



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Ema Endstrasser

Passivitet i svensk rätt

En avtalsrättslig studie

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Niklas Arvidsson

Termin för examen: Period 1 HT2018

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Metod och material	7
1.5 Forskningsläge	9
1.6 Terminologi	11
1.7 Disposition	11
2 PASSIVITET SOM RÄTTSHANDLING	13
2.1 Inledning	13
2.2 Avtalets grundidé och allmänna avtalsrättsliga principer	13
2.3 Konkludent handlande och passivitet	14
2.4 Innebörden av passivitet som rättshandling	14
2.5 Kulans och eftergift	15
2.6 Viljeteorin	17
2.7 Tillitsteorin	18
2.8 Analys	20
3 PASSIVITET OCH AVTALSTOLKNING	23
3.1 Inledning	23
3.2 Passivitet som tolkningsdatum	24
3.3 Allmänt om avtalstolkning i snäv mening	24

3.4	Dolusregeln	26
3.5	Centrala principer för tolkning av passivitet	27
3.5.1	Tillitsprincipen och befogade förväntningar	27
3.5.2	Lojalitetsprincipen	28
3.6	Avtalade passivitetsregler	29
3.7	Analys	31
4	CENTRALA LAGREGLER RÖRANDE PASSIVITET	35
4.1	Inledning	35
4.2	Passivitet vid ingångna avtal	35
4.2.1	Allmänt	35
4.2.2	Preskription	35
4.2.3	Preklusion	36
4.2.4	Reklamation	36
4.3	Passivitet vid avtals ingående	38
4.3.1	Allmänt	38
4.3.2	4 § AvtL	38
4.3.3	6 § AvtL	39
4.3.4	9 § AvtL	41
4.4	Analys	42
5	PASSIVITET VID AVTALSBEKRÄFTELSE	46
5.1	Inledning	46
5.2	21 § HagL	46
5.3	NJA 2006 s. 638	46
5.4	Håstads tillägg till NJA 2006 s. 638	48
5.5	Analys	50
6	OSKRIVNA PASSIVITETSPRINCIPER	52
6.1	Inledning	52
6.2	Verkningar av passivitet	52
6.2.1	Allmänt	52
6.2.2	Tillkomst av plikt och bindning	52
6.2.3	Rättsförlust	53
6.3	Passivitet som självständigt rättsfaktum	54
6.4	Praxis	55
6.4.1	Allmänt	55
6.4.2	NJA 2002 s. 630 (Restaurang Pelé)	55
6.4.2.1	Bakgrund	55

6.4.2.2	Högsta domstolens resonemang	55
6.4.2.3	Bedömningen i fallet	56
6.4.2.4	Analys	56
6.4.3	NJA 2017 s. 203 (Kravmjölken)	57
6.4.3.1	Bakgrund	57
6.4.3.2	Högsta domstolens resonemang	57
6.4.3.3	Bedömningen i fallet	58
6.4.3.4	Analys	58
6.4.4	NJA 2017 s. 1195 (Föreningen Skogssällskapet)	59
6.4.4.1	Bakgrund	59
6.4.4.2	Högsta domstolens resonemang	60
6.4.4.3	Bedömningen i fallet	61
6.4.4.4	Analys	62
6.4.5	NJA 2018 s. 171 (Leksaksaffären i Vimmerby)	63
6.4.5.1	Bakgrund	63
6.4.5.2	Högsta domstolens resonemang	64
6.4.5.3	Bedömningen i fallet	65
6.4.5.4	Analys	66
7	AVSLUTANDE ANMÄRKNINGAR	69
7.1	Inledning	69
7.2	Grunder för avtalsrättslig passivitetsverkan	69
7.3	Rättsutvecklingens betydelse för synen på passivitet i svensk rätt	73
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	75
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	79

Summary

The aim of this thesis is to investigate the grounds on which passivity causes contractual effect in the form of binding agreement or loss of contractual rights, according to Swedish law. The analysis pertains to passivity norms as they are found in the Contracts Act, the Limitations Act and the Commercial Agents Act as well as in the unwritten passivity norms developed in case law. The investigation of passivity as legal act, as dispositive fact, and as interpretation factor, is based on the relevant legal sources such as legislation, precedents, and doctrine.

Passivity effects can be substantive and procedural. The procedural effects imply that the burden of evidence is shifted to the passive part and thus implies presumption impact. The substantive effects impact the contract in terms of binding agreement or loss of rights. The substantive effects are the focus of this study. One chapter is devoted particularly to the passivity effects that imply presumption. This is motivated by the seminal importance of NJA 2006 p. 638 which established a passivity norm in relation to the confirmation of contract, with regard to a special regulation in the Commercial Agents Act.

According to the current law, passivity entails effects based on different grounds. In terms of legal act, passivity follows the general principles of legal act impacts and can result both in binding and in the loss of right, in accordance to the theory of the declaration of intent and the principle of reliance. Passivity as dispositive fact results in effects both when applied as statutory norm and as unwritten norm. The statutory passivity norms that are discussed imply contractual effect in the form of binding. Through the unwritten passivity norms that have been formed in practice, passivity as dispositive fact can lead to the loss of right to sanction but also to the loss of contractual right. With regard to the loss of a right resulting from a change of contract, passivity is typically given the effect of a legal act. However, an independent passivity norm has been formed in NJA 2018 p. 171, that entails a loss of contractual right for past time due to passivity as a dispositive fact.

The loyalty principle appears as a significant in case of assessment of passivity that is not based in statutory regulations. Regarding the assessment of passivity as a legal act the principle of reliance appears as significant instead. The thesis thus concludes that passivity can never be the single decisive factor of legal effects, as its importance is measured against the background of an overall evaluation in each specific case. Such an overall evaluation founded in adequate legal principles and legal norms determines the resulting legal effects of passivity.

Sammanfattning

Uppsatsens syfte är att utreda på vilka grunder passivitet kan leda till avtalsbindning eller förlust av rättigheter inom avtalsförhållanden enligt gällande svensk rätt. Analysen fokuserar både på skrivna regler om passivitet och oskrivna normer som framgår av rättspraxis och doktrin. Passivitet i egenskap av rättshandling, rättsfaktum och avtalstolkningsdatum utreds med stöd av relevanta rättskällor som lagstiftning, praxis och doktrin.

Passivitetsverkningar kan vara materiella eller processuella. De processuella verkningarna innebär vanligen att bevisbördan förskjuts till den passiva parten och medför därigenom presumtionsverkan. De materiella verkningarna grundlägger rättsliga positioner inom avtalsförhållanden, vanligen genom att medföra avtalsbindning eller förlust av rättigheter. Tyngdpunkten i denna studie ligger vid materiella passivitetsverkningar. Därutöver berörs även presumtionsverkan i ett särskilt kapitel. Det motiveras av ett betydelsefullt avgörande i NJA 2006 s. 638 varigenom en allmän passivitetsnorm uppställts i fråga om passivitetsverkan i samband med avtalsbekräftelser, med koppling till en särskild bestämmelse i lagen om handelsagentur.

Enlig gällande rätt kan passivitet medföra rättsverkningar på flera olika grunder. När passivitet utgör en rättshandling följer passivitetsverkan enligt de allmänna principerna om rättshandlingars bindande verkan och kan medföra både avtalsbindning och rättsförlust inom ett tidigare ingånget avtal. Av stor betydelse för denna typ av passivitetsverkan är viljeteorin och tillitsprincipen. Vad gäller passivitet som rättsfaktum finns både skrivna och oskrivna normer. De lagfästa passivitetsbestämmelser som berörs har avtalsbindning som rättsverkan. Genom de oskrivna passivitetsnormer som formats i praxis kan passivitet leda till förlust av rätt till påföljd men också förlust av en avtalsenlig rättighet. För förlust av en rättighet till följd av ändring av ett avtal måste passivitet typiskt sett kunna ges verkan som en rättshandling. I NJA 2018 s. 171 har det emellertid formats en ny självständig passivitetsnorm som medför förlust av en avtalsenlig rättighet för förfluten tid genom passivitet som självständigt rättsfaktum.

Analysen utvisar att lojalitetsprincipen är betydelsefull för passivitetsverkningar, särskilt vid rättsverkningar på oskriven grund. För bedömningen av om passivitet utgör en rättshandling är istället tillitsprincipen styrande. En slutsats i detta hänseende är att passiviteten aldrig ensam kan bli en utslagsgivande faktor för rättsverkningar, utan tillmäts betydelse mot bakgrund av en helhetsbedömning av omständigheter i varje givet fall. En helhetsbedömning grundad på tillämpliga rättsprinciper och rättsnormer avgör vilka rättsverkningar som följer av passivitet.

Förord

Med denna uppsats avslutar jag min tid som juriststudent i Lund. Det har varit fem händelserika och lärorika år som inte skulle varit de samma utan de människor jag fått dela åren och glädjen med.

Jag vill börja med att rikta ett stort tack till min handledare Niklas Arvidsson för de kloka råd och värdefulla synpunkter under arbetets gång.

Tack till Kajsa, Henrik, Grete, Jelena och Otto och alla andra vänner för att ni förgyllt denna tid med många minnesvärda stunder och med de engagemang vi haft tillsammans i studentlivet.

Stort tack till Elias, Henrik och Joakim för er genomläsning av min uppsats. Sist men inte minst vill jag tacka Maja, Jonas och Petter för er stöttning i alla tider.

Lund den 7 januari 2019

Ema Endstrasser

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
DCFR	Draft Common Frame of Reference
HagL	Lag (1991:351) om handelsagentur
HD	Högsta domstolen
JB	Jordabalk (1970:994)
JT	Juridisk Tidskrift
KöpL	Köplag (1990:931)
NJA	Nytt juridiskt arkiv
PICC	Unidroit Principles of International Commercial Contracts
PreskL	Preskriptionslagen (1981:130)
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Inom avtalsrätten är en av de grundläggande frågorna vad som krävs för att ingå eller förändra ett redan ingånget avtal. För att ett avtal mellan två subjekt ska uppstå eller ändras krävs i normalfallet aktivitet hos bägge; att *den som tiger samtycker* gäller som utgångspunkt inte i detta sammanhang.¹ Som huvudregel kan en part inte företa rättshandlingar eller bli bunden av ett avtal genom underlåtenhet att handla (passivitet). Det finns dock flera undantag från denna huvudregel både inom och utom det lagstadgade området. Enligt dessa undantagsregler kan rättsförhållanden under vissa förutsättningar uppkomma eller förändras genom passivitet.²

För att belysa problematiken kan det vara på sin plats med ett exempel. Anta att parterna A och B sluter ett avtal som bland annat innehåller en förpliktelse F för B. Någoting medför emellertid att avtalet tillämpas som om B hade saknat F. B är inte medveten om att avtalet tillämpas felaktigt och A förhåller sig passiv under en längre tid. Efter en tids passivitet gör A gällande att avtalstillämpningen är felaktig och att B begått ett avtalsbrott genom att inte fullgöra F. A kräver därför att B ska ersätta de skador som icke-fullgörelsen orsakat A. Har A rätt till skadestånd eller har hen förlorat rätten att göra sitt anspråk gällande på grund av passivitet?

I svensk lagstiftning finns inga generella normer om passivitet.³ Några författare som gjort försök till att forma allmängiltiga passivitetsregler har stannat för slutsatsen att en sådan uppgift är onåbar, bl.a. med hänsyn till att en allmängiltig passivitetsregel skulle kräva hänsynstagande till en rad undantag vilket skulle leda till att regeln skulle bli urholkad.⁴ Istället förekommer specifika passivitetsbestämmelser i delar av lagstiftningen som beskriver passivitetens roll i konkreta situationer. Under större delen av 1900-talet har passivitet fått en allt större betydelse i avtalsrätten genom praxis, utan att domstolarna direkt kunnat härleda företeelsen till någon lag.⁵ Denna trend har även visat sig fortsätta in på 2000-talet genom ett antal fall där Högsta domstolen (HD) tillskrivit passivitet rättsverkan utan stöd i lag. De icke lagfästa passivitetsverkningarna har således länge utvecklats i praxis genom

¹ Karlgren (1965) s. 8.

² Ibid.; Ramberg och Ramberg (2016) s. 111; Adlercreutz m.fl. (2016) s. 60.

³ Arvidsson och Gorton (2019) s. 100.

⁴ Arnholm (1964) s. 312, 279; Cervin (1972) s. 17 ff. och 21 ff.; Cervin (1960) s. 22 ff.; Karlgren (1965) s. 187; Knoph ställer upp en sk. passivitetsstandard i sin bok *Rettslige standarder* men kallar inte denna för en regel utan enbart en vägledande standard, se Knoph (1939) s. 240.

⁵ Cervin (1960) s. 13.

bedömningar i ljuset av allmänna principer.⁶ I praxis bedöms passiviteten och dess verkan grundat på de omständigheter som ges i målen. Det kan därmed vara svårt för avtalsparter att på förhand förhålla sig till möjliga passivitetsverkningar till följd av ett visst agerande. I det följande ska passivitetens förekomst i avtalsrätten och de aspekter som lyfts för bedömningen av denna utredas. Förhoppningen är att kunna bringa klarhet i frågan under vilka förutsättningar passivitet kan medföra rättsverkningar och vad rättsutvecklingen innebär för passivitet i svensk rätt.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att undersöka hur den i Sverige gällande allmänna avtalsrätten reglerar passivitet. Inom ramen för detta syfte undersöks frågan under vilka omständigheter passivitet kan medföra rättsverkningar för avtalslutande parter. Som närmare utvecklas i det följande kan passivitet medföra avtalsrättsliga verkningar av olika slag i egenskap av rättshandling, rättsfaktum och tolkningsdatum (tolkningsfaktor). Uppsatsen analyserar alla dessa egenskaper. Därutöver undersöks både den skrivna och oskrivna rätten på området. Den oskrivna rätten består av allmänna principer som framförallt har utvecklats genom prejudikat.

De frågeställningar som står i fokus för arbetet är följande:

- På vilka grunder kan passivitet medföra avtalsrättsliga verkningar?
- Vad innebär rättsutvecklingen på senare år för synen på passivitet i svensk rätt?

1.3 Avgränsningar

Arbetet behandlar passivitetsspörsmål inom den allmänna avtalsrätten och begränsar sig även till frågor om passivitet som grund för avtalsbundenhet och som grund för avtalsparts förlust av rättigheter. Dessa frågor ligger i vissa fall nära den speciella avtalsrätten, såsom köprätten och andra rättsområden, vilka kommer att beröras enbart då det särskilt fordras med hänsyn till rättspraxis som även är relevant inom den allmänna avtalsrättsliga diskussionen. I ett tillägg till NJA 2006 s. 638 delar före detta justitierådet Torgny Håstad⁷ upp passivitetsreglerna i två grupper. Den ena utgörs av passivitetsregler såsom bevisbörderegler och den andra består av passivitetsregler såsom civilrättsliga regler. I processuellt hänseende kan passivitet få betydelse i egenskap av ett bevisfaktum eller en presumptionsgrundande omständighet. Processrättsliga regler har även inslag av reglerad passivitetsverkan när det är frågan om

⁶ Karlgren (1965) s. 10 ff.

⁷ Torgny Håstad var justitieråd i HD under åren 1998-2011.

tidsfrister för överklagande av domar.⁸ De processuella verkningarna av passivitet kommer emellertid i huvudsak att lämnas utanför arbetet. Ett undantag består av analysen av NJA 2006 s. 638. I nämnda rättsfall berörs främst passivitet som presumtionsgrundande omständighet men är av intresse även ur ett avtalsrättsligt perspektiv. I Håstads tillägg till domen lyfts tillika betydelsefulla aspekter för frågorna i förevarande arbete.

Avseende klagande eller reklamation, som är en akt för att bryta passivitet, behandlas inte närmre frågan om på vilket sätt och i vilken form sådan ska avläggas, utan endast om den ska avläggas och om det är gjort i tid.

1.4 Metod och material

Uppsatsen baserar sig på allmänt accepterade rättskällor som lagstiftning, förarbeten, praxis och juridisk litteratur (doktrin). Den oskrivna rätten består till stora delar av rättsprinciper med stöd i prejudikat och doktrin. Principerna har i detta fall betydelse både för frågor om när passivitet utgör en rättshandling och när den utgör ett rättsfaktum.⁹ Avseende passivitet som rättsfaktum grundas studien på lagfästa bestämmelser och på prejudikat där passivitet ges verkan utan stöd i lag. Avseende passivitet som rättshandling analyseras främst de principer i kraft av vilka den tillmäts verkan.

Den använda metoden är rättsdogmatisk och består i att tolka, systematisera och analysera gällande rätt i ljuset av relevanta rättskällor. Nils Jareborg beskriver rättsdogmatiken som en rekonstruktion av rättssystemet vilken präglas av systematisering och strukturering.¹⁰ Mot bakgrund av denna beskrivning är en rättsdogmatisk metod väl lämpad för arbetet. Perspektivet som anläggs i samband med metodvalet är avtalsrättsligt och motiveras med hänsyn till syftet för arbetet. Utredningen av rättsläget kommer genomgående att göras i form av en löpande analys. Därigenom skapas sammanhållna resonemang i direkt anslutning till respektive kapitel. Avslutningsvis följer ett kapitel med en sammanställd analys där frågeställningarna besvaras.

AvtL är ett resultat av ett nordiskt samarbete och är den lag som är central för förevarande arbete. 1914 års betänkande till AvtL kommer att beröras för att förtydliga passivitetsbestämmelsernas bakomliggande syften. Även en specifik bestämmelse i HagL kommer att beröras, eftersom den har visat sig relevant för möjligheten till en utvidgad passivitetsprincip så som den diskuterats i praxis och doktrin.¹¹ PreskL berörs också översiktligt för att exemplifiera en lagfäst passivitetsföreskrift. Några bestämmelser i KöpL och JB kommer enbart översiktligt att beröras i de sammanhang där de nämns i praxis.

⁸ Cervin (1960) s. 17; Arvidsson och Gorton (2019) s. 100 f.

⁹ Jämför Westberg (2013) s. 343 avseende rättsprincipers betydelse genom prejudikat.

¹⁰ Jareborg (2004) s. 2, 4. Jämför även Sandgren (2018) s. 48 f.

¹¹ Karlgren (1965) s. 133 ff. Se även Håstads tillägg i NJA 2006 s. 638 f.

Det finns även internationella regelverk på det avtalsrättsliga området. I kraft av lag (1987:822) om internationella köp utgör United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) (CISG) svensk lag och är tillämplig vid vissa köp av lös egendom.¹² Eftersom CISG sorterar under den speciella avtalsrätten kommer den inte att beröras närmare. Några exempel på andra internationella regelverk är UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts (PICC) som gäller för kommersiella avtalsförhållanden och Draft Common Frame of Reference (DCFR), som är en gemensam europeisk referensram för avtalsrätt.¹³ HD har i flera fall hänvisat till DFCR¹⁴, vilket innebär att dess rättskällevärde genom detta kan anses förstärkt, men regelverkens ställning i svensk rätt är omdiskuterad.¹⁵ PICC och DFCR betraktas som *soft-law* vilket innebär att de inte är bindande men kan ändå vinna beaktande så som doktrin. Dessa regelverk lämnas utanför uppsatsens huvudsakliga fokus.¹⁶

Eftersom föremålet för studien är ett rättsområde som inte är fullt reglerat i lagstiftningen, hamnar fokus till stor del på att söka svar med vägledning av rättspraxis. Christina Ramberg framhåller att prejudikat spelar en stor roll i rättsutvecklingen på det förmögenhetsrättsliga området i allmänhet.¹⁷ Även den norska rättsvetaren Maria Vea Lund understryker prejudikatens centrala roll, särskilt för studien av oskrivna passivitetsnormer.¹⁸ Hon anser att en analog tillämpning av lagstadgade passivitetsbestämmelser inte förefaller som särskilt aktuell eftersom dessa regler är mycket snäva till sin ordalydelse och utformade för konkreta situationer.¹⁹ Hjalmar Karlgren bygger däremot sin studie om passivitet vid avtals ingående på givna lagrum och försöker genom analogier utvidga deras tillämpningsområde till situationer utanför de lagstadgade.²⁰ För att uppnå angivet syfte i detta arbete kommer resonemang ur relevanta prejudikat tillsammans med allmänna rättsprinciper att analyseras och systematiseras för att kasta ljus över tillämpningen av oskrivna passivitetsnormer med särskild tonvikt på hur rättsläget formats under 2000-talet. Fokus ligger på de nyare fall där passivitetsspörsmålet och avgörande principer för bedömningen har behandlats mer ingående.

¹² Adlercreutz m.fl (2016) s. 359.

¹³ Stora delar av Principles of European Contract Law (PECL) införlivades i DCFR år 2009, se DCFR s. 30-33 p. 49-53. Se även Herre (2012) s. 933 f.

¹⁴ Se exempelvis NJA 2009 s. 672, där det var fråga om uppsägning av ett återförsäljaravtal, NJA 2010 s. 629 där frågan rörde vare sig ett avtalsvite kunde utgå eller ej och NJA 2011 s. 600 där frågan var om standardvillkor som inte förhandlats individuellt kunde utgöra innehåll i ett enskilt avtal.

¹⁵ Adlercreutz och Gorton (2010) s. 11; Kleineman (2018) s. 33.

¹⁶ Munukka (2016) s. 87; Kleineman (2018) s. 31 f.

¹⁷ Ramberg (2017) s. 775.

¹⁸ Lund (2017) s. 76 ff. Jämför även Cervin (1960), Arnholm (1932), Arnholm (1964), Knoph (1939), Hørby Jensen (2007), Ravnkilde (2002) som alla i stor utsträckning inkluderar praxis i sina studier om passivitet.

¹⁹ Lund (2017) s. 74 ff. Jämför även Cervin (1972) s. 17 där en liknande ståndpunkt framförs.

²⁰ Se Karlgren (1965).

Forskningen på det aktuella rättsområdet är nära sammanlänkad med forskning som gjorts inom norsk och dansk rätt. Undersökningen kommer därför även att omfatta och bearbeta doktrin från dessa länder. Anledningen till detta är att både avtalsrätten och passivitetsspörsmålet under lång tid behandlats gränsöverskridande mellan forskare i Norge Danmark och Sverige.²¹ Detta kan förklaras med att det råder språkliga likheter mellan nyssnämnda länder. Undersökningen av passivitetens ställning i den svenska rätten är däremot den enda som direkt är föremål för arbetet. Det som skrivits på området i Norge och Danmark tas genomgående upp för att underbygga resonemang och ge en så heltäckande bild som möjligt av de argument och teorier som diskuterats på området.

De rättsvetare som var tongivande inom forskningen fram till 1970-talet är svenska Ulf Cervin och Hjalmar Karlgren samt norska Carl Jacob Arnholm och Ragnar Knoph. Denna litteratur har lagt grunden för den nutida forskningen och är till stor del fortfarande relevant. Däremot kommer vissa aspekter hos nyssnämnda författare inte att behandlas *in extenso* när de inte har direkt relevans för frågorna i detta arbete. Den nutida forskning som finns är för svensk rätts del skriven av Niklas Arvidsson, Lars Gorton, Johnny Herre och Erika P. Björkdahl. I ett nordiskt perspektiv märks även de norska och danska rättsvetarna Maria Vea Lund, Camilla Hørby Jensen och Jens Ravnkilde.

Doktrin som behandlar den allmänna avtalsrätten samt avtalstolkning och passivitet i samband med detta, utgör genomgående grunden för arbetet. Verk skrivna av framstående författare så som Axel Adlercreutz, Eva Lindell-Frantz, Christina Ramberg, Jan Ramberg, Lars Gorton, Per Samuelsson, Bert Lehrberg, Joel Samuelsson, Ola Svensson, Lennart Vahlén, Stefan Lindskog, Lars Edlund, Jakob Heidbrink, Jori Munukka och Boel Flodgren har också tagits i beaktande.

1.5 Forskningsläge

Som framgått har passivitetsspörsmålet varit föremål för forskning under lång tid. Medan Karlgren har begränsat sina studier till att undersöka passivitetsverkningar vid avtals ingående, har Arnholm, Knoph och Cervin vidgat sina studier till att omfatta även passivitetsverkningar i redan ingångna avtalsförhållanden.²² Karlgren, Arnholm och Knoph har i sina verk gjort försök till att antingen utvidga de lagstadgade passivitetsföreskrifternas tillämpningsområde eller forma en allmän passivitetsregel eller standard.²³

²¹ Berörda forskare har refererat till varandra och utvärderat varandras argumentation, se exempelvis Cervin (1972) och Karlgren (1933), där Karlgren recenserar Arnholms pionjärbete i ämnet.

²² Se Karlgren (1965) s. 8 not. 2 och Cervin (1960); Arnholm (1932); Knoph (1939).

²³ Se Arnholm (1932) s. 112, som i sitt tidigare verk försöker ställa upp en ”*almindelig rettsgrunnsetning*”; Karlgren diskuterar analogimöjligheter utifrån ett avtal olika

Arnholm har dock i sitt senare verk stannat för slutsatsen att denna uppgift inte är genomförbar.²⁴ Cervin använder en hypotetisk-deduktiv metod i sin bok *Om passivitet inom civilrätten* samt i tillägget till den samma *Passivitetsspörsmålet i senare nordisk praxis och doktrin*.²⁵ Han kritiserar Karlgrens och Arnholms arbetssätt som utgörs av teleologiska metoder och sökande av hur rätten bör vara genom analogier i ljuset av lagtext och dess motiv och praxis.²⁶

Lund studerar passivitetsverkningar som innebär avtalsbindning och passivitet som medför rättighetsförluster. Både Hørby Jensen och Ravnkilde avgränsar sina studier till att endast behandla passivitet som medför rättighetsförluster. P. Björkdahl har skrivit artiklar om passivitet och konkludent handlande i samband med hyresavtal och uppsägning. Herre har i en artikel behandlat rättsverkan av passivitet vid mottagande av avtalsbekräftelser med anledning av NJA 2006 s. 638. Även Edlund berör samma tema i en vänbok till Bertil Södermark. Adlercreutz och Gorton har inom ramen för sina allmänt avtalsrättsliga verk och verk inriktade på avtalstolkning behandlat frågan om passivitet. Även Lindell-Frantz, C. Ramberg och J. Ramberg har berört passivitet i sina allmänt avtalsrättsliga böcker. Flodgren, Svensson och Munukka har särskilt skrivit om de olika rättsprinciper som ligger till grund för passivitetsverkan. Munukka har även författat kommentarer till AvtL. P. Samuelsson och Arvidsson samt Heidbrink har bl.a. skrivit artiklar om slutande av avtal och avtals uppkomst och Lehrberg samt J. Samuelsson har särskilt behandlat avtalstolkning. Lehrberg behandlar passivitet i samband med avtalstolkning och J. Samuelsson studerar främst avtalstolkning i allmänhet. Arvidsson och Gorton har skrivit en artikel om passivitet inom avtalsrätten som ger en taxonomi av olika passivitetsverkningar i en festskrift till Göran Millqvist som kommer ut i januari 2019. Även i denna uppsats utreds vilka grunder som medför passivitetsverkningar. Flera av de rättsfall som analyseras i denna uppsats analyseras även av Arvidsson och Gorton. Skillnaden i denna uppsats består i ett närmare fokus på avtalstolkning och de principer som ligger till grund för passivitetsverkningar samt frågan vad rättsutvecklingen innebär för synen på passivitet.

Utredningen i förevarande arbete ämnar bidra till forskningsläget genom en analys av HD:s senaste avgöranden kring passivitetsrelaterade frågor och därmed tillförsel av en mer aktuell problemundersökning kring passivitetens betydelse i dagens rättssystem.

passivitetsföreskrifter, se Karlgren (1965) s. 187. Knoph ställer i sin studie upp det han kallar för en passivitetsstandard, se Knoph (1939) s. 240.

²⁴ Arnholm (1964) s. 312.

²⁵ Arvidsson och Gorton (2019) s. 98; Jämför Spaak (2018) s. 48, 54 angående rättspositivism.

²⁶ Cervin (1972) s. 16-26.; Arvidsson och Gorton (2019) s. 98.

1.6 Terminologi

Passivitet definieras som underlåtenhet att handla vilket innebär motsatsen till en aktiv handling.²⁷ Med passivitetsverkningar menas de rättsliga verkningar som utgör den juridiska följden av att en part förhåller sig passiv i en viss situation. Dissens är ett begrepp som dyker upp i flera av arbetets delar. Med dissens menas att en avvikande uppfattning föreligger mellan två parter om en och samma situation.²⁸

I det följande kommer den part som förhåller sig passiv omväxlande att kallas för ”den passiva parten” eller ”den passive”. I vissa stycken krävs för benämningen av avtalsparter bruket av begreppen ”anbudstagare” och ”anbudsgivare” eller ”avsändare” och ”mottagare” med hänsyn till sammanhanget som beskrivs. Begreppen ”kontrahent” och ”avtalspart” eller ”part” används i variation för att göra texten mer levande. Samma sak åsyftas med begreppen.

Med tillitsteorin menas i arbetet den teori som ligger till grund för tillitsmodellen som är en modell bland annat för bedömningen av huruvida passivitet i en viss situation utgör en rättshandling. Tillitsprincipen är i sin tur den rättsliga princip som framgår av tillitsmodellen. Begreppen ”befogade förväntningar”, ”befogad uppfattning” eller ”befogad tillit” används som likvärdiga benämningar när det är fråga om bedömningen av om en motparts uppfattning kan anses vara befogad enligt tillitsprincipen, vilket avgör om en rättshandling är gjord eller ej.

Ett begrepp som brukas på olika sätt inom litteraturen är ”reklamation” till följd av att det inte finns någon enhetlig legaldefinition av begreppet. I förevarande arbete är ”klargörandeplikt” en benämning på en plikt för en part att klargöra en situation för motparten i ett avtalsförhållande och meddela motparten om en viss uppfattning kring en situation. Inom denna klargörandeplikt ryms i sin tur reklationsplikten, som mer specifikt innebär en svarsplikt eller en påföljdsreklamation.²⁹

1.7 Disposition

Arbetet är indelat i sju kapitel. I andra kapitlet redogörs det inledningsvis för avtalsinstitutets grundidé och huvudsyfte. Därefter beskrivs skillnaden mellan konkludent handlande och passivitet eftersom begreppen kan tyckas vara snarlika. Vidare redogörs det för passivitet som rättshandling och svårigheter i gränsdragningen mellan så kallad kulans och eftergift. Betydelsefulla

²⁷ Adlercreutz m.fl. (2016) s. 80.

²⁸ Ramberg och Ramberg (2016) s. 144.

²⁹ Jämför Munukka (2007) s. 153 ff., jämför särskilt not 187.

avtalsrättsliga principer och hur passiviteten som rättshandling definieras mot bakgrund av dessa, belyses med underlag av praxis och doktrin.

Arbetets tredje kapitel berör passivitet inom avtalstolkning. Här beskrivs passivitet som tolkningsdatum och allmänna teorier om avtalstolkning. Även i detta kapitel lyfts de principer vid vilka domstolarna fäster vikt vid i tolkningen av passivitet och konkludent handlande. Förekomsten av avtalade klausuler som tar sikte på passivitet och betydelsen av dessa berörs ur tolkningssynpunkt.

I fjärde kapitlet redogörs det för de lagfästa passivitetsbestämmelser som finns i svensk rätt. Både bestämmelser som får verkan vid ingångna avtal och sådana som får verkan vid avtalsslut beskrivs och analyseras mot bakgrund av doktrin och i viss utsträckning förarbeten.

Det femte kapitlet innehåller en redogörelse för passivitet vid avtalsbekräftelser mot bakgrund av 21 § HagL och NJA 2006 s. 638 där passiviteten tillskrivs presumtionsverkan grundad i nyssnämnda lagbestämmelse. Torgny Håstad belyser i ett tillägg till domen även AvtL:ens passivitetsbestämmelser mot omständigheterna i målet, som också beskrivs i kapitlet.

I det sjätte kapitlet beskrivs passivitetsverkningar och möjliga rekvisit för dessa som diskuterats i doktrin. Därefter beskrivs passivitet som självständigt rättsfaktum. Kapitlet innehåller vidare en djupgående analys av fyra rättsfall och hur de format oskrivna passivitetsnormer. De utgör huvudsakligt föremål för analysen av rättsutvecklingens betydelse för passiviteten.

Arbetet avslutas med det sjunde kapitlet där avslutande anmärkningar görs.

2 Passivitet som rättshandling

2.1 Inledning

Enligt motiven till AvtL är en rättshandling en viljeförklaring som syftar till att grunda, förändra eller upphäva ett rättsförhållande.³⁰ Traditionellt sett har rättshandlingar i nordisk rätt ansetts vara just viljeförklaringar som kommer till uttryck genom olika sorters handlingar. Detta synsätt har däremot kritiserats.³¹ I situationer av dissens kring ett avtalsinnehåll mellan två avtalsparter kan inte innehållet bestämmas enbart mot bakgrund av den ena partens vilja. En viktig princip i sammanhanget är *tillitsprincipen*.³² En rättshandling kan exempelvis medföra tillkomsten av ett avtal eller vara ett uttryck för en eftergift. När en avtalspart ger uttryck för en vilja att framkalla en rättsverkan, så som exempelvis att ingå ett avtal eller att förändra ett avtalsinnehåll, och denna vilja uppfattas av motparten, är i regel en rättshandling utförd.³³

2.2 Avtalets grundidé och allmänna avtalsrättsliga principer

Den mest grundläggande funktionen för ett avtal är att binda kontrahenter i ett rättsförhållande i syfte att främja parternas välfärd i vid mening.³⁴ Partsbindningsfunktionen är alltså central och en allmän avtalsrättslig utgångspunkt är att en part inte kan bli bunden av ett avtal utan att det är föranlett av en aktiv handling som yttrar en viljeförklaring och innebär en rättsföljdsvilja.³⁵ Detta ger uttryck för en viljeprincip och syns även i 32 § AvtL där begreppet *viljeförklaring* förekommer. Avtalsbindning består huvudsakligen av tre delar. Den första utgörs av en parts vilja att binda sig, den andra är själva förklaringen av viljan och hur den kommer till uttryck, och den tredje det sätt på vilket en motpart uppfattar partens viljeförklaring, dvs. motpartens tillit.³⁶

Ett huvudsakligt syfte med avtalsbindning är att avtalet ska fungera som ett verktyg för den ekonomiska omsättningen genom att reglera och stadga rättsförhållanden parter emellan.³⁷ Detta gör omsättningen säkrare och mer förutsägbar. Viljeprincipen och tillitsprincipen, som båda är av betydelse vid

³⁰ Förslag (1914) s. 116; Se även Lund (2017) s. 132.

³¹ Svensson (2003) s. 555 f., 559.

³² Arvidsson och Gorton (2019) s. 104.

³³ Adlercreutz m.fl (2016) s. 25; Lund (2017) s. 131.

³⁴ Adlercreutz m.fl. (2016) s. 19.

³⁵ Ibid. s. 60, 27.

³⁶ Ramberg och Ramberg (2016) s. 84.

³⁷ Adlercreutz m.fl. (2016) s. 19.

bedömningen av om en rättshandling är giltig, tillmäts vikt på olika sätt med beaktande av omständigheterna i varje enskilt fall.³⁸

2.3 Konkludent handlande och passivitet

Konkludent handlande liknar passivitet som rättshandling i den mån att sådant handlande kan konstituera en viljeförklaring genom att utgöra antingen ett substitut eller ett komplement till språkliga eller skriftliga yttringar. Båda företeelser innebär alltså icke språkligt uttryckta viljeförklaringar som syftar till att ge upphov till rättsverkningar. Konkludent handlande innebär att en viljeförklaring ges uttryck genom en handling och kan medföra rättsverkningar både vid avtalsslut och när avtal redan är ingånget. Direkta och uttryckliga språkliga yttringar är alltså inte det enda sättet att skapa förbindelser eller ändra ett avtalsinnehåll på; i stället kan en handling så att säga tala för sig själv.³⁹ Konkludent handlande finns inte uttryckligen lagstadgat inom svensk rätt. Till följd av att det inte finns legala formkrav för rättshandlingar på avtalsrättens område har konkludent handlande rättslig betydelse. I svensk rätt kan konkludent handlande således exempelvis medföra att ett avtal sluts, att ett avtalsinnehåll förändras eller att ett avtal helt och hållet upphör.⁴⁰

En konkludent handling utgör i kontrast till passivitet en aktiv handling och går därmed i linje med grundidén kring avtalsbindning.⁴¹ Även om en sådan handling inte innebär ett lika tydligt uttryck för en viljeförklaring som föreligger vid ett språkligt uttryck, görs viljeförklaringen genom en aktiv handling som är lättare att iakttä och tolka än passivitet.⁴² Passivitet innebär en underlåtenhet att handla och uppfyller därmed inte kravet på *aktiv* handling, som enligt huvudregeln krävs för att grunda, upphäva eller förändra rättsförhållanden. Det är emellertid erkänt att både passivitet och konkludent handlande i egenskap av faktiska beteenden kan uppfylla kraven för att räknas som rättsliga viljeförklaringar.⁴³

2.4 Innebörden av passivitet som rättshandling

Rättshandlingar kan företas både formlost genom faktiska beteenden, så som genom konkludent handlande eller passivitet, och genom handlingar. Passivitet som rättshandling kan som tidigare nämnts medföra rättsverkningar som

³⁸ Adlercreutz m.fl. (2016) s. 46 f.

³⁹ Lehrberg (2006) s. 127.

⁴⁰ P. Björkdahl (2016/17) s. 137; Jämför även Förslag (1914) s. 116.

⁴¹ Jämför ovan avsnitt 2.2.

⁴² Hørby Jensen (2007) s. 124 f.; Adlercreutz m.fl. (2016) s. 26, 109.

⁴³ Arvidsson och Gorton (2019) s. 104.

innebär både bindning och rättsförlust, vilket är bekräftat sedan länge.⁴⁴ Detta gäller under förutsättning att några rättsliga formkrav inte föreligger. När så inte är fallet kan passivitet få samma rättsverkningar som en annars uttrycklig aktiv och språklig rättshandling som tydligare ger uttryck för en rättsföljdsvilja.⁴⁵

För att avgöra om passivitet i en viss situation utgör en rättshandling krävs närmare beaktande av situationen i fråga. Enligt den dominerande uppfattningen kan passivitet ses som en rättshandling om den tillsammans med andra faktorer kan tolkas som en viljeförklaring som syftar till att ge upphov till rättsverkningar. Det krävs inte att den passive haft en faktisk vilja att företa rättshandlingen utan det avgörande är hur motparten med fog uppfattat passiviteten.⁴⁶ Av intresse för bedömningen kan även bl.a. vara handlingar som föregår passiviteten.⁴⁷ Det är alltså inte passiviteten isolerad som blir avgörande för frågan om en rättslig viljeförklaring avgetts. Passiviteten i kombination med andra faktorer och hur de påverkas av denna är istället avgörande för bedömningen.⁴⁸

Det förekommer mot bakgrund av det ovan nämnda att passivitet tolkas som en rättshandling som kan medföra rättsförluster, t.ex. en eftergift av rättigheter eller tillkomsten av plikter genom bindning. I regel medför passivitet negativa rättsverkningar för den passiva parten i form av skyldigheter eller rättsförluster med motsvarande rättigheter för motparten. Passivitet som rättshandling medför alltså materiella rättsverkningar genom att förändra rättsliga positioner mellan avtalsparter. Det bör dock påpekas att det inte i alla sammanhang är enkelt att dra gränsen mellan passivitet som en rättshandling och uttryck för en vilja samt passivitet som självständigt rättsfaktum. Däremot utesluter inte passiviteten som rättsfaktum möjligheten att se densamma som en rättshandling – passiviteten kan i en och samma situation innebära både det ena och det andra.⁴⁹

2.5 Kulans och eftergift

Passivitet som rättshandling får enligt Adlercreutz och Gorton rättsverkan endast om starka skäl föreligger.⁵⁰ Passiviteten som rättshandling kan medföra eftergifter eller ändringar av ett avtal för framtiden men kan också vara

⁴⁴ Se exempelvis Arvidsson och Gorton (2019) s. 104; Lund (2017) s. 132; Arnholm (1932) s. 11; Cervin (1960) s. 173, 176.

⁴⁵ Adlercreutz m.fl. (2016) s. 26.

⁴⁶ Ibid.; Svensson (2003) s. 559. Jämför nedan avsnitt 2.7.

⁴⁷ P. Björkdahl (2013/14) s. 242 f.

⁴⁸ Arvidsson och Gorton (2019) s. 104.

⁴⁹ P. Björkdahl (2013/14) s. 241 f.; Arvidsson och Gorton (2019) s. 101 och 104 f. Avtalsstolkning berörs närmare under kapitel 3 och passivitet som rättsfaktum behandlas närmare under kapitel 6. Svårigheter kring gränsdragningen mellan passiviteten som rättshandling och rättsfaktum framgår ur NJA 2018 s.171. Rättsfallet analyseras ingående nedan under avsnitt 6.4.5.

⁵⁰ Adlercreutz och Gorton (2010) s. 102.

begränsad till att medföra rättsförlust för förfluten tid.⁵¹ Enligt det senare påverkas avtalsinnehållet endast under tiden som passiviteten förelegat. Det är inte ovanligt att passivitet som rättshandling tolkas som att den passive efterger en rättighet enligt ett avtal.⁵² I de fallen uppstår en svår gränsdragning mellan eftergift och kulans. Kulans innebär generösa avtalstillämpningar som medför diskrepans mellan ett avtals innebörd och dess tillämpning. En tillämpning grundad på kulans ska som huvudregel inte medföra ändringar i rättsförhållanden. En generös avtalstillämpning grundad på kulans kan däremot med fog uppfattas som en eftergift av motparten och medföra passivitetsverkningar i form av ändring av avtalet till motpartens fördel. Om parten är passiv och tillämpar avtalet generöst under en lägre tid kan det alltså ses som en eftergift. Som huvudregel krävs att den passive är medveten eller borde förstå den avvikande avtalstillämpningen. Ifall rättstillämpningen skulle tillåta att generösa avtalstillämpningar i stor utsträckning medför ändringar i rättsförhållanden skulle enligt Adlercreutz och Gorton kulans motverkas.⁵³ Det kan i ett tvåpartsförhållande vara naturligt att kulans uppstår utefter parternas ageranden eller underlåtenhet att agera, vilket enligt P. Björkdahl inte alltid motiverar rättsverkningar till följd av passivitet. Att en part undviker att tillämpa ett avtal generöst, med beaktande av de risker som finns för oönskad eftergift, skulle vara negativt för motparten eftersom denne gynnas av partens generösa avtalstillämpning.⁵⁴

Bedömningen av om passivitet innebär en eftergift eller kulans görs dels på grundval av den passiva partens insikt om den generösa avtalstillämpningen och dels på grundval av motpartens fog att uppfatta passiviteten som en eftergift. Som utgångspunkt ska en mottagare av den generösa tillämpningen missta sig om de faktiska förhållandena och tro att parten ger uttryck för permanent eftergift utan att några bekräftelser mellan parterna görs för att eftergift ska kunna bli följden.⁵⁵ P. Björkdahl menar att det finns ett subjektivt insiktsrekvisit likt det som förekommer i AvtL för den passive parten för att passivitetsverkningar ska ske.⁵⁶ P. Björkdahl framhåller, särskilt i fråga om hyresförhållanden, att om en part av misstag, glömska eller slarv omedvetet underlåter att utnyttja sin avtalsenliga rättighet innebär att insiktskravet inte är uppfyllt och att parten därmed borde vara mer skyddsvärd än mottagaren av förmånen. Passivitetsverkan skulle i det fallet enbart vara motiverad när passiviteten är medveten, eftersom parten i annat fall inte kan *inse* att motparten uppfattar passiviteten som en handling vilken medför avtalsändring. Det är även

⁵¹ Jämför NJA 1939 s. 579, där domstolen fann att underlåtenhet att göra gällande avtalsrättigheter när de förfaller anses som ett avstående från rätten för förfluten tid. Se även 1965 s. 427 där domstolen förde samma resonemang i fråga om rätt till ersättning som ansågs ha eftergetts för förfluten tid till följd av underlåtenhet att framställa anspråk.

⁵² Arvidsson och Gorton (2019) s. 105; Karlgren (1965) s. 11 ff.

⁵³ Adlercreutz och Gorton (2010) s. 101 f.

⁵⁴ P. Björkdahl (2013/14) s. 254.

⁵⁵ Ibid. s. 254 f.

⁵⁶ Ibid. s. 248 f.

svårt att hävda en rättighetsförlust för framtiden om parten saknar medvetenhet och därmed rättshandlingsvilja för att ändra ett rättsförhållande.⁵⁷

Synnerligen i hyresförhållanden ska det enligt P. Björkdahl finnas särskilda skäl som talar för motpartens befogade uppfattning om att en generös tillämpning är bindande, eftersom den kan leda till stora inkomstförluster för den passiva parten.⁵⁸ I NJA 2018 s. 171 yttrade HD att passivitet i regel måste kunna ges verkan som en rättslig viljeförklaring för att ändra innehållet i ett avtal och att det som huvudregel krävs medvetenhet hos den passiva parten att avtalet tillämpats på ett avvikande sätt. Däremot framgår ur HD:s resonemang att enbart *motpartens* medvetenhet om att avvikande tillämpning skett kan räcka för att den passiva parten ska anses ha företagit en rättshandling i form av en permanent eftergift. Men eftersom både part och motpart i nyss nämnda fall inte var medveten om att avvikande avtalstillämning skett, kunde däremot passiviteten inte betraktas som en rättshandling.⁵⁹ När den passive är omedveten om en avvikande avtalstillämpning blir det nödvändigt att bedöma passiviteten mot bakgrund av motpartens uppfattning. Är den passive medveten kan parten i och med det anses företa en rättslig viljeförklaring som leder till rättsverkningar.⁶⁰ Som det kommer att redogöras för under kapitel tre nedan förekommer ibland särskilda klausuler i avtal som syftar till att minska risken för att en domstol tolkar passivitet som en rättshandling i form av en tyst eftergift.⁶¹

2.6 Viljeteorin

Viljeteorin har gammal hävd i nordisk rätt och innebär att en parts vilja utgör den rättsskapande faktorn. Som motvikt till denna infördes genom 32 § AvtL tillitsteorin som ger motpartens tillit en lika stark ställning som avgivarens vilja.⁶² Det har förts diskussioner avseende uppfattningen om att rättshandlingar alltid utgör just viljeförklaringar. Viljeteorin vid bedömningen av rättshandlingar är härvid omstridd.⁶³ Eftersom tillitsteorin har en stark ställning i nordisk rätt, har vissa författare framfört kritik mot viljeteorin som en giltig teori.

Ravnkilde menar att viljeteorin står i strid mot tillitsteorin eftersom en rättshandlings giltighet inte bedöms utifrån en parts faktiska vilja utan utifrån motpartens befogade uppfattning. Han framställer en alternativ teori som han

⁵⁷ Ibid. s. 254 f.

⁵⁸ Ibid. s. 255.

⁵⁹ NJA 2018 s. 171 p. 11 och 22. En mer ingående beskrivning och analys av rättsfallet följer nedan under avsnitt 6.4.5.

⁶⁰ P. Björkdahl (2013/14) s. 253.

⁶¹ Adlercreutz och Gorton (2010) s. 105. Jämför nedan avsnitt 3.6.

⁶² Adlercreutz m.fl. (2016) s. 46. En närmare beskrivning av tillitsteorin följer nedan under avsnitt 2.7.

⁶³ Svensson (2003) s. 555 f.; Adlercreutz m.fl. (2016) s. 25; Ravnkilde (2000) s. 992.

kallar förväntningsteorin som grund för rättshandlingars giltighet eftersom en viljeförklaring varken är en nödvändig eller tillräcklig förutsättning för ett avgivande av ett löfte.⁶⁴ Även Kurt Grönfors framför kritik mot viljeteorin och riktar fokus på själva förklaringen så som den uppfattas objektivt vid bedömningen om en rättshandling är gjord, istället för en parts viljeuttryck.⁶⁵ Denna diskussion visar på de spänningar som råder mellan viljeteorin och tillitsteorin. I själva verket kan det ifrågasättas på vilket sätt förväntnings- och förklaringsteorierna egentligen skiljer sig från tillitsteorin vid en objektiv bedömning. De förstnämnda teorierna verkar dessutom inte ha något stöd i praxis och ifrågasätts av andra författare.⁶⁶

Svensson menar att det ligger i viljeteorins innebörd att en part genom att företa en rättshandling enbart ska se till att motparten haft fog för att anta en rättsföljdsvilja. Tillitsteorin utgör då del i viljeteorin. Enligt honom ska med detta sagt viljeförklaringen ytterst vara separerad från vilken rättsföljd en avgivare *faktiskt* velat uppnå och vad mottagaren *faktiskt* uppfattat avgivarens vilja.⁶⁷ När det uppstår situationer i vilka en avgivares vilja skiljer sig från vad motparten har fog att uppfatta, gäller det att objektivt bedöma hur avgivarens vilja manifesterats gentemot motpartens uppfattning och tillit för att avgöra vilken av de två uppfattningarna som ska vinna företräde. Svensson menar emellertid till skillnad från Ravnkilde att avgivarens vilja inte lämnas helt utan beaktande enligt den rådande teorin.⁶⁸ Även Arvidsson och P. Samuelsson förespråkar i detta avseende tillitsteorin som tar hänsyn till subjektiva uppfattningar eftersom en tillämpning av förklaringsteorin med strikt objektiva bedömningar skulle kunna medföra bindning gentemot en ondtröende part. Det finns inget hinder mot att en subjektiv insikt hos en ondtröende part skulle kunna bevisas men denna är inte rättsligt relevant enligt förklaringsteorin om den genom en objektiv bedömning inte anses föreligga.⁶⁹

2.7 Tillitsteorin

Tillitsteorin är en reaktion på viljeteorin och har främst utvecklats av den danske rättsvetenskapsmannen Julius Lassen.⁷⁰ Denna statuerar som redan nämnts ett undantag från huvudregeln som ställer krav på en parts rättshandlingstilja för att avtal ska slutas. Lehrberg talar om en tillitsmodell som grundar sig i tillitsteorin och utgör ett rättshandlingsrekvisit. Avtalslut sker enligt denna modell grundat på mottagarens befogade tillit till att avgivaren utgett en viljeförklaring med ett visst innehåll. För de fall då en mottagare med

⁶⁴ Ravnkilde (2002) s. 159; Ravnkilde (2000) s. 1013.

⁶⁵ Lehrberg (1996) s. 462.

⁶⁶ Ibid. s. 466; Arvidsson och Samuelsson (2007) s. 24 f.

⁶⁷ Svensson (2003) s. 559 ff.

⁶⁸ Ibid. s. 563 f., 575 f.

⁶⁹ Arvidsson och Samuelsson (2007) s. 24 f.

⁷⁰ Adlercreutz m.fl. (2016) s. 46.

fog kan uppfatta avgivarens avsiktliga handling som en riktad viljeförklaring, saknar det betydelse att avgivaren *faktiskt* inte haft någon vilja att binda sig. Viljeförklaringen anses föreligga baserat på en godtroende motparts befogade uppfattning och partens uppfattning anses befogad när parten inte inser eller borde inse att tolkningen inte överensstämde med den förklaringsavgivande partens avsikt.⁷¹ Motparten måste alltså anses ha fog för sin uppfattning och vara i god tro.⁷² Syftet med tillitsmodellen är att öppna upp för en möjlighet att bryta viljeprincipen för att skydda en godtroende motparts intresse att kunna förlita sig på olika rättshandlingar. Detta skydd för en befogad tillit kallas tillitsprincipen.⁷³ Enligt Ravnkilde kan en parts passivitet ses som ett underförstått löfte om icke-bruk som motparten ska kunna förlita sig på.⁷⁴ Med tillitsprincipen slipper en motpart ständigt misstänka att rättshandlingar möjligtvis är gjorda av misstag. Tillitsteorin och intresset att skydda godtroende parter har blivit allt mer etablerad i nordisk rätt och framkommer även till stor del inom tolkningsläror.⁷⁵

I ett nyligen avgjort fall i HD belyses tillitsprincipens roll. I HD:s dom den 11 oktober 2018 i mål nr T 5152-17 (*Den ej återuppväckta fordran*) uppkom frågan om en preskriberad fordran kunde återuppväckas med hänsyn till en parts befogade tillit. Käranden (TM) förpliktades betala en summa till motparten (PRA) enligt Kronofogdens beslut om utmätning till följd av preskriptionsavbrott. Under verkställigheten hade TM invänt att fordran var preskriberad och därför inte skulle betalas men under tiden som tvisten pågick i underinstanserna hade dock utmätning av beloppet skett och besluten om utbetalning vunnit laga kraft. TM yrkade i HD om att få rätt till återbetalning av den utmäta summan. Hovrätten fann att fordran var preskriberad men att ingen rätt till återbetalning förelåg.

HD uttalar att ett preskriptionsavbrytande erkännande enligt 5 § 1 p. PreskL avgörs på grundval av allmänna principer för tolkning av rättshandlingar. Domstolen tar då upp befogad tillit som en princip av betydelse. Vid bedömningen av om en preskriberad fordran kan återuppväckas är utgångspunkten att en gäldenär inte har intresse av att betala. Till följd av detta ställs höga krav på vad som kan anses skapa befogad tillit hos en borgenär om att gäldenären har önskat erkänna en fordran trots att preskriptionsfristen löpt

⁷¹ Heidbrink (2007) s. 687.

⁷² Lehrberg (2006) s. 88; Arvidsson och Samuelsson (2007) s. 24. I NJA 2005 s. 142 belyses frågan om befogad tillit till att en betalning är definitiv. Domstolen kom fram till att betalningsmottagaren inte hade befogad tillit till att tro att en misstagsbetalning var definitiv mot bakgrund av att parten kunde överblicka betalningens korrekthet och därmed borde insett att den var erlagd av misstag. Parten ansågs ha en försvagad befogad tillit och var därmed i ond tro. Jämför även Lehrberg (2016) s. 62 f.

⁷³ Lehrberg (2006) s. 60, 244.

⁷⁴ Ravnkilde (2002) s. 59 f.

⁷⁵ Adlercreutz m.fl (2016) s. 46; Lehrberg (2006) s. 235; Flodgren (2018) s. 403. Se närmre om passivitet inom avtalstolkning under avsnitt 3.

ut.⁷⁶ Som huvudregel påpekas att en betald preskriberad fordran inte kan återkrävas eftersom betalningen skapar befogad tillit hos borgenären om att gäldenären erkänner fordran.⁷⁷ Däremot framhålls att det inte finns grund för befogad tillit för att en fordran erkänns när en gäldenär betalar i protest eller invänder mot betalningen i övrigt. Om en gäldenär betalar en fordran och samtidigt visar protest eller gör en villkorad betalning kan detta alltså inte ses som ett preskriptionsavbrytande erkännande.⁷⁸ I detta fall genomförde gäldenären betalning på grund av ett exekutivt förfarande och därmed kunde betalningen på denna grund inte anses grunda en befogad tillit om erkännande av fordran hos borgenären, trots att preskription inträtt under betalning. HD dömde att fordran inte ansågs återuppväckt genom den verkställda utmätningen och därmed fick TM rätt att återkräva den erlagda betalningen.⁷⁹

2.8 Analys

Prejudikatet *Den ej återuppväckta fordran* bekräftar tillitsprincipens starka ställning som allmän princip i svensk rätt. Utgångspunkten för bedömningen i domen är inte primärt frågan om gäldenären uttryckt en vilja i form av ett erkännande av fordran utan om borgenären kan anses ha haft en befogad tillit till att gäldenären utfört en rättshandling. Avvägningar av vilka faktorer som objektivt sett kan anses skapa befogad tillit hos en motpart diskuteras. Just i detta fall kan det även verka som att HD emellertid bedömer omständigheterna med beaktande av viljeprincipen. Detta kan tyckas vara till följd av att gäldenären enligt omständigheterna i målet inte gett ett tydligt uttryck för sin vilja att betala den preskriberade fordran dels genom att betalning skedde genom exekutivt förfarande och dels genom att protest framfördes vid betalningen.⁸⁰ Borgenären som motpart kunde därmed inte anses ha fog för att ha uppfattat någon vilja vid gäldenärens betalning och ansågs inte heller ha ett skyddsvärt intresse grundat i god tro. HD:s avgörande i detta fall ligger tydligt i linje med den rådande uppfattningen i svensk rätt om vilje- och tillitsteorins ställning och i målet framgår resonemang och avvägningar som görs med utgångspunkt i tillitsprincipen. HD:s argumentation visar på ett beaktande av gäldenärens uttryckta vilja, fastän den utgår från frågan om befogad tillit, genom diskussionen kring hur borgenären kan ha uppfattat gäldenärens betalning. Gäldenärens vilja som rekvisit spelar ytterst inte någon roll i bedömningen men som framgår ur avsnitt 2.6 ovan hänger gäldenärens förklaring samman med vad motparten har fog att uppfatta. Gäldenärens handling ansågs i förevarande fall inte tyda på någon betalningsvilja och kunde därmed inte ge motparten fog att uppfatta handlingen som en sådan vilja.

⁷⁶ HD:s dom den 11 oktober 2018 i mål nr T 5152-17 p. 10.

⁷⁷ Ibid. p. 12.

⁷⁸ Ibid. p. 7.

⁷⁹ Ibid. p. 13-16.

⁸⁰ Gäldenären invände att fordran var preskriberad.

HD jämför situationen när betalning sker genom ett exekutivt förfarande med situationen när betalning sker under protest eller med ett villkor. En utmätning innebär ju till sin natur att en betalning framtvingas genom ett beslut vilket föranleds av att gäldenären i ett tidigare skede inte varit villig att betala, alltså protesterat. I annat fall hade betalningen genomförts frivilligt i ett tidigare skede och utmätning hade inte blivit aktuellt. Detta rättsfall tyder på att en betalning som sker genom utmätning räcker som omständighet för att borgenären inte med fog kan uppfatta betalningen som en vilja eller ett erkännande. På motsvarande vis räcker protest eller villkor vid betalning ensamt för att borgenären inte kan ha befogad tillit. Genom detta resonemang ställs höga krav på en borgenärs befogade tillit vilket i min mening förefaller lämpligt.⁸¹ Underlåtenhet att protestera mot en betalning i samband med att den erlaggs genom ett exekutivt förfarande kan alltså inte ses som ett erkännande som återuppväcker en preskriberad fordran. Om underlåtenhet att protestera däremot föreligger utan att det är fråga om ett exekutivt förfarande om betalningsföreläggande, torde det finnas utrymme för borgenären att kunna ha befogad tillit till att betalningen utgör ett preskriptionsavbrytande erkännande.

Om båda omständigheterna (krav på protest eller villkor och exekutivt förfarande) skulle fordras samtidigt, hade utfallet blivit annorlunda om gäldenären erlagt betalning genom ett exekutivt förfarande utan att ge uttryck för en protest. Detta skulle medföra onödigt höga krav på en gäldenär att uttrycka protest fastän betalningen redan till följd av omständigheterna ger uttryck av en sådan. Att enbart en av de två omständigheterna räcker för att motparten inte kan anses ha befogad tillit torde även gälla eftersom att presumtionen är att en gäldenär typiskt sett inte åter vill bli betalningsskyldig när en fordran är preskriberad.⁸² I annat fall skulle låga krav ställas på vad som kan skapa befogad tillit hos borgenären vilket skulle gå emot det som HD konstaterar i fallet.⁸³ Detta mål utkristalliserar tillitsprincipens starka ställning vid bedömningen av rättshandlingar och deras verkningar samt det krav som ställs på en motpart för att kunna ses ha befogad tillit till partens rättshandling.

När det gäller gränsdragningen mellan kulans och eftergift blir konkludent handlande i form av aktiv avtalstillämpning och passivitet i form av underlåtenhet att reagera på den avvikande tillämpningen intressant. Även i denna situation beaktas tillitsprincipen i fråga om motparten har fog för sin uppfattning om att kulansen innebär en eftergift och den eftergivande partens medvetenhet om den generösa avtalstillämpningen. Med beaktande av de fördelar kulans har för en motpart till en generös avtalspart, är det i min mening positivt att höga krav ställs på vad som kan anses skapa befogad tillit hos motparten. Mot bakgrund av det ovan anförda under avsnitt 2.3 skulle det kunna sägas att konkludent

⁸¹ Jämför HD:s dom den 11 oktober 2018 i mål nr T 5152-17 p. 10.

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid.

handlande inte är lika kontroversiellt som passivitet mot bakgrund av övriga avtalsrättsliga grundidéer, eftersom en aktiv handling alltså görs som uttryck för någon slags vilja. Tröskeln för att tillmäta konkludenta handlingar rättsverkan torde i min mening vara lägre än vad den är avseende passivitet som ju inte utgör ett aktivt handlande. Att hävda befogad tillit till en motparts passivitet som en icke-handling förefaller svårare än att hävda den samma till en motparts konkludent handlande som en aktiv handling. Beroende på om ett avtal innebär att en part regelbundet presterar något gentemot motparten genom en aktiv handling eller om det enbart rör sig om ett regelbundet betalningskrav, torde det vara olika svårt för en motpart att hävda befogad tillit till att ha uppfattat partens aktiva handling eller passivitet som en eftergift, när det egentligen rör sig om en generös avtalstillämpning grundad på kulans.

Enligt NJA 2018 s. 171 framgår det att passivitet kan utgöra en rättshandling genom att ge uttryck för en eftergift för framtiden men för detta krävs medvetenhet, i vart fall hos motparten till den eftergivande parten. Som undantag till huvudregeln krävs alltså enligt HD inte att den eftergivande parten har insikt om en avvikande avtalstillämpning, som P. Björkdahl förespråkar. P. Björkdahl förefaller istället tala om passiviteten som rättsfaktum när hon lyfter ett insiktsrekvisit för passivitetsverkan likt det som finns i AvtL.⁸⁴ I NJA 2018 s. 171 framgår att passiviteten kan tolkas som en permanent eftergift om motparten, i god tro och med befogad tillit, uppfattat den som sådan. Detta resonemang bekräftar återigen tillitsprincipens starka ställning i svensk rätt. Däremot torde det ställas mycket höga krav på en motparts befogade tillit till att en generös tillämpning utgör en *permanent* eftergift för att avvika från huvudregeln som fordrar den eftergivande partens medvetenhet för en bindande viljeförklaring genom passivitet.

⁸⁴ Med om AvtL och insiktskravet följer nedan under avsnitt 3.4 och 4.3.

3 Passivitet och avtalstolkning

3.1 Inledning

I AvtL förekommer inga regler om avtalstolkning. Som underlag för detta blir andra rättskällor så som rättspraxis och doktrin väsentliga vägledare.⁸⁵ Formuleringen av ett avtal och dess syfte tillsammans med parternas beteenden, förhållanden och uppfattningar kan få stor betydelse för att fastställa ett avtalsinnehåll, vilket framgår ur både praxis och doktrin.⁸⁶ En parts passivitet kan alltså ha inverkan på hur ett avtal tolkas.

Inom begreppet avtalstolkning i vid mening ryms både avtalstolkning i snäv mening och den verksamhet som brukar kallas utfyllning. Vid tolkning i snäv mening utreds betydelsen av en rättshandling, exempelvis ett kontrakt, för att avgöra vilka rättsverkningar en sådan rättshandling kan medföra för parterna i fråga. Kontraktet tolkas då i ljuset bland annat av ordalydelsen och parternas uppfattningar och avsikter för att utreda avtalsinnehållet. Tolkningen går därmed ut på att avgöra *vad* en viljeförklaring innebär. Detta måste skiljas från den tolkning som krävs för att avgöra *om* en rättslig viljeförklaring (rättshandling) föreligger.⁸⁷ I och med förekomsten av ett avtal förutsätts att en viljeförklaring redan finns. I oklara situationer när tydligt svar varken finns att hitta i avtalets lydelse eller parternas beteenden uppstår frågan vem som egentligen har rätt i en situation av dissens. I dessa fall blir utfyllning aktuellt som en förlängning av tolkningen. Med utfyllning utreds parternas förpliktelser gentemot varandra och efterföljande rättsverkningar som inte direkt kan utrönas ur rättshandlingens innehåll, såsom fastställd genom tolkning i snäv mening. Då tillämpas eller konstrueras rättsregler som styr utfallet av vad som ska gälla. Lehrberg ställer upp en hierarkisk ordning i enlighet med vilken avtalstolkning i snäv mening tillämpas i första hand för att bestämma en rättshandlings innehåll och betydelse. Om inte denna tolkning ger klarhet, tillämpas i andra hand utfyllning. Då handlar det istället om att fastställa vad som gäller i en situation för vilken det inte finns något svar i rättshandlingen i fråga.⁸⁸ Det bör emellertid påpekas att det inte alltid är fullt tydligt när avtalstolkning eller utfyllning tillämpas i praxis.⁸⁹

⁸⁵ Adlercreutz m.fl. (2016) s. 44.

⁸⁶ Ramberg och Ramberg (2016) s. 160.

⁸⁷ Jämför kapitel 2.

⁸⁸ Lehrberg (2016) s. 43; Lehrberg (2006) s. 237 f.

⁸⁹ Adlercreutz och Gorton (2010) s. 21.

3.2 Passivitet som tolkningsdatum

Som tidigare framgått kan passivitet under vissa förutsättningar *utgöra* en rättshandling. I andra situationer kan passivitet istället påverka hur en *annan* rättshandling tolkas. Passivitet kan fungera som ett tolkningsdatum genom att belysa hur parter uppfattat ett avtal och kan ha betydelse för tolkningen av den gemensamma partsavsikten vid ett avtalsslut.⁹⁰ Passivitet som tolkningsdatum kan alltså få betydelse för fastställandet av ett avtals innehåll.⁹¹ Passivitet är exempelvis relevant för tolkning med tillämpning av dolusregeln.⁹² Dolusregeln kommer bl.a. till uttryck genom 6 § andra stycket där en part åläggs klargörandeplikt till följd av sin insikt om motpartens villfarelse i ett avtalsförhållande. Om parten inser motpartens villfarelse men förhåller sig passiv och underlåter att upplysa motparten om misstaget, kan passiviteten medföra en tolkning av avtalet till den passives nackdel, i linje med motpartens uppfattning.⁹³ I syfte att minimera passivitetens möjliga påverkan i egenskap av tolkningsdatum utanför det lagstadgade området förekommer det att parter enas om olika sorters klausuler för att en domstol inte ska ge exempelvis passivitet eller konkludent handlande utrymme vid tolkningen.⁹⁴

3.3 Allmänt om avtalstolkning i snäv mening

Inom avtalstolkning i snäv mening föreligger en form av hierarkisk ordning avseende vilka tolkningsdata som tas i beaktande. Ett avtals innehåll fastställs i första hand genom att försöka finna och beakta en gemensam partsavsikt.⁹⁵ För att utröna denna utreds avtalets ordalydelse men även parternas uppfattningar av varandras viljeförklaringar, deras avsikter, förklaringar och de intryck dessa haft på varandra vid avtalsslutet tas i beaktande.⁹⁶ Trots att partsavsikten spelar stor roll menar däremot Adlercreutz och Gorton att domstolen tenderar att tillmäta partsavsikten mindre betydelse än förr för att nå fram till en tolkning, särskilt när det uppstår svårigheter genom parternas skilda uppfattningar om ett avtalsinnehåll. De hävdar att det finns en tendens hos domstolen att tolka i ljuset av lagregler när sådana finns applicerbara på ett fall.⁹⁷

⁹⁰ Cervin (1960) s. 194 ff.

⁹¹ Adlercreutz och Gorton (2010) s. 100.

⁹² Dolusregeln beskrivs utförligt nedan under avsnitt 3.4. Den kallas även ibland för dolusmodellen.

⁹³ Adlercreutz och Gorton (2010) s. 132.

⁹⁴ Arvidsson och Gorton (2019) s. 105 f.

⁹⁵ Lehrberg (2016) s. 36; Adlercreutz och Gorton (2010) s. 57 f. Se även NJA 2016 s. 689 p. 10. Jämför PICC article 4.1 och DCFR II - 8:101.

⁹⁶ Adlercreutz och Gorton (2010) s. 57 f.

⁹⁷ Adlercreutz och Gorton (2010) s. 21. Jämför redogörelsen för NJA 2015 s. 186 nedan under avsnitt 3.6.

Vid tolkning av rättshandlingar finns på ett övergripande plan framförallt tre faktorer att ta hänsyn till. För det första utreds vilken *avsikt* avgivaren av en viljeförklaring önskat uttrycka, för det andra vilket *intryck* som denna förklaring frambringat hos mottagaren och för det tredje vilket *uttryck* denna förklaring getts. Partsorienterad tolkning utgår från en parts avsikt med en förklaring och det intryck förklaringen skapat hos motparten. Den uttrycksorienterade tolkningen utgår från hur en förklaring objektivt uttryckts.⁹⁸ Tolkningen görs i första hand med en partsorienterad tolkning och om inte denna bringar någon klarhet, tillämpas en uttrycksorienterad tolkning. Den gemensamma partsavsikten utreds så långt det är möjligt på basis av kontrahenternas subjektiva avsikter och intryck, men detta är ofta svårt att bevisa. I svåra fall tillämpas dolusregeln inom ramen för den partsorienterade tolkningen när den gemensamma partsavsikten inte går att finna. Dolusregeln tillämpas med hänsyn till parternas intryck, insikter och ageranden.⁹⁹ En komponent i dolusregeln är att en part ”måste inse” den andra godtroende partens uppfattning. Om en part inte måste inse den andra partens uppfattning, utan enbart borde inse denna, blir inte dolusregeln tillämplig. En form av culparegel baserad på att en part ”borde inse” motpartens uppfattning finns inte etablerad i gällande rätt, men möjligheten till en sådan tolkning bör enligt Lehrberg inte uteslutas helt.¹⁰⁰

När det inte är möjligt att fastställa en gemensam partsavsikt eller dolus för en part om motpartens uppfattning om avtalsinnehållet, söks i andra hand svar genom en uttrycksorienterad tolkning. Den uttrycksorienterade tolkningen innebär att ett avtalsinnehåll fastställs på grund av hur det objektivt kommit till uttryck genom parternas förklaringar. Inom ramen för denna kan tillitsprincipen vara av betydelse. Då styr en godtroende motparts objektivt befogade uppfattning avtalsinnehållet.¹⁰¹ I den uttrycksorienterade tolkningen blir parter bundna av det som kommit till uttryck i deras viljeförklaringar. Det uttryckta avtalsinnehållet bestäms främst utifrån ordalydelsen och dess språkliga kontext. Även kontexten för själva avtalssituationen och allmänna lämplighetsöverväganden som leder till balans i avtalsförhållandet kan bli styrande. I oklara situationer kan passiviteten tillmätas betydelse med beaktande av t.ex. rättspolitiska hänsynstaganden och andra specialmotiveringar.¹⁰² Därvidlag handlar det om att finna en balansgång mellan parternas intressen och positioner.¹⁰³ I den mån det är möjligt ska parternas förklaringar så som de framstår ut ett objektivt perspektiv beaktas. Däremot kan inte alltid parternas

⁹⁸ Lehrberg (2006) s. 241 f., 246 f., 251 f.

⁹⁹ Adlercreutz och Gorton (2010) s. 132. Se närmare om dolusregeln nedan under avsnitt 3.4.

¹⁰⁰ Lehrberg (2016) s. 72 f.

¹⁰¹ Ibid. s. 77 f.; Jämför även Svenssons argument om viljeförklaringsmodellens innebörd under avsnitt 2.6.

¹⁰² P. Björkdal (2013/14) s. 240; Lehrberg (2006) s. 254.

¹⁰³ Adlercreutz m.fl. (2016) s. 46; Karlgren (1965) s. 47.

uppfattningar vara synbara för utomstående betraktare, varför även dessa måste ses ur ett subjektivt perspektiv.¹⁰⁴

Joel Samuelsson framför en annan uppfattning gällande tolkningen av den gemensamma partsviljan. Han menar att de skarpa gränsdragningarna mellan vad som är objektivt och subjektivt bör lösas upp och istället tillämpas tillsammans för att underlätta tolkningen. I sin bok *Tolkningslärans gåta* menar han att det inte är möjligt att ställa upp regler för avtalstolkning eftersom tolkningsläran enbart är en metodlära och egentligen inte alls någon vetenskap. I hans mening är den att likställa med en konst.¹⁰⁵

3.4 Dolusregeln

Dolusregeln är en prioriteringsregel som är tillämplig för tolkning av en parts passivitet. Den tar sikte på parternas uppfattningar och vad parterna måste inse om varandras uppfattningar. För avtals ingående framgår dolusregeln ur 4 § andra stycket, 6 § andra stycket och 9 § AvtL men regeln tillämpas även utanför det lagstadgade området. I 6 § andra stycket AvtL medför dolusregeln att en oren accept under vissa förutsättningar medför avtalsbundenhet trots huvudregeln i paragrafens första stycke som stadgar att en oren accept inte leder till avtalsbindning. Lehrberg menar att det inte finns någon väsentlig skillnad mellan dolusregeln och tillitsmodellen. Heidbrink belyser emellertid skillnaden genom jämförelsen med ett bollspel. Enligt tillitsmodellen föreligger en viljeförklaring under förutsättning att en part med fog uppfattat motpartens handlande eller passivitet som ett uttryck för en rättshandlingsvilja. Bollen har då spelats en gång. Dolusregeln gäller i situationen när en part utan fog men i subjektiv god tro uppfattar motpartens handlande eller passivitet som uttryck för en rättshandlingsvilja och motparten måste inse att partens obefogade uppfattning är en villfarelse, men underlåter att reagera. Då har bollen spelats två gånger.¹⁰⁶

De två rekvisit (anbudstagarens *villfarelse* i god tro och att anbudsgivaren *måste inse* villfarelsen) som måste vara uppfyllda för dolusregelns tillämplighet är subjektiva rekvisit. Kravet på att parten *måste inse* innebär ett lägre ställt beviskrav i tolkningen av om klargörandeplikt föreligger för en passiv part. Dolusregeln som prioriteringsregel innebär att den godtroende anbudstagarens felaktiga uppfattning om en accept vinner prioritet före anbudsgivarens ursprungliga anbud eftersom anbudsgivaren underlåtit att ta anbudstagaren ur dennes villfarelse.¹⁰⁷ Både Lehrberg samt Adlercreutz och Gorton menar att en analogi utifrån 6 § andra stycket AvtL med dolusregeln är motiverad. Situationer som liknar den beskrivna i nyss nämnda paragraf gäller även i andra

¹⁰⁴ Lehrberg (2006) s. 250 ff.

¹⁰⁵ Samuelsson, J. (2011) s. 164 f., 189 f.

¹⁰⁶ Lehrberg (2006) s. 91; Heidbrink (2007) s. 689.

¹⁰⁷ Heidbrink (2007) s. 688 f.

fall då gemensam partsavsikt bedöms. Generellt kan sägas att en part som är varse om motpartens avvikande avtalsuppfattning men inte reagerar, inte anses vara mer skyddsvärd än motparten. Anbudstagaren ska inte anses vara mindre skyddsvärd på grund av anbudsgivarens passivitet och underlåtenhet att klargöra en situation. Känner en part till motpartens avvikande uppfattning men underlåter att säga ifrån tolkas alltså passiviteten som ett godkännande av motpartens uppfattning och bindning uppstår. Den har en preventiv funktion i det avseendet att den skapar incitament för en part att klargöra sin uppfattning för motparten.¹⁰⁸

3.5 Centrala principer för tolkning av passivitet

3.5.1 Tillitsprincipen och befogade förväntningar

På senare tid har tillitsprincipen tillmätts stor betydelse vid avtalsstolkning i flera av de prejudikat som kommit från HD. Flodgren definierar tillit som en möjlighet för någon att lita på eller ha förtroende till något eller någon. Generellt utgör tillit en viktig beståndsdel för ett välfungerande samhälle, inte minst ur ett avtalsrättsligt perspektiv för den effektiva omsättningens skull. Det är ett centralt element i flera juridiska företeelser. För det som kallas god tro inom avtalsrätten har tillit stor betydelse. Tilliten är också väsentlig för bedömningen av befogade förväntningar och för lojalitetsplikten.¹⁰⁹

Tillit som juridiskt begrepp kan vidare delas upp i subjektiv och objektiv tillit. Vad en part subjektivt känner, tänker och uppfattar utgör den subjektiva tilliten. Den objektiva tilliten innebär vad en part objektivt sett kan antas ha fog för att inse eller uppfatta av en motparts agerande. När den objektiva tilliten bedöms tas sedvanliga beteenden från marknaden eller branschen i akt. Dessa sedvänjor, partsbruk och liknande sätter en standard för hur en förnuftig utomstående person skulle uppfatta och vad som därmed krävs för att tilliten ska vara befogad. Detta görs med tillämpningen av en uttrycksinriktad tolkning som ofta grundas på en presumerad gemensam partsavsikt för att sedan hitta ett tolkningsalternativ som närmast speglar det parterna antas ha åsyftat.¹¹⁰

Tillit kan, som tidigare framgått, få en avgörande betydelse vid bedömningen av innehållet i ett avtal, särskilt i fall då en part förhåller sig passiv.¹¹¹ Det handlar om att genom tillitsprincipen bedöma om motparten till en passiv part kan anses ha befogade förväntningar att anta ett visst avtalsinnehåll, och därmed anta att

¹⁰⁸ Lehrberg (2016) s. 62 ff., 71 ff; Adlercreutz och Gorton (2010) s. 132.

¹⁰⁹ Flodgren (2018) s. 405 ff., 408 f.

¹¹⁰ Ibid. s. 412 f.; Lehrberg (2016) s. 78.

¹¹¹ Adlercreutz och Gorton (2010) s. 41; Flodgren (2018) s. 415.

den passive inte kan komma med ytterligare krav efter att en viss tid har gått.¹¹² En viljeförklaring enligt tillitsprincipen tolkas alltså i ljuset av motpartens befogade uppfattning av ett visst avtalsinnehåll mot bakgrund av en passiv parts beteende. Denna fog för en uppfattad viljeförklaring kan inte anses föreligga när motparten insett eller borde inse att avsändaren menat någonting annat. Att parten ”inset” tolkas subjektivt. Att parten ”borde inse” antyder vidare på att en objektiv tolkning görs mot omständigheterna i situationen. Detta gör att motparten ytterst inte kan binda den passiva parten enbart genom sin subjektiva uppfattning.¹¹³

3.5.2 Lojalitetsprincipen

Lojalitetsprincipen i avtalsrätten innebär att avtalsparter har lojalitetsförpliktelser gentemot varandra. Utgångspunkten är att parter ska sträva efter att kunna lita på varandra genom lojalitet så att båda gynnas så mycket som möjligt av ett avtal. En part ska enligt denna princip i första hand tillvarata sina egna intressen men också vara lojal genom att aktivt se till motpartens intressen i den mån det är ekonomiskt försvarbart. Lojalitetsprincipen kan innebära att parter är skyldiga att informera varandra om olika omständigheter och begränsa varandras eventuella skador vid exempelvis avtalsbrott.¹¹⁴ Lojalitetsförpliktelserna är många olika förpliktelser beroende på vilket rättsligt sammanhang det rör sig om. Lojalitetspliktens definition är allmänt hållen men preciseras delvis genom särskiljandet av de olika lojalitetsförpliktelserna.¹¹⁵

En typ av lojalitetsförpliktelse är klagörandeplikten.¹¹⁶ Under detta begrepp ingår mer specifika förpliktelser så som reklamationsplikten som dels innebär en påföljdsreklamation och dels en svarsplikt. Klagörandeplikten i stort innebär en skyldighet att meddela en medkontrahent om ett faktiskt förhållande eller en uppfattning i en viss situation.¹¹⁷ Lojalitetsplikten blir i rättsförhållanden aktuell på olika sätt och av olika skäl och plikten gäller utöver de faktiska förpliktelser som ryms i ett avtal.¹¹⁸ Det handlar om att parter generellt har en skyldighet att tolka ett avtal, agera och upplysa varandra på ett lojalt sätt.¹¹⁹ Syftet med lojalitetsförpliktelser kan enligt Munukka sägas vara att

¹¹² Flodgren (2018) s. 426 f.

¹¹³ Heidbrink (2007) s. 687.

¹¹⁴ Ramberg och Ramberg (2016) s. 34 ff.; Jämför NJA 2017 s. 203 p. 8.

¹¹⁵ Se Munukka (2007) kap. 4.4; Munukka (2007) s. 204; Jämför DCFR I. – 1:103 och PICC article 1.7 (1).

¹¹⁶ Munukka kallar klagörandeplikten för upplysningsplikt men i förevarande uppsats används begreppen enligt avsnitt 1.6.

¹¹⁷ Munukka (2007) s. 153 ff.

¹¹⁸ Flodgren (2018) s. 426.

¹¹⁹ Jämför NJA 2015 s. 142 där domstolen anför att det finns en allmän reklamationsplikt för en part som vill göra gällande ett anspråk på grund av fel eller brist, som innebär att reklamera inom skälig tid från att ett fel märkts eller borde märkts måste ske. Jämför även NJA 2007 s. 909 där domstolen anför att det enligt allmänna kontraktsrättsliga principer följer att en part

ge en motpart i ett avtalsförhållande skydd även om det inte finns en uttrycklig rätt till ett sådant skydd.¹²⁰

Lojalitetsplikten styrs av proportionalitetsbedömningar som är beroende av omständigheterna i det enskilda fallet.¹²¹ Ett allmänt lojalitetskrav innefattar enligt Munukka lojalitetsplikten, ett missbruksförbud samt skälighetsnormer. I detta lojalitetskrav ryms både subjektiva och objektiva aspekter. Den subjektiva aspekten innebär bedömningen av partsbeteenden för vilka lojalitetskravet medför en skyldighet att sätta sig in i motpartens situation. Mot bakgrund av denna bedöms t.ex. ond tro och uppsåt. Den objektiva aspekten innebär en form av rättvisekrav som tillämpas på en situation där parternas avsikter, intryck, faktiska insikter och vad parterna borde insett och upplyst varandra om bedöms utifrån partsexterna jämförelser.¹²²

3.6 Avtalade passivitetsregler

Det förekommer att kontraktsklausuler föreskriver hur avtalet ska tolkas eller förändras. Generellt syftar sådana klausuler till att reglera generella frågor som egentligen inte direkt har att göra med avtalets huvudföremål. De kan förekomma i form av sk. *boilerplateklausuler* som är vanligt förekommande standardklausuler främst i anglo-amerikanska avtal men klausulerna kan också vara särskilt avtalade.¹²³ Ett exempel på en sådan klausul är den sk. *no oral amendment*-klausulen som innebär ett avtalat förbud mot ändringar av ett befintligt avtal på annat sätt än skriftligen. *Integrationsklausulen* utgör ytterligare ett exempel och denna tar sikte på att stärka avtalets skriftliga betydelse genom att föra bort förhållanden före avtalsslutet från avtalstolkningen.¹²⁴ En annan klausul är den sk. *no waiver*-klausulen. Den syftar till att förhindra att parternas ageranden, exempelvis konkludent handlande eller passivitet, modifierar avtalets tillämpning och innebörd efter det att avtalet har slutits. Underlåtenhet att göra en avtalsrättighet gällande ska enligt en sådan klausul inte kunna uppfattas som en eftergift för framtiden.¹²⁵ Genom införande av nyssnämnda klausuler vill parter alltså eliminera vissa faktorer som kan bli föremål för tolkning hos domstol och på så vis friskriva sig från möjliga ändringar genom konkludent handlande eller genom passivitet.¹²⁶

som vill göra gällande påföljder inte kan förhålla sig passiv. Se även NJA 2018 s. 127 där reklamationskyldigheten som allmän princip i svensk rätt åter bekräftas.

¹²⁰ Munukka (2007) s. 185.

¹²¹ Ibid. s. 197.

¹²² Ibid. s. 15, 205.

¹²³ Edlund (2001) s. 172; Adlercreutz och Gorton (2010) s. 105.

¹²⁴ Gorton (2009) s. 10; Gorton (2009) ET s. 6.

¹²⁵ Adlercreutz och Gorton (2010) s. 105 f.; Ramberg och Ramberg (2016) s. 180 not 51; Gorton (2009) ET s. 8.; Jämför även ovan kapitel 2. Idén är att passivitet enligt en sådan klausul inte ska kunna anses utgöra en rättshandling.

¹²⁶ Adlercreutz och Gorton (2010) s. 105 f.; Gorton (2009) s. 10.

Boilerplateklausuler eller särskilt avtalade klausuler som avser reglera generella frågor är vanligt förekommande i länder med *common law* system där en texttrogen avtalstolkning styr. Klausulerna börjar även bli alltmer förekommande i svenska avtal. Tolkning genom analogier och generella principer är i *common law* systemet mindre förekommande än i skandinavisk rätt varför klausulerna där utgör viktiga styrningsverktyg. Enligt svenska avtalstolkningsprinciper är däremot parternas faktiska tillämpning av ett avtal viktig för tolkningen av vad som egentligen gäller.¹²⁷ Enligt Edlund går denna sortens klausul inte i linje med de vedertagna allmänna civilrättsliga principer som tillämpas i svensk rätt. Han menar exempelvis att reklamationsreglerna inte torde kunna ändras med sådana klausuler. Däremot skulle exempelvis en part som tidigare tolererat en viss avtalstillämpning kunna åberopa en sådan klausul genom reklamation (i rätt tid) för att slippa bli bunden av tidigare partsbruk.¹²⁸ Även Gorton är av uppfattningen att hänsyn till denna sortens klausul i vissa fall bör tas vid avtalstolkning.¹²⁹

Ett fall som bl.a. belyser rättstillämpningens syn på avtalat skriftkrav och konkludent handlade är NJA 2015 s. 186. I målet bedömdes frågan om skriftlig form var nödvändigt vid uppsägningen av ett lägenhetsarrende eller om uppsägningen kunde ske konkludent. Parterna hade avtalat om skriftkrav för uppsägning som innebar ett avsteg från utgångspunkten att lägenhetsarrenden med bestämd löptid upphör utan uppsägning.¹³⁰ Utgången i domen var splittrad med två skiljaktiga justitieråd. Avseende det avtalade skriftkravet påpekade majoriteten att det generellt sett inte finns något hinder för parter att frånfalla ett skriftkrav muntligen eller konkludent, under förutsättning att båda parter inrättar sig efter en ordning som avviker från det avtalade kravet. Däremot påpekades att skriftkravet, när det gäller ensidiga rättshandlingar av påbudscharaktär (exempelvis uppsägningar), inte kan frångås av den uppsägande parten om inte *motparten* godtar påbudet.¹³¹ HD konstaterade att ett avtalat skriftkrav bör tillmätas viss betydelse för om en konkludent handling är att se som en uppsägning, men att *den uppsägande parten* inte kan åberopa bristen på skriftform för att undgå bundenhet av sin muntliga eller konkludenta uppsägning. För det fall att konkludent handlade anses föreligga, kunde fastighetsägarens invändning om att skriftkrav ej iakttagits inte nå framgång.¹³² HD går inte närmre in på vad som krävs av motpartens godtagande av påbudet eller om uppsägning hade skett konkludent eller inte.

Vidare lyfte HD 8 kap. 8 § JB och konstaterade att en uppsägning av ett arrendeavtal inte behöver vara skriftlig om ett skriftligt erkännande av

¹²⁷ Jämför exempelvis ovan avsnitt 3.3 och 3.4.

¹²⁸ Edlund (2001) s. 172, 175.

¹²⁹ Gorton (2009) ET s. 9.

¹³⁰ Se 8 kap. 5 § JB.

¹³¹ NJA 2015 s. 186 p. 10-11 i domskälen.

¹³² Ibid. p. 12-13 i domskälen.

uppsägningen ges av motparten. Åberopande av formbrist enligt JB ansågs, till skillnad från det avtalade skriftkravet, kunna göras gällande av båda parter oberoende av vem bristen var hänförlig till, med hänsyn till de skyddsintressen som finns i ett arrendeförhållande. Eftersom att något skriftligt erkännande inte lämnats från arrendatorn hade fastighetsägaren inte varit bunden av en konkludent uppsägning om en sådan gjorts.¹³³ Däremot gjorde domstolen gällande att det lagstadgade formkravet trots allt kan frångås, dock endast under förutsättning att det sker genom en *uttrycklig eller tyst överenskommelse*. Sådan överenskommelse hade inte gjorts gällande av arrendatorn och avtalet ansågs inte ha upphört till följd av att hyresvärderna upp avtalet konkludent.¹³⁴ I och med att en uttrycklig eller tyst överenskommelse *kan* ges rättsverkan vid sidan av 8 kap. 8 § JB¹³⁵ innebär det enligt P. Björkdahl att parterna fortfarande lämnas möjligheten att förfoga över avtalet. Parterna blir inte låsta till tvingande rätt till följd av utformningen av ett avtalat skriftkrav. Däremot medför tillämpningen av den lagstadgade bestämmelsen enligt P. Björkdahl ett högt ställt krav när parter avtalar om skriftkrav för uppsägning, som är ett avsteg från utgångspunkten att tidsbestämda lägenhetsarrenden upphör automatiskt, se 8 kap. 5 § JB motsatsvis. Att domstolen tillmäter lagstadgade bestämmelser betydelse, möjligtvis genom utfyllning, även om en partsavsikt i någon mån går att finna verkar enligt P. Björkdahl vara en etablerad tendens i svensk rätt.¹³⁶ De två skiljaktiga justitieråden kom fram till slutsatsen att arrendet hade sagts upp konkludent. Hyresvärdens konkludenta handling och hyresgästens inrättande till denna ansågs spegla den gemensamma partsavsikten för att avtalet skulle upphöra mellan parterna.¹³⁷

3.7 Analys

Avtalstolkning är en komplex och mångfacetterad verksamhet där tydliga och raka tillvägagångssätt sällan finns. Det råder delade meningar om avtalstolkningsnormernas tillämpning i en hierarkisk ordning och de tillämpas inte alltid i någon strikt följd utan anpassas beroende på situationen i fråga. Enligt den dominerande uppfattningen är den gemensamma partsavsikten den främsta ledstjärnan för avtalstolkningen.¹³⁸ Denna söks mot grund av parternas avsikt och intryck av varandras förklaringar. Lyckas inte den gemensamma partsavsikten fastställas på den vägen, tillämpas istället dolusregeln och därefter uttryckorienterad tolkning. I sista hand blir utfyllning aktuell.

¹³³ Ibid. p. 14-16 i domskälen.

¹³⁴ Ibid. p. 17-18 i domskälen.

¹³⁵ Ibid. p. 17 i domskälen.

¹³⁶ P. Björkdahl (2016/17) s. 142 f., 144. Se även Adlercreutz och Gorton (2010) s. 21.

¹³⁷ NJA 2015 s. 186 p. 11 och 15 i domskälen.

¹³⁸ NJA 2016 s. 689 p. 10. Jämför däremot NJA 2015 s. 186 och Adlercreutz och Gorton (2010) s. 21.

När domstolen tolkar passivitet blir utgångspunkten en partsorienterad tolkning. Då undersöks innebörden av en parts avsikt genom passivitet och motpartens intryck av denna med ledning av tillitsprincipen och lojalitetsprincipen, för att utröna den gemensamma partsavsikten. Kan inte den gemensamma partsavsikten finnas tillämpas dolusregeln. Vid en uttrycksorienterad tolkning av passivitet ser man till samma principer och regler för att bedöma om en motparts intryck är att befogat ur ett objektivt perspektiv. Däremot förekommer tolkning ur ett objektivt perspektiv inte sällan även vid den partsorienterade tolkningen när det är svårt att utläsa parternas subjektiva avsikter och intryck. Vad en part *borde inse* utgör exempelvis uttryck för att en objektiv tolkning ska tillämpas. Begreppet *borde* innebär att jämförelse behöver göras i förhållande till något annat, i detta fall en utomstående förnuftig person. Tolkningen tillämpas i förhållande till omständigheterna i varje enskilt fall och tillvägagångssättet förefaller därmed svårt att på förhand struktureras upp, vilket talar för J. Samuelssons uppfattning gällande avtalstolkning. Även min uppfattning är att de subjektiva och objektiva bedömningarna i stor grad måste tillämpas tillsammans. Resultatet av tolkningen avgör slutligen avtalsinnehållet till följd av en parts passivitet.

En viktig beståndsdel i lojalitetsprincipen är avtalsparters tillit till varandra.¹³⁹ Lojalitetsprincipen avser en plikt för en part att upplysa en motpart vid insikt om en situation. Denna plikt ankommer en part som en skyldighet gentemot motpartens rätt att förlita sig till ett visst rättsförhållande enligt exempelvis tillitsprincipen och gäller generellt, oberoende av ett visst avtalsinnehåll. Ett klagörande i rätt tid enligt lojalitetsprincipen kan bryta och undanröja en motparts uppfattning av ett visst rättsförhållande. Det krävs alltså att en part *inte* förhåller sig passiv för att i en situation av dissens kunna bryta möjligheten för motpartens uppfattning att bli befogat och tolkas som bindande. Om motparten däremot inte har fog för sin uppfattning blir den inte heller bindande, oberoende av partens passivitet. En befogat uppfattning tolkas ytterst mot vad parten *borde inse*, vilket innebär ett högre ställt beviskrav genom en objektiv tolkning.

Den del av dolusregeln som innebär att en part *måste inse* motpartens villfarelse bedöms utifrån omständigheterna i ett enskilt fall och mot bakgrund av både en subjektiv och objektiv tolkningsmodell. Under förutsättning att motparten är i subjektiv god tro, avgör bedömningen av om en part *måste inse* motpartens villfarelse om klagörandeplikt föreligger eller ej, vilket i sin tur avgör om motpartens uppfattning blir bindande i ljuset av partens beteende. Om något av de två subjektiva rekvisiten enligt dolusregeln inte är uppfyllda (dvs. att avsändaren *inte måste inse* motpartens villfarelse, eller att mottagaren *inte är i villfarelse i god tro*) kan inte heller mottagaren ha rätt för sin uppfattning vid avsändarens passivitet. Då föreligger ingen klagörandeplikt. Detta

¹³⁹ Se ovan avsnitt 3.4.1 och Flodgren (2018) s. 408, 426.

tillvägagångssätt utgör alltså en stegvis bedömning av en gemensam partsavsikt genom både subjektiva och objektiva beaktanden, eftersom det av naturliga skäl ofta kan vara svårt att avgöra vad parter subjektivt uppfattat och tänkt vid en viss given situation.

Möjligheten att avtala bort passivitetsverkningar eller avtalsändringar genom konkludenta handlingar synes inte möjligt i svensk rätt. Den anglo-amerikanska trend som innebär införande av klausuler som behandlar generella avtalsfrågor har stark ställning i rättssystem där en mer texttrogen avtalstolkning praktiseras. Klausulerna har inte någon stark grund i svensk rätt. Istället ses parter konkludenta handlingar lika mycket som rättshandlingar och uttryck för viljor som uttryckliga språkliga och skriftliga viljeuttryck. Av NJA 2015 s. 186 framgår att HD inte lämnar ett stort utrymme för parter att genom skriftliga bestämmelser styra på vilket sätt ett avtal förändras. Konkludenta eller muntliga överenskommelser utgör i regel frånfällande av ett avtalat skriftkrav. Avseende ensidiga rättshandlingar av påbudscharaktär, däribland uppsägningar, gäller dock särskilt att motparten måste godta ett konkludent påbud, för att det ska bli gällande trots att det avtalade skriftkravet inte efterföljs. En uppsägande part i ett arrendeförhållande kan dock inte åberopa en formbrist för att freda sig mot bundenhet till följd av sin egen muntliga eller konkludenta uppsägning. Om motparten inrättat sig efter en konkludent uppsägning lämnas det avtalade skriftkravet utan hänseende. Däremot beaktar domstolen i målet det lagstadgade uppsägningskravet i JB som en förlängning av det avtalade skriftkravet. Det ställs därmed krav på att en konkludent uppsägning följer det lagstadgade kravet på skriftligt erkännande eller annars att en tydlig uttrycklig eller tyst överenskommelse görs för att uppsägning på så vis ska kunna få verkan. Vad gäller det lagstadgade skriftkravet anses båda avtalsparter vara skyddsvärda när det är fråga om möjlighet till konkludent uppsägning och åberopande av skriftkrav. Det faktum att skriftligt erkännande för konkludent uppsägning fordras, ifall en uttrycklig eller tyst överenskommelse inte gjorts, skulle kunna sägas ge uttryck för en klagörandeplikt grundad i lojalitet. Genom ett krav på sådant erkännande ges motparten tillfälle att reagera på den konkludenta handlingen. För en uppsägning genom en uttrycklig eller tyst överenskommelse krävs just att båda parterna kan anses ha träffat en överenskommelse.

Mot bakgrund av detta är frågan om passivitet skulle kunna medföra en uppsägning i en liknande situation. Ett avtalat skriftkrav kan tänkas bidra till att höja tröskeln för att tolka en avtalsändring genom passivitet. Höga krav torde ställas på motpartens befogade tillit till att en parts passivitet innebär en uppsägning vid bedömningen genom tillitsprincipen mot bakgrund av ett avtalat skriftkrav. Även enligt dolusregeln kan det vara svårare att hävda en parts goda tro i uppfattningen om att uppsägning skett vid sidan av ett avtalat skriftkrav, även om enbart subjektiv god tro krävs. En uppsägning genom passivitet skulle vara möjlig om motparten är i villfarelse gällande den avtalade klausulen och parten måste inse detta. Om parten då underlåter att klargöra situationen, kan

uppsägning genom passivitet tänkas bli följd. Då skulle parterna kunna anses ha inrättat sig efter den avvikande ordningen. Även befogad tillit skulle kunna föreligga om en part under en längre tid förhåller sig passiv och motparten uppfattar det som en uppsägning. Motparten kan då anses ha godtagit ett påbud genom passivitet. En klausul i form av avtalat skriftkrav bör däremot ges viss betydelse vid tolkningen av innebörden av en parts agerande, vilket framgår enligt NJA 2015 s. 186. Därmed ges en motpart fortfarande utrymme att åberopa skriftkravet för det fall att den uppsägande parten skulle hävda att uppsägning skett på annat sätt än skriftligen.

NJA 2015 s. 186 bekräftar bl.a. att domstolen i svensk rätt inte är benägen att strikt tillämpa texttroga tolkningar utan tar stor hänsyn till parternas ageranden och uppfattningar som uppstår till följd av dessa. Fallet visar även att den gemensamma partsavsikten inte direkt sätts i fokus i och med tillämpningen av det lagstadgade formkravet, men att parter ytterst förfogar över sitt avtal genom sina handlingar. De är varken helt bundna av sitt egna utformade skriftkrav eller av lagens skriftkrav. Det är emellertid tydligt att det krävs mer för att frånfalla ett lagstadgat skriftkrav än ett avtalat sådant när det gäller konkludenta handlingar eftersom skriftligt godkännande krävs och båda parter kan åberopa formbrist. Utfallet i målet bör dock ses mot bakgrund av fastighetsrättens område. Resultatet hade troligtvis varit ett annat i en situation vid avsaknad av tillämplig lag eller vid avsaknad av parternas avtalade skriftkrav.

4 Centrala lagregler rörande passivitet

4.1 Inledning

Situationer i vilka passivitet får rättsföljder har i flera sammanhang varit föremål för lagstiftning. Gemensamt för dessa passivitetsregler är att de föreskriver ett krav på en parts aktivitet inom en viss angiven tid för att inte en rättsverkan i form av bundenhet eller rättighetsförlust ska aktualiseras gentemot en motpart.

4.2 Passivitet vid ingångna avtal

4.2.1 Allmänt

De tre passivitetsnormerna nedan föreskriver passivitetsverkningar som medför rättighetsförlust. De föreskriver antingen uttryckliga eller bedömningsbaserade frister inom vilka en part kan åberopa en rätt för att bevara den. Passivitet i samband med preskription och preklusion innebär följden förlust av en rättighet. Vid passivitet i fråga om reklamation kan en förlust av rätten att åberopa ett anspråk även i sin tur leda till avtalsbundenhet.

4.2.2 Preskription

Preskription innebär att en aktiv handling måste företas inom en viss angiven tid för att ett anspråk på en fordran inte ska gå förlorad. Preskription är enligt Cervin den enklaste och mest rena typen av aktivitetsregel eftersom i allmänhet enbart tidsfristen regleras.¹⁴⁰ PreskL föreskriver verkningarna av preskription i fråga om fordringar. Preskriptionsbestämmelser syns även i flera andra lagrum som utgör speciallagstiftning.¹⁴¹ En fordran är ett rättsligt anspråk som en part har mot en annan och kan grunda sig i ett avtal. Den allmänna preskriptionstiden följer av 2 § PreskL och är bestämd till tio år. För det fallet att en borgenär förhåller sig passiv och inte gör sitt anspråk gällande mot en gäldenär inom 10 år från det att fordran uppstått, preskriberas dennes fordran gentemot gäldenären och rätten att kräva ut fordran går förlorad.¹⁴² Gör borgenären fordran gällande inom tio år, genom aktivitet, bryts även

¹⁴⁰ Cervin (1960) s. 17 f.

¹⁴¹ Se exempelvis 4 kap. 19 b § JB där det framgår att en köpares fordran på grund av fel preskriberas efter tio år efter det att köparen tillträtt fastigheten. Även denna preskriptionstid går att bryta enligt samma princip som gäller för 6 § preskriptionslagen. Även 32 § KöpL utgör en preskriptionsbestämmelse. Preskriptionsbestämmelser syns även i flera andra lagrum.

¹⁴² Se 8 § PreskL.

preskriptionen och en ny preskriptionstid börjar löpa från dagen för avbrottet, se 6 § PreskL. Generellt kan sägas att en preskriptionsregel som är en rättsregel eller avtalsnorm innebär en föreskrift om att borgenären förlorar sin rättighet en viss tid efter att rättigheten uppstått eller gjorts gällande. Det är alltså för en preskriptionsregel nödvändigt att det rör sig om en rättighetsförlust som är villkorad av att viss tid löpt efter dess uppkomst.¹⁴³

Ändamålet med preskriptionsregler är att stadga en frist för möjligheten att göra anspråk gällande för att ge parter en möjlighet att överblicka sin situation och riskexponering. Det handlar om att möjliggöra för en part att kunna lita på att motparten, som förhåller sig passiv under en lång tid, inte kommer göra anspråk gällande och att prestationerna då anses vara slutligt godkända.¹⁴⁴ Ett syfte med preskriptionsreglerna beskrivs även vara grundat i ett *klargörandeintresse* för en gäldenär att bli informerad om en fordran som denne möjligen glömt. Ifall klargörande inte sker inom given tid går borgenären miste om sin rätt till en fordran med hänsyn till att gäldenären inrättat sig efter att fordran inte finns.¹⁴⁵

4.2.3 Preklusion

Preklusionsregler är lika preskription i det avseendet att de också föreskriver en förlust av rättighet som rättsföljd. Skillnaden är att rättighetsförlust genom preklusion inte nödvändigtvis sker på grund av att en viss tid löpt sedan en rättighet blivit gällande. Rättighetsförlust genom preklusion kan ske på grund av andra omständigheter, så som underlåten reklamation eller att en tidsfrist som särskilt bestämts genom exempelvis myndighetsbeslut löpt ut.¹⁴⁶ Enligt preklusionsregler fordras generellt en parts aktivitet inom en viss angiven tid för att undvika förlust av en rättighet. Om detta inte görs riskerar parten att förlora rätten till att senare göra sina rättigheter gällande.¹⁴⁷ Preklusion har berörts i samband med oskrivna passivitetsnormer i flera fall från HD.¹⁴⁸

4.2.4 Reklamation

Reklamation innebär en åtgärd att meddela en motpart om en vilja eller uppfattning som innebär att man intar en viss rättslig ståndpunkt. Reklamationen utgör även en rättsbevarande handling som möjliggör för en part att göra invändningar och behålla rätten till anspråk i ett avtalsförhållande. Reklamationsplikten har en handlingsdirigerande funktion genom att den ålägger parter att meddela varandra om det uppstår en oenighet i ett avtalsförhållande för att därigenom skapa klarhet och behålla sin rätt till

¹⁴³ Arvidsson och Samuelsson (2018) s. 203 f.

¹⁴⁴ Ramberg (1996) s. 46.

¹⁴⁵ Lindskog (2017) s. 56 f.

¹⁴⁶ Arvidsson och Samuelsson (2018) s. 203 f.

¹⁴⁷ Ramberg (1996) s. 43.

¹⁴⁸ Se nedan avsnitt 6.4.

anspråk.¹⁴⁹ Reklamationsregler liknar preskriptionsregler men skiljer sig på så vis att de inte föreskriver en konkret och absolut bestämd frist. Reklamationens frist bestäms utifrån både objektiva och subjektiva omständigheter och den är tillämplig på flera rättsområden. Rättsföljderna av underlåten reklamation kan vara både förlust av rättighet, exempelvis rätten till påföljdsanspråk, men också bindning beroende på om det rör sig om reklamationsplikt i ett redan ingånget avtal eller reklamationsplikt vid avtalsslut.¹⁵⁰

Intressena och funktionerna bakom reklamationsplikten är flera. De utgörs bl.a. av ett skadebegränsningsintresse, lojalitetshänsyn, intresset mot spekulation på motparts bekostnad och ett klagörandeintresse genom en godkännandekonstruktion som har att göra med tillitsprincipen.¹⁵¹ Följden av underlåten reklamation genom passivitet blir en förlust att göra ett anspråk gällande vilket leder till rättsförlust och i vissa fall till avtalsbindning. En försummad reklamation kan påverka tolkningen av ett avtal mellan parter.¹⁵² Det finns ingen enhetlig reglering som framställer en allmän princip om följderna av försummad reklamation. Enligt C. Ramberg bidrar detta till en ovisshet om vilka rättsverkningarna är när det inte framgår av lagtext. Cervin framhåller emellertid att det, enligt motiven till de lagrum där reklamation finns föreskrivet, framgår att det varken skulle vara lämpligt eller praktiskt möjligt att uppställa övergripande reklamationsregler. Istället överlämnas det åt rättstillämparen att avgöra i vilka situationer reklamationsskyldighet kan tänkas föreligga.¹⁵³

Enligt C. Ramberg har reklamationen olika betydelse avseende passivitet *in contrahendo* (vid avtals ingående) och passivitet *in contractu* (i rådande avtalsförhållanden). En reklamationsskyldighet *in contrahendo* är enligt C. Ramberg mer känslig än en reklamationsskyldighet *in contractu*. Att ålägga en part reklamationsskyldighet *in contrahendo* syftar främst till att verka som ett incitament för klagörande av en parts vilja med hänsyn till tillitsprincipen men även för att motverka spekulation.¹⁵⁴ Reklamationsskyldigheten *in contractu* grundar sig möjligtvis även i en lojalitetsplikt vid sidan av tillitsprincipen. Det finns ett skyddsintresse för att en part som inrättat sig efter ett rättsförhållande ska kunna ha tillit till att det består. Anspråk på grund av avvikelse ska alltså ur denna synvinkel inte kunna göras under obegränsad tid.¹⁵⁵

¹⁴⁹ Cervin (1969) s. 19 f.; Ramberg (1996) s. 13.

¹⁵⁰ Ramberg (1996) s. 13, 45; Cervin (1960) s. 21; Nedan följer några bestämmelser i AvtL där en reklamationsplikt med bindning som rättsföljd finns reglerad.

¹⁵¹ Se Ramberg (1996) kapitel 2, samt s. 35 ff.

¹⁵² Jämför redogörelsen för dolusregeln ovan under avsnitt 3.4.

¹⁵³ Cervin (1960) s. 21.; Ramberg (1996) s. 141.

¹⁵⁴ Se nedan avsnitt 4.3.2 och 4.3.3.

¹⁵⁵ Ramberg (1996) s. 37.

4.3 Passivitet vid avtals ingående

4.3.1 Allmänt

I AvtL utmärker sig tre paragrafer som reglerar passivitetsverkningar vid avtals ingående och föreskriver passivitetsverkningar som medför bindning. Tankegången och intresseavvägningarna bakom lagstiftandet av dessa passivitetsregler kan utläsas ur ordalydelsen men också ur förarbeten. Karlgren utgår i sin studie om passivitet från just dessa tre paragrafer, vilka kommer att redogöras för i det följande.

4.3.2 4 § AvtL

I 4 § första stycket AvtL regleras situationen då en anbudstagare återkommer med en ren accept till anbudsgivaren, men för sent.¹⁵⁶ Med ren accept avses en accept som till innehållet motsvarar anbudet och därmed är utan ändring. Det faktum att accepten ges utanför en given tidsfrist medför enligt nämnda bestämmelse att denna ska gälla som ett nytt anbud. Detta innebär en omkastning av anbudsgivare och anbudstagare.¹⁵⁷ Bestämmelsens andra stycke reglerar situationen då en anbudstagare avgett en ren accept för sent, men utgår från att den är avgiven i rätt tid. Anbudstagaren tror då felaktigt att avtal är slutet i och med den avgivna accepten. Om anbudsgivaren i denna situation inser eller måste inse anbudstagarens villfarelse, uppstår en plikt för anbudsgivaren att utan oskäligt uppehåll meddela motparten om dennes felaktiga uppfattning. Underlåter anbudsgivaren att meddela blir denne genom sin passivitet bunden av avtalet.

I andra stycket föreligger subjektiva rekvisit för att reklamationsplikten ska aktualiseras. Detta innebär att anbudsgivaren *inser eller måste inse* att anbudstagaren är i *villfarelse* om att accept inkommit i rätt tid, och därigenom tror att avtal ingåtts. Är rekvisiten uppfyllda följer en skyldighet för anbudsgivaren att undanröja anbudstagarens missuppfattning för det fall att anbudsgivaren inte önskar bli bunden av accepten, som egentligen utgör ett nytt anbud.¹⁵⁸ Motivet bakom denna reklamationsplikt är att anbudsgivaren vid avsaknaden av en sådan skulle tillåtas spekulera på anbudstagarens bekostnad (genom att agera i kvalificerat ond tro).¹⁵⁹ Av detta följer att om anbudsgivaren *inte* måste inse anbudstagarens missuppfattning åläggs denne inte heller någon reklamationsplikt. Då föreligger inte heller någon möjlighet för denna part att spekulera i ond tro eftersom insikt om villfarelsen saknas. Anbudsgivarens

¹⁵⁶ Acceptfristens längd kan vara bestämd, 2 § AvtL, eller legal, 3 § AvtL.

¹⁵⁷ Förslag (1914) s. 46.

¹⁵⁸ Karlgren (1965) s. 81.

¹⁵⁹ Förslag (1914) s. 47.

insikt bedöms genom både en subjektiv och objektiv tolkning.¹⁶⁰ Anbudstagarens villfarelse behöver inte nödvändigtvis grunda sig i utomstående omständigheter som kan tolkas objektivt, utan kan även grundas i anbudstagarens egna subjektiva missförstånd. Detta eftersom det inte krävs att anbudstagaren har fog för sin uppfattning utan enbart att denne är i subjektiv god tro.¹⁶¹ Att avgöra när anbudsgivarens reklamationsplikt föreligger, dvs. när denne måste inse motpartens misstag, är enligt Karlgren problematiskt när anbudstagarens villfarelse grundar sig i ett culpöst missförstånd från dennes sida.¹⁶²

4.3.3 6 § AvtL

6 § AvtL liknar till stor del 4 § AvtL. Skillnaden består i att denna bestämmelse reglerar situationen när anbudstagaren, istället för att missta sig om acceptfristens längd, misstar sig om själva anbuds innehållet. Anbudstagaren svarar inom acceptfristen men med en oren accept, som alltså innehåller någon form av modifiering av anbuds innehållet. Enligt 6 § första stycket ska en accept som ändras av anbudstagaren ses som ett avslag på det ursprungliga anbudet förenat med ett nytt. I likhet med 4 § kastas anbudsgivare och anbudstagare om, eftersom grundidén för att ett avtal ska komma till stånd kräver ett utbyte av sammanstående viljeförklaringar.¹⁶³

6 § andra stycket innehåller ett undantag från första styckets huvudregel och statuerar subjektiva rekvisit. De subjektiva rekvisiten som innebär att anbudsgivaren inser eller måste inse anbudstagarens villfarelse tar sikte på insikten om villfarelsen av själva anbuds innehållet. Detta stycke utgör det Karlgren kallar en dissensregel i den meningen att överensstämmelse mellan anbud och accept inte föreligger.¹⁶⁴ För att reklamationsplikten ska bli aktuell krävs att anbudsgivaren är i kvalificerat ond tro, dvs. inser motpartens villfarelse avseende acceptens innehåll i förhållande till anbudet. Om anbudsgivaren därefter underlåter att utan oskäligt uppehåll meddela motparten om detta, följer passivitetsverkan i form av avtalsbindning. För regelns tillämplighet krävs även att anbudstagaren subjektivt utgått från att accepten är ren, dock behöver denne inte ha fog för sin uppfattning om anbudsgivaren är dolös (dvs. har en avsikt i ond tro).¹⁶⁵ Om anbudstagaren är medveten om att accepten är oren får anbudsgivarens passivitet inte bindande verkan eftersom reklamationsplikt då inte föreligger.¹⁶⁶ För att anbudsgivarens passivitet inte ska medföra bindande verkan krävs därmed antingen att anbudstagaren *inte* är i

¹⁶⁰ Munukka, Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 4 §, Lexino 2012-11-23, avsnitt 3.2. Jämför ovan kapitel 3.

¹⁶¹ Heidbrink (2007) s. 688. Jämför ovan avsnitt 3.4.

¹⁶² Karlgren (1965) s. 81 ff.

¹⁶³ Förslag (1914) s. 49.

¹⁶⁴ Karlgren (1965) s. 48.

¹⁶⁵ Lehbreg (2006) s. 92; Jämför ovan avsnitt 3.4.

¹⁶⁶ Karlgren (1965) s. 45, 50 f.

villfarelse i subjektiv god tro, eller att anbudsgivaren *inte* måste inse anbudstagarens villfarelse (dvs. att denne är i god tro eller i vart fall inte i kvalificerat ond tro).¹⁶⁷ Båda subjektiva rekvisit behöver följaktligen vara uppfyllda för andra styckets tillämplighet.¹⁶⁸

I likhet med vad som gäller för passivitetsverkan enligt 4 § framgår det ur motiven till denna bestämmelse ett syfte att hindra en avtalspart från att spekulera på motpartens bekostnad.¹⁶⁹ Motivet bakom reklamationsplikten i 6 § andra stycket grundar sig i ohederligt utnyttjande av en motparts villfarelse avseende *innehållet* i en rättshandling, som innebär dissens mellan parternas viljor. Passivitetsverkan innebär avtalsbindning om anbudsgivaren förhåller sig passiv och underlåter att uppfylla sin klagörandeplikt. Avtalet blir då en sorts sanktion i det avseendet att den passive mot sin vilja kan bli bunden i ett avtalsförhållande.¹⁷⁰ Detta motiv grundar sig i rättspolitiska överväganden som resulterar i en reklamationsplikt för att skapa incitament för den part som anses vara lämpligast, dvs. anbudsgivaren, att klargöra en situation där missförståelser kring ett rättsförhållande råder.¹⁷¹ Däremot har de två subjektiva rekvisiten avseende oren accept blivit föremål för kritik. En fråga som uppstår är varför anbudsgivaren, som måste inse att accepten är oren, ska behöva utgå ifrån att anbudstagaren inte inser samma sak.¹⁷²

Det finns subjektiva och objektiva begränsningar av denna bestämmelse som är värda att förtydliga. Passivitetsverkan är begränsad till att gälla både när anbudsgivaren har eller måste ha insikt om anbudstagarens feltolkning av anbudets innehåll, och när anbudstagaren är i subjektiv god tro, vilket utgör begränsningar av subjektiv karaktär.¹⁷³ Dessa subjektiva begränsningar gör enligt Karlgren i sin tur gällande en objektiv begränsning som innebär att anbudstagarens missförstånd om innehållet inte kan vara hur avvikande som helst för att passivitet ska kunna medföra rättsverkan. För anbudstagaren krävs enbart subjektiv god tro om sin uppfattning, parten behöver inte ha fog för denna.¹⁷⁴ Skulle däremot anbudstagarens missuppfattning om anbudets och acceptens innehåll vara så grov att det inte rimligtvis föreligger skäl att godta dennes uppfattning, blir anbudsgivaren fri från bundenhet genom passivitet eftersom reklamationsplikt då inte kan anses föreligga. Vid en uppenbar dissens måste det förutsättas att anbudstagaren själv inser sitt misstag. Denna objektiva begränsning gäller oberoende om anbudsgivaren subjektivt tror att

¹⁶⁷ Lehrberg (2006) s. 90 ff.

¹⁶⁸ Karlgren (1965) s. 41. Jämför ovan avsnitt 3.4.

¹⁶⁹ Förslag (1914) s. 50.

¹⁷⁰ Arvidsson och Samuelsson (2007) s. 22. Avtalets egenskap av sanktion gäller även avseende 4 § och 9 §.

¹⁷¹ P. Björkdal (2013/14), s. 240.

¹⁷² Ramberg och Ramberg (2016) s. 97.

¹⁷³ Karlgren (1965) s. 40, 46.

¹⁷⁴ Lehrberg (2006) s. 91.

anbudstagaren är i god tro och samtidigt förfar passivt, vilket vid oväsentlig dissens skulle leda till bundenhet.¹⁷⁵

Karlgren argumenterar för en utvidgning av regeln genom en analogi som innebär att en klargörandeplikt borde åläggas anbudstagaren om denne inser sitt misstag efter att den orena accepten avgetts, och samtidigt inser att anbudsgivaren inte förstått dennes feltolkning. Analogin försvåras något av att accepten som sådan inte kräver någon ytterligare accept. Vidare finner Karlgren möjlighet att utvidga 6 § andra stycket till situationen då en avsändare enbart sänder en uppfordran till ett anbud till en mottagare, men mottagaren felaktigt uppfattar denna som ett anbud. Även i det läget bör enligt Karlgren avsändaren åläggas en klargörandeplikt när denne måste inse motpartens villfarelse för att undvika avtalsbindning.¹⁷⁶

Karlgren framhäver en tolkning av vad som utgör *utan oskäligt uppehåll* i fråga om när en anbudsgivare ska reklamera för att undgå passivitetsverkan. Om en accept blir till nytt anbud enligt 4 § och 6 § första stycket är fristen för svar enligt 3 § *skälig betänketid* medan fristen enligt 4 § och 6 § andra stycket samt 9 § andra meningen är *utan oskäligt uppehåll*. Uttrycket *utan oskäligt uppehåll* kan tolkas som *utan betänkande*.¹⁷⁷ Anbudsgivaren har med denna tolkning enligt andra stycket en kortare frist för reklamation av den orena accepten än om den skulle bedömas som ett nytt anbud enligt första stycket. Karlgren ifrågasätter skälen till denna last som åläggs anbudsgivaren och ställer sig frågande till varför en anbudsgivare inte skulle ha tid på sig att begrunda om denne vill acceptera avtalet i dess ändrade skick enligt 6 § andra stycket.¹⁷⁸

4.3.4 9 § AvtL

Den tredje bestämmelsen i AvtL som föreskriver passivitetsverkan är 9 §. Enligt denna bestämmelse föreskrivs i första meningen att ett anbud som innehåller markering om att det är ”utan förbindelse”¹⁷⁹ enbart ska uppfattas som en uppfordran till ett anbud. En uppfordran ska ses som ett meddelande som förmedlar en önskan om att mottagaren vid ett senare tillfälle ska skicka ett anbud med samma innehåll som avsändarens uppfordran.¹⁸⁰ Ett anbud innebär ett antagande om att ett avtal kommer till stånd efter att anbudet besvaras med en accept, utan ytterligare viljeförklaringar från anbudets avsändare. Genom att

¹⁷⁵ Karlgren (1965) s. 45 f., 89.

¹⁷⁶ Ibid. s. 188 ff. Denna kombination mellan 6 § andra stycket och 9 § AvtL diskuteras i Håstads tillägg till NJA 2006 s. 638, se nedan kapitel 5.

¹⁷⁷ Karlgren (1965) s. 64.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Kan uttryckas som ”utan obligo” eller på liknande sätt.

¹⁸⁰ Munukka, Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 9 §, Lexino 2012-11-23, avsnitt 3.2.

uttrycka att anbudet är ”utan förbindelse” lägger avsändaren till ett krav på ytterligare avstämning från dennes sida.¹⁸¹

Samtidigt som det i första meningen föreskrivs att en avsändare vid blott en uppfordran till anbud inte kan bli bunden av ett avtal föreskrivs i andra meningen att avtalsslut ändå kan ske utan ytterligare viljeförklaring från den ursprungliga avsändaren. Passivitetsregeln i andra meningen gör alltså avsteg från möjligheten till förbehåll enligt första meningen vilket enligt Vahlén främst är motiverat av handelsrätten.¹⁸² Förutsättningen för detta undantag är att mottagaren inom rimlig tid efter att ha fått uppfordran återkommer med ett anbud som svar på avsändarens uppfordran och att anbudet till innehållet är det samma som uppfordran. Det krävs även att avsändaren måste inse att mottagarens anbud framkallades av avsändarens uppfordran. I likhet med 4 § andra stycket och 6 § andra stycket, aktualiseras här en reklamationsplikt som åligger den anbudstagaren, tillika tidigare avsändare. Om anbudstagaren inte önskar bli bunden av anbudsgivarens, tillika tidigare mottagare, anbud krävs att denne utan oskäligt uppehåll lämnar motparten meddelande om detta. I annat fall uppstår avtalsbindning till följd av anbudstagarens passivitet.

Även för denna regel föreskrivs ett subjektivt rekvisit som avser anbudstagarens insikt om att anbudet uppstått som en följd av densammes uppfordran.¹⁸³ Det handlar alltså inte om ett subjektivt rekvisit som tar sikte på mottagarens insikt om motpartens villfarelse utan enbart en insikt om att anbudet framkallades av dennes uppfordran. Bindning uppstår alltså inte direkt eftersom det inte handlar om avsändarens tro om att avtal kommit till stånd genom en accept. Bindning aktualiseras istället först efter att mottagaren förhållit sig passiv.¹⁸⁴ Eftersom anbudsgivarens villfarelse inte för denna bestämmelse har betydelse, krävs det inte heller någon bedömning av anbudsgivarens insikt om motpartens villfarelse. Enbart den tid inom vilken anbudet når anbudstagaren efter att uppfordran avgetts beaktas. På detta vis skiljer sig denna regel från 4 § och 6 § AvtL.¹⁸⁵

4.4 Analys

Som redan påpekats innebär preskription och preklusion att passivitet i första hand medför verkningar i egenskap av rättsförluster att göra anspråk gällande. En för sen eller underlåten reklamation kan medföra en rättsförlust, men kan även leda till avtalsbindning enligt AvtL:ens passivitetsbestämmelser. Reklamationsplikten har då en handlingsdirigerande funktion.

¹⁸¹ Karlgren (1965) s. 84; Förslag (1914) s. 58.

¹⁸² Vahlén (1964) s. 371 f.; Karlgren (1965) s. 87.

¹⁸³ Jämför ovan avsnitt 3.4.

¹⁸⁴ Munukka, Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 9 §, Lexino 2012-11-23, avsnitt 3.2.

¹⁸⁵ Karlgren (1965) s. 88.

Preskriptionsbestämmelser är utformade på ett mer tekniskt sätt än de i AvtL eftersom de enbart stadgar ett tidsrekvisit och inga subjektiva rekvisit vid bedömningen av passivitetsverkan. Preklusion är något mer överlappande och kan innebära en rättighetsförlust till följd av att en part inte reklamerat i tid eller till följd av att en bestämd tidsfrist löpt ut.

Reklamationsplikten eller klargörandeplikten förekommer i alla tre nämnda passivitetsbestämmelser i AvtL. Aktualiseringen av reklamationsplikten kräver en helhetsbedömning med hänsyn till dolusregeln eftersom bedömningen grundar sig på subjektiva rekvisit - vad en part måste inse och motpartens villfarelse i subjektiv god tro. Däremot följer även en objektiv begränsning av de subjektiva rekvisiten. Avseende bedömningen av när anbudsgivaren måste inse motpartens misstag enligt 4 § andra stycket AvtL kan det ifrågasättas hur långt anbudsgivarens undersökningsplikt om motpartens uppfattning går när anbudstagarens villfarelse grundar sig i ett culpöst missförstånd. Vad gäller 6 § andra stycket blir också bedömningen av när anbudsgivarens klargörandeplikt aktualiseras ytterst styrd av den objektiva begränsningen som gör sig gällande vid orimligt grov dissens. Vad som utgör subjektiv god tro hos anbudstagaren enligt dolusregeln innebär enligt min uppfattning anbudstagarens faktiska uppfattning om att accepten är ren, oberoende av vad en utomstående förnuftig person skulle uppfattat i samma situation. Det måste däremot rimligen finnas en gräns till denna subjektiva goda tro som utgörs av en objektiv bedömning mot vad som är rimligt att uppfatta, som även Karlgren påpekar. En parts subjektiva uppfattning kan i min mening i vissa fall svårligen bedömas helt isolerad från jämförelser av objektivt slag. Enligt dolusregeln i 6 § andra stycket AvtL torde alltså inte en anbudsgivares insikt enligt min mening enbart bedömas mot vad denne måste inse om anbudstagarens subjektiva goda tro utan även mot vad anbudstagaren ytterst har fog för att uppfatta efter en objektiv tolkning. Detta medför att en oren accept som till innehållet innebär orimligt stor dissens, inte rimligtvis kan leda till bundenhet genom anbudsgivarens passivitet. Anbudstagaren kan då inte ha fog för sin uppfattning och vara i god tro. Däremot är det svårare att bedöma situationen vid en mindre dissens. Eftersom syftet med bestämmelserna är att motverka spekulation, sänks kravet till en anbudstagares subjektiva goda tro för att motverka dolösa förfaranden från en anbudsgivares sida. Att detta gäller är i min uppfattning också skäligt när det är svårt att objektivt bevisa en befogad uppfattning.

Enligt passivitetsreglerna i AvtL tillåts passivitet som icke-handling utgöra ett avtalsgrundande rättsfaktum som leder till avtalsbundenhet, oberoende av en parts faktiska bindningsvilja. Om avtalsslut är för handen bedöms enligt dolusregeln. Om insiktskravet enligt dolusregeln är uppfyllt åläggs anbudsgivaren en reklamationsplikt. Enligt passivitetsbestämmelserna i AvtL följer avtalsbindning, som kanske sker mot en parts egentliga vilja, av försummad reklamation. Det övergripande syftet med ovan beskrivna passivitetsregler är att underlätta och stimulera avtalsslut genom att ta hänsyn

till olika omständigheter och rättspolitiska överväganden.¹⁸⁶ Ett intresse som väger tungt och framgår ur AvtL passivitetsbestämmelser är skyddsintresset för en anbudstagare mot anbudsgivarens spekulation. Detta kan sägas ge uttryck för en lojalitetsprincip. Denna tanke kan även sägas gå i linje med avtalets huvudfunktion som är att främja den ekonomiska omsättningen.¹⁸⁷ 9 § AvtL, som enligt Vahlén är särskilt motiverad av handelsrätten, tyder på en önskad effektivitet och smidighet vid avtalsbindning som också går i linje med avtalets huvudfunktion. En intresseavvägning som kan skönjas ur alla tre av AvtL passivitetsbestämmelser är balansgången mellan att ge viljeprincipen utrymme och samtidigt skydda parter mot spekulation med dolusregeln, för att på bästa sätt stimulera avtalsbildning genom att skydda den part som anses vara mest skyddsvärd.

Reklamationsfristen är till skillnad från preskriptionsbestämmelserna inte bestämd. Den kan variera beroende på omständigheterna i det enskilda fallet och en bedömning torde behöva göras utifrån både subjektiva och objektiva beaktanden. Att fristen för reklamation *utan oskäligt uppehåll* tolkas som kortare än fristen för en vanligt accept, *skälig betänketid*, kritiserar emellertid av Karlgren. Han ifrågasätter varför en part inte ges någon tid för att avgöra om denne önskar acceptera en oren accept.¹⁸⁸ Om en velande part vill fundera på om denne vill binda sig till en oren accept är det enligt min uppfattning lämpligare att låta parten reklamera i tid och friskriva sig eventuell oönskad bindning. Ingenting hindrar ju parten att sedermera avsända ett nytt anbud med samma innehåll som motparten avsänt genom en oren accept. Att motparten sedan kanske inte längre är intresserad är en risk som parten får stå mot att denne fredas från möjlig oönskad bindning. Enligt min uppfattning skulle en längre frist för reklamation enligt 4 § och 6 § andra stycket ge utrymme för spekulation på motpartens bekostnad vilket skulle motverka bestämmelsernas egentliga syfte. Det handlar om en avvägning av intressen. Enligt 9 § förefaller kravet på svar utan oskäligt uppehåll naturligt eftersom bindning sker först efter mottagarens passivitet. För att bryta denna torde meddelande rimligen behöva avges skyndsamt. Det skulle vara ologiskt om bindning, som sker efter att en part förhållit sig passiv, kunde uppstå samtidigt som bindningen kunde brytas genom en reklamation.

Det är mot bakgrund av passivitetsbestämmelserna i AvtL viktigt för en anbudsgivare att vara uppmärksam och agera skyndsamt för att minimera risken att bli bunden av ett avtal mot sin egentliga vilja. Större skada vid bundenhet mot en anbudstagares vilja verkar föreligga när accepten är oren enligt 6 §. Då förändras anbudets innehåll och kanske medför avgörande ändringar ur anbudsgivarens perspektiv. Att en accept enbart inkommit för sent enligt 4 §

¹⁸⁶ Karlgren (1965) s. 47 f.; P. Björkdahl (2013/14) s. 240.

¹⁸⁷ Se Adlercreutz m.fl. (2016) s. 19.

¹⁸⁸ Jämför ovan avsnitt 4.3.3.

och leder till bindning ändrar kanske inte i första hand anbudsgivarens vilja att binda sig mot bakgrund av själva innehållet. Dock kan inställningen till innehållet förändras efter lång tid. Däremot kan en försenad accept inte rimligtvis vara hur sen som helst eftersom en anbudstagare då får svårigheter med att hävda en god tro om att accepten inkommit i tid. I min mening förefaller den avvägning mellan anbudsgivares och anbudstagares ansvar för att klargöra en situation som rimlig med beaktande av spekulationsargumentet. Däremot förefaller Karlgrens idé om att ålägga även anbudstagaren en reklamationsplikt som intressant men överksam, eftersom ingen direkt sanktion följer av en försummad plikt för anbudstagaren.

I en artikel från 2011 framför Christina Ramberg skarp kritik mot utformningen av AvtL. Eftersom lagen utformades för över hundra år sedan finns det enligt Ramberg en rad anledningar till att modernisera dess innehåll. Det finns enligt henne behov av en anpassning till dagens affärliv för att lagen ska bli mer lätthantering för praktiserande jurister. Artikeln innehåller ett förslag till en ny avtalslag som bygger på Rambergs samlade avtalsrättsliga studier. I denna finns bl.a. en passivitetsföreskrift där huvudregeln om att enbart passivitet inte kan ge upphov till avtalsbundenhet förtydligas. Några av de allmänna principerna som utvecklats genom doktrin och praxis (tillitsprincipen och lojalitetsprincipen) och principer som visat sig vara betydande för avtalstolkning och tolkning av passivitet återfinns också i det föreslagna regelverket.¹⁸⁹ Detta privatutkast till en ny avtalslag utgör inte en rättskälla, men artikeln lyfter frågan om att behov för en uppdatering kan tyckas finnas, främst för att göra regelverket tydligare i förhållande till utvecklingen genom praxis och mer lätthanterligt. Det förefaller i min mening klokt att se över utformningen av passivitetsbestämmelserna i AvtL. Goda skäl talar i mina ögon för att i lag integrera och förtydliga de allmänna rättsprinciper som genomsyrar tankarna bakom passivitetsbestämmelserna. En översyn av regelverket skulle kunna medföra ett underlättande för parter att hantera och förutse bl.a. möjliga passivitetsverkningar.

¹⁸⁹ Ramberg (2011) SvJT s. 32 ff. Se även Christina Rambergs hemsida.

5 Passivitet vid avtalsbekräftelser

5.1 Inledning

För frågan om passivitetsverkningar vid avtalsbekräftelser återfinns en särskilt intressant bestämmelse i HagL. Denna faller inom den speciella avtalsrätten som inte direkt är föremål för förevarande arbete, men bestämmelsen har i NJA 2006 s. 638 behandlats på ett betydelsefullt sätt även ur ett mer allmänt avtalsrättsligt perspektiv. Bestämmelsens eventuella utvidgning till en allmän rättsgrundsats har även diskuterats i doktrinen. Prejudikatet behandlar främst passivitetsverkan i form av presumtionsverkan. En utförlig förklaring av rättsläget men också passivitetsverkan baserat på en kombination av 6 § och 9 § AvtL framgår enligt Håstads tillägg till domen, vilket också är av intresse för detta arbete.

5.2 21 § HagL

I 21 § HagL föreskrivs passivitetsverkan när en näringsidkande tredje man förhandlat med en agent varpå tredje man erhållit ett meddelande från huvudmannen om bekräftelse av avtal eller antagande av anbudet som agenten skickat. Om tredje man då anser att avtal inte är slutet eller att anbud antingen inte är avgivet eller felaktigt återgivet, ska denne utan oskäligt uppehåll meddela huvudmannen om detta. Om tredje man underlåter att meddela huvudmannen utan oskäligt uppehåll och inte kan visa att meddelandet är felaktigt anses denne ha ingått ett avtal enligt det av huvudmannen påstådda innehållet.¹⁹⁰

5.3 NJA 2006 s. 638

I NJA 2006 s. 638 bedömdes frågan om passivitetsverkan vid mottagande av en avtalsbekräftelse. De två parterna i målet, ett landsting (Landstinget) och ett bolag (Bolaget) hade efter en tids tvist angående ersättning för Bolagets utförda arbete kommit överens om att en förlikningsöverenskommelse skulle nås. Förlikningsdiskussioner fördes under hösten år 2000 och parterna hade den 20 december samma år träffats och förhandlat förlikningen. Bolaget menade att parterna vid detta senaste möte ingått ett avtal som var villkorat av att

¹⁹⁰ 21 § lagen om handelsagentur motsvarar tidigare 82 § lag (1914:45) om kommission. Bl.a. Karlgren studerar i *Passivitet* (1965) 82 § lag om kommission och undersöker möjligheterna för en analog tillämpning av denna. Just denna studie analyseras däremot inte närmre i förevarande arbete.

Landstinget senast den 31 december kunde framföra invändningar.¹⁹¹ Landstinget bestred att sådant avtal hade ingåtts. Den 29 december hade Landstinget kontaktat Bolaget via e-post och bett det att upprätta ett avtalsförslag mot bakgrund av tidigare förhandlingar. Bolaget översände därefter, den 15 januari, via e-post ett dokument som benämndes ”slutlig överenskommelse” samt tillhörande missiv med två exemplar ”för underskrift”.¹⁹² Landstinget svarade inte på detta och Bolaget lyckades först efter ett antal månader (i maj månad) få tag på ansvariga personer på Landstinget. Då hävdade Landstinget att något avtal inte hade kommit till stånd.

HD dömde i fallet att Landstingets passivitet hade lett till avtalsbundenhet. De avgörande grunderna som HD lyfter för bundenhet är de följande:

- mottagaren av meddelandet ska vara en *näringsidkare*
- mottagaren ska ha *förhandlat* med avsändaren
- mottaget dokument ska innehålla *en bekräftelse av ett påstått avtal* (detta framgick i målet av uttrycket ”för underskrift” i missivet till den slutliga överenskommelsen)
- mottagaren har inte *reklamerat innehållet i meddelandet utan oskäligt uppehåll*
- mottagaren *kan inte visa att avtal inte ingåtts*

De i målet framförda punkterna synes i stort vara de samma som rekvisiten i 21 § HagL.¹⁹³ Johnny Herre uttrycker sig positivt till HD:s klagörande av rättsläget genom detta prejudikat. De fem punkter som utgör grund för en passivitetsbedömning ger uttryck för en allmän rättsgrundsats om passivitetsverkan vid avtalsbekräftelser, vilket innebär att 21 § HagL getts analog verkan.¹⁹⁴ Både Herre och Edlund påpekar att prejudikatet medför skäl för parter att i praktiken inta större försiktighet vid utdragna förhandlingar om vilka meddelanden från motparter som kan anses utgöra påstådda bekräftelser på ingångna avtal. Reaktion krävs utan oskäligt uppehåll för att undvika presumtionsverkan till följd av passivitet i linje med prejudikatet.¹⁹⁵

Det första rekvisitet innebär en markering att passivitetsverkan enligt denna rättsgrundsats inte ska påverka privatpersoner som huvudsakligen är utanför näringsidkarbegreppet på samma sätt som näringsidkare. Bevisbördan för det andra rekvisitet som innebär kravet på att förda förhandlingar skett, åligger

¹⁹¹ NJA 2006 s. 638 (s. 647).

¹⁹² Ibid. (s. 646).

¹⁹³ Domstolen refererar till 21 § HagL och till NJA 1930 s. 131 där frågan gällde passivitet vid besvarande av en bekräftelse, varpå en part ålades skyldighet att meddela motparten om att avtalet hade annat innehåll än det i meddelandet angivna för att undvika bindning. Eftersom parten underlåtit att besvara bekräftelsen blev denne också bunden av avtalet.

¹⁹⁴ Herre (2006/07) s. 691.

¹⁹⁵ Ibid.; Edlund (2009) s. 184. Se särskilt sista punkten av de fem uppställda grunderna avseende presumtionsverkan.

huvudmannen. Det torde generellt krävas av den parten som skickar bekräftelse att bevisa de faktiska överläggningar och diskussioner om avtalet som därefter påstås bekräftas.¹⁹⁶ Det tredje rekvisitet innebär att det ska framgå ur meddelandet att det är fråga om bekräftelse av ett träffat avtal. Det som i målet var avgörande för att meddelandet utgjorde en bekräftelse var orden i missivet som betecknade att den slutliga överenskommelsen översändes för underskrift. Hur en bekräftelse benämns med ord kan alltså vara av betydelse för tolkningen av om det rör sig om en bekräftelse av ett avtal eller ej, förutsatt att det inte direkt framgår av meddelandet.¹⁹⁷

Enligt Herre tyder HD:s formulering på att det objektivt sett utifrån ordalydelsen ska kunna fastställas om det rör sig om en bekräftelse. Enligt 21 § HagL krävs inte att avsändaren själv styrker sin goda tro i fråga om meddelandet utgör en bekräftelse på ett ingånget avtal. En passiv mottagare åläggs istället bevisbördan för att visa att avsändaren *inte* varit i god tro. Om ond tro bevisas undgås avtalsbindning. I fallet kunde Landstinget inte visa att meddelandet med avtalsbekräftelsen var felaktigt, men borde enligt Herre enbart behöva visa att Bolaget *inte* varit i god tro avseende meddelandets egenskap av bekräftelse.¹⁹⁸ Om ingenting i målet tyder på att Landstinget efterfrågade ett förslag till formulering av ett redan träffat avtal utan enbart ett *förslag till avtal*, menar Herre att det finns anledning att vara kritisk till utgången i målet. Landstinget hade inte kunnat förstå att meddelandet utgjorde en bekräftelse på ett redan ingånget avtal när det endast efterfrågat ett förslag på ett avtal. Ur principiell synpunkt menar Herre att det är tveksamt att en part som efterfrågar ett *förslag till avtal* bör åläggas reklamationsplikt för att undgå den av HD i målet etablerade passivitetsverkan.¹⁹⁹

5.4 Håstads tillägg till NJA 2006 s. 638

Torgny Håstad förtydligar sin uppfattning i ett särskilt tillägg.²⁰⁰ Håstad påpekar inledningsvis att 21 § HagL utgör en processuell bevisbörderegler och därmed har betydelse avseende bevisbördeplaceringen när det inte kan styrkas vad som inträffat. Vidare lyfter Håstad det faktum att 21 § HagL i stor utsträckning diskuterats i doktrin avseende möjligheten till utvidgning till en allmän rättsgrundsats, i synnerhet då en passiv mottagare förnekar ingående av avtal. Om en passiv mottagare får styrka att innehållet i en bekräftelse är felaktigt, menar Håstad att det är lämpligt att betrakta 21 § HagL som ett

¹⁹⁶ Herre (2006/07) s. 693 f.

¹⁹⁷ NJA 2006 s. 638 (s. 647); Herre (2006/07) s. 694 f.

¹⁹⁸ Herre (2006/07) s. 695.

¹⁹⁹ Ibid. s. 696 f.

²⁰⁰ Rättskällevärdet av ett tillägg motsvarar doktrinen rättskällevärde, se Ramberg (2017) s. 779 f.

uttryck för en allmän rättsgrundsats. Detta medför ett instrument för att åstadkomma klarhet och spärra missbruk.²⁰¹

Håstad redogör vidare för vilka förutsättningar som skulle kunna aktualisera Landstingets andra grund, som innebar att det inte hade ingått avtalet och blivit förpliktat att utge yrkat belopp genom passivitet.²⁰² Denna grund hade kunnat bli aktuell under förutsättning att ett villkorat avtal *inte* slutits den 20 december men att Landstinget uppmanat Bolaget att översända ett förslag till ett avtal med tillägget att Landstinget därefter åter skulle höra av sig och om Bolaget sedan sänt över ett sådant förslag den 15 januari. Håstad menar att en regel som utgör en kombination mellan 6 § andra stycket och 9 § AvtL utvecklats i praxis och skulle vara tillämplig i detta fall. Som grund refererar Håstad bl.a. till NJA 1962 s. 276 mot bakgrund av vilket han konstaterar att

”När ett anbud framkallats av mottagaren, särskilt om det föreligger en preliminär uppgörelse, och mottagaren inte bara måste inse att han framkallat anbudet utan också måste inse att anbudsgivaren utgår från att anbudet blivit godtaget om han inte får annat besked, kan det åligga mottagaren [...] att reklamera inom skälig tid för att inte bli bunden av anbudet”²⁰³

I normalfallet kan en anbudsgivare inte räkna med avtalsslut om mottagaren är passiv, men undantag finns. Som exempel på undantagsfall nämns när parterna i anslutning till en förhandling och uppgörelse om avtalets väsentliga punkter kommit överens om att den ena parten utarbetar ett förslag till ett avtal för vilket endast några detaljer återstår att fylla ut. För att mottagaren måste inse att anbudsgivaren utgår från att passivitet innebär en accept, måste anbudsgivaren ha fog för sin inställning.²⁰⁴ Anledningen till att 9 § inte ensam blir tillämplig är att det enligt bestämmelsen enbart krävs att mottagaren inser att denne gett upphov till anbudet och att anbudet ska ha försetts med uttrycket ”utan förbindelse”. Bestämmelsen kräver inte att anbudsgivaren föreställt sig något om själva rättsläget och innehållet i avtalet. 6 § andra stycket kunde inte heller tillämpas ensamt eftersom Landstinget inte avgett ett anbud vid förhandlingarna den 20 december, vilket fordras enligt bestämmelsen.²⁰⁵

Håstad kommer mot bakgrund av förevarande fall fram till slutsatsen att Bolaget, om avtal inte hade ingåtts den 20 december, haft fog för sin uppfattning om att det förslag som låg i linje med tidigare diskussioner och som

²⁰¹ NJA 2006 s. 638, Håstads tillägg s. 649; Håstad betonar emellertid att regeln är begränsad till kommersiella förhållanden.

²⁰² Ibid.; Domstolen behövde inte ta ställning till denna andra grund eftersom tvisten avgjordes enligt det ovan tillämpade i första hand.

²⁰³ Ibid. s. 650. Se även NJA 1977 s. 92 s. 109 f. i där frågan om mottagaren måste haft insikt om ett framkallande av anbud diskuterades.

²⁰⁴ Ibid.; Jämför dolusregeln för vilken enbart subjektiv god tro krävs hos en acceptant och 4 §, 6 § andra stycket AvtL.

²⁰⁵ Ibid. s. 649 f.

de översänt till Landstinget den 15 januari skulle godtas av Landstinget och att Landstinget måste insett detta.²⁰⁶ Det finns alltså enligt detta resonemang skäl att anta att avtalsbundenhet skulle ha kunnat bli resultatet mot bakgrund av passiviteten som rättsfaktum på samma sätt som i NJA 1962 s. 276.

5.5 Analys

Med NJA 2006 s. 638 har domstolen av allt att döma slagit fast en allmän passivitetsregel med presumtionsverkan vid avtalsbegränsningar. Den innebär enligt de av domstolen fem uppställda punkterna att en part kan bli bunden av ett avtal genom passivitet under förutsättning att parten inte kan visa att ett meddelande som motparten påstår utgör en bekräftelse av ett avtal, är felaktigt, och under förutsättning att den passive är näringsidkare och att tidigare förhandlingar mellan parterna ägt rum. Mot bakgrund av att 21 § HagL i doktrin även tidigare setts som en möjlig analogikälla är denna rättsutveckling kanske inte särskilt uppseendeväckande. Däremot kan reklamationsplikt som under vissa förutsättningar åläggs en part som enbart efterfrågar ett förslag till ett avtal, till skillnad från förslag till en formulering av ett redan fastställt avtal, verka något långtgående. Som Herre och Edlund menar krävs det nu att en efterfrågande part företar försiktighet och fäster uppmärksamhet till meddelanden i ett förhandlingsskede för att inte riskera att bli ovilligt bunden av ett avtal till följd av passivitet och vidare oförmågan att visa att avtal inte ingåtts.

Håstads tillägg till domen är tillika av intresse för förevarande studie. Han talar om en passivitetsnorm grundad i en kombination av 9 § och 6 § andra stycket AvtL. Detta innebär att passivitet som rättsfaktum kan få verkan under de omständigheter som beskrivs vid not 202 ovan. Kombinationen medför att mottagaren, som framkallar det senare inkomna anbudet, inte bara måste inse att denne framkallat anbudet utan även måste inse att anbudsgivaren utgår från att anbudet blir godtaget om inget annat besked lämnas. För att inte bli bunden av anbudet krävs det att mottagaren reklamerar inom skälig tid. Intressant är att Håstad för tillämpningen av denna variant påpekar ett krav för anbudsgivaren att *ha fog* för sin inställning, till skillnad från dolusregeln enligt vilken en anbudstagares subjektiva goda tro, i alla fall i första hand, räcker för bedömningen.²⁰⁷ Detta kan ses som ett uttryck för ett högre ställt krav på anbudsgivaren att bevisa sin befogade uppfattning vid en tillämpning av 6 § andra stycket och 9 § AvtL kombinerat, jämfört med när enbart subjektiv god tro fordras. Enligt Håstads citat kan reklamation fordras *inom skälig tid*, vilket kan tolkas som en längre frist än *utan oskäligt uppehåll*. Även reklamationsfristen utgör en skillnad från de fristerna föreskrivna i 6 § andra

²⁰⁶ Ibid. s. 651.

²⁰⁷ Jämför diskussionen ovan under avsnitt 4.4.

stycket och 9 § AvtL.²⁰⁸ Denna kombination utvecklades främst genom NJA 1962 s. 276 men kan genom Håstads tillägg, även om det enbart är ett tillägg, antas ha viss betydelse i svensk rätt.

²⁰⁸ Jämför ovan under avsnitt 4.3.3.

6 Oskrivna passivitetsprinciper

6.1 Inledning

Passivitetsföreskrifter förekommer i olika sammanhang genom lagstiftning som redogjorts för ovan. Det finns även flera fall då domstolar tillskrivit passivitet verkan utan direkt stöd i lag och istället funnit vägledning i olika avtalsrättsliga principer. Denna tendens har syns sedan 1960 talet och innebär att passivitet tillmäts verkan som ett rättsfaktum, även kallad en objektiv eller legal rättsverkan.²⁰⁹ För de fall då passivitet medför rättsverkan utan lagstöd har det i praxis utarbetats olika grunder på vilka passiviteten ska kunna få rättslig verkan. Vissa författare har genom sina studier kring passivitet gjort försök till att ställa upp en allmängiltig passivitetsgrundsats medan andra har förhållit sig mycket skeptiska till sådana försök.²¹⁰

6.2 Verknningar av passivitet

6.2.1 Allmänt

De två avtalsrättsliga passivitetsverkningarna utgörs av avtalsbindning och tillkomst av plikt eller förlust av rättighet. I det följande beskrivs rättsverkningarna av passivitet då skrivna regler saknas. Det har i litteraturen påtalats att gränsen mellan de två passivitetsverkningarna inte alltid är lätt att dra – bedömningen av om en rättsföljd ska benämnas som en rättsförlust eller en bindning och tillkomst av plikt kan vara vanskelig. Denna bedömningssvårighet kan förklaras med att en rättighetsförlust i vissa fall faktiskt innebär att en plikt uppstår, och vice versa. I och med att den ena verkningen ibland är en förutsättning för den andra, framhåller Hørby Jensen att det uppstår en *hönan eller ägget*-problematik.²¹¹

6.2.2 Tillkomst av plikt och bindning

En passivitetsverkan kan innebära att det uppstår en bindande skyldighet för den passiva parten i fråga. Passivitetsnormen utgör då en självständig förpliktigandegrund för exempelvis ett ersättningsansvar eller annan avtalsrättslig förpliktelse. I situationer då bindning eller uppkomst av en plikt utlöses genom passivitet fordras en aktiv handling för att parten ska undgå verkan. Detta gäller oavsett om det handlar om ett inom- eller utomkontraktuellt

²⁰⁹ Karlgren kallar passivitet som rättsfaktum för objektiv eller legal rättsverkan. Även Cervin, Arnholm och Knoph påvisar denna tendens, se Karlgren (1965) s. 8 vid not 2.

²¹⁰ Jämför Cervins, Karlgrens, Arnholms och Knophs studier i allmänhet.

²¹¹ Hørby Jensen (2007) s. 31 f.

förhållande.²¹² Lund undersöker vilka rättsliga argument som finns för både bindning och rättsförlust till följd av passivitet utan stöd i lag.²¹³ Rättsnormer som medför bindning delar hon upp i allmänna och särskilda normer. Vid sidan av de redan etablerade argumenten enligt bl.a. viljeteorin och tillitsmodellen som utgör de allmänna rättsnormerna, ställer hon som särskilda normer upp lojalitetsbaserade argument och mottagarens anpassning efter rättsläget. Även riskargument som grund för att passivitet leder till bindning förs, i synnerhet när den passiva parten varit oaktsam. Dessa grunder har bäring först efter att allmänna förutsättningar för bindning inte är för handen. Om en motpart rimligen kunnat uppfatta en parts bindningsvilja är centralt, men båda parternas uppfattning framhålls som avgörande för frågan om det finns grund för passivitetsverkan samt vad denna verkan ska vara.²¹⁴

6.2.3 Rättsförlust

Passivitetsverkningar som medför rättsförlust för en part innebär att det föreligger en grund för upphörande av en rättighet som är tidsrelaterad. För att bevara rätten krävs aktivitet. Passivitetsverkan kan exempelvis medföra att rätten till ett krav, en invändning eller en annan enligt ett avtal stadgad rätt går förlorad.²¹⁵ Lund ställer upp en modell i två steg för bedömningen av passivitet som medför rättsförlust. Det första handlar om en inledande passivitetsbedömning som innebär frågan om rättshavarens beteende räknas som passivitet och om denna i så fall kan leda till rättsförlust. Det andra handlar om en bedömning av själva rättsförlusten, dvs. om passivitet i ett konkret fall ska leda till rättsförlust. Även för dessa bedömningar utgör tillitsprincipen och motpartens anpassning till situationen huvudsaklig grund. Den passiva partens kunskap om motpartens uppfattning och att denne har en uppfordring till att handla utgör även beståndsdelar i Lunds bedömningsmodell.²¹⁶ Ytterligare aspekter vid bedömningen om rättsförlust är aktuell är även om den passiva partens beteende varit oaktsamt och partens professionalitet eller om rättsförhållandet till följd av passiviteten blivit sådant att en ändring inte skulle förefalla som lämplig. En rimlighetsbedömning sägs även vara nödvändig men inte tillräcklig för bedömningen.²¹⁷ Hørby Jensen talar om, vid sidan av de centrala momenten i en passivitetsbedömning som redan är erkända, resultatmotiverande faktorer (t.ex. ekonomisk förlust), betingelsefaktorer (t.ex. spekulation, parternas status och professionalism) samt lyfter även fram lojalitet samt rimlighets- och oskälighetsöverbäganden enligt 36 § AvtL som väsentliga.²¹⁸ Klart är att det för passivitetsverkningar krävs en

²¹² Hørby Jensen (2007) s. 31.

²¹³ Lund (2017) s. 24, 129.

²¹⁴ Ibid. s. 335 ff., 697 ff.

²¹⁵ Hørby Jensen (2007) s. 31, 33 ff.

²¹⁶ Jämför dolusregeln i ovan avsnitt 3.4.

²¹⁷ Lund (2017) s. 693 ff.

²¹⁸ Hørby Jensen (2007) s. 188, se även Hørby Jensen (2007) kap. 6. Se NJA 2007 s. 962 där frågan i första hand var om en omstridd preskriptionsbestämmelse för en reklamationsfrist

helhetsbedömning av situationen och alla de komponenter som ligger till grund för bedömningen. Själva passiviteten sägs vara nödvändig men inte tillräcklig för att ha rättsförlust till följd.²¹⁹

6.3 Passivitet som självständigt rättsfaktum

Avseende passiviteten som rättsfaktum finns, till skillnad från passiviteten som rättshandling, antingen en underliggande lagregel eller annan norm att fästa tolkningen vid. Passiviteten som rättsfaktum utgör då en omständighet som är av omedelbar rättslig betydelse. Allmänna avtalsrättsliga principer får därmed stor betydelse för tolkningen av en förändring eller tillkomst av ett avtalsinnehåll. För tolkningen av passivitet i ett avtalsförhållande när lagregler saknas framstår allmänna principer som särskilt väsentliga, men även tidigare praxis är centralt. Rättsnormer som hänvisar till passivitet som rättsfaktum kallas även för materiella passivitetsnormer och medför att en skyldighet kan uppstå eller att en rättighet kan gå förlorad till följd av passivitet. För att passivitet ska utgöra ett rättsfaktum finns exempelvis de lagfästa bestämmelser som redogjorts för i kapitel 4 och 5 som villkorande rättsnormer. Dessa passivitetsbestämmelser medför avtalsverkan i det avseendet att passiviteten föranleder bundenhet av ett avtal som utan passiviteten inte hade skett. I detta fall uppstår både avtalsenliga rättigheter och skyldigheter för den passiva parten. Ytterligare materiella passivitetsnormer återfinns exempelvis i 28 § och 32 § AvtL. Dessa kan i korthet beskrivas som ogiltighetsregler som reglerar situationer då en ogiltighet kan göras gällande inom en viss tid för att inte bli bindande för parten som angriper densamma. Ett exempel på en angripbar ogiltighet är en felskrivning. Verkan av passivitet blir enligt dessa bestämmelser bindning. Passivitet kan även som tidigare framhävts medföra rättighetsförluster som är villkorade av passivitet genom bestämmelser som föreskriver preskription, preklusion eller reklamation. En rättighet som exempelvis en fordran kan prekluderas för en part som underlåter att reklamera och preskriberas för en part som underlåter att göra gällande preskriptionsavbrott.²²⁰

utgjorde avtalsinnehåll mellan fastighetsköpare och ett besiktningsbolag, till följd av passivitet, och om så var fallet ifall avtalsvillkoret kunde lämnas utan avseende eller jämkas enligt 36 § AvtL. Hovrätten bedömde att villkoret utgjorde avtalsinnehåll men att det ansågs oskäligt enligt 36 § AvtL eftersom fristens inskränkning var betungande för fastighetsköparna. HD kom aldrig till frågan om oskälighet eftersom villkoret inte ansågs utgöra avtalsinnehåll på grund av att det inte tagits med i besiktningsutlåtandet.

²¹⁹ Lund (2017) s. 359; Hörby Jensen (2007) s. 82.

²²⁰ Arvidsson och Gorton (2019) s. 102.

6.4 Praxis

6.4.1 Allmänt

Nedan följer prejudikat som belyser hur passivitet och passivitetsverkningar bedömts genom åren och på vilka grunder passivitetsverkningarna gjorts gällande. Flera av de prejudikat som följer har även behandlats av Arvidsson och Gorton i deras kommande artikel. Rättsfallen analyseras i kronologisk ordning.

6.4.2 NJA 2002 s. 630 (Restaurang Pelé)

6.4.2.1 Bakgrund

NJA 2002 s. 630 handlar om en tvist gällande felansvar vid entreprenad mellan en entreprenör och en beställare som träffat överenskommelse om att entreprenören skulle utföra ombyggnadsarbeten i beställarens lokaler. Frågan avseende passivitet var närmare bestämt om entreprenörens anspråk hade framställts i rätt tid. Beställaren anförde att besiktningsutlåtandet, av vilket det framgick att fel förelåg, var bindande för entreprenören fram tills att det upphävdes genom en fastställelse. Beställaren framförde att entreprenören blivit bunden av besiktningsutlåtandet genom passivitet eftersom den underlåtit att yrka om betalning under två år.

6.4.2.2 Högsta domstolens resonemang

HD anförde inledningsvis att det inte förelåg hinder enligt parternas avtal för entreprenören att påkalla prövning av om det omtvistade felet enligt besiktningsutlåtandet förelåg. Det fanns inte heller någon bestämd tidsfrist för påkallande av rättslig prövning av besiktningsutlåtandet och därmed förelåg i och för sig möjlighet för parten att begära prövning inom den allmänna tioåriga preskriptionsfristen. Domstolen konstaterade emellertid vidare att rättigheter på grund av passivitet kan gå förlorade enligt allmänna förmögenhetsrättsliga principer. Normalt föreligger ingen plikt för en säljare som mottagit en reklamation om fel i vara att väcka talan om betalning inom viss tid och motsvarande ansågs gälla i fråga om entreprenad. Däremot konstaterades tre situationer för vilka en plikt att ge besked om att ett anspråk görs gällande alltjämt föreligger. HD anförde att reklamationsplikt gäller trots normalfallet under följande tre situationer:

1. När en part vet att den andra inrättar sig på ett visst sätt i förlitan på en rättslig bedömning som är felaktig,
2. När en part gett motparten intrycket att han eftergett sin rätt, eller
3. När en part under mycket lång tid underlåtit att göra sin rätt gällande²²¹

²²¹ NJA 2002 s. 630 (s. 641)

HD refererade avseende den första situationen till 6 § 2 stycket AvtL. För den andra situationen refererade HD till NJA 1961 s. 26 där frågan om befogat intryck avhandlades och tillmättes relevans i fråga om en pantsättares passivitet och motpartens rätt till återpantsättning. För den tredje situationen refererade domstolen till NJA 1993 s. 570, där förlust av påkallande av bodelning blev följden av en lång tids passivitet (24 år). För denna tredje situation hänvisade domstolen även till Karlgren, *Passivitet*, 1965 s. 10 ff.

6.4.2.3 Bedömningen i fallet

Domstolen tog upp omständigheter som slutligen talade för att passivitetsverkan inte förelåg enligt någon av de tre uppställda situationerna. Entreprenören hade dagen efter besiktningsutlåtandet utfärdat en faktura ställd till beställaren och därmed bestridit beställarens rätt att hålla inne betalningen. Entreprenören hade inte heller på egen bekostnad velat avhjälpa felet i fråga medan övriga fel avhjulpts. Det förelåg alltså ingen omständighet som talade för att entreprenören kunde förlora rättigheter genom passivitet. Det faktum att entreprenören väntat med att yrka på betalning i två år efter slutbesiktningen ansågs därmed inte medföra passivitetsverkan för att få frågan om fel rättsligt prövad.²²²

6.4.2.4 Analys

HD formar i NJA 2002 s. 630 tre situationer som kan leda till passivitetsverkan utan direkt stöd i lag. För den första situationen (*"när en part vet att den andra inrättar sig på ett visst sätt i förlitan på en rättslig bedömning som är felaktig"*²²³) gör domstolen en hänvisning till 6 § andra stycket AvtL vilken föreskriver reklamationskyldighet för en part som måste ha insikt om motpartens villfarelse om en rättslig bedömning som är felaktig. Därmed tillskrivs passiviteten verkan som ett självständigt rättsfaktum. Eftersom det i förevarande fall inte förelåg någon villfarelse om rättslig bedömning hos beställaren och entreprenören dessutom reklamerat genom utfärdad faktura, blev inte heller denna punkt tillämplig. Den andra situationen (*"när en part givit motparten intrycket att han eftergivit sin rätt"*²²⁴) härrör ur NJA 1961 s. 26 och handlar om fall då en part ger motparten ett befogat intryck om att parten eftergett sin rätt till anspråk. Den passives rättighet försvinner då på grunden att passiviteten erkänns som en rättshandling.²²⁵ Ur detta resonemang utläses tillitsprincipen som innebär att motparten måste kunna förlita sig på den passiva partens rättshandlingar. Entreprenören kunde inte anses ha gett beställaren intrycket att den eftergett sin rätt i och med den skickade fakturan och genom att avhjälpan av fel på egen bekostnad bestridits. Beställaren kunde därmed inte anses ha ett befogat intryck om att entreprenören eftergett sin rätt. Den

²²² Ibid.

²²³ Ibid.

²²⁴ Ibid.

²²⁵ Jämför ovan avsnitt 2.4 – passivitet som rättshandling ses alltså som ett uttryck för vilja.

tredje situationen föreskriver en sk. ren passivitetsverkan i likhet med preskription, eftersom den enbart bedöms på basis av ett tidsrekvisitet ("mycket lång tid") och inte parternas uppfattningar i övrigt.²²⁶ Att det i refererade fall löpt 24 år för passivitetsverkan innebar att två år inte kunde anses vara mycket lång tid. Hur lång tid "mycket lång tid" är torde behöva bedömas mot omständigheterna i varje enskilt fall, men 24 år skulle kunna ses som en vägledning i frågan.

6.4.3 NJA 2017 s. 203 (Kravmjölken)

6.4.3.1 Bakgrund

NJA 2017 s. 203 handlar om passivitet i ett avtalsförhållande mellan ett mejeri (köparen) och ett lantbruk (säljaren) som levererade mjölk till köparen. En särskild överenskommelse mellan parterna innebar att köparen skulle betala tilläggsersättning till säljaren för all mjölk som var KRAV-märkt. Köparen hade efter en viss tid utan grund hävt överenskommelsen om tilläggsersättning genom att upphöra med tilläggsbetalningen på grund av att de ansåg att säljaren inte uppfyllde reglerna för KRAV-mjölk. Tilläggsersättningen betalades inte under en period om 11 år samtidigt som säljaren fortsatte leverera KRAV-märkt mjölk, dock enbart mot grundersättningen. Efter elva år av tystnad väckte säljaren talan att i första hand få betalning för tilläggsersättningen som skulle betalats under perioden december 2003 och 2004, och i andra hand att motsvarande belopp skulle betalas ut som skadestånd. Frågan i målet var om säljaren kunde behålla sin rätt, dels till den avtalsenliga tilläggsersättningen och dels till skadestånd vid avtalsbrott, under förutsättning av passivitet och underlåtenhet att meddela köparen om bestridande av deras hävning.

6.4.3.2 Högsta domstolens resonemang

Utgångspunkten för HD:s prövning var att mejeriets hävning av överenskommelsen om tilläggsersättning var obefogad.²²⁷ Domstolen tog inledningsvis upp 52 § KöpL och konstaterade att en säljare har rätt att hålla fast vid köpet samt kräva betalning utan någon särskild reklamationsplikt efter att ha lämnat en vara, ifall köparen obefogat hävt köpet. I detta fall avsåg köparens obefogade hävning emellertid inte ett köp av en vara utan en särskild prisöverenskommelse som tog sikte på framtida leveranser och stod fast i ett långvarigt avtalsförhållande.²²⁸ HD konstaterade att avtal, särskilt sådana som varar under längre tid, medför ömsesidiga rättigheter och skyldigheter och förutsätter enligt domstolen en lojal samverkan mellan kontrahenterna under avtalets löptid. Denna lojala samverkan innebär bl.a. följande:²²⁹

²²⁶ Arvidsson och Gorton (2019) s. 111.

²²⁷ NJA 2017 s. 203 p. 5-6.

²²⁸ Ibid. p. 7.

²²⁹ Ibid. s. 203 p. 8

”(...) att parterna har en skyldighet att i vissa för avtalet väsentliga delar lämna varandra upplysningar eller klargöra sin uppfattning i olika avseenden.”²³⁰

Vidare lyftes de allmänna kontraktsrättsliga principer som medför att en avtalspart inte kan förhålla sig passiv och samtidigt behålla rätten till att göra gällande påföljder på grund av avtalsbrott.²³¹ Inte heller i fråga om fullgörelse av avtalsåtaganden kan en part förhålla sig passiv och behålla rätten att göra anspråk gällande mot bakgrund av de tre typsituationer som HD fastställde i NJA 2002 s. 630.²³²

6.4.3.3 Bedömningen i fallet

HD konstaterade att säljaren dröjt med att framställa krav på tilläggsersättning fram till november 2013, vilket innebar att tio år löpt efter att köparen upphört med att avlägga tilläggsbetalning (1 dec 2003). Efter hävningen hade alltså säljaren fortsatt att leverera KRAV-märkt mjölk till köparen mot en grundersättning för vanlig mjölk. Detta innebar att säljaren måste ha insett köparens uppfattning som var att överenskommelsen om tilläggsersättning inte längre gällde. Eftersom kravet på insikt ansågs föreligga, aktualiserades en reklamationsplikt för säljaren som innebar ett krav att meddela köparen om att man inte accepterade hävningen och att rätt till tilläggsersättning förelåg. Reklamationen gjordes inte och därmed dömde HD att säljaren förlorat sin rätt till att kräva betalning av tilläggsersättning enligt avtalet och rätten att kräva skadestånd på grund av köparens i och för sig obefogade hävning.²³³

6.4.3.4 Analys

I NJA 2017 s. 203 dömer domstolen enligt passivitetsprinciper som medför preklusion av olika sorters rättigheter. Den ena principen tar sikte på en parts rätt till påföljd med anledning av en annan parts avtalsbrott. Vill en part göra gällande en påföljd så som ett skadeståndsanspråk till följd av avtalsbrott, måste denne inom viss tid meddela den avtalsbrytande parten. Om inte detta görs följer rättsförlust till återopande av påföljder. Denna princip grundar sig i vad som sades i NJA 2007 s. 909 om reklamationens relevans vid påföljdsanspråk. Av allmänna kontraktsrättsliga principer följer då att en part inte kan förhålla sig passiv om denne vill göra gällande en påföljd på grund av avtalsbrott, vilket gör passiviteten till ett självständigt rättsfaktum. Den andra principen tar sikte på avtalsrättigheter i allmänhet, dvs. fullgörelseanspråk. Vill en part kräva av

²³⁰ Ibid. p. 8.

²³¹ Denna princip förtydligades i NJA 2007 s. 909 genom HD:s uttalande att det ”*Av allmänna kontraktsrättsliga principer i kommersiella förhållanden får anses följa att en avtalspart som vill göra gällande påföljder på grund av avtalsbrott inte kan förhålla sig passiv (...). De lagfästa bestämmelser om reklamation som finns för olika avtalsförhållanden kan ses som ett uttryck för en sådan princip.*”(s. 912) I fallet ansågs en part ha brutit passivitetsverkan genom att avge en neutral reklamation en tid innan själva skadeståndsanspråket framfördes. Rätten till påföljden bestod alltså i och med reklamationen.

²³² NJA 2017 s. 203 p. 9; Se de tre punkterna ovan vid not 221.

²³³ Ibid. p. 10-11.

motparten att utföra vissa avtalsgrundade skyldigheter måste i vissa situationer meddelande om detta ske inom viss tid. Situationerna då reklamation krävs är någon av de tre som fastlades i NJA 2002 s. 630.²³⁴ Om detta inte görs, blir följden förlust av de rättigheter som överenskommelsen stadgar.

HD ansåg i fallet att säljaren måste insett att köparen ansåg att den avtalade bestämmelsen om tilläggsersättningen hade upphört. Det innebär att köparen inrättat sig efter detta i förlitan på en felaktig rättslig bedömning, eftersom hävningen var obefogad. Den första typsituationen som fastlades i NJA 2002 s. 630 låg därmed som grund för passivitetsverkan. Även i detta hänseende utgör passiviteten ett självständigt rättsfaktum vilket kan ses genom domstolens hänvisning i NJA 2002 s. 630 till 6 § andra stycket AvtL. Som grund för passivitetsverkan i form av rättighetsförlust enligt den första situationen lade domstolen vikt vid lojalitetsplikten som en allmänt erkänd skyldighet för parter att upplysa varandra om sina uppfattningar. Ur detta rättsfall framgår alltså att lojalitetsprincipen är av betydelse vid bedömningen av de allmänna passivitetsprinciperna, både när det gäller anspråk avseende direkta avtalsrättigheter och påföljdsanspråk och även när motparten gör sig skyldig till avtalsbrott. För att en part ska undvika rättsförlust till följd av passivitet är det utan tvekan bättre att upplysa motparten en gång för mycket.

6.4.4 NJA 2017 s. 1195 (Föreningen Skogssällskapet)

6.4.4.1 Bakgrund

I NJA 2017 s. 1195 prövades om VS (köparen) förlorat sin rätt till påföljd på grund av fel i fastigheter genom passivitet och underlåtenhet att underrätta Stiftelsen Skogssällskapet (säljaren) om felet. Köparen köpte fastigheter i november år 2009 med syftet att där avverka skog. År 2010 fick köparen besked från säljaren att avverkning av skogen inte fick ske på grund av att en planerad utökning av naturskydd på området som omfattade fastigheterna. För denna utökning fick köparen utbetalt intrångsersättning under år 2014 och 2015. I oktober år 2014 underrättade köparen säljaren om felet och i juli år 2015 väcktes talan om fel i domstol. Köparen yrkade på en nedsättning av köpeskillingen samt skadestånd till följd av att säljaren agerat uppsåtligen i strid mot tro och heder eller grovt vårdslöst genom att ha undanhållit information om den planerade utökningen av naturskydd. Säljaren bestred köparens talan med invändningen att de dröjt för länge med en underrättelse om fel, varpå köparen i första hand svarade att det inte ålåg dem någon skyldighet att meddela säljaren. Ifall skyldighet om meddelande ändå skulle föreligga menade köparen att de likväl meddelat i rätt tid. Parterna enades om att genom en mellandom pröva frågan om köparen förlorat rätten till påföljd genom att meddela säljaren för sent (när de dröjt 4,5 år från det att de märkt felet) under förutsättning att

²³⁴ Jämför punkterna vid not 221.

säljaren handlat uppsåtligt, i strid mot tro och heder eller av grov vårdslöshet.²³⁵

6.4.4.2 Högsta domstolens resonemang

HD tog inledningsvis upp reklameringsregeln i 4 kap. 19 a § första stycket JB som föreskriver passivitetsverkan. Enligt bestämmelsen följer att reklamation måste ske inom skälig tid från det att köparen märkt eller borde ha märkt felet för att köparen ska kunna bibehålla rätten till att åberopa fel i fastighet. I bestämmelsens andra stycke föreskrivs ett undantag till kravet på reklamation inom skälig tid under förutsättning att säljaren agerat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder. Motivet till undantaget är att en säljare som handlar illojalt inte ska kunna åberopa första styckets reklameringsregel för att värja sig mot köparens anspråk på grund av fel. När säljaren handlar illojalt ska köparen som utgångspunkt alltså inte förlora sin rätt till att göra fel gällande på grund av passivitet. Ytterst preskriberas köparens fordran på grund av fel vid säljarens illojalitet enligt 4 kap. 19 b § JB där en preskriptionstid på 10 år efter tillträde till fastighet föreskrivs. Däremot påpekade HD med hänvisning till förarbeten till andra lagar att köparen trots säljarens illojalitet inte ges obegränsad tid för reklamation efter det att märkts eller borde märkts. HD konstaterade att passivitet enligt allmänna förmögenhetsrättsliga principer kan medföra en förlust av rätt till åberopande av fel även innan preskriptionstiden.²³⁶

Vidare tas de allmänna förmögenhetsrättsliga principer upp som legitimerar passivitetsverkan även i en situation som föreskrivs i 4 kap. 19 a § andra stycket JB. HD refererade till NJA 2002 s. 630 där förlust av avtalsrättigheter på grund av passivitet ansågs kunna inträda på basis av allmänna förmögenhetsrättsliga principer, enligt de tre typsituationer som ställdes upp i fallet.²³⁷ HD refererade även till NJA 2007 s. 909 och NJA 2017 s. 203 där det framgick att en avtalspart som vill göra påföljder på grund av avtalsbrott gällande inte kan förhålla sig passiv utan åläggs en skyldighet att meddela motparten. De tidigare fallen ger enligt domstolen uttryck för en allmän meddelandeskyldighet grundad på bl.a. lojalitetsskäl. Trots att säljaren handlar illojalt kan köparens passivitet leda till att denne förlorar sin rätt till påföljd enligt rättsgrundsatserna som framkommit i nämnda fall.

Lojalitetskravet för köpare och säljare utvärderades vidare vid en bedömning av vilken betydelse säljarens illojalitet har när lojalitetskrav samtidigt ställs på köparen. Om säljaren haft kännedom om att ett fel eller en risk för fel i en såld fastighet föreligger, så att köparen borde informeras, genombryts den lagstadgade bestämmelsen om reklamation, 4 kap. 19 a § första stycket JB. Passivitetsverkan grundad på lojalitetsöverväganden förutsätter då att köparen,

²³⁵ NJA 2017 s. 1195 p. 1-5.

²³⁶ Ibid. p. 8-9, p. 12-13.

²³⁷ Ibid. p. 14. Se det anförda vid not 221 avseende de tre typsituationerna.

samtidigt som följaren förfarit illojalt, haft vetskap om felet.²³⁸ För att avgöra om köparens vetskap däremot utgör ett tillräckligt villkor för passivitetsverkan krävs enligt HD olika överväganden. En aspekt som är avgörande är om köparens underrättelse med hänsyn till omständigheterna framkommer som *närliggande och naturlig*. Vidare har *arten och graden* av säljarens illojalitet relevans. Även säljarens befogade intresse av att bli informerad bedöms med hänsyn till köparens möjlighet att spekulera på säljarens bekostnad. Säljaren kan även anses ha ett befogat intresse att bli informerad när felet är av sådan beskaffenhet att säljaren skulle kunna åtgärda eller minska dess negativa verkningar för köparen.²³⁹

Under förutsättning att meddelandeskyldighet föreligger bedöms hur länge köparen kan vara passiv från det att köparen fått vetskap om felet. Denna tidsperiod går enligt domstolen inte att bestämma generellt. Istället ska bedömningen göras på grundval av samma beaktanden som för frågan vare sig meddelandeskyldighet föreligger eller ej.²⁴⁰ Som utgångspunkt vid bedömningen gäller enligt domstolen att köparen ska ha en väl tilltagen tid på sig för att kunna överväga sin situation efter att ha fått vetskap om felet. En annan utgångspunkt bör enligt domstolen vara att passivitetsverkan inte ska inträda för en köpare innan säljaren kan anses ha haft beaktansvärd nackdel av köparens passivitet.²⁴¹

Slutligen diskuteras passivitetsverkningarna. Gällande förlust av rätt till påföljd på grund av passivitet anför domstolen att sådan rättsförlust inte behöver innebära en förlust av rätt till *alla* påföljder. Exempelvis kan rätt till hävning eller avhjälpande förloras samtidigt som rätt till skadestånd finns kvar. Rätten till skadestånd kan även tänkas bli begränsad med det som motsvarar skadan som åsamkats säljaren. Det avgörande i fråga om vilken slags verkan passivitet bör få, utöver vilken skada passiviteten föranlett säljaren, är enligt domstolen vad som motiverar det lojalitetskrav som köparen åsidosatt.²⁴²

6.4.4.3 Bedömningen i fallet

Domstolen drog slutsatsen att köparen inte förlorat sin rätt till påföljd i och med att underrättelsen om fel gjordes efter 4,5 år. Tidsutdräkten kunde inte *i sig* medföra passivitetsverkan under förutsättning att säljaren handlat i strid mot tro och heder eller av grov vårdslöshet, oberoende av omständigheterna i övrigt. En tidigare underrättelse från köparen framstod inte heller som *närliggande och naturlig*.²⁴³

²³⁸ Ibid. p. 15-17.

²³⁹ Ibid. p. 18.

²⁴⁰ Beaktanden som blir relevanta är om underrättelse i den enskilda situationen ter sig *närliggande och naturlig*, *arten, graden* av säljarens illojalitet och säljarens intresse av att bli informerad och köparens möjlighet att spekulera på säljarens bekostnad.

²⁴¹ NJA 2017 s. 1195 p. 19.

²⁴² Ibid. p. 20.

²⁴³ Ibid. p. 21-23.

6.4.4.4 Analys

Fallet bekräftar de oskrivna passivitetsnormer som följer av NJA 2002 s. 630, NJA 2017 s. 203 och NJA 2007 s. 909. Lojalitetsprincipen visar sig vara central vid bedömningen av passivitetsverkningar enligt de allmänna passivitetsnormerna. Lojalitetsprincipen bedöms här till och med vara så stark så att den kan motivera avsteg från det som följer i lag (4 kap. 19 a § andra stycket och 19 b § JB). Denna långtgående bedömning av lojalitetsprincipens ställning i svensk rätt är iögonfallande. Visserligen åberopar domstolen som stöd för detta resonemang förarbeten, men det finns ingenting i nyssnämnda bestämmelser som signalerar att köparens lojalitet ska tillmätas betydelse för regelns tillämpning. Möjligtvis har domstolen med beaktande av att det är fråga om just fastighetsköp gjort en skälighetsbedömning genom att ta hänsyn till säljarens intresse i större grad, men det verkar i min mening väldigt långtgående. De bedömningsgrunder för passivitetsverkningar som inträder på grund av lojalitet synes även väldigt vaga. På vilket sätt ett meddelande bedöms vara *närallgande och naturligt* och hur *arten och graden* av säljarens illojalitet bedöms återstår oklart. Domstolens prejudikat medför med detta en försvårad överblick för när passivitetsverkan i form av förlust av rätt till påföjd inträder. Även för frågan om vilka passivitetsverkningar som kan bli gällande är fallet intressant. Eftersom det för passivitetsverkan är avgörande *vad som motiverar* det lojalitetskrav som köparen åsidosatt,²⁴⁴ kan köparen exempelvis förlora rätten till hävning och avhjälpande men inte till skadestånd. Skadeståndet kan också begränsas genom en reducering till det som svarar mot skadan som säljaren åsamkats genom köparens passivitet. Skälighetsbedömningar blir aktuella även i detta avseende.

Vid diskussionen avseende tidsaspekten beaktas båda parternas intressen. Domstolen ger köparen visst rådrum att begrunda sin situation till följd av felets omfattning men även säljarens situation beaktas (om en beaktansvärd nackdel uppstår för denne). Båda parametrarna styr frågan om tidsaspekten för att passivitetsverkan inträder är uppfylld. Även detta ger uttryck för en skälighetsbedömning som beaktar båda parternas intressen. 4,5 år ansågs inte räcka som tid för att passivitetsverkan skulle inträda.

Att lojalitetsplikten tillmäts så stor betydelse att åsidosättande av den kan orsaka passivitetsverkan i form av rättighetsförlust för en köpare, oavsett om säljaren agerar i strid mot tro och heder eller grovt vårdslöst, medför en anledning för en fastighetsköpare att vara uppmärksam på när en eventuell meddelandeplikt föreligger. Intressant är även att lojalitetsplikten ansågs väga tungt även i detta fall då parterna inte hade ett långvarigt avtalsförhållande.²⁴⁵ Köparens lojalitetsplikt och meddelandeskyldighet står alltså kvar även vid

²⁴⁴ Se NJA 2017 s. 1195 p. 20.

²⁴⁵ Jämför ovan avsnitt 6.4.3.2 där det framgår att HD påpekar att särskilt avtal som varar under längre tid medför ömsesidiga rättigheter och skyldigheter.

säljarens illojala beteende, under förutsättning att köparen har vetskap om felet. Förlust av rättighet kan även inträda innan föreskriven preskriptionsfrist om tio år med hänsyn till lojalitetskravet. Att förutse en situation då passivitetsverkan inträder, samt vilka passivitetsverkningarna blir, är enligt detta prejudikat svårt.

6.4.5 NJA 2018 s. 171 (Leksaksaffären i Vimmerby)

6.4.5.1 Bakgrund

I NJA 2018 s. 171 bedömer domstolen passivitetsverkan i ett avtalsförhållande mellan två näringsidkande parter. Hyresvärden Vimmerby Mässhallar (hyresvärden) ingick år 1997 ett hyresavtal med en hyresgäst (den tidigare hyresgästen). Hyresavtalet gällde mellan år 1997 och 2002 och enligt detta skulle hyra betalas årligen. Utöver den fasta hyran föreskrevs i avtalet en omsättningshyra som skulle betalas under förutsättning att omsättningen översteg ett visst belopp. Under de fem åren som hyresförhållandet varat hade den tidigare hyresgästen aldrig deklarerat några uppgifter om omsättningen och inte heller avkrävts sådana uppgifter från hyresvärden. År 2002 övertog hyresgästen Hofving i Vimmerby AB (hyresgästen) verksamheten och hyresrätten från den tidigare hyresgästen. Vid överlåtelsen fick hyresgästen inte del av hyresavtalet men tillträdde hursomhelst lokalen på samma villkor som den tidigare hyresgästen.²⁴⁶ I december år 2012 hävde hyresgästen avtalet med hyresvärden. Några månader efter hävningen, i april 2013, krävde hyresvärden hyresgästen på omsättningshyran som stått i hyresavtalet, både retroaktivt för de nio år som hade gått och för det avtalsåret som förelåg. Hyresgästen, som under hela hyrestiden varit ovetande om denna klausul om omsättningshyra, bestred kravet. Under hela hyrestiden hade uppgifter om omsättningshyra varken krävts eller lämnats.²⁴⁷

Frågan som prövades i HD var huruvida hyresvärden hade förlorat rätten till omsättningshyra. Hyresgästen anförde i första hand att hyresvärden och den tidigare hyresgästen avtalat bort rätten till omsättningshyra. I andra hand anfördes att hyresvärden eftergett sin rätt till omsättningshyra genom passivitet, om inte permanent så för förfluten tid. Hyresvärden anförde å sin sida att underlåtenheten att kräva omsättningshyra var till följd av ett administrativt fel och att man aldrig gett uttryck för en vilja att avstå från omsättningshyran enligt avtalet var berättigat. Hyresvärden anförde även att deras passivitet saknade rättsverkan utöver vad som gällde i fråga om preskription.²⁴⁸

²⁴⁶ NJA 2018 s. 171 p. 1-2 och 4.

²⁴⁷ Ibid. p. 3 och 5.

²⁴⁸ Ibid. p. 6-8.

6.4.5.2 Högsta domstolens resonemang

Inledningsvis tog HD under rubriken ”*Avtalsverkan av passivitet och konkludent handlande*” upp de tre situationer i passivitet ges avtalsrättslig verkan i form av förlust av avtalsrättigheter och refererar till tidigare rättsfall där dessa tagits upp.²⁴⁹ För att passivitet ska kunna medföra ändring av ett befintligt avtal anfördes vidare att det typiskt sett krävs att passiviteten ses som en viljeförklaring. En situation när passivitet ges verkan som en viljeförklaring är när båda parterna gemensamt anses ha ändrat avtalet. En annan situation då passivitet kan medföra avtalsändring är under förutsättning att:²⁵⁰

*”[...] motparten har fått det befogade intrycket att den part som har tillämpat ett avtal generöst har permanent avstått från sin rätt att återopa det eller de avtalsvillkor som avviker från den generösa tillämpningen.”*²⁵¹

För att passivitet ska kunna uppfattas som en viljeförklaring krävs enligt domstolen som huvudregel att den passive själv är medveten om att avtalstillämpningen genom passivitet avviker från vad som avtalats, men även en parts befogade tillit enligt tillitsprincipen kan medföra ändring.²⁵²

Vidare konstaterade HD under rubriken ”*Passivitetsverkan för förfluten tid*” att passivitet i vissa fall kan medföra förlust av rättighet för förfluten tid, även om passiviteten inte kan ges verkan som ändring av ett avtalsinnehåll. En part kan förlora rätten till anspråk för förfluten tid när denne tillämpar ett avtal generöst och inte gör sina rättigheter gällande i rätt tid, då de förfaller enligt avtalet.²⁵³ För bedömningen kan det också vara av betydelse om motparten haft fog för att uppfatta den passiva partens underlåtenhet som att denne avstår från rättigheterna för förfluten tid.²⁵⁴ Även lojalitetsplikten utgör en faktor vid bedömningen. Enligt denna åligger det båda parter i ett avtalsförhållande en gemensam skyldighet att tillämpa avtalet på ett korrekt sätt. Särskilt i

²⁴⁹ Ibid. p. 10. Jämför NJA 2002 s. 630 vid not 221 samt NJA 2017 s. 203 och NJA 2017 s. 1195.

²⁵⁰ NJA 2018 s. 171 p. 11.

²⁵¹ Ibid. p. 11.

²⁵² Ibid. p. 11. Hänvisningar gjordes till Adlercreutz och Gorton (2010) s. 101 ff. och P. Björkdahl (2013/14) s. 248 f.

²⁵³ Detta står klart sedan länge, se NJA 1939 s. 579 där domstolen fann att underlåtenhet att göra avtalsrättigheter gällande när de förfallit betraktas som avstående från rätten till dessa för den tid som gått.

²⁵⁴ HD refererade till NJA 1973 s. 315, där frågan var om en abonnent efter elva kvartal var betalningsskyldig med anledning av televerkets feldebiteringar. Abonnenten hade betalat erhållna räkningar från televerket men enligt dessa syntes att fullt belopp inte debiterades. Abonnenten ansågs vara betalningsskyldig eftersom det klart framgick att debitering inte hade skett för de samtal som redovisats i räkningarna och därmed kunde denne inte anses ha fog för uppfattningen att slutlig betalning hade gjorts. HD refererade även till NJA 1991 s. 3, där frågan var om förbrukaren av elektrisk ström kunde anses ha fog för att uppfatta sina betalningar som slutliga på grundval av erhållna räkningar och därmed inte i efterhand bli skyldig att göra tilläggsbetalning för feldebitering. Domstolen kom fram till att det inte var möjligt att, på grund av räkningarnas utformning, dra slutsatsen att debitering till viss del hade underlåtit. Förbrukaren hade därför fog för att uppfatta genomförda betalningar som slutliga.

långvariga avtalsförhållanden sägs lojalitetsplikten innebära ett ansvar för parterna att informera varandra om betydelsefulla omständigheter för avtalsförhållandet.²⁵⁵

Därefter diskuterade HD omständigheterna i fallet under rubriken ”*Betydelse att båda parter är ovetande om den avvikande avtalstillämpningen*”. Den passiva parten i fallet hade av misstag tillämpat avtalet på ett sätt som avviker från vad som ursprungligen avtalas och tillämpningen är förmånlig för motparten. Samtidigt hade motparten varit ovetandes om att den avvikande tillämpningen faktiskt skett. Detta innebär att båda avtalsparter agerat med viss oaktsamhet. Domstolen bedömde denna situation utifrån båda parternas synvinkel. Om den passive inte skulle ges möjlighet att kräva den prestation som avtalats inom ramen för gällande preskriptionsregler skulle avsteg göras från grundprincipen att det som avtalas ska gälla. Samtidigt föreföll det orimligt att ålägga motparten en skyldighet att prestera något som hyresvärden under lång tid underlåtit att kräva enligt avtalet. Avgörande här blev enligt domstolen att bedöma vilken avtalspart som är närmast att bära risken för de negativa konsekvenserna av den avvikande avtalstillämpningen. Vid denna bedömning beaktade domstolen för vilken av parterna det låg närmast att kontrollera avtalets faktiska lydelse, i vilken utsträckning parterna i övrigt underlåtit att bära sin del av ansvaret för avtalsrelationen samt under hur lång tid den generösa avtalstillämpningen varat. Dessa tre hänsynsgrunder är emellertid inte uttömmande och en bredare bedömning kan behöva göras. Om den passive efter en sådan bedömning är närmast att bära risken för den avvikande avtalstillämpningen anses denne också ha eftergett sin rätt enligt avtalet för förfluten tid, oavsett bristen på insikt om den avvikande avtalstillämpningen som varit till förmån för motparten.²⁵⁶

6.4.5.3 Bedömningen i fallet

Första frågan som avgjordes var om den avtalsenliga omsättningshyran hade avtalats bort. Domstolen konstaterade att hyresvärden inte varit medveten om att omsättningshyran inte debiterats. I och med bristen på medvetenhet om den avvikande avtalstillämpningen kunde inte parterna anses ha avtalat om en förändring av avtalsinnehållet. Därmed kunde inte omsättningshyran anses vara eftergiven för framtiden. Vidare bedömdes om hyresvärden eftergett sin rätt till omsättningshyra för förfluten tid. Inledningsvis påpekades att avtalsförhållandet mellan parterna pågått under lång tid. Hyresvärden hade av misstag underlåtit att kräva den omsättningshyra som var berättigad enligt avtalet men samtidigt hade hyresgästen varit omedveten om att hyresvärden krävt lägre hyra än vad de haft rätt till.²⁵⁷ Domstolen påpekade att klausulen för omsättningshyran var mycket knapphändig. Hyresvärden ansågs vara professionell varför det låg denne närmast att utforma klausulen på ett sätt som klargjorde alla detaljer. Mot

²⁵⁵ NJA 2018 s. 171 p. 12-14. Denna princip tillämpades bl.a. i NJA 2017 s. 203.

²⁵⁶ NJA 2018 s. 171 p. 15-16.

²⁵⁷ Ibid. p. 17-18.

bakgrund av att klausulen inte omfattade de frågor som var relevanta för bestämmandet av hyresgästens omsättning, ansåg domstolen att det ålåg hyresvärden att begära alla nödvändiga uppgifter för att kunna framställa ett omsättningsbaserat krav.²⁵⁸ Faktumet att båda avtalsparter till viss grad hade förfarit oaktsamt i samband med hyresgästens övertagande av avtalat var av betydelse. En viktig aspekt i denna del var att hyresvärden även underlåtit att kräva omsättningshyra från den tidigare hyresgästen. Om hyresgästen hade frågat den tidigare hyresgästen angående omsättningshyresklausulen hade svaret blivit att hyresvärden aldrig krävt någon omsättningshyra.²⁵⁹

Efter att ha bedömt omständigheterna i fallet mot de tre hänsynsgrunder som togs upp under förutsättningen att båda parter varit ovetandes om en felaktig avtalstillämpning,²⁶⁰ kom domstolen fram till att det låg hyresvärden närmast till hands att kontrollera och förtydliga avtalet för hyresgästen. Ytterligare en omständighet som talade för att hyresvärden skulle bära risken var att underlåtenheten att kräva omsättningshyran pågick under en mycket lång tid. Trots att hyresvärden inte haft insikt om denna avvikande avtalstillämpning ansågs den ha eftergett sin rätt för förfluten tid.²⁶¹

6.4.5.4 Analys

I NJA 2018 s. 171 belyses skillnaden mellan passivitet som rättsfaktum och passivitet som rättshandling. Ett befintligt avtalsinnehåll kan normalt sett enbart ändras genom passivitet som rättshandling, som innebär en viljeförklaring. En viljeförklaring föreligger antingen om parterna gemensamt ändrar avtalet, eller om en part ensam efterger vissa rättigheter för framtiden till förmån för motparten. I det senare fallet ändras avtalsinnehållet enligt viljeteorins bedömning om vad som utgör en viljeförklaring. Motpartens befogade tillit till partens avtalstillämpning enligt tillitsprincipen blir då avgörande för frågan, oberoende av den passives faktiska medvetenhet och vilja.²⁶² Anledningen till att hyresvärdens passivitet inte kunde ses som en rättshandling (innebärande en eftergift för framtiden) berodde ytterst på hyresgästens omedvetenhet om den avvikande avtalstillämpningen. Den omedvetne hyresgästen kunde därmed inte ha en befogad tillit till hyresvärdens tillämpning. Villkoret för aktualiseringen av tillitsprincipen var alltså inte uppfyllt och någon viljeförklaring ansågs inte föreligga eftersom båda parter var omedvetna om tillämpningen.

Ingen av de tre typsituationerna uppställda i NJA 2002 s. 630 blev aktuella i förevarande fall. Motparten till den passive var inte i villfarelse (första situationen) och befogad tillit hos densamme saknades (andra situationen)

²⁵⁸ Ibid. p. 19.

²⁵⁹ Ibid. p. 21.

²⁶⁰ Ibid. p. 16. (För vilken av parterna det låg närmast att kontrollera avtalets faktiska lydelse, i vilken utsträckning parterna i övrigt underlåtit att bära sin del av ansvaret för avtalsrelationen samt under hur lång tid den generösa avtalstillämpningen varat.)

²⁶¹ Ibid. p. 22.

²⁶² Jämför ovan avsnitt 2.6 och 2.7.

eftersom den var omedveten om avtalsstillämpningen. Möjligtvis hade den tredje situationen kunnat bli gällande, men den räckte enligt HD inte ensam. 10 år verkar inte kvalificera för kravet att under en ”mycket lång tid” underlåta att göra en rättighet gällande för att sk. ren passivitetsverkan ska kunna följa. Däremot uttryckte domstolen att passiviteten dessutom pågått under en mycket lång tid, som en av flera faktorer vid bedömningen av vilken part det var närmast att bära risken för avtalsstillämpningen då båda parter förfarit oaktsamt. Någon närmare motivering av varför 10 år inte ansågs räcka för passivitetsverkan enligt den tredje i NJA 2002 s. 630 uppställda typsituationen gjordes inte. Även för denna grund torde partens medvetenhet om underlåtenheten krävas, trots att det inte direkt framgår av formuleringen. Tidsbedömningen verkar vara upp för skönsmässig sådan beroende från fall till fall.

I fallet dömde HD att den passive eftergett sin rätt för förfluten tid, men inte på grunden att hyresvärden genom en rättshandling hade ändrat avtalsinnehållet. Istället baserades passivitetsverkan på att passiviteten som rättsfaktum medförde förlust av avtalsrättigheter för förfluten tid. För att passivitet som rättsfaktum ska kunna ges verkan krävs en underliggande rättsnorm vilken inte kan utrönas i fallet. HD har genom detta avgörande alltså skapat en rättsnorm som innebär ytterligare en situation då en part kan förlora avtalsrättigheter, när avtalsstillämpningen ses som en eftergift för förfluten tid.²⁶³

Lojalitetsplikten gör sig i fallet åter gällande vid bedömningen av klargörandeplikten placering. I och med att hyresvärden i egenskap av professionell aktör fick stå risken för passivitetsverkningarna kan det sägas att HD ålägger den passive en övervakningsplikt.²⁶⁴ Cervin diskuterar förekomsten av en övervakningsplikt som leder till reklamationsplikt för den passive och argumenterar för att en sådan bedömning förefaller rimlig. Däremot krävs enligt Cervin i regel kunskap hos den passive för att övervakningsplikt ska bli aktuell. En utgångspunkt är i Cervins mening att särskilda omständigheter ska motivera övervakningsplikten. Vilka omständigheter som kvalificerar en motivering av ett inträdande av övervakningsplikt är däremot inte självklart. Cervin lyfter tidigare affärsförbindelser som en möjlig motiverande omständighet.²⁶⁵ Domstolen kan i NJA 2018 s. 171 sägas ålägga den passive en övervakningsplikt, som leder till en klargörandeplikt, med hänsyn till att denne är en professionell aktör och delvis även på grund av att passiviteten pågått under en mycket lång tid. HD lyfter aspekter som går i linje med Lunds och Hörby Jensens teorier vid passivitetsbedömningar som medför rättsförluster. Avgörandet ger uttryck för en skälighetsbedömning mot bakgrund av omständigheterna i situationen. De omständigheter som, vid sidan av

²⁶³ Jämför NJA 2018 s. 171 p. 11 och 22.

²⁶⁴ Cervin (1972) s. 85.

²⁶⁵ Ibid. s. 81.

passiviteten, tas i akt vid bedömningen av vilken part som är närmast att bära risken är parternas ställning i förhållande till varandra, var parts oaktsamhet samt hur lång tid den avvikande tillämpningen pågått.²⁶⁶ Den part hos vilken risken sedermera placeras bär en lojalitetsplikt gentemot den andra parten som innebär att klargöra situationen. Det krävs alltså vid sidan av passiviteten en rad andra omständigheter för att passivitetsverkan ska bli följd. Passiviteten utgör ett nödvändigt men inte tillräckligt faktum för rättsverkan. Mot bakgrund av avgörandet kan alltså även passivitet i egenskap av rättsfaktum medföra en eftergift av avtalsrättigheter för förfluten tid. För detta fordras dock de särskilda omständigheterna i fallet – bl.a. att båda parter varit omedvetna samt deras förhållanden till varandra.

Utfallet i NJA 2018 s. 171 medför att högre krav ställs på en hyresvärd med hänsyn till dennes roll i ett hyresförhållande. Det är därmed viktigt för en part i denna position att noggrant övervaka sina intressen och kontrollera att avtal efterföljs för att inte riskera rättsförlust för förfluten tid, eller rättsförlust för framtiden ifall motparten kan få en befogad uppfattning om att eftergift skett. P. Björkdahl argumenterar för att den part som av misstag, glömska eller slarv är omedveten om att denne inte utnyttjar sin avtalsenliga rättighet innebär att insiktskravet inte är uppfyllt och att parten därmed borde vara med skyddsvärd än motparten i fråga om en permanent eftergift kan anses ha gjorts.²⁶⁷ I målet var det utmärkande att båda parter var omedvetna om avtalstillämpningen. Därför var det nödvändigt att göra en övervägning om riskplacering utifrån parternas premisser. Att hyresgästen skulle bli betalningsskyldig för omsättningshyran som under 10 år inte avkrävts kan tyckas förefalla orimligt.

Arvidsson och Gorton ställer sig skeptiska till detta formande av ytterligare en passivitetsnorm grundad på en skälighetsbedömning. Förekomsten av för många alternativa rättsliga argument för samma slutsats kan enligt dem leda till att processer fördyras. De förespråkar istället en möjlig argumentationslinje enligt oskälighetsregeln i 36 § AvtL med anledning av de oskrivna passivitetsnormernas starka koppling till lojalitetsprincipen. Viss parallellitet tycks finnas mellan argumenten om oskälighet enligt 36 § AvtL och lojalitetsargumenten i samband med passivitet.²⁶⁸ Enligt min uppfattning skulle det av samma anledning men även för förutsebarhetens skull vara önskvärt att basera bedömningen på redan befintliga rättsnormer.

²⁶⁶ Jämför NJA 2018 s. 171 p. 16 och 18-20.

²⁶⁷ Jämför ovan avsnitt 2.5, se även P. Björkdahl (2013/14) s. 255.

²⁶⁸ Arvidsson och Gorton (2019) s. 121 f.

7 Avslutande anmärkningar

7.1 Inledning

I det följande ska avslutningsvis de två ledande frågorna för arbetet besvaras mer koncist utifrån vad som analyserats under varje enskilt kapitel. Frågorna lyder enligt följande:

- På vilka grunder kan passivitet medföra avtalsrättsliga verkningar?
- Vad innebär rättsutvecklingen på senare år för synen på passivitet i svensk rätt?

7.2 Grunder för avtalsrättslig passivitetsverkan

De grunder på vilka passivitet kan medföra avtalsrättsliga verkningar har efter analysen visat sig vara flera. Passivitet kan medföra rättsverkningar i form av bindning eller rättsförlust genom att passiviteten ger uttryck för en rättslig viljeförklaring (rättshandling). För bedömningen av om passiviteten kan utgöra en sådan är tillitsprincipen avgörande, vilket framgår både ur praxis och doktrin. Det är alltså inte den passives egentliga avsikt eller vilja som är avgörande, utan motpartens befogade tillit och uppfattning av passiviteten som ett uttryck för en intention. Att kravet på motpartens befogade tillit emellertid ställs högt framgår bl.a. ur HD:s dom den 11 oktober 2018 i mål nr T 5152-17.

Passiviteten kan även få verkan i egenskap av självständigt rättsfaktum, både i form av bindning och rättsförlust. Passivitetsverkningar är då villkorade av att passiviteten utgör ett rättsfaktum i en rättsnorm, antingen lagfäst eller oskriven. Passiviteten utgör då ett rekvisit för att ändring av rättsliga positioner ska ske. De lagfästa bestämmelser enligt vilka passivitet orsakar rättsverkan i form av avtalsbindning är 4 §, 6 §, 9 § AvtL och 21 § HagL. För 4 § andra stycket och 6 § andra stycket AvtL blir dolusregeln aktuell för bedömningen, vilken ställer krav en parts insikt om en godtroende motparts villfarelse. Passivitetsverkan i form av avtalsbindning följer om en part måste ha insikt om en godtroende motparts villfarelse, men underlåter att reklamera utan oskäligt uppehåll. Även i 9 § AvtL stadgas ett insiktskrav, däremot avser partens insikt här inte motpartens villfarelse utan en insikt om att partens uppfordran framkallat anbudet. Utvidgningen av 6 § andra stycket i kombination med 9 § AvtL som påpekas av både Karlgren och Håstad och som även tillämpats i NJA 1962 s. 276 och NJA 1977 s. 92 torde också kunna utgöra grund för

passivitetsverkan.²⁶⁹ Denna norm blir tillämplig när en mottagare framkallar ett anbud, särskilt om det föreligger en preliminär uppgörelse, och mottagaren inte bara måste inse att den framkallat anbudet utan även måste inse att anbudsgivaren utgår från att anbudet blir antaget om denne inte får ytterligare besked. I ett sådant fall kan det åligga mottagaren att reklamera inom skälig tid för att inte bli bunden av anbudet. Håstad uttrycker sig just på så vis att det *kan* åligga motparten en reklamationsplikt vilket kan tolkas som att normen inte är fullt erkänd i svensk rätt. Möjligtvis beror detta på att nyss nämnda rättsfall är daterat.

Närmast identiska rekvisit som de i 21 § HagL har genom NJA 2006 s. 638 blivit upphöjda till en allmän passivitetsnorm avseende passivitetsverkan vid avtalsbekräftelser. Är de fem rekvisit²⁷⁰ som ställts upp i fallet uppfyllda blir en passiv part bunden av ett avtal i samband med en avtalsbekräftelse. Passiviteten har i detta fall presumtionsverkan som innebär att bevisbördan för att bevisa att avtalsbinding genom passivitet ändå inte ska föreligga, förskjuts till den passiva parten.

Enligt PreskL, reklamations- och preklusionsbestämmelser kan passivitet som rättsfaktum medföra rättighetsförluster och i vissa fall i förlängningen även bindning. Dessa regler medför passivitetsverkan på grunden att en viss frist löpt ut. De utgör alltså sk. ”rena” passivitetsnormer eftersom ingenting annat än själva passiviteten beaktas. Passivitetsverkan av en underlåten reklamation bedöms enbart mot bakgrund av *när* reklamationen borde gjorts. Frågan om reklamationsplikt föreligger eller ej avgörs däremot i ett tidigare led enligt tillitsprincipen eller dolusregeln och enligt de bestämmelser och normer där passivitetsverkan i övrigt förekommer.

Det finns tre typsituationer som fastlades i NJA 2002 s. 630 och som utgör grunder för passivitetsverkan. Sedermera har de tre grunderna flera gånger bekräftats i senare rättsfall vilket antyder att de är erkända i svensk rätt. Passivitetsverkan följer när en part vet att den andra inrättar sig på ett visst sätt i förlitan på en rättslig bedömning som är felaktig, när en part gett motparten intrycket att parten eftergett sin rätt, eller när en part under mycket lång tid underlåter att göra sin rätt gällande. Det första fallet liknar uppbyggnaden av de passivitetsbestämmelser som finns i AvtL och bekräftar dolusregelns vidsträckt tillämpning som betingar en klagörandeplikt för en part som måste ha insikt om motpartens villfarelse. Den andra situationen bekräftar tillitsprincipen och att passivitet som rättshandling leder till en eftergift. Den tredje situationen innebär en slags ”ren” passivitetsverkan. Hur lång tid ”mycket lång tid” är avgörs mot bakgrund av varje enskilt fall. Enligt NJA 1993 s. 570 ansågs 24 år av passivitet vara ”mycket lång tid” samt grund för

²⁶⁹ Jämför ovan avsnitt 5.4 och 5.5.

²⁷⁰ Se ovan avsnitt 5.3.

passivitetsverkan. Enligt NJA 2018 s. 171 ansågs 10 år visserligen utgöra ”mycket lång tid” men blev inte ensamt utslagsgivande för passivitetsverkan. Att passiviteten varade under en mycket lång tid utgjorde istället del i bedömningen av vilken part det låg närmast att bära risken för den negativa avtalstillämpningen, troligtvis till följd av båda parter ovetande. En helhetsbedömning av omständigheterna grundad på skälighet gjordes i nyss nämnda fall, vilket innebar att en eftergift av en avtalsrättighet för förfluten tid ansågs ha gjorts. I NJA 2018 s. 171 formade domstolen därmed ytterligare en passivitetsnorm när båda parter är oaktsamma. Normen innebär att om en borgenär är närmast att bära risken för de negativa konsekvenserna av en avvikande avtalstillämpning under lång tid, anses denne ha eftergett sin avtalsenliga rätt för förfluten tid, trots en bristande insikt om avtalstillämpningen. Vilken part som är närmast att bära risken bedöms bl.a. med hänsyn till följande punkter:

- vilken part ligger det närmast till hands att kontrollera avtalets innehåll
- i vilken utsträckning har parterna i övrigt underlåtit att bära sin del av ansvaret för avtalsförhållandet
- hur lång tid har den generösa avtalstillämpningen pågått²⁷¹

Enligt denna passivitetsnorm utgör även parternas oaktsamhet en bedömningsgrund för vilken part som är närmast att bära risken av avtalstillämpningen. Om borgenären anses vara parten som får bära risken, ankommer det denne en klagörandeplikt. Ett försummande av denna plikt leder sedermera till passivitetsverkan. Om istället gäldenären skulle anses närmast att bära risken, skulle det innebära att borgenären inte eftergett sin rätt och gäldenären skulle bli betalningsskyldig.

En klagörandeplikt motiveras av lojalitetshänsyn vilket medför att lojalitetsplikten gör sig gällande för samtliga passivitetsnormer. Avseende passiviteten som rättshandling föreligger däremot en frist att klargöra en situation eller uppfattning *före* det att motparten kan anses ha en befogad tillit till rättshandlingen. I och med att motpartens tillit är befogad har klagörandefristen löpt ut och passivitetsverkan blir aktuell. Lojalitetsplikten verkar vara särskilt framträdande för passivitetsnormerna där passiviteten är ett rättfaktum. För 4 § andra stycket och 6 § andra stycket AvtL motiveras lojalitetskravet uttryckligen med att motverka spekulation på motpartens bekostnad. Passivitetsverkan i 9 § motiveras främst med hänsyn till handelsrätten och en smidig omsättning. I NJA 2017 s. 203 bekräftade HD att en part som vill göra gällande en motparts avtalsbrott måste meddela motparten om detta inom en viss tid. Underlåter parten att meddela inom viss tid, förloras rätten att åberopa en *påföljd*. Denna allmänna reklamationsplikt som är ett uttryck för lojalitetsprincipen följer även av NJA 2007 s. 909 och bekräftas

²⁷¹ Se NJA 2018 s. 171 p. 16.

senare även i NJA 2017 s. 1195. Avseende rätten till att åberopa *fullgörelse* enligt ett avtal bekräftades i NJA 2017 s. 203 de tre typsituationer som formades i NJA 2002 s. 630.²⁷²

För både förlust av rätt till påföljd och förlust av en avtalsenlig rätt utgör passiviteten ett självständigt rättsfaktum grundad på lojalitetshänsyn som villkorar rättighetsförlusten. Däremot skiljer sig de grunder på vilka passivitetsverkan blir gällande beroende på vilken rättighet det rör sig om. En rätt till påföljd kan gå förlorad baserat på att en allmän reklamationsplikt försummas. För förlust av rätt till fullgörelse av en avtalsbestämmelse krävs att någon av de tre uppställda situationerna är tillämplig. Den passivitetsnorm som formades i NJA 2018 s. 171 utgör numera ytterligare en grund för förlust av avtalsenlig rätt grundad på lojalitetshänsyn. I NJA 2017 s. 1195 bedöms lojalitetsprincipen vara så pass stark att den anses kunna utgöra ett undantag från en bestämmelse i lag. Ur fallet framgår att förlust av rätt till påföljd vid fel i fastighet kan bli gällande på grund av försummad lojalitetsplikt även när säljaren handlar illojalt. Lojalitetsplikten aktualiseras i samband med att köparen är medveten om det fel som föreligger. Köparen är alltså inte fredad från passivitetsverkan grundad på en lojalitetsplikt enbart därför att motparten handlar illojalt. Vilka påföljder som går förlorade till följd av passiviteten avgörs i sin tur med hänsyn taget till lojalitetsprincipen och vad som motiverar det lojalitetskrav som den köparen åsidosätter. Bedömningen förutsätter hänsyn till omständigheterna, vilket medför att det är svårt att på förhand förutse följden av passiviteten då följden inte är bestämd.

För de rådande passivitetsnormerna uppstår frågeställningar som rör avtalstolkning. Utgångspunkten är en partsorienterad subjektiv tolkning men en objektiv och uttryckorienterad tolkning tycks i många fall vara ofrånkomlig. Passiviteten som tolkningsdatum kan medföra avtalsrättsliga verkningar genom att påverka innehållet i en rättshandling. Därmed påverkar passiviteten de rättsförhållanden som styrs av rättshandlingen. Dolusregeln medför att en passiv parts uppfattning om ett rättsförhållande förlorar tolkningsföreträde om parten inser att motparten har en annan uppfattning och samtidigt förhåller sig passiv. Då tolkas istället avtalet i linje med motpartens uppfattning om rättsförhållandet. Även tillitsprincipen och lojalitetsprincipen är som framgått väsentliga vid tolkningen av passivitet. Möjligheten för parter att påverka avtalstolkning genom införande av särskilda klausuler i syfte att frånta passiviteten verkan som tolkningsdatum förefaller nästan obefintlig.²⁷³ I svensk rätt råder en mycket stark anknytning till allmänna rättsprinciper och parter ageranden i övrigt, vilka tillmäts relevans i egenskap av rättshandlingar eller rättsfakta. Ur NJA 2015 s. 186 framgår att domstolen är beredd att tillmäta ett avtalat skriftkrav viss betydelse, men att det i princip inte finns hinder från att

²⁷² Se ovan avsnitt 6.4.2.2. vid not 221.

²⁷³ Jämför ovan avsnitt 3.6 och 3.7.

konkludent frånfalla ett sådant skriftkrav när det ger uttryck för en partsvilja. Frågan om en parts passivitet kan medföra att båda parter kan anses ha inrättat sig till en viss ordning besvaras jakande med hänsyn till tillitsprincipens och dolusregelns tillämpning. Vid sidan av ett avtalat skriftkrav skulle det dock möjligtvis vara svårare att nå framgång i att hävda befogad tillit mot bakgrund av tillitsprincipen och god tro mot bakgrund av dolusregeln. På detta vis skulle ett avtalat skriftkrav kunna bidra till att höja tröskeln för tolkningen av en parts passivitet.

7.3 Rättsutvecklingens betydelse för synen på passivitet i svensk rätt

Rättsutvecklingen avseende passiviteten och dess verkningar i svensk rätt förefaller spretig. Det finns mot bakgrund av prejudikaten flera typfall då passiviteten medför rättsverkningar, och senast i år har ytterligare en passivitetsnorm formats. Det faktum att det finns flera olika vägar till passivitetsverkan innebär att passiviteten tillmäts stor betydelse som rättslig företeelse. Däremot blir passiviteten enbart ensam utslagsgivande vid ”rena” passivitetsföreskrifter. I övriga fall tillmäts passiviteten verkan vid beaktande av flera andra omständigheter vid tolkningen. Domstolen gör enligt NJA 2017 s. 1195 och NJA 2018 s. 171 rimlighetsöverväganden vilket tyder på en friare ändamålsenlig bedömning av passiviteten som inte är nödvändigtvis följer rådande normer och bestämmelser. Det framgår särskilt ur NJA 2018 s. 171 att det i en situation inte alltid är enkelt att avgöra om det är fråga om passivitet som rättshandling, som ger uttryck för en viljeförklaring, eller passivitet som rättsfaktum, som enligt en typsituation utgör ett villkor för en rättsföljd. Det ena utesluter i och för sig inte det andra – att en part genom passivitet anses avge en rättslig förklaring kan vara grundat i en typsituation som samtidigt också ger uttryck för en rättslig viljeförklaring (rättshandling).

Av rättspraxis att döma har lojalitetsprincipen ett nära samband med passivitetsnormerna. NJA 2017 s. 1195 tyder på att HD skapar incitament för en part att handla lojalt även om motparten handlar illojalt. Det skulle kunna sägas vara motiverat av att motverka risken för moraliskt förfall i ett avtalsförhållande. Generellt syftar lojalitetsprincipen bl.a. till att gynna båda parter i ett avtalsförhållande. Möjliga passivitetsverkningar utgör då incitament för parter att handla lojalt. Det faktum att lojalitetsprincipen genom rättsutvecklingen fått en så stark ställning tyder på att passivitet som icke-handling anses skadligt och icke önskvärt i avtalsförhållanden, varför rättstillämparen har visat sig göra långtgående bedömningar genom att ställa höga krav på aktivitet (se NJA 2017 s. 1195).

Tillitsprincipens starka ställning som bekräftats i praxis under en längre tid, kan sägas motverka kulans. Det innebär att passivitetsverkningar ur ett större

perspektiv kan få en önskad effekt även för motparten till den passive. Det som balanserar denna risk är det faktum att höga krav ställs på en motparts befogade tillit, vilket innebär att det ställs krav även på en motpart för att passiviteten ska få verkningar. Detta speglar möjligtvis ett visst hänsynstagande till en restriktiv syn på passivitetsverkningar i vissa fall. Det råder i min uppfattning ingen tvekan om att det är önskvärt att ställa höga krav på tillitsprincipen för att gynna avtal och den ekonomiska omsättningen i stort med hänsyn till kulans.

Den spretiga rättsutveckling som syns kan enligt min uppfattning motivera en översyn av avtalslagen, med hänsyn till passivitetsregleringar. Det råder i nuläget flera oskrivna grunder på vilka passiviteten tillmäts verkan som formats genom praxis och vars ställning i och för sig genom detta är bekräftad. Däremot skulle i min mening möjligheten till förutsebarhet i fråga om när passivitetsverkningar inträffar och vilka verkningar som blir följden gynna avtalsparter genom att formulera vissa riktlinjer i lagregler. De kriterier som ställs upp för bedömningen av när passivitetsverkningar inträder på grund av en lojalitetsplikt i NJA 2017 s. 1195 är exempel på mycket vagt beskrivna kriterier. När ett meddelande framstår som näraliggande och naturligt och hur arten och graden av en parts illojalitet bedöms lämnas till domstolen för en skönsmässig bedömning. Frågan om på vilket sätt tydligare riktlinjer lämpligen skulle utformas på ett konkret sätt lämnas dock utanför denna analys.

Att passivitet kan medföra rättsverkningar i egenskap av rättshandling och rättsfaktum står klart. Det rättspolitiska intresset att stimulera avtalslut genom att skydda en part enligt tillitsprincipen förefaller i min mening fullt rimligt, men det krävs en balansgång för iakttagandet av olika intressen med de olika effekter som passiviteten medför. Den som tiger måste i vissa fall kunna anses samtycka i avtalsrättsliga sammanhang till förmån för de skyddsvärda intressen som finns.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp m.m. avgivna den 31 januari 1914 av därtill utsedda kommitterade [cit: Förslag (1914)]

Litteratur

Adlercreutz, Axel och Gorton, Lars, *Avtalsrätt 2*, 6. uppl., Juristförlaget, Lund, 2010 [cit: Adlercreutz och Gorton (2010)]

Adlercreutz, Axel; Gorton, Lars och Lindell-Frantz, Eva, *Avtalsrätt 1*, 14. uppl., Juristförlaget, Lund, 2016 [cit: Adlercreutz m.fl. (2016)]

Arnholm, Carl Jacob, *Passivitetsvirkninger: et bidrag til læren om de rettsstiftende kjensgjerninger*, Grundt Tanum, Oslo, 1932 [cit: Arnholm (1932)]

Arnholm, Carl Jacob, *Privatrett. 1, Almindelig privatrett*, Grundt Tanum, Oslo, 1964 [cit: Arnholm (1964)]

Arvidsson, Niklas och Gorton, Lars: ”Passivitet inom avtalsrätten”. I *Festskrift till Göran Millqvist, Jure*, 2019 [cit: Arvidsson och Gorton (2019)]²⁷⁴

Arvidsson, Niklas och Samuelsson, Per, *Entreprenadavtal mellan näringsidkare och konsument*, Norstedts juridik, Stockholm, 2018 [cit: Arvidsson och Samuelsson (2018)]

Arvidsson, Niklas & Samuelsson, Per: ”Om avtals uppkomst”. I Flodgren, Boel (red.), *Vänbok till Axel Adlercreutz*, Juristförlaget, Lund, 2007 [Cit. Arvidsson och Samuelsson (2007)]

Bar, Christian von, Clive, Eric M., Schulte-Nölke, Hans & Beale, H. G. (red.), *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)*, Outline ed., Sellier, European Law Publishers, Munich, 2009 [cit: DCFR]

Cervin, Ulf, *Om passivitet inom civilrätten.*, Norstedt, Diss. Lund: Univ., Stockholm, 1960 [cit: Cervin (1960)]

²⁷⁴ Boken kommer först ut i januari 2019. Jag har haft tillgång till ett korrektur och sidhänvisningen kan därmed komma att visa sig felaktig.

Cervin, Ulf, *Passivitetsspörsmålet i senare nordisk praxis och doktrin*, Norstedt, Stockholm, 1972 [cit: Cervin (1972)]

Edlund, Lars, *Boilerplate på svenska*, SvJT 2001 s. 172 [cit: Edlund (2001)]

Edlund, Jan: "Handelsagenturlagen som analogikälla". I Göthlin, Lars (red.), *Vänbok till Bertil Södermark*, Norstedts juridik, Stockholm, 2009 [Cit. Edlund (2009)]

Flodgren, Boel: "Tillit i avtalsrätten – några intryck från senare svensk rättspraxis". I Udsen, Henrik, Schans Christensen, Jan, Lau Hansen, Jesper, Iversen, Torsten & Nielsen, Lind (red.), *Festskrift til Mads Bryde Andersen*, 1. utg., 1. uppl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2018 [cit: Flodgren (2018)]

Gorton, Lars, *Integrationsklausuler och några andra boilerplateklausuler*, Ny Juridik 4:09 2008 s. 7 [cit: Gorton (2009)]

Gorton, Lars, *Boilerplateklausuler*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2009.170 s. 1 [cit: Gorton (2009) ET]

Heidbrink, Jakob, *Avtalets oppkomst – dags att se bortom avtalslagen*, SvJT 2007 [cit: Heidbrink (2007)]

Herre, Johnny, *DCFR och svensk rätt*, SvJT 2012 s. 933 [cit: Herre (2012)]

Herre, Johnny, *Rättsverkan av passivitet vid mottagande av avtalsbekräftelse*, JT Innehåll nr 3 2006/07 s. 687 [cit: Herre (2006/07)]

Hørby Jensen, Camilla, *Retsfortabende passivitet: hvorfor, hvordan, hvornår?*, 1. uppl., Jurist- og Økonomforbundet, København, 2007 [cit: Hørby Jensen (2007)]

International Institute for the Unification of Private Law., *Unidroit principles: of international commercial contracts, 2016*, [2016 ed.], Unidroit, Rome, 2016 [cit: PICC]

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s. 1 [cit: Jareborg (2004)]

Karlgren, Hjalmar, *Passivitet: en köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie*, Norstedt, Stockholm, 1965 [cit: Karlgren (1965)]

Karlgren, Hjalmar, *Passivitetens virkninger*, SvJT 1933 s. 42 [cit: Karlgren (1933)]

Kleineman, Jan: "Rättsdogmatisk metod". I Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 2. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2018 [cit: Kleineman (2018)]

Knoph, Ragnar, *Rettslige standarder: særlig grunnlovens § 97*, Oslo, 1939 [cit: Knoph (1939)]

Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, 2. uppl., Institutet för bank- och affärsjuridik (IBA), Uppsala, 2006 [cit: Lehrberg (2006)]

Lehrberg, Bert, *Avtalstolkning: tolkning av avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*, 7. uppl., Iusté, Uppsala, 2016 [cit: Lehrberg (2016)]

Lehrberg, Bert, Kurt Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta*, SvJT 1996 s. 462 [cit: Lehrberg (1996)]

Lindskog, Stefan, *Preskription: om civilrättsliga förpliktelsers upphörande efter viss tid*, 4. uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017 [cit: Lindskog (2017)]

Lund, Maria Vea, *Passivitet*, 1. utg., 1. uppl., Cappelen Damm akademisk, Oslo, 2017 [cit: Lund (2017)]

Munukka, Jori, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Jure, Diss. Stockholm: Stockholms universitet, 2007, Stockholm, 2007 [cit: Munukka (2007)]

Munukka, Jori: "Svensk obligationsrätt i det nya Europa". I Flodgren, Boel; Strömberg, Stefan; Kugelberg, Charlotte; Asp, Petter; Eka, Anders; Flodgren, Boel och Mellqvist, Mikael (red.), *Svensk juristtidning 100 år*, 1. uppl., Iustus förlag, Uppsala, 2016 [cit: Munukka (2016)]

P. Björkdahl, Erika, *Passivitet och konkludent handlande – särskilt i samband med hyresavtal*, JT Innehåll nr 2 2013/14 s. 237 [cit: P. Björkdahl (2013/14)]

P. Björkdahl, Erika, *Uppsägning genom konkludent handlande*, JT Innehåll nr 1 2016/17 s. 137 [cit: P. Björkdahl (2016/17)]

Ramberg, Cristina, *En ny avtalslag*, SvJT 2011 s. 32 [cit: Ramberg (2011)]

Ramberg, Christina, *Prejudikat som rättskälla*, SvJT 2017 s. 773 [cit: Ramberg (2017)]

Ramberg, Christina, *Reklamation vid kontraktsbrott*, 1. uppl., Juristförl., Stockholm, 1996 [cit: Ramberg (1996)]

Ramberg, Jan och Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 10. uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2016 [cit: Ramberg och Ramberg (2016)]

Ravnkilde, Jens, *Hved er avtalerettens grundlag?*, Tfr 2000 s. 989 [cit: Ravnkilde (2000)]

Ravnkilde, Jens, *Passivitet: det utilsigtede løfte om ikke-brug af ret*, 1. uppl., Thomson - Gad Jura, Köpenhamn, 2002 [cit: Ravnkilde (2002)]

Samuelsson, Joel, *Tolkningslärans gåta: en studie i avtalsrätt*, Iustus, Uppsala, 2011 [cit: Samuelsson, J. (2011)]

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 4. uppl., Stockholm, 2018 [cit: Sandgren (2018)]

Spaak, Torben: "Rättspositivism och juridisk metod". I Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 2. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2018 [cit: Spaak (2018)]

Svensson, Ola, *Bör begreppet viljeförklaring överges som grundval för avtalsrätten*, Tfr 2003 s. 555 [cit: Svensson (2003)]

Vahlén, Lennart: "Om slutande av avtal". I Karlgren, Hjalmar (red.), *Teori och praxis: studier i svensk civilrätt: [skrifter tillägnade Hjalmar Karlgren]*, Norstedt, Stockholm, 1964 [cit: Vahlén (1964)]

Westberg, Peter, *Civilrättskipning*, 2. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2013 [cit: Westberg (2013)]

ELEKTRONISKA KÄLLOR

Munukka, Jori, *Karnov lagkommentar till Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 4 §*, Lexino 2012-11-23, https://pro-karnovgroup-se.ludwig.lub.lu.se/document/527211/1#SFS1915-0218_K0_P4, hämtad 2018-11-14 [cit: Munukka, Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 4 §, Lexino 2012-11-23]

Munukka, Jori, *Karnov lagkommentar till Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 9 §*, Lexino 2012-11-23, https://pro-karnovgroup-se.ludwig.lub.lu.se/document/527211/1#SFS1915-0218_K0_P9, hämtad 2018-11-14 [cit: Munukka, Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 9 §, Lexino 2012-11-23]

Rättsfallsförteckning

NJA 1930 s. 131

NJA 1939 s. 579

NJA 1961 s. 26

NJA 1965 s. 427

NJA 1973 s. 315

NJA 1977 s. 92

NJA 1991 s. 3

NJA 1993 s. 570

NJA 2002 s. 603

NJA 2005 s. 142

NJA 2006 s. 638

NJA 2007 s. 962

NJA 2007 s. 909

NJA 2009 s. 672

NJA 2010 s. 629

NJA 2011 s. 600

NJA 2015 s. 186

NJA 2016 s. 689

NJA 2017 s. 203

NJA 2017 s. 1195

NJA 2018 s. 127

NJA 2018 s. 171

HD:s dom mål T 5152-17 meddelad den 11 oktober 2018 (*Den ej återuppväckta fordran*)