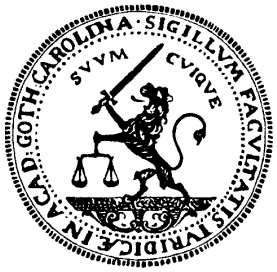

JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Betti-Ann Pettersson

Ingående av avtal enligt Avtalslagen, CISG del II, UniP och PECL - en komparativ studie

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Jur. dr Ola Svensson

Internationell avtalsrätt

Vårterminen 2009

Innehåll

SUMMARY 1

SAMMANFATTNING 3

FÖRORD 4

FÖRKORTNINGAR 5

1 INLEDNING 6

1.1 Bakgrund 6

1.2 Syfte och frågeställningar 7

1.3 Metod och material 7

1.4 Avgränsningar 8

1.5 Disposition 8

2 SVENSK AVTALSRÄTT 9

3 INTERNATIONELL AVTALSRÄTT 11

3.1 Lex mercatoria 11

3.2 CISG 13

3.2.1 CISG i Sverige 14

3.3 Unidroit Principles 16

3.4 PECL 17

3.4.1 En gemensam europeisk avtalslag 18

3.5 Trojkans inbördes förhållande 19

4 TROJKANS ROLL I SVENSK RÄTT 21

5 KOMPARATIV STUDIE 25

5.1 Inledning 25

5.2 Regler om anbud 25

5.3 Avtal genom passivitet och verkan av bekräftelser 31

5.3.1 Regler om passivitet 31

5.3.2 Regler om bekräftelser 34

5.4 Regler om kolliderande standardavtal 37

5.5 Regler om ansvar vid avtalsförhandlingar 41

6 SLUTSATSER 45

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING 48

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING 52

Summary

With increasing internationalization of Swedish laws and especially those within Swedish industry, which are constantly increasing, there follows a need for updating the laws within the area of contract law. Even though the swedish contract law in principle remains unchanged since 1915, and Sweden has in addition decided not to enter into the international contract law portion of CISG (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods part II).

This essay aims to compare the Swedish contract law with the CISG, Unidroit Principles and Principles of European Contract Law. The three are named together as trojkan and are the most important instruments in international contract law today. This comparative analysis focusses on rules which steer formation of a contract and those especially concerning offers, passiveness and the effects of writings in confirmations, battle of forms as well as liability within contract negotiations. The purpose is to bring to light the areas of the Swedish system and in which way the Swedish system differs from international arena.

Due to the fact that the rules concerning formation of contracts under the Swedish contract law are dispositve and that the rules concerning many aspects are elastically formed, this has made it possible for legal precedents to be set. In certain circumstances this has allowed for the legal system to adapt to the new developments that have occurred in the legal system today. However, this has at the same time decreased the legitimacy of the fundamental laws of which the legal system is based upon. This thesis discusses the shortcomings of the Swedish contract laws and what the application of trojkan could result in instead.

This comparative analysis demonstrates that CISG, UniP and PECL in most cases solves the questions around Swedish contract laws in a fairly similiar manner as does the Swedish legal system. When trojkan has the same regulation in a case one could dare to draw the conclusion that the regulation can be seen as representative of the general international legal principles or lex mercatoria. International commercial contract parties could greatly benefit from a more widespread acknowledgment for trojkan in legal proceedings because they are neutral alternatives to the Swedish national laws and in that way easier to argument for. In the Swedish case they are even more comprehensive, as well as clearer and more easily understood in the international context.

The conclusions from this work can be summarized to state that changes should be made in the current Swedish contract law legal system, partially to ensure coherence between Swedish and international legal systems, but also because there is a need for clarity within the legal frameworks regarding required content in Swedish contract laws. The positive aspects

that could result from a harmonization within the commercial contract laws, versus the existing shortcomings, are so many that they greatly outweigh the arguments for non-implementation. The suggested improvements are that Sweden enter party to the CISG part II, and revise the contract laws with trojkan as the model.

Sammanfattning

Internationaliseringen av svensk rätt och framförallt svenskt näringsliv ökar ständigt och därmed ökar behovet av internationell rättsenhet även på det avtalsrättsliga området. Trots detta står avtalslagen kvar i princip oförändrad sedan 1915 och Sverige har dessutom valt att inte tillträda den avtalsrättsliga delen av CISG (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods del II).

Denna uppsats syftar till att jämföra den svenska avtalsrätten med CISG, Unidroit principles och Principles of European Contract Law. Tillsammans kallas dessa tre ibland för trojkan och är de viktigaste internationella instrumenten för avtalsrätten idag. Den komparativa analysen fokuserar på regler som rör ingåendet av ett avtal och då särskilt regler angående anbud, passivitet och verkan av bekräftelser, kolliderande standardavtal samt ansvar vid avtalsförhandlingar. Tanken med att belysa just dessa områden är att de svenska reglerna på vissa sätt skiljer sig från de internationella eller för att det är osäkert vad som gäller enligt svensk rätt på dessa områden.

På grund av att reglerna om ingående av avtal i avtalslagen är dispositiva och att reglerna på många punkter är elastiskt utformade har det möjliggjorts för rättspraxis att i viss mån anpassa lagen till den utveckling som har skett. Men detta har samtidigt minskat lagens betydelse som grundläggande rättskälla på området. Uppsatsen tar upp brister i svensk avtalsrättslig lagstiftning och vad en tillämpning av trojkan istället skulle innebära.

Den komparativa studien visar att CISG, UniP och PECL i de flesta fall löser de avtalsrättsliga frågorna på tämligen samma sätt. När trojkan har samma reglering i en fråga torde man kunna dra slutsatsen att denna reglering kan anses representera en internationell allmän rättsprincip eller lex mercatoria. Internationella kommersiella avtalsparter skulle kunna vinna mycket på om trojkan vann mer erkännande i rättstillämpningen eftersom de är neutrala alternativ till nationell lag och på så vis lättare att argumentera för. För svensk del är de även mer heltäckande. De är också tydliga och lättillgängliga.

Slutsatserna av detta arbete kan sammanfattas med att konstatera att något bör göras med den svenska avtalslagstiftningen, dels för att anpassa den svenska rätten till den internationella men även för att det behövs en del klargöranden inom reglerna om ingående av avtal i svensk avtalsrätt. De fördelar man skulle vinna med att harmonisera den kommersiella avtalsrätten är så stora att de, tillsammans med de brister i den svenska rätten som påvisas i detta arbete, väger över. De förändringar som föreslås är att Sverige även tillträder CISG del II samt reviderar avtalslagen med trojkan som förebild.

Förord

Med denna uppsats är min studietid i Lund till ända och nya mål väntar. Jag vill härför tacka alla fantastiska människor jag har träffat i Lund och som har gjort min tid här oförglömlig. Jag vill särskilt tacka Ulrika Heindorff, min bundsförvant i vått och torrt, som jag följts åt med under utbildningen och som verkligen förgyllt min tillvaro här.
Jag vill även tacka min handledare, jur.dr Ola Svensson, för god handledning och värdefulla synpunkter under skrivandets gång.
Ett speciellt varmt tack till Jesper Arvenberg för givande diskussioner och ovärderlig hjälp med korrekturläsning.
Slutligen vill jag rikta min tacksamhet till övriga vänner och familj för all uppmuntran under min studietid och framförallt för att Ni alltid finns där för mig. Tack!

Lund, augusti 2008

Betti-Ann Pettersson

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980 års FN-konvention angående internationella avtal om köp av varor)
EU	Europeiska Unionen
HagL	Lag (1991:351) om handelsagentur
HD	Högsta domstolen
ICC	International Chamber of Commerce
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
NU	Näringsutskottets betänkande
PECL	Principles of European Contract Law
Prop	Proposition
SFS	Svensk författningssamling
SvJT	Svensk Juristtidning
ULF	Uniform Law on the Formation of Contracts
ULIS	Uniform Law of International Sale of Goods
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
UniP	UNIDROIT Principles of the International Commercial Contracts

1 Inledning

1.1 Bakgrund

”Man hör liksom hur det rasslar under hjulen på postdiligensen när den är på väg att överbringa det skriftliga anbudet till adressaten från t.ex. en handelsman i Stockholm till en person i Göteborg.” Så beskrev Jan Ramberg den svenska avtalslagens regler om ingående av avtal vid det nordiska juristmötet i Oslo 1999.[1] Mycket har hänt inom avtalsrätten sedan vår avtalslag trädde ikraft 1915. Den svenska avtalslagen utgår från förhandlingar mellan avtalsparterna, där anbud och accept leder fram till bindande avtal. Ser man till verkligheten bakom ett avtals ingående idag stämmer denna modell ofta inte, utan ett mer nyanserat synsätt måste användas. Affärer sköts elektroniskt med hjälp av olika tekniska hjälpmedel och standardavtal har blivit betydligt vanligare och inverkat mycket på avtalsprocessen. Den svenska avtalsrättsliga lagstiftningen täcker inte heller alla de frågor som uppkommer vid ingående av ett avtal. Dessutom internationaliseras svensk rätt och framförallt svenskt näringsliv allt mer. Företag genomför dagligen en stor mängd transaktioner med motparter i andra länder och därmed ökar behovet av internationell rättsenhet på området. Parter i internationella avtal har i dag knappast möjlighet att överblicka och sätta sig in i de rättsregler som kan bli tillämpliga på ett avtal med den tidspress under vilken affärsavtal tillkommer. Om avtal träffas om tillämplig lag, bestäms lagvalet ofta av den part vilkens standardvillkor som skall gälla parterna emellan. Det är både tidsödande och förenat med betydande svårigheter att fastställa vilket lands lag som skall tillämpas i ett enskilt fall. Det kan i vissa fall även vara besvärligt att få tillgång till en aktuell version av lagtexten i ett främmande lands lag. Slutligen kan det vara svårt att tolka bestämmelserna i den lagen, inte minst med tanke på översättningsproblemen. Det skulle därför vara till stor fördel för både jurister och affärsmän i Sverige om det infördes enhetliga materiella regler för internationella transaktioner.

Inom avtalsrätten finns det främst tre internationella instrument som kan användas som neutrala alternativ för att undvika att motpartens lag blir tillämplig på avtalet. Dessa är United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Unidroit Principles och Principles of European Contract Law.

[1] Ramberg, Jan – Den nordiska avtalsrätten och utvecklingen av en europeisk avtalsrätt, NJM 1999, s. 105.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är huvudsakligen att jämföra reglerna om ingående av avtal enligt avtalslagen, CISG, Unidroit Principles och Principles of European Contract Law. Jag kommer främst att jämföra dessa avtalsrättsliga instruments reglering angående anbud, passivitetsverkan, kolliderande standardavtal och ansvar vid avtalsförhandling, för att få klarhet i hur den svenska rätten skiljer sig från den internationella på dessa områden. Även en överblick över de avtalsrättsliga instrumentens bakgrund och tillämpning ges för att få en så omfattande bild av dem som möjligt.

Det har under en lång tid pågått en diskussion kring huruvida Sverige även skall ansluta sig till CISG del II och därför blir ett annat syfte att utreda vad det skulle innebära för svensk rätt om detta genomfördes. Vidare syftar uppsatsen till att dra slutsatser om vad som borde ske med den svenska avtalslagen samt försöka ge svar på hur man kan använda CISG, Unidroit Principles och Principles of Contract Law i svensk rätt idag.

Mina huvudsakliga frågeställningar är således:

Hur förhåller sig svensk gällande rätt till CISG del II, UniP och PECL angående regler om bindande anbud, passivitetsverkan, kolliderande standardavtal och ansvar vid avtalsförhandlingar?

Hur bör svensk avtalsrättslig lagstiftning utvecklas?

Bör Sverige ansluta sig till CISG del II?

1.3 Metod och material

Jag har använt mig av en komparativ metod genom att jag undersökt skillnader och likheter mellan lagtexterna och de internationella principerna. Framställningen innehåller både en beskrivning ”de lege lata” och en diskussion ”de lege ferenda”.

Det material jag använt mig av när det gäller den svenska avtalsrätten är främst lagtext och doktrin. Rättspraxis är obefintlig när det gäller internationella tvister som behandlar avtalsslut. Överhuvudtaget är det svårt att finna material om hur den internationella kommersiella avtalsrätten tillämpas i praktiken eftersom internationella avtalsrättsliga tvister oftast slits inom ramen för skiljeförfaranden, vars domar vanligtvis inte blir offentliga. Jag har således varit hänvisad till doktrinen på området. När det gäller CISG, Unidroit Principles och Principles of European Contract Law har jag främst använt mig av deras respektive texter samt kommentarerna till dessa och kompletterat med svensk och utländsk doktrin. Kommentarerna till Unidroit Principles och Principles of European Contract

Law är särskilt intressanta att studera i sammanhanget eftersom de utarbetats av jurister som i många fall besitter stor erfarenhet av internationella skiljeförfaranden. På så sätt kan man få viss ledning om hur utfallet i dessa slutar trots allt.

1.4 Avgränsningar

I en uppsats inom det ämnesval jag gjort har jag endast kunnat välja att inrikta mig på ett fåtal av de olika regleringarna gällande ingående av avtal på grund av uppsatsens omfattning. Jag har valt att analysera de frågor som rör regler om anbud, passivitet, kolliderande standardavtal samt ansvar vid avtalsförhandlingar. Jag har valt att lyfta fram dessa frågor för att de, enligt min uppfattning, är frågor som är viktiga att ha med i en diskussion om en modern avtalsrättslig lagstiftning gällande ingående av avtal. Jag har även valt dessa för att kunna visa på en del brister som enligt min mening finns i den svenska avtalsrättsliga lagstiftningen idag. Därmed avgränsas också uppsatsen på det sätt att de återstående frågorna som rör ingående av avtal faller utanför arbetet. Jag har vidare valt att begränsa uppsatsens omfattning genom att endast behandla kommersiella avtal, därmed faller konsumenträtten och avtal utanför förmögenhetsrättens område bort. Jag har även valt att inte redovisa för den svenska rättspraxisen vid genomgången av svensk avtalsrätt i någon större omfattning, utan jag har inriktat jämförelsen på den substantiella, materiella rätten på området. En annan anledning till att jag valt att lämna en stor del av svensk rättspraxis utanför uppsatsen är att jag inte har någon sådan internationell praxis att jämföra med av skäl som jag nämnt ovan.

1.5 Disposition

I det följande kapitlet kommer jag att kort redogöra för svensk avtalsrätt samt svensk lagstiftning vad gäller ingående av avtal. I nästföljande kapitel redogörs för den internationella rätten som finns på avtalsrättens område. Här ges en kort inledning till lex mercatoria, bakgrund och tillämpning av CISG, Unidroit Principles och Principles of European Contract Law samt en diskussion avseende de olika regelverkens förhållanden till varandra. I kapitel fyra diskuteras vilken roll trojkan har, samt bör ha, i svensk avtalsrätt. I kapitel fem görs en komparativ studie av regleringen av anbudsförfarandet och valet mellan löftesprincipen och kontraktsprincipen, reglerna om passivitet, kolliderande standardavtal och ansvar vid avtalsförhandlingar. Slutligen, i kapitel sex, sammanfattar jag mina slutsatser och försöker ge svar på mina frågeställningar.

2 Svensk avtalsrätt

Den svenska avtalsrätten brukar delas in i allmän respektive speciell avtalsrätt. Inom den allmänna avtalsrätten behandlas frågor som är gemensamma för alla avtalstyper medan den speciella avtalsrätten reglerar vad som gäller särskilt för en viss avtalstyp. Den allmänna avtalsrätten omfattar ett mycket litet rättsområde enligt tradition i Sverige,[2] och dess regler har blivit särskilt anpassade till köp av lös egendom på grund av att köpeavtalet varit förebild för andra typer av avtal sedan lång tid tillbaka i svensk rättstradition.[3] De avtalsrättsliga rättskällorna är framförallt lagstiftning, rättspraxis, allmänna avtalsrättsliga principer, lagförarbeten och doktrin. Det saknas en heltäckande lagreglering av den allmänna avtalsrätten i Sverige och den huvudsakliga lagen är Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (härefter AvtL). AvtL innehåller dock många luckor, vilka fylls ut med hjälp av allmänna avtalsrättsliga principer. Enligt 1§ 2st. AvtL gäller att lagen är sekundär till handelsbruk eller annan sedvänja. Det uppställs dock höga krav för att handelsbruk skall åsidosätta dispositiv lag. Handelsbruk och annan sedvänja fungerar oftare som stöd för lagtolkning och tolkning av avtalsvillkor samt utgör utfyllnad när lagen inte ger något svar.[4]

Avtalslagen är resultatet av ett gemensamt nordiskt lagstiftningsarbete och är en av de mest grundläggande civilrättsliga lagarna än idag i Sverige. Den antogs redan 1915 och den enda större ändringen av lagen sedan dess är införandet av 36 §, den så kallade generalklausulen.[5] AvtL är indelad i fyra kapitel. Kapitel 1 behandlar slutande av avtal, vilket är det kapitel som kommer behandlas vidare här, kapitel 2 handlar om fullmakt, kapitel 3 behandlar rättshandlingars ogiltighet och kapitel 4 innehåller slutligen allmänna bestämmelser.

Avtalslagen avgränsar sig även genom att 1§ 3st. AvtL undantar formalavtal från tillämpningsområdet. Vid AvtL:s tillkomst skilde man på tre typer av avtal, konsensualavtalet, formalavtalet och realavtalet. *Konsensualavtalet* blir bindande genom utbyte av överensstämmande viljeförklaringar utan krav på särskild form. *Formalavtalet* kräver däremot särskild form för att vara bindande, medan *realavalet* blir bindande först genom att avtalsparterna påbörjar prestationerna för avtalet. 1kap AvtL avser konsensualavtalet, ingenting stadgas däremot om realavtalet, inte heller i förarbetena till lagen, men även denna typ anses falla utanför tillämpningsområdet enligt Adlercreutz.[6]

[2] Ramberg, Jan och Ramberg, Christina – Allmän avtalsrätt, s. 19-20.
[3] Grönfors, Kurt – Avtalslagen, s. 9.
[4] Ramberg, Jan och Ramberg, Christina – Allmän avtalsrätt, s. 23, 27.
[5] Grönfors, Kurt – Avtalslagen, s. 12-13.
[6] Adlercreutz, Axel – Avtalsrätt I, s. 49-50.

Enligt AvtL tillkommer ett avtal genom ett anbud och en accept av samstämmigt innehåll. Adlercreutz kallar denna form av avtalsslut för anbud-acceptmodellen.[7] I de fall svaren inte stämmer överens med anbudet ses dessa, enligt AvtL, som nya anbud fram till dess att anbud och accept avspeglar varandra eller tills de avbryter utbytet.[8] 1 kap. AvtL koncentrerar sig i huvudsak på avtalsslut mellan parter på olika platser (inter absentes på latin) genom utväxling av anbud och accept brevledes. Det var främst detta syfte lagstiftarna hade i åtanke vid lagens tillkomst. Med undantag för 3 § 2st. AvtL, vilken avser avtalsslut mellan närvarande parter (inter presentes på latin). I dessa fall krävs accept omedelbart i samband med det muntliga anbudet om inte en svarsfrist medges.[9]

Avtalsrätten bygger på huvudprinciperna avtalsfrihet och avtalsbundenhet. Avtalsfriheten innebär att parterna själva bestämmer om de vill ingå ett avtal, med vem och om vad man vill avtala om. På så sätt kan man se avtalet som en rättskälla i sig då parterna skapar ett eget regelsystem om vad som skall gälla dem emellan. Ju mer de avtalar om desto mindre blir utrymmet att tillämpa dispositiva avtalsrättsliga regler. Parterna disponerar även själva över avtalet under avtalets giltighetstid och kan därmed komma överens om ändringar i detta när de vill. Avtalsbundenheten innebär att man är skyldig att fullgöra sina avtalslöften. Principen brukar uttryckas med pacta sunt servanda vilket betyder att avtal skall hållas på latin. Syftet med principen är att tillförsäkra parterna de rättigheter som avtalen innehåller.[10] I den svenska avtalsrätten beaktas även om den som avger ett löfte, gör det på ett rationellt, frivilligt och välinformerat sätt, och att löftesgivaren hålls ansvarig för sitt handlande. Andra hänsynstaganden som rör löftesmottagaren å sin sida, är om denne kan förlita sig på löftet och samtidigt beaktar löftesgivarens intressen och handlar lojalt mot denne. Andra omständigheter som beaktas är huruvida fördelningen av vad parterna får ut av avtalet är skäligt samt om någon av parterna intar en underlägsen ställning.[11]

[7] Adlercreutz, Axel – Avtalsrätt I, s. 47.
[8] Hellner, Jan – Kommersiell avtalsrätt, s. 30.
[9] Adlercreutz, Axel – Avtalsrätt I, s. 47.
[10] Ramberg, Jan och Ramberg, Christina – Allmän avtalsrätt, s. 28.
[11] Svensson, Ola – Vänbok till Axel Adlercreutz, s. 492.

3 Internationell avtalsrätt

3.1 Lex mercatoria

Under medeltiden skapades en stor lagsamling för att reglera den gränsöverskridande handeln, där sedvänja från lokala marknader och handelsplatser införlivades med det handelsbruk som var vedertaget inom sjöfarten. Denna stora lagsamling kom att kallas *lex mercatoria*, vilken reglerade förhållandet mellan handel på marknader och i hamnar. Lex mercatoria kännetecknades av att den var transnationell, hade handelsbruk som främsta källa och att rättstillämpningen var snabb och informell. Tillämpningen styrdes inte av domare utan främst av köpmännen själva och genomsyrades helt och hållet av en principiell medeltida uppfattning av vad som ansågs vara rättfärdigt.[12]

Vid sidan av medeltidens lokala rättsordningar växte sedermera lex mercatoria fram som ett eget sedvanerättsligt system. Denna sedvanerätt fick stor betydelse i medeltidens internationella kommersiella verksamhet som främst bestod i handelsmässor i Europa.[13] Detta berodde till en del på att de olika rättssystemen inte anpassade sig till de krav som den ökande handeln krävde. Lex mercatoria har således utvecklats för att möta affärsmännens behov vid sidan av den traditionella rättsutvecklingen. [14] Lex mercatoria har huvudsakligen utvecklat regler kring köp av varor, växlar, transporter, olika sorters försäkringsarrangemang och vissa betalningsinstrument såsom krediter. Dock bröts reglerna ner efter hand som nationella rättsordningar började ta form i och med utvecklingen av nationalstaterna. Vissa av principerna anpassades till nationella förhållanden.[15]

När man i doktrinen numera talar om en ny lex mercatoria råder delade meningar om vad som egentligen menas med begreppet. Lars Gorton framhåller att uttrycket ”internationell handelsrätt” kan anses motsvara en modernare form av lex mercatoria, men att terminologin är vacklande. Gorton menar vidare att ”internationell ekonomisk rätt” är en term med ett mer vidsträckt användningsområde, som kan anses omfatta såväl privaträttsliga som offentligrättsliga regler av olika slag som syftar till handelns underlättande och ekonomisk integration. Som exempel nämner Gorton regler som har samband med rätt till etablering i ett visst land, koncession att få utnyttja vissa råvaror eller liknande direkta investeringar, men även mera traditionella former av olika avtalstyper.[16]

---

[12] Svernlöv, Carl m.fl. – Internationella avtal -i teori och praktik, s. 22-23.
[13] Gorton, Lars – Rättsliga ramar för internationella affärer -en översikt, s. 31.
[14] Gorton, Lars och Hatzidaki-Dahlström, Lea – Nationell rätt och internationella köpavtal, s. 33-34.
[15] Gorton, Lars – Rättsliga ramar för internationella affärer -en översikt, s. 37-38.
[16] Gorton, Lars – Rättsliga ramar för internationella affärer -en översikt, s. 38-39.

Ibland används uttrycket *transnational law* för att beskriva dessa internationellt uniforma regler. Roy Goode, professor vid Oxford universitet, vill dock skilja på termerna lex mercatoria och transnational law. Enligt Goode är lex mercatoria oskriven kommersiell rätt, vilken består av handelsbruk och sedvanerättsliga regler angående bevis och förfaringssätt samt allmänna kommersiella rättsprinciper, inklusive internationell socialpolitik. Goode anser att dessa är oskrivna i den meningen att trots att det kan finnas sammanställningar som ger bevis för dem, så härleds deras styrka från den gemensamma uppfattningen bland affärsmän och inte från rättsliga beslut eller från införlivningar i avtal, avtalsrättsliga lagar eller internationella konventioner. Med begreppet transnational commercial law vill Goode inbegripa alla principer och regler, oavsett om de är vanliga, sedvanliga, avtalsrättsliga eller härleds från någon annan källa, vilken är vanliga i ett flertal rättssystem.[17]

Även *soft law* är ett uttryck för internationellt handelsbruk och så kallade soft law instruments är till exempel olika self-regulatory instruments och guidelines utgivna av olika internationella organ.[18]

Den ökande handeln tillsammans med de infrastrukturella förändringar som uppkom under senare delen av 1800-talet och 1900-talet har ställt krav på en viss harmonisering av de splittrade rättsregler som nationellt lagstiftningsarbete skapat återigen. Detta internationella rättsarbete förekommer både på global respektive regional nivå och inom olika områden.[19] Många gånger krävs det att en internationell konvention transformeras genom en nationell lagstiftare till nationellt bindande lag. Dock frånsäger sig enskilda stater ibland sin suveränitet till ett överstatligt organ eller vissa överstatliga regler. Utvecklingen inom EU och särskilt Romfördraget har i detta avseende spelat en viktig roll för dess medlemsländer.[20]

Det är några av dessa internationella harmoniseringssträvanden jag ska titta lite närmare på i detta fortsatta arbete. Nämligen CISG, Unidroit Principles och Principles of European Contract Law, vilka tillsammans ibland kallas trojkan och är de viktigaste internationella instrumenten för avtalsrätten idag.[21]

[17] Goode, Roy – A New International Lex Mercatoria?, JT 1999-2000, s. 253-254.
[18] Svernlöv, Carl m.fl. – Internationella avtal -en översikt, s. 38.
[19] Gorton, Lars och Hatzidaki-Dahlström, Lea – Nationell rätt och internationella köpavtal, s. 34.
[20] Gorton, Lars – Rättsliga ramar för internationella affärer -en översikt, s. 38.
[21] För vidare information om europeiseringen av avtalsrätten, se bl.a. Christian Twigg-Flesner – The Europeanisation of Contract Law.

3.2 CISG

1966 bildades FN-organet för internationell handelsrätt UNCITRAL[22] (United Nations Commission on International Trade Law) med uppgift att då undersöka möjligheterna till en mer enhetlig köprätt internationellt. Innan dess hade man försökt skapa en internationellt enhetlig köprätt redan på 1920-talet då UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law), som grundades 1926 och senare invigdes 1928, fick som första uppgift att åstadkomma just det. Deras arbete resulterade i de båda Haagkonventionerna ULIS (Uniform Law of International Sales) och ULF (Uniform Law on the formation of Contracts) vilka blev klara efter andra världskriget och inte rönte någon större framgång. Med anledning av det misslyckandet satte UNCITRAL ihop en arbetsgrupp 1968 för att, utifrån ULIS och ULF, arbeta vidare med att hitta en lösning fler länder kunde acceptera. Arbetet med reglerna som avsåg internationella köpeavtal blev färdigt 1976 och det som avsåg ingåendet av sådana avtal blev färdigt 1978. Därefter behandlades texterna i ett utkast till en konvention som antogs vid en diplomatkonferens i Wien 1980 och trädde ikraft den 1 januari 1988 efter det att tio stater anslutit sig till den år 1986. [23] CISG (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) har ratificerats av länder från samtliga världsdelar och antalet länder som idag har ratificerat konventionen uppgår till 70 stycken. Samtliga länder inom EU har ratificerat CISG med undantag för Irland, Malta, Portugal och Storbritannien. Stora aktörer på världsmarknaden som USA och Kina är medlemmar.[24] Dock har amerikanska aktörer en tendens att avtala bort CISG.[25]

CISG består av fyra delar varav del I innehåller tillämpningsområde och allmänna bestämmelser, del II behandlar ingående av avtal, del III köp av varor och slutligen del IV som innehåller slutbestämmelser. Konventionen avgränsas till att vara tillämplig endast på köpeavtal gällande lösa saker och mellan kommersiella parter. CISG gäller inte heller alla typer av lösören utan enligt artikel 2 undantas bland annat flygplan, skepp och el. CISG är dispositiv och i förhållande till handelsbruk och annan sedvänja är den även sekundär.[26] CISG:s lösning bygger på en kompromiss mellan kontinentaleuropeisk rättstradition och common law-tradition, men man kan även finna inslag från den nordiska rätten.[27]

[22] Se www.uncitral.org för mer information.
[23] Ramberg, Jan och Herre, Johnny – Internationella köplagen (CISG) -en kommentar, s. 47.
[24] http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html 080317
[25] Ramberg – Kontraktstyper s. 29.
[26] Se artiklarna 6 och 9 CISG.
[27] Gorton, Lars och Hatzidaki-Dahlström, Lea – Nationell rätt och internationella köpavtal, s. 88.

3.2.1 CISG i Sverige

CISG trädde i kraft den 1 januari 1989 i Sverige genom lagen (1987:822) om internationella köp. Införlivningen med svensk rätt skedde genom inkorporering, vilket innebär att den gällande konventionstexten blir gällande författningstext. Den gällande konventionstexten finns på sex språk och jämte de engelska och franska texterna, som är originalversionerna, finns bland annat en svensk översättning som är intagen i SFS. Den för vårt land vanligaste formen för införlivning av bland annat konventionstexter, så kallad transformation av en konvention till svensk författningstext, avvisades bland annat på grund av att ingen av de andra nordiska länderna använt denna metod. Ett annat skäl var fördelen med att parter i den internationella handeln alltid kan lita på den autentiska texten, företrädesvis den engelska. [28]

Sverige har valt att inte tillträda del II av konventionen, vilket inte heller Danmark, Norge och Finland gjort. Dock kan denna del av konventionen ändå bli tillämplig på ett avtal mellan en svensk och en utomnordisk part. Avges anbudet av till exempel en säljare i ett land som ratificerat CISG del II blir denna tillämplig eftersom det normalt är säljarens lag som tillämpas enligt internationellt privaträttsliga regler. Skälen till varför Sverige undantagit den avtalsrättsliga delen är främst att man ansåg att reglerna var olämpliga i sak. Vidare var man rädd för att det skulle uppstå en förvirring om man skulle ha ett system för ingående av internationella köpavtal omfattade av konventionen och ett annat system för avtals ingående i övrigt.[29] Reglerna om möjligheten att återkalla anbud i CISG del II skiljer sig från nordisk avtalsrätt och har influenser från common law. Det antyds i propositionen[30] att anslutning kan ske även till denna del om common law-stater som Storbritannien skulle ansluta sig till både köp- och avtalsdelen av CISG. Lagstiftaren ville här hellre avvakta med denna del eftersom det bara fanns möjlighet att göra en sådan reservation vid tillträdet och inte vid en senare tidpunkt.[31]

Sverige, Danmark, Norge, Finland och Island har även reserverat sig enligt artikel 94 CISG, den så kallade nabolandsklausulen, vilken tillåter konventionsstater med samma eller liknande köprätt att tillämpa dessa regler istället för CISG. [32] En förutsättning för att avge en förklaring på det sätt som Sverige, Danmark, Norge, Finland och Island har gjort är att staterna har ”nära överensstämmande” regler om köpeavtal enligt artikel 94 CISG. Vad uttrycket ”nära överensstämmande” innebär är osäkert och CISG ger inte någon direkt vägledning för bedömningen vad gäller vilken likhetsgrad

[28] Adlercreutz, Axel och Hatzidaki-Dahlström, Lea – Introduktion till komparativ och internationell avtalsrätt s. 32.
[29] Ramberg, Jan och Herre, Johnny – Internationella köplagen (CISG) -en kommentar, s. 139.
[30] Prop. 1986/87:128.
[31] Prop. 1986/87:128, s. 89.
[32] Ramberg, Jan och Herre, Johnny – Internationella köplagen (CISG) -en kommentar, s. 47-49.

som erfordras. När Sverige och Finland avgav sina förklaringar i december 1987 och senare Norge i juli 1988 och Danmark i februari 1989, var avsikten att alla dessa fyra stater skulle anta nya köplagar som i stora drag skulle baseras på det samnordiska betänkandet NU 1984:5 Nordiska köplagar. Detta genomförde även Sverige, Norge och Finland medan Danmark behöll sin köplag från 1907. Den norska köplagen skiljer sig på vissa punkter från den svenska och finländska men dessa tre kan ändå utan tvivel anses vara ”nära överensstämmande” i den mening som avses i artikel 94.1 CISG. Problemet ligger istället i att avgöra om den danska lagen är så lika de övriga nordiska staternas att den kan anses vara ”nära överensstämmande” med dessa, det förekommer nämligen ett stort antal skillnader lagarna emellan.[33] I propositionen sades det att även om man får gemensamma regler i Norden enligt CISG, skulle olika regler komma att gälla för inrikeshandeln och för den nordiska handeln. Med hänsyn till omfattningen av den nordiska handeln och till den kännedom som finns om såväl rättsliga som kommersiella förhållanden i andra nordiska länder, så skulle det inte innebära någon förenkling eller ökad säkerhet om man gick över från ett gemensamt regelsystem till ett annat. Man hade sedan länge uppnått gemensamma regler för internationella köp såvitt gällde den internordiska handeln. Rättslikheten hade fördjupats genom att man i flera branscher kunnat komma överens om gemensamma nordiska allmänna leveransbestämmelser vilka hade fått stor spridning. Enligt propositionen ansåg man att en anslutning till CISG därför inte innebar någon fördel för den internordiska handeln och menade vidare att en sådan lösning skulle strida mot strävandena att göra Norden till en hemmamarknad.[34]

[33] Ramberg, Jan och Herre, Johnny – Internationella köplagen (CISG) -en kommentar, s. 649-650.
[34] Prop. 1986/87:128, s. 89.

3.3 Unidroit Principles

UNIDROIT[35] står för International Institute for the Unification of Private Law (Institut International pour l'Unification du Droit Privé på franska) och är ett organ som kom till år 1926 på initiativ av enskilda stater. Organet har en internationellt sammansatt styrelse bestående av representanter för ett stort antal av världens länder. Dock är inte alla länder representerade i styrelsen, till skillnad från vad som är vanligt i FN-organ och diplomatiska konferenser. Till exempel har de nordiska länderna en gemensam representant som utses växelvis från Sverige, Norge, Danmark och Finland. Institutet har sitt säte i Rom och dess personal består av 21 personer. Vid större projekt tillsätts arbetsgrupper vars ledamöter utses av medlemsländerna och det var en sådan som tillsattes år 1980 för att arbeta fram UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (härefter UniP). Gruppen bestod av representanter för alla de stora rättssystemen världen över, vilka var experter på området kontraktsrätt och internationell handelsrätt. [36] Dessa var dock inte representanter för sina respektive hemländer så som var fallet när till exempel CISG utarbetades.

UniP trädde ikraft år 1994 och en ny version utkom år 2004. År 2005 sattes en ny arbetsgrupp samman för att jobba vidare med principerna som så småningom skall resultera i en tredje upplaga.[37]

Avsikten med UniP är att avtalsparter skall ha möjlighet att hänvisa till principerna som ett neutralt alternativ till traditionella lagvalsklausuler. På så sätt kan problem av internationell privaträttslig karaktär begränsas till viss del. Tanken är också att principerna skall kunna användas när avtalsparterna gjort en oprecis hänvisning till ”general principles of law” eller lex mercatoria. Principerna utgör även en introduktion till internationell avtalsrätt eftersom de ger en överblick över de juridiska problem som parter ofta ställs inför vid internationella avtal. De kan därigenom även användas som en checklista för både internationella såväl som nationella avtal. Ett annat syfte med principerna var att de skulle fungera som förebild för nationell lagstiftning inom avtalsrätten. Detta mot bakgrund av de senaste årtiondenas politiska omvälvningar och de många nyfödda demokratier som gett uppkomst till ett stort behov av internationell erfarenhet vid utarbetande av nationella avtalslagar. Principerna syftar slutligen till att ligga till grund för tolkningen av innehållet i nationell rätt.[38]

Principerna grundar sig på internationellt handelsbruk men har även inspirerats av nationella avtalsrättsliga lagars lösningar. Lagar som haft särskild betydelse är till exempel den nederländska avtalslagen och den amerikanska Uniform Commercial Code, vilka båda är moderna lagar.

---

[35] Se www.unidroit.org för mer information.
[36] Sigvard Jarvin – UNIDROIT i Rom arbetar för en enhetlig privaträtt, Advokaten 2001, häfte 4, s. 6-7.
[37] http://www.unidroit.org/english/workprogramme/study050/main.htm, 080212.
[38] Hultmark, Christina – Internationaliseringen av svensk avtalsrätt s. 657-659.

Principerna har även utarbetats med CISG som bakomliggande utgångspunkt.[39]

I kapitel 2 i UniP finner man reglerna om ingående av avtal, vilka behandlas i artiklarna 2.1.1 – 2.1.22.

3.4 PECL

Den danske professorn Ole Lando presenterade idén om principerna 1976. Detta skedde på det då nyetablerade European University Institute under ett seminarium vars ämne var ”New Perspectives of a Common Law of Europe”. Lando argumenterade för vad han då kallade en European Uniform Commercial Code. Efter detta följde jobbet att hitta kvalificerade personer från hela Europeiska Unionens medlemsstater som var intresserade av att vara med och arbeta fram vad som skulle komma att bli Principles of European Contract Law (härefter PECL). Möten hölls i Bryssel i december 1980 och november 1981 med jurister från EU:s medlemsstater, varav många senare blev medlemmar i den första kommissionen, Commission on European Contract Law[40] även känd som Lando-kommissionen, vilken sattes samman i november 1982 i Hamburg. Denna första kommission verkade fram till 1992 då en andra kommission tog över. I denna medverkade bland annat vår enda svenska representant, professor Jan Ramberg, vilken blev medlem 1995 efter Sveriges inträde i EU. Kommissionerna har främst bestått av akademiker men flera av dem har även varit praktiserande jurister.[41]

PECL har nu kommit ut i tre delar, varav den första behandlar prestationer, underlåtenhet och avhjälpande (performance non-performance and remedies) och publicerades första gången 1995. Den andra delen kom ut tillsammans med en reviderad upplaga av del I 1999 och behandlar ingående av avtal, giltighet, tolkning och avtalsinnehåll samt fullmaktslära (formation, validity, interpretation and contents of contracts and the authority of agents to bind their principal). Den tredje och sista delen blev klar 2002 och behandlar bland annat flerpartsförhållanden, kvittning, preskription och avtal i strid mot lag och goda seder.[42] Sammanlagt består PECL av 201 artiklar fördelade på sjutton kapitel, där kapitel 2 är det som behandlar ingående av avtal och därför blir det kapitel som är intressant för denna uppsats.

Efter varje artikel följer kommentarer som förklarar syftet med regeln, dess funktion och förhållande till andra regler. Även exempel på användningsområden följer samt noter som förklarar var principen har sitt

[39] Hultmark, Christina – Internationaliseringen av svensk avtalsrätt s. 657-659.
[40] Se www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index.html för mer information.
[41] Lando, Ole och Beale, Hugh – Principles of European Contract Law, parts I-II, s. xi-xiv.
[42] Lando, Ole – Principles of European Contract Law, Parts III, s. ix-xi.

ursprung och kort hur man hanterar frågor om principen i de olika rättssystemen i EU:s medlemsländer. Förutom medlemsländernas rättssystem undersökte man även konventioner i och utanför Europa där främst CISG varit en förebild, men man har även tittat på bland annat The American Uniform Commercial Code och Restatements of Contracts and of Restitution. En del av reglerna i PECL reflekterar förslag och idéer som ännu inte finns materiellt i något rättssystem.[43]

Principerna är applicerbara på alla sorters avtal, både kommersiella och konsumentavtal, som ingås inrikes och mellan länder inom EU.[44]

Syftet med PECL är bland annat att underlätta handeln inom EU och att stärka den Europeiska marknaden som enhet. För parter som gör affärer i olika stater inom och utanför Europa och som vill att deras avtal ska baseras på neutrala regler som inte bygger på ett nationellt rättsystem ska PECL fungera som ett alternativ. Ett annat syfte är att underlätta för domstolar och skiljedomstolar att lösa tvister där ett internationellt avtal som refererar till lex mercatoria, ”general principles of law”, ”internationally accepted principles” eller liknande står under bedömning. De skall också underlätta för domstolar när en avtalstvist rör ett område som inte har en klar lösning enligt nationell rätt. Kommissionen har även hoppats på att PECL kan stå som modell för de demokratier som varit under utveckling i Europa de senaste årtiondena när de ska bygga upp sin avtalsrätt. Slutligen är PECL även ett första steg till en europeisk harmonisering av avtalsrätten.[45]

Avtals ingående regleras i PECL:s andra kapitel vilket är uppdelat i tre avdelningar. Den första delen innehåller allmänna bestämmelser, den andra delen behandlar anbud och accept och den tredje ansvar vid förhandlingar.

3.4.1 En gemensam europeisk avtalslag

PECL är inte en lag utan snarare ett akademiskt initierat lagförslag till europeisk harmonisering.[46] I Europa pågår redan ett projekt som har som mål att skriva lagtextförslag till en europeisk civillag, vilken omfattar avtalsrätt, utomobligatorisk skadeståndsrätt och sakrätt. Projektet bedrivs av The Study Group for a European Civil Code[47] vilka startade sitt arbete år 2000. Studiegruppen består av ett hundratal akademiker som är uppdelade i olika grupper vilka arbetar med olika rättsområden och på olika arbetsorter runt om i Europa. Varje arbetsgrupp leds av en professor som till sin hjälp

[43] Lando, Ole och Beale, Hugh – Principles of European Contract Law, parts I-II, s. xxi-xxix.
[44] Bonell, Michael Joachim – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Friends or Competitors?
[45] Lando, Ole och Beale, Hugh – Principles of European Contract Law, parts I-II, s. xxi-xxix.
[46] Ramberg, Christina – Kontraktstyper s. 18.
[47] Se www.sgecc.net för mer information.

har en grupp doktorander från olika länder. Till varje arbetsgrupp finns också Advisors knutna, vilka är särskilt ämnesinsatta professorer. Den svenska professorn Jan Ramberg har fungerat som en Advisor för gruppen som arbetat med allmän avtalsrätt. Denna grupps arbete kan ses som en fortsättning på Lando-kommissionens arbete och PECL och dess arbetsmetoder liknar varandra till stor del eftersom inte heller The Study Group for a European Civil Code utgår från någon viss rättsordning i sitt arbete. Syftet med projektet är att visa att det går att ena många professorer från olika länder och nå ett resultat av hög kvalitet, till skillnad från de direktiv och internationella konventioner där många gånger kvaliteten får stå tillbaka för politiska kompromisser och tidsbrist. Förhoppningen med det aktuella projektet är istället att man ska kunna fokusera på de verkliga problemen och efter allsidiga analyser hitta de mest ändamålsenliga lösningarna och de pedagogiskt mest lättillgängliga strukturerna. Det är ännu mycket osäkert om arbetsgruppernas lagtextförslag någonsin kommer att resultera i en gemensam europeisk civillagbok och om det skulle ske så ligger det långt fram i tiden. Men redan nu kan de ändå fungera som inspiration till nya typer av argument och infallsvinklar för praktiker.[48]

3.5 Trojkans inbördes förhållande

Man kan ställa sig frågan huruvida det är nödvändigt med två kodifikationer som UniP och PECL, eftersom båda utger sig för att vara en slags lex mercatoria. Det första som skiljer dem åt är att PECL främst riktar sig till medlemsländerna inom EU medan UniP är framtagna för att tillämpas över hela världen. Man kan redan utifrån detta förhållande konstatera att UniP och PECL inte konkurrerar utanför Europa, då PECL utger sig för att vara en ”europeisk lex mercatoria” och alltså är anpassad till EU:s medlemsländers rättssystem. En andra skiljelinje är att UniP endast är applicerbara på internationella och kommersiella avtal till skillnad från PECL som inte har någon liknande begränsning utan även är tillämpliga på konsumentavtal och avtal mellan privatpersoner samt mellan parter från samma land. Detta gör i sin tur att PECL har blivit anpassade till fall då parter inte har samma förhandlingsläge och erfarenhet. Inom Europa kan man således även utesluta UniP om det handlar om ett konsumentavtal då UniP inte är tillämpliga på dessa. Överhuvudtaget är PECL att föredra då man har att göra med ett avtal som berör parter från länder inom EU eftersom PECL är bättre anpassade till europeiska förhållanden.

Michael Joachim Bonell, professor i Rom och en av dem som arbetat fram UniP, hävdar att UniP och PECL inte är utbytbara mot varandra, utan är lika viktiga och utan problem kan samexistera.[49] UniP fungerar över hela

[48] Ramberg, Christina – Mot en gemensam europeisk civillagstiftning, SvJT 2004 s. 459-474.
[49] Bonell, Michael Joachim – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Friends or Competitors?

världen och vore därför att föredra av den anledningen, samtidigt som PECL är mer heltäckande och har en större ambitionsnivå. Så i nuläget anser jag dem vara lika viktiga ur en svensk jurist alternativt affärsmans synvinkel, beroende på om man avtalar med någon inom eller utanför EU.

CISG trädde ikraft mer än tio år innan UniP och PECL färdigställdes och har till stora delar agerat förebild för de båda principsamlingarna. UniP och PECL både överlappar och kompletterar CISG i vissa avseenden. Orsaken till detta är att man sluppit de diplomatiska kompromisser vid utarbetandet av UniP och PECL som var nödvändiga att göra för att få CISG färdigställd, eftersom medarbetarna där representerade sina stater. I och med detta anser Christina Ramberg att de skillnader och likheter man finner mellan UniP och CISG ger viktig information. Hon menar att man att i de fall de båda skiljer sig åt är man berättigad att utgå från att de som utarbetat UniP ansett att CISG i dessa fall inte står i harmoni med allmänna avtalsrättsliga principer eller att lösningen i CISG är olämplig. Det kan även bero på UniP:s vidare tillämpningsområde och att regleringen i CISG endast omfattar köp av lösa saker.[50] Johnny Herre har anfört ett flertal argument för att UniP och PECL kan användas som underlag för utfyllnad av CISG. Han anser bland annat att principerna ofta tillhandahåller ”lösningar som konkretiserar de ibland abstrakt hållna reglerna” i CISG.[51]

UniP och PECL är även mer heltäckande än CISG. CISG är endast tillämpbar vid köpeavtal avseende lösa saker. Vidare finns bestämmelser om ansvar vid avtalsförhandlingar, skyldighet att iaktta sekretess, bestämmelser om avtalade formkrav och integrationsklausuler i UniP och PECL, vilka saknas i CISG. Bestämmelser som rör standardavtal saknas också i CISG men behandlas i UniP och PECL som innehåller lösningar på den så kallade battle of form-problematiken. Genom dessa regler utgör UniP och PECL så kallad gap-filling åt CISG.

[50] Hultmark Christina – Internationaliseringen av svensk avtalsrätt -Unidroit Principles of Commercial Contracts s. 659-660. Se även Herre, Johnny – Utfyllnad av CISG med UNIDROIT och European Principles, Festskrift till Jan Ramberg, s. 444.
[51] Herre, Johnny – Utfyllnad av CISG med UNIDROIT och European Principles, Festskrift till Jan Ramberg, s. 450.

4 Trojkans roll i svensk rätt

På grund av att kapitel 1 AvtL är dispositivt och att reglerna på många punkter är elastiskt utformade har det möjliggjorts för rättspraxis att i viss utsträckning anpassa lagen till den utveckling som har skett. Men detta har samtidigt minskat lagens betydelse som grundläggande rättskälla på området. Så vad ska man göra med den något föråldrade och i viss mån ofullständiga AvtL? Bör vi revidera den, ha kvar den som den är eller sluta att tillämpa den överhuvudtaget?

En genomgående trend när det gäller svenskt lagstiftningsarbete på avtalsrättens och köprättens område är att måna om att den nordiska rätten ska var så rättslik som möjligt.[52] Jag anser att de nordiska staterna borde vidga sina vyer lite mer. Internationell handel är viktig för svenskt näringsliv och då gäller det inte bara handel inom Norden och inte heller bara inom Europa utan hela världen. Utvecklingen med den allt ökande internationaliseringen går inte att stoppa och den kommer inte heller att gå tillbaka. Tvärtom kommer även de nya i-länderna att få allt större betydelse för vår ekonomi. Enligt rapporter kommer Kina att vara det mest intressanta och betydande landet för svensk ekonomi bland dessa länder inom en snar framtid.[53] Ett land som alltså ligger långt ifrån både Norden och Europa Jag kan hålla med Ole Lando, dansk professor och grundare av PECL när han skrev: *Skall vi låta oss påverkas av det som skett och det som är på väg att ske utanför Norden? De europeiska och globala avtalsreglerna bankar på dörren. Vi avvisade CISG del II, men bör vi likväl närma oss de gemensamma regler, som Trojkan medför och några av de regler som UniP och/eller PECL har infört? De regler som finns i en eller flera av dessa tre instrument, är i flera hänseenden de samma som AvtL:s, men åtskiljer sig från denna på några viktiga punkter. Eller skall vi hålla fast vid den nordiska egenarten? Det är en fråga om temperament och hur stark vår kärlek är till den nordiska egenarten. Men det är också en fråga om ekonomi. Avtal handlar om pengar. Och som det är sagt: Man kan vara sentimental när det gäller kärlek, men inte när det gäller pengar.*[54]

Enligt vår justitiekansler, Göran Lambertz, bör vi i Sverige inte ägna oss åt rent nationell lagstiftning på de områden som är starkt berörda av europeiseringen eller internationaliseringen, vilket den kommersiella avtalsrätten är. Han menar att numera kommer de flesta initiativ till lagstiftning ofta från EU men i stigande grad även från någon av de internationella organisationer som arbetar med lagstiftningsarbete. För civilrättens del handlar det bland annat om UNCITRAL och UNIDROIT. Det är inte bara initiativet som kommer därifrån utan även stora delar av lagstiftningsarbetet och därmed begränsas Sveriges möjligheter att påverka

[52] Se t.ex. prop. 1988/89:76, s. 26-28 och prop. 1986/87:128, s. 89.
[53] Hansson, Pär m.fl. – Svenskt näringsliv i en globaliserad värld, s. 208-210.
[54] Lando, Ole – Kontraktsretten i et europaeisk og internationalt perspektiv -vejen fram, Avtalslagen 90 år, s. 17 (författarens egen översättning).

slutresultatet. ”Vår medverkan i det europeiska och internationella lagstiftningsarbetet måste utgå från en medvetenhet om vad som är viktigt och om de praktiska förutsättningarna för arbetet” menar han. Vidare argumenterar Lambertz för att ”i den mån våra lösningar och system är värda efterföljd även i ett europeiskt eller internationellt perspektiv bör vi arbeta för att göra dem kända och förstådda samt slåss för dem på ett sätt som är strategiskt och taktiskt välövervägt. Men om andra lösningar är lika goda eller bättre, måste vi i regel ta dem som utgångspunkt, även om det medför lagstiftningssvårigheter på hemmaplan.” [55] Köplagen (1990:931) är ett exempel på hur Sverige har anpassat sin lagstiftning efter just CISG. Konkurrenslagen (1993:20) är en annan lag som reviderats och harmoniserats med EG-rätt. Jag anser således att även avtalsrätten bör anpassas till internationell rätt.

Min ståndpunkt är att Sverige bör införliva CISG del II i svensk rätt. Detta skulle medföra att man, när svensk rätt skall tillämpas, i vissa fall får skilda regler för internationella köp och helsvenska köp vilket är en nackdel som man inte kommer ifrån. Jag föreslår därför även att vi reviderar vår avtalslag och harmoniserar denna med CISG del II så att våra regler för ingående av avtal kan se likadana ut oavsett om man avtalar med en svensk eller någon från ett annat land som antagit CISG del II, vilket är många. Detta skulle öka förutsebarheten, som i sin tur ökar rättssäkerheten. Det skall vara enkelt att ta reda på vad som gäller för att ingå avtal. Och det ska inte bli besvärligare bara för att man gör internationella affärer. Det är något som istället borde uppmuntras genom lagstiftningen, inte hämmas genom att olika regler gäller beroende på vilket land man gör affärer med. En gemensam europeisk lagstiftning är som nämnts visserligen under bearbetning men det kan dröja tiotals år innan en sådan kan antas av medlemsländerna.

Lehrberg framhåller att ”om ett land vill vara attraktivt för ett alltmer rörligt investerarkapital krävs inte bara ett gynnsamt företagsklimat i form av någorlunda förmånliga skatter och avgifter, smidiga etablerings- och andra tillståndsregler, väl fungerande statlig förvaltning etc.” Det krävs även ett rättssystem som inte hämmar näringslivet och avtalsrätten utgör en central del av detta.[56] Att harmoniserade lagar förenklar handel, utjämnar konkurrensen och underlättar företagsetableringar och investeringar är otvivelaktigt. Lambertz anser även att det ofta är positivt att få inspiration och influenser från andra rättssystem med andra traditioner och att detta många gånger kan berika slutresultatet avsevärt.[57]

Jag anser vidare att inte bara CISG skall stå som förebild för en revidering av AvtL. Även UniP och PECL bör ha inflytande. CISG är endast tillämpbar vid köpeavtal avseende lösa saker och svensk rätt och AvtL

[55] Lambertz, Göran – Lagstiftningsprocessen i en internationaliserad värld – problem och möjligheter, SvJT 2000, s. 237,246.
[56] Lehrberg, Bert – Avtals- och kontraktsrätten i en modern juristutbildning, s. 325.
[57] Lambertz, Göran – Lagstiftningsprocessen i en internationaliserad värld – problem och möjligheter, SvJT 2000, s. 245.

behöver vara tillämplig på alla sorters avtal. UniP och PECL gör dessutom anspråk på att kunna ligga till grund för nationell lagstiftning. Men behövs då en heltäckande lagstiftning på den kommersiella avtalsrättens område? Idag har vi en långtifrån heltäckande lagstiftning på detta område och många av de avtalsrättsliga problem som uppkommer får lösas utan tillgång till lagstöd. Det skulle vara bättre, inte bara ur rättssäkerhetssynpunkt, utan även för förutsebarheten för alla parter, om det skedde ett klargörande på vissa avtalsrättsliga punkter. Det skulle underlätta för affärsmän och jurister att redan innan en tvist uppstår veta vad som gäller, samt underlätta för domstolar och skiljenämnder när de skall bedöma tvister.

När man som svensk jurist eller affärsman skall ingå ett avtal med en motpart från ett utomnordiskt land vill man oftast inte riskera att motpartens lands regler ska gälla vid en eventuell konflikt då man oftast har en begränsad insikt i dessa. Ett sätt att komma runt lagvalsfrågan har varit att i avtalet hänvisa till lex mercatoria, general principles of law eller liknande om en eventuell tvist skulle uppstå. Detta kan verka rätt abstrakt och ger inte heller någon hög grad av förutsebarhet för parterna. Ett mer konkret sätt anser jag vara att hänvisa till någon av principsamlingarna UniP eller PECL. Då är det lätt för båda parter att få kunskap om vad som skall gälla för de frågor som avtalet inte reglerar.

När det gäller skiljeförfaranden finns en regel i ICC:s Rules of Arbitration 1998 artikel 17.1 som säger att skiljenämnden själva får välja de rättsregler som de anser lämpliga för det fall parterna inte gjort det.[58] Här åsyftas inte endast rättsregler från ett bestämt rättssystem eller från en bestämt angiven lag, utan här kan skiljenämnden välja att tillämpa CISG, UniP eller PECL.[59]

Ända sedan CISG, UniP och PECL publicerades har det hävdats att de skulle få stor genomslagskraft i den internationella avtalsrätten. Här i Sverige är det svårt att bedöma hur mycket dessa instrument används i praktiken eftersom internationella kommersiella avtal oftast prövas av skiljeförfaranden vid tvister. PECL nämns i ett HD-avgörande från 2000[60] och alla tre nämns i NJA 2006 s. 638. Man har i båda fallen endast nämnt principerna i jämförande syfte och alltså inte dömt på dem men båda fallen har varit uppe under 2000-talet och jag tycker att det visar på att man i den rättskipande delen av svensk rätt ändå börjat beakta dessa i sin bedömning. Christina Ramberg har hävdat att en svensk domare får beakta dessa tre internationella instrument och även lägga dem till grund för ett avgörande även om de inte åberopats av någon part i målet.[61]

Har man som jurist, alternativt affärsman, kunskap om dessa internationella instrument och får möjlighet att referera till dem i ett avtal får man därigenom en mycket bättre översyn på vad som gäller. Dessa instrument är

[58] http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_english.pdf
[59] Ramberg, Jan – Den nordiska avtalsrätten och utvecklingen av en europeisk avtalsrätt, NJM 1999, s. 103.
[60] Se NJA 2000 s. 747.
[61] Hultmark, Christina – Internationaliseringen av svensk avtalsrätt, s. 669.

lätta att argumentera för eftersom de är neutrala alternativ till att motpartens lag istället blir tillämplig, vilket kan kännas osäkert för båda parter. De täcker även många av de frågeställningar som inte regleras i svensk lag eller som täcks av rättspraxis. De är också tydliga och lättillgängliga. Jag hoppas därför att de vinner mer erkännande av både jurister och affärsmän.

Till syvende och sist tycker jag inte att man ska glömma bort principen om avtalsfrihet vilken är viktig i detta sammanhang. De flesta rättsordningar erkänner avtalsfriheten som princip[62] och därmed är det parternas individuella mellanhavanden som styr avtalet i första hand. Men här tycker jag att trojkan kan fungera som ett bra komplement, som mall vid avtalsskrivningen och senare även som utfyllnad om en eventuell tvist skulle uppstå.

[62] Gorton, Lars och Hatzidaki-Dahlström, Lea – Nationell rätt och internationella köpavtal, s. 45.

5 Komparativ studie

5.1 Inledning

Framställningen har hittills fokuserat på hur AvtL, konventionen respektive principsamlingarna i stort står i relation till varandra utan att gå in på hur några av de enskilda artiklarna förhåller sig till varandra, vilket jag tänkt göra i detta kapitel. Denna komparativa studie har jag valt att göra för att närmare belysa vilka fördelar respektive nackdelar som kan uppkomma vid en tillämpning av trojkan. Jag har här valt ut ett antal områden som berörs vid ingående av avtal och anledningen till att jag har valt att fokusera på just dessa är att de svenska reglerna på vissa sätt skiljer sig från de internationella, eller för att det är osäkert vad som gäller enligt svensk rätt på dessa områden. De är även intressanta av den anledningen att jag anser att man kan ha dem som förebild vid en eventuell revidering av AvtL i Sverige.

5.2 Regler om anbud

I svensk doktrin definieras ett anbud som en villkorad löftesförklaring. Anbudet är villkorat av att även anbudstagaren skall ge ett löfte för att ett avtal skall bli definitivt.[63] Anbudet blir bindande i den meningen att det inte kan återkallas sedan det kommit till adressatens kännedom. Adressaten kan således acceptera anbudet med den verkan att avtal därigenom kommer till stånd.[64] Ett avtal kommer således till stånd genom utväxling av anbud och accept av någorlunda sammanstämmande innehåll. Adlercreutz kallar denna modell för anbud-acceptmodellen. Detta är dock endast den enklaste modellen för avtals ingående, det finns flera sätt varpå avtal slutes. Däremot ger AvtL inte stöd för någon annan modell, dessa har istället utvecklats i praxis.[65]

Man kan skilja mellan två huvudmönster för avtalsslut, det ena baserar sig på *löftesprincipen* och det andra på *kontraktsprincipen*. Avtalslagens regler om ingående av avtal bygger på löftesprincipen. Denna princip innebär att ett anbud och en accept är bindande var för sig under vissa givna förutsättningar. Löftesprincipen kommer till uttryck i 1§ 1st AvtL som bland annat hänvisar till 7§ AvtL, vilken stadgar att ett anbud eller en accept kan återkallas fram till dess att mottagaren tagit del av den avgivna viljeförklaringen eller samtidigt därmed.[66] Avsändaren blir alltså inte bunden av sin viljeförklaring förrän mottagaren tar del av meddelandet.

[63] Svensson, Ola – Viljeförklaringen och dess innehåll, s. 26.
[64] Grönfors, Kurt – Avtalslagen, s. 24.
[65] Adlercreutz, Axel – Avtalsrätt I, s. 47.
[66] Lindell-Frantz, Eva – Den legala acceptfristen, Avtalslagen 90 år, s. 73.

7§ AvtL skall, enligt Grönfors, dock läsas tillsammans med *re integraregeln* i 39§ AvtL av vilken det framgår att återkallelse undantagsvis kan ske ännu senare. Som exempel på sådana fall tänkte sig lagstiftarna en situation då ett muntligt anbud omedelbart antas och anbudsgivaren, innan parterna skilts åt, upplyser att hans anbud kommit till av misstag. Lagstiftaren hade således i åtanke att lagregeln skall tillämpas då ett misstag skett och ett klargörande, i samband med eller strax efter anbudet, ges till motparten. Det ställs således höga krav för att lagregeln skall vinna tillämpning. Re integra betyder ”medan saken är orörd” och betyder här att avsändaren kan ta tillbaka sitt meddelande fram tills dess att ”rättshandlingen inverkat bestämmande” på mottagarens handlingssätt. Mottagaren skall alltså ännu inte hunnit besluta sig för hur denne skall handla med anledning av anbudet respektive svaret när avsändaren upplyser om att anbudet eller svaret dras tillbaka.[67] Anledningen till att lagstiftaren valt denna linje motiverades med att det ansågs viktigt att den som får ett anbud ges tid att överväga huruvida anbudet skall antas eller inte, utan att riskera en återkallelse av anbudet. Detta skulle även vara något som låg i näringslivets intresse enligt förarbetena.[68]

Adlercreutz framhåller att ”ett av huvudsyftena med AvtL var just att fastslå och närmare reglera löftesprincipen, vilket förklarar varför anbud-accept-mönstret så helt dominerar 1 kap AvtL”. Löftesprincipen hade vid den tiden slagit igenom både i nordisk doktrin och rättspraxis. Det fanns dock företrädare i doktrinen för både löftesprincipen och kontraktsprincipen under 1800-talet.[69]

Kontraktsprincipen innebär att ett anbud normalt inte är bindande för anbudsgivaren utan kan återkallas tills dess att det accepteras. Anbudet blir alltså bindande först genom accepten, det vill säga när anbudstagaren binder sig, binds även anbudsgivaren. En person kan således inte utan vidare binda sig ensidigt enligt principen.[70]

Definitionen av ett bindande anbud är densamma i trojkan och stadgas i artikel 14 CISG, artikel 2.1.2 UniP och artikel 2:201 PECL. För att ett anbud skall anses föreligga krävs att anbudsgivaren ger uttryck för att han har för avsikt att bli bunden om anbudet antas. Det är således tillräckligt att anbudsgivaren gett uttryck för en avsikt och det behöver nödvändigtvis inte vara så att anbudsgivaren haft en vilja att bli bunden i verkligheten. Svensk rätt och trojkan torde inte väsentligt skilja sig åt vid definitionen av anbud. Trojkan prioriterar förhållanden som kan konstateras rent objektivt. För att kunna fastställa en avsikt hos anbudsgivaren krävs att anbudet är tillräckligt preciserat, vilket det anses vara om det anger vilken vara som avses samt att det, uttryckligen eller underförstått, ger en anvisning om hur mängd och pris skall fastställas. För att anbud skall anses föreligga krävs även att det riktar

[67] Grönfors, Kurt – Avtalslagen, s. 57-58, 209-210.
[68] Prop. 1915:83, s. 37-38.
[69] Adlercreutz, Axel – Avtalsrätt I, s. 51.
[70] Adlercreutz, Axel – Avtalsrätt I s. 313.

sig till en eller flera bestämda personer. Ett förslag som inte är ställt till en bestämd adressat presumeras istället utgöra en uppfordran till att avge anbud i den obestämda kretsen, enligt den andra punkten i artiklarna.[71]

Trojkan stämmer i huvudsak överens med svensk rätt, även om detta inte kommer direkt till uttryck i AvtL.[72] Artikel 2:201 PECL skiljer sig från CISG, UniP och AvtL genom att även erbjudanden som riktas till allmänheten bedöms vara anbud. I svensk doktrin[73] och enligt CISG och UniP ses ett sådant erbjudande som ett utbud, en uppmaning till allmänheten att komma in med anbud. Ett erbjudande om att leverera varor eller annan service med angivna priser från en yrkesman i en annons eller katalog ställd till allmänheten eller i en skyltning av varor presumeras enligt kommentarerna till artikel 2:201 PECL vara ett anbud att sälja eller leverera till det priset ända tills varulagret alternativt leverantörens kapacitet är uttömt.[74]

Trojkan skiljer, till skillnad från svensk rätt, på möjligheterna att *dra tillbaka* (withdrawal) ett anbud och att *återkalla* (revocation) det. Enligt trojkan kan man dra tillbaka ett anbud fram till dess att anbudet fått verkan, efter den tidpunkten finns det möjlighet att istället återkalla anbudet.

Artikel 15 CISG, artikel 2.1.3 UniP samt artikel 1:303 PECL stadgar att ett anbud får verkan först när det kommer fram till anbudstagaren. Vidare stadgas att anbudet får dras tillbaka, även om det är oåterkalleligt, såvida meddelandet om att det dras tillbaka kommer fram till anbudstagaren före eller samtidigt som anbudet. Anbudet får alltså aldrig någon verkan om det dras tillbaka innan det kommer fram till anbudstagaren.[75] Dessa regler är viktiga i praktiken då de bestämmer exakt från vilken tidpunkt anbudstagaren kan anta anbudet vilket då definitivt binder anbudsgivaren till avtalet.

I artikel 24 CISG, artikel 1.10 UniP och artikel 1:303 PECL definieras begreppet ”kommit fram” (reached). Ett anbud eller annat meddelande anses ha ”kommit fram” till adressaten då det görs muntligen till denne eller på annat sätt lämnas till denne personligen, på hans affärsställe eller postadress. Skulle adressaten sakna affärsställe och postadress gäller istället att meddelandet skall ha kommit fram till dennes hemvist. Risken för att översändandet av meddelandet kommit fram ligger på avsändaren men här finns inget krav på att mottagaren måste ha tagit del av meddelandet genom

[71] Ramberg, Jan och Herre, Johnny – Internationella köplagen (CISG) -en kommentar, s. 143-145.
[72] Adlercreutz, Axel och Hatzidaki-Dahlström, Lea – Introduktion till komparativ och internationell avtalsrätt s. 29.
[73] Se bl.a. Adlercreutz, Axel – Avtalsrätt I, s. 55.
[74] Lando, Ole och Beale, Hugh – Principles of European Contract Law parts I-II, s. 149-163.
[75] Ramberg, Jan och Herre, Johnny – Internationella köplagen (CISG) -en kommentar, s. 147, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, s. 38, Lando, Ole och Beale, Hugh – Principles of European Contract Law parts I-II.

att läsa det. Ett anbud som görs muntligen får alltså verkan direkt och kan inte dras tillbaka såvida det inte görs samtidigt som det muntligen ges.[76]

Trojkan återspeglar en kompromiss mellan löftes- och kontraktsprincipen vid återkallelse av anbud. Artikel 16 CISG, artikel 2.1.4 UniP och artikel 2:202 PECL ger uttryck åt kontraktsprincipen genom att ett anbud kan återkallas fram till den tidpunkt då accepten avsänts. Här gäller således den så kallade avsändningsprincipen, vilken innebär att möjligheten att återkalla ett anbud faller bort då anbudstagaren avsänder sitt antagande svar, denna princip överensstämmer med den så kallade mailbox-rule som tillämpas i common law. Vid elektronisk kommunikation anses meddelandet vara avsänt när det lämnar avsändarens server.[77] Artiklarna innehåller dock två viktiga undantag från denna huvudregel. Enligt det första undantaget kan inte anbudet återkallas om det har angetts en bestämd acceptfrist i anbudet eller det på annat sätt framgår att det inte kan återkallas. Hur detta skall framgå är enligt kommentarerna till artiklarna inte helt klart såvida det inte anges klart och tydligt i anbudet att det är oåterkalleligt. Utarbetandet av dessa regler gav upphov till åtskilliga diskussioner då uppfattningar angående återkallelse av anbud i de olika rättssystemen skiljer sig åt (se föregående kapitel 3.2.1). Detta kan, enligt kommentarerna, leda till att detta undantag kan tolkas på olika sätt beroende på i vilka rättssystem frågan uppkommer.[78]

Enligt det andra undantaget kan inte anbudet återkallas om anbudstagaren hade rimlig anledning att förlita sig på att anbudet inte kunde återkallas och handlat därefter. Om en acceptfrist satts ut i anbudet men denna inte ansetts vara ett sådant löfte om oåterkallelighet som avses i det förra undantaget kan det istället anses ge en rimlig anledning att räkna med denna tid som bindande enligt detta undantag. Ett anbud som kräver att anbudstagaren gör en omfattande och kostsam undersökning eller ett anbud som erhållits för att ligga till grund för ett avtal som anbudstagaren i sin tur avser att ingå med en tredje part kan vara sådana omständigheter att de ger rimlig anledning att förlita sig på under förutsättning att anbudsgivaren känner till detta. En förlitan på anbudet kan även uppkomma genom anbudsgivarens beteende och anbudets beskaffenhet. Artikel 2:202 PECL har det tillägget att anbud riktade till allmänheten kan bli återkallat på samma sätt som det blev riktat till allmänheten. Denna tidpunkt är viktig för att kunna fastställa under

[76] Ramberg, Jan och Herre, Johnny – Internationella köplagen (CISG) -en kommentar, s. 173-174, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, s. 27-29, Lando, Ole och Beale, Hugh – Principles of European Contract Law parts I-II.
[77] Ramberg, Jan och Herre, Johnny – Internationella köplagen (CISG) -en kommentar, s. 148-150, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, s. 39-40, Lando, Ole och Beale, Hugh – Principles of European Contract Law parts I-II, s. 164-165.
[78] Ramberg, Jan och Herre, Johnny – Internationella köplagen (CISG) -en kommentar, s. 148-152, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, s. 39-41, Lando, Ole och Beale, Hugh – Principles of European Contract Law parts I-II, s. 164-166.

vilken tid anbudsgivaren fortfarande kan ångra sig och ändra eller ta tillbaka sitt anbud.[79]

Skillnaden trojkan gör på att dra tillbaka ett skriftligt anbud respektive att återkalla ett skriftligt anbud görs inte i svensk rätt. Denna åtskillnad trojkan stadgar kan diskuteras ur många synvinklar. Å ena sidan kan man tycka att den är onödig eftersom man borde kunna se det som att man likväl kan återkalla anbudet innan det fått verkan. Å andra sidan är artiklarna som reglerar detta i trojkan viktiga då de samtidigt fastställer när anbudet får verkan vilket är viktigt eftersom detta sammanfaller med från vilken tidpunkt anbudstagaren har rätt att anta anbudet. Enligt trojkan gäller att anbud respektive svar får verkan när det *kommer fram* till mottagaren. I svensk avtalsrätt finns ingen motsvarighet till när ett anbud får verkan. Enligt svensk rätt torde en anbudstagare ha rätt att anta ett anbud från det att han *tar del* av det i enlighet med 7§ AvtL. Trojkans lösning gör det enligt min uppfattning enklare att fastställa när anbudet respektive svaret får verkan då det är enklare att ta reda på när meddelandet kommit fram till mottagaren än att slå fast när denne faktiskt såg det och tog del av det. Har en anbudstagare hunnit få ett meddelande om att anbudsgivaren vill dra tillbaka sitt anbud, innan dess att anbudstagaren tagit del av anbudet, kan det bli svårt att bevisa i vilken ordning anbudstagaren faktiskt tog del av meddelandena. Vad som menas med ”kommit fram” definieras även i trojkan, vilket gör det än enklare att bestämma den avgörande tidpunkten. Jag anser vidare att trojkans regler är lättare att överföra till modern praxis eftersom avtal nuförtiden ofta sluts genom tekniska kommunikationsmedel. Om ett avtal ingås genom e-post är det till exempel enklare att fastställa när ett anbud kommer fram till en anbudstagares server än att fastställa när denne verkligen tog del av det och läste sin e-post. Visserligen gör tekniken idag även det lätt att se att en anbudstagare tagit del av sin e-post och öppnat den. Detta syns dock endast på mottagarens server och därav fördelen med att kunna fastställa när e-posten istället kommit fram eftersom detta syns på båda parters servrar.

Den största skillnaden mellan trojkan och svensk rätt när det kommer till reglerna om anbud är dock de mellan artiklarna 16 CISG, 2.1.4 UniP samt 2:202 PECL och 7§ AvtL. Skillnaden ligger i att 7§ tillåter återkallelse fram tills dess att mottagaren ”tager del av” anbudet, det vill säga att det kommit till hans kännedom. Medan man enligt trojkan kan återkalla ett anbud ända fram till dess att anbudsmottagaren avsänder en accept. Den största skillnaden mellan reglerna i 1 kap AvtL och dem i trojkan är följaktligen att trojkan inte tillämpar den så kallade löftesprincipen. Detta är även det tyngst vägande skälet till att Sverige och de övriga länderna i Norden inte tillträtt CISG del II.[80]

[79] Ramberg, Jan och Herre, Johnny – Internationella köplagen (CISG) -en kommentar, s. 148-152, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, s. 39-41, Lando, Ole och Beale, Hugh – Principles of European Contract Law parts I-II, s. 164-166.
[80] Ramberg, Jan och Herre, Johnny – Internationella köplagen (CISG) -en kommentar, s. 139-140.

Bland de fördelar som finns med 7§ AvtL är att anbudstagaren kan förlita sig på anbudet medan denne överväger det, men man ska dock komma ihåg 39§ AvtL här som i undantagsfall kan ge rätt för anbudsgivaren att återkalla sitt anbud så länge anbudstagaren inte beslutat hur denne skall handla med anledning av anbudet. Detta gäller som sagt i undantagsfall och grundstenen i AvtL är att man skall kunna förlita sig på anbudet. En nackdel med denna princip är dock att ett så kallat haltande rättsförhållande uppstår, det vill säga att anbudsgivaren blir bunden till sitt anbud medan anbudstagaren förblir obunden tills denne ger en accept eller avböjer anbudet. Under denna tid står det alltså anbudstagaren fritt att spekulera i anbudet vilket kan leda till oanade konsekvenser för anbudsgivaren om anbudet rör en priskänslig marknad till exempel.

I trojkan finner man även två undantag som harmoniserar bättre med AvtL. Det första, vilket innebär att anbudsgivaren blir bunden av en acceptfrist om denne satt ut en sådan, påminner om den *konventionella acceptfristen* som återfinns i 2§ AvtL. Det andra undantaget, som stadgar att anbudet inte kan återkallas om anbudstagaren hade rimlig anledning att förlita sig på anbudet, ger även det en verkan som gör att anbudsgivaren kan bli bunden på liknande sätt som i AvtL. Dessa undantag är dock en aning svårtolkade och det är svårt att säg exakt hur de ska hanteras i praktiken.

Utifrån detta ser jag således inte några klara fördelar med AvtL som gör att den skulle vara att föredra framför den harmonisering trojkan skulle innebära. Enligt min uppfattning kan man vinna mycket på harmonisering på ett sådant område som den kommersiella avtalsrätten. Om båda avtalsparter begagnar samma regler oavsett vilket land de kommer ifrån sparas både tid och resurser och transaktionskostnaderna minskar. Slutligen ska man ha i åtanke att alla de för uppsatsen relevanta avtalsrättsliga regleringarna är dispositiva vilket ger att man som avtalande part inte är bunden av vare sig lösftesprincipen eller kontraktsprincipen oavsett om man avtalar med AvtL eller CISG som grund.

5.3 Avtal genom passivitet och verkan av bekräftelser

5.3.1 Regler om passivitet

Huvudregeln i svensk avtalsrätt är att part inte kan bli bunden av sin passivitet.[81] Men från denna huvudregel finns många undantag. Ett av de lagstadgade undantagen finns i 6§ AvtL, vilket är det lagrum jag har för avsikt att behandla närmare i detta kapitel. [82]

6§ 1st AvtL anger att ett svar som inte helt överensstämmer med anbudet skall gälla som ett avslag i förening med nytt anbud. Denna regel kallas *spegelbildsregeln* på grund av att anbudet och accepten skall spegla varandra för att leda till ett bindande avtal.[83] Stämmer inte svaret helt överens med anbudet kallas det för en *oren accept.* För att en accept skall anses vara oren måste avvikelsen från anbudet vara relevant. I lagtexten beskrivs detta som ett svar som ”på grund av tillägg, inskränkning eller förbehåll icke överensstämmer med anbudet”.[84] Förarbetena betonar att avvikelsen måste vara av materiell betydelse på det sätt att avtalets innehåll därigenom förändras.[85]

I 6§ 2st AvtL finns emellertid ett undantag genom vilket den orena accepten ändå kan bli gällande. Detta inträffar om acceptanten anser att sin accept överensstämmer med anbudet, det vill säga acceptanten är i god tro om detta, och om anbudsgivaren dessutom måste inse att acceptanten har denna tro. Om anbudsgivaren inte vill acceptera de avvikelser som återfinns i accepten krävs då att han reklamerar mot accepten utan oskäligt uppehåll. Är han istället passiv i denna situation blir han bunden vid den orena accepten.[86] Denna passivitetsregel innehåller således dubbla subjektiva rekvisit eftersom man efter att ha granskat att det verkligen föreligger en avvikelse mellan anbudet och accepten objektivt, ska visa att acceptanten *inte insåg* avvikelsen och att mottagaren av accepten *måste inse* att avsändaren ansåg sin accept stämma överens med anbudet.[87]

Hellner har kritiserat det dubbla insiktsrekvisitet för att foga den ena ”psykologiska orimligheten” till den andra och för att göra 6§ 2st AvtL svårtillämpad.[88] Ramberg och Ramberg framhåller att oenigheten normalt inte upptäcks förrän avvikelsen i accepten blir aktuell vid tillämpningen av avtalet, och att regeln därför är svår att tillämpa. De menar vidare att om

[81] Karlgren, Hjalmar – Passivitet, s. 8. Karlgren uttrycker det ”den som tiger icke samtycker”. Se även Ramberg, Jan och Ramberg, Christina – Allmän avtalsrätt, s. 111.
[82] Andra uttryck för denna passivitetsgrundsats återfinns i 4§ 2st AvtL och 9§ AvtL.
[83] Hellner, Jan – Kommersiell avtalsrätt, s. 45.
[84] Grönfors, Kurt – Avtalslagen, s. 54.
[85] Prop. 1915:83, s. 49.
[86] Jfr. 6§ 2 st. AvtL.
[87] Hellner, Jan – Kommersiell avtalsrätt, s. 45.
[88] Hellner, Jan – Standardavtal vid avtalsslutande, FTFJ 1979, s. 295.

man skulle tillämpa 6§ 2st AvtL även när acceptanten inser att accepten är oren, vilket föreslagits i doktrinen, skulle det vara att göra ”våld på ordalydelsen”.[89] Karlgren betecknar 6§ 2st AvtL som en misstagsregel eftersom acceptanten gör ett misstag när han felaktigt tror att hans accept stämmer överens med anbudet. Han menar vidare att acceptanten i denna situation är i culpa in contrahendo eftersom han utan fog har uppfattat anbudet på annat sätt än det objektivt sett bör uppfattas.[90] Adlercreutz anser att regeln är avsedd att ge incitament till ett lojalt partshandlande och förhindra spekulation i motpartens misstag. 6§ 2st reglerar inte situationen då parterna lagt olika innebörd i sina viljeförklaringar men anbud och accept stämmer överens rent formellt. Adlercreutz förordar emellertid en analogitolkning av lagrummet i dessa fall och att regeln kan tillämpas oavsett vilken av parterna som inser motpartens avvikande tolkning. [91]

Håstad framhåller att det i svensk praxis[92] har utvecklats en regel som bygger på en kombination av 6§ 2st och 9§ AvtL. När ett anbud framkallats av anbudstagaren, särskilt i de fall då det föreligger en preliminär uppgörelse, och denne 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 anbudstagaren att reklamera inom skälig tid för att inte bli bunden av anbudet. Detta bör, enligt Håstad, gälla om acceptanten är näringsidkare och möjligen även i andra fall. Håstad påpekar dock att en anbudsgivare, som inte hör något från acceptanten, normalt inte kan utgå från att hans anbud blivit antaget. Men att det i vissa fall kan förhålla sig annorlunda, till exempel när parterna i anslutning till en förhandling om de väsentliga punkterna kommit överens om att ena parten skall utarbeta ett förslag till avtal och därvid fylla ut några återstående detaljer. För att mottagaren av anbudet måste ha insett att anbudsgivaren utgår från att tystnad innebär samtycke, måste anbudsgivaren normalt ha haft goda skäl för sin inställning enligt Håstad.[93]

Det svåraste vid tillämpningen av 6§ AvtL är enligt Adlercreutz att avgöra huruvida accepten är ren eller oren. Vid avgörandet får man göra en tolkning av anbudet och accepten i belysning av omständigheterna och beakta vad som är gällande handelsbruk eller eventuell partspraxis menar han. Adlercreutz anser de tydligaste fallen av ren accept vara då accepten är blank, när accepten endast upprepar anbudet eller när accepten endast består i ett undertecknande av ett redan färdigt och av anbudsgivaren signerat kontraktsförslag eller då acceptanten godkänner ett anbud i form av till exempel en ordersedel.[94] Enligt Grönfors bör man undvika att som anbudstagare acceptera blankt och istället upprepa de väsentliga beståndsdelarna i anbudet som till exempel tidpunkter, pris och enheter. På så vis kan ett flertal misstag undvikas och därmed åtskilliga tvister.

[89] Ramberg, Jan och Ramberg, Christina – Allmän avtalsrätt, s. 112.
[90] Karlgren, Hjalmar – Passivitet, s. 41-42.
[91] Adlercreutz, Axel – Avtalsrätt II, s. 118-119.
[92] Håstad hänvisar här till fallen NJA 1962 s. 276 och NJA 1977 s. 92.
[93] Håstads uttalande i NJA 2006 s. 638.
[94] Adlercreutz, Axel – Avtalsrätt I, s. 62-63.

Grönfors tillägger att detta dock inte underlättar oklarheter i delar av avtalet som rör skiljeklausuler, force majeure-klausuler eller liknande.[95]

Artikel 19 CISG, artikel 2.1.11 UniP och artikel 2:208 PECL behandlar alla oren accept. Huvudregeln är densamma för trojkan och gemensam med 6§ 1st. AvtL av vilken det framgår att en oren accept gäller som ett avslag i förening med ett nytt anbud. Trojkans regler liknar till viss del 6§ 2st AvtL men skiljer sig i vissa avseenden. Även enligt trojkan kan anbudsgivaren bli bunden vid utebliven reklamation mot ett svar som framstår som en accept men innehåller tillägg eller ändringar. Det som skiljer trojkan från AvtL är att trojkan saknar någon motsvarighet till de subjektiva rekvisiten i AvtL, att anbudstagaren skall anse att hans accept är ren och att anbudstagaren måste inse den uppfattningen. Istället innehåller trojkan ett krav på att avvikelsen inte får vara väsentlig. Skulle tillägg eller avvikande villkor inte väsentligen ändra villkoren i anbudet gäller de som en ren accept, såvida inte anbudsgivaren utan oskäligt dröjsmål meddelar anbudstagaren att han invänder mot skiljaktigheterna. Om anbudsgivaren inte invänder gäller de villkor som framgår av anbudet med de ändringar som accepten innehåller som avtalsinnehåll.[96]

I CISG har man i artikel 19.3 angett en lista på ändringar och tillägg som är att anse som väsentliga. Pris, betalning, varans kvalitet och mängd, plats och tid för avlämnande, omfattningen av den ena partens ansvarighet gentemot den andra parten och lösning av tvister tas upp som exempel på tillägg eller ändringar vilka anses ändra villkoren i anbudet väsentligt.[97] Enligt Ramberg och Herre kan eventuellt parternas beteende efter avtalets ingående ha betydelse för bedömningen huruvida vilka villkor som skall gälla. Har till exempel parterna utfört sina prestationer enligt avtalet kan detta medföra att ändringar som kan ses som väsentliga inte skall ge den effekt att avtal inte anses ha blivit bindande för parterna.[98] UniP och PECL har valt att inte ha med någon liknande lista i sina respektive artiklar. I kommentarerna till PECL motiveras detta med att listan inte kunnat vara uttömmande.[99] Enligt kommentarerna till UniP bör man, för att avgöra huruvida de nya villkoren är att anse som väsentliga, ta i beräkning om dessa villkor är allmänt kända och använda inom det aktuella affärsområdet, och därför inte borde komma som en överraskning för anbudsgivaren.[100]

Jag är beredd att ansluta mig till kritikerna av de dubbla insiktsrekvisiten i AvtL. Jag hade föredragit en mer objektiv bedömningsgrund och min uppfattning är att trojkan har valt ett bra alternativ. Genom att tillämpa

---

[95] Grönfors, Kurt – Avtalslagen, s. 57.
[96] Ramberg, Jan och Herre, Johnny – Internationella köplagen (CISG) -en kommentar, s. 162, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, s. 50-51 och Lando, Ole och Beale, Hugh – Principles of European Contract Law, s.177-179.
[97] Adlercreutz, Axel och Hatzidaki-Dahlström, Lea – Introduktion till komparativ och internationell avtalsrätt, s. 31.
[98] Ramberg, Jan och Herre, Johnny – Internationella köplagen (CISG) -en kommentar, s. 162.
[99] Lando, Ole och Beale, Hugh – Principles of European Contract Law, s.177-179.
[100] UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, s. 48-52.

trojkans artiklar är det lättare att göra en bedömning av om och när ett avtal har ingåtts. Det är alltid svårt att bevisa vad någon annan människa måste ha förstått och utgången blir därför svår att förutse vid bedömningar av subjektiva rekvisit. Men, som Håstad påpekat, för att avgöra huruvida en ändring är väsentlig eller inte bör man likväl ta hänsyn till om anbudstagaren hade fog för att tro att sin ändring skulle godtas av anbudsgivaren och att denne åtminstone bort förstå detta. Enligt Håstad blir således skillnaden inte så stor i praktiken mellan trojkan och den svenska rätten. Även artikel 8 CISG bör ges uppmärksamhet i detta sammanhang enligt Håstad eftersom denna stadgar att ”parts uttalanden och uppträdande i övrigt skall tolkas i enlighet med hans avsikt, om den andra parten visste eller inte kunde ha varit omedveten om vilken avsikten var.” Även artikel 1.7 UniP samt 1:201 PECL, vilka har krav på "good faith and fair dealing" bland annat vid avtals ingående, bör uppmärksammas eftersom de tar hänsyn till liknande tankar som ligger bakom AvtL enligt Håstad.[101]

Väsentlighetsrekvisitet i trojkan ställer dock högre krav på anbudsgivaren i sin bedömning i förhållande till svensk rätt eftersom det krävs att tillägget eller avvikelsen skall vara väsentlig för att accepten skall anses oren. Däremot gör listan som uppställs i artikel 19.3 CISG att i princip allt kan räknas som väsentligt vilket urvattnar denna bestämmelse enligt min mening. UniP och PECL som däremot inte har tagit med listan i sina artiklar behåller därmed en tuffare linje som är att föredra i dessa fall, iallafall när det gäller ett avtal mellan kommersiella parter. I slutändan bör det ändå vara upp till domare eller skiljemän att avgöra vad som bör anses vara väsentligt i det enskilda fallet.

5.3.2 Regler om bekräftelser

Efter ett avtals tillkomst sänder många gånger ena parten en bekräftelse på att avtal ingåtts och dess innehåll. Vad som händer om en sådan bekräftelse innehåller ändringar eller tillägg från vad parterna tidigare kommit överens om reglerar inte AvtL.

I NJA 2006 s. 638 får det anses ha klargjorts att 21§ lagen (1991:351) om handelsagentur sträckts ut till en allmän rättsgrundsats som kan bli tillämplig på dessa fall. Har en näringsidkare förhandlat med en motpart och näringsidkaren därefter mottar en bekräftelse av ett påstått avtal får näringsidkaren bevisbördan för att avtal inte träffats om denne inte reklamerar utan oskäligt uppehåll mot bekräftelsen. Enligt bevisbörderegeln i 21§ HagL får en bekräftelse således endast presumtionsverkan, detta innebär att mottagaren av bekräftelsen inte blir bunden av denna om han kan visa att bekräftelsen inte stämmer överens med vad som tidigare avtalats. Som huvudregel gäller annars att den som påstår att ett avtal träffats har bevisbördan för detta, bevisbördan kastas således om enligt 21 § HagL. Håstad tillade för egen del i NJA 2006 s. 638 att bestämmelsen i 21§ HagL

[101] Håstads uttalande i NJA 2006 s. 638.

kan ge uttryck för en allmän rättsgrundsats, om man ger bekräftelsemottagaren rätt att styrka att bekräftelsens innehåll varit felaktigt. På så vis kan 21§ HagL vara ett hjälpmedel för att skapa klarhet, samtidigt som det finns en spärr mot missbruk. Håstad påpekar dock att principen får begränsas till kommersiella förhållanden då en privatperson inte utan vidare kan påläggas bevisbördan för att en bekräftelse är felaktig.[102]

Även Adlercreutz framhåller att passivitet kan få en svagare innebörd om avtalet inte gäller ett kommersiellt avtalsförhållande och då kan bekräftelsen endast ses som bevisfaktum om avtalsinnehållet. Adlercreutz hävdar vidare att om bekräftelsemottagaren skulle reklamera inträder ingen rättsverkan, utan bekräftelsen blir bara ett bevis på hur den bekräftande själv uppfattat avtalet.[103]

Frågan huruvida det även går att tillämpa 6§ 2st analogt i dessa fall har diskuterats i doktrinen. Håstad anser att en analogi ligger nära till hands i de fall då den bekräftande tror att han ännu inte är bunden av villkoren för avtalet och mottagaren inser detta. Även i de fall då bekräftaren inser att det föreligger en avvikelse i bekräftelsen, men har särskilt fog för att tro att dessa avvikelser godtas av mottagaren om denna inte reklamerar mot dem, kan 6§ 2st AvtL tillämpas analogt enligt Håstad. I dessa fall får bekräftelsen följaktligen avtalsverkan, det vill säga att innehållet i bekräftelsen blir avtalsinnehåll. I övriga fall bör bekräftelsen endast få bevisverkan. Skulle mottagaren av en oren bekräftelse protestera mot denna kan inte rättsverkan av protesten bli annan än att den neutraliserar bekräftelsen, vilket innebär att den inte ens får bevisverkan enligt Håstad. Håstad har vidare föreslagit att AvtL bör innehålla en regel om att en näringsidkare, som underlåter att reklamera mot en bekräftelse, har bevisbördan för att bekräftelsen på ett oriktigt sätt återger vad som tidigare avtalats, vilket är det som gäller enligt 21§ HagL. Såvida inte den som skickat bekräftelsen på grund av särskilda omständigheter har haft fog för att komplettera avtalet. I det senare fallet bör mottagaren av bekräftelsen bli bunden av denna, om han inte protesterar inom skälig tid och senast vid fullgörelsen enligt Håstads förslag.[104]

Adlercreutz anser att 6§ 2st AvtL knappast kan utsträckas till att även gälla bekräftelser.[105] Om det istället finns en begäran, tillsammans med accepten, till anbudsgivaren om en bekräftelse av att avtal har slutits med visst innehåll, anses inte bekräftelsen normalt sett vara oren, menar Adlercreutz och hänvisar till praxis[106] samt ett lagförslag som aldrig togs in i lagen.[107]

Inte heller CISG reglerar denna fråga men i artikel 2.1.12 UniP och 2:210 PECL finns dock en regel om vad som händer om en avtalspart, efter avtalets ingående, sänder en skriftlig bekräftelse av avtalet inom en rimlig

[102] Håstads uttalande i NJA 2006 s. 638.
[103] Adlercreutz, Axel – Avtalsrätt II, s. 78-81.
[104] Håstad, Torgny – Reform av de nordiska avtalslagarna?, NJM 1990, s. 268-270.
[105] Adlercreutz, Axel – Avtalsrätt II, s. 78.
[106] Se NJA 1921 s. 357.
[107] Adlercreutz, Axel – Avtalsrätt I, s. 66.

tid, vilken innehåller ändringar eller tillägg till de villkor man tidigare kommit överens om. Dessa villkor blir avtalsinnehåll om de inte ändrar avtalet väsentligt eller mottagaren utan dröjsmål invänder mot ändringen enligt artiklarna. Underlåter mottagaren att höra av sig ses det som ett samtycke till avtalet. Enligt kommentarerna till artiklarna gäller de inte i de fall då en part skickar en bekräftelse av avtalet för att motparten skall signera och skicka tillbaka bekräftelsen. I dessa fall blir det irrelevant om bekräftelsen innehåller ändringar då motparten ändå måste signera den och därmed godkänner dess innehåll för att det skall föreligga ett avtal. Dock kan benämningen ”skriftlig bekräftelse” tolkas i en bred betydelse och till exempel bli tillämplig då en part använder en faktura eller något liknande dokument relaterat till prestationen, till att specificera avtalsvillkoren antingen muntligt eller med informell skriftväxling, såvida det är branschpraxis i det affärsområdet eller landet det gäller enligt kommentarerna. Artikel 2:210 PECL är endast tillämplig då avtalet sker mellan två näringsidkare till skillnad från resten av PECL som även är tillämpningsbar på konsumentavtal och avtal mellan privatpersoner.[108]

Svensk praxis och UniP samt PECL skiljer sig således åt på det sättet att en bekräftelse får avtalsverkan enligt UniP och PECL medan den endast ges presumtionsverkan i svensk praxis. UniP och PECL:s regler slår således hårdare mot mottagaren av bekräftelsen eftersom denne måste reagera genom att reklamera mot bekräftelsen utan dröjsmål för att inte bli bunden av denna. Detta gäller såvida inte ändringarna i denna är väsentliga, vilket är en annan skillnad mellan den svenska rätten och UniP och PECL.

I principsamlingarna finns således ett väsentlighetsrekvisit som inte finns i 21§ HagL. Detta resulterar istället i att 21§ HagL slår hårdare mot en mottagare av en bekräftelse eftersom även väsentliga ändringar får presumtionsverkan enligt denna lagregel. Sålunda ställs höga krav på näringsidkare både enligt svensk praxis och de internationella instrumenten men dock på olika sätt.

Min uppfattning är att det krävs att man ställer höga krav på näringsidkare, det ligger i näringslivets intresse att avtal kommer till stånd och att avtalsparter inte kan komma ur en avtalssituation alltför lättvindigt. De internationella principerna och den svenska praxisen på området har båda sina olika sätt att ställa höga krav på kommersiella avtalsparter och enligt min mening väger inget av sätten tyngre än det andra. Det som istället återigen väger över till trojkans fördel är harmoniseringsargumentet, det finns så klara fördelar med en harmonisering på området att jag anser att trojkan bör uppvisa klara svagheter för att detta inte ska vara att föredra.

[108] UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, s. 52-54. Lando, Ole och Beale, Hugh – Principles of European Contract Law, s. 185-186.

5.4 Regler om kolliderande standardavtal

AvtL bygger på det sätt man ingick avtal på i början på förra seklet, då parterna förhandlade fram det individuella avtalet genom att sända skriftliga meddelanden till varandra eller avtalade muntligt. Standardavtalens ökade omfattning och betydelse utgör ett av de viktigaste elementen i avtalsrättens utveckling sedan AvtL:s tillkomst. Det har dock inte tillkommit någon lagstiftning rörande standardavtal i kommersiella förhållanden om man bortser från lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare, som dock endast kan ge marknadsrättslig verkan.

För att ett standardavtal skall bli en del av det individuella avtalet krävs att det inkorporeras på något sätt. Enligt Ramberg och Ramberg finns det fyra tillvägagångssätt för hur inkorporering kan ske. Standardavtalet kan ingå i, eller bifogas till avtalet eller kan det hänvisas till genom en referensklausul. Har standardavtalet använts innan mellan parterna kan det även anses inkorporerats i det nya avtalet och detsamma gäller ett så kallat *agreed document* eller ett annat standardavtal som anses tillhöra branschpraxis.[109] Huvudregeln är, enligt Bernitz, att standardavtalet måste presenteras för motparten muntligen eller skriftligen före avtalsslutet för att det skall bli en del av det individuella avtalet. Det ställs dock särskilda krav för att tyngande och oväntade klausuler skall bli del av det individuella avtalet. Som huvudregel blir en särskilt tyngande och överraskande klausul endast en del av avtalet om denna kommit till motpartens kännedom eller motparten på annat sätt känt till eller bort känna till standardklausulen.[110]

Ett särskilt problem i standardavtalsrätten uppkommer när båda parter hänvisar till var sitt standardavtal, situationen brukar internationellt benämnas *battle of forms*. Det saknas idag ett rättsavgörande i svensk praxis som klargör hur en sådan situation skall lösas.[111] Däremot finns det ett antal möjligheter till lösningar som diskuterats i doktrinen. Den första är att låta det standardavtal som först hänvisades till gälla, om motparten inte reklamerat mot det. Denna lösning brukar kallas *first shot*. En annan lösning är att man istället låter det standardavtal som hänvisades till sist gälla såvida detta inte mötts av reklamation enligt modellen *last shot.* Om en part accepterar motpartens avtalsprestation utan att reklamera mot den presterande partens standardavtal kan även han anses ha accepterat detta genom konkludent handlande eller realhandlande enligt vad som brukar kallas *the performance rule*. En ytterligare lösning är att låta de standardvillkor som är oförenliga slå ut varandra och låta resten stå kvar. Därefter kan en domstols fria tolkning få styra utgången för de villkor som blivit oreglerade, alternativt att parterna själva fyller ut avtalet med bl.a. dispositiva lagregler. Denna lösning benämns ibland som *knock-outmodellen.* Slutligen kan man se det standardavtal som hänvisades till sist som en oren accept enligt lagregeln 6§ AvtL, vilken rent formellt är

[109] Ramberg, Jan och Ramberg, Christina – Allmän avtalsrätt, s. 142.
[110] Bernitz, Ulf – Standardavtalsrätt, s. 32, 36-37.
[111] Adlercreutz, Axel – Avtalsrätt II, s. 74, Bernitz, Ulf – Standardavtalsrätt, s. 41.

tillämplig på situationen. Men 6§ AvtL är inte praktiskt tillämpbar då användningen av 6§ 1st AvtL resulterar i att avtal aldrig har ingåtts mellan parterna, vilket oftast inte är en önskvärd rättsverkan i dessa sammanhang. Särskilt inte då parterna i de flesta fall redan börjat prestera enligt avtalet när de kolliderande standardavtalen leder till tvist. Inte heller tillämpningen av 6§ 2st AvtL är praktisk eftersom dess subjektiva rekvisit är svåra att bevisa som redovisats ovan.[112]

Hellner anser inte att 6§ AvtL passar för att avgöra standardavtals tillämplighet och påpekar att grunden till svårigheterna beror på att ”6§ AvtL utgår från ett ohållbart tankesätt” som inte ens passar för individuella avtal. Det han främst kritiserar hos 6§ AvtL är kombinationen av två subjektiva rekvisit i lagrummet.[113] Hellner påpekar också att det inte alltid är praktiskt möjligt att jämka alla standardklausuler och tar skiljeklausuler som exempel. Om de båda avtalen hänvisar till olika platser för skiljenämnden är det svårt att jämka detta till en tredje plats enligt honom.[114] Bernitz förespråkar modellen för last shot och grundar detta på att denna bäst stämmer överens med den svenska avtalsrättens uppbyggnad och att de har ett värde av att vara klar och förutsebar.[115]

Ramberg och Ramberg tar inte ställning till vilken av lösningarna de anser fungera bäst utan gör ett antagande om att en domstol skulle se till alla de relevanta omständigheterna i det enskilda fallet vid en tvist rörande kolliderande standardavtal. De menar att man först får försöka avgöra huruvida någon av parterna lagt mer vikt vid att sitt standardavtal skulle gälla, eller om parterna endast hänvisat till sina standardavtal rutinmässigt. Nästa fråga blir då om någon av parterna insett eller bort inse att motparten lade vikt vid att sitt standardavtal blev avtalsinnehåll. Får man inte ledning genom detta får man istället se om något av avtalen generellt tillämpas i branschen och då lättare kan accepteras än ett som är upprättat av en enskild part anser Ramberg och Ramberg.[116] Göransson tar inte heller direkt ställning i frågan vilken som är den bästa lösningen på problemet med kolliderande standardavtal men lutar dock mest åt lösningarna first shot och lösningen att man tolkar och fyller ut avtalet. Enligt Göransson ska man vid tolkning och utfyllnad i första hand välja den lösning som ligger närmast dispositiv rätt.[117]

Även i ett internationellt perspektiv föreligger en splittring av hur man ska lösa problemet med kolliderande standardavtal. I kommentarerna till CISG råder samma diskussion som i Sverige rörande de olika lösningsmodellerna där artikel 19 CISG står i centrum på samma sätt som 6§ AvtL gör i

[112] Se bl.a. Bernitz, Ulf – Standardavtalsrätt, s. 41, Hellner, Jan – Kommersiell avtalsrätt, s. 50-51, Adlercreutz, Axel – Avtalsrätt II, s. 74-75, Ramberg, Jan och Ramberg, Christina – Allmän avtalsrätt, s. 144-145,
[113] Hellner, Jan – Standardavtal vid avtalsslutande, FTFJ 1979, s. 294, 300.
[114] Hellner, Jan – Kommersiell avtalsrätt, s. 50-51.
[115] Bernitz, Ulf – Standardavtalsrätt, s. 41, Bernitz, Ulf – Recension av Ulf Göranssons Kolliderande standardavtal, JT 1989/90, s. 363.
[116] Ramberg, Jan och Ramberg, Christina – Allmän avtalsrätt, s. 144.
[117] Göransson, Ulf – Kolliderande standardavtal, s. 170-171.

Sverige, då det är det enda lagrum man på något sätt kan lirka in en lösning under. Således kan man inte heller enligt CISG erhålla en klar lösning av problemet,[118] praxis visar emellertid att knock-outmodellen kan vara att föredra i vissa situationer.[119]

UniP och PECL förordar dock en och samma lösning. Artiklarna 2.1.19 - 2.1.22 UniP och 2:104 och 2:209 PECL reglerar frågor som rör avtal i vilka båda eller ena parten använder standardvillkor. Artikel 2.1.19 UniP fastslår att när standardvillkor används så gäller även de generella reglerna om avtalsslut med reservation för artiklarna 2.1.20 - 2.1.22 UniP. I 2.1.19 (2) UniP och 2:209 (3) definieras standardvillkor till att vara villkor som är utformade på förhand för att användas vid upprepade tillfällen av den ena parten och som används utan föregående förhandlingar med motparten.[120]

Artikel 2.1.20 UniP fastslår att ett villkor som är av sådan karaktär att motparten inte rimligtvis kunde förvänta sig det, endast är giltigt om motparten uttryckligen accepterat villkoret. För att avgöra huruvida ett villkor skall anses oväntat skall hänsyn tas till innehållet, språket och sättet det presenteras på enligt andra punkten i artikeln.[121] Av artikel 2:104 PECL framgår att villkor som inte har blivit individuellt förhandlade, till exempel standardavtal, bara kan åberopas mot en part som inte visste om dem, ifall den som åberopar dem har vidtagit rimliga åtgärder för att informera motparten innan eller i samband med avtalsslutet. Villkor som endast hänvisas till i ett avtalsdokument är inte tillräckligt för att en part skall anses ha blivit informerad. Däremot kan det räcka med en hänvisning om parterna tidigare diskuterat villkoren eller använt dem i tidigare affärsförhållanden.[122] Artikel 2.1.21 UniP konstaterar vidare att om en konflikt skulle uppstå mellan standardvillkor och särskilda villkor vinner de senare, vilket ju också är regel enligt svensk rätt (lex specialis). [123] Detta är logiskt eftersom dessa på ett bättre sätt kan antas överensstämma med parternas avsikter.

Artikel 2.1.22 UniP och artikel 2:209 PECL behandlar problemet med kolliderande standardavtal. Enligt dessa artiklar föreligger ett bindande avtal mellan två parter som hänvisat till var sitt standardavtal trots den ”orena accepten”. De gemensamt överenskomna villkoren och de standardvillkor som överensstämmer bildar således avtalsinnehåll, såvida inte en av parterna tydligt visar genom att, i förväg eller senare och utan dröjsmål, informera motparten om att han inte avser att bli bunden av ett sådant avtal. UniP och PECL tillämpar följaktligen *knock-outmodellen.*[124]

---

[118] Se bl.a. Ramberg, Jan och Herre, Johnny – Internationella köplagen (CISG) -en kommentar, s. 163-165 och Lookofsky, Joseph – Understanding the CISG in Scandinavia, s. 63-66.
[119] Se 02.12.1997 Cour de Cassation och 16.07.1998 Cour de Cassation (www.unilex.info)
[120] UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, s. 65-67.
[121] UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, s. 67-68.
[122] Lando, Ole och Beale, Hugh – Principles of European Contract Law, s. 149-150.
[123] UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, s. 70.
[124] UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, s. 71, Lando, Ole och Beale, Hugh – Principles of European Contract Law Parts I-II, s 180-181.

I kommentaren till artikel 2.1.22 UniP motiveras valet av lösningsmodell med att om de föregående, generella reglerna för avtalsslut skulle tillämpas i en sådan här situation skulle det föreligga en oren accept och således skulle inget avtal ha kommit till stånd eller, om parterna börjat prestera, att avtalet ingåtts genom konkludent handlande. I det senare fallet skulle då antagligen de standardvillkor som skickades eller hänvisades till sist gälla enligt modellen för *last shot*. Denna modell kan, enligt kommentaren till artikel 2.1.22 UniP, vara lämplig om parterna varit väldigt måna om att just deras standardavtal skall vara avtalsinnehåll, men i praktiken är det oftast inte så, utan standardavtalen skickas med mer eller mindre automatiskt. Det finns då ingen anledning till att låta parterna senare ifrågasätta huruvida det föreligger ett avtal eller inte och på så sätt anses knock-outmodellen vara att föredra enligt kommentaren.[125]

Syftet med artikeln är, enligt kommentarerna till artikel 2:209 PECL, att försöka upprätthålla avtal så långt det är möjligt samt föreskriva en lämplig lösning på problemet kolliderande standardavtal. Det påpekas också i kommentaren till PECL att det föreligger kolliderande standardavtal även då endast ena partens standardavtal tar upp ett villkor som motparten lämnat oreglerat och det framgår att motparten lämnat detta att lösas genom allmänna rättsprinciper. Det blir således en kollision mellan ena partens standardavtal och allmänna rättsprinciper, en situation som artikel 2:209 PECL följaktligen även är tillämpbar på enligt kommentaren till artikeln.[126]

Frågan är dock vad som gäller på de punkter där standardavtalen slagit ut varandra. Detta besvaras, i kommentaren till PECL, med att domstolen alternativt skiljenämnden kan fylla ut dessa luckor i avtalet med PECL, branschpraxis eller partspraxis. Skulle inte någon av dessa källor ge svar får domstolen alternativt skiljenämnden ta hänsyn till avtalets karaktär och syfte för att hitta en skälig lösning för parterna.[127]

Eftersom standardavtalen är ett så vanligt inslag i avtalsrätten idag är min uppfattning att det är viktigt att få en klarhet i hur vi ska hantera problematiken kring kolliderande standardavtal. Att rättspraxis är obefintlig på området betyder inte att problemet inte är stort, förmodligen slits många tvister inom detta ämnesområde i olika skiljeförfaranden. Om HD skulle ta upp frågan till prövning skulle de, om jag får gissa, se vilken av de olika i doktrinen föreslagna lösningarna som passar bäst sett till det enskilda fallet och döma därefter. Detta skulle således inte helt säkert resultera i ett klart ställningstagande från HD om vad som är gällande svensk rätt när båda parter hänvisar till varsitt standardavtal. Att låta domstolarna efter eget skön bedöma frågan från fall till fall skulle göra det svårt för parterna att förutse

[125] UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, s. 71-71.
[126] Lando, Ole och Beale, Hugh – Principles of European Contract Law Parts I-II, s 181-184.
[127] Lando, Ole och Beale, Hugh – Principles of European Contract Law Parts I-II, s 181-184.

utgången. Ett mål med att klargöra rättsläget är ju att skapa förutsebarhet för avtalsparter.

Den lösningsmodell som ligger mig närmast är den de antagit i UniP och PECL, den så kallade knock-outmodellen. Eftersom många av dem som varit med och utarbetat UniP och PECL även är erfarna skiljedomare är min gissning att det är denna lösning man stannar för många gånger i praktiken vid skiljedomsförfaranden. Genom att tillämpa knock-outmodellen, och använda parternas respektive standardavtal så långt det går, tar man även tillvara på den gemensamma partsviljan så långt det är möjligt, vilken är grunden för alla avtal. Jag medhåller dock att det kan uppstå problem när det kommer till de avtalsvillkor som därefter blir oreglerade. Vid internationella tvister blir det svårt att motivera ett val av en av parternas nationella rätt att fylla ut avtalet med. Ett fullgott alternativ, enligt min uppfattning, är då att fylla ut avtalet med CISG, UniP eller PECL beroende på vilket alternativ som bäst harmoniserar med avtalet. Skulle inte trojkan reglera frågan kan antagligen branschpraxis eller partspraxis, om sådan finns, ge ledning för domstolar alternativt skiljenämnder. Ofta uppstår tvister till följd av att parterna är oense om någon enstaka klausuls tillämplighet. Skulle trojkan komma fram till samma slutsats gällande den tvistiga klausulen kan man i dessa fall till och med sträcka sig till att detta borde ses som en internationellt allmän rättsprincip eller lex mercatoria.

5.5 Regler om ansvar vid avtalsförhandlingar

En fråga som inte är särskilt utvecklad i svensk avtalsrätt är vilket ansvar man som förhandlingspart har vid avtalsförhandlingar. Den enda lagstiftning i detta ämne finner man i lag (2007:1091) om offentlig upphandling som statuerar viss rätt till ersättning som kan utgå på grund av culpa in contrahendo vad gäller upphandlingsavtal.[128] Begreppet *culpa in contrahendo* avser, enligt Adlercreutz, klandervärt beteende i samband med avtals ingående oberoende om det slutligen leder till ett avtal eller inte.[129] Denna uppsats behandlar dock bara vad som gäller när avtalsförhandlingar inte leder till ett slutligt avtal.

Adlercreutz framhåller att förhandlingsbud inte är bindande och part som förhandlar med annan om avtal gör det på egen risk, och kan således inte räkna med att få ersättning för sina utgifter och eventuella uteblivna fördelar vid en situation där förhandlingarna inte leder till avtal,[130] om inte parterna kommit överens om något annat eller att detta framgår av partsbruk, handelsbruk eller annan sedvänja.[131] Från denna princip finns dock

[128] Se kapitel 16, 5§ lag (2007:1091) om offentlig upphandling.
[129] Adlercreutz, Axel – Avtalsrätt I, s. 110.
[130] Adlercreutz, Axel – Avtalsrätt I, s. 110-111, 114.
[131] Kleineman, Jan – Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, s. 137.

undantaget då en förhandlingspart agerar vårdslöst (culpöst) mot sin motpart. I sådant fall kan skadestånd utgå för det negativa kontraktsintresset, det vill säga ersättning som motsvarar den förlust som part lidit genom att förlita sig på att avtal skulle komma till stånd. Part skall således försättas i samma ekonomiska läge som han skulle ha befunnits i om avtalsförhandlingar aldrig inletts. I skadeståndslagen 2 kapitlet 2 § finns en spärregel enligt vilken det endast utgår ersättning för ren förmögenhetsskada vid brottsliga gärningar. Men denna hindrar dock inte att ersättning kan utgå för culpa in contrahendo enligt Kleineman.[132] Svensk rättspraxis på området är knapphändig och det finns endast ett fall från HD där ersättning har betalats ut på grund av culpa in contrahendo.[133] Men detta utesluter inte att HD varit beredd att döma ut skadestånd i andra fall.[134]

Vid långvariga avtalsförhandlingar gällande komplexa transaktioner upprättas numera ofta *avsiktsförklaringar*, även kallade *letters of intent*, och *principöverenskommelser*, kallade *principavtal, agreement in principle, memorandum of agreement* eller liknande. Dessa handlingar är i princip inte bindande enligt Adlercreutz, utan syftar till att sammanfatta vad parterna dittills har kommit fram till och att de är överens om att fortsätta sina förhandlingar. Dessa avsiktsförklaringar eller principöverenskommelser kan dock innehålla bestämmelser som är åsyftade att vara bindande utan att för den skull parterna blir bundna att ingå det slutliga avtalet. Det kan röra sig om till exempel sekretessbestämmelser mellan parterna och dessa anses i princip vara bindande.[135]

Det som vållar problem i svensk avtalsrätt är vad för rättsverkningar avsiktsförklaringar och principöverenskommelser, som i princip inte skall anses bindande, kan leda till om de inte leder till ett slutligt avtal. Adlercreutz framhåller att sådana handlingar förstärker det lojalitetskrav som avtalsförhandlingarna ger upphov till mellan parterna.[136] I detta sammanhang blir även förhandlingsparternas beteende i övrigt betydelsefullt för bedömningen eftersom det, som ovan nämnts, är tämligen ovisst vilka rättsverkningar avsiktsförklaringarna alternativt principöverenskommelserna medför. Ett culpöst beteende där en förhandlingspart uppträder som att ett avtal kommit till stånd så att motparten börjar prestera sin del, eller på annat sätt utnyttjar motparten i anslutning till det tilltänkta avtalet, kan tillsammans med en avsiktsförklaring alternativt principöverenskommelse leda till rättsverkningar som skadestånd enligt Adlercreutz. Han menar vidare att svensk avtalsrätt vilar på principen, att en part inte får spekulera huruvida motparten räknar med att ett avtal ingåtts, för att sedan förklara att

[132] Kleineman, Jan – Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, s. 131.
[133] Se NJA 1963 s. 105.
[134] Se bl.a. NJA 1990 s. 745 och 1978 s. 147 där ersättning yrkades pga. culpa in contrahendo, men där yrkanden i båda fallen avslogs.
[135] Adlercreutz, Axel – Avtalsrätt I, s. 113-115.
[136] Adlercreutz, Axel – Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal, s. 496.

det inte finns något avtal om detta skulle vara en fördel för den förstnämnda parten.[137]

Sammanfattningsvis kan man således konstatera att en bruten avsiktsförklaring alternativt principöverenskommelse tillsammans med ett styrkt culpöst beteende hos den part som bryter förhandlingarna kan leda till att denna part blir ersättningsskyldig till det negativa kontraktsintresset. Dock är förhållandet att en avsiktsförklaring är inblandad endast en situation av många där ansvar kan åläggas för culpa in contrahendo. Det går således inte att dra några konkreta slutsatser om vilka situationer som utlöser ansvar för culpa in contrahendo utan det krävs en analys av omständigheterna i det enskilda fallet.

Adlercreutz är skeptisk till de restriktiva culpabedömningar som HD gjort i praxis och föreslår istället att domstolarna borde tillämpa en riskfördelningsprincip som skulle utreda vilken av parterna som är närmast att stå risken för att en åtgärd blir onyttig genom att avtalet inte fullföljs.[138] Kleineman framhåller i denna fråga att utgångspunkten i culpabedömningen bör vara den affärsetiska normen.[139]

Artiklarna 2.1.15 UniP och 2:301 PECL behandlar försumlighet vid avtalsförhandlingar. I dessa slås det fast att man är fri att förhandla när man vill, med vem man vill och framförallt hur länge man vill. En part är således inte ansvarig för att nå en överenskommelse bara för att man börjat förhandla. Dock innehåller artiklarna en regel som säger att en part som handlar illojalt under förhandlingarna eller avbryter dem på ett illojalt sätt är skyldig att ersätta motpartens eventuella förluster som uppstått på grund av detta. Artiklarna fastslår att det är särskilt illojalt att börja eller fortsätta förhandlingar om man är medveten om att man inte har för avsikt att sluta ett avtal med motparten, alltså uppsåtlig illojalitet (*dolus in contrahendo*). I kommentaren till artikel 2.1.15 UniP[140] framhålls att ersättningen i allmänhet endast ska utgå för det negativa kontraktsintresset, och att ersättning enligt det positiva kontraktsintresset endast blir aktuellt om parterna uttryckligen kommit överens om att vara lojala mot varandra under förhandlingarna. I kommentaren till 2:301 PECL nämns rätt till ersättning för utfört arbete, kostnader part ådragit sig samt förluster på grund av transaktioner gjorda i förlitan på det förväntade avtalet. I vissa fall sägs även ersättning för förluster på grund av ett missat tillfälle ge rätt till ersättning.

---

[137] Adlercreutz, Axel – Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal, s. 499.
[138] Adlercreutz, Axel – Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal, s. 512.
[139] Kleineman, Jan – Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, s. 140.
[140] Högsta domstolen i Litauen har vid två tillfällen under 2005 och 2006 dömt ut ersättning enligt UniP i form av det negativa kontraktsintresset samt värdet av förlorade vinstmöjligheter för culpa in contrahendo. Domarna har grundats på artikel 2.1.15 UniP och dess kommentarer, samt litauisk lag. Se Supreme court of Lithuania, 06.11.2006 nr. 3K-P-382/2006 och 19.01.2005 nr. 3K-3-38 (www.unilex.info).

Däremot utesluts ersättning av hela det positiva kontraktsintresset enligt kommentaren.[141]

I kommentarerna till artiklarna 2:102 och 2:103 PECL behandlas avsiktsförklaringar och där fastslås att letters of intent eller letters of comfort inte bör uppfattas såsom juridiskt bindande utan endast moraliskt bindande, beroende på omständigheterna och vilka ord som använts i det enskilda fallet. Enligt kommentaren bör det uttryckligen framgå att parterna avser att det skall anses vara juridiskt bindande för att vara det.[142] Kommentaren till artikel 2.1.13 UniP uttrycker det tvärtom gällande avsiktsförklaringar, nämligen att en part som inte vill bli bunden av dessa måste klargöra detta. Gör här båda eller ena parten klart att denne inte anser att avtal är ingått förrän de nått vissa överenskommelser skall alltså inget avtal anses ingått enligt denna artikel även om man kommit överens om alla de relevanta aspekterna av affären.[143]

Sekretessplikt behandlas i artikel 2.1.16 UniP och artikel 2:302 PECL. Huvudregeln är att man är fri att använda information man får när man förhandlar. Artiklarna fastslår dock att om en part får information från sin motpart, som vill hålla denna information sekretessbelagd, är denna part skyldig att inte avslöja eller använda informationen till sin egen fördel på ett olämpligt sätt. Detta gäller oavsett om avtalet blir av senare eller inte. Skulle en part överträda denna sekretessplikt kan denna part bli ersättningsskyldig inte bara om motparten lider skada av överträdelsen utan även om den kontraktsbrytande parten har åtnjutit vissa fördelar genom att avslöja information för en tredje part eller genom att använda den för egna syften. Den part som blivit förorättad kan också, om informationen ännu inte blivit avslöjad eller har blivit det partiellt, söka ett föreläggande i enlighet med gällande lag.[144]

Eftersom rättspraxis visar att culpa in contrahendo är en så pass klar princip i svensk rätt att HD varit beredda att döma med den som grund vid några tillfällen, anser jag att man bör klarlägga detta ytterligare genom lagstiftning. Av en sådan reglering bör det framgå att ett vårdslöst beteende vid långtgående avtalsförhandlingar kan ge motparten rätt till ersättning. Jag kan däremot se en svårighet i hur man skulle formulera en lagstiftning som reglerade avsiktsförklaringar och principöverenskommelser eftersom det är innehållet och inte rubrikerna till dessa ”avtal” som blir avgörande för huruvida de skall anses bindande eller inte. Inte ens UniP och PECL är eniga i denna fråga och därför lämnar jag mitt förtroende till rättspraxis när det gäller att bedöma dessa avsiktsförklaringar och principöverenskommelser från fall till fall.

---

[141] UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, s. 59-61 och Lando, Ole och Beale, Hugh – Principles of European Contract Law, s. 189-191.
[142] Lando, Ole och Beale, Hugh – Principles of European Contract Law, s.143-147.
[143] UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, s. 55-56.
[144] UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, s. 61-63 och Lando, Ole och Beale, Hugh – Principles of European Contract Law, s. 193-194.

6 Slutsatser

Den komparativa studien visar att CISG, UniP och PECL i de flesta fall löser de avtalsrättsliga frågorna jag tagit upp på tämligen samma sätt. När trojkan har samma reglering i en fråga torde man kunna dra slutsatsen att denna reglering kan anses representera en internationell allmän rättsprincip eller lex mercatoria. Som framgår av den tidigare framställningen, är jag positivt inställd till samtliga tre internationella instrument i trojkan. Min åsikt är att Sverige bör inkorporera även CISG del II i svensk rätt. Köplagen (1990:931) är ett exempel på hur Sverige har anpassat sin lagstiftning efter just CISG. Konkurrenslagen (1993:20) är en annan lag som reviderats och harmoniserats med EG-rätt med lyckat resultat. Jag anser således att även avtalsrätten bör anpassas till internationell rätt med CISG del II, UniP samt PECL som förebilder. I min komparativa studie har jag inte funnit några klara fördelar med AvtL, som den ser ut idag, som gör att den skulle vara att föredra framför vad en harmonisering på den kommersiella avtalsrättens område skulle innebära.

Trojkan gör skillnad på att dra tillbaka ett skriftligt anbud, enligt artiklarna 15 CISG, 2.1.3 UniP samt 1:303 PECL, och att återkalla ett skriftligt anbud, enligt artiklarna 16 CISG, 2.1.4 UniP samt 2:202 PECL. Denna åtskillnad finns inte i svensk rätt.

Enligt trojkan gäller att anbud respektive svar får verkan när det *kommer fram* till mottagaren. I svensk avtalsrätt finns ingen motsvarighet till när ett anbud får verkan. Enligt svensk rätt torde en anbudstagare ha rätt att anta ett anbud från det att han *tar del* av det i enlighet med 7§ AvtL. Trojkans lösning gör det enligt min uppfattning enklare att fastställa när anbudet respektive svaret får verkan då det är enklare att ta reda på när meddelandet kommit fram till mottagaren än att slå fast när denne faktiskt såg det och tog del av det. Har en anbudstagare hunnit få ett meddelande om att anbudsgivaren vill dra tillbaka sitt anbud, innan dess att anbudstagaren tagit del av anbudet, kan det bli svårt att bevisa i vilken ordning anbudstagaren faktiskt tog del av meddelandena. Vad som menas med ”kommit fram” definieras även i trojkan, vilket gör det än enklare att bestämma den avgörande tidpunkten. Jag anser vidare att trojkans regler är lättare att överföra till modern praxis eftersom avtal nuförtiden ofta sluts genom tekniska kommunikationsmedel. Om ett avtal ingås genom e-post är det till exempel enklare att fastställa när ett anbud kommer fram till en anbudstagares server än att fastställa när denne verkligen tog del av det och läste sin e-post.

Den största skillnaden mellan trojkan och svensk rätt när det kommer till reglerna om anbud är dock de mellan artiklarna 16 CISG, 2.1.4 UniP samt 2:202 PECL och 7§ AvtL. Skillnaden ligger i att 7§ tillåter återkallelse fram tills dess att mottagaren ”tager del av” anbudet, det vill säga att det kommit till hans kännedom. Medan man enligt trojkan kan återkalla ett anbud ända

fram till dess att anbudsmottagaren avsänder en accept. Den största skillnaden mellan reglerna i 1 kap AvtL och dem i trojkan är följaktligen att trojkan inte tillämpar den så kallade löftesprincipen. Detta är även det tyngst vägande skälet till att Sverige och de övriga länderna i Norden inte tillträtt CISG del II.[145] Bland de fördelar som finns med 7§ AvtL är att anbudstagaren kan förlita sig på anbudet medan denne överväger det, men man ska dock komma ihåg 39§ AvtL här som i undantagsfall kan ge rätt för anbudsgivaren att återkalla sitt anbud så länge anbudstagaren inte beslutat hur denne skall handla med anledning av anbudet. Men detta gäller som sagt i undantagsfall och grundstenen i AvtL är att man skall kunna förlita sig på anbudet. En nackdel med denna princip är dock att ett så kallat haltande rättsförhållande uppstår, det vill säga att anbudsgivaren blir bunden till sitt anbud medan anbudstagaren förblir obunden tills denne ger en accept eller avböjer anbudet. Under denna tiden står det alltså anbudstagaren fritt att spekulera i anbudet vilket kan leda till oanade konsekvenser för anbudsgivaren om anbudet rör en priskänslig marknad till exempel.

Vidare ansluter jag mig till kritikerna av de dubbla insiktsrekvisiten i AvtL. Jag hade föredragit en mer objektiv bedömningsgrund och min uppfattning är att trojkan har valt ett bra alternativ. Genom att tillämpa trojkans artiklar är det lättare att göra en bedömning av om och när ett avtal har ingåtts. Det är alltid svårt att bevisa vad någon annan människa måste ha förstått och utgången blir därför svår att förutse vid bedömningar av subjektiva rekvisit. Väsentlighetsrekvisitet som stadgas i trojkan ställer högre krav på anbudsgivaren i sin bedömning i förhållande till svensk rätt eftersom det krävs att tillägget eller avvikelsen skall vara väsentlig för att accepten skall anses oren. Däremot gör listan som uppställs i artikel 19.3 CISG att i princip allt kan räknas som väsentligt, vilket urvattnar denna bestämmelse enligt min mening. UniP och PECL som däremot inte har tagit med listan i sina artiklar behåller därmed en tuffare linje som är att föredra i dessa fall, iallafall när det gäller ett avtal mellan kommersiella parter. I slutändan bör det ändå vara upp till domare eller skiljemän att avgöra vad som bör anses vara väsentligt i det enskilda fallet.

Svensk praxis och UniP samt PECL skiljer sig åt på det sättet att en bekräftelse får avtalsverkan enligt UniP och PECL medan den endast ges presumtionsverkan i svensk praxis. UniP och PECL:s regler slår således hårdare mot mottagaren av bekräftelsen eftersom denne måste reagera genom att reklamera mot bekräftelsen utan dröjsmål för att inte bli bunden av denna. Detta gäller såvida inte ändringarna i denna är väsentliga, vilket är en annan skillnad mellan den svenska rätten och UniP och PECL eftersom ett motsvarande väsentlighetsrekvisit inte finns i 21§ HagL. Detta resulterar istället i att 21§ HagL slår hårdare mot en mottagare av en bekräftelse eftersom även väsentliga ändringar får presumtionsverkan enligt denna lagregel. Sålunda ställs höga krav på näringsidkare både enligt svensk praxis och de internationella instrumenten men dock på olika sätt. En nackdel med 21§ HagL är att det kan bli svårt för en näringsidkare att bevisa vad som

[145] Ramberg, Jan och Herre, Johnny – Internationella köplagen (CISG) -en kommentar, s. 139-140.

förhandlats fram tidigare och att det då istället kan vara en fördel att kunna bekräfta att en ändring var väsentlig rent objektivt enligt UniP och PECL. Således ställer både UniP och PECL höga krav på näringsidkare för att de inte skall bli bundna av en bekräftelse och min mening är att inget av sätten väger tyngre än det andra. Det som istället återigen väger över till trojkans fördel är harmoniseringsargumentet, det finns så klara fördelar med en harmonisering på området att jag anser att trojkan bör uppvisa klara svagheter för att detta inte ska vara att föredra.

Jag anser vidare att det är viktigt att få en klarhet i hur vi ska hantera problematiken kring kolliderande standardavtal. Den lösningsmodell jag själv föredrar är knock-outmodellen. Genom att tillämpa denna och använda parternas respektive standardavtal så långt det är möjligt tar man även tillvara på den gemensamma partsviljan så långt det går, vilken skall ligga till grund för alla avtal. De avtalsvillkor som därefter förblir oreglerade kan då med fördel fyllas ut med CISG, UniP eller PECL alternativt branschpraxis eller partspraxis, om sådan finns, beroende på vad som bäst harmoniserar med resten av avtalet.

Även det skadeståndsansvar som kan uppkomma vid långtgående avtalsförhandlingar bör lagregleras enligt mig. Av en sådan lagstiftning bör det framgå att en viss rätt till ersättning kan inträda vid ett culpöst beteende hos ena parten när avtalsförhandlingarna nått ett visst stadie. Däremot ser jag vissa svårigheter med att lagreglera avsiktsförklaringar och principöverenskommelser på grund av att det är innehållet och inte rubrikerna till dessa ”avtal” som blir avgörande för huruvida de skall anses bindande eller inte.

Det är svårt att bedöma hur mycket CISG del II, UniP och PECL används i Sverige i praktiken eftersom tvister rörande internationella kommersiella avtal oftast slits inom opublicerade skiljeförfaranden. Det finns dock ett par fall som visar att HD börjat beakta samtliga tre instrument i sina bedömningar. Det torde även vara så att en svensk domare får lägga dem till grund för ett avgörande trots att de inte åberopats av någon part i målet. Slutligen är min uppfattning att både CISG, UniP och PECL behövs i nuläget. Jag har svårt att föredra någon av dem framför en annan, utan jag anser att de kompletterar varandra på ett bra sätt. Jag hoppas och tror att den internationella avtalsrätten går en spännande tid tillmötes där mycket kan hända. En gemensam europeisk avtalslag ligger under bearbetning och även om det antagligen dröjer länge innan en sådan blir aktuell tror jag att det kommer hända mycket innan dess. En av mina förhoppningar är att trojkan vinner mer erkännande i rättstillämpningen, eftersom de är neutrala alternativ till nationell lag i internationella avtal och på så vis lättare att argumentera för. De täcker många av de frågeställningar som inte reglerats i svensk lag eller praxis och de är tydliga och lättillgängliga.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Adlercreutz, Axel – Avtalsrätt I, 12 uppl., Studentlitteratur, Lund 2002.

Adlercreutz, Axel – Avtalsrätt II, 5 uppl., Studentlitteratur, Lund 2001.

Adlercreutz, Axel och Hatzidaki-Dahlström, Lea – Introduktion till komparativ och internationell avtalsrätt, 2 uppl., Studentlitteratur, Lund 2003.

Bernitz, Ulf – Standardavtalsrätt, 6 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2001.

Gorton, Lars och Hatzidaki-Dahlström, Lea – Nationell rätt och internationella köpavtal, 7 uppl., Studentlitteratur, Danmark 2006.

Gorton, Lars – Rättsliga ramar för internationella affärer -en översikt, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2005.

Grönfors, Kurt – Avtalsgrundande rättsfakta, 1 uppl., Nerenius & Santérus Förlag, Göteborg 1993.

Grönfors, Kurt – Avtalslagen, 2 uppl., Norstedts Gula Bibliotek, Lund 1989.

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

Hansson, Pär m.fl. – Svenskt näringsliv i en globaliserad värld -Effekter av internationaliseringen på produktivitet och sysselsättning, Institutet för tillväxtpolitiska studier, Stockholm 2007.

Hellner, Jan – Kommersiell avtalsrätt, 4 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1993.

Herre, Johnny – Utfyllnad av CISG med UNIDROIT och European Principles, Festskrift till Jan Ramberg, 1 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1996.

Håstad, Torgny – Reform av de nordiska avtalslagarna?, Det 32:e nordiska juristmötet i Reykjavik 22-24 augusti 1990.

Karlgren, Hjalmar – Passivitet -En köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie, Norstedts & Söners förlag, Stockholm 1965.

Lando, Ole och Beale, Hugh – Principles of European Contract Law, parts I and II, combined and revised, Kluwer Law International, Haag 2000.

Lando, Ole – Principles of European Contract Law, part III, Kluwer Law International, Haag 2003.

Lando, Ole – Kontraktsretten i et europaeisk og internationalt perspektiv - vejen fram, Avtalslagen 90 år -aktuell nordisk rättspraxis, 1 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2005.

Lindell-Frantz, Eva – Den legala acceptfristen, Avtalslagen 90 år -aktuell nordisk rättspraxis, 1 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2005.

Lookofsky, Joseph – Understanding the CISG in Scandinavia, 2 uppl., DJÖF Publishing, Köpenhamn 2002.

Ramberg, Christina – Kontraktstyper, 1 uppl., Norstedts Juridik, Solna 2005.

Ramberg, Jan – Den nordiska avtalsrätten och utvecklingen av en europeisk avtalsrätt, Forhandlingene ved det 35. nordiske juristmötet i Oslo 18.-20. august 1999, Det norske lokalstyret.

Ramberg, Jan och Herre, Johnny – Internationella köplagen (CISG) -en kommentar, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2004.

Ramberg, Jan och Ramberg, Christina – Allmän avtalsrätt, 7 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2007.

Svensson, Ola – Viljeförklaringen och dess innehåll, Nerenius & Santérus Förlag, Malmö 1996.

Svensson, Ola – Vänbok till Axel Adlercreutz, Juristförlaget i Lund, 2007.

Svernlöv, Carl m.fl. – Internationella avtal -i teori och praktik, Norstedts Juridik, Stockholm 2003.

Twigg-Flesner, Christian – The Europeanisation of Contract Law, Routledge, 2008.

Unidroit International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, UNIDROIT, Rom 2004.

Artiklar

Adlercreutz, Axel – Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal (om letters of intent, principöverenskommelser m.m.), Svensk Juristtidning 1987, s. 493-514.

Bernitz, Ulf – Recension av Ulf Göranssons Kolliderande standardavtal, Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet 1989/90, s. 361-364.

Bonell, Michael Joachim – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Friends or Competitors?, Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet nr.1 1996/97, s. 269-276.

Goode, Roy – A New International Lex Mercatoria?, Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet 1999/00, s. 253-268.

Hellner, Jan – Standardavtal vid avtalsslutande, Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland (JFT) 1979, s. 281-300.

Hultmark, Christina – Internationaliseringen av svensk avtalsrätt – Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet nr.3 1995/96, s. 655-669.

Jarvin, Sigvard – UNIDROIT i Rom arbetar för en enhetlig privaträtt, Advokaten nr.4 2001, s.6-7.

Kleineman, Jan – Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet, 1991/92, s. 125-140.

Lambertz, Göran – Lagstiftningsprocessen i en internationaliserad värld - problem och möjligheter, Svensk Juristtidning 2000, s. 236-249.

Lehrberg, Bert – Avtals- och kontraktsrätten i en modern juristutbildning, Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet, nr.2 1999/2000, s. 324-336.

Ramberg, Christina – Mot en gemensam europeisk civillagstiftning, Svensk juristtidning 2004, s. 459-474.

Offentligt tryck

Proposition 1915:83 Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

Proposition 1986/87:128 om internationella köp.

Proposition 1988/89:76 om ny köplag.

Elektroniska källor

ICC:s hemsida:
www.iccwbo.org

PECL:s hemsida:
www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index.html

UNCITRAL:s hemsida:
www.uncitral.org

UNIDROIT:s hemsida:
www.unidroit.org

UNILEX:
www.unilex.info

Rättsfallsförteckning

NJA 1921 s. 357

NJA 1962 s 276

NJA 1963 s. 105

NJA 1977 s. 92

NJA 1978 s. 147

NJA 1990 s. 745

NJA 2000 s. 747

NJA 2006 s. 638

02.12.1997 Cour de Cassation, nr. 1852 P

16.07.1998 Cour de Cassation, nr. 1309 P

06.11.2006 Supreme court of Lithuania, nr. 3K-P-382/2006

19.01.2005 Supreme court of Lithuania, nr. 3K-3-38