



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Lovisa Sahlin

# Avtalsmodellen vid kommersiella relationer

Examensarbete  
30 högskolepoäng

Lars Gorton

Avtalsrätt

HT 2008

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
1.1 Bakgrund och problemformulering	5
1.2 Syfte	6
1.3 Frågeställning	7
1.4 Metod	7
1.5 Avgränsningar	8
1.6 Disposition	9
<b>2 AVTALSMODELLEN I FÖRÄNDRING</b>	<b>11</b>
2.1 En otidsenlig avtalslag	11
2.2 Konflikt med avtalslagens modell	13
2.3 Den nya förhandlingsordningen	15
2.4 En nykonstruktion av avtalsmodellen	16
2.4.1 Allmänna överväganden	16
2.4.2 Diskussionen inom nordisk doktrin	17
2.4.3 "Förhandlingsavtal"	20
2.5 Slutsatser och kommentarer	22
<b>3 AVTALSRÄTTSLIGA GRUNDER</b>	<b>24</b>
3.1 Det nordiska samarbetet	24
3.2 "Avtal" per definition	25
3.3 Viljeförklarings teorin och tillitsprincipen	26
3.4 Löftesprincipen	28
3.4.1 Avtalsmodellen – anbud och accept	28
3.4.2 Löftesprincipens status i modern tid	30

<b>3.5</b>	<b>Slutsatser och kommentarer</b>	<b>32</b>
<b>4</b>	<b>PREKONTRAKTUELLA FÖRPLIKTELSER</b>	<b>35</b>
<b>4.1</b>	<b>Lojalitetspliktens förankring i den nordiska avtalsrätten</b>	<b>36</b>
4.1.1	Framväxt och etablering i norden	36
4.1.2	Innebörd och omfattning	38
4.1.3	Lojalitetspliktens inträde enligt nordisk avtalsrätt	40
<b>4.2</b>	<b>Prekontraktuellt ansvar</b>	<b>42</b>
4.2.1	Sanktionsmomentet	42
4.2.2	Principen om culpa in contrahendo	44
4.2.2.1	Förankring i avtalsrätten	44
4.2.2.2	Ansvarsgenombrott	45
<b>4.3</b>	<b>En sanktionerad lojalitetskatalog</b>	<b>47</b>
4.3.1	Kritik mot culpa in contrahendo	47
4.3.2	En utökad sanktionskatalog	48
4.3.3	Behov av ett lagfäst lojalitetskrav	49
<b>4.4</b>	<b>Slutsatser och kommentarer</b>	<b>51</b>
<b>5</b>	<b>SUCCESSIV AVTALSINGÅELSE</b>	<b>56</b>
<b>5.1</b>	<b>Gränsdragningsproblematiken</b>	<b>56</b>
5.1.1	Förhandlingsbud	57
5.1.2	Kontraktsliknande situationer	58
5.1.2.1	Ofullständiga avtal	59
5.1.2.2	Avtal med betingade villkor	60
5.1.2.3	Formfrihet	60
<b>5.2</b>	<b>Det svenska rättsläget – ”successiv bundenhet”</b>	<b>61</b>
5.2.1	De lege lata – svensk rättspraxis	62
5.2.2	De lege lata - svensk doktrin	63
<b>5.3</b>	<b>Det norska rättsläget – ”trinvis bindning”</b>	<b>73</b>
5.3.1	De lege lata – norsk rättspraxis	74
5.3.2	De lege lata – norsk doktrin	76
<b>5.4</b>	<b>Det danska rättsläget – ”trinvis bundethed”</b>	<b>78</b>
5.4.1	De lege lata – dansk rättspraxis	78
5.4.2	De lege lata – dansk doktrin	79
<b>5.5</b>	<b>En successivitetsmodell</b>	<b>80</b>
5.5.1	Tankar de lege ferenda	80
<b>5.6</b>	<b>Kommentarer och slutsatser</b>	<b>83</b>
<b>6</b>	<b>UNIDROIT PRINCIPLES</b>	<b>89</b>
<b>6.1</b>	<b>Internationell avtalsrätt och kommersiella avtal</b>	<b>89</b>

6.2	Lex mercatoria	90
6.3	Syfte med konventionen	92
6.4	Tillämpning	93
6.5	Prekontraktuella förpliktelser och successiv avtalsingåelse	94
6.6	Slutsatser och kommentarer	99
7	AVSLUTANDE KOMMENTARER	102
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	104
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	109

# Summary

At present, the formation and application of the Swedish contracting model stands in contrast to how commercial agents tend to recognize the binding manifestation of assent to a contract. Whilst the Law of contract traditionally advocates a contracting model in its most basic form attributed by an offer that, as a whole, is accepted by the other party, the commercial contracts most commonly precede by extensive and highly complex negotiations that requires high commitment. Thereby, it seems less adequate to discuss the entrance into contract in terms of an isolated moment in time in which the parties transcend to a contractual relation. In fact, the precontractual phase often constitutes a crucial stage involving substantial investments and a high risk-taking. The contemporary contracting model is therefore distinguished by a gradual process in which the parties successively enter into contract according with the deepened commitments during the proceedings, which eventually will represent the binding manifestation of assent to contract. *De lege ferenda*, the issue of adequate regulation arises, in where factors such as loyalty and business ethics constitute points of reference in the understanding of entrance into contract.

This thesis intends to shed light on the disconcerting contrast between the traditional model and the contemporary contracting model within commercial relations, which has resulted in a judicial conflict in where theory can no longer be seen in the light of practice. The core aim of this paper is thereby to pursue an analytical discussion, based on the foundations of the Swedish contract law, in order to examine whether it is possible to comprehend the present contracting model within the frames of the Nordic common law, and to further present and introduce a modern approach towards the legal origin of commitments. Accordingly, the focus of this thesis lies on alternative solutions to an antique contracting model with the ambition to set a platform for an adequate model in commercial relations.

This paper shows that the Nordic contracting law *de fact* is based upon the belief that parties shall be entitled the right to rely on such understanding of intentions that the counterparty has caused, and that such behavior can result in that the parties become bound to contract. Regrettably, the legitimacy of a loyalty principle is questioned, and the model as such is only fragmentally recognized within the judiciary. It is therefore evident that a modern legislation is needed in order to maintain confidence in the legal system within the commercial sector. It appears incomprehensible that such adjustments to modern times is still discussed in terms of its justification rather than “how to”. Especially, as such adjustment could be pursued without controversial changes of the foundations upon which the legal system is based. In addition, this paper shows how straightforward and logic such regulation could be outlined through the exemplification of the codification in UNIDROIT Principles.

# Sammanfattning

Den svenska avtalsmodellens utformning och tillämpning står i dagsläget i kontrast till hur dagens kommersiella aktörer uppfattar inträdet av bundenhet till avtal. Medan avtalslagen traditionellt förespråkar en modell i sin enklaste form, genom ett anbud som i sin helhet godtas genom en accept, föregås de kommersiella avtalen i regel av omfattande och komplexa förhandlingar som ställer höga krav på parternas engagemang. Till skillnad från den svenska modellen förefaller det härmed otillfredsställande att diskutera avtalets ingående utifrån att parter övergått till det kontraktuella skedet vid en isolerad tidpunkt. Det prekontraktuella stadiet är numera avgörande såsom grund för avtals fullgörande, och ställer krav på att parter vidtar stora resurssatsningar och höga risktagningar. Avtalsmodellen präglas således av en processuell ingående där parter successivt knyts hårdare till bundenhet av avtal genom vidtagandet av omfattande investeringar allt eftersom samarbetet fördjupas, och där parter slutligen kommer att förlita sig på att bundenhet inträtt. De lege ferenda uppkommer härmed frågor kring en adekvat reglering där faktorer såsom en lojalitetskatalog och affärsetiskt agerande utgör den centrala förståelsen för avtalets inträde.

Denna uppsats åsyftar att inledningsvis lyfta fram den besvärande kontrast som inträtt mellan den etablerade avtalsmodellen och den traditionella svenska modellen, vilket givit upphov till en rättslig konflikt mellan teori och verklighet. Det huvudsakliga syftet är dock att föra en analytisk diskussion kring den svenska avtalsrätts grunder, och huruvida det är möjligt att inbegripa en modern avtalsmodell inom ramarna för den nordiska gemensamma avtalsrätten, samt att introducera ett nytt synsätt kring förpliktelsers uppkomst. Det är således alternativa lösningar till den otidsenliga svenska avtalsmodellen som ligger i fokus för denna uppsats, med en ambition att lägga grunden för en adekvat avtalsmodell vid kommersiella relationer.

Uppsatsen visar på att den nordiska avtalsrätts grundstenar vilar på tankar om att parter är berättigade att kunna förlita sig på sin motparts ageranden och uttalanden, och att dylikt agerande kan ge upphov till att bindande avtal kommit tillstånd. Dessvärre är lojalitetspliktens legitimitet oklar och en successivitetsmodellen är enbart fragmentariskt erkänd. Det finns således ett tydligt behov av en förändring av den avtalsrättsliga lagstiftningen så att det den kommersiella sektorn bibehåller förtroende för rättsordningen. Då detta kan ske utan att de avtalsrättsliga grundstenarna skulle komma att rubbas, framkommer det såsom obegripligt att detta ännu är en fråga som diskuteras i termer av ”berättigande”, när det snarare torde vara en fråga om ”hur”. Denna uppsats visar dock även på hur enkelt och logiskt en dylik reglering skulle kunna vara utformad genom en avslutande exemplifierande del om kodifieringen i UNIDROIT Principles.

# Förord

De är inte svårt att undgå att detta avslutande moment vid Lunds juridiska fakultet tenderar att få symbolisera utbildning i sin helhet, i det avseendet att förordet till examensarbetet gärna består av tankar kring den tid som gått med riktad tacksamhet gentemot de som stöttat längs vägen. Detta kan tyckas märkligt, men såhär i efterhand inser jag att det finns få tillfällen så passande som detta att visa uppskattning för att ha överlevt juristutbildningen med vettet i behåll. Så för de otaliga kaffepauserna i juridicums cafeteria och allt vad de faktiskt har inneburit, vill jag passa på att tacka samtliga, ingen nämnd och ingen glömd, för att ni funnits där men kanske framförallt för att ni fortfarande finns där – ni är ovärderliga.

# Förkortningar

AVLK	Lag (1994: 1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden
AVLN	Lag (1984: 292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare
AvtL	Lag (1915: 218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
CISG	Förenta staternas konvention den 11 april 1980 angående avtal om internationella köp av varor (United Nations Convention on Contracts for the International sale of Goods)
FB	Föräldrabalk (1949: 381)
FAL	Försäkringsavtalslag (2005:104)
HagL	Lag (1991: 351) om handelsagentur
JB	Jordabalk (1970: 994)
KkrL	Konsumentkreditlag (1992:830)
KommL	Kommissionslag (1914:45)
KtjL	Konsumenttjänstlag (1985:716)
PECL	Principles of European Contract Law
U.C.C	Uniform Commercial Contract
UNIDROIT Principles	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (jfr UniP)
UniP	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts



# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund och problemformulering

De långsiktiga kommersiella samarbetsavtalen tillkommer i regel genom en successiv process.<sup>1</sup> Det slutliga avtalet föregås då av omfattande förhandlingar och genomgår vanligtvis flera olika stadier innan det slutligen, om alls, kommer att undertecknas. Avtalsprocessen mellan de kommersiella aktörerna kommer härigenom att pågå under en längre tid, och kan ibland fortgå under flertal år.<sup>2</sup> Utmärkande för den här formen av avtalsslut är att det sällan går att tala om ett egentligt anbud från någon part eller ett på detta följande svar, en accept. Avtal uppkommer istället genom att parter utbyter flertalet anbud och accepter mellan varandra, varpå parterna närmar sig den slutliga avtalsformuleringen genom kompromisser, utredningar och preliminärer.<sup>3</sup> Beroende av omständigheterna i det enskilda fallet, sedvänja och partsbruk uppstår härigenom en avtalsmodell som baseras på en successivt framväxande förhandlingsprocess där parterna förbinder sig till avtalspunkter under avtalsförhandlingarnas gång.<sup>4</sup> Under avtalsförhandlingarna uppstår härigenom en katalog av prekontraktuella förpliktelser som utgörs av de förväntningar som de kommersiella aktörerna har fått mot bakgrund av de händelser och den kontakt som utövats under denna tid. Denna karaktäriseras sålunda av att prekontraktuella förpliktelser i form av moraliska och affärsetiska skyldigheter växer fram under en partsrelation och att allt eftersom förhandlingarna fortskrider och omständigheterna i övrigt föranleder det, ger upphov till att förhandlingsparterna så småningom anser sig ha lämnat förhandlingsstadiet och övergått till avtalsbundenhet.<sup>5</sup>

Problematiken kring den avtalsmodell som utmålats ovan, är att den svenska avtalsrätten traditionellt sett ställer sig restriktiv till en avtalsmodell där förpliktelser uppkommer successivt, och istället förespråkar att förpliktelser inträder först i det moment då parterna ingår slutligt avtal. Särskilt återhållsam är inställning till bundenhetens uppkomst, där det i regel anses vara först genom ett undertecknat dokument som parterna anses ha visat att överenskommelse uppnåtts, även om något formkrav inte egentligen uppställs. Det anses således inte infalla en successivitet i rättsliga åtaganden under förhandlingsprocessen, utan utgångspunkten är snarare att förhandlingsparter anses vara fria att när som helst dra sig ur pågående avtalsförhandlingar.<sup>6</sup> Förhandlingsbud är, med andra ord, inte bindande och kan därmed inte ge upphov till avtalsbundenhet.<sup>7</sup> Inte heller anses parter

---

<sup>1</sup> Hellner, J, *Kommersiell avtalsrätt*, s. 35.

<sup>2</sup> Lehrberg, B, *Avtalsrättens grundelement*, s. 106.

<sup>3</sup> Taxell, L. E, *Avtalsrätt - bakgrund sammanfattning utblick*, s. 48.

<sup>4</sup> Grönfors, K, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 74.

<sup>5</sup> Ramberg, C, Ramberg, J, *Allmän avtalsrätt*, s. 121.

<sup>6</sup> Hellner, J, *Kommersiell avtalsrätt*, s. 35.

<sup>7</sup> Lehrberg, B, *Avtalsrättens grundelement*, s. 106.

agerande och uttalande i övrigt kunna ge upphov till att det uppkommer särskilda skyldigheter eller åtaganden avseende det slutliga avtalet under avtalsförhandlingarna.

Den avtalsrättsliga utvecklingen inom de nordiska länderna har kommit att skilja sig åt i denna fråga trots att samtliga av dess länder utgår från samma lagtext, och inställning till prekontraktuella förpliktelser och avtalsbundenhetens uppkomst under förhandlingarna har kommit att skilja sig åt inom Norden. Trots en tillämpning av samma avtalslag har den nordiska doktrinen således inte tagit enhetlig ståndpunkt i frågan om prekontraktuella förpliktelser. En ståndpunkt är att en successiv bundenhet under avtalsförhandlingar faller helt utanför avtalslagen och inte kan tillerkännas giltighet mot bakgrund av hur avtalsrätten är utformad, medan andra menar att rättsordningen har givit utrymme för att parter kan förbindas till såväl prekontraktuella förpliktelser som bundenhet till slutligt avtal under avtalsförhandlingarna inom ramarna för den nordiska avtalsrätten. Oavsett uppfattning om vad som är enlighet med gällande rätt, verkar det vara en allmän uppfattning inom den nordiska doktrinen att en ny avtalsmodell har tagit form i det praktiska affärlivet som skiljer sig från avtalsmodellen i avtalslagen, och att denna måste accepteras av rättsordningen för att avtalslagen skall vara väl anpassad till den samhälleliga utvecklingen. Syftet med detta är att parter måste kunna förlita sig på rättsordningen i den bemärkelsen att det finns en relevant lagstiftning till grund för domstolens rättsliga resonemang, som klargör hur det affärsmässiga händelseförloppet kan rekonstrueras i rättsliga termer. Härigenom uppstår en rättssäkerhet för parter i avtalsförhållanden och en förutsebarhet kring hur deras agerande och tillit till motparten värderas rent rättsligt.

Frågan om successiv avtalsingåelse har givit upphov till omfattande diskussioner i doktrin, och mot bakgrund av bristande praxis och omfattande debatter har rättsläget förblivit oklart. I nuläget har det således uppstått en situation där det råder stor oförutsägbarhet vid de kommersiella avtalsförhandlingarna avseende vad som ger rättslig verkan i svensk domstol. Situationen skulle kunna sammanfattas med att konstatera att det har uppstått en konflikt mellan hur den avtalsrättsliga lagstiftningen är utformad, och den praktiska verkligheten som erbjuds för de parter som förväntas agera inom dess ramar.

## 1.2 Syfte

Det övergripande syftet med denna uppsats är att undersöka huruvida den svenska avtalsrättsliga regleringen är tillräckligt anpassad efter hur kommersiella avtal de facto uppkommer mellan aktörer på marknaden idag. Mer specifikt åsyftas att diskutera möjligheten till att prekontraktuella förpliktelser successivt kan uppkomma mellan parter i en förhandlingssituation allt eftersom samarbetet kommer att fördjupas mellan dem, och vidare ifall det ytterst kan uppstå bundenhet till slutligt avtalet då

parterna agerar som om undertecknandet av det slutliga avtalet enbart kvarstår som en ren formalitet. Uppsatsen åsyftar vidare att belysa alternativa lösningar till den svenska regleringen kring hur bundenhet uppkommer under en avtalsprocess. Detta innefattar en studie av rättsutvecklingen inom de övriga nordiska länderna inom ramen för det nordiska avtalsrättsliga lagsamarbetet, men även internationell handelsrättslig reglering på området i form av UNIDROIT Principles.

## 1.3 Frågeställning

I denna uppsats diskuteras den övergripande frågan:

*Kan eller bör prekontraktuella förpliktelser tillerkännas rättsverkan mellan kommersiella aktörer under avtalsförhandlingar enligt svensk rätt i sådan omfattning att det går att tala om en avtalsmodell som bygger på en successiv avtalsingåelse mot bakgrund av den nordiska avtalsrätten och den internationella utvecklingen*

I syfte att svara på detta aktualiseras följande underliggande frågeställningar:

- *Kan prekontraktuella förpliktelser uppkomma mellan förhandlingsparter enligt den svenska avtalsrätten?*
- *Är det förenligt med gällande svensk rätt att avtalsbundenhet tillkommer successivt mellan parter under förhandlingsprocessen?*
- *Faller successiv avtalsingåelse utanför den svenska avtalsrätten men innanför ramen för avtalsrätten i ljuset av den nordiska rättsutvecklingen?*
- *Är successiv avtalsingåelse visserligen oförenligt med avtalsrätten men eftersträvänsvärt mot bakgrund av internationella konventioner och hur avtal i praktiken tillkommer mellan kommersiella aktörer?*

## 1.4 Metod

Denna uppsats tar sin utgångspunkt i det rådande rättsläget, och de avtalsrättsliga ramarna utgör därmed grunden för redogörelsen. Uppsatsen avser dock att föra fram kritiska aspekter avseende denna fråga, och ämnar väcka tankar kring den traditionella synen på hur den svenska avtalsmodellen ser ut idag. Det förs därmed en genomgående analys som blickar framåt och som redogör för tankar de lege ferenda, och varje del avslutas med en uppsamlade kommentar där jag särskilt för fram mina egna åsikter kring det förevarande kapitlet.

För att besvara mina frågeställningar har jag såsom grund använt mig av traditionell juridisk metod genom utredning och analys av lagtext, förarbeten och praxis vilket särskilt framkommer i den inledande delen där

det närmare redogöres för grunderna till den nordiska avtalsrätten. I den därefter följande redogörelsen dominerar uttalanden och analys av nordisk doktrin i syfte att knyta samman och kritiskt angripa de lege lata.

Uppsatsen är genomgående komparativ i den bemärkelsen att den svenska avtalsrätten kontinuerligt jämförs och analyseras mot bakgrund av de tendenser som präglar den övriga nordiska rättsutvecklingen. Härutöver introduceras ytterligare en utblick i denna uppsats genom att avslutningsvis redogöra för UNIDROIT Principles med dess grunder, syften och reglering över relevanta avtalsrättsliga delar. Med detta avses dock inte i främsta hand att göra en komparativ studie, utan snarare att ge perspektiv på avtalsrätten som grund för en ny nordisk avtalsmodell.

## 1.5 Avgränsningar

Denna framställning tar sin utgångspunkt i den nordiska gemensamma avtalsrätten. Med begreppet ”norden” i denna framställning avses visserligen samtliga länder som innefattas härav, men redogörelsen som sådan är begränsad till avtalsrätten i Sverige, Danmark, Norge. Anledningen härtill grundar sig framförallt i den språkliga problematik som det skulle innebära att även innefatta Island och Finland. Detta verkar dock vara en allmänt vedertagen begränsning inom den ”nordiska doktrinen” som i regel hänvisar till den nordiska rättsutvecklingen och det nordiska rättsläget mot bakgrund av min analys av den svenska, danska och norska avtalsrätten. Det skall noteras att det givetvis är den svenska avtalsrätten som är i fokus för denna uppsats, och att den övriga nordiska litteraturen och praxisen enbart utgör grund för, och diskussion kring, de lege ferenda.

Det skall noteras att frågan om handelsbruk och sedvänja har en erkänd roll i svensk avtalsrätt. Detta är dock något som denna redogörelse i stort kommer att bortse ifrån. Anledningen härtill är, för det första, att detta är oväsentligt för syftet med denna uppsats då problematiken kretsar kring frågan om avtalsparter kan känna sig trygga i att det finns en kompletterade och klargörande avtalslag som kan träda in vid en tvist och ge en korrekt bild av parternas rättsliga status. Härutöver är det viktigt att uppmärksamma att, vilket uttalas mer utförligt i denna uppsats, att sedvänja och handelsbruk, om än att detta kan påvisas, sällan ges befogad eller berättigat utrymme av den svenske rättstillämparen.

Denna redogörelse är relativt allmänt hållen i fråga om avtalsprocessen. Det är emellertid viktigt att uppmärksamma att det är en specifik förhandlingsprocess som avses häri, nämligen den mellan kommersiella aktörer som ämnar ingå ett långsiktigt samarbetsavtal med varandra. Detta innebär visserligen inte att andra avtalstyper kan vara mindre berörda härav, men det är likväl den förstnämnda avtalsrelationen som genomgående avses innefattas av frågeställningen och uppsatsens syfte.

Avseende den prekontraktuella förpliktelseprocessen finns omfattande litteratur kring vad olika dokument och avsiktsförklaringar kan innebära i det specifika fallet, och vad detta i övrigt kan föranleda för parternas rättsförhållanden i olika skeden. Vidare finns det ett flertal olika avtalsmodeller som, på samma sätt som den så kallade successiva avtalsmodellen, utmanar den traditionella anbud-acceptmodellen. Mot bakgrund av syftet med denna uppsats har jag inte ansett det nödvändigt, eller tillräckligt befogat, att inkludera dessa i redogörelsen. Istället åsyftas att ge en övergripande förståelse och insikt i det prekontraktuella skedets övergång till det kontraktuella, varpå fokus ligger kring sanktioner och innebörd av förpliktelsers uppkomst per se.

Slutligen skall uppmärksammas att det givetvis finns fler internationella konventioner än UNIDROIT Principles som kan ligga till grund för en alternativ reglering inom den svenska avtalsrätten. Valet att enbart föra fram denna kodifiering har dock flertalet anledningar vilket kommer att beröras mer i den avslutande delen av denna uppsats. Här skall dock ändå kort nämnas att UniP är säregen i sitt slag på många sätt, och representerar enligt min mening ett komplement och en kontrast som kan tyckas essentiell för en nyansering och utveckling av den rådande svenska avtalslagen.

## 1.6 Disposition

I uppsatsens inledande deskriptiva kapitel (2) redogörs för hur avtalsingåelse och avtals uppkomst ingås i praktiken, varpå de nutida förhandlingsavtalen introduceras och den successiva förpliktelseprocess under avtalsförhandlingar som karaktäriserar dem. Syftet härmed är att visa på den problematiska kontrast de förhållanden har till avtalslagens utformning, och att föra fram grundläggande karaktäristika för den avtalsmodell som präglar den moderna kommersiella avtalsprocessen. I den därpå följande delen (3) redogörs för grundläggande avtalsrättsliga principer som utgör den nordiska avtalsrättens kärna, med fokus på avtals ingåelse och uppkomst samt hur förpliktelser anses uppkomma i en partsrelation. Syftet med denna del är att uppmärksamma kring de teoretiska ramar som den nordiska avtalsrätten begränsas av, men även att kritiskt granska hur fasta de nationella rättsliga resonemangen egentligen är mot bakgrund av den mångfald som påvisats mellan de nordiska länderna. Med dessa två inledande kapitel är grundproblematiken kartlagd, varpå de därefter följande kapitlen kretsar kring den häri förespråkade nya avtalsmodellens uppbyggnad; ”successivitetsmodellen”. I det femte kapitlet redogörs för den internationella utvecklingen till att uppmärksamma en lojalitetskatalog mellan parter under avtalsförhandlingar, allt eftersom de uttrycker sin vilja att ingå avtal och samarbetet dem emellan kommer att fördjupas. I denna del åsyftas att lägga grunden för förpliktelsers uppkomst i det nutida samhället, och att visa på dess starka förankring i den nordiska rätten, och dess obefogade ställning såsom alltför abstrakt. Det därpå följande kapitlet (6) diskuterar kring huruvida en successivitetsmodell de facto rör sig inom ramarna för den nordiska avtalslagen eller att det i vart fall är otillräckligt att

bibehålla den nuvarande avtalsrättsliga regleringen. Gränsdragningsproblematiken som uppstått mellan det prekontraktuella och det kontraktuella skedet förs härmed fram i syfte att visa på hur otillräcklig sanktionskatalogen är för att kompensera parter för motparts illojala och klandervärda beteende, men också hur svårt det är att dra en tydlig gräns häremellan. Såsom avslutning, för att illustrera och ge perspektiv kring ett tänkbart framtida rättsläge och utformningen av en successivitetsmodell, redogörs i en avslutande del (7) för UNIDROIT Principles. Härigenom avses att avdramatisera den annars så problembaserade debatt som förs inom den svenska doktrinen kring att ta steget mot en verklighetsförankrad avtalsmodell, som visserligen har en annorlunda utformning men som egentligen inte är vare sig främmande för den svenska rättstillämparen eller för de avtalsrättsliga grundtankarna.

## 2 Avtalsmodellen i förändring

Det torde anses vara en självklarhet att avtalsrätten måste utvecklas så att den speglar hur avtal i realiteten ingås. En avtalslag som inte är förankrad i det praktiska livet medför att det uppstår en stor rättsosäkerhet där parternas förväntan på rättstillämparen inte bemöts. Den dominerande uppfattning inom rättsvetenskapen är dock att det handelsbruk som kommit att etablerats i affärlivet sedan avtalslagens tillkomst är så avlägsen den traditionellt förespråkade anbud – acceptmodellen att det anses vara meningslöst att genomföra rättsliga resonemang kring denna utifrån avtalslagens terminologi. Det har med andra ord uppstått en slags konflikt mellan hur avtal i realiteten uppkommer och hur avtalsrätten är utformad, varpå det måste ifrågasättas om avtalslagens modell kan rättfärdigas såsom tillräcklig och adekvat. I detta kapitel introduceras denna problematik genom en redogörelse för karaktäristika och utmärkande faktorer kring hur kommersiella samarbetsavtal numera ingås och förstås av aktörer på marknaden i kontrast med de traditionella svenska avtalsrättsliga ramarna. Härutöver kommer närmare att presenteras kring tankar om att en ny avtalsmodell tagit form i det praktiska affärlivet, och att det numera finns starka åsikter inom nordisk doktrin avseende krav på en reform i syfte att anpassa sig härtill.

### 2.1 En otidsenlig avtalslag

Avtalslagen fick högt anseende bland svenska jurister och blev betraktat som ett framstående och modernt lagverk vid dess tillkomst.<sup>8</sup> Möjligen är detta anledningen till att så få förändringar och tillägg gjorts av avtalslagen sedan dess. Det var nämligen först 1976 som lagen kom att förändras mer än redaktionellt genom införande av den stora generalklausulen i 36 § och de följdändringar som paragrafen medförde. Den svenska avtalslagen har följaktligen mer eller mindre kvarstått oförändrad i snart ett sekel, vilket har varit föremål för skarp kritik i nordisk doktrin under många år.<sup>9</sup> I ett omnämnt uttalande deklarerar Grönfors härmed att avtalslagen är att jämföra med en ruin.<sup>10</sup> Jan Ramberg och Christina Ramberg kommenterar detta uttalande och konstaterar att detta är en lämplig beskrivning mot bakgrund av avtalslagens innehåll i det moderna samhället. De förklarar att lagen visserligen fyllde sin funktion vid dess tillkomst, men att den med tiden har blivit allt svårare att förstå och använda.<sup>11</sup> Så som nuläget ser ut anser de att avtalslagen enbart lyckas täcka fragmentariska delar av den problematik som kan uppkomma.<sup>12</sup> Frågan om att se över avtalslagen var de facto uppe till diskussion redan vid 1966 års nordiska juristmöte i

---

<sup>8</sup> Grönfors, K, *Avtalslagen*, s. 13.

<sup>9</sup> *Ibid.* s. 13.

<sup>10</sup> Uttalande av Kurt Grönfors, återberättat av Johansson och Ramberg i SvJT 2005 s. 1120.

<sup>11</sup> Ramberg, C, Ramberg, J, *Allmän avtalsrätt*, s. 23.

<sup>12</sup> *Ibid.*

Stockholm, där föredragande i frågan Folke Schmidt klargjorde sin ståndpunkt att en reformering måste ske.<sup>13</sup> Mot bakgrund av den internationella lagstiftningen och samhällets utveckling i övrigt har det även diskuterats kring en mer genomgripande reform av avtalslagen inom Norden,<sup>14</sup> vilket särskilt kom till uttryck i samband med avtalslagens 90 års dag<sup>15</sup>. I syfte att uppmärksamma årsdagen sammanställdes en skrift, ”Avtalslagen 90 år”, av framstående nordiska jurister med målet att ”belysa och kommentera avtalslagen och den rättsutveckling som skett i dess hägn”<sup>16</sup>. I dess inledande del görs ett tydligt och påtryckande avstamp mot en förändring av avtalslagen, där Ole Lando för fram att inget land har varit så stolt över sin avtalslag eller haft så höga tankar om dess utformning som de nordiska länderna, vilket på intet sätt är beundransvärt med tanke på den övriga rättsutvecklingen i världen.<sup>17</sup> Lando argumenterar istället för en ny avtalsrättslig reglering som enligt hans förmenande med fördel skall bestå av såväl en allmän del som en internationell sådan.<sup>18</sup> Genom konstruktiv argumentation diskuterar Lando avtalslagens lydelse genom att hänvisa till och jämföra med de stora internationella regelverken CISG och UNIDROIT Principles, i syfte att belysa konkreta ändringar och förbättringar som enligt hans mening borde genomföras<sup>19</sup>.

Den rådande kritiken mot avtalslagens otidsenlighet skall inte förstås som att den höga status som avtalslagen fick och har haft under tiotals år inte har varit befogad per se. Enligt Adlercreutz var lagstiftningen mogen vid den tid då den stiftades och var vad man rimligen kunde enas om inom de nordiska länderna vid detta skede.<sup>20</sup> Agell – Malmström anser vidare att avtalslagen ännu skall anses vara av relativt hög kvalitet.<sup>21</sup> Möjligen är detta en följd av att avtalslagen inte åsyftades att vara uttömmande även om den infördes i syfte att utgöra det centrala civilrättsliga instrumentet på förmögenhetsrättens område.<sup>22</sup> Författarna var medvetna om att det fanns andra typer av avtalsslut än den anbud- acceptmodell som utformades i avtalslagen, och att det därför ansågs nödvändigt att ge utrymme för dessa inom lagens ramar. Av stor betydelse som ett led i detta är att avtalslagen är dispositiv och därför inte avser att strikt reglera affärsmässiga relationer, eller att på annat sätt förändra handelsbruk och sedvänja som utformats inom en marknad eller mellan parter. Om det finns ett etablerat förfarande för avtals uppkomst kan således detta, i vart fall enligt teorin, träda före avtalslagens bestämmelser. Det är dock viktigt att påpeka att lagen inte ger uttryck för att partsbruk kan ersätta lagens regler om hur avtalsbundenhet

---

<sup>13</sup> Schmidt, F, *Bör de nordiska avtalslagarna revideras?*, s. 182 ff.

<sup>14</sup> Grönfors, K, *Avtalslagen*, s. 13.

<sup>15</sup> Avtalslagen firade 90 år i Sverige år 2005 efter antagande av lagen 1915.

<sup>16</sup> Flodgren, B; Gorton, L; Lindell- Frantz, E; Samuelsson, P, *Avtalslagen 90 år*, s. 11.

<sup>17</sup> *Ibid.* s. 16.

<sup>18</sup> Flodgren, B; Gorton, L; Lindell- Frantz, E; Samuelsson, P, *Avtalslagen 90 år*, s. 17.

<sup>19</sup> Se s. 15-26.

<sup>20</sup> Adlercreutz, A, *Avtalsrätt I*, s. 33.

<sup>21</sup> Agell, A – Malmström, Å, *Civilrätt*, s. 93.

<sup>22</sup> Se t.ex. FB kap. 6, 9 och 11, FAL 4-10 §§, KommL 5 §, HagL 18 §, JB 4 kap., AVLK, AVLN, KtjL, KkrL, 1924 års lag m. fl.



uppkommer.<sup>23</sup> Mot bakgrund av ovan kan tyckas att avtalslagen torde utgöra ett flexibelt och dynamiskt instrument, där den rådande rättsutvecklingen borde kunna innefattas. Problematiken illustreras träffande av Kai Krüger som påpekar att domstolar visserligen i många fall kan förädla lagens lösningsscheman i ljuset av dagens samhälle, men att det finns en smärtgräns för hur långt de kan töja avtalslagens regler genom att hänvisa till avtal, handelsbruk eller annan sedvänja innan tolkningen övergår i ett avtalsrättsligt kaos.<sup>24</sup>

## 2.2 Konflikt med avtalslagens modell

Den övergripande konflikten som uppstått med verkligheten och avtalslagens utformning är avsaknaden av reglering avseende de rättsliga problem som domstolen i praktiken oftast ställs inför. Dessa centrala spörsmål är frågan om när en enskild rättshandling är dispositiv, och vidare i vilket skede under förhandlingarna parter uppnått en sådan konsensus kring avtalsinnehållet att en bundenhet kan sägas ha uppkommit dem emellan.<sup>25</sup> Kai Krüger anför härav att avtalslagen visserligen är det gällande regelverket per se, men att den säger lite om verkligheten och att den inte längre kan anses stå i förgrunden för nytänkande, inte minst med tanke på att det inte finns några tolkningsregler att tillgå.<sup>26</sup>

Avtalslagens regler är formade utifrån att förhandlingsprocessen mellan parter som avser att ingå avtal med varandra är relativt snabb och enkel. Härigenom antas parterna ha en begränsad kontakt med varandra innan slutligt avtal ingås, och att processen i övrigt saknar nämnvärd komplexitet. I huvudsak antas parterna initialt utbyta ett anbud mot en accept som antingen innebär ett nytt anbud i lagens mening, eller som medför en absolut bundenhet mellan parterna genom att till fullo acceptera den ursprungliga offerten. Ett andra viktigt karaktäristika med avtalslagen är att avtalsmodellen är utformad efter att parter på ett naturligt sätt övergår från ett förhandlingsskede till en ”rättslig disposition” där avtal slutligen ingås. Med detta menas att avtalslagens utgår från att det är en tydlig skiljelinje mellan det att parterna förhandlar kring avtalet, och det faktiska upprättandet och undertecknandet av det slutliga avtalet som traditionellt anses vara avgörande för förpliktelsers uppkomst. Anbud-acceptmodellen är härmed uppbyggd utifrån att samtliga skyldigheter uppstår vid en specifik tidpunkt, det är en modell som förespråkar en ”allt eller inget princip”. De moderna avtalsförhandlingarna vid kommersiella avtal är istället av mer eller mindre långdragen och komplicerad natur. De flesta förhandlingsprocesser är föremål för oerhört kostsamma och omfattande diskussioner och förberedelser. I det moderna samhället finns ett mångfacetterat spann av avtalstyper med skilda syften där olika varianter av

---

<sup>23</sup> Flodgren, B; Gorton, L; Lindell- Frantz, E; Samuelsson, P, *Avtalslagen 90 år*, s. 80.

<sup>24</sup> *Ibid.* s. 62.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> *Ibid.*

avtalsslut ter sig mest lämpligt.<sup>27</sup> Det finns långa förhandlingar som varar i månader och andra som enbart tar ett fåtal veckor eller ett par dagar.<sup>28</sup> Om parterna har haft ett långt samarbete sedan tidigare kan man anta att det uppstår mindre komplikationer vid upprättandet av ett nytt avtal, där det redan finns ett etablerat förtroende dem emellan som skapar en effektiv och mindre omständlig förhandling. Skulle parterna istället vara helt främmande för varandra i en avtalssituation och skulle föremålet för förhandlingarna vara av betydande natur kan man förvänta sig att förhandlingarna föregås av omfattande förberedelser, dokumentation och undersökningar.

Den allmänna nutida uppfattningen inom den nordiska doktrinen är att kommersiella aktörer inte överhuvud längre följer avtalslagets modell under förhandlingsprocessen. Doktrinen talar istället om en avtalsprocess som kan delas in i olika skeden.<sup>29</sup> Lehrberg anser att avtalsförhandlingar genomgår fyra olika stadier; undersökningsskedet, förhandlingsskedet, rättslig disposition och fullgörelseskedet.<sup>30</sup> Enligt Lehrberg kan dessa stadier alltid urskiljas från en förhandlingsprocess, men bör givetvis variera i längd och omfattning beroende på det enskilda fallet. Undersökningsskedet utgör den tid som parterna ägnar sig åt att kartlägga vilka som kan vara potentiella avtalsparter.<sup>31</sup> Lehrberg utvecklar inte detta närmare men utifrån övrig doktrin torde detta skede även inkludera de undersökningar och efterforskningar som parter gör för att utröna om den potentiella motparten utgör en lämplig avtalspartner. Det är under det så kallade förhandlingsskedet som parterna successivt kommer att precisera avtalet allt mer, och där de så småningom enas om de olika punkterna som slutligen kommer att utgöra det kompletta avtalet. Vid denna punkt övergår förhandlingsskedet till att istället bli en rättslig disposition där avtal sluts, förklarar Lehrberg.<sup>32</sup> Till skillnad från hur avtalslagets modell är konstruerad, är det snarare regel än undantag att de kommersiella avtalsformerna inte genomgår dess skeenden enligt en given tidslinje, utan att de olika skeendena kan gå in i varandra. En part kan exempelvis redan påbörja det slutliga skedet, fullgörelseskedet, innan förhandlingarna avslutat, och ibland lämnas vissa delar av avtalet tillsvidare därhän så att båda parter kan börja agera. När avtalsskeenden på detta sätt inte längre följer den ”logiska tidslinjen” uppstår det, enligt min perception, en konflikt med avtalslagets regler kring frågan om när förpliktelser egentligen uppkommer mellan parter. Från en objektiv helhetsbedömning torde det kunna konstateras att avtalsförhandlingarna ger upphov till att särskilda förpliktelser uppkommer mellan parterna under förhandlingarnas gång. Det finns inget specifikt anbud som besvaras med en ren accept, utan parterna kommer successivt överens om åtaganden som skall gälla dem emellan.

---

<sup>27</sup> Agell, A - Malmström, Å, *Civilrätt*, s. 97.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Grönfors, K, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 65, Gorthon. Lars, *Shipping and contracting* (1983, Acta Societas Juridicae Lundensis 55) s. 31 ff.

<sup>30</sup> Lehrberg, B, *Avtalsrättens grundelement*, s. 109.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Ibid.

## 2.3 Den nya förhandlingsordningen

Avtalsparter kan fritt disponera över avtalsförhandlingarna, varken nationell eller internationell reglering föreskriver en särskild förhandlingsordning som parterna måste rätta sig efter. Följaktligen kan man förvänta sig ett spektrum av olikartade typer av förhandlingar som föregår ett avtal beroende på de omkringliggande omständigheterna, sedvana och handelsbruk. Denna möjlighet kan förefalla ytterst fördelaktigt och kanske även nödvändigt för parter vid ingående av avtal. I och med att den nutida avtalsmodellen inte speglar den avtalsmodellen som följs i praktiken, medför dock denna partsfrihet att det skapas vissa juridiska svårigheter vid de situationer då det uppkommer en tvist det uppstått bundenhet mellan parter.

Min uppfattning av rättsläget är att avsaknaden av en relevant avtalsmodell medför att domstolarna på ett påtagligt sätt saknar en rättslig mall att rekonstruera händelseförloppet kring. När de skall avgöra om det har uppstått avtalsbundenhet mellan parterna måste domstolen i efterhand tolka händelseförloppet och formulera detta i form av anbud och en accept i avtalslagens mening. Hellner diskuterar denna problematik genom att presentera avtalsrätten ur ett partsperspektiv och ett domstolsperspektiv.<sup>33</sup> Med partsperspektivet avser Hellner den inställning och de förutsättningar som föreligger för parterna då de förhandlar. Med detta kan förstås att parterna troligen tenderar att ta det säkra före det osäkra under förhandlingarna och är mindre noga kring detaljer och hur deras agerande kan uppfattas. I litteraturen konstateras även att personer i denna situation inte tänker i termer av rättslig bundenhet.<sup>34</sup> Enligt Karlgren är parterna snarare helt omedvetna om den juridiska betydelsen av deras handlingar under förhandlingsskedet. Han menar att parternas handlingar och uttalanden istället är ett sätt att närma sig målet att uppnå någon slags vinning.<sup>35</sup> Från detta bör man kunna sluta sig till att det snarare är ekonomiska och sociala aspekter som styr parterna i förhandlingsskedet än övervägningar kring den juridiska betydelsen av deras ageranden. Oavsett vad som väger tyngst för en part i en förhandling är det enligt Hellner i vilket fall klart att rättsreglerna enbart är en av många faktorer som påverkar parternas handlande.<sup>36</sup> Domstolsperspektivet är ett helt annat, förklarar Hellner vidare. Deras inställning vid en uppkommen tvistighet är att klargöra den rättsliga aspekten på det som skett och vad som är gällande rätt avseende den givna situationen.<sup>37</sup> Domstolens perspektiv är härigenom det omvända från partsperspektivet, då de i efterhand sätta rättsliga rekvisit på det som skett mellan parterna medan partsperspektivet hänför sig till den affärsmässiga relation parterna hade vid ett prekontraktuella skede.

---

<sup>33</sup> Hellner, J, *Kommersiell Avtalsrätt*, s. 24.

<sup>34</sup> Svensson, O, *Viljeförklaringsbegreppet*, del 6.

<sup>35</sup> Karlgren, H, SvJT 1969 s. 199 ff.

<sup>36</sup> Hellner, J, *Kommersiell avtalsrätt*, s. 11.

<sup>37</sup> Ibid.

## 2.4 En nykonstruktion av avtalsmodellen

Den framställda konflikten mellan avtalslagens utformning och de karaktäristika som numera utmärker de rådande kommersiella avtalsförhandlingarna har givit upphov till stark kritik inom den nordiska doktrinen. En ny avtalsmodell har förespråkats som baseras på handelsbruk och som tar avstånd från den traditionella synen på avtals uppkomst i termer av anbud och accept. I det följande redogörs i korta drag för denna diskussion och rättspolitiska överväganden som den omges utav. Härutöver kommer huvuddragen i en ny förhandlingsmodell att presenteras såsom grund för den fortsatta framställningen. Notera att modellens närmare utformning och grunder kommer att diskuteras och utmålas löpande i denna uppsats, för att avslutningsvis exemplifieras i skrift med hjälp av bestämmelserna i UNIDROIT Principles.

### 2.4.1 Allmänna överväganden

Det finns givetvis såväl positiva som negativa aspekter på en avtalslag som tillåter att parter blir bundna av ett avtal innan det formellt ingås.<sup>38</sup> Lehrberg påpekar att det kan vara en nödvändig förutsättning för parter att överhuvud inleda förhandlingar att de inte riskerar att bli bundna på ett förhandlingsstadium. Det är också enligt min uppfattning rimligt att det skulle uppstå en stor skepticism och ängslan till att inleda förhandlingar om dessa medförde en absolut bundenhet. Resultatet skulle troligen bli att det skapades en tröghet på marknaden med krav på kontinuerliga avstämningar kring att avtal ännu inte ingåtts och att bundenhet inte uppstått. En sådan situation skulle utan tvivel vara till nackdel för ett väl fungerande samhälle. Frågan som måste ställas är dock om detta inte enbart är en konsekvens av en extrem tillämpning av förekomsten av en successiv bundenhet mellan parter. Den bundenhet som förespråkas är nämligen inte absolut i den bemärkelsen att den medför en plötslig och oväntad bundenhet. Den successiva bundenhet som diskuteras avser avtalsförhållanden som fördjupas i en stegvis process och som därigenom på ett för parterna naturligt och märkbart sätt skapar förpliktelser och bundenhet dem emellan.

Skepticismen gentemot en successiv avtalsingåelse grundas även i uppfattningen att kommersiella aktörer skall kunna bära sin egen risk under förhandlingsskedet. Det anses orimligt att en part skall vara berättigad en försäkran och förpliktelse om slutligt avtal enkom av den anledningen att en part tagit stora risker under förhandlingsskedet. Ett motargument till detta är att det under vissa omständigheter vid kommersiella avtalsförhållanden kan uppfattas som otillbörligt och oetiskt att rättsordningen inte förespråkar att bindande avtal skall anses ha uppstått eller ingåtts mellan parter. En typisk situation är att part påbörjat fullgörelsen av sina avtalade åtaganden innan avtalet slutligen undertecknats.<sup>39</sup> Exempelvis kan parten ha beställt delar

---

<sup>38</sup> Lehrberg, B, *Avtalsrättens grundelement*, s. 107.

<sup>39</sup> Ramberg, C, Ramberg, J, *Allmän avtalsrätt*, s. 96.

inför tillverkning så att produktionen kan vara ingång när leveransdatum måste ske.<sup>40</sup> Detta kan förefalla vara en onödigt stor risk, men det är dessvärre en nödvändighet vid vissa transaktioner för att avtalet överhuvud skall kunna fullföljas. En annan omständighet som kan tyckas påkalla en rättslig bundenhet, är att parterna gentemot varandra eller utomstående agerat på ett sådant sätt som indikerar att de anser sig bundna av det aktuella avtalet.<sup>41</sup> Om en part på detta sätt känner sig tillförsäkrad att avtal kommer att ingås kan denna ådra sig stora omkostnader genom att exempelvis påbörja marknadsföring eller att avböja andra erbjudanden. Det finns även andra situationer där part är beredd att ta stora risker innan avtal slutligen undertecknats. En sådan omständighet kan vara att parterna redan är kända för varandra och att de tidigare ingått avtal avseende motsvarande typ av transaktion. Under dylika förhållanden är det troligt att en part presumerar att avtal kommer att ingås om förhandlingar påbörjas och att de därför vågar ta fler risker innan avtal undertecknats.

## 2.4.2 Diskussionen inom nordisk doktrin

**Lennart Vahlén** var tidig att uttrycka att avtalslagen hade förlorat sin dominans även inom de områden där den var direkt tillämplig.<sup>42</sup> Redan under 60-talet markerade han och tog ställning för att det har utvecklats modeller utanför avtalslagen inom den nordiska avtalsrätten som skiljer sig från den traditionella, med ett anbud och en överensstämmande accept<sup>43</sup>. Han resonerade för att dessa modeller var så komplexa och avlägsna från avtalslagens modell att de borde uppmärksammas som självständiga fenomen, då de inte längre kunde tolkas in i avtalslagens enkla mönster.<sup>44</sup> Han ansåg vidare att det inte längre var möjligt att bortse från denna utveckling då dessa modeller fått en så stark förankring i det praktiska livet. Den rådande tendensen att istället tolka in dylika modeller inom ramen för den inarbetade dispositiva avtalslagen kritiserades hårt, och ansågs ge upphov till att domstolen förlorade parternas egentliga avsikter och ”på ett konstlat sätt hämma rättsreglernas fortbildning och nyansering”.<sup>45</sup>

**Kurt Grönfors** diskuterar kring lagens räckvidd och den utveckling som har skett sedan lagens tillkomst i sin kommentar till avtalslagen, och fastställer att lagen enbart är direkt tillämplig på en smal sektor av det kommersiella livet idag.<sup>46</sup> Enligt Grönfors är det inte tillräckligt att avtalslagen hänvisar till handelsbruk och sedvänja för den typen av avtalsmodeller som uppkommer idag. Det förekommer nämligen så kraftiga avvikelser från den etablerade förståelsen av lagens modell, anser han, att avtalslagen skulle sprängas i sin elasticitet om de skulle anses kunna

---

<sup>40</sup> Lehrberg, B, *Avtalsrättens grundelement*, s. 106.

<sup>41</sup> Ramberg, C, Ramberg, J, *Allmän avtalsrätt*, s. 96.

<sup>42</sup> Vahlén, L, *Om slutande av avtal*, s. 358.

<sup>43</sup> Ibid. s. 386.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Vahlén, L, *Om slutande av avtal*, s. 358.

<sup>46</sup> Grönfors, K, *Avtalslagen*, s. 32.

innefattas av den.<sup>47</sup> I vissa fall blir påfrestningarna på lagmodellen så stora, fortsätter Grönfors, att ”resultatet blir närmast groteskt” när man försöker använda avtalslagens terminologi.<sup>48</sup> Grönfors verkar enligt min mening vara av uppfattningen att det snarare är sedvänjan och handelsbruket som utgör den dominerande avtalsrätten idag än vår avtalslag, och att den lag som finns snarare reglerar undantagssituationerna.

Den dominerande inställningen bland övriga nutida svenska rättsvetenskapsmän verkar vara i enlighet med Vahléns och Grönfors inställningar. **Jan Hellner** uttrycker härmed att anbud-acceptmodellen är förvånansvärt seglivad mot bakgrund av den utvecklingen som varit sedan avtalslagens tillkomst.<sup>49</sup> Liksom Vahlén förklarar Hellner att detta varit möjligt genom att domstolen har valt att tolka in nya modeller och avtalsrättsliga företeelser utifrån avtalslagens begreppsterminologi istället för att följa utvecklingen genom att utforma nya regleringar.<sup>50</sup> Det uttrycks vara ytterst märkligt att vare sig lagstiftaren eller domstolen haft en tanke på att en mer självständigt och praktikorienterad avtalslag hade medfört en mer begripligare reglering.<sup>51</sup> För **Axel Adlercreutz** framstår det som fullständigt uppenbart att det finns fler sätt att ingå avtal på än vad som följer av avtalslagens modell och ifrågasätter härmed om det ens är realistiskt att tala i termer av denna avtalsmodell i vissa fall.<sup>52</sup> Adlercreutz befarar härmed att det finns risk för att anta att rättstillämparen givit avtalslagen större genomslagskraft än vad som kan tänkas ha avsetts.<sup>53</sup>

**Christina Ramberg och Jan Ramberg** understryker ovanstående uttalanden och fastställer att det är omöjligt att erbjuda en enkel lösning på en avtalskonstruktion, mot bakgrund av de många olika sätt som avtal kan uppkomma under så skilda förhållanden.<sup>54</sup> De påpekar särskilt att den praktiska verkligheten mellan parter som är i förhandlingar står i problematisk kontrast till den tekniska uppbyggnad som avtalslagens modell bygger på avseende frågan när bundenhet uppstår mellan parter. Det anses bli juridiskt- tekniskt svårt att pressa in alla de viljeförklaringar som utväxlas under dylika förhandlingarna i den nuvarande lagens modell.<sup>55</sup> Frågan om vilka av de avgivna avtalsförslagen som utgör anbud och accept enligt avtalslagens konstruktion blir vad Ramberg & Ramberg benämner ”verklighetsfrämmande” för aktörer på den kommersiella marknaden.<sup>56</sup> Mot bakgrund av detta förespråkar de en annan avtalsmodell som istället utgår från om parterna rent objektivt agerat på ett sådant sätt att avtal kan anses ha kommit till stånd. Detta är enligt Ramberg & Ramberg både mer i enlighet med moderna internationella konventioner och i linje med hur parterna

---

<sup>47</sup> Ibid. s. 35.

<sup>48</sup> Ibid. s. 34.

<sup>49</sup> Hellner, J, *Avtals- och köprätt under 1900-talet*, s. 757.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Ibid. s. 758.

<sup>52</sup> Adlercreutz, A, *Avtalsrätt I*, s. 47.

<sup>53</sup> Adlercreutz, A, *Strövtåg i avtalsrätten*, s. 3.

<sup>54</sup> Ramberg, C - Ramberg, J, *Allmän avtalsrätt*, s. 112.

<sup>55</sup> Ramberg, C - Ramberg, J, *Allmän avtalsrätt*, s. 96.

<sup>56</sup> Ibid.

uppfattar bundenhetens uppkomst.<sup>57</sup> Den rättsliga problematiken som detta medför är enligt Ramberg & Ramberg att bundenheten rent ”förhandlingspsykologiskt” anses uppkomma på ett visst sätt, nämligen genom en successiv process där det allt eftersom parternas förhandlingar blir mer ingående uppfattas som svårare att träda ur förhandlingarna utan någon vettig anledning.<sup>58</sup> Som framgått är dock den rättsliga verkligheten emellertid en annan, kritiserar Ramberg & Ramberg. Enligt avtalslagen uppkommer bundenheten direkt eller aldrig, fortsätter de, ”antingen är man bunden eller också inte”.<sup>59</sup>

**Geir Woxholt** är öppet mycket kritisk till avtalslagens modell. Han menar att tanken på två sammanfallande förklaringar i form av anbud och accept inte ger en korrekt bild av hur avtal ingås idag, särskilt inte mellan kommersiella parter.<sup>60</sup> Enligt Woxholt har lagen blivit omodern av naturliga skäl eftersom den är anpassad efter den handelsrättsliga situation så som den såg ut vid dess tillkomst. Idag är det emellertid andra handelsrättsliga principer och regler som gäller för kommersiella avtal. Som en följd av detta finns det ingen lämplig reglering kring bundenhetsfrågor konkluderar Woxholt. Han föreslår att doktrin skall skifta fokus från den gamla begreppsapparaten till att rikta in sig på avtalsformerna utanför avtalslagen.<sup>61</sup> Detta anser han vara nödvändigt för att följa utvecklingen och den problematik som uppstår på grund av den konflikt som uppstått med dagens reglering och verkligheten. Den juridiska infallsvinkeln vid avtalssituationer kan inte längre kretsa kring partsutsagor och parts vilja utan från om bundenhet uppstår mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet. Härigenom anpassar man doktrin och reglering till processen med föravtal och förhandlingar som används idag menar han, och som är användbart för praktiker.<sup>62</sup> Mot bakgrund av detta förespråkar Woxholt att det skall vara möjligt att tillämpa andra kriterier än anbud – accept modellen vid fråga om bundenhet under omständigheter där detta förefaller mer lämpligt. Exempelsituationer skulle enligt Woxholt vara vid passivitet och sådana avtalsslut som sker genom omfattande och täta förhandlingar.<sup>63</sup> Detta må ställa sig utanför avtalslagens ramar, men inte utanför de avtalsrättsliga grundstenarna, menar Woxholt. Det finns nämligen en betydande mångfald av bedömningsgrunder bakom alla regelverk, förklarar han, och dessa måste kunna beaktas tillsammans och väga olika tungt och ha skild relevans beroende på omständigheterna i det enskilda fallet.<sup>64</sup>

Finske **Lars Erik Taxell** är en stark förespråkare av att rättsordningen skall vidareutveckla den nordiska avtalsmodellen och acceptera ytterligare avtalsmekanismer som står något utanför den traditionella avtalsramen.

---

<sup>57</sup> Ramberg, C - Ramberg, J, *Allmän avtalsrätt*, s. 96-97.

<sup>58</sup> *Ibid.* s. 97.

<sup>59</sup> *Ibid.* s. 96-97.

<sup>60</sup> Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 123.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> *Ibid.* s. 124.

<sup>63</sup> Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 92.

<sup>64</sup> *Ibid.*

Även Taxell vill vända på den grundläggande rättsliga frågeställningen kring bundenhetens uppkomst. Han menar att man ska fråga sig vilka typer av förfaranden eller fakta som kan ge upphov åt avtal och bestämma avtalens innehåll.<sup>65</sup> Taxell menar härmed att rättsordningen skall fokusera på omständigheter som kan rättfärdigas att utgöra grund för bindande avtal. Till skillnad från Ramberg & Ramberg verkar Taxell således fokusera mindre på parternas agerande i det enskilda fallet och vill istället sträva efter att sätta upp mer klara riktlinjer. Genom att på detta sätt frigöra sig från avtalslagens strikta och enhetliga modell ger man möjlighet till en mångfald på avtalsrättens område. Taxell förespråkar att rättsordningen skall erkänna att avtalsbundenhet inträder så fort tillräckligt starka skäl föreligger. Det är, menar han, att godkänna nya avtalsmekanismer som ”fyller behov framkallade av ekonomisk utveckling och tekniska nydaningar”.<sup>66</sup>

### 2.4.3 ”Förhandlingsavtal”

Det är oklart hur långt begreppsterminologin som följer av anbud-acceptmodellen kan tillämpas på dessa nya modeller och när de istället övergår till att innefattas av lagens hänvisning till handelsbruk och sedvänja. Situationen har givit upphov till att de nya ”särskilda former av avtalsslut”<sup>67</sup> fått en mer eller mindre oklar ställning inom den svenska avtalsrätten. Vissa av dessa avtalsmodeller har upphöjts till praxis och således blivit en del av avtalslagen, medan andra har etablerats genom att diskuteras i termer av anbud och accept. Gemensamt för dessa avtalsformer är att de inte har ansetts strida mot den klassiska anbud-accept modellen, då det menats att de har sin grund i viljeförklaringsbegreppet och den tillitsteori som är i enlighet med den nordiska avtalsrätten<sup>68</sup>. Det finns således ett antal modeller som så att säga har kommit att inkorporerats i avtalsrätten på olika sätt allt eftersom dessa erkänts som etablerade avtalsmodeller som varit förenliga med de avtalsrättsliga grunderna. Utvecklingen inom avtalsrätten och de kommersiella affärsförhållandena har detta föranlett att ytterligare former av avtalsslut har aktualiserats inom avtalsrätten som inte har motsvarande teoretiska förankring, vilket givit upphov till en avtalsrättslig gråzon inom Norden. Nordisk doktrin verkar dock, såsom framgått ovan, någorlunda ense om att denna typ av avtalsslut gör det omöjligt att resonera i termer av anbud och accept, och att de följaktligen faller utanför avtalslagen. Niclas Arvidsson och Per Samuelsson har gjort gemensam sak och diskuterat kring dessa avtalsmodeller. De fastslår härmed att det uppstått en intressant problematik då avtalslagens modell baseras på viljeförklaringar, men samtidigt tillerkänner avtalsmekanismer som faller utanför avtalslagens mönster.<sup>69</sup> Arvidsson och Samuelsson vill introducera att dessa nykonstruktioner av en avtalsmodell präglas av en inställning att parter, mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet, ”får anses ha

---

<sup>65</sup> Taxell, L. E, *Avtalsrätt – bakgrund, sammanfattning, utblick*, s. 48.

<sup>66</sup> Ibid. s. 49

<sup>67</sup> Lehrberg, B, *Avtalsrättens grundelement*, s. 97

<sup>68</sup> Se mer härom i del 3

<sup>69</sup> Flodgren, B; Gorton, L; Nyström, B; Samuelsson, P, *Vänbok till Axel Adlercreutz*, s. 11.



avtalat” vad part med fog har uppfattat.<sup>70</sup> Geir Woxholt menar att dessa *förhandlingsavtal* är den dominerande tidstypiska avtalsformen för kommersiella avtal idag.. Även om det ännu finns situationer som medför att anbud–acceptmodellen är tillämpbar utgör dessa snarare ett undantag och är ytterst opraktiskt, menar han.<sup>71</sup> Till skillnad från avtalsmodellen växer dessa avtal fram successivt och får sitt innehåll allt eftersom tiden går, förklarar Woxholt, och menar på att parterna slutligen når en punkt då avtal måste anses ha uppkommit. När avtalet tillkommer på detta sätt anser Woxholt att det är vanskligt och näst intill omöjligt att urskilja vad som är anbud och vad som är accept och urskiljer tre särskilda besvärande omständigheter:

- Avtal kan slutas på olika stadier, såväl i ett tidigt skede vid undersökningen som under mitt i förhandlingsprocessen och senare i processen vid själva fullgörandet, till skillnad från avtalslagens modell
- Båda parternas ensidiga viljeförklaringar i regel är beroende av att parterna kommer överens om andra omkringliggande faktorer för att de skall ses som samstämmiga enligt avtalslagen
- Parterna väljer ofta att förhandla fram huvudpunkterna först och lämna detaljerna till ett senare skede, istället för att vid en och samma tidpunkt upprätta ett dokument över deras samstämmighet.<sup>72</sup>

Under de omständigheter som härigenom föregår ingåendet av ett avtal mellan kommersiell parter uppkommer en hel del frågeställningar som inte avtalslagens modell kan besvara, menar Woxholt; Kan part hävda att avtal inte ingåtts med hänvisning till att de inte kommit överens om alla punkter? Inträder en slags successiv bindning under processens gång, eller måste parterna markera bundenhetens inträde tydligt? I grunden ligger emellertid givetvis den rättsliga frågan om när parterna skall anses vara så eniga om avtalets innehåll att bundenhet skall anses ha uppstått. Som angivits är emellertid inte avtalslagen baserad på omkringliggande faktorer, vad som skall tillmätas högst relevans och vilka som överhuvud skall beaktas under avtalsförhandlingar. Härigenom illustreras den rättsliga gråzonen tydligt; är den i realiteten så framträdande avtalsingåelsen mellan kommersiella parter idag frånskild rättslig verkan i svensk domstol? I enlighet med vad som framställts ovan står det emellertid klart att den nuvarande avtalslagen inte kan besvara de frågor som härmed uppkommit.

Arvidsson och Samuelssons tidigare framhållna påpekande att vissa avtalsmodeller medför att domstolen får resonera i form av att parter ”får anses ha avtalat”, stämmer enligt min mening väl in på förhandlingsavtalens uppbyggnad där parter successivt träder in vad som måste anses benämnas ett avtalsförhållande. I enlighet med det resonemang som förs av Arvidsson och Samuelsson innefattas inte en förhandlingsmodell av gruppen ”särskilda former av avtalsslut” i och med att den inte följer den klassiska

---

<sup>70</sup> Flodgren, B; Gorton, L; Nyström, B; Samuelsson, P, *Vänbok till Axel Adlercreutz*, s. 28-29.

<sup>71</sup> Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 138.

<sup>72</sup> *Ibid.* s. 138 – 139.

viljeförklaringsmodellen. Istället utgör avtalsmodellen en avtalsanalogi i och med att parter ”får anses ha träffat ett avtal”, varpå dylika avtal borde underkastas samma rättsnormer som om det hade varit fråga om ett äkta avtal i lagens mening.<sup>73</sup> Enligt författarna är således den nu dominerande avtalsmodellen en berättigad form för avtalsslut inom ramarna för avtalsrätten, om än att den sträcker sig utanför avtalslagens terminologi. Till skillnad från den klassiska terminologin ligger förhandlingsmodellens grund i en värderingsbedömning av vad som anses rimligt att ålägga en part, rättsordningen anser med andra ord att en parts beteende bör binda denne vid ett avtal.<sup>74</sup>

## 2.5 Slutsatser och kommentarer

**Dagens kommersiella förhandlingar** följer inte längre avtalslagens anbud-acceptmodell. Medan avtalslagen förespråkar en kort och koncis avtalsprocess, är det snarare regel än undantag att de kommersiella samarbetsavtalen är befattade med en hög komplexitet, och som föregås av omfattande kontakt. Förhandlingsprocessen är inte heller styrd av att det utväxlas ett anbud och en accept som sedermera övergå till fullgörelse. Istället kan de olika stadierna i en partsrelation gå in i varandra eller påbörjas innan den påföljande träder in. När avtalsskeenden på detta sätt inte längre följer den ”logiska tidslinjen” uppstår det, enligt min uppfattning, en konflikt med avtalslagens regler kring frågan om när förpliktelser egentligen uppkommer mellan parter. Från en objektiv helhetsbedömning torde det kunna konstateras att avtalsförhandlingarna ger upphov till att särskilda förpliktelser uppkommer mellan parterna under förhandlingarnas gång. Det finns inget specifikt anbud som besvaras med en ren accept, utan parterna kommer successivt överens om åtaganden som skall gälla dem emellan.

**Avsaknaden av en given förhandlingsordning** eller klart angivna regler kring hur en förhandling skall företas torde medföra inslag av osäkerhet om man är säkrad rent juridiskt. Resultatet blir ett pussel där avtalslagen ligger i centrum som det styrande verktyget för att klargöra rättsläget. Problematiken borde förstärkas ytterligare av att avtalslagen är en förlegat lag som inte speglar den praktiska verkligheten. När den faktiska nutida förhandlingsordningen står i en sådan hög kontrast till regleringen kan det ifrågasättas om regleringen snarare stjälper än stödjer parterna vid en tvist. Även om det troligtvis inte är eftersträvansvärt att reglera parter förhandlingar eller den process som de önskar genomgå så kan det tyckas att den nordiska avtalsmodellen borde skapa utrymme för att den dominerande förhandlingsprocessen skall kunna praktiseras. Så som rättsläget är idag verkar det finnas begränsade juridiska mekanismer som kan användas i syfte att efterkonstruera förhandlingsprocesser mellan aktörer på den kommersiella arenan.

---

<sup>73</sup> Flodgren, B; Gorton, L; Nyström, B; Samuelsson, P, *Vänbok till Axel Adlercreutz*, s. 29.

<sup>74</sup> *Ibid.* s. 30

**Konfliktproblematiken uppkommer** i min mening framförallt i och med att de avtalsmodeller som utvecklats allt eftersom samhällets förändrats kommit att skilja sig så avsevärt från anbud-acceptmodellen, och att de svenska domstolarna i praktiken givit litet utrymme för andra modeller än denna. Under ett sekel har rättstillämparen ansett sig kunnat tolka avtalslagen i ljuset av nutidens avtalsmodeller, avtalslagens begränsade och allmänt hållna regler har ansetts kunna innefatta analogitolkningar och snarlika avtalsmodeller. När detta visserligen kan betraktas som positiva egenskaper i den bemärkelsen att det är eftersträvansvärt med en dynamisk handelsrättslig reglering, kan det samtidigt diskuteras om det inte härigenom uppstått en viss rättsosäkerhet. Är det rimligt att tolka in avtalsmodeller bara för att lagen skall kunna vara tillämplig ytterligare ett sekel framöver, eller är det mer skäligt att utforma en ny som de facto är tidsenlig? Grönfors svar på detta är att ”resultatet blir närmast groteskt” när domstolen på detta sätt tänjer ut avtalslagens egentliga tillämpningsområde. Andra uttalar att det rättsreglernas utveckling hämmas, och att det inte skapas utrymme för fortbildning och nyansering.

**Den dominerande avtalstypen** inom kommersiella avtalsprocesser är den modell som kan sägas föregås av ”förhandlingsavtal”, vilka karaktäriseras av att det går att urskilja ett flertal olika skeenden där avtalsingåelsen växer fram successivt. Trots denna avtalsmodells framträdande roll på marknaden har den en oklar ställning i avtalsrätten, och det har uttalats att det är vanskligt och näst intill omöjligt att urskilja vad som är anbud och vad som är accept i denna process. Dessa besvärande omständigheter har kommit att förstärkas ytterligare genom att handelsbruk och sedvänja fått en underordnad betydelse trots dess erkännande i avtalslagen, vilket har haft till följd att det inte finns tillräcklig förståelse för de mönster som parter agerat ifrån vid tvist inom den svenska domstolen. Enligt Arvidsson och Samuelsson är det snarare som så att det överhuvud inte går att diskutera kring de moderna avtalsmodellerna utifrån den klassiska viljeförklaringsmodellen. Förhandlingsavtal rör sig enligt deras mening, visserligen inom ramarna för avtalsrätten, menar de, men den sträcker sig utanför avtalslagens terminologi. Min uppfattning härav är att *den avtalsmodell som tagit form i dagens samhälle således tenderar att vila på moraliska överväganden snarare än sökandet efter viljeförklaringar, och att avtal kan uppkomma såsom en sanktion och ett resultat av parter agerande.*

**Fokus i den rättsliga diskussionen** kretsar rent allmänt kring att ändra utgångspunkt i den nordiska avtalsrätten, *istället för att fråga vilka eller vilka typer av förfaranden eller fakta som kan ge upphov åt avtal skall fokus istället ligga kring omständigheter som kan rättfärdigas utgöra grund för bindande avtal.* Doktrinen manar härmed till ett nytt och till viss del främmande angreppssätt till avtalsrätten som i min mening förefaller anpassad efter den praktiska verkligheten. Genom att på detta sätt öppna ögonen anser jag, likt Taxells uttalanden, att det kan skapas en högst nödvändig mångfald på avtalsrättens område.

## 3 Avtalsrättsliga grunder

I denna del fokuseras kring att göra en övergripande kartläggning över den svenska avtalsrättens grundläggande principer och den avtalsmodell som traditionellt förespråkas i avtalslagen, i syfte att lägga grunden för en diskussion kring om de avtalsrättsliga ramarna tillåter en alternativ avtalsmodell. Härutöver skall det nordiska avtalsrättsliga samarbetet introduceras då detta givit upphov till ett närmast identiskt lagverk inom nordens, varpå de nordiska regelverken härmed vilar på samma grundläggande rättsprinciper. Det nordiska lagsamarbetet presenteras härmed såsom grund för den fortsatta framställningen avseende de rättsliga ramarna och de möjligheter som finns kring att föra rättsliga resonemang mot bakgrund av en nordisk rätt. I samband härmed ämnas redogöra för de svagheter och styrkor som ligger i avtalslagens grundvalar för att visa på brister i dess utformning och i vilken grad dessa kan fyllas ut av den gemensamma nordiska avtalsrätten.

### 3.1 Det nordiska samarbetet

Den svenska allmänna avtalslagen är ett resultat av ett samarbete inom det nordiska lagstiftningsprogrammet.<sup>75</sup> Samtliga nordiska länder antog lagen under början av 1900-talet där Sverige var först ut 1915 genom *Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*. Resterande nordiska länder kom att anta avtalslagen inom de därpå följande 15 åren; Danmark 1917, Norge 1918 och slutligen Finland 1929<sup>76</sup>. Det väsentliga resultatet av den nordiska samverkan var framförallt upprinnelsen till en utökad handelsrättslig reglering, med en allmän avtalslag som skulle komma att utgöra det centrala förmögenhetsrättsliga instrumentet för samtliga nordiska länder. Därutöver medförde regelverket att det uppstod en gemensam nordisk lagtext som i det väsentliga kom att ha samma lydelse i respektive land,<sup>77</sup> med obetydliga innehållsmässiga skillnader<sup>78</sup>. Likheterna till trots skiljer sig de motiv som ligger bakom respektive lands antagande av avtalslagen. I en analys av samtliga motiv kan utläsas betydande skillnader mellan de nordiska avtalslärorna. Skiljaktigheterna avser på intet vis några detaljer utan ligger i den grundläggande synen och attityden till avtalsläran, vilket även har speglat rättsutvecklingen i respektive land.<sup>79</sup> I en analys av praxis och doktrin inom de olika nordiska länderna kan härmed påvisas tydliga skiljaktigheter i avtalsrättsliga frågor. Svenske professorn Kurt Grönfors konstaterar att det kan tyckas anmärkningsvärt att så skilda uppfattningar om avtalsrättens huvudproblem kan innefattas i en och samma lagtext. Anledningen till att

<sup>75</sup> Grönfors, K, *Avtalslagen*, s. 9-10.

<sup>76</sup> Observera att den finska avtalsrätten inte kommer att beröras närmare i denna uppsats

<sup>77</sup> Grönfors, K, *Avtalslagen*, s. 12, Ussing, *Aftaler*, s. 3.

<sup>78</sup> Grönfors, K, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 22.

<sup>79</sup> *Ibid.* s. 24.

detta varit möjligt anges vara att avtalslagen utformats till förmån för praktiska värderingar framför starkt avvikande ideologier. Grönfors konstaterar att en lagtext behöver vara såväl oprecis som ofullständig för att kunna rymma så skiljaktiga uppfattningar kring avtalsrättens grunder.<sup>80</sup>

Mot bakgrund av ovan kan fastställas att den svenska avtalsrättsliga regleringen vilar på en något oklar grund. Utav detta torde det därför kunna antas vara givet att det främst är positivt för såväl praxis som doktrin att det finns en så omfattande rättskälla som möjligt till grund för rättsliga resonemang. Därutöver borde det enligt min uppfattning vara synnerligen intressant för rättsordningen att analysera den rättsliga utvecklingen utifrån vad som skett i respektive jurisdiktion. Dyliga analyser torde klargöra rättsläget och skapa ett bredare perspektiv över potentiella juridiska lösningar på rättsliga problem. Det är dock svårt att säga hur stor vikt som domstolarna lägger i rättspraxis från de övriga nordiska länderna. Min uppfattning är att det är ovanligt att domstolar beaktar rättsmaterial som inte är av nationellt ursprung, i vilket fall utifrån domskäl att döma. I kontrast härtill kan det uppmärksammas att den nordiska doktrinen tenderar att kontinuerligt hänvisa till nordisk domstolspraxis och doktrin till grund för rättsliga framställningar. Då domstolar ofta tar intryck av doktrinen i sina bedömningar, torde det enligt min åsikt vara möjligt att rättspraxis indirekt har utvecklats med intryck från sina grannländer, även om det verkar föreligga en skepticism inom domstolsväsendet att direkt beakta rättspraxis från övriga nordens domstolar.

## 3.2 "Avtal" per definition

~ Överenskommelse i uppgörelse av bindande art

Svenska akademiens ordlista

Den övergripande frågan i denna framställning kretsar kring frågan om avtalets uppkomst. Det förefaller därmed naturligt att, om än kort, diskutera kring vad ett avtal egentligen är. Faktum är att det saknas en vedertagen definition av begreppet avtal i svensk rätt, lagstiftaren har undvikit att konkretisera begreppet i så väl avtalslagen som annan lagtext. Vidare återfinns ofta relativt svävande och övergripande uttalanden i doktrin som att "avtal är en gemensam beteckning för en mängd företeelser, som till det yttre/.../ kan vara i högsta grad olika".<sup>81</sup>

Av avtalslagens rubrik kan utläsas att avtal anses vara en *rättshandling*<sup>82</sup>. Enligt nationalencyklopedin är en rättshandling en "aktivitet som ger uttryck för en vilja att åstadkomma en rättslig effekt".<sup>83</sup> Begreppet rättshandling diskuteras även i förarbetena till avtalslagen. Härmed uttalar

<sup>80</sup> Grönfors, K, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 24.

<sup>81</sup> Adlercreutz, A, SvJT 1987, s. 493, s.493.

<sup>82</sup> "Lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område"

<sup>83</sup> [http://www.ne.se/jsp/search/search.jsp?h\\_search\\_mode=simple&h\\_advanced\\_search=fals&t\\_word=r%E4ttshandling](http://www.ne.se/jsp/search/search.jsp?h_search_mode=simple&h_advanced_search=fals&t_word=r%E4ttshandling) (2008-09-11, 15:46).

obligationsrättskommitténs att rättshandlingar är *viljeförklaringar* med ”syfte att grundlägga, förändra eller upphäva ett rättsförhållande”<sup>84</sup>. Adlercreutz tolkar detta motivuttalandet som ett poängterande att det är syftet med en rättshandling som är avgörande för ett avtals existens snarare än uppnåendet av detta syfte.<sup>85</sup> Min tolkning härav är att avtal kan ses som ett slags aktivt instrument vari parterna åsyftar att uppnå ett resultat som har rättslig verkan. För att det därutöver skall ses om ett bindande avtal är det av väsentlig betydelse att parten faktiskt avser att ingå vederbörande kontrakt snarare än att avtal upprättas per se. Förenklat bör detta kunna sammanfattas med att ett avtal skall betraktas som en av två parter uppkommen rättshandling som tillkommit genom två sammanstående viljeförklaringar som åsyftar att förändra ett existerande rättsförhållande.

Avslutningsvis skall påpekas att, även om det inte finns en given definition av vad som utgör ett avtal, är det enligt min mening otvivelaktigt så att det råder någon slags konsensus kring vad ett avtal är, representerar och innebär. Otydligheterna kring avtalet som instrument medför emellertid en viss problematik i det praktiska arbetslivet. Även om parter må veta vad ett avtal är i sig självt, innebär detta inte att parterna alltid med säkerhet vet eller är medvetna om när ett avtal faktiskt har ingåtts. Tillkomsten av ett avtal är tvärtemot, som bekant, belastat med en omfattande komplexitet där faktorer som parternas vilja, tillit och förklaring är avgörande vid en juridisk bedömning.

### 3.3 Viljeförklaringsteorin och tillitsprincipen

Generellt sett är avtalslagen utformad på basis av de grundläggande principerna om ett viljeförklaringsbegrepp och en tillitsteori. Dessa baseras i sin tur på *viljeförklaringsteorin*, som är en lära om överförande av rättigheter.<sup>86</sup> Sammantaget innebär detta att avtalslagen vilar på tankar om att rättigheter fritt kan disponeras och överföras genom individens förklaring av sin vilja.<sup>87</sup> I sin renodlade form förespråkar viljeförklaringsteorin att en enskild parts viljeförklaring skall ha avgörande betydelse vid fastställandet av huruvida ett avtal uppkommit mellan parter.<sup>88</sup> Anledningen härtill är att en individs vilja anses utgöra ”ett väsentligt moment i rättsfaktum för rättsföljdens inträde”.<sup>89</sup> Med detta menas att en rättsföljd, i detta fall ingående av avtal, skall vara beroende av att part uttryckt sin vilja att det specifika avtalet avseende de särskilda omständigheterna skall ingås. Med begreppet viljeförklaring avses rättshandlingar i stora drag och av olika slag utan krav på att en part skall använda sig av särskilda ordalag. Det

---

<sup>84</sup> NJA II 1915 s. 232.

<sup>85</sup> Adlercreutz, A, *Avtalsrätt I*, s. 20.

<sup>86</sup> Svensson, O, *Viljeförklaringen och dess innehåll*, s. 22.

<sup>87</sup> Olivecrona, K, *Rätten och viljan*, s. 29 ff.

<sup>88</sup> Adlercreutz, A, *Avtalsrätt I*, s. 37.

<sup>89</sup> Svensson, O, *Viljeförklaringen och dess innehåll*, s. 23.

väsentliga anses istället vara att en person på något sätt uttrycker sin vilja och att detta uppfattats av motparten.<sup>90</sup> Beroende av omständigheterna och vad parterna kommit överens om kan en viljeförklaring härmed ske tyst, konkludent eller genom ett särskilt handelsbruk.<sup>91</sup> Det kan därför tänkas att en nick, ett handslag eller en särskild sedvänja föranleder att avtal skall antas ha ingåtts.

Den nordiska doktrinen har gjort ett betydande avsteg från viljeförklaringsmodell så som den förespråkas i sin klassiska form. Anledningen härtill är att den anses skapa ett icke jämställt förhållande mellan parter vid en avtalsituation då den har en högst subjektiv tolkningsuppbyggnad. Enligt viljeförklaringsteorin förespråkas att en anbudsgivande part endast kan bli bunden av vad som varit hans faktiska avsikt med anbudet. Detta innebär att den förklarande partens vilja kommer ha företräde vid en tolkning av ett avtals innehåll och syfte. I sin renodlade form ger viljeförklaringsteorin heller inga undantag för denna princip, den rättshandlandes vilja kommer alltid prioriteras framför den mottagande parten. Följaktligen får denne stå sitt kast om det uppstår ett missförstånd avseende avsikten eller innehållet av anbudet.<sup>92</sup> Inom Norden ansågs inte detta vara en rimlig modell inom affärsmässiga förhållanden. Istället etablerades en inriktning vid namn *tillitsteorin* som tog avsteg från den subjektivistiska prägeln av den klassiska teorin. Inom den nordiska avtalsrätten uppfattas i enlighet härmed att en parts viljeförklaring visserligen måste hedras per se, men att det också är nödvändigt att under vissa omständigheter erkänna anbudsgivarens viljeförklaring så som den uppfattats av motparten.

När avtalslagen skulle utformas utgjorde viljeförklaringsbegreppet och tillitsteorin grundstenarna inom den nordiska avtalsrätten. Lagen kom härmed att genomsyras av ett viljeförklaringsbegrepp med den grundläggande tanken att rättigheter fritt skall kunna disponeras genom att en vilja deklarerar gentemot en motpart. Mot bakgrund av detta är det min tolkning att viljeförklaringsteorin kan sägas utgöra grundstenen vid det nordiska lagarbetet av avtalslagen, men att det är de grundläggande tankarna i tillitsteorin som sätter sin prägel på slutprodukten. Lagstiftaren åsyftade på detta sätt att utforma en objektiv avtalsmodell som medförde en rimlig och lämplig fördelning av risk för bägge parter. I enlighet med detta infördes därför det kompletterande momentet att man ”vid bedömningen av giltigheten av en utfästelse eller vid tolkningen av avtalets innebörd utgår från den befogade tillit som avtalsparten väckt hos sin medkontrahent”.<sup>93</sup> Avtalslagen förespråkar härmed att det är rimligt att ställa krav på att den som förklarar sin vilja gentemot annan skall göra detta på ett sådant sätt att motparten har en möjlighet att uppfatta vad denna åsyftar. Från ett rättsligt perspektiv skall således båda parter intressen tillgodoses under

---

<sup>90</sup> Svensson, O, *Viljeförklaringen och dess innehåll*, s. 23.

<sup>91</sup> *Ibid.* s. 24.

<sup>92</sup> Adlercreutz, A, *Avtalsrätt I*, s. 37.

<sup>93</sup> *Ibid.*

avtalsförhandlingar, och det skall inte vara möjligt för någondera att vara otydlig i sina viljeförklaringar att ingå avtal eller förbinda sig till särskilda åtaganden gentemot sin motpart.

## 3.4 Löftesprincipen

Den nordiska avtalsrätten präglas av en löftesprincip som innebär att både anbud och accept är bindande mellan parter i avtalsförhandlingar. Utmärkande härmed är att parterna blir ensidigt bundna av respektive dessa rättshandlingar, och att det uppstår en bundenhet mellan parterna om accepten sammanfaller med anbudet. Löftesprincipen har präglat avtalsmodellen, och har dominerat förståelsen av hur avtal uppkommer mellan parter inom den svenska avtalsrätten. Härigenom blir löftesprincipen en naturlig utgångspunkt i syfte att uppställa ramar för avtalsingåelse enligt svensk rätt, då det på många sätt torde vara avgörande för hur förpliktelser och bundenhet kan uppstå i enlighet med gällande rätt. I detta avsnitt skall närmare redogöras för löftesprincipen och hur avtalslagens avtalsmodell är konstruerad.

### 3.4.1 Avtalsmodellen – anbud och accept

Avtalslagen utformades efter den typ av handelsbruk och den rådande handelsmässiga situation som förelåg kring dåtidens tidiga 1900-tals grosshandel som präglades av avtalsslut med telegram och brev. Detta var det lämpligaste och vanligast sättet för en handelsman att uttrycka sin vilja att ingå avtal eller i övrigt reglera ett befintligt rättsförhållande.<sup>94</sup> Utifrån dessa omständigheter skapade lagstiftaren en avtalsmodell som utgick från att ett avtal sluts i sin allra enklaste form; genom ett anbud, en offert, från den ena parten och ett antagande svar, en accept, från den andra parten.<sup>95</sup> Det är denna så kallade *anbud – acceptmodell* som den nordiska avtalslagen baseras på och som den nordiska avtalsrätten har formats kring. Lagmodellen är enkel så till vida att avtalsslutet är konstruerat som ett *konsensualavtal*, vilket innebär att den inte ställer något formkrav utan att det, i enlighet med viljeförklaringsteorin, enbart krävs att två överrensstämmande viljeförklaringar skall utbytas mellan parterna.

Det teoretiska underlaget för avtalslagens modell som sådan härstammar från *löftesprincipen*, vilken är att skilja från kontraktsprincipen som dominerar angloamerikansk rätt.<sup>96</sup> Löftesprincipen medför att ett avtal uppkommer i två steg.<sup>97</sup> I huvuddrag går detta till på så sätt att anbudsgivaren initialt blir bunden genom sitt avgivande av en offert gentemot presumtiv motpart och dennes tillgodogörande av densamma. I

---

<sup>94</sup> Grönfors, K, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 32.

<sup>95</sup> Agell, A – Malmström, Å, *Civilrätt*, s. 97.

<sup>96</sup> Svernlöv, C, *Internationella avtal*, s. 28.

<sup>97</sup> *Ibid.*



den stund som motparten tar del av anbudets innehåll blir anbudsgivaren rättsligt bunden till sitt erbjudande och har i regel ingen möjlighet att återkalla det.<sup>98</sup> Därefter är det upp till motparten att evaluera anbudet och avgöra om denne har några förevändningar eller invändningar till anbudets innehåll. Om motparten bestämmer sig för att anta anbudet så som det avgivits av anbudsgivaren infaller bundenhet även för motparten i den stund som anbudsgivaren har detta till handa. Det är härigenom parternas ensidiga förpliktelser gentemot varandra som ger upphov till att avtal ingås och avtalsbundenhet uppstår.<sup>99</sup> Lehrberg uttrycker det som så att avtal tillkommer genom ”två från varandra fristående, sakligt och tidsmässigt på visst sätt överrensstämmande viljeförklaringar”<sup>100</sup>.

En offert är inte bindande för den anbudsgivande parten för all evinnerlig tid från det att motparten tar del av detta. Lagstiftaren har ansett att det, beroende av omständigheterna, skall föreligga en särskild *acceptfrist* för mottagaren. Om motparten inte svarat på offerten inom den givna acceptfristen skall anbudet inte längre anses gälla, vilket innebär att anbudsgivaren inte längre är bunden och att den mottagande parten inte längre kan lägga anbudet till grund för en accept.<sup>101</sup> Acceptfristen avgörs i första hand beroende av om anbud avgivs muntligen eller skriftligen. Vid muntliga anbud är utgångspunkten att de skall antagas omedelbart för att bundenhet skall kunna inträda.<sup>102</sup> Om anbudsgivaren däremot inte uttryckligen lämnar anstånd kan det således aldrig uppstå bundenhet för en part som muntligen lämnar en offert.<sup>103</sup> Vid skriftliga anbud är situationen den motsatta. Avtalslagen föreskriver att skriftliga anbud i huvudregel är oåterkalleliga för avgivande part, men att de är gällande under skälig tid<sup>104</sup> om annat inte angivits.<sup>105</sup> För skriftliga anbud gäller med andra ord att motparten skall ges en rimlig betänketid för att överväga erbjudandet innan acceptfristen går ut. Vad som utgör ”skälig tid” tid kan dock givetvis diskuteras. Christina Hultmark konstaterar att betänketiden inom kommersiella avtalsförhållanden numera är mycket kort på grund av de snabba kommunikationsmedlen som finns idag.<sup>106</sup> I slutändan är det dock en bedömningsfråga som beror av de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet, menar hon. Oftast framgår det emellertid av offerten vilken acceptfrist som skall gälla avseende den aktuella transaktionen. Den kan vara uttryckligen angiven, eller framgå av handelsbruk eller sedvana.<sup>107</sup>

---

<sup>98</sup> Ramberg, C, Ramberg, J, *Allmän avtalsrätt*, s. 84.

<sup>99</sup> Svernlöv, C, *Internationella avtal*, s. 28.

<sup>100</sup> Lehrberg, B, *Avtalsrättens grundelement*, s. 96.

<sup>101</sup> Adlercreutz, A, *Avtalsrätt I*, s. 55.

<sup>102</sup> 3 § 2 st. AvtL.

<sup>103</sup> Ramberg, C - Ramberg, J, *Allmän avtalsrätt*, s. 86.

<sup>104</sup> 3 § 1 st. AvtL.

<sup>105</sup> 2 § AvtL.

<sup>106</sup> Hultmark, C, *Elektronisk handel och avtalsrätt*, s. 27.

<sup>107</sup> Ramberg, C - Ramberg, J, *Allmän avtalsrätt*, s. 86.

### 3.4.2 Löftesprincipens status i modern tid

Löftesprincipens inflytande över den nordiska avtalsmodellen har motiverats med att den fyller ett essentiellt praktiskt behov vid avtalssituationer.<sup>108</sup> Det har traditionellt hävdats att det är viktigt för den part som mottager anbud att vara försäkrad om att anbudet är bindande, för att utifrån detta kunna lägga grund för sitt eget agerande. På senare tid har löftesprincipen dock kommit att kritiseras för att inte längre vara funktionell vid avtalssituationer i dagens kommersiella förhållanden, utan snarare vara till en belastning.<sup>109</sup> Bland kritikerna återfinns Jan och Christina Ramberg, som ifrågasätter motivuttalanden till stöd för principen som grundbult till avtalslagen, och anklagar dessa för att förefalla grundlösa.<sup>110</sup> Ramberg och Ramberg medger att det visserligen är ett eftersträvansvärt ändamål att en part skall kunna förlita sig på ett anbuds bindande karaktär per se. För att detta skulle kunna motiveras konstateras dock att det ställs krav på att en part med säkerhet kan veta hur länge ett dylikt anbud är bindande. Inte alltför sällan är det emellertid så att det kan vara ovisst hur länge ett anbud gäller varpå detta argument faller. Det finns inte längre ett behov av att anbudet är bindande i sig självt, menar de. Den nutida omfattande elektroniska kommunikation som föregås mellan parter i en avtalssituation kan på ett enkelt sätt kan klargöra avtalets bundenhet i tid och omfattning.<sup>111</sup> Det väsentliga är istället att parterna kan komma överens utan att bli ensidigt förpliktigade, avslutar Ramberg och Ramberg.<sup>112</sup> I Kurt Grönfors diskussioner kring löftesprincipen konstateras vidare att det är anmärkningsvärt att principen tillämpas så strikt i nordisk rätt när den enbart kan utläsas genom motsatsslut i avtalslagen.<sup>113</sup> Detta har enligt Grönfors medfört att avtalslagen fått en vad Hellner formulerat som en ”abstrakt karaktär” och ett ”fragmentariskt innehåll”<sup>114</sup>. Därutöver har den strikta tillämpningen av löftesprincipen medfört att det uppstått ”stark konfrontation” när de nordiska länderna deltagit i harmoniseringar av den handelsrättsliga lagstiftningen på ett internationellt plan.<sup>115</sup> Detta är en problematik som även Ramberg och Ramberg belyser som besvärande, om än på ett mer kritiskt plan. De fastställer att det mot bakgrund av övriga världens länders reglering och de internationella konventionerna på avtalsrättens område är ”klart olämpligt att de nordiska länderna envist håller fast vid löftesprincipen”.<sup>116</sup>

Den dominerande principen vid avgörandet av avtalsbundenhets uppkomst är den angloamerikanska kontraktsprincipen. Förutom tillämpningen i flertalet rättsordningar ligger kontraktsprincipen även till grund för

---

<sup>108</sup> Ramberg, C - Ramberg, J, *Allmän avtalsrätt*, s. 84.

<sup>109</sup> Ibid. s. 84-85.

<sup>110</sup> Ibid.

<sup>111</sup> Ibid. s. 85.

<sup>112</sup> Ibid.

<sup>113</sup> Grönfors, K, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 25.

<sup>114</sup> Ibid.

<sup>115</sup> Ibid.

<sup>116</sup> Ramberg, C - Ramberg, J, *Allmän avtalsrätt*, s. 84-85.

bestämmelserna i CISG. Av intresse skall nämnas att denna konvention har antagits av samtliga nordiska länder och härigenom gjorts till nationell rätt. Mot bakgrund av den konflikt som härmed uppstått gentemot kontraktsprincipens innebörd och verkningar, har emellertid respektive nordiskt land valt att reservera sig gentemot del II avseende berörda frågor om köp som grundas på denna princip.<sup>117</sup> Numera uttrycks det dock ofta inom den nordiska doktrinen att det torde vara rimligt att sluta sig även till denna del av CISG. Som citerades ovan har Ramberg och Ramberg fastslagit att det mot bakgrund av den internationella utvecklingen är ”klart olämpligt att de nordiska länderna envist håller fast vid löftesprincipen”. Mindre kritiskt och mer allmänt uttrycks att tiden är mogen för att låta konventionens principer ligga till grund för i vart fall de internationella avtalen i svensk rätt.<sup>118</sup> Enligt den mer internationellt präglade kontraktsprincipen uppstår ingen ensidig bundenhet såsom enligt löftesprincipen, utan det är först när svaret, accepten, översänts som ett avtal uppstår mellan parterna.<sup>119</sup> Detta kallas ”the mail box rule”; så snart en accept läggs i brevlådan har bundenhet uppstått.<sup>120</sup> Till skillnad från den ensidiga bundenhet som infaller enligt den nordiska löftesprincipen blir parterna alltså bundna vid exakt samma tidpunkt. Grönfors anser att kontraktsprincipen har den stora fördelen att den är lätt att förhålla sig till för parter i förhandlingar då den är mer logisk. Han menar att aktörerna på en marknad har svårare att förhålla sig till att det skulle uppstå ett ”haltande rättsläge” som den ensidiga bundenheten även kallas, där bundenheten uppstår för part vid skilda tillfällen.<sup>121</sup>

Det har hävdats att kontraktsprincipen enbart skiljer sig mot löftesprincipen i teorin, och sedermera är mindre märkbar i praktiken.<sup>122</sup> Detta är emellertid något som måste ifrågasättas enligt min mening. För det första talar det i min mening på ett uppenbart sätt emot det faktum att de nordiska länderna vägrar godkänna den del av CISG som regleras enligt kontraktsprincipen. Därutöver vilar principerna på helt skild inställning till hur bundenhet uppkommer och varför. Det är därför, enligt min mening, av väsentlig skillnad för parter som avser ingå ett kommersiellt avtal om det är löftesprincipen eller kontraktsprincipen som reglerar deras avtalsrelation. Om parterna befinner sig i ett nordiskt land kommer den anbudsgivande parten att bli bunden vid de åtaganden som följer utav anbudet så snart den mottagande parten tar del utav det, utan någon egentlig möjlighet till återkallelse. I praktiken innebär detta att det blir viktigt att noga formulera sin offert så att den håller sig inom rimliga ramar för en affärsrelation. Det blir också viktigt för denna part att noga välja ut en potentiell motpart innan den förbinder sig att invänta svar på en offert utan att kunna lämna anbud till andra potentiella intressenter.<sup>123</sup> Förhandlingarna och processen kring

---

<sup>117</sup> Flodgren, B; Gorton, L; Lindell- Frantz, E; Samuelsson, P, *Avtalslagen 90 år*, s. 11.

<sup>118</sup> Ibid.

<sup>119</sup> Adlercreutz, A, *Avtalsrätt I*, s. 51.

<sup>120</sup> Svernlöv, C, *Internationella avtal*, s. 28.

<sup>121</sup> Grönfors, K, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 25.

<sup>122</sup> Svernlöv, C, *Internationella avtal*, s. 28.

<sup>123</sup> Ibid. s. 197

avtalslutet påverkas också av principens rättsliga följder. Mellan parter där löftesprincipen är gällande råder nämligen ett relativt mindre fokus kring parternas undertecknande av det aktuella avtalet eftersom detta framförallt har en formell betydelse, i vart fall enligt teorin. Det är ju anbudet och accepten som är de avgörande momenten om avtal ingåtts eller ej. Om parternas relation istället är föremål för de regler som följer utav kontraktsprincipen kommer avtalsbundenheten mellan parterna att uppstå vid exakt samma tidpunkt, nämligen då den mottagande parten har accepterat anbudet. Så länge den mottagande parten inte besvarat offerten kommer den anbudsgivande parten fritt kunna lämna anbud till andra intressenter och ingå avtal utan att ta hänsyn till den part som först tagit del av erbjudandet. Detta har givetvis inverkan på såväl offertens utformning som de efterföljande förhandlingarna.<sup>124</sup> Utgångspunkten är att det inte finns någon säkerhet kring när bundenhet kommer att uppstå, vilket medför att det kan hända mycket från det att en part avger ett anbud. Däremot skapar detta en flexibilitet för parterna och ett utökat spelrum. För det första kommer offerten att vara utformad på ett, från ett nordiskt perspektiv, oerhört subjektivistiskt sätt med förhållandevis ensidiga och orättvisa villkor.<sup>125</sup> Härigenom uppmanas samtliga inblandade parterna att förhandla, vilket kan skapa en omfattande process med många vändor. Under dessa omständigheter blir anbud och accept förhållandevis irrelevanta, och undertecknande av avgörande betydelse för om avtal ingåtts.

### 3.5 Slutsatser och kommentarer

**Det måste ifrågasättas** vad det egentligen betyder att den nordiska avtalsrätten kommit att utvecklats åt olika håll avseende avtalsrättsliga frågor. Hur är det överhuvudtaget möjligt då domstolarnas rättsliga resonemang grundas i en tolkning av samma lag? Min uppfattning av den nordiska rättsutvecklingen är att domstolarna visserligen har utgått från samma lag, men att de rent teoretiskt haft olika avtalsläror som utgångspunkt vid tolkning av densamma. Den rättsutveckling som följt är därför ett resultat av att domstolarna tolkat avtalslagen i ljuset av den lära som redan etablerats inom rättsordningen. Denna utveckling torde sedan enbart förstärkts av att domstolarna inte beaktar övriga nordens praxis eller doktrin i syfte att fastställa vad som är förenligt med gällande rätt. Härmed anser jag att det inte på något sätt uppstått en felaktig tolkning eller tillämpning av avtalslagen inom något nordisk land, men att avtalslagen lydelse ger möjlighet till olika lösningar på samma rättsliga problem. Grönfors uttalanden i denna fråga är särskilt belysande. Han konstaterar att en lag måste vara såväl oprecis som ofullständig för att så olika tolkningar skall kunna vara möjliga. Det är därför möjligt att *den nordiska avtalslagen är så "flexibel" att det kan tänkas utgöra ett osäkert instrument med utrymme för allt för nyanserad tillämpning*. Enligt mitt förmenande bör det istället ifrågasättas och diskuteras vad det har inneburit, och fortlöpan-

---

<sup>124</sup> Svernlöv, C, *Internationella avtal*, s. 197

<sup>125</sup> Ibid.

innebär, att den ”svenska avtalslagen” de facto är en del i ett större rättsligt sammanhang, och att dess utformning har influerats av olika avtalsrättsliga läror. I en sådan diskussion torde utgångspunkten vara att det nordiska samarbetet och den svenska avtalslagens bakgrund har medfört både fördelar och nackdelar vid avtalsrättens utformning. *Min uppfattning är dock att detta framförallt medfört en komplexitet som visar sig på olika plan och som därför måste beaktas och finnas i åtanke för en korrekt analys av de nordiska avtalsrättsliga ramarna.* Med detta sagt skall också tilläggas att det troligtvis dock vare sig fruktsamt eller relevant att i alla aspekter föra fram det nordiska perspektivet i en rättslig fråga. I vilket fall ställer de rådande omständigheterna krav på att det förs en diskussion kring det nordiska samarbetet och hur detta påverkar och kan främja den svenska avtalsrätten.

Är det då på något sätt besvärande att den rättsliga inställningen skiljer sig åt mot bakgrund av att dessa länder grundar sina avtalsrättsliga resonemang utifrån samma lag? Vad säger detta egentligen om den avtalsrättsliga grunden inom det svenska rättsväsendet? Det uppstår givetvis inga problem att diskutera kring de lege lata avseende rättsläget i en enskild nordisk stat, eller i vart fall inte att uppställa riktlinjer kring en särskild rättsfråga. Det blir dock en annan sak att diskutera vad som är gällande rätt *mot bakgrund av den nordiska gemensamma avtalsrätten.* Här ställs det krav på att analysera praxis och doktrin från hela Norden för att urskilja en tendens och inställning till ett avtalsrättsligt spörsmål. Det ter sig dock högst osannolikt om detta egentligen kan ge en korrekt bild av det svenska rättsläget mot bakgrund av den utveckling som varit. Däremot är det möjligt att fastställa inom vilka ramar som avtalslagen de facto uppställer i syfte att diskutera utifrån ett de lege ferenda perspektiv, och vad som faktiskt är förenligt med avtalsrätten och den avtalslag som utgör dess grund. Med ett nordiskt perspektiv på den svenska avtalsrätten kan det således skapa *utrymme för en ny förståelse av en avtalsmodell som håller sig inom de traditionella nordiska regelverken.*

**De begrepp som introducerats** i detta avsnitt såsom ”viljeförklarings teorin”, ”tillitsteorin” och ”löftesprincipen” är gemensamma för de nordiska ländernas avtalsläror. Mot bakgrund av syftet för denna uppsats måste de ses i ljuset av hur förpliktelser kan tänkas uppstå, och om det härigenom skulle vara i enlighet med avtalslagen att förpliktelser kan uppstå under förhandlingar. Med viljeförklarings teorin som en grundbult i den nordiska avtalsrätten anses en parts vilja att ingå avtal vara av avgörande betydelse för att avtal överhuvud skall kunna uppstå. Det är oväsentligt hur en part väljer att uttrycka denna vilja att åta sig förpliktelser gentemot annan, *det avgörande momentet är istället att viljan uppfattas av motparten.* Oavsett hur rättsutvecklingen sett sig inom respektive nordiskt land i denna fråga, anser jag att detta påvisar att det i grunden egentligen inte är av betydelse om parterna utformat en slutlig avtalstext eller att ett avtal undertecknats. Detta må vara ett tydligt bevis på att parter kommit överens, men det borde inte på något sätt utesluta att en part uttryckt sin avsikt avseende en förpliktelse som uppfattats av

motparten. *En konsensus kan, med andra ord, uppstå oberoende av att det dokumenterats eller blivit en slutlig produkt.* Denna slutsats förstärks enligt min uppfattning av den nordiska tillitsteorin som ansetts vara särskilt viktig under avtalsprocessen. Det framgår tydligt i avtalslagens motiv att det ställs krav på att utgå från den befogade tillit som en avtalspart väckt hos sin medkontrahent vid bedömningen av giltigheten av en utfästelse eller vid tolkningen av avtalets innebörd. Följaktligen borde det, enligt min mening, vara möjligt att *en part skall kunna förlita sig på de utfästelser som medkontrahenten uttalat sig om eller agerat som om de skulle vara förhanden.* Utöver det ovan framförda skall betonas att det var just med tanke på affärsmässiga förhållanden som den nordiska avtalsrätten ursprungligen betonade vikten av att tillgodose båda parter intressen, varpå det ter sig rimligt att se avtalslagens bestämmelser i ljuset av en affärsmässig kontext hur denna än måtte vara. Sammantaget måste det kunna konstateras att *den nordiska avtalsrätten grundar sig på en tanke om att förpliktelsers inträde uppkommer genom en konsensus som skall vara rättsligt bindande såtillvida båda parter är ense om dess innehåll.* Om en part förletts att uppfatta en motparts vilja på annat sätt och detta varit befogat skall konsensus ändå anses ha inträtt.

**Löftesprincipen såsom teoretiska grund** har kommit att bli hårt kritiserad inom den nordiska doktrinen på senare tid, då denna inte anses vara kompatibel med den internationella rättsutvecklingen eller hur avtal numera ingås. Uttryck såsom ”stark konfrontation” har använts inom doktrinen, och att det är ”klart olämpligt att de nordiska länderna envist håller fast vid löftesprincipen”. Jag är beredd att hålla med i den kritik som förs fram, och kan anse att det vore mer lämpligt att mjuka upp den strikta tillämpningen av löftesprincipen. Den verkar vara som mest utbredd och därmed torde vara den som är mest kompatibel med hur avtal ingås i modern tid. Min uppfattning är att *det haltande rättsläget som uppkommer i nordisk avtalsrätt förefaller något otidsenlig mot bakgrund av hur avtal ingås idag, och frågan uppkommer om det överhuvudtaget förekommer ett sådant anbud och en sådan accept i avtalslagens mening i nutidens avtalsprocess.* Med en kontraktsprincip följer en flexibilitet för parter som borde vara mer förenliga med hur parter uppfattar att en avtalsprocess nödgas vara. Enligt min mening är det dock viktigt att påpeka att en renodlad kontraktsprincip ställer sig utanför de grundläggande nordiska avtalsrättsliga ramarna, och att en dylik anpassning till den internationella utvecklingen därmed måste ifrågasättas. En sådan grundläggande förändring är dock inte nödvändig för att skapa en avtalsmodell och en avtalsrätt som är anpassad till det moderna samhället. Det är nämligen den onödigt *strikta* tillämpningen av löftesprincipen inom svenska domstolar och inte dess grunder i sig som kritiserats inom doktrinen. Min uppfattning är att en löftesprincip kan ligga till grund även för en modern avtalsmodell, genom att beakta att anbud och accept visserligen är bindande per se, men att detta inte nödvändigtvis innebär att dessa rättshandlingar kan utformas successivt. I det följande, i enlighet härmed, skall visa på att en modern avtalsmodell håller sig inom ramarna för den nordiska avtalsrättsens grundprinciper.

## 4 Prekontraktuella förpliktelser

Sedan lång tid tillbaka har parter avtalsfrihet på olika sätt inskränkts av rättsordningen. Även om partsautonomin visserligen är starkt förankrad i den nordiska avtalsrätten kan konstateras att rättsordningen inte ställer sig likgiltig till vare sig avtals innehåll eller det sätt avtal ingås på. Följaktligen anses det idag vara en självklarhet att det föreligger särskilda grundläggande avtalsrättsliga principer inom kontraktsrätten.<sup>126</sup> Till skillnad från den rättsutveckling som härmed skett avseende kontraktsfriheten har inställningen gentemot kontraheringsfriheten<sup>127</sup> varit en helt annan inom den nordiska avtalsrätten. I kontrast till frågan om avtalsfrihet har det nämligen inte ansetts vara nödvändigt att reglera parter rådgighet över avtalsingåelse. Även om parter själva troligen har en föreställning om att det finns särskilda affärsmässiga normer som gäller under ett kontraheringsförsök, har dylika normer inte ansetts vara av rättslig karaktär och har därmed fallit utanför lagens rådgighetsområde.<sup>128</sup> I modern tid har emellertid en moralisk och affärsetisk *prekontraktuell lojalitetsplikt* fått en allt mer dominerande roll i den nordiska avtalsrätten. Lojalitetsplikten är omdebatterad och har kritiserats för att sakna förankring inom den nordiska avtalsrätten, varpå lojalitetspliktens rättskällebas är fortfarande oklar.<sup>129</sup> Därutöver är det inte heller utrett vad som faktiskt ger upphov till lojalitetsplikt i det enskilda rättsförhållandet, eller vad som är det särskilt avgörande skyddsobjektet vid dess tillämpning. Det är emellertid klart att den övergripande tendensen inom den internationella rättsutvecklingen är att tillerkänna rättsliga normer som föreskriver lojalt beteende mellan parter.<sup>130</sup> Lojalitetsplikten har i enlighet härmed åberopats i allt större omfattning inom domstolsväsendet och i skiljeförfaranden. Som ett resultat härav har den tidigare relativt vaga lojalitetsplikten kommit att konkretiseras allt mer och utvidgats under de senaste årtiondena.<sup>131</sup>

Denna del är disponerad utefter tre skilda med alltjämt tillhörande rättsfrågor kring prekontraktuella förpliktelser. Först diskuteras kring frågan när avtalsprocessen torde föranleda att det uppstår särskilda moraliska eller affärsetiska förpliktelser mellan förhandlingsparter, och hur detta förhåller sig till den svenska och nordiska avtalsrätten. Därefter uppkommer frågan under vilka omständigheter och till vilken utsträckning dylika skyldigheter föreligger mellan parter, för att sedan följas av en diskussion kring hur en överträdelse av sådana förpliktelser sanktioneras av rättsordningen.

---

<sup>126</sup> Simonsen, L, *Prekontraktuellt ansvar*, s. 5.

<sup>127</sup> kontraheringsfrihet emanerar från kontraktsfriheten och avser friheten till att besluta om avtal skall ingås snarare än rätten till att ingå avtal, se mer härom i Simonsen, L, *Prekontraktuellt ansvar*, s. 73.

<sup>128</sup> Simonsen, L, *Prekontraktuellt ansvar*, s. 5.

<sup>129</sup> Munukka, J, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 2.

<sup>130</sup> Ibid.

<sup>131</sup> Ibid.

## 4.1 Lojalitetspliktens förankring i den nordiska avtalsrätten

Inom den svenska avtalsrätten har det traditionellt sett ansetts finnas ett litet utrymme för att det skulle kunna uppkomma förpliktelser mellan parter som ännu inte ingått avtal. Avtalslagen har ansetts förespråka att det är först vid kontraktuell bundenhet i meningen att *samtliga avtalsrekvisit skall vara uppfyllda* som det uppkommer rättigheter och skyldigheter mellan parter. Huvudregeln har istället varit att kommersiella aktörer får stå sin egen risk för de kostnader som de drar på sig under deras avtalsförhandlingar om avtalsförhandlingarna avbryts oavsett vad motparten utlovat.<sup>132</sup> En parts tillit till sin motparts uttalanden eller agerande i övrigt har i princip inte ansetts kunna ligga till grund för att en domstol skall kunna utdöma skadestånd eller i övrigt sanktionera en part om denne träder ur förhandlingarna.<sup>133</sup> Den samtida figurerande debatten kring att det ändå skall anses kunna uppkomma förpliktande skyldigheter under det prekontraktuella skedet är följaktligen av relativt kontroversiell karaktär. Mot bakgrund av den internationella utvecklingen och den nordiska avtalsrätten i stort har den grundläggande svenska föreställningarna kring avtals uppkomst och förpliktelsers karaktär härav kommit att ifrågasättas i sina grundvalar. Det kan därmed ifrågasättas om det krävs en anpassning som är förenlig med den samhälleliga utvecklingen.

### 4.1.1 Framväxt och etablering i Norden

Inställningen och förankringen av prekontraktuella förpliktelser i avtalsförhandlingar skiljer sig åt från olika rättssystem. Inom den franska, tyska och italienska avtalsrätten ställs traditionellt krav på att parter agerar lojalt vid avtalsprocessen, och kränks de principer som uppställts i detta syfte kommer rättsordningen att utdöma ansvar. I kontrast till detta förespråkas en stark prekontraktuell frihet för parter inom den angloamerikanska rätten, och anses vara en integrerad del i den grundläggande avtalsrätten. Det anses därför generellt inte finnas någon prekontraktuell lojalitetsnorm, vilket är av särskilt intresse då dess innehåll har stor betydelse inom den internationella handeln.<sup>134</sup> Rättsutvecklingen tenderar dock att acceptera en lojalitetsplikt i allt större utsträckning i enlighet med de förstnämnda rättssystemen.<sup>135</sup> Under mitten av 1900-talet pågick en hätsk debatt inom nordisk doktrin kring frågan om det förelåg särskilda moraliska förpliktelser mellan avtalsparter.<sup>136</sup> Den norska såväl som den danska doktrinen ställde sig bakom den i övrigt utspridda västerländska lojalitetstraditionen, och var av den allmänna uppfattningen

---

<sup>132</sup> se bl.a. Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 202, Adlercreutz, A, *Avtalsrätt I*, s. 110, Kleineman, J, *Ren förmögenhetsskada*, s. 429

<sup>133</sup> Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 202, 207.

<sup>134</sup> *Ibid.* s. 422.

<sup>135</sup> Simonsen, L, *Prekontraktuelt ansvar*, s. 6.

<sup>136</sup> Munukka, J, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 52 ff.



att lojalitet mellan parter utgjorde en viktig grundsten i avtalsrätten. Inom den svenska doktrinen framfördes emellertid stark kritik mot att det var möjligt att tolka in dylika omsorgsförpliktelser inom ramen för avtalsrätten.<sup>137</sup> Lundstedt menade härpå att förpliktelser och rättigheter inte existerar utan är ”något fullständigt ovetenskapligt”, och att utrymmet för rättvisövertväganden inom avtalsrätten måste ses som ytterst litet.<sup>138</sup> Med generalklausulen i 33 § AvtL lagfördes emellertid att omständigheter vid avtals tillkomst kunde medföra att rättshandlingar ogiltigförklaras om det i vetskap om dessa skulle strida mot tro och heder att åberopa dem. Härigenom skulle kunna uppfattas att den nordiska avtalsrätten slutligen tog ett gemensamt steg närmare att tillerkänna att det föreligger särskilda kontraheringsnormer mellan parter i en förhandlingsprocess. De svenska domstolarna kom dock att tillämpa paragrafen om tro och heder med större försiktighet än vad som avsetts,<sup>139</sup> och inom den svenska doktrinen rådde en stor skepsis gentemot att den skulle medföra prekontraktuella förpliktelser av normativ art. Karlgren uttalade att han motsatte sig att 33 § AvtL överhuvud skulle vila på moraliska bedömningar, och anklagade den framträdande norske professorn Fredrik Stang för att överdriva de moraliska kopplingarna till paragrafen.<sup>140</sup> Vid det senare införandet av generalklausulen om oskälighet i 36 § AvtL kom dock ett genombrott för erkännandet av lojalitetsplikten även i svensk rätt.<sup>141</sup> Härigenom klargjordes att avtal och avtalsvillkor kan ogiltigförklaras eller jämkas vid beaktande utifrån vad som är skäligen mot bakgrund av omständigheterna vid avtals tillkomst, senare inträffande förhållanden och omständigheterna i övrigt. Med stöd från omfattande motiv bakom 36 § kom parternas agerande under förhandlingsprocessen således att på ett tydligt sätt begränsas. Med detta sagt faller dock inte den konflikt som härmed uppstått med den hur den svenska rättsordningen traditionellt sett på prekontraktuella förpliktelser. Hellner har i enlighet härmed konstaterat att ”abstrakta rättviseresonemang numera utgör svärskiljaktiga inslag i den svenska avtalsrätten”.<sup>142</sup>

Det står numera klart att samtliga rättsordningar inom nordens länder har erkänt att en lojalitetsplikt kan inträda redan under det prekontraktuella skedet.<sup>143</sup> I teorin är det i vart fall numera allmänt vedertaget att lojalitetsplikten erkänts inom samtliga nordens länder, och att den uppnått status av att vara en allmän rättsgrundsats.<sup>144</sup> Lojalitetspliktens etablering i den nordiska rätten har dock, som framgått av framställningen ovan, inte uppkommit mot bakgrund av samma gedigna förankring inom rättssystemen. I Jori Munukkas doktorsavhandling om lojalitetsplikt vid kontraktuell förhållanden konstateras att det svenska ”accepterandet har skett gradvis och mera omedvetet” än i övrig nordisk rätt.<sup>145</sup> De samnordiska strävanden till

---

<sup>137</sup> Munukka, J, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 56-57.

<sup>138</sup> Lundstedt, V, *Legal Thinking Revised*, s. 139.

<sup>139</sup> Munukka, J, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 55.

<sup>140</sup> Karlgren, H, SvJT 1933 s. 219 ff.

<sup>141</sup> Munukka, J, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 58.

<sup>142</sup> *Ibid.* s. 60.

<sup>143</sup> *Ibid.* s. 2.

<sup>144</sup> *Ibid.* s. 16.

<sup>145</sup> *Ibid.* s. 60.

trots verkar den svenska utvecklingen istället vara ett resultat av en nationell process som verkat på ett indirekt plan. I stora drag innebär detta att det dels genomförts ett flertal mindre inhemska reformer i svensk rätt som så småningom blivit mer omfattande, samt att det skett en anpassning till den internationella utvecklingen.<sup>146</sup> Överlag kan Munukka finna en påfallande restriktivitet till att förklara rättshandlingar ogiltiga i svensk rättstillämpning till skillnad från övriga nordens domstolar där det inte nödvändigtvis har ansetts behöva åberopas ett direkt lagstöd för detta.<sup>147</sup>

I kontrast till den svenska rättsutvecklingen har de övriga nordiska länderna präglats av en vilja att de facto anpassa rättssystemen till den västeuropeiska lojalitetstraditionen.<sup>148</sup> Den norska och danska rättsutvecklingen har härigenom karaktäriseras av att den har följt de strömningar som successivt etablerat sig på kontinenten där det förespråkats en betoning i att tillvarata medkontrahentens intressen. I Norge har lojalitetsplikten emellertid tillmätts större betydelse än i något annat nordiskt rättssystem.<sup>149</sup> Munukka pekar på två viktiga avgörande i Høyesterett från 1984 respektive 1988, som visar att illojalitet kan föranleda såväl prekontraktuellt som kontraktuellt ansvar numera med säkerhet kan sägas vara en realitet i norsk rätt.<sup>150</sup> Munukka uppmärksammar att lojalitetsplikten därefter förankrats bland praktikerna, och att lojalitetsplikten och lojalitet rent generellt ofta åberopas till grund för talan av såväl parter som domstolar idag.<sup>151</sup> I enlighet härmed konkluderar Simonsen att det utifrån en analys av det norska rättsläget kan fastställas att det ställs ett allmängällande krav på lojalitet mellan parter inom norsk rätt där parterna i rimlig utsträckning skall ta hänsyn till varandras intressen.<sup>152</sup> I Danmark etablerades lojalitetsnormer i ett tidigt skede genom att framträdande danska jurister förespråkade att avtalsrelationer skulle uppfylla särskilda godtrosregler.<sup>153</sup> Framförallt profilerade professorn Henry Ussing med sin bestämda uppfattning om vikten av en lojalitetsplikt i avtalsrätten. Den tidiga acceptansen av moraliska förpliktigheten i avtalsförhållanden i den danska avtalsrätten har varit avgörande för dess fortsatta etablering i den danska avtalsrätten, menar Munukka, och fastställer att de har utgjort utgångspunkt för de rättsliga resonemang som förts i den därpå följande danska doktrin.<sup>154</sup>

## 4.1.2 Innebörd och omfattning

Prekontraktuella förpliktelse anses uppkomma som ett led i den process som föregår ett avtal. Omständigheterna anses då vara sådana att det har uppkommit särskilda skyldigheter som parterna måste iaktta för att anses

---

<sup>146</sup> Munukka, J, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 60.

<sup>147</sup> Lyng Andersen, L, *Aftaleloven*, s. 168, 170, 217.

<sup>148</sup> Munukka, J, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 60.

<sup>149</sup> *Ibid.* s. 66.

<sup>150</sup> *Ibid.* s. 67.

<sup>151</sup> *Ibid.*

<sup>152</sup> Simonsen, L, *Prekontraktuellt ansvar*, s. 7.

<sup>153</sup> Ussing, H, *Dansk Obligationsret. Almindelig Del 1*, s. 20.

<sup>154</sup> Munukka, J, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 69.

handla inom ramen för lojalt handlande enligt affärsmässiga normer. Den typiska situation som avses är här att två eller flera aktörer har påbörjat förhandlingar i syfte att ingå bindande avtal, eller uttryckt sina avsikter att söka uppnå en överenskommelse. Detta ger upphov till att en part förlitar sig på att slutligt avtal kommer att ingås eller att avtal i princip ingåtts om än informellt. Denne part kommer därefter att lägga ner såväl resurser som tid kring avtalet och den förväntade transaktionen. Det är inte heller ovanligt att parten påbörja avtalet för att på så smidigt sätt som möjligt kunna fullgöra avtalet, och parten kanske rent av avböjer andra erbjudanden som uppstår under tiden som förhandlingarna pågår. Problematiken uppstår när plötsligt en part träder ur förhandlingarna och slutligt avtal och påstår sig fri från avtalets verkningar med hänvisning till att det aldrig undertecknas mellan aktörerna, varpå de omkostnader som den godtroende parten ådragit sig visar sig vara bortkastade.<sup>155</sup> Det allmänna lojalitetskravet ålägger förhandlingsparter att beakta generella normer vid det prekontraktuella skedet kring avtalsingåelse.<sup>156</sup> Lojalitetsplikten ger härmed uttryck för att det uppkommer och föreligger ett förtroendeförhållande mellan parter som avser att ingå eller har ingått avtal med varandra. I linje härmed talas det ofta om ”illojalt handlande” eller ”illojalt beteende” om en part skulle överträda lojalitetsnormerna.<sup>157</sup> Med lojalitetsplikten följer därför ett krav på en viss mån av partslojalitet mellan parter i en avtalsrelation. Detta innebär att en part inte uteslutande kan handla till sin egen fördel, utan inom vissa gränser även måste bevaka sin motparts intressen. Härigenom skall båda parter i högsta rimliga mån tillgodose motpartens intressen utifrån ett affärsetiskt perspektiv. När denna plikt uppkommer, dess omfattning och vad den egentligen har för följd är dock mer oklart inom den nordiska doktrinen.

Geir Woxholt fastställer att lojalitetsplikten egentligen består av diverse olika moraliska förpliktelser, och att lojalitetsplikten sedermera är ett samlingsnamn för flertalet normer. Utifrån nordisk rättspraxis urskiljer han härmed en informationsplikt, en klargöringsplikt, tysthetsplikt, omsorgsplikt samt olika typer av konkurrensbetingade plikter.<sup>158</sup> Nicander instämmer i detta, men tillägger att lojalitetsplikten även kan innefatta andra skyldigheter som innebär ytterligare angelägenheter.<sup>159</sup> Jori Munukka klargör och fastställer att uppfattningarna går isär inom den nordiska doktrinen avseende vad som faktiskt skall innefattas av lojalitetsplikten. Trots detta, konstaterar han, finns det ett ”kärnområde av förpliktelse typer som flertalet författare, understödda främst av lagförarbeten, vill beteckna som lojalitetsförpliktelser”.<sup>160</sup> Tillsammans utgör de vad Munukka vill kalla en ”förpliktelsekatalog”.<sup>161</sup> Även om det inte är helt klart vad som innefattas av lojalitetsplikten finns det således särskilda åtaganden som anses vara

---

<sup>155</sup> Simonsen, L, *Prekontraktuellt ansvar*, s. 5.

<sup>156</sup> *Ibid.* s. 7.

<sup>157</sup> Sundberg Weitman, B, *Saklighet och godtycke i rättsskipning och förvaltning*, s. 21 ff.

<sup>158</sup> Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 338.

<sup>159</sup> Nicander, H, JT 1995/96, s 32.

<sup>160</sup> Munukka, J, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 15.

<sup>161</sup> *Ibid.*

vedertagna att inbegripas av lojalitetsbegreppet. Generellt aktualiseras de ovan nämnda plikterna som innefattas av lojalitetsplikten beroende av när på tidsaxeln som parterna befinner sig. Vid det prekontraktuella skedet är det främst skyldigheter som avser upplysningar gentemot sin motpart och en allmän klargörandeskyldighet som skall iakttas.<sup>162</sup> Dessa ålägganden innebär i huvudsak att parter som befinner sig i ett prekontraktuellt skede skall ha en möjlighet att ha en uppfattning av den aktuella statusen för förhandlingarna. Mer specifikt innebär informationsplikten att en part är skyldighet att iaktta sin medkontrahents intresse av att kontinuerligt få ta del av sådan information som kan klargöra och belysa de omständigheter som kan ha betydelse i frågan om hur och under vilka villkor ett avtal kan komma till stånd.<sup>163</sup> Med klargörandeplikten följer därefter en särskild förpliktelse att den part som önskar förlänga sitt ställningstagande avseende att ingå avtal skall underrätta medkontrahenten om detta.<sup>164</sup> För att dessa förpliktelser överhuvud skall kunna aktualiseras krävs det dock givetvis att parten själv har kännedom om de aktuella omständigheterna, att parten inser att vederbörande förhållanden kan vara av betydelse för motparten och att denne saknar kännedom om dessa.<sup>165</sup>

### 4.1.3 Lojalitetsplikten inträde enligt nordisk avtalsrätt

Det prekontraktuella lojalitetskyddet anses vara svagare än det kontraktuella såväl inom norden som från ett internationellt perspektiv. Totalt sett går det dock att påvisa stora olikheter i inställning inom de olika rättssystemen i världen.<sup>166</sup> Anledningen till den skepticism som finns anses dock inte bero på att lojalitetsplikten saknar teoretisk grund, utan att den avvägning som måste ske mellan kontraktsfrihet och kontraheringsfrihet är kontroversiell och problematisk.<sup>167</sup> Lojalitetsplikten uppfattas här som om den växer fram allteftersom avtalsförhållandet fördjupas.<sup>168</sup> I enlighet härmed anses kravet på lojalitet vara relativt långtgående då avtal ingåtts<sup>169</sup>. I norsk rättspraxis har det fastslagits att det kan föreligga ett mycket strängt krav på aktsamt och lojalt agerande gentemot motpart under förhandlingarna.<sup>170</sup> Lojalitetsplikten är då särskilt långtgående om det föreligger avtal mellan parter sedan tidigare, och det inleds nya förhandlingar dem emellan inför ytterligare ett avtal.<sup>171</sup>

---

<sup>162</sup> Nicander, H, JT 1995/96, s. 47.

<sup>163</sup> Ibid. s. 46.

<sup>164</sup> Grönfors, K, *Avtalslagen*, s 37f.

<sup>165</sup> Hultmark, C, *Upplýsningsplikt vid ingående av avtal*, s 78.

<sup>166</sup> Munukka, J, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 422.

<sup>167</sup> Ibid. s. 423.

<sup>168</sup> Taxell, L. E., *Avtalsrätt, bakgrund, sammanfattning, utblick*, s. 65.

<sup>169</sup> Hultmark, C, *Upplýsningsplikt vid ingående av avtal*, s 7.

<sup>170</sup> Rt 1988 s. 1078, se s. 1469.

<sup>171</sup> Ibid.

Lojalitetspliktens inträde är vida beskriven i doktrin. En analys härav påvisar en allmänt vedertaget uppfattning ett det skall genomföras en helhetsbedömning av ett partsförhållande i syfte att fastställa om ett lojalitetskrav har inträtt.<sup>172</sup> De danska kollegorna Bryde Andersen och Mads Lookofsky har gjort en genomgående analys av dansk rättspraxis kring lojalitetspliktens inträde. Utifrån denna analys kan det ställa upp ett antal faktorer som, enligt deras förmenade, ligger till grund för domstolens bedömning om en lojalitetskatalog inträtt under avtalsförhandlingar. Motsvarande bedömning verkar vara i enlighet med de helhetsbedömningar som även görs i svenska och norska domstolar.<sup>173</sup> Som en första punkt betonas frågan om *avtalsförhållandets karaktär*. Domstolen beaktar härmed om förhandlingarna har varit långvariga eller kortvariga, men också om avtalet avsett små eller stora transaktioner. En annan betydande faktor är om parternas *tidigare varit i avtalsrelation* med varandra. Om så är fallet kan domstolen utrona att det uppstått ett visst partsbruk mellan parterna som medför att en part kan ha fog att förvänta sig ett visst agerande och utökad lojalitet av sin motpart. Om parterna exempelvis har för vana att tillgodose varandra med särskilda upplysningar kring en transaktion kan tänkas att domstolen anser att det ställs krav på en lojalitet avseende att göra detta även i framtiden och inte undanhålla dylik information. Slutligen är även de *omkringliggande omständigheterna* kring avtalet av betydelse vid bedömningen. Vid beaktande härav kan framgå att den skadelidande parten borde ha varit mer uppmärksam avseende sin undersökningsplikt för den specifika transaktionen, och att det inte har varit illojalt av motparten att lämna förhandlingsbordet. Här kommer domstolen särskilt att beakta om motparten haft möjlighet att företa egna undersökningar eller ta reda på vederbörande omständigheter i övrigt, konstaterar Andersen och Lookofsky.<sup>174</sup>

Utifrån ovan kan ett, i min mening, tämligen säkert typfall illustreras där lojalitetsplikt skulle kunna inträda under avtalsförhandlingar enligt nordisk avtalsrätt. I detta typfall är parterna kända för varandra sedan tidigare, och har genomfört minst en tidigare transaktion så att ett visst partsbruk utvecklats mellan dem. Det aktuella avtalet avser en omfattande transaktion som är befattade med relativt stor komplexitet och som föranleder långa avtalsförhandlingar. Vidare avser parterna att ingå ett långt samarbete med varandra och de oblikeras härmed att ge ut intern information till varandra och utbyta övriga sekretessbelagda uppgifter. Om dylika omständigheter föreligger kan parterna troligen vara tämligen säkra på att lojalitetsplikt inträtt mellan dem, och att en förpliktelsekatalog kommit att träda in såsom en affärsetisk ram av normer att förhålla sig till.

---

<sup>172</sup> se exempelvis Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 338 och 339, Ramberg, C - Ramberg, J, *Allmän avtalsrätt*, s. 65 – 66.

<sup>173</sup> se exempelvis Rt. 1984 s. 28, Rt. 1988 s. 1078, Rt. 1995 s. 1460; Ramberg, C - Ramberg, J, *Allmän avtalsrätt*, s. 111.

<sup>174</sup> Bryde Andersen, M; Lookofsky, J, *Lærebog i Obligationsret I*, s. 63 ff.

## 4.2 Prekontraktuellt ansvar

Kommersiella aktörer anses traditionellt få stå sin egen risk för de kostnader de ådrar sig under avtalsförhandlingar.<sup>175</sup> Den främsta anledningen härtill är att rättsordningen anser att det finns fog att anta att parter som är rutinerade inom affärsmässiga relationer bör kunna tillvarata sina egna intressen, och själva uppskatta vilka risker som är förknippade med att ingå avtal.<sup>176</sup> Med lojalitetspliktens etablering i den nordiska avtalsrätten har rättsordningen emellertid kommit att fastställa att aktörer på marknaden har rättigheten att kunna förlita sig på att motparten agerar inom vissa affärsetiska mönster. Ovan har redogjorts för de prekontraktuella förpliktelser som kan uppstå mellan parter och det har diskuterats kring när dessa uppstår i en avtalsrelation. Frågan som följer blir dock vad det egentligen innebär att part brutit mot sin lojalitetsplikt under förhandlingarna. Finns det en tillräcklig sanktionskatalog att tillgå som motsvarar den som är vida accepterad vid inomobligatoriska överträdelser även under den prekontraktuella fasen? I doktrin diskuteras och utvärderas framförallt två kategorier av tänkbara sanktioner och åtgärder vid överträdelse av lojalitetsplikten, dels de som avser att parterna förpliktigas att fullfölja förhandlingarna och dels de som avser skadestånd till den skadelidande parten. I det följande skall härmed närmare diskuteras kring vad det egentligen innebär att en part överträder lojalitetsplikten, och vad rättsordningen påkallar för ansvar under dessa omständigheter. Principen om culpa in contrahendo skall diskuteras under den övergripande frågan om denna är i förenlighet med den nordiska avtalsrätten eller om den de facto har medfört att det uppkommit en utökad och stridig praxis mot såväl skadeståndsrätten som avtalslagen.

### 4.2.1 Sanktionsmomentet

Den nordiska lojalitetsplikten är som starkast förankrad avseende de förpliktelser som kommersiella aktörer har *under en avtalsrelation*. Det är således fråga om skyldigheter som aktualiseras under den tid då avtal är gällande mellan parterna, det vill säga från den tid då avtal ingåtts till den tid då parterna uppfyllt samtliga skyldigheter enligt avtalet. Begreppet ”under en avtalsrelation” kan även, under vissa omständigheter, sträckas till att även innefatta åtaganden efter avtalet upphört att gälla såsom konkurrensrelaterade förpliktelser eller särskilda sekretessrelaterade frågor. Såväl de kontraktuella som de postkontraktuella förpliktelserna kan resultera i en katalog av tänkbara och etablerade sanktioner om en part skulle underlåta att iakttä föreliggande skyldigheter i partsrelationen. Vid bristande fullgörelse finns härmed sanktioner som underlättar för den klandrande parten att framtvunga ett genomförande av avtal, såsom prisavdrag, omleverans och avhjälpande.<sup>177</sup> Vidare kan den skadelidande parten

---

<sup>175</sup> se bl.a. Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 202; Adlercreutz, A, *Avtalsrätt I*, s. 110; Kleineman, J, *Ren förmögenhetsskada*, s. 429.

<sup>176</sup> NJA 1963 s.105.

<sup>177</sup> Lehrberg, B, *Avtalsrättens grundelement*, s. 58.

berättigas att träda ur avtalet, såsom att denne får rätt att häva ett köp. Slutligen uppkommer de påföljder som medför att part lämnas ekonomiskt skadelös genom att denne berättigas skadestånd. I kontrast härtill är sanktionssystemet avseende de prekontraktuella förpliktelseerna mindre förankrade i avtalsrätten, och det finns i regel inte en motsvarande sanktionskatalog att tillgå om parter är i ett utomobligatoriskt partsförhållande.<sup>178</sup> I och med lojalitetsplikts inträde under det prekontraktuella skedet har det emellertid öppnats för att en överträdelse av föreliggande skyldigheter torde vara sanktionerad av rättsordningen i syfte att upprätthålla densamma. De möjligheter till sanktioner som diskuteras under dylika omständigheter är dock såväl omstridda som osäkra i förhållande till gällande rätt och grundläggande avtalsrättsliga principer.

Skadestånd utgör det centrala sanktionsmomentet vid frågor om prekontraktuellt ansvar. Rätten till ersättning då lojalitetsplikten bryts under det prekontraktuella skedet är dock inte i närheten av att vara så given som vid kontraktuella förhållanden, och såväl dess tillämpning som dess omfattning är vida diskuterat doktrin. Grundproblemet ligger i att, såsom Lehrberg uttrycker det, ”varken avtalsbundenhet eller grund för skadeståndsansvar enligt huvudregeln föreligger i den aktuella situationen”.<sup>179</sup> I nordisk avtalsrätt ställs det nämligen krav på att det skall ha uppkommit, eller föreligger, ett avtalsförhållande mellan parter för att en domstol skall kunna utdöma skadestånd.<sup>180</sup> Det är således först då parterna förbundet sig till inomobligatoriska förpliktelser som domstolen kan ogiltigförklara en parts rättshandlingar och ålägga en skadelidande part ersättning för de handlingar som begåtts.<sup>181</sup> I svensk rätt återfinns dessa allmänna skadeståndsrättsliga regler i vår skadeståndslag. Här fastställs att det i princip inte är möjligt att utdöma skadestånd under utomobligatoriska förhållanden. Undantaget som föreskrivs är att en part vållats ekonomisk skada i samband med att denne utsatts för en brottslig handling.<sup>182</sup> Mot bakgrund av detta kan konstateras att det inte lämnas något egentligt utrymme för att part skall få ersättning vid utomobligatoriska förhållanden. Trots att det förefaller kontroversiellt att tillerkänna en skadeståndsrätt för part under det prekontraktuella skedet finns det numera en befast ansvarsprincip att tillgå vid parts överträdelse inom nordisk rätt. Denna princip, ”principen om culpa in contrahendo”, innefattas härmed av den dominerande inställning till att en lämplig sanktion vid överträdelse av lojalitetsplikten innefattas av de påföljder som avser att försätta skadelidande part ekonomiskt skadelös genom att utdöma skadestånd. Tanken är då att de förluster och omkostnader som en avtalspart haft efter att avtal inte kommit tillstånd på grund av parts illojala beteende skall ersättas.<sup>183</sup>

---

<sup>178</sup> Simonsen, L, *Prekontraktuellt ansvar*, s. 168.

<sup>179</sup> Lehrberg, B, *Avtalsrättens grundelement*, s. 112.

<sup>180</sup> Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 202, 207.

<sup>181</sup> Ibid.

<sup>182</sup> Skadeståndslag (1972:207) 2 kap 4 §.

<sup>183</sup> Lehrberg, B, *Avtalsrättens grundelement*, s. 118.

## 4.2.2 Principen om culpa in contrahendo

Culpa in contrahendo utgör en slags lösning på den problematik som uppstått kring att sanktionera illojalt beteende utanför kontraktuella partsförhållanden genom att rättsordningen ersätter part till viss del. Principen om culpa in contrahendo är inte reglerad i lag,<sup>184</sup> utan har istället ansetts bli etablerad och befast genom rättspraxis, och anses kunna härledas utifrån allmänna rättsgrundsatser i den nordiska avtalsrätten.<sup>185</sup> Det råder heller inga tvivel om att culpa in contrahendo har uppnått status av att vara en del av den gemensamma nordiska avtalsrätten.<sup>186</sup> Inte desto mindre är principen belagd med en problematik, och har varit föremål för omfattande debatt inom den nordiska doktrinen då det förefaller som om det egentligen inte finns utrymme för en dylik princip mot bakgrund av de grundläggande principerna inom avtalsrätten och skadeståndsrätten. Följaktligen har det diskuterats huruvida ett dylikt ersättningsansvar överhuvud är förenligt med den nordiska avtalsrätten, och på vilka grunder den skall kunna rättfärdigas. Principens innebörd för avtalsrätten, omfattning och problematik skall diskuteras i det följande.

### 4.2.2.1 Förankring i avtalsrätten

Med principen om *culpa in contrahendo*, klandervärt beteende vid avtals ingående, har rättsordningen fastställt att part kan åläggas skadeståndsskyldighet mot bakgrund av att det uppkommit prekontraktuella förpliktelser i en avtalsrelation. Rättsordningen härmed tagit lojalitetsplikten ett steg längre och klargör numera att överträdelser mot god affärsmässig sed kan medföra skadeståndsansvar under vissa omständigheter. Principen om culpa in contrahendo har blivit en lösning på den konflikt som uppstått mot bakgrund av skadeståndsrättsliga och avtalsrättsliga principer, som medför att den utdömda ersättningen begränsas till att innefatta det negativa kontraktsintresset. Med detta avses att part skall försättas i en ekonomisk situation som om förhandlingar aldrig förts eller avslutats vid den tidpunkt då motparten betett sig vårdslöst.<sup>187</sup> Till skillnad från skadestånd under kontraktuella förhållanden får den skadelidande parten dock inte ersättning för förluster på grund av att utfästelsen inte infriats eller för utebliven vinst.<sup>188</sup>

Då principen om culpa in contrahendo de facto är en del av den nordiska avtalsrätten har det givetvis blivit nödvändigt att söka en juridisk konstruktion till stöd för principen inom doktrinen om än att detta kan bli krystat. Det finns två huvudsakliga angreppsvinklar i denna fråga.<sup>189</sup> Den

---

<sup>184</sup> Nicander, H, JT 1995/95, s. 31.

<sup>185</sup> Ibid.

<sup>186</sup> Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 207.

<sup>187</sup> Lehrberg, B, *Avtalsrättens grundelement*, s. 125.

<sup>188</sup> Ibid.

<sup>189</sup> Ibid. s. 113.



ena utav dessa två är att principen om culpa in contrahendo trots allt ändå är förenlig med den traditionella skadeståndsrätten och de avtalsrättsliga principerna. Genom detta uppfattas således principen som en del utav det avtalsrättsliga ansvaret.<sup>190</sup> Adlercreutz fastställer härmed att principen om culpa in contrahendo kan förenas med de rådande regelverken genom att betrakta parternas relation som om det är i gränslandet till ett inomobligatoriskt förhållande mellan parterna. Tanken är då att avtalsrelationen åtminstone går att hänföras till ”kontraktssfären”.<sup>191</sup> Inom viss doktrin läggs stöd för detta resonemang utifrån en rättspolitisk argumentation, där det påpekas att det är nödvändigt att stävja sådant missbruk som kan uppkomma om ett avtal skulle uppkomma i ett och samma ögonblick.<sup>192</sup> En tillhörande diskussion tar fäste i att culpa in contrahendo innefattas av särskilda allmänna principer för utomkontraktuellt ansvar, där det företas en analogi till de skadeståndsrättsliga principerna. Ett dylikt förfarande har dock fått hård kritik, och Bert Lehrberg tillbakavisar att det skulle finnas stöd för en sådan utvidgning av skadeståndsbestämmelserna, eller att det i övrigt framstår som en tilltalad lösning.<sup>193</sup> En annan uppfattning inom doktrin är att etableringen av culpa in contrahendo istället har medfört en utökning av de skadeståndsrättsliga reglerna.<sup>194</sup> Denna rättsuppfattning tenderar att vara den dominerande av de två. Jan Kleineman menar i enlighet härmed att det numera finns en allmän rättsgrundsats inom skadeståndsrätten som innebär att part som åsamkas ekonomisk skada vid kontrakts- eller kontraktsliknande förhållanden har rätt till skadestånd enligt det negativa kontraktsintresset om part agerat culpöst i avtalsförhandlingarna.<sup>195</sup> Lehrberg instämmer i detta resonemang och konstatera att det innefattar en juridisk kärna. I hans eget tycke förefaller det dock som om det mest optimala vore att culpa in contrahendo betraktas som en rättsprincip som bör kunna motiveras på självständiga grunder.<sup>196</sup> Likväl innefattas emellertid denna uppfattning av den åsikten att principen medfört en utökad avtalsrättslig reglering.<sup>197</sup>

#### 4.2.2.2 Ansvarsgenombrott

Det är oklart vilka omständigheter som föranleder att domstolen med säkerhet skulle utdöma skadestånd under det prekontraktuella skedet. Den främsta anledningen härtill är att lagstiftning saknas, och att det finns begränsade rättspraxis på området.<sup>198</sup> Faktum är att det i nuläget enbart är i det prejudicerande rättsfallet NJA 1963 s. 105 som en högsta instans inom nordnorden har tagit ett principiellt ställningstagande i frågan och utdömt ansvar

---

<sup>190</sup> Lehrberg, B, *Avtalsrättens grundelement*, s. 113.

<sup>191</sup> Adlercreutz, A, SvJT 1987, s. 493.

<sup>192</sup> Lehrberg, B, *Avtalsrättens grundelement*, s. 113.

<sup>193</sup> Ibid. s. 115.

<sup>194</sup> Ibid. s. 114.

<sup>195</sup> Kleineman, *Ren förmögenhetsskada. Särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart*. 140.

<sup>196</sup> Lehrberg, B, *Avtalsrättens grundelement*, s. 116.

<sup>197</sup> Ibid. s. 116 – 117.

<sup>198</sup> Ibid. s. 117.

enligt principen.<sup>199</sup> Det skall noteras att detta inte innebär att det inte förekommer rättsfall där underinstanser utdömt skadestånd enligt culpa in contrahendo,<sup>200</sup> men det är ett faktum att de överinstanser som prövat fråga om skadestånd enligt culpa in contrahendo bedömt att ersättningsanspråket ogillats. Enligt Lehrberg pekar dylika förhållanden på att det är tveksamt om det finns grund att hävda att parter egentligen har sanktionerade lojalitetsförpliktelser under det prekontraktuella skedet.<sup>201</sup>

Det bristande antalet domar där skadestånd utdömts skall inte förstås som om principen om culpa in contrahendo ifrågasätts inom domstolarna. Nordisk rättspraxis påvisar istället det motsatta; att det förs en diskussion och rättsliga resonemang i domskålen kring principens eventuella tillämpning i de mål då ett ansvarsgenombrott av detta slag skulle kunna inträda.<sup>202</sup> Med andra ord verkar det således som om rättsordningen visserligen accepterat principen som en del av regerverket, om än att de är oerhört restriktiva med att utdöma skadestånd på denna grund. I den svenska doktrinen råder enighet om att domstolen är restriktiv till att ålägga ansvar för part i förhandlingsskedet.<sup>203</sup> Detta kan illustreras närmare med att den svenska domstolen uttalat att det skall vara fråga om ”kvalificerat oetiska beteenden” för att en part skall bli ersättningsskyldig.<sup>204</sup> Uttalanden inom den övriga nordiska doktrinen visar även på att det verkar råda en allmän uppfattning att nordisk rättspraxisen pekar på en genomgående restriktivitet.<sup>205</sup> Exemplifierande uttalanden härpå återfinns hos Bernhard, som konstaterar att det enbart är under vissa specifika förutsättningar som det kan utdömas skadestånd mot bakgrund av culpa in contrahendo, och att det ställs krav på att parterna utfärdat en avsiktsförklaring att ingå slutligt avtal.<sup>206</sup> I motsatts till detta tar dock kollegan Karen Dyekjær klar ställning för att det uppstår en absolut skyldighet att ersätta en motparts kostnader om part väljer att avstå från avtalet, i vart fall vid stora projekt inom bygg – och anläggningsbranschen, som är mer omfattande än det negativa kontraktsintresset men inte fullt så omfattande som det positiva kontraktsintresset. Detta uttalande har dock ansetts vara den längst gångna uppfattningen avseende skadestånd inom nordisk doktrin.<sup>207</sup>

---

<sup>199</sup> Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 203.

<sup>200</sup> Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 206.

<sup>201</sup> Lehrberg, B, *Avtalsrättens grundelement*, s. 118.

<sup>202</sup> Exempel från norsk praxis; Rt 1970 .637, Rt 1981.462, Rt 1992 .1110, Exempel från svensk rättspraxis; NJA 1963 s. 105, NJA 1978 s. 147, NJA 1990 s. 745, Exempel från dansk rättspraxis; U 1996.309, U 2000.1366 H.

<sup>203</sup> Kleineman, J, JT 1993/94, s 458.

<sup>204</sup> NJA 1990 s. 745.

<sup>205</sup> Lynge Andersen, L - Bo Madsen, P, *Aftaler og mellemænd*, s.108; Håstad, T, *Förhandlingarna på Det 30:e nordiska jurismötet II* (1990 s. 282).

<sup>206</sup> NJM 1984 I s. 245 ff.

<sup>207</sup> Adlercreutz, A, SvJT 1987, s. 493; s. 495.

## 4.3 En sanktionerad lojalitetskatalog

Det har framkommit att den prekontraktuella lojalitetsplikten har en osäker status inom den svenska avtalsrätten, och att den traditionella synen på att dylika normer inte anses vara av rättslig karaktär tenderar att hålla tillbaka rättsutvecklingen. Det största hindret för lojalitetspliktens genombrott och befogade ställning i den svenska avtalsrätten torde ändå vara den bristande förekomsten av en mer öppen diskussion inom domstolarna, och en att det inte finns en lagfäst lojalitetsplikt vilket skulle minska dess abstrakta karaktär. I det följande skall närmare diskuteras och föras fram tankar kring de lege ferenda inom doktrinen, varpå sådan konstruktiv kritik gentemot det rådande rättsläget såsom åsikter i avsikt att förändra avseende sanktionsmöjligheter under det prekontraktuella skedet kommer redogöras.

### 4.3.1 Kritik mot culpa in contrahendo

Rättsordningens lösningen med culpa in contrahendo och den efterföljande osäkerheten kring att begränsa ersättningen till det negativa kontraktsintresset har givit upphov till en utbredd kritik inom den nordiska doktrinen.<sup>208</sup> I norsk doktrin framställer Carl Jakob Arnholm härmed att denna rättsutveckling har medfört att det uppkommit en mellanlösning där domstolen väljer att inte ta ställning om det uppkommit bundenhet mellan parterna eller ej.<sup>209</sup> Genom att ersätta part med det negativa kontraktsintresset har domstolen nämligen förklarat parterna ”halvbundna” vid det omtvistade avtalet, förklarar han. Nu står alltså culpa in contrahendo mellan att å ena sidan medföra att det uppkommit en bundenhet under förhandlingarna där part kan åläggas att fortsätta förhandlingarna tills slutligt avtal ingås, och å andra sidan ersättas för de kostnader som denne åsamkats på grund av att avtalet inte genomförts. Arnholm påpekar träffande att det negativa kontraktsintresset skulle kunna benämnas ”tillitsintresset” mot bakgrund av vad det representerar,<sup>210</sup> det är den befogade tilliten till motparten som ersätts snarare än de reella kostnaderna. Det skall framföras att kritiken till trots, verkar nordisk doktrin överlag ställa sig positiv till att principen har blivit del av avtalsrätten. Geir Woxholt anser som exempel härpå att det är rimligt att på detta sätt skapa en säkerhetsventil för part vid förhandlingarna, så att det finns en möjlighet att kräva ersättning under vissa omständigheter.<sup>211</sup> Mads Bryde Andersen lämnar sitt medhåll i detta och framhäver att ersättningsreglerna kan motivera en part att dela med sig av upplysningar som kan vara av betydelse för motparten.<sup>212</sup> Han menar att den potentiella möjligheten för en part att bli ålagd ersättningsskyldighet om denne undanhåller information skapar

---

<sup>208</sup> Lehrberg, B, *Avtalsrättens grundelement*, s. 125.

<sup>209</sup> Arnholm, C. J, *Lærebok i avtalerett*, s. 20-21.

<sup>210</sup> Ibid.

<sup>211</sup> Kleineman, J, JT 1991/92, s 139.

<sup>212</sup> Bryde Andersen, M, *praktisk aftaleret*, s. 60.

incitament till utökad öppenhet mellan parter.<sup>213</sup> Enligt min mening torde den framförde kritiken mot culpa in contrahendo härmed tolkas såsom en kritik mot dess tillämpning snarare än att rättstillämparen utökat sanktionsmöjligheterna per se.

### 4.3.2 En utökad sanktionskatalog

Mot bakgrund av den omfattande kritiken gentemot principen om culpa in contrahendo kan det diskuteras kring om det vore rimligt att beakta om illojalt agerande torde sanktioneras annorlunda. Geir Woxholt pekar träffande på den rådande problematiken genom konstaterar att det uppstått en skala med vardera ytterligheten i fråga om en sanktionskatalog under det prekontraktuella skedet.<sup>214</sup> Frågan uppkommer härmed om rättsordningen torde utöka skadeståndsmöjligheterna då part agerat illojalt under avtalsförhandlingar, eller i vart fall utöka möjligheterna till att sanktionera part som agerat illojalt.

Ersättning enligt det negativa kontraktsintresset har för det första kritiserats för att vara otillräcklig. I samband härmed skall påpekas att en tredjedel av ledamöterna som hade att fälla den prejudicerande domen avseende principen ansåg att den skadelidande parten skulle ha ersättning enligt det *positiva kontraktsintresset*, och att det således inte ansågs tillräckligt att ge den skadelidande en mer begränsade ersättning som följer av principen idag.<sup>215</sup> Bert Lehrberg uttalar att den skada som kan uppkomma under avtalsförhandlingar inte alltid begränsar sig till extrakostnader, utan att det i regel snarare är fråga om kostnader som skulle uppkomma i vilket fall, men som ofta ersättes genom att avtal ingås. Lehrberg anser härmed att ytterligare tänkbara kostnader som borde ersättas är sådana utgifter som avser löner, material, undersökningar och dylika poster som uppkommit i syfte att genomföra projektet. Därutöver borde ersättning utgå för sådana förlorade intäkter som part haft för att inte ha kunnat utföra annat arbete. Denna sistnämnda kategori är dock svårbedömd, menar Lehrberg, och förklarar därmed att det ofta anges att en dylik summa skall beräknas med ett schablonmässigt påslag.<sup>216</sup> Det verkar dock inte vara fråga om att gå så långt som att ersätta part med det positiva kontraktsintresset såsom skulle vara fallet om parterna haft ett kontraktuellt partsförhållande.

Förutom att berättiga part till ersättning enligt det positiva kontraktsintresset förekommer det en diskussion kring en utökad och alternativa sanktionsmöjlighet vid överträdelse av parters lojalitetsplikt. Det anses vara rimligt att det under dylika omständigheter finns motsvarande påföljder att tillgå under som under inomobligatoriska förhållanden mot bakgrund av dess koppling med kontraktuella förhållanden<sup>217</sup>. Oavsett vilka ytterligare

---

<sup>213</sup> Ibid.

<sup>214</sup> Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 162.

<sup>215</sup> NJA 1963 S. 105.

<sup>216</sup> Lehrberg, B, *Avtalsrättens grundelement*, s. 125 – 126.

<sup>217</sup> Munukka, J, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 424.

lösningar som kan tänkas rimliga anser Jori Munukka att det i vart fall är nödvändigt att ha en mer nyanserad ansvarsreglering med tanke på den mångfald av situationer som kan uppstå under det prekontraktuella skedet.<sup>218</sup> Utav de förekommande alternativa möjligheterna att sanktionera illojala parter under det prekontraktuella skedet förekommer att part åläggs en *plikt att verka för avtalsverkan*. Härigenom förpliktigas således parter att gemensamt och aktivt söka nå ett slutligt avtal.<sup>219</sup> Den främsta kritiken mot denna påföljd är att det kan ifrågasättas om en dylik sanktion kan rättfärdigas utifrån vare sig ett rättspolitiskt eller ett de lege lata resonemang. Munukka framhåller härmed att det strider mot såväl den negativa kontraheringsfriheten som parterns rätt till dispositionsfrihet att tvinga parter till detta vid en ofullbordad avtalsprocess. Som ett motargument härtill vill han dock påpeka att det i annat fall säkerligen skulle ge parter modet att förhandla förutsättningslöst.<sup>220</sup> En majoritet inom den nordiska doktrinen förefaller stödja den sistnämnda uppfattningen, och anser härmed att det finns en allmän plikt inom den nordiska avtalsrätten för förhandlare att verka för avtals ingående.<sup>221</sup> Därutöver har rättspraxis vid flertalet tillfällen gjort det klart att det är möjligt att på detta sätt påtvinga parter till fortsatta förhandlingar.<sup>222</sup> I norska Høyesterett har det även klargjorts att det kan uppkomma en ”point of no return” mellan parter, genom att uttala att det kan föreligga ”... forhold som gjør at partene ikke fritt kan trekke seg ut av forholdet”.<sup>223</sup> Praxis visar dock på att det föreligger en relativt stark presumtion mot att på detta sätt förelägga parter att ingå påtänkt avtal.<sup>224</sup> Samma restriktivitet återfinns i uttalanden av Lasse Simonsen som påpekar att en dylik bundenhetsförpliktelse är en långtgången åtgärd mot part under dessa situationer. Enligt hans förmenande torde det dock vara rimligt och i enlighet med gällande rätt att i vart fall ålägga parter att fortsätta förhandla.<sup>225</sup> Utifrån ett de lege ferenda perspektiv anför dock Jori Munukka att det finns ”goda skäl för att sådant handlande före avtalsslut som ger upphov till verkningar under avtalsförhållandet bör mätas enligt kontraktuella standarder”<sup>226</sup>.

### 4.3.3 Behov av ett lagfäst lojalitetskrav

Kravet på att det skall finnas en förutsebarhet för domstolarnas beslut är en grundprincip inom den nordiska rättsordningen. I doktrin påstås det dock att kommersiella parter har en minimal möjlighet att förutse hur en svensk domstol skulle bedöma ett lojalitetsbrott under förhandlingar, rättsläget om

<sup>218</sup> Munukka, J, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 424.

<sup>219</sup> Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 147; NJA 1973 s. 248, NJA 1995 s. 437.

<sup>220</sup> Munukka, J, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 424.

<sup>221</sup> Ibid.

<sup>222</sup> Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 147; NJA 1973 s. 248, NJA 1995 s. 437.

<sup>223</sup> Rt. 1995 s. 543, s. 552.

<sup>224</sup> Se exempelvis NJA 1990 s. 745 och Rt. 1995 s. 543.

<sup>225</sup> Simonsen, L, *Prekontraktuelt ansvar*, s. 168.

<sup>226</sup> Munukka, J, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 141.

utfall i denna fråga förefaller högst ovisst.<sup>227</sup> I Lasse Simonsens omfattande genomgång av det prekontraktuella ansvaret i nordisk rätt illustreras att det finns en stor bredd och olikartad gradskillnad mellan den styrka och bestämdhet som en avsiktsförklaring framställs och uttrycks.<sup>228</sup> Problemet att avgöra när lojalitetsplikten och ersättningsansvaret infaller är därför graduellt och inte uppdelat i två skilda delar. Detta skapar svårigheter för aktörer på marknaden att avgöra hur deras motparters agerande uppfattas rent juridiskt, konkluderar han.<sup>229</sup> Simonsen gör härmed, enligt min mening, ett viktigt påpekande. Även om parter visserligen rimligen borde bära vissa risker måste det tas hänsyn till att det kan vara oerhört svårt för en part att utläsa motpartens verkliga intentioner. Min perception är att ett flertal faktorer torde påverka hur en part uppfattar sin medkontrahents avsikter och intressen, samt i hur hög grad de är avsedda att vara bindande. Exempel på detta borde i min mening vara hur viljeförklaringen initialt framställs, hur avsiktsförklaringarna uttrycks under processen, av vem och i vilket sammanhang detta sker och slutligen de bakomliggande omständigheterna till förhandlingarna. Sammanfattningsvis borde det alltså föreligga en betydande osäkerhet kring fastställandet av en parts intentioner även för parter inom kommersiella förhållanden. Om intet annat torde det stora antalet tvister kring huruvida bundenhet uppstått mellan kommersiella aktörer spegla att det finns stor risk för missförstånd.

Jori Munukka anser att det inte längre är fråga om huruvida det finns utrymme att beakta skälighet och liknande normer inom den svenska avtalsrätten.<sup>230</sup> Debatten har nu rört sig mot att diskutera ”på vilket stadium man måste nöja sig med att acceptera abstrakt rättvisa som en kategori inom avtalsrätten”.<sup>231</sup> De lege ferenda förespråkar Munukka att den svenska rättsordningen skall ta steget fullt ut och införa en lagbestämmelse som fastslår att varje avtalspart åläggs att handla lojalt i förhållande till sin motpart.<sup>232</sup> Detta är en nödvändighet enligt Munukka, som pekar på att det ännu kvarstår en skepticism gentemot lojalitetsplikten och dess legitimitet inom framförallt domarkåren i Sverige. Motsvarande resonemang stöds och utvecklas vidare av Lars Gorton som belyser att lojalitetspliktens abstrakta karaktär kräver en tydlig reglering och att det därför inte är tillräckligt med en generalklausul härom, utan att det är nödvändigt att precisera en dylik plikt så att det inte skapas utrymme för missförstånd.<sup>233</sup> Munukka kan urskilja en klar tendens inom framförallt doktrinen, men även lagförarbeten och praxis, mot ett accepterande av en lojalitetsplikt som en rättsprincip eller en allmän rättsgrundsats. För att undanröja kvarvarande tvivel om lojalitetspliktens existens, och för att uppnå ett fullständigt erkännande inom avtalsrätten, krävs det dock ett införande av ett lagstadgande som domstolarna kan stödja sin argumentation på och som kan stilla debatten

---

<sup>227</sup> Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 162.

<sup>228</sup> Simonsen, L, *Prekontraktuelt ansvar*, s. 19.

<sup>229</sup> Simonsen, L, *Prekontraktuelt ansvar*, s. 19.

<sup>230</sup> Munukka, J, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 61.

<sup>231</sup> *Ibid.*

<sup>232</sup> Munukka, J, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 61.

<sup>233</sup> Nyström, B; Annamaria, Westregård; Vogel, Hans-Heinrich, *Liber Amicorum Reinhold Fahlbeck*, s. 258.

inom doktrinen, menar han.<sup>234</sup> Därutöver skulle ett dylikt införande följa den rättsutveckling som skett inom övriga västerländska länder, och de moderna kodifikationerna av gemensam avtalsrätt så som UNIDROIT Principles<sup>235</sup>, konstaterar han.<sup>236</sup>

## 4.4 Slutsatser och kommentarer

**En lojalitetsplikts potential** såsom funktion vid kommersiella avtalsförhandlingar förefaller betydande. Det vore obefogat att en part inte försätts i en någorlunda försäkrad position om denne genom befogade antagande investerat i såväl tid som pengar kring ett avtal. Givetvis torde det följa av marknadens regler att en part bär sin huvudsakliga risk för vad denne företar sig under en förhandlingsprocess, och givetvis skall det mycket till för att en motpart skall åläggas förpliktelser utan att avtal ingåtts. Min uppfattning är därför att det skulle vara fördelaktigt om *rättsordningen borde erkänna att det finns en fallande skala, där det under vissa omständigheter kan uppkomma en skyldighet att beakta den befogade tillit som väckts hos part*. Om inte så vore fallet, kan en aktör förhandla förutsättningslöst och utan att ta tillvara på sin motparts intressen.

**Det har dock onekligen etablerats en lojalitetsplikt** inom den nordiska avtalsrätten, och det ställs numera specifika krav på parternas agerande gentemot varandra under förhandlingsprocessen; affärsetiska skyldigheter anses uppkomma på ett inledande stadium för att sedan successivt bli allt starkare under det prekontraktuella skedet. Det kan vidare fastställas att den nordiska avtalsrätten sammantaget förespråkar en partslojalitet under alla skeenden av en avtalsrelation, även om den förefaller mindre befäst i svenska domstolar än i övriga nordens länder. Med lojalitetsplikten följer en förpliktelsekatalog av moraliska och affärsetiska åligganden mellan parter under förhandlingarna, och utgör därmed *ett regelverk kring en avtalsrelation som står utanför ramarna för det som skriftligen reglerats*. Det är dock högst tvivelaktigt vad denna förpliktelsekatalog egentligen innebär och vilka följder som kan träda in om en part skulle bryta mot detsamma. Den nordiska inställningen i denna fråga kan sägas utgöra ett mellanting av den uppfattningen som råder i flertalet länder i övriga Europa, där det ställs höga krav på att parter agerar lojalt under det prekontraktuella skedet, och den högst restriktiva hållning härom inom den angloamerikanska rätten där parterna anses fullständigt utan förpliktelser gentemot varandra fram till avtal undertecknats.

**Inom den svenska avtalsrätten har etableringen** av en lojalitetsplikt främst givit upphov till att affärsmässiga förpliktelser överhuvudtaget har kommit att uppmärksammas. Även om en svensk domstol skulle förklara att lojalitetsplikt uppkommit mellan parter ställs orimligt höga krav för att

---

<sup>234</sup> Munukka, J, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 60 -61.

<sup>235</sup> Se mer härom i del 7.

<sup>236</sup> Munukka, J, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 61.

denna sedan skall anses bruten. Om domstolen ändå skulle komma till slutsatsen att en part agerat så illojalt gentemot sin motpart att den har brutit mot de affärsetiska skyldigheterna, är det de lege lata högst osannolikt att den skadevällande parten blir ålagd en påföljd för detsamma. Under dessa rådande omständigheter kan det onekligen ifrågasättas vad det egentligen har betydelse att en lojalitetsplikt har etablerats inom den svenska avtalsrätten. I min mening ställs allt för höga krav på att parterna själva kan dra slutsatser från hur medkontrahenten agerar. Domstolen utgår från att kommersiella parter skall bära sin egen risk, och kommer därför att vara restriktiva med att utdöma ansvar även om de anser att lojalitetsplikten är bruten. Om part bort ha förstått att medkontrahenten inte kunnat upplysa kring den rådande situationen på ett sätt som haft direkt inverkan på huruvida avtal skall komma till stånd eller ej kommer inte plikten att anses vara bruten. Part måste även beakta att denne kan behöva stå risken för de kostnader som har lagts ner kring förhandlingarna även om de har varit del av ett fullgörande av ett ännu inte ingånget avtal.

**Det råder delade meningar** i frågan om lojalitetspliktens betydelse och status inom Norden. Även om lojalitetsplikten visserligen uppnått status av att vara en allmän rättsgrundsats inom Norden, har detta inte medfört att den gemensamma avtalsrätten nödvändigtvis tagit ett steg åt samma riktning. Den svenske rättstillämparen har varit högst skeptisk till att kombinera moraliska överväganden med avtalsrätten, medan den norska och den danska inställningen enligt min mening grundats i en stark tro om att tillvarata medkontrahentens intressen. Det är besvärande att den svenska rättsordningen inte anammat denna sistnämnda uppfattning, då tankar om att skapa lika villkor för förhandlingsparter, där medkontrahentens intressen särskilt betonas, utgör en fundamental grundbult för den gemensamma avtalslagen. Den svenske rättstillämparen har istället fokuserat kring uppfattningen att förpliktelsers uppkomst är starkt förbundna till ”avtalets uppkomst”, och drar härigenom snarare mot den angloamerikanska avtalsläran, vilken är i stor kontrast till det europeiska civil law systemet. Detta till trots torde det enligt min åsikt klart kunna fastställas att en lojalitetsplikt är högst förenlig med avtalslagen, och torde de facto vara en självklarhet i rättsliga resonemang mot bakgrund av den nordiska tillitsteorin. Den representerar tankar om att en part har rätt att kunna utgå från den befogade tillit som motparten väckt hos denne, och vidare att part skall kunna förlita sig på de viljeuttryck som denne med fog uppfattat såsom gällande. *Liksom tankarna i avtalslagens motiv är lojalitetsplikten således ett led i tankar om att det avgörande momentet är att parts vilja uppfattas av motparten, och vidare att en part skall kunna förlita sig på de utfästelser som medkontrahenten uttalat sig om eller agerat som om de skulle vara förhanden.*

**Hur skall då lojalitetsplikten uppnå sin befogade status?** För att besvara denna fråga är det tillräckligt att betrakta utvecklingen i de övriga nordiska länderna. De har, utifrån samma allmänna rättsprincip och samma avtalsrättsliga reglering, kommit att tillämpa lojalitetsplikten på ett mer extensivt sätt. Lojalitetsplikten har framförallt kommit att etableras inom



den norska avtalsrätten. Den främsta anledningen härtill är, enligt min uppfattning, att principen har befästs inom samtliga institutioner i rättsapparaten, och att det följaktligen har uppnåtts ett allmänt och utbrett stöd för att moraliska och affärsetiska principer skall vara en del av vad som kan krävas av parter i avtalsförhandlingar. Anledningen till att det svenska inställningen skiljer sig från den nordiska, torde onekligen vara att lojalitetspliktens rättsteoretiska grund är mindre befäst inom den svenska avtalsrätten än vad är inom den danska och norska avtalsrätten. Det tämligen svaga mottagande av en lojalitetsplikt inom den svenska rättsordningen kan sträckas bakåt till avtalslagens tillkomst vilket har resulterat i en tveksam förankring inom det svenska domstolsväsendet och den svenska advokat kåren. Den svenska domstolen kräver generellt uttryckligt stöd i lag för att utdöma ansvar enligt dylika moraliska skyldigheter. Likt tankar om kontraheringsplikt och kontraktsfrihet borde det därför finnas en bakomliggande förankring och en genomgående närvaro av lojalitetstankar inom avtalsrätten. Mot bakgrund av bristen i domstolars upprätthållande av lojalitetsplikten måste det ses som nödvändigt med lagbestämmelser härom. *Sammantaget torde alltså svaret vara att principen måste befästas i lag, där en allmän lojalitetsplikt uppställs såsom en övergripande generalklausul inom avtalsrätten.* För att vidare få genomslag torde även tankar om lojalitet och gott handelsbruk integreras i den avtalsrättsliga regleringen i övrigt.

**Principen om culpa in contrahendo** är ett bra komplement till avtalsrätten, och en nödvändig anpassning till den utveckling som skett sedan avtalslagens tillkomst. Jag emotsätter mig den kritik som förts fram, där det påstås att principen är svårförenligt med den rådande nordiska avtalsrätten i den bemärkelsen att den baseras på en slags halvbindenhet. De lege lata anser jag snarare att *culpa in contrahendo* är väl förenligt med avtalslagen som *de facto* bygger på att avtal uppkommer genom att det uppstår ett haltande rättsläge, där en part blir halvbinden till dess att motparten gjort sin vilja klar. Det förefaller därför som helt logiskt att en part kan komma att åläggas ansvar enligt det negativa kontraktsintresset om denne uppträder klandervärd under detta skede. Mot bakgrund av mitt resonemang ovan är det även högst motiverat att ett dylikt skadeståndsansvar etablerats. Däremot kan det ifrågasättas om en princip som culpa in contrahendo är förenlig inom den rådande skadeståndsrätten. Enligt min mening vore det högst konstlat att tolka in det negativa kontraktsintresset i termer av den svenska skadeståndslagen. Att på detta sätt tala om att ett partsförhållande härrör inom ”kontraktssfären” kan visserligen tyckas befogat i sig, men det är inte i konform med hur lagen tillämpats i svensk rätt. *Det är nödvändigt att istället ge ett erkännande av den utökning av svensk rätt som verkar ha skett.* I min mening medför principen att det numera går att tala om en anpassning till den internationella utvecklingen och det steg närmare erkännandet av ett prekontraktuellt ansvar i nordisk avtalsrätt.

**Behovet av en utökad sanktionskatalog** bottnar i den Avgränsningsproblematiken kring parter rättsliga förhållanden ger sig tillkänna under tvist, och här kan konsekvenserna bli förödande för en part om inte för båda. Den rättsliga uppfattningen av avtalslagen anses

traditionellt vara att parter antingen är bundna eller ej – parter kan inte vara halvbundna till ett avtal. Följaktligen kommer en domstolsprocess att resultera i två alternativa utgångar. Antingen så förklaras parterna vara i det prekontraktuella skedet, varpå samtliga kostnader som parterna lagt ut i tron att uppnå slutligt avtal inte kommer till någon nytta, eller så förklaras parterna bundna till samtliga förpliktelser som föreskrivs i avtalet och eventuellt sådant villkor som domstolen kan tänkas behöva tolka in för att transaktion skall kunna genomföras. Även om dessa lösningar möjligen kan vara rimliga under vissa omständigheter torde de oftast utgöra ytterligheter på en fallande skala. Min personliga åsikt är därför att det, *mot bakgrund av hur olikartad konsekvenserna blir beroende av vad en domstol skulle bedöma det enskilda fallet, torde det vara lämpligt att i vart fall finna en mellanlösning av dessa ytterligheter.*

**Vad är då rimligt att ålägga parter** i gränlandet mellan det prekontraktuella och det kontraktuella skedet utöver ansvar enligt det negativa intresset? Min bestämda åsikt är att det förefaller olustigt att påtvinga parter att fortsätta förhandlingar då det ter sig uppenbart att det råder kommunikativa svårigheter. Särskilt besvärande är om det uppstår en tvist kring avtal ingåtts och en part ålägges att fortsätta förhandla och ingå avtal. Återigen blir det fråga om ytterligheter som ter sig motstridiga till grundläggande avtalsrättsliga principer om viljeförklaring och kontraktsfrihet. En kontraheringsplikt kan tyckas rimlig under vissa förutsättningar, men om parter skall kunna samarbeta under längre tid verkar det vara rimligare att ålägga den skadevällande parten en annan sanktion, såväl för avtalets fullbordande skull som för den skadelidandes behov av ett fungerade fortsatt samarbete. En lämplig sanktion borde upprätthålla det behov som finns för kommersiella aktörer på marknaden och de grundläggande rättspolitiska värderingarna att part skall kunna förlita sig på sin motpart, och att det inte skall uppstå en situation där parter utnyttjar varandra eller i övrigt förskansar sig på annans bekostnad. Det finns dock en tydlig problematik kring att påtvinga parter att ingå avtal då det finns stor risk för samarbetsproblem om de inte kan komma över överens kring ett avtal. Tidigare har påpekats att principen om culpa in contrahendo förefaller mig vara en fullständigt logisk lösning då en part uppträder klandervärt under avtalsförhandlingar mot bakgrund av den nordiska avtalsrätten. Det är dock inte tillräckligt att ersätta en part med det negativa kontraktintresset om förhandlingarna gått så långt att en part är så försäkrad om att avtal ingåtts att denne påbörjar fullgörelse av avtal. Ersättningsansvar enligt det negativa kontraktsintresset skall istället ses som en sanktion på en skala mellan ytterligheter. Förslagsvis torde denna skala även ge upphov till att part ersättes enligt det positiva intresset, vilket har utdömts i norska domstolar men som i nuläget förefaller otänkbart i svensk domstol.

**Det är föga märkligt** att det uppstått en sådan gråzon kring sanktionskatalogen vid ansvarsgenombrott under det prekontraktuella skedet inom svensk rätt. Den nuvarande avtalslagen har i regel tillämpats strikt efter anbud-acceptmodellen, och det har ställts krav på att det är först då

samtliga avtalsrekvisit är uppfyllda som förpliktelser inträder mellan parter. Härigenom blir det därför svårt att diskutera kring en lämplig sanktion om parter inte anses bundna till avtal men att det ändå finns en rättsprincip som fastställer att en lojalitet föreligger i detta skede. Inte desto mindre skapas härmed en betydande osäkerhet kring fastställandet av en parts intentioner även för parter inom kommersiella förhållanden, och det finns stor risk för missförstånd. Rättsordningen borde härmed, enligt min mening, markera på ett tydligare sätt att det ställs krav på lojalitet i syfte att förhindra att det skapas utrymme för parter att utnyttja systemet genom otillbörligt uppförande och olämpliga förhandlingstaktiker. *Jag vill introducera ett första steg till en nykonstruktion av en avtalsmodell, där rättsordningen beaktar förpliktelsers uppkomst mellan parter med nya ögon.* Likt den norska och den danska domstolens resonering skall förpliktelser anses kunna uppkomma beroende av parter agerande och omständigheterna i övrigt, mot bakgrund av motpartens befogade förlitanden härav snarare än när ett dokument undertecknats. *Förhandlingsprocessen skall med andra ord kunna ge upphov till skyldigheter per se, det skall kunna uppkomma förpliktelser under det prekontraktuella skedet som kan resultera i olika slags sanktioner på en skala mellan de nuvarande ytterligheterna.* Övrig nordisk rättsutveckling visar på att detta är möjligt mot bakgrund av gällande rätt, men de lege ferenda krävs att ett dylikt sanktionssystem får lagstöd i syfte att uppnå konsekvent rättstillämpning. Utöver det negativa kontraktsintresset torde det således vara möjligt att på andra sätt sanktionera den part som vållat skada likt det finns flertalt möjligheter att utdöma ansvar under en kontraktuell partsrelation. *I syfte att upprätthålla parter lojalitet gentemot varandra och inte förskansa sig på annans bekostnad, torde det vara rimligt att utdöma ansvar enligt det positiva kontraktsintresset under särskilt besvärande omständigheter.* På samma sätt som det motiveras att det negativa kontraktsintresset är inom "kontraktssfären" kan det på samma sätt påstås att ersättning enligt det positiva kontraktsintresset kan vara rimligt. I enlighet med Munukkas uttalande borde det finnas "goda skäl för att sådant handlande före avtalsslut som ger upphov till verkningar under avtalsförhållandet bör mätas enligt kontraktuella standarder". Samma tankegångar har stöd i Lehrbergs resonemang där han tar klar ställning för att det negativa kontraktintresset i många fall kan tyckas otillräcklig. Härmed borde en dylik sanktionskatalog även ge möjlighet för en att påtvinga part

## 5 Successiv avtalsingåelse

De förpliktelser som växer fram under en förhandlingsprocess ger upphov till svåra gränsdragningsproblem mellan den prekontraktuella och den kontraktuella fasen i en partsrelation, och frågan uppkommer om det egentligen är möjligt att dra en strikt gräns häremellan såsom förespråkas i avtalslagen. Den nordiska, men framförallt den svenska, inställningen till att parter gradvis utformar kontrakt och träder in i ett kontraktsförhållande har traditionellt varit marginell; ett kontrakt har inte ansetts fullkomligt förrän parter är ense om samtliga villkor.<sup>237</sup> På senare tid har dock denna inställning kommit att förändras något genom etableringen av en lojalitetsplikt och nya avtalsmodeller. Rättsordningen verkar med andra ord ha adapterat ett mer dynamiskt angreppssätt till följd av omfattande studier i ämnet.<sup>238</sup> Problemet som uppstår härmed är att den vedertagna och djupt rotade modellen som bygger på ett i ögonblicket samstämmande anbud och en accept inte längre kan efterföljas. Avtalsmodellen blir snarare den motsatta där bindande avtal uppkommer vid en högst oprecis tidpunkt som framförallt baseras på hur förpliktelser djupnats i partsrelationen. I denna del skall närmare belysas kring den problematik som uppstått kring att avgöra när bundenhet infaller i en partsrelation mot bakgrund av den nuvarande bristfälliga avtalsrättsliga regleringen. Utifrån detta resonemang kommer därefter att diskuteras kring en alternativ avtalsmodell till anbud-acceptmodellen som baseras på en successivitet i bundenhet. Den centrala frågan härmed är om den svenska avtalsrätten de lege lata tillerkänner en dylik successivitetsmodell mot bakgrund av den nordiska avtalsrätts ramar.

### 5.1 Gränsdragningsproblematiken

I föregående del illustrerades problematiken kring en lämplig sanktionskatalog då part agerat illojalt under pågående avtalsförhandlingar. Det är svårt, men framförallt inte eftersträvansvärt, att dra en tydlig gräns mellan det prekontraktuella och det kontraktuella skedet. I Lasse Simonsens omfattande analys av det prekontraktuella ansvaret påvisas att det uppkommer flertalet gränsdragningsproblem kring huruvida parterna lämnat det prekontraktuella skedet och gått över i en rättslig disposition.<sup>239</sup> Motsvarande resonemang återfinns i Jori Munukkas avhandling om lojalitetsplikt, där det nära inpå anges att avgränsningen är så svår att det ibland ter sig omöjligt att kunna upprätthålla en åtskillnad mellan förhandlingsansvar och kontraktsansvar.<sup>240</sup> I det följande skall närmare redogöras för de gränsdragningsproblem som kan uppkomma under förhandlingsprocessen mot bakgrund av att förpliktelser inte längre

---

<sup>237</sup> Nysten Haarala, S, *The Long-Term Contract – Contract Law and Contracting*, s. 108.

<sup>238</sup> Ibid. s. 112.

<sup>239</sup> Simonsen, L, *Prekontraktuellt ansvar*, s. 18.

<sup>240</sup> Munukka, J, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 141.

uppkommer vid en given tidpunkt. Härigenom åsyftas att peka på hur svårt det är att fastställa när bundenhet uppkommer mellan parter mot bakgrund av den avtalsrättsliga nuvarande regleringen.

### 5.1.1 Förhandlingsbud

Den prekontraktuella fasen mellan kommersiella aktörer karaktäriseras i grunden av ett omfattande *anbudsskede* som, mot bakgrund av avtalsrätten, på olika sätt förpliktigar parter att agera inom vissa ramar vid avtals ingåelse. Lasse Simonsen uppmärksammar att det prekontraktuella skedet inte är avslutat enbart för att en part avlämnar anbud till en potentiell motpart. Löftesprincipens verkningar medför istället det uppstår ett haltande rättsläge, där det är först då den anbudsgivande parten mottager en ren accept som det prekontraktuella skedet överges och avtalsbundenhet uppstår.<sup>241</sup> Avgränsningsproblematiken avseende förhandlingsbud grundar sig med andra ord i den besvärande omständigheten att en dylik förhandlingsprocess inte baseras på anbud och en accept i lagens mening, varpå det blir oklart om och när parterna lämnar det prekontraktuella skedet under förhandlingarna och övergår till att ha ingått ett bindande avtal genom att parterna förenat sina viljeförklaringar. Den centrala rättsfrågan här kretsar därför kring om den anbudsgivande parten blir bunden vid ett förhandlingsanbud såsom en part anses bli förbunden av ett anbud i lagens mening.<sup>242</sup>

Det står klart att motiven till avtalslagen förespråkar att en part som besvarar ett anbud med ett förhandlingsbud skall beaktas som att ha lämnat avslag gentemot anbudet. Medan denna rättsuppfattning i stort verkar ha etablerats i Sverige, har den danska men framförallt den norska doktrinen tagit avsteg från dessa uttalanden i förarbeten.<sup>243</sup> Carl Jacob Arnholm fastställer härmed att förhandlingsbud inte har avslagskraft om part inte uttryckligen avslår anbudet,<sup>244</sup> och får medhåll från Jon Hov i denna ståndpunkt.<sup>245</sup> Om en part således inte avslår ett anbud genom ett besvarande förhandlingsbud utan kompletterar eller i övrigt förhandlar kring anbudet skall detta, i deras mening, således inte betraktas som ett avslag. Följaktligen kommer anbudsgivande part att förbli bunden vid sin ursprungliga offert såtillvida en konsensus inte uppnås i det initiala skedet. Frågan har även berörts i två norska domar i högsta instans,<sup>246</sup> men någon principiell ställningpunkt i frågan har inte tagits. Inom den danska rättspraxisen har det uppstått något slags mellanting där domarna inte följer någon entydighet.<sup>247</sup> Däremot finns det ett tydligt uttalande från dansk domstol, där det fastställs att ett förhandlingsbud skall ses som ett avslag om den besvarande parten inte givit

---

<sup>241</sup> Simonsen, L, *Prekontraktuellt ansvar*, s. 20.

<sup>242</sup> *Ibid.* s. 21.

<sup>243</sup> *Ibid.* s. 22-23.

<sup>244</sup> Arnholm, C. J, *Lærebok i Privatrekt I*, s. 79.

<sup>245</sup> Hov, Jo *Avtalerekt*, s. 119-120.

<sup>246</sup> Rt. 1925.81, Rt. 1928.716.

<sup>247</sup> Se Ussing, H, *Aftaler*, s. 68; Nørgaard, J, *Aftaler og Mellanmænd*, s. 51.

uttryck för att vilja *förhandla* med den anbudsgivande parten, utan att denne tvärtemot som utgångspunkt givit intrycket av att det var fråga om ett avslag i lagens mening.<sup>248</sup> I doktrinen tolkas detta uttalande som om ett rent förhandlingsbud däremot inte hade betraktats som ett avslag av den danska domstolen.<sup>249</sup>

Simonsen anser att en rättspolitisk bedömning föranleder att det borde fastställas att förhandlingsbud skall presumeras utgöra avslag och därmed frigöra anbudsgivaren.<sup>250</sup> En tillämpning av denna uppfattning innebär sålunda att parter kvarstår i en prekontraktuell fas under den tid då de utbyter förhandlingsbud med varandra. Simonsen påpekar att detta är mer rimligt då parter som önskar ingå förhandlingar gör detta på lika villkor, och utan att en utav parterna försätts i haltande bundenhet gentemot den andre. Detta skulle vidare medföra att en part riskfritt skulle kunna tinga särskilda villkor, medan den andre skulle riskera att något avtal inte överhuvud skulle komma att ingås. Avslutningsvis påpekar Simonsen att en dylik inställning till förhandlingsbud är mest förenlig med det befintliga regelverket, och att det i annat fall skulle uppkomma bindande avtal mellan parterna i enlighet med 6 § 1 st. AvtL om en ”förhandlingsaccept” skulle ses som bindande.

## 5.1.2 Kontraktsliknande situationer

Under det ovan beskrivna anbudsskedet, eller framförallt som ett resultat härav, kan parter träda in i olika *kontraktsliknande situationer*, vilka i sig själva ger upphov till komplexa och diskutabla avtalsrättsliga problem. Med kontraktsliknande situationer avser dels en kategori av omständigheter som är parallella med de prekontraktuella i den bemärkelsen att *parterna inte ingår avtal men ändå ålägger sig särskilda förpliktelser*. Här är det således fråga om att parterna bara delvis förbundet sig till ett avtal, och att de bara till viss del fullgjort vad som skall komma att föreskrivas däri. En andra kategori innefattar de lägen där *prekontraktuella regler leder in parter mot kontraktssituationer*.<sup>251</sup> Här avses situationer där parter agerar som om avtal med säkerhet skall komma att ingås och att det enbart är fråga om en fornsak innan bindande avtal inträder. Avgränsningsproblematiken mellan det prekontraktuella och det kontraktuella skedet kan tyckas uppenbar vid dessa situationer. Avseende den första kategorin kommer parter att vara halvbundna vid avtal, vilket i regel anses vara omöjligt inom den nordiska avtalsrätten, medan parterna i den andra kategorin kommer att ingå avtal under rättsligt oklara former. Den stora skillnaden mellan om parterna under dessa omständigheter rent rättsligt har övergått från den ena fasen till den andra är givetvis vilka konsekvenser som kan aktualiseras vid en eventuell överträdelse av de föreliggande förpliktelserna. Om en domstol skulle anse att parterna befann sig i ett prekontraktuellt skede skulle detta troligen

---

<sup>248</sup> U 1994.344 H.

<sup>249</sup> Simonsen, L, *Prekontraktuellt ansvar*, s. 23.

<sup>250</sup> *Ibid.* s. 23.

<sup>251</sup> *Ibid.* s. 24.

resultera i att parterna investerat pengar och tid till ingen nytta. Om parterna istället anses ha lämnat denna fas och trätt i ett kontraktuellt förhållande kommer domstolen att anse att det föreligger ett bindande avtal som enbart behöver kompletteras med utfyllande regler. Det uppkommer följaktligen en avgränsningsfråga av stor betydelse som dessvärre utgör en stor gråzon inom den nordiska avtalsrätten.

### 5.1.2.1 Ofullständiga avtal

Inom den ovan nämnda kategorin att prekontraktuella regler leder in parter mot kontraktssituationer, återfinns de så kallade *ofullständiga avtalen*. Härav avses att avtalet är ofullständigt i den bemärkelsen att parterna ännu inte överenskommit kring så kallade väsentliga villkor, så som pris eller tid för prestation, men att parterna i övrigt agerar som om avtal ingåtts.<sup>252</sup> Typiskt sätt har parterna på ett tydligt sätt gjort det klart att de har det gemensamma målet att uppnå slutligt avtal, varpå de genomgår omfattande förhandlingar men utan att det i regel upprättas några föravtal mellan dem, eller i vart fall att de väsentliga villkoren ej behandlats. Dessa omständigheter kan föranleda att det uppstår ett oklart rättsligt partsförhållande, men även att parterna i stor utsträckning kan uppfatta situationen på skilda sätt. En utav parterna kan å sin sida uppfatta att de omfattande förhandlingarna enbart utgör en utdragen prekontraktuell fas och att bindande avtal ännu inte ingåtts. Motparten kan å andra sidan uppfatta att slutligt avtal ingåtts mot bakgrund av den uttryckliga konsensus som skett, och att det enbart är fråga om en utfyllningsprocess av detaljfrågor som förhandlas kring.

Simonsen konstaterar att det kan vara vanskligt för parter att beakta situationen på vardera ovanstående sättet. Avtalsförhandlingar har prägel av att båda uppfattningarna kan anses befogade, menar han, och det är oklart hur en domstol skulle beakta partsförhållandet.<sup>253</sup> Simonsen kan i vart fall fastställa att det föreligger en stark lojalitetsplikt i de situationer då det föreligger ett ofullständigt avtal mellan parter under dylika omständigheter. Han förespråkar härmed att en part som blir påförd stora omkostnader eller utsättes för onödiga förhållningar under dessa omständigheter borde vara berättigad till ersättning. Det verkar som om Simonsen anser att omfattningen av denna ersättning kan variera, men att det vore rimligt att utdöma ersättning enligt det positiva kontraktsintresset under särskilda förhållanden. Med detta tar således Simonsen ett betydande avsteg från den traditionella uppfattningen om denna enligt det negativa intresset. En särskilt besvärande situation skulle, enligt Simonsen, vara att parter genomgått omfattande förhandlingar som förutsatt ett nära samarbete mellan parterna, och där part plötsligt förvägrar sin motpart fortsatta förhandlingar efter trots att förhandlingarna håller sig inom rimliga ramar.<sup>254</sup>

---

<sup>252</sup> Hultmark, C - Ramberg, J, *Avtalsrätten – en introduktion*, s. 49.

<sup>253</sup> Simonsen, L, *Prekontraktuellt ansvar*, s. 26.

<sup>254</sup> *Ibid.* s. 28 – 29.

### 5.1.2.2 Avtal med betingade villkor

Inom kategorin att parterna inte ingår avtal men ändå ålägger sig särskilda förpliktelser återfinns de kontraktliknande situationer då slutligt avtal är avhängigt att *betingade villkor* blir uppfyllda, som exempelvis att styrelsen godkänt vederbörande avtal. Sådana avtal är bindande i det avseendet att parterna anses ha ingått slutligt avtal vid den punkt då detta villkor är uppfyllt.<sup>255</sup> Avgränsningsproblematiken här blir tämligen uppenbar; det uppstår ett slags haltande rättsläge där parterna kommer att befinna sig i en situation som motsvarar det prekontraktuella skedet fram till det att de särskilda villkoren är uppfyllda. Simonsen anser att det blir fråga om en bedömning i det enskilda fallet om parter upprättat ett villkorsbetingat avtal och det uppstår tvistighet huruvida avtal ingåtts eller ej.<sup>256</sup> Anledningen härtill är att omständigheterna troligen varierar stort avseende dylika avtal, både avseende vad för typ av villkor som avses och vad parterna uttalat i övrigt. I en sådan bedömning anser Simonsen att det, med hänvisning till de mer utvecklade tyska rättsprinciper på området, är rimligt att utgå från de grundläggande avtalsrättsliga tankarna om att ingen part skall kunna förskansa sig rättsliga fördelar i strid mot tro och heder. Om det härigenom skulle framgå att ett villkor uppställts enbart för skens skull, eller om part i övrigt uppträtt illojalt i syfte att uppfylla det betingade villkoret, skall domstolen fastställa att avtal ingåtts mellan parterna.<sup>257</sup>

### 5.1.2.3 Formfrihet

En viktig faktor avseende inträdet av ett inomobligatoriskt partsförhållande är frågan om kravet på ett skriftligt kontrakt, och huruvida betydelsefullt det är med ett undertecknande för inträdandet av avtalsingåelse mellan parter. Såsom det ser ut idag föreligger *formfrihet*, men den svenska domstolen anser i regel inte att det föreligger bindande avtal mellan parter förrän ett skriftligt kontrakt undertecknats. I praktiken uppställs med andra ord ett formkrav enligt svensk rätt. Härutöver, eller möjligen såsom en följd härav, anser svenska jurister att bindande avtal är förbehållit ett undertecknat avtal, varpå den traditionella anbud-acceptmodellen blivit dominerande över handelsbruk och sedvänja.<sup>258</sup> I och med att det avgörande momentet avseende bundenhets uppkomst enligt avtalslagen är om parter uppnått enighet, utgör givetvis upprättande och undertecknande av ett sådant en klar markering av att detta har skett. Inte desto mindre ger detta upphov till avgränsningsproblem då avtalsparter i praktiken ofta uppfattar att en bundenhet uppkommit även om det slutliga avtalet inte skrivits under. De omkringliggande omständigheterna kan ha föranlett att en part, med fog, anser att avtal ingåtts genom att denne har påbörjat fullgörandet utan att ha stoppats, eller i övrigt försatts i tron att avtal ingåtts genom motpartens klandervärdiga beteende.

---

<sup>255</sup> Simonsen, L, *Prekontraktuellt ansvar*, s. 31.

<sup>256</sup> *Ibid.* s. 30 – 31.

<sup>257</sup> *Ibid.*

<sup>258</sup> Ramberg, C - Ramberg, J, *Allmän avtalsrätt*, s. 96.



Simonsen konstaterar att formfriheten vid enkla avtal medför att det är svårt för parter att förutse när avtal verkligen ingås, särskilt då många avtal ingås utan att det sker genom en manifestering av traditionell karaktär.<sup>259</sup> Såväl praxis som doktrin påvisar en tydlig oenighet kring vad som faktiskt skall medföra att parter anses ha ingått avtal om parter agerar som om avtal ingåtts. Simonsen menar på att dylika avgränsningsproblem måste lösas utifrån en samlad bedömning, där domstolen skall lägga avgörande betydelse vid parternas uttalanden och handelsbruk. Mot bakgrund av dessa fakta skall domstolen sedan utröna om en part givit befogat intryck av att slutligt avtal ingåtts. Det skall dock påpekas att flertalet rättsvetenskapsmän inom den nordiska doktrinen uppmanar till försiktighet avseende att utdöma att avtal ingåtts under oklara förhållanden. Från ett rättspolitiskt perspektiv har härmed framförts att det är en kraftig åtgärd att ålägga bundenhet för främjandet av ett gott handelsbruk mellan parter.<sup>260</sup> Vidare anses det vara olämpligt att påtvinga parter att fullgöra ett avtal vid långsiktiga avtal som bygger på samarbete mellan parter<sup>261</sup>, och att det överhuvud är direkt olämpligt att en domstol bedömer hur långt parter kommit i en förhandlingsprocess<sup>262</sup>. Det har också påpekats att båda parter ofta anser att det är ett misslyckande om de inte når överenskommelse, och att det mot bakgrund av detta är mer rimligt att ålägga part ersättningsansvar.<sup>263</sup>

## 5.2 Det svenska rättsläget – ”successiv bundenhet”

Det svenska rättsläget kring en successiv avtalsmodell domineras av en omfattande doktrin med mångskiftande inställningar till vad en dylik avtalsingåelse egentligen innebär, och vad den vidare har för rättslig ställning inom den svenska avtalsrätten. Det verkar dock föreligga enighet kring att Kurt Grönfors förespråkar en ytterlighet på skalan med sin åsikt att en dylik modell håller sig inom anbud-acceptmodellens terminologi. Även Ramberg & Ramberg utmärker sig genom att hårt kritisera den rådande avtalsmodellen, och även om de inte anser att Grönfors resonemang är i enlighet med de lege lata, står det klart att de anser att en dylik modell vore mer representativ än den nu gällande. Den refererade rättspraxisen på området är sparsam, och de resonemang som förs förefaller oklara och tvetydiga. Sammantaget är den svenska inställningen och uppfattningen till en successiv bundenhet svårtolkad.

---

<sup>259</sup> Simonsen, L, *Prekontraktuellt ansvar*, s. 36.

<sup>260</sup> *Ibid.* s. 38.

<sup>261</sup> Sohlberg, S, JT 1993/94, S. 657; Hellner, J, JT 1993/94 s. 660.

<sup>262</sup> Calissendorff, G, JT 1993/94 s. 236.

<sup>263</sup> Rt. 1992 s. 1110; samt Hagström, V, LoR 1995 s. 606.

## 5.2.1 De lege lata – svensk rättspraxis

Det finns inget principiellt ställningstagande i domstol avseende frågan om det successivt kan inträda en bundenhet mellan parter enligt svensk rätt. Restriktivitet till att tillerkänna en dylik avtalsmodell är också uppenbar. I AD 157/1994 uttalade domstolen härmed att avtal skall anses uppkomma först då ”enighet nåtts just om avtalsslut”, och att parter typiskt sett kan antas utgå ifrån att de inte blir bundna vid enskilda villkor förrän en total enighet uppnåtts. Den refererade rättspraxisen är också sparsam, vilket Jan Hellner förklarar med att få tvister av detta slag kommer upp till HD.<sup>264</sup> I Adlercreutz utvärdering av praxis, anser han sig kunna konstatera att domstolen, trots en utpräglad restriktivitet, godtar att det kan följa rättverknings av icke fullbordade avtal.<sup>265</sup> Detsamma går att utläsas från en skiljedom från 1988, som berörde frågan om avtal kan uppkomma mot bakgrund av att det enbart kvarstod detaljfrågor.<sup>266</sup> Målet rörde aktieköp där en anlitad revisionsbyrå hade presenterat en värdering av företaget i fråga och överlämnat en promemoria till köparen där priset angavs till 15 miljoner. Därutöver angavs att det skulle utgå en tilläggsköpeskilling om ytterligare 15 miljoner att utbetalas med 5 miljoner per år under 3 års tid. Köparen gav ett muntligt anbud med samma innehåll och bekräftade skriftligen senare under dagen för ”ordningens skull” att han accepterade anbudet ”på samma villkor som tidigare avtalats.” Efter att detta skett diskuterade parterna kring upprättande av skriftligt kontrakt, formerna för övertagande och dylikt. I målet hade parterna således lämnat sammanfallande anbud och accept, men hade ännu inte kommit överens om hela avtalsinnehållet vid detta skede. De hade emellertid kommit överens om en väsentlig punkt i avtalet, nämligen frågan om pris. Skiljedomarna kom fram till att bundenhet till avtal hade uppkommit redan vid tidpunkten för anbud och accept. Enligt domarna kunde därefter enskilda avtalsvillkor ”i samförstånd mellan parterna ändras utan att därmed grundvalarna för det ursprungliga avtalet rubbas”. Domarna lämnar ett generellt utlåtande och konstaterar att det är angeläget ur allmän synpunkt att fastställa att det kan uppkomma bundenhet mellan parter om de kommer överens om huvudpunkterna i ett avtal och beslutar att diskutera övriga frågor vid ett senare skede.<sup>267</sup> I målet förklarade skiljemännen att säljaren var skyldig att genomföra försäljningen av aktierna till köparen.<sup>268</sup>

De rättsliga diskussionerna som förs i domstolar kring en successiv bundenhet är ofta svävande, och diskuteras enligt min mening utifrån att parter successivt träder in i avtal även om detta inte uttryckligen sägs. Den svenska rättsordningen har med andra ord således erkänt en successiv avtalsmodell per se, men det talas om en sådan i andra ordalag. Ett tydligt exempel härpå är domstolens bedömning att bundenhet kan uppkomma mellan parter genom att hänvisa till parts *konkludent handlande*. Denna

<sup>264</sup> Hellner, J, NJM 1984 II s. 454.

<sup>265</sup> Adlercreutz, A, SvJT 1987, s. 499.

<sup>266</sup> Skiljedom 16 maj 1988 (Ehrner, G; Grönfors, K; Ramberg, J).

<sup>267</sup> Grönfors, K, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 37-38.

<sup>268</sup> Ibid.

företeelse anses alltså numera utgöra ett sådant handelsbruk som är tillräckligt för att parterna skall anses ha uppnått avtal,<sup>269</sup> men är enligt mitt förmenande ett slags erkännande av den successiva bundenheten mellan parter. Utifrån NJA 1981 s.658 följer att konkludent handlande kan ge upphov till bundenhet om en part utgått från att avtal föreligger, och att motparten bort ha insett detta med hänsyn till de omkringliggande omständigheterna. Vidare kom part att bli bunden till avtal i NJA 1977 s. 92 där denne i ett brev hade kommit med förslag till avtal trots att det i brevet förutsatta skriftliga avtalet aldrig kom till stånd, då partens handlande i övrigt givit motparten fog att anta att avtal var slutet. Med hänvisning till konkludent handlande har svensk domstol även ansett bundenhet infallit mellan parter även om de inte enats kring de väsentliga delarna av avtalet. I NJA 1992 s.168 fastslogs sålunda att avtal uppkommit genom de kontakter som förekommit mellan parterna, även om de närmare villkoren för förhyrningen inte preciserats. Ytterligare förhållanden som ansetts kunna ge upphov till en successiv avtalsmodell är situationer där domstolen bortsett från det traditionella kravet på ett undertecknat kontrakt. Frågan om avtals *formkrav* och en förutsatt skriftlighet har behandlats i ett antal fall i högsta instans, och det har uttalats om att det troligen kommer att komma upp flertalet dylika fall till prövning.<sup>270</sup> I NJA 1962 s.276 var det fråga om huruvida bundenhet hade uppkommit även om ett avtalsformulärs formkrav ännu inte var uppfyllt. Domstolen ansåg att så var fallet mot bakgrund av en samlad bedömning där handelsbruk, parternas agerande i övrigt och att skadevållande part bort inse vad detta givit för intryck blev avgörande för bedömningen. Sammantaget torde kunna fastställas att det förefaller märkligt att domstolen väljer att divergera mellan successiv bundenhet och konkludent handlande fastän det torde stå klart att den sistnämnda är ett exempel på det förstnämnda. Frågan om konkludent handlande är enligt min mening ett typiskt sätt att kringgå problematiken kring successiv avtalsingåelse enligt min mening, då detta är en mer vedertagen konstruktion i den svenska avtalsrätten. Anledningen till att konkludent handlande har accepterats inom rättsordningen torde vara att den ursprungligen resonerades kring utifrån anbud-acceptmodellen, vilket anses vara en relativt märklig företeelse på senare tid.<sup>271</sup>

## 5.2.2 De lege lata - svensk doktrin

**David Nehrman** återfinns inom den äldsta av den svenska juridiska doktrinen.<sup>272</sup> I sin lärobok i civilrätt från 1729<sup>273</sup> diskuteras frågan om bundenhet vid avtal och när denna uppkommer mellan parter. Han fastställer att bundenhet infaller först då parterna ”kommit överens och fullständigt förenat sig.”<sup>274</sup> Fram tills denna punkt anser Nehrman att parterna kan anses

---

<sup>269</sup> NJA 1981 s.323.

<sup>270</sup> Adlercreutz, A, SvJT 1987, s. 499, s. 504.

<sup>271</sup> Ramberg, C – Ramberg, J, *Allmän avtalsrätt*, s. 98.

<sup>272</sup> Grönfors, K, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 73.

<sup>273</sup> Nehrman, D, *Inledning till svenska jurisprudentiam civilem* (1729).

<sup>274</sup> Grönfors, K, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 73.

bundna genom andra åtaganden som följer av föravtal och liknande, men att det slutliga avtalet kräver fullständig enighet för att bundenhet skall inträda. Nehrman anser vidare att en part som vill vara fullkomligt säker på att bindande avtal ingåtts skall försäkra sig om detta när parterna lämnar förhandlingsbordet mot bakgrund av avtalsrätten.<sup>275</sup> Min tolkning av Nehrman's resonemang är att det i vart fall skulle föreligga en stark presumtion för att bundenhet uppkommer först då det upprättats ett slutligt avtal mellan parter och detta undertecknats. Det torde ju vara först då som parterna kan vara fullständigt medvetna om att de är överens om samtliga punkter. Här resonerar Nehrman som om det skulle tala emot att det förhållandet att parterna ännu är i förhandlingsskedet talar emot att de skulle vara ense om det slutliga avtalet. Han uttalare dock att det finns undantag, och att det kan uppkomma en bundenhet redan under förhandlingsskedet som inte ställer krav på att parterna slutförhandlat eller överhuvud diskuterat samtliga detaljer. Situationen som sådan kan variera, menar han, det avgörande är att det upprättats ett dokument för att ”korteligen uppsätta alla målen, och bestyrka dem med underskrift.”<sup>276</sup> Detta är ett förfarande som ofta går under benämningen punctatio, vilket vanligtvis uppförs om parter inte hinner upprätta ett skriftligt kontrakt vid förhandlingarna, men ändå vill förbinda sig vid det slutliga avtalet. Bundenhet kan härigenom uppkomma under ett tidigt skede av processen om parterna skriver under på att de är överens om de uppsatta målen som framkommit under förhandlingarna.<sup>277</sup>

**Kurt Grönfors** anser att avtalslagen erbjuder mer möjligheter än vad den svenska rättstillämparen har förstått, och förtydligar den egentliga avsikten med avtalslagen genom en analys av dess förarbeten och motiv. Härigenom kan han fastställa att avtalslagen enbart förespråkar att anbud och accept som sammanfaller med varandra ger upphov till avtal. Det är således själva viljeförklaringen mellan parterna som skall granskas för att fastställa bundenhetens inträde, menar Grönfors. Om viljeförklaringarna i sig själva sammanfaller med varandra skall avtal anses föreligga enligt avtalslagens avtalsmekanism.<sup>278</sup> I motiven framkommer vidare att en avtalsverkan inte är förbunden med det blivande avtalets rättsverkningar. I motiven stipuleras att ”härav torde någon allmän regel inte kunna uppställas”, och att det ”icke heller säkert, att de plikter, som följd av avtalet åvilar kontrahenterna, uppkommer i samma ögonblick för dem båda.”<sup>279</sup> Sammanfattningsvis kan Grönfors fastställa att motiven till avtalslagen lämnar utrymme för att bundenhet kan uppkomma även om ett slutligt avtal inte upprättats, det är de sammanfallande viljeförklaringar som skall vara avgörande vid en bedömning. Mot bakgrund av detta vill Grönfors ifrågasätta den generella uppfattningen bland svenska jurister att det är nödvändigt att hela avtalets innehåll skall vara fastställt innan bundenhet uppkommer.<sup>280</sup> Särskilt med tanke på praktisk kommersiella hänsyn är det särskilt problematiskt att

---

<sup>275</sup> Grönfors, K, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 73.

<sup>276</sup> Ibid.

<sup>277</sup> Ibid.

<sup>278</sup> Ibid. s. 29.

<sup>279</sup> Förslag till lag om avtal, s. 39.

<sup>280</sup> Grönfors, K, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 33.

uppfatta bundenhet på detta sätt, menar Grönfors.<sup>281</sup> Här avser Grönfors framförallt hur snabbt förutsättningar kan förändras inom kommersiella förhållandena, vilket ställer krav på att det finns möjlighet att komplettera avtalsvillkoren oavsett när avtalsbundenhet inträder. För att bibehålla en trygghet för parterna anser Grönfors att det därmed är ”alldeles nödvändigt att principiellt bestämma tidpunkten när bundenhet uppkommer helt fristående från tidpunkten när avtals innehåll föreligger färdigt bestämt i alla avseenden”.<sup>282</sup>

Mot bakgrund av ovan introducerar Grönfors begreppet *stegvis lösning av förhandlingspositioner*. Enligt hans uppfattning är detta en existerande avtalsmodell som kan ta olika former beroende av parternas sätt att kommunicera och förhandla. Samtliga utav dessa avtal karakteriseras emellertid av att de baseras på en upprättad punktvis sammanfattning av parternas förpliktelser och rättigheter i avtalsförhållandet. Med punctatio kan parterna enligt Grönfors på ett enkelt sätt förbinda sig till att fortsätta förhandlingarna och slutligen upprätta ett slutligt avtal emellan dem, då de enats om huvudpunkterna i avtalet och erkänt varandra som motpart. Den modell som Grönfors förespråkar utmärks av att avtalen förhandlas fram gradvis längs med en tidsaxel där själva bundenheten inte uppkommer vid en specifik tidpunkt utefter denna, utan inträder genom en successiv process av komplicerade förhandlingar. Härigenom uppkommer vad han benämner en ”stegvis lösning av förhandlingspositioner”, där parterna successivt enas om särskilda avtalsvillkor för att sedan gå vidare till andra villkor och lämna de övriga därhän som en del av det slutliga avtalet. Den stegvisa lösningen kan ske på olika sätt mellan parter och den punktvisa sammanfattningen kan ta sig olika former, klargör Grönfors. Han exemplifierar med att det kan röra sig om allt från minnesanteckningar under förhandlingar till formellt förda protokoll från olika tillfällen. Om dessa inte skulle vara undertecknade består ändå en presumtion för att bundenhet ingåtts avseende det där förhandlade. Utöver detta tillkommer de slags företeelser då det upprättats en kort gemensam skrivelse där parterna upptager huvudlinjerna i det tänkta slutliga avtalet.<sup>283</sup> Grönfors konstaterar att förhandlingarna i den praktiska verkligheten oftast utvecklar sig på så sätt att det uppkommer en stegvis lösning mellan parterna.<sup>284</sup> Aktörerna har i regel sålunda inte kommit överens om en särskild förhandlingsordning i förväg, utan påbörjar förhandlingarna för att sedan överlägga och successivt komma överens om avtalets slutliga lydelse. Under dessa omständigheter förefaller det meningslöst att resonera i termer av anbud och accept mellan parterna, konstaterar Grönfors. Enligt hans förmenande är en dylik efterhandskonstruktion meningslös då det inte finns ett konkret anbud att förhålla sig till, eller en egentlig accept från en motpart. Den stegvisa lösningen av förhandlingspositioner är en ”mekanism för ingående av

---

<sup>281</sup> Grönfors, K, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 34.

<sup>282</sup> Ibid.

<sup>283</sup> Ibid. s. 74.

<sup>284</sup> Ibid.

omfattande kommersiella avtal och måste förstås med utgångspunkt i en funktionell analys från rättspolitisk synpunkt” konkluderar han.<sup>285</sup>

Den centrala utgångspunkten i Grönfors modell är den tidsaxeln som han anser att förhandlingsavtalen tenderar att följa. Den avgörande frågan kring huruvida bundenhet uppstått eller inte mellan parter är beroende av när på tidsaxeln som den summariska sammanfattningen upprättas. Anledningen härtill är att parter successivt tar sig igenom etapper längs med denna tidsaxel, eller ”trappsteg mot det slutliga målet” som Grönfors uttrycker det, under förhandlingsprocessen.<sup>286</sup> Det skede som parterna befinner sig i kommer att indikera, om inte avgöra, huruvida parternas avsiktsförklaringar är bindande eller inte. Om parterna är i ett tidigt skede på tidsaxeln, och därmed enbart påbörjat förhandlingarna, kommer utfästelser som ges vid denna punkt i processen i regel inte ge upphov till bundenhet avseende det slutliga avtalet. Däremot uppstår bindande verkan av avsiktsförklaringen i meningen att parterna har åtagit sig att på ett seriöst sätt gå in i fortsatta förhandlingar med varandra. Om en part skulle träda ut förhandlingarna under dessa omständigheter kommer ansvar enligt culpa in contrahendo att aktualiseras. Allt eftersom parterna förflyttar sig längs med tidsaxeln kommer de dock att låsa förhandlingspositionen allt mer, menar Grönfors. Successivt inträder härmed en skyldighet att slutföra förhandlingarna om de har ”kommit så långt i förhandlingarna att bara 10-15 % återstår fram till det färdiga avtalet.”<sup>287</sup> Om en part skulle kunna träda ur förhandlingarna i detta sena skede skulle det uppstå en alltför riskfylld situation för affärslivets aktörer, menar han. Vid denna punkt på tidsaxeln har en part förlitat sig på att avtal skall fullbordas, och det skulle vara oskäligt enligt 36 § om motparten kunde träda ur då avtalet då till det väsentliga var slutfört. Istället anser Grönfors att den enda rimliga sanktionen från rättsordningens sida är att markera att bundenhet uppstått och att ålägga part att fortsätta med förhandlingarna tills de har slutförts.<sup>288</sup>

Förutom frågan om ”när” på tidsaxeln parterna befinner sig kan det enligt Grönfors även vara avgörande vad parternas syfte har varit med avsiktsförklaringen. Här menar Grönfors att det är viktigt att undersöka varje konkret fall och söka svar på varför parterna vid den givna tidpunkten upprättat de ifrågavarande dokumenten. Vid utrönandet av syftet med olika typer av avsiktsförklaringar skall diskuteras kring vad parterna åsyftat att uppkomma med att stegvis låsa förhandlingsresultatet i detta skede, och vilken grad av fasthet som parterna åsyftat med den dokumentation som upprättats under processen.<sup>289</sup> Oavsett var parter befinner sig på tidsaxeln kan sedermera upprättas dokument avseende avtalspunkter som inte kommer att förbinda parterna. Grönfors deklarerar att det är givet att parter kan upprätta dokument som inte har för avsikt att verka som en låsning av det som förhandlats fram. Parter kan exempelvis upprätta dokumentation för

---

<sup>285</sup> Grönfors, K, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 75.

<sup>286</sup> Ibid.

<sup>287</sup> Ibid.

<sup>288</sup> Ibid. s. 76.

<sup>289</sup> Ibid.

att göra upp en skisserad version till stöd för fortsatta förhandlingar. Härigenom önskar inte parterna att förbinda sig till slutligt avtal, utan ämnar lämna de diskuterade punkterna öppna för fortsatt förhandling under ett senare skede av processen. Grönfors konkluderar och fastställer att en sådan slags dokumentation orimligen kan uppnå en sådan grad av fasthet som krävs för att en typisk lösning av förhandlingspositionerna skall ha åstadkommit.<sup>290</sup> För att parter skall vara säkra på att dokumentation som denna inte missförstås måste de, på ett klart och tydligt sätt, ge uttryck för detta i handlingarna. Om parterna däremot inte antytt något i denna riktning och förhandlingarna rent objektivt ger sken av att det är fråga om stegvis lösning av förhandlingspositionerna, kan en omförhandling av de nedskrivna punkterna normalt inte komma på fråga.<sup>291</sup> För Grönfors skulle allt annat än en sådan modell vara ineffektiv för ett fungerande arbetsliv i praktiken.<sup>292</sup>

**Gothard Calissendorff** har uttryckt stark kritik mot Grönfors resonemang avseende avtalsmodellen med stegvis lösning av förhandlingspositioner. För det första anser han att en dylik tolkningsoperation av parternas rättsliga förhållanden inom domstolarna förringar partsautonomin, och att det utifrån en praktisk synpunkt är högst olämpligt att ålägga parter att fullfölja avtal om ena parten inte länge önskar samarbeta med sin motpart. Som ett andra motargument påpekar Calissendorff att det borde anses vara såväl omöjligt som orimligt att en domstol skall kunna ta ställning i vart på tidsaxeln som parter befinner sig om det skulle uppstå en tvist. Dels förefaller det honom otänkbart att en domstol skall kunna värdera de garantier och specifikationer som utbyts mellan parter för att därigenom fastställa vart i förhandlingsprocessen som parterna befinner sig längs med Grönfors tidsaxel.<sup>293</sup> Därutöver torde det vara direkt olämpligt att en domstol skall förväntas kunna träda in i parterna ställe och värdera om förhandlingarna kommit tillräckligt långt för att avtalsbundenhet inträtt, och i så fall fastställa vad som borde gälla i de frågor som parterna inte ännu avgjort.<sup>294</sup> Utöver dessa argument vill han ifrågasätta hur en dylik konstruktion skall kunna rättfärdigas mot en rättspolitisk hänsyn, då han har svårt att se hur principen om pacta sunt servanda skulle kunna väga tyngre än den att en part inte skall förbindas till annat än vad denna uttryckligen givit viljeförklaring om.<sup>295</sup> Calissendorff drar istället slutsatsen att det bör finnas en presumtion mot att ett avtal ska vara bindande mellan parter under förhandlingarnas gång.<sup>296</sup>

**Stig Sohlberg** ställer sig bakom den kritik som Calissendorff för fram mot den Grönforsa modellen, om än att han anser att detta är ”försiktig kritik”.<sup>297</sup> Sohlberg vill understryka att, även om en stegvis bundenhet

---

<sup>290</sup> Grönfors, K, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 76-77.

<sup>291</sup> Ibid.

<sup>292</sup> Grönfors, K, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 77.

<sup>293</sup> Calissendorff, G, *Avtalsgrundande rättsfakta – några synpunkter*, s. 238.

<sup>294</sup> Ibid. s. 239.

<sup>295</sup> Ibid. s. 238 – 239.

<sup>296</sup> Ibid. s. 240.

<sup>297</sup> Sohlberg, S, *Ingående av avtal – Back to Basics*, JT 1993-94 s. 657.

mellan parter kanske är en möjlighet i vissa sammanhang, förefaller det honom vara helt uteslutet inom de långa samarbetsavtalen.<sup>298</sup> Anledningen härtill är att Sohlberg anser att samarbetsavtal bygger på ett solid förtroende mellan parter, och att det är en nödvändighet att båda parter är ense om att det skall föreligga ett rättsförhållande mellan dem. Härmed skall det vara fullt möjligt för en part att träda ur förhandlingar, menar Sohlberg, då det enligt hans åsikt inte går att framtvinga ett fungerande avtal mellan parter.<sup>299</sup>

Det skall noteras att de avtal som Sohlberg avser här är en särskild avtalsgrupp, nämligen franchiseavtal, vilket bygger på en kontinuerlig kontakt mellan franchisetagare och uppdragsgivaren. Sohlberg verkar dock anse att avtalsrätten rent generellt går mot en problematisk utveckling. Ur en rättslig aspekt anser han härmed att det är besvärande att det uppstått en tendens att tona ned den gemensamma partsviljan inom avtalsrätten och istället låta allmänna ekonomiska resonemang ta allt större plats. Sohlberg förespråkar istället att det är först vid den gemensamma underskriften som avtal uppkommer oavsett om parterna per se ha haft uppfattningen att det egentligen enbart kvarstår som en formalitet i ett visst partsförhållande.<sup>300</sup>

**Carl Svernlöv** konstaterar att de flesta rättsordningar erkänner en parts rättighet att träda ur från förhandlingar utan sakligt skäl som en vedertagen avtalsrättslig princip.<sup>301</sup> Detta innebär i princip att den part som önskar avbryta förhandlingarna inte allmänt sett behöver underrätta motparten om detta. Svernlöv upplever att frågan om successiv förbundenhet i avtalsförhandlingar kan diskuteras från två skilda vinklar, dels i fråga om bundenhet till slutligt avtal och dels avseende att avtalsinnehåll uppkommer successivt. Svernlöv avgränsar den successiva avtalsbundenheten till en avtalsmodell där parterna successivt närmar sig varandra i avtalsprocessen, och där bundenhet härmed förstärks allt eftersom.<sup>302</sup> En dylik avtalsmodell är i strid med gällande svensk rätt, menar Svernlöv, då den ger upphov till att det uppstår en ”halvbundenhet” mellan parter. I kontrast härtill förespråkar den svenska avtalsrätten att parter antingen är bundna eller obundna vid avtal, fastställer han.<sup>303</sup> Svernlöv kan visserligen konstatera att det kan tyckas rimligt att kräva att en part har rätt till fortsatta förhandlingar om förhandlingarna kommit så långt och att en stor del av avtalsinnehållet fastställts mellan parterna. Svernlöv exemplifierar med Holland, och kan konstatera att det finns rättsordningar som möjliggör att påtvinga part att slutföra de påbörjade förhandlingarna trots att ett fullständigt avtal inte har upprättats.<sup>304</sup> Åter igen är detta resonemang baserat på ett avtalsförhållande där det föreligger en slags halvbundenhet, fastställer Svernlöv, vilket alltså inte är förenligt med de lege lata. Den andra infallsvinkel som Svernlöv uppmärksammar är att själva avtalsinnehållet kan uppkomma stegvis, vilket Svernlöv anser vara i enlighet med svensk rätt. Vid en avtalstolkning

<sup>298</sup> Sohlberg, S, *Ingående av avtal – Back to Basics*, JT 1993-94 s. 657.

<sup>299</sup> Ibid. s. 658.

<sup>300</sup> Ibid. s. 659.

<sup>301</sup> Svernlöv, C, *Internationella avtal – i teori och praktik*, s. 30.

<sup>302</sup> Ibid.

<sup>303</sup> Ibid.

<sup>304</sup> Ibid. s. 30-31.



kommer innehållet i vederbörande avtal att tolkas med hänsyn till vad som inträffat före och efter tidpunkten då bundenhet uppstod. Härigenom kan således parternas agerande och uttalanden vägas in för att utröna vilket avtalsinnehåll som avsetts och som vuxit fram under avtalsprocessen, förklarar han.<sup>305</sup>

**Bert Lehrberg** är av uppfattningen att bundenhet kan uppstå mellan parter under förhandlingsskedet vid två situationer. För det första kan bundenheten inträda per automatik när parterna under ett senare stadium i förhandlingarna påbörjar fullgörande av avtalet, bedömer han. Det är då framförallt mot bakgrund av att motparten genom sitt konkludenta handlande fått den skadelidande parten att tro att slutligt avtal har ingåtts eller skulle komma att ingås.<sup>306</sup> Därutöver anser Lehrberg att parter kan uppnå en rättslig bundenhet under förhandlingsstadiet genom att ”ingå avtal om huvudpunkterna i sin överenskommelse, när de enats om dessa, men särskilt stipulera att de skall förhandla vidare om detaljfrågor”. Med det senare sällar sig Lehrberg sålunda till uppfattningen att det kan uppstå bundenhet mellan parter i ett förhandlingsstadium om de upprättar ett summariskt dokument. Lehrberg pekar dock på att förfarandet med de summariska dokumenten är befattat med en viss problematik. Då parterna upprättar dylika avtal händer det nämligen att parterna aldrig slutligen förhandlar vidare kring detaljfrågorna. Anledningen härtill är att det summariska avtalet kan invagga en viss trygghet som medför att part förlitar sig på att samtliga mellanhavanden är avklarade.<sup>307</sup> Troligen föranleder detta sällan problem i praktiken, pönerar Lehrberg, då parterna säkerligen upplever att det ur ett handelsmässigt perspektiv har ingåtts ett fullgott avtal. Vidare torde det enligt min åsikt finnas handelsbruk och sedvänja eller rent av förnuftsmässiga överväganden som kan utgöra utfyllnad för de oreglerade villkoren. Lehrberg påpekar emellertid att det från ett juridiskt perspektiv inte uppstått någon rättsligt bundenhet avseende vederbörande transaktion om parterna inte fullföljer åtagandet att i ett senare skede reglera de återstående mellanhavanden.<sup>308</sup> Ett dylikt avtal skulle således enligt hans förmenande inte anses bindande i den bemärkelsen att parterna är förpliktade att fullfölja ett slutligt avtal.

Lehrberg tar avstånd från Grönfors rättsliga uppfattning att parter kan enas om villkor ”för att sedan successivt bli bundna av fortsatta förhandlingsresultat genom en stegvis låsning av förhandlingspositionerna”.<sup>309</sup> En dylik successiv bundenhet strider mot avtalsrätten och saknar stöd i såväl parterers konkludenta handlande som etablerade rättsprinciper.<sup>310</sup> Han konkluderar att det skulle krävas en nykonstruktion av avtalsmodellen och en ändring av rättsläget för att successiv bundenhet skulle vara i enlighet med svensk avtalsrätt. Däremot

---

<sup>305</sup> Svernlöv, C, *Internationella avtal – i teori och praktik*, s. 30-31.

<sup>306</sup> Lehrberg, B, *Avtalsrättens grundelement*, s. 107 .

<sup>307</sup> Ibid.

<sup>308</sup> Ibid.

<sup>309</sup> Ibid.

<sup>310</sup> Ibid. s. 108.

anser han att det är möjligt att under vissa omständigheter göra avkall på kravet att båda parter skall vara eniga om att bundenhet faktiskt inträtt mellan dem för att avtal skall anses föreligga. Härigenom tar han ett markant avsteg från Nehrman's tidiga uttalanden om vikten kring samstämmiga viljeförklaringar. Lehrberg motiverar sin ståndpunkt med att han anser att ett avtal skall vara ”komplett som sådant och inrymma de obligatoriska innehållselement som är nödvändiga för att det skall kunna ligga till grund för verkställighet”.<sup>311</sup> Lehrberg lämnar dock inget avkall på den traditionella synen att parter skall ha upprättat ett avtal som är ”fullständigt, bestämt och preciserat” under förhandlingsskedet för att kunna fastställa bundenhet.<sup>312</sup> Lehrberg tillägger härmed att det erbjuds ett flertal andra möjligheter för parter att inom avtalsrättens ramar med rättslig verkan såväl förhindra som fastställa en successiv bundenhet dem emellan. Han fastställer härmed att parterna kan upprätta diverse föravtal som förpliktigar parterna till fortsatta förhandlingar, eller i övrigt förstärker lojalitetsplikten mellan parterna i förhandlingsprocessen.<sup>313</sup>

**Christina Ramberg och Jan Ramberg** begränsar sig till att kategorisera ”successiv bundenhet” under betydelsen att det uppkommer förpliktelser per automatik längs med en tidsaxel, i likhet med Grönfors resonemang. I denna bemärkelse kan de konstatera att utvecklingen inom framförallt doktrin har tenderat att acceptera, eller i vart fall förespråka, en möjlighet till att det kan uppkomma en successiv bundenhet mellan parter. De framhäver dock att rättsläget kring successiv bundenhet är oklart i svensk rätt, att det inte finns något entydigt svar kring hur en domstol skulle bedöma ett enskilt fall. Enligt Ramberg & Ramberg lutar det dock mot att parter's successiva bundenhet till de avtalsförbundna åtagandena gentemot varandra snarare är av moraliskt förpliktande art än juridiskt bindande i svensk rätt. Från ett juridiskt perspektiv kan en part träda ur avtalsförhandlingar när som helst utan att det ställs krav på att de skall ha en skälig anledning att göra så.<sup>314</sup> Sedermera kan en part lämna sin motpart vid förhandlingarna bara för att denne inte känner att avtalet inte längre framstår som lika attraktivt. Som Ramberg & Ramberg betraktar rättsläget finns det bara en egentlig juridisk lösning under dessa omständigheter, nämligen att skadelidande part får ersättning enligt det negativa kontraktsintresset genom att åberopa culpa in contrahendo. Om en part sedermera underlåter att iaktta lojalitetsförpliktelserna under förhandlingsprocessen kommer denne ytterst att bli ersatt med det negativa kontraktsintresset, men det kommer normalt inte medföra att avtal har ansetts komma till stånd.<sup>315</sup>

Utanför ramen för den successiva bundenheten anser Ramberg & Ramberg att det finns motsvarande avtalsmodeller som på samma sätt ger upphov till en slags framväxande avtalsbundenhet. En första sådan modell är de ofullständiga avtalen som, enligt deras förmenande, faktiskt kan föranleda

---

<sup>311</sup> Lehrberg, B, *Avtalsrättens grundelement*, s. 108.

<sup>312</sup> *Ibid.* s. 107.

<sup>313</sup> *Ibid.*

<sup>314</sup> *Ibid.* s. 97.

<sup>315</sup> *Ibid.* s. 98.

att avtalsbundenhet uppstår under det prekontraktuella skedet. Bundenhet kan då anses uppkommen om en part i god tro påbörjar fullgörande av avtalet i tron att slutligt avtal mer eller mindre uppnåtts<sup>316</sup>. Ramberg & Ramberg anser att detta är en rimlig följd av parternas förhållanden, men påpekar att detta synsätt inom den nordiska avtalsrätt skiljer sig markant från rättsordningar inom det angloamerikanska rättssystemet<sup>317</sup>. Inom dessa rättsordningar ställs det krav på att parterna skriftligen enats avseende de väsentligaste delarna av avtalet för att bundenhet skall kunna inträda.<sup>318</sup> I den nordiska avtalsrätten är det dock således tillräckligt att en part som en följd utav motpartens agerande varit så säker på ett slutligt avtal ingåtts att denne redan påbörjat sina investeringar i syfte att fullgöra avtalet.

Parter kan även uttryckligen ha överenskommit att bundenhet skall uppstå då avtalet ännu är ofullständigt, vilket regleras genom att parterna inför standardiserade klausuler under benämningen ”minor details to be agreed”.<sup>319</sup> Enligt Ramberg & Ramberg kommer detta att föranleda en bundenhet till avtal trots att detaljfrågor lämnats därhän. Om tvist skulle uppstå kring ett sådant avtal finns flertalet dispositiva regler inom svensk rätt som kan fungera som utfyllnad, vidareutvecklar de. Härmed kan domstolen således fastställas pris utifrån vad som anses vara ”skäligt pris” enligt regeln i 45 § KöpL, om parterna ännu inte enats om detta.<sup>320</sup> Hultmark (senare Ramberg) & Ramberg fastställer dock att det torde finnas ett minimikrav på att parterna enats kring en minsta nämnare för att ett avtal skall ha -ansetts ha uppkommit. Härmed torde de åtminstone ha enats om själva avtalsobjektet, även om de menar på att det inte behöver ha specificerats i detalj.<sup>321</sup>

**Axel Adlercreutz** fastställer att ”så mycket är klart i avtalsrätten att den slutliga och fullständiga dokumentationen inte alltid behöver ha uppnåtts för att ett bindande avtal skall anses ha kommit till stånd”.<sup>322</sup> Han kan urskilja ett flertal rättsliga situationer då bundenhet uppkommer trots att den slutliga dokumentationen inte undertecknats. Utav dessa situationer klargör han att detta särskilt är fallet då ett undertecknande enbart har funktionen av att bekräfta vad som tidigare överenskommits mellan parterna. Motsvarande gäller när parterna har enats om huvudpunkterna men har bestämt att lämna detaljfrågor till kontraktsskrivandet, konstaterar han vidare. Anledningen till att bundenhet kan rättfärdigas under dessa omständigheter är att parterna kommit överens om ett fungerande avtal under dessa omständigheter. Sådana detaljer som kvarstår att enas kring kan enkelt formuleras genom att applicera utfyllande regler.<sup>323</sup>

---

<sup>316</sup> Hultmark, C - Ramberg, J, *Avtalsrätten – en introduktion*, s. 50.

<sup>317</sup> i Frankrike och i USA är det en förutsättning för bundenhet att parterna kommit överens om pris, och i England ställs krav på att vissa grundläggande huvuddelar av avtalet är reglerade.

<sup>318</sup> Hultmark, C - Ramberg, J, *Avtalsrätten – en introduktion*, s. 50.

<sup>319</sup> Ibid.

<sup>320</sup> Ibid.

<sup>321</sup> Ibid.

<sup>322</sup> Adlercreutz, A, SvJT 1987, s. 494.

<sup>323</sup> Adlercreutz, A, SvJT 1987, s. 494.

Som framgår av ovan uttrycker Adlercreutz en tämligen bestämd åsikt att bundenhet kan uppkomma då det utifrån parternas perspektiv enbart saknas en formalitet för slutligt avtal. Han konstaterar dock att det finns ett flertal mindre klara fall då omständigheterna kan föranleda att bundenhet kan ifrågasättas. I grunden avses här sådana situationer då parterna inte varit på det klara huruvida det slutliga kontraktet skall vara avgörande för bundenheten eller ej. Det är möjligt att inte ens parterna gjort detta klart för sig själva, konstaterar Adlercreutz.<sup>324</sup> Under dessa omständigheter är det av avgörande betydelse att göra en bedömning av en förhandlingsparts beteende för att utröna om bundenhet uppstått successivt.<sup>325</sup> Adlercreutz konstaterar härmed att det, mot bakgrund av parts ageranden och uttalanden, kan uppkomma bundenhet mellan parterna även om det varken föreligger föravtal eller avsiktsförklaringar mellan dem. Här påpekas särskilt att det exempelvis kan vara fråga om situationer då ”part utnyttjar motparten i anslutning till det planerade avtalet eller eljest uppträder som om avtalet kommit till stånd”.<sup>326</sup> Som exempel härpå kan parterna ha inlett omkringligganden och nödvändiga samarbeten i syfte att fullgöra avtalet, motparten kan ha påbörjat fullgörelsen och verkställighet i övrigt, och att part i övrigt låter motparten vara ”invaggad i föreställningen att det slutliga avtalet bara är en formalitet, som snart skall vara ordnad”<sup>327</sup>. Under dylika omständigheter kommer part ”genom att handla som om avtalet redan är slutet kan part, på grund av konkludent handlande, anses bli bunden av själva avtalet, om dess innehåll hunnit bli tillräckligt preciserat.”<sup>328</sup> Om bundenhet ändå inte anses ha infallit anser Adlercreutz att det under dylika omständigheter är otillräckligt att applicera skadeståndsansättning enligt culpa in contrahendo, och att det istället är rimligare att den skadelidande parten ersätts enligt det positiva kontraktsintresset.<sup>329</sup>

Adlercreutz anser vidare att parternas överenskommelse att det skall råda formkrav för bindande avtal kan förklaras ogiltigt mot bakgrund av en förhandlingsparts beteende. Adlercreutz söker stöd i grundläggande avtalsrättsliga principer för sin åsikt och hävdar för det första att eventuella brister eller betingade villkor i ett avtal mycket väl kan komma att ”botas” genom konkludent handlande.<sup>330</sup> Vidare anser Adlercreutz att avtalsrätten måste anses vila på en princip om att en part inte skall kunna förleda sin motpart att tro att ett avtal skall komma till stånd enbart för att detta på något sätt gynnar honom.<sup>331</sup> Adlercreutz utvecklar och illustrerar med reklamationsreglerna i 4 § 2 st., 6 § 2 st., 19 § slutet och 32 § 2 st. AvtL där denna grundläggande tanke manifesteras. I dessa stadganden fastställs att en part som försatts i god tro inte skall bära risken för att motparten orsakat detta, utan att dylika omständigheter föranleder att avtalsbundenhet uppstår.

<sup>324</sup> Adlercreutz, A, SvJT 1987, s. 494.

<sup>325</sup> Ibid. s. 494, 498-499.

<sup>326</sup> Ibid. s. 499.

<sup>327</sup> Ibid.

<sup>328</sup> Adlercreutz, A, *Avtalsrätt I*, s. 114-115.

<sup>329</sup> Ibid.

<sup>330</sup> Adlercreutz, A, SvJT 1987, s. 499 .

<sup>331</sup> Ibid.

Det är härmed, understryker han, inte enbart fråga om skadestånd för den skadelidande parten som en möjlig påföljd. Adlercreutz avrundar sin argumentation med att, utifrån ett mer övergripande perspektiv, framhålla att det även framkommer i avtalslagens motiv att avtalsbundenhet och skadestånd enligt det positiva intresset skall prioriteras framför skadestånd enligt det negativa intresset så som påföljd. Mot bakgrund av detta vill Adlercreutz uppmanar domstolarna att inte begränsa sig så hårt till att enbart utdöma det senare, då detta tillsynes strider mot avtalslagens grundtankar och dess bestämmelser i övrigt.<sup>332</sup>

### 5.3 Det norska rättsläget – ”trinnvis bindning”

Den norska rättsutvecklingen kring hur bundenhet uppstår mellan parter har enligt min mening präglats av en inställning som kan illustreras med Erling Selvigs uttalande att ”en kontrakt kan ingås på enhver måte som viser at parterna er kommet til enighet.”<sup>333</sup> Med detta är min avsikt att visa på att den norska domstolen fokuserar på parternas agerande i det enskilda fallet, de omkringliggande omständigheterna och vad dessa ger fog att anta, snarare än såsom i Sverige, att koncentrerar sig kring att finna stöd utifrån en bokstavstolkning av lagen. Det verkar råda en enighet inom den norska doktrinen och vad som de facto resoneras i domstolarna, till skillnad från hur det föreligger inom den svenska rättsordningen. Med andra ord verkar det som om det råder en slags konsensus kring varför och under vilka förutsättningar som en bundenhet kan inträda under en övergång mellan den prekontraktuella och den kontraktuella fasen. Den diskussion som förs kring förekomsten av successiva förpliktelser mellan parter är mindre problembaserad än den svenska, och kan tyckas vara mer rak och rationell. Utmärkande är vidare, enligt min åsikt, att domstolen inte så att säga ”förklarar” konstellationen under ett flertal andra benämningar, eller att de nödvändigtvis behöver resonera i termer av anbud och accept. Istället uttrycker sig såväl domstol som doktrin utifrån det enskilda fallet och vad som lämpligast kan följa rent rättsligt utav detta.

I Norge finns det inget vedertaget begrepp för hur parter successivt kan anses komma i bindande förpliktelser gentemot varandra under förhandlingsskedet. Ofta diskuteras företeelsen istället samband med ogiltighet av avtal och ofullständiga avtal. I doktrin från senare tid har dock Woxholt myntat begreppet ”trinnvis bindning”,<sup>334</sup> vilket kommer att användas i det följande.

---

<sup>332</sup> Adlercreutz, A, SvJT 1987, s. 499.

<sup>333</sup> Selvig, E, Knophs oversikt over Norges Rett, s. 224.

<sup>334</sup> Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 92.

### 5.3.1 De lege lata – norsk rättspraxis

De norska domstolarna har, till skillnad från de svenska, vid flertalet tillfällen varit benägna att anse att bundenhet till avtal kan föreligga trots att parter inte varit överens om alla villkor.<sup>335</sup> Mot bakgrund av omfattande praxis på detta område torde det enligt min mening med fasthet kunna fastställas att bundenhet uppkommer mellan parter om de enats kring de väsentliga villkoren i avtalet. Med ”väsentliga punkter” i avtalet avses här faktorer som att parterna enats om pris, när och vart leverans skall ske och betalningens karaktär.<sup>336</sup> De avtalspunkter som parterna ännu inte enats om kan utfyllas med hjälp av dispositiva regler eller sedvänja.<sup>337</sup> I enlighet härmed fastställdes i Rt. 1914 s. 925 att ett befракtningsavtal hade ingåtts till ”gängse pris”. Vidare fastslogs i Rt. 1920 s. 786 att ett avtal hade ingåtts avseende köp av bly även om parterna ännu inte hade kommit överens om betalningssätt. Härutöver har norsk rättspraxis även klargjort att det inte ställs något avtalsrätligt krav på att parter undertecknat ett avtal för att samarbetsavtal skall anses föreligga.<sup>338</sup>

I det tidiga målet Rt. 1953 s. 581 aktualiserades frågan om ett långsiktigt hyresavtal avseende egendom i affärsverksamhet där lånets storlek inte var överenskommet. Här ansågs bindande avtal ha uppkommit då andra viktiga punkter var avtalade mellan parterna. Däremot ansågs det inte vara tillräckligt att pris överenskommit avseende ett parti fisk via telegram i Rt. 1965 s. 638. Det ansågs inte heller med beaktande av motpartens senare uppträdande vara rimligt att part kunde ha uppfattat situationen som om bindande avtal förelåg. I detta mål verkar det som om domstolen särskilt tagit fasta vid parternas senare uppträdande. Domstolen ansåg inte heller att bundenhet hade inträtt under förhandlingarna i Rt. 1973 s. 1165, som avsåg huruvida det uppstått förpliktelse för en part att sälja ett torp till den andre. Domstolen konstaterade att parterna hade diskuterat frågan om övertagelse av torpet vid ett flertal tillfällen, men att det inte fanns någon överenskommelse avseende köpesumman, betalningsvillkoren, uppgörelsesättet eller tillträdet av torpet. Faktum att parterna vid ett flertal tillfällen pratats vid ansågs inte tillräckligt för att käranden skulle ha försatts i tron att avtal uppkommit. De ovan refererade målen ger möjligen en tvetydig bild av rättsläget. Det står dock klart att domstolen i en övervägande majoritet av fallen uttalar att det är avgörande om parterna uppnått enighet avseende de väsentliga punkterna i avtalet vid fråga om bundenhet uppstått mellan parter.<sup>339</sup> Rättsutvecklingen verkar även ha gått i denna riktning under senare tid, och domstolen anses ha varit mycket tydlig i att det räcker med att de väsentliga punkterna i avtalet är överenskomna för bundenhet mellan parter.<sup>340</sup>

---

<sup>335</sup> Woxholt, G, *Avtalerett*, s. 155.

<sup>336</sup> Rt 1996 s. 415.

<sup>337</sup> Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning* s. 147.

<sup>338</sup> 1 nr 28/1998, nr 285/1997.

<sup>339</sup> Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning* s. 151.

<sup>340</sup> *Ibid.* s. 153.

I Rt. 1998 s 946 var det fråga om köp av aktier i ett aktiebolag där parterna var eniga om pris medan ett flertal andra punkter ännu var oavklarade. Säljaren anförde att bundenhet inte uppkommit då det borde ha förelegat ett krav på skriftlighet och undertecknanden av avtalet mot bakgrund av avtalets karaktär, dess omfattning samt att det för avtalets fullgörelse krävdes att det etablerades ett nytt aktiebolag. Høyesterett anförde i det första att muntliga avtal per se kan vara bindande så till vida att inget annat följer av lag, avtal eller partsförhållandena. Vidare anfördes att det inte fanns lagstöd för att kräva att ett avtal var skriftligt under de åberopade omständigheterna. Slutligen klargör domstolen att omständigheten att parterna i skriftlig form har enats om något huvudvillkor, så som pris i detta fall, skall medföra att ett avtal kommer till stånd när parterna kommit överens om övriga villkor. Domstolen utvecklar och förklarar att det sedermera uppstår en bundenhet om parterna därefter, allt eftersom förhandlingarna fortskrider, successivt kommer överens om de övriga villkoren. Domstolen fastställer att detta skall ses mot bakgrund av att en lojalitetsplikt inträtt, och att denna ger upphov till ett kontraktsförhållande mellan parterna som innebär att en part kan förlita sig på att slutligt avtal ingåtts även om inte ett undertecknande skett.

Det finns även rättspraxis som tyder på att det kan vara av avgörande betydelse vart på tidsaxeln parterna befinner sig. I Rt. 1964 s.1260 gjorde part, som var ägare av viss fast egendom, gällande att avtal inte hade kommit till stånd avseende egendomen. Domstolen menade dock på att förhandlingarna var så långt framskridna att båda parter borde ha varit av uppfattningen att bindande överenskommelse uppkommit. Domstolen resonerade på samma sätt i Rt. 1996 s. 416 som avsåg köp av lägenhet. I målet hade parterna enbart kommit överens om priset, vilket i sig inte ansågs tillräckligt för bindande avtal. Visserligen ansågs priset vara ett centralt moment per se, men det ansågs även vara av väsentlig betydelse att parterna hade ha enats angående tidpunkt för övertagande<sup>341</sup>. Trots att parterna inte enats om denna sistnämnda punkt ansågs ändå att det uppkommit en slags ”principiell” samstämmighet mellan parterna avseende båda pris och övertagande på grund av att avtalsförhandlingarna var så framåtskridna mellan parterna. Bundenhet hade sålunda uppkommit. Parternas handlande efter att förhandlingarna avslutats kan ofta ge indikation på huruvida förhandlingarna lett till slutligt avtal.<sup>342</sup> Domstolen har således utgått från parternas efterföljande agerande och beaktat om någon utav dem eller båda agerat utifrån att ett bindande avtal ingåtts (Rt 1978 s. 702; Rt. 1981 s. 595).

Det kan noterats att den norska doktrinen ofta finner stöd avseende trinnvis bindning genom *e contrario* slut.<sup>343</sup> Det förekommer sedermera uttalanden som att trinnvis bindning ”otvivelaktigt” hade uppkommit om det hade varit så att de väsentliga punkterna hade varit avtalade mellan parterna, eller om

---

<sup>341</sup> här kan nämnas att köp av fast egendom är av särskild art inom avtalsrätten.

<sup>342</sup> Selvig, E, Knophs oversikt over Norges Rett, s. 226.

<sup>343</sup> Woxholt, G, s. 151 – 152.

parterna hade kommit tillräckligt långt i förhandlingarna.<sup>344</sup> Ett fall där e contrario slut genomförs är i Rt. 1981 s.1047 som avsåg huruvida det inträtt kommanditskap mellan parter mot bakgrund av konkludent handlande eller muntligt avtal emellan dem. Domstolen menade att det skulle vara extraordinärt att ett kommanditskap skulle kunna inträda utan att det gjorts skriftligt. Oavsett detta, framförde domstolen, hade parterna inte enats om huvudpunkterna i det aktuella avtalet. Vidare omnämns målet Rt. 1992 s.1110 som stöd för att trinnvis bindning kan uppkomma under vissa omständigheter. Høyesterett uttalade att avtal inte ingåtts mellan parterna då pris inte avtalats, något som domstolen menade på var en fundamental avtalspunkt och som vanligtvis torde medföra en mycket stark förmodan att slutligt avtal inte ingåtts. Vikten av att överenskommelse om pris kan vara avgöra för bundenheten framkommer även tydligt i Rt. 1995 s. 543, där domstolen lägger avgörande vikt vid att parter inte enats avseende denna punkt.

### 5.3.2 De lege lata – norsk doktrin

**Carl Jacob Arnholm** kunde redan i tidiga framställningar från 60 – talet konstatera att det var möjligt att parter kan anses bundna vid ett avtal även om avtalsprocessen inte är avslutad. Arnholm påpekar dock att det indirekt ställs krav på att parterna kommit en bit i avtalsprocessen för att detta skall kunna uppstå. Som huvudregel inom avtalsrätten går det nämligen inte att tala om ett avtal om parterna enbart enats kring avtalspunkter som är av underordnade betydelse, förklarar han.<sup>345</sup> Det verkar sålunda som om det är oväsentligt vad parterna uttalar eller hur de agerar under processen om det inte finns enighet kring huvudpunkterna i avtalet. Om parterna däremot kommit överens om enskilda punkter som är av väsentlig betydelse kommer bundenhet antagligen ha inträtt, fastställer Arnholm.<sup>346</sup> Här verkar det vara oväsentligt om dessa grundläggande avtalspunkter är färre i antal än vad som kvarstår att enas kring, bundenhet kommer likväl att inträda. Arnholm anser att man generellt sett kan ställa färre formella krav på kommersiella aktörer vid fråga om när bundenhet inträder under förhandlingsskedet än på privatpersoner. Anledningen till detta, resonerar han, är att det sällan behövs lika ingående regleringar kring en transaktion då en stor del kunde underförstås genom affärsmännens fackkunskaper.<sup>347</sup> Vid större transaktioner anser Arnholm dock att kraven borde vara högre, och att parter sedermera på ett mer tydligt sätt borde klargöra att avtal ingåtts.

**Jo Hov** analyserar den nordiska avtalsrätten och konstaterar att den norska doktrinen och rättspraxis visar på att det är möjligt att se på förhandlingsprocessen som förpliktande i sig självt med tillämpning av den nordiska avtalslagen.<sup>348</sup> Han kan vidare konstatera att trinnvis bindning

---

<sup>344</sup> Woxholt, G, s. 151.

<sup>345</sup> Arnholm, C. J, *Privatrett II*, s. 73.

<sup>346</sup> Ibid.

<sup>347</sup> Ibid. s. 74.

<sup>348</sup> Hov, J, *Avtaleslutning og ugyldighet*, s. 112.



numera har befasts inom såväl juridisk teori som rättsordningen och de juridiska instanserna i Norge. Enligt framställningar av Jon Hov från 1995 påstås att domstolen med högsta sannolikhet att göra en ”totalvärdering” av omständigheterna i det enskilda fallet för att kunna ta ställning till om bundenhet uppkommit mellan parterna.<sup>349</sup> Hov uppmärksammar två situationer då trinnvis bindning i regel kommer anses ha uppkommit mellan parter i norsk domstol. För det första kan det vara fråga om situationer då parter successivt enats om viktiga punkter i avtalet för att sedan förhandla vidare och komma överens om ytterligare punkter. Det är således fråga om olika typer av ofullständiga avtal som uppkommer under en process som i högsta grad följer Grönfors modell. Hov kan härmed fastställa att den norska domstolen lägger stor vikt kring huruvida parterna uppnått enighet avseende de väsentliga punkterna i avtalet eller om parter kommit att enas om avtalspunkter som är väsentliga för dess genomförande. Någonstans under detta händelseförlopp, må så vara att det är oklart när exakt detta sker, kan parterna ha kommit så långt i förhandlingarna att det skall ses som om parterna etablerat ett avtalsförhållande.<sup>350</sup> Den andra situationen som Hov kan urskilja avser frågan om att domstolen inte ställer upp formkrav för bundenhetens inträde, vilket berörs mer nedan.

**Geir Woxholt** anser att det vid frågan om bundenhet kan vara avgörande vart på tidsaxeln i processen som parterna befinner sig, det vill säga hur långtgångna och omfattande förhandlingarna har varit hitintills.<sup>351</sup> Det kan noteras att detta sedermera är mer i linje med Grönfors resonemang om den stegvisa låsningen mellan parter i förhandlingar, men att det även återknyter till Arnholms resonemang. För att utveckla Woxholts resonemang skall härmed parter som enbart haft en kortare förhandlingsprocess, i likhet med Grönfors inställning, presumeras vara fria från förpliktelser mellan varandra om part träder ur förhandlingarna. Däremot kan denna presumtion komma att brytas om det framkommer att parterna är överens avseende de huvudsakliga delarna i avtalet. Generellt sätt ställer sig dock Woxholt tveksam till att rättslig bundenhet skulle uppstå mellan parter vid ett tidigt skede. Han påpekar att det torde röra sig om främst en moralisk bundenhet än en rättslig sådan om förhandlingarna är nyligen påbörjade.<sup>352</sup>

**Kai Krüger** anser att domstolen skall ta särskild hänsyn till det specifika handelsbruket inom den bransch som konflikten avser. Mot bakgrund av detta och omständigheterna i övrigt skall det ställas krav på att part visar varför den påstådda enigheten inte nedtecknats mellan parterna eller på annat sätt formaliserats.<sup>353</sup> Härmed är det således upp till den skadelidande parten att påvisa att det mot bakgrund av handelsbruk eller partsbruk varit befogat att anta att avtal kommit tillstånd. Om omständigheterna är sådana att det skulle uppkomma svåra gränsfall anser Krüger att det kan läggas särskilt vikt vid parternas subjektiva uppfattning om hur relationen

---

<sup>349</sup> Hov, J, *Avtaleslutning og ugyldighet*, s. 113.

<sup>350</sup> *Ibid.*

<sup>351</sup> Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning* s. 146.

<sup>352</sup> *Ibid.* s. 147.

<sup>353</sup> Krüger, K, *Norsk kontraktsrett*, s- 44.

utvecklats.<sup>354</sup> Med detta sista uttalande verkar det som om Krüger vill att rättsordningen till fullo skall sätta sig in i avtalsparternas situation och gå utöver den traditionella objektivitetsbedömningen. En helhetsbedömning verkar sedermera kunna innefatta en subjektiv aspekt.

## 5.4 Det danska rättsläget – ”trinvis bundethed”

Den danska rättspraxisen, likt den norska rättsutvecklingen, tyder på en klar utveckling mot att tillerkänna att avtal kan tillkomma successivt mellan parter. Till skillnad från den svenska praxisen tenderar domstolen att göra en bedömning i det enskilda fallet och verkar inte ställa upp några särskilda begränsningar från när detta inte skulle kunna ske. Det finns dock inte en lika omfattande praxis som inom den norska avtalsrätten, och efter omfattande undersökningar är uttalanden i doktrin ovanligt ringa. Det är svårt att säga vad detta kan bero på, antingen är doktrinen försiktiga i sina ställningstaganden i denna fråga, eller så är det snarare en fråga om bristande praxis på området.

### 5.4.1 De lege lata – dansk rättspraxis

Den danska domstolen är relativt tydlig i sina uttalanden, och det verkar stå klart att det inte krävs undertecknande av slutligt avtal för att bundenhet skall kunna inträda. Därutöver framgår det att en parts illojala beteende i sig självt kan ge upphov till att avtal uppkommer. Avseende parter illojala handlande under förhandlingar utmärks särskilt U 1989.53 H som anges vara av särskilt intresse för frågan om parter successivt kan ingå avtal, enligt den danska kommentaren till avtalslagen. Med målet anses det numera stå klart att en parts illojala beteende under förhandlingarna kan medföra att det blir lättare för motparten att hävda att avtal ingåtts.<sup>355</sup> I målet uppkom frågan om det ansågs ha uppkommit ett avtal mellan två entreprenörer att gemensamt byta en fjärrvärmeledning. Dagen efter deras slutliga möte avslöjade part A för sin medkontrahent B att denne reducerat anbudet ytterligare. Då B inte fick tillgång till B's kalkyleringar kring detta motsatte sig denne först för att sedan ge med sig under förutsättning att A lämnade säkerhet för sin del. Detta ville emellertid inte A som istället ingick samarbetsavtal med B. Høyesterett fann att bindande avtal hade träffats mellan A och B, och att A blev ålagd B ersättningsansvar för det positiva kontraktsintresset då denna inte givit giltigt skäl för att plötsligt avbryta förhandlingarna.

Dansk praxis påvisar i flertalet ytterligare fall att parter kan komma att bli bundna till avtal utan att något skriftligt avtal skrivits under, eller att ens ett

---

<sup>354</sup> Krüger, K, *Norsk kontraktsrett*, s- 44.

<sup>355</sup> Lyng Andersen, L – Nørgaard, J, *Aftaleloven med kommentarer*, s. 35 – 36.

slutligt avtal upprättats. Den danska domstolen verkar vara av uppfattning att dylika ”luckor” kan botas genom parternas agerande i övrigt, vilket illustreras i de följande fallen. Med mål UfR 1977.413 H anses det väl illustreras hur ett avtal kan komma till stånd genom parternas handlande, även om avtalsförhandlingarna inte har givit upphov till ett skriftligt utformat avtal.<sup>356</sup> I målet hade en utgivare av lokaltidningar låtit ett tryckeriföretag trycka tidningar under två års tid utan att enighet om långvarigt samarbete inte upprättats i avtal. Efter att två år gått uppkom konflikt mellan parterna varav tidningsutgivaren genast avbröt tryckningen. Høyesterett fann att avtal hade kommit till stånd mot bakgrund av parternas handlande, och att det förevarande avtalet inte kunde sägas upp utan en viss uppsägningstid vilken kom att fastställas till 12 månader i enlighet med vad som angivits i ett avtalsutkast. Domstolen måste anses ha gått ännu längre i T 1998.68 Ø, där en hyresvärd hade skickat ett uthyrningsavtal till sin motpart utan att ha undertecknat densamma. Domstolen ansåg att avtalet ändå skulle betraktas som ett anbud och att bindande avtal således hade kommit till ingås när motparten undertecknade avtalet. I mål U 1989.435 H lämnar domstolen vissa riktlinjer vid samarbetsavtal och vad som kan ge upphov till bindande avtal under förhandlingar. I målet hade en part förhandlat med en entreprenör om rätt till att hyra en lokal. Entreprenören avbröt förhandlingarna med sin motpart då dennes investerade krävde att uthyrning avsåg en större lokal. Høyesterett ansåg att parterna visserligen hade genomfört omfattande och komplicerade förhandlingar, men ansåg inte att de nått så långt att entreprenören kunde förpliktigas att fortsätta förhandlingarna. Domstolen verkar härmed, enligt mening, fastställa att part kan förpliktigas till att fortsätta förhandlingarna och ingå slutligt avtal om förhandlingarna är mer långskridna än i förutvarande fall. Härutöver torde dessutom ställas krav på att förhandlingarna är omfattande och komplex i sin art.

## 5.4.2 De lege lata – dansk doktrin

**Jørgen Nørgaard** uttalar att det numera går att tala om en ”trinvis bundethed” i dansk rätt. Enligt hans förmenanden står det klart att kommersiella avtalsförhandlingar avseende komplicerade transaktioner medför att parterna närmar sig varandra successivt. Parterna kommer härigenom successivt att bli förbundna till avtalet allt eftersom de fastställer vad de kommit överens om och vad som återstår att förhandla om.<sup>357</sup>

**Bernhard Gomard** har utifrån dansk rättspraxis kunnat konstatera att det inte ställs krav på att det upprättats slutligt avtal mellan parter för att slutligt avtal skall ha ingåtts. Istället kan parternas handlande under förhandlingarna eller under partsrelationen i övrigt föranleda att bindande avtal uppkommer. Exempel härpå är att parterna har ingått förhandlingar och upprättat avtalsutkast, men sedan påbörjat fullgörelse utan att undertecknat avtal.

<sup>356</sup> Gomard, B, NJM 1984 I s. 294, s. 294.

<sup>357</sup> Lyng Andersen, M - Bo Madsen - Nørgaard, J., *Aftaler og mellemmand*, s. 104.

Under dylika situationer kommer domstolen att betrakta det senast upprättade utkastet som ett avtal i och med att parterna utan att ha upprättat ett senare avtal eller förkastat utkastet påbörjat det tilltänkta samarbetet.<sup>358</sup>

**Jul Lassen** och **Henry Ussing** uttrycker vikten av grundtanken att alla villkor skall vara uppfyllda för att bindande avtal skall anses ha uppkommit.<sup>359</sup> Lassen menar dock på att det måste anses vara ett tydligt tecken på att parterna nått enhällighet om de har enats om de huvudsakliga villkoren. Ussing resonerar i samma linje som Lassen, men ställer krav på att dessa villkor skall vara väl preciserade för att bundenhet skall kunna inträda.<sup>360</sup>

## 5.5 En successivitetsmodell

I denna redogörelse har det förts en löpnade diskussion kring om den svenska avtalsrätten de lege lata tillerkänner en ny avtalsmodell, och huruvida starkt förankrad en sådan modell är mot bakgrund av den gemensamma nordiska avtalsrätten. Avtalsparters tydliga behov av en dylik modell har framförts, men dessvärre har det framkommit att den svenska rättstillämparen är högst otydlig i sina erkännanden av denna. I den senaste delen av denna redogörelse påtalades att det härmed måste ställas krav på en utökad avtalsrättslig reglering som domstolarna kan basera sina avgöranden kring, såsom avtalsrätten är utformad idag är inte tillräcklig. I detta avslutande avsnitt framförs tankar kring hur rättstillämparen skall skifta fokus för att de lege ferenda skapa den rättssäkerhet som den kommersiella handeln är i behov utav. I första hand är det dock lagstiftaren som manas till att se utöver den förlegade avtalslagens ramar, men utan att det för den sakens skull skapas en helt ny avtalsrätt. I kontrast härtill förespråkas härmed att en successivitetsmodell håller sig inom i vart fall ramarna för de nordiska avtalsrättsliga grundstenarna.

### 5.5.1 Tankar de lege ferenda

**Carl Jacob Arnholm** kan konstatera att det, i vart fall enligt norsk rätt, står klart att bundenhet kan uppstå successivt mellan parter under förhandlingsskedet.<sup>361</sup> Utav detta vill Arnholm påstå att det är en nödvändighet att rättssystemet ändrar sitt angreppssätt i denna fråga och inte längre fokusera kring den rättsliga frågeställningen huruvida en dylik bundenhet överhuvud kan uppstå eller vara i enlighet med avtalsrätten. Istället måste domstolen gå vidare i sitt rättsliga resonemang och koncentrera diskussionen kring det egentliga spörsmålet som avser ”hvor

---

<sup>358</sup> Gomard, B, NJM 1984 I s. 294, s. 294.

<sup>359</sup> Nysten Haarala, S, *The Long-Term Contract*, s. 108 – 109.

<sup>360</sup> Ibid. s. 109.

<sup>361</sup> Arnholm, C. J, *Privatrett II*, s. 73-73.

høyt man skal stille kravene til den endelige disposisjon”.<sup>362</sup> Min tolkning av detta uttalande är att Arnholm menar på att den egentliga frågan numera avser *när* denna bundenhet infaller snarare än *om* detta överhuvud kan aktualiseras. Härmed är det således domstolens uppgift att bedöma de förhandlingar som föregår av att parter utväxlar förhandlingsbud sinsemellan, och att ställa upp riktlinjer för hur höga krav som skall ställas på att dessa förhandlingar övergår från att vara enbart antydningar till förpliktelser till att bli de facto bindande mellan dem.

**Kai Krüger** för ett likartat resonemang som Arnholm i modernare norska doktrin. Under rubriken ”reell enighet uten formell aksept av tillbud”, diskuteras kring det faktum att parter kan träda in i bundenhet utan att det egentligen föregåtts av ett anbud och accept i avtalslagens mening. Krüger förklarar att avtalslagens modell för avtalsslutning är den minst förekommande under avtalsförhandlingar, avtalslagen erbjuder istället bara en slags bakgrundsreglering kring hur kontraktsplikter uppstår, menar han.<sup>363</sup> Krüger påstår härmed att de rättsliga problemen kring bundenhet som uppstår i modern tid kräver att domstolarna bortser från avtalslagens modell. Rättsordningen måste vara mer direkt i sin bedömning och beakta ett partsförhållande utifrån frågan om parterna i realiteten har uppnått enighet avseende de väsentliga punkterna i förhandlingen. Om så är fallet menar Krüger att dessa förhållanden skall medföra rättslig bundenhet och därigenom träda istället för de formella reglerna om anbud och accept.<sup>364</sup>

**Jon Hov** uppmärksammar att det finns kritik inom den nordiska doktrinen mot att det skall finnas stöd för att bindande avtal skall kunna uppkomma på förhandlingsstadiet. Han medger även att en sådan regel kan skapa en fälla för en part som i god tro är av uppfattningen att han enbart är i förhandlingsskedet med sin motpart, och sedan blir konfronterad med att det uppstått bundenhet till avtalet.<sup>365</sup> Detta är dock inte ett för Hov troligt scenario eller en nödvändig följd av den rådande praxisen kring ”trinnvis bindning”. För det första, argumenterar han, begränsas en obefogad bindning under förhandlingsstadiet på ett rättsligt plan genom att det i vissa fall krävs godkännande av styrelsen, eller att förhandlingarna skötts av någon som haft behörighet att sluta avtal åt företagets vägnar. Vidare kan parterna på ett enkelt och klagörande sätt omedelbart eller under förhandlingens gång lämna förbehåll om att avtal inte skall anses vara ingånget innan det faktiskt skrivits under. Hov påpekar att det ofta torde vara så att ett dylikt förbehåll om obundenhet är förutsatt mellan parterna under förhandlingarna. I stora projekt då det finns fler olika förhandlingsgrupper som vardera sköter olika viktiga områden som är nödvändiga för att projektet skall kunna genomföras, så som den ekonomiska och den juridiska delen, anser Hov att det måste anses vara självklart att ett sådant förbehåll är underförstått mellan inblandande parter. Ett underförstått förbehåll är dock inte enligt Hovs mening begränsade till

---

<sup>362</sup> Arnholm, C. J, *Privatrett II*, s. 73-73.

<sup>363</sup> Krüger, K, *Norsk kontraktsrett*, s- 43.

<sup>364</sup> Krüger, K, *Norsk kontraktsrett*, s. 44.

<sup>365</sup> Hov, J, *Avtalsslutning og ugyldighet*, s. 115.

de situationer då det rör sig om ovanligt komplexa och omfattande transaktioner eller projekt. Det kan även vara givet att ett avtal inte kommer att ha bindande verkan mellan parter förrän förhandlingarna är helt avslutade och parterna undertecknat samtliga dokument under andra omständigheter.<sup>366</sup>

**Geir Woxholt** vill konstaterat att hans analys av rättspraxis lämnar ett otvivelaktigt svar på det rådande rättsläget avseende frågan om parter binds successivt till avtal. Avseende i vart fall flertalet typer av avtal räcker det härmed att de väsentliga punkterna i ett kontrakt är överenskomna och att förhandlingarna är långtgångna för att bundenhet skall kunna inträda.<sup>367</sup> I relation till de mer komplicerade avtalen, som är omfattande och ofta avser långa samarbetsavtal, är han dock mindre övertygad. De lege ferenda är det mycket tvivelaktigt om det ska räcka med att parterna är överens om de väsentliga avtalsvillkoren, konstaterar han. Ur hans synvinkel finns det visserligen faktorer som talar till fördel för att en dylik bindning skulle kunna uppstå.<sup>368</sup> Woxholt hänvisar till den argumentation som anförts av Grönfors<sup>369</sup>, och för fram argumentet att det skulle vara ohållbart om det fanns möjlighet för en part att träda ur avtalsförhandlingar i sista stund med tanke på omsättning och stabilitet på marknaden, och likasåväl otänkbart att ge ut signaler till aktörerna inom näringslivet att detta är en accepterad möjlighet inom rättsordningen.<sup>370</sup> Woxholt påpekar att ett sådant beteende torde vara affärsetiskt oförsvarbart, i vilket fall då det funnits fog för en part att utgå från att de informellt lämnat förhandlingsstadiet och kommit överens om villkoren.<sup>371</sup> Woxholt verkar dock inte anse att detta är ett tillräckligt starkt argument för att acceptera att en successiv bundenhet skulle infalla mellan parter under dessa förutsättningar. Han är av uppfattningen att parterna har ett lika starkt behov av att känna sig försäkrade av att avtal inte ingås förrän de har slutprodukten framför sig och kan fatta ett slutligt beslut huruvida de är redo att acceptera resultatet av förhandlingarna. Detta är särskilt fallet då det rör sig om den typ av omfattande avtal som här är i fråga och som föregås av komplicerade förhandlingar, menar han.<sup>372</sup> Woxholt utvecklar detta genom att påpeka att de kommersiella aktörerna ofta använder sig av förhandlingstekniker där respektive part ger och tar. Härigenom kan de kompenseras i ett senare skede genom att förhandla till sig medhåll i andra delar av avtalet. Woxholt menar att ett dylikt förfaringssätt inte skulle vara möjligt om bundenhet uppkom innan förhandlingsprocessen avslutats. Under sådana omständigheter skulle den naturliga balansen i avtalsförhållandet rubbas, och parterna skulle inte längre ha möjligheten att efterge villkor då de inte har möjligheten att kompenseras i efterhand. Ytterligare ett argument som Woxholt för fram är att part de facto kan utkräva ersättning till det negativa

---

<sup>366</sup> Hov, J, *Avtaleslutning og ugyldighet*, s. 115.

<sup>367</sup> Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 148.

<sup>368</sup> Ibid.

<sup>369</sup> Se Grönfors, K, *Avtalsgrundande rettsfakta*, s. 76.

<sup>370</sup> Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 148.

<sup>371</sup> Ibid. s. 150.

<sup>372</sup> Ibid. s. 148.

kontraktsintresset om motparten haft illojala intentioner eller i övrigt agerat otillbörligt gentemot sin motpart.<sup>373</sup>

Woxholt viker sig något i sin argumentation och annonserar att hans argumentation är något ensidig. Han klargör att den till stor del bortser från faktum att dessa typer av avtal i regel bistås av advokater som på ett smidigt och professionellt sätt kan göra så att parterna undviker bundenhet under förhandlingsprocessen.<sup>374</sup> Mot bakgrund av detta kan det snarare anses befogat att kunna hävda att parterna kan bli bundna under förhandlingarna om de inte nyttjat dessa juridiska möjligheter, resonerar Woxholt.<sup>375</sup> Härigenom verkar Woxholt således vara av uppfattningen att parter som bistås av advokater normalt torde upprätta förbehållsavtal eller på annat sätt upprätta avtal allt eftersom parterna är överens om de inte önskar bli förpliktade till det slutliga avtalet innan det undertecknats. I praktiken kommer en domstols ställningstagande vara avhängigt omständigheterna i det enskilda fallet, menar Woxholt, och faktorer som branschnormer, partsbruk och kontraktsförhållandets art kommer spela in. Därutöver menar han dock på att det är viktigt att beakta om det är rimligt att utifrån ett affärsmässigt perspektiv utarma om det är såväl möjligt som etiskt korrekt att förbinda parterna vid förpliktelser innan avtal undertecknats i det enskilda fallet.<sup>376</sup> Detta bör särskilt ses mot bakgrund av att det ofta är handelsbruk att de kommersiella aktörerna ofta stegvis låser de avhandlade punkterna när de således anser sig eniga om dessa. Bortsett från den rättsliga bedömningen är de således själva av den uppfattningen att detta skett, och skulle se det som mot god ton att återuppta dessa punkter till förhandling då de är ”avklarande”.<sup>377</sup> För att så göra är det i regel kutym att denne part skall ha förbehållit sig om att kunna göra detta. Sammanfattningsvis är det således fråga om att det uppstår ett slags låsta förhandlingspositioner och en norm om vad som är god ton att ta upp under förhandlingarna. För Woxholt innebär dessa förhandlingsnormer att det vore ytterst motsägelsefullt om inte parterna blivit stegvis låsta under förhandlingarna.<sup>378</sup>

## 5.6 Kommentarer och slutsatser

**Det har tidigare kunnat konstateras** att de nutida avtalsförhandlingarna ger upphov till en svår avgränsningsproblematik kring när det prekontraktuella skedet, rent juridiskt sett, övergår till det kontraktuella skedet. Min åsikt är att den främsta anledningen härtill är att förpliktelser och skyldigheter inte längre uppkommer vid ett givet tillfälle under en förhandlingsprocess, såsom det traditionellt beaktats i avtalslagen. Istället uppkommer förpliktelser och åtaganden under processens gång som ett resultat av parternas agerande och allt djupare samarbete kring ett avtals

---

<sup>373</sup> Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 149.

<sup>374</sup> Ibid.

<sup>375</sup> Ibid. s. 150.

<sup>376</sup> Woxholt, G, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 150.

<sup>377</sup> Ibid.

<sup>378</sup> Ibid.

fullgörande. Jag anser härmed att problematiken kring att avgränsa när parterna övergår till rättslig disposition visar på att det successivt skapas ett allt starkt förtroende för motpartens uttalanden och agerande allt eftersom förhandlingsprocessen fortskrider. Som en följs härav uppkommer på samma sätt allt starkare förväntningar om att de diskussioner som förs skall leda till ett slutligt avtal inom en framtid. Det förtroende och den tillit som uppkommer härav kan uppfattas som affärsetiskt bindande av båda parter och föranleder härmed att en bindande överenskommelse kommit till stånd, även om inte detta klargjorts med ett dokument. Omständigheterna kan dock även ge upphov till att enbart en utav parterna uppfattar situationen som sådan. I vart fall är det tydligt att *det finns en problematik kring de kommersiella avtalslutet som ställer nya krav på den avtalsrättsliga regleringen.*

**Den rådande diskussionen kring** om förhandlingsbud skall ses som bindande enligt svensk och nordisk rätt förefaller mig vara något problematisk. De lege lata utgår argumentationen från avtalslagens anbud-acceptmodell, och huruvida sådana bud kan definieras utifrån dess begreppsapparat. Detta förefaller mig meningslöst. Motiven till avtalslagen är givna; dylika bud skall inte längre kunna förbinda anbudsgivande parten vid sin offert. På samma sätt anser jag att ett i min mening ”rent förhandlingsbud” omöjligen kan ses som ren accept i avtalslagens mening. Anledningen härtill är att ett sådant bud som på ett klart och tydligt sätt markerar att en part vill förhandla om villkoren kring ett anbud vare sig accepterar eller avslår ett anbud; det uppmanar istället till förhandling. Likt en budgivning vid försäljning av bostäder uppkommer ingen bundenhet, utan *det blir upp till den anbudsgivande parten att i sin tur ta ställning till om denne är redo att ingå förhandlingar.* Om denne inte önskar göra detta kan den rikta sitt anbud gentemot annan part. Rättsläget i Norge och Danmark har tagit den motsatta riktningen, och det verkar som om dylika omständigheter istället skulle medföra att den anbudsgivande parten var bunden vid sitt ursprungliga anbud. Jag vill ifrågasättas detta då jag har svårt att se hur en dylik inställning kan motiveras medföra en lämplig rättsutveckling. Utifrån ett partspektiv uppkommer för det första ett märkligt förhållande, vilket Simonsen så klokt påpekat, där en utav parterna hamnar i ett förhandlingsmässigt underläge med en tidlös haltande bundenhet gentemot motparten. Enligt min åsikt är detta enbart att förstärka den annars så hårt kritiserade löftesprincipen som medför en haltande bundenhet för part. Vidare riskerar part att inte få igenom ett avtal överhuvudtaget, eller i övrigt ha möjligheten att söka en bättre samarbetspartner. Därutöver skulle en dylik avtalsmodell vara rättspolitiskt besvärande, parter skulle vara restriktiva till att lämna anbud och det skulle finnas risk för att en part utnyttjade situationen till sitt eget forskansande. Däremot anser jag att *förhandlingsbud är av betydelse såsom en indikerande faktor för bundenhet.* Då de kommersiella avtalsförhandlingarna sällan föregås av att anbud och en ren accept, krävs att förhandlingsbud utgör utgångspunkten för att fastställa om parter ingått avtal. De lege ferenda förespråkar jag därför att avtal skall anses ingåtts då förhandlingsbud successivt resulterat i en konsensus. Min uppfattning är härmed att *de inledande viljeförklaringarna*



*mellan parterna, som enligt avtalslagen skulle benämnas såsom anbud och accept, snarare är förpliktelser att gå in i seriösa förhandlingar kring en eventuell transaktion snarare än ett åtagande att faktiskt ingå den.*

**Den nordiska rättsutvecklingen** kring frågan om betydelsen av ett skriftligt kontrakt skiljer sig åt. Medan den svenska rättstillämparen är oerhört restriktiv till att utdöma att avtal ingåtts utan att ett slutligt dokument upprättats och skrivits under, verkar den danska och norska domstolen vara rörande ense om att "ett kontrakt kan ingås på enhver måte som viser at parterna er kommit til enighet". Den danska domstolen har gjort det klart att de luckor som kan uppstå då ett skriftligt dokument inte upprättats mellan parter kan "botas" med parternas agerande i övrigt. Med andra ord kan parternas handlande under förhandlingar ge en sådan konfirmation över att bindande överenskommelser träffats att en underskrift blir överflödig ur en rättslig aspekt. I doktrin verkar ett typiskt fall av bundenhet anses vara att parter upprättat diverse utkast för att sedan övergå till fullgörelse av avtal, även om något slutligt avtal inte upprättats eller skrivits under.

Den norska och danska tolkning av avtalslagen i denna fråga förefaller logisk, i och med att det inte råder krav på form i avtalslagen torde det onekligen kunna uppkomma bundenhet utan att parter undertecknat ett skriftligt dokument. *Det avgörande borde istället vara att parterna givit befogat intryck av ett en dylik överenskommelse träffats.* Den svenska domstolen verkar basera sin restriktivitet på att det dels uppstår oklarheter kring vad som avtalats mellan parter om det inte upprättats ett dokument, men också att det inte är tillräckligt att parterna enbart ger intryck av, eller i övrigt försäkrar, att avtal har ingåtts. Jag kan dock inte tolka denna inställning som enbart en restriktiv inställning till lagens bestämmelser, utan snarare en felaktig tillämpning av avtalslagen. Det står i vart fall klart att det ges utrymme för en vidare rättstillämpning än den svenska i denna fråga de lege lata.

Huruvida den norska och danska extensivare tolkningen utgör en lämpligare avtalsmodell än den svenska är en fråga som i främsta hand torde föranleda en rättspolitisk avvägning. I en sådan diskussion bör uppmärksammas att det råder en viss tveksamhet inom den norska och danska doktrinen att förklara parter bundna till avtal utan att de upprättat ett skriftligt dokument på det sätt som domstolen gjort. En dominerande uppfattning verkar vara att det skall föreligga en stark presumtion för motsatsen, men att denna kan brytas under rimliga förutsättningar, såsom att parterna avtalat om de väsentliga delarna av avtalet och att partsbruk eller handelbruk i övrigt berättigar en dylik bundenhet. Samtidigt som såväl den danska som den norska doktrinen uttrycker viss tveksamhet kring den nationella rättstillämpningen, förefaller den svenska doktrinen å sin sida förespråka en mer extensiv tillämpning i denna fråga. Härmed uttalar Adlercreutz att bundenhet skall anses uppkommen då en underskrift utifrån parternas perspektiv enbart verkar kvarstå som en formalitet. Sammantaget verkar det således som om det

eftersökes någon slags mellanlösning, eller i vart fall klarare riktlinjer kring att bundenhet fastställs utan att slutligt avtal upprättats.

**En avtalsmodell som bygger på successiv avtalsingåelse** ger uttryck för att det uppkommer förpliktelser och skyldigheter under avtalsförhandlingarnas gång som slutligen är så starka att parterna anses ha ingått avtal. Utmärkande för denna avtalsprocess är således att det uppstår en bundenhet avseende skilda klausuler eller särskilda åtaganden under förhandlingsprocessen, där parterna åtar sig att på olika sätt verka för avtalets slutliga fullgörande och påvisar sin avsikt att genomföra transaktionen. Dessa förpliktelser mellan parterna uppkommer på olika plan och är av olika beskaffenhet. Dels inträder de, såsom Ramberg & Ramberg väl uttrycker det, på ett ”förhandlingspsykologiskt plan”. Här är det framförallt fråga om att parterna de facto börjar utgå från att ett avtal ingåtts, även om parter inte uttryckligen angivit detta eller att de i övrigt friskrivit sig från avtalslagens principer. Härutöver uppkommer dessa förpliktelser genom att förhandlingar anses regleras genom det handelsbruk och den kutym som etablerats på den kommersiella marknaden. Sammanfattningsvis är den successiva avtalsingåelsen en avtalsmodell som bygger på att flertalet faktorer i sin helhet ger intrycket av att avtal ingåtts mellan parterna. *Successivitetens modellen skall därför skiljas från såväl den traditionella anbud-acceptmodellen som principen om culpa in contrahendo.* Successivitetens modellen är för det första allt för komplicerad för att kunna innefattas av den terminologi och utformning som anbud-acceptmodellen representerar. Principen om culpa in contrahendo är vidare otillräcklig i sin omfattning, det är orimligt att en part skall ersättas enligt det negativa kontraktsintresset enbart för att det uppstår en gränsdragningsproblematik till anbud-acceptmodellen. Culpa in contrahendo skall ses som ett sanktionsverktyg under det prekontraktuella skedet, medan successivitetens modellen representerar hur den prekontraktuella fasen kan övergå till ett kontraktuellt partsförhållande.

**Trots att en successivitetens modells rättsliga status** länge diskuterats är det ännu oklart om en sådan medför att en helt ny avtalsmodell tagit form, eller om det faktiskt går att motivera en dylik avtalsingåelse inom begreppsterminologin för den nuvarande avtalslagen. De svenska domstolarna är oerhört restriktiva att uttala att parter inträder i bundenhet successivt, de söker stöd i avtalslagen och diskuterar sällan kring oregrerade avtalsrättsliga principer som grund för en dom. Min uppfattning är att anledningen härtill är att det vore stötande att tala om en dylik modell, då den skiljer sig så markant från den traditionella. Istället ”förklarar” domstolen avtalsmodeller som ställer sig utanför avtalslagens modell i termer av anbud-acceptmodell. Härigenom har den svenska rättsordningen erkänt en successiv avtalsmodell per se, men det talas om en sådan i andra ordalag. Med detta vill dock inte påstås att detta nödvändigtvis är ett resultat av ett medvetet kringgående från rättstillämparens sida. Det främsta problemet här är att domstolarna inte tänker utanför boxen. Det har fastställts att avtal inte anses ingånget förrän ”enighet nåtts just om avtal”, vilket förefaller självklart, men för att detta skall anses ha skett ställs ett formkrav vilket är

en inställning som går så långt att det står i strid mot avtalslagen. Domstolen väljer att luta sig tillbaka mot etablerade principer som visserligen inte har direkt stöd i lag men som har ansetts befogade inom lagens ramar. Härigenom har avtal ansetts ingånget mot bakgrund av konkludent handlande under förhandlingar då väsentliga delar av avtalet överenskommit mellan parter och vidare då parter anses utgått från att avtal ingåtts. Jag avser inte att hävda att konkludent handlande är att likställas med successiv avtalsingåelse per se, men att konkludent handlande är en övergripande faktor kring förpliktelsers uppkomst. *Det är just parter agerande och uttalande, eller passivitet för den delen, som ger upphov till ett sådant förtroende och sådana förväntningar som ligger till grund för att berättiga en växande lojalitet i et partsförhållande.* De laga lata står det därför klart, i min mening, att den svenska domstolen sedan länge gjort det klart att en successiv avtalsmodell är förenlig med avtalsrätten.

**Den svenska doktrinen gör knapphända försök** att motivera successiv avtalsingåelse enligt svensk rätt. Det förefaller som om flertalet avfärdar att en dylik modell kan innefattas i avtalslagen, men att avtal på liknande sätt kan ingås genom punctatio eller konkludent handlande. Inom den svenska doktrinen kan dock noteras en skarp kritik mot den nuvarande avtalsmodellen. Min perception härav är att doktrinen vill belysa den problematik som uppstått då de affärsmässiga normerna inom den kommersiella handelns kommer i konflikt med den nordiska avtalsrätten. De luckor som härmed kan urskiljas, och den gråzon som detta medfört påkallar särskilda förändringar som doktrinen manar rättsordningen till. Det är vidare min uppfattning att kärnan i kritiken vilar i att parter skall kunna komma att bli bundna till avtal och att det utväxlats ett sedvanligt anbud och en accept, utan att det förespråkas en avtalsmodell som istället utgår från om parterna rent objektivt agerat på ett sådant sätt att avtal kan anses ha kommit till stånd. Med andra ord ställs det ett krav på att det, enligt min uppfattning, introduceras *en avtalsmodell som bygger på ett successivt förpliktigande mellan parter som grundas i affärsmässiga normer och tydliga åtaganden under avtalsprocessen.* Trots att detta i min mening anses framkomma tydligt, råder dock en besvärande tendens inom den svenska doktrinen att diskutera kring en dylik modell utan att väga in vad detta egentligen innebär. Det verkar således som om rättvetenskapsmännen inte vågar ta detta steg. Mot bakgrund av detta framstår det som än mer tydligt att det behövs klara riktlinjer i form av en reglering för att möta kommersiella aktörers krav på avtalsrätten.

**Rättsutvecklingen har föga förvånande** tagit en annorlunda riktning inom den danska och den norska avtalsrätten, inom vilka det förefaller mindre problematiskt att lösa konflikten mellan avtalslagen och den praktiska verkligheten. I vart fall inom den norska avtalsrätten finns omfattande refererade rättsfall där domstolen tar ställning till frågan om att en successiv bundenhet, eller ”trinnvis bindning”, kan uppkomma mellan parter. Den norska praxisen är dessutom bred och innefattar fall från då avtalslagen var relativt ny fram till modern tid, och även om de samhällseliga förhållandena radikalt förändrats verkar domstolen ha förhållit sig konsekvent i sin

prövning. Utmärkande härmed är att den norska rättstillämpningen, till skillnaden från den svenska, fäster stor vikt vid att beakta samtliga faktorer i det enskilda fallet. Det görs en rimlighetsbedömning där faktorer såsom förhandlingarnas omfattning, vart på tidsaxeln som parterna befinner sig och parternas agerande i övrigt är av avgörande betydelse. Inställningen till successiv bundenhet är även väl förankrad i doktrin, där det verkar stå klart att en avtalsprocess inte behöver vara avslutad för att avtal skall anses ingånget. Vidare har det klargjorts att den norska domstolen kan beakta förhandlingsprocessen som förpliktande i sig självt, och att detta är en uppfattning som befästs inom hela det norska rättssystemet. *Domstolen anses vidare ha kommit till den insikten att det inte går att identifiera en specifik tidpunkt då avtal ingås, utan att parter kan ha kommit så långt i processen att det anses ha etablerats en bundenhet emellan dem.* På samma sätt uttalas det i dansk doktrin att det numera står klart att det går att tala om en ”trinvis bundethed” inom dansk rätt, och att kommersiella förhandlingar numera anses kunna medföra att parter successivt närmar sig varandra allteftersom de enas kring vad de kommit överens om och vad som återstår att förhandla om. *Inom ramen för den nordiska avtalsrätten går det således att dra slutsatsen att det otvetydigt går att tala om en successivitetsmodell inom ramarna för avtalsrättens grundläggande principer.*

## 6 UNIDROIT Principles

I kontrast till den nordiska avtalslagen är UNIDROIT Principles konstruerad i syfte att återspegla hur kommersiella avtal uppstår i praktiken på den internationella marknaden. De juridiska lösningarna är anpassade efter de omkringliggande förhållanden där rättsfrågorna uppkommer, och avser att kodifiera det handelsbruk som etablerats mellan kommersiella aktörer. Mot bakgrund av detta är det därför av särskilt intresse för syftet med denne uppsats att diskutera kring de hur motsvarande rättsfrågorna lösts i UniP, och om handelsbruket erbjuder en mer lättillgänglig avtalsmodell än den nordiska. Mot bakgrund av att den främsta kritiken mot avtalslagen kretsar kring just dess omodernitet och dåliga anpassning efter utvecklingen, blir det särskilt intressant att de lege ferenda diskutera kring om motsvarande bestämmelser kan ligga till grund för en ny nordisk modell. Mot bakgrund av detta kommer därför denna del att präglas av en genomgående analys av den nordiska avtalsrätten och i vilken mån denna borde och kan förändras och förbättras i enlighet med bestämmelserna i UniP. Inledningsvis skall beaktas vilken betydelse som internationella konventioner har på kommersiella avtal, men också hur de i övrigt påverkar den svenska avtalsrätten. Därefter presenteras grundstenarna bakom UNIDROIT Principles, dess funktion vid de kommersiella avtalen samt möjligheterna att i nuläget lägga principerna till grund för en dom i svensk domstol. Avslutningsvis redogörs och diskuteras kring de bestämmelser som är av särskilt intresse i fråga om förpliktelsers uppkomst och successiv avtalsingåelse.

### 6.1 Internationell avtalsrätt och kommersiella avtal

De kommersiella avtalen har stark anknytning till den internationella handeln och den internationella rättsutvecklingen. Främsta anledningen härtill är att den kommersiella avtalsrätten till stor del härstammar från den internationella handeln, och att rättsutvecklingen på området ständigt influeras och präglas av internationella rättsregler.<sup>379</sup> Detta har vidare förstärkts och kunnat upprätthållas genom att de kommersiella avtalen tillhör ett rättsområde som är förhållandevis okontroversiellt utifrån ett politiskt perspektiv. Härigenom har det inte uppstått konfrontation med nationella regler vid harmoniseringsarbeten och internationalisering av den kommersiella avtalsrätten.<sup>380</sup>

Det finns ett flertal internationella lagverk på avtalsrättens område<sup>381</sup>, varav majoriteten har utformats som ett led i ett harmoniseringsarbete mellan

---

<sup>379</sup> Hultmark, C, JT 1995 s. 655, s. 656.

<sup>380</sup> Ibid.

<sup>381</sup> Exempel här är CISG, PECL, UCC.

staters nationella avtalsrättsliga regleringar. Med UNIDROIT Principles finns det emellertid numera ett modernt regelverk som har utformats oberoende av tidigare nationella regelverk, och som istället tar sin utgångspunkt i *lex mercatoria*. Härigenom har således de praktiska regler som utvecklats inom handeln och som har givit upphov till ett särskilt handelsbruk kommit att kodifieras och därigenom fått ett bestämt innehåll.<sup>382</sup> Sammantaget finns det ingen egentlig motsvarighet till UniP. Hultmark uttrycker detta genom att fastställa att de ”innehåller definitioner av handelsbruk och allmänna avtalsrättsliga principer samtidigt som man återfinner moment av nyskapande rättsregler”.<sup>383</sup> Betydelsen av UniP som regelverk inom den kommersiella handeln bekräftas av att den fått en stor spridning internationellt, och att den legat till grund för ett stort antal avgöranden.<sup>384</sup> Skiljemän tenderar generellt även att tillämpa internationella konventioner framför nationell rätt då dessa anses mer anpassade efter hur dessa typer av avtal ingås och efterlevs.<sup>385</sup> UniP anses dock även vara ett lättillgängligt regelverk för den nationella rättstillämparen i fråga om internationella allmänna avtalsrättsliga principer, och antas komma att beaktas som en mer säker rättskälla i framtiden.<sup>386</sup> Även den svenske rättstillämparen som traditionellt ogillar att lägga oreglerade allmänna rättsprinciper till grund för avgöranden i tvister förutspås kunna godta UniP, då dess principer är kodifierade.

## 6.2 Lex mercatoria

Lex mercatoria är ett samlingsbegrepp för allmänna avtalsrättsliga principer som utvecklats inom den internationella avtalsrätten.<sup>387</sup> I det följande skall uppmärksammas att begreppet lex mercatoria är en relativt komplex företeelse. Frågan uppkommer om det egentligen går att tala om en lex mercatoria som speglar det verkliga handelsbruket mellan kommersiella avtalsparter. För det första är det svårt att förklara vad som egentligen avses med ”allmänna rättsprinciper”.<sup>388</sup> En vanligt förekommande beskrivning är att de utgör en katalog av grundläggande principer som genomsyrar ett rättsområde eller som etablerats genom praxis.<sup>389</sup> Allmänna rättsprinciper kan även vara lagstadgade i regelverk.<sup>390</sup> En ytterligare dimension av dess komplexitet är att det är tveksamt vad som kan sägas innefattas av lex mercatoria så som en rättslig företeelse.<sup>391</sup> Med lex mercatoria uppfattas ofta den självständiga rättskälla som utvecklades under 1200 – talet mellan

<sup>382</sup> Adlercreutz, A, *Avtalsrätt I*, s. 43.

<sup>383</sup> Hultmark, C, JT 1995 s. 655, s. 658.

<sup>384</sup> Ramberg, J – Herre, J, *Internationella köplagen (CISG) En kommentar*, s. 88.

<sup>385</sup> Rosett, A, *UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven*.

<sup>386</sup> Hultmark, C, *International Commercial Contracts*, 1995, s. 663.

<sup>387</sup> Hultmark, C, JT 1995 s. 655, s. 656 – 657.

<sup>388</sup> Ramberg, C - Ramberg, J, *Allmän avtalsrätt*, s. 24.

<sup>389</sup> se exempelvis Ramberg, C - Ramberg, J, *Allmän avtalsrätt*, s. 24.

<sup>390</sup> Ramberg, C - Ramberg, J, *Allmän avtalsrätt*, s. 24.

<sup>391</sup> Hultmark, C, JT 1995 s. 655, s. 657.

handelsmän på den dåtida internationella handelsmarknaden.<sup>392</sup> I nutid är det emellertid tveksamt om begreppet kan användas i denna bemärkelse, och om *lex mercatoria* såsom den ser ut idag är densamma som den var då. Främsta anledningen till detta är de ursprungliga regler fick träda åt sidan under den nationella kodifieringsvågen under slutet av 1800 – talet, varpå *lex mercatoria* mer eller mindre dog ut som rättskälla.<sup>393</sup> Den höga status som *lex mercatoria* har fått på senare anses vara ett resultat av handelskrav på enhetliga regler och förutsägbarhet vid den kommersiella handel, och den anses ha vuxit fram genom de omfattande harmoniseringssträvanden som företagits på senare tid. Härigenom anses den äldre *lex mercatoria* till viss del ha ”återuppstått”, men att den ändrat skepnad genom den nationella kodifieringen och harmoniseringsprocessen. Christina Hultmark fastställer att *lex mercatoria* i första hand numera torde kunna förstås som ”sådana regler som används i internationella avtal och internationella lagar och som bildar ett mönster av överensstämmande ansvarsfördelningar.”<sup>394</sup>

Mot bakgrund av ovan kan det ifrågasättas om UniP verkligen är en kodifikation av de rådande handelsrättsliga normerna som ligger till grund för kommersiella avtalsrelationer idag. Enligt min uppfattning är det emellertid mindre troligt att historiska utvecklingen medfört att *lex mercatoria* ändrats i grunden och helt försvunnit för att nu ersättas med en helt ny katalog av grundläggande rättsprinciper. Istället är det mera rimligt att de levt kvar inom den internationella handeln som handelsnormer och affärsetiska regler. Hultmark har påpekat att ”möjligheterna att påverka beteenden ute i det praktiska affärslivet via juridiska regelverk är ytterst små”.<sup>395</sup> Det vore väl också mindre troligt att handelsmännen ändrade sitt beteende och sitt handelsbruk enkom för att staterna började kodifiera nationella normer. I mitt tycke påvisar också sådana standardiserade normer inom vissa handelsbruk idag en tydlig kvarleva från den äldre *lex mercatoria*.<sup>396</sup> Utöver att handelsnormer torde ha kvarlevt under århundradena, borde det handelsbruk som utövades vid tiden för de nationella kodifieringarna rimligen ha legat till grund för hur de handelsrättsliga reglerna kom att utformas i de västerländska staterna. Dels borde dessa regler ha präglat synen på handelsrätten vid denna tid, men det borde också ha varit mest praktiskt och logiskt att ta tillvara på det regelverk som redan etablerats och godtagits inom handeln. Möjligtvis bekräftas mitt resonemang av att de grundläggande allmänna rättsprinciperna som har kodifierats i UniP har kunnat återknytas till hela den västerländska avtalsrätten och de nationella regelverken.<sup>397</sup>

Trots att begreppet *lex mercatoria* är befattat med en viss komplexitet medför detta inte enligt min mening någon egentlig problematik i sig självt. Det väsentliga torde istället vara att *lex mercatoria* återspeglar de

---

<sup>392</sup> Hultmark, C, JT 1995 s. 655, s. 656.

<sup>393</sup> Ibid. s. 656.

<sup>394</sup> Ibid. s. 657.

<sup>395</sup> Ibid. s. 664.

<sup>396</sup> Här avses särskilt de standardiserade reglerna kring den internationella exporthandeln

<sup>397</sup> Ramberg, C - Ramberg, J, *Allmän avtalsrätt*, s. 24.

handelsnormer som i nutid de facto praktiseras mellan kommersiella aktörer. I mitt resonemang ovan hävdas att lex mercatoria har levt kvar sedan dess tillkomst, även om de har varit mindre framträdande som en självständig rättskälla. Med detta avses inte att normerna som sådana har sitt ursprungliga innehåll, utan snarare att grundläggande handelsrättsliga principer kvarlevt. Att hävda att normerna kvarlevt i sin ursprungliga lydelse skulle vara motsägelsefull. Det faktum att lex mercatoria ändrar skepnad med tiden är en indikation på dess karaktäristika att ständigt kontraheras och utvecklas i enlighet med hur handeln förändras. För att UniP skall fylla sin funktion är det således, enligt min absoluta uppfattning, nödvändigt att de handelsrättsliga normerna ständigt utvidgas och förstås i ljuset av affärlivet.

### 6.3 Syfte med konventionen

Det finns ett flertal syften med upprättandet av UniP. Konventionen har för det första utformats i samarbete med jurister från hela världen under en period av tjugo år.<sup>398</sup> Till skillnad från andra harmoniseringsregelverk har dessa jurister inte kommit i egenskap av representanter för sina respektive länder, utan just för deras expertis såsom akademiskt verksamma och praktiker inom handelsrätten.<sup>399</sup> Härmed har artiklarna i konventionen utarbetats utifrån vad medarbetarna ansetts ha varit den mest lämpliga lösningen på rättsfrågor som kan uppkomma kring kommersiella kontrakt, istället för vad som varit i enlighet med nationell reglering. Det har uttryckts som så att författarna bakom UniP har analyserat en rättsfråga de lege ferenda vid utarbetandet av artiklarna.<sup>400</sup> En annan utmärkande skillnad med hur kodifiering uppstått är att den inte egentligen utformats för att underlätta den internationella handeln som sådan, utan att den snarare avses att tillhandahålla ett regelverk för en redan etablerad företeelse. UniP är sålunda en kodifikation i syfte att spegla handelsbruk snarare än vad som utifrån teoretisk synvinkel kan ses som lämpligast. För det tredje har det inte varit syfte att skapa ett regelverk som enskilda stater skall ratificera, den ursprungliga avsikten har istället varit att det skall finnas en möjlighet för parter att hänvisa till ett neutralt regelverk som är oberoende av lagklausuler med stark nationell prägel.<sup>401</sup> UniP anses härutöver också vara tillämpliga om parterna mer diffust hänvisar till lex mercatoria eller liknande benämning för handelsnormer.

UniP är på många sätt kompletterande eller åtskiljande från andra internationella konventioner. Exempelvis anses Principles vara en kodifiering av tio års erfarenhet av tillämpningen av CISG. På många sätt överlappar därför båda dessa regelverk, men UniP utgör ofta en förbättring av CISG genom att kodifiera oreglerade rättsfrågor i CISG samt lösningar

---

<sup>398</sup> Svernlöv, C, *Internationella avtal*, s. 40.

<sup>399</sup> Hultmark, C JT 1995 s. 655, s. 658.

<sup>400</sup> Ibid.

<sup>401</sup> Ibid.



på de problem som uppstått kring denna. Därutöver har det inte funnits samma behov av diplomatiska kompromisser i UniP som det funnits med CISG.<sup>402</sup>

## 6.4 Tillämpning

I svensk doktrin har det uttryckts som så att det ställs nya krav på juridiken i takt med internationaliseringen. Här avses då framförallt att nationella förfaranden ersätts med internationella beteenden och att det i allt större utsträckning uppstår ett behov av att harmonisera rättsområden. Det övergripande kravet är härmed att de nationella regelverken är anpassade efter att kunna fungera mellan gränsöverskridande aktörer på marknaden.<sup>403</sup> Christina Hultmark påpekar att även rättskälreläran påverkas av utvecklingen inom den internationella handelsrätten. Om en rättslig fråga inte kan besvaras inom ramen för den nationella regleringen kan det, menar hon, finnas lösningar i andra rättsordningar där denna fråga redan uppkommit och lösts.<sup>404</sup>

Hultmark medger att det kan vara vanskligt att direkt tillämpa lex mercatoria som sådan i svensk rätt.<sup>405</sup> Hon vill emellertid klargöra att våra nationella handelsrättsliga regler har sitt ursprung i internationella rättsregler, och att de därmed i viss mening utgår från samma rättskälla. Mot bakgrund av detta anser hon att en svensk domstol inte skall ställa sig tveksam till att tillämpa regler och principer som härstammar från internationella regler och handelsbruk, då de kan anses ge uttryck för avtalsrättsliga principer som är förenliga med nationell rätt.<sup>406</sup> Det skall vidare påpekas att UniP täcker ett område inom avtalsrätten där det saknas såväl reglering som vägledande praxis i svensk rätt.<sup>407</sup> Av särskilt intresse för syftet med denna uppsats, är att UniP innefattar regler kring ansvar i samband med avtalsförhandlingar och parternas ställning i händelse av förändrade förhållanden. Vidare finns det utökade bestämmelser kring frågor om skadestånd och kontraktsbrott. Utifrån detta borde UniP således i min mening utgöra en utmärkt rättskälla när det uppkommer avtalsrättsliga problem som härrör till dessa områden.

Frågan uppkommer om en svensk domstol kan, eller rent utav borde, tillämpa UniP. Överlag verkar detta regelverket utgöra ett utmärkt verktyg för domstolar när det aktualiseras att tillämpa internationellt handelsbruk. Hultmark konstaterar att kodifieringen medfört att det som tidigare främst utgjorts av diffusa och svåridentifierade principer nu finns utformade såsom koncisa och kortfattade regler. UniP anses därutöver särskild lättillgänglig

---

<sup>402</sup> Hultmark, C, JT 1995 s. 655, s. 658 – 659.

<sup>403</sup> Ibid. s. 655.

<sup>404</sup> Ibid.

<sup>405</sup> Ibid. s. 657.

<sup>406</sup> Ibid.

<sup>407</sup> Ibid.

då författarna har utarbetat en kommentar till konventionen.<sup>408</sup> Artiklarna anses emellertid vara så klart uttryckta att det inte är nödvändigt att beakta doktrin. Hultmark påpekar emellertid att kommentaren är av betydelse vid den svenska rättstillämpningen med tanke på den avtalsrättsliga lagstiftningen är begränsad och att det saknas motsvarande bestämmelser i svensk rätt.<sup>409</sup>

Enligt Hultmarks kan det aldrig vara fel av en svensk domare att lägga UniP som grund för avgörande. Anledningen härtill anges vara att de utgör ett hjälpmedel för att nå kunskap om gällande rätt och behöver därför inte åberopas av part för att tillämpas av en domare. Hultmark resonerar vidare och menar att svenska domare inte bara kan, utan faktiskt borde, beakta UniP då det är rimligt att utgå ifrån att de i flertalet fall erbjuder en lämplig lösning på rättsproblem och att det i övrigt är naturligt att beakta handelsrättsliga gemensamma regler.<sup>410</sup> I nuläget finns det dock ingen skyldighet för en domare att beakta UniP i den benämningen att det är ett tjänstefel, fortsätter Hultmark. Det är dock möjligt att det i framtiden kan finnas en sådan skyldighet för en domare att beakta UniP och lägga dessa till grund för sina avgöranden. I en sådan framtid krävs det dock att konventionen har uppnått av att ha utvecklats till handelsbruk.<sup>411</sup>

## 6.5 Prekontraktuella förpliktelser och successiv avtalsingåelse

Bestämmelserna i UniP är egentligen inte på något sätt främmande i sitt innehåll för den nordiske rättstillämparen i den bemärkelsen att de inte skiljer sig från de avtalsrättsliga grundprinciperna. Även om det inte finns motsvarande bestämmelser i avtalslagen, kan likartade tendenser och inställningar utskiljas i avtalsrättsliga frågor inom den nordiska avtalsläran. En väsentlig skillnad mellan de båda regelverken är dock dess omfattning och klarhet avseende avtalsrättsliga spörsmål, varav UniP representerar ett regelverk med koncisa och tydliga bestämmelser och där det utförligt beskrivs hur rättsliga problem skall beaktas och eventuellt tolkas. En följd härav är att tillämpningen av UniP inte medför pedagogiska problem som i sin tur skapar en felaktig tolkning av regleringen, vilket anses vara en problematik vid tillämpning av den nordiska avtalslagen.<sup>412</sup> I det följande skall redogöras för huvuddragen i kärnregleringen avseende avtals ingåelse, lojalitetspliktens betydelse och övriga prekontraktuella förpliktelser som fastställs i UniP och som är av särskilt intresse mot bakgrund av syftet med denna uppsats.

---

<sup>408</sup> Hultmark, C, JT 1995 s. 655, s. 662.

<sup>409</sup> Ibid. s. 663.

<sup>410</sup> Ibid.

<sup>411</sup> Ibid. s. 663, 669.

<sup>412</sup> Ramberg, C – Ramberg, J, *Allmän avtalsrätt*, s. 96.

Till skillnad från inom den nordiska avtalsrätten, har lojalitetsplikten ansetts så viktig att den har blivit reglerad genom en tvingande bestämmelse i UniP:

**Article 1.7**  
(Good Faith and fair dealing)

*(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.*

*(2) The parties may not exclude or limit this duty.*

Principen om god sed och gott handelsbruk utgör en grundläggande utgångspunkt som avser att genomsyra UniP, och går sedermera att utläsa i många utav dess artiklar som direkt eller indirekt tillämplig.<sup>413</sup> Härigenom står det klart att "even in the absence of special provisions in the Principles the parties' behaviour throughout the contract, including the negotiation process, must conform to good faith and fair dealing".<sup>414</sup> Att notera här är att artikeln särskilt markerar att principerna även gäller under förhandlingsprocessen, och att denna således räknas in som en del av avtalsförhållandet. Vidare skall understrykas att principen i artikel 1.7 anses vara av så fundamental natur att parterna inte kan avtala bort om dylika skyldigheter under avtalsförhandlingarna. Detta förhindrar givetvis inte parterna att avtala om att en starkare och mer omfattande lojalitetsplikt mellan parterna.<sup>415</sup> Vad som typiskt sett avses med principen om god sed och gott handelsbruk är att förhindra att parter agerar illojalt och missbrukar sina skyldigheter.<sup>416</sup> I kommentaren ges exempel härpå, där en förhandlingspart plötsligt och utan anledning härtill utan förvarning utträder förhandlingar. Denne vägrar att fortsätta söka en konsensus kring slutligt avtal vilket i sin tur medför att motparten förlorar stora summor pengar som en direkt konsekvens härav.<sup>417</sup> Ett annat exempel som förs fram i kommentaren är att en part A ger sin motpart B en viss acceptfrist men som på grund utav dennes eget fel inte kan tillhandahållas under denna tid. Om A då skulle negligera en accept så snart ett dylikt svar kunnat lämnas är detta att ses som stridigt mot principen om god sed och gott handelsbruk.<sup>418</sup>

Som nämndes inledningsvis saknas en dylik generalklausul, eller rättsprincip om så önskas, i nordisk avtalsrätt i den bemärkelsen att det inte finns uttryckliga lagbestämmelser om lojalitetsplikt och krav på parter att iaktta affärsmässiga normer under en partsrelation. I samband med avtalslagens 90 årsdag deklarerade dock Ole Lando bestämt att såtillvida detta ännu inte med klarhet fastslagits såsom gällande, så är det likväl en gällande rättsprincip inom den nordiska avtalsrätten.<sup>419</sup> Lando förklarar vidare att detta är ett förhållande som alla borde känna till, men då detta ej

---

<sup>413</sup> Bonell, M. J, *The UNIDROIT principles in Practice*, s. 83.

<sup>414</sup> Ibid.

<sup>415</sup> Ibid. s. 86.

<sup>416</sup> Ibid. s. 84.

<sup>417</sup> Ibid.

<sup>418</sup> Ibid. s. 83.

<sup>419</sup> Flodgren, B; Gorton, L; Lindell- Frantz, E; Samuelsson, P, *Avtalslagen 90 år*, s. 26.

verkar vara fallet ställs det krav på en uttrycklig lagbestämmelse härom inom nordisk lagstiftning.<sup>420</sup>

Lojalitetsplikten anses vidare komma till uttryck i UniP artikel 1.8<sup>421</sup> som lyder enligt vad som följer;

**Article 1.8**  
(Inconsistent Behaviour)

*A part cannot act inconsistently with an understanding it has caused the other party to have and upon which that other party reasonably has acted in reliance to its detriment.*

Härmed slås det fast att en part är skyldigt att beakta den uppfattning som denne inger sin motpart, och att det är att ses som illojalt handlande att agera i strid mot dylika åtaganden. Dessa förpliktelser anses kunna uppkomma såväl genom en parts passivitet som genom dennes agerande, men förutsätter att motparten rimligen kan ha uppfattat detta såsom ett faktum att förlita sig på avseende avtalsrelationen. I kommentaren anges att det härmed skall beaktas hur parterna fört sin kommunikation och i övrigt agerat under förhandlingarna samt vilka förväntningar som parterna kan ha tänkas fått utifrån de omkringliggande omständigheterna.<sup>422</sup> En parts befogade förväntningar kan härmed ge upphov till att bindande avtal anses ha uppkommit mellan parterna. Nordisk doktrin uppmuntrar till införlivandet av en motsvarande bestämmelse inom den nordiska avtalsrätten. Det fastställs att passivitet förenat med omständigheterna i övrigt kan föranleda att bundenhet uppkommer i nordisk domstol, men att dessa omständigheter måste kodifieras.<sup>423</sup>

Såsom exempel på när ovanstående artikel kan bli tillämplig förekommer i kommentaren följande situation: Part A har under längre tid förhandlat med part B, där A givit instruktioner att riva en byggnad för att därefter bygga upp en ny. A kommunicerar på sådant sätt att B får fog att anta att förhandlingarna avslutats och att det nu föreligger avtal mellan parterna. Som ett resultat härav påbörjar B sina förhandlingar och river således den gamla byggnaden för att sedan bygga upp en ny utan att part A gör någonting för att stoppar B även om A är väl medveten om vad som sker. Efter en tid hävdar part A att det kvarstår villkor som ännu inte reglerats dem emellan och som måste förhandlas innan de kan sluta avtal. I kommentaren anges att part B under ett dylikt scenario haft fog för sin förväntning att avtal ingåtts och att slutligt avtal härmed kommer anses ha ingåtts mellan parterna.<sup>424</sup>

Med den därpå följande bestämmelsen i artikel 1.9 understrykes, enligt min mening, till viss del betydelsen av att en part skall kunna förlita sig på det

---

<sup>420</sup> Flodgren, B; Gorton, L; Lindell- Frantz, E; Samuelsson, P, *Avtalslagen 90 år*, s. 26.

<sup>421</sup> Bonell, M. J, *The UNIDROIT principles in Practice*, s. 88.

<sup>422</sup> Ibid.

<sup>423</sup> Flodgren, B; Gorton, L; Lindell- Frantz, E; Samuelsson, P, *Avtalslagen 90 år*, s. 21.

<sup>424</sup> Bonell, M. J, *The UNIDROIT principles in Practice*, s. 89.

särskilda beteende eller den relation som utvecklats mellan parterna. Min åsikt är vidare att artikeln betonar att det partsbruk som vuxit fram i en partsrelation väger tungt i en bedömning av vilka rättigheter och skyldigheter som anses gälla mellan parterna.

**Article 1.9**  
(Usages and practices)

- (1) *The parties are bound by any usage to which they have agreed upon and by any practices which they have established between themselves.*
- (2) *The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such a usage would be unreasonable.*

Med denna artikel regleras specifikt den alternativa avtalsmodellen med partsbruk, sedvänja och handelsbruk inom den kommersiella handeln, vilket enligt mitt förmenande torde medföra en större acceptans av en sådan inom domstolen. I kommentaren till denna artikel fastställs att etablerat partsbruk per automatik kommer att gälla mellan parterna i förhandlingar, och att det enbart kan bortses ifrån om parterna uttryckligen har avtalat bort denna.<sup>425</sup>

Utav ovanstående artiklar framkommer att en domstol kan fastställa att en förhandlingspart blivit bunden till särskilda förpliktelsers mot bakgrund av en successiv process, och att detta kan föranleda långtgående ansvar. Det ställs krav på att parterna agerar lojalt under hela avtalsprocessen och att det ställs ett genomgående krav på att parter inte utnyttjar sin motpart eller förleder densamme. Förutom de ovan redogjorda bestämmelserna kommer dessa övervägningar väl till uttryck i följande artikel som mer konkret berör avtalsuppkomst.

**Article 2.1.1**  
(Manner of formation)

*A contract may be concluded either by the acceptance of an offer or by conduct of the parties that is sufficient to show agreement.*

Av avtalslagens bestämmelser framgår att avtal skall ingås enligt den däri förordade anbud-acceptmodellen ”så vitt ej annat följer av anbudet eller svaret eller av handelsbruk eller annan sedvänja”. Utav denna lydelse torde det stå klart att sådant partsbruk som parterna utvecklat skall ligga till grund för domstolens bedömning om en sådan kan påvisas, och att följaktligen andra avtalsmodeller kan komma på fråga. Anledningen till att denna valmöjlighet är så föga etablerad inom den svenska juristvärlden är troligen att anbud-acceptmodellen i sådan hög grad kommit att prägla såväl juristers som domstolarnas syn på slutande av avtal. Detta är emellertid något som kritiserats hårt inom den nordiska doktrinen, och på senare tid har det givits uttryck för att avtalslagen på samma sätt som i UniP (enligt ovan) borde

---

<sup>425</sup> Bonell, M. J, *The UNIDROIT principles in Practice*, s. 92.

tillerkänna att parter agerande under förhandlingar kan ”hela” de luckor som kringgår ett specifikt avtal.<sup>426</sup>

Enligt artikel 2.1.1 i UniP anses möjlighet till att bruka andra modeller än den traditionella framgå tydligare.<sup>427</sup> Den avslutande frasen att avtal kan ingås ”by conduct of the parties that is sufficient to show agreement”, avser särskilt hur kommersiella avtal kring komplicerade transaktioner tenderar att ingås.<sup>428</sup> I en kommentar till UniP anges särskilt omständigheten att kommersiella avtal i praktiken numera sluts efter omfattade förhandlingar där det inte går att identifiera en sekvens där parterna utbyter anbud och accept, och att artikeln ämnar öppna för att kunna fastställa att avtal ingåtts ändå. Under förutsättning att det kan visas att parterna på ett tillräckligt tydligt sätt agerat som om avtal ingåtts, behöver det således inte påvisas en tidpunkt där parternas viljor samstämts. För att fastställa om parterna visat att avtal ingåtts på tillräckligt tydligt sätt hänvisas till artikel 4.1<sup>429</sup>.

#### **Article 4.1**

(Intention of the parties)

- (1) *A contract shall be interpreted according to the common intention of the parties.*
- (2) *If such an intention cannot be established, the contract shall be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to the same circumstances.*

För att fastställa om parterna ingått avtal skall således parternas intentioner beaktas, vilket härigenom anses väga tyngre än en bokstavstolkning av upprättade dokument. Det skall noteras att dylika gemensamma intentioner givetvis blir svårt att fastställa under en tvist. Större praktisk betydelse anses därför bestämmelsen att utgå från vad en aktör i motsvarande situation med samma erfarenhet och språkliga kunskaper ha för bedömning av parternas intentioner.<sup>430</sup> I syfte att fastställa vad en aktör rent objektivt sätt kan tänkas ha uppfattat skall följande omständigheter särskilt beaktas<sup>431</sup>:

#### **Article 4.3**

(Relevant circumstances)

- In applying Articles 4.1 and 4.2, regard shall be had at all the circumstances, including*
- (a) preliminary negotiations between the parties;*
  - (b) practices which the parties have established between themselves;*
  - (c) the conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract;*
  - (d) the nature and purpose of the contract;*

---

<sup>426</sup> Flodgren, B; Gorton, L; Lindell- Frantz, E; Samuelsson, P, *Avtalslagen 90 år*, s. 20.

<sup>427</sup> Ramberg C, – Ramberg, J, *Allmän avtalsrätt*, s. 96 .

<sup>428</sup> Bonell, M. J, *The UNIDROIT principles in Practice*, s. 107.

<sup>429</sup> Ibid.

<sup>430</sup> Ibid. s. 229.

<sup>431</sup> Ibid. s. 230.

(e) the meaning commonly given to the terms and expressions in the trade concerned;  
(f) usages.

I kommentaren till artikel 2.1.1 illustreras med ett exempel när en skiljedomstol troligen skulle anse att parter på ett tillräckligt tydligt sätt visat att avtal ingåtts mot bakgrund av två skiljedomar<sup>432</sup>. Föreliggande omständigheter skulle härmed kunna vara att parterna ingått förhandlingar med inställning att sätta upp ett avtal och påbörjar fullgörelse av detsamma utan att ett anbud och en accept formellt utväxlats men där det enbart kvarstår detaljfrågor att enas kring.<sup>433</sup> Härutöver kan det även vara fråga om att parterna ”gentemot varandra eller utomstående agerat på ett sätt som indikerar att de anser sig bundna vid avtalet.”<sup>434</sup>

## 6.6 Slutsatser och kommentarer

**UNIDROIT Principles utgör en kontrast** till avtalslagen genom sin grund i handelsbruk och normer som etablerats och kontinuerligt formats av kommersiella aktörer och utvecklingen. Medan avtalslagen numera betraktas vara en förlegad och uttänjd reglering på handelsrättens område karakteriseras UniP av en flexibilitet i rättstillämpningen utan att detta medför en rättsosäkerhet vid avtalsingåelse. Den huvudsakliga anledningen och syftet med att utforma UniP kan sägas vara att det fanns ett behov av en sådan reglering. Det förelåg inte något krav utifrån staters harmoniseringssträvanden, eller tankar kring att underlätta handeln. Istället ansågs det finnas ett behov bland kommersiella aktörer att ha ett neutralt och oberoende regelverk som kodifierar de visserligen redan etablerade men ej tidigare kodifierade handelsnormerna. Den kommersiella handeln ställde med andra ord krav på en ökad förutsägbarhet och enhetlighet i tillämpningen av handelsbruket. UniP har härigenom vuxit fram från med stark förankring i affärlivet. Inte desto mindre är det tydligt att det finns en koppling till den nordiska avtalsrätten, om än att denna är mindre affärsmässigt orienterad. Lex mercatoria består trots allt av samma grundläggande principer som en gång fanns i baktankarna vid lagens utformning.

**De prekontraktuella förpliktelse**na och tankarna om en lojalitetsplikt är betydligt starkare förankrad i UniP än inom den nordiska avtalsrätten. I UniP är lojalitetsplikten inte bara reglerad, utan den anses vara en fundamental princip i partsrelationer som är så essentiell att det inte går att avtala bort dess rättsliga verkningar. Vidare betonas att förpliktelsers uppkomst i en partsrelation inte är beroende av att ett slutligt avtal upprättats och skrivits under, utan att är minst lika avgörande vad en part givit sin motpart fog att förlita sig på mot bakgrund av dennes agerande, uttalanden och konkludenta handlande i övrigt. Härigenom uppkommer

<sup>432</sup> Arbitral Award of December 4, 1996; Administrative Determination of August 2, 2005.

<sup>433</sup> Bonell, M. J, *The UNIDROIT principles in Practice*, s. 107.

<sup>434</sup> Ramberg, C - Ramberg, J, *Allmän avtalsrätt*, s. 121.

förpliktelser således genom en successiv process där en förhandlingspart berättigas att kunna förlita sig på de uttalanden och ageranden i övrigt som motparten företar, och särskilt det partsbruk som utvecklats mellan parterna. *Den avtalsrättsliga utgångspunkten vilar med andra ord i ett beaktande av en process snarare än ett identifieringskrav på ett anbud och en accept.*

**Min perception av avtalsingåelse enligt UniP** är att lex mercatoria förespråkar ett tydligt ställningstagande i frågan om parter successivt kan bli bundna av avtal. Det fastställs att det inte är primärt att kunna identifiera ett anbud och en accept, utan att ett avtal ändock kan anses ingånget när det kan visas ett en överenskommelse nåtts. I UniP betonas särskilt vikten av handelsbruk och partsbruk som anses lika rättsligt bindande som ett avtal under en förhandlingsprocess. Om det utifrån detta, eller mot bakgrund av deras agerande i övrigt, rent objektivt kan fastställas att avtal måste anses ingånget skall detta även vara parternas rättsliga status gentemot varandra. Den problematik som detta kan tänkas föranleda, i vart fall inom det svenska rättsväsendet, verkar vidare vara väl avvägd och nedbruten genom utförligt beskrivna tolkningsregler. Härmed kommer det enligt min uppfattning inte uppstå något osäkerhet för parter under avtalsförhandlingar huruvida avtal uppkommit eller ej, och det skapas vidare ett tydligt schema vid en bedömning i domstol om en tvist skulle uppkomma mellan parter vilket verkar vara en avgörande problematik i de svenska domstolarna idag.

**Skiljedomstolar har uttalat** att om parterna ”gentemot varandra eller utomstående agerat på ett sätt som indikerar att de anser sig bundna vid avtalet” skall detta indikera på att avtal ingåtts mellan parterna. Det förefaller mig rimligt att, utifrån en rättspolitisk aspekt, fastställa att detta torde vara det mest korrekta och lämpliga synsättet. *Kommersiella aktörer skall givetvis i regel stå sin egen risk, men inte om de försätts i tron att det inte längre föreligger någon sådan.* Vidare anser jag att det är felaktigt att påstå att det i dessa situationer på något sätt skulle vara katastrofalt att påtvinga part ett avtal. Om en part påbörjat avtal eller i övrigt påbörjat projekt och underverksamheter i syfte att fullfölja ett avtal kan det inte fråga om ett samarbetsproblem om motparten enbart givit sken av att avtal är ingånget. Dylika omständigheter verkar snarare ge för handen att en part agerat illojalt för att på något sätt utnyttja situationen. Givetvis är det en annan sak om en part inte avsett att förleda, då kan det vara rimligare att utdöma skadestånd enligt det positiva kontraktsintresset. I vart fall har den starka förbundenheten givit upphov till att parterna successivt kommit så nära ett avtal att de rör sig inom kontraktssfären, där parterna genom sitt agerande måste anse ha givit fog till att den risk som part ursprungligen burit själv till viss del fallit bort.

**Till skillnad från majoriteten** av rättsområden är den avtalsrättsliga regleringen är inte befattad med politiska intresseavvägningar. Det torde därför inte vara något större problem att ändra vår avtalslag, och inte heller för rättstillämparen att utvidga avtalsrätten med rättsprinciper allt eftersom samhället förändras. Då detta inte skett ligger det nära till hands att dra slutsatsen att det inte finns något intresse av detta, eller en uppfattning om



att det föreligger något sådant behov. UniP utgör ett regelverk som är oberoende av politiskt eller nationellt anknutna värderingar, och är vidare ett modernt och flexibelt regelverk som fått stor spridning och legat till grund för många avgöranden. UniP är vidare, till skillnad från den befintliga svenska regleringen, utförlig och täcker stora luckor som upptäckts inom doktrin avseende avtalsrättsliga frågor och som kommit att lösas på olika sätt inom de nordiska länderna. Sammantaget torde det finnas fog för Hultmarks uttalanden att det inte finns någon egentlig motsvarighet till UniP. Detta innebär givetvis inte att UniP är en lösning på alla svar, min redogörelse utgör ingalunda en god grund för att påstå att så är fallet. Däremot anser jag att det finns en god grund att beakta den reglering i UniP som närmare redogjorts för häri, och att se till de lösningar som redan finns kring förpliktelsers *uppkomst och avtals ingående, och som är anpassade efter ett nutida samhälle. Detta skulle inte innebära att den svenska avtalsrätten på något sätt ändrades i grunden, utan snarare att den omarbetades och uttryckligen erkände den alternativa numera dominerande avtalsmodellen som redan tagit fäste i såväl den nordiska rättstillämpningen som i det praktiska affärslivet.*

## 7 Avslutande kommentarer

**Den kommersiella handeln är numera** ett högst komplext avtalsrättsligt område, och präglas troligen av mer omfattande och etablerade affärsetiska normer än någonsin tidigare, vilket har medfört att avtalen numera regleras på detaljnivå och att förhandlingarna härmed kan pågå under avsevärd tid. Mot bakgrund av att dessa avtal numera ofta avser långsiktiga samarbeten som avser omfattande investeringar och höga risktagningar ställs det höga krav på partlojalitet, och ofta utvecklas ett partsbruk som parterna utgår från vara gällande dem emellan. Denna avtalsmodell skiljer sig dock avsevärt från den traditionella svenska inställningen till avtals ingåelse och förpliktelsers uppkomst, och avtalsparter har ett högst oklart skydd vid en tvist i dess frågor. Den rådande tendensen i övriga nordiska länder är därför att anamma ett nytt angreppssätt till avtalsrätten, och att parter rättigheter förstärks såtillvida att det ställs allt högre krav på att parter är lojala under förhandlingar. I andra europeiska rättsordningar anses det vidare vara en självklarhet att avtalsförhandlingar på ett naturligt sätt kan övergå till att ett bindande avtal uppkommer, där inomobligatoriska skyldigheter träder in om en part skulle missbruka det förtroende som denne förlett sin motpart att utgå ifrån. Den traditionella synen på ett prekontraktuellt och ett kontraktuellt skede såsom klart avgränsade gentemot varandra anses i stort vara förlegad och otidsenlig.

**Även om den svenska domstolen** visserligen ställer sig högst restriktiv till en successivitetsmodell som sådan, är det utan tvekan så att en dylik modell redan tillerkänts rättsverkan. Medan den danska och den norska domstolen emellertid åberopar avtalsrättsliga principer såsom grund för detta i sina rättsliga resonemang, förklarar den svenska domstolen en dylik bundenhet genom att diskutera kring avtalsmodellens terminologi. Härigenom skapas ett problematiskt rättsläge där doktrinen ställer sig kritisk men restriktiv i sina uttalanden, och där de kommersiella aktörerna erbjuds en avtalsmodell som utvidgats till något oigenkännligt. Om den svenska rättsordningen skall förvägra en ändring av avtalslagen trots all den tid som passerat och den utveckling som varit, torde domstolarna i vart fall vara öppna för de alternativa tillämpningar av avtalslagen som utvecklats inom norden som en utvidgad rättskälla. Den gemensamma nordiska avtalslagen utgör en rik rättskälla vid avtalsrättsliga spörsmål, med doktrin och praxis från fler rättsordningar än den svenska. Den svenska domstolen har härigenom en möjlighet att se utanför etablerade tankemönster och beakta rättsfrågor från alternativa perspektiv. Detta borde anammas avseende frågan om prekontraktuella och successivt framväxande förpliktelser under en partsrelation, vars rättstillämpning påvisligen skiljt sig från den övriga norden där det givits utrymme för en nyansering och modernisering. Även om en dylik tillämpning av avtalslagen inte är förenlig med hur den svenska avtalslagen tillämpas idag, finns bevisligen utrymme för detta inom ramen för avtalslagen eller i vart fall de avtalsrättsliga ramarna.

**Den svenska rättsutvecklingen hämmas** av den traditionellt restriktiva inställningen inom domarkåren gentemot att grunda en dom på avtalsrättsliga principer som saknar uttryckligt stöd i lag. Härigenom har det inte varit tillräckligt att avtalslagen enbart hänvisat till möjligheten att beakta sedvänja och handelsbruk, då rättstillämparen envisats med att diskutera nya modeller utifrån den lagfästa avtalsmekanismen. Även om samhället som sådant förändrats och givit upphov till nya mer adekvata avtalsmodeller, har den svenska rättsutvecklingen således stått stilla och inte givit dessa nya modeller rättsligt erkännande. Mot bakgrund härav är det därför nödvändigt med en omställning med ett nytt sätt att betrakta förpliktelsers uppkomst mellan parter, där parter tillit och agerande gentemot varandra ligger i fokus snarare än frågan om i vilken tidpunkt parterna passerat förhandlingsskedet. Härigenom ställs krav på en genomgående förankring av en lojalitetsplikt, såväl i form av en enskild generalklausul som löpande intrigerad däri. Lojalitetskatalog som sådan utgör grunden för den nu dominerande avtalsmodell som bygger på en successiv ingående avtal, där den centrala avtalsrättsliga frågan är om omständigheterna givit upphov till att partera med fog kommit att utgå från att avtal ingåtts. Successivitetsmodellen skapar härigenom möjlighet för domstolen att bedöma i vilken omfattning som en part lidit skada, och i vilken grad som denna borde ersättas. I vissa fall kan det vara rimligt att ersättning utgår enligt det negativa kontraktsintresset, medan andra föranleder inomobligatoriska sanktioner varpå ersättning kan utgå enligt det positiva kontraktsintresset eller, om omständigheterna föranleder detta, ett åläggande att avsluta förhandlingarna och fullgöra avtalet. Härigenom skapas en dynamik och en flexibilitet som är nödvändig för att berättigas såsom en avtalslag som de facto är fungerande och väl förankrad i avtalsparter verklighet.

**UniP är en erkänt väl fungerande och väl förankrad** avtalsrättslig reglering som baseras på det handelsbruk som vuxit fram inom den kommersiella handeln. Denna reglering utgör härmed en direkt kontrast till den nordiska avtalslagen och den svenska tillämpningen därav. Principerna är vidare tydliga i sitt innehåll och sin mening, de är direkta i sin utformning, täcker en mångfald av avtalsrättsliga frågor och innehåller dessutom tolkningsregler. UniP lämnar härmed ett litet utrymme för missförstånd mellan parter, men desto mer utrymme för avtalsparter att utforma förhandlingsprocessen utefter vad som passar dem, utan att det för den sakens skull skapas rättsosäkerhet eller utrymme för otillbörligt utnyttjande eller illojalt agerande. Såsom situationen kommit att bli är det högst eftersträvänsvärt att den svenska rättsordningen anpassar sig till den internationella och den nordiska rättsutvecklingen och hur avtal i praktiken tillkommer mellan kommersiella aktörer. Då detta kan ske utan att de avtalsrättsliga grundstenarna skulle komma att rubbas förefaller det naturligt att lämna frågan om berättigandet av en sådan förändring, och ge utrymme för en diskussion om när detta kan ske.

# Käll- och litteraturförteckning

## Litteratur

- Adlercreutz, Axel      *Avtalsrätt I*, 12 upplagan, Studentlitteratur, Lund 2000
- Adlercreutz, Axel      *Strövtåg i avtalsrätten*, Festskrift till Bertil Bengtsson, Nerenius & Santéus Förlag, Stockholm 1993
- Adlercreutz, Axel      *Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal (om 'letters of intent', principöverenskommelser m. m.)* s. 493, SvJT 1987 s. 493 ff.
- Agell, Anders  
Malmström, Åke      *Civilrätt*, Liber, Malmö 2007
- Arnholt, Carl Jacob      *Lærebok i Privatrett I. Almindelig privatrett*, Johan Grundt, Tanum, Oslo 1964a
- Arnholt, Carl Jacob      *Lærebok i Privatrett II. Avtaler*, Johan Grundt, Tanum, Oslo 1964b
- Bonell, Michael Joachim      *The UNIDROIT Principles in Practice*, 2 upplagan, Transnational Publishers, Inc, Ardsley 2006
- Bryde Andersen, Mads      *Grundlæggende aftaleret*, Gad, København 2002
- Bryde Andersen, Mads      *praktisk aftaleret*, Gjellerup, København 2003
- Bryde Andersen, Mads  
Lookofsky, Joseph      *Lærebok i Obligationsret I*, Thomson GadJura, København 2000
- Calissendorff, Gotthard      *Recension av "Avtalsgrundande rättsfakta"*, JT 1993-94 s. 236 ff.
- Flodgren, Boel  
Gorton, Lars  
Lindell – Frantz, Eva  
Samuelsson, Per (red.)      *Avtalslagen 90 år – Aktuell nordisk rättspraxis*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2005
- Flodgren, Boel  
Gorton, Lars      *Vänbok till Axel Adlercreutz*, Juristförlaget I Lund, Lund 2007

- Nyström Birgitta  
Samuelsson, Per (red.)
- Gomard, Bernhard                    *"Letters of intent" (Hensiktserklæringer)*, NJM 1984 I s. 294 ff. och del II s. 441 ff.
- Grönfors, Kurt                        *Avtalsgrundande rättsfakta*, Nerenius & Santéus Förlag AB, Stockholm 1993
- Grönfors, Kurt                        *Avtalslagen*, 2 upplagan, Norstedts Förlag, Stockholm 1989
- Hagstrøm, Viggo                      *Avtalebundethet ved forhandlinger i kommersielle forhold*, LoR 1995 s. 595 ff.
- Hellner, Jan                            *Avtals- och köprätt under 1900-talet*, SvJT 1984 s. 755 ff.
- Hellner, Jan,                            *Kommersiell avtalsrätt*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2007
- Holm, Anders                          *Den avtalsgrundande lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip*, Avdelningen för Rätt och Rättsfilosofi vid Linköpings Universitet, Linköping 2004
- Hov, Jo                                    *Avtaleret*, Universitetsforlaget, Oslo 1981
- Hov, Jo                                    *Avtaleslutning og ugyldighet*, Papinian, Oslo 1998
- Hultmark, Christina                    *Elektronisk handel och avtalsrätt*, Norstedts juridik, Stockholm 1998
- Hultmark, Christina                    *Internationaliseringen av svensk avtalsrätt – UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, JT 1995-96 s. 665 ff.
- Hultmark, Christina,                    *Upplysningsplikt vid ingående av avtal*, Juristförlaget, Stockholm 1993
- Håstad, Torgny                         *Förhandlingarna på Det 30:e nordiska juristmötet II* (1990 s. 282)
- Hägerström, Axel  
Olivencrona, Karl                      *Rätten och viljan*, Gleerup, Lund 1961
- Johansson, Svante  
Ramberg, Jan                            *Kurt Grönfors in memoriam*, SvJT 2005 s. 1120 ff.

- Karlgren, Hjalmar *33 § avtalslagen, SvJT 1933 s. 219 ff.*
- Karlgren, Hjalmar *Några reflektioner om den privaträttsliga viljeförklaringen i dess egenskap av rättsfaktum, SvJT 1969 s. 199 ff.*
- Kleineman, Jan *Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper, JT 1993-94 s. 433 ff.*
- Kleineman, Jan *Ren förmögenhetsskada, särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart, Juristförlaget, Stockholm 1987*
- Kleineman, Jan *Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, JT 1991-92 s. 125 ff.*
- Krüger, Kai *Norsk kontraktsrett, Alma Mater, Bergen 1989*
- Lehrberg, Bert *Avtalsrättens grundelement, 2 uppl., I.B.A. Institutet för Bank- och Affärsjuridik AB, Warszawa 2006*
- Lundstedt, Vilhelm *Legal Thinking Revised, Almqvist & Wiksell, Stockholm 1956*
- Lynge Andersen, Lennart  
Madsen, Palle Bo  
Nørgaard Jørgen *Aftaler og mellemmand, GadJura, København 1996*
- Lynge Andersen, Lennart  
Nørgaard, Johnny *Aftaleloven med kommentar, 4 upplagan, Jurist og Økonomforbundets Forlag, København 2005*
- Munukka, Jori *Kontraktuell lojalitetsplikt, Jure, Stockholm 2007*
- Nehrman, David *Inledning till svenska jurisprudentiam civilem, Lund 1729*
- Nicander, Hans *Lojalitetsplikt före, efter och under avtalsförhållanden, JT 1996-96 S. 31 ff.*
- Nysten-Haraala, Soili *The Long-Term Contract – Contract Law and Contracting, Finnish Lawyer's Publishing, Helsinki 1998*
- Nyström, Birgitta *Liber Amicorum Reinhold Fahlbeck,*

- Annamaria Westregård, Juristförlaget i Lund, Lund 2005  
Vogel, Hans-Heinrich
- Ramberg, Jan  
Herre, Johnny  
Selvig, Erling *Internationella köplagen (CISG) en kommentar*, 2 upplagan, Norstedts Juridik, Gjøvik 2004  
*Knophs oversikt over Norges Rett*, hefte 12, Universitetsforlaget, Oslo 2004
- Ramberg, Jan  
Hultmark, Christina *Avtalsrätten, en introduktion*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1999
- Ramberg, Jan  
Ramberg, Christina *Allmän avtalsrätt*, 7 upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2007
- Rosett, Arthur, *UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven*, Seminar on International Contracts: the Unidroit Rules for International Contracts in North America, held in Mexico 12-14 November 1996
- Schmidt, Folke *Bör de nordiska avtalslagarna revideras?*, Förhandlingarna vid det tjugofjärde nordiska juristmötet i Stockholm 31 augusti - 2 september 1966 - 1967. – Bilaga 7, s. 182-210
- Simonsen, Lasse *Prekontraktuelt ansvar*, Universitetsforlaget, Oslo 1997
- Sohlberg, Stig *Ingående av avtal – Back to Basics*, JT 1993-94 s. 657 ff.
- Stang, Fredrik *Innledning till Formueretten*, 3 uppl., Aschehoug, Oslo 1935
- Sundberg Weitman Brita *Saklighet och godtycke i rättsskipning och förvaltning*, Norstedts Förlag, Stockholm 1981
- Svensson, Ola *Viljeförklaringen och dess innehåll*, Nerenius & Santéus Förlag, Stockholm 1996
- Svernlöv, Carl (red.) *Internationella avtal – i teori och praktik*, Norstedts Juridik, Stockholm 2003
- Taxell, Lars Erik *Avtalsrätt – bakgrund, sammanfattning, utblick*, Norstedts Juridik, Stockholm 1997

Ussing, Henry	<i>Aftaler paa Formuerettens Omraade</i> , 3 udgave. Gad, København 1950
Ussing, Henry	<i>Dansk Obligationsret. Almindelig Del</i> , 1 udgave, Gad, København 1937
Vahlén, Lennart	<i>Om slutande av avtal</i> , Teori och praxis, Studier i svensk civilrätt, Festskrift till Hjalmar Karlgren, P. A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1964
Woxholt, Geir	<i>Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning</i> , Ad Notam Gyldendal, Oslo 2001

## Offentligt tryck

Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp m.m. (1914)

## Internetadresser

[www.internetjuridik.com](http://www.internetjuridik.com)  
[www.juraportal.dk](http://www.juraportal.dk)  
[www.ne.se](http://www.ne.se)  
[www.saol.se](http://www.saol.se)  
[www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)

## Skiljeavgöranden

AD HOC ARBITRATION, Arbitral Award of December 4, 1996, Rome;

OVERSEAS PRIVATE INVESTMENT CORP. USA, Administrative Determination of August 2, 2005

Skiljedom 16 maj 1988 (Ehrner, G; Grönfors, K; Ramberg, J)



# Rättsfallsförteckning

## Danmark

U 1977.413 H  
U 1989.53 H  
U 1989.435 H  
U 1996.309 H  
U 1994.344 H  
U 2000.1366 H

T 1998.68 ØL

## Norge

Rt. 1914 s. 925	Rt 1981.462
Rt. 1920 s. 786	Rt. 1981 s.1047
Rt. 1925.81	Rt. 1984 s. 28
Rt. 1928.716	Rt 1988 s. 1078
Rt. 1953 s. 581	Rt 1992 .1110
Rt. 1964 s.1260	Rt. 1995 s. 543
Rt. 1965 s. 638	Rt. 1995 s. 1460
Rt 1970 .637	Rt 1996 s. 415
Rt. 1973 s. 1165	Rt. 1996 s. 416
Rt 1978 s. 702	Rt. 1998 s 946
Rt. 1981 s. 595	

## Sverige

NJA II 1915 s. 232	AD 157/1994
NJA 1962 s.276	
NJA 1963 s.105	
NJA 1973 s. 248	
NJA 1977 s. 92	
NJA 1978 s. 147	
NJA 1981 s. 323	
NJA 1981 s.658	
NJA 1990 s. 745	
NJA 1992 s.168	
NJA 1995 s. 437	