



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Ulrika Nordenvik

Komparativ studie av svensk
och amerikansk avtalsrätt –
avtals ingående

Examensarbete
20 poäng

Ola Svensson

Avtalsrätt

HT 2003

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund och syfte	4
1.2 Metod	4
1.3 Disposition och avgränsningar	5
2 SVENSK AVTALS RÄTT	7
2.1 Historisk bakgrund	7
2.2 Avtalslagen	7
2.2.1 Avtalslagens tillämplighet	8
2.3 Avtalsrättsliga principer	9
2.3.1 Avtalsfrihet	9
2.3.2 Avtalsbundenhet – pacta sunt servanda	9
2.3.3 Skyddsprincipen	10
3 AMERIKANSK AVTALS RÄTT	11
3.1 Historisk bakgrund	11
3.2 Källor inom amerikansk avtalsrätt	12
3.2.1 Restatement of Contracts	12
3.2.2 Uniform Commercial Code	12
3.2.3 Artikel 2, “Sales”	15
3.3 Avtalsrättsliga principer	16
3.3.1 Good faith och fair dealing	16
3.3.2 Reasonableness	17
3.3.3 Unconscionability	17
4 LÖFTES- OCH KONTRAKTSPRINCIPEN	18
4.1 Löftesprincipen	18
4.2 Kontraksprincipen och läran om consideration	19
4.2.1 Historisk bakgrund	19
4.2.2 Definition av consideration	20
4.2.3 Löften som saknar consideration	22
4.2.3.1 Löften om gåvor	23
4.2.3.2 Pre-existing duty (tidigare åligganden)	23

4.2.3.3	Past consideration (tidigareliggande consideration)	24
4.2.3.4	Unsolicited action (icke-begärd handling)	25
4.2.3.5	Action not taken in response (handling som inte är vidtagen som en reaktion på anbudet)	25
4.2.3.6	Nominal consideration och pretense of bargain (obetydlig consideration och skenförhandling)	26
4.2.3.7	Illusory promises (löfte utan innehåll)	26
4.2.3.8	Termination clauses (uppsägningsklausuler)	27
4.2.4	Avtal som är verkställbara utan consideration	27
4.2.4.1	Moral obligations (moraliska skyldigheter)	27
4.2.4.2	Promissory estoppel	28
4.3	Kritik mot löftes- och kontraktsprincipen	28
4.4	Vilken inverkan skulle consideration få på den svenska rätten?	31
5	JÄMFÖRELSE AV SVENSKA OCH AMERIKANSKA REGLER VID AVTALSSLUT	35
5.1	Grundläggande rekvisit för avtal	35
5.2	Anbudet	36
5.2.1	Återkallelse av anbudet	38
5.2.2	Avslag av anbudet	40
5.3	Accepten	40
5.3.1	Acceptfristen	43
5.3.2	Oren accept	44
5.3.3	Kolliderande standardavtal	45
5.3.4	Avtal utan uttrycklig accept	52
5.3.5	Avtal genom passivitet	53
6	ANALYS	56
	BILAGA A	61
	BILAGA B	63
	LITTERATURFÖRTECKNING	68
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	71

Sammanfattning

Uppsatsen belyser skillnader och likheter mellan svensk rätt och amerikansk avtalsrätt vid slutande av avtal. Den svenska rätten har rötter i civil law familjen, medan den amerikanska tillhör common law. De olika förhållandena till rätten speglar naturligtvis av sig i rättsreglerna.

Den allmänna avtalsrätten regleras i svensk rätt av Avtalslagen. Denna är tillämplig på avtal inom förmögenhetsrättens område. Inom den amerikanska rätten regleras den allmänna avtalsrätten av rättspraxis. Domstolarna tar dock även hänsyn till Restatement Second of Contracts, en slags kompilation av sedvanerätten som tagits fram av American Law Institute. Den kommersiella rätten har fått ett eget regelverk genom Uniform Commercial Code. UCC ändrar i viss mån common law reglerna till förmån för bestämmelser som är mer anpassade för kommersiella avtal. Reglerna i UCC är dock endast tillämpliga på köp av lös egendom.

Den största skillnaden mellan det svenska och det amerikanska rättssystemet är frågan om ett anbuds bindande verkan. Sverige använder sig av löftesprincipen, vilken innebär att anbud och accept är två var för sig bindande viljeförklaringar. Anbudsgivaren är ensidigt bunden av sitt anbud under acceptfristen. Inom amerikansk rätt används istället kontraktsprincipen, vilket för med sig att anbudsgivaren inte blir bunden av sitt löfte förrän motparten har accepterat detta löfte. En accept sker genom att motparten avger någon typ av consideration, till exempel ett motlöfte eller utför en prestation. Båda parter blir då bundna samtidigt. Ett löfte som saknar consideration är inte verkställbart. Vissa löften kan dock vara bindande utan consideration om det finns starka skäl för att verkställa ett sådant löfte.

Läran om consideration förefaller föråldrad, inte minst på grund av att dess nödvändiga rekvirit ganska enkelt uppfylls i de flesta kommersiella transaktioner. Många av de löften som inte är bindande på grund av saknad av consideration är inte heller bindande inom svensk rätt, till exempel löften om gåva. Ett rättssystem behöver inte använda sig av en sådan komplicerad lära som consideration för att kunna vägra verkställighet av vissa löften och avtal. I den internationella avtalsrätten har man valt att delvis använda sig av kontraktsprincipen men utan att tillämpa den komplicerade läran om consideration. Kontraktsprincipen innebär att en löftesgivare inte är bunden av sitt löfte förrän anbudet accepterats, men principen medför inte att ett rättssystem måste tillämpa krångliga regler för *hur* ett anbud skall accepteras. Det är sådana regler som gör den amerikanska läran problematiskt. De flesta författare verkar vara överens om att avtalsrätten skulle klara sig bra utan denna lära. Trots motståndet har dock reglerna om consideration överlevt länge, den enda förklaringen torde vara traditionens starka kraft.

USA: s tillämpning av kontraktsprincipen medför att ett anbud kan återkallas fram till dess att accepten är avsänd. En liknande regel finns även i PECL, CISG och UNIDROIT Principles. Regeln kan anses vara en kompromiss mellan löftes- och kontraktsprincipen på grund av att det finns undantag för de fall då det i anbudet finns en bestämd acceptfrist eller då anbudstagaren hade befogad anledning att förlita sig på att det inte kunde återkallas och till följd därav vidtagit åtgärder. Sverige har inte antagit CISG del II på grund av denna bestämmelse, utan håller envist kvar vid löftesprincipen.

Den svenska och amerikanska avtalsrätten har flera gemensamma drag, men innehåller även många olikheter. Parternas avsikt att rättshandla är bedömt enligt liknande kriterier. Inom svensk rätt är det inte avsikten att rättshandla som är viktigast, utan huruvida den handlande har givit motparten skälig anledning att anta att han åsyftade en rättshandling. I USA bedöms parternas handlande utifrån objektiva kriterier. Bestämmelserna torde leda till lika bedömningar. Båda rättssystemen tillämpar systemet med anbud och accept. De båda rättssystemen uppvisar emellertid olika regler angående vem som står risken för att accept och återkallelse kommer fram. Svensk rätt och common law har samstämmiga regler för oren accept, med undantag för de subjektiva rekvisit som finns i AvtL. Enligt UCC § 2-207 gäller istället att svaret inte behöver vara helt överensstämmande med anbudet för att utgöra en accept. Regeln i UCC § 2-207 är speciellt utformad för att passa in på problemet med kolliderande standardavtal. Tanken bakom denna bestämmelse var att komma ifrån lösningen med last shot som tillämpas inom common law och istället skapa mer flexibla regler. De amerikanska domstolarna har tolkat regeln på varierande sätt, men den gällande tolkningen innebär att domstolen tillämpar klausulupplösning och fyller ut luckor som uppstår med utfyllande regler från UCC. Inom svensk rätt finns inga lagregler eller avgöranden från HD som berättar hur en sådan situation skall lösas, vilket innebär att rättsläget är oklart. En framtida lösning genom lagstiftning eller praxis kommer antagligen att överensstämma med den lösning som finns i PECL.

Förkortningar

ALI	American Law Institute
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
CISG	Förenta Nationernas konvention 1980 om internationella köpeavtal (1980)
Del. L. Rev.	Delaware Law Review
HagL	Lag (1991:351) om handelsagentur
HD	Högsta domstolen
JB	Jordabalken
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms Universitet
KKL	Konsumentköplagen (1990:932)
KöpL	Lag om köp och byte av lös egendom (1990:931)
NCCUSL	National Conference of Commissioners on Uniform State Law
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning I
PECL	Principles of European Contract Law
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift för rettsvetenskap
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
UCC	Uniform Commercial Code
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
Va. L. Rev.	Virginia Law Review

1 Inledning

1.1 Bakgrund och syfte

Inom avtalsrätten märks en ökande harmonisering av rättsregler över nationella gränser. Harmonisering tvingas fram av till exempel ett ökat handelsutbyte mellan olika länder och av multinationella företags verksamhet. Inom Europa är även influenserna från Europeiska Unionen påtagliga. Sedan länge har det förekommit harmoniseringsarbete mellan de nordiska länderna, men troligtvis kommer det nordiska samarbetet att få en minskad betydelse i framtiden. Istället kommer fokus att riktas mot ett bredare internationellt förenhetligande av avtalsrätten.

Harmoniseringsarbetet har resulterat i att den internationella rätten numera regleras i flera olika regelsamlingar, till exempel Förenta Nationernas konvention 1980 om internationella köpeavtal (CISG), UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts och numera även Principles of European Contract Law (PECL). Dessa kan ses som kompromisser av regler från olika rättssystem och för med sig att den svenska rätten kommer i kontakt med främmande rättssystemers regler. Användningen av utländsk rätt tilltar också genom att avtalsparter med olika nationaliteter på olika sätt kan styra vilket lands lag som skall gälla för deras avtal.

USA är ett viktigt och inflytelserikt land när det gäller handel utanför Europa. På grund av den ökande harmoniseringen blir det viktigt att känna till de regler som gäller i ett så ekonomiskt betydelsefullt land som USA. Det finns inte mycket skrivet om det amerikanska rättssystemet utanför den amerikanska doktrinen, i vart fall inte i Norden. Det är även intressant att jämföra två så skilda rättssystem som det svenska och det amerikanska. Common law systemet ställs mot civil law. USA skiljer sig emellertid från andra common law länder, till exempel England, på grund av att USA har skapat ett omfattande lagverk på den kommersiella rättens område, Uniform Commercial Code.

Syftet med den här studien är att belysa och kritiskt granska likheter och skillnader mellan svenska och amerikanska regler för avtals slutande. De avtalsrättsliga problemen är ofta de samma inom olika rättssystem, därför är det intressant att se huruvida de båda rättssystemen har valt att lösa dessa problem på olika sätt.

1.2 Metod

Jag har använt mig av sedvanlig juridisk metod. Jag har utgått från svensk och amerikansk lagstiftning, amerikansk sedvanerätt och har till viss del

även använt svensk rättspraxis. Till min hjälp har jag också haft svensk och amerikansk doktrin. Min uppsats är av undersökande, jämförande och analyserande natur.

Det finns väldigt få komparativa studier av amerikansk och svensk rätt, en av de få jag hittat är Ole Landos "Udenrigshandelens kontrakter". Lando jämför dock skandinavisk rätt med flera andra länders rättssystem, till exempel England, Frankrike och Tyskland, vilket innebär att framställningen blir mindre utförlig. Även Ulf Göranssons bok "Kolliderande standardavtal" gör en jämförelse med amerikansk rätt, men tar endast upp de regler som är aktuella för att lösa problemet med kolliderande standardavtal.

Ur den svenska doktrinen har jag främst valt att läsa Axel Adlercreutz och Kurt Grönfors. Valet av den utländska litteraturen var svårare, då utbudet av olika avhandlingar inom amerikansk avtalsrätt var stort. Mina främsta källor inom common law reglerna har varit Allan E. Farnsworth's verk "Contracts" och "The Law of Contracts" av John D. Calamari och Joseph M. Perillo. Till avsnitten om Uniform Commercial Code har jag valt White & Summers "Uniform Commercial Code" som är den ledande doktrinen inom området.

1.3 Disposition och avgränsningar

Jag har valt att undersöka den allmänna avtalsrätten som i svensk rätt kommer till uttryck i lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL). AvtL är tillämplig på avtal inom förmögenhetsrättens område och innebär en avgränsning i förhållande till de särskilda regler som gäller för till exempel familjerätten. Den allmänna amerikanska avtalsrätten är reglerad under sedvanerätten. I de fall man har ansett att det behövs särskilda regler för vissa typer av avtal har lagstiftaren gått in och tagit fram sådana regler. Det köprättsliga avtalet är en sådan typ av avtal som fått ett eget lagverk genom Uniform Commercial Code. Eftersom den svenska AvtL i grunden är merkantilt präglad och det köprättsliga avtalet har stor betydelse i vårt samhälle har jag valt att jämföra den svenska rätten med både common law och UCC. Andra speciellt reglerade avtal, till exempel försäkringsavtal, faller utanför min uppsats.

Jag har avgränsat mig till främst de lagreglerade bestämmelserna om avtalsslut som finns inom svensk rätt och har jämfört dessa med amerikanska regler, både common law och UCC. I de fall det finns regler inom den amerikanska rätten som inte finns lagreglerade i det svenska rättssystemet har jag även tagit upp svensk rättspraxis och doktrin, till exempel vid kolliderande standardavtal. Även en del avtalsrättsliga principer har behandlats, eftersom dessa genomsyrar hela avtalsrätten. Min uppsats har ingen ambition att vara uttömmande, utan fokus har lagts på de regler som förefaller vara mest intressanta och relevanta.

Uppsatsen har delats upp i tre delar. Först har jag valt att ge en bakgrund till de olika rättssystemen och deras avtalsrätt, eftersom bakomliggande historik till reglerna underlättar förståelsen av dessa. I den andra delen har jag valt att redogöra för löftes- och kontraktsprincipen. Läran om consideration är tämligen obekant för svenska jurister, därför har en längre framställning av consideration tagits med i uppsatsen. I den sista delen har jag jämfört konkreta regler från AvtL, common law och UCC. Till sist har jag försökt att analysera de likheter och skillnader som jag har kommit fram till och att kritiskt granska de olika lösningsmodeller som de två rättssystemen tillhandahåller.

Under uppsatsens gång har jag stött på en del språkliga problem. Många gånger har det varit svårt att översätta amerikanska uttryck till svenska. I de flesta fall har jag presenterat de amerikanska uttrycken i kursiv stil och senare översatt dessa till svenska i den löpande texten. Detta sätt har jag valt för att låta läsaren bli bekant med den aktuella amerikanska termen. Vissa uttryck kan dock inte översättas på ett tillfredställande sätt, till exempel consideration. Sådana termer eller uttryck presenteras genomgående i sin engelska version. Om en exakt svensk översättning varit svår att hitta har jag valt att sätta den amerikanska termen inom parentes.

Några gånger har jag funnit själva lagtexten så pass intressant att jag valt att lägga denna i en fotnot. Utvalda delar av Restatement Second of Contracts och UCC Article 2 finns med som bilaga.

2 Svensk avtalsrätt

2.1 Historisk bakgrund

Den svenska rätten tillhör den familj av rättssystem som kallas civil law, till skillnad mot den engelska och amerikanska rätten som tillhör common law. Den svenska rätten är inte en utpräglad civil law typ, men har hämtat många drag därifrån. De nordiska ländernas rätt anses utgöra en egen grupp, men denna har blivit starkt influerad av till exempel tysk rätt.

Reglerna för den svenska avtalsrätten står att finna i AvtL. I 1 kapitlet av denna lag finns allmänna regler som berör avtalsslut. Inom avtalsrätten ingår ett stort antal olika avtalstyper för vilka det både finns gemensamma och särskilda regler. Inom svensk rätt har köpeavtalet varit förebild för andra avtalstyper, vilket har fört med sig att den allmänna avtalsrättens regler har blivit särskilt anpassade för att passa in på köp av lös egendom. Köprättsliga regler har ofta använts analogt på andra typer av avtal och på så sätt fått ställning som allmänna avtalsrättsliga regler.¹

2.2 Avtalslagen

Det första förslaget till särskilda lagregler om avtals ingående kom år 1894. Den ursprungliga tanken var att reglerna skulle skapa ett första kapitel i en lag om köp och byte, men HD ansåg att det var viktigare att få till stånd en mera allmän avtalslag. De föreslagna reglerna fick istället tjäna som grund för den svenska AvtL som tillkom genom nordiskt samarbete år 1915. Flera av Nordens främsta jurister samarbetade vid skapandet av lagen, bland annat Julius Lassen, Fredrik Stang, Hjalmar Hammarskjöld och Tore Almén. Målet med den nya lagen var att skapa regler om ingående av avtal enligt anbud och acceptmodellen. Denna avtalsmodell fanns redan i flera andra rättsordningar, bland annat i den tyska Bürgerliches Gesetzbuch och den schweiziska Obligationenrecht.²

Det är enligt Hellner nödvändigt att se AvtL i sitt historiska sammanhang för att kunna förstå utformningen av denna. AvtL är starkt tidsbunden vid dåtidens samhälle, inte minst anbud och acceptmodellen.³ Lagen präglas även av 1800-talets liberalism då avtalsfrihet och partsvilja var två viktiga begrepp. Även dåtidens ekonomiska och tekniska situation avspeglas i lagtexten. Mycket har emellertid hänt under 1900-talet, inte minst har förbättrade kommunikationer fört med sig att parterna lättare kan hålla

¹ Grönfors, Kurt, Avtalslagen, tredje upplagan, 1995, Norstedts förlag, Stockholm, s. 25. Härefter: Grönfors.

² Hellner, Jan, Avtals- och köprätt under 1900-talet, Svensk juristtidning, 1984, s. 756. Härefter: Hellner, 1984.

³ Grönfors, s. 27.

kontakt på flera olika sätt, inte endast genom traditionella metoder som brev och telefax. Hellner framhåller att det inte längre är lika vanligt att avtal kommer till stånd genom utväxling av anbud och accept, utan att parter istället förhandlar sig fram till en överenskommelse. Denna uppfattning kan dock ifrågasättas, speciellt med tanke på de elektroniska avtalens stora betydelse. Många avtal sluts idag genom e-mail eller genom anbud på internet, vilket innebär ett utväxlande av anbud och accept. Modellen med anbud och accept har trots allt levt kvar i lagen på så sätt att lagstiftaren och domstolarna har valt att infoga nya företeelser i AvtL: s system istället för att skapa nya begrepp och system.⁴

Det nordiska samarbetet ledde fram till flera nya avtalslagar. Den svenska AvtL antogs först (1915), strax efter den danska (1917) och den norska (1918). Dessa båda stämmer ganska väl överens med den svenska lagen.⁵ Finland fick sin avtalslag först 1929, men även denna stämmer i stort överens med övriga nordiska lagar.

2.2.1 Avtalslagens tillämplighet

Enligt sin rubrik är AvtL tillämplig på avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område. Detta uttryck är dock missvisande då AvtL endast är tillämplig på konsensualavtal, det vill säga avtal som uppkommer genom utväxling av i huvudsak samstämmiga viljeförklaringar. Formalavtal är undantagna genom 1 § 3 st och även realavtal anses falla utanför lagens tillämpningsområde.⁶

Kapitel 1 i AvtL innehåller reglerna för slutande av avtal. Enligt AvtL: s modell består avtalet av två rättshandlingar, anbud och accept. Avtal kommer till stånd genom utväxling av anbud och accept av samstämmande innehåll. Det sätt att sluta avtal på som AvtL beskriver är dock inte det enda sätt parter kan sluta avtal på, utan endast en av flera modeller. I många fall föregås exempelvis avtalet av muntliga förhandlingar som senare leder fram till en överenskommelse, så kallat gemensamt avtalsslut. AvtL 1 kapitlet är huvudsakligen inriktat på att lösa de problem som uppstår då parterna inte är närvarande vid avtalsslutet. Båda situationer kan emellertid skapa problem, men ofta olika typer av problem. Vid gemensamma avtalsslut skapar exempelvis inte löftesprincipen några svårigheter, medan situationen är den motsatta vid till exempel anbud och accept via e-mail och brev. Även realhandlande kan ersätta en uttrycklig accept, likaså passivitet på någon av parternas sida.⁷

Bestämmelserna i AvtL 1 kap 2-9 §§ är dispositiva. AvtL 1 § 2 st slår fast att ”*vad i nämnda paragrafer stadgas skall lända till efterrättelse, så vitt ej*

⁴ Hellner, 1984, s. 758.

⁵ Grönfors, s. 29.

⁶ Ibid, s. 57.

⁷ Adlercreutz, Axel, Avtalsrätt I, tolfte upplagan, 2002, Juristförlaget i Lund, Lund, s. 47. Härefter: Adlercreutz, 2002.

annat följer av anbudet eller svaret eller av handelsbruk eller annan sedvänja”. Parterna kan alltså fritt avtala om de villkor som skall gälla mellan dem. AvtL: s regler används endast då parterna låtit bli att avtala om något eller då parternas villkor är tvetydiga eller diffusa.

Grönfors är av den åsikten att anbud och accept modellen är enkel att förstå om viljeförklaringar uppfattas som något objektivt. Han poängterar dock att reglerna i 1 kap delvis har fått en subjektiv utformning. I vissa paragrafer läggs vikt vid parternas avsikter och vad de måste ha förstått, till exempel 4 § 2 st och 6 § 2 st. Skälen till dessa subjektiva rekvisit är AvtL: s grundläggande syfte att skydda tillit och god tro i omsättningen. Grönfors ställer sig emellertid kritisk till detta argument, eftersom andra länder saknar sådana bestämmelser utan att deras regler fungerar sämre.⁸

2.3 Avtalsrättsliga principer

Enligt Taxell finns det inom svensk rätt tre stora allmänna avtalsrättsliga principer: avtalsfrihet, avtals bindande kraft och skyddsprincipen. Dessa kan ses som riktlinjer för lagstiftning och rättstillämpning, men dessa kan brytas om det finns starka skäl att göra så. Avtalsprinciperna skär igenom hela avtalsrätten. Deras betydelse är dubbel, dels bildar de en bas från vilken avtalsrättens regler byggs upp, dels används de i rättstillämpningen när avtalsrättsliga konflikter skall lösas.⁹

2.3.1 Avtalsfrihet

Avtalsfriheten är en viktig princip även om den inte uttryckligen finns med i lagtexten. Taxell framhåller att den istället finns immanent i dispositiva lagregler. Principen har ett tredelat innehåll. Människor kan välja att ingå avtal eller låta bli, de kan välja med vem de vill ingå avtal och på vilket sätt detta ska ske, och de har även möjlighet att bestämma avtalets innehåll.¹⁰

Avtalsfriheten är dock inte fullständig, den kan till exempel inskränkas genom tvingande lagstiftning.

2.3.2 Avtalsbundenhet – pacta sunt servanda

Principen att avtal skall hållas innebär att parterna är bundna av de villkor som de kommit överens om och att parterna i övrigt måste fullgöra de skyldigheter som de åtagit sig genom att ingå avtalet. Taxell framhåller att parterna dessutom är tvungna att finna sig i de rättsföljder som kan inträda

⁸ Grönfors, s. 57.

⁹ Taxell, Lars Erik, Avtalsrätt: bakgrund-sammanfattning-utblick, första upplagan, 1997, Juristförlaget, Stockholm, s. 34. Härefter: Taxell.

¹⁰ Ibid, s. 36.

vid till exempel avtalsbrott. Principen gäller enligt Taxell under hela avtalsförhållandet, från avtalets slutande till dess att avtalet fullgjorts.¹¹

Denna princip är inte heller absolut. Parterna kan utnyttja avtalsfriheten och själva ställa upp de villkor som ska gälla för avtalet.

2.3.3 Skyddsprincipen

Taxell menar att det inom svensk rätt även finns en skyddsprincip som har till syfte att skydda intressen som är förknippade med avtal. I svensk doktrin är denna princip inte lika uttalad, men likväl kan en sådan princip sägas finnas i praxis. Enligt Taxell är dess uppgift är att skydda individer, grupper och den svaga människan. I många fall är en part i ett avtalsförhållande överlägsen den andre och den svaga parten ska då få skydd genom rättspolitiska åtgärder. Skydd kan ges både genom uttryckliga lagregler och genom rättstillämpningen.¹²

Skyddsprincipen har inte något exakt innehåll, utan vad denna innebär bestäms i konkreta fall. Principen gör sig främst gällande vid konflikter mellan avtalsparter där en av parterna på något sätt är underlägsen motparten. Motsatta skyddskrav måste många gånger vägas mot varandra.¹³

Skyddsprincipen kommer ofta i motsättning till de båda andra principerna. I sådana situationer finns det ingen princip som har företräde. Taxell menar emellertid att det i praktiken ofta är skyddsprincipen som vinner företräde framför de andra.¹⁴

¹¹ Ibid, s. 39.

¹² Ibid, s. 40.

¹³ Ibid, s. 40.

¹⁴ Ibid, s. 43.

3 Amerikansk avtalsrätt

3.1 Historisk bakgrund

Den amerikanska rätten kommer ursprungligen från England och bygger på common law, sedvanerätt.¹⁵ Common law uppkom i England genom att kungens domare reste runt i landet och dömde i lokala stridigheter.¹⁶ Domarna blev under sina resor bekanta med olika sedvanerätter, vilka kom att forma hela det engelska rättssystemet. När USA var en brittisk koloni tillämpades engelsk rätt i alla delstater. Efter koloniernas självständighet fortsatte sedan de nya staterna att tillämpa den engelska rätten.

Common law skiljer sig på flera punkter från kontinental rätt. Den har vuxit fram genom domstolsavgörande och saknar generellt sett stora lagverk. Lagstiftaren går endast in och lagstiftar i frågor när ändringar i domstolspraxis är påkallade.

Varje delstat kontrollerar sin avtalsrätt och har en egen författning, lagstiftningsmakt och statsdomstol. Trots att det finns minst 50 olika rättssystem i USA framställer de flesta amerikaner rätten som om den vore ett enhetligt system. Detta är möjligt på grund av att det finns många likheter och generella strukturer inom de olika rättssystemen.

Genom Uniform Commercial Code har lagstiftaren infört en skillnad mellan kommersiella köp och andra köp.¹⁷ Tidigare skapade domstolarna regler som kunde användas för alla typer av avtal. Fram till UCC: s tillkomst var det exempelvis främmande för amerikansk rätt att tillämpa olika regler för näringsidkare och privatpersoner.¹⁸

De allra flesta generella regler inom den amerikanska avtalsrätten kan åsidosättas genom villkor som parterna kommer överens om. Dessa regler kallas *suppletory*, medan de regler som är tvingande går under benämningen *mandatory*.

¹⁵ Cheeseman, Henry R, Business Law: the legal, ethical, and international environment, 1992, Prentice Hall, Inc., Englewood Cliff, New Jersey, s. 19. Härefter: Cheeseman.

¹⁶ Lando, Ole, Udenrigshandelens kontrakter, tredje upplagan, 1987, Jurist- og Økonomforbundets forlag, Köpenhamn, s. 43. Härefter: Lando, 1987.

¹⁷ Ibid, s. 48.

¹⁸ Farnsworth, Allan E., Contracts, 1982, Little, Brown and Company, s. 31. Härefter: Farnsworth.

3.2 Källor inom amerikansk avtalsrätt

Den allmänna amerikanska avtalsrätten har i huvudsak utvecklats genom domstolspraxis. Lagstiftaren har ibland gått in och lagstiftat på vissa områden, men i de flesta fall berör dessa förändringar inte allmänna avtalsrättsliga principer. Förändringarna har främst gällt speciella typer av avtal, till exempel försäkringsavtal och anställningsavtal. Undantaget är lagverket inom den kommersiella avtalsrätten, Uniform Commercial Code.¹⁹

3.2.1 Restatement of Contracts

Under 1900-talet har två sammanslutningar av jurister haft stort inflytande över framväxten av den amerikanska avtalsrätten. En av dessa är *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL). Denna organisation består av 50 valda medlemmar från de olika delstaterna vars uppgift är att ta fram nya lagstiftningsförslag.

Den andra sammanslutningen är *American Law Institute*. ALI är en privat organisation som består av invalda advokater, domare och jurister. Deras mål är att förenkla och reformera rätten. Den ökade mängden domstolsavgöranden och även avgöranden som är oförenliga med varandra gör att det ofta råder osäkerhet om vad som är gällande rätt. ALI bearbetar (restate) common law, det vill säga bryter ner domstolsavgöranden till ”black letter rules” som är lättare att förstå.²⁰ Den första Restatement of Contracts publicerades år 1932. I denna presenterade ALI endast gällande sedvanerätt. Ungefär tjugo år senare började ALI att arbeta om Restatement of Contracts för att få fram en ny version, vilken var färdig år 1979.²¹ I Restatement Second ändrade ALI många regler från den ursprungliga versionen för att harmonisera dessa med de regler som finns i UCC. I den nya versionen lades större vikt vid en parts förlitan på avtalet, dessutom tog ALI med en del nya idéer som hämtats genom analogier från UCC.²² Vissa regler i Restatement Second är inte gällande sedvanerätt, utan ALI har bearbetat gällande rätt med förhoppningen att domstolarna skall följa deras linje. Restatement of Contracts liknar en kodifiering av avtalsrätten, en kompilation av kommersiella rättsprinciper. Dokumentet har inte status som lag, men är en tung auktoritet.²³

3.2.2 Uniform Commercial Code

Uniform Commercial Code är en kodifikation av den kommersiella rätten som är antagen av alla delstater i USA. De regler som ligger till grund för

¹⁹ Calamari, John D and Perillo, Joseph M, *The Law of Contracts*, Forth Edition, 1998, West Group, St. Paul MN, s. 15. Härefter: Calamari & Perillo.

²⁰ Farnsworth, s. 24.

²¹ Calamari & Perillo, s. 15.

²² Farnsworth, s. 25.

²³ Ibid, s. 26.

UCC är handelsbruk och uppfattningar i köpmanskretsar. UCC har introducerat flera nya bestämmelser i förhållande till de common law regler som gällde före UCC: s tillkomst. De nya reglerna är bättre anpassade till handelsrättsliga situationer. Resultatet ha blivit att det för de flesta kommersiella avtal finns en likformig lag i alla delstater.²⁴

UCC bygger på *lex mercatoria*, ett sedvanerättsligt system som reglerade den internationella handeln fram till 1700-talet.²⁵ Stora delar av denna rätt togs med in i den engelska sedvanerätten, dock utan att få något större inflytande över den köprättsliga sedvanerätten. Istället utvecklades i England en komplex kommersiell rätt, vilken blev lagfäst genom British Sale of Goods Act år 1893. Amerikanerna utarbetade en liknande lag för USA, Uniform Sales Act. Lagen var emellertid dåligt anpassad för att lösa problem som uppstod vid kommersiella köp, dessa problem lämnades till domstolarnas avgörande.²⁶

Efter andra världskrigets slut träffades ALI och NCCUSL för att gemensamt försöka utarbeta en Uniform Commercial Code som skulle ersätta både Uniform Sales Act och andra lagar som berörde kommersiella avtal. En slutgiltig officiell version var färdig år 1952, vilken efterhand antogs av alla stater. Louisiana antog UCC så sent som år 1990. En del stater gjorde dock ändringar i den officiella texten, vilket hotade den enhetliga tanken med UCC. Permanent Editorial Board for the Code upprättades år 1961 för att förhindra en sådan utveckling.²⁷

Varje stat har antagit ett antal ändringar som tar bort eller lägger till olika paragrafer i UCC. En stats lag utgörs inte av själva UCC, utan den versionen av UCC som staten har antagit. Versionen i Kalifornien kallas till exempel California Uniform Commercial Code.

UCC kan inte betraktas som ett uttömmande lagverk. UCC innehåller endast statlig rätt och saknar regler som finns i den federala rätten, till exempel konkursrättsliga regler. Ordet *commercial* i titeln är till viss del missvisande. Tanken var att skapa regler för kommersiella avtal, men även regler som berör konsumenter togs med i UCC.²⁸

UCC består av 13 artiklar, varje artikel består i sin tur av flera avdelningar (Parts). Dessa är sedan uppdelade i individuella paragrafer (Sections). Varje paragraf följs av en officiell kommentar som är författad av ALI och NCCUSL. Kommentarererna är inte en del av själva lagtexten, vilket betyder att de inte är gällande rätt. Tanken bakom kommentarererna var att dessa skulle främja enhetlighet och motverka feltolkningar. Domstolarna har

²⁴ Adlercreutz, 2002, s. 312.

²⁵ Bogdan, Michael, Komparativ rättskunskap, andra upplagan, 2003, Norstedts juridik, Stockholm, s. 96. Härefter: Bogdan.

²⁶ Farnsworth, s. 26.

²⁷ Ibid, s. 27.

²⁸ Hellner, Jan, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten, 1990, Juristförlaget, Stockholm, s. 49. Härefter: Hellner, 1990.

emellertid lagt stor vikt vid kommentarerna, större vikt än vid andra auktoritativa avhandlingar (treatises).²⁹

De flesta av UCC: s regler berör inte den allmänna avtalsrätten, med undantag av artikel 2 (Sales) och 9 (Secured Transactions). Reglerna i artikel 2 skiljer sig till stor del från den traditionella avtalsrätten baserad på common law. För de situationer som UCC inte särskilt reglerar gäller emellertid fortfarande traditionella common law regler även för köprättsliga avtal. UCC § 1-103 (b) slår fast att avtalsrättsliga principer fortsätter att gälla under UCC om de inte är ersatta med speciella regler. Många av förändringarna finns i Part II som innehåller regler om *Form, Formation and Readjustment of Contract*.³⁰

Calamari & Perillo menar att det finns en tendens att tillämpa UCC: s regler analogt även på avtal som ligger utanför UCC: s tillämpningsområde, om regeln i UCC kan ses som en mer generell avtalsrättslig regel. Författarna förutspår att artikel 2 i framtiden kommer att vara gällande rätt även för avtal som inte idag faller inom artikelns tillämpningsområde.³¹ Farnsworth påpekar att Restatement Second i vissa fall formulerar generella avtalsrättsliga principer härledda från bestämmelser som finns i UCC, till exempel reglerna om *good faith* och *unconscionability*.³²

Artikel 1 innehåller definitioner och viktiga regler som gäller för alla artiklar i UCC. Dessa är tänkta att styra tillämpning och bedömningen av avtal efter de grundtankar som kännetecknar UCC.³³

I § 1-103 (a) (2) slås fast att ett av UCC: s syften är att tillåta fortsatt utvidgning av kommersiell praxis genom sedvänja, bruk och överenskommelser mellan parterna. § 1-302 tillåter parterna att frångå UCC: s regler med undantag av de regler som räknas upp i § 1-302 (b) eller på andra ställen i UCC.

UCC har blivit kritiserad på vissa punkter, till exempel för att den innehåller definitioner som strider mot varandra eller mot vanligt språkbruk och för att UCC är svåröverskådlig på grund av alla hänvisningar kors och tvärs. Hellner menar dock att den sakliga förtjänsten hos UCC ligger i att så många problem finns presenterade med klara lösningar i lag.³⁴

²⁹ Calamari & Perillo, s. 18.

³⁰ Alderman, Richard M. & Dole, Richard F., A Transactional Guide to the Uniform Commercial Code, Volume I, Second Edition, the American Law Institute, 1983. s. 10. Härefter: Alderman & Dole.

³¹ Calamari & Perillo, s. 18.

³² Farnsworth, s. 34.

³³ Hellner, 1990, s. 50.

³⁴ Ibid, s. 52.

3.2.3 Artikel 2, “Sales”

Den artikel i UCC som är av intresse i denna uppsats är artikel 2, “Sales”. Termen *sale* är definierad som en överenskommelse genom vilken en part, säljaren, överför egendomsintresse till någon specifik sak till en annan part, köparen.³⁵ Artikel 2 är tillämplig på alla transaktioner som inte är speciellt reglerade eller är säkerhetstransaktioner. § 2-102 utvidgar omfånget av artikel 2 utanför det köprättsliga området. A *transaction in goods* kan till exempel inkludera leasingavtal eller deposition av egendom (bailment). Många paragrafer behandlar dock särskilt situationer mellan köpare och säljare. Vad denna åtskillnad skall få för verkningar är oklart. Vissa menar att detta betyder att reglerna endast skall användas på sales situationer, medan andra menar att reglerna skall tillämpas även vid andra situationer om så är lämpligt.³⁶

Termen *goods* definieras i § 2-105. Nästan all lös egendom (tangible items) räknas som varor, till exempel böcker, kläder, och bilar.

Artikel 2 är tillämplig på alla köprättsliga avtal, det spelar ingen roll om avtalen ingåtts mellan näringsidkare, privatpersoner eller mellan näringsidkare och privatpersoner. Artikel 2 innehåller dock flera regler som endast är tillämpliga på näringsidkare eller som lägger en större börda på näringsidkare än vanliga privatpersoner.

En näringsidkare (merchant) är en person som handlar med den typ av varor som är inblandade i avtalet, eller en person som genom sitt yrke påstår sig ha speciell kunskap eller kompetens om de aktuella varorna.³⁷

Under de senaste åren har ALI och NCCUSL arbetat för att ta fram en ny artikel 2. Kritiker har länge ansett att artikel 2 har blivit föråldrad och att den behöver förnyas för att kunna möta dagens behov. Från början var det tänkt att man skulle genomföra djupgående förändringar, men efter protester från olika håll insåg ALI och NCCUSL att alltför kontroversiella ändringar skulle minska delstaternas vilja att anta en ny artikel 2. En del kritiker menar dock att kravet på ändringar inte längre är lika aktuellt. Flera av de situationer som tidigare krävde belysande har fått lösningar genom domstolsavgörande under senare år. År 2002 godkände NCCUSL istället relativt blygsamma ändringar, vilka året efter även accepterades ALI.³⁸ Dessa modifierationer måste emellertid även antas av varje delstat för att bli gällande rätt.³⁹ En av ändringarna berör § 2-207 och kommer att behandlas i kapitel 5.3.2.1.

³⁵ UCC § 2-106 (1).

³⁶ Alderman & Dole, s. 4.

³⁷ UCC § 2-104 (1).

³⁸ www.ali.org

³⁹ Maggs, Gregory E., The Waning Importance of Revisions of Article 2, 78 Notre Dame L. Rev. 595 (2003). Härefter: Maggs.

3.3 Avtalsrättsliga principer

Avtalsfriheten och *pacta sunt servanda* är viktiga avtalsprinciper även inom den amerikanska rätten. UCC: s Artikel 2 innehåller emellertid även flera allmänna avtalsrättsliga principer som gör sig gällande under hela avtalsrelationen.

3.3.1 Good faith och fair dealing

UCC § 1-203 slår fast att *“every duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement”*. Good faith definieras som *“honesty in fact in the conduct or transaction concerned”*.⁴⁰ Båda parterna har en skyldighet att iaktta lojalitet gentemot den andra parten. Kravet på lojalitet är högre för näringsidkare än konsumenter. Privatpersoner behöver endast hålla sig till en subjektiv standard av *honesty in fact*. Näringsidkare regleras under en objektiv standard av *fair dealing in the trade*.⁴¹

Konceptet med skälighet och lojalitet utsträcks såväl till avtalets anda som till avtalsvillkoren. Den bakomliggande tanken är att parterna är mer benägna att handla på ett riktigt sätt om deras handlande är bedömt utifrån dessa principer.⁴² Reglerna har i praktiken visat sig ha positiva effekter på parternas uppträdande mot varandra, vilket har fört med sig att vissa staters domstolar har utvidgat UCC: s regler om lojalitet och rättvist handlande till att även gälla avtal som regleras av common law.⁴³

Good faith och fair dealing är principer som skapar problem när dessa skall översättas till företeelser som finns inom den svenska rätten. Principen är en typ av lojalitetsförpliktelse som innebär att parterna måste handla i enlighet med god sed och anständighet och torde inom svensk rätt ha sin närmaste motsvarighet i de olika lojalitetsförpliktelser som parterna har gentemot varandra både före och under avtalsförhållandet.⁴⁴ Lojalitetsplikten har i svensk rätt inte blivit föremål för någon generell lagstiftning, utan anses gälla som en allmän rättsgrundats. Den konkreta innebörden av lojalitetsplikten varierar beroende på avtalstypen och omständigheter i det enskilda fallet. Lojalitetsplikten kan till exempel omfatta informations- och upplysningsplikt, vårdplikt och tystnadsplikt.⁴⁵

⁴⁰ UCC § 1-201 (19). Enligt Black's Law Dictionary används termen för att beskriva *“that state of mind denoting honesty of purpose, freedom from intention to defraud, and, generally speaking, means being faithful to one's duty or obligation”*. Campbell Black, Henry, Black's Law Dictionary, Fifth Edition, 1979, West Publishing Co., St Paul, MN.

⁴¹ UCC § 2-103 (1) (b).

⁴² Cheeseman, s. 340.

⁴³ Ibid, s. 340.

⁴⁴ Ramberg, Jan & Hultmark, Christina, Allmän avtalsrätt, Femte upplagan, 1999, Nordstedts Juridik AB, s. 243. Härefter: Ramberg & Hultmark.

⁴⁵ Nicander, Hans, Lojalitetsplikt före, under och efter ett avtalsförhållande, JT 1995, s. 31. Härefter: Nicander.

3.3.2 Reasonableness

Termen *reasonableness* används igenom hela UCC för att etablera parternas skyldigheter. Parterna måste till exempel handla inom rimlig tid om inget annat är överenskommet.⁴⁶ Termen *commercial reasonableness* används för näringsidkarnas motsvarande skyldigheter.

Det finns ingen definition i UCC av vad skälighet eller förnuftighet innebär. Termen definieras genom hänvisningar till prestationens utförande, partsbruk, handelsbruk etc.

3.3.3 Unconscionability

Avtalsfriheten är ingen absolut frihet inom amerikansk rätt. Genom UCC: s doktrin om *unconscionability* har domstolen rätt att undersöka om ett helt avtal eller ett avtalsvillkor är orättvist eller orimligt. Om domstolen kommer fram till att avtalet eller delar av det är orimligt, kan domstolen antingen vägra att verkställa avtalet eller endast verkställa de delar av avtalet som är rättvisa. Domstolen kan även gå in och ändra avtalet så att det inte ger ett orättvist resultat.⁴⁷

Principen om unconscionability används ofta när någon part är överlägsen den andra, när den dominerande parten använder sin överlägsenhet och när avtalsvillkoren är mycket orättvisa ur den underlägsna partens synvinkel.⁴⁸ Denna princip kan jämföras med domstolarnas möjlighet att i svensk rätt använda AvtL: s 36 § för att jämka eller åsidosätta oskäligen avtalsvillkor.

⁴⁶ UCC § 1-204 (1) (2).

⁴⁷ Cheeseman, s. 342.

⁴⁸ Ibid, s. 342.

4 Löftes- och kontraktsprincipen

Det finns två huvudprinciper för slutande av avtal, löftesprincipen och kontraktsprincipen. Löftesprincipen är den princip som AvtL bygger på. Det samma gäller våra nordiska grannländers avtalslagar och BGB. Inom common law-länderna används istället kontraktsprincipen.

4.1 Löftesprincipen

Löftesprincipen innebär att anbud och accept är två var för sig bindande viljeförklaringar. Anbudsgivaren är ensidigt bunden av sitt anbud under acceptfristen. Återkallelse av anbudet är endast möjligt fram till dess att anbudstagaren tar del av anbudet.⁴⁹ Om inte anbudstagaren svarar inom förskrivna tid förfaller anbudet och anbudsgivaren är inte längre bunden av sitt löfte. En accept är alltså en betingelse för anbudstagarens rätt.⁵⁰

Under 1800-talet fanns i Norden företrädare för både löftesprincipen och kontraktsprincipen. Störst betydelse för löftesprincipens genombrott hade Julius Lassen.

AvtL huvudsyfte var att fastslå och närmare reglera löftesprincipen, det är därför som anbud och acceptmodellen dominerar AvtL: s 1 kap.⁵¹ De praktiska skälen bakom denna princip är att anbudstagaren skall få tid på sig att tänka över huruvida han vill anta ett anbud eller ej. AvtL 7 § om återkallande av anbud är anpassad för att inte rubba principen om tillit. I motiven förordades att lagstiftningen skulle byggas på principen att ett anbud som kommit till adressatens kännedom i allmänhet borde vara oåterkalleligt.⁵²

Löftesprincipen finns inte klart uttalad i lagtexten. Avsikten var antagligen att principen skulle framgå av AvtL 1 §, vilken föreskriver att anbud och accept är bindande var för sig. Principen visar sig också i AvtL 7 §, där det föreskrivs att ett anbud inte kan återkallas sedan det kommit till anbudstagarens kännedom. Det finns dock undantag från löftesprincipen, till exempel lag (1936:83) angående vissa utfästelser om gåva. En utfästelse om gåva av lös egendom är utan verkan om inte utfästelsen gjorts i skuldebrev eller annan urkund som lämnats över till gävtogaren eller har givits tillkänna på ett sådant sätt att utfästelsen avses komma till allmänhetens

⁴⁹ AvtL 7 §.

⁵⁰ Lassen, Julius, Udvalgte afhandlinger, udgivne af Frantz Dahl, 1924, G. E. C. Gads Forlag, Köpenhamn, s. 81.

⁵¹ Adlercreutz, 2002, s. 51.

⁵² Ibid, s. 51.

känndom.⁵³ Andra undantag från löftesprincipen innebär att anbud som är avgivna av köpare till säljare enligt Konsumentköplagen inte är bindande förrän säljaren har accepterat anbudet,⁵⁴ och att anbud att köpa fast egendom inte är bindande förrän köpehandlingen skrivits på av både säljare och köpare.⁵⁵ En konsument kan även frånträda ett distansavtal eller ett hemförsäljningsavtal inom en viss tidsperiod.⁵⁶ Löftesprincipen kan dessutom åsidosättas genom handelsbruk eller genom att parterna själva kommer överens om att anbudet inte skall vara bindande.⁵⁷

4.2 Kontraksprincipen och läran om consideration

I amerikansk rätt använder man sig av kontraksprincipen och läran om consideration. Ett löfte blir inte bindande för den som lämnar detta löfte förrän motparten har avgivit consideration. Consideration är en betingelse för löftets giltighet. Båda parterna till ett avtal blir bundna samtidigt när motparten lämnar någon typ av consideration och därmed accepterar anbudet. Ett anbud kan återkallas ända fram till dess att accepten har avsänts. Huvudregeln är att löften som saknar consideration inte är verkställbara (unenforceable). Parterna *kan* dock frivilligt fullfölja ett avtal som saknar consideration.⁵⁸ I vissa situationer kan även ett löfte bli verkställt utan consideration om det finns ett element av tillit som är starkt nog att rättfärdiga skydd av löftet.⁵⁹

4.2.1 Historisk bakgrund

Doktrinen om consideration växte fram som ett sätt att verkställa avtal. Den historiska bakgrunden till consideration hänger samman med det gamla systemet av *writs*. Den som ville väcka talan vid de kungliga domstolarna fick vända sig till kungens kansli. Där kunde käranden mot viss avgift erhålla ett dokument som i kungens namn ålade svaranden att gå med på kärandens krav eller underkasta sig domstolens prövning.⁶⁰ Ett antal *writs* utvecklades och de som ligger till grund för consideration är *writs of covenant, debt and assumpsit*. *Writs of covenant* användes för att tvinga fram avtal gjorda under *seal*⁶¹. *Writs of debt* användes av löftestagaren för att stämma löftesgivaren på den summa som denne var skyldig på grund av löftestagarens utförda handling. Tanken var att skulden skulle betalas på

⁵³ Gåvolagen 1 §.

⁵⁴ KKL 41 § 3 st.

⁵⁵ JB 4:1.

⁵⁶ Lag (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal 13 §.

⁵⁷ Ramberg & Hultmark, s. 85.

⁵⁸ Cheeseman, s. 193.

⁵⁹ Clark, David S, Introduction to the Law of United States, 1992, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Nederländerna, s. 153. Härefter: Clark.

⁶⁰ Bogdan, s. 94.

⁶¹ Ett *contract under seal* är ett avtal som blivit underskrivet och sigillföret av avtalsparterna. I vissa stater krävs inte consideration för sådana avtal.

grund av att löftesgivaren hade erhållit en fördel (benefit). Den tredje typen av writ, *assumpsit*, växte fram ur de situationer där en löftesgivare hade lovat att göra något, men gjort det oaktsamt och till skada för löftesstagaren.⁶²

Under 1500-talet började ordet *consideration* att användas som test för ett löftes verkställighet.⁶³ Begreppet inkluderade två olika rekvisit som skulle vara uppfyllda, dels kravet från writ of debt att löftesgivaren måste ha fått en fördel och dels kravet från writ of *assumpsit* att det måste finnas en börda på löftesmottagarens sida.⁶⁴

I slutet av 1800-talet började kraven på fördel eller nackdel att få ge vika för ett nytt rekvisit, nämligen att *consideration* skulle vara *bargained for*. Till en början var den allmänna uppfattningen att det var en fördel eller nackdel som skulle vara framförhandlad. *Restatement of Contracts* förändrade emellertid denna åsikt genom att endast definiera *consideration* i termer av något som var framförhandlat av parterna.⁶⁵

4.2.2 Definition av consideration

Det är svårt att exakt beskriva vad *consideration* egentligen innebär. Det finns oändligt många rättsfall där domstolar har avgjort fall som berört *consideration*, och från dessa rättsfall får man försöka skapa mer generella regler. Två frågor kan vara behjälpliga vid fastställandet av huruvida ett löfte är verkställbart: av vilken anledning gavs löftet av löftesgivaren och på vilka grunder gav löftesmottagaren *consideration* tillbaka till löftesgivaren?⁶⁶

I *Restatement Second* har gjorts ett försök att skapa en definition, det sägs att "*a performance or a return promise must be bargained for*".⁶⁷ En prestation eller ett motlöfte (*return promise*) är framförhandlat om det är något som löftesgivaren önskar (*sought by the promisor*) i utbyte mot hans löfte och är lämnat av löftesstagaren i utbyte (*in exchange*) mot det löftet. *Consideration* och löftet måste ha samma avsikt eller bevekelsegrund. *Consideration* frammanar löftet och löftet driver fram *consideration*. Det är tillräckligt att en part visar en avsikt att framkalla den andra partens svar och att bli påverkad av detta, och att den andra parten reagerar i enlighet med detta.⁶⁸ Anbudstagaren måste emellertid känna till anbudet och visa en avsikt att acceptera. Han måste faktiskt eller synbart (*apparently*) bli förmådd att handla på grund av löftet.

⁶² Calamari & Perillo, s. 168.

⁶³ Farnsworth, s. 20.

⁶⁴ *ibid*, s. 20.

⁶⁵ *Ibid*, s. 41.

⁶⁶ Corbin, Arthur L., *Corbin on Contracts*, 1952, West Publishing Co., St Paul MN, s. 171. Härefter: Corbin.

⁶⁷ *Restatement Second* § 71 (1).

⁶⁸ *Restatement Second*, kommentaren till § 71.

I de flesta affärstransaktioner har en part som avger ett löfte nästan alltid blivit påverkad att göra så av den andra parten, i utbyte mot något löftesgivaren önskar erhålla. Det som löftesgivaren vill ha av motparten som consideration är det som är motivet för hans löfte.

Farnsworth använder fallet *Hamer v. Sidway*⁶⁹ som ett exempel. När William var 15 år lovade hans farbror att William skulle få \$5000 om han lät bli att dricka alkohol, använda tobak, svära och spela kort eller biljard för pengar tills han fyllde 21 år. När William fyllde 21 år fick han inte pengarna som han var lovad. Farbroderns försvar ansåg att löftet om pengar saknade consideration. Domstolen ogillade dock försvaret. Farnsworth framhåller att Williams gav sin prestation, det vill säga hans avhållsamhet från de saker som farbrodern önskat, som consideration. Han påpekar vidare att Williams avhållande även var framförhandlat, eftersom avhållandet var vad farbrodern önskade i utbyte mot sitt löfte och det var också det som William gav i utbyte mot löftet om pengarna.⁷⁰

Consideration kan bestå av ett motlöfte, en prestation eller ett avhållande från att göra något som löftestagaren annars har rätt att göra (forbearance). Prestationen eller motlöftet kan ges till löftesgivaren eller till någon annan, och det kan ges av löftestagaren eller någon annan person.⁷¹

Det vanligaste är enligt Farnsworth att consideration består av ett motlöfte. En säljare kan lova att leverera en vara till en viss dag mot att köparen lovar att betala när varan levereras. Båda parter har således avgivit löften, sådana avtal kallas bilaterala avtal. Consideration kan också bestå av en handling som löftesmottagaren utför. Löftesgivaren önskar en direkt prestation istället för ett löfte som skall uppfyllas vid en senare tidpunkt. Löftestagaren levererar till exempel en vara mot att löftesgivaren lovar att betala för varan när löftestagaren skickar en faktura. I en sådan situation har endast en av parterna lämnat ett löfte, motparten har istället utfört en prestation. Denna typ av avtal kallas unilaterala avtal.⁷²

För skriftliga avtal finns en presumtion att de innehåller consideration, men denna kan motbevisas.⁷³

Samma consideration kan lämnas för flera olika löften. Om consideration är tillräcklig för att stödja varje löfte för sig, kan den också stödja flera löften. Om en part istället har avgett två considerations för samma löfte, räcker det att en av dessa utgör tillräcklig consideration.⁷⁴

⁶⁹ 124 N.Y. 538, 27 N.E.256 (1891).

⁷⁰ Farnsworth, s. 45.

⁷¹ Restatement Second § 71 (4).

⁷² Farnsworth, s. 43.

⁷³ Cheeseman, s. 193.

⁷⁴ Corbin, s. 184.

Det finns inget krav på att consideration som är framförhandlad av parterna skall vara adekvat, det spelar ingen roll om den consideration som ges inte är ekonomiskt likvärdig med löftet. Tanken bakom denna bestämmelse är principen om avtalsfrihet. En part skall inte kunna vända sig till domstol för att bli fri från en dålig affär. Restatement Second § 79 slår fast att så länge rekvisiten för consideration är uppfyllda finns det inga extra krav på att någon part skall få en fördel eller nackdel eller att de transaktioner som skett är likvärdiga. Ramberg & Hultmark framhåller att domstolens uppgift inte är att pröva hur löften eller prestationer förhåller sig till varandra, vilket gör att en del anser att läran om consideration kan anses som onödig formalism.⁷⁵

I vissa stater kan dock domstolen vägra att verkställa ett avtal om den avgivna consideration är så oskälig att den “*shocks the conscience of the court*”. Domstolen tar i sin skälighetsbedömning hänsyn till värdet av saken eller den service som avtalet gäller, värdet av den avgivna consideration, parternas relationer och liknande faktorer.⁷⁶

4.2.3 Löften som saknar consideration

Ett löfte som ges av en part till en annan utan att parterna förhandlat fram löftet och utan att motparten lämnat något i utbyte mot löftet, saknar consideration. Det kan dock vara ett bindande unilateralt avtal ändå, antingen genom iakttagande av formkrav, till exempel att löftet är *made before a court* eller *under seal*, eller genom att löftestagaren redan påbörjat prestation eller låtit bli att göra något på grund av löftet. Om inga av dessa kriterier är uppfyllda är löftet inte verkställbart.⁷⁷

Corbin tillhandahåller ett bra exempel. Om A lovar B att leverera en vara mot att B ger A pengar inom en viss tid, så har B chans att acceptera detta erbjudande, men Corbin poängterar att det ännu inte finns något avtal eftersom någon consideration inte har lämnats från B: s sida. Om tidsfristen går ut och B inte har betalt den summa som A ville ha för att leverera varan, finns det fortfarande inget avtal eftersom löftet saknar consideration. Om A istället erbjuder ett löfte att leverera en vara mot att B lovar att betala inom en viss tid efter leverans, så måste B komma med ett motlöfte inom skälig tid om han vill anta erbjudandet. Om B lämnar ett motlöfte har ett bilateralt avtal skapats genom B: s consideration. Corbin menar att det som A ville ha som motprestation var B: s löfte att betala och detta har A fått. Vidare påpekar han att avtalet i framtiden kan sluta vara verkställbart om B vägrar att betala eller är oförmögen att göra så, *failure of consideration*.⁷⁸

⁷⁵ Ramberg & Hultmark, s. 85.

⁷⁶ Cheeseman, s. 195.

⁷⁷ Corbin, s. 194.

⁷⁸ Ibid, s. 194.

Nedan följer en kortare genomgång av löften som saknar consideration. Genomgången är inte på något sätt uttömmande, utan ett urval har gjorts av de mest frekventa situationer där verkställighet av löften nekas.

4.2.3.1 Löften om gåvor

Gåvolöften saknar consideration och är därmed inte verkställbara. Vid sådana löften har det inte förekommit något utbyte över huvud taget. Gåvogivaren har lämnat ett löfte utan att motparten lämnat något i gengäld mot löftet. Farnsworth framhåller att en arbetsgivare som lovar att ge en anställd en guldklocka till jul, kan ångra sitt löfte. Löftet saknar consideration eftersom det inte förekommit något utbyte mellan parterna. Arbetsgivaren fick inget tillbaka i utbyte mot sitt löfte, varken motlöfte eller prestation. Löftet om gåvan var en ensidig handling utan krav på någon typ av motprestation.⁷⁹

Calamari & Perillo menar att skälen bakom denna bestämmelse är flera. Gåvolöften skapar ingen samhällsekonomisk vinst eftersom löften inte innebär några kostnader på löftesmottagarens sida och inte heller någon vinst på löftesgivarens sida. Författarna nämner också att ett gåvolöfte kan sakna moget övervägande eller vara lättsinnigt avgivet, vilket gör att löftesgivaren kan behöva skyddas från sig själv. Dock är ett *formellt avgivet gåvolöfte* tvingande, liksom ett *gratuitous promise*⁸⁰ som löftesmottagaren förlitat sig på.⁸¹

4.2.3.2 Pre-existing duty (tidigare åligganden)

Ett löfte att göra något som en part redan är tvungen att göra saknar consideration. En person kan ha en skyldighet att prestera på grund av ett tidigare avtal eller på grund av lag.⁸² Tanken bakom regeln är att en part inte skall kunna använda sig av ett innehållslöst löfte för att skaffa sig fördelar från någon annan eller missbruka ett förhandlingsläge. Om A lovar B att göra X mot att B ger honom pengar, så gör A en otillbörlig vinst eftersom han redan innan löftet var tvungen att utföra X. En part kan till exempel utnyttja den andra partens underlägsenhet under ett avtalsförhållande genom att hota med att inte fullfölja avtalet om inte motparten går med på förbättrade villkor. Sådana avtal anses otillbörliga och verkställs inte av domstolarna.

Regeln ställer ofta till problem i de situationer båda parterna till ett avtal vill ändra de villkor man tidigare kommit överens om. Parterna kan frivilligt ändra villkoren, men för att undvika problemen med tidigare åligganden bör

⁷⁹ Farnsworth, s. 47.

⁸⁰ Ett gratuitous löfte kan avgas i en kommersiell relation, t ex. när en avtalspart går med på att sänka eller höja det avtalade priset på grund av ändrade marknadspriser.

⁸¹ Calamari & Perillo, s. 166.

⁸² Cheeseman, s. 200.

ny consideration lämnas för ändringarna i avtalet. Om till exempel parterna tidigare kommit överens om en summa pengar som ersättning och sedan vill ändra denna summa, måste parterna avsluta det första avtalet och skapa ett nytt. Calamari & Perillo framhåller att bestämmelsen har varit föremål för debatt och att ogillandet mot denna har lett till att undantag har skapats. Regeln är antagligen på väg att försvinna och har redan tagits bort i till exempel England.⁸³

I flera stater finns det undantag bland annat för den situation som beskrivits ovan då parterna gjort ändringar i avtalet. Domstolarna resonerar då som så att parterna har avslutat det gamla avtalet och ingått ett nytt.⁸⁴ Ett annat vanligt undantag innebär att om parterna ändrar villkoren på grund av oförutsedda omständigheter så kan dessa modifieringar bli verkställbara utan ny consideration.⁸⁵ Restatement Second § 89 framhåller att ett löfte att ändra ett avtal som inte är fulltgjort på någon sida är bindande om modifieringen är rättvis och inte var förutsebar när avtalet slöts. Löftet är bindande i den utsträckning rättvisan kräver. Denna regel ligger i linje med de tendenser som finns inom avtalsrätten i USA idag.⁸⁶

I UCC § 2-209 (1) sägs att en överenskommelse att ändra ett avtal inte kräver ny consideration. I kommentaren till densamma står dock att en ändring måste göras i *good faith* och att ändringen måste ha ett legitimt kommersiellt syfte.

4.2.3.3 Past consideration (tidigareliggande consideration)

Ett löfte som är baserat på en parts tidigare handling eller prestation saknar consideration på grund av att parterna inte har förhandlat om ett sådant löfte. Löftet är inte verkställbart såvida inte någon ny consideration avges. En handling kan endast vara framförhandlad om den inte har blivit utförd när löftet avges. Om handlingen redan är realiserad så kan löftesgivaren inte sägas försöka förmå löftesmottagaren att vidta handlingen. Detta kallas *past consideration* och utgör inte giltig consideration. För att belysa vad *past consideration* innebär använder Farnsworth ett exempel med en arbetsgivare som lovar en anställd att han ska få en klocka som tack för utfört arbete under det gångna året. Arbetsgivaren kan ångra sitt löfte, eftersom det redan utförda jobbet inte utgör consideration för arbetsgivarens löfte.⁸⁷ Prestationen var redan utförd när löftet gavs, således kan löftet inte sägas vara framförhandlat mellan parterna.

Det finns inget som hindrar parterna från att ändra avtalet så att det blir verkställbart. I exemplet ovan kan arbetsgivaren förhandla om någon framtida prestation av den anställda, till exempel att han skall stanna kvar på

⁸³ Calamari & Perillo, s. 183.

⁸⁴ Ibid, s. 184.

⁸⁵ Ibid, s. 185.

⁸⁶ Clark, s. 155.

⁸⁷ Farnsworth, s. 50.

sin anställning en viss tid. Farnsworth menar att en sådan prestation då skulle gälla som consideration.⁸⁸ Den önskade prestationen ligger i framtiden och kan tjäna som giltig consideration för arbetsgivarens löfte.

4.2.3.4 Unsolicited action (icke-begärd handling)

En löftesgivare kan avge ett löfte som en gåva eller önska en prestation eller ett motlöfte i gengäld. Om löftet är ett gåvolöfte kan inte löftestagaren ändra dess karaktär genom att utföra en prestation som inte var önskad av löftesgivaren. Ett gåvolöfte är aldrig verkställbart, detta faktum kan inte löftestagaren ändra på. Prestationen är inte framförhandlad och kan inte utgöra consideration om den inte var önskad av löftesgivaren. I de fall löftet inte är en gåva blir löftet inte verkställbart om löftestagaren inte utför den handling som löftesgivaren vill ha som motprestation. En handling som skiljer sig från den som önskas utgör inte consideration för löftet.⁸⁹

Farnsworth nämner det fall då en gäldenär har försummat att betala sin skuld till borgenären och en vän till gäldenären lovar borgenären att betala vännens skuld. Farnsworth menar att vännens löfte kan ses som en gåva, eftersom han inte kräver någon motprestation. Borgenären låter sig nöjas med detta icke verkställbara gåvolöfte och låter bli att kräva gäldenären på skulden under en månad. Gäldenären blir under denna tid insolvent. Borgenären kan således inte få tillbaka sina pengar från gäldenären, inte heller kan han enligt Farnsworth verkställa vännens löfte att betala, eftersom vännen gav sitt löfte utan något krav på consideration. Borgenären kan anses ha givit sin passivitet i utbyte mot löftet, men passiviteten förhandlades inte fram och var heller något som vännen önskade i utbyte mot sitt löfte.⁹⁰

4.2.3.5 Action not taken in response (handling som inte är vidtagen som en reaktion på anbudet)

En prestation som skall tjäna som consideration måste vara utförd av löftestagaren i utbyte mot löftet. Löftestagarens avsikt måste vara att få en fördel av det löfte som erbjuds. Som tidigare nämnts skall löftet driva fram prestationen och prestationen frammana löftet. Regeln används för att neka verkställighet av löfte i de fall löftestagaren utfört den handling som löftesgivaren önskade utan att känna till löftet.⁹¹ En part som vidtagit en handling utan att veta om att han tillika accepterade ett löfte skall inte kunna utnyttja de fördelar som löftet för med sig. Farnsworth nämner ett exempel där en person tappat bort ett föremål och utlyst en belöning till den som hittar och återlämnar föremålet. Om inte upphittaren känner till att det finns en belöning har han inte någon rätt att kräva någon ersättning. Upphittaren

⁸⁸ Ibid, s. 50.

⁸⁹ Ibid, s. 59.

⁹⁰ Ibid, s. 59.

⁹¹ Ibid, s. 64.

kände inte till löftet, det vill säga belöningen, när han utförde handlingen, således är han inte berättigad att utnyttja det avgivna löftet.⁹²

4.2.3.6 Nominal consideration och pretense of bargain (obetydlig consideration och skenförhandling)

Även något av triviale värde kan fungera som consideration så länge det är förhandlat fram, ibland kallas detta *peppercorn theory of consideration*. Parterna är fria att avtala om vilken consideration som helst, eftersom den amerikanska rätten inte uppställer något krav på att consideration skall vara adekvat i förhållande till löftet.⁹³

Är consideration som består av en dollar mot ett löfte om ett hus giltigt? Reglerna i Restatement Second slår fast att det måste finnas en *actual bargain, a pretense of bargain* duger inte som consideration. Calamari & Perillo framhåller att kraftiga skillnader mellan vad som utbyts mellan parterna kan föra med sig att förhandlingen anses vara en skenförhandling.⁹⁴ Löftet saknar således consideration och är inte verkställbart.

Ett löfte skall emellertid verkställas om det i avtalet finns någon form av utbyte. Detta gäller även om det primära syftet med avtalet var att det skulle vara en gåva. Calamari & Perillo framhåller att den svåra frågan blir att bestämma huruvida det finns något sådant utbyte i avtalet. Reglerna i Restatement Second ger uttryck för åsikten att om löftesmottagaren inte vet eller har anledning att känna till att löftesgivaren endast låtsas att han uppburit en nackdel av avtalet (is introducing detriment into the transaction as a pretense) skall löftet verkställas. I de fall domstolen kommer fram till att ersättningen består av en skenförhandling kommer emellertid löftet inte att anses vara bindande.⁹⁵

4.2.3.7 Illusory promises (löfte utan innehåll)

Ett avtal som innehåller villkor som ger en part rätt att inte fullfölja avtalet saknar consideration. Löftesgivaren har endast lämnat ett *illusory promise*, ett löfte utan innehåll. Löftet begränsar inte löftesgivarens handlingsförmåga på ett tillfredställande sätt, löftesgivaren är inte bunden till några förpliktelser utan kan prestera i den mån han vill. Samma sak gäller i de fall den avtalade prestationen är villkorad av något som en av parterna kontrollerar fullt ut. Farnsworth påpekar emellertid att domstolarna på senare år har ändrat inställning till denna typ av avtal. Sådana löften anses inte alltid längre sakna innehåll, i synnerhet inte om avtalet är

⁹² Ibid, s. 65.

⁹³ Ibid, s. 66.

⁹⁴ Ibid, s. 68.

⁹⁵ Calamari & Perillo, s. 179-180.

genomarbetat och har ingåtts med uppenbar avsikt från parterna att avtalet skall vara bindande.⁹⁶

4.2.3.8 Termination clauses (uppsägningsklausuler)

Avtal som innehåller villkor som ger en part rätt att avsluta avtalet och frångå sina skyldigheter är inte verkställbart. Farnsworth betonar att om avtalsvillkoren ger en part rätt att säga upp avtalet när han vill, anses hans löfte sakna innehåll. Löftesgivaren har enligt Farnsworth inte lovar något, utan kan när som helst dra sig ur avtalet. Ett sådant löfte utgör inte consideration för den andra partens löfte.⁹⁷ Bestämmelsen kan jämföras med reglerna om illusory promises, i båda fallen anses löftena vara innehållslösa ord. Reglerna gäller inte vanliga uppsägningsklausuler i till exempel hyresavtal, utan mer otillbörliga klausuler där en part skaffar sig en fördel gentemot den andra parten.

4.2.4 Avtal som är verkställbara utan consideration

Det är inte alla avtal som kräver consideration. Som tidigare nämnts kräver formellt avgivna avtal inte någon consideration. Det finns även vissa informella löften som är bindande utan att consideration lämnats av motparten. Dessa undantag är baserade på olika samhällsintressen (public policy) och innebär ofta skydd för part som förlitat sig på ett löfte.⁹⁸

4.2.4.1 Moral obligations (moraliska skyldigheter)

Löften att betala en tidigare avtalsrättslig skuld kan vara bindande utan consideration. Farnsworth framhåller att eftersom verkställigheten är baserad på det nya löftet och inte den gamla skulden, är det belopp som borgenären kan få tillbaka begränsat till det nya löftet.⁹⁹ Exempel på sådana moraliska skyldigheter är löften att betala en skuld som är preskriberad eller en skuld som försvunnit genom konkurs.¹⁰⁰ Exakt vilka löften baserade på moraliska skyldigheter som är verkställbara utan consideration är oklart. Restatement Second § 86 avslöjar endast att ett löfte som lämnats i utbyte mot en fördel som löftesgivaren tidigare har erhållit av löftestagaren är bindande i den mån det är nödvändigt för att förhindra orättvisa.¹⁰¹ Calamari & Perillo menar att detta synsätt numera ofta avfärdas av domstolarna. Det är endast en minoritet av staterna som accepterar undantaget för moraliska skyldigheter och dessa tillämpar regeln med försiktighet.¹⁰²

⁹⁶ Farnsworth, s. 74.

⁹⁷ Ibid, s. 77.

⁹⁸ Calamari & Perillo, s. 223.

⁹⁹ Farnsworth, s. 52.

¹⁰⁰ Restatement §§ 82, 83.

¹⁰¹ Farnsworth, s. 59.

¹⁰² Calamari & Perillo, s. 224.

4.2.4.2 Promissory estoppel

En parts förlitan på ett löfte som saknar consideration kan skyddas genom regeln om *promissory estoppel*. Bakgrunden till denna regel är de många domstolsavgöranden där avtal som saknar consideration har verkställts på varierande grunder. Den gemensamma nämnaren i alla avgöranden har varit att löftestagaren förlitat sig på ett löfte som saknat consideration. Dessa undantag har skapat regeln om promissory estoppel, vilken har tagits in i Restatement of Contracts och tagits upp av domstolsväsendet. På senare tid har regeln vuxit från att ha varit ett substitut för consideration till att bli en generell utväg för kunna verkställa avtal som av olika skäl egentligen inte skulle vara verkställbara.¹⁰³ Regeln används när det skulle vara orättvist mot den ena parten att inte tvinga fram ett avtal. I Restatement Second § 90 regleras de fall då en part förlitat sig på ett löfte som saknar consideration. För att kunna använda sig av denna regel måste vissa kriterier vara uppfyllda:

- (1) Löftesgivaren har avgivit ett löfte som saknar consideration.
- (2) Löftesgivaren har skäligen förväntat sig att förmå löftesmottagaren eller tredje man att handla eller att avstå från att göra något.
- (3) Löftesmottagaren har faktiskt förlitat sig på löftet.
- (4) Det skulle vara orättvist att inte framtvunga löftet.

4.3 Kritik mot löftes- och kontraktsprincipen

Lassen skrev i sin uppsats *Löfte och Accept* att löfsteorin är överlägsen kontraktsteorin på flera sätt. Han menade att kontraktsteorin inte är konsekvent genomförd i något rättssystem, bland annat eftersom det finns undantag för accept genom tystnad och andra fall där löften är förpliktande utan någon handling från adressatens sida.¹⁰⁴ Han konstaterade också att grunden till kontraktsprincipen inte kan vara idén att ett rättsförhållande mellan två personer inte kan uppkomma utan samstämmiga viljeförklaringar, eftersom inget rättssystem konsekvent har genomfört kontraktsprincipen. Om tanken verkligen var att kontraktsteorin utgör grunden till skuldförhållandets väsen skulle inga undantag finnas. Istället är det idéer av mindre absolut karaktär som ligger till grund för denna rättsuppfattning.¹⁰⁵

Amerikansk rätt lägger vikt vid att löftesgivaren inte bör vara bunden och adressaten inte bör kunna lita på löftet förrän adressaten har tillkännagivit att han vill anta löftet eller vidtagit de åtgärder som anbudet kräver. Lassen

¹⁰³ Ibid, s. 248.

¹⁰⁴ Lassen, s. 135.

¹⁰⁵ Ibid, s. 136.

menar att detta egentligen inte borde kallas kontraktsprincipen utan istället considerationprincipen.¹⁰⁶

Löfteteorin är enligt Lassen en mycket mer praktisk lösning. Löfte och accept avges ju för att ett rättsförhållande skall komma till stånd och det står klart att ett anbud som är bindande ger bättre chanser till att skapa ett avtal. Adressaten kommer att fundera mer på ett anbud som är oåterkalleligt och eventuellt vidta handlingar i förlitan på anbudet.¹⁰⁷ Det kan inte heller anses orättfärdigt mot löftesgivaren att binda honom före anbudstagaren har accepterat. Om löftesgivaren inte vill vara bunden kan han alltid avtala bort denna bundenhet. Löftesgivarens rätt att återkalla löftet efter att det kommit fram till löftestagaren är egentligen av ringa värde. Eftersom anbudet enligt amerikanska regler är bindande så fort anbudstagaren har avsänt accepten och accept kan ske genom till exempel tystnad, kan anbudsgivaren aldrig vara säker på när hans anbud blivit bindande.¹⁰⁸

Farnsworth framhåller att läran om consideration spelar teoretiskt en viktig roll inom den amerikanska avtalsrätten, men att dess praktiska betydelse är mindre, bland annat eftersom rekvisiten enkelt kan uppfyllas av de flesta avtal. Dock anser han att den har en viktig praktisk funktion genom att förklara vissa avtal icke verkställbara, antingen genom att det inte har skett något utbyte eller genom att utbytet inte var framförhandlat.¹⁰⁹

Calamari & Perillo anser att den kommersiella rätten skulle fungera bra utan läran om consideration, den kanske till och med skulle fungera bättre utan den.¹¹⁰ Farnsworth menar att läran inte kan försvaras på logiska grunder, utan att den måste ses i ljuset av sin historia och det samhälle som producerade den.¹¹¹ Läran om consideration finns även kvar i England, trots att English Law Revision Commission år 1968 föreslog ett borttagande av denna.¹¹²

Calamari & Perillo betonar också att moderniseringen av rätten kan påskyndas genom att få domstolarna att framhålla att avtal innehåller consideration i situationer där så tidigare inte var fallet. Det är nu generellt vedertaget att det i varje avtal finns ett krav på ”*good faith in the performance and enforcement*” av varje avtal. Det har hävdats att kravet på lojalitet som genomsyrar UCC gäller som consideration i varje avtal där kvantiteten inte har bestämts utan lämnats öppen.¹¹³ Brown beskriver saken på följande sätt: ”*When good faith serves... as a source of consideration all that need be understood is that its presence in an agreement represents a*

¹⁰⁶ Ibid, s. 137.

¹⁰⁷ Ibid, s. 137.

¹⁰⁸ Ibid, s. 138.

¹⁰⁹ Farnsworth, s. 46.

¹¹⁰ Calamari & Perillo, s. 219.

¹¹¹ Farnsworth, s. 20.

¹¹² Calamari & Perillo, s. 167.

¹¹³ Ibid, s. 219.

real commitment. Since the obligation is implied by law and is not subject to disclaimer, there is consideration in every open quantity contract."¹¹⁴

UCC och annan lagstiftning har dragit sig ifrån doktrinen om consideration. Åsikten tycks vara att den kommersiella rätten kan klara sig utan detta rekvisit. Ett exempel som nämns är att UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts och CISG har lyckats få ihop regler som fungerar utmärkt utan consideration.¹¹⁵

I CISG artikel 16¹¹⁶ finns en kompromiss mellan common law och den kontinentala rätten vad gäller avtalsmekanismen. Artikel 16 (1) ger uttryck för kontraktsprincipen genom att ett anbud kan återkallas fram till den tidpunkt då anbudstagaren avsänt accepten. Från denna regel finns två undantag i artikel 16 (2). Anbudet kan inte återkallas om det i anbudet finns en bestämd acceptfrist eller det på annat sätt framgår att det är fast. Anbudsgivaren blir även bunden av anbudet om anbudstagaren hade befogad anledning att förlita sig på att det inte kunde återkallas och till följd därav vidtagit åtgärder med anledning av anbudet. Samma principer finns i UNIDROIT Principles, men det sista undantaget togs emellertid inte med i PECL Art 2:102 (3).¹¹⁷

Sverige har inte ratificerat del II av CISG som innehåller de avtalsrättsliga reglerna. Skälen till detta är just de common law influerade reglerna om återkallande av anbud.¹¹⁸ Ramberg och Hultmark kritiserar Sveriges envisa kvarhållande vid löftesprincipen. Författarna menar att parterna numera snabbt och enkelt kan fastslå vad som gäller med hjälp av dagens snabba kommunikationsmedel. Om mottagaren av ett anbud vill ha en acceptfrist där motparten är ensidigt bunden kan han begära det samma. Författarna anser att det är olämpligt att de nordiska länderna håller fast vid löftesprincipen och använder detta som ett argument att inte anta hela CISG. Argumentet att CISG:s regler skapar osäkerhet genom undantaget i CISG artikel 16.2 är inte övertygande. De menar att denna regel faktiskt speglar de svenska avtalsrättsliga principerna som säger att en parts befogade förutsättningar kan läggas till grund för både fastställande av avtalsbundenhet och avtalsinnehåll.¹¹⁹

¹¹⁴ Brown, Caroline, Consideration in Exclusive and Nonexclusive Open Quantity Contracts Under the UCC: A Proposal for a New System of Validation, 68 Minn. L. Rev. 117, 206 (1983), hämtat från Calamari & Perillo, s. 219.

¹¹⁵ Ibid, s. 219.

¹¹⁶ Artikel 16 lyder: 1) *Till dess att ett avtal har slutits kan ett anbud återkallas om återkallelsen kommer fram till anbudstagaren innan han har avsänt ett antagande svar.* 2) *Ett anbud kan dock inte återkallas:*
a) *om det, genom att en bestämd tid för svar har fastställts eller på annat sätt anger att det kan återkallas; eller*
b) *om anbudstagaren rimligen kunde räkna med att anbudet inte kunde återkallas och anbudstagaren har förhandlat i förlitan på anbudet.*

¹¹⁷ Lando, Ole, Some Features of the Law of contract in the Third Millennium, Scandinavian Studies in Law 40 (2000), s. 384.

¹¹⁸ Adlercreutz, 2002, s. 328.

¹¹⁹ Ramberg & Hultmark, s. 86.

4.4 Vilken inverkan skulle consideration få på den svenska rätten?

Inget rättssystem har någonsin verkställt alla löften. Inom den romerska rätten och de rättssystem som härrör från densamma, är ett löfte inte verkställbart utan tillräcklig *causa*. Problemet med att fastställa vad som är tillräcklig *causa* kan jämföras med problemet att fastställa vad som är tillräcklig consideration, även om dessa faktorer inte är de samma. I båda systemen måste det klargöras vilka löften som skall vara bindande, vilka skäl som är tillräckliga för verkställighet och vilka faktorer som kan rättfärdiga verkställighet. I den romerska rätten krävdes tillräcklig *causa*, det vill säga att det fanns ett tillräckligt starkt skäl för att verkställa löftet. Skälen var oräkneliga, precis som vid consideration, och varierade med tiden.¹²⁰ Inom den nordiska rätten är dock *causa* inte ett rekvisit för ett avtals validitet och det är en allmän uppfattning att ett sådant krav inte behövs. Det samma gäller för CISG, UNIDROIT Principles och PECL.¹²¹

Läran om consideration är till för att slå fast att vissa löften inte är bindande och för att kunna vägra verkställighet av sådana löften och avtal. Det är inte särskilt överraskande att staten endast vill verkställa vissa löften, men är det nödvändigt att tillämpa en så komplicerad lära som consideration för att kunna vägra verkställighet? Är skillnaden stor mellan vilka löften och avtal som är bindande inom svensk och amerikansk rätt?

Vid en jämförelse av de typer av löften och avtal som tagits upp som exempel kan flera likheter skönjas. Inte heller i svensk rätt verkställs alla löften eller avtal. Ett informellt gåvolöfte är inte verkställbart i svensk rätt, lika lite som det är i USA. I Sverige anses gåvogivaren vara mest skyddsvärd i sådana situationer. Gåvolöften innebär en ensidig förpliktelse för en part att prestera något, en benefik handling. Mottagaren av den benefika handlingen behöver inte utföra någon motprestation. I de situationer där det finns ömsesidiga förpliktelser behöver inte en part fullgöra sitt åtagande om han inte erhåller fullgörelse av motparten, men vid benefika handlingar finns ingen motprestation att fullgöra. Givaren bör inte vara bunden av gåvoutfästelser på samma sätt som av andra löften. Det finns inte samma anledning att skydda gåvotagarens tillit som vid onerösa avtal, eftersom denne ofta inte själv gjort någon uppoffring. Huvudregeln i svensk rätt är att gåvor inte är bindande förrän tradition har skett, gåvoavtalet betecknas som ett realavtal. Undantag finns om utfästelsen har materialiserats i en skriftlig urkund eller har givits tillkänna på ett sådant sätt att utfästelsen avses komma till allmänhetens kännedom.¹²²

¹²⁰ Corbin, s. 168.

¹²¹ Lando, 2000, s.382.

¹²² Gåvolagen § 1.

En genomgång av de avtalstyper som diskuterats tidigare under consideration kommer att följa, men denna gång i jämförelse med de likvärdiga regler som finns i svensk rätt. Vilken bedömning skulle ske av dessa avtal inom svensk rätt?

Den amerikanska termen *pre-existing duty* innebär att en part har lovat att göra något som han redan är tvungen till att göra, vilket inte gäller som consideration. Tanken är att en part inte skall kunna använda sig av ett sådant tomt löfte för att skaffa sig fördelar från någon annan. Om A lovar B att göra X mot att B ger honom pengar, så gör A en otillbörlig vinst eftersom han redan innan löftet var tvungen att utföra X. Även om inte B har lidit någon skada av situationen, vore det inte rättvist om A kunde gå till domstol för att få B:s löfte verkställt. Det skulle vara orättvist om B var bunden av sitt löfte utan att A gjort någon uppoffring. Tanken bakom avtal är att ett sådant skall gynna båda parter. Den lösning som ligger närmast tillhands inom svensk rätt torde vara att söka jämkning enligt AvtL 36 §. Även regeln i 29 § om lindrigt tvång kanske skulle kunna användas i de fall A otillbörligt begagnar sig av en förhandlingssituation. En part som under ett avtalsförhållande utnyttjar motpartens underlägsenhet genom att hota med att inte fullfölja avtalet om inte motparten går med på att ändra villkoren kan anses ha rättsstridigt tvungit annan att företa en rättshandling.

Past consideration kan ses som ett gåvolöfte. Om en prestation är utförd utan krav på vederlag behöver mottagaren av denna prestation inte ge något tillbaka. Arbetsgivaren som ville ge en klocka till en anställd som tack för utfört arbete under året är inte skyldig att göra så, arbetstagaren har redan fått sitt vederlag i form av lön. Vederlag utöver detta torde ses som en gåva. Gåvolöfte är i svensk rätt inte bindande såvida de inte uppfyller kraven i Gåvolagen. Gränsen mellan benefika och onerösa avtal är emellertid långt ifrån skarp inom den svenska rätten. Ofta finns det i benefika avtal en motprestation i bakgrunden. Om någon gör en annan en tjänst, förväntas ofta en gentjänst. Avtal där en gåva reellt utgör en motprestation för en utförd tjänst kallas *remuneratoriska*. Ett exempel på en sådan kan vara en gåva till en arbetstagare som tack för långvarigt arbete med blygsam lön.¹²³ Gåvolagen anses inte gälla för remuneratorisk gåva när denna avser skäligen ersättning för utfört arbete. I övrigt är det osäkert huruvida regler om onerösa eller benefika avtal skall tillämpas.¹²⁴

Även en *icke-begärd handling* kan ses som en gåva. Den ena parten har utfört en vederlagsfri prestation eller ett löfte om en sådan. I de fall prestationen redan är utförd kan denna anses som en fullbordad gåva. Om det istället är fråga om ett löfte om prestation, gäller reglerna om gåvolöfte. Sådan är inte verkställbara utan iakttagelse av formkrav. Motparten kan inte heller förändra avtalets form genom att vidta en prestation (avge consideration) och på så sätt försöka göra löftet verkställbart. Ett gåvolöfte

¹²³ Hellner, Jan, Speciell avtalsrätt II, Kontraktetsrätt, 1 häftet, särskilda avtal, tredje upplagan, 1996, Norstedts Juridik AB, Stockholm, s. 234. Härefter: Hellner, 1996.

¹²⁴ Ibid, s. 237.

är alltid ett gåvolöfte oavsett om mottagaren vidtar en prestation som vederlag, så länge denna motprestation inte är ett krav från löftesgivaren. Då är löftet inte längre att anse som ett gåvolöfte.

En *handling som inte är vidtagen i respons* utgör inte tillräcklig consideration. En part som utfört en handling utan att veta om att han tillika accepterade ett löfte skall inte kunna dra nytta av löftet. Prestationen var inte avgiven i syfte att acceptera motpartens löfte, därför skall löftet inte heller vara verkställbart. Enligt svensk rätt skulle ett sådant avtal antagligen kunna jämkas enligt AvtL 36 §. Det är dock inom svensk rätt tveksamt huruvida en person som hittar en sak och lämnar tillbaka denna till den rättmätige ägaren skall gå miste om en belöning på grund av att han inte kände till belöningen. Belöningen torde utfalla ändå.

Nominal consideration innebär att den lämnade consideration är väldigt oproportionerlig i jämförelse med löftet. Inom svensk rätt uppkommer ofta frågor om hur avtal skall bedömas avtal då det i och för sig står klart att vederlag skall utgå, men där beloppet är så litet i förhållande till det överlåtnas värde att det kan diskuteras huruvida reglerna för benefika eller för onerösa avtal skall tillämpas.¹²⁵ Situationen skapar problem inom både amerikansk och svensk rätt. I USA måste det utredas huruvida det finns något element av utbyte mellan parterna, utan sådant utbyte är löftet inte bindande. I Sverige blir problemet istället att bestämma vilka regler som skall tillämpas på avtalet, om det är att anse som ett benefikt avtal är ett informellt gåvolöfte inte bindande.

Illusory promises skulle kanske kunna ses som skenavtal inom svensk rätt. En av parterna har avgivit ett löfte utan innehåll, det vill säga partens prestation är villkorad av viljan att prestera. Avtal som ingåtts för skens skall få i svensk rätt ingen verkan mellan de parter som upprättat det, men i förhållande till godtroende part kan avtalet bli gällande.¹²⁶ Ett annat alternativ skulle kunna vara att anse avsaknaden av förpliktelse som ett oskäligt avtalsvillkor och använda AvtL 36 § för att jämka detta.

Uppsägningsklausuler som ger en part rätt att avsluta avtalet och frångå sina skyldigheter skulle antagligen anses vara oskäligen enligt AvtL 36 §. Det torde vara oskäligt mot motparten att verkställa ett avtal där endast motparten är bunden vid sitt löfte. De klausuler som är aktuella är som tidigare nämnts inte vanliga uppsägningsklausuler i till exempel hyresavtal, utan otillbörliga klausuler som på något sätt skapar en obalans i parternas förhållande.

Inom amerikansk rätt finns det emellertid vissa avtal som inte kräver consideration för att vara bindande, till exempel *moralisk skyldighet* för en person att betala för något som denne haft nytta av. Regeln tillämpas dock med stor försiktighet. Tanken är antagligen att ingen skall kunna dra nytta

¹²⁵ Ibid, s. 238.

¹²⁶ AvtL 34 §.

av något utan att göra rätt för sig. Regeln kan jämföras med den svenska principen om obehörig vinst. En köpare som vill häva ett avtal där denne haft tillgång till varan kan till exempel vara skyldig att betala ersättning för den nytta avtalet har tillfört honom.¹²⁷ Regeln om löften att betala preskriberade skulder eller skulder på grund av konkurs har troligtvis tillkommit för att skydda borgenären. Det är andra gången gäldenären lovar att betala samma skuld. Borgenären skall inte behöva lida mer skada, denne har redan ”förlorat” verkställighet en gång, antingen genom preskription eller genom konkurs. Borgenären kan gå till domstol för att få löfterna verkställda utan att behöva avge consideration. Undantaget är baserat på public policy och en svensk motsvarighet har varit svår att hitta. Ett löfte att betala en preskriberad skuld torde emellertid vara bindande även inom svensk rätt.

Ett annat undantag till kravet på consideration utgörs av reglerna om *promissory estoppel*. Om en part har förlitat sig på ett löfte som saknar consideration och motparten har räknat med att denne skulle handla i förlitan på löftet, krävs ingen consideration. Denna regel påminner om de subjektiva rekvisit som finns i AvtL och som ger uttryck för tillitsprincipen. Man kan även dra paralleller till skyddsprincipen som är till för att skydda en svagare part, till exempel i en konflikt med den andra parten.

Sammanfattningsvis kan sägas att många av de resultat som läran om consideration eftersträvar kan uppnås på enklare sätt än genom de komplicerade regler som finns. Många av de avtal som vägras verkställighet skulle inte heller vara verkställbara i Sverige.

¹²⁷ KöpL 65 § 1 st.

5 Jämförelse av svenska och amerikanska regler vid avtalsslut

I svensk rätt finns det ingen definition av begreppet avtal i AvtL eller i någon annan lagtext. Det framgår dock av AvtL: s rubrik att ett avtal är en slags rättshandling. Avtalets uppgift kan sägas vara att binda parterna, men också att utpeka vilka dessa parter är.¹²⁸

Restatement Second konstaterar att ett avtal består av ett eller flera löften “*for the breach of which the law gives a remedy or the performance of which the law in some way recognizes a duty*”.¹²⁹

UCC § 1-201 skiljer mellan de olika termerna *contract* och *agreement*. Avtal definieras som “*the total legal obligation that results from the parties’ agreement as determined by UCC as supplemented by any other applicable laws*”.¹³⁰ En överenskommelse innebär å sin sida “*the bargain of the parties in fact, as found in their language, course of dealing or usage of trade as provided in Section 1-103*”.¹³¹ Denna åtskillnad har dock ingen praktisk betydelse i den följande framställningen.

5.1 Grundläggande rekvisit för avtal

En rättshandling kräver enligt svensk rätt en allmän handlingsvilja. Adlercreutz menar emellertid att det inte är avsikten att avge en rättshandling som är avgörande för huruvida den är giltig, utan huruvida den handlande har givit motparten skälig anledning att anta att han åsyftade en rättshandling. Denna princip kallas tillits- eller godtrosskyddsprincipen.¹³²

En rättshandling måste även vara avgiven för att vara giltig, vilket framgår motsatsvis av AvtL 35 § och indirekt genom AvtL 1 §. Den rättshandlande måste ha vidtagit en åtgärd som är ägnad att ge motparten kännedom om rättshandlingen för att den skall anses vara definitiv eller bindande. Många gånger måste rättshandlingen även ha nått mottagaren för att vara giltig.¹³³ Rättshandlingen måste också vara riktad till en adressat.¹³⁴

¹²⁸ Adlercreutz, 2002, s. 22.

¹²⁹ Restatement Second § 1.

¹³⁰ UCC § 1-201 (12).

¹³¹ UCC § 1-201 (3).

¹³² Adlercreutz, 2002, s. 122.

¹³³ Ibid, s. 124.

¹³⁴ Ibid, s. 127.

Adlercreutz framhåller att en rättshandlings innehåll måste vara tillräckligt preciserat och tydligt för sitt ändamål.¹³⁵ Inom svensk rätt finns inga stränga krav på att innehållet i ett avtal skall vara fullständigt. Om det uppstår luckor i avtal kan dessa fyllas ut, antingen genom parts handling eller genom utfyllande regler, till exempel lag, handelsbruk eller partsbruk. En rättshandling får dock inte vara alltför ofullständig, risken finns att domstolen dömer ut handlingen som rättsligt betydelslös.¹³⁶

Två rekvisit måste vara uppfyllda för att ett avtal skall komma till stånd enligt reglerna under common law. Det första rekvisitet kräver att båda parterna haft för avsikt att bli bundna av avtalet (mutual assent).¹³⁷ En parts avsikt att rättshandla bedöms efter *the objective theory of assent*, det vill säga avsikten bedöms precis som i svensk rätt utifrån objektiva kriterier och inte utifrån parternas subjektiva avsikter.¹³⁸ Det andra rekvisitet är att avtalsvillkoren måste vara tillräckligt bestämda (definite) för att avtalet skall vara verkställbart. Domstolen måste ha möjlighet att konstatera avtalsbrott och kunna fastställa en lämplig åtgärd.¹³⁹ Viktiga kriterier för ett giltigt avtal är också att parterna har rättslig handlingsförmåga och att consideration lämnats i utbyte mot löftet.

UCC § 2-204 är en viktig paragraf vad gäller avtals slutande. Alla avtal, även sådana som har skapats genom § 2-207, måste uppfylla rekvisiten i § 2-204 för att vara bindande. § 2-204 (3) godkänner öppna villkor i ett anbud om parternas avsikt är att skapa ett avtal och det finns en skälig grund för verkställighet. Vissa öppna villkor, till exempel prisvillkor eller betalningsvillkor, kan tolkas in i (be read into) avtalet. Sådana regler kallas utfyllande regler (gap-filling rules) och används endast när parterna inte har specificerat sina villkor själva.¹⁴⁰

5.2 Anbudet

Ett anbud är det första steget mot ett skapande av avtal både inom den svenska och den amerikanska rätten.

Enligt svensk rätt skall ett anbud vara så beskaffat, att ett avtal skall kunna slutas genom en accept. Inga ytterligare viljeförklaringar skall krävas utöver accepten.¹⁴¹ Anbudet är enligt AvtL 1 § bindande i den mening att det inte kan återkallas sedan det kommit till adressatens kännedom.¹⁴² Om det framgår att anbudsgivaren inte vill bli bunden genom en accept är erbjudandet inte ett anbud i lagens mening, utan istället kan det ses om en

¹³⁵ Ibid, s. 119.

¹³⁶ Ibid, s. 131.

¹³⁷ Restatement Second § 17.

¹³⁸ Farnsworth, s. 113.

¹³⁹ Restatement Second § 33 (2).

¹⁴⁰ Cheeseman, s. 350.

¹⁴¹ Adlercreutz, 2002, s. 54.

¹⁴² Grönfors, s. 24.

uppfordran till att avge ett anbud enligt 9 §. Adlercreutz utesluter dock inte att anbudsgivaren kan förbehålla sig en rätt att återkalla anbudet genom en jämförelse mellan AvtL 7 § och 1 § 2 st.¹⁴³

För att anbudet enligt svensk rätt skall vara bindande måste det också finnas en tämligen bestämd adressat.¹⁴⁴ Erbjudanden som är riktade till allmänheten, till exempel annonser och prisuppgifter, kan vara att se som antingen anbud eller som utbud. Sådana meddelanden kan vara riktat mot bestämda adressater eller vara mer vaga ifråga om adressat och innehåll. I doktrinen är meningen delad huruvida meddelanden riktade till allmänheten är en bindande viljeförklaring. Adlercreutz menar att så inte är fallet,¹⁴⁵ men osäkerheten är stor. Preciserade uppgifter i skyltfönster och annonser torde under vissa omständigheter kunna ses som bindande anbud, till exempel när adressaterna haft särskilda skäl att se de givna uppgifterna som bindande. Ramberg & Hultmark diskuterar huruvida AvtL 39 § skulle kunna användas i de fall felaktigt pris angivits. Om anbudstagaren tidigt får reda på att det skett ett misstag så har denne inte hunnit inrätta sig efter anbudet och är därmed inte särskilt skyddsvärd.¹⁴⁶

I AvtL 9 § behandlas meddelanden som endast anses vara en uppfordran att avge anbud av det innehåll som meddelandet har. Om ett sådant anbud inkommer inom rimlig tid och mottagaren måste inse att anbudet framkallats genom hans uppfordran, måste han utan oskäligt uppehåll ge anbudsgivaren meddelande om han inte vill anta anbudet. Underlåter han att göra detta anses han ha accepterat anbudet. Denna typ av meddelanden utgör endast ett förstadium till ett anbud.¹⁴⁷

I § 24 Restatement Second definieras ett anbud som ett uttryck för en önskan att inleda en förhandling. Förklaringen skall vara formulerad på ett sådant sätt att adressaten förstår att han erbjudits att samtycka till en förhandling och att ett sådant samtycke kommer att leda till ett avtal. I § 26 sägs dock att en sådan manifestation inte är att anse som ett anbud om adressaten vet eller har anledning att känna till att den person som avgivit förklaringen inte hade för avsikt att avge ett anbud. Relevanta omständigheter att ta med i en sådan bedömning är parternas tidigare relationer, handelsbruk och andra sedvanor.¹⁴⁸ Anbudet är inte effektivt förrän det nått mottagaren på något sätt.¹⁴⁹

Inom den amerikanska rätten behandlas reklam för försäljning av varor, även till specificerade priser, som uppfordran att avge ett anbud. Det finns

¹⁴³ Adlercreutz, 2002, s. 55.

¹⁴⁴ Ibid, s. 54.

¹⁴⁵ Ibid, s. 69.

¹⁴⁶ Ramberg & Hultmark, s. 87.

¹⁴⁷ Grönfors, s. 90.

¹⁴⁸ Clark, s. 160.

¹⁴⁹ Farnsworth, s. 125.

dock ett undantag, nämligen när reklam är så specifik att det står klart att annonsören har för avsikt att binda sig genom annonsen.¹⁵⁰

UCC definierar inte termen anbud, istället tillämpas UCC § 1-103 och common law för att utreda huruvida en part avgivit ett anbud eller ej. UCC § 2-204 (1) slår endast fast att ett köpeavtal kan slutas på flera olika sätt och att avsikten att sluta ett avtal är det centrala rekvisitet.

5.2.1 Återkallelse av anbudet

Svensk rätt tillåter återkallelse av både anbud och accept enligt AvtL 7 §. En återkallelse av ett anbud eller ett svar måste komma anbudsgivaren till handa senast samtidigt med att han tar del av svaret för att vara giltig. Att något kommit anbudsgivaren till handa är ett viktigt begrepp. I flera moderna lagtexter används numera i stället uttrycket kommit fram. Återkallelsen eller accepten skall ha kommit fram till adressaten på ett sådant sätt att denne omedelbart kan ta del av förklaringens innehåll. Det krävs inte att adressaten verkligen har tagit del av förklaringen, utan endast att den finns tillgänglig för honom bland hans post eller mottagits av behörig representant. Tidpunkten är oberoende av vad adressaten gör, denne kan inte undandra sig rättsverkningar.¹⁵¹

Frågan huruvida en part kan frånga AvtL:s regler om återkallelse har diskuterats i doktrinen. Ramberg har hävdats att en part torde kunna frånga AvtL:s regler och föreskriva att ett anbud kan återkallas fram till dess att det accepterats,¹⁵² och Vahlén har argumenterat för att AvtL skulle kunna tillämpas analogt på anbud där anbudsgivaren tillskrivit sig en förlängd återkallelsefrist.¹⁵³

Inom common law kan å andra sidan anbudsgivaren återkalla ett anbud ända fram till dess att anbudet blivit accepterat. Generellt gäller detta även om anbudsgivaren har lovat att hålla anbudet öppet en längre tid. Återkallandet kan ske genom ett tillkännagivande till anbudstagaren av anbudsgivaren eller tredje man, antingen genom ett direkt uttalande eller genom att anbudsgivaren företar en handling som inte är förenlig med anbudet.¹⁵⁴

I de flesta delstater är en återkallelse inte giltig förrän den faktiskt är mottagen av anbudstagaren eller hans agent. Återkallelse kan endast ske fram till dess att accepten avsänts.¹⁵⁵ Anbud som är riktade till allmänheten

¹⁵⁰ Cheeseman, s. 178.

¹⁵¹ Adlercreutz, 2002, s. 56.

¹⁵² Ramberg & Hultmark, s. 113.

¹⁵³ Teori och praxis – studier i svensk civilrätt, skrifter tillägnade Hjalmar Karlgren, 1964, P. A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm, s. 361.

¹⁵⁴ Restatement Second § 42, 43.

¹⁵⁵ Cheeseman, s. 186.

måste återkallelse genom samma kommunikationssätt som anbudet förmedlades genom.¹⁵⁶

Inom common law finns emellertid vissa situationer där anbudsgivaren inte kan återkalla sitt anbud. Ett anbud som endast kan antas genom direkt prestation (unilateral avtal) kan inte återkallas sedan löftestagaren har börjat prestera, dock med det underförstådda villkoret att prestationen kommer att fullgöras.¹⁵⁷ När det gäller bilaterala avtal finns det tre situationer då anbudet inte kan återkallas. Det första undantaget handlar om *avtal om option* (option contract). Ett sådant innebär att anbudstagaren lämnar consideration till anbudsgivaren för att få tid att överväga anbudet. Om parterna inte har kommit överens om någon tidsperiod gäller principen om skälig tid.¹⁵⁸

Den andra situationen gäller reglerna om *promissory estoppel*. Reglerna växte, som tidigare nämnts, först fram som ett substitut för consideration, men används numera också för att kunna verkställa alla typer av avtal som egentligen inte skulle vara verkställbara. Reglerna kan ses som *a mender of ailing contracts*.¹⁵⁹ I vissa fall kan en återkallelse av ett anbud få stora konsekvenser för en motpart som redan har förlitat sig på anbudet. För att undvika sådana situationer finns reglerna om *promissory estoppel*, vilka i det här fallet innebär att en part kan vara förhindrad att återkalla ett anbud om motparten har förlitat sig på anbudet.¹⁶⁰ Restatement Second ger uttryck för denna bestämmelse i § 87 (2)¹⁶¹. Ett anbud kan i viss utsträckning bli bindande för att undvika orättfärdighet mot en av parterna.

Det finns också ett tredje undantag i UCC § 2-205 om *firm offers*. Om en näringsidkare erbjuder sig att köpa eller sälja varor och ger en skriven och undertecknad försäkran på en separat blankett om att anbudet skall hållas öppet, kan han inte återkalla anbudet innan denna tid gått ut. Om ingen tid är avtalad gäller skälig tid. Parterna kan inte avtala om längre tid än tre månader. UCC avslöjar inte om denna tid skall räknas från den dagen anbudet skickades eller från det att det mottogs.¹⁶² Inte heller sägs det något om vad skälig tid innebär.¹⁶³ Anledningen till att blanketten måste vara

¹⁵⁶ Restatement Second § 46.

¹⁵⁷ Clark, s. 161.

¹⁵⁸ Restatement Second § 87 (1).

¹⁵⁹ Calamari & Perillo, s. 248.

¹⁶⁰ Cheeseman, s. 188.

¹⁶¹ Restatement Second § 87 (2) lyder: *An offer which the offeror should reasonably expect to induce action or forbearance of a substantial character on the part of the offeree before acceptance and which does induce such action or forbearance is binding as an option contract to the extent necessary to avoid injustice.*

¹⁶² Se t ex. *Mid-South Packers, Inc. v. Shoney's, Inc.*, 761 F.2d 1117, 41 UCC 38 (5th Cir.1985). Tidsperioden började när säljaren skickade ett brev innehållande prisförslag.

¹⁶³ Se t ex. *Lowenstern v. Stop & Shop Cos.*, 1981 WL 137972, 32 UCC 414 (mass.Super.1981). Inga skäl att besluta att 15 dagar är reasonable time. UCC § 1-205 (a) slår endast fast att vad som är skälig tid beror på handlingens natur, syfte och övriga omständigheter.

separat underskrivet av anbudsgivaren är för att skydda denne från klausuler som innebär att alla anbud skall stå fast viss tid.¹⁶⁴

UCC § 2-205 innebär att en anbudstagares tillit är skyddad när alla rekvisiten för denna regel är uppfyllda. Om så inte skulle vara fallet kan anbudstagaren falla tillbaka på UCC § 1-103 och reglerna om promissory estoppel eller regeln i Restatement Second § 87 (2).

5.2.2 Avslag av anbudet

Om ett anbud avslås är det enligt AvtL 5 § förfallet, såvida inte något annat framgår av omständigheterna. Acceptfristen upphör och anbudsgivaren är inte längre bunden av sitt anbud. Om anbudstagaren ångrar sig kan han inte återropa det gamla anbudet som bindande. Detta gäller inte om anbudstagaren återkallar sitt avböjande svar i enlighet med AvtL 7 §. I en sådan situation är anbudet fortfarande bindande för anbudsgivaren fram till acceptfristens slut.

Om anbudstagaren vänder sig till anbudsgivaren för att få till stånd ändringar i anbudet skall detta inte ses som ett avslag utan som en förhandlingspropå. Enligt motiven till AvtL kan dock en strängare uppfattning finnas i vissa handelsförhållanden.¹⁶⁵

Motsvarande regler gäller även inom common law. Ett anbud är inte längre giltigt om anbudstagaren avvisar det.¹⁶⁶ Om anbudstagaren ångrar sig och vill anta anbudet räknas detta som ett nytt anbud (counter offer) som måste accepteras av motparten. Dock är en avvisning inte verksam förrän den faktiskt är mottagen av anbudsgivaren.¹⁶⁷ Förfrågningar från anbudstagaren räknas inte som en avvisning av anbudet. UCC, å sin sida, säger inget om avslag av anbud.

5.3 Accepten

Enligt svensk rätt måste anbud och accept stämma överens för att få till följd att ett avtal sluts. Båda parterna blir bundna av de villkor som erbjudits och accepterats. Svaret kan också framstå som en accept, men innehålla avvikelser som gör att svaret är att anse som en ören accept.¹⁶⁸ Dessutom gäller att svar endast kan återkallas på det sätt som förskrivs i AvtL 7 §.¹⁶⁹

¹⁶⁴ White, James J. & Summers, Robert S., Uniform Commercial Code, Fourth Edition, 1995, West Publishing Company, St Paul MN, s. 25. Härefter: White & Summers.

¹⁶⁵ Grönfors, s. 80.

¹⁶⁶ Restatement Second § 38.

¹⁶⁷ Cheeseman, s. 186.

¹⁶⁸ AvtL 6 §.

¹⁶⁹ Se ovan 5.1.1 återkallelse av anbud.

Accept kan ske genom att anbudstagaren svarar på anbudsgivarens anbud, antingen muntligt, skriftligt eller genom något annat kommunikationssätt. Om anbudsgivaren har använt sig av brev för att befordra anbudet, måste anbudstagaren svara på samma sätt eller se till att svaret kommer fram lika fort som det skulle ha gjort via brev.¹⁷⁰ En accept kan dock även ske genom realhandlande, konkludent handlande eller passivitet. Dessa situationer berörs i senare avsnitt.

Meningen är delad om huruvida det i svensk rätt krävs accept av ensidiga rättshandlingar. Om ett sådant krav finns, anser Adlercreutz att kravet på acceptens form bör ställas lägre än vid andra rättshandlingar, åtminstone vid benefika rättshandlingar. Sådana avböjs i regel inte. Adlercreutz menar att passivitet efter kännedom om gåvan torde gälla som accept.¹⁷¹

Restatement Second slår fast att en accept är en förklaring av anbudstagaren att han accepterar anbudets villkor. Förklaringen skall dessutom vara kommunicerad på det sätt som anbudet kräver eller på ett sätt som är rimligt under rådande omständigheter.¹⁷²

I amerikansk rätt finns det en åtskillnad mellan avtal som kan antas genom prestation och avtal som kan antas genom löfte. En accept genom *prestation*, det vill säga ett unilateralt avtal, kräver att åtminstone delar av vad anbudet begärt har blivit utfört eller erbjudet (*performed or tendered*).¹⁷³ Inget meddelande till anbudsgivaren är nödvändigt för att göra en sådan accept giltig, såvida inte anbudet kräver det. Anbudstagaren måste emellertid inom skälig tid meddela eller på annat sätt låta anbudsgivaren veta att han har accepterat anbudet för att anbudsgivarens skyldigheter gentemot anbudstagaren skall kvarstå. Detta gäller inte om anbudet uttrycker att ett meddelande om accept inte är nödvändigt.¹⁷⁴

Om anbudstagaren vill acceptera anbudet genom ett *löfte* krävs att denne slutför varje handling som krävs för att avge löftet.¹⁷⁵ Anbudstagaren måste utöva skälig omsorg¹⁷⁶ (*reasonable diligence*) för att meddela anbudsgivaren om accepten eller se till att anbudsgivaren får accepten inom rätt tid (*seasonably*), det vill säga antingen inom den tid anbudet föreskriver eller inom skälig tid.¹⁷⁷

¹⁷⁰ AvtL 3 § 1 st sista meningen.

¹⁷¹ Adlercreutz, 2002, s. 74.

¹⁷² Restatement Second § 50 (1).

¹⁷³ Restatement Second § 50 (2).

¹⁷⁴ Restatement Second § 54.

¹⁷⁵ Restatement Second § 50 (3).

¹⁷⁶ Reasonable diligence innebär *a fair, proper and due degree of care and activity, measured with reference to the particular circumstances: such diligence, care or attention as might be expected from a man of ordinary prudence and activity*. Campell Black, Henry, Black's Law Dictionary, Fifth edition, 1979, West Publishing Company, St Paul, MN.

¹⁷⁷ Restatement Second § 56.

Ett anbud som inte anger på vilket sätt det skall antas, kan antas på vilket sätt som helst som är rimligt under rådande omständigheter.¹⁷⁸ Det är tillåtet att använda ett kommunikationssätt som är lika snabbt eller snabbare än det sätt som anbudsgivaren använde. Om det inte finns omständigheter som talar emot det, så är ett kommunikationssätt rimligt om anbudsgivaren använde det eller om det är brukligt för liknande avtal vid tidpunkten för anbudet.¹⁷⁹ Vissa anbud kan innehålla krav på ett speciellt kommunikationssätt. Detta kan vara uttryckligt angivet i anbudet, framgå av omständigheterna, handelsbruk eller liknande.¹⁸⁰ Om anbudstagaren använder ett annat sätt att kommunicera medför detta att accepten inte är verksam även om den kommer fram inom acceptfristen. Sättet på vilket anbudet måste kommuniceras är då ett villkor. Om accepten kommuniceras på annat sätt är den att betrakta som ett nytt anbud.¹⁸¹

Inom common law gäller *the mailbox rule*¹⁸² om inget annat anges.¹⁸³ Denna regel innebär att accepten är verksam redan när den är avsänd, även om den kommer bort på vägen. En nackdel med en sådan regel är att anbudsgivaren inte vet när avtal kommit till stånd och hans anbud har blivit oåterkalleligt. Denna säkerhet har istället anbudstagaren fått. Anbudsgivaren kan dock komma undan detta problem genom att i anbudet skriva att accepten endast är giltig om den verkligen kommer fram.¹⁸⁴

Accepten måste även vara avsänd på ett korrekt sätt. Den måste vara rätt adresserad, ligga i ett ordentligt kuvert och vara rätt frankerad.¹⁸⁵ Om accepten inte uppfyller dessa krav är den inte verksam förrän den faktiskt nått mottagaren. I Restatement Second finns det emellertid ett undantag till denna regel. En accept är giltig även om den är avsänd på ett felaktigt sätt eller om den inte uppfyller kraven ovan, såvida den är avsänd inom acceptfristen och anbudsgivaren får accepten lika snabbt som om avsändaren hade använt rätt kommunikationssätt.¹⁸⁶

Common law regeln att anbudsgivaren är *the master of his offer* finns kvar i UCC, det vill säga att anbudsgivaren har möjlighet att bestämma på vilket sätt anbudet måste bli accepterat. Om anbudsgivaren emellertid är otydlig om hur hans anbud kan antagas, finns det i UCC regler som skiljer sig från de som gäller under common law.¹⁸⁷ UCC § 2-206 (1) (a) konstaterar att om

¹⁷⁸ Restatement Second § 30 lyder: *An offer may invite or require acceptance to be made by any affirmative answer in words, or by performing or refraining from performing specified act, or may empower the offeree to make a selection of terms in his acceptance. Unless otherwise indicated by the language or the circumstances, an offer invites acceptance in any manner and by any medium reasonable in the circumstances.*

¹⁷⁹ Restatement Second § 65.

¹⁸⁰ Restatement Second § 60.

¹⁸¹ Calamari & Perillo, s. 107.

¹⁸² Se Adams v. Lindsell, 106 Eng. Rep. 250 (K.B. 1818)

¹⁸³ Cheeseman, s. 183.

¹⁸⁴ Ibid, s. 183.

¹⁸⁵ Restatement Second, § 66.

¹⁸⁶ Restatement Second, § 67.

¹⁸⁷ Alderman & Dole, s. 11.

språket eller omständigheterna kring anbudet är tvetydiga anses anbudet konstruerat så att accept är giltig på vilket sätt som helst som är rimligt under rådande omständigheter. Anbudstagaren har således möjlighet att anta anbudet antingen genom ett löfte eller genom en prestation. Om anbudstagaren väljer att anta genom prestation, måste han meddela anbudsgivaren om detta inom rimlig tid. Låter anbudstagaren bli att meddela anbudsgivaren kan denne anse anbudet som förfallet, trots att anbudstagaren redan påbörjat sin prestation.¹⁸⁸ Denna regel gynnar båda parter. Anbudstagaren kan direkt börja prestera utan risk för att anbudsgivaren skall återkalla sitt anbud, medan anbudsgivaren endast är skyldig att invänta rimlig tid för svar. Får inte anbudsgivaren något meddelande, kan han anse anbudet förfallet. Detta gäller emellertid endast uppstå då prestation är ett rimligt sätt att acceptera anbudet på.¹⁸⁹ Anbudstagaren kan också svara genom något annat rimligt kommunikationssätt. Ett anbud genom brev kan antas via telefon om det inte är orimligt att göra så under rådande omständigheter.¹⁹⁰

5.3.1 Acceptfristen

Enligt AvtL är anbudsgivarens bundenhet vid anbudet begränsad till acceptfristen. Om anbudsgivaren inte får tillbaka någon accept inom denna tid förfaller anbudet. I AvtL 2 och 3 §§ finns bestämmelser för hur länge anbud är gällande, såvida inte denna tid framgår av anbudet. Vid oklarheter om acceptfristens längd används vanliga tolkningsprinciper. AvtL 2 § fastställer betydelsen av vissa uttryck som ofta förekommer. Lagregeln kan dock åsidosättas om det framgår av omständigheterna eller genom handelsbruk att uttrycket skulle ha en annan innebörd än vad lagen anger. AvtL 2 § 2 st, som föreskriver att tiden räknas från den dagen brevet är dagtecknat eller den tid på dagen telegrammet är inlämnat för befordran, används när en viss tidsrymd är utsatt i anbudet.

AvtL 3 § behandlar den legala acceptfristen, det vill säga den tid anbudet är gällande. Om anbudet inte anger någon acceptfrist, måste denna bestämmas enligt reglerna i denna paragraf. Den legala acceptfristen består av tre beståndsdelar: den tid som krävs för befordran till mottagaren, den betänketid som anbudstagaren bör ha på sig och till sist den tid som krävs för svarets befordran till anbudsgivaren.

I AvtL 8 § finns regler om de fall där acceptfristen är obegränsad och anbudsgivaren inte har uppställt krav på uttryckligt svar. Denne kan likväl

¹⁸⁸ UCC § 2-206 (2).

¹⁸⁹ Alderman & Dole, s. 11-12.

¹⁹⁰ I kommentaren till § 2-206 står det att *former technical rules as to acceptance, such as requiring that telegraphic offers be accepted by telegraphed acceptance etc., are rejected and a criterion that the acceptance be in any manner by any medium reasonable under the circumstances, is substituted.*

klippa av acceptfristen genom en förfrågan, varvid anbudstagaren måste svara för att inte anbudet skall förfalla.¹⁹¹

I fall där accepten avsänts för sent eller blivit försenad är anbudsgivaren inte längre bunden av anbudet enligt AvtL 4 §. En sådan accept gäller såsom nytt anbud. Adlercreutz framhåller emellertid att det finns ett undantag i 4 § 2 st. Där sägs att accepten skall leda till avtal under förutsättning att anbudstagaren utgår från att accepten kommit fram i tid, att anbudsgivaren måste inse detta och att anbudsgivaren trots detta underlåter att reklamera. Adlercreutz menar att tanken är att i de fall anbudsgivaren har varit verksam i framkallandet av accepten och han dessutom inser att avsändaren är i villfarelse, är det skäligt att begära att han skall upplysa motparten om villfarelsen. Förhåller sig anbudsgivaren sig passiv innebär det att han blir bunden som om accepten kommit fram i tid.¹⁹²

Ett anbud måste enligt de amerikanska common law reglerna accepteras inom acceptfristen, det vill säga antingen inom den tid som anbudet anger eller inom skälig tid.¹⁹³ Acceptfristen kan komma att förlängas i de fall kommunikationen av ett anbud blivit försenad. Detta gäller endast om anbudstagaren inte känner till eller har anledning att känna till förseningen. Ett avtal kan då slutas genom en accept inom den tidsperiod som skulle ha varit tillåten om anbudet blivit avsänd vid den tidpunkten som ankomsten antyder. Om anbudstagaren får brevet en vecka efter det att anbudsgivaren skickat detta, kan acceptfristen alltså förlängas med den tid som brevet varit på villovägar. I de fall anbudstagaren vet eller har anledning att känna till förseningen utsträcks emellertid inte den ursprungliga acceptfristen. Detta gäller oberoende av om förseningen beror på anbudsgivaren handlande, till exempel om denne skrivit fel adress eller liknande.¹⁹⁴

5.3.2 Oren accept

En oren accept är ”ett svar, som innehåller, att anbud antages, men som på grund av tillägg, inskränkning eller förbehåll icke överensstämmer med anbudet”. Sådana accepter leder inte till avtal om en samstämmig viljeförklaring saknas, utan gäller som ett avslag i förening med ett nytt anbud om inget annat framgår av omständigheterna. I AvtL 6 § 2 st finns dock ett undantag som säger att ett avtal kommer till stånd under vissa förutsättningar. Så är fallet om anbudsgivaren av accepten anser att accepten överensstämmer med anbudet och anbudsgivaren måste inse anbudsgivarens uppfattning, men likväl underlåter att reklamera. I de fall anbudsgivaren felaktigt låter anbudstagaren tro att ett avtal kommit till stånd genom accepten, kommer ett avtal de facto till stånd. Avtalets innehåll blir det innehåll som accepten har. Adlercreutz framhåller att det skärpta kravet på

¹⁹¹ Adlercreutz, 2002, s. 58.

¹⁹² Ibid, s. 60.

¹⁹³ Restatement Second § 41.

¹⁹⁴ Restatement Second § 49.

ond tro från anbudsgivarens sida gör att undantaget måste tillämpas med försiktighet.¹⁹⁵

När är en accept enligt AvtL 6 § oren? Detta är viktigt att avgöra om inte AvtL 6 § 2 st är tillämplig. I en sådan situation måste det utredas huruvida svaret skall få verkan som accept eller om det skall gälla såsom nytt anbud. Adlercreutz påpekar att anbudet och svaret måste tolkas mot omständigheterna och vad som är brukligt i allmänhet eller enligt handels- eller partsbruk. Inte varje tillägg eller ändring gör accepten oren. Formell överensstämmelse är inte nödvändig.¹⁹⁶ Adlercreutz anser att då anbudsgivaren givit motparten fog att tro att han till exempel får bestämma kvantiteten av varan, blir accepten inte oren om den innehåller en precisering av kvantiteten. Vidare framhåller han att en avvikelse som är till fördel för anbudsgivaren generellt sett inte heller medför att accepten blir oren.¹⁹⁷

Inom common law är det, på motsvarande sätt som i svensk rätt, en avtalsrättslig princip att en accept som inte överensstämmer med anbudet är ett avslag och gäller som ett nytt anbud enligt den så kallade *mirror image rule*¹⁹⁸. En accept som är skickad med avsikt att anta anbudet, men som är villkorad av att anbudsgivaren skall godkänna nya villkor eller villkor som avviker från anbudet, behandlas som ett nytt anbud.¹⁹⁹

I UCC § 2-207 finns regler för huruvida en oren accept kan fungera som en accept. Dessa regler gäller både för individuella avtal och standardavtal, men är speciellt anpassade för att passa in på de sistnämnda. Paragrafen kommer därför att behandlas nedan i samband med kolliderande standardavtal.

5.3.3 Kolliderande standardavtal

AvtL 6 § ger inte svar på frågan vad som händer om parterna har presterat innan en konflikt mellan parterna uppkommer. Situationen uppstår främst i samband med att parterna utbyter standardavtal utan att det klargörs vilka villkor som skall gälla. Säljaren hänvisar till det standardavtal som han vill tillämpa, medan köparen hänvisar till ett annat, så kallad *battle of forms* eller *kolliderande standardavtal*. Konklusionen kan naturligtvis bli att inget avtal har slutits, men ofta vill parterna att avtalet skall bestå. I en sådan situation måste det klargöras vilka villkor som skall gälla för avtalet. I svensk rätt finns det inga lagregler eller rättsavgöranden som talar om hur en sådan situation skall lösas. Det finns endast ett gammalt rättsfall²⁰⁰ som

¹⁹⁵ Adlercreutz, 2002, s. 62

¹⁹⁶ Ibid, s. 64

¹⁹⁷ Se t ex. resonemanget i NJA 1917 s 133, avtal kom dock inte till stånd pga. att accepten var villkorad.

¹⁹⁸ Hyde v Wrench (1840) 3 Beav 334, 49 ER 132.

¹⁹⁹ Restatement Second § 59.

²⁰⁰ NJA 1916 s 583.

berör kolliderande standardavtal, men i det yrkade parterna på ogiltighet. Något rättsfall där båda parter yrkar på fullgörelse har inte prövats i HD.

De avtalsrättsliga regler som inom svensk rätt ligger närmast till hands för att lösa denna situation är reglerna om oren accept. Om anbudstagaren lägger till eller ändrar villkoren som finns med i anbudet blir som bekant accepten oren. I doktrin och utländsk praxis grundar sig olika lösningsmöjligheter ofta på reglerna om oren accept.²⁰¹ Det är dock inte lämpligt att använda AvtL 6 § i sådana situationer på grund av de subjektiva rekvisit som finns i paragrafen.²⁰²

Ett sätt att lösa en sådan konflikt har varit att tillämpa den ena partens villkor fullt ut, *first shot* eller *last shot*. First shot innebär att det första standardvillkoret gäller om det inte möts av en klar reklamation, medan last shot medför att det sist obestridda standardvillkoret gäller. Göransson framhåller att dessa lösningar bibehåller grundtanken att det alltid är möjligt att utskilja ett anbud och en accept och medför att den ena parten tvingas underkasta sig motpartens villkor.²⁰³ *Performance rule* tillhandahåller en liknande lösning. Den person som konkludent accepterar ett avtal får finna sig i att motpartens villkor blir gällande.

En annan modell som diskuteras i doktrinen innebär att överensstämmande klausuler skall tillämpas, oavsett hur domstolen förfar beträffande de motstridiga villkoren. Denna lösning kallas *klausulupplösning*. Båda parternas villkor skall lösas upp i sina beståndsdelar och de klausuler som är överensstämmande skall tillämpas. För de klausuler som är helt oförenliga skall domstolen söka lösning på annat sätt.²⁰⁴ En tänkbar komplettering till klausulupplösning är att använda sig av *fri tolkning och utfyllnad* och överlåta åt domare och skiljemän att bestämma parternas rättigheter och skyldigheter. Denna lösning bör enligt Göransson tillämpas om klausulerna väsentligen avviker från varandra.²⁰⁵ Istället för att använda fri tolkning och utfyllnad kan luckor även ersättas med dispositiv rätt.

En sista lösningsmodell kan innebära att domstolen konstaterar dissens och får till resultat ett *avtalslöst tillstånd*. Domstolen får då försöka hitta andra vägar att binda parterna vid en skälig prestationsskyldighet. Parterna anses stå i kvasikontraktuellt förhållande till varandra. Ersättningsanspråk kan riktas mot en part bland annat genom culpa in contrahendo.²⁰⁶

Olika lösningar har diskuterats i doktrinen. Göransson rekommenderar first shot eller klausulupplösning²⁰⁷, medan Bernitz menar att domstolarna skall

²⁰¹ Göransson, Ulf, Kolliderande standardavtal, Iustus förlag, 1988, s. 25-26. Härefter: Göransson.

²⁰² Se Adlercreutzs resonemang i Avtalsrätt II, s.74.

²⁰³ Göransson, s. 25.

²⁰⁴ Ibid, s. 26.

²⁰⁵ Ibid, s. 27.

²⁰⁶ Ibid, s. 28.

²⁰⁷ Ibid, s. 171.

ge företräde åt de avtalsvillkor som före avtalslutet senast har överlämnats till motparten utan att detta föranlett protest, det vill säga en lösning genom last shot.²⁰⁸ Villkoren skall ses som en slags oren accept i förhållande till motpartens villkor, vilka därefter godtagits genom motpartens passivitet eller konkludenta handlande. Bernitz anser att detta synsätt ligger bäst i linje med vår avtalsrätts allmänna utformning.²⁰⁹ Adlercreutz menar istället att det är omöjligt att ställa upp någon passande regel för alla fall och förordar en lösning som görs beroende av omständigheterna i de enskilda fallen.²¹⁰ Domstolarna bör beakta vilket standardavtal som bäst svarar mot affärstransaktionens realiteter, särskilt realprestationens beskaffenhet och ändamål.²¹¹ Nackdelen med en sådan lösning är att utslaget är mindre förutsägbart än vid tillämpning av en modell av typen first eller last shot. Sammanfattningsvis kan sägas att det inte går att utläsa någon klar linje inom svensk doktrin, då det inte råder någon enighet mellan de olika författarna.

Inom common law används sedan länge regeln om last shot för att lösa situationer där olika standardvillkor står mot varandra. Restatement Second reflekterar denna lösning i § 59. Last shot doktrinen har dock blivit vida kritiserad bland annat för att inte passa den kommersiella verkligheten. Kritikerna menar att dagens transaktioner inte innehåller detaljerade förhandlingar, det har påpekats att parterna inte ens läser varandras villkor. En tillämpning av last shot kan få som konsekvens att parterna dränker varandra med ett flertal standardformulär i hopp om att vara den som till sist vinner.²¹²

Common law regeln är delvis överspelad vad de kolliderande standardavtalen beträffar. Missnöjet med regeln om last shot har fört med sig att lagstiftaren har infört ett alternativt synsätt i UCC § 2-207 (1).

²⁰⁸ Bernitz, Ulf, Standardavtalsrätt, 6: e upplagan, 2000, Nordstedts juridik, Stockholm, s. 41. Härefter: Bernitz, 2000.

²⁰⁹ Bernitz, Ulf, JT 1989/90, s. 364.

²¹⁰ Adlercreutz, 2001, s. 74.

²¹¹ Ibid, s. 76

²¹² Sukurs, Charles, Harmonizing the Battle of Forms: a Comparison of the United States, Canada and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vanderbilt Journal (2001), s. 1487. Härefter: Sukurs.

Reglerna i UCC § 2-207²¹³ kan användas för att bestämma huruvida det finns ett avtal eller ej i de fall accepten är oren, men ofta vill parterna att avtalet skall bestå och istället få utrett vilka villkor som gäller. Omständigheterna bakom avtalen varierar och paragrafen löser vissa situationer på ett bra sätt, andra mindre tillfredställande. UCC § 2-207 (1) och (3) skall besvara frågan om det finns ett avtal eller inte. I § 2-207 (1) har parterna utbytt anbud och accept, även om dessa inte överensstämmer helt med varandra. UCC § 2-207 (3) används i de fall parterna inte har slutit något egentligt avtal, men de handlar som om det fanns ett sådant.

Enligt UCC § 2-207 (1) skall ett svar behandlas som en accept, såvida det inte är uttryckligen villkorat till sina egna villkor, även om svaret inte är en spegelbild av det ursprungliga anbudet. Om svaret är att anse som en accept tillämpas § 2-207 (2) för att reda ut vilka villkor som skall gälla för avtalet. Om svaret inte uppfyller kraven på en klar och tydlig förklaring att vilja acceptera anbudet, så räknas svaret som ett nytt anbud. Vilka regler som sedan blir gällande beror på parternas handlande. Om parterna handlar såsom om det fanns ett avtal skall § 2-207 (3) tillämpas, i annat fall gäller reglerna inom common law.

Reglerna i § 2-207 (2) är olika för näringsidkare respektive privatpersoner. Om en eller båda parterna är privatpersoner räknas tillagda villkor som föreslagna tillägg (proposed additions) till avtalet. De bildar inget nytt anbud, inte heller blir de del av villkoren i det första anbudet. De nya villkoren måste accepteras av den första anbudsgivaren för att bli del av avtalet. Om däremot båda parterna är näringsidkare blir tillagda villkor i accepten del av avtalet, såvida inte anbudet uttalat begränsar accepten till anbudets villkor eller om de tillagda villkoren väsentligen ändrar (materially alter) avtalet, till exempel genom en prisändring.²¹⁴ Villkoren blir inte heller del av avtalet om anbudsgivaren meddelar anbudstagaren att han motsätter sig de tillagda villkoren inom skälig tid efter det att han mottagit den modifierade accepten. Att avgöra huruvida ett villkor väsentligen ändrar

²¹³ (1) *A definitive and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms.*
(2) *The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract. Between merchants such terms become part of the contract unless:*
(a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer;
(b) they materially alter it; or
(c) notification of objection of them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received.
(3) *Conduct by both parties which recognizes the existence of a contract is sufficient to establish a contract for sale although the writings of the parties do not otherwise establish a contract. In such case the terms of the particular contract consists of those terms on which the writings of the parties agree, together with any supplementary terms incorporated under any other provision of this Act.*

²¹⁴ UCC har använts som förebild till CISG art 19. Karlgen har dock kritiserat denna lösning i NJM 1966 s 198. Enligt honom är det svårt att veta vad en väsentlig ändring innebär, vilket skapar osäkerhet i rättstillämpningen.

avtalet kan vara svårt. Kommentaren till § 2-207 meddelar att en väsentlig ändring är en ändring som skulle resultera i förvåning eller lidande för motparten i de fall den inkorporerades utan att denne var medveten om villkoret. Kommentaren ger exempel på villkor som väsentligen ändrar avtalet och villkor som är accepterbara. Sukurs menar emellertid att domstolarna i praktiken nästan alltid finner att tillagda villkor är materiella, såvida inte dessa klausuler skulle kunna bli inlästa i avtalet i alla fall på grund av handelsbruk eller liknande.²¹⁵ Om ett villkor väsentligen ändrar avtalet måste detta bli godkänd av motparten för att bli del av avtalet.²¹⁶ En tvetydighet i paragrafen är att § 2-207 (1) nämner både tillagda och ändrade villkor, medan § 2-207 (2) endast nämner tillagda villkor. Vissa domstolar har konstaterat att § 2-207 (2) endast gäller om en accept lägger till avtalsvillkor²¹⁷, medan andra domstolar har sagt att regeln gäller både tillagda och annorlunda villkor.²¹⁸ Kommentaren till paragrafen stödjer det sistnämnda alternativet genom att slå fast att huruvida tillagda eller ändrade villkor kommer att bli del av avtalet beror på bestämmelserna i § 2-207 (2).

UCC § 2-207 (3) föreskriver att de villkor som skall gälla i de fall det inte finns något avtal, men parterna handlar som om det fanns ett sådant, är de villkor som parterna är överens om och UCC: s standardiserade regler. Det finns ingen definition av vilka dessa regler är, men skall förstås som de utfyllande regler som finns i artikel 2, till exempel § 2-303.²¹⁹

White & Summers, som är den ledande doktrinen inom UCC, analyserar flera olika situationer som § 2-207 måste lösa. Dessa situationer är emellertid inte uttömmande. Författarnas huvudsakliga problem är hur § 2-207 skall kunna användas så att den inte ger en orättvis fördel till den avtalspart som av en slump lyckades skicka sina villkor först eller sist.²²⁰ En kort sammanfattning av deras analys skall ges.

I de fall det finns tillagda eller annorlunda villkor i både anbudet och accepten anser White & Summers att villkoren tar ut varandra. Denna lösning har inte direkt stöd i UCC, men flera domstolsavgöranden har fått motsvarande utgång.²²¹ Om istället ett villkor finns med i anbudet, men inte i accepten, gäller villkoret i anbudet eftersom detta aldrig blev emotsagt.²²² I det fallet anbudet är tyst angående en situation och accepten innehåller ett villkor angående den samma, är detta villkor att se som ett tillagt villkor. Ett sådant måste passera § 2-207 (2) för att bli del av avtalet.²²³ En accept kan

²¹⁵ Sukurs, s. 1489.

²¹⁶ Se t ex. N&D Fashions, Inc. v. DHJ Indus., 548 F.2d. 722, 20 U.C.C. REP. SERV. 847 (8th Cir.1976).

²¹⁷ Se t ex. Southern Idaho Pipe & Steel Co. v. Cal-Cut Pipe & Supply Inc. 98 Idaho 495, 567 P.2d 1246, 22 U.C.C. Rep.Serv. 25 (1977).

²¹⁸ Se t ex. Ebasco Servs., Inc. v. PP&L, 402 F. Supp. 421, 17 U.C.C. Rep. Serv. 645 (E.D. Pa. 1975).

²¹⁹ Alderman & Dole, s. 25, fotnot 64.

²²⁰ White & Summers, s. 8.

²²¹ Ibid, s. 11.

²²² Ibid, s. 13.

²²³ Ibid, s. 14.

anses vara ett nytt anbud i fall den är uttryckligen villkorad till sina egna villkor. Om en part accepterar ett anbud genom en sådan accept och sedan skickar varor till motparten, har många domstolar funnit att motpartens konkludenta handlande inte skall ses som samtycke enligt § 2-207 (1). Avtalet kan istället skapas genom § 2-207 (3). Domstolarna ger inte företräde för någon av parternas villkor, utan avtalet fylls ut med standardiserade regler från artikel 2.²²⁴ Finns det uttryckligen villkorade klausuler i accepten hindrar både § 2-207 (2) (a) och (b) dessa villkor från att bli del av avtalet. Dock kan avtal ske under § 2-207 (3).²²⁵

UCC § 2-207 gäller även vid bekräftelser. I kommentaren till § 2-207 står det att § 2-207 (1) och (2) gäller i de fall ett avtal har kommit till stånd muntligen och sedan följts av skriftväxling. Parterna kan då skicka bekräftelser som innehåller nya eller annorlunda villkor än vad parterna kommit överens om vid det muntliga avtalet. I fallet *American Parts Co. v American Arbitration Association*²²⁶ ansåg domstolen att en bekräftelse kan ses som en accept även om ett muntligt avtal redan slutits. Nya villkor i bekräftelsen kan alltså bli del av det ursprungliga avtalet genom § 2-207 (2). Om däremot säljaren skickar en bekräftelse som innehåller en ny klausul och köparens bekräftelse innehåller en annorlunda klausul, kommer dessa att ta ut varandra.²²⁷

Vid *non-form agreements* finns det inget klart mönster av utbyte av anbud och accept. Parterna har exempelvis endast kommunicerat via brev eller liknande. I en sådan situation kan det inte sägas finnas någon klar och tydlig förklaring att vilja acceptera anbudet, så inget avtal kan existera under § 2-207 (1) före kommatecknet, eller under § 2-204 eller § 1-103, förrän parterna har börjat prestera, avtalat muntligt eller utväxlat mer dokument. *White & Summers* hoppas att domstolarna kommer att använda § 2-207 istället för att låta parterna använda sig av reglerna inom common law.²²⁸

Som tidigare nämnts²²⁹ har det länge funnits funderingar på att ändra artikel 2 och i synnerhet § 2-207. Paragrafen har blivit vida kritiserad, bland annat för att språket verkar oförenligt med dess syfte. Sukurs anför att medan författarna till UCC visade en intention att lämna den strikthet som tidigare fanns inom common law reglerna blev slutprodukten, särskilt § 2-207 (2), en regel som endast flyttar förhandlingsmakten från säljaren tillbaka till köparen utan att leta efter parternas avsikter. Kritiker menar att detta i teorin skapar en first shot regel istället för den tidigare last shot.²³⁰

²²⁴ Ibid, s. 16.

²²⁵ Ibid, s. 18.

²²⁶ 8 Mich.App. 156, 154 N.W.2d 5, 6 UCC 119 (1967).

²²⁷ White & Summers, s. 22.

²²⁸ Ibid, s. 23.

²²⁹ Se ovan 3.2.2 Uniform Commercial Code.

²³⁰ Sukurs, s. 1490.

Kritik har också riktats mot hur § 2-207 har blivit tolkad i domstolar, främst avgörandet i Roto-Lith.²³¹ Vissa menar dock att domstolarnas dåliga tolkning av § 2-207 faktiskt har främjat författarnas ursprungliga intention med regeln.²³² Domstolarna har till exempel tolkat regeln mer som en "knockout" regel, genom vilken villkor som inte stämmer överens med båda parter avsikter har slagits ut och istället fyllts i av de bestämmelser som finns i artikel 2. Sukurs konstaterar att lösningen kan verka vara en överanvändning av § 2-207 (3), men att denna har fått stöd som en justering mot det något formella språket i § 2-207 (2) i avsikt att lyfta fram parternas avsikter.²³³

Domstolarna har haft svårt att tillämpa den sista regeln i § 2-207 (1) om villkorad accept. Här finns en möjlighet för en part att med hjälp av en skyddsklausul²³⁴ komma i ett avtalslöst tillstånd och förlita sig på reglerna i common law. Det har tidigare varit oklart hur en anbudstagare måste formulera sig för att göra en accept uttryckligen villkorad till sina egna villkor enligt § 2-207 (1). Om en sådan formulering hade varit för enkel att framställa hade anbudstagaren kunnat göra sin accept till ett nytt anbud och hoppats att domstolen skulle se motpartens konkludenta handlande som en accept. I fallet *Dorton v. Collins & Aikman Corp.*²³⁵ slog domstolen fast att acceptens villkorade natur måste vara så uttrycklig att anbudsgivaren förstår att anbudstagaren är ovillig att gå vidare med avtalet om inte de tillagda eller ändrade villkoren finns med i det slutliga avtalet. Mot detta stod fallet *Roto-Lith*²³⁶, där en annan domstol slog fast att om en part inkluderar ett villkor som väsentligen ändrar anbudet så utgör detta en villkorad accept.

Två viktiga avgöranden har skett under de senaste tio åren. För det första har domstolarna analyserat frågan ett flertal gånger och kommit fram till att fallet *Dorton* var rätt avgjort och avvisat fallet *Roto-Lith*.²³⁷ För det andra har First Circuit själv beslutat att upphäva sitt avgörande i *Roto-Lith* fallet.²³⁸ På grund av detta har viss anledning till att revidera artikel 2 försvunnit, men fortfarande finns det flera obesvarade frågor angående § 2-207, till exempel tvetydigheten i § 2-207 (2) om huruvida denna gäller både tillagda och ändrade villkor.

Den nuvarande § 2-207 används för att lösa fall där parter utbyter anbud och accept. Den av NCCUSL föreslagna och godkända § 2-207²³⁹ kommer att

²³¹ Ibid, s. 1491.

²³² Ibid, s. 1491.

²³³ Ibid, s. 1491.

²³⁴ Göransson, s. 17. En skyddsklausul är en klausul i ett standardavtal som utesluter tillämpning av den andra partens standardbestämmelser. Avtalet sluts alltså endast på de egna villkoren. Sådana klausuler kallas i USA för bl a defensive eller protection clauses.

²³⁵ 453 F.2d 1161 (6th Cir. 1972).

²³⁶ 297 F.2d 497 (1st Cir. 1962).

²³⁷ *See* *Frank M. Booth, Inc. v. Reynolds Metals Co.*, 754 F. Supp. 1441, 1447 (E.D. Cal. 1991).

²³⁸ *Ionics, Inc. v. Elmwood Sensors, Inc.*, 110 F.3d 184 (1st Cir. 1997).

²³⁹ Den föreslagna § 2-207 lyder:

bli en övergripande paragraf som behandlar avtalsvillkor i alla situationer där ett avtal kommit till stånd, inte endast avtal som tillkommit genom anbud och accept. Lagstiftaren har istället valt att använda uttrycket *record*. Paragrafen kommer att fungera som en knockout regel. Endast villkor som finns med i båda parter handlingar, villkor som båda parter godkänner och villkor som hämtats från UCC: s utfyllande regler kommer att godkännas som avtalsinnehåll. Principen om att en accept som innehåller ändrade eller tillagda villkor ändå kan vara en accept i nuvarande § 2-207, kommer efter de föreslagna ändringarna att flyttas till § 2-206. Denna paragraf kommer att ha samma lydelse som tidigare, med det undantaget att ett nytt stycke skapas, § 2-206 (3)²⁴⁰. Reglerna om uttryckligen villkorad accept kommer att finnas i kommentaren till den föreslagna § 2-207.²⁴¹

Enligt Rusch kommer domstolarnas huvudsakliga uppgift att bli att avgöra huruvida parterna har kommit överens om ett villkor som inte är återgivet i båda parternas dokument.²⁴² Endast prestation kommer i flera fall inte att vara tillräckliga bevis för att ett avtal har slutits. Målet med den nya § 2-207 är att varken ge fördel åt det första eller sista utbytta standardvillkoret. Huruvida det målet kommer att uppfyllas eller ej anser Rusch kommer att bero på hur domstolarna kommer att besvara frågan huruvida en part har accepterar ett villkor som endast finns med i en av parternas avtalsformulär.²⁴³

5.3.4 Avtal utan uttrycklig accept

Huvudregeln i svensk rätt är att avtal kräver samstämmiga viljeförklaringar. En part måste acceptera ett anbud för att bli bunden och kan generellt inte bli bunden av ett anbud som han inte avböjer. Accepten behöver dock inte vara en egentlig viljeförklaring. Ibland kan realhandlande ersätta anbud och accept. Vid avtal som sluts genom realhandlande uppkommer inget uttryckligt anbud och accept förfarande, till exempel vid konkludent handlande genom förfogande över en vara.²⁴⁴ Problemet blir då att avgöra när bundenhet uppkommer för de båda parterna. AvtL ger inga svar på

If (i) conduct by both parties recognizes the existence of a contract although their records do not otherwise establish a contract, (ii) a contract is formed by an offer and acceptance, (iii) a contract formed in any manner is confirmed by a record that contains terms additional to or different from those in the contract being confirmed, the terms of the contract, subject to Section 2-202, are:

- (a) terms that appear in the records of both parties;*
- (b) terms, whether in a record or not, to which both parties agree; and*
- (c) terms supplied or incorporated under any provision of this Act.*

²⁴⁰ Den föreslagna § 2-206 (3) lyder:

(3) A definite and seasonable expression of acceptance in a record operates as an acceptance even if it contains terms additional to or different from the offer.

²⁴¹ Rusch, Linda J., Is the Saga of the Uniform Commercial Code Article 2 Revisions Over? A Brief Look at what NCCUSL Finally Approved, 6 Del. L. Rev. 41, (2003), s. 57. Härefter; Rusch.

²⁴² Ibid, s. 58.

²⁴³ Ibid, s. 58.

²⁴⁴ Se t ex. NJA 1946 s 122.

frågan och löftesprincipen torde ha begränsad räckvidd.²⁴⁵ Bundenhet torde för den ena parten uppkomma vid utnyttjandet av tjänsten eller vid betalningen, medan bundenhet för den andra parten antagligen uppkommer redan på ett tidigare stadium.²⁴⁶ Även om en person inte avsett att rättshandla, kan en handling tillmätas betydelse, eftersom det enligt tillitsprincipen är de yttre uppfattbara fenomenen som är avgörande inom den svenska avtalsrätten.²⁴⁷ Det kan framgå av själva anbudet att det kan antas genom en handling, men detta kan även följa av branschsedvana eller partsbruk.²⁴⁸ Realhandlandet består ofta av en positiv handling, men också passivitet kan få samma betydelse.

Realhandlandet kan jämföras med de anbud som inom den amerikanska rätten endast kan antas genom en prestation (unilaterala avtal)²⁴⁹. Sådana anbud kräver ingen direkt accept utan anbudet accepteras genom att anbudstagaren utför den prestation som anbudet efterfrågar. Även läran om *promissory estoppel* kan utgöra en motsvarighet till realhandlandet. En parts faktiska handling kan fungera som en accept, till exempel när en köpare förfogar över varor som skickats till honom. Säljaren kan då hindra (estopp) köparen från att förneka avtal grund av att köparen vidtagit denna handling.²⁵⁰

I Restatement Second § 69 (2) finns en regel som specifikt rör situationen där en anbudstagare vidtar en handling som är oförenlig med anbudsgivarens erbjudna egendom. Anbudstagaren blir då bunden av de villkor som finns i anbudet, såvida dessa inte uppenbarligen är oskäligen. Om handlingen som anbudstagaren vidtagit var olaglig, måste emellertid anbudsgivaren ratificera accepten för att ett avtal skall slutas. I USA kan alltså en brottslig gärning leda till att avtal slutas. Inom svensk rätt är det tveksamt om en olaglig handling skulle få några avtalsrättsliga verkningar.

5.3.5 Avtal genom passivitet

Det finns inom svensk rätt undantag från huvudregeln att det krävs samtycke eller ett positivt handlande för att binda en motpart. Motparten kan bli bunden genom sin passivitet. Passivitet jämställs i dessa fall med samtycke på grund av särskilda omständigheter.²⁵¹ AvtL 8 § 2 st lyder: ”Angående vissa fall, då underlåtenhet att avböja anbud anses som antagande, är särskilt stadgat.” Vilka dessa fall är avslöjar inte lagen. En del passivitetsregler finns stadgade i AvtL eller andra lagar, andra har utarbetats genom domstolspraxis.

²⁴⁵ Adlercreutz, 2002, s. 70.

²⁴⁶ Ibid, s. 70.

²⁴⁷ Ibid, s. 21.

²⁴⁸ Lando, 1987, s. 82.

²⁴⁹ Se ovan 4.2.2 Definition av consideration.

²⁵⁰ Sukurs, s. 1486.

²⁵¹ Adlercreutz, 2002, s. 72.

Ren passivitet hos mottagaren räcker inte för att ett avtal skall slutas, men i kombination med andra omständigheter kan passivitetsverkan förekomma. En omständighet som kan medföra att en part blir bunden genom passivitet är att denne tidigare haft affärsförbindelse med den andra parten. Stor försiktighet skall dock tillämpas vid denna regel. Adlercreutz menar att det kanske till och med skall krävas någon ytterligare omständighet än endast fast bruk för att passivitet skall få avtalsverkan.²⁵²

I AvtL 9 § finns en passivitetsregel med avtalsverkan. Ett meddelande som är tillräckligt preciserat för att anses vara ett anbud, men varav det framgår att avsändaren inte vill vara bunden, skall endast anses vara en uppfordran att avge anbud. Om emellertid ett anbud kommer in i anledning av denna uppfordran, så leder detta till avtal om inte den ursprungliga avsändaren reklamerar.²⁵³ Andra passivitetsregler med avtalsverkan har tidigare nämnts i andra sammanhang, till exempel AvtL 4 § 2 st och 6 § 2 st.

En annan lagregel som ger stöd åt avtalsslut genom passivitet är 21 § i lag (1991:351) om handelsagentur. En näringsidkare som förhandlat med en handelsagent om slutande av avtal för sin rörelse och från dennes huvudman fått meddelande att huvudmannen accepterar näringsidkarens anbud, måste reklamera om han vill göra gällande att han inte avgivit något anbud. Låter näringsidkaren bli att reklamerar blir han bunden av anbudet, såvida han inte kan visa att han inte har avgivit något anbud. Lagregeln har således endast presumtionsverkan, inte avtalsverkan som exempelvis AvtL 4 § 2 st.²⁵⁴

Adlercreutz framhåller att det vid muntliga avtal är vanligt att en eller båda parter skickar bekräftelser för att undanröja eventuella missförstånd. Frågan är huruvida en part som underlåter att reklamera mot en bekräftelse kan bli bunden av de villkor som finns i bekräftelsen. Den enda lagregel som finns är HagL 21 §, men denna regel gäller emellertid endast mellan näringsidkare och mellanman. När det är fråga om privatpersoner finns det enligt Adlercreutz inget stöd för att tillämpa en så stark presumtionsverkan som HagL ger uttryck för. Han menar att det enda som kan utläsas ur praxis är att underlåtenhet att reklamera mot en bekräftelse kan få viss betydelse i bevishänseende.²⁵⁵ HD har varit försiktig med att medge passivitetsverkan vid underlåtenhet att reklamera mot bekräftelser. Andra omständigheter måste tillkomma, till exempel förhandlingar och parts uppträde.²⁵⁶

På motsvarande sätt innebär tystnad inom common law generellt sett inte att avtal kommer till stånd, men några undantag återfinns dock i Restatement

²⁵² Ibid, s. 75.

²⁵³ Se t ex NJA 1962 s 276. HD ansåg att innehavaren av en nöjesplats framkallat ett anbud om spelning, att han måste ha insett att orkestern utgick från att de hade ett avtal om innehavaren inte hörde av sig och att innehavaren låtit bli att reklamera mot denna uppfattning. HD tillämpade alltså AvtL 9 § i kombination med 6 § 2 st.

²⁵⁴ Adlercreutz, 2002, s. 78.

²⁵⁵ Ibid, s. 82.

²⁵⁶ Se t ex. NJA 1977 s 92.

Second § 69. När en anbudstagare inte svarar på ett anbud räknas detta som en accept om en anbudstagare har fått en fördel av en erbjuden vara, vilken anbudstagaren hade möjlighet att avvisa, och anbudstagaren hade anledning att känna till att varan var erbjuden med förväntning att betalning skulle ske. Avtal sluts även när anbudsgivaren har meddelat eller givit anbudstagaren anledning att förstå att en accept kan ske genom tystnad eller passivitet och anbudstagaren genom sin tystnad haft för avsikt att acceptera. Det sista undantaget gäller de fall då parterna tidigare har haft relationer eller det på annat sätt är skäligt att anbudstagaren skall meddela anbudsgivaren att han inte tänker acceptera anbudet. Inom amerikansk rätt finns ingen distinktion mellan bevisverkan och avtalsverkan. Om kriterierna ovan är uppfyllda innebär passivitet att avtal sluts.

6 Analys

En jämförelse av två så skilda rättssystem som det amerikanska och det svenska torde skilja sig åt på flera punkter, men likheterna mellan dessa är ändå förvånansvärt många. Även om vägarna att nå regler och principer är olika blir slutsatserna i flera fall desamma. De skillnader som har framstått som mest intressanta och viktiga kommer att belysas och diskuteras nedan.

Den största markanta divergensen mellan dessa båda rättssystem är principerna för hur avtal sluts, kontraktsprincipen och löftesprincipen. I Sverige är åsikten sedan länge att en anbudstagare skall kunna lita på ett anbud som kommit till hans kännedom, medan uppfattningen i USA istället är att båda parter bör bli bundna samtidigt. I CISG och UNIDROIT Principles finns en kompromiss mellan löftes- och kontraktsprincipen i den bemärkelsen att ett anbud kan återkallas fram till dess att accepten har avsänts, precis som inom den amerikanska rätten. Från denna regel har dock gjorts undantag för de situationer då det i anbudet funnits utsatt viss acceptfrist och då anbudstagaren handlat i förlitan på anbudet. Att det i den internationella avtalsrätten finns undantag baserade på löftesprincipen kan ses som en bekräftelse på betydelsen av att i kommersiella sammanhang kunna lita på att ett anbud kommer att stå fast och inte behöva oroa sig över huruvida anbudsgivaren kommer att återkalla anbudet. Lassen hade antagligen rätt när han påstod att en anbudstagare kommer att mer allvarligt överväga ett anbud om han vet att det är oåterkalleligt. Denna teori bekräftas genom att även USA har insett betydelsen av att en part kan förlita sig på ett löfte i köprättsliga situationer. I USA har lagstiftaren infört regler om fasta anbud i UCC. Ett löfte kan således vara bindande om parterna skriftligen har avtalat om detta. Reglerna gäller emellertid endast om det är en näringsidkare som avger ett anbud, inte vid avtal mellan två privatpersoner. Reglerna skiljer sig från de i CISG genom att de innehåller en gräns för hur länge anbudet får gälla, anbudet kan endast stå fast i 3 månader.

Sverige har valt att inte anta del II av CISG som innehåller reglerna om återkallande av anbud. Som tidigare nämnts finns det kritik mot Sveriges motvilja att anta hela CISG. Huruvida denna kritik är befogad eller ej kan diskuteras. Det kan verka ganska omotiverat att motverka en harmonisering av avtalsrätten bara för att Sverige inte vill rubba på löftesprincipen, trots att reglerna i stort sett får samma konsekvenser. Precis som Ramberg och Hultmark skriver kan parterna själva bestämma att ett anbud skall vara bindande för anbudsgivaren under acceptfristen. Nackdelen med lösningen i CISG kan vara att denna kräver ett mer aktivt deltagande av parterna för att åsidosätta kontraktsprincipen, vilket kan resultera i ett ogynnsamt läge för exempelvis en svensk affärsman som endast är orienterad i löftesprincipen.

Läran om consideration förefaller föråldrad, inte minst på grund av att dess nödvändiga rekvisit ganska enkelt uppfylls i de flesta kommersiella

transaktioner. Många av de löften som inte är bindande på grund av saknad av consideration är inte heller bindande inom svensk rätt, till exempel löften om gåva. Ett rättssystem behöver inte använda sig av en sådan komplicerad lära som consideration för att kunna vägra verkställighet av vissa löften och avtal. I den internationella avtalsrätten har man som tidigare nämnts valt att delvis använda sig av kontraktsprincipen men utan att tillämpa den komplicerade läran om consideration. Kanske borde den amerikanska versionen av kontraktsprincipen istället kallas för ”considerationprincipen”, precis som Lassen föreslog. Kontraktsprincipen innebär att en löftesgivare inte är bunden av sitt löfte förrän anbudet accepterats, men principen medför inte att ett rättssystem måste tillämpa krångliga regler för *hur* ett anbud skall accepteras. Det är sådana regler som gör den amerikanska läran problematiskt. De flesta författare verkar vara överens om att avtalsrätten skulle klara sig bra utan denna lära. Trots motståndet har dock reglerna om consideration överlevt länge, den enda förklaringen torde vara traditionens starka kraft.

USA har tagit fram en lag som endast gäller för köprättsliga avtal. Andra avtal styrs av common law eller andra lagar. Den svenska AvtL är däremot tillämplig på förmögenhetsrättsliga avtal i allmänhet. AvtL bygger emellertid på merkantila uppfattningar i grunden, vilket har gjort att det varit relativt enkelt att få AvtL att fungera bra i kommersiella sammanhang. Likväl måste det anses vara en fördel att ha en lag som endast är inriktad på en typ av avtal. Det är lättare att få till stånd fungerande regler om dessa endast skall reglera en typ av avtal, till exempel kommersiella avtal.

Parternas avsikt att rättshandla är bedömt enligt liknande kriterier. Inom svensk rätt är det inte avsikten att rättshandla som är viktigast, utan huruvida den handlande har givit motparten skälig anledning att anta att han åsyftade en rättshandling. I USA bedöms parternas handlande utifrån objektiva kriterier. Bestämmelserna torde leda till lika bedömningar. Båda rättssystemen tillämpar systemet med anbud och accept. Skillnaden är att ett löfte i vissa fall kan antas direkt genom prestation i USA, vilket kanske kan jämföras med de svenska reglerna om realhandlande. Både svenska och amerikanska anbud förfaller om de avvisas eller antas för sent och accepten skall istället ses som ett nytt anbud. Legal acceptfrist inom svensk rätt motsvaras av de amerikanska reglerna om skälig tid. Tanken bakom reglerna är desamma, men den svenska regeln är mer utförlig. Istället för att definiera de beståndsdelar som utgör skälig tid har man i Restatement Second nöjt sig med rekvisitet skälig tid. Undantaget i AvtL 4 § 2 st, som föreskriver att anbudsgivaren måste reklamera om accepten kommer fram för sent, är ett exempel på tillitsprincipen. Möjligen kan denna regel jämföras med den amerikanska bestämmelsen om förlängd acceptfrist som gäller om anbudet är försenat och anbudstagaren är ovetande om detta. Båda reglerna torde ha samma mål, nämligen att skydda en godtroende part. I den svenska regeln finns ett krav på att den som avsänt svaret skall utgå från att svaret kommit fram i tid och att mottagaren måste inse detta. På samma sätt gäller de amerikanska reglerna endast om mottagaren inte hade anledning att känna till förseningen. Anbudsgivaren har i svensk rätt större möjligheter

att undkomma ett avtal genom en sen accept, det enda han behöver göra är att reklamera mot accepten. Enligt amerikansk rätt sluts ett avtal utan möjlighet för anbudsgivaren att förhindra detta.

Olika regler gäller angående vem som står risken för att rättshandlingar kommer fram. I svensk rätt står avsändaren risken för att accept och återkallelse kommer fram, dessa är inte verksamma förrän de kommit adressaten till handa. Denna regel skyddar anbudsgivaren på så sätt att det inte råder något tvivel om när anbudet blivit accepterat och bindande avtal slutits. I amerikansk rätt står istället adressaten risken för att anbud och accept kommer fram. En sådan regel skyddar anbudstagaren på anbudsgivarens bekostnad. Anbudsgivaren kan vara bunden utan att ha någon kännedom av accepten. Samma regler gäller i Sverige för reklamationer. Dessa blir gällande redan när de har inlämnats för befordran eller avsänts. Inom svensk rätt råder uppfattningen att reklamation skiljer sig från accept och återkallelse. Både accept och återkallelse sker i avsändarens intresse, medan reklamation istället görs för att undanröja mottagarens felaktiga uppfattning och kan därför sägas vara i adressatens intresse. Även om USA tillämpar kontraktsprincipen så kunde man valt att inte binda anbudsgivaren förrän accepten nått mottagaren. I USA förbises skyddet för anbudsgivaren och accepten anses vara verksamt redan när den har avsänts, även om den inte kommer fram till adressaten. Min åsikt är att de svenska reglerna är mer logiska än de amerikanska, eftersom man objektivt kan fastslå när de olika meddelandena kommit fram. Däremot är kanske de amerikanska reglerna valda för att på något sätt skydda anbudstagaren mot risken för återkallelse av anbudet. Eftersom USA använder sig av kontraktsprincipen kan reglerna om att adressaten står risken vara ett litet skydd för anbudstagaren. När anbudstagaren postat sin accept är han säker på att den inte kan återkallas, eftersom en återkallelse inom amerikansk rätt måste nå mottagaren för att vara verksamt.

Många situationer som skapar problem inom svensk rätt skapar också problem inom den amerikanska rätten, exempelvis när en part skickar en oren accept. UCC § 2-207 är emellertid enklare att tillämpa än AvtL 6 §. De subjektiva rekvisiten i den svenska paragrafen gör reglerna komplicerade. Är de subjektiva rekvisiten nödvändiga eller skulle man kunna få samma resultat på enklare sätt? Regeln i UCC § 2-207 har den fördelen att den är tillämplig även på sådana fall då den orena accepten är medveten, vilket inte är fallet med AvtL 6 §. Den amerikanska lösningen har fått kritik av bland annat Karlgren, som menar att svårigheten att bedöma vad en väsentlig ändring innebär skapar osäkerhet i rättstillämpningen. Är detta en riktig bedömning? Min uppfattning är att § 2-207 ger en enklare lösning på problemet. Istället för att fråga sig vilka insikter parterna har haft tillämpar domstolen en objektiv metod. Den svåra frågan blir att avgöra huruvida de omständigheter som gör accepten oren är tillräckligt väsentliga för att anses vara ett avslag av anbudet. Denna analys blir emellertid lättare genom att det i kommentaren står vilka sådana omständigheter kan vara och genom att domstolarna har skapat rättspraxis på området. Alla förändringar anses vara materiella såvida klausulerna inte hade kunnat bli inlästa i avtalet i alla fall

på grund av handelsbruk eller liknande. Min bedömning blir att UCC § 2-207 är enklare att tillämpa på orena accepter än de svenska reglerna, trots Karlgrens kritik av paragrafen.

Kolliderande standardavtal skapar problem i båda länderna. I svensk rätt finns varken någon lagregel eller något avgörande från HD, i USA används last shot inom common law och UCC ger inga klara svar. Lösningen med last shot har den fördelen att den skapar förutsägbarhet, men nackdelarna får trots allt anses vara fler. Dels medför regeln en risk att parterna överhopar varandra med standardavtal, dels är det ofta slumpen som avgör vem som vinner kampen genom att skicka det sista avtalet. Tanken med reglerna i UCC var att skapa mer flexibla regler, men kritiker menar att § 2-207 endast skapat en regel om first shot istället. Ändringar är emellertid på gång, kanske har lagstiftaren hittat en lösning som kommer att fungera. Reglerna i UCC är trots kritiken likväl överlägsna den svenska rätten redan i och med att det faktiskt finns regler som reglerar denna situation. Det är olyckligt att HD ännu inte tagit ställning i frågan. Den ”knockout” regel som har skapats av domstolarna i USA verkar förnuftig. Att genom klausulupplösning ta fram de regler som parterna godkänt och sedan fylla ut avtalet med dispositiva lagregler är enligt min åsikt en mer rättvis lösning än en tillämpning av någon av parternas villkor. Likvärdiga regler finns i UNIDROIT artikel 2.22 och PECL artikel 2: 209. Reglerna i UCC § 2-207 och UNIDROIT kan kanske vara vägledande för HD vid ett framtida avgörande inom svensk rättspraxis eller för de svenska lagstiftarna vid en eventuell lagreglering av problemet. Dock kommer troligen PECL:s lösning att få starkast inflytande över den svenska rätten på grund av den harmonisering av de europeiska rättsordningarna som pågår.

Realhandlandet kan som tidigare nämnts ses som en motsvarighet till de löften som i USA kan antas genom prestation. Realhandlande kan innebära att en part har för avsikt att acceptera, exempelvis när en person lägger ett mynt i en läskautomat. Accepten är då en avsiktlig handling. Realhandlande kan emellertid även bestå av konkludent handlande, till exempel förfogande över en vara. En sådan handling torde i amerikansk rätt motsvaras av promissory estoppel. En part som till exempel har förfogat över varor som skickats till honom är förhindrad att vägra avtal. I USA krävs egentligen en intention att acceptera ett anbud. En person som utför en prestation utan att känna till anbudet har inte avgivit någon consideration och prestationen är inte vidtagen som respons på anbudet. Denna bestämmelse får dock träda undan till förmån för reglerna om promissory estoppel. Båda rättssystemen tillmäter således parternas handlande betydelse vid frågan huruvida avtal slutits eller ej. Regler om passivitet finns inom både svensk och amerikansk rätt. Svensk rätt skiljer emellertid mellan avtalsverkan och bevisverkan, medan amerikansk rätt endast tillämpar avtalsverkan. De svenska reglerna innehåller också ofta subjektiva rekvisit som inte finns med i de amerikanska reglerna, till exempel AvtL 9 § där mottagaren måste inse att anbudet framkallats genom hans uppfordran.

Vissa avtalsrättsliga principer skär igenom båda rättssystemen, till exempel avtalsfrihet och pacta sunt servanda. Avtalsfriheten anses vara en viktig princip, båda ländernas regler för avtalsslut är dispositiva. Avtalsfriheten är dock inte absolut, varken i Sverige eller USA. Inom svensk rätt går ofta skyddsprincipen före avtalsfriheten. Sverige har skyddande konsumentregler i andra lagar, till exempel Konsumentköplagen. I USA har lagstiftaren valt att inte särskilja de båda grupperna, UCC gäller både för näringsidkare och för konsumenter. Reglerna är emellertid ibland olika för näringsidkare respektive konsumenter, vilket innebär att även USA tillämpar någon sorts skyddsprincip. De paragrafer som har tagits upp i denna uppsats och som innehåller avvikande regler är dock endast § 2-205 och § 2-207. Reglerna om firm offers gäller endast om en köpman avger ett anbud och § 2-207 skyddar konsumenter mot tillagda och annorlunda villkor. Dessa blir inte del av avtalet såvida de inte godkänns av anbudsgivaren.

UCC innehåller några avtalsprinciper som till en början kan verka främmande för den svenska avtalsrätten. Principen om reasonableness, skälighet eller förnuftighet, kan emellertid påträffas i flera svenska rättsregler. I AvtL 3 § föreskrivs att accepten skall vara anbudsgivaren tillhanda inom den tid som skäligen kunde beräknas åtgå och enligt 4 § 2 st måste mottagaren reklamera utan oskäligt uppehåll. Principen är följaktligen viktig i båda rättssystemen. Good faith och fair dealing är en central princip i USA och som tidigare nämnts har denna blivit jämförd med de lojalitetsförpliktelser som finns inom svensk rätt. Även om en sådan allmän skälighetsprincip inte är lagstadgad inom svensk rätt kan den anses förekomma i praxis. Principen om unconscionability utgör ett undantag till avtalsfriheten i USA. Principen kan jämföras med domstolarnas möjlighet att i svensk rätt använda AvtL: s 36 § för att jämka eller åsidosätta oskäliga avtalsvillkor.

Bilaga A

Utvalda paragrafer från UCC Article 2

§ 2-204. Formation in General.

- (1) A contract for sale of goods may be made in any manner sufficient to show agreement, including conduct by both parties which recognizes the existence of such a contract.
- (2) An agreement sufficient to constitute a contract for sale may be found even though the moment of its making is undetermined.
- (3) Even though one or more terms are left open a contract for sale does not fail for indefiniteness if the parties have intended to make a contract and there is a reasonable certain basis for giving an appropriate remedy.

§ 2-205. Firm Offers.

An offer by a merchant to buy or sell goods in a signed writing which by its terms gives assurance that it will be held open is not revocable, for lack of consideration, during the time stated or if no time is stated for a reasonable time, but in no event may such a period of irrevocability exceed three months; but any such term of assurance on a form supplied by the offeree must be separately signed by the offeror.

§ 2-206. Offer and Acceptance in Formation of Contract.

- (1) Unless otherwise unambiguously indicated by the language or circumstances
 - (a) an offer to make a contract shall be construed as inviting acceptance in any manner and by any medium reasonable in the circumstances;
 - (b) an order or other offer to buy goods for prompt or current shipment shall be construed as inviting acceptance either by a prompt promise to ship or by the prompt or current shipment of conforming or non-conforming goods, but such a shipment of non-conforming goods does not constitute an acceptance if the seller seasonably notifies the buyer that the shipment is offered only as an accommodation to the buyer.
- (2) Where the beginning of a requested performance is a reasonable mode of acceptance an offeror who is not notified of acceptance within a reasonable time may treat the offer as having lapsed before acceptance.

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

- (1) A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms.
- (2) The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract. Between merchants such a term becomes part of the contract unless:
 - (a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer;
 - (b) they materially alter it; or
 - (c) notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received.
- (3) Conduct by both parties which recognizes the existence of a contract is sufficient to establish a contract for sale although the writings of the parties do not otherwise establish a contract. In such a case the terms of the particular contract consists of those terms on which the writings of the parties agree, together with any supplementary terms incorporated under any other provision of this Act.

§ 2-209. Modification, Rescission and Waiver.

- (1) An agreement modifying a contract within this Article needs no consideration to be binding.
- (2) A signed agreement which excludes modification or rescission except by a signed writing cannot be otherwise modified or rescinded, but except as between merchants such a requirement on a form supplied by the merchant must be signed by the other party.
- (3) The requirements of the statute of frauds section of this Article (Section 2-201) must be satisfied if the contract as modified is within its provisions.
- (4) Although an attempt at modification or rescission does not satisfy the requirements of subsection (2) or (3) it can operate as a waiver.
- (5) A party who has made a waiver affecting an executory portion of the contract may retract the waiver by reasonable notification received by the other party that strict performance will be required of any term waived, unless the retraction would be unjust in view of a material change of position in reliance on the waiver.

Bilaga B

Utvalda paragrafer från Restatement Second of Contracts

§ 1. Contract Defined

A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty.

§ 30. Form of Acceptance Invited

- (1) An offer may invite or require acceptance to be made by an affirmative answer in words, or by performing or refraining from performing specified act, or may empower the offeree to make a selection of terms in his acceptance.
- (2) Unless otherwise indicated by the language or the circumstances, an offer invites acceptance in any manner and by any medium reasonable in the circumstances.

§ 33. Certainty

- (1) Even though a manifestation of intention is intended to be understood as an offer, it cannot be accepted so as to form a contract unless the terms of the contract are reasonable certain.
- (2) The terms of a contract are reasonable certain if they provide a basis for determining the existence of a breach and for giving an appropriate remedy.
- (3) The fact that one or more terms of a proposed bargain are left open or uncertain may show that a manifestation of intention is not intended to be understood as an offer or as an acceptance.

§ 38. Rejection

- (1) An offeree's power of acceptance is terminated by his rejection of the offer, unless the offeror has manifested a contrary intention.
- (2) A manifestation of intention not to accept an offer is a rejection unless the offeree manifests an intention to take it under further advisement.

§ 41. Lapse of Time

- (1) An offeree's power of acceptance is terminated at the time specified in the offer, or, if no time is specified, at the end of a reasonable time.

- (2) What is a reasonable time is a question of fact, depending on all the circumstances existing when the offer and attempted acceptance are made.
- (3) Unless otherwise indicated by the language or the circumstances, and subject to the rule stated in § 49, an offer sent by mail is seasonably accepted if an acceptance is mailed at any time before midnight on the day on which the offer is received.

§ 42. Revocation by Communication From Offeror Received by Offeree

An offeree's power of acceptance is terminated when the offeree receives from the offeror a manifestation of an intention not to enter into the proposed contract.

§ 43. Indirect Communication of Revocation

An offeree's power of acceptance is terminated when the offeror takes definite action inconsistent with an intention to enter into the proposed contract and the offeree acquires reliable information to that effect.

§ 49. Effect of Delay in Communication of Offer

If communication of an offer to the offeree is delayed, the period within a contract can be created by acceptance is not thereby extended if the offeree knows or has reasons to know of the delay, though it is due to the fault of the offeror; but if the delay is due to the fault of the offeror or the means of transmission adopted by him, and the offeree neither knows nor has reasons to know that there has been delay, a contract can be created by acceptance within the period which would have been permissible if the offer had been dispatched at the time that its arrival seems to indicate.

§ 50. Acceptance of Offer Defined; Acceptance by Performance; Acceptance by Promise

- (1) Acceptance of an offer is a manifestation of assent to the terms thereof made by the offeree in a manner invited or required by the offer.
- (2) Acceptance by performance requires that at least part of what the offer requests be performed or tendered and includes acceptance by a performance which operates as a return promise.
- (3) Acceptance by a promise requires that the offeree complete every act essential to the making of the promise.

§ 54. Acceptance by Performance; Necessity of Notification to Offeror

- (1) Where an offer invites an offeree to accept by rendering a performance, no notification is necessary to make such an acceptance effective unless the offer requests such a notification.

- (2) If an offeree who accepts by rendering a performance has reasons to know that the offeror has no adequate means of learning of the performance with reasonable promptness and certainty, the contractual duty of the offeror is discharged unless
 - (a) the offeree exercises reasonable diligence to notify the offeror of acceptance, or
 - (b) the offeror learns of the performance within a reasonable time, or
 - (c) the offer indicates that notification of acceptance is not required.

§ 56. Acceptance by Promise; Necessity of Notification to Offeror

Except as stated in § 69 or where the offer manifests a contrary intention, it is essential to an acceptance by promise either that the offeree exercises reasonable diligence to notify the offeror of acceptance or that the offeror receive the acceptance seasonably.

§ 59. Acceptance of Offer Which States Place, Time or Manner of Acceptance

If an offer prescribes the place, time or manner of acceptance its terms in this respect must be complied with in order to create a contract. If an offer merely suggests a permitted place, time or manner of acceptance, another method of acceptance is not precluded.

§ 69. Acceptance by Silence or Exercise of Dominion

- (1) Where an offeree fails to reply to an offer, his silence and inaction operates as an acceptance in the following cases only:
 - (a) Where an offeree takes the benefit of offered services with reasonable opportunity to reject them and reason to know that they were offered with the expectation of compensation.
 - (b) Where the offeror has stated or given the offeree reason to understand that assent may be manifested by silence or inaction, and the offeree in remaining silent and inactive intends to accept the offer.
 - (c) Where because of previous dealings or otherwise, it is reasonable that the offeree should notify the offeror if he does not intend to accept.
- (2) An offeree who does any act inconsistent with the offeror's ownership of offered property is bound in accordance with the offered terms unless they are manifestly unreasonable. But if the act is wrongful as against the offeror it is an acceptance only if ratified by him.

§ 71. Requirements of Exchange; Types of Exchange

- (1) To constitute consideration, a performance or a return promise must be bargained for.

- (2) A performance or return promise is bargained for if it is sought by the promisor in exchange for his promise and is given by the promisee in exchange for that promise.
- (3) The performance may consist of
 - (a) an act other than a promise, or
 - (b) a forbearance, or
 - (c) the creation, modification, or destruction of a legal relation.
- (4) The performance or return promise may be given to the promisor or to some other person. It may be given by the promisee or by some other person.

§ 79. Adequacy of Consideration; Mutuality of Obligation

If the requirement of consideration is met, there is no additional requirement of

- (a) a gain, advantage, or benefit to the promisor or a loss, disadvantage, or detriment to the promisee; or
- (b) equivalence in the values exchanged; or
- (c) “mutuality of obligation”.

§ 87. Option Contract

- (1) An offer is binding as an option contract if it
 - (a) is in writing and signed by the offeror, recites a purported consideration for the making of the offer, and proposes an exchange on fair terms within a reasonable time; or
 - (b) is made irrevocable by statute.
- (2) An offer which the offeror should reasonably expect to induce action or forbearance of a substantial character on the part of the offeree before acceptance and which does not induce such action.

§ 89. Modification of Executory Contract

A promise modifying a duty under a contract not fully performed on either side is binding if

- (a) if the modification is fair and equitable in view of circumstances not anticipated by the parties when the contract was made; or
- (b) to the extent provided by statute; or
- (c) to the extent that justice requires enforcement in view of material change of position in reliance on the promise.

§ 90. Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance

- (1) A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third party and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires.

- (2) A charitable subscription or a marriage settlement is binding under Subsection (1) without proof that the promise induced action or forbearance.

Litteraturförteckning

Adlercreutz, Axel, Avtalsrätt I, tolfte upplagan, 2002, Juristförlaget i Lund, Lund.

Adlercreutz, Axel, Avtalsrätt II, femte upplagan, 2001, Juristförlaget i Lund, Lund.

Alderman, Richard M., & Dole, Richard F., A Transactional Guide to the Uniform Commercial Code, Second Edition, 1983, The American Law Institute, ISBN 0-8318-0400-9.

Bernitz, Ulf, Standardavtalsrätten, sjätte upplagan, 2000, Norstedts juridik, Stockholm.

Bogdan, Michael, Komparativ rättskunskap, andra upplagan, 2003, Norstedts juridik, Stockholm.

Burton, Steven J. & Eisenberg, Melvin A., Contract Law: Selected Source Materials, 2002 Edition, West Group, St. Paul, MN, ISBN 0-314-26411-6.

Calamari, John D. and Perillo, Joseph M., The Law of Contracts, 1998, West Group, St. Paul MN, ISBN 0-314-21167-5.

Campbell Black, Henry, Black's Law Dictionary, Fifth Edition, 1979, West Publishing Co., St Paul, MN.

Cheeseman, Henry R., Business Law: the Legal, Ethical, and International Environment, 1992, Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, ISBN 0-13-094095-X.

Clark, David S., & Ansay, Tugrul, Introduction to the Law of United States, 1992, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Nederländerna, ISBN 90-6544-655-9.

Corbin, Arthur L., Contracts, 1952, West Publishing Co., St Paul MN.

Farnsworth, Allan E., Contracts, 1982, Little, Brown and Company, ISBN 0-316-27461-5.

Grönfors, Kurt, Avtalslagen, tredje upplagan, 1995, Norstedts Förlag, Stockholm.

Göransson, Ulf, Kolliderande standardavtal, 1988, Iustus förlag, Uppsala.

Hellner, Jan, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten, 1990, Juristförlaget, Stockholm.

Hellner, Jan, Speciell avtalsrätt II, kontraktsrätt, 1 häftet, särskilda avtal, tredje upplagan, 1996, Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Lando, Ole, Udenrigshandelens kontrakter, Jurist- og Okonomforbundets forlag, tredje upplagan, 1987, Köpenhamn.

Ramberg, Jan & Hultmark, Christina, Allmän avtalsrätt, femte upplagan, 1999, Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Taxell, Lars Erik, Avtalsrätt: bakgrund – sammanfattning – utblick, 1997, Juristförlaget, Stockholm.

White, James J., & Summers, Robert S., Uniform Commercial Code, Fourth Edition, 1995, West Publishing Company, St Paul MN, ISBN 1-800-328-9352.

Samlingsverk

Teori och praxis – studier i svensk civilrätt, skrifter tillägnade Hjalmar Karlgren, 1964, P. A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm.

Julius Lassen, Udvalgte afhandlinger, udgivne af Frantz Dahl, 1924, G. E. C. Gads Forlag, Köpenhamn.

Artiklar

Bernitz, Ulf, Recension av Ulf Göransson's bok Kolliderande Standardavtal, JT 1989/90, s. 361 ff.

Hellner, Jan, Avtals- och köprätt under 1900-talet, Svensk juristtidning, 1984, s. 755 ff.

Karlgren, Hjalmar, Bör de nordiska avtalslagarna revideras? NJM 1966 s 197 ff.

Lando, Ole, Some Features of the Law of Contracts in the Third Millennium, Scandinavian Studies in Law 40 (2000), s. 343 ff.

Maggs, Gregory E., The Waning importance of Revisions of Article 2, 78 Notre Dame L. Rev. 595, (2003).

Nicander, Hans, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, JT 1995, s. 31 ff.

Rusch, Linda J., Is the Saga of the Uniform Commercial Code Article 2 Revisions Over? A Brief Look at what NCCUSL Finally Approved, 6 Del. L. Rev. 41, (2003).

Sukurs, Charles, Harmonizing the Battle of Forms: a Comparison of the United States, Canada, and the United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods, Va. L. Rev., (2001).

Internetkällor

www.ali.org

Rättsfallsförteckning

NJA 1916 s 583

NJA 1917 s 133

NJA 1946 s 122

NJA 1962 s 276

NJA 1977 s 92

Adams v. Lindsell, 106 Eng. Rep. 250 (K.B. 1818)

Hyde v Wrench (1840) 3 Beav 334, 49 ER 132

Hamer v. Sidway, 124 N.Y. 538, 27 N.E. 256 (1891)

Roto-Lith, Ltd. v. F.P. Bartlett & Co, 297 F. 2d 497, 1 UCC 73 (1st Cir.1962)

American Parts Co. v American Arbitration Association, 8 Mich.App. 156, 154 N.W.2d 5, 6 UCC 119 (1967)

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

Ebasco Servs., Inc. v. PP&L, 402 F. Supp. 421, 17 U.C.C. Rep. Serv. 645 (E.D. Pa. 1975)

N&D Fashions, Inc. v. DHJ Indus., 548 F.2d. 722, 20 U.C.C. REP. SERV. 847 (8th Cir.1976)

Southern Idaho Pipe & Steel Co. v. Cal-Cut Pipe & Supply Inc. 98 Idaho 495, 567 P. 2d 1246, 22 U.C.C. Rep. Serv. 25 (1977)

Lowenstern v. Stop & Shop Cos., 1981 WL 137972, 32 UCC 414 (mass.Super.1981)

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

Mid-South Packers, Inc. v. Shoney's, inc., 761 F. 2d 1117, 41 UCC 38 (5th Cir.1985)

Frank M. Booth, Inc. v. Reynolds Metals Co., 754 F. Supp. 1441, 1447 (E.D. Cal. 1991)

Ionics, Inc. v. Elmwood Sensors, Inc., 110 F. 3d. 184 (1st Cir. 1997)