen och rättsvetenskaplig metodologi som här redogjorts för måste särskiljas från att bedriva *tvärvetenskaplig forskning*. Ett breddat rättsvetenskapligt perspektiv kan användas utan att det måste vara fråga om att ägna sig åt tvärvetenskaplig forskning.<sup>19</sup> Att ta utgångspunkt i exempelvis rättssociologi kräver fördjupade kunskaper i denna disciplin.

Om man riktar sina blickar mot våra nordiska vänner i öst framträder Wilhelmssons pionjärbete Social civilrätt fram. Arbetet är i hög grad ett rättsvetenskapligt verk som utgår från den alternativa rättsdogmatiken, eller en progressiv rättsvetenskap om man väljer att se dessa som synonymer. Idéerna är framåtsträvande och verket utgör ett framstående inslag i att se vilka möjligheter rätten erbjuder.<sup>20</sup> Wilhelmsson utgår från den alternativa rättsdogmatiken och dess strävan efter att öka de sociala behovsinslagen i det senkapitalistiska samhället.<sup>21</sup> Samtidigt söker Wilhelmsson legitimitet för den juridiska argumentationen i det konkreta rättsmaterialet.

I Social civilrätt för Wilhelmsson en övertygande diskussion kring synen på *rättens allmänna läror* (som innefattar begrepp och rättsprinciper) och dessa lärors roll inom civilrätten. Wilhelmsson betonar aspekten att de allmänna läror fyller olika funktioner i rättsutvecklingen varav han framkommer till tre sådana funktioner.<sup>22</sup> (i) Allmänna läror kan fungera som bromsar för rättsutvecklingen genom att de inte har förankring i nyare rättsmaterial. (ii) Allmänna läror kan ligga i takt med rättsutvecklingen. Detta utesluter dock inte att det finns en avvikelse mellan de allmänna lärorna och rättsutvecklingen(!). Wilhelmsson för här den övertygande argumentationen att det konkreta rättsmaterialet eller de rådande allmänna lärorna inte tillhandahåller lösningar på samhällsproblem som skulle kunna föreligga på grund av den rådande samhällsutvecklingen. Funktion (ii) är svårare att uppfatta vid en analys av rätten än funktion (i). Slutligen föreligger (iii) att de allmänna lärorna kan fungera som föregångare för den allmänna rätts-

---

<sup>18</sup> Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen, s. 22–24.

<sup>19</sup> Se här Mulder, Anställningen vid verksamhetsövergång, s. 34 ff. Avhandlingen behandlar ovan nämnda författares egna undersökningsmetodik men är samtidigt av stort värde genom att den utgör en omfattande och idealiskt systematiserad förklaring av den juridiska metoden, rättsteorin samt den allmänna rättsläran. Här finns omfattande referenser till relevant litteratur på området och framställningen motiverar närmast en egen publikation av de där framkomna tankarna.

<sup>20</sup> Sandgren har diskuterat sociala hänsyn i den offentliga rätten och privaträtten, se Madell, Det allmänna som avtalspart, s. 93 f. Madell hänvisar till Sandgren och sammanfattar meningsskiljaktigheterna genom att framhäva att Wilhelmsson ser avtalsrätten som en möjlighet att utveckla välfärdssamhället, där teorierna främst ligger på ett högre plan än den rent materiella rätten. Sandgren däremot utgår från gällande rätt och påvisar de svårigheter som uppstår om sociala aspekter ges ett för stort utrymme inom avtalsrätten.

<sup>21</sup> Wilhelmsson, Social civilrätt, s. 25.

<sup>22</sup> Wilhelmsson, Social civilrätt, s. 30–32.

utvecklingen. *Man söker här generalisera det konkreta rättsmaterialet så att systemet av allmänna läror pekar mot framtiden.* De allmänna lärorna kan, anser Wilhelmsson, avspegla möjligheter till utveckling som analysen av samhällets ekonomiska och politiska utvecklingsnivå avslöjar.<sup>23</sup> Förutom att diskutera de allmänna lärornas funktioner har Wilhelmsson även en framträdande tanke som jag delar med honom. Tanken att en framåtblickande rättsdogmatik bör röra sig mellan detta verkliga och samhälleligt och rättsligt möjliga genom att ta utgångspunkt i rättspositivt material samtidigt som samhälleligt önskvärda målsättningar uppnås.<sup>24</sup>

När man diskuterar traditionell och alternativ rättsdogmatiken framträder vissa problem med respektive metodologiska angreppssätt.<sup>25</sup> Problemet med en traditionell rättsdogmatik är att den kan vidmakthålla rådande värderingar om den bedrivs på fel sätt. Lika mycket kan en progressiv rättsvetenskap bli alltför ideologisk och utopisk. I båda metoderna krävs enligt min mening att man undanröjer de negativa inslagen. Ett väl genomarbetat arbete med utgångspunkt i ”traditionell” rättsdogmatik har således sina förtjänster och bör inte kritiseras. En rättsdogmatik som beaktar rättens möjligheter är lika god som en progressiv. Den alternativa rättsdogmatiken bör dock tydligt klargöra dess skillnad från den föreliggande positiva rättsdogmatiken och bör göra anspråk på att vara egen, särskilt inom *vissa rättsområden*. De olika metodernas utgångspunkter ger i mångt och mycket *olika resultat, metoderna bör därför hållas isär*. En alternativ rättsdogmatik med grund i exempelvis ett postmodern synsätt med dess inslag av språklig retorik förutsätter tydliga markeringar av att man skiljer sig från det föreliggande. Detta ger en bredare och mer allomfattande rättsvetenskap som leder till ett breddat studium av rätten och en ökad förståelse för den.

Den alternativa rättsdogmatiken bör dock kvarhålla tanken om att det finns en växelverkan mellan vetenskaplig metod och den praktiska verkligheten, det vill säga Wilhelmssons åsikt. Den alternativa rättsdogmatiken passar inte varje rättsområde. Den bör dock passa rättsområden där verkligheten börjar utvisa att den materiella rätten är föråldrad i förhållande till rådande samhällsvärderingar, alternativt att det finns ett alltför omfattande ensidigt värde som dominerar, eller att det finns en mätnad i den föreliggande doktrinen. I min mening utgör avtalsrätten och många delar av civilrätten ett sådant rättsområde. Den alternativa rättsdogmatiken kan därmed i hög grad skapa ny rättslig kunskap kring civilrätten och samtidigt omforma den rättsvetenskapliga systematiseringen av rätten. I sista hand påverkar detta synsätt rättens aktörer, exempelvis den enskilda domaren i den normhierarkiskt rättsskipande verksamheten.

Mitt val av rättsvetenskaplig metod och syn på rättsvetenskaplig verksamhet utgörs av en sammanjämkning mellan den alternativa och den traditionella rättsdogmatiken. Här framträder *Agells konstruktiva rättsvetenskapliga metod*. På många sätt menar jag att den av honom anförda konstruktiva rättsvetenskapliga metoden kan sägas ligga mellan den alternativa rättsdogmatiken och den mer ”traditionellt” rättstillämpningsinriktade. Man kan

---

<sup>23</sup> Wilhelmsson, Social civilrätt, s. 30 f.

<sup>24</sup> Wilhelmsson, Social civilrätt, s. 31 f.

<sup>25</sup> Se Sandgren, En social avtalsrätt? Del I, JT 1992–93 s. 459 f.



också formulera det så att den konstruktiva rättsvetenskapen innebär mötet mellan den alternativa rättsdogmatiken och den mer ”traditionella”.

Agell anser att det inte finns skäl att begränsa den traditionellt inriktade rättsvetenskapen till värderingsfria undersökningar eller till kartläggandet av gällande rätt.<sup>26</sup> Agell motsätter sig att rättsvetenskapsmannen ska arbeta på ungefär samma sätt som en domare med det material han eller hon har framför sig.<sup>27</sup> Agell anser att *det primära studieobjektet för rättsvetenskapsmannen bör vara de grundläggande principerna och ändamåls-skälen bakom reglerna (högre nivå)*. Det är rättstillämparen, exempelvis domaren, som har att lösa tillämpningsproblem. Rättsvetenskapsmannen ska också i viss mån arbeta med rättstillämpning och göra det på ett lika fullgott sätt som domaren. Rättsvetenskapsmannens *huvudsakliga aktivitet* bör dock röra sig på ett högre plan och han eller hon bör lösa problem som uppkommer på denna högre nivå. Med hjälp av sin fantasi ska rättsvetenskapsmannen binda ihop det högre planet med vissa nedslag i den grundläggande synliga rättsnivån för att kontrollera att hans eller hennes analys av den högre nivån är den riktiga.<sup>28</sup> Agell menar att alltför många jurister försöker lösa tillämpningsproblem men egentligen har bristande insikt om ändamål samt de grundläggande principerna. Agell menar vidare att några definitiva sanningar sällan finns, att rättsreglerna kan utformas på olika sätt, men att ett rättsvetenskapligt studium kan ge en starkt ökad förståelse för sammanhangen och för vad som är motiverade alternativa synsätt.<sup>29</sup> Angående tolkning av rättspraxis anser Agell att man bör kunna analysera och kritisera avgöranden från de högsta domstolsinstanserna. Det intressanta är vilket uttryck prejudikat ger av den grundläggande rättsbildningen på ett visst område.<sup>30</sup> Agell anser att det passar illa för den verksamhet för rättsvetenskapsmannen han skisserat att tala om rättsdogmatik, doktrin eller positivrättslig forskning. Hans term innefattar ett lösgörande från föreställningen att rättsvetenskapens uppgift är att vara hjälpredda åt rättstillämpningen.<sup>31</sup>

Föreliggande uppsats utgår från den här skisserade konstruktiva rättsvetenskaplig metoden för att analysera uppsatsens frågeställningar. Vidare används det av Wilhelmsson återgivna betraktelsesättet av rättsystemet och dess samspel mellan rättsprinciper och regler. Wilhelmssons syn på de allmänna lärornas funktioner blir särskilt aktuell när det gäller att bryta upp frågan om doktrinära uppfattningar finner motsvarighet i rättspraxis. På flera sätt tangerar på detta sätt uppsatsen den alternativa rättsdogmatiken.

---

<sup>26</sup> Agell, Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap, s. 42.

<sup>27</sup> Agell, Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap, s. 37.

<sup>28</sup> Agell, Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap, s. 44 f.

<sup>29</sup> Se fotnot vid sidan 48 och 49 i Agell, Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap.

<sup>30</sup> Agell, Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap, s. 45.

<sup>31</sup> Agell, Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap, s. 46 ff.

## 1.5 Avgränsning

I detta arbete står den allmänna avtalsrätten i förgrunden. Jag går i detalj inte in på att behandla och undersöka varje kontraktstyp för sig, exempelvis anställningsavtalet specifikt. Angående rättspraxis avgränsar jag mig genom att främst analysera rättspraxis från Högsta domstolen. Jag gör ett urval där endast rättspraxis relevant för att besvara arbetets frågeställningar behandlas.

## 1.6 Material

Inspirerande för detta arbete har främst varit *Frey Nyberghs* arbete med den medvetet motsägelsefulla titeln *Avtalsfrihet – rätt till avtal*. Arbetet kartlägger stadganden om kontraheringsplikt samt behandlar principen om kontraheringsplikt och utgår från att avtalsfriheten bör omformuleras till den kvalificerade avtalsfriheten. Det har stundtals varit svårt att distansera sig till Nyberghs arbete eftersom diskussionerna där på många sätt har utgjort grunden för denna uppsats. Denna uppsats kan på många sätt även innebära en prövning av det fjärde kapitlet i hans arbete om oreglerad kontraheringsplikt. Av intresse är att Nyberghs arbete har kommenterats av *Håkan Andersson i SvJT 1998 s. 599–604*. Angående kapitlet om kontraheringsplikten som norm har även *Pehrson, Kontraheringsplikt* samt *Victorin, Om kontraheringstvång inom förmögenhetsrätten i SvJT 1976 s. 435–451* varit framträdande material.

Vid författandet av det andra kapitlet om avtalsfriheten som norm har åtskillig juridisk litteratur som behandlar den allmänna avtalsrätten legat till grund för arbetet. Denna allmänavtalsrättsliga litteratur har sedan kompletterats med litteratur som behandlar olika utblickar mot exempelvis filosofin. Här framträder *volym tre i Tidens idéserie, Idéer om frihet* samt *Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract*.

Slutligen har *Thomas Wilhelmssons verk Social civilrätt* varit ett oundgängligt hjälpmedel och inspirationskälla som medfört åtskilliga tankeexperiment hos författaren.

## 1.7 Disposition

Uppsatsens andra kapitel innefattar en analys som ger en fördjupad förståelse för avtalsfriheten genom att avtalsfrihetens dimensioner utreds och utvecklas. Uppsatsen tredje kapitel ger en fördjupad förståelse för kontraheringsplikten som helhet. Denna del består dels i utredningen av kontraheringspliktens karaktär, dels i analysen av sambandet mellan kontraheringsplikten och avtalsfriheten. Uppsatsen innehåller ett fjärde kapitel som behandlar relevant rättspraxis, främst från högsta instans. Här undersöks ifall den bild som tecknats av avtalsfriheten och kontraheringsplikten i de inledande kapitlen kan anses *ha eller få* motsvarighet i rättspraxis. Avslutningsvis (kapitel fem) följer några slutord där svaren på frågeställningarna sammanfattas.

## 2 Avtalsfriheten som norm

### 2.1 Avtalsfrihetens dimensioner

Avtalsfrihet är ett begrepp som man stöter på främst när man rör sig inom civilrättens marker. Ofta stannar förståelsen för principen på ett grundläggande plan. För den som vill förstå den allmänna avtalsrätten som en del av privaträtten är det ofrånkomligt att fördjupa sin förståelse för avtalsfriheten. En förståelse för begreppet är vidare en förutsättning för att kunna besvara arbetets frågeställningar som sedan leder fram till arbetets syfte.

I detta arbete delas avtalsfriheten upp i olika dimensioner. Uppdelningen av avtalsfriheten i olika dimensioner menar jag har sina fördelar. Analysen kan fördjupas och förståelsen för olika dimensioner kan slutligen skapa en överblickbar helhetsbild över en svåranalyserad storhet. För en djupgående förståelse av avtalsfrihetens innebörd och potential krävs en förståelse för dess olika dimensioner. Dessa dimensioner är enligt den här begagnade begreppsupbyggnaden *avtalsfrihetens idéhistoriska dimension, avtalsfrihetens potentialfunktionalistiska dimension samt avtalsfrihetens rätts-systematiska dimension*. Dessa dimensioner behandlas kronologiskt.

I arbetet myntas för första gången begreppet *avtalsfrihetens potentialfunktion*. Med avtalsfrihetens potentialfunktion avses att medvetandegöra avtalsfrihetens inneboende egenskap att på grund av dess centrala roll i rättssystemet i egenskap av allmän lära också kunna ha inneboende egenskaper i sig att vara föränderlig.

### 2.2 Avtalsfrihetens idéhistoriska dimension

Det ter sig naturligt att betrakta avtalsfriheten som en självklar princip. Den beskrivs på flera olika sätt, exempelvis som grundbulten i ett liberalt samhällsskick och samtidigt som grundbulten i ett ekonomiskt system som med inslag av marknadsekonomi och fria marknadskrafter bidrar till ekonomisk effektivitet.<sup>32</sup> Avtalsfriheten förklaras i doktrinen bland annat som att den bygger på *principen* om rätten för var och en att fritt ingå avtal.<sup>33</sup> Läsaren bör fråga sig: Varifrån har avtalsfriheten fått dess nuvarande innehåll och utformning idag? Svaret på frågan är snabbt om man blickar mot dessa korta beskrivningar av avtalsfriheten att liberala idéströmningen har påverkat avtalsfrihetens innehåll. Dessa korta beskrivningar återger dock inte hela sanningen om avtalsfriheten.

---

<sup>32</sup> Se Taxell, Avtalsrättens normer, s. 32 f. Wilhelmsson, Om styrning av försäkringsvillkor, s. 3 ff. Ramberg och Ramberg, s. 28.

<sup>33</sup> Se exempelvis Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 28, samt Adlercreutz, Avtalsrätt I, s. 17.

Inledningsvis kan sägas att avtalsfriheten i betydelsen som *oinskränkt frihet att binda sin egen vilja* härrör från den rationalistiska naturrechtsfilosofin och behandlades först av Hugo Grotius och Samuel Pufendorf.<sup>34</sup> Dessa idéer om avtalsfriheten hade dock ingen faktisk förankring i det samhälle som under perioden från 1500-talet till slutet av 1700-talet och delvis till början av 1800-talet styrdes av en ekonomisk politik grundad på merkantilismen. Merkantilismen innebar en kraftig styrning av det ekonomiska livet med en i hög grad inskränkt avtalsfrihet.<sup>35</sup> Merkantilismen avskaffades dock och de merkantilistiska regleringarna fick stå tillbaka för liberalistiska idéer där avtalsfriheten fick en mer framträdande roll.<sup>36</sup>

Avtalslagen som är av senare datum tillkommen långt efter merkantilismens fall är intressant och erbjuder en ingång till förståelsen för vilka värden som i viss grad formar avtalsrätten, civilrätten samt avtalsfriheten. I kommentaren till avtalslagen anför Grönfors under kapitelrubriken ”avtalslagens referensram” att avtalsfriheten som princip har begagnats som startpunkt för flertalet olika teoretiska överbyggnader där liberalismen under 1800-talet har utgjort en grogrund för den doktrinära verksamheten. Grönfors anför att avtalslagens upphovsmän var skolade i de liberala teorier som var framträdande i dåtidens samhälle.<sup>37</sup> Grönfors ger en vink om att liberalismen och avtalsfriheten är i nära relation till varandra, i viss grad sammanlänkade av avtalslagen.

I sin avhandling *Varandra som vänner och fiender* behandlar Votinius utförligt *den liberala politiska filosofins påverkan i rätten*. Votinius spårar den liberala frihetens grund och den egentliga liberalismens förankring i rätten och i samhället ända tillbaka till 1600-talet.<sup>38</sup> Det är ur liberala idéer om samhället som *privatautomin* blev ett värde som betonades och lyftes fram som centralt för den liberalistiska kontraktsrätten. Privatautomin innebar att en individ skulle ha en egen frihetssfär inom vilken han eller hon kunde besluta om sitt handlande. Denna frihet skulle gälla individens ekonomiska handlande, dvs. vilka ekonomiska förpliktelser individen genom sin egen vilja ville ingå. Kontraktsrätten skulle på detta sätt bygga på principen om avtalsfrihet.<sup>39</sup> Nybergh anför att de nordiska länderna innefattar ett perifert område där de liberalistiska idéerna följde en senare tidtabell. Under slutet av 1800-talet och början av 1900-talet förändrades våra samhällen snabbt och avtalsfriheten fick förankring i avtalsrätten. Tidsangivelser är dock schematiska och liberaliseringsprocessen innefattar ett långsamt och invecklat förlopp.<sup>40</sup>

Samhället är ofta föremål för reaktioner och motreaktioner mot rådande samhällsförhållanden. Inte ens liberalismen kan vara för evigt i en statisk

---

<sup>34</sup> Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, s. 28.

<sup>35</sup> Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, s. 28 ff.

<sup>36</sup> Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, s. 30.

<sup>37</sup> Grönfors, *Avtalslagen*, s. 27.

<sup>38</sup> Votinius, *Varandra som vänner och fiender*, s. 159, 171 samt 182.

<sup>39</sup> Wilhelmsson, *Standardavtal och oskäligen avtalsvillkor*, s. 1 f.

<sup>40</sup> Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, s. 30.

opåverkad utformning. De liberala politiska idéernas framträdande roll i samhället avbröts under efterkrigstiden och framåt i och med den sociala revolutionen. Industrialiseringen hade medfört att man i ökad grad började sluta avtal. Men enbart de som hade ekonomiska resurser kunde delta i omsättningen av varor och sluta avtal. Tillslut kom reaktioner på att marknaden var bristfällig och måste stöttas med statliga ingripanden.<sup>41</sup> Välfärdsstatens framväxt innebar att värden som ställde människan i fokus växte fram. Under 1970-talet medförde en expansiv politik med ökade krav på genomslag av välfärdsstatliga värden en nyansering av civilrättens principer. Bland annat har närings-, marknads-, arbets-, social-, konsument- och hyreslagstiftningen utvecklats under detta decennium. Att i större utsträckning beakta välfärdsstatliga värden har medfört att det i lagstiftningen på dessa områden i ökad grad har införts regler byggda på sociala skäl för att skydda den svagare parten och dennes behov i rätts- och avtalsförhållanden.<sup>42</sup> Dessa omfattande regleringar till skydd för svagare part inskränkte de liberala idéströmningarnas påverkan i rätten. Den välfärdsstatliga utvecklingen har efter andra världskriget i Norden utvecklats ända fram till så nära som 1990-talet.<sup>43</sup>

En vandring i idéhistorian måste någon gång nå sitt slut. Man frågar sig sålunda återigen var vi befinner oss idag. Vad har avtalsfriheten för innehåll och hur uppfattas den idag?

Man kan inledningsvis börja fråga sig vad avtalslagen har för relevans för diskussionen kring avtalsfriheten. Att avtalslagen är formad av och ett resultat av en liberal kultur och idébildning som är nedärvd är inget nytt. Men i egenskap av den kodifierade lagstiftning som avtalslagen faktiskt utgör, till skillnad från en rättsprincip om avtalsfrihet, är det inte långväga att föra argumentet att den liberala idétraditionen förankrad inom avtalslagens ram "smittar" närliggande rättsområden och rättsprinciper med dåtidens samhällsvärderingar istället för nutidens. Växelverkan sker dessutom åt två håll, en liberal uppfattning av avtalsfriheten kastar sin skugga över avtalslagen. Även om avtalslagen ofta läses utifrån bör det faktum att dess kärna har förankring i 1800-talets liberala idéer således inte underskattas. Liberala idéströmningar kan således finnas inbyggda i viss mån *statiskt* i rättssystemet genom kodifierad lagstiftning och påverka vår uppfattning av avtalsfriheten.

Man kan vidare diskutera hur den liberala politiska filosofin färgar teorin om avtalsfriheten. Votinius för en politiserad och idékritisk diskussion med grund i empiriskt material. Diskussionen är klädd i moralfilosofiska argument med politiska avtryck. Enligt Votinius befinner vi oss vid en punkt i historien där välfärdsstaten och idéerna om samhället och människan har ifrågasatts från början av 1980-talet och medfört en *renässans för marknadstänkandet*.<sup>44</sup> Enligt Votinius är det här vi befinner oss i en

---

<sup>41</sup> Victorin, Om kontraheringstvång inom förmögenhetsrätten, SvJT 1976 s. 436 f.

<sup>42</sup> Madell, Det allmänna som avtalspart, s. 88 f.

<sup>43</sup> Nybergh, Avtalsfrihet – rätt till avtal, s. 33.

<sup>44</sup> Votinius, Varandra som vänner och fiender, s. 181 f.

historisk kontext. Votinius menar att den klassiska liberala filosofin har återkommit och främjats av *neoliberal* tänkare som Hayek och Nozick. Den neoliberal idéströmningen vårdar arvet vidare efter Hobbes och Locke. Votinius kritik mot neoliberalismen är omfattande. Han menar att det finns en grundläggande skillnad mellan neoliberaler och socialliberaler vad gäller synen på samhällsinstitutionernas utformning och uppgifter. Neoliberaler tar avstånd från socialliberala värden som solidaritet och rättvisa. Skillnaden ligger i ifall distributiva eller sociala element ska anses ingå i ett rättvist samhälle.<sup>45</sup> Frågan är således om vi överhuvudtaget ska ha en mininivå ifråga om social välfärd. Enligt Votinius skulle neoliberalerna besvara frågan nekande i form av att de företräder en syn på staten som en minimistat. Votinius menar att som värde förkastar det neoliberala sättet att tänka den välfärdsstatliga rättsordningen och dess solidariska tankar om social rättvisa, där dessa värden ses som ett hot mot människors frihet och främst som ett *hot mot (den utvidgade och oinskränkta)<sup>46</sup> avtalsfriheten.<sup>47</sup>* Votinius subjektiva tolkning är att jurister kommer att förstå rätten utifrån det rättsekonomiska perspektivet och få bekräftat av sina kollegor att denna tolkning av rätten är den enda rätta. I tron att rätten är utformad som rättsekonomerna faktiskt påstår kommer neoliberalismen omtolka doktrin och rättspraxis och konstruera ett rättssystem som bygger på det rättsekonomiska effektivitetstänkandet.<sup>48</sup>

Nu kan även föras en diskussion om rättsekonomi och nyinstitutionalismen då neoliberalismen redan ovan tangerats. Nyinstitutionalismen innebär en konkret idériktning som framhäver närmandet mellan ekonomin och rätten. Nyinstitutionalismen har kritiserat den neoklassiska nationalekonomin för att enbart ta hänsyn till ekonomiska teorier och exkludera de institutioner som finns i ekonomin. Åsikten är att rättssystemet i dess egenskap av institution formar ett nödvändigt sammanhang med den ekonomiska realiteten genom att rättssystemet har inflytande på ekonomin. På detta sätt blir det viktigt att förstå vad olika rättsliga lösningar får för ekonomiska konsekvenser.<sup>49</sup>

Votinius tes (som jag uppfattar den) är att avtalsfriheten i mångt och mycket har växt fram i ett samhälle med en liberal syn där *avtalsfriheten ses som huvudregel och inskränkningar i den ses som något negativt*. Den neoliberal uppfattningen om avtalsfriheten vill utsträcka avtalsfriheten till sin ytterpunkt. Avtalsfriheten får sitt innehåll och innebörd av liberalistiska tankar. Till Votinius argumentation kan införas tillägget att man undrar över hur exakt neoliberal värden kan flyta in i rätten och forma rättsprincipen om avtalsfrihet? I denna del kan anföras att för det första är samhället organisatoriskt och funktionellt bundet vid ekonomiska system. I Sverige är den ekonomiska verksamheten i hög grad styrd av marknadsekonomin som ekonomiskt system. Marknadsekonomin tar således över som institution i samhället överlag. För det andra har som diskuterats rättssystemet sin grund i liberala värden; moralfilosofiska och politiska. För tredje har doktrinen

---

<sup>45</sup> Votinius, *Varandra som vänner och fiender*, s. 182 f.

<sup>46</sup> Mitt tillägg till en tolkning av vad Votinius avser för typ av avtalsfrihet.

<sup>47</sup> Votinius, *Varandra som vänner och fiender*, s. 181 f.

<sup>48</sup> Votinius, *Varandra som vänner och fiender*, s. 202.

<sup>49</sup> Dahlman, Glader, Reidhav, *Rättsekonomi, en introduktion*, s. 67 ff.

sedan länge haft grund i liberala värden, även om nya tendenser numera har flutit in i den. Dessutom möjliggör idéströmningar som rättsekonomi och nyinstitutionalism närmandet mellan rätt och ekonomi. Teorin om avtalsfrihet sammanfogar rättssystemet till en helhet och binder samman de regler som lagstiftaren inför där teorin kommer återspeglas. Dessa regler kommer att vara utgångspunkten för den rättsskipande verksamhetens utbredda praxis där de rättsliga argumenten kommer att föras med grund i rättsekonomiska argument. Avtalsfrihet kommer på detta sätt inte vara synonymt med välfärd, *frihet kommer att vara liktydigt med ett ekonomiskt effektivitetstänkande.*

För att inte diskussionen ska bli ensidig vill jag påpeka att Votinius målar upp en ganska så stor hotbild. Votinius diskussion är enbart ett sätt att se på hur avtalsfriheten är uppfattad och vad den har för innehåll idag. Man kan också förstå Votinius diskussion som att den lyfter upp ett varnande finger. Det finns andra sätt att uppfatta avtalsfriheten och förstå hur den på ett teoretiskt plan genom sin utformning får förankring i det konkreta rättsmaterialet som utbreder sig härefter.

Ett sätt att uppfatta avtalsfriheten *idag* är att den kan vara föremål för inskränkningar. På detta (traditionella) sätt uppfattas avtalsfriheten som huvudregel föremål för begränsningar. Taxell anknyter i sin analys till en begreppsbildning som utgår från en avtalsfrihet där begränsande faktorer kan påverka och *inskränka avtalsfriheten*. Taxell påpekar att begränsande faktorer, begränsningar av avtalsfriheten, förekommer i stor omfattning. Han formulerar en allmän tes om att avtalsfriheten gäller till dess att den stöter på någon begränsande omständighet.<sup>50</sup> Detta sätt att uppfatta rättssystemet innefattar en syn där avtalsfriheten är mer omfattande än inskränkningarna i den, således bör avtalsfriheten vara huvudregel.

Att uppfatta avtalsfriheten som huvudregel och inskränkningar i den som undantag har *numera* ifrågasatts. Som ovan anfördes växte välfärdsstaten fram under senare delen av 1900-talet. Den expansiva politik som fördes med ökade krav på genomslag av välfärdsstatliga värden gjorde att civilrättens principer nyanserades.<sup>51</sup> Den civilrättsliga behovslagstiftning som infördes grundad på sociala skäl för att skydda den svagare parten och dennes behov fick vissa konsekvenser. En slutsats bör otvivelaktigt vara att en liberal värdegrund för avtalsfriheten som ger den innehåll och påverkar vår uppfattning av den i viss mån måste ha konkurrerats ut av välfärdsstaten. Genom den civilrättsliga lagstiftningen finns nämligen en välfärdsstatlig värdegrund statiskt kvar i rättssystemet. *Rättens principer har genom ökade inslag av välfärdsstatliga värden utvecklats.* Det är enligt min mening med grund i denna nedärvda välfärdsutveckling man i doktrinen har och har kunnat ifrågasätta den traditionella uppfattningen av avtalsfriheten.

Exempelvis anför Atiyah att värden som individuell frihet och privatautonomi under det senaste århundradet konstant har försvagats och

<sup>50</sup> Taxell, *Avtalsrättens normer*, s. 32 f.

<sup>51</sup> Madell, *Det allmänna som avtalspart*, s. 88 f.

att dessa förhållanden kan urskönjas i rätten. Lagstiftningen under det senaste århundradet har inneburit att valfriheten för individen har minskat. Till detta kommer även förhållandet att avtalet numera inte enbart uppfattas som att den är ett utslag av parternas intentioner och befinner sig inom parternas sfär att besluta över utan att avtalets konsekvenser och innehåll i stor utsträckning regleras av normer utanför parternas vilja.<sup>52</sup> Den utveckling som kan anses ha skett är att privatautonomi inte längre är den överordnade principen. Därmed kan inte heller avtalsfriheten uppfattas som man traditionellt uppfattar den.

Grönfors anför att man måste gå in för en total omprövning av avtalsfriheten. Tanken om att medborgarna är förståndiga och mogna att ta ansvar för sina beslut har ersatts med välfärdsstatens ambition att detaljreglera spelreglerna på det privata planet. Grönfors talar om att vi idag har den ”*övervakade och förminslande avtalsfriheten*”.<sup>53</sup> Nybergh anför också att avtalsfriheten har en ny innebörd. Nybergh använder sig av Pöyhönens begrepp när han talar om *den kvalificerade avtalsfriheten*. Att formulera avtalsfriheten på detta sätt innebär att man uppfattar avtalsfriheten som att det inte finns rättsliga begränsningar för individens bestämmanderätt och att inte andra individer förhindrar förverkligandet av friheten. Som ett exempel anføres att regleringen av uppsägning av bostadsförhållanden inte behöver ses som en begränsning av hyresvärdarnas avtalsfrihet.<sup>54</sup>

Nybergh utvecklar den kvalificerade avtalsfriheten. Enligt honom innebär en traditionell uppfattning av avtalsfriheten att man *tolkat privatautonomi-begreppet till förmån för den starkare parten*. Traditionellt har det uppfattats självklart att en näringsidkare har sin privatautonomi med alla de tillhörande friheterna såsom att idka näring, äga tillgångarna för verksamheten, samt bestämma med vem han eller hon vill ingå avtal. Nybergh menar att man vid en diskussion kring avtalsfriheten bör fråga sig *vems frihet man talar om. Vem ska ha frihet till vad?* Här menar Nybergh att den kvalificerade avtalsfriheten innebär att avtalsfriheten tolkas till förmån för konsumenten.<sup>55</sup> I ett vidare perspektiv kan man förstå Nybergh som att han tolkar avtalsfriheten till förmån för svag part. Nyberghs analys innebär att den kvalificerade avtalsfriheten inte kommer att uppfyllas i de fall den svagare parten rent faktiskt inte kan kontrahera.

För att nu återigen upprepa den svåra frågan som förmedlas till läsaren: Hur uppfattas och vad har avtalsfriheten för innehåll idag? *Svaret på frågan är att detta i viss utsträckning är osäkert.* Nybergh lyfter fram den så centrala och relevanta frågan som man ofta missar när avtalsfrihetens innehåll diskuteras. Vem ska ha avtalsfrihet till vad? Men frågan har många fallgropar man kan ramla ner i.

---

<sup>52</sup> Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, s. 726.

<sup>53</sup> Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 28 f.

<sup>54</sup> Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, s. 75 f.

<sup>55</sup> Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, s. 78 f.



En sådan fallgrop hittar man på följande plan. Det är svårt att precisera avtalsfrihetsbegreppet. Ofta anses avtalsfrihetsbegreppet höra hemma och analyseras i ett rent avtalsrättsligt perspektiv. I den rent privata sfären där parter får sägas vara någorlunda jämbördiga väger argumenten ofta tungt för att avtalsfrihetens innehåll ligger i linje med hur den uppfattas traditionellt. Ofta rör man sig här inte inom civilrätten utan inom avtalsrätten rent rättssystematiskt. När man förflyttar sig till civilrätten och använder avtalsfriheten för analys börjar man inse att det är tvivelaktigt om parter någonsin är helt jämbördiga rent faktiskt (utöver det normativa). Om man sedan beaktar att någon klar gräns mellan rättsregler inte går att upprätthålla med hjälp av rättens indelning i rättsområden framstår det traditionella avtalsfrihetsbegreppet som förvirrande. Detta leder till slutsatsen att *avtalsfrihetsbegreppet kan uppfattas olika beroende på inom vilket rättsområde begreppet diskuteras*. Sett över hela rättssystemet med beaktande av rättsområden relaterat till att det faktiskt finns ett samhälle och ett subjekt vartill rätten kan relateras börjar man analysera avtalsfriheten med beaktande av parternas avtalsfrihet. Här blir den relevanta frågan hur långt man bör skydda svagare part, vem som ska erkännas legitimitet som svagare part, vem som ska ha avtalsfrihet till vad. Således kan man enligt min mening anse att *den traditionella uppfattningen av avtalsfriheten främst har relevans enbart om man lägger avtalsrätten i karantän och där dissekerar den. Om man däremot rör sig inom civilrätten framträder det traditionella avtalsfrihetsbegreppet som motsägelsefullt*. När man dessutom istället för att objektifiera parten gör dem till subjekt vartill rättsreglerna faktiskt relaterar blir man förundrad. Således är slutsatsen att begreppet avtalsfrihet kan uppfattas väldigt olika. Så fort man ser till subjekten, parterna, framträder nyare alternativa sätt att betrakta avtalsfriheten. Ser man till parterna och avtalsfrihetens verkningar över hela rättssystemet kan dess egentliga innehåll börja ligga mer och mer i linje med de alternativa tolkningarna som Grönfors och Nybergh anför.

Man kan med sannolikhet påstå att alternativa uppfattningar av avtalsfriheten ligger mer i takt med rättsutvecklingen än den traditionella. Den diskussion som förs i *doktrinen* visar att alternativa tolkningar till avtalsfriheten föreligger. Vidare finns *idéhistoriska tendenser* som pekar mot att avtalsfriheten inte uppfattas enligt en liberalfilosofisk rättsuppfattning med en vid avtalsfrihet enbart till förmån för starkare part. Vidare föreligger rättsliga analyser av exempelvis Atiyah där avtalsfriheten i en historisk kontext ställs mot analyser i det rättsliga materialet och visar på att avtalsfriheten inte bör uppfattas enligt dess traditionella innehåll. Om man beaktar att ett avtalsfrihetsbegrepp utformat som kvalificerat beaktar den välfärdsstatliga rättsutvecklingen framträder angenäma synsätt som kan sägas ligga i linje med den allmänna samhällsutvecklingen. Vill man dessutom ta steget och låta de allmänna lärorna fungera som föregångare för den allmänna rättsutvecklingen framstår den traditionella avtalsfriheten som otillräcklig då detta verkar väl konserverande.

Avtalsfrihetsbegreppet har således idag ett dynamiskt innehåll. Inom den strikta avtalsrätten (rent privata sfären) framträder den traditionella upp-

fattningen av avtalsfriheten oftast som en huvudregel svår att argumentera mot. I ett vidare perspektiv där regler samverkar och man rör sig inom civilrätten, är inskränkningarna i avtalsfriheten flera. Här går det att argumentera till förmån för svagare part, om man nu väljer att se till denna parts intressen.

## 2.3 Avtalsfrihetens potentialfunktion

Hur förankras den bild som tecknats i det föregående av avtalsfrihetens innehåll i det konkreta rättsmaterialet? Annorlunda formulerat: Hur samverkar värden som uppstår avtalsfriheten med exempelvis rättsregler och rättspraxis? En förståelse för avtalsfriheten och dess påverkan i den materiella rätten förutsätter inledningsvis en förståelse för vad en allmän lära har för funktion inom ett rättssystem.

Wilhelmsson framhåller att "[m]ed civilrättens allmänna läror avses av rättsvetenskapen utvecklade – begrepp och – rättsprinciper, vilka håller samman såväl civilrätten i allmänhet som dess särskilda delområden. De allmänna lärorna utgör m.a.o. det *sammanhållande* elementet inom varje rättsområde. Med hjälp av lärornas begrepp och principer sammanbinds de enskilda fragmenten av rätten med varandra. Genom de allmänna lärorna skapar man ett *system* av rätten. Utformningen av de allmänna lärorna innefattar en systematisering av det rättsliga materialet."<sup>56</sup>

En allmän lära är således något som är en storhet mot vilken man förhåller och analyserar den materiella rätten. En allmän lära håller ihop rättssystemet och i en allmän lära ingår en rättsprincip. Angående rättsprinciper diskuterar Peczenik dessa. Som Peczenik framhåller uttrycker varje princip ett bestämt värde, en regel utgör oftast en beslutad sammanvägning av lagstiftaren mellan flera värden. Vid regeltillämpning av rättstillämpande organ där traditionell normreglering används föreligger redan en klar rättsregel som tillämpas i rutinfall.<sup>57</sup> Rättsprinciper utgör således oftast ett värde som enligt traditionell normregleringsmetod uppfattas som innehavande av visst innehåll och i praktiken tillämpligt endast i mer *oklara fall*.

Om man beaktar det Wilhelmsson anför framstår i mångt och mycket *avtalsfriheten som en allmän lära*. Den är nämligen en rättsprincip och även ett begrepp. Otvivelaktigt vilar *rättsregler och rättspraxis ofta på dessa allmänna läror*. Logiska slutsatser leder till att om avtalsfriheten som allmän lära ges ett visst innehåll (värde) påverkar detta rättssystemet eftersom den allmänna läran håller samman det. På detta sätt kan avtalsfriheten påverka den konkreta rätten. Om man ser till Wilhelmsson beskrivning av allmänna lärors roll i rättssystemet är slutsatsen att normativa ideologier i olika riktningar som påverkar avtalsfriheten även indirekt och sett över längre tid direkt påverkar rättssystemets innehållande rättsregler, rättspraxis, handelsbruk, sedvänja, etcetera. Och sett till

---

<sup>56</sup> Wilhelmsson, Social civilrätt, s. 20.

<sup>57</sup> Peczenik, Juridikens teori och metod, s. 82.

Peczeniks diskussion framstår det som att där en rättsregel är oklar avtalsfriheten med ett visst innehåll med en viss specifik normativ ideologi kan bli tillämpbar genom rättspraxis. För att tydligt framhäva slutsatsen på ett tidigt plan så den inte skymms:

Avtalsfriheten är en storhet, en allmän lära innefattande rättsprincip. Med det här för första gången myntade begreppet, *avtalsfrihetens potentialfunktion*, avses att medvetandegöra avtalsfrihetens inneboende egenskap att på grund av dess centrala roll i rättssystemet i egenskap av allmän lära också kunna ha inneboende egenskaper i sig att vara föränderlig. Denna föränderlighet återverkar i slutändan på den materiella rätten.

Detta är avtalsfrihetens potentialfunktion. Avtalsfriheten är föränderlig och *argumenterbar*. Som ovan diskuterades har avtalsfriheten olika innebörd beroende på vilket rättsområde man huvudsakligen undersöker. Vidare kunde man ställa den centrala frågan till vems förmån man ska tolka avtalsfriheten. Denna diskussion innefattas i avtalsfrihetens potentialfunktion. Som ett led i denna diskussion argumenterar Nybergh exempelvis för den kvalificerade avtalsfriheten (privatautonomibegreppet tolkat till förmån för svagare part) och fördjupar diskussionen. En sådan argumentation har som här visats en direkt återverkan på rättsbildningen.

I avtalsfrihetens potentialfunktion och diskussionen kring vem avtalsfriheten ska utformas till förmån för ligger en grundläggande diskussion som bör beröras. Förändringspotentialen är baserad på begreppen *positiv och negativ avtalsfrihet*. Att en part har frihet att avtala kan förstås som att parten har rätt att välja om han eller hon överhuvudtaget vill ingå avtal. Detta är detsamma som att det föreligger en frihet från begränsningar i partens handlande. Detta är innebörden av *den negativa friheten, en frihet från begränsningar*. *Den positiva friheten innefattar att en individ – på grund av dennes ekonomiska förhållanden eller sociala livsförhållanden som exempelvis arbetslöshet eller bostadsbrist – kan vara förhindrad att åtnjuta den frihet som han eller hon vill åtnjuta.*<sup>58</sup>

Berlin menar att det genom historien funnits två frihetsbegrepp; negativ och positiv frihet. Berlin uttryckte skillnaden så att med negativ frihet menas att människan är fri att göra eller vara det han eller hon kan göra eller vara, utan inblandning av andra. Positiv frihet innebär att människans handlande styrs av skäl och medvetna syften, som är hans eller hennes egna, opåverkad av orsaker utifrån.<sup>59</sup> På detta sätt gjorde Berlin denna distinktion mellan två olika frihetsbegrepp till den centrala frågan för bestämningen av den politiska frihetens begrepp. *MacCallum* delade Berlins uppfattning om att friheten har två sidor. Skillnaden enligt honom ligger dock i att han menade att dessa två sidor av friheten inte går att särskilja. *MacCallum* utvecklade sedan vad som kallas XYZ-schemat, eller det som också kallas

<sup>58</sup> Se exempelvis *MacCallum*, *Negativ och positiv frihet*, s. 20 f., samt Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, s. 80.

<sup>59</sup> Berlin i Hansson, *Idéer om rättvisa*, s. 9.

*frihetsbegreppet som en treställig relation*, och klarlade på ett slagkraftigt sätt skillnaden mellan de två delarna i ett frihetsbegrepp. Att betrakta begreppet frihet som en treställig relation innebär att det i begreppet frihet ingår en positiv och en negativ frihet. Sammanvägt är summan av denna frihet den totala friheten. Den positiva och negativa sidan av friheten hör samman och bestämmer tillsammans frihetens innebörd. Den syftar både på något man är *fri till* och något man är *fri från*.<sup>60</sup> Även Millers analys av frihetsbegreppet ska beröras i förhållande till MacCallums analys. Miller menade att skillnaderna mellan olika frihetsbegrepp inte kan avlägsnas med filosofisk eller språklig analys. Begreppet frihet måste återföras till moraliska förpliktelser, och så länge det finns olika syn på vad människor är moraliskt förpliktade att göra kommer det finnas olika syn på frihet.<sup>61</sup> Miller belyser skillnaderna mellan en socialistisk och en liberal syn på friheten och menar att skillnaden i synen på frihet är att socialister räknar betydligt fler hinder mot handlande som frihetshinder än vad liberaler gör. Denna skillnad kan enligt Miller härledas till de olika politiska riktningarnas uppfattning om vad människor har för moraliska förpliktelser gentemot varandra.<sup>62</sup>

En annan begreppsuppbyggnad är att uppfatta avtalsfriheten som *normativ (rättslig) eller faktisk*.<sup>63</sup> Den rättsliga avtalsfriheten är den som oftast begagnas när man analyserar gällande rätt. Med denna avtalsfrihet avses parternas frihet att i egenskap av rättssubjekt utforma sina avtalsrelationer mot bakgrund av rättsordningens regleringar. Med den faktiska avtalsfriheten avses avtalsfriheten och begränsningar i den i form av parternas maktpositioner på grund av ekonomiska eller andra faktorer.<sup>64</sup> Den faktiska avtalsfriheten kan enligt min mening även formuleras som den avtalsfrihet som går utöver den rättsliga. Att formulera den faktiska avtalsfriheten på detta sätt framhäver i större utsträckning rättens begränsningar i verkligheten. Men avtalsfriheten som normativ eller faktisk är egentligen inget annat än vad som menas med ett positivt och negativt frihetsbegrepp. Man kan välja att utvidga den rättsliga regleringen så att den faktiska avtalsfriheten ökar. Det är fråga om omskrivningar.

Man fråga sig om samhällets ekonomiska och sociala strukturer har förändrats så mycket att det nu finns en möjlighet att utvidga frihetsbegreppet så att denna princip uppfattar fler förhållanden som inskränkning i friheten än att bara en frihet i den enskildes sfär att kunna sluta avtal som han eller hon vill. De inskränkningar som föreligger i den negativt uppfattade avtalsfriheten i välfärdssamhället talar enligt min mening för att avtalsfriheten inte bör uppfattas enbart som negativ utan utvidgas.

Den allmänna läran om avtalsfrihet är inte statisk, utan *dynamisk*. I detta inbegrips att den är möjlig att förändra genom att utvidga den till att vara kvalificerad. Med en annan begreppsuppbyggnad kan man omformulera principen om avtalsfrihet genom att utvidga dess negativa sida, eller synonymt, att den totala friheten innefattar en positiv del. På detta sätt uppfattas avtalsfriheten som en grundvariabel, ett förkroppsligande av värden,

<sup>60</sup> MacCallum, Negativ och positiv frihet, s. 19–21.

<sup>61</sup> Hansson, Idéer om rättvisa, s. 79 f.

<sup>62</sup> Miller, Frihetens begränsningar, s. 103–105.

<sup>63</sup> Nybergh, Avtalsfrihet – rätt till avtal, s. 75.

<sup>64</sup> Wilhelmsson, Om styrning av försäkringsvillkor, s. 5.

rättssystemet förhåller sig sedan till grundvariabeln och växelverkar med den. En viss uppfattning av avtalsfriheten har i slutändan återverkningar på de materiella rättsreglerna och främst för relevans här, även på *rättspraxis*.

I doktrinen anförs synsättet att ”för sin existens behöver avtalsfriheten ingen närmare argumentering”.<sup>65</sup> Visserligen ligger det något i denna ståndpunkt. Exempelvis påpekar Adlercreutz att inte ens ett starkt socialiserat planhushållningssamhälle kan vara utan avtalsformen.<sup>66</sup> Men den relevanta frågan är inte om avtalsfriheten ska existera utan *hur* den ska existera, det vill säga vad avtalsfriheten ska ha för innehåll samt *vilket innehåll avtalsfriheten ska ha för vem*. På detta sätt sammanlänkas idéhistoria, rättsfilosofi och rättspolitik och man frågar sig *vilket eller vilka värden som bör innefattas i begreppet avtalsfrihet*.

Om man går vidare i den ibland något svårgripbara diskussionen och ser till Wilhelmssons utvecklade funktioner hos allmänna läror<sup>67</sup> kan man relatera olika uppfattningssätt av avtalsfriheten till dessa funktioner. Den andra funktionen av de allmänna lärorna innebär att de kan anses ligga i takt med rättsutvecklingen. Dock kan som Wilhelmsson anför denna andra funktion av allmänna läror även tolkas så att det konkreta rättsmaterialet eller de rådande allmänna lärorna inte tillhandahåller lösningar på de samhällsproblem som skulle kunna föreligga på grund av den rådande samhällsutvecklingen. Om man ansluter sig till en sådan tolkning kan man uppfatta att det traditionella avtalsfrihetsbegreppet med en vid privat-autonomi till starkare partens förmån (svaret på frågan avtalsfrihet för vem) inte beaktar den omfattande behovslagstiftningen och de omfattande inskränkningarna i avtalsfriheten som föreligger på civilrättens område. Man kan även gå vidare och beakta den tredje funktionen av Wilhelmsson utvecklade funktioner hos de allmänna lärorna (indirekt avtalsfriheten). Man kan söka generalisera det konkreta rättsmaterialet så att systemet av allmänna läror pekar mot framtiden. På detta sätt kan rättsvetenskapen välja att uppfatta avtalsfriheten som kvalificerad och finna rättsligt stöd samt föra rättslig argumentation till svagare partens förmån. Man kan så säga påverka rättssystemets uppbyggnad med små medel som på lång sikt innebär detta en skillnad. Wilhelmsson lämnar medvetet en dylik säkerhetsventil öppen för rättsvetenskapen *och rättens tillämpare*.

Det finns det dock en central avslutande synpunkt som enligt min mening är högst angelägen. Den centrala frågan är hur man prövar dessa teorier, det vill säga hur långtgående man kan argumentera för den kvalificerade avtalsfriheten utan att man tappar stöd i den materiella rätten, främst *rättspraxis*. När övergår diskussionen eller analysen kring en kvalificerad avtalsfrihet till att vara närmast utopisk där det inte längre finns logiska stöd för slutsatsen som är realiserbara de lege ferenda argument? Svaret på frågan är relevant

---

<sup>65</sup> Taxell, *Avtalsrätt – Bakgrund, sammanfattning, utblick*, s. 36.

<sup>66</sup> Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 17.

<sup>67</sup> För diskussionen i stycket och för en redovisning av vad Wilhelmssons allmänna läror exakt innefattar, se förevarande arbete ovan under kapitlet *Konstruktiv rättsvetenskaplig metod*, s. 12.

eftersom utgångspunkter och resultat av alternativa rättsdogmatiska undersökningar möter den traditionella rättsdogmatiken. Frågan är om vännen med båda metoderna, den konstruktiva rättsvetenskapliga metoden, ger ett exaktare svar. Innan denna fråga analyseras måste dock först en diskussion kring avtalsfrihetens rättssystematiska undergrupper och därefter en diskussion kring kontraheringsplikten utbreda sig.

## 2.4 Avtalsfriheten och dess rättssystematiska undergrupper

Sandgren påpekar att på grund av att den traditionella avtalsrätten liksom marknadsekonomin grundvalar är så givna och erkända i samhället är det svårt att finna en utförligare systematisk redogörelse för avtalsfriheten behandlad på en plats i den svenska doktrinen.<sup>68</sup> Man får sluta sig till att en sammanfogning av delar av en princip som behandlas på spridda platser i doktrinen här får ge oss en sammanhängande bild.

I doktrinen har olika sätt att beskriva och avgränsa avtalsfriheten framkommit. Wilhelmsson för en diskussion kring *avtalsfrihetens element*.<sup>69</sup> Detta korresponderar med vad Taxell beskriver som *avtalsfrihetens innehåll*.<sup>70</sup> Avtalsfrihetsbegreppet har, som med hänvisning framgår av Wilhelmssons avhandling, i den juridiska litteraturen begagnats i åtminstone åtta(!) olika betydelser. Dessa olika undergrupper av avtalsfriheten förklaras slutligen som *frihet att ingå avtal*, *frihet att välja avtalspart*, *innehållsfrihet* i begränsad betydelse, *typfrihet* som ingående i ett mera vidsträckt innehållsfrihetsbegrepp, samt *formfrihet* och *upplösningsfrihet*.<sup>71</sup> Enligt Wilhelmsson borde begreppet avtalsfrihet behandlas som ett samlingsbegrepp, vilket kan definieras enbart i förhållande till sina underbegrepp. Taxell diskuterar i denna bemärkelse avtalsfrihetsbegreppet och anför att avtalsfriheten har ett tredelat innehåll. Avtalsfriheten innebär enligt honom en *frihet för individen att ingå avtal*, att *välja med vem och på vilket sätt avtal ska ingås* samt *parternas rätt att påverka avtalsinnehållet*. Det sistnämnda av Taxell avgränsade avtalsfrihetsbegreppet har på intet sätt ett snävare innehåll än den av Wilhelmsson anförda. Det är endast fråga om att på två olika sätt systematisera avtalsfriheten genom begagnandet av undergrupper där Taxell avstår från att dela upp begreppet ytterligare, särskilt innehållsfriheten. De två skilda systematiseringarna har med andra ord samma innehåll. Uppdelningen av avtalsfrihetens element till undergrupper erbjuder främst en analysmöjlighet av avtalsfriheten i förhållande till den materiella rätten.

Särskilt *innehållsfriheten* har diskuterats i doktrinen när avtalsfriheten omvärderats. Anledning till detta är främst de ökade lagstiftningsinsatserna som företagits för att stärka konsumentskyddet exempelvis genom dispositiv

---

<sup>68</sup> Sandgren, En social avtalsrätt? Del I, JT 1992–93 s. 463.

<sup>69</sup> Wilhelmsson, Om styrning av försäkringsvillkor, s. 5.

<sup>70</sup> Taxell, Avtalsrättens normer, s. 32.

<sup>71</sup> Wilhelmsson, Om styrning av försäkringsvillkor, s. 6 f.

och tvingande lagstiftning.<sup>72</sup> Innehållsfriheten innebär att parterna har frihet att reglera själva innehållet i avtalet (detaljerna i form av exempelvis klausuler), samt de därmed nära förbundna frågorna om ändring, komplettering eller möjlighet till upphävande av avtalet.<sup>73</sup> Det är fråga om en rätt för parterna att fritt bestämma innehållet i inbördes rättigheter och skyldigheter.<sup>74</sup> I sammanhanget bör nämnas den tolkning jag gör av Wilhelmssons påpekande, att det föreligger ett samband mellan friheten att ingå avtal och innehållsfriheten genom att *en begränsning av avtalsfriheten kausalt för med sig en begränsning i innehållsfriheten*.<sup>75</sup> Det är därför svårt att behålla en total åtskillnad mellan avtalsfrihetens olika element.

När man diskuterar avtalsfrihetens rättsliga undergrupper bör man påminna sig om att avtalsfriheten har olika dimensioner. Man bör komma ihåg att denna systematik, indelningen i undergrupper, innebär försök att ur olika infallsvinklar karaktärisera delar av avtalsfriheten och förstå dess karaktär i förhållande till och påverkan i gällande rätt. Avtalsfrihetens element blir därmed rättsliga analysinstrument. För en total förståelse för avtalsfriheten bör man dock beakta avtalsfrihetens potentialfunktion.

Vid en diskussion av avtalsfriheten bör avslutningsvis även något sägas om förhållandet mellan avtalet i sig och avtalsfriheten. Avtalet utgör ett rättsligt instrument genom vilket två självständiga parter genom privata initiativ inom avtalsfrihetens ram tillåts styra rättsliga förhållanden. Avtalet och avtalsfriheten utpekas som en av de viktigaste beståndsdelarna i marknadsekonomin. Avtalet i sig är dock något annat än avtalsfriheten. Enligt min mening *förkroppsligar avtalet avtalsfriheten*, genom att den utgör ett medel med vilket parter inom den privata sfären kan ge uttryck för den avtalsfrihet som tillskrivs dem. Avtalet kan säga mycket om avtalsfrihetens räckvidd, den blir materiell rätt, och bland annat avtalets innehåll avslöjar konturerna i avtalsfrihetens innehåll.

Vidare kan jag beröra det vällanvända begreppet omsättningsintresse. Vid privaträttsligt avtalsingående är funktionen hos avtalet att tillgodose *omsättningsintresset* och att på ett ekonomiskt effektivt sätt uppnå ett *utbyte av nyttigheter*. Omsättningsintresset och resursallokering är *främst* en rättsekonomisk förklaring till varför avtal är nödvändiga. Man talar i denna bemärkelse även om pareto-effektivitet, dvs. förekomsten av ömsesidigt gynnande avtal.<sup>76</sup> Sandgren menar att begreppet omsättningsintresse är ett oklart begrepp som samlingsterm för värden som förutsebarhet, stabilitet, opartiskhet och liknande värden, främst i en marknadsekonomisk kontext.<sup>77</sup> Enligt min mening är begreppet färgat av explicita marknadsekonomiska värden. Det är svårt att motivera valet av en sådan begreppsbyggnad och påstå att det även kan uttrycka välfärdsstatliga värden. Begreppet motverkar välfärdsstatliga värdens inflytande i rätten genom dess närhet till ekonomisk begreppsbyggnad.

---

<sup>72</sup> Wilhelmsson, Om styrning av försäkringsvillkor, s. 10 ff.

<sup>73</sup> Taxell, Avtalsrättens normer, s. 32 f.

<sup>74</sup> Wilhelmsson, Om styrning av försäkringsvillkor, s. 10.

<sup>75</sup> Wilhelmsson, Om styrning av försäkringsvillkor, s. 12.

<sup>76</sup> Se Dahlman, Glader, Reidhav, Rättsekonomi, en introduktion, s. 54 ff.

<sup>77</sup> Sandgren, En social avtalsrätt? Del I, JT 1992–93 s. 464.

# 3 Kontraheringsplikten som norm

## 3.1 Kontraheringspliktens grundläggande karaktär

I doktrinen uppfattas kontraheringsplikten på olika sätt. Förståelsen skiljer sig åt dels i fråga om terminologi, dels ifråga om hur kontraheringsplikten rättsligt beskrivs och avgränsas. Begreppet kontraheringsplikt är den terminologi som är mest utbredd.<sup>78</sup> Förutom detta begrepp begagnas andra begrepp varmed åsyftas samma rättsliga institut. Ramberg ställer termen kontraheringstvång i förgrunden vilket språkligt sett ligger nära termen kontraheringsplikt. Huruvida Ramberg försöker modernisera terminologin låter sig vara osagt men jag uppfattar att detta är det åsyftade. Även Victorin använder sig av begreppet kontraheringstvång.<sup>79</sup> I övrigt används i doktrinen sällan andra synonymer varmed åsyftas kontraheringsplikt. Exempel på sådana andra termer är i vart fall avtalstvång, avtalsplikt, eller kontraktstvång.<sup>80</sup> I omskriven form talar man om en skyldighet att ingå avtal eller tvång att avtala.<sup>81</sup>

Den rättsliga beskrivningen av kontraheringsplikten sker i doktrinen på olika sätt. Adlercreutz beskriver kontraheringsplikten som att den innebär att en part *kan påkalla avtalslut eller åtminstone fullgörande av en prestation utan viljeförklaring från den andra partens sida*.<sup>82</sup> Här ställs således frånan av viljan i fokus där avtalslagens modell för att ingå avtal utgör den referensram mot vilken kontraheringsplikten förstås. På liknande sätt beskriver Nybergh kontraheringsplikten som att det är fråga om en situation där ett enskilt avtal uppkommer till följd av att en ensidig viljeförklaring riktas till någon som bedriver en viss typ av verksamhet. Den som bedriver verksamheten har hela tiden ett stående anbud givet till allmänheten. Detta innebär att den som vill kontrahera inte behöver vänta på en viljeförklaring av anbudsgivaren.<sup>83</sup> I en fördjupad rättslig precisering av kontraheringsplikten förklarar Nybergh kontraheringsplikten som att en presumtiv avtalspart har *rätt* att få ett avtal till stånd med en annan presumtiv avtalspart på sådana villkor som denne andra part normalt tillämpar.<sup>84</sup> Adlercreutz förklarar även situationen så att kontraheringsplikt kan beskrivas som ett

---

<sup>78</sup> Se här Pehrson, Kontraheringsplikt. Victorin, Om kontraheringstvång inom förmögenhetsrätten, SvJT 1976 s. 436 ff. Koktvedgaard, Kontraheringsplikt. Nybergh, Avtalsfrihet – rätt till avtal. Adlercreutz, Avtalsrätt I.

<sup>79</sup> Victorin, Om kontraheringstvång inom förmögenhetsrätten, SvJT 1976 s. 436.

<sup>80</sup> Nybergh, Avtalsfrihet – rätt till avtal, s. 10.

<sup>81</sup> Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 31, samt Nybergh, Avtalsfrihet – rätt till avtal, s. 10.

<sup>82</sup> Adlercreutz, Avtalsrätt I, s. 105.

<sup>83</sup> Nybergh, Avtalsfrihet – rätt till avtal, s. 1.

<sup>84</sup> Nybergh, Avtalsfrihet – rätt till avtal, s. 12.



förbud mot avtalsvägran eller motsvarande prestationsvägran utan saklig grund.<sup>85</sup>

Av diskussionen ovan följer slutsatsen att kontraheringsplikten gör att en part per automatik kan sluta avtal med en annan part. När man diskuterar avtalsfrihetens element<sup>86</sup> innebär kontraheringsplikten främst att friheten att ingå avtal inskränks för ena parten medan andra parten får en utvidgad rätt till avtal.<sup>87</sup> Vidare inskränks även friheten att välja avtalspart. Slutligen kringskärs även innehållsfriheten. Enligt Taxells beskrivning av avtalsfrihetens innehåll<sup>88</sup> inskränks friheten att ingå avtal, att välja med vem och på vilket sätt avtal ska ingås samt parternas rätt att påverka avtalsinnehållet.

Angående specifikt avtalsinnehållet är det enligt min mening problematiskt att precis analysera i vilken grad denna frihet begränsas. Eftersom kontraheringsplikten ofta framträder som regleringsmekanism kommer innehållsfrihetens inskränkning bli beroende vad för typ av rättsförhållande och samhällelig verksamhet som regleras. Är det fråga om att trygga rätten till el, till bredband, till viss vara som försäljs inom ramen för monopoliserad verksamhet? Med andra ord, vad är föremål (objekt) för det rättsförhållande avtalet reglerar? Innehållsfriheten kommer genom rättsreglerna inskränkas i olika utsträckning. Angående rättsprinciper är det än mer oklart att utreda specifikt i vilken omfattning innehållsfriheten inskränks. Det är dock svårt att ge något entydigt svar. *Om man jämför med andra tvingande rättsregler inskränker tvingande regler i min mening innehållsfriheten mer än vad kontraheringsplikten (både i form av rättsregel samt rättsprincip) inskränker innehållsfriheten.* En tvingande regel är nämligen i sig en inskränkning i innehållsfriheten. Men en tvingande regel å sin tur innebär ingen inskränkning i valfriheten att välja att ingå avtal för part och med vem man vill ingå detta avtal.

Som Nyberg anför innefattas i kontraheringsplikten även ett *förbud mot att avbryta en varaktig avtalsförbindelse* vilket inte nödvändigtvis uppfattas som en situation då kontraheringsplikt föreligger. I denna situation är det fråga om att en näringsidkare åläggs en skyldighet att låta bli att säga upp ett redan ingånget avtal som är varaktigt eller långvarigt.<sup>89</sup> Adlercreutz benämner fallet som att part kan kräva fortsättning eller förnyelse av ett avtalsförhållande.<sup>90</sup> Fallet är oberoende av om prestationen tillhandahålls tillsvidare eller är tidsbestämd. Vid ett engångsavtal föreligger frågan om kontraheringsplikt varje gång ett nytt avtal ska slutas. Vid ett fortlöpande avtal blir det fråga om ifall näringsidkaren har rätt att upplösa avtalsförhållandet genom att säga upp avtalet eller häva det, eller om konsumenten har rätt att hålla fast vid det.<sup>91</sup> Ett exempel på denna typ av

---

<sup>85</sup> Adlercreutz, Avtalsrätt I, s. 105.

<sup>86</sup> Se ovan s. 25.

<sup>87</sup> Observera formuleringens tolkningsbarhet. Inskränkningen behöver inte uppfattas som en inskränkning.

<sup>88</sup> Se ovan s. 25.

<sup>89</sup> Nybergh, Avtalsfrihet – rätt till avtal, s. 14.

<sup>90</sup> Adlercreutz, Avtalsrätt I, s. 107.

<sup>91</sup> Nybergh, Avtalsfrihet – rätt till avtal, s. 15 f.

kontraheringsplikt är hyresgästs rätt till förlängning av hyresavtal i 12 kap. 46 § JB.

Här kan kort inflikas något angående motiven för kontraheringsplikt. Frågan är delvis perifer för arbetets frågeställning eftersom kontraheringsplikten analyseras från andra infallsvinklar. Motiven för kontraheringsplikt är baserade på en analys där man försökt sammanfatta de olika stadganden om kontraheringsplikt och de motiv som där framkommer till huvudgrupper av motiv. Ändå är dessa motiv intressanta eftersom de ger en viss ledning om kontraheringspliktens egenskaper som de framgår ur rättssystemet. Nybergh uppfattar kontraheringsplikten som att den innebär stadganden på väldigt spridda platser i det civilrättsliga rättssystemet där dessa stadganden sammantaget vilar på motivet att tillvarata konsumentens intressen.<sup>92</sup> Victorin å sin tur ansluter sig istället till en äldre indelning som baserar sig på uppdelningen mellan offentlig rätt och privaträtt när han delar upp olika motiv till regler om kontraheringsplikt. Utan att göra anspråk på att redogöra för alla motiveringar för kontraheringsplikten kan här tas upp några. Victorin talar om ett offentligt försörjningsansvar där offentliga institutioner eller företag har till uppgift att förse allmänheten med livsnödvändiga varor som vatten och elektricitet där det föreligger en *plikt* att inte vägra leverans.<sup>93</sup> Victorin talar sedan om offentligrättsliga stadganden där kontraheringsplikt på grund av säkerhetsskäl och sundhetsskäl aktualiseras. Exempel på kontraheringsplikt mot bakgrund av sådana motiv är skyldigheten att ansluta hus till avloppsledning samt skyldigheten att sluta avtal med sophämningsfirma då kommunen överfört det offentliga ansvaret på en privat aktör.<sup>94</sup> Slutligen föreligger en större grupp av stadganden som har till att skydda vissa sociala rättigheter exempelvis inom civilrätten. Victorin nämner här främst rätten till bostad och arbete.<sup>95</sup> Bernitz behandlar kontraheringsplikten i förhållande till konkurrenslagstiftningen och verksamheter som faktiskt har monopol eller kvasimonopol. Motivet för kontraheringsplikt är den allvarliga konkurrensbegränsning som föreligger när ett företag tillhandahåller varor eller tjänster och den brist på alternativ som en kund har när kunden efterfrågar dessa.<sup>96</sup>

Dessa förklaringar av kontraheringspliktens karaktär ger en fingervisning om vad kontraheringsplikten är för något. I mittpunkten befinner sig en tolkning enligt anbud och acceptmodellen där kontraheringsplikten innefattar en inskränkning i den ena partens vilja.

I ett vidare omfång tolkas dock inte kontraheringsplikten enbart i ljuset av anbud och acceptmodellen. Visserligen föreligger inskränkningar i ena partens vilja att binda sig men anbud och acceptmodellen är i sig en ensidig beskrivning av sättet varpå avtal ingås i dagens samhälle. Som Victorin anför innebär tillitsteorin inom anbud och acceptmodellens ram redan en viss kontraheringsplikt. Den enskildes intresse att bli bunden mot sin vilja får stå tillbaka för motpartens intresse av att kunna lita på vad han eller hon

---

<sup>92</sup> Nybergh, Avtalsfrihet – rätt till avtal, s. 12.

<sup>93</sup> Victorin, Om kontraheringstvång inom förmögenhetsrätten, SvJT 1976 s. 438.

<sup>94</sup> Victorin, Om kontraheringstvång inom förmögenhetsrätten, SvJT 1976 s. 442.

<sup>95</sup> Victorin, Om kontraheringstvång inom förmögenhetsrätten, SvJT 1976 s. 447.

<sup>96</sup> Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt 1, s. 164.

uppfattar som bindande utfästelser.<sup>97</sup> För en riktigare förståelse för kontraheringsplikten och den egentliga dimension som kontraheringsplikten inrymmer är det istället bättre att fokuserar på Nyberghs beskrivning av kontraheringsplikten som norm och som rättsprincip.

I sin utveckling av kontraheringspliktens inneboende egenskaper utgår Nybergh ifrån tolkningen att kontraheringsplikten utgör en central norm, ett ”avtalsrättsligt institut”<sup>98</sup>, närmast en storhet som kan ställas i relation till avtalsfriheten.<sup>99</sup> Nybergh analyserar kontraheringsplikten som reglering där kontraheringsplikten innefattar stadganden som framkommer direkt eller indirekt i lagstiftningen. Utöver detta anser Nybergh att kontraheringsplikten dessutom utgör en rättsprincip.<sup>100</sup>

Frågan om kontraheringsplikten som regleringsmekanisk (och även som regleringsteknik) är problematisk och ligger i periferin för denna uppsats. Frågan är dock intressant eftersom rättsprinciper ofta kommer tillämpas då rättsreglerna inte ger klarhet och således ett oklart fall föreligger på gränsen till rättsregelns tillämpbarhet. Frågan inställer sig om man ska tillämpa en rättsprincip om kontraheringsplikt eller anta att redan rättsregeln i sig uttrycker en viss kontraheringsplikt. I regleringssammanhang utelämnas ibland begreppet kontraheringsplikt trots att det vid en analys av reglerna framkommer att detta har varit det åsyftade. Detta sammanhänger förmodligen med att kontraheringsplikten ofta inte uppmärksammas som en möjlig regleringsmekanism eller att lagstiftaren utgick från att en regel innefattar en tvingande reglering. Ibland har på detta sätt det ignorerats att det rör sig om avtalsförhållanden.<sup>101</sup> Det är detta förhållande som är innebörden av begreppet indirekt kontraheringsplikt. På grund av detta förhållande blir det nödvändigt att analysera själva rättsregeln innan man går in på frågan om en rättsprincip ska tillämpas. Analysen av rättsregeln kommer att baseras på en uppdelning mellan indirekt och direkt kontraheringsplikt. Ett belysande exempel på detta är enligt min mening lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation. Lagens 5 kap. 1 § innebär en kontraheringsplikt för förmedlare av elektronisk kommunikation till slutanvändare.<sup>102</sup> Man kan fråga sig varför lagstiftaren inför en regel vars tillämpningsområde är oklar och hur pass rättssäkerhet detta egentligen är angående kravet på förutsebarhet.

---

<sup>97</sup> Victorin, Om kontraheringstväng inom förmögenhetsrätten, SvJT 1976 s. 439.

<sup>98</sup> Nybergh, Avtalsfrihet – rätt till avtal, s. 1.

<sup>99</sup> Nybergh, Avtalsfrihet – rätt till avtal, s. 3. Betrakta även separat kap. 3 och kap. 4 i arbetet.

<sup>100</sup> Detta framkommer om man läser kap. 3 och kap. 4 i Nyberghs arbete.

<sup>101</sup> Nybergh för liknande diskussioner och använder termerna direkt och indirekt kontraheringsplikt. Se Nybergh, Avtalsfrihet – rätt till avtal, s. 227, 89 f, samt 297.

<sup>102</sup> Se här Ds 2008:55 s. 42 samt Ds 2009:13 s. 203. Se Bengtssons utredning där han vid en analys av 5 kap. 1 § lagen om elektronisk kommunikation sluter sig till att stadgandet innebär en kontraheringsplikt. Dock är bestämmelsen inte tolkad i termer av kontraheringsplikt i förarbetena till lagen. Vidare framhålls på s. 203 att en reglering i form av kontraheringsplikt stämmer mindre väl med konsumenttjänstlagens utformning. En betydande tvekan att använda denna regleringsform vid konsumenttjänster föreligger. Det är dock att anmärka att begreppet kontraheringsplikt som regleringsform faktiskt beaktats av utredaren (Bertil Bengtsson) till lagförslaget.

Sett till Nyberghs rättsliga analyser ligger det nära att med en ingrediens i form av kreativitet utveckla kontraheringsplikten. Varför inte uppfatta kontraheringsplikten som en allmän lära? *Mot bakgrund av teorin om de allmänna lärorna som Wilhelmsson utvecklar framträder enligt min mening kontraheringsplikten i mångt och mycket som en allmän lära.*<sup>103</sup> Om man uppfattar kontraheringsplikten som en allmän lära leder denna slutsats till att:

1. Kontraheringsplikten är ett begrepp som har ett rättsligt innehåll som kan preciseras.
2. Kontraheringsplikten utgörs av en rad stadganden (stadganden som ofta kräver en rättslig analys för slutsatsen att det rör sig om kontraheringsplikt).
3. Kontraheringsplikten även (som senare kommer visas) är en rättsprincip. Diskuteras bör dock rättsprincipens omfattning.<sup>104</sup>

Att kontraheringsplikten här ges status som allmän lära kan naturligtvis diskuteras. Nybergh ger redan genom sin analys av kontraheringsplikten den närmast en sådan status. Victorin och Pehrson analyserar kontraheringsplikten utifrån ett något annorlunda perspektiv och berör inte frågan på samma djup även om båda analyserar kontraheringsplikten både i form av att den ger uttryck för rättsregler som att den ger uttryck för en rättsprincip.<sup>105</sup> Om man uppfattar kontraheringsplikten främst som en regleringsmekanism är det korrektare att tala om kontraheringsplikten som rättsligt institut. Det är dock korrektare att tala om kontraheringsplikten som en allmän lära eftersom den konkurrerar med den traditionella avtalsfriheten och ingår i den kvalificerade. Den idéhistoriska bild som tecknades av avtalsfriheten stödjer denna slutsats, betydande inskränkningar i avtalsfriheten och privatautomin föreligger. Detta talar för att konkurrerande storheter till avtalsfriheten framträder, där egentligen främst dessa andra storheters gränser bör diskuteras. Nyberghs analys har ett omfattande stöd av empiriskt material och det ligger efter en granskning av arbetet nära att ta honom på orden om kontraheringsplikten som en allmän lära, även om han inte använder denna term. Hursomhelst kommer denna bild av kontraheringsplikten klarna under nästa kapitel.

För att ge en än mer klar bild av kontraheringsplikten kan man diskutera vilka rättsförhållanden kontraheringsplikten reglerar. Enligt min mening framträder *kontraheringsplikten i ett horisontellt och i ett vertikalt rättsförhållande mellan parter*. Detta är inte något konstigt eftersom det moderna samhällets partsförhållanden är uppbyggda på detta sätt. Det vertikala rättsförhållandet utgörs av förhållandet mellan det allmänna och individen. Det horisontella rättsförhållandet utgörs av förhållandet mellan individer samt förhållandet mellan individ och företag. Att lägga dessa rättsförhållanden till grund för en rättslig analys har vissa fördelar gentemot att

---

<sup>103</sup> Se här kapitel 1.3 ovan angående Wilhelmssons framställning av de allmänna lärorna.

<sup>104</sup> För vad en rättsprincip fyller för funktion se den diskussion av Peczenik som refererats.

<sup>105</sup> Se Victorin, Om kontraheringstvång inom förmögenhetsrätten, SvJT 1976 s. 436–451. samt Pehrson, Kontraheringsplikt, s. 1 f, s. 70–75.

låta rättsområdesdiskussioner utgöra grund för en analys. När man ställer kontraheringsplikten i relation till avtalsfriheten kommer parterna ses som subjekt istället för objekt. Det finns dock en svårighet i att analysera dessa rättsförhållanden som utformats här. Svårigheten är att analysera det horisontella rättsförhållandet eftersom parternas styrka kan variera. Exempelvis kan en näringsidkare framträda som ett stort multinationellt företag eller som en liten enskild firma.

Dessa förhållanden är dessutom svåra att förankra i rättsreglerna. Att utforma differentierade ”splittrade” regler och dela upp reglernas verkningar för rättssubjekt gör sannolikt att reglerna lättare kan kringgås. Därmed måste reglerna övervakas. Slutsatsen är att rättssociologiska analyser lättare skulle kunna besvara om dylika lösningar är att föredra. Skilt från denna diskussion kan även nämnas min syn att privatpersoner inte alltid agerar i egenskap av konsument. Exempelvis i hyresrättsförhållanden inom bostadslagstiftningen kan diskuteras om begreppet konsument är det egentligen korrekta. Begrepp kan ibland bli juridiskt korrekta eftersom man ofta pressar in begreppen så att de blir korrekta. Att uppfatta hyresgästen som konsument kan ibland faktiskt försvaga dennes rättsliga ställning. Är en bostad en konsumtionsvara? Det känns som att konsumentbegreppet börjar urvattnas.

För att avsluta analysen kring kontraheringspliktens grundläggande karaktär och återgå till diskussionen om terminologi kan anföras att om det begreppsligt är fråga om kontraheringsplikt eller kontraheringstvång sannolikt bör avgöras av om man ser parterna som subjekt eller som objekt. Om man börjar fråga sig till förmån avtalsfriheten och kontraheringsplikten ska tolkas, till förmån för svagare part eller till förmån till starkare, är begreppet kontraheringsplikt mer passande än kontraheringstvång. Plikt innebär språkligt skyldighet, åliggande och till och med moralisk förpliktelse. Alla dessa begrepp beaktar partsperspektivet och ligger nära till den svagare partens förmån samt fångar kontraheringsplikten centrala egenskaper. Kontraheringstvång synes vila på en begreppsanvändning som lever kvar i äldre tiders uppfattning av privatautonomi och avtalsfriheten.

### **3.2 Kontraheringspliktens roll i avtalsfrihetens potentialfunktion**

Som det har framgått ur diskussionen kring avtalsfrihetens dimensioner är avtalsfriheten i egenskap av allmän lära dynamisk. Avtalsfriheten har en potentialfunktion. I denna potentialfunktion inbegrips avtalsfrihetens föränderlighet och argumenterbarhet. I avtalsfrihetens potentialfunktion sammanlänkas idéhistoria, rättsfilosofi och rättspolitik. Slutsatsen avseende avtalsfrihetens idéhistoriska dimension var att det finns *idéhistoriska tendenser* som pekar mot att avtalsfriheten inte uppfattas enligt ett traditionellt synsätt där avtalsfriheten tolkas till starkare partens förmån. Frågan är nu vilken plats kontraheringsplikten intar i avtalsfrihetens potentialfunktion.

Traditionellt uppfattas sambandet mellan avtalsfriheten och kontraheringsplikten så att kontraheringsplikten inskränker avtalsfriheten.<sup>106</sup> Detta synsätt<sup>107</sup> innebär att kontraheringsplikten som princip och de enskilda stadgandena om kontraheringsplikt utgör undantag i avtalsfriheten.<sup>108</sup> Exempelvis anför Victorin att kontraheringsplikten innefattar ett ”genomgripande ingrepp i avtalsfriheten”.<sup>109</sup> Detta sätt att uppfatta sambandet mellan avtalsfriheten och kontraheringsplikten ifrågasätts dock av *Nybergh i arbetet Avtalsfrihet – rätt till avtal*. Nybergh menar att kontraheringsplikten bör förstås i relation till *den kvalificerade avtalsfriheten*. Han anser att avtalsfriheten om den uppfattas till förmån för konsumenten även inbegriper en viss (inneboende) kontraheringsplikt. Enligt honom är kontraheringspliktens främsta syfte att vara ett medel genom vilket säkerställs att näringsidkarens avtalsfrihet inte leder till konsumentens brist på frihet.<sup>110</sup> I princip anser Nybergh att kontraheringsplikten ska uppfattas som *en möjlighet i en positiv uppfattning av avtalsfriheten* där kontraheringsplikten innebär en möjlighet för individen att ingå avtal. Om man beaktar avtalsfriheten som att den har en positiv sida (eller utvidgar den negativa sidan) och utvidgar perspektivet är det lättare att uppfatta kontraheringsplikten i sin vida form där den bättre motsvarar behoven i konsumtionssamhället.<sup>111</sup> Den fråga som Nybergh kan anses ställa vid analysen av kontraheringsplikten är, med den begreppsuppbyggnad som begagnas här, hur och i vilken omfattning kontraheringsplikten kan förankras i rättssystemet i dess helhet och ingripa i avtalsfrihetens potentialfunktion. Som Nybergh anför: ”Skall kontraheringsplikten uppfattas såsom en begränsning (bland andra) i avtalsfriheten (den traditionella) eller finns det skäl att i begreppet kvalificerad avtalsfrihet inbegripa en viss kontraheringsplikt?”<sup>112</sup>

Även *Atiyah* argumenterar i linje med Nyberghs synsätt avseende sambandet mellan kontraheringsplikten och avtalsfriheten i arbetet *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Arbetet är från 1979(!) och innebär en högst omfattande rättslig analys av avtalsfriheten och närliggande spörsmål i en rättshistorisk kontext. *Atiyah* talar i sin analys om ”compulsory contracts”, det vill säga kontraktstvång. *Atiyah* relaterar analysen av privatautonomins försvagning<sup>113</sup> till frågan om kontraheringsplikt och anser att samtidigt som privatautonomi under det senaste århundradet konstant har försvagats har en ökning av situationer där en part måste ingå ett obligatoriskt (icke frivilligt, tvunget) utbyte ökat.<sup>114</sup> *Atiyah* anser att det finns en tradition att referera till utbyten i termer av ”kontraktstvång” och traditionellt uppfatta det som att det finns en motsättning mellan utbyten där parten har fri vilja och utbyten som sker genom kontraktstvång.<sup>115</sup> Rent

<sup>106</sup> Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, s. 3.

<sup>107</sup> Istället för ordet synsätt brukas i doktrinen flitigt ordet paradigm.

<sup>108</sup> Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, s. 75 f.

<sup>109</sup> Victorin, Om kontraheringstvång inom förmögenhetsrätten, SvJT 1976 s. 438.

<sup>110</sup> Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, s. 79.

<sup>111</sup> Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, s. 80 f.

<sup>112</sup> Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, s. 77.

<sup>113</sup> För en redogörelse för denna analys se ovan s. 21.

<sup>114</sup> *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of contract*, s. 742 f.

<sup>115</sup> *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of contract*, s. 743.

faktiskt (i det praktiska livet i samhället) menar han dock att det är svårt att dra en gräns mellan de fall där en part ingår avtal helt fritt av egen vilja eller de fall där parten inte har någon fri vilja alls att ingå avtal. I den traditionella uppfattningen av den fria viljan (avtalsfriheten) löstes denna avvikelse mellan det normativa och det faktiska genom att man undvek frågan om vems (vilken parts) fria vilja som avsågs och antog att alla kontrakt ingås och är ett resultat av den fria viljan. Atiyah anser att detta synsätt aldrig har varit alls tillfredsställande.<sup>116</sup> Visserligen finns, menar Atiyah, skillnader mellan de avtal som ingås frivilligt och de som ingås i form av kontraheringsplikt. Men det finns också flera likheter. I båda fallen förekommer; ett utbyte mellan parterna, där parterna ofta uppnår fördelar, där det finns någon grad av vilja hos båda parter. Vad Atiyah föreslår är att man inte behandlar kontrakt genom tvång och kontrakt genom fri vilja som motsatta begrepp utan som tillsammans existerande.<sup>117</sup>

Slutsatsen av Nyberghs och Atiyahs analyser får tolkas som att man kraftigt bör ifrågasätta en syn där avtalsfriheten och kontraheringsplikten framstår som oförenliga rättsliga allmänna läror. Det praktiska samhällslivet och rättsliga analyser talar för att uppfatta lärorna som ett enhetligt begrepp, att skapa en syntes. Att innefatta en *viss* kontraheringsplikt i avtalsfriheten är förenlig den bild som tecknats tidigare av avtalsfriheten. Både Nybergh och Atiyah argumenterar med rättsligt stöd för möjligheten att utvidga frihetsbegreppet så att avtalsfriheten ska uppfattas som att den ger en *båda* parterna rätt till avtal.

Medvetet lades lokutionen ”*viss* kontraheringsplikt” in i stycket ovan, med betoning på ordet *viss*. Det finns nämligen som visats numera i *viss utsträckning* rättsligt stöd för att uppfatta kontraheringsplikten som att den ger en part rätt till avtal.<sup>118</sup> Men att *helt* uppfatta kontraheringsplikten som att den ger part en rätt till avtal skulle medföra ett samhälle där en part *alltid* skulle kunna få avtal till stånd med en annan part utan stöd av denna andra parts fria vilja. I ett samhälle med kontraheringsplikt som huvudregel och det traditionellt uppfattade avtalsfriheten som undantag skulle sannolikt flera individer förmodligen känna sig påtvingade till utbyten. Det är på grund av denna enkla argumentation och invändning man bör diskutera *i vilken omfattning* en *viss* kontraheringsplikt kan och bör innefattas i avtalsfriheten.

---

<sup>116</sup> Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of contract*, s. 743 f.

<sup>117</sup> Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of contract*, s. 743–745.

<sup>118</sup> För omfattande analyser se Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, samt Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, s. 744–754. Se även för en redogörelse och analys av stadganden om kontraheringsplikt Pehrson, *Kontraheringsplikt*. För en analys av kontraheringsplikten som allmän princip, dock i dansk rätt, se Koktvedgaard, *Kontraheringsplikt*.

Andersson har recenserat och kommenterat Nyberghs arbete och analyser.<sup>119</sup> Andersson anser att Nybergh på ett intressant sätt visar att kontraheringsplikten inte behöver ses som ett undantag till avtalsfriheten om man beaktar faktumet att avtalsfriheten är föremål för omfattande begränsningar.<sup>120</sup> Efter en diskussion kring Nyberghs användande av begreppet kvalificerad avtalsfrihet uttalar Andersson att "[p]ersonligen finner jag det stundtals hugget som stucket om man ska formulera dessa värderingar såsom ingående i ett positivt beskrivet begrepp – såsom ”kvalificerad avtalsfrihet” – eller om man ska formulera saken såsom att vi har att göra med inskränkningar och sprickbildningar i den totala, individuella avtalsfriheten. Trots allt köper jag dock Nyberghs användning av det kvalificerade avtalsfrihetsbegreppet [...]. [E]tt omvänt partsperspektiv på avtalsfriheten uppmärksammar konsumentens frihet att ha tillgång till diverse förnödenheter, dennes frihet att därmed gestalta sitt liv – dvs. dennes ’rätt till avtal’.”<sup>121</sup>

Andersson uppmärksammar således och ger Nybergh beröm för det intressanta användandet av den kvalificerade avtalsfriheten och argumentationen att tolka avtalsfriheten ur parternas synvinkel. Efter en ytterligare diskussion kring Nyberghs användande av begreppet kvalificerad avtalsfrihet tolkar Andersson arbetet så att den i arbetet framlagda undersökningen går längre än att den enbart vill få en teoribildning som ligger i takt med rättsutvecklingen. Istället refererar han explicit till Nyberghs formuleringar i arbetet och anser att Nybergh vill gå ett steg längre genom att gå ända till gränsen för vad som är rättsligt möjligt vilket innebär ett vidareförande av teorin för att kunna påvisa en önskad rättsutveckling.<sup>122</sup> I denna del anför Andersson att "[det] finns en liten tendens att författaren, med sitt bagage av kartläggning av det stora s. k. ’undantagsområdet’, omformulerar undantaget till nära nog en huvudregel. Avtalsfrihet kan alltså i vissa fall, under vissa förutsättningar, betyda en rätt till avtal, men trots allt består den gamla huvudregeln även efter undersökningen.”<sup>123</sup>

Denna analys av Andersson är högst intressant och jag delar hans ståndpunkter. Andersson uttalar indirekt att Nybergh ibland går för långt i sina argument. Man frågar sig själv om man ska kritisera eller belöna Nybergh för att han tar ett för stort steg framåt. Belysande exempel är när Nybergh tar steget fullt ut vad gäller kontraheringsplikten som uttryck för en allmän princip och argumenterar för att *en omfattande princip om kontraheringsplikt kan föreligga* vad gäller frågan om konsumentens rätt till dagligvaror.<sup>124</sup>

---

<sup>119</sup> Härefter hänvisas endast till Andersson, SvJT följt av sidnummer. Den fullständiga referensen är Andersson, Håkan, *Anm. av Frey Nybergh Avtalsfrihet – rätt till avtal. En nordisk undersökning om kontraheringsplikt till förmån för privatpersoner*, SvJT 1998 s. 599–604.

<sup>120</sup> Andersson, SvJT 1998 s. 602.

<sup>121</sup> Andersson, SvJT 1998 s. 603.

<sup>122</sup> Andersson, SvJT 1998 s. 602.

<sup>123</sup> Andersson, SvJT 1998 s. 604.

<sup>124</sup> Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, s. 254 ff.



Angående frågan om dagligvaror<sup>125</sup> anför Nybergh att inget tyder på att en näringsidkare på rationella grunder skulle förvägra en konsument avtal eftersom näringsidkaren vill maximera sin omsättning. Dessutom är konkurrensen inom branschen hård, särskilt inom tätorter. Nybergh anser dock att det ändå finns *skäl* att tillämpa den allmänna principen om kontraheringsplikt. Det är fråga om ett engångsavtal där varorna byts mot engångsbetalning. Parterna behöver varken före eller efter avtalet iakttå några särskilda förpliktelser gentemot varandra. Det behövs med andra ord inget förtroendeförhållande. Men en konsument har ett fysiologiskt behov av att bli mätt och sanitära behov av att sköta sin hygien och sitt hushåll. Om en affärsidkare godtyckligt tillåts vägra kontrahera skulle detta i ytterlighetsfallen leda till livs- eller hälsofara. Nybergh anför att dessa skäl talar för att den allmänna principen om kontraheringsplikt är tillämplig.<sup>126</sup>

Vidare vilar Nyberghs egentliga huvudargument på principen att konsumenten *har* och bör ha en rätt till avtal vad gäller nödvändighetsnyttigheter. Nyberghs slutsats är att kontraheringsplikten kan och bör garantera en svag part rätt till *nödvändighetsnyttigheter* (el, gas, värme, vatten, teletjänster, bostad, transport, försäkring, livsmedel).<sup>127</sup> För Nybergh hör således kontraheringsplikten främst till frågan om tillgängligheten av nyttigheter.<sup>128</sup> I dessa slutsatser ligger det dock närmre, till och med väldigt nära, att ta Nybergh på orden. Slutsatsen förefaller både ha rättsligt stöd och vara relevant. Särskilt i ljuset av hans argumentation att myndighetsverksamheter privatiseras samt tidigare monopoliserade verksamheter avregleras ligger det nära att acceptera hans vida tolkning av en omfattande allmän princip om kontraheringsplikt. När affärsekonomiska principer kommer tillämpas i verksamheter där tidigare det allmänna hade en offentligrättslig skyldighet att ingå avtal kan den enskilde komma att nekas rätten att ingå avtal.<sup>129</sup> Nyberghs slutsats kan förstås som att *en ökad privatisering av verksamheter samtidigt för med sig en samtidig utvidgad kontraheringsplikt*. Med andra ord medför tilltagande privatiseringar att kontraheringsplikten ytterligare kommer ingripa i privatautomin.

Angående en allmän princip om kontraheringsplikt kan man fråga sig i vilka situationer denna kommer att tillämpas när tillgängligheten av nödvändighetsnyttigheter övergått till privata förmedlare. Nybergh anför i denna del att det alltid är nödvändigt att genomföra en avreglering eller en privatisering med reglering. Detta innebär att när man avreglerar eller privatiserar kommer offentligrättsliga regler att införas för de privaträttsliga subjekt som kommer driva tidigare allmänna verksamheter. Nybergh argumenterar för att lagstiftaren uttryckligen bör reglera kontraheringsplikten vid en sådan privatisering och därmed trygga tillgängligheten av

---

<sup>125</sup> Varor som privatpersoner behöver i sitt privatliv exempelvis livsmedel och hygien. Se Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, s. 254.

<sup>126</sup> Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, s. 254 ff.

<sup>127</sup> Nybergh, *Avtalsfrihet*, – rätt till avtal, s. 97 f.

<sup>128</sup> Nybergh, *Avtalsfrihet*, – rätt till avtal, s. 293 f.

<sup>129</sup> Nybergh, *Avtalsfrihet*, – rätt till avtal, s. 276 ff.

nyttigheten även efter privatiseringen.<sup>130</sup> Denna avreglering följt av reglering sker nog oftast i praktiken. Men en allmän princip om kontraheringsplikt kan komma att aktualiseras i vissa fall. Det är för det första mycket tveksamt om dessa offentlighetsregler kommer att behållas i längden. För det andra kan ett belysande exempel på 5 kap. 1 § i lagen om elektronisk kommunikation i en jämförelse med den gamla telelagen visa på att regleringar vid privatiseringar luckrar upp rätten till avtal för svagare parten.<sup>131</sup> Slutsatsen är att man bör fråga sig om en princip om kontraheringsplikt kan komma att bli tillämplig vid avsaknad av både direkt och indirekt kontraheringsplikt. Denna fråga blir högst relevant att besvara.<sup>132</sup>

Juridisk-tekniskt vållar frågan kring begreppet privatisering vissa problem. Privatisering används som ett mångtydigt begrepp för flera skilda företeelser vilket skapar problem när man begreppsmässigt vill avgränsa de rättsliga frågeställningarna. I litteraturen framkommer ett svåröverskådligt privatiseringsbegrepp mycket beroende på att privatiseringen berör många olika vetenskapsinriktningar. Marcusson har på ett väldigt intressant sätt analyserat och strukturerat begreppet privatisering inom det kommunala området. Hon urskiljer fyra privatiseringssituationer nämligen:<sup>133</sup> 1. avkommunalisering, 2. bidragsgivning, 3. entreprenad, 4. bolagsbildning. Situation nummer ett är det man normalt uppfattar som privatisering, det vill säga att verksamheten drivs av ett privaträttsligt subjekt. Det är denna sistnämnda privatiseringsform som främst avses i arbetet.

Eftersom Nyberghs arbete i mångt och mycket utgår från användandet av en alternativ rättsdogmatisk metod och Nybergh dessutom skapar ny kunskap med förankring i materiell rätt genom att påvisa de många undantag i avtalsfriheten som föreligger främst *genom stadganden* om kontraheringsplikt kritiserar man honom inte helt utan delar med sig av sina synpunkter. Hans analys som talar för en kontraheringsplikt angående nödvändighetsnyttigheter väger tungt. Men när det gäller en vid allmän princip om kontraheringsplikt har arbetet sina brister, särskilt ifråga om dagligvaror. Eftersom Nyberghs analys främst är samnordisk är det svårt att ge alla hans slutsatser kring den allmänna kontraheringsplikten relevans. Varför skulle rättsbildningen i praxis vara likadan i de nordiska länderna (trots ett historiskt digert samarbete som än idag i en mer gemenskapsrättslig kontext finns kvar)? Jag menar att Nybergh utvecklar principen om kontraheringsplikt främst genom rationella argument främst baserade på *kartläggningen av stadganden* och inte baserat på hur och om en sådan allmän princip har stöd i rättspraxis, särskilt inte i svensk rättspraxis.<sup>134</sup> Det är i denna del man kan angripa arbetet och anse att han inte tillräckligt underbygger om det faktiskt är rättsligt möjligt att hans argument kommer att sannolikt tillämpas av rättstillämpande organ. Med andra ord besvarar han inte frågan om det är

---

<sup>130</sup> Nybergh, *Avtalsfrihet, – rätt till avtal*, s. 284 f.

<sup>131</sup> Även när telelagen var ikraft hade dock redan Telia privatiserat. Det är i förhållande till detta som jag menar regleringen kan ha medfört sämre rätt till avtal för konsumenterna.

<sup>132</sup> Se den analys som följer under kap. 4.

<sup>133</sup> Marcusson, *mot en ny kommunalrätt*, s. 136–152.

<sup>134</sup> Se här kap. 4 i Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*.

rättsligt möjligt att ta analysen och slutsatserna till nivån att vidareföra teorin om den kvalificerade avtalsfriheten med inslag av kontraheringsplikt för att få en önskad rättsbildning. Bristen avseende detta förhållande blir som mest synligt när *frågan om kontraheringsplikt inom hyresrätten berörs där endast rätten att förlänga avtalet behandlas men inte själva rätten att ingå själva hyresavtalet för första gången*.<sup>135</sup>

Nybergh har nu i och för sig indirekt försvarat sig med att han inte ansett sig ha möjlighet att gå ”djupare” in på en analys av rättspraxis i de olika länderna. Detta kan naturligtvis inte krävas av honom(!). Intressant nog lämnar han också denna analysväg öppen genom att uttala att ”en förhållandevis kraftig formulering av en allmän princip om kontraheringsplikt är möjligt [... men att] det är möjligt att det i vissa fall finns rum för en preciserad argumentering som kan leda till andra slutsatser [...]”.<sup>136</sup> Man kan inte undgå att bli nyfiken över om Nyberghs argument har stöd i rättspraxis, föreliggande eller den möjlig framtida. Slutsatsen får bli att man på rättsmetodologiska skäl avseende bristen i rättsfallstolkningen kan ifrågasätta om den långtgående tolkningen av principen om kontraheringsplikt som Nybergh anför egentligen har förankring i rättspraxis. Hans angenäma teoretiska utgångspunkter att transformera rätts slutsatser bör därför nyanseras och ges rättsligt stöd. Det är nu dags att fylla dessa kunskapsluckor.

---

<sup>135</sup> Dels fokuserar Nybergh främst på att det föreligger en presumtion för att förlänga hyresavtalet till förmån för hyresgästen vilket innebär en kontraheringsplikt, dels fokuserar Nybergh i sin analys av rättsregler främst på kontraheringsplikt där bostadsrättsinnehavare har rätt till medlemskap i en ekonomisk förening. Vidare berör inte Nybergh frågan om en allmän princip om kontraheringsplikt ifråga om bostad. Se Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, s. 149–151, 157 f, samt 159 f.

<sup>136</sup> Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, s. 297.

# 4 Kontraheringsplikten som allmän lära i rättspraxis

## 4.1 Tendenser i rättspraxis mot en allmän princip om kontraheringsplikt

Här ska prövas om det finns stöd i rättspraxis för en allmän princip om kontraheringsplikt samt undersöka hur omfattande och vilken utformning en sådan princip kan ha med stöd av rättspraxis. En fråga som uppkommer är om det finns stöd eller tendenser i rättspraxis som pekar i linje med den diskussion som förts om kontraheringsplikten i avtalsfrihetens potentialfunktion och det paradigmskifte som där föreslås.

I denna del är syftet att utreda vilken plats i rättssystemet en allmän princip om kontraheringsplikt har genom rättsfallstolkning. I denna del avser jag att utgå från att tolka ett prejudikats räckvidd och värde samt beakta att eftersom rättssystemet är samtidigt statiskt och föränderligt detta överförs till domstolar så att de ser till att tillvarata detta statiska och föränderliga i rättssystemet.<sup>137</sup> Jag avviker något från den bild som tecknas i doktrinen och anser att det statiska ligger i att prognostisera vilka restriktiva element en domstol (här främst HD) bygger in i domar vid utformningen av domskäl och domslut vid avgjorda mål. Här baseras argumentationen på att domstolen genom att ta tillvara rättens förutsebarhet medvetet begränsar rättsfallens reflexverkningar. Vad avser det föränderliga ligger detta i att domstolar beaktar vilka rådande värderingar i samhället som bör avspeglas i rättssystemet. Syftet är att fånga prejudikattolkningens dynamiska funktion att utgöra ett hjälpmedel att möta förändringar (för alla rättens aktörer även domstolar). Frågan är vilket stöd genom en på detta sätt genomförd rättsfallsanalys man kan få för den doktrinära bild av avtalsfriheten och kontraheringsplikten som utvecklats i kapitel två och tre samt undersöka frågan om det finns allmän princip om kontraheringsplikt.

I NJA 1946 s. 695 uppkom frågan om en elinstallatör kunde förvägras entreprenörsrätt innefattande att utföra installationsarbete på en elanläggning trots att han formellt var behörig till detta.

Omständigheterna i målet var följande. Enligt Kungliga kungörelsen angående behörighet att vid elektriska starkströmsanläggningar utföra installationsarbete stadgas i 10 § att leverantör av elektrisk ström kan föreskriva att installationsarbete på el-anläggning ansluten till strömleverantörens distributionsanläggning inte får utföras av annan än den som förutom behörighetsbevis innehar av strömleverantören meddelad

---

<sup>137</sup> I denna del har beaktats den tolkning som Mulder gör av Westbergs basmodell för rättsfallstolkning. Det är dessa terminologiska och analytiska utgångspunkter och synsätt av rättsfallstolkning som jag tar utgångspunkt i. Se här Mulder, Anställningen vid verksamhetsövergång, s. 40–43.

entreprenörsrätt. Sådan entreprenörsrätt kan dock inte förvägras installatör som uppfyller vissa associationsrättsliga formella krav. Av kungörelsens 12 § framgår att strömleverantören kan återkalla meddelad entreprenörsrätt ifall den av entreprenören utövade verksamheten ger anledning därtill.

Installatören N var enligt utfärdat bevis behörig som elektrisk installatör med självständig yrkesutövning. Det kraftbolag som ägde el-anläggningen hade nekat N entreprenörsrätt innefattande att utföra installationsarbete på anläggningen. Kraftbolaget invände bland annat som grund för vägran att N inte hade skött sitt arbete på ett tillfredsställande sätt. Bolaget åberopade att skäl till återkallelse enligt 12 § kungörelsen även berättigar till vägran att från början meddela entreprenörsrätt.

HD konstaterade att N var behörig installatör samt uppfyllde kraven för erhållande av entreprenörsrätt enligt 10 § i kungörelsen. HD ansåg att N hade utfört installationsarbete inom bolagets distributionsområde tidigare. Denna verksamhet hade inte utförts på ett sådant sätt att bolaget med hänsyn till detta kunde vägra N entreprenörsrätt.

NJA 1946 s. 695 innebär att HD har ålagt bolaget kontraheringsplikt. Frågan är dock om målet ska tolkas som att kontraheringsplikt åläggs med stöd av lag eller med stöd av en allmän princip om kontraheringsplikt.

HD har bedömt en grund för vägran trots att en sådan grund inte ingår som rättsfaktum knuten till 10 § i kungörelsen genom vilken en rättsföljd skulle kunna inträda. Som synes intar HD ett synsätt i målet att kontraheringsplikt är huvudregel och avtalsfrihet undantag. Problemet med detta rättsfall är dock den uttryckliga hänvisningen till 10 § i kungörelsen i HD:s motivering. Sannolikt kan motiveringen tolkas så att HD har tolkat stadgandet som att redan detta i sig medför kontraheringsplikt. Något uttalande om en icke lagstadgad kontraheringsplikt grundad på allmänna rättsgrundsatser är inte i närheten av att uttalas i målet. Det som förvirrar är att HD har bedömt en grund för vägran som egentligen inte är en grund genom vilken entreprenörsrätt kunde vägras enligt lag. På detta sätt skulle man kunna argumentera för att HD har gått utöver det strikta stadgandet och bedömt den verksamhet som installatören utövat på ett sådant sätt att verksamheten inte utförts på ett sätt som gör att entreprenörsrätt inte kunnat meddelas. En sådan grund för vägran ansluter sig inte till den i 10 § i kungörelsen angivna stadgandet och borde således med grund i stadgandet inte ha bedömts. HD har dessutom inte bedömt denna grund för vägran i förbifarten utan hänvisar uttryckligen till att *utredningen* i målet inte ger stöd för en sådan slutsats. Således skulle *en långväga tolkning kunna vara att HD faktiskt bedömt vägran till entreprenörsrätt gentemot en icke lagstadgad kontraheringsplikt.*

*Problemet med en sådan vid tolkning* av detta rättsfall är dels HD:s kortfattade motivering, dels att några sådana uttalanden i denna riktning inte kan stödjas mer än genom en *långväga* tolkning långt utöver det som kan utläsas ur HDs domslut. Egentligen är det med största sannolikhet så att HD har tolkat 10 § som att huvudregeln är att genom att installatören uppfyller vissa formella kriterier en kontraheringsplikt inträder för bolaget. Härtill har HD tolkat in att vissa grunder för vägran bör finnas enligt nämnda

stadgande. Detta eftersom 10 § innehåller en hänvisning till 11 § där det framgår att strömleverantören kan rikta vissa instruktioner som installatören har att följa. Även då bolaget har underlåtit att utfärda sådan instruktion borde en absolut kontraheringsplikt enligt HD inte kunna inträda. *Snarare kan alltså detta rättsfall tolkas på ett omvänt sätt. HD bedömer en grund för vägran, ett undantag från kontraheringsplikt i riktning mot avtalsfrihet, trots att en sådan bedömning ej stödjer sig på 10 § i kungörelsen.* En sådan tolkning i omvänd riktning för en avtalsfriheten som huvudregel är ett minst lika logiskt utfall av HD:s domslut. Således bör man akta sig för att tillmäta ett sådant här kortfattat och icke expressivt domslut någon prejudikatsverkan i form av någon icke lagstadgad kontraheringsplikt.

Ett vägledande avgörande som tolkats som att den ger uttryck för en allmän rättsprincip om kontraheringsplikt är det i doktrin ofta diskuterade fallet NJA 1948 s. 513.<sup>138</sup>

I målet var fråga om N, en norsk murare vars ansökan om inträde i Svenska murareförbundets avdelning hade avslagits. N anförde i huvudsak följande. Han var murare till yrket och hade som norsk medborgare varit medlem i de Norska murarnes fackförbund. I slutet av år 1943 hade han fått svenskt medborgarskap och flyttat till Sverige. Omedelbart efter ankomsten till Sverige hade han besökt avdelningen i Stockholm och där ansökt om att bli upptagen som medlem. Hans ansökan avslogs. N hade därefter inte fått anställning som murare förrän i maj 1944 i Norrköping. Då N fick arbete vände han sig till förbundets avdelning i Norrköping som vägrade anta honom som medlem. N hade efter detta tvingats lämna sin anställning. N hade efter detta nekats att tillträda en anställning på grund av att N inte hade lyckats vinna inträde i förbundet.

Enligt Svenska murareförbundets stadgar skulle en överflyttning av medlemskap ske från Norska murarnes fackförbund till Svenska murareförbundet utan avgift. Enligt murareförbundets stadgar framgick beträffande rätten att vinna inträde i förbundet och dess avdelning att sådan rätt tillkommer alla inom förbundets verksamhetsområde anställda arbetare. Om något förhållande som föranleder uteslutning föreligger är det också grund för att inte bevilja inträde.

HD uttalade att arten och omfattningen av förbundets verksamhet har medfört att arbetare inom muryrket för att få anställning och därmed för sitt uppehälle är väsentligen beroende av att tillhöra förbundet. Med hänsyn härtill och i enlighet med den i avdelningens stadgar och i stadgarna för förbundet fastslagna grundsatsen att förbundet står öppet för alla arbetare inom yrket kan avdelning av förbundet inte vägra murare inträde. Avdelningen ansågs därmed inte kunna neka N inträde.

NJA 1948 s. 513 öppnar vägen för en argumentation kring frågan om en allmän kontraheringsplikt. I allmänhet föreligger ingen rätt för den som vill

---

<sup>138</sup> Se här Svennegård, Fackföreningarnas frihet I, SvJT s. 31 ff., Pehrson, Kontraheringsplikt, s. 16 samt 74., Rodhe, Svensk rättspraxis. Obligationsrätt 1945–1949, SvJT 1951 s. 581–616., Victorin, Om kontraheringstvång inom förmögenhetsrätten, SvJT s. 446., Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt 1, s. 236 f.

bli medlem i en ideell förening att erhålla medlemskap.<sup>139</sup> Målet kan dock tolkas så att HD har accepterat en allmän princip om kontraheringsplikt. Denna princip om kontraheringsplikt skulle i så fall vara utformad så att en part som är *väsentligen beroende* av möjligheten att ingå avtal med annan part kan stödja sig på en allmän princip om kontraheringsplikt. I detta väsentliga beroende har i detta mål ansett ingå en bedömning av *arten och omfattningen* av den starkare partens verksamhet samt att *den enskildes försörjning var beroende av att erhålla medlemskap*.

I detta mål står man dock återigen vid en skiljelinje där frågan är om man ska tolka domslutet som att den ger uttryck för en allmän princip om kontraheringsplikt eller om HD hänvisar till stadgarna vad gäller rätten till inträde. Tillämpar HD en allmän princip om kontraheringsplikt eller är det fråga om att indirekt tillämpa stadgandet? Denna skiljelinje framgår i domen genom lokutionen ”med hänsyn härtill och [...]” som knyter samman den första meningen i det viktiga prejudicerande stycket och den sista meningen i samma stycke. Man kan alltså fråga sig om HD tillämpar principen om kontraheringsplikt fristående eller tillsammans med att ett krav dessutom vid sidan av väsentligt beroende är att föreningens enligt sina stadgar ska stå öppen för alla.

I denna del kan sägas att domen tillkom på föreningsrättens område. Dessutom prövade HD fortfarande principen om ifall ett utslutningsbeslut eller vägran att bevilja inträde i ideell förening kunde prövas på materiell grund. Följaktligen hade vid tiden för domen den ett stort värde för den fortsatta rättsbildningen, vilket naturligtvis var anledningen till att HD meddelade prövningstillstånd. I ljuset av detta vore det onödigt av HD att vid sidan av att föreningen enligt stadgarna står öppen för alla motivera med ytterligare tillägg om det väsentliga beroendet. Men man kan också anföra det motsatta. HD ville möjligen ha flera argument för att kunna pröva inträdet på ren materiell grund än bara genom att hänvisa till föreningens stadgar. Det förefaller logiskt att anse att HD ville motivera den materiella prövningen med någon form av säkerhetsventil eller en extra livlina samt påpeka för kommande föreningar som upprättar stadgar att en sådan omfattande öppenhetsprincip som följer av stadgarna i ett föreningsliv som är viktigt inom det svenska samhället gör att medlem mer eller mindre kan framtvunga inträde.

Men denna ovan anförda slutsats som är ett tungt vägande argument mot att HD kan anses tillämpa en allmän princip om kontraheringsplikt är felaktig. Om man läser domslutet hänvisar HD överhuvudtaget inte till frågan om materiell prövning. För det domslut HD kommer till hade det på materiell grund räckt att enbart hänvisa till den öppenhetsprincip som framgår av stadgarna. Man kan anföra att föreningens stadgar om öppenhet och principen om väsentligt oberoende förefaller täcka varandra i det specifika målet. Förutsättningen att föreningen ska stå öppen för alla kommer sakna någon självständig betydelse just eftersom det hade räckt för HD att enbart

---

<sup>139</sup> Hemström, Ideella föreningar, s. 35.

motivera att av stadgarna följer öppenhet. Om man noga läser hur HD formulerat domslutet gäller två principer vid sidan av varandra, principerna sammanbinds i sista stycket genom ordet ”och”. Man bör fråga sig varför HD skulle ha uttalat sig på detta extensiva vis om man inte tillämpar två principer vid sidan om. Det är dessutom tvivelaktigt varför HD så ingående skulle ha motiverat och gått in på de krav som måste uppfyllas för att denna allmänna princip om kontraheringsplikt ska äga tillämpning. Med största sannolikhet är det så att HD tillämpar principen. Denna slutsats stöds exempelvis av Svennegård som anför att ”... domstolarna först i detta mål direkt åberopa rättsgrundsatser som anses gälla oberoende av stadgarna.”<sup>140</sup>

I enlighet med denna tolkning får den allmänna principen om kontraheringsplikt en självständig och framskjuten roll. Frågan inställer sig då dels hur denna allmänna princip om kontraheringsplikt är utformad, dels om NJA 1948 s. 513 får reflexverkningskraft utanför föreningsrättens område.

För att inleda med den första frågan bör sägas att HD har bedömt arten och omfattningen av den verksamhet som parten är beroende av. Vidare har HD bedömt partens beroende av att få tillhöra förbundet för att få anställning och därmed få sitt uppehälle tryggt. Dessa sammanvägda omständigheter har medfört att HD uttalat att ett väsentligt beroende föreligger. Det väsentliga beroendet medför sedan att kontraheringsplikt inträder. Det prejudikat som detta rättsfall uttrycker är således att ett väsentligt beroende medför kontraheringsplikt. Frågan är dock om detta inträder per automatik. Nog är det så att HD har bedömt det enskilda fallets omständigheter, det är dessa specifika omständigheter som leder till att väsentligt beroende anses föreligga. Man dra slutsatsen att några exakta gränser för var en gräns för en allmän princip om kontraheringsplikt befinner sig inte framgår av detta rättsfall. Det framgår dock att vissa kvalificerade omständigheter krävs för att principen ska bli tillämplig: ett ekonomiskt beroende kombinerat en brist på alternativ medför en för individen betydelsefull rätt att få avtal till stånd. Enligt detta rättsfall konstituerar dessa förhållanden kontraheringsplikt. Dock bör den vidare rättsbildningen i praxis undersökas för att med full sannolikhet kunna besvara frågan om prejudikatverkan verkligen är så säker som denna analys medger.

Angående den andra frågan, om principen i NJA 1948 s. 513 får reflexverkningskraft utanför föreningsrättens område, anser Rodhe att principen kan gälla inom andra områden än inom föreningsrätten.<sup>141</sup> Att ett lika väsentligt beroende som det som bidragit till utgången av målet kan uppkomma på andra områden anser Pehrson tala för att slutsatsen är naturlig.<sup>142</sup> Denna tolkning får ytterligare tyngd av att Rodhe har en snäv uppfattning av rättsvetenskapens uppgifter, bl.a. att den bör vara värderingsfri.<sup>143</sup> I övrigt finns det inget som talar mot att ett så vitt uttalande av HD

<sup>140</sup> Svennegård, Svensk rättspraxis. Internationell privaträtt 1941–1948 SvJT 1950 s. 31.

<sup>141</sup> Rodhe, Svensk rättspraxis. Obligationsrätt 1945–1949 I, SvJT 1951 s. 597.

<sup>142</sup> Pehrson, Kontraheringsplikt, s. 74.

<sup>143</sup> Rodhe, Beskrivning – prognos – rekommendation. En trosbekännelse, JT 1996–97 s. 1 ff.



inte bör ha värde utanför föreningsrättens område. Ett sådant väsentligt oberoende som uttalas trots att det redan av stadgarna framgick att föreningen stod öppen för alla talar för en sådan tolkning. Vidare talar frånvaron av lagstiftning på det området som bedömdes för att liknande bedömningar kan förekomma inom andra rättsområden där endast en kontraheringsplikt kan stödjas på en allmän rättsprincip.

Efter detta avgörande undrar man exakt var gränsen går (exempelvis vilka krav som måste uppfyllas) för att en allmän princip om kontraheringsplikt ska kunna tillämpas. Det dröjer ända till NJA 1970 s. 394 (Solna Båt Sällskap) innan frågan återigen berörs av HD.

I målet var fråga om en medlem N som hade uteslutits ur en ideell förening (Solna Båt Sällskap). Vid styrelsemöte i sällskapet hade allvarlig kritik riktats mot N. Efter diskussion hade N med tanke på sällskapets bästa ombetts att avgå ur styrelsen. N hade efter detta tilldelats varning. Då N hade vägrat att avgå beslöt styrelsen att utesluta N ur sällskapet.

Majoriteten av ledamöterna i HD ansåg att varningen och uteslutningen var felaktigt på formell grund i strid med stadgarna. HD förklarade besluten om varning och uteslutning av N vara utan verkan.

Justitierådet Ulveson uttalade sig i särvtum. Inledningsvis ansåg han att en materiell prövning av uteslutningsbeslutet i vissa fall som det ifrågavarande var motiverat. Han konstaterade därefter att föreningar av den allmänna typ som båtsällskapet utgör är vanliga och spelar en stor roll inom friluftslivet. Medlemskap i en båtklubb är för många i Stockholmsregionen en förutsättning för att på överkomliga villkor få tillgång till hamn och uppläggningsplats och kunna hålla sig med båt. Därefter uttalar justitierådet att "[m]ed hänsyn till arten av sådana förenings verksamhet och till de väsentliga värden även av ekonomiskt slag som medlemskapet innebär gör sig, i rättsförhållandet mellan den enskilde medlemmen och föreningen, allmänna avtalsrättsliga grundsatser starkt gällande. När föreningen uteslutit medlem, bör domstol därför på talan av medlemmen kunna sätta uteslutningsbeslutet ur kraft icke bara om det tillkommit på ett sätt, som formellt avviker från behörig ordning, utan också om det över huvud taget uppenbart strider mot tillbörlig ordning i föreningar av ifrågavarande slag eller eljest är uppenbart obilligt (jfr 8 § skuldebrevslagen och 34 § lagen om försäkringsavtal)."

Justitierådet Ulveson ansåg dock att föreningens beslut om varning och uteslutning redan vid en prövning på formella grunder var utan verkan och ansåg sig därför inte "anledning att gå närmare in på frågan om tillämpningen av nyss angivna rättsgrundsats."

För det första bör man fråga sig vad det är för allmänna avtalsrättsliga grundsatser justitierådet talar om. Eftersom hänvisning sker till dåvarande lagen om försäkringsavtal och dess 34 § samt 8 § skuldebrevslagen är det mycket tveksamt om man kan sluta sig till att det är fråga om en allmän princip om kontraheringsplikt och det inte är fråga om att närmast tillämpa vad idag skulle vara analogt med 36 § avtalslagen. NJA 1970 s. 394 utvecklar härigenom inte den tidigare allmänna principen om kontraherings-

plikt som slogs fast i det tidigare målet NJA 1948 s. 513. Trots detta hänvisar exempelvis Nybergh till målet när han diskuterar frågan om en allmän princip om kontraheringsplikt.<sup>144</sup> Då fråga om uteslutning föreligger synes HD vara mer benägen att analogt tillämpa vad idag skulle vara 36 § AvtL.<sup>145</sup>

Enligt min mening kan man dock genom målet ändå diskutera en möjlig allmän princip om kontraheringsplikt och om HD egentligen då liknande omständigheter som föreligger här skulle tillämpa den allmänna principen om kontraheringsplikt om det hade varit fråga om rätt till inträde i förening och inte fråga om uteslutning. Inträde och uteslutning av medlem ur ideell förening är nämligen ofta olika sidor av samma mynt där liknande skäl gör sig gällande. Man kan också tolka justitierådets uttalande som att jämförelsen med stadgandena i 34 § lagen om försäkringsavtal endast är en indikation på vilka rättsprinciper som kan komma att tillämpas. Att tillämpa en allmän princip om kontraheringsplikt skulle därför inte vara uteslutet och skulle även ske om det var fråga om inträde i en förening. Med andra ord kan man anse att detta mål indirekt ger uttryck för en allmän princip om kontraheringsplikt.

Av målet framgår att det krävs att det är fråga om *väsentliga värden av ekonomiskt slag*. Hur stor betydelse arten av föreningens verksamhet bör tillmätas är mycket tveksamt eftersom det rör sig om en snäv form av föreningsverksamhet, även om detta är inom ett betydelsefullt område inom den specifika Stockholmsregionen. Frågan är om inte det väsentliga värdet av ekonomiskt slag skulle kunna ha någon slags självständig betydelse. Vidare är det att anmärka meningen att "[m]edlemskap i en båtklubb är [...] en förutsättning för att på överkomliga villkor få tillgång till hamn och uppläggningsplats och kunna hålla sig med båt." Det är således inte fråga om förhållanden som i NJA 1948 s. 513 att det var i princip omöjligt för den norske muraren att erhålla anställning om han inte fick en rätt till avtal med föreningen. I ifrågavarande fall är det endast fråga om att på *överkomliga villkor* kunna få tillgång till båtplats. Visserligen uttalas i domskälen att kötiden är lång till övriga båtföreningar och det i princip under en tid därmed vore svårt att erhålla båtplats. Men ändå uttalas av justitierådet att det är fråga om en rätt att till "överkomliga villkor" erhålla en båtplats, låt kallat ett lösöre av väsentligt ekonomiskt värde. Med andra ord kan man sluta sig mot att beroendet enligt detta mål *inte behöver vara fråga om ett kvalificerat beroende*. Därmed kan man sluta sig mot att det räcker med enbart *beroende*. Beroendet innebär dock i det konkreta fallet att det tidsmässigt skulle varit svårt att anskaffa nytt inträde i föreningen, med de formaliteter ett sådant inträde innebär. Dessutom har beroendet möjligen en ganska svag betydelse för en individ i många fall. Det är nämligen så att det trots allt i målet rörde sig om ganska kvalificerade ekonomiska värden.

---

<sup>144</sup> Se not 6 s. 230, Nybergh, Avtalsfrihet – rätt till avtal.

<sup>145</sup> När i det följande förkortningen AvtL används avses med detta lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

I ljust av det anförda bör domens prejudikatvärde beröras. Det intressanta är att HD redan på formell grund anser besluten av styrelsen vara utan verkan. I ljust av detta är det anmärkningsvärt att justitierådet Ulveson uttalar sig. Han hänvisar uttryckligen till allmänna rättsgrundsatser. Än mer anmärkningsvärt är att han uttalar sig när han *dessutom* konstaterar att denna allmänna rättsgrundsats inte behöver bedömas i det ifrågavarande målet eftersom även enligt honom beslutet är felaktigt redan på formell grund. Frågan inställer sig: Varför uttala sig och diskutera att beslutet möjligen kunde ha varit felaktigt genom tillämpningen av allmänna rättsgrundsatser? Det ligger nära till hands att anse att justitierådet har velat bringa klarhet och gå in på en diskussion om denna allmänna rättsgrundsats det vill säga principen om kontraheringsplikt. Man kan härifrån gå vidare och diskutera vad denna dom har för prejudikatvärde. HD ansåg att beslutet var felaktigt på formell grund med majoritet. Man skulle på så vis kunna säga att domen har ett dolt prejudikatvärde. Domstolen är således inte i kommande domar bunden av denna dom. Däremot är det sannolikt så att domen har värde genom att det i domen fastslagna principerna med sannolikhet kan appliceras med dess innebörd när liknande omständigheter är för handen och några formella felaktigheter inte anses föreligga. Man kan enligt min mening med sannolikhet anse att en framtida rättstvist på gränsen mot de fastslagna principerna i domen kommer bedömas i enlighet med innehållet i den. Att justitierådet har velat uttala sig visar på att det inom HD finns en diskussion om en princip om en allmän kontraheringsplikt som skulle ha denna i NJA 1970 s. 394 framkomna ”*lättade*” innebörden i förhållande till NJA 1948 s. 513. Dock är det så att den enskilde domarens normativa ideologi kan avvika från justitierådet Ulvesons i framtida uppkomna tvister.

Ett annat intressant mål som bedömdes många år senare än det ovan diskuterade är NJA 1998 s. 293 (Montessoriföreningen).

I målet var fråga om föräldrarna R och A som hade sitt barn S placerat i en förskola. Sedan vissa problem uppstått på förskolan beslutades att utsluta R, A och S ur föreningen. HD återförvisade målet till TR:n att TR skulle pröva utslutningsbeslutet på materiell grund. HD uttalade att medlemskapet i en föräldrakooperativ förskoleförening normalt är sammankopplat för föräldrarna med rätten att ha barnet placerat på den förskola som drivs av föreningen. HD konstaterade att ”[f]ör småbarnsföräldrar får denna rätt i allmänhet anses vara av stor praktisk och ekonomisk betydelse oberoende av de möjligheter som från tid till annan kan finnas att få barntillsynsfrågan löst på annat sätt. Som regel kan förutsättas att föräldrarna i skilda avseenden inrättar sig efter det rättsförhållande som kommit till stånd genom medlemskapet. Föräldrar som anslutit sig till en sådan förening får genom medlemskapet också ett befogat anspråk på att inte utan skäl behöva avbryta en pågående barntillsyn och utsätta barnet för sådana nackdelar som kan uppkomma, om barnet kanske med kort varsel måste ryckas bort från en invand miljö. Nu angivna förhållanden medför ett så påtagligt behov av rättsskydd att övervägande skäl talar för att ett beslut om utslutning ur en föräldrakooperativ förskoleförening skall kunna sakprövas av domstol enligt avtalsrättsliga principer, såvida inte alldeles speciella skäl föreligger.” HD ansåg att en förening som tvingas att återta en utsluten medlem får beaktas vid tolkningen av de bestämmelser i stadgarna som åberopas till grund för

uteslutningen liksom vid en prövning av frågan om uteslutningen är att *anse som oskäligen* (jämfört med 36 § AvtL).

Rättsfallet kastar ljus över det innan kommenterade fallet NJA 1970 s. 394. Man bör fråga sig varför HD återigen hänvisar till 36 § AvtL istället för att hänvisa till en allmän princip om kontraheringsplikt. Det föreligger ett avtalsrättsligt rättsförhållande mellan medlemmen och föreningen där medlemskapet är den sammanbindande länken liknande avtalet. Medlemskapet ger upphov till rättsförhållandet. Eftersom avtal redan föreligger är det enklare för HD att hänvisa till 36 § AvtL än att grunda avgörandet på en kontraheringsplikt innebärande förbud för part att avbryta varaktig avtalsförbindelse. Denna innebörd av kontraheringsplikten har berörts och innebär en situation där en näringsidkare åläggs en skyldighet att låta bli att säga upp ett redan ingånget avtal som är varaktigt eller långvarigt. Men eftersom detta sätt att uppfatta kontraheringsplikten inte alltid uppfattas som ett fall av kontraheringsplikt visar NJA 1998 s. 293 att HD hellre anser avtalet vara oskäligen än att hänvisa till den allmänna principen om kontraheringsplikt. Man undrar varför HD intar en sådan inställning. Fallet kan lika gärna betraktas som ett fall av kontraheringsplikt som att ett avtalsvillkor jämkas. Det förefaller som att tendenser finns att HD hellre på föreningsrättens område använder sig av 36 § AvtL än använder sig av en princip om kontraheringsplikt som ju inte baseras på lag. På detta sätt undviker HD förmodligen medvetet de uppkomna reflexverknningar som ställningstagandet i NJA 1948 s. 513 gav upphov till.

NJA 1998 s. 293 har således ingen prejudicerande verkan alls mer än ett dolt sådant. Man kan fråga sig ifall det hade varit fråga om inträde i föreningen de i detta mål framkomna villkoren för en tillämpning av principen om kontraheringsplikt skulle äga tillämpning. Enligt rättsfallet krävs det ett enkelt beroende som är än mer ”lättat” jämfört med NJA 1970 s. 394. Fortfarande krävs dock att det skall röra sig om värden av stor praktisk och ekonomisk betydelse. Dessutom framkom i målet att hänsyn till barn och att inte utsätta barn för nackdelar som uppkommer om barn måste ryckas bort från en invand miljö beaktades. Man kan av målet dra slutsatsen att HD fortfarande inte uttalar något varken för eller mot en möjlig långväga princip om kontraheringsplikt.

De fall som här har berörts har rört sig inom föreningsrättens område men är för den skull som redogjorts för ytterst viktiga inslag när det gäller att bedöma frågan om en möjlig allmän princip om kontraheringsplikt går att sluta sig till med stöd av rättspraxis. Andra intressanta mål för denna fråga är vissa brottmål om olaga diskriminering.

I NJA 1985 s. 226 bedömdes om olaga diskriminering hade förekommit. En företrädare för ett kommunalt bostadsföretag hade nekats att hyra en lägenhet i ett visst bostadsområde. Företrädaren fälldes för olaga diskriminering. I ett annat fall av olaga diskriminering NJA 1999 s. 556 blev utgången densamma. I brottsförebyggande syfte hade tillträdesförbud uppställt för personer klädda i vida, långa och tunga kjolar att komma in i ett varuhus.

I båda målen bör observeras att det var fråga om enbart straffrättsliga bedömningar. Av intresse är att i det förstnämnda målet NJA 1985 s. 226 HD uttalade principen att förbudet mot diskriminering inte hindrar att en person med viss härkomst *avvisas* som bostadssökande, om det kan antas att han kommer att brista i sin skötsamhet som hyresgäst. *Ett sådant antagande* får emellertid inte stödjas på den etniska grupptillhörigheten utan måste ha sin grund i *kännedom om den individuella sökanden*. I det andra målet NJA 1999 s. 556 hänvisade egentligen hovrätten och inte HD till den i NJA 1985 s. 226 fastlagda principen. Här uttalade hovrätten att en näringsidkare har rätt att i syftet att stävja tillgrepp i varuhuset vägra någon tillträde till hans affärslokal. En sådan vägran måste emellertid ha sin grund i kännedom om den individuella kunden och får inte stödjas på den etniska grupptillhörigheten.

Man kan tolka NJA 1985 s. 226 så, av vad framgår av domskälen, att en enskild konsument kan nekas att ingå hyresavtal om det finns en grund för vägran som inte baseras på den etniska tillhörigheten utan på den individuella sökandens egenskaper. Eftersom målet rörde olaga diskriminering och det var fråga om en fällande dom förekom aldrig frågan om den enskilde om det inte hade varit fråga om olaga diskriminering hade haft en rätt till avtal samt vilka typer av grunder för vägran som skulle kunna ha varit giltiga skäl att förvägra honom eller henne detta avtal. Emellertid förefaller det som att HD anser att det finns grunder för vägran som är giltiga för att neka en potentiell hyresgäst en rätt till avtal. Frågan inträder hur pass kvalificerad en grund för vägran enligt NJA 1985 s. 226 bör vara. Enligt HD:s uttalande kan det i detta enskilda fall räcka med ett *antagande* om att den enskilde hyresgästen kommer brista i sin skötsamhet som hyresgäst. Som framgår måste detta antagande grunda sig på kännedom om den individuella hyresgästen, således kan man uttolka att en faktisk kännedom krävs.

NJA 1995 s. 84 är inte helt relevant för frågan om en allmän princip om kontraheringsplikt föreligger. Det rörde sig enbart om en straffrättslig bedömning av frågan om olaga intrång när en person hade brutit mot ett uppställt *portförbud*. Enbart portförbudets giltighet och om överträdelsen av den kunde medföra att straffsanktion inträdde bedömdes. Enligt den fastlagda principen här synes dock HovR i NJA 1999 s. 556 gått vilse genom att hänvisa till NJA 1985 s. 84 och principen att man kan neka någon tillträde till varuhuset på vissa grunder. Enligt NJA 1995 s. 84 är en överträdelse av portförbud inte att betrakta som olaga intrång. Därmed infaller frågan vad det finns för verkan av att ett tillträdesförbud skulle överträdas? Det enda som kvarstår är att bedöma frågan enligt allmänna avtalsrättsliga principer och därtill hörande fråga om ersättning enligt det positiva kontraktsintresset. Denna fråga prövades dock ej i brottmålet. Det förefaller ganska osannolikt att en näringsidkare genom avtal kan binda en enskild konsument och neka denne tillträde till en affärslokal. Därför bör en enskild konsument inte kunna nekas tillträde till en affärslokal oavsett vilken grund för vägran som föreligger. Denna fråga har dock enligt min mening inga beröringspunkter överhuvudtaget med frågan om

kontraheringsplikt skulle kunna inträda för näringsidkaren. Nybergh menar exempelvis att kriminaliseringsstadganden om olaga diskriminering kan ses som en förstärkande faktor för prövningen av tillämpningsområdet för en princip om kontraheringsplikt.<sup>146</sup> Nybergh utgår från NJA 1995 s. 84 och slutsatsen att brytande av portförbud inte innebär olaga intrång. I anslutning till fallet men fristående från det uppkommer i civilrättsligt hänseende därmed enligt Nybergh frågan om det tidigare meddelade portförbudet kan godtas som en grund för vägran att senare sluta avtal när den personen för vilken portförbudet uppställts inte gör sig skyldig till brott eller olämpligt uppträdande. Nyberghs anser att eftersom brytande av portförbud inte innebär olaga intrång det ligger det nära till hands att anse att en vägran att kontrahera inte heller skulle vara acceptabel.<sup>147</sup> Enligt min mening är denna slutsats felaktig. Angående frågan om portförbud vill HD enbart avgöra frågan om det går att uppställa ett sådant förbud. Men att en person fritt kan bryta ett portförbud innebär inte automatiskt att personen dessutom har rätt att kontrahera. Avtalsrättsliga principer och bedömningar ligger ur rätts-systematisk synpunkt långt ifrån de omständigheter vartill frågan om portförbud uppkom. Nybergh använder målet när han egentligen för rationalitetsargument fristående från målet. Frågan om portförbud är inte relevant för frågan om kontraheringsplikt kan inträda.

## 4.2 Hur långt kan man argumentera för en allmän princip om kontraheringsplikt?

Den fråga som inställer sig efter föregående avsnitt är vilka slutsatser man kan dra av rättspraxis dels vad gäller frågan om vilket innehåll och vilken omfattning en allmän princip om kontraheringsplikt har, dels om de alternativa doktrinära synsätt som framkom i tidigare avsnitt angående det närmre sambandet mellan avtalsfriheten och kontraheringsplikten har stöd i rättspraxis. Kan man av rättsfallen utläsa att HD:s argumentationslinjer följer ett dylikt tankemönster? I detta kapitel ska frågorna behandlas under några intressanta huvudpunkter.

### 4.2.1 Inneboende analysmöjligheter i rättsfallen

Vandringen i rättspraxis relevant för frågeställningarna började med NJA 1946 s. 695. Slutsatsen där var att fallet inte har något prejudikatvärde för den relevanta frågan för handen. Slutsatsen av rättsfallet är enligt min mening att doktrinära utvecklingar i framtiden överhuvudtaget inte bör beröra rättsfallet i anslutning till frågan om en princip om kontraheringsplikt. Vandringen genom rättspraxis får istället sin egentliga början i och med det i doktrinen välrefererade målet NJA 1948 s. 513.

*NJA 1948 s. 513* öppnade vägen för en diskussion kring en allmän princip om kontraheringsplikt. Fallet innebar att diskussionen blev förhållandevis livlig om vilket innehåll och vilken prejudikatverkan ifråga om värde och

---

<sup>146</sup> Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, s. 275.

<sup>147</sup> Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, s. 256 f.

räckvidd rättsfallet skulle anses ha. Prejudikatvärdet ansåg jag vara högt. Slutsatsen i detta arbete blev angående frågan om prejudikatets innehåll att det krävs ett *väsentligt beroende* för att kontraheringsplikt ska inträda. Dock var frågan osäker om vad detta väsentliga beroende skulle anses innehålla. Här ingick en bedömning av arten och omfattningen av förbundets verksamhet samt att den enskildes försörjning var beroende av inträde. Man undrar dock vilket av dessa förhållanden som vägde tyngst för att konstituera att ett väsentligt beroende förelåg. Enligt min mening torde det vara så att den enskilde inte hade några alternativ till inträde i någon annan förening, närmast förelåg något som liknade en monopolsituation(!). Därmed menar jag att *arten och omfattningen av föreningens verksamhet och starkare partens situation samt den inverkan detta fick på individen vägde tyngre i målet än den enskilde individens situation i sig*. HD såg horisontellt åt båda parternas intressen men arten och omfattningen av föreningens verksamhet vägde tyngst. Utgången av målet påverkades i väsentlig grad av förbundets verksamhet *Partsfokus* var således främst på den starkare parten. Man undrar vad som skulle ha hänt om den ideella föreningen (förbundet) inte var en för svenskt föreningsliv viktig aktör som en enskild bör kunna tillhöra.

Angående *prejudikatets räckvidd* jämfört med den tidigare diskussionen i doktrinen innebär tolkningen i denna uppsats inget nytt i sig mer än att räckvidden bedömdes mot bakgrund av de samhälleliga förhållandena vid tiden för målet och att tolkningen låg i linje med Rodhes synsätt att fallet har en räckvidd utanför föreningsrättens område. Rättsläget bedömdes inte som osäkert, även om jag uttalade att senare rättspraxis krävdes för att styrka slutsatsen.

*NJA 1970 s. 394 (Solna Båt Sällskap)* jämfört med *NJA 1948 s. 513* innebär förändringar. Här var tolkningen att arten av föreningens verksamhet fick en tillbakaskjutet roll jämfört med de värden av ekonomiskt slag som var för handen. Föreningsverksamheten i sig var snäv och jag bedömde att lokutionen ”på överkomliga villkor” innebar att beroendet enligt detta mål hade förskjutits så det *inte behövde vara fråga om ett kvalificerat beroende utan enbart beroende*. Däremot vägdes beroendet upp av att det rörde sig om *kvalificerade ekonomiska värden*. Denna utveckling tyder enligt min mening på att en förskjutning har skett avseende *partsfokus*. Det är främst den svagare partens intressen som beaktas och blir avgörande för målets utgång.

Angående *prejudikatets värde och räckvidd* ansåg jag att detta var högst tolkningsbart men att domen har ett dolt prejudikatvärde. Domen har ett visst värde genom att den i domen fastslagna principen med sannolikhet kan appliceras med dess innebörd när liknande omständigheter är aktuella. Räckvidden av det dolda prejudikatet skulle i så fall kunna utsträckas till andra rättsområden. Slutsatsen är ändå att ett dolt prejudikatvärde inte har något faktiskt värde. Men fallet belyser enligt min mening de inre argumentationsmönstren inom HD.

Slutligen berördes frågan om 36 § AvtL. Justitierådet Ulveson hänvisade i sÄrsvotum till vad idag skulle motsvara en tillÄmpning av 36 § AvtL. Jag utslöt dock inte att en princip om kontraheringsplikt skulle kunna intrÄda.

*NJA 1998 s. 293 (Montessoriföreningen)* kastar ljus över det föregående rÄttsfallet och ger en större helhetsbild av rÄttspraxis utveckling. Slutsatsen av fallet var att beroendet jämfört med *NJA 1970 s. 394* blev "lättat". Alternativet synes vara att det inte krävdes något nämnvärt beroende alls, möjligen kan beroendet benämnas som ett *överskjutande beroende*. Termen relaterar närmast till vilken part som ska bära bevisbördan. Det är inte det Åsyftade helt, utan närmast att beroendet intar en svag ställning. Intressen som väge tyngst i målet var istället hänsynen till *barnets bästa* samt att det skulle röra sig om värden av *stor praktisk och ekonomisk betydelse ifråga om barn tillsynsfrågan* och de därmed sammanhängande *olägenheterna som skulle uppkomma för föräldrarna*. Man kan enligt min mening se att *partsfokus* förskjuts till att kunna beakta andra intressen än ekonomiska med stort fokus på svagare parts ställning och skyddsintressen.

Angående prejudikatets värde är resonemangen identiska med det föregående målet, förevarande mål återförvisades nämligen till lägre instans. Fallet är dock mycket intressant ifråga om *tillämpningen av 36 § AvtL*. Den slutsats som följer är att HD tillämpade 36 § AvtL framför en allmän princip om kontraheringsplikt. Detta föreföll lättare eftersom avtal redan föreligger. Slutsatsen var dock att omständigheterna i målet även skulle kunna tolkas som en situation av kontraheringsplikt. Min slutsats angående 36 § AvtL är att HD vill undvika de reflexverkningar som *NJA 1948 s. 593* gav upphov till. HD vill förmodligen även undvika en omfattande doktrinär diskussion. HD förefaller här skynda försiktig och vara mån om att inte låta bedömingar inom ett snävt område som målet berör få vida verkningar utanför andra områden och därmed påverkar avtalsfrihetens omfattning. Jag tror HD helt enkelt anser att det är enklare att inte gå in på en omfattande diskussion om en allmän princip om kontraheringsplikt när 36 § AvtL kan tillämpas med stöd av lag. Slutsatsen att 36 § AvtL Äger företräde torde inte innebära något nytt i sig mer än att rÄttsfallet ger ytterligare belysning över paragrafens tillämpningsområde och att den tillämpas framför en allmän princip om kontraheringsplikt.

Över dessa tre rÄttsfall och den helhetsbild som utvecklingslinjerna utvisar kan följande matris uppställas (se nästa sida).



	NJA 1948 s. 513	NJA 1970 s. 394	NJA 1998 s.293
Beroende?	Väsentligt beroende	Beroende	”lättat” beroende överskjutande
Ekonomiska intressen	Anställning -> Försörjning	Kvalificerade Värden	Värden, se barntillsyn
Art och omfattning?	Betydande roll	Ej betydande roll	Ej betydande roll
Andra intressen?			Barnets bästa
Grund?	Kontraheringsplikt	36 § AvtL / kontraheringsplikt	36 § AvtL
Prejudikatvärde	Hög	Dold	Dold
Prejudikatets räckvidd	Reflexverkningar utanför rättsomr.	Reflexverkningar utanför rättsomr.	Oklart
Beaktade partsintressen (partsfokus): Starkare part	+ + +	+	+
Beaktade partsintressen (partsfokus): Svagare part	+	+ +	+ + +

Utöver de mål som berörts i anslutning till matrisen föreligger analyser av vissa brottmål. Slutsatsen av NJA 1985 s. 226 är att även om det visserligen rör sig om en rent straffrättslig bedömning man kan analysera *HD:s inre argumentationslinjer*. Man får naturligtvis akta sig för att inte den analys ska övergå i långväga spekulationer. Av intresse är att i NJA 1985 s. 226 HD uttalade principen att förbudet mot diskriminering inte hindrar att en person med viss härkomst *avvisas* som bostadssökande, *om det kan antas* att han eller hon kommer att brista i sin skötsamhet som hyresgäst. *Ett sådant antagande* får emellertid inte stödjas på den etniska grupptillhörigheten utan måste ha sin grund i *kännedom om den individuella sökanden*. Enligt min tolkning innebär målet att det finns tendenser mot en svag kontraheringsplikt där hyresvärden måste presentera en *något godtagbar grund för vägran*. Uttalandet skulle dock även kunna tolkas som att HD lägger bevisbördan på hyresvärden. Men detta styrker väl enbart påståendet? Det är den tolkning jag förespråkar i vart fall. Det finns dock en åtskilligt vidare diskussion som kan föras i anslutning till målet, denna argumentation fortsätter snart längre fram.

Angående NJA 1995 s. 84 kan nämnas att slutsatsen var att trots att brytande av portförbud inte innebar olaga intrång detta förhållande och en fristående argumentation i anslutning till målet inte hade någon relevans för frågan om kontraheringsplikt.

## 4.2.2 Tendenser mot alternativa uppfattningar?

Enligt min mening kan många intressanta utvecklingstendenser utläsas ur rättsfallen. Rättspraxis har svängt genom att svagare parts intressen tillmäts större vikt som omständigheter som blir avgörande för målens utgång än den starkare partens intressen. I första hand beaktas individens intressen. Detta innebär ett perspektivbyte i termer av partsfokus. Denna utveckling framgår dels genom att omständigheter som verksamhetens art och omfattning tillmäts mindre vikt, dels genom att bedömningar i termer av beroende konkurreras ut av andra intressen som väger tyngre. Samtidigt som kravet på ett väsentligt beroende har övergått till att endast avse ett enkelt beroende har även kravet på kvalificerade ekonomiska värden ersatts av andra mer humana skyddsvärda intressen. Dock finns en tendens för att kravet på kvalificerade ekonomiska intressen kvarstår. För att en princip om kontraheringsplikt ska tillämpas kan det i vart fall inte röra sig om mindre ekonomiska intressen. Detta framgår genom uttryckliga hänvisningarna till dessa värden i målen samt exempelvis av att HD inte enbart tog hänsyn till barnets bästa i NJA 1998 s. 293 utan även tolkade frågan om barntillsynen och detta i termer av att det rörde sig om ekonomiska intressen.

Sammantaget föreligger vidare problemet att det är väldigt låg operationaliseringsgrad i tillämpningen avseende frågan om en princip om kontraheringsplikt är tillämplig. Detta kan bero på att samhällsaktörerna inordnar sig efter det osäkra rättsläget. En individ kommer endast att ta upp frågan om rätten till avtal och åberopa vaga allmänavtalsrättsliga grundsatser i undantagsfall. Det är förmodligen inte ofta en individ med vaga prejudikat om allmän kontraheringsplikt vars gränser är otydliga vågar hänskjuta sitt ärende till allmän domstol.

En låg operationaliseringsgrad och utvecklingen mot vaga prejudikat beror även på att HD helst av allt undviker att gå in på frågan om en allmän princip om kontraheringsplikt kan bli tillämplig. Istället löser HD frågan på andra sätt, exempelvis genom tillämpningen av 36 § AvtL. Detta tyder enligt min mening på att om ett tillräckligt svårhanterligt mål uppkommer där avtalsfriheten skulle kunna inskränkas på andra områden än för det rättsområde och det relevanta målet aktuella, HD skulle bedöma att frågan om kontraheringsplikt inte kan lösas genom rättstillämpningen. I tillräckligt problematiska mål skulle HD möjligen överlämna frågan om kontraheringsplikt till lagstiftaren. Även om föränderligheten i rättssystemet har beaktats har i samtliga mål reflexverkningar av domsluten konstant begränsats.

Om man ser till denna utveckling i ljuset av NJA 1948 s. 513, NJA 1970 s. 394, NJA 1998 s. 293 och HD:s inre argumentationsmönster i de brottmål som tolkades (främst NJA 1985 s. 226) kan man anse att det föreligger ett stöd för *tendenser* mot att kunna uppfatta avtalsfriheten som att det i den ingår en viss kontraheringsplikt. *Det byte av partsfokus som föreligger ger stöd för att alternativa uppfattningar om avtalsfriheten inte är vågbrytare i HD:s rättspraxis. De normativa ideologier som framkommer i rättsfallen ligger i linje med de normativa ideologier som ligger till grund för de*

*alternativa uppfattningarna av avtalsfriheten i vilken ingår en viss inneboende kontraheringsplikt.* Frågan är dock hur långtgående alternativa uppfattningar kommer att tillämpas, dvs. ifall HD kommer att utgå från en kvalificerad avtalsfrihet eller anse att den traditionella avtalsfriheten är på vissa områden av kontraheringsplikten. Att göra kontraheringsplikten till huvudregel genom en uppfattning som vilar på en kvalificerad avtalsfrihet är osannolik, främst genom att det av rättsfallen framgår att det på något sätt ska röra sig om för individen tyngre vägande skyddsvärda intressen. Således är det så att man vid avgörande av ett mål inte kan gå på en linje där kontraheringsplikten kan utsträckas till syn ytterpunkt likt den avtalsfriheten som tidigare har utsträckt på ett sådant sätt.

Slutsatsen är sammantaget att det inte föreligger en allmän princip om kontraheringsplikt i den vidaste omfattning som Nybergh gör gällande. Däremot föreligger en *princip om kontraheringsplikt. Denna princip kommer sannolikt att kunna tillämpas i större utsträckning än tidigare.* På detta sätt innebär detta att de bakomliggande värderingar i rättspraxis kommer att kunna stödja sig på tankegångar som ger uttryck för en kvalificerad avtalsfriheten. Men tillämpning av en *absolut* kvalificerad avtalsfrihet och en princip om kontraheringsplikt kommer *inte* att bli huvudregel. Däremot kan en sådan formulering av avtalsfriheten äga tillämpning i en flera fall under vissa förutsättningar. Om man bör se denna slutsats som att ett paradigmskifte har skett eller inte är *oklart*. Man kan ju välja att omformulera sig och säga att den kvalificerade avtalsfriheten är inskränkt i väldigt många fall(!). Således är det svårt om man ska ge Andersson eller Nybergh rätt när de för den doktrinära diskussionen kring den kvalificerade avtalsfriheten. Man rör sig inom diffusa gränser. Paradigmskifte eller ej så står en sak klar: det har skett en utveckling och en förskjutning av rättspraxis. Som jag ser det är detta en intressant och önskvärd utveckling. Jag undrar dock om ett sådant absolut paradigmskifte som att hela tiden kunna stödja sig på en kvalificerad avtalsfrihet är rätts-tillämparens uppgift att avgöra. Ibland undrar jag om inte rättssociologiska analyser kan ge en fördjupad bild av problematiken kring frågan om kontraheringspliktens tillämpning, något som endast blir en realitet med hjälp av lagstiftaren. Men det är naturligtvis önskvärt att rättstillämpningen gör så mycket den inom rimliga gränser klarar av i den föränderliga utvecklingen av rätten med beaktande av att rättens förutsebarhet inte skadas.

### **4.2.3 Prognos avseende tillämpningen av en princip om kontraheringsplikt**

Avseende frågan om en individ enligt föreliggande rättspraxis med beaktande av de utvecklingstendenser som gör sig gällande har rätt till avtal kan enligt min mening följande prognoser ges.

Avseende *dagligvaror* är en princip om kontraheringsplikt inte tillämplig. Visserligen är det inte främst kravet på beroende som tillmätts vikt i rättstillämpningen. Detta skulle tala för att invändningen att individen ur

konkurrenssynpunkt kan vända sig till annan näringsidkare får en något tillbakaskjutet roll, även om invändningen naturligtvis tillmäts vikt vid en vägning av samtliga omständigheter. Överhuvudtaget ser konkurrenssynpunkter ut att få mindre betydelse. Det som starkt talar mot att principen skulle vara tillämplig beror på att det i dylika fall inte torde röra sig om kvalificerade ekonomiska värden för en konsument som behöver skyddas. Vidare skulle tillämpningen av en princip om kontraheringsplikt i ett mål ge väldigt omfattande reflexverkningar utanför det konkreta målets tillämpningsområde. HD skulle aldrig ge ett fall prejudikatverkan som skulle få så vida samhällsliga konsekvenser genom vilket förutsebarheten i rättsystemet skulle rubbas. Visserligen har HD bytt partsfokus, men inte på ett sådant ensidigt sätt som tillämpning av principen om kontraheringsplikt skulle medföra avseende dagligvaror. När man ser till rättsutveckling gäller det som sagt att skynda långsamt.

Att skynda långsamt för in oss på frågan om principen kommer tillämpas avseende *nödvändighetsnyttigheter*. Angående sådana nyttigheter är dessa av flera slag; el, gas, värme, vatten, teletjänster, bostad, transport, försäkring, livsmedel, etcetera. Man bör enligt min mening relatera nödvändighetsnyttigheterna till den tilltagande privatiseringen i samhället. Den analys som föreligger ger generellt stöd för att det i de fall en tidigare allmän verksamhet har privatiserats och på något sätt lagstiftningen har urholkats en princip om kontraheringsplikt kommer tillämpas.<sup>148</sup> Detta beror i och för sig på om det rör sig om avreglering där tidigare monopoliserad verksamhet blir konkurrensutsatt eller om det enbart rör sig om en allmän verksamhet i numera privat drift. Den utveckling som visar att kravet på väsentligt beroende numera är enkelt samt att individens skyddsvärda intressen främst beaktas medför att tillämpningsområdet för en princip om kontraheringsplikt vidgas. När det rör sig om en nödvändighetsnyttighet som *bredband* torde en princip om kontraheringsplikt kunna tillämpas om en enskild nekas att ingå avtal om att teckna abonnemang och inte lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation blir tillämplig. *Avseende bredband torde det för en individ föreligga värden av stor praktisk och ekonomisk betydelse* om man för ett resonemang analogt med NJA 1998 s. 293. Individens livsföring samt åtskilliga handlingar som individen företar i det vardagliga livet hör samman med och är beroende av *tillgängligheten till bredband*. Bara för att nämna några exempel: betalningar genom internet, bokning av tvättstuga samt inregistrering i offentliga register. Utveckling tyder på att dessa tjänster blir mer och mer praktiskt beroende av tillgången till internet. I förlängningen innebär detta att individen *bör* tryggas rätten till bredband, vilket som synes innebär att individen bör garanteras en rätt till avtal avseende tecknande av abonnemang. Överhuvudtaget torde det inte föreligga några som helst nackdelar av att införa kontraheringsplikt för en

---

<sup>148</sup> Som påpekades tidigare (se sista stycket s. 38) sker en avreglering oftast med en åtföljande reglering där konsumenten får ett skydd genom regler om kontraheringsplikt eller en indirekt sådan. Här avses om denna reglering inte längre föreligger trots en avsaknad av "fungerande" konkurrens eller om det föreligger ett oklart fall där en rättsprincip kan bli tillämplig.

breddbandsleverantör eftersom breddbandsnätet är väl utbyggt och klarar av ett mycket omfattande antal kunder. Den utveckling av rättspraxis samt de rationella argument som baseras på avtalsfrihetens potentialfunktion och den förhållandevis starka utvecklingen i välfärdsrättsliga riktningar talar för att individen genom en princip om kontraheringsplikt kan få en rätt till avtal.

Ett problematiskt men enligt min mening väsentligt område där man kan diskutera tillämpningen av principen om kontraheringsplikt är inom *hyresrätten*. Här kan man argumentera utifrån NJA 1985 s. 226 och uttalandet att förbudet mot diskriminering inte hindrar att en person med viss härkomst *avvisas* som bostadssökande, om det kan antas att han eller hon kommer att brista i sin skötsamhet som hyresgäst. *Ett sådant antagande* får emellertid inte stödjas på den etniska grupptillhörigheten utan måste ha sin grund i *kännedom om den individuella sökanden*. Här kan den subjektiva ståndpunkten framföras att det vore olyckligt om detta var HD:s fulla ställningstagande angående hyresgästens rätt till ett hyresavtal. En princip i en sådan riktning skulle ge vida möjligheter för en hyresvärd att på ganska lösa grunder, eller i vart fall efter en omfattande undersökning av exempelvis hyresgästens betalningsanmärkningar, neka honom eller henne en rätt till avtal. Ofta medför också betalningsanmärkningar att en hyresgäst inte kan ingå avtal eftersom exempelvis det kommunala bostadsföretaget föreskriver att några betalningsanmärkningar inte får föreligga samt att ekonomin i övrigt ska vara ordnad. Det är således inte nog med att enskilda svaga individer har en faktisk svårighet att kunna inträda i ett hyresförhållande, där inga strikta kösystem föreligger, och en närmast diskretionär prövning av den potentiella hyresgästen görs. Även betalningsanmärkningar kan närmast utgöra en grund varigenom individen automatiskt förlorar rätten att sluta avtal. En sådan lösning innebär att avtalsfriheten tolkas till förmån för hyresvärden. Att låta all form av faktisk kännedom om den potentiella hyresgästen utgöra skäl för vägran att ingå avtal förefaller vara väl betungande för den enskilda individen. Särskilt med tanke på att vid eventuell ickeskötsamhet vid erläggande med månadshyran socialnämnden ska underrättas om hyresgästens bristande betalning, föreligger ingen större risk för att hyresvärden kan hänvisa till några mer omfattande ekonomiskt negativa konsekvenser av att åläggas en vid kontraheringsplikt. Här bör man fråga sig om inte liknande bedömningar som i NJA 1948 s. 513 gör sig gällande. Att få tillträde till en hyreslägenhet sammanhänger även med betydande värden av ekonomiskt slag likt de som i NJA 1970 s. 394. I detta mål var dessutom inträdet i en alternativ båtklubb tidsmässigt ett år. I Stockholmsregionen torde väl motsvarande tid för tillträde till en hyreslägenhet vara mer betydligt längre.

Nu är de anförda argumenten inte en definitiv slutsats som följer av rättspraxis. De är mer rationella argument baserade på den diskussion som förts. Rättsläget talar enligt mening för att en väldigt svag princip om kontraheringsplikt gäller. Denna princip är dock väldigt urholkad och kan även närmast benämnas som en avtalsfrihet till förmån för hyresvärden. Man undrar nu hur förenligt detta egentligen är i förhållande till att besittningsrätten (hemrätten för hyresgästen), vilken även kan uppfattas som

en situation av kontraheringsplikt, har utökats till förmån för hyresgästen och även till förmån för parter utanför rättsförhållandet exempelvis närstående.

Man kan dock här invända och fråga sig vilken faktiskt betydelse kontraheringsplikten har för en individ som vill få en rätt till det initiala hyresavtalet. Är kontraheringsplikten lösningen på problem som annars även kan ses som strukturella? Nog krävs det förmodligen en mer omfattande utredning av de samhälleliga förhållandena, möjligen endast realistiskt genomförbar av lagstiftaren. Man kan nämligen diskutera de åtskilliga faktiska sätt genom vilka en utvidgad kontraheringsplikt på flera sätt skulle kunna kringgå av hyresvärden. Dessutom föreligger en problematik till att fastighetsägare kan variera i storlek och styrka, sett från det kommunala allmännyttiga bostadsföretaget till den mindre fastighetsägaren. Dock menar jag att kontraheringsplikten med säkerhet aktualiseras i ett särskilt viktigt specifikt fall, nämligen angående *betalningsanmärkningar*.

Som ovan diskuterades medför *betalningsanmärkningar* att en hyresvärd kan hänvisa till dessa som grund för vägran att låta hyresgästen ingå hyresavtalet. Man undrar nu hur förenligt detta är med beaktande av utvecklingen mot utvidgad kontraheringsplikt, att byte av partsfokus innebär att *individens praktiska och tungt vägande ekonomiska intressen* tillmäts större betydelse, samt att motsvarande ekonomiska intressen hos hyresvärden i vissa fall tillmäts mindre betydelse. I ljuset av dessa utvecklingslinjer är det närmast stötande att betalningsanmärkningar utgör en grund för vägran som medför ett en individ nekas en rätt till hyresavtal. Det återstår dock att utreda om en reglering genom kontraheringsplikt faktiskt utöver det normativa skulle komma tillrätta med problemen eller om hyresvärdarna genom de tjänster varigenom den enskildes ekonomi diskretionärt kan undersökas skulle medföra ett kringgående av regleringen. Hursomhelst torde en sådan utveckling vänta på sig. Och HD vill som bekant undvika uppkomsten av reflexverkningar.

## 5 Slutord

Som framgår av de frågeställningar som ställdes i inledningen till detta arbete var den förstnämnda av dessa om det finns en allmän princip om kontraheringsplikt. I denna del blir svaret nekande ifall man uppfattar frågeställningen som att den innebär att kontraheringsplikten närmast skulle uppfattas som och vara en absolut huvudregel. Men som analysen av doktrin och tendenserna i rättspraxis i linje med de alternativa doktrinära synsätten visar finns det *en princip om kontraheringsplikt* som kan bli tillämplig i en rad fler situationer än tidigare. Som redan inledningsvis påpekades inrymmer dock denna förstnämnda frågeställning en rad andra frågeställningar som gör att den förstnämnda frågeställningen egentligen är alltför omfattande och vitt formulerad för att kunna vara huvudfrågeställningen. Därmed blir svaret på den andra frågeställningen relevant. Den andra frågeställning var om och i vilken grad det finns tendenser i rättspraxis som ger stöd för de alternativa uppfattningarna av avtalsfriheten och det närmre sambandet med kontraheringsplikten som där framförs. Återspeglas och finns det stöd i rättspraxis för alternativa synsätt? Hur långt kan man med rätta argumentera i doktrinen och vad är den realistiska utgången mot bakgrund av HD:s praxis? Slutsatsen avseende denna andra frågeställning är att utvecklingen i rättspraxis ideologiskt normativt ligger i linje med de alternativa synsätt som framkommer i doktrinen. I rättspraxis följer dock argumentationen en annan språklig utformning och HD använder inte sig av begrepp som kvalificerad avtalsfrihet eller ens termer som kontraheringsplikt relaterat till avtalsfriheten. Detta utesluter dock inte att alternativa doktrinära synsätt används och har tagits upp av HD. Domskäl och domslut utformade av HD följer språkligt sett ett annat mönster än språkbruket i doktrinen. Därmed kan man inte vänta sig uttryckliga användningar av begrepp och språk som är helt överensstämmande med de använda i doktrinen. Den förskjutning som föreligger i rättspraxis avseende normativa ideologiska utgångspunkter visar på att alternativa doktrinära synsätt återspeglas i viss grad samt kan användas i än större utsträckning. Eftersom det har skett en förskjutning i rättspraxis mot att avtalsfriheten är mer inskränkt än tidigare samt att ett avgörande prejudikat är att vänta, finns i vart fall stöd för att avtalsfriheten inte är en lika oinskränkt huvudregel som den har uppfattats tidigare. Därmed kan man säga att rättspraxis ligger i linje med Nyberghs synsätt men att Nybergh i vissa fall, exempelvis dagligvaror, går ett steg för långt avseende vad som är rättsligt möjligt. Något definitivt genombrott mot en absolut avtalsfrihet kan dock inte urskönjas och avtalsfriheten framstår som något försvagad men ändå som huvudregel. Det är väl så helt enkelt så att HD fortfarande ser avtalsfriheten som huvudregel och har svårt att genom rättspraxis använda sig av principen om kontraheringsplikt eftersom HD är rädd för att användningen av principen på väldigt oförutsägbara sett kan inskränka avtalsfriheten men än var avsett i ett specifika målet får avgörande. Därmed framträder Anderssons analys som mest korrekt när han anför att avtalsrätten nog får anses bestå som huvudregel.

Angående den tredje frågeställningen om en viss uppfattning av de allmänna lärorna på en högre nivå ovanför den materiella rätten har någon konkret verkan i rättspraxis är svaret att det finns en verkan men att *verkan är direkt bara om man beaktar ett längre tidsperspektiv*. Detta är dock i sig positivt eftersom detta innebär att doktrinen samverkar med rättspraxis och i längden kan förändra den materiella rätten. Wilhelmssons synsätt av att de allmänna lärorna har olika funktioner lämnar dock ett intressant sätt att analysera och styra rättsvetenskapligt arbete mot vissa mål. Tålmod är envars nyck, således kan sägas att avtalsfrihetens innehåll numera har omvärderats till att en viss inneboende kontraheringsplikt innefattas i den, men att man kan diskutera om inte ibland generaliseringen av den tredje funktionen hos de allmänna lärorna ibland utmynnar i orealistiska mål som egentligen blir för långtgående de lege ferenda argument. När man anför hur rätten bör vara kan man inte röra sig för alltför långt från det föreliggande, annars får komma alla närmast alla resonemang, även utopistiska, bli godtagbara. Men doktrinära diskussioner består samtidigt av krafter och motkrafter som verkar mot varandra. Ibland är inte orealistiska mål för rätten så orealistiska som man trodde. På detta sätt är olika synsätt nödvändiga för att generera en djupare vetenskap, på detta sätt får olika synsätt än mer legitimitet innan de introduceras i rättspraxis. Ibland önskar man dock att praxis beaktade alternativa perspektiv på rätten i snabbare takt och vågade förändra istället för att förutse och lämna statiskt.

Angående frågeställningarna om vad avtalsfriheten och kontraheringsplikten är samt har för innehåll är det svårt ge en snabb summarisk bild som samtidigt avslöjar hela sanningen. Svaret på frågeställningarna är närmast att man kan uppfatta avtalsfriheten och kontraheringsplikten som allmänna läror där det krävs en övergripande förståelse för samtliga dimensionerna hos dessa allmänna läror där delsvaren inom dessa dimensioner ger oss helhetsbilden. Som har framgått ger en närmare granskning av den potentialfunktionalistiska dimensionen hos de allmänna lärorna resultatet att sambandet mellan avtalsfrihet och kontraheringsplikt kan uppfattas på olika sätt, där en uppfattning om att läror ingår i varandra ger den svagare parten en starkare rätt till avtal. Om en uppfattning av de allmänna lärorna på lång sikt har direkt verkan i den materiella rätten frågar man sig varför inte envar inom doktrinen och inom rättstillämpningen tar till sig sättet att uppfatta sambandet mellan avtalsfriheten och kontraheringsplikten som mer naturligt.



# Käll- och litteraturförteckning

## Litteratur

Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, 12 uppl., Juristförlaget i Lund, Lund 2002.

Agell, Anders, *Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap*, i Frändberg, Åke, Göransson, Ulf, och Håstad, Torgny, red., *Festskrift till Stig Strömholm*, Iustus förlag, Uppsala 1997, s. 35–62.

Andersson, Håkan, *Anm. av Frey Nybergh Avtalsfrihet – rätt till avtal. En nordisk undersökning om kontraheringsplikt till förmån för privatpersoner*, SvJT 1998 s. 599–604.

Atiyah, Patrick Selim, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, Oxford 1979.

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt I, konkurrensrätten och marknadsekonomin rättsliga grundvalar*, Norstedts juridik, Stockholm 2005.

Christensen, Anna, *Hemrätt i hyreshuset, En rättsvetenskaplig studie av bostadshyresgästens besittningsskydd*, Juristförlaget, Stockholm 1994.

Dahlman, Christian, Glader Marcus, Reidhav, David, *Rättsekonomi, En introduktion*, Studentlitteratur, Lund 2004.

Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, 3 uppl., Fritzes, Stockholm 1995.

Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, Nerenius & Santéus förlag, Stockholm 1993.

Hansson, Sven-Ove, *Introduktion till Gerald MacCallum*, i *Idéer om frihet – texter av [...]*, volym 3 i Tidens idéserie.

Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen – Studier i förmögenhetsrätt*, Jure, Stockholm 2001.

Hemström, Carl, *Ideella föreningar*, Studentlitteratur, Lund 1977.

Koktvedgaaard, Mogens, *Kontraheringspligt*, Juristförbundets förlag, Köpenhamn 1960.

Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, 2 uppl., I.B.A. Institutet för bank- och affärsjuridik AB, Uppsala 2006.

- MacCallum, Gerald, *Negativ och positiv frihet*, i *Idéer om frihet – texter av [...]*, volym 3 i Tidens idéserie, Tidens förlag, Stockholm 1990.
- Madell, Tom-Erik, *Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommunens kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar*, Norstedts juridik, Stockholm 1998.
- Marcusson, Lena, *Mot en ny kommunalrätt. Om den rättsliga regleringen av kommunal verksamhet*, Iustus, Uppsala 1992.
- Miller, David, *Frihetens begränsningar*, i *Idéer om frihet – texter av [...]*, volym 3 i Tidens idéserie, Tidens förlag, Stockholm 1990.
- Mulder, Bernard Johann, *Anställningen vid verksamhetsövergång*, Juristförlaget i Lund, Lund, Lund 2004.
- Nybergh, Frey, *Avtalsfrihet – rätt till avtal. En nordisk undersökning om kontraheringsplikt till förmån för privatpersoner*, Nord 1997:10, Nordiska ministerrådet, Köpenhamn, 1997.
- Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod*, Norstedts juridik, Stockholm 1995.
- Pehrson, Lars, *Kontraheringsplikt*, Liber förlag, Stockholm 1976.
- Ramberg, Jan, Ramberg Christina, *Allmän avtalsrätt*, 7 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2007.
- Rodhe, Knut, *Beskrivning – prognos – rekommendation. En trosbekännelse*, JT 1996–97 s. 1–4.
- Rodhe, Knut, *Svensk rättspraxis. Obligationsrätt 1945–1949*, SvJT 1951 s. 581–616.
- Sandgren, Claes, *En social avtalsrätt? Del I*, JT 1992–93 s. 456–486.
- Svennegård, Carl, *Fackföreningarnas frihet I*, SvJT 1950 s. 10–34.
- Taxell, Lars Erik, *Avtalsrätt*, Juristförlaget, Stockholm 1997.
- Taxell, Lars Erik, *Avtalsrättens normer*, Åbo akademis förlag, Åbo 1987.
- Victorin, Anders, *Om kontraheringstvång inom förmögenhetsrätten*, SvJT 1976 s. 436–451.
- Votinius, Sacharias, *Varandra som vänner och fiender, En idékritisk undersökning om kontraktet och dess grund*, Brutus Östlings bokförlag Symposium, Stockholm 2004.

Ward, Ian, *Introduction to Critical Legal Theory*, 2 uppl., Cavendish Publishing Limited, London, 2004.

Wilhelmsson, Thomas, *Om styrning av försäkringsvillkor, en rättsvetenskaplig studie angående avtalsfriheten vid frivillig skadeförsäkring*, Finlands Juristförbunds förlags AB, Vammala 1977.

Wilhelmsson, Thomas, *Social Civilrätt, Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror*, Juristförbundets förlag, Helsinki 1987.  
Wilhelmsson, Thomas, *Standardavtal och oskäligen avtalsvillkor*, Talentum, Helsingfors 2008.

## **Offentligt tryck**

Ds 2008:55 *Bör konsumenttjänstlagen utvidgas? En diskussionspromemoria*

Ds 2009:13 *Konsumenttjänster m.m.*

# Rättsfallsförteckning

NJA 1946 s. 695

NJA 1948 s. 513

NJA 1970 s. 394

NJA 1985 s. 226

NJA 1995 s. 84

NJA 1998 s. 293

NJA 1999 s. 556