



JURIDISKA FAKULTETEN

VID LUNDS UNIVERSITET

Marcus Rentschler

Förekomsten av lojalitetsplikt i kommersiella avtalsförhållanden

*i relation till utvecklingen av Högsta domstolens
prejudikatbildning*

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Katarina Olsson

Termin: HT 2022

Innehållsförteckning

SUMMARY.....	3
SAMMANFATTNING	5
FÖRORD.....	7
FÖRKORTNINGAR.....	8
1 INLEDNING.....	9
1.1 Bakgrund	9
1.2 Syfte och frågeställningar	10
1.3 Metod och material	10
1.4 Avgränsningar	12
1.5 Disposition.....	12
2 LOJALITETSPLIKT I AVTALSRÄTTEN.....	14
2.1 Lojalitetsplikt då och nu	14
2.2 Innebörden av lojalitetsplikt i kommersiella avtalsförhållanden	16
2.3 Lojalitetspliktens självständighet	18
2.3.1 Lojalitetsplikt i HD:s praxis	19
2.3.2 Resultatet av avgörandena och framtidsutsikt.....	23
3 HD:S ROLL I RÄTTSSAMHÄLLET – NORMBILDARE OCH RÄTTSTILLÄMPARE.....	25
3.1 Att skapa eller skipa rätt	25
3.1.1 Judiciell aktivism kontra aktiv juridik.....	27
3.2 Förändringar i HD:s uttryckssätt.....	29
4 ANALYS OCH SLUTSATSER.....	32
KÄLL- OCH RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	35

Summary

The principle of loyalty in commercial relations can be defined as an obligation for the parties to safeguard the other party's interests in addition to their own. The principle of loyalty can be derived far back in history, but it was only during the second half of the 20th century that things started to happen, and this progress took off in the last 20 or so years. Loyal collaboration between the parties sometimes contrasts with party autonomy, which has long dominated Swedish contract law. The principle of loyalty is not codified in Swedish contract law, but undoubtedly applies as a general legal principle, which can be deduced from legal preparatory work, doctrine, and case law from the Swedish Supreme Court (hereinafter the SC). Opinions differ as to whether the principle of loyalty is or is not found, outside of an overall assessment, i.e., as an independent basis to sue. In 2007, Jori Munukka published his thesis that investigated the subject of the principle of loyalty. His book led to a debate where different lawyers highlighted optimistic and pessimistic arguments, this happened alongside a development on the same subject in the SC.

The so-called *turnover case* (NJA 2021 p. 943) which was decided on December 1st last year paved way for a new era in Swedish contract law in general and for the principle of loyalty in particular. After a series of rulings in which the principle of loyalty was given greater amplitude, the SC was able to state in said case that a claim could win approval based solely on lack of loyalty in a corporate acquisition, despite the parties not having agreed on such a clause regarding loyal cooperation. The principle of loyalty can thus, with this case considered, create collateral obligations that do not appear directly in the agreement. The SC itself has been subject to change in recent years, which has also created a debate about the boundaries of its role in the Swedish judicial system.

Several studies have been carried out by lawyers and all agree that the SC has undergone changes in terms of their practice in a relatively short period of time, both regarding the layout of the judgements in the form of writing and regarding the increased occurrence of so-called obiter dicta, meaning reasoning that does not have a direct connection to the legal issue at hand. This development is not to everyone's liking, and a discussion of whether the SC is acting activist or even outside of its powers has appeared. The worrying party of the debate has some validity since the highlighted problem falls into a grey area, however the proportions of some of the criticisms are unwarranted as the situation is not all that dire. For some time since Sweden's admission into the European Union and the subsequent Europeanization of Sweden's judicial system, the Swedish parliament has failed to act on certain legislation in need of an overview and thereby forced the SC to act in order to be able to rule on the cases that have received leave to appeal. The SC has

clearly taken a more active position in the judicial system nowadays, but with what has to be considered good intentions within their powers.

Key words: Principle of loyalty, contractual relations, the Swedish Supreme Court, judicial activism.

Sammanfattning

Lojalitetsplikten i kommersiella avtalsförhållanden kan definieras som skyldigheten för parterna i relationen att tillvarata motpartens intressen utöver sina egna. Lojalitetsplikten kan härledas långt tillbaka i historien men det är först under 1900-talets andra hälft som saker började hända och denna utveckling tog rejäl fart under de senaste ca 20 åren. Lojal samverkan mellan parterna står ibland i kontrast till partsautonomin vilken länge har dominerat i svensk avtalsrätt. Lojalitetsplikten är inte kodifierad i svensk avtalsrätt men gäller tveklöst som en allmän rättsprincip vilket kan utläsas ur förarbeten, doktrin samt praxis från Högsta domstolen (hädanefter HD). Åsikterna skiljer sig däremot vad gäller lojalitetspliktens vara eller icke vara utanför en helhetsbedömning, alltså som en självständig grund för talan. Jori Munukka gav år 2007 ut sin avhandling som behandlade ämnet vilket ledde till en debatt där olika jurister lyfte fram optimistiska och pessimistiska argument, detta skedde parallellt med en utveckling på området i HD:s praxis.

Omsättningsmålet (NJA 2021 s. 943) som avgjordes den 1 december förra året banade väg för en ny era inom svensk avtalsrätt i allmänhet och lojalitetsplikten i synnerhet. Efter en rad avgöranden där lojalitetsplikten givits större utrymme kunde HD i förevarande fall konstatera att en talan kunde vinna bifall helt på grunden bristande lojalitet vid en företagsöverlåtelse, detta trots att parterna inte avtalat om en sådan klausul om krav på lojal samverkan. Lojalitetsplikten kan alltså med denna praxis i beaktande skapa sidoförpliktelser som inte framgår i avtalets ordalydelse. HD har i sig genomgått en förändring under de senaste åren, vilket också skapat en debatt om gränsdragningen för dess uppdrag i det svenska rättssamhället.

Flera studier har genomförts av forskande jurister och samtliga är eniga om att HD genomgått en tydlig förändring på relativt kort tid vad gäller dess praxisbildning, både vad gäller upplägget på domarna i form av utformning och gällande den ökade förekomsten av s.k. obiter dicta, alltså resonemang som inte har en direkt koppling till rättsfrågan. Utvecklingen faller inte alla verksamma jurister i smaken och en debatt om huruvida HD agerar aktivistiskt eller t.o.m. utanför sina befogenheter har blommat upp. Debatten har viss fog för sig då problematiken som belyses hamnar i en gråzon, däremot kan en del av kritiken anses ha fått oproportionerligt stort utrymme. Riksdagen har under en tid sedan inträdet i Europeiska unionen och den efterföljande europeiseringen av Sveriges rättssystem, agerat handfallet beträffande viss lagstiftning i behov av en översikt och således i viss mån tvingat HD att agera för att kunna avgöra målen som fått prövningstillstånd. HD har tagit på sig en mer aktiv roll i rättssamhället men med vad som får anses goda intentioner inom dess befogenheter.

Nyckelord: *Lojalitetsplikt, avtalsförhållanden, Högsta domstolen, judiciell aktivism.*

Förord

Inledningsvis vill jag tacka min handledare Katarina Olsson för noggrant granskande av min text under hösten och för givande diskussioner. Tack till mina föräldrar för all stöttning under juristprogrammet. Ett extra tack till mamma är på sin plats för alla korrekturläsningar. Tack till min arbetsplats under större delen av utbildningen, Flood Herslow Holme, för att jag fått ett eget kontor att sitta och skriva i parallellt med utvecklande juridiskt arbete. Även ett stort tack riktas till min Ebba som alltid stått vid min sida när jag behövt det. Slutligen tack till alla vänner som gjort min tid i Lund helt fantastisk och utan tvivel oförglömlig.

Malmö, den 3 januari 2023

Marcus Rentschler

Förkortningar

AB 04	Allmänna Bestämmelser 04
AB 92	Allmänna Bestämmelser 92
ABL	Aktiebolagslag [2005:551]
Avtalslagen	Lag [1915:218] om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
Art.	Artikel
EU	Europeiska unionen
HD	Högsta domstolen
JB	Jordabalk [1970:994]
JT	Juridisk tidskrift
Köplagen	Köplag [1990:931]
NJA	Nytt juridiskt arkiv
PECL	Principles of European Contract Law
Prop.	Regeringens proposition
RF	Regeringsform [1974:152]
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
UNIDROIT	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

1 Inledning

1.1 Bakgrund

En central del av samhället i allmänhet och juridiken i synnerhet är avtal. För att samhällets olika funktioner ska kunna byggas upp och upprätthållas krävs avtal i alla former och storlekar. Hur avtal skapas och tolkas har förändrats för att anpassas till samtiden, men för lite mer än ett år sedan avgjorde HD ett mål som innebar en osedvanligt kraftig riktningförändring inom kommersiell avtalsrätt, mer specifikt beträffande den allmänna lojalitetsplikten.

Lojalitetsplikten har länge varit föremål för debatt inom avtalsrätten men bör ändå kortfattat kunna beskrivas som en skyldighet att se efter och tillvarata även motpartens intressen, även om det inte direkt specificerats i avtalshandlingarna.¹ Lojalitet definieras i Svenska Akademiens ordlista som ”att uppfylla sina rättsliga och moraliska förpliktelser mot en annan”.² Att agera lojalt i allmänhet är dock ett diffust krav som kan medföra vissa svårigheter vid tillämpning, framförallt eftersom kommersiella avtalsförhållanden ofta innebär att parterna förhandlat om stora summor pengar och åtaganden över lång tid. Att kräva ageranden utanför avtalet kan enligt en argumentationslinje innebära inskränkningar i parternas autonomi, och frågan om lojalitetsplikten har fått utstå en del kritik och skepticism.³ Att lojalitetsprincipen existerar i någon form inom avtalsrätten råder det inga tvivel om men huruvida den kan ge upphov till förpliktelser på egna ben är desto mer oklart. Behöver den grundas på någonting särskilt i olika avtalsförhållanden och i så fall vad?

En annan central del av juridiken är domstolen och dess roll att avgöra vem som har rätt, bland annat vid tolkning av avtal. Det svenska rättssamhället bygger på ett visst mått av maktdelning då Riksdagen skapar rätt medan domstolarna skipar rätt. På senare tid menar emellertid vissa att domstolarnas roll, eller i vart fall hur de praktiserar rollen, har förändrats. Det gäller såväl utformningen av deras avgöranden som själva innehållet i dem. En debatt inleddes i början av 2014 då hovrättspresidenten Wersäll kritiserade HD i SvJT för att ha intagit en alltför aktivistisk roll.⁴ Skiljelinjen mellan rättsvetenskap och rättspolitik kan vara svår att dra och frågan om domstolens roll i samhället är högaktuell. Lojalitetsplikten i kommersiella avtalsförhållanden i kombination med HD:s inställning till

¹ Munkka, *Lojalitetsprincipen som rättsprincip*, SvJT 2010, s. 837.

² www.svenska.se, sökord: *lojalitet*, besökt 19-09-2022.

³ Holm, *Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip*, 2004, s. 184f.

⁴ Wersäll, *En offensiv högsta domstol*, SvJT 2014, s. 1.

prejudikatbildningen på området banar således väg för en intressant och aktuell undersökning.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att undersöka huruvida HD:s förändrade förhållningssätt till prejudikatbildningen inom kommersiell avtalsrätt med fokus på lojalitetsplikten är rimligt, i förhållande till den roll HD har i rättssamhället. För att uppnå syftet kommer ett par frågeställningar behöva besvaras. De huvudsakliga frågeställningarna är:

- Kan lojalitetsplikten skapa förpliktelser som inte direkt framgår i avtalet?
- Har HD:s prejudikatbildning följt utvecklingen av rättssamhället eller har HD drivit på utvecklingen?

1.3 Metod och material

Val av metod i en juridisk uppsats är sällan så enkelt som att bara välja ut en term och sedan börja skriva. Ett klassiskt och välanvänt alternativ är den rättsdogmatiska metoden, som kortfattat innebär att förklara och tolka vad gällande rätt är på ett visst område, med hjälp av de kvalificerade rättskällorna som stöd.⁵ Denna metod är således lämplig för vissa delar av arbetet men kan inte ensam anses beskriva hela arbetsmetoden i den här uppsatsen, i vart fall inte i dess mest grundläggande betydelse. Den rättsdogmatiska metoden är omdiskuterad i litteraturen och till exempel beskriver Kleineman den som syftet att ”rekonstruera en rättsregel, eller lösningen på ett rättsligt problem genom att applicera en rättsregel på detsamma.”⁶ Han förtydligar även att rättsdogmatiken kan användas för såväl *de lege lata* som *de lege ferenda*, alltså en beskrivning av gällande rätt eller en beskrivning av hur gällande rätt enligt författaren borde vara.⁷ Uppsatsen innehåller båda delarna, dels en gedigen beskrivning av lojalitetsplikten i kommersiella avtalsförhållanden men också förslag på vad som kan åtgärdas för det bättre, enligt författarens mening. Även Olsen är inne på samma spår som Kleineman då hon beskriver

⁵ Olsen, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, SvJT 2004, s. 111.

⁶ Kleineman, *Juridisk metodlära*, s. 21.

⁷ Kleineman, *Juridisk metodlära*, s. 35f.

rättsdogmatiken som ett sätt att strukturera upp, förklara och tolka gällande rätt och därigenom lämna ifrån sig en legitim utsaga på ämnet i fråga.⁸

Även en form av rättspolitisk metod kan anses användas i uppsatsen,⁹ framförallt under det tredje kapitlet. Kapitlet utgår ifrån artiklar skrivna av i debatten synliga forskare, domare och advokater i Sverige och deras åsikter kring HD:s utveckling samt agerande under de senaste åren. Kanske kan rättsdogmatiken anses innefatta även detta arbetssätt men vissa tillskriver ändå den en relativt strikt hållning. Olsen skriver vidare att en rättspolitisk metod bättre beskriver förhållandet mellan rättsstatens mål och de medel som finns tillhanda.¹⁰

Uppsatsen tar avstamp i de traditionellt sett accepterade och auktoritativa rättskällorna vilka enligt rättskällehierarkin i följande ordning inkluderar; lagstiftning inklusive förarbeten, praxis och doktrin.¹¹ Rättsfallen som tas upp är noggrant utvalda och analyserade men medvetet relativt få eftersom HD sällan givit lojalitetsresonemang något större utrymme under 1900-talet, till stor skillnad från de senaste ca 20 åren. Detta är också en av uppsatsens poänger att påvisa, nämligen att den frekventa förekomsten av sådana resonemang på senare år, i förhållande till den historiska avsaknaden, är anmärkningsvärd.

Det finns inte särskilt mycket litteratur på området specifikt beträffande lojalitetsplikten. Avtalsrättsliga standardverk som t.ex. Adlercreutz två böcker om avtalsrätt behandlar endast lojalitetsplikten översiktligt och således har de inte varit till lika stor hjälp som andra källor vilka därmed förekommer mer frekvent i uppsatsen. Munukkas avhandling *Kontraktuell lojalitetsplikt* har visserligen några år på nacken men används i stor omfattning då den är mycket djupgående och innehållsrik. Det ska observeras att Munukkas inställning till en kontraktuell lojalitetsplikt numera är mycket positiv, vilket dock inte präglar hans avhandling som ger en objektiv skildring. Ramberg och Ramberg ger en något mer utförlig bild av lojalitetsplikten för att vara ett allmänt avtalsrättsligt verk där även andra områden ges stort fokus, så utöver Munukkas avhandling används deras bok frekvent. Däri skildras också en något mer skeptisk syn på lojalitetsplikten vilket bidragit till en nyansering.

Många artiklar, framförallt från SvJT, används då en stor del av uppsatsen grundas i frågor som debatterats mellan olika jurister i närtid. Däribland en jämförelse mellan Munukkas positiva inställning till den Kontraktuella lojalitetsplikten och Ramberg, vars förhållningssätt är betydligt mer reserverat, dessutom används artiklar, där åsikter tydligare skiner igenom än

⁸ Olsen, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, SvJT 2004, s. 111.

⁹ Olsen, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, SvJT 2004, s. 106.

¹⁰ Olsen, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, SvJT 2004, s. 135.

¹¹ Kleineman, *Juridisk metodlära*, s. 22f.

i annan doktrin, för att analysera det rättspolitiska läget beträffande HD:s praxis. Även om artiklar i sig är en relativt lågt stående typ av källa inom rättskällehierarkin är de fullt nödvändiga att analysera då rösterna däri talar om hur rättssamhällets verksamma ser på bland annat HD:s roll och rättstillämpning idag. Flera rättsfall med mer eller mindre fokus på lojalitetsresonemang används vidare för att stärka eller motarbeta argument samt illustrera förändring i HD:s praxis över tid. Det ska noteras att praxis med hänvisningar till lojalitetsplikten innan millennieskiftet lyser med sin frånvaro,¹² detta är emellertid som tidigare anförts också en av uppsatsens poänger att belysa. Förarbeten finns också med i materialet för den grundläggande beskrivningen av utvecklingen kring svensk avtalsrätt.

1.4 Avgränsningar

Eftersom uppsatsen behandlar två omfattande delområden är avgränsningar nödvändigt. Lojalitetsplikten begränsas i huvudsak till svensk rätt och frågan om HD:s förändrade förhållningssätt begränsas i sin tur till lojalitetsplikten i kommersiella avtalsförhållanden. Det svenska materialet är dock något bristfälligt men detta hindrar inte uppsatsens syfte från att uppnås eller frågeställningarna från att besvaras tillfredställande. EU-rätten, vilken räknas som svensk rätt, är inte en stor del av materialet men är nödvändig att beakta för utvecklingen av det svenska rättssamhället sedan inträdet 1995.¹³ Då uppsatsen är primärt fokuserad på avtalsrätt och inte statsrätt speglar diskussionen detta. Ingen djupare analys av det svenska rättssystemet görs utan uppsatsen kretsar kring förändringarna som lojalitetsplikten genomgått i relation till HD:s prejudikatbildning.

1.5 Disposition

Uppsatsen är indelad i fyra huvudsakliga kapitel där det första är inledningen innehållandes en presentation av bakgrund, syfte med frågeställningar, val av metod och material samt ramar för uppsatsen. Därefter följer en utredning av lojalitetsplikten i kommersiella avtalsförhållanden och dess utveckling över tid i svensk rätt. Däri lyfts de olika åsikter som vädrats på senare tid gällande lojalitetspliktens vara eller icke vara som en självständig princip. En genomgång av relevant praxis sedan millennieskiftet avslutar denna del, med fokus på HD:s resonemang kring lojalitet. I det tredje kapitlet följer en utredning av HD innehållandes såväl en beskrivning av HD:s roll och funktion i Sveriges rättssystem som en undersökning av s.k. judiciell aktivism

¹² Se dock exempelvis NJA 1962 s. 359.

¹³ www.eu.riksdagen.se, sökord: *medlem*, besökt 19-09-2022.

inom den dömande makten. Där skildras även skillnaderna på rättsskapande och rättstillämpning. Avslutningsvis presenteras en analys av materialet med tillhörande slutsatser där frågeställningarna från syftet besvaras.

2 Lojalitetsplikt i avtalsrätten

Lojalitetsplikten är vagt definierad i svensk rätt men kan ändå kortfattat beskrivas som en skyldighet att tillvarata motpartens intressen vid sidan av sina egna i ett avtalsförhållande.¹⁴ Detta kapitel behandlar lojalitetspliktens utveckling i nationell rätt och huruvida den existerar som en självständig princip. Detta görs genom en utredning av lojalitetsförpliktelser som ofta uppkommer i kommersiella avtalsförhållanden och i vilken grad dessa påverkar avtalsförhållandet. Praxis från HD används för att belysa utvecklingen av lojalitetsprincipens betydelse. Det ska dock noteras att den svenska avtalsrätten saknar en heltäckande lagstiftning vilket kräver mer övergripande förståelse för helheten av de verksamma jurister som brukar den i form av rådgivning.¹⁵

2.1 Lojalitetsplikt då och nu

Att visa varandra hänsyn i affärsmässiga relationer är ingenting som skett uteslutande efter upplysningen. Lojalitetskrav kan härledas till såväl den kanoniska rätten, som legat till grund för framväxten av många europeiska rättssystem som till den romerska rätten. I England används till exempel common law systemet, som härrör ur kanonisk rätt och däri återfinns benämningen *good faith*, en form av lojalitetsplikt. Svensk rätt härstammar emellertid ifrån den romerska rätten, genom den germanska rätten, så lojalitetsbegreppet som vi använder idag bör i grunden också komma därifrån.¹⁶ Vidare kan man ur den romerska rätten hämta uttrycket *bona fides*, vilket kommer från gudinnan Fides som var beskyddare av de svaga och representerade empati. Munukka skriver att begreppet kommer ifrån den klassiskromerska rättens *bonus vir*, alltså hederlighet i form av att hålla ett löfte.¹⁷ Principen är således vitt spridd och har genom hundratals år påverkat vårt sätt att se på handelsrelationer, inte bara i Sverige. Det är dock inte fastställt exakt varifrån idén om en lojalitetsplikt kommer eftersom det saknas sammanhängande dokumentation, men om man frågar jurister med insikt i ämnet är antagandet ovan rimligt.¹⁸

Under 1900-talets början i Sverige hade lojalitetsplikten en tillbakatryckt roll när lagar som avtalslagen eller 1905 års köplag trädde i kraft, trots att dessa innehöll delar om lojalitet. Liberala strömmar som föredrog partsautonomi präglade rättssamhället. På grund av detta fanns det en motvillighet att tolka

¹⁴ Munukka, *Lojalitetsprincipen som rättsprincip*, SvJT 2010, s. 837.

¹⁵ Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2022, s. 20.

¹⁶ Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, s. 17.

¹⁷ Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, s. 18f.

¹⁸ Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, s. 52.

in principer utanför avtalsinnehållets ordalydelse.¹⁹ Munukka skriver att detta kan ha påverkats av att starka röster inom juridiken talade om att lojalitetsresonemang var överflödiga och rent av skapade rättsosäkerhet. Karlgren och Rohde är två exempel han nämner som föredrog synen som motpart snarare än samarbetspartners i avtalsförhållandet. Denna mentalitet omöjliggjorde bildandet av en lagregel om lojalitet i kommersiella avtal.²⁰

I mitten av seklet fick emellertid lojalitetsplikten en något tydligare roll i rättssamhället. Munukka anför att begreppet fick mer av ett självständigt värde när regleringar gällande inställning till motparten rörde sig från hederlighet och dolus mot rimlig hänsyn och culpa. Detta kunde ses genom mer frekventa benämningar i exempelvis förarbeten.²¹ Ett av de tydligaste startskotten för lojalitetspliktens riktningförändring i Sverige var Hellners bidrag i utredningen SOU 1976/66 beträffande ny köplag. Där benämns krav på visad lojalitet parterna emellan, vid tolkning av avtal.²² Detta menar Holm är ett erkännande av lojalitetsprincipen.²³ Det kan anses underligt hur en rättsprincip som erkänts av lagstiftaren i olika former, som exempelvis arbetsrätt då konkurrensklausuler inrättas i anställningsavtalet²⁴ eller i mellanmansrätten, dröjt så länge med att uppenbara sig inom den kommersiella avtalsrätten.²⁵ Numera har dock lojalitetsplikten bred spridning även inom avtalsrätten och att den existerar är en mindre diskussion i jämförelse med diskussionen om dess innebörd. Det är en fråga om hur den ska tillämpas, inte huruvida den ska tillämpas. En stor skillnad är användandet av begreppet inom doktrinen där lojalitetsplikten numera är vanligt förekommande.²⁶

Votinius skriver i sin avhandling om lojalitetspliktens självklara existens i svensk rätt, men samtidigt om hur den är svår att tillämpa och ofta hamnar i skymundan bakom andra regler och intressen. Att lojalitetsplikten saknar förankring är problematiskt och definitionen är enligt Fotinius inte helt klar men en tolkning i linje med den aristoteliska idén om avtalet som vänskap menar han kan erbjuda vägledning.²⁷ Fotinius nämner tre skyldigheter inom lojalitetsplikten; aktsamhetsplikt, upplysningsplikt samt skyldigheten att sätta sig in i motpartens situation.²⁸ Tanken med dessa skyldigheter är att

¹⁹ Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, s. 53.

²⁰ Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, s. 55f.

²¹ Munukka, *Lojalitetsprincipen som rättsprincip*, SvJT 2010, s. 837f.

²² SOU 1976:66, s. 201.

²³ Holm, *Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip*, 2004, s. 85.

²⁴ Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, s. 231.

²⁵ Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, s. 453.

²⁶ Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, s. 61.

²⁷ Fotinius, *Varandra som vänner och fiender*, 2004, s. 253.

²⁸ Fotinius, *Varandra som vänner och fiender*, 2004, s. 256.

tydliggöra innebörden och luckra upp begreppet, för att sedan stärka dess ställning och underlätta vidare diskussion om betydelsen.²⁹

2.2 Innebörden av lojalitetsplikt i kommersiella avtalsförhållanden

En vedertagen definition av lojalitetsplikt är ”en plikt att med omsorg iakttä eller tillvarata motpartens intressen”.³⁰ Denna tanke ställs i kontrast mot den om partsautonomi och avtalsfrihet. Eftersom Sverige är en marknadsekonomi är friheten i avtal central för funktionen av samhället. Det är således inte helt oproblematiskt att fylla ut avtalsförhållanden med förpliktelser kopplade till lojalitetsplikten då detta kan uppfattas stå i strid med avtalsfriheten.³¹ Friheten är central men även centrala normer kräver begränsningar i någon form, partsautonomin kan inte rimligen vara ett undantag.³² Beträffande europarätten finns, i de svenska översättningarna av flertalet direktiv, ordval som troligtvis anspelar på en lojalitetsplikt, bland annat; i god sed, tro eller anda samt redligt. Även om just lojalitet inte använts är valen av formuleringen mer eller mindre synonyma med lojalitet. Detta menar Munukka indikerar att lojalitetsplikten finns i direktivens bakomliggande syften då översättningar ska överensstämma med original, inte bara språkligt utan även vad gäller andemeningen.³³ Även i avtalslagen återfinns formuleringen som i vart fall i någon mån för tankarna till lojalitet, till exempel 32–33 §§ där det skrivs om omsorgsplikt, illojalt beteende samt agerande i strid mot tro och heder.³⁴

Ledning till svensk avtalsrätt kan möjligtvis även hämtas från det faktum att begrepp om lojalitet återfinns i PECL (*Principles of European Contract Law*) vari parter stadgas vara förhindrade att begränsa skyldigheten att iakttä motpartens intressen.³⁵ PECL är dock inget tvingande regelverk såvida parterna inte inkluderat detta i avtalet.³⁶ En internationell rättskälla som även gäller i Sverige som allmän rättsprincip är dock UNIDROIT vari en tydlig skiljelinje dras mellan ”good and bad faith”,³⁷ vilket indikerar att det är ett

²⁹ Votinius, *Varandra som vänner och fiender*, 2004, s. 268.

³⁰ Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, s. 83.

³¹ Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, s. 71f.

³² Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, s. 507.

³³ Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, s. 49f.

³⁴ Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, s. 79.

³⁵ PECL, art. 1:201.

³⁶ PECL, art. 1:101.

³⁷ Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2022, s. 42.

motsatsförhållande där antingen det ena eller det andra föreligger. Om än svårtolkat borde detta innebära att det inte kan vara fråga om en gråzon.

Den s.k. generalklausulen trädde i kraft 1976 vilket gjorde tydligt hur billighetsaspekter skulle påverka ett avtal. 36 § avtalslagen öppnar för jämkning av avtalet för det fall ett avtalsvillkor anses oskäligt, vare sig det rör innehåll, avtalets tillkomst eller senare inträffade omständigheter. I förarbetena fördes dock fram en oro för att bredden av paragrafen kunde skapa osäkerhet och oförutsägbarhet.³⁸ Munukka påstår dock att acceptansen för lojalitetsplikten var beroende av implementeringen.³⁹

Att lagstiftaren valt bort lojalitet till förmån för andra ord såsom ovan nämnda exempel är enligt författaren intressant och väcker frågan huruvida detta spelar någon egentlig roll. Huruvida ordvalen haft någon faktisk betydelse för domstolarnas tillämpning eller om det endast är ett resultat av att samma ord som tidigare använts faller sig mer naturligt att återanvända, är en fråga som kan ställas. Avtalslagen implementerades dessutom för över 100 år sedan och under den tiden har sättet vi skriver och talar förändrats markant, såväl inom som utanför domstolarnas väggar.

Utöver de situationer då lojalitetsplikten direkt kan utläsas ur ordalydelsen i ett avtal eller andra rättskällor som avtalet är underordnat, kan den fungera som utfyllnad, av vissa författare benämnt utfyllning, av avtalet.⁴⁰ Det innebär konkret att en part åläggs en form av vårdplikt gentemot sin motpart trots att denna inte stadgas ordagrant i avtalstexten. Parterna ska även tolka sina åtaganden med motpartens intressen i beaktande och agera lojalt därefter.⁴¹ Den primära förpliktelsen som åligger parterna är givetvis att uppfylla det genom att genomföra sin del, däremot kan sidoförpliktelser uppkomma som styr hur uppfyllnad av avtalet på bästa sätt genomförs. Detta tar sig ofta till uttryck i form av plikten att upplysa, tydliggöra och begränsa skada. Problematiken här blir emellertid att inget av dessa begrepp är universella för avtalsrätten och kan få väldigt olika betydelse beroende på avtalstyp. Detta skapar dåliga förutsättningar för lojalitetsplikten som en allmänt vedertagen och självständig princip.⁴²

Vissa delar är dock mer allmängiltiga än andra, exempelvis är upplysningsplikten mycket vanligt förekommande i de allra flesta kommersiella avtal.⁴³ Det kommer oftast på tal när en skada uppstått och där endast ena parten fått vetskap om den eller också vid antagande om en potentiell skada, exempelvis gällande reklamation eller avrådan från att agera

³⁸ Prop. 1975/76:81, s. 116.

³⁹ Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, s. 58.

⁴⁰ Adlercreutz, Gorton, *Avtalsrätt II*, s. 29.

⁴¹ Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, s. 74.

⁴² Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, s. 15.

⁴³ Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, s. 135.

på ett visst sätt för att kunna uppfylla sin prestation avtalsenligt.⁴⁴ Ramberg menar att lojalitetsplikten får en tydligare betydelse då det gäller långvariga kommersiella avtalsrelationer eftersom det krävs mer samarbete än vid enskilda affärer och parterna måste således verka lojalt för att tillvarata varandras intressen.⁴⁵

Andra beaktansvärda förpliktelser som kan utläsas ur lojalitetsplikten är medverkansplikt liksom den som stadgas i art. 1:202 i PECL. Det innebär att verka för avtalets uppfyllnad, även utöver den renodlade prestationsskyldigheten. Med andra ord bör parterna verka för att motparten ska få bästa möjliga valuta för sin prestation.⁴⁶ En annan är skadebegränsningsplikten vilken innebär att part som drabbats av en skada måste göra sitt yttersta för att begränsa den så lång det är möjligt, inom rimliga gränser.⁴⁷ Detta kan kopplas till upplysningsplikten vid fall då en part får reda på att motparten sannolikt kommer bli skadeståndsskyldig för ett förmodat avtalsbrott. Kopplat till skadebegränsningar är vårdplikten som aktualiseras då viss egendom finns i motpartens besittning. Här gäller det att inte i onödan förringa värde för sin motpart.⁴⁸ Det finns tillsynes många sätt att begränsa avtalsfriheten men lojalitetsplikten bör enligt författaren snarare ses som en regulator för allmän avtalsrättslig proportionalitet.

2.3 Lojalitetspliktens självständighet

Att använda lojalitetsplikten, eller avsaknaden av den, som en självständig bestämmelse för det fall man för en talan är ett koncept tämligen svårt att vinna framgång med. Ramberg menar att det är oklart huruvida lojalitetsplikten kan stå på egna ben vid en tvist eftersom den inte är kodifierad i lag på ett tillräckligt konkret sätt, detta trots utfallet av det så kallade *omsättningsmålet* (se mer under 2.3.1).⁴⁹ Munukka är genom sin avhandling positiv till lojalitetsplikten och dess existens som självständig princip i svensk kommersiell avtalsrätt. Ramberg är å sin sida mer pessimistisk då det påstås att HD:s synnerligen restriktiva tillämpande av termen lojalitetsplikt borde innebära att den inte kan utläsas som en självständig bestämmelse.⁵⁰ Domstolarna har länge varit just restriktiva med resonemang byggda på lojalitet men viss förändring tycks vara för handen.

⁴⁴ Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, s. 153f.

⁴⁵ Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2022, s. 41f.

⁴⁶ Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, s. 143.

⁴⁷ Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, s. 168.

⁴⁸ Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, s. 171f.

⁴⁹ Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2022, s. 42.

⁵⁰ Ramberg, *Uppsägning vid långa samarbetsavtal*, SvJT, 2010 s. 97.

2.3.1 Lojalitetsplikt i HD:s praxis

Restaurang Pelé

Detta avgörande behandlade ett kommersiellt standardavtal inom entreprenadrätt, mer specifikt gällande felansvar vid ombyggnadsarbeten enligt AB 92. Arbetet godkändes vid besiktning men besiktningsmannen påpekade fel då ljudnivån översteg vissa gränsvärden. Byggbolaget bestred detta och utfärdade omedelbart efter bestridandet en faktura som stadgade byggbolagets åsikt beträffande att beställaren inte hade rätt att hålla inne betalningen. Det dröjde dock två år innan byggbolaget stämde beställaren på kvarvarande belopp. HD konstaterade att entreprenören är skyldig att meddela beställaren om han anser att avhjälpande inte är aktuellt, för att inte förlora rätten till att kräva full ersättning. Även om målet inte direkt handlade om lojalitetsplikt kunde HD konstatera att en part kan förlora sin rätt till reklamation av avtalet under vissa förutsättningar. ”När en part vet att den andra parten inrättar sig på ett visst sätt i förlitan på en rättslig bedömning som är felaktig eller när en part givit motparten intrycket att han eftergivit sin rätt eller när en part under mycket lång tid underlåtit att göra sin rätt gällande”.⁵¹

Denna upplysningsplikt benämns som allmängiltig i domskälen. På senare år när detta rättsfall använts som referens använder dock HD inte sällan termen lojalitet i stället. Byggbolagets passiva agerande hade emellertid ingen betydelse för att få saken prövad i den uppkomna situationen då de agerat aktivt genom utlåandet i fakturan. En skillnad att beakta när det gäller entreprenader och de så ofta förekommande standardavtalen i form av allmänna bestämmelser, är att de innehåller en form av lojalitetsplikt i förorden,⁵² vilket inte alla unikt designade kommersiella avtal gör. Det är alltså sannolikt lättare för HD att tolka en skrivelse än att fylla ut ett avtal eftersom en utfyllnad alltid föregås av en tolkning av innehållet för att ens aktualiseras.

Ränteskruven

Att tolka och tillämpa ett avtalsvillkor lojalt kan vara avgörande enligt HD. Förevarande fall handlade om en klausul gällande justering av ränta i ett leasingavtal. HD menade att lydelsen ”Skulle ränteläget ändras på marknad där leasegivaren finansierar sin verksamhet, äger han i motsvarande mån ändra angiven leasingavgift” innebar att leasetagaren själv fick stå risken för eventuella räntehöjningar efter signing. För att balansera ut ansvarsfördelningen mellan parterna påtalade HD också skyldigheten för

⁵¹ NJA 2002 s. 630, 9 st. under HD:s domskäl.

⁵² Se t.ex. förord till AB 04.

leasegivaren, som själv hade att avgöra hur förändring i avtalsförhållandet skulle ske, att tillämpa denna rättighet lojalt. Detta innebär att även sänkning av räntan för leasetagaren borde ske vid en minskning av leasegivarens ränta.⁵³

Återförsäljningsavtalet

Även om inte heller detta avgörande direkt handlade om lojalitetsplikten är det relevant då HD fyllde ut ett avtal med en skälighetsklausul, även då detta saknades i avtalets ordalydelse. Här dömdes ett skadestånd ut baserat på en klausul som HD själva tillskrev avtalet. Målet behandlade frågan huruvida ett muntligt återförsäljaravtal mellan ett bageri och dess leverantör som löper på obestämd tid kräver skälig uppsägningstid eller om det kan sägas upp med omedelbar verkan. Leverantören menade att de avtalat muntligt om en fem månaders uppsägningstid med sin motpart, som bestred detta. Leverantören byggde sedan sin talan delvis på resonemang om en lojalitetsplikt i kommersiella avtalsförhållanden. HD radade upp en lista med vad som bör användas vid avsaknad av innehåll i ett avtal; analogi till liknande lag, ändamålsövervägande, standardavtal, praxis, närliggande internationell rätt och slutligen *soft law* som innefattar kvasi-rättsliga instrument vilka helt eller delvis saknar bindande verkan.⁵⁴ HD skriver att man trots brist på avtalstext tydligt kan skönja hur avtalsrelationen fungerat och utvecklats under sju års tid och därigenom få en uppfattning om vad som borde vara skäligt i frågan.

Ramberg skriver i en artikel att hon tolkar avgörandet som en guide för vad som gäller när allmänna principer får styra avgörandet. Hon menar också att avsaknaden av uttrycket lojalitetsplikt fungerar som en pik till jurister att avhålla sig från att föra talan endast på den punkten då HD enligt Ramberg borde menat att detta inte ska vara i fokus när ombud framställer sina inlagor. Ramberg menar således att lojalitetsplikten härigenom inte kan anses stå på egna ben.⁵⁵ Värt att notera är att hovrätten refererade till Ramberg och Rambergs bok *Allmän Avtalsrätt* gällande lojalitetsplikten när de genom en omfattande utläggning om detta, konstaterade att en uppsägningstid om tre månader borde vara skälig. HD delade sedan slutsatsen om tre månaders uppsägningstid utan att ordagrant nämna en lojalitetsplikt.⁵⁶ Lojalitetsplikten är alltså inte i sig ifrågasatt av Ramberg vid en vidare bedömning utan endast principens självständighet vid talan i domstol.

Munukkas svar till Ramberg i en separat artikel stipulerade att försiktighet bör iakttas när domar tolkas motsatsvis. Han menar att avsaknaden endast visar på ödmjukhet inför de konsekvenser som ett direkt uttalande hade kunnat medföra samt att doktrinen aldrig ifrågasatt lojalitetsplikten i sig trots

⁵³ NJA 2005 s. 142, 3 st. under HD:s domskäl.

⁵⁴ NJA 2009 s. 672, 6–13 st. under HD:s domskäl.

⁵⁵ Ramberg, *Uppsägningstid vid långvariga samarbetsavtal*, s. 97ff.

⁵⁶ NJA 2009 s. 672, under hovrättens bedömning.

avsaknaden av direkta hänvisningar i praxis. Munukka menar att lojalitetsplikten är alltför beroende av omständigheterna i det enskilda fallet för att ställa upp de ramar som hade krävts av ett sådant uttalande. En försiktighetsåtgärd från HD:s sida med andra ord. Han påminner också om att HD inte tidigare krävt stöd i lag eller gemensam partsvilja för att lojalitetsplikt ska aktualiseras.⁵⁷ Munukka påstår alltså i stället att domen bekräftar lojalitetsplikten genom sitt innehåll. HD anser vidare att gemensamma intressen måste föreligga när ett långvarigt kommersiellt avtal ingås och tvekade därför inte med att fylla ut ett bristfälligt avtal med nödvändiga villkor, med hjälp av allmänna principer.⁵⁸ Detta rättsfall skapade inte bara en diskussion mellan jurister utan banade också väg för ett nytt uttryckssätt i HD. (Se mer om den förändrade terminologin under 3.2).

Kravmjölken

Här gäller frågan huruvida reklamation som dröjt mycket länge innebär en försutten rätt till ersättning. Köparen, ett mejeri, hävde avtalet på felaktiga grunder men säljaren fortsatte med leveranser mot en lägre ersättning än stipulerat i avtalet (tilläggsersättning skulle utgå för KRAV-certifierad mjölk). Ett decennium senare ville säljaren bli kompenserad för denna förlorade mellanskillnad. Då påtalade HD att långa samarbetsavtal kräver en lojal samverkan parterna emellan, både vad gäller rättigheter och skyldigheter, även om avtalsbrott föreligger. HD hänvisade till NJA 2002 s. 630 (*Restaurang Pelé*) och skrev att part som vill göra gällande påföljder inte kan förbli passiv utan måste beakta upplysningsplikten, detta enligt allmänna avtalsrättsliga principer. Säljaren borde således ha insett att köparen inte ansåg att klausulen om tilläggsersättning längre var gällande och påpekat sin inställning till det. Att vänta så lång tid med att agera och sedan kräva ersättning var inte enligt HD förenligt med skyldigheten att samverka lojalt.⁵⁹

Skogssällskapet

Beträffande skälig tid handlade följande mål om förlorad rätt till påföljd vid dröjsmål gällande underrättelse om fel i fastighet. Här fanns det dock lagtext som påtalade behovet av skälighet, se 4 kap. 19a § JB. Däri stadgas att köparen inte får återropa ett fel om inte säljaren meddelats om detta i skälig tid, med undantag för det fall säljaren handlat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder. Även här hänvisade HD till NJA 2002 s. 630 (*Restaurang Pelé*) vilket indikerar att rättsfallet är av stor vikt för rättstillämpningen samt att något eventuellt hänt kring denna tid eftersom lojalitetsplikten fått sig ett tydligt uppsving gällande hur frekvent den belyses i praxis. HD skrev att upplysningsplikten ska vara generös men passivitet i det enskilda fallet kan utgöra brott mot lojalitetsplikten ställt i relation till vilka konsekvenser detta

⁵⁷ Munukka, *Lojalitetsplikten som rättsprincip*, s. 846.

⁵⁸ Munukka, *Lojalitetsplikten som rättsprincip*, s. 847f.

⁵⁹ NJA 2017 s. 203, p. 8–9 under HD:s domskäl.

medfört säljaren.⁶⁰ HD:s slutsatser innebär att lojalitetsplikten som kräver att part reklamerar i tid, förbises då säljaren haft sådan insikt om felet att köparen i sig borde ha informerats om detta innan affärens ingående. Lojalitetsplikten går således att utläsa åt båda hållen.⁶¹

Leksaksaffären i Vimmerby

I detta mål ställdes frågan ifall hyra för passerad tid skulle utgå då ena parten, som förvärvat en leksaksaffär, varit omedveten om ett avtalsvillkor gällande omsättningshyra. HD refererade till lojalitetsplikten och menade att parterna i avtal har en skyldighet att tillämpa det på ett riktigt sätt samt underrätta varandra om angelägenheter som är av betydelse för motparten.⁶² När en part underlåtit att informera sin motpart om saker med väsentlig betydelse för avtalsrelationen kan i vissa fall avtalsbrott med tillhörande påföljd bli resultatet. HD hänvisade här till bland annat NJA 2002 s. 630 (*Restaurang Pelé*).⁶³ Eftersom den ena parten var omedveten om avtalets innehåll påtalade HD följande: För att passivitet ska kunna resultera i konsekvenser måste den passiva parten varit medveten om att deras tillämpning avvikit från vad som stadgats.⁶⁴ Till slut gjordes en skälighetsbedömning där HD undersökte vilken part som borde bära risken för uppkommen skada samt vilken part som borde haft bäst möjlighet att kontrollera vad som faktiskt gällde enligt hyresavtalet och således meddela motparten om detta.⁶⁵ HD konstaterade att hyresvärden fick stå risken för att omsättningshyran brinner inne för det fall oklarheter som situationen ovan framkallat uppkommer.

Omsättningsmålet

Det senaste omfattande målet med särskild koppling till lojalitetsplikt i kommersiella avtalsförhållanden avgjordes den 1 december 2021 och behandlade en företagsöverlåtelse där säljaren överlåtit målbolaget med villkor i aktieöverlåtelseavtalet som stadgade att en viss del av köpeskillingen skulle utgå på tillträdesdagen, medan en annan del eventuellt skulle utgå som tilläggsköpeskillning ifall målbolaget uppnådde vissa affärsmässiga mål. Köparna åtog sig dessutom att direkt ta över halva borgensåtagandet som säljaren haft mot sin bank. Resterande del skulle de ta över när målbolagets omsättning passerade tio miljoner kronor. Genom en inkrämsöverlåtelse överläts dock samtliga av målbolagets tillgångar till andra bolag och målbolaget försattes så småningom i konkurs, vilket resulterade i att inga av

⁶⁰ NJA 2017 s. 1195, p. 19–20 under HD:s domskäl.

⁶¹ NJA 2017 s. 1195, p. 17 under HD:s domskäl.

⁶² NJA 2018 s. 171, p. 14 under HD:s domskäl.

⁶³ NJA 2018 s. 171, p. 10 under HD:s domskäl.

⁶⁴ NJA 2018 s. 171, p. 11 under HD:s domskäl.

⁶⁵ NJA 2018 s. 171, p. 16 under HD:s domskäl.

målen uppnåddes. Säljaren stod då utan tilläggsköpeskilling och med halva borgensåtagandet kvar att lösa.⁶⁶

HD poängterade att en part enligt lojalitetsplikten måste avhålla sig från att vidta sådana åtgärder som kan vara till skada för motparten.⁶⁷ Avtalet i sig sades vara giltigt och en skyldighet att driva vidare verksamheten i målbolaget fanns ej per se, även så menade HD att avtalet måste läsas som att köparna har en skyldighet att verka för att målen uppnås.⁶⁸ Detta kan verka underligt då varje aktiebolag som utgångspunkt har en skyldighet att maximera vinst för aktieägarna och hur detta verkställs är upp till ledningen i bolaget.⁶⁹ HD menar emellertid att de i fallet vidtagna åtgärderna var radikala och inte företagsekonomiskt försvarbara utifrån den inlämnade bevisningen.⁷⁰ Det tydliggjordes även att säljaren stått risken för att målet inte uppnås och att köparen ensam hade möjlighet att påverka utfallet.⁷¹

HD använde sig av analogier till bland annat köplagen, praxis och doktrin. Beträffande hänvisningar till praxis generaliserades summan av de olika slutsatserna för att landa i en bedömning av att en lojalitetsplikt ofta föreligger i kommersiella avtalsförhållanden utan att detta föreskrivits i avtalet.⁷² HD menade också att synen på lojalitetsplikt förändrats på senare tid, dock endast med stöd i tidigare praxis från just HD. Härigenom fick lojalitetsplikten efter ett par decenniers utveckling, enligt författaren, prejudicerande verkan som egen grund för talan i kommersiella avtalsförhållanden.

Arvidsson har efter målet avgjorts framfört en ståndpunkt i en artikel där han medger att viss lojalitetsplikt bör finnas, i vissa situationer, för att kunna utkräva materiell rättvisa. Samtidigt är det riskabelt att göra på så vis som HD gjort i förevarande fall eftersom det riskerar att skapa ett sluttande plan ifall man använder moralisk intuition för att korrigera vad som efter närmare eftertanke kanske var en av parterna medveten fördelning av risk. Arvidsson avslutar dock med att tolka avtalsvillkoret som indirekt innefattande en lojalitetsplikt då säljaren var direkt beroende av köparens framtida agerande för klausulens uppfyllnad.⁷³

2.3.2 Resultatet av avgörandena och

⁶⁶ NJA 2021 s. 943.

⁶⁷ NJA 2021 s. 943, p. 16 under HD:s domskäl.

⁶⁸ NJA 2021 s. 943, p. 22 under HD:s domskäl.

⁶⁹ Se 3 kap. 3 § ABL.

⁷⁰ NJA 2021 s. 943, p. 26–28 under HD:s domskäl.

⁷¹ NJA 2021 s. 943, p. 24 under HD:s domskäl.

⁷² NJA 2021 s. 943, p. 13 under HD:s domskäl.

⁷³ Arvidsson, *Lojalitet och egenintresse inom avtalsrätten*, JT Nr 3 21/22, s. 673.

framtidsutsikt

Redogörelsen av praxis ovan visar enligt författaren på en tydlig utveckling av HD:s förhållningssätt till begreppet lojalitetsplikt och den allmänna rättsprincipen vilken kan formuleras som lojalitetsplikten i kommersiella avtalsförhållanden. En utveckling från fokus på ordalydelse i avtalshandlingarna till en mer moralisk bedömning av partsförhållandet. Utvecklingen har i stort sett skett uteslutande under de senaste 20 åren trots att avtalslagen funnits i över 100 år. Praxis har gått från att i allt mer frekvent omfattning belysa lojalitetsplikten, framförallt vad gäller upplysningsplikt och skadebegränsningsskyldighet, till att i princip fastslå lojalitetsplikten som en självständig grund för talan. Värt att notera här är vissa förändringar i boken *Allmän avtalsrätt* som används en del i uppsatsen. Omsättningsmålet har onekligen förändrat spelplanen och även om alla inte är överens om exakt till vilken grad detta skett så är beskrivningen av lojalitetsplikten annorlunda mot exempelvis den tionde upplagan av samma verk från 2016, där målet inte ännu avgjorts.⁷⁴

För de med en positiv inställning till lojalitetsplikten är sannolikt omsättningsmålet ett välkommet tillskott till gällande rätt. Däremot lär de som är mer negativt inställda peka på hur förutsägbarheten påverkas negativt av utvecklingen med hänvisning till ett av de första uttrycken som lärs ut på juristprogrammet – *pacta sunt servanda*. En risk med bedömning fall till fall är att inte alla kommersiella avtal är skrivna av väl pålästa jurister utan av entreprenörer med en mer generell baskunskap inom affärsjuridik. Munukka påtalade dock redan i sin avhandling att tankesättet ”allt som inte är förbjudet, är tillåtet” är ålderstigen och utdaterad och att en ökning av prejudikat med fokus på lojalitetsplikten var att vänta.⁷⁵ Områden som förmodligen kommer att se skiftat fokus den kommande tiden är entreprenader, företagsöverlåtelser och långvariga samt återkommande transaktionsrelationer.

⁷⁴ Jfr. avsnitt om lojalitet, Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2016.

⁷⁵ Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, s. 510ff.

3 HD:s roll i rättssamhället – normbildare och rättstillämpare

Principen om maktfördelning är idag djupt rotad i Sveriges demokrati. Den s.k. maktfördelningsläran som i sin moderna form myntades av Montesquieu innebär att den lagstiftande, dömande och verkställande makten ska separeras.⁷⁶ Detta är till synes okontroversiellt och Sveriges domstolar beskriver själva HD:s roll som ”att genom sina avgöranden i konkreta mål skapa prejudikat, som kan få betydelse som vägledning för hur liknande fall i framtiden ska bedömas av de allmänna domstolarna och av rättslivet i övrigt.”⁷⁷

Vissa jurister har dock höjt sina röster och menar att HD inkräktar på den lagstiftande maktens, alltså Riksdagens, område vad gäller normbildning. Före detta hovrättspresident Wersäll skriver bland annat att HD intagit en mer offensiv inställning och att de gått från uteslutande normefterlevnad till att skildra ambitioner för normgivning.⁷⁸ För det fall domare i HD ser på sitt uppdrag som rättstillämpare mer som en tolkningsoperation riskerar deras personliga uppfattningar och upplevelser påverka utfallet av målet, vilket är motsatsen till vad syftet med domstolarna är. Å ena sidan ska en domares personliga världsbild aldrig falla avgörande i bedömningen av målen som tas upp.⁷⁹ Å andra sidan kan fenomenet som belyses eventuellt vara en naturlig följd av vårt globaliserade och förändrande samhälle. Wiklund menar exempelvis att HD:s roll förblir den samma, d.v.s. att rätta till systemfel samt hålla samman rätten och samhället. Detta oavsett om arbetssättet och fokus skiftat från moderniseringsbehov och jämlikhet till europeiska harmoniseringsbehov och arbete för verkställande av dessa – från folkhemsideal till global kapitalism. Även lagstiftaren har påverkats av denna förändring och i större mån paralyserats av arbetsbördan som sprungit ur EU-medlemskapet, vilket kan vara en förklaring till de uppfattade skiftningarna i HD:s roll i samhället.⁸⁰

3.1 Att skapa eller skipa rätt

⁷⁶ www.ne.se, sökord: *maktfördelningsläran*, besökt 22-11-2022.

⁷⁷ www.domstol.se, sökord: *Högsta domstolens roll*, besökt 19-10-2022.

⁷⁸ Wersäll, *En offensiv högsta domstol*, SvJT 2014, s. 1.

⁷⁹ Wiklund, *Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet*, SvJT 2014 s. 339.

⁸⁰ Wiklund, *Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet*, SvJT 2014 s. 341f.

Under ett möte med Svenska kriminalistföreningen modererades en diskussion mellan Skarhed, Wersäll och Lindskog. Där var samtliga debattörer eniga om att det förvisso skett en förskjutning i hur HD agerar men de delade inte uppfattningen om rimligheten i eller anledningen till förskjutningen. Lindskog menar att förändringar i omvärlden, såsom unionsrättens allt större inverkan på svensk rätt, påverkar HD. Lindskog menar vidare att HD sedan 80-talet i mindre omfattning undviker ställningstaganden i diffusa och vagt reglerade frågor för att överlåta klagörande till lagstiftaren. Han påstår att HD skickat passningar till lagstiftaren i flera frågor och under lång tid men att inga åtgärder följt och att HD därför tagit saken i egna händer. Wersäll menar i sin tur att HD:s normgivningsambitioner går utöver vad som kan anses skäligt i förhållande till eventuella luckor i lagen eller de av unionsrättens orsakade normkonflikter samt att HD borde ha en mycket mer försiktig inställning vid utfyllnad av avtal och vid lagprövning. I detta instämmer Skarhed. Hon vill gärna se att Sverige behåller den ”tråkigare domstolskultur” vi haft tidigare där synen på domstolarna inte nödvändigtvis belyser dem som den tredje statsmakten,⁸¹ ett uttryck som normalt förknippas med de bevakande medierna.⁸²

Wiklund skriver att för legitim kritik av HD i balansgången mellan normskapare och rättstillämpare krävs en gedigen statsrättslig undersökning och argument underbyggda därefter. Han menar att Wersälls kritik är mer subjektiv än objektiv. Wiklund lyfter även frågan vad HD:s alternativ vore i dessa s.k. aktivistiska avgöranden. Huruvida HD borde rätta till vad som ansågs vara systematiska fel i rättssystemet, eller om HD skulle skjuta på domen och be en utredning tillsättas i frågan. Wiklund menar att Riksdagen alltid har en möjlighet att rätta till de eventuella fel de som lagstiftare anser att HD gjort.⁸³ Det är dock författarens tolkning att problematiken som belyses snarare ligger i de fall då HD och Riksdagen är på samma sida och sakteliga genomför förändringar som är svåra för folket att uppfatta och ställa lagstiftaren till svars för vid nästa val, alltså en form av dold förskjutning. Wiklund skriver vidare om samspelet mellan legaliteten, förutsebarheten och professionalismerna som kräver nästintill omänsklig saklighet av domare samt den högst mänskliga faktorn som finns i civilsamhället och som kräver viss känsla för den för tiden rådande moralen i samhället för att vinna legitimitet hos folket. Detta menar han kräver viss anpassning av HD.⁸⁴

Ett alternativ för att få slut på diskussionen om lojalitetspliktens vara eller icke vara är att kodifiera den i avtalslagen, på liknande sätt som generalklausulen infördes på 70-talet.⁸⁵ På så vis hade mycket av

⁸¹ Cato, *Uppfattningarna går isär om Högsta domstolens roll i normbildningen*, Advokaten Nr. 9 2013.

⁸² www.ne.se, sökord: tredje statsmakten, besökt 19-12-2022.

⁸³ Wiklund, *Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet*, SvJT 2014 s. 337f.

⁸⁴ Wiklund, *Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet*, SvJT 2014 s. 338f.

⁸⁵ Prop. 1975/76:81

argumentationen gällande godtycke hos domarna försvunnit, även om den typen av paragrafer oundvikligen i sig kräver en viss mån av tolkningsutrymme. Vad man dock ska ha med sig är att *en god och beskedlig domare är bättre än god lag, ty han kan alltid laga efter lägligheten. Där en ond och orättvis domare är, där hjälper god lag intet, ty han vränger och gör dem orätt efter sitt sinne.*⁸⁶

Det pågår omfattande moderniseringar av diverse avtalslagar i världen just nu, en stor skillnad mot hur det har sett ut under 1900-talet. Bland annat Spanien och Schweiz ser över sina lagar medan länder som Argentina, Brasilien, Nederländerna Tyskland och Frankrike redan genomfört förändringar. Ramberg menar i sin tur att många är skeptiska till att reformera avtalslagen då det sannolikt skulle medföra fler problem än lösningar, detta trots att sätten för kommunikation har förändrats radikalt genom brevens övergång till e-post och så även de förhandlingsmetoder som används vid juridiska processer.⁸⁷

Att rättssamhället visar skepticism mot förändring inom under lång tid oförändrade områden är inget nytt eller för den delen konstigt. Det är lätt att falla tillbaka på den gamla devisen ”laga inte det som inte är trasigt” trots att det kanske ändå i viss mån är trasigt, bara att man lappat ihop och lärt sig leva med det. En liknande situation förelåg som tidigare anförts innan införandet av generalklausulen i avtalslagen och i förarbetena framfördes en oro för risken att en så vidsträckt utformning skulle kunna leda till försämrade förutsebarhet över konsekvenserna av avtalen som ingås. Lagrådet uttalade sig i samband med detta och stipulerade att oron var obefogad eftersom huvudregeln om att ingångna avtal hålls skulle bestå. Generalklausulen skulle tillämpas restriktivt och i undantagsfall, med respekt för andra intressen och bakomliggande syften med lagen.⁸⁸ Man kan konstatera att näringslivet trots tveksamheter än idag fungerar och att avtalslagens dispositiva regler, nästan ett halvt sekel efter införandet av Generalklausulen, fortfarande får anses brukbara.

3.1.1 Judiciell aktivism kontra aktiv juridik

Judiciell aktivism är ett begrepp utan en självklar definition men för denna framställning ämnar det kort sammanfattat att skildra Högsta domstolens roll i form av att värna rättsstaten Sveriges ordning genom att överse så de av Riksdagen beslutade normerna efterlevs på ett korrekt sätt.⁸⁹ Wersäll menar som tidigare anförts att HD intagit en mer offensiv roll i sitt dömande och således närmat sig den roll som är de folkvaldas genom Riksdagen, det vill säga normgivningen.⁹⁰ Ett avgörande som tas upp för att exemplifiera HD:s

⁸⁶ Olaus Petris domarregler, nr 8.

⁸⁷ Ramberg, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2022, s. 31f.

⁸⁸ Prop. 1975/76:81, s. 116.

⁸⁹ SOU 2008:125, del 1 s. 26.

⁹⁰ Wersäll, *En offensiv högsta domstol*, SvJT 2014, s. 1.

tidigare dominerande inställning kommer från Wersälls eget år i HD. Där belyser han hur HD resonerade kring det rimliga i en utvidgning, i det fallet beträffande skadeståndsansvar, men hur HD landade i att konsekvenserna av ett så aktivistiskt domslut vore svåra att överblicka och att ansvaret för detta således vilade på lagstiftaren.⁹¹ Wersälls huvudsakliga fokus i sin debatt kretsar kring brottmål men samma liknelser kan enligt författaren dras till de förmögenhetsrättsliga avgöranden som diskuterats ovan (se under 2.3.1.) då HD:s resonemang och uttryckssätt förändrats även inom förmögenhetsrätten. Wersäll talar om en potentiell trend av offensiv rättstillämpning och med beaktande av att hans artikel nu nästan har tio år på nacken, i kombination med att utvecklingen som diskuterades fortsatt, är trenden enligt författaren att anse som ett ihållande mönster snarare än bara en trend. Med denna utökning av makt följer också ansvar. Eftersom all makt i Sverige utgår från folket⁹² kan naturligtvis inte HD:s ledamöter låta personliga värderingar styra beslut. Däremot menar Wersäll att domstolarna måste följa samhällets utveckling, som till synes är av rättighetsdriven karaktär, men med större försiktighet för att leda den eftersom praxis saknar den omfattande konsekvensanalys som ligger bakom Riksdagens lagändringar.⁹³

Kleineman skriver att i princip all form av utfyllnad av avtal som HD använder är att betrakta som judiciell aktivism då detta är ett steg ifrån deras traditionella metoder.⁹⁴ Han menar dock att detta endast är ett naturligt led i det reformerade rättsliga landskap som vi befinner oss i, framförallt sedan intåget i europarätten.⁹⁵ Kleineman menar att kommersiella lagfrågor sällan intresserar lagstiftaren och att denna underlåtenhet till förändring, trots vissa uppmaningar från HD, kan ha fått HD att röra sig mot ett mer självständigt hanterande av desamma.⁹⁶ Det kan således finnas en av samhället hög efterfrågan på förmögenhetsrättsligt djärva prejudikat, i den mening att prejudikatet är utmanande på ett eller annat sätt. Eftersom samhället utvecklas i en snabb takt medan lagstiftaren i vår demokrati är relativt trögflytande är det inte orimligt att anta att områden som helt eller delvis negligerats och därmed saknar vägledning i stället får detta genom HD:s normbildning.⁹⁷ HD:s utfyllnad av tomrum i såväl avtal som lagstiftning kan alltså vara både önskvärdt och skapa oro.

Det är emellertid oklart precis var debattörerna menar att gränsen går mellan inkräktande på lagstiftarens mark och sitt uppdrag som rättstillämpare. Kleineman försöker dock på ett annat sätt än Wersäll tona ner funderingarna kring vad HD:s allt mer aktivistiska inställning kan leda till på ett rättssäkerhetsmässigt plan. Kleineman skriver bl.a. att ”Oron för att prejudikatinstanten tagit sig för att bli en normskapare i konkurrens med

⁹¹ Wersäll, *En offensiv högsta domstol*, SvJT 2014, s. 2.

⁹² Se 1 kap. 1 § RF.

⁹³ Wersäll, *En offensiv högsta domstol*, SvJT 2014, s. 7f.

⁹⁴ Kleineman, *Från prejudikatinstant till lagstiftare?*, JT 14/15 s. 495.

⁹⁵ Kleineman, *Från prejudikatinstant till lagstiftare?*, JT 14/15 s. 526f.

⁹⁶ Kleineman, *Från prejudikatinstant till lagstiftare?*, JT 14/15 s. 516.

⁹⁷ Andgren, Johansson, *Högsta domstolens prejudikatbildande verksamhet på förmögenhetsrättens område*, SvJT 2022 s. 483.

lagstiftaren och därmed skapat en situation där man på grund av rättstillämpningens demokratiska underskott skulle äventyra lagstiftarens normbildningsprivilegium är en enligt min uppfattning utan grund.”⁹⁸ Med det sagt borde möjligheter finnas för HD att agera aktivistisk och ändå legitimt skapa rätt genom sin praxis. Samhället och rätten som ska spegla dess värderingar är ju en levande och ständigt formskiftande organism vilket då kräver erforderlig anpassning.⁹⁹ Lindskog avslutar vidare en av sina artiklar med att framföra sin åsikt gällande att domstolarna, HD i synnerhet, mår bra av att bryta sig ur den juridiska tankebur som lätt omfamnar framförallt en prejudikatinstans.¹⁰⁰

Derlén och Lindholm diskuterar gränsdragningen mellan aktivism och aktivitet i sin empiriska undersökning. HD har i allt större utsträckning kompletterat hänvisningar till förarbetsuttalanden med hänvisningar till sin praxis och på så vis gjort innehållet mer omfattande och texterna längre.¹⁰¹ De menar dock att undersökningen saknar stöd för att bekräfta att HD intagit en mer aktivistisk roll, snarare menar de att HD utvecklats till en mer aktiv prejudikatinstans.¹⁰² Derlén och Lindholm konstaterar att HD utan tvivel på ett grundläggande vis förändrat sin metod och funktion i rättssystemet, dock utan att påklistra prägeln judiciell aktivism. Vidare menar de att HD:s mer aktiva arbetsmetod är ett resultat av att målen med fullföljdsreformen snart uppnåtts och att HD därför riskerar kontroversiella avgöranden framför att hålla fast vid den traditionellt sett tillbakadragna och defensiva rollen.¹⁰³

3.2 Förändringar i HD:s uttrycksätt

Fram till millennieskiftet var fortfarande HD:s sätt att resonera i sina avgöranden ofta kortfattat och koncist. Det var sällan som den dömande avdelningen broderade ut i diverse angelägenheter som inte hade en direkt betydelse för utgången. Numera används ofta praxis och litteratur, inte endast för att ge stöd för utfallet, utan även för att finna en lämplig väg dit.

Bengtsson uppmärksammade redan för tio år sedan att HD:s skrivsätt successivt förändrats sedan rättegångsbalkens fullföljdsreform år 1971. Under i princip hela 1900-talet var dock HD:s resonemang kryptiska och koncist utformade, viss utveckling kunde dock anas redan under sista tredjedelen av seklet. Den stora skillnaden har emellertid uppenbarats under 2000-talet. Förr var ofta resonemang kring saker som inte hade en direkt koppling till rättsfrågan en del av särskilda tillägg medan denna typ av

⁹⁸ Kleineman, *Från prejudikatinstans till lagstiftare?*, JT 14/15 s. 526.

⁹⁹ Wiklund, *Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet*, SvJT 2014 s. 342.

¹⁰⁰ Lindskog, *Några aspekter på prejudikatnytta och prejudikatbildning*, SvJT 2022 s. 601.

¹⁰¹ Derlén, Lindblom, *Judiciell aktivism eller prejudikatbildning?*, SvJT 2016 s. 150f.

¹⁰² Derlén, Lindblom, *Judiciell aktivism eller prejudikatbildning?*, SvJT 2016 s. 152.

¹⁰³ Derlén, Lindblom, *Judiciell aktivism eller prejudikatbildning?*, SvJT 2016 s. 158.

s.k. *obiter dicta* idag ofta kan finnas under domskälen.¹⁰⁴ Även en omfattande rättsfallsstudie bekräftar denna förändring i HD:s arbetsmetod. HD:s domskäl har blivit mer detaljerade och mer omfångsrika, med inslag av närliggande frågor utan direkt koppling till den aktuella rättsfrågan som stöd för slutsatserna. Hänvisningarna har också blivit fler, framförallt vad gäller de till HD:s egen praxis. Bengtsson beskriver de moderna prejudikaten som mindre rättsvetenskapliga uppsatser, vilket får anses vara kritik. Värt att notera är också att antalet skiljaktiga meningar har ökat.¹⁰⁵

Detta kan naturligtvis även vara något positivt då det enligt författaren ger utrymme för en bredare åsiktskorridor men HD ska samtidigt vara en slutinstans som bekräftar gällande rätt, så kraftigt ökad oenighet kan leda till svagare prejudikat och i värsta fall en ovilja att följa dem. Ju mer utsvävande domskäl, desto fler saker att anmärka på, framförallt när det vävs in frågor som ligger en bit ifrån den faktiska rättsfrågan som besvaras i domen. Bengtsson avslutar sin artikel med att konstatera att HD själva väljer hur de ska uttala sig och att möjligheterna till att påverka är små. Det finns enligt honom positiva aspekter med HD:s nya skrivsätt också men vikten av att belysa riskerna är större.¹⁰⁶

Lindskog skriver i sin tur att den ökning som HD:s domskäl genomgått såväl vad gäller omfång som hänvisningar, förklarar varför HD uppfattas som aktivistisk på senare tid. Att kritisera någon som inte förklarar sig är svårare än att gå på de faktiska argumenten som en annan använder sig av vid sin förklaring, även om rättssamhället vill ha en utförlig sådan. Paradoxalt nog blir det lättare för ett kontroversiellt domslut att passera extern kritik än för samma kontroversiella domslut med tillhörande förklaring i form av utförliga domskäl. Detta blir särskilt påtagligt då rättskällorna som används är knapphändiga i sitt innehåll och HD mer eller mindre tvingas till rättspolitiska överväganden för att kunna avgöra målet.¹⁰⁷ Man kan även se på Lindskogs sätt att uttrycka sig i ett tillägg för egen del hur han väljer att se positivt på möjligheterna med det nya skrivsättet. Lindskog påtalar däri att han inte ser någon betydelse i frågan om prejudikatbundenhet för de fall då resonemangen delvis utgått ifrån *obiter dicta*, så länge HD:s uttalanden efterlevs.¹⁰⁸

Även Danielsson har uppmärksammat fenomenet genom en komparativ studie av avgöranden från ”nu och då”. Han menar att dagens mål ofta struktureras upp med titel, bakgrundsbeskrivning, utförliga resonemang och så vidare samt att det i merparten av alla mål som HD avgör hänvisas till doktrin och praxis. Omsättningsmålet ställs upp som ett typexempel för nutiden. Tidigare, alltså åren innan fullföljdsreformen trädde i kraft, använde HD ingen sammanfattande redogörelse eller återgivning av underrätternas resonemang, inte heller något direkt förtydligande av vad prejudikatfrågan var. Hänvisningar till praxis och litteratur var vidare mycket sällsynt

¹⁰⁴ Bengtsson, Om Högsta domstolens nya skrivsätt, JT 12/13 s. 743.

¹⁰⁵ Derlén, Lindblom, *Judiciell aktivism eller prejudikatbildning?*, SvJT 2016 s. 152f.

¹⁰⁶ Bengtsson, Om Högsta domstolens nya skrivsätt, JT 12/13 s. 752f.

¹⁰⁷ Lindskog, *Dag och jag och Högsta domstolen*, SvJT 2015, s. 418f.

¹⁰⁸ Se under NJA 2012 s. 535.

förekommande. Danielsson klargör dock att detta förmodligen inte är något tecken på att domstolen inte tagit till sig doktrin eller liknande utan snarare en fråga om att HD bedömde sin auktoritet som stark nog för att inte behöva återge alla källor som nyttjats.¹⁰⁹ Fri diskussion kontra auktoritativ utläggning. Danielsson är positiv till utvecklingen då han menar att det blir lättare för juridiskt aktiva att urskilja skiljelinjerna.¹¹⁰ Bengtsson framför dock kritik och menar att det finns en risk med detta skrivsätt, nämligen att diskussion kring närliggande men inte för det aktuella fallet relevanta frågor, kan leda till ett sämre och mer svårtillämpat prejudikat än om HD hade varit mer rakt på sak.¹¹¹ Avslutningsvis sammanfattar Danielsson sin ståndpunkt med ett konstaterande av att Bengtssons farhågor förvisso har viss fog för sig men att fördelarna för praktiker klart överväger nackdelarna.¹¹²

¹⁰⁹ Danielsson, *Utformningen av Högsta domstolens avgöranden nu och då*, SvJT 2022 s. 513ff.

¹¹⁰ Danielsson, *Utformningen av Högsta domstolens avgöranden nu och då*, SvJT 2022 s. 517.

¹¹¹ Bengtsson, Om Högsta domstolens nya skrivsätt, JT 12/13 s. 749.

¹¹² Danielsson, *Utformningen av Högsta domstolens avgöranden nu och då*, SvJT 2022 s. 513, s. 518.

4 Analys och slutsatser

Lojalitetsplikten i kommersiella avtalsförhållanden i Sverige har i viss mån alltid funnits som en del av regleringarna kring avtalsförhållanden. Historiskt kan lojalitetsplikten, för svenskt vidkommande, härledas ända till den romerska rätten men det är först under de senaste decennierna som en reell utveckling av dess betydelse kunnat skönjas. Under nuvarande avtalslagstiftning har lojalitetsplikten länge funnits i bakgrunden av principen om partsautonomi och friheten att avtala om innehållet i avtalet, med vissa undantag för bl.a. oskäligen avtalsvillkor eller tillkomst i strid mot tro och heder etc. Den första rikttningsförändringen kom till då lojalitet började diskuteras i förarbeten och fokus i partsförhållanden rörde sig från hederlighet och dolus mot rimlig hänsyn och culpa. Detta skedde under en tid av internationalisering då många av Europas länder, i vart fall i väst, började stråla samman och förkorta handelsvägarna t.ex. genom bildandet av EU, även om Sveriges medlemskap skulle dröja något.

Lojalitetspliktens innebörd har inte genomgått någon större förändring utan kan då som nu beskrivas som skyldigheten att iaktta och tillvarata motpartens intressen utöver sina egna. Vad som däremot har förändrats är synen på lojalitetsplikten som en självständig princip utanför en sammantagen tolkning av avtalsinnehållet. I vissa fall kan en lojalitetsplikt numera anses föreligga trots att parterna inte på något vis avtalat om detta. Hur den aktualiseras är emellertid olika för olika avtalstyper och situationer, vilket har varit ett av huvudskälen för de jurister som motsatt sig lojalitetsplikten som självständig grund för talan. En central del av lojalitetsplikten är dock upplysningsplikten vilken ofta kan skapa stort mervärde för den meddelande parten utan att kosta särskilt mycket för densamma. Under de senaste 20 åren har det skrivits exponentiellt mer om lojalitet i avtalsförhållanden jämfört med under 1900-talet och två jurister i framkant i debatten, på var sin sida, är Munukka och Ramberg. De har i såväl avhandlingar som läroböcker och artiklar diskuterat frågan som fram tills nyligen var öppen för diskussion.

HD avkunnade en dom för lite mer än ett år sedan efter en rad år av utveckling i praxis på området. Målet kom att få namnet *Omsättningsmålet* och verkan av detta domslut innebär att lojalitetsplikten, trots avsaknad av kodifiering i lag, nu på ett helt nytt plan existerar i den svenska kommersiella avtalsrätten. Den svenska avtalsrätten har länge vilat på paradigmen att ordalydelse och avtalsfrihet är kärnan men en klyftig fras som belyser vad som hänt är ”You know what they say about paradigms – shift happens!”¹¹³ Redan i början av 2000-talet började HD:s förändrade praxis beträffande lojalitetsplikten ta fart då allt ifrån entreprenadavtal till ränteklausuler och återförsäljaravtal behandlades med ökat fokus på just skyldigheter kopplade till lojal samverkan mellan parter. Framför allt vad gäller långvariga affärsrelationer tycks bilden av motparter ha ersatts med den av ”medparter” enligt HD:s sätt att döma. *Omsättningsmålet* var dock det första att fullt ut erkänna lojalitetsplikten som

¹¹³ Citatet saknar känd upphovsman.

en ensam grund för talan, vilket är en central skillnad mot de andra rättsfallen. Dessutom påpekade HD i domskälen att en lojalitetsplikt ofta föreligger i dessa avtalsförhållanden, även då det inte explicit framgår i avtalstexten. Således kan skyldigheter beträffande lojalt agerande uppkomma för parterna även om de inte valt att själva skriva in en sådan klausul i avtalshandlingarna, vilket besvarar den första frågeställningen (Kan lojalitetsplikten skapa förpliktelser som inte direkt framgår i avtalet?) jakande. Exakt var gränserna går och vilka skyldigheter inom lojalitetsplikten som aktualiseras är inte fastställt då detta fortfarande är ett mycket färskt prejudikat och nu har underinstanserna arbetet framför sig att implementera omsättningsmålet i praktiken. Det skulle inte förvåna ifall vi ser fler fall i HD under de kommande åren som ämnar förtydliga bilden kring vad Omsättningsmålet satt ramarna för.

Att HD:s praxis förändras över tid är i sig ingenting konstigt men när det sker på bred front och i hög hastighet väcks frågeställningar i en annars stabil och trögrörlig demokrati som Sverige, där domstolarna inte ens har i uppgift att skapa rätt, som de har i t.ex. common law-systemen. HD:s förändrade prejudikatbildning under de senaste framförallt tio åren har varit föremål för debatt bland många jurister, såväl domare som advokater och forskare har bidragit till diskussionen i juridiska tidskrifter. Gränsdragningen mellan att skapa rätt och skipa rätt är tunn vad gäller HD då de tekniskt sett skapar rätt genom sina tolkningar och sin praxis. HD får dock inte skapa ny lagstiftning, vilket lojalitetsplikten som självständig princip kan anses vara eftersom den inte finns tydligt kodifierad.

Wersäll och Bengtsson är två förespråkare av den mer defensiva inställningen i form av återhållsamhet och menar att HD agerar aktivistiskt och i strid med sitt uppdrag. Wiklund, Lindskog och Kleineman menar emellertid att förändringen i sättet att döma och skriva, som i sig inte ifrågasätts, är ett neutralt svar på samt resultat av yttre faktorer såsom europeiseringen av Sveriges rättssystem. Att HD i huvudsak är påverkad av omgivningen och den snabba utvecklingen som sker i samhället på flera plan är sannolikt en större bidragande faktor än domstolens egen vilja att förändra. Med det sagt betyder inte detta att den andra frågeställningen (Har HD:s prejudikatbildning följt utvecklingen av rättssamhället eller har HD drivit på utvecklingen?) kan besvaras riktigt så enkelt. Riksdagens arbetsbelastning har ökat markant och trots antydningar från HD verkar lagstiftningsförfaranden på områden med behov av sådan, lysa med sin frånvaro. HD har således axlat en ny roll där de i viss mån tar saken i egna händer och fyller i luckor i lagstiftningen för att kunna besvara de frågor som samhället ställer dem. Att HD anpassat sig efter en snabb samhällsutveckling kan konstateras, men huruvida de samtidigt även drivit på utvecklingen är svårt att säga utan en djupare analys av statsrätten. Författarens åsikt är emellertid att HD i viss mån drivit på utvecklingen vad gäller lojalitetspliktens roll i kommersiella avtalsförhållanden och att detta inte nödvändigtvis kan kopplas till utvecklingen av samhället i övrigt.

Det finns helt klart olika åsikter om vad den perfekta domaren ska göra och enligt författaren är den pessimistiska bilden som målas upp något överdriven. Med det sagt är HD:s förändring anmärkningsvärd och en vidare diskussion på området, med en djupare analys av statsrätt högst välkommen. Det är viktigt att ibland påminnas om det faktum att ”våra självklara utgångspunkter inte alltid är så eviga som vi lätt antar dem vara.”¹¹⁴ Juridiken må vara trögflytande men absolut inte orubblig.

¹¹⁴ Citat av Thomas Wilhelmsson, SvJT 2005 s. 448.

Käll- och rättsfallsförteckning

Offentligt tryck

Förarbeten

- Prop. 1975/76:81 – *Förslag till generalklausul i avtalslagen*
- SOU 1915:1 – *Förslag till avtalslag*
- SOU 1976:66 – *Förslag till köplag*
- SOU 2008:125 – *Förslag till reformerad grundlag*

Litteratur

- Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, *Avtalsrätt II*, 2010, upplaga 6, Juristförlaget i Lund, Lund.
- Andgren, Cecilia, Johansson, Svante, *Högsta domstolens prejudikatbildande verksamhet på förmögenhetsrättens område*, SvJT 2022 s. 483.
- Arvidsson, Niklas, *Lojalitet och egenintresse inom avtalsrätten – några reflektioner med anledning av ”Omsättningsmålet”*, JT 2021/22 s. 666.
- Bengtsson, Bertil, *Om Högsta domstolens nya skrivsätt*, JT 2012/13 s. 743.
- Cato, Mats, *Uppfattningarna går isär om Högsta domstolens roll i normbildningen*, Advokaten Nr. 9 2013.
- Danielsson, Christer, *Utformningen av Högsta domstolens avgöranden nu och då*, SvJT 2022 s. 513.
- Derlén, Mattias, Lindholm, Johan, *Judiciell aktivism eller prejudikatbildning? En empirisk granskning av Högsta domstolen*, SvJT 2016 s. 143.
- Holm, Anders, *Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip*, 2004, Linköpings Universitet, Linköping.

- Kleineman, Jan, *Från prejudikatinstans till lagstiftare? Högsta domstolens ökade aktivism*, JT 2014/15 s. 495.
- Kleineman, Jan, *Juridisk metodlära*, 2018, upplaga 2, Studentlitteratur, Lund.
- Lindskog, Stefan, *Dag och jag och Högsta domstolen*, SvJT 2015 s. 415.
- Lindskog, Stefan, *Några aspekter på prejudikatnytta och prejudikatbildning*, SvJT 2022 s. 590.
- Munukka, Jori, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, Jure, Stockholm.
- Munkka, Jori, *Lojalitetsprincipen som rättsprincip*, SvJT 2010 s. 837.
- Olsen, Lena, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, SvJT 2004 s. 105.
- Ramberg, Christina, *Uppsägningstid vid långvariga samarbetsavtal*, SvJT 2010 s. 94.
- Ramberg, Christina, Ramberg, Jan, *Allmän avtalsrätt*, 2022, upplaga 12, Nordstedts juridik, Stockholm.
- Votinius, Sacharias, *Varandra som vänner och fiender: en idékritisk undersökning om kontraktet*, 2004, Brutus Östlings bokförlag Symposion, Stockholm.
- Wersäll, Fredrik, *En offensiv högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning*, SvJT 2014 s. 1.
- Wiklund, Ola, *Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet – löper domstolen amok?*, SvJT 2014 s. 335.

Elektroniska källor

- <https://www.domstol.se/hogsta-domstolen/om-hogsta-domstolen/om-oss/roll-och-uppgift/>, sökord: *Högsta domstolens roll*, besökt 19-10-2022.
- <https://eu.riksdagen.se/vad-ar-eu/medlem-i-eu/>, sökord: *medlem*, besökt 19-09-2022.
- <https://www-ne-se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/1%C3%A5ng/maktf%C3%B6rdelning1%C3%A4ran>, sökord: *maktfördelningläran*, besökt 22-11-2022.

- <https://www-ne-se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/l%C3%A5ng/tredje-statsmakten>, sökord: *tredje statsmakten*, besökt 19-12-2022.
- <https://svenska.se/tre/?sok=lojalitet&pz=1>, sökord: *lojalitet*, besökt 20-09-2022.

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

- NJA 2002 s. 630 – *Restaurang Pelé*
 - NJA 2005 s. 142 – *Ränteskruven*
 - NJA 2009 s. 672 – *Återförsäljaravtalet*
 - NJA 2017 s. 203 – *Kravmjölken*
 - NJA 2017 s. 1195 – *Skogssällskapet*
 - NJA 2018 s. 171 – *Leksaksaffären i Vimmerby*
 - NJA 2021 s. 943 – *Omsättningsmålet*
-