

JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Pia Nilsson

Förhandlingar och avtalsslut mellan kommersiella parter

Examensarbete
20 poäng

Ola Svensson

Avtalsrätt

VT 2007

Innehåll

SAMMANFATTNING 1

ABSTRACT 2

FÖRORD 4

FÖRKORTNINGAR 5

1 INLEDNING 7

1.1 Syfte och frågeställningar 8

1.2 Avgränsningar 8

1.3 Metod och material 9

1.4 Disposition 9

2 ALLMÄNT OM AVTALSRÄTT 10

2.1 Begreppet avtal 12

2.2 Ett avtals rättsliga funktioner 14

2.3 Grundläggande rekvisit för avtal 15

2.4 Avtalslagen 17

3 HUR INGÅS AVTAL VID FÖRHANDLINGAR MELLAN TVÅ KOMMERSIELLA PARTER? 19

3.1 Avtalslagens modell 19

3.1.1 Avtals ingående enligt avtalslagen 20
3.1.2 Några kommentarer på modellen 23

3.2 Variationer på avtalslagens modell 28

3.2.1 Avtal mellan närvarande (inter praesentes) 28
3.2.2 Avtalad särskild förhandlingsordning 34
3.2.3 Avtalad skriftform 38
3.2.4 Offert – order - orderbekräftelse 46
3.2.5 Betydelse av parts ensidiga bekräftelse 51
3.2.6 Auktion och upphandling 57

3.3 Andra modeller 58

3.3.1 Stegvis låsning av förhandlingspositioner 59
3.3.2 Direkt avtalsgrundande rättsfakta 71

4 INGÅENDE AV AVTAL I SVENSK RÄTT JÄMFÖRT MED UNIDROIT PRINCIPLES 77

4.1 Tillkomst och syfte 77

4.2 Regler om avtalsbildning (*Formation*) 78

4.2.1 Anbud och återkallelse 79
4.2.2 Acceptfrist och accept 79
4.2.3 Skriftlig bekräftelse 81
4.2.4 Villkorade avtal och avtal om viss form 81
4.2.5.Försumlighet vid avtalsförhandlingar 82

4.3 Några anmärkningar 84

5 AVSLUTANDE KOMMENTARER 85

BILAGA A 88

KÄLLFÖRTECKNING 91

Litteratur 91

Offentligt tryck 94

Internet 94

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING 95

Sammanfattning

Denna uppsats behandlar vissa typer av avtal som ingås mellan två kommersiella parter och särskilt uppmärksammas avtal som föregåtts av någon form av förhandling. Avtalslagens bestämmelser om ingående av avtal utgör en självklar utgångspunkt, men de är enligt min mening ofullständiga och i vissa fall föråldrade och därmed ej funktionella vid de nya mönster för avtalsslut som växt fram i praktiken. Främst är det två frågor som besvaras, nämligen vilka likheter och skillnader som ett urval av dessa nya avtalsmodeller uppvisar vid en jämförelse med avtalslagens regler samt när bundenhet uppkommer.

Efter ett inledande kapitel presenteras relevanta grundläggande begrepp och principer inom svensk avtalsrätt. Sedan följer en redogörelse för *avtalslagens modell* för ingående av avtal. Därefter redovisas de resultat som framkommit vid en undersökning av förarbeten, rättspraxis och doktrin. Eftersom jag anser att det är möjligt att applicera avtalslagens bestämmelser, även om det endast svårligen låter sig göras, på vissa modeller inordnas dessa som *variationer på avtalslagens modell*. Jag drar olika slutsatser om när tidpunkten för bundenhet inträffar beroende på avtalsmönster och ger min åsikt för var i avtalsprocessen som denna lämpligen bör placeras. De valda formerna är avtal inter praesentes, avtalad särskild förhandlingsordning, avtalad skriftform, bruket av det tredelade förfarandet med offert, order och orderbekräftelse, ensidiga bekräftelser samt auktion och upphandling. Jag vill särskilt lyfta fram betydelsen av en parts underlåtenhet att reklamera mot en ensidig bekräftelse eftersom rättsläget sedan en avkunnad dom av HD i december 2006 numera är klart även vad gäller kommersiella parter.

Det råder stor oenighet i doktrin huruvida stegvis låsning av förhandlingspositioner kan medföra att en part, som inte tydligt uttryckt en önskan om avtalsslut, kan bli bunden trots att inte hela avtalet ännu är färdigförhandlat. En tänkbar anledning till motståndet kan vara att det finns en möjlighet att bli kompenserad för avbrutna förhandlingar genom principen om culpa in contrahendo. Successiv bindning företer liksom direkt avtalsgrundande rättsfakta mycket stora skillnader från de avtalsslut inter absentes som avtalslagen främst är anpassad för. Av det följer att det är min uppfattning att avtalslagens regler om ingående av avtal inte är tillämpliga på dessa *alternativ till avtalslagen.*

Jag utför även en komparativ undersökning mellan svensk rätt och UNIDROIT Principles avseende hur avtal kommer till stånd. Fastän den senare är präglad av de nödgade kompromisserna mellan civil och common law, kommer jag fram till att det i praktiken föreligger en betydande överensstämmelse. Ett kapitel där jag gör avslutande reflektioner som anknyter till uppsatsens ämne avrundar så framställningen.

Abstract

This thesis deals with some issues related to the formation of a contract and especially with the situation when there has been a negotiation of some kind between two commercial parties. The provisions of the Law of Contracts ("*Avtalslagen*") of entering into an agreement is the obvious start, however I feel that those provisions are incomplete and in some cases too un-modern, and thus not possible to actually be used on all agreements today. In this essay I will mostly answer two questions: firstly, which *similarities* and *differences* exist between new models of agreement when one compare them to the provisions of the Law of Contracts and secondly, *when* a party will be bound. After an introductory chapter, I will present basic concepts and principles within Swedish contract law. This will be followed by an account of *the model of the Law of Contracts* (offer and acceptance) of entering into agreements.

Following this, I will show what results I have reached at a descriptive examination of the travaux préparatoires, the legal usages and the legal scholars. Since I believe it is possible to use the provisions of the Law of Contracts on some of the new models, even if this is only done with some difficulty, I will call these models *varieties of the model of the Law of Contracts*. My conclusion on the moment when the parties become bound by an agreement varies depending on the kind of agreement at stake, and I present my opinion on where in the process this should happen. The chosen forms for entering into agreements are: agreements inter praesentes, agreements dependent on a chosen particular form, agreements dependent on written form, the three-pieced usage of the tender, order and confirmation of order, one-sided writing of confirmation, auction and invitation to make tenders. I want to especially bring the attention to the important consequences of when one commercial party omits to oversell against a one-sided writing in confirmation, a question which the Swedish Supreme Court dealt with in December 2006. When it comes to the other forms it is uncertain, however it varies to what degree, whether the provisions of the Law of Contracts can be used. In most situations there is no precedent judgment, or if one exists it is very old.

Among scholars there is a lot of disagreement whether the parties can be bound when the process is gradual. This model can have the effect that one party who has not emphatically enough declared his or her intention to be bound or is unwilling to conclude a contract, can be bound in spite of the agreement not being completely finalized. One reason for the resistance could be the possibility to be compensated for disrupted negotiations through the principle of culpa in contrahendo. Successive binding of parties and actions that constitute a direct element of law differ very much from agreements inter absentes, which is the kind the Law of Contracts was written for. Due to this, it is my opinion that the provisions of the Law of Contracts are not applicable on such *alternatives to the Law of Contract*.

In this essay I will also present a comparative survey of UNIDROIT Principles when it comes to formation of contracts. Even though this is a forced compromise between civil and common law, my conclusion is that when comparing the rules in practice they are significantly similar. A final chapter where I am making concluding reflections on the essence of the thesis will finish off this presentation.

Förord

I skrivande stund är mina dagar som jur. stud. nästan slut och jag tar snart steget till att bli jur. kand. Min tid i Lund har varit underbar på flera sätt men efter sex år i studentlivet känner jag mig mer än redo för nya utmaningar. Jag längtar också verkligen efter att få börja omsätta mina införskaffade kunskaper i praktiken.

Jag vill tacka min handledare Ola Svensson för värdefulla synpunkter, givande diskussioner och inspirerande samtal. Särskilt för all den tid som lades ner när det på slutet brådskade väldigt med att bli klar.

Tack även till alla kursare som förgyllde vardagarna med fikastunder i juridicums cafeteria, för diskussioner om såväl stort som smått och inte minst alla förlösande skratt.

Äras de som äras bör, Bjartmar Freyr, Jennie Magnusson och Elisabeth Håkansson, tack för hjälp med korrekturläsning och råd.

Till mina vänner som emellanåt undrade vart jag tagit vägen när det i perioder blev fullt fokus på uppsatsen, nu har jag mer tid för er!

Tore, Marianne, Inga-lill, Åsa och Ida, jag hade inte klarat mig utan ert stöd och er uppmuntran när det känts motigt. Joakim, tack för att du orkat lyssna på allt mitt tjat om uppsatsen även när du ”fick sår i öronen”.

Lund i april 2007

Pia Nilsson

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
AVLK	Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsument-förhållanden
AVLN	Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare
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)
FAL	Lag (1927:77) om försäkringsavtal
FB	Föräldrabalken (1949:381)
FJFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
HagL	Lag (1991:351) om handelsagentur
HD	Högsta domstolen
JB	Jordabalken
JT	Juridisk Tidskrift
KkrL	Konsumentkreditlagen (1992:830)
KommL	Lag (1914:45) om kommission
KtjL	Konsumenttjänstlagen (1985:716)
KöpL	Lag (1990:931) om köp och byte av lös egendom
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
MFL	Marknadsföringslagen (1995:580)
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning I
NJA II	Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning II

NJM	Förhandlingar vid nordiska juristmöten
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken
Rt	Norsk Retstidene
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidskrift för rettsvitenskap
U	Ugeskrift for Retsvaesen, afdelning A
UNICITRAL	United Nation Commission on International Trade Law
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law (Rominstitutet för privaträttens förenhetligande)

1 Inledning

”Avtalslagen är en ruin!”[1]

Sedan avtalslagens tillkomst har mycket hänt som kan inverka på bestämmelserna om avtals ingående. Kommunikationerna har förbättrats oerhört och parter som befinner sig på olika orter behöver inte längre förlita sig på långsamma brev och telegram. Avtalsparterna klassificeras inte i samma utsträckning som anbudsgivare och acceptant, och avtal kommer inte så ofta till stånd genom utväxling av viljeförklaringar i avtalslagens mening. Istället genomförs bland annat förhandlingar mellan närvarande som kan vara olika omfattande men som har det gemensamt att de så småningom resulterar i en allt större konsensus. Bruket av former för avtalsslut som orderbekräftelser, avsiktsförklaringar och avropsavtal har blivit så utbrett att de institutionaliserats och blivit ett fullt normalt inslag i näringslivet trots att de inte passar in i avtalslagens modell för avtals ingående. Ändå kvarstår avtalslagens bestämmelser om hur avtal kommer till stånd oförändrade.

Svensk rätt är inte längre ett strikt nationellt rättssystem som kan ses som isolerad från omvärldens påverkan. Sveriges medlemskap i EU är naturligtvis ett exempel, men att handeln i mångt och mycket är gränsöverskridande får till följd att näringslivet har ett behov av att anpassa sig till den internationella handelns principer. Därför får nationella beteenden stå tillbaka till förmån för gemensamma internationella förfaranden. Det har verkan på innehållet i de materiella juridiska reglerna men också på juridikens systematiska uppbyggnad.

Det finns ett behov av riktlinjer för den internationella handeln och som ett svar på detta har UNIDROIT Principles utarbetats. Att detta regelverk har fått en stor spridning och blir refererade till som uttryck för Lex Mercatoria i såväl nationell rätt som internationella skiljedomar, är ett erkännande i sig. Förutom UNIDROIT Principles finns även CISG och PECL som har till syfte att harmonisera den internationella avtalsrätten.

Det har under senare tid pågått en debatt om avtalslagens bestämmelser behöver bytas ut eller inte. Särskilt har en anslutning till del II i CISG förts på tal. Att modellen med utbytande av sammanfallande viljeförklaringar är föråldrad bekräftas delvis genom att dagens tvister sällan rör någon av de frågor som uttryckligen regleras i avtalslagen. Samtidigt är avtalslagens bestämmelser väl inarbetade efter över 90 år i bruk.

[1] Uttalande av Kurt Grönfors, återberättat av Johansson och Ramberg i SvJT 2005 s. 1120.

Några förtydliganden ska här inledningsvis göras. När jag i den löpande texten använder begrepp som avtalslagens modell, den klassiska modellen, lagmodellen och liknande, så är det samma modell som åsyftas och anledningen till de olika uttrycken är helt enkelt att inte trötta ut läsaren med samma uttryck. Den modell som avses är naturligtvis avtalslagens mönster för hur avtal kommer till stånd genom anbud och accept. Vidare är det alltid avtalslagen som åsyftas när endast paragrafer förekommer i texten så i de fall där andra lagar är aktuella skrivs den lagen ut.

1.1 Syfte och frågeställningar

I svensk rätt intar avtalslagens bestämmelser om ingående av avtal en särställning inom förmögenhetsrättens område, inte minst beroende på det stora inflytande som lagen fått även om dess regler är dispositiva. Med tiden har nya former för avtalsslut utvecklats i praktiken och dessa variationer på avtalslagens modell skiljer sig från avtalslagens ursprungliga synsätt. Alternativa modeller har också förespråkats som uppvisar en så stor skillnad från avtalslagens modell att den inte alls går att tillämpa.

Denna uppsats inriktar sig på hur några av de nya modeller som har utvecklats ser ut och är tänkta att fungera, och särskilt är jag intresserad av hur det går till vid förhandlingar mellan kommersiella parter. Jag vill undersöka hur man i svensk rätt löser de problem som uppstår när avtalslagen inte ger mycket ledning. Det är främst avtalets formella sida som är relevant, men i viss mån kommer även det materiella innehållet att beröras då det är påkallat av omständigheterna.

De tre huvudsakliga frågeställningarna är således:

- Hur ingås avtal enligt de utvalda alternativa modellerna och vilka likheter och skillnader uppvisar de vid en jämförelse med avtalslagens modell?

- När uppstår bindande avtal vid dessa modeller?

- Vilka likheter och skillnader företer avtalsslut enligt svensk rätt jämfört med UNIDROIT Principles?

1.2 Avgränsningar

På grund av det begränsade utrymmet har jag varit tvungen att avgränsa mig på flera sätt. Först och främst behandlar uppsatsen endast svensk rätt förutom i kapitel 4 där även UNIDROIT Principles berörs. Vidare är det endast avtal som ingås i kommersiella sammanhang som omfattas av uppsatsen. Framställningen behandlar inte inkorporering av standardavtal och avtal som uppkommer utan mänsklig påverkan såsom olika tekniska avtal.

1.3 Metod och material

Jag har använt sedvanlig rättsdogmatisk metod och har därmed studerat lagtext, förarbeten, rättspraxis och doktrin. Vid undersökningen av skillnader och likheter mellan svensk rätt och UNIDROIT Principles har en komparativ metod tillämpats. De resonemang som förs är strikt teoretiska eftersom inte någon praktisk studie har kunnat utföras. Detta är givetvis en brist då de antaganden som ändå görs grundar sig på sekundärkällor. Därför vill jag betona att uppsatsen inte gör några som helst anspråk på att vara heltäckande. Framställningen är mest deskriptiv. Jag redogör löpande för min egen uppfattning i anslutning till det relevanta området. I de fall som jag presenterar en normativ ansats så framgår det tydligt.

Avtalslagen är som ovan nämnts inte alltid särskilt lämplig att använda och det finns situationer där inte heller annan lagtext är tillämpbar för analogislut. De förarbeten som är relevanta för denna uppsats är mycket gamla. Rättspraxis är knapphändig eftersom de flesta tvister som uppkommer under mer omfattande förhandlingar oftast avgörs genom sekretessbelagda skiljedomar. Jag har således främst varit hänvisad till de åsikter som uttryckts i doktrin. Trots idogt letande så har det varit ganska svårt att hitta litteratur i form av böcker som berör andra mönster för avtalsslut. De nämns relativt ofta bara i förbifarten med några få rader. Därför har artiklar i juridiska tidskrifter varit till stor hjälp. De författare som har fått mest utrymme är Kurt Grönfors, Axel Adlercreutz, Lars Erik Taxell, Jan Hellner, Jan Ramberg samt Christina Ramberg.

1.4 Disposition

Kapitel 2 ger en allmän bakgrund till några viktiga aspekter som är relevanta vid ett avtals ingående. Här redovisas några fundamentala avtalsrättsliga begrepp, ett avtals rättsliga funktioner samt grundläggande avtalsrekvisit.

Kapitel 3 är omfångsrikt och innefattar en deskriptiv genomgång av förarbeten, doktrin och rättspraxis avseende olika utvalda modeller för hur avtal kan komma till stånd mellan två kommersiella parter.

Kapitel 4 innehåller en kortfattad redogörelse för några av de bestämmelser i UNIDROIT Principles som reglerar avtalsslut. En komparativ jämförelse görs med motsvarande regler och principer i gällande svensk rätt.

Kapitel 5 avrundar uppsatsen och inrymmer några avslutande kommentarer som anknyter till det som tidigare presenterats i framställningen.

2 Allmänt om avtalsrätt

Detta kapitel ska underlätta för läsaren så att det blir enklare att förstå och tillgodogöra sig den fortsatta framställningen. Jag redogör därför för några begrepp och principer som är grundläggande inom den kommersiella avtalsrätten, såsom avtalsfrihet, rättshandling, konsensualavtal och tillitsprincipen. För att kunna analysera vilka följder som ett visst resultat kan få för avtalsparterna, är det av stor vikt att man är medveten om de funktioner och syften som ett avtal normalt besitter. Vidare följer även en kort beskrivning av några av de grundläggande rekvisit som måste vara uppfyllda för att ett avtal ska godtas av rättsordningen. Sist ger jag en mycket kort redogörelse för avtalslagens tillkomst, uppbyggnad och det första kapitlets dispositiva karaktär.

Avtal ingås på vitt skilda sätt och de reglerar förhållanden som rör det mesta tänkbara. Det finns ingen exakt definition på vad som ska anses ingå i rättsområdet ”avtalsrätt”. Enligt Adlercreutz avgränsas avtalsrätten så att den omfattar i huvudsak frågor som har med *avtalsslut* att göra, antingen direkt eller genom mellanman, *avtals ogiltighet* och *avtalstolkning*.[2] Denna precisering anser jag överensstämmer med vad som verkar vara allmänt vedertaget. Hur avtal upphör, genom fullgörelse eller hävning, hör normalt inte till avtalsrätten även om det logiskt sett kanske borde göra det. Vidare delas avtalsrätten ofta in i en *allmän* och en *speciell* del. Till den sistnämnda hänförs vanligen regler som är särpräglade för en viss avtalstyp, såsom köp, gåva och hyra av lös egendom.[3] Den allmänna avtalsrätten innefattar de bestämmelser som är gemensamma för alla typer av avtal. Det går dock inte att dra en skarp gräns mellan den allmänna och den speciella, utan de överlappar varandra.[4] Enligt Ramberg och Ramberg är det en trend att juridiken kring den speciella avtalsrätten alltmer hamnar i bakgrunden, och att det i praktiken istället fokuseras på den allmänna.[5]

Inom avtalsrätten används samma *rättskällor* som vid all juridik. Det innebär att lagar, andra föreskrifter och fasta sedvanerättsliga regler alltid *skall* betraktas som auktoritetsskäl vid juridisk argumentation. Det får som konsekvens att dessa källor är bindande och därmed inte kan utelämnas. Det som *bör* tas i beaktande är prejudikat och lagars förarbeten. Dessutom finns det källor som *får* användas; och de kan vara institutionella rekommendationer, domar, domstolsbeslut och andra myndigheters beslut som inte är prejudikat, juridiskt material som ej hänför sig direkt till det aktuella lagrummet, den rättsvetenskapliga litteraturen (doktrin) samt eventuell utländsk rätt. Enligt Peczenik råder det således en strikt hierarki inom den svenska rättskälleläran.[6]

---

[2] Adlercreutz, Axel, *AVTAL – lärobok i allmän avtalsrätt*, s. 16.
[3] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 18.
[4] Ibid.
[5] Ibid.
[6] Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod*, s. 35f.

Det finns några principer som är övergripande eftersom de genomsyrar hela avtalsrätten. De två viktigaste är *avtalsfrihet* och *avtalsbundenhet*. Med avtalsfrihet menas att det ska stå var och en fritt om man vill ingå ett avtal eller inte, med vem och om vad. Avtalsfriheten ska sträcka sig så långt som möjligt men den är inte total eftersom det kan föreligga kontraheringstvång eller förbud, och avtalet kan också förklaras ogiltigt eller jämkas. För att ingångna avtal skall hållas (*pacta sunt servanda*) och för att parterna ska kunna förlita sig på detta, kan en part vända sig till en domstol vid en eventuell tvist. Domstolen avgör då omfattningen av de rättigheter och förpliktelser som avtalet ger upphov till. Med en exigibel dom finns det också möjlighet till tvångsåtgärder av en myndighet. Rätten till domstolsprövning är dock inte ovillkorlig, då en domstol kan avvisa en ansökan om avtalet exempelvis strider mot moral eller goda seder (s.k. *pactum turpe*).

Avtalsfriheten och den fria partsviljan begränsas av att det inom civilrätten finns *tvingande* regler, som får till följd att parterna inte med rättslig verkan kan ge avtalet ett innehåll som strider mot tvingande lag. Inget hindrar parterna från att ändå utforma sitt avtal på det sätt som de önskar, men vid en eventuell tvist kommer innehållet i avtalet att sättas ur spel till förmån för den tvingande lagstiftningen. De faktiska förhållanden som kan aktualisera en tillämpning av en tvingande regel beaktas, visserligen beroende av omständigheterna, oftast inte ex officio utan sakförhållandet måste vanligen åberopas av part enligt 17:3 RB för att få rättsverkan. Dispositiva regler används ofta som *utfyllnad* av ett avtal i de frågor som parterna inte har tagit upp i sitt avtal. Om de dispositiva reglerna är ett uttryck för ett rättspolitiskt ställningstagande av lagstiftaren, kan de föranleda korrigering av avtalsinnehållet eller utöva ett starkt tryck på *avtalstolkningen*.[7] Enligt Ramberg och Ramberg innebär det att vissa dispositiva regler i realiteten kan bli ”halvtvingande”.[8]

Två parter kan ha uppfattat en avtalssituation olika, eller så kan den ene vilja undkomma de verkningar som ett avtal ger upphov till. Även om båda då egentligen vet vad som förekom vid avtalsslutet och det är fullkomligt klart rent teoretiskt att ett avtal uppkommit, kan det finnas andra faktorer som inverkar på om det rättsligt sett föreligger ett giltigt avtal. Frågan om ett avtal ingåtts är ett dispositivt tvistemål och en talan måste enligt 10 och 11 kap. RB väckas av en behörig person vid rätt forum för att överhuvudtaget kunna tas upp till prövning. Under processen har parterna sedan åberopsbördan för olika rättsfaktum och den part som ej fullgör denna kan sedan ej kräva att den omständigheten ska ligga till grund för dom i målet.[9] Vidare har den part som hävdar att ett avtal ingåtts alltid bevisbördan för detta, även om det är ostridigt att parterna har förhandlat med varandra.[10] Det innebär att rätten vid en samlad bedömning måste anse att det erforderliga beviskravet är uppfyllt för att parten ska få en exigibel dom.

[7] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 33.
[8] Ibid.
[9] Ekelöf, Per Olof, Boman, Robert, *Rättegång, fjärde häftet*, s. 65.
[10] Ekelöf, Per Olof, Boman, Robert, *Rättegång, fjärde häftet*, s. 100. Se NJA 1977 s. 105.

2.1 Begreppet avtal

Enligt nationalencyklopedin är ett avtal en *”ensidig eller ömsesidig utfästelse att utföra en viss prestation, t.ex. en överlåtelse av ett föremål eller utförande av en tjänst”*[11]. Termen utfästelse indikerar att man förbinder sig vid något. Ordet avtal har annars två språkliga betydelser, dels som en benämning på överenskommelsen och dels som ett annat ord för själva dokumentet.[12] En synonym till ett avtal är ett kontrakt, även om det senare oftare används vid skriftliga överenskommelser. Varken i avtalslagen eller i annan lagtext finner man någon definition av begreppet avtal.

Taxell anser att människor i allmänhet vet intuitivt att ett avtal är en överenskommelse som ger upphov till rättigheter och skyldigheter, men för rättsvetenskaplig metodik är det dock väsentligt att ha en mer fullständig föreställning.[13] Taxell menar att det i *avtalsbilden* finns tre framträdande drag:

(1) Först *formella* omständigheter såsom huruvida avtalsrekvisiten är uppfyllda. Här är avtalsbundenheten i centrum.

(2) Sedan följer det *materiella* innehållet där de normer som reglerar ett avtalsförhållande och de faktorer som utöver normerna kan vara relevanta fastställs. I fokus här är avtalets substans.

(3) Slutligen kan avtalets *funktionella* sida undersökas genom att ett avtal placeras i den omgivning som det är avsett att verka i.[14]

Vid denna tredelning är det enligt Taxell oundvikligt att form, innehåll och funktion går in i varandra och att de är inbördes beroende på många sätt.[15] Taxell tycker inte att ett avtal ska uppfattas blott som en juridisk konstruktion utan istället ska avtalen ses som led i mänskliga aktiviteter som främst är ekonomiskt inriktade. [16] Det får till följd att den funktionella sidan betonas och att den i sin tur är avhängig det formella och det materiella elementet. Taxell drar således slutsatsen att ett *avtal* är en rättsligt reglerad samverkan mellan parterna som har en formell grund i ett giltigt avtal, att dess innehåll bestäms av rättsliga normer och principer samt att det påverkas av olikartade bedömningsfaktorer.[17] Avtal uppvisar enorma skillnader och följer olika mönster vid ingåendet, men begreppet avtal såsom det här har skisserats är enligt Taxell av betydelse i en analys av avtalsrätten.[18] Det kan då ge vägledning när man formar rättsprinciper och använder bedömningsfaktorer i avtalsrättsliga ställningstaganden.

---

[11] http://www.ne.se/jsp/?i_art_id=121517&i_word=avtal (2006-12-10 09:03).
[12] Molin, Anna, *Avtal – praktisk handbok om hur du skriver avtal och kontrakt*, s. 8.
[13] Taxell, Lars Erik, *Avtalsrätt, bakgrund – sammanfattning – utblick*, s. 44.
[14] Ibid.
[15] Ibid.
[16] Taxell, Lars Erik, *Avtalsrätt, bakgrund – sammanfattning – utblick*, s. 45.
[17] Ibid.
[18] Taxell, Lars Erik, *Avtalsrätt, bakgrund – sammanfattning – utblick*, s. 46.

Rubriken till avtalslagen lyder *”Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*” och därmed är det ostridigt att ett avtal är en *rättshandling*. En rättshandling kan vara ensidig även om det krävs en adressat, medan ett avtal är ömsesidigt och består av två rättshandlingar; *anbud* och *accept*. Enligt obligationsrättskommittén är en rättshandling *”alla viljeförklaringar, vilka hava till syfte att grundlägga, förändra eller upphäva ett rättsförhållande*”[19]. Adlercreutz hävdar att det därmed betonas att det är *syftet* med viljeförklaringen som är avgörande, och inte uppnåendet av detta syfte.[20] Hur begreppet *viljeförklaring* ska definieras är omdebatterat.[21] Enligt Adlercreutz kan man utläsa i motiven att det inte har funnits någon avsikt att begreppsmässigt hålla isär en viljeförklaring och en rättshandling, även om den senare eventuellt ska användas i en mer allmän betydelse som en sammanfattning av de rättsfakta som utgör ett avtal.[22]

Ramberg och Ramberg har sin förklaring till hur en avtalsförpliktelse uppkommer: ”*… teoretiskt sett är fråga om ett samspel mellan den förpliktades vilja, uttrycket för dennes vilja (viljeförklaringen) och hur motparten uppfattar viljan (tilliten)*”[23]. Det finns således viljeteorin, förklaringsteorin och tillitsteorin, men som Ramberg och Ramberg påpekar är dessa tre teorier just *teorier* och de kan därför utnyttjas som stöd för efterhandskonstruktioner när tvister rör sådant som parterna vid avtalstillfället inte ägnat en tanke.[24] Frågan är vilken av dessa faktorer som ska tillmätas mest tyngd; är det avgivaren som hade en viss avsikt, mottagaren som uppfattade viljeförklaringen på ett annorlunda vis eller ska den avgivna viljeförklaringens objektiva lydelse ges företräde?

Det är viktigt att understryka att det är samhället genom lagstiftning som utvecklar de normer som avgör vad som ska ge rättslig effekt. Det som karakteriseras som avtalsfakta och därmed erkänns av rättsordningen, har blivit det på grund av rättsreglerna och ej i egenskap av fristående fenomen.[25] Den förmögenhetsrättsliga principen som det fästs mest avseende vid är *tillitsprincipen* (tillitsteorin), och enligt denna är det avgörande vad motparten har fog att sluta sig till som avgivarens vilja.[26] Vissa författare har dock framhållit att motpartens befogade uppfattning endast får grundas på vad avgivaren som förståndig person kunnat förutse.[27]

---

[19] Förslag till lag om avtal om avtal och andra rättshandlingar… (1914) s. 116.
[20] Adlercreutz Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 20.
[21] Se t.ex. Jens Ravnkildes kritik av Ola Svenssons avhandling *”Viljeförklaringen och dess innehåll*” (1996) i TfR 2000 s. 989 och Svenssons replik i TfR 2003 s. 555.
[22] Adlercreutz Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 21.
[23] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 30.
[24] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 32.
[25] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 20.
[26] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 21.
[27] Se Svensson, Ola, *Viljeförklaringen och dess innehåll* (1996) med där angivna referenser. Se mer nedan under 3.3.2.

2.2 Ett avtals rättsliga funktioner[28]

Ett avtal är den rättsliga formen för att reglera olika slags mellanhavanden och dess viktigaste och mest typiska funktion är utbytet av prestationer, *transaktionen*. Ett avtal binder parter, *partsbindningsfunktionen*, och det *utpekar* följaktligen även vilka som är parter. När ett avtals innehåll sätts ur spel därför att tvingande lag eller myndighetsbeslut går före, är avtalet i sig fortfarande giltigt i den meningen att det *binder* parterna till varandra. För den händelse att bara vissa av villkoren i avtalet strider mot en tvingande bestämmelse, så ersätts de som överlappar och resten av avtalet tillämpas enligt dess bokstav.

Som ovan nämnts är avtal *rättsligt sanktionerade* per automatik, och de ger därmed en part en möjlighet att ta hjälp av domstolar och exekutionsmyndigheter vid en eventuell tvist. Om parterna vill undandra sig denna utväg måste det därför på något sätt tydligt framgå och det åstadkoms vanligen genom att en skiljedomsklausul förs in, eller att en överenskommelse träffas ad hoc. Samtidigt som möjligheten att ”gå till domstol” kan verka avskräckande, så påverkas parternas handlande även av rent sociala faktorer som sedvana och moral. En affärspart vill helt enkelt inte tappa ansiktet och sitt goda rykte genom att inte uppfylla ett ingått avtal.

Ett avtal har också en *reglerings-* eller *styrningsfunktion*, eftersom det ger besked om hur parterna ska förhålla sig till varandra. När ett avtal innehåller en bestämmelse om ett framtida åtagande, blir det ett styrmedel då det påverkar parters handlande. Så blir dock inte fallet när det rör sig om ett omedelbart utbyte av prestationerna. En överenskommelse kan bli föremål för senare ändringar, dels frivilligt genom exempelvis omförhandling men även medelst jämkning med stöd av 36 §.

Enligt Adlercreutz kan nästa funktion, att garantera *ömsesidighet*, *frivillighet* och *samverkan mellan parterna* vid avtalets tillkomst, ifrågasättas. Detta eftersom den ena parten ofta bara accepterar den andres anbud och därmed underkastar sig ett diktat, utan att kunna påverka innehållet. Så är särskilt fallet vid det alltmer utbredda bruket av standardavtal.[29]

Enligt Adlercreutz fungerar begreppet avtal, liksom andra juridiska begrepp, som en *förmedlingslänk*. När en överenskommelse kan klassificeras som ett avtal, det vill säga att alla avtalskriterier är uppfyllda, så blir ett helt regelsystem tillgängligt. Alla bestämmelser som kan appliceras på ett avtal blir då tillämpliga. Att koppla ihop detta är avtalets *juridisk-tekniska funktion*.[30]

[28] Detta underkapitel baseras huvudsakligen på Axel Adlercreutz *Avtalsrätt 1* s. 22-26.
[29] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 24.
[30] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 32.

2.3 Grundläggande rekvisit för avtal[31]

För att ett avtal ska vara giltigt är det nödvändigt att vissa elementära krav har blivit efterkomna. Ett avtal som brister i något eller några av rekvisiten kan visserligen ändå uppfattas som bindande av parterna, men det godtas inte av rättsordningen. Det kan diskuteras om en brist medför att det inte föreligger något avtal överhuvudtaget, eller om det finns ett avtal som på grund av avsaknaden av ett rekvisit inte är gällande. Jag anser att det då inte finns något avtal alls, och att det inte räcker att undanröja bristen utan att hela avtalet måste ingås på nytt. Enligt Adlercreutz är det oklart var gränsen skall dras mellan ofullständiga och ogiltiga avtal, men han anser att den delvis är likgiltig.[32]

Adlercreutz har sammanställt ett schema över det som han kallar de grundläggande rekvisiten, och det återges nedan i sin helhet:

”En fullständig och fullbordad rättshandling förutsätter i princip (undantag finns dock):

(1) Att den företagits av en person som har *rättslig handlingsförmåga*,
(2) att denne *avsett* att företa rättshandlingen,
(3) att rättshandlingen är inte bara framställd (t.ex. undertecknad) utan också *utgiven*, det vill säga att den bringats till adressatens kännedom genom en behörig åtgärd,
(4) att rättshandlingen riktar sig till en annan person (eventuellt till flera), *adressaten*, vilken dock inte behöver vara mer än relativt bestämd,
(5) att den normalt för att få åtminstone fulla rättsverkningar också skall ha *nått eller mottagits* av adressaten, samt
(6) att den i fråga om innehållet är tillräckligt *preciserad* och *tydlig* för sitt ändamål.

I vissa fall uppställes vidare

(7) särskilda krav i fråga om *form* och stundom *andra fakta* för att en bindande rättshandling ska anses föreligga”.[33]

Jag vill poängtera att en rättshandling ibland i rättstillämpningen kan vara giltig trots att det brister i ett rekvisit, om ändamålet har tillgodosetts på ett annat sätt.[34] Både fysiska och juridiska personer får vara part i ett avtal, men de kan sakna kompetens att företa en viss rättshandling därför att *rättshandlingsförmågan* är inskränkt. En omyndig person kan exempelvis inte ingå avtal, eftersom den omyndige inte ensam får råda över sin

[31] Innehållet under denna rubrik baseras huvudsakligen på kapitel 4 i Axel Adlercreutz *Avtalsrätt 1* s. 119-137.
[32] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 119.
[33] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 119f.
[34] Se t.ex. NJA 1954 s. 568 där kravet på ”utgivande av handling” ansågs tillgodosett genom en beviljad lagfart.

egendom eller åta sig förbindelser enligt FB 9 kap 1 §. I kommersiella sammanhang är det relativt vanligt förekommande att anställda har rätt att ingå avtal inom vissa områden för den juridiska personens räkning, men om denna behörighet överskrids finns det risk för att avtalet ej kan göras gällande.

När det gäller avsiktsrekvisitet är det avgörande enligt Adlercreutz att personen genom sitt handlande har givit motparten *fog för sin uppfattning* att den förre åsyftade en rättshandling.[35] Kravet på att en rättshandling ska vara *avgiven* eller *utgiven* framgår e contrario av 35 § och mer indirekt i 1 § 1st.[36] Det är ett faktiskt rekvisit som inte omfattas av ett godtrosskydd, vilket innebär att en skriftlig handling som kommit ur undertecknarens besittning av misstag inte kan vara definitiv eller bindande.

Ett avtal kräver som bekant både ett anbud och en accept, och därför tror jag att det är sällsynt att en *adressat* är svår att identifiera. Annorlunda är fallet då det rör sig om en mer oviss krets, men enligt Adlercreutz är det tillräckligt att den är relativt bestämd.[37] Nyckelorden för att en rättshandling ska vara *mottagen* är att det ska ha kommit till adressatens *kännedom*, *kommit till handa* eller givits *tillfälle att ta del av* anbudet.

Jag skulle vilja påstå att det är mer regel än undantag att ett avtal är *ofullständigt* i det avseendet att det inte reglerar alla tänkbara frågor som det kan ge upphov till. Parterna lämnar ofta luckor som kan fyllas ut med lagar, branschbruk, sedvänja och så vidare. Ofta tar det orimligt mycket tid att diskutera alla följder som ett avtal kan få och det är inte alltid ens möjligt att fastställa vilka de är i förhand. Enligt Adlercreutz aktualiseras frågan om en part är bunden eller inte ofta när det finns ett föravtal eller en avsiktsförklaring, och giltigheten kan då vara beroende av om det är tillräckligt bestämt till sitt innehåll.[38] Vid en bedömning av om ett avtal är ofullständigt eller ej tas stor hänsyn till dess *precisering* och *tydlighet.*

Bland de avtal som kräver *särskilda avtalsfakta* kan nämnas gåva där en prestation, vanligen tradition av föremålet, är en nödvändig förutsättning för ett giltigt avtal.[39] Förutom *realavtal* fordrar också *formalavtal* att den särskilda formen, exempelvis skriftkrav vid fastighetsköp,[40] måste ha iakttagits för att ett bindande avtal ska ha ingåtts. Utöver lagstadgade formkrav kan parterna även komma överens om att vissa särskilda krav ska gälla dem sinsemellan.

---

[35] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 122. Se mer nedan under 3.3.2.
[36] Se NJA 2000 s. 747 nr. I där en undertecknad köpehandling av fastighet ansågs utgiven när den överlämnats till en tillräckligt utomstående person (mäklaren) och HD krävde därmed ej att den var mottagen. Axel Adlercreutz har kommenterat fallet i *Avtalslagen 90 år - Aktuell nordisk rättspraxis* (2005) s. 29-33. Jämför med NJA 2000 s. 747 nr. II.
[37] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 127.
[38] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 131.
[39] Lag (1936:83) angående vissa utfästelser om gåva 1 § 1 st.
[40] Jordabalken (1970:994) 4 kap. 1 §.

2.4 Avtalslagen

Det första förslaget till särskilda regler om avtal placerades 1894 som ett första kapitel i en lag om köp och byte, men efter kritik av HD[41] togs istället en allmän avtalslag upp i det nordiska lagstiftningsprogrammet.[42] Den svenska lagen blev först ut att antagas 1915, och sedan följde den danska 1917, den norska 1918 samt den finska 1929. Enligt Grönfors överensstämmer de nordiska lagarna i allt väsentligt med varandra.[43] Generalklausulen för jämkning infördes 1976[44] men frånsett den har inga större förändringar vidtagits, även om frågan om en total reformering av avtalslagen har tagits upp på flera nordiska juristmöten.[45] De nordiska länderna är sedan 1987 anslutna till den internationella köplagen CISG, men de har reserverat och undantagit det avsnitt som handlar om avtals ingående eftersom det innehåller en möjlighet att återkalla anbud.[46] Det går dock i framtiden att återta en reservation och det antyds i propositionen att så kan ske om stater med common law ansluter sig till hela konventionen.[47]

Avtalslagen innehåller fyra kapitel där det första har rubriken ”*Om slutande av avtal*”. Det andra behandlar begreppet *fullmakt*, och avsikten med detta kapitel är främst att ange när normala fullmaktsverkningar inträder.[48] Det tredje benämns ”*Om rättshandlingars ogiltighet*” men denna rubrik är alltför snäv med tanke på innehållet. Här har exempelvis 36 § placerats som erbjuder möjligheten att jämka ett avtalsvillkor eller lämna det helt utan avseende. I detta kapitel erbjuds således en annan rättsföljd än ogiltighet, och det kan eventuellt betecknas som partiell ogiltighet. Enligt motiven är inte de olika ogiltighetsgrunderna uttömmande, utan ogiltighet kan även följa av andra orsaker.[49] Det fjärde och sista kapitlet innehåller några *allmänna bestämmelser* som ska läsas ihop med tidigare stadganden. Här behandlas den avgörande tidpunkten för bedömningen av frågan om en part har varit i god tro, och vem som ska bära risken för att ett avsänt meddelande försenas eller inte kommer fram.

Avtalslagen är den viktigaste men inte den enda lagen inom avtalsrättens område, och den är inte heller avsedd att vara uttömmande.[50] Den tidiga avtalsrättsliga lagstiftningen var mestadels dispositiv, men det finns numera ett flertal bestämmelser som är tvingande, och särskilt när ena parten intar en underlägsen ställning (t.ex. som konsument). Avtalslagens regler om avtalsmekanismen är dispositiva, och detta framgår av 1 § 2 st som lyder:

---

[41] NJA II 1901 nr 1 s. 6-9, 20-22.
[42] NJA II 1910 nr 2.
[43] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 12.
[44] Lag (1976:185) om ändring i lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.
[45] Se t.ex. NJM 1990 del 1 s. 245 och del 2 s. 251f, NJM 2002 del 1 s. 339f.
[46] Lag (1987:822) om internationella köp.
[47] Prop. 1986/87:128 s. 89.
[48] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 67.
[49] Förslag till lag om avtal om avtal och andra rättshandlingar… (1914) s. 117-118.
[50] Se t.ex. FB kap. 6, 9 och 11, FAL 4-10 §§, KommL 5 §, HagL 18 §, JB 4 kap., AVLK, AVLN, KtjL, KkrL, 1924 års lag m. fl.

> *”Vad i nämnda paragrafer stadgas skall lända till efterrättelse, så vitt ej annat följer av anbudet eller svaret eller av handelsbruk eller annan sedvänja.”*

Det innebär att undantag som görs i *anbudet* eller *accepten* skall respekteras. Det är dock inte möjligt för en part att använda detta stadgande för att ensidigt i sitt anbud eller svar åstadkomma mer långtgående bundenhet för mottagaren än vad som följer av lagen. Det går till exempel inte att föreskriva i ett anbud att mottagaren blir bunden om han förhåller sig passiv och inte svarar. Enligt Lehrberg kan en anbudsgivare däremot med bindande verkan uppställa ett villkor som kräver att en accept ska vara egenhändigt underskriven, kommunicerad på ett visst sätt eller motsvara andra särskilda krav.[51]

Även *handelsbruk eller annan sedvänja* har företräde framför avtalslagen på så sätt att ett avtal kan ingås trots att inte avtalslagens 2-9 §§ har iakttagits. I praktiken har det utformats alternativa mönster som har använts i en sådan omfattning, att jag tycker att de numera är etablerade som självständiga modeller i svensk rätt. Till exempel tillämpas avtalsslut som offert - order – orderbekräftelse i det närmaste slentrianmässigt inom vissa branscher. Några sådana alternativa former för avtalsslut behandlar jag utförligt i nästa kapitel.

Det tredje stycket handlar om formkrav och föreskriver:

> *”I fråga om avtal, för vars giltighet enligt lag fordras iakttagande av viss form, gälle vad särskilt är stadgat.”*

Enligt Grönfors går det att utläsa i motiven[52] att formalavtal ska undantas från det första kapitlets tillämpningsområde,[53] och denna inställning förekommer ofta i avtalsrättsliga framställningar. Lehrberg anser att det är en korrekt beskrivning av stadgandets effekter för flertalet praktiska fall, men att denna vanliga uppfattning är helt felaktig eftersom det *inte* står så i lagen.[54] Istället har de regler som finns om formkrav endast *företräde*, och avtalslagens första kapitel är således fortfarande tillämpligt.[55] Enligt Lehrberg får det till följd att det åtminstone undantagsvis kan uppkomma situationer där någon paragraf i första kapitlet ska tillämpas trots att det är ett formalavtal, samt att om parterna avtalat om vissa former för avtalsslut, så ska de dispositiva reglerna användas som bakgrund vid tolkning av deras avtal.[56]

---

[51] Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, s. 108.
[52] Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar (1914) … s. 35.
[53] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 24.
[54] Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, s. 109f.
[55] Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, s. 110.
[56] Ibid.

3 Hur ingås avtal vid förhandlingar mellan två kommersiella parter?

Avtalslagens bestämmelser om ingående av avtal utgör den självklara utgångspunkten vid de flesta bedömningar av huruvida ett avtal kommit till stånd eller ej. Därför inleder jag med att redogöra för *avtalslagens modell*. Reglerna är dock uttryckligen dispositiva och dessutom har det i praktiken utvecklats andra former för avtalsslut som numera används i en mycket stor utsträckning. Eftersom det ändå är genomförbart att inordna dessa nya modeller i termer av anbud och accept, även om det endast svårligen låter sig göras, har jag valt att kalla de sex alternativ som jag valt att behandla för *variationer på avtalslagens modell*. Sist följer två *andra modeller*, stegvis låsning av förhandlingspositionerna och direkt avtalsgrundande rättsfakta, som uppvisar så stora avvikelser att det inte längre är möjligt att tillämpa de principer som avtalslagens modell representerar. Detta kapitel syftar således till att redogöra för några utvalda sätt att ingå avtal och för hur dessa alternativa modeller har mottagits av doktrin och praxis.

3.1 Avtalslagens modell

I detta underkapitel beskrivs de bestämmelser som tillsammans utgör det som brukar kallas för avtalslagens modell. Jag redovisar också några av de åsikter som förts fram rörande avtalsmodellens tillämplighet på mer moderna affärsförhållanden. Jag vill redan nu klargöra vad jag menar när jag senare refererar till avtalslagens modell, lagmodellen, anbud-acceptmodellen och liknande. Jag avser då den modell som obligationsrättskommittén åsyftade i *Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*, eller enklare uttryckt de former som var aktuella vid avtalslagens tillkomst. Avtal kommer idag till stånd även på helt andra sätt än genom den korrespondens med brev och telegram som avtalslagens författare hade i åtanke, men avtalslagens bestämmelser om avtalsslut kvarstår oförändrade.

Reglerna om ingående av avtal finns i avtalslagens första kapitel, ”*Om slutande av avtal*”. Avtalslagens modell utgår från att ett avtal föregås av att en part, anbudsgivaren, lämnar ett *anbud* med ett visst innehåll till en utvald adressat, anbudstagaren. Den senare kan välja mellan att anta eller förkasta anbudet. Om anbudet antas lämnas en *accept*, men om det delvis förkastas eller ändras föreligger istället en *oren accept* som gäller som ett nytt anbud. Huvudregeln är att om anbud och accept sammanfaller inom acceptfristen så uppstår ett avtal, men undantagsvis kan ett avtal anses ha kommit till stånd även när de inte är utformade i överensstämmelse med varandra.

3.1.1 Avtals ingående enligt avtalslagen

Som ovan nämnts innehåller inte avtalslagen någon definition av *begreppet* avtal eller någon bestämmelse som pekar ut den exakta tidpunkten då ett avtal uppstår. Enligt avtalslagens modell avger parterna var för sig bindande viljeförklaringar, anbud och accept. Om viljeförklaringarnas innehåll sammanfaller inom *acceptfristen* så har ett avtal kommit till stånd.[57] Att avtalet uppkommer när de överensstämmer är inte utskrivet i lagtexten, utan är en konsekvens av parternas bundenhet vid sina respektive löften.[58]

När anbudsgivaren har angivit en utrycklig acceptfrist upphör anbudet att vara bindande när den föreskrivna tiden utgått. För att accepten ska vara giltig skall den ha kommit anbudsgivaren *till handa* inom denna tid (2 §). Formuleringen *till handa* är central i avtalslagen och återfinns även i 7 §. Avsikten med uttrycket är att adressaten inte skall kunna komma undan svarets rättsverkan genom att undvika att ta del av det.[59] När någon tid för svar inte angetts gäller olika acceptfrister beroende på om anbudet avgivits skriftligen i brev eller telegram till frånvarande, muntligen till närvarande eller per telefon (3 §). Vid skriftliga är den legala acceptfristen *skälig tid* och den består av tre delar: tiden för anbudet att nå motparten, betänketiden samt den tid som det tar för accepten att nå anbudsgivaren. Vilken tid som är skälig avgörs av omständigheterna i varje enskilt fall och det förutsätts att svaret avges på samma sätt som anbudet.[60] Det innebär till exempel att ett anbud via e-post ska besvaras snabbare än vid ett anbud via brev. Muntliga anbud måste antas *omedelbart*, vilket enligt Adlercreutz innebär att accepten ska lämnas medan parterna fortfarande står i direkt kontakt med varandra.[61] Om anstånd lämnas blir istället reglerna i 2 § tillämpliga.

När anbudsgivaren har avstått från att kräva ett svar, antingen uttryckligen eller underförstått genom omständigheterna, kan denne avbryta anbudets bindande verkan genom att fordra ett svar (8 § 1 st.). Detta stadgande har kommit till eftersom avtalslagens modell utgår från att det skall finnas en acceptfrist så att inte ett anbud kan vara bindande i evighet. Svensk rätt tillåter vanligen inte att underlåtenhet att avböja anbud anses såsom antagande, så kallat *negativ avtalsbindning*, men undantagsvis kan anbudstagarens passivitet verka avtalsgrundande (8 § 2 st.).[62] Motiven upplyser till exempel att det inte för bundenhet räcker att ange i anbudet att anbudstagarens tystnad betraktas såsom ett samtycke.[63] Som Adlercreutz påpekar uppkommer säkert avtal ändå på detta otillåtna[64] sätt på grund av en felaktig uppfattning om rättsläget.[65]

---

[57] I motiven står att ”*avtal kommer till stånd genom utbyte av sammanstämmande viljeförklaringar*”, Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar… (1914) s. 36, 49.
[58] Yxklinten, Ulf, Ahlgren, Karin, *Avtalsrätt – En inledning*, s. 16.
[59] Yxklinten, Ulf, Ahlgren, Karin, *Avtalsrätt – En inledning*, s. 24.
[60] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 57.
[61] Ibid.
[62] Se t.ex. SvJT 1923 rf s. 73, NJA 1962 s. 270 och 276 samt NJA 1977 s. 25.
[63] Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar… (1914) s. 58.
[64] Negativ avtalsbindning är en otillbörlig marknadsföringsmetod enligt 2 § MFL.
[65] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 72.

Lagstadgade undantag finns bland annat i 4 § 2 st., 6 § 2 st. och 9 § AvtL samt 18 och 19 §§ HagL. Enligt Adlercreutz får stadgandets ordalydelse inte tolkas som att endast lagreglerade undantag är tillåtna, utan särskilda omständigheter kan medföra att underlåtenhet att avböja ett anbud kan jämställas med ett samtycke.[66] Grönfors anför att två parter kan ha utvecklat ett skick och bruk där ingen uttrycklig accept krävs och ger som exempel att en bokhandlare kan skicka hem böcker mot faktura.[67] Adlercreutz anser att det förutom ett etablerat partsbruk förmodligen behöver tillkomma ytterligare någon faktor, såsom att varuslaget snabbt förlorar sitt värde eller att motparten har en fördel av att spekulera i tiden.[68] En accept genom konkludent handlande är enligt min mening ej ett rent passivt agerande och behandlas därför istället under 3.3.2.

Ett antagande svar som kommer anbudsgivaren till handa *efter* acceptfristens utgång har inte längre någon rättslig verkan som accept, men väl som ett nytt anbud riktat mot den forna anbudsgivaren (4 §). Den nya acceptfristen ska då beräknas enligt 3 §. Om anbudsgivaren anses ha *måst inse* att den som avsände svaret utgår från att det framkommit inom acceptfristen, har denne en skyldighet att vara verksam för att undanröja avsändarens villfarelse. Om anbudsgivaren vid sådana tillfällen förhåller sig passiv blir denne bunden som om accepten kommit fram i tid. Bedömningen av om en försenad ren accept ändå kan grunda ett avtal innehåller alltså både objektiva (”avsänt”) och subjektiva (”måst inse”) moment. När ett anbud *avslås* är det förfallet trots att inte acceptfristen gått ut ännu (5 §).

Ett antagande svar som kommer anbudsgivaren till handa inom acceptfristen gäller som *avslag i förening med nytt anbud*, om det på grund av tillägg, inskränkning eller förbehåll inte sammanfaller med anbudet (6 §). Det kan vara svårt att avgöra om en accept är oren men klart är att så inte är fallet vid varje olikhet. Motiven upplyser om att avvikelsen måste vara av materiell betydelse så att det ifrågasatta avtalet därigenom till sitt innehåll förändras.[69] Som Grönfors påpekar ska en tolkningsoperation utföras, men den skiljer sig från vanlig avtalstolkning då den inte baseras på ett avtal och endast kan leda till ett ingånget avtal.[70] Om den som avger svaret är i *god tro* om att accepten överensstämmer med anbudet och mottagaren *måste inse* detta, är det tvunget att anbudsgivaren reklamerar den orena accepten för att inte avtal ska komma till stånd (jämför med 4 § 2 st.).[71]

---

[66] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 74.
[67] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 61.
[68] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 75.
[69] Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar… (1914) s. 49.
[70] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 54.
[71] Ett exempel där anbudsgivaren blev bunden av sin passivitet är NJA 1930 s. 131, där ett muntligt avtal ingåtts mellan A och B. B skickade sedan en bekräftelse som A tyckte avvek från det avtalade. Eftersom A inte upplyste B om detta ansåg HD att A blev bunden av avtalet såsom B uppfattat det. Ett nyare rättsfall är HD:s dom från den 11 december 2006 (mål nr. T 3004-04) där den ena parten efter att en förhandling förekommit, sände ett dokument som ansågs innehålla en bekräftelse av ett påstått avtal. Eftersom motparten inte hörde av sig utan oskäligt uppehåll, ansåg HD att ett avtal ingåtts med den översända handlingens innehåll då mottagaren inte kunde visa att ett sådant avtal inte kommit till stånd. Se mer om ensidiga bekräftelser i 3.2.5.

Ett anbud eller svar som återkallas är ej bindande för sin avsändare om en *återkallelse* kommer motparten till handa innan eller samtidigt som denne tager del av anbudet eller svaret (7 §). Det innebär att det även går att återkalla ett avslag. Om någon lämnat ett meddelande som uppfyller alla kriterier för att vara ett anbud, kan det istället utgöra en *uppfordran att avge anbud* om det framgår att detta är avsändarens avsikt (9 §). Om det sedan inkommer anbud åligger det mottagaren att reklamera mot dessa om denne inte vill bli bunden. För att svarsplikt ska föreligga krävs det dock att uppfordran att lämna anbud har riktats till en bestämd adressat. Grönfors påpekar att bestämmelsen i 8 § har tillkommit för att ge en bortre gräns för acceptfristen och att 9 § istället ger en hitre tidsgräns.[72] I kommersiella sammanhang kan uttrycken ”*friblivande anbud*” och ”*oförbindande anbud*” användas som en beteckning för uppfordran att avge anbud.

Avtalslagens första kapitel ingick först i ett förslag till en ny köplag, men efter kritik togs det bort och en avtalslag skapades stället. Det innebär att det från början fokuserades på en viss typ av avtal, som köp och försäljning genom utväxling av telegram eller brev inom den stora grosshandeln med bulkvaror.[73] I motiven uttalas det inledningsvis till 1 § att ”*När någon erbjuder sig att köpa eller sälja en vara för visst pris eller eljest föreslår en annan att göra någon affär med honom och den andre å sin sida förklarar, att han går in på den föreslagna affären, är avtal därigenom slutet*”.[74] Och vidare ”*Vid avtal mellan närvarande följer accepten i regel omedelbart på offerten. Vid avtal mellan personer å olika orter kan däremot ganska lång tid förflyta mellan anbudets avgivande och det antagande svarets framkomst, och ofta växlas flera brev å ömse sidor, innan enighet uppnås om avtalets innehåll*”.[75] Avtalslagens utformning var således väl anpassad till hur avtal ingicks på den tiden med ett successivt utväxlande av anbud och accept mellan likställda parter. Författarna var också väl medvetna om att de skrev en lag som endast inriktade sig på vissa utvalda situationer.[76]

I avtalslagen 1 § stadgas att anbudet och svaret är bindande men det står inte klart uttryckt när tidpunkten för bundenheten uppkommer. I motiven nämns att det är en nödvändig förutsättning att anbudet eller svaret har kommit till adressatens kännedom (jämför 7 §).[77] Grönfors[78] hänvisar till Almén, som anser att en *villkorlig* bundenhet inträder när avsändare gjort det som krävs för att anbudet eller svaret skall komma adressaten till handa, och att den blir *ovillkorlig* när anbudet kommit till adressatens kännedom.[79] Det finns således två tidpunkter som är relevanta för bundenhetens uppkomst, dels när anbudet kommer motparten *till handa*, och dels när motparten *tar del av* anbudet. Således innebär avtalslagens modell att det föreligger ett haltande rättstillstånd med ensidig bundenhet tills acceptfristen löpt ut.

[72] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 62.
[73] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 52.
[74] Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar… (1914) s. 35.
[75] Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar… (1914) s. 35f.
[76] Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, s. 122.
[77] Förslag till avtal och andra rättshandlingar… (1914) s. 39.
[78] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 21.
[79] Almén, Tore, *Lagen om avtal etc.* (1916), s. 11.

3.1.2 Några kommentarer på modellen

Avtalslagen är i skrivande stund 92 år gammal vilket är en aktningsvärd ålder och särskilt eftersom så mycket har hänt i övergången från jordbrukssamhälle till informationssamhälle. Många har uttalat en önskan om reformering och anpassning av lagtexten till dagens affärsliv med bland annat Internet[80], men än så länge finns avtalslagen kvar. I det följande redovisas en del åsikter som förekommit i doktrin om avtalslagens modell som helhet. När det gäller vissa mer etablerade sätt att ingå avtal som jag anser skiljer sig från den typ av fall som lagens författare främst hade i åtanke, som avtalad skriftform och trestegsmodellen med orderbekräftelser, så behandlas de separat under egna rubriker nedan.

Vahlén påpekade redan 1964 att avtalslagen hade förlorat sin dominans även inom de områden där den var direkt tillämplig. Skälet ansåg han var lagens och motivens ensidiga hänsynstagande till avtalsslut *inter absentes* samt dess favorisering av löftesteorin.[81] Vahlén ansåg att de alternativa modeller som utvecklats i praktiken *måste* erkännas och att denna fråga hittills inte hade fått tillräcklig uppmärksamhet vare sig i litteraturen eller i rättspraxis, utan istället tenderade man att lösa uppkommande problem inom ramen för den inarbetade dispositiva avtalslagen.[82] När man valde att tolka avtalslagen istället för att ta hänsyn till de avvikelser som parterna valt, riskerade det att ”*på ett konstlat sätt hämma rättsreglernas fortbildning och nyansering*”[83]. Om det alltid var avtalslagen som skulle ligga till grund vid tolkning när inte parterna uttryckligen och *helt otvetydigt* avtalat annat, så fick det enligt Vahlén till följd att den dispositiva avtalslagen fick en alltför hög valör och upphöjdes till ett mellanting mellan utfyllande och tvingande rätt.[84]

Vahlén var därmed en av de första som kraftfullt tog ställning för att det utvecklats andra modeller jämte avtalslagens ursprungliga mönster med anbud och accept. Han ville att dessa skulle uppmärksammas mer som självständiga fenomen som inte alltid behövde bedömas utifrån vedertagna principer som vuxit fram med avtalslagen som grund.[85] Även om avtalsmekanismen enligt Vahlén blev mycket mer komplicerad när man inte kunde följa avtalslagens tolkningsregler och dess enkla mönster, så gick det inte längre att undvika att mer öppet än hittills erkänna förekomsten av andra avtalsformer i nordisk rätt.[86] Ansvaret för att skissera upp riktlinjer för dessa nya avtalsformer ansåg han åvilade doktrinen.[87]

---

[80] I SOU 1996:40 *Elektronisk dokumenthantering* konstateras det att den avtalsrättsliga regleringen är så allmänt hållen att den inte behöver bli föremål för några genomgripande förändringar, och att sådana frågor som inte direkt faller in under gällande bestämmelser ändå bör kunna lösas i nära anslutning till de principer på vilka avtalslagen grundas (s. 122).
[81] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 358.
[82] Ibid.
[83] Ibid.
[84] Ibid.
[85] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 358.
[86] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 386f.
[87] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 387.

Lehrberg har en delvis annan uppfattning än Vahlén eftersom han tycker att avtalslagens första kapitel är tillämpligt i en mycket större utsträckning, men han instämmer dock inte med dem som är av den åsikten att avtalslagens regler om avtalsslut är heltäckande.[88] Lehrberg sammankopplar gränserna för avtalslagens tillämpningsområde med viljeförklaringens räckvidd.[89] Enligt honom är begreppet *viljeförklaring* ett rekvisit i en lagregel och har därför inte ett för alltid bestämt innehåll.[90] Istället avgränsas begreppet i takt med att rätten utvecklas och det blir därmed preciserat på ett från ideologiska belastningar huvudsakligen befriat sätt.[91] Därför har Lehrberg ”*inga betänkligheter mot att för svensk rätts vidkommande erkänna ett tämligen vidsträckt viljeförklaringsbegrepp*”.[92] Det innebär att flera av de speciella former för avtalsslut som är omdiskuterade i svensk rätt, som till exempel avtalad skriftform, enligt Lehrberg inte är självständiga modeller utan hamnar inom avtalslagens tillämpningsområde.[93]

Hellner konstaterar att ett avtal kan ingås på olika sätt men att det alltid kvarstår ett viktigt drag från avtalslagens schema.[94] Han framhåller att det i normalfallet alltid finns en punkt, före vilken en part kan backa ut ur avtalet men inte efter, och denna är avhängig när en part ”*uttrycker sig så bestämt att det föreligger ett löfte*”.[95] Hellner är också kritisk till den subjektivistiska metod som används vid bedömningen av vissa passivitetsverkningar där man lägger den ena händelsen efter den andra i de olika vågskålarna, för att därvid ta hänsyn till vad parten själv avsett och borde eller måste ha insett om vad den andra parten ansåg om vad den första avsett…[96] Hellner förespråkar därför en mer objektiv bedömning av vad som inträffat som inte innehåller subjektiva moment i samma utsträckning.[97]

Hellner anser att schemat med anbud och accept är förvånande seglivat med tanke på hur utvecklingen har gått framåt sedan avtalslagens tillkomst.[98] Domstolarna har enligt Hellner helt enkelt valt att infoga nya företeelser i avtalslagens system istället för att skapa en efter nya förhållanden anpassad begrepps- och regelbildning.[99] Hellner framhåller att även lagstiftaren har varit ovillig att frångå avtalslagens modell.[100] Ett konkret exempel på detta är att när en remissinstans påpekade att kommittéförslaget[101] till en ny lag om hemförsäljning utgick från ett annat anbuds- och avtalsbegrepp, så infördes ett nytt stadgande som syntes ha till uteslutande syfte att bringa

[88] Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, s. 122.
[89] Ibid.
[90] Ibid.
[91] Ibid.
[92] Ibid.
[93] Ibid.
[94] Hellner, Jan, *Kommersiell avtalsrätt*, s. 31.
[95] Ibid.
[96] Hellner, Jan, *Kommersiell avtalsrätt*, s. 32.
[97] Ibid.
[98] Hellner, Jan, *Avtals- och köprätt under 1900-talet*, s. 757.
[99] Hellner, Jan, *Avtals- och köprätt under 1900-talet*, s. 757f.
[100] Hellner, Jan, *Avtals- och köprätt under 1900-talet*, s. 758.
[101] Prop. 1981/82:40 s. 154.

lagens terminologi till överensstämmelse med avtalslagens.[102] Hellner kommenterar detta med *"Att det skulle vara möjligt att genom en mer självständig begreppsbildning få en begripligare reglering är en tanke som inte tycks ha föresvävat lagstiftaren*",[103] vilket får sägas vara en ganska från kritik.

Enligt Adlercreutz är det uppenbart att det finns fler sätt att ingå avtal på än avtalslagens modell och han ställer frågan om det ens är en *realistisk* beskrivning på flertalet fall.[104] I hans lärobok redogör han först för avtalslagens modell, som han tycker är en naturlig *utgångspunkt*, men inte komplett. Sedan följer former för avtalsslut som inte omnämnes i avtalslagen, men som han anser måste uppmärksammas för att inte bilden av hur avtal kommer till ska bli ofullständig.[105] Således identifierar och erkänner han att dessa former existerar, vilket inte är något omtvistat i sig. Däremot verkar han inte benägen att acceptera dem som helt fristående från avtalslagen, eftersom han resonerar i termer av anbud och accept, låt vara att dessa kan infalla samtidigt som vid det gemensamma avtalsslutet. Liksom Lehrberg ger Adlercreutz intryck av att fokusera på parternas *viljeförklaring* då han tydligt markerar tidpunkten för när parterna är villiga att binda sig, och separerar den från förhandlings- eller bekräftelsestadiet. Adlercreutz uttalar att det föreligger en risk för att avtalslagen i rättstillämpningen får större genomslagskraft än den måhända avsetts att ha.[106] Han verkar sålunda vidgå behovet av andra självständiga former, men är inte redo att erkänna dem som helt fristående förrän de slagits fast i rättspraxis.

Taxell anser att de *förfaranden* som grundar avtal går under benämningen *avtalsmekanismer* och dessa är dels i lag reglerade mekanismer och dels har de behov som uppkommit i praktiken framkallat mekanismer utan stöd i lag.[107] De åtgärder och förfaranden som är av det slag och den styrka att de skapar relationer som kan konstituera rättsligt bindande avtalsförhållanden, utgör *avtalsgrundande rättsfakta*.[108] I varje enskilt fall skall sedan prövas om de personerna har skapat en rättslig grund för sina anspråk och vid denna bedömning ska man se till både handlandet och dess följder. Taxell framhåller att man frigör sig från ett enhetligt schema genom att erkänna denna mångfald, för när det anses förekomma tillräckligt starka skäl ska man helt enkelt acceptera att avtalsbundenhet har inträtt eftersom ett avtalsgrundande rättsfaktum då föreligger.[109]

[102] Hellner, Jan, *Avtals- och köprätt under 1900-talet*, s. 758.
[103] Ibid.
[104] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 47.
[105] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 49.
[106] Adlercreutz, Axel, *Strövtåg i avtalsrätten*, s. 3.
[107] Taxell, Lars Erik, *Avtalsrätt, bakgrund - sammanfattning – utblick*, s. 46.
[108] Taxell, Lars Erik, *Avtalsrätt, bakgrund - sammanfattning – utblick*, s. 46ff.
[109] Taxell, Lars Erik, *Avtalsrätt, bakgrund - sammanfattning – utblick*, s. 46ff.

Ramberg och Ramberg tycker att det är ett pedagogiskt problem att avtalslagens modell i hög grad präglar svenska juristers syn på slutande av avtal.[110] De är mycket positivt inställda till att det finns andra modeller att tillgå för avtalsslut som är helt frikopplade från avtalslagens. Liksom Taxell anser de att man måste beakta en rad olika faktorer, *avtalsgrundande rättsfakta* eller *dispositionskriterier*, för att bedöma om avtalsbundenhet uppkommit.[111] Ramberg och Ramberg poängterar att de inte anser att det är möjligt att i lag eller doktrin erbjuda en enkel lösning som är tillämplig på alla uppkomna situationer, eftersom avtal ingås på så många olika sätt och under skilda förhållanden.[112]

Grönfors är mycket kritisk till hur författarna till avtalslagen försökte få löftesprincipen att framstå som något redan erkänt. I motiven står att avtalet ”*kommer till stånd genom ett utbyte av sammanstämmande viljeförklaringar*”,[113] men Grönfors menar att det inte sker något utbyte utan istället ett slags *självbindning* då man förpliktigar envar enbart sig själv genom sin egen förklaring.[114] Att beskriva den fullt utvecklade avtalsbundenheten som ”dubbla självbindningar” måste därför uppfattas som ”*överraskande och onödigt komplicerande*”.[115] Enligt Grönfors åsyftar anbudsgivarens vilja att bli bunden i första hand en *anbudsbundenhet* och anbudstagarens accept visar främst att denne är villig att bli bunden oåterkalleligt på ett motsvarande sätt.[116] När accepten har kommit anbudsgivaren till handa och de båda förklaringarna visat sig sammanfalla uppkommer sålunda *automatiskt* en avtalsbundenhet. I vartdera löftesögonblicket måste det därför förutsättas en anbudsbundenhet, som sedan ska transformeras till en full avtalsbundenhet och det är detta som Grönfors kallar för en *tvåstegsraket*.[117] Således är Grönfors kritisk till löftesprincipen som helhet då det inte som vid kontraktsprincipen rör sig om konsensus mellan två parter som ömsesidigt binder varandra, utan istället är det fråga om en tvåstegsraket med självbindning.

Grönfors konstaterar att avtalslagens modell är den obestridda utgångspunkten i svensk rätt för läran om avtals ingående.[118] När avtalslagens modell tillkom uppfattades den som ett beskrivningssystem med ganska allmän räckvidd.[119] Det hörde samman med att den kommersiella tekniken för avtals ingående vid den tiden var så enkel att modellen ofta kunde appliceras på de omständigheter som förelåg.[120] Liksom Lehrberg påpekar Grönfors dock att det inte var lagskrivarnas ambition att modellen skulle ha en mer eller mindre obegränsad räckvidd

[110] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 101.
[111] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 143.
[112] Ibid.
[113] Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar… (1914) s. 36.
[114] Grönfors, Kurt, *Löftesprincipen, tillitsteorin och avtalslagen*, s. 267f.
[115] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 20.
[116] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 21.
[117] Ibid.
[118] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 17.
[119] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 32.
[120] Ibid.

ens på köpavtal.[121] Trots detta har avtalslagens enkla modell fått göra anspråk på en sådan generell tillämplighet att den varit vägledande inom hela förmögenhetsrättens område.[122] Grönfors är mycket kritisk till att man i både domstolar och doktrin resonerar i modellens termer trots att resultatet ibland ”*närmast blir groteskt*”.[123] Han menar att det i det dagliga livet förekommer flera variationer på avtalslagens modell som företer så kraftiga skillnader därifrån, att de måste uppfattas som särskilda modeller om inte ”*lagmodellen skall sprängas trots sin elasticitet*”.[124] Grönfors redogör således i sin kommentar till avtalslagen för olika modeller för avtals ingående, såsom stegvis låsning av förhandlingspositioner och avtalad skriftform, vilkas existens är logisk när det är *avtalsgrundande rättsfakta* som grundar avtal.[125]

Reglerna om ingående av avtal tillhör den allmänna avtalsrätten och de får därför mycket stor betydelse vid alla slags överenskommelser. Trots att avtalslagens första kapitel är uttryckligen dispositivt så inverkar det ändå på avtal som följer andra mönster. Avtalslagens modell med anbud och accept är relativt enkel att förstå och tillämpa och den är också väl inarbetad efter över 90 år i bruk. Avtalstexten är dock knapphändig och motiven likaså. Viktiga begrepp, såsom anbud, definieras inte och det ingår subjektiva rekvisit i flera bestämmelser som kan vara svåra att tillämpa. Därför har doktrin lagt ner stor möda på att utröna vilka teoretiska överväganden som avtalslagen bygger på, men även på att utveckla teorier om hur lagrummen och de principer som de ger upphov till ska tillämpas i praktiken.

Avtalslagens regler är baserade på löftesprincipen som har kommit till särskilt uttryck i 1 § och 7 §. Syftet är att förhindra spekulation på motpartens bekostnad och därför är det motpartens tillit till löftet som ger upphov till avtalsverkan. Grönfors anser att de två parterna i själva verket bara har ”tillit” till sig själva och att de därmed egentligen befinner sig i två olika sfärer, vilket jag inte tycker är en särskilt egendomlig uppfattning.[126]

Trots att Vahlén redan på 60-talet uppmärksammade de självständiga formerna för avtalsslut, uttryckte en auktoritet som Lehrberg förra året att de fortfarande kan inordnas under avtalslagens tillämpningsområde. Att det råder delade meningar om avtalsmodellens elasticitet är därmed uppenbart. Man kan uttrycka det som att det finns två falanger, med Vahlén och Grönfors i spetsen av den ena och Lehrberg som anförare av en onekligen mer restriktiv hållning. Att man inom affärsvärlden är mer benägen att erkänna andra avtalsmodeller står klart eftersom de huvudsakligen utvecklas där och verkar vara ett vanligt inslag i vardagen. En övervägande del av doktrinen verkar dock inta en mer avvaktande hållning och vill ha fler domstolsavgöranden innan de accepterar företeelsen fullt ut.

---

[121] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 33.
[122] Ibid.
[123] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 34.
[124] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 35.
[125] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 63ff.
[126] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 20.

Avtalslagens modell är på flera sätt ofullständig och i vissa delar föråldrad, vilket inte minst tillkomsten av de nya formerna för att ingå avtal vittnar om. Som exempel på att tiden sprungit ifrån formuleringarna är de uttryck som finns i 9 § då det numera verkar vara väldigt sällsynt att använda ”utan obligo”. Spegelbildsprincipen[127] innebär att avtalet kommer till stånd vid det tillfälle då viljeförklaringarna är samstämmiga och den är inte alltid tillämpbar eftersom anbud och accept idag kan vara svåra att urskilja. Som ett alternativ har doktrinen om avtalsgrundande rättsfakta lanserats där en bedömning istället ska göras av de föreliggande omständigheterna. Om tillräckligt starka skäl befinns vara för handen ska ett avtal då anses ha kommit till stånd. Således har en mer objektiv metod konstruerats till skillnad från de framträdande subjektivistiska inslagen i avtalslagen.

3.2 Variationer på avtalslagens modell

De mönster för avtalsslut som presenteras under denna rubrik har alla det gemensamt att det är möjligt att applicera avtalslagens anbud och accept på dem. Det är viktigt att poängtera att det ej är vattensäkra skott dem emellan, utan det är mer av ett försök att skissera upp några alternativ. Således är både *avtalad skriftform* och bruket av *order, offert och orderbekräftelse* exempel på en *avtalad förhandlingsordning*. Jag har ändå valt att behandla de två i separata kapitel eftersom de används i så stor utsträckning att det har etablerats specifik praxis. Avtalslagens modell är främst anpassad för överenskommelser som ingås inter absentes vilket blir påtagligt när det vid förhandlingssammanträden sluts *avtal mellan närvarande*. Det förekommer att förhandlingar har förts om att sluta ett avtal varpå den ena näringsidkaren skickar en *ensidig bekräftelse* på ett påstått avtal. Till skillnad från de flesta modeller som avviker från avtalslagens mönster är rättsläget sedan några månader tillbaka klargjort vad gäller verkan av motpartens underlåtenhet att reklamera sådana bekräftelser. Jag tar även kort upp *auktion* och *upphandling*. Beteckningarna på de olika formerna är ingalunda något som jag är upphov till utan de är lånade från Grönfors terminologi. De valda modellerna är inte på något sätt uttömmande utan givetvis förekommer det med all säkerhet fler varianter i praktiken.

3.2.1 Avtal mellan närvarande (inter praesentes)

När två parter är närvarande och förhandlar om att ingå ett avtal med varandra, kan det vara direkt opraktiskt och svårt att tillämpa avtalslagens modell med anbud och accept som främst är utformad för frånvarande. Det ansåg även lagskrivarna själva och därför infördes en bestämmelse i 3 § 2 st. som stadgar att ett anbud som göres muntligen utan att anstånd medges, måste antagas *omedelbart*. Grönfors anser att detta krav på ett omedelbart antagande när parterna är samtidigt närvarande är ett erkännande av att lagmodellen ej är användbar alls i en sådan situation.[128] Detta eftersom själva poängen med lagmodellen är att anbudet är bindande under en

[127] Om spegelbildsprincipen se Hellner, Jan, *Avtals- och köprätt under 1900-talet*, s. 758.
[128] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 36.

acceptfrist och här finns ingen sådan.[129] Acceptfristens förekomst har försvarats med att den visst existerar, men att den är mycket kort. Jag anser att det inte finns en acceptfrist i den mening som termen är avsedd för, då uttrycket ”omedelbart” inte går att tänja på. Om en part vill tänka över anbudet så måste denne be om betänketid, och då har parterna valt att tillämpa en annan form av avtalsslut än det som avtalslagen erbjuder för muntliga avtal.

I motiven till 5 § står det att modifikationer i de föreslagna avtalsvillkoren, inte i sig får behandlas som avslag.[130] Acceptfristen ska alltjämt löpa och anbudsmottagaren har därför fortfarande möjlighet att anta anbudet. Det är först om anbudsgivaren verkligen har fog att sluta sig till att anbudstagaren vill avslå anbudet som 5 § gäller, vilket är en omständighet som förfrågningar och förslag till modifikationer inte uppfyller. Grönfors skriver att ”*Det är ett oavvisligt krav att man, när man avslår ett anbud, måste för mottagaren klargöra, om detta inte är avsett att vara ett definitivt ställningstagande*”.[131] Han synes alltså mena att man kan avslå ett anbud men att man om man inte avser att avslå det sedan kan anta anbudet ändå, vilket jag anser är ett ganska märkligt resonemang.

En förhandling kännetecknas av att det förekommer förslag och motförslag och inte exempelvis anbud, oren accept i förening med nytt anbud, avslag, nytt anbud som inte omedelbart antages och därmed är förfallet, nytt anbud, oren accept och så vidare. Parterna förhandlar helt sonika med varandra utan avsikt att avge bindande anbud respektive accept. Adlercreutz påpekar att bestämmelsen om *oren accept* i 6 § kan användas för etappvis uppnående av enighet om avtalsvillkoren, men att det i praktiken sannolikt används endast för uppnåendet av *modifikationer* i ett lämnat anbud.[132] Han anser alltså att 6 § kan vara tillämpbar, men jag tycker att parterna vid en lång och omfattande förhandling har frångått avtalslagens modell alltför mycket för att den ska vara direkt tillämplig. Normalt sett har inte heller de meddelanden som utväxlas vid en förhandling den precisionen att det går att tala om en bundenhetsvilja.

En annan möjlig konstruktion när man ska försöka tillämpa avtalslagens modell är att se de olika villkor som är föremål för förhandling som *isolerade* från varandra. Parterna förhandlar till exempel om leveransdatum och uppnår enighet i denna fråga och bundenhet har därför uppstått avseende detta villkor. Ett anbud har då omedelbart antagits, men det hjälper ju ingen att ha ett leveransdatum när man inte enats om mängd, pris och så vidare. Det kan också diskuteras huruvida det är alltför ofullständigt för att kunna utgöra ett avtal. Är ”detaljavtalen” *villkorade* av att parterna når en överenskommelse om de andra villkoren också? Hur många överenskomna villkor krävs i så fall? Ett resonemang som detta anser jag är alltför teoretiskt och det saknar stöd i avtalslagen. Den part som avger ett

[129] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 36
[130] Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar… (1914) s. 48.
[131] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 53.
[132] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 68.

förhandlingsbud har säkerligen en allmän önskan om att ingå avtal med det budet, men räknar med att få höja eller sänka. Det kan därför diskuteras om motparten verkligen kan sluta sig till någon vilja att binda sig innan förhandlingen är i slutskedet. Budet är förmodligen inte tillräckligt tydligt och komplett i det tidiga förhandlingsstadiet, men ju längre förhandlingen pågår kan det säkert utgöra ett anbud i den bemärkelsen, låt vara att en del utfyllande regler behöver tillämpas. De övriga grundläggande rekvisiten som tagits upp under 2.3 ovan är vanligen uppfyllda utan några problem.

Adlercreutz framhåller att man måste skilja på ”*förhandlingsstadiet och det stadium då bindande viljeförklaringar kommer till stånd*” eftersom lämnade förhandlingsbud normalt inte är avsedda att vara bindande.[133] Det behövs inte särskilt mycket fantasi för att föreställa sig situationer där det i praktiken kan vara svårt att skilja på bindande viljeförklaringar och bud som bara är ett led i en förhandling. Enligt Adlercreutz är den avgörande skillnaden det *sätt* som uttrycket gjorts på och det blir då ”*ytterst en fråga om tolkning och rättslig kvalificering av förekommande fakta, varvid sedvänjor och bruk kan bli av stor betydelse*”.[134]

Självklart kan två parter som ofta ingått avtal genom förhandling ha utvecklat ett bruk sinsemellan om hur deras avtalsslut ska se ut. Men det är inte självklart att parterna har samma uppfattning om när det föreligger ett bindande avtal, vilket inte heller aktualiseras förrän någon påstår motsatsen. Eventuellt har de berört frågan och i så fall är det troligt att man kan anse att de har avtalat om en särskild förhandlingsordning.[135] Om förhandlingarna avslutas med att båda parterna undertecknar ett kontrakt, kan det betyda att parterna kan anses ha avtalat om att de inte är bundna förrän avtalet befästs skriftligen och då föreligger avtalad skriftform.[136] En förhandling kan också utmynna i att ett avtal ingås utan att något skriftligt förekommer (en skriftlig *bekräftelse* har ingen betydelse) och då är det svårare att avgöra när bundenheten uppstått.

Woxholth påpekar att det är typiskt för förhandlingsavtal att de får sitt innehåll vartefter förhandlingarna fortskrider.[137] Han anser även att det är *opraktiskt*, men inte *otänkbart*, att bindningen vid dessa tillfällen inträder som i avtalslagens utväxling av anbud och accept.[138] Det kan också vara svårt att skilja mellan de utsagor som har löftesverkningar och de som bara är oförpliktande förslag. Huvudfrågan blir därför enligt Woxholth vilka dispositionskriterier som är relevanta vid förhandlingsavtal mellan närvarande.[139] Eftersom de variationsmönster som finns för ingående av sådana avtal är nära på oändliga går det inte att ge ett generellt svar. Woxholth anser därför att det centrala blir att undersöka om det föreligger

[133] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 68.
[134] Ibid.
[135] Se mer nedan under 3.2.2.
[136] Se mer nedan under 3.2.3.
[137] Woxholth, Geir, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 132.
[138] Ibid.
[139] Woxholth, Geir, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 133f.

tillräcklig *enighet* mellan parterna.[140] Han framhåller att ju mer långvarigt och komplicerat som ett avtal ska vara och ju mer det är präglat av behovet av lojalitet och tillit mellan parterna, desto starkare blir presumtionen att parterna har förhandlat under förutsättning att de inte ska bli bundna förrän det specifikt uttalats en sådan vilja.[141]

Vahlén anser att man vid en bedömning av en eventuellt uppkommen bundenhet måste se förhandlingarna såsom en *helhet* och avgöra om konsensus uppnåtts just om avtalsslut *eller* om alla villkor för avtalet.[142] Han tycker således att det är självklart att frågan om ett avtal har ingåtts ska bedömas ”*enligt andra riktlinjer än avtalslagens*”, eftersom ”*parternas muntliga förklaringar eller meddelanden icke kunna tolkas såsom bindande anbud och svar*”.[143] Vid en första anblick kan det verka som att Vahlén, när han menar att förhandlingen ska ses som en helhet, är av motsatt åsikt än Adlercreutz som ju skiljer mellan förhandlingsbud och avtalsslut. Jag tror dock bara att de har uttryckt sig på olika sätt eftersom Vahlén noga urskiljer att det finns en särskild tidpunkt då enighet om själva avtalsslutet har uppstått. Det är skiftningen mellan dessa två moment som ofta uttrycks som att parterna *övergår från konversation till disposition.*[144] Att en bundenhet föreligger är därmed inte synonymt med att ett avtal är komplett.

Det kan vara knepigt att peka ut den punkt då parterna istället för att förhandla ska sluta ett bindande avtal utan att åstadkomma något skriftligt. Om det förekommer yttre fenomen som går att uppfatta är det enklare, såsom ett handslag för att befästa affären. Förhoppningsvis uttalas också orden ”nu är vi överens om detta då” eller liknande. Om det finns andra personer närvarande förenklar det ytterligare för att bevisa att avtalet ingåtts, om de har blivit tillfrågade om att vara just vittnen. När man i efterhand ska avgöra *vad* det är som har avtalats får det göras genom sedvanlig tolkning.

Jag har inte hittat några prejudikat som tar upp förhandlingsavtal kontra avtalslagens modell. Inom arbetsrätten förekommer avtalsförhandlingar mycket ofta men de är inte helt jämförbara då de centrala kollektivavtalen kräver skriftlig form enligt 23 § MBL. Men även innan MBL:s tillkomst har AD förklarat att ett förslag till kollektivavtal normalt inte utgör ett anbud i avtalslagens mening, med hänsyn till karaktären av kollektivavtal och längden på den tid som i allmänhet förflyter från ett avgivet förslag till ett slutgiltigt avtal.[145] Däremot är det vanligt att en arbetstagarorganisation förhandlar med en arbetsgivare eller dennes arbetsgivarorganisation, för en enskild medlems räkning om en fråga som endast rör medlemmen personligen. En sådan förhandling stämmer bättre överens med en avtalsförhandling mellan två kommersiella parter.

---

[140] Woxholth, Geir, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 134.
[141] Woxholth, Geir, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 137.
[142] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 373.
[143] Ibid.
[144] Uttrycket användes första gången av Jacob Arnholm i TfR 1948 s. 412.
[145] AD 1937 nr. 59. Se dock AD 1950 nr. 41 där omständigheterna var sådana att ett förslag ändå utgjorde ett bindande anbud som också hade accepterats inom skälig tid.

Bundenhet under en förhandling har tagits upp i *AD 1994 nr. 157* som jag tycker klargör AD:s syn. En anställd förhandlade med sin arbetsgivare, ett bolag som företrädde av två representanter, om ett avgångsvederlag. Enighet uppnåddes om villkoren i ett upprättat avtalsförslag med däri för hand gjorda ändringar. Parterna hade dock inte bestämt hur hela avtalet skulle utformas slutligt. I detta skede ville också bolaget att ett konsortialavtal, som rörde arbetstagandens aktieägande i bolaget, skulle vara ”obsolet” till följd av uppgörelsen om avslutandet av anställningen. Förhandlingssammanträdet avbröts senare utan att enighet uppnåddes i frågan om konsortialavtalet. Den anställde väckte sedermera talan och yrkade att bolaget skulle utge ett avgångsvederlag i enlighet med det muntliga avtal som ingåtts under förhandlingssammanträdet.

AD konstaterade i sitt domskäl att det var fråga om att avtal av inte alltför omfattande och komplicerad natur. Sedan följde ett uttalande som jag väljer att citera i sin helhet eftersom det tydligt visar AD:s utgångspunkt: ”*Vid sådana avtalsförhandlingar måste det typiskt sett antas vara av parterna avsett att ingen av dem skall bli bunden vid enskilda villkor, som man under förhandlingens gång enas om, förrän enighet nåtts om alla villkor som parterna eller en av dem önskar få reglerade genom det åsyftade avtalet eller, som saken också kan uttryckas, förrän ”enighet nåtts just om avtalsslut”…*”.[146] AD hänvisade också till Vahlén. Domstolen konstaterade att den redovisade uppfattningen stämde överens med vad som var allmänt skick och bruk vid förhandlingar på arbetsmarknaden. Det hade inte i målet framkommit något som kunde stödja att parterna avsett att avvika från detta. Arbetstagaren hade bevisbördan för att ett bindande avtal verkligen kommit till stånd och AD ansåg inte att beviskravet var uppnått.

Jag tycker att AD kom fram till rätt domslut när de ansåg att inget bindande muntligt avtal kommit till stånd. Jag är positiv till att domstolen inte ger sig in i någon diskussion om anbud och accept utan istället på sätt och vis erkänner en särskild ”förhandlingsmodell”, där det typiskt sett inte är bindande att förhandla. AD jämför inte förrän i ett andra steg med skick och bruk vid arbetsmarknadens förhandlingar, vilket tyder på att den anser att utgångspunkten är att bundenhet inte uppkommer förrän enighet uppnåtts om alla villkor, eller att ett avtal ska ingås. Specialdomstolen går till och med så långt som att påtala att det måste framgå av omständigheterna om en part vill frångå denna norm.

I ett mål som kom några år senare hade förhandlingar förts skriftligen angående ersättningsanspråk för uppsägning på grund av arbetsbrist. Ett förlikningsförslag skickades den 28 december och avsändaren meddelade i ett telefonsamtal den 16 januari att budet fortfarande stod fast. Motparten svarade därför senare samma dag per fax att budet accepterades. Senare uppstod tvist huruvida ett avtal hade kommit till stånd eller ej. TR[147] ansåg att rättsfrågan var huruvida en sedvanerättslig avtalsmodell skulle tillämpas istället för avtalslagen. TR påpekade att inga andra frågor förutom

[146] AD 1994 nr. 157.
[147] Nacka tingsrätts mellandom den 12 februari 1998 i mål T 2309/96.

skadeståndsbeloppet hade tagits upp under de olika buden, men att det säkert var ett vanligt förfarande att parterna koncentrerade sig på den ekonomiska uppgörelsen. Typiskt sett kunde det dock inte antas vara parternas gemensamma avsikt att en uppgörelse om enbart kompensationen skulle kunna vara bindande för sig. Därmed var uppgörelsen endast ett steg varifrån parterna fortsatte att förhandla bona fide mot det slutliga avtalet. TR anförde i slutet av domskälet att ”*… ter det sig naturligt att på detta sätt se till hela avtalssituationen som sådan och underförstå reservationer på parternas sida om att slutlig bundenhet uppkommer först när parterna anser allt slutligt uppgjort*”.

Tingsrättens dom överklagades till AD[148] som, liksom TR, hänvisade till *AD 1994 nr. 157* för att det där betonades att förhandlingsbud normalt inte var att anse som bindande förrän ”*enighet nåtts just om avtalsslut*”. AD påpekade sedan att det förelåg en avsevärd skillnad då de förhandlingarna hade genomförts muntligen vid ett sammanträde. I det här fallet hade de skriftliga buden omfattat samtliga de frågor som överhuvudtaget tagits upp och inga reservationer hade framförts om att buden inte varit avsedda att vara bindande. Därför hade ett bindande avtal kommit till stånd när det avgivna anbudet antogs utan reservationer. AD ansåg således att avtalslagens huvudregel var direkt tillämplig och att den sedvanerättsliga ”förhandlingsmodellen” därmed inte var användbar i just detta fall.

Jag har en känsla av att det ofta ligger i företagens intresse att det är förhandlingsbud som ska avges och inte anbud. Särskilt vid större kontrakt förutsätts det nog ofta att en förhandling ska inledas. Därför uppfattar säkert inte många av de parter som förhandlar om större kontrakt idag att deras bud är bindande, oavsett om de utryckt denna önskan eller ej, eftersom det anses som självklart. Enligt avtalslagen är dessa ”förslag” bindande om de är tillräckligt preciserade och motparten har fog för att uppfatta dem som anbud. Det föreligger således en diskrepans mellan uppfattningarna i teorin och praktiken, vilket kan men inte alltid behöver ge upphov till problem.

En klar fördel med att parterna förhandlar om ett avtal är att det borde minska risken för dold dissens, eftersom de gemensamt har berört de centrala frågorna och även kommit överens om vad som ska gälla. Givetvis kan det uppstå situationer där parterna talar förbi varandra eller rena missförstånd, men i jämförelse med fallen då parterna inte samverkat med varandra borde fallen med dissens vara färre.

Doktrinen verkar dela in sig i två läger. De är alla överens om att det är opraktiskt att generellt tillämpa avtalslagens modell på nutidens kommersiella avtalsförhandlingar, men det råder oenighet om hur reglerna närmare bör utformas. Jag anser att utgångspunkten vid förhandlingssammanträden bör vara att inget bindande avtal ingås förrän enighet uppnåtts om avtalsslut. Det är enklare att klart uttrycka att man är redo för att träffa avtal, än att för säkerhets skull behöva uttrycka att budet

[148] AD 1998 nr. 149.

inte är avsett att vara bindande. Att en bindande överenskommelse kan komma till stånd när parterna har enats om alla villkor behöver inte vara så önskvärt som man kan tro, eftersom ena parten kan ha någon anledning för att vilja vänta med avtalsslutet. AD synes visserligen reservera denna modell för avtal som inte var av komplicerad eller omfattande natur, men jag förespråkar ändå att stor försiktighet bör iakttas när en bundenhet eventuellt ska påföras under en muntlig förhandling mellan närvarande parter när de inte klart har givit intryck av en sådan vilja.

3.2.2 Avtalad särskild förhandlingsordning

Som rubriken antyder har parterna uttryckligen kommit överens om hur de ska gå till väga när de sluter sitt avtal och därmed har de frångått avtalslagens dispositiva modell. Exempel på avtal där en särskild förhandlingsordning används är avtalad skriftform, villkorad bundenhet, ramavtal, årskontrakt, avropsavtal och anbudstävlingar. Avtalad skriftform och offert, order, orderbekräftelse är typexempel och nyttjas så frekvent att jag valt att behandla dem i egna kapitel nedan. Särskild förhandlingsordning tillämpas på ett annat sätt inom arbets- och hyresrätten som utelämnas här.

Efter förhandlingar kan parterna ha kommit överens om hela avtalet, men av någon anledning inte vilja att det ska bli bindande förrän en särskild förutsättning har blivit uppfylld. En teknik som då kan användas är att man i den slutliga avtalstexten för in en klausul som heter exempelvis ”*subject board’s approval*”. Det får till följd att avtalet är villkorat av styrelsens godkännande och därmed inte kan göras gällande förrän ett sådant lämnats. Om inte parterna har klargjort den specifika anledningen till *varför* detta godkännande behöver inhämtas, kan en vägran på vilken grund som helst enligt Gorton utgöra ett tillräckligt skäl för att avtalet inte kan komma till stånd.[149] Ramberg och Ramberg anser att en part är *skyldig* att lojalt verka för att tillståndet ska erhållas, vilket betyder att det är förbjudet att begagna förbehållet som en möjlighet att ensidigt dra sig ur avtalet.[150] Gorton är försiktigare och konstaterar visserligen att grundtanken är att metoden skall användas på ett lojalt sätt i förhållande till motparten, men om en motpart har accepterat ett sådant vidsträckt förbehåll som ”*subject board’s approval*”, kommer det att bli svårt att hävda att illojalitet föreligger.[151] Adlercreutz anser att den som förhandlat förväntas verka för att ett godkännande ska lämnas och påpekar att det finns en risk för att ett dylikt villkor utnyttjas i spekulationssyfte.[152]

Om en person som ingår avtalet har det avgörande inflytandet på styrelsens senare godkännande kan det enligt Ramberg och Ramberg finnas en möjlighet att avtalet blir giltigt utan ett sådant godkännande, eller att skadeståndsskyldighet uppkommer på grund av culpa in contrahendo.[153] I

[149] Gorton, Lars, *Shipping and Contracting*, s. 49.
[150] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 118.
[151] Gorton, Lars, *Shipping and Contracting*, s. 49.
[152] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 109f.
[153] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 118.

NJA 1995 s. 437 hade en VD som var enda firmatecknare förhandlat om ett avtal med ett förbehåll om styrelsens godkännande. Bolagets styrelse vägrade att godkänna avtalet och kunde därmed undgå bundenhet av avtalet som hade blivit oförmånligt på grund av krisen på fastighets- och finansmarknaden. Till saken hörde att VD:n hade ett aktieinnehav med 45 % röstvärde och borde ha haft kontroll över bolagsstämman och således kunnat avsätta styrelsen om den vägrade att godkänna avtalet. HD godkände förbehållet och ansåg att motparten borde ha insett VD:ns bristande beslutskompetens.

Förbehållen kan se ut på olika sätt: *subject financing, subject approval of relevant authority, subject stem* och så vidare. När man tydligt har skrivit exempelvis ett förbehåll om regeringens godkännande, så innebär det enligt Gorton att det finns ett mindre handlingsutrymme än vid ett förbehåll om styrelsens godkännande.[154] Såvida det inte är staten som är avtalspart kan ju inte en part påverka möjligheten att få ett officiellt tillstånd, även om parten är skyldig att göra sitt bästa. När en part är skyldig att söka ett visst tillstånd, såsom förvärvstillstånd och det inte görs leder det till att avtalet blir ogiltigt.[155] Enligt Adlercreutz kan ett avtal i sådana fall lätt förnyas och i rättspraxis har det inte uppställts särskilt höga krav för att en förnyelse eller bekräftelse av ett ogiltigt avtal skall godtas.[156] Adlercreutz anser att det möjligen framgår motsatsvis av *NJA 1953 s. 703* att en säljare kan tvinga köparen att söka förvärvstillstånd, eller åtminstone få skadestånd av köparen på grund av dennes underlåtenhet.[157] Lind har uttalat att en ”*part är skyldig att i ”good faith” medverka till att söka erforderligt tillstånd, och gör man inte det inträder sanktioner*”.[158]

En typ av förbehåll som är svårare att tillämpa är ”*subject details*”. Enligt Hellner är den bakomliggande tanken att parterna alltid ska nå en överenskommelse om sådana ”details” och att en part vid äventyr att inget avtal kommer till stånd kan godta motpartens förslag om ”details”.[159] Motparten kan då utnyttja situationen och hävda att villkor som egentligen är väsentliga istället hänför sig till detaljerna, vilket innebär att den andre parten hamnar i ett trängt läge.[160] Det är därför högst relevant att avgöra när ett avtal med ett sådant förbehåll anses bindande och vad som är ”details” och ”main”. När inte parterna lyckats enas om detaljerna kan det leda till att inget avtal alls ska anses ha ingåtts, eller så måste man avgöra vilka detaljerade villkor som ska gälla. Eftersom det inte finns någon specifik svensk rättsregel så blir det allmänna avtalsrättsliga principer som ska tillämpas. Om man väljer det senare alternativet så löses problemet enligt Ramberg och Ramberg genom sedvanlig avtalstolkning.[161]

---

[154] Gorton, Lars, *Shipping and Contracting*, s. 49.
[155] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 109.
[156] Ibid. Se NJA 1931 s. 667.
[157] Ibid.
[158] Lind, Johan, NJM 1984 II s. 461f.
[159] Hellner, Jan, *Kommersiell avtalsrätt*, s. 36.
[160] Ibid.
[161] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 118.

Parterna disponerar över sitt avtal vilket leder till att om de har karakteriserat ett villkor som ”detail”, fast det egentligen normalt är att hänföra till ett ”main” eller vice versa, är det enligt Gorton parternas uppfattning som styr.[162] Det är vanskligt att ge några riktlinjer på vilka villkor som vanligen hör till vardera kategorin eftersom varje avtal har sina speciella förutsättningar. Grönfors framhåller att begreppet ”main terms” åsyftar själva löfteskärnan och är det som bestämmer det individuella avtalets profil och det är därför det området som parterna vanligtvis ägnar särskild uppmärksamhet.[163] Han påpekar vidare att termen ”details” då omfattar det som uppfattas vara ”resten” ända till rent marginella bestämmelser och ofta görs ett val mellan färdiga standardiserade klausuler.[164]

Huvudregeln[165] vid förhandlingar även om de pågått länge och nästan är klara är enligt Hellner att en part är fri att dra sig ur när som helst under förhandlingen.[166] Det är att likna vid avtalad skriftform där inget bindande avtal uppkommit förrän *hela* kontraktet är färdigt och undertecknat. Parterna kan undgå bundenhet när de inte kan komma överens om detaljerna. Om parterna har kommit överens om vilka de ”details” är som ska tas upp senare, så har de enligt Gorton ingått ett bindande avtal åtminstone till någon grad och parterna anses ”*thereby also have agreed to come to terms with respect to the details*”.[167] Gorton är dock av den uppfattningen att en svensk domstol skulle vara försiktig med att förklara ett kontrakt som bindande om det fanns någon helt oreglerad fråga lämnad kvar, såvida den inte var av liten vikt.[168]

Rättsläget är alltså ovisst avseende när bundenheten inträder vid villkorade avtal. Två parter kan enligt Ramberg och Ramberg föredra att sluta ett avtal med delvis osäkert innehåll framför att inget avtal alls kommer till stånd.[169] Det enda som kan hävdas med säkerhet är att den slutliga och fullständiga dokumentationen inte alltid behöver ha utverkats.[170] I nära anslutning till klausuler med ”subject to” uppkommer ofta frågan om parterna kan bindas vid varandra successivt, trots att det är deras avsikt att de egentligen ska kunna ha en möjlighet att dra sig ur. Jag behandlar detta ämne mer ingående i 3.3.1. En annan form som påminner om de problem som uppkommer vid villkorade avtal är vilken eventuell rättsverkan som så kallade avsiktsförklaringar eller principöverenskommelser kan få. Av utrymmesskäl lämnas detta utanför denna framställning.[171]

---

[162] Gorton, Lars, *Shipping and Contracting*, s. 63.
[163] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 65f.
[164] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 66.
[165] Det finns de som har en avvikande åsikt, se mer i 3.3.1.
[166] Hellner, Jan, *Kommersiell avtalsrätt*, s. 35.
[167] Gorton, Lars, *Shipping and Contracting*, s. 53.
[168] Gorton, Lars, *Shipping and Contracting*, s. 63.
[169] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 119.
[170] Adlercreutz, Axel, *Rättsverkan av brutna förhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal (om 'letters of intent', principöverenskommelser m.m)*, s. 493
[171] Se Hellner, Jan, *Kommersiell avtalsrätt* (1993), Gomard, Bernhard, Hellner, Jan och Grönfors, Kurt, NJM 1984 I s. 245ff och s.454ff samt Adlercreutz, Axel, SvJT 1987 s. 493.

Ett *ramavtal* bestämmer helt eller delvis avtalsvillkoren för de avtal som avses falla in under ramavtalet.[172] Grönfors framhåller att det sker en horisontell uppdelning eftersom ramavtalet är giltigt under en längre tid, att det är mer abstrakt än ett normalt avtal samt att det omsluter flera konkreta avtal.[173] Ramberg och Ramberg påpekar att ramavtalet till exempel kan innehålla villkor om pris, leveranstider, avbeställning, kvalitet och garantier och att det ofta också finns bestämmelser om hur de enskilda avtalen ska komma till stånd.[174] Ramavtalen underlättar för parterna på det sättet att de inte behöver avtala om alla villkor vid varje tillfälle. Adlercreutz ger ett exempel på ett så kallat *årskontrakt* som rederierna ingår med bunkerleverantörer och skeppshandlare.[175] Det innebär att fartygsbefälhavaren, som enligt sjölagen har behörighet att företa rättshandlingar som avser fartyget, kan träffa avtal efter hand på redan överenskomna villkor.[176]

Ett *avropsavtal* föreligger när en produkt ska kunna beställas, *avropas*, vid olika tillfällen under avtalsperioden. Sådana avtal innehåller ofta bestämmelser om ingående av avtal som innebär att det är tillräckligt för att bundenhet ska uppkomma för båda parter att köparen gör en beställning.[177] Adlercreutz framhåller att avropsavtalet fastställer bland annat vilka varor som ska levereras, priser (ofta med möjlighet att justera priset) och beräknat årsbehov.[178] Det sistnämnda är enligt Adlercreutz viktigt för säljaren eftersom det har betydelse för dennes lagerhållning och annan planering och köparen är därför skyldig att underrätta om ändringar i prognosen.[179] Om man redan från början har bestämt olika tidpunkter för leverans av olika delar så att det inte behövs fler rättshandlingar, är det enligt Ramberg och Ramberg inte ett avropsavtal utan istället ett vanligt köpeavtal med successiva leveranser.[180]

Enligt Adlercreutz kan man se avropsavtalet, ramavtalet, som ett *föravtal* som förbinder parterna att efter hand träffa avtal om leverans på ramavtalets villkor.[181] Grönfors är däremot mycket noga med att markera att ett ramavtal *inte* är ett föravtal eftersom det förstnämnda inte är fristående från de framtida enskilda avtalen.[182] Som stöd för sin uppfattning anför han att ett ramavtal har kvar sin verkan under hela tiden, medan ett föravtal förlorar sin relevans när det senare avtalet väl har ingåtts.

---

[172] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 119
[173] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 77.
[174] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 119.
[175] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 99f.
[176] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 100.
[177] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 119.
[178] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 99.
[179] Ibid.
[180] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 119.
[181] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 100.
[182] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 78.

Adlercreutz anser att ett ramavtal också kan innebära ett åtagande av leverantören att hålla ett *stående anbud*, som enligt avropsavtalet ibland kan vara underkastat förändringar ifråga om pris eller liknande.[183] Köparens order utgör i sådant fall en accept och bundenhet uppkommer då enligt Adlercreutz sannolikt redan när ordern har kommit säljaren till handa.[184] Om istället en accept av ordern skulle krävas skulle det kunna ske genom tystnad och leverans, men Adlercreutz framhåller att oavsett vilken av de två lösningarna som väljs blir den praktiska skillnaden inte stor.[185]

En köpare kan ta initiativ till avtal genom *anbudstävlingar*[186] där säljarna uppmanas att tävla sinsemellan om att lämna det bästa anbudet. Något som skulle kunna betecknas som en typ av ramavtal är *multilaterala avtal om förhandlingsordning*. Ramberg och Ramberg påpekar att en part genom att acceptera ett medlemsavtal med bestämda regler för hur avtal ska komma till stånd och leveransvillkor, kan få många möjliga avtalspartners på en gång.[187] De individuella avtalen som sedan ingås ska ske i enlighet med medlemsavtalets fastställda avtalsvillkor, vilket innebär att det således inte finns något eller ett mycket litet utrymme för enskilda förhandlingar.[188]

3.2.3 Avtalad skriftform

Två parter kan under förhandlingar enas om att deras ingångna avtal ska skrivas ner och undertecknas av dem båda. Om de är ense om att ett avtal redan har träffats tjänar det skriftliga avtalet bara som bevis på det de redan har kommit överens om. Ett exempel på en sådan situation är *NJA 1957 s. 69* där ett skriftligt avverkningskontrakt om köp av stormfälld skog inte hade någon betydelse för avtalsbundenheten, även om det upprättades i anslutning till det muntliga avtalet. Att ett kontrakt har avfattats i efterhand av båda parter väger dock mycket tungt i bevishänseende. Ibland kan också den muntliga överenskommelsen preciseras eller kompletteras i kontraktet. Det har emellertid ingen verkan på bundenhetens uppkomst, utan innebär enligt Adlercreutz att avtalsslutet har följts utav ett *dokumentations-stadium*.[189]

Att skilja från detta förhållande är när parterna under sin förhandling är eniga om att avtalet inte ska ingås förrän ett skriftligt kontrakt har upprättats, oavsett vad som har tilldragit sig under förhandlingen. Själva undertecknandet behöver inte utföras av båda parterna samtidigt, utan de kan bli bundna var för sig genom att den ene undertecknar och därefter översänder det till den andra som accepterar med sin underskrift. Detta sätt att sluta avtal brukar benämnas *avtalad* eller *konventionell skriftform*. Adlercreutz framhåller att det är viktigt att skilja denna typ av avtal från

[183] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 100.
[184] Ibid.
[185] Ibid.
[186] Se 3.2.6.
[187] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 120.
[188] Ibid.
[189] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 86.

dem som är skriftliga till följd av *legala* skriftkrav, där skriftformen enligt lag är en förutsättning för avtalets giltighet.[190] Det förekommer att parterna för in ett förbud mot sidolöpare, en så kallad *integrationsklausul* (merger clause).[191] En sådan innebär att kontraktet ska anses omfatta allt som parterna är överens om och att allt annat som skulle kunna påverka innehållet ej får någon verkan.[192] Avsikten med en integrationsklausul är således enligt Adlercreutz att skydda avtalet mot muntliga kompletteringar och framför allt avvikelser.[193]

Det råder inget tvivel om att parterna kan komma överens om att använda sig av avtalad skriftform, eftersom parterna inom ramen för avtalsfriheten har all rätt att själva disponera över avtalsprocessen. Svårigheten ligger i att avgöra när och om parterna kan anses ha valt att tillämpa avtalad skriftform. Parterna har inte alltid uttryckligen kommit överens i förväg om att upprätta ett kontrakt, eller så har de det men har inte bestämt vilken juridisk betydelse kontraktet ska ha. De kan ha som avsikt att endast åstadkomma bevisning eller att egentligen inte villkora avtalsbundenheten utan bara säkerställa att vissa villkor blir en del av det slutliga avtalet. När en part vägrar att underteckna ett upprättat kontrakt kan det innebära att inget avtal har kommit till stånd, vilket är utgångspunkten när parterna klart har uttryckt sin önskan för detta. Adlercreutz anser att när en part istället har uppfattat att det bara utgör en bekräftelse, kan den andres vägran att skriva på i vissa fall utgöra ett väsentligt avtalsbrott som ger möjlighet att häva och få skadestånd eller kräva fullgörelse.[194] Om ett förhållande betraktas som avtalad skriftform eller ej kan således medföra konsekvenser av betydande slag.

Svensk rätt saknar lagrum som specifikt reglerar avtalad skriftform, men Grönfors uppmärksammar att tyska BGB § 154 st 2 innehåller en uttrycklig lagregel.[195] Bestämmelsen stadgar att avtalet i sådant fall in dubio inte skall anses slutet förrän den skriftliga avfattningen har kommit till stånd. Därmed blir verkan av avtalad skriftform en presumtion *mot* bindande avtal fram till att kravet på skriftlighet har uppfyllts.[196]

I svensk doktrin uppmärksammades avtalstypen första gången av Vahlén 1964.[197] Han skrev då att när det av omständigheterna mer eller mindre klart framgick att parterna förutsatt att skriftligt kontrakt skulle upprättas, men att det inte hade uttalats eller dokumenterats på något sätt, skulle man genom tolkning fastställa parternas intentioner.[198] Oftast fanns det inte några individuella tolkningsdata att utgå från utan avgörande blev då vilken

[190] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 86.
[191] Se NJA 1931 s. 313, NJA 1968 s. 303 och NJA 1986 s. 596.
[192] Adlercreutz, Axel, *Om den rättsliga betydelsen av skriftlig avtalsform och om integrationsklausuler*. s. 18.
[193] Ibid.
[194] Ibid.
[195] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 72.
[196] Ibid.
[197] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 72.
[198] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 373.

allmän inställning man hade. Enligt Vahlén antogs det vanligen i nordisk doktrin vid denna tid att parternas avsikt inte var att deras bundenhet skulle vara beroende av skriftform.[199] Han påpekade att ”*om en sådan tolkningsregel uppställes över hela linjen skulle den avtalade skriftformen kunna förlora åtskilligt av sin betydelse*”.[200] Därför var en mera nyanserad inställning enligt Vahléns mening påkallad och den stod i god överensstämmelse med dåtidens moderna avtalspraxis.[201]

I obligationsrättskommitténs förslag[202] fanns i anslutning till 7 § en tolkningsregel som enligt Vahlén innebar att om det i en accept framställts en begäran om avtalets avfattande i skriftlig form, så skulle inte accepten av denna anledning anses som oren.[203] Kommittén anförde att om en sådan begäran gjorts och den andre parten sedan vägrat att efterkomma den, hade detta *ingen* betydelse för avtalsbundenheten.[204] Regeln intogs inte i avtalslagen på grund av kritik från både lagrådet och departementschefen, och anledningen var att meningarna inom affärslivet ansågs vara alltför delade för att en sådan allmän regel skulle kunna uppställas.[205] Vahlén menar att detta visar att det inte ens vid tiden för avtalslagens tillkomst kunde uppställas en presumtion för irrelevans av avtalad skriftform.[206] Han anser att det inte kunde utgöra en överdrift att hävda att utvecklingen inom affärslivet alltmera gått i riktning mot att använda skriftlig form.[207] Den avgörande synpunkten för bedömningen av om en begäran om skriftligt avtal endast utgör en villkorad förklaring, var enligt Vahlén om det kunde antagas att parternas formlösa förklaringar var helt fullständiga eller inte.[208] Om det förhöll sig på det viset att ett skriftligt kontrakt förutsattes att i något avseende komplettera tidigare förklaringar, så måste presumtionen enligt Vahlén vara att skriftlighet krävs för att avtal ska anses ha kommit till stånd.[209]

Det finns som sagt inga lagregler men en del fall har avgjorts i domstol genom åren. I *NJA 1893 s. 275* hade ett avtal om hyra av lägenhet mellan A och B ingåtts muntligen med ett handslag i augusti 1891. När B vägrade att fullfölja avtalet krävdes han på betalning av fastighetsägaren A. B hävdade att det kontrakt som han fått översänt till sig hade innehållit nya villkor och att han därför inte velat underteckna det. Vid ett senare tillfälle hade han fått ett nytt kontrakt utan de tillagda villkoren, men han hade inte skrivit under detta heller. Alla instanser ansåg att B var skyldig att betala eftersom det muntliga avtalet var bindande. Två justitieråd var dock av den åsikten att det muntliga avtalet hade ingåtts under ömsesidig förutsättning att det skulle,

[199] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 373.
[200] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 374.
[201] Ibid.
[202] Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar… (1914).
[203] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 374.
[204] Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar… (1914) s. 52, 174ff.
[205] Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar… (1914) s. 174ff.
[206] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 374.
[207] Ibid.
[208] Ibid.
[209] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 374.

enligt vanligt bruk, avfattas i ett skriftligt kontrakt. Det muntliga avtalet var därmed inte att betrakta annorlunda än såsom en överenskommelse om huvudgrunderna för det tillämnade kontraktet.[210]

Två senare rättsfall är *NJA 1920 s. 317* och *NJA 1922 s. 83* där HD ej fäste avsikt vid huruvida ett förbehåll om avtalad skriftform hade någon betydelse för ett muntligt avtal. Ett annat fall är *NJA 1940 s. 687* där tvist uppstått mellan en köpare som undertecknat ett kontrakt som han sedan fick återsänt utan underskrift, eftersom säljaren vägrade att godkänna köparen. Avtalet om köp av timotejfrö hade förmedlats av en mäklare som haft behörighet att avsluta försäljningen för säljarens räkning. Avtalet ansågs ha kommit till stånd vid parternas muntliga kontakter var för sig med mäklaren och kontraktet utgjorde bara en bekräftelse. En handelskammare vittnade om att det inom fröbranschen var standard att avtal ingicks omedelbart när säljaren lämnat mäklaren fast offert. Handelsbruket åberopades dock inte i domen, utan vanliga regler om avtalsslut tillämpades sedan det framgått att handelsbruket inte avvek därifrån. Ett liknande fall är *NJA 1925 s. 444* med den skillnaden att det där var köparen som hävdade att inget bindande avtal slutits, men utgången blev densamma.[211]

Ett mycket omskrivet rättsfall är *NJA 1962 s. 276* som ofta benämns ”*Skarin och musikerförmedlingen*”. Skarin var innehavare av ett nöjespalats och han hade i februari 1959 per telefon förhandlat med Wiklander, som var föreståndare för en länsarbetsnämnds artist- och musikerförmedling. Föremålet för förhandlingen var ett engagemang av en dansorkester och Skarin hade då blivit anvisad kapellmästare Johnssons orkester. Ett så kallat engagemangsavtal hade därefter sänts till kapellmästaren som undertecknat och skickat det vidare till Skarin. Den sistnämnda återsände inte kontraktet utan meddelade i slutet av maj samma år under åberopande av visst hinder, att han inte kunde engagera Johnsson. I en instruktion för musikerförbundets förmedlingsföreståndare stod det att avtal ansågs giltigt först när parterna undertecknat ett kontrakt eller godkänt ett sådant skriftligen. Enligt rubriken till referatet i NJA gällde målet frågan huruvida för Skarin bindande avtal hade kommit till stånd vid telefonsamtalet, samt om svaret blev nekande, om han då ådragit sig bundenhet genom passivitet. Talan mot Skarin fördes av Svenska Musikerförbundet som yrkade att Skarin skulle förpliktas att betala det avtalade gaget jämte ränta, vilket var i enlighet med en klausul i kontraktet. Häradsrätten och hovrätten lämnade förbundets talan utan bifall med motiveringen att det skickade kontraktet var att betrakta som ett anbud, som Skarin inte hade accepterat.

[210] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 87f.
[211] Ibid.

HD biföll istället förbundets talan och anförde i domskälen att ”*Oavsett om Wiklander vid telefonsamtalet ägt eller saknat bemyndigande att i hithörande avseende företräda Johnsson, måste det, särskilt med hänsyn till vad i målet företedd instruktion för förbundets musikförmedlings-föreståndare innehåller om kontraktsbekräftelse, antagas att något för Skarin bindande avtalsslut icke kom till stånd nämnda dag utan att för giltigt avtal förutsattes, att såväl Johnsson som Skarin undertecknade kontrakt rörande Johnssons engagemang*”. Det fick till följd att det kontrakt som översändes endast var att betrakta som ett riktat anbud. HD tillmätte således denna typ av avtalad skriftform betydelse. Skarin måste dock anses ha framkallat anbudet genom sin preliminära uppgörelse med Wiklander, och han *måste* ha insett att Johnsson utgick från att Skarin skulle stå fast vid den uppgörelsen eftersom han inte inom skälig tid meddelade annorlunda. Det var ju inte förrän i slutet av maj som Skarin aviserade att han inte ville engagera Johnsson och således var Skarin bunden av uppgörelsen på grund av sin passivitet. Två ledamöter var skiljaktiga och ville fastställa hovrättens dom, eftersom de ansåg att Skarin ej bort inse att Johnsson utgick från att ett avtal var slutet.

Vahlén kommenterar fallet och poängterar att det var irrelevant om Wiklander hade haft behörighet att ingå bindande avtal för Johnssons räkning vid telefonsamtalet, då det *för giltigt avtal förutsattes* att båda parterna hade undertecknat kontraktet.[212] Vahlén anser att HD dock inte menade att *parterna* förutsatte att bindande avtal skulle ingås först genom ett undertecknat kontrakt, utan istället borde HD ha avsett att det förutsattes vid förmedlingsverksamheten att avtal inte skulle komma till stånd endast genom parternas kontakt med förmedlingen.[213] Rättsfallet kan därför enligt Vahlén inte uppfattas som så att HD inte beaktat branschbruk beträffande avtalsslut.[214] Frågan om parterna blivit bundna avgjordes därför med utgångspunkt från en individuell bedömning av parternas intentioner och Skarin ansågs alltså ha måst inse Johnssons inställning att Skarin stod fast vid den preliminära överenskommelsen, eftersom han inte reklamerade mot Johnssons anbud.[215]

Vahlén påpekar vidare att frågan om en eventuell avtalad skriftform förelegat uppkommer i och med att Johnsson vid sin direktkontakt faktiskt använt sig av ett skriftligt kontrakt.[216] Konstruktionen skulle då ha kunnat vara att ingen part blivit bunden förrän båda undertecknat kontraktet, eller att Johnsson för sin del var bunden såsom av ett anbud genom kontraktets avsändande men Skarin först vid ett undertecknande.[217] Vahlén anser att det in dubio borde vara mer naturligt att begära att Johnsson borde göra en förfrågan till Skarin om hans inställning till avtalet vid uteblivet svar, än att

[212] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 379.
[213] Ibid.
[214] Ibid.
[215] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 379f.
[216] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 380.
[217] Ibid.

uppställa krav på Skarin att han måste reklamera.[218] Att HD intagit en annan ståndpunkt beror enligt Vahlén på att Skarin antogs själv ha utgått ifrån att han blev bunden senast när han mottog Johnssons anbud utan att protestera.[219] Detta eftersom Skarin anförde att det från hans sida förelegat hinder för avtalets fullgörande och inte att inget avtal hade ingåtts, för under sådana förhållanden hade ju ingen av parterna fäst något avseende vid den skriftliga formen.[220] Minoriteten ansåg istället att Skarin ej ens bort inse Johnssons inställning och som stöd för detta åberopades två skäl. Det första var branschbruket av skriftlig form vid en arbetsförmedling av detta slag och det andra vad Wiklander upplyst Skarin om vid telefonsamtalet. Dessa två tolkningsdata ger stöd för att avtalad skriftform förelegat. Det avtalsmönster som normalt tillämpades av musikerförmedlingen kunde ha följts även av parterna, trots deras dispositionsfrihet. Under telefonsamtalet mellan Skarin och Wiklander hade de överenskommit att Wiklander skulle sända ett kontrakt till Skarin.

Vahlén menar att det framgår av detta rättsfall att den som hela tiden har förhållit sig passiv inte blir bunden av underlåten reklamation, vare sig mot ett anbud eller orderbekräftelse, trots att det är oklart om avtal har ingåtts vid förhandlingar mellan parter efter anbudet men före bekräftelse.[221] Vahlén anser att HD tillämpat allmänna passivitetsregler och att detta rättsfall därför inte är prejudicerande för bedömningen av de avtalsslut som inleds genom ett anbud i form av ett skriftligt undertecknat kontrakt.[222] Adlercreutz tycker inte att rättsfallet väger så tungt som prejudikat, men att det möjligen kan ses som ett uttryck för en tendens att inte tillmäta på bruk grundad skriftform särskilt stor betydelse.[223] Ramberg och Ramberg är av den uppfattningen att fallet är ett *uttryck för*, att det är naturligt att betrakta ett iakttagande av överenskommen avtalad skriftform som en förutsättning för avtalsbundenhet, vilket alltså går längre än de förstnämndas åsikter.[224] Hellner tycker tvärtom och menar att rättsfallet tyder på att HD åtminstone vid denna tid var obenägen att anse skriftform avtalad.[225]

Håstad har kommenterat fallet utförligt ur både civil- och processrättsliga aspekter och jag ska här bara ta upp de som är relevanta för just avtalad skriftform. Enligt Håstad ansåg HD att det var irrelevant om Wiklander hade haft behörighet att binda Johnsson eller ej, eftersom instruktionen för Musikerförbundets förmedlare innehöll att det för giltigt avtal förutsattes att såväl Johnsson som Skarin undertecknade kontraktet.[226] Således grundade inte HD enligt Håstad ställningstagandet om att skriftlig form krävdes på en

[218] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 380.
[219] Ibid.
[220] Ibid.
[221] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 381.
[222] Ibid.
[223] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 89.
[224] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 117.
[225] Hellner, Jan, *Kommersiell avtalsrätt*, s. 39.
[226] Håstad, Torgny, *Om underlåtenhet av Yngve Skarin och Bertil Bengtsson att ta ställning till översänt kontrakt respektive inlämnad seminarieuppsats. En civil- och processrättslig kommentar till NJA 1962 s. 276*, s. 230f.

gemensam förutsättning hos parterna, utan istället huvudsakligen på en instruktion som verkade ha skapat en bindande sedvänja.[227] Instruktionens lydelse var dock inte särskilt tydlig, eftersom det stod att *"förmedlaren skulle påminna den felande om skyldigheten att omgående inkomma med kontraktsbekräftelse ifall denne dröjde med detta, men å andra sidan att kontraktet var giltigt först när bekräftelse lämnats och inkommit till förmedlingen*".[228] Som Håstad poängterar kan inte gärna en skyldighet att inkomma med en bekräftelse föreligga innan avtal slutits.[229] Enligt Håstad är det *"tämligen förvånande att HD drog slutsatsen att ett bindande avtal förutsatte att kontrakt skrevs*", om inte annat för att ett avtal också borde ha kunnat ingås muntligen om Johnsson hade ringt upp Skarin.[230] Att det eventuellt skulle kunna finnas en processuell begränsning motiverar ändå inte enligt Håstad att HD uttryckte sig så att de utfyllande materiella reglerna förutsatte att kontrakt skrevs.[231]

Ett senare rättsfall är *NJA 1977 s. 92* där ett svenskt bolag S hade förhandlat med B om att B skulle representera S i Syrien. S skickade ett brev till B och förklarade sig beredd att ingå avtal med B enligt vissa angivna villkor. När B godkänt brevet så skulle nödvändiga avtal skickas. B svarade med ett godkännande men erhöll inga avtalshandlingar. B väckte senare talan och hävdade att avtal ingåtts om representation. HD ansåg att det inte hade träffats något bindande avtal när B godkände brevet, men S blev bunden ändå genom bolagets senare uppträdande. Som Adlercreutz påpekar godtog HD det ensidigt stipulerade skriftkravet, men dömde ändå till B:s fördel med hänsyn till andra omständigheter.[232]

De rättsfall som avgjorts ger således inte ett klart besked om hur man ska se på avtalad skriftform. Enligt Adlercreutz är rättsläget ganska öppet eftersom klara nutida belägg saknas.[233] I doktrinen finns det olika meningar om hur långt det går att dra bundenhet vid avtalad skriftform. Exempelvis anser Lehrberg att det av tradition finns en presumtion att parterna *inte* avsett att ändra på huvudregeln om konsensualavtal, om det inte finns konkret stöd för motsatsen och att detta i förekommande fall är av viss tydlighet.[234] Vahlén förespråkar som ovan nämnts en mer nyanserad uppfattning genom att förespråka en presumtion för bundenhet först vid upprättat kontrakt, när ett *behov* av att slutligt fastställa avtalsinnehållet i ett kontrakt föreligger.[235] Grönfors är av uppfattningen att det kan uppställas en presumtion liknande den i tyska BGB.[236] Ramberg och Ramberg är inne på samma linje när de

[227] Håstad, Torgny, *Om underlåtenhet av Yngve Skarin och Bertil Bengtsson att ta ställning till översänt kontrakt respektive inlämnad seminarieuppsats. En civil- och processrättslig kommentar till NJA 1962 s. 276*, s. 231.
[228] Ibid.
[229] Ibid.
[230] Ibid.
[231] Ibid.
[232] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 83.
[233] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 87.
[234] Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, s. 125.
[235] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 373ff.
[236] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 73.

påpekar att det vid vissa transaktioner är så vanligt förekommande att parterna inte anser sig bundna förrän de signerat ett kontrakt, att avtalad skriftform ”*antagligen får anses följa av handelsbruk*”.[237] Håstad har uttalat att ett krav på skriftlig form kan gälla därför att parterna har kommit överens om det, men att det eventuellt även kan följa av sedvänja eller dispositiva rättsregler i speciella situationer.[238]

Grönfors motiverar sin avvikelse från den traditionella synen med flera argument. Han påpekar först att det oklara rättsläget är praktiskt olämpligt och också beklagligt från funktionell synpunkt eftersom det gäller just en formföreskrift, då det ”*är ett grundläggande krav att en sådan föreskrift ska vara klar och oomtvistlig med avseende på sitt tillämpningsområde*”.[239] Som ett exempel på vad som kan hända när man frånfaller ett sådant krav, anger han de svårigheter som formkravet vid fastighetsköp[240] har orsakat.[241] Grönfors anser att vid en jämförelse med rättspraxis på andra områden så ger de uttryck för en motsvarande grundsyn, och som exempel[242] anges att en frivillig underkastelse under vissa tvingande rättsregler in dubio anses bli bindande beträffande alla ingående regler och inte medge en avvikande detaljreglering med hänvisning till avtalsfriheten.[243]

Grönfors anför vidare som stöd för sin åsikt att det praktiska behovet av avtalstyper som avtalad skriftform bestyrks genom ett omtalande i vår äldsta doktrin, dit David Nehrmans lärobok[244] i civilrätt hör.[245] Däri står enligt Grönfors att bundenhet vid ett avtal uppkommer först när parterna kommit överens och fullkomligt förenat sig, och att allt som förekommit dessförinnan på sin höjd kan utgöra föravtal.[246] Nehrman påpekar att den av parterna som verkligen är angelägen om att avtal ska ingås, bör låta föreningen komma till sin fullkomlighet innan de skiljs åt, men om de inte hinner skriva ner överenskommelsen är det tillräckligt om vittnen är närvarande och hör på. [247] Nehrman ger rådet att ”*Äro inga vittnen tillstädes, så väl som eljest för säkerhet, kan man korteligen uppsätta alla målen, och bestyrka dem med underskrift, vilket kallas punctuatio*”.[248] Grönfors anser att ett sådant summariskt avtal blir fullt bindande, och att

---

[237] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 117.
[238] Håstad, Torgny, *Om underlåtenhet av Yngve Skarin och Bertil Bengtsson att ta ställning till översänt kontrakt respektive inlämnad seminarieuppsats. En civil- och processrättslig kommentar till NJA 1962 s. 276.*, s. 230.
[239] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 73.
[240] Det legala formkravet vid fastighetsköp lämnas utanför i denna framställning, men för vidare läsning se bl. a. Vahlén, Lennart, *Formkravet vid fastighetsköp* (1951), Grauers, Folke, *Fastighetsköp* (2001), Victorin, Anders, JT 2000-01 nr. 4 samt Victorin, Anders, Sundell, Jan-Olof, *Allmän fastighetsrätt* (1999).
[241] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 73.
[242] Grönfors anger som exempel inkorporering av de s. k. Haagreglerna genom en paramount-klausul, se *Sjölagskommentaren Godsbefordran* s. 152.
[243] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 73.
[244] Nehrman, David, *Inledning til then swenska jurisprudentiam civilem* (1729).
[245] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 73.
[246] Ibid.
[247] Nehrman, David, *Inledning til then swenska jurisprudentiam civilem* (1729) s. 156.
[248] Ibid.

punctuatio därmed är en form av avtalad skriftform som har samma klara och skarpt avgränsade verkan som den tyska presumtionsregeln.[249] När underskrift saknas presumeras det således enligt Grönfors att bindande avtal inte har kommit till stånd när punctuatio har tillämpats.[250]

Jag har inget uttryckligt stöd men jag har en känsla av att det i flera branscher säkert är så vanligt med skriftlig form att det utgör handelsbruk som gäller framför dispositiv lag, om inte något framkommit som motiverar att parterna haft en annan avsikt. Jag är mycket positiv till att parterna väljer att tillämpa avtalad skriftform eftersom tidpunkten för när bundenhet uppstår då framgår på ett mycket tydligt sätt. Det föreligger en bindande överenskommelse om att avtalad skriftform ska tillämpas, vilket innebär att parterna är knutna till varandra, och det kan få stor betydelse om den ena försöker utkräva något prekontraktuellt ansvar. Vad som förekommit under förhandlingen är fortfarande relevant vid en senare tolkning av avtalets innehåll, även om avtalad skriftform valts. När det finns en så kallad integrationsklausul är förhandlingarna helt utan betydelse.

3.2.4 Offert – order - orderbekräftelse

Det finns tillfällen där parterna har utväxlat förklaringar som till sin typ liknar avtalslagens anbud och accept, och som till och med har rubricerats som order och accept, men som trots detta inte är ett fullständigt avtal.[251] Denna inträffar när ena parten, oftast en säljare eller tillverkare, har förbehållit sig eller förutsatt att den för sin del ej ska bli definitivt bunden förrän en orderbekräftelse har avgivits.[252] Detta skiljer sig från avtalad skriftform eftersom båda parterna i det senare fallet har utgått från att ett komplett avtal ska utfärdas. För att en orderbekräftelse inte bara ska vara en bekräftelse på ett redan ingånget avtal, som då är giltigt oberoende av om en bekräftelse har utfärdats eller ej, krävs det enligt Hellner att säljaren verkligen klargör, eller att det av andra omständigheter framgår, att denne alltid vill ha sista ordet i avtalsförhandlingarna.[253] HD uttalade i *NJA 1970 s. 478* att den begärda bekräftelsen inte bara får framstå som ”*en rutinmässigt gjord erinran om att även skriftlig bekräftelse skulle erhållas*”. Enligt Grönfors är det avgörande för om orderbekräftelsen är en avtalshandling eller ej dess utformning.[254] Som ni kommer att se nedan är det omtvistat hur dessa tre olika förklaringar ska klassificeras eller vilka konsekvenser de får. Jag redogör först för vad Hellner, Vahlén och Lehrberg anser och framför sedan några egna åsikter utifrån tre olika situationer. Jag avslutar detta kapitel med att beröra frågan om en bekräftelse som har avgivits *efter* avtalsslutet ändå kan ge upphov till avtal.

[249] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 73f.
[250] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 74.
[251] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 384.
[252] Ibid.
[253] Hellner, Jan, *Kommersiell avtalsrätt*, s. 33.
[254] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 37.

Det kan finnas flera anledningar till varför säljaren ej vill ingå avtal direkt, och därför tillämpar systemet med att bli bunden först genom orderbekräftelser. En vanlig orsak är enligt Vahlén att ett större företag kan vara organiserat i olika avdelningar, och det är då säljavdelningens uppgift att få så mycket beställningar som möjligt.[255] Nästa steg blir att kontrollera att företaget kan tillverka och leverera enligt de villkor som överenskommits, vilket inte alltid behöver vara fallet om till exempel många orders har lagts samtidigt.[256] Hellner framför att ett annat skäl kan vara att säljaren vill undersöka köparens soliditet och ekonomiska vederhäftighet, och att denne inte vill ödsla tid på detta förrän detaljerna är färdigförhandlade.[257] Vidare kan en säljare för att inte förlora tid förhandla med flera köpare samtidigt, även om det bara finns kapacitet att fullgöra med en part.[258] Ytterligare motiv är till exempel kontroll med underleverantörer, undersökning av export/import och tullbestämmelser, godkännande av styrelsen med mera med mera.

Hur ser det då ut om man ska tillämpa avtalslagens terminologi på detta sätt att ingå avtal? Förfarandet brukar beskrivas som en ”trestegsraket” med offert, order och orderbekräftelse, men som Adlercreutz påpekar kan det även finnas fler steg; förfrågan, offert, förhandlingar, ny offert (anbud), antagande svar och bekräftelse.[259] Nedan fokuseras det dock på de tre förstnämnda som jag anser är avtalshandlingar.

Hellner menar att man kan gå till väga på två olika sätt när avtalslagens schema med anbud och accept ska tillämpas på de tre förklaringarna. Den ena är att säljaren lämnar ett anbud när denne kommer med förslag till pris och avtalsvillkor, oaktat reservationen om att orderbekräftelse ska följa.[260] På detta följer enligt Hellner att säljaren inte får ändra på de uppställda villkoren i offerten vid en senare tidpunkt om det inte har gjorts ett uttryckligt förbehåll om detta, men säljaren har dock möjlighet att alltid avstå från avtalet i sin helhet, om rätten att inte bli bunden förrän genom orderbekräftelsen tas i anspråk.[261] Hellner påpekar att säljaren eventuellt kan uppställa villkor på sådana frågor som inte rimligen kunde anses avgjorda, det vill säga de som föranlett reservationen för orderbekräftelsen.[262] Han framhåller att denna möjlighet bäst motsvarar de skäl som föranleder att säljaren vill ha sista ordet, och att det leder till de rimligaste resultaten om man också ser till köparens intressen.[263]

Möjlighet nummer två är att istället utgå från att det är acceptanten som skall ha avgörandet i sin hand, vilket innebär att när säljaren har förbehållit sig rätten att utfärda en orderbekräftelse så är det köparen som anses vara

[255] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 384.
[256] Ibid.
[257] Hellner, Jan, *Kommersiell avtalsrätt*, s. 34.
[258] Hellner, Jan, *Kommersiell avtalsrätt*, s. 34f.
[259] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 49.
[260] Hellner, Jan, *Kommersiell avtalsrätt*, s. 34.
[261] Ibid.
[262] Ibid.
[263] Ibid.

anbudsgivare och säljaren som är acceptant.[264] Hellner anser att det vid ett sådant synsätt är oväsentligt att det är säljaren som har utformat avtalsvillkoren, och att köparen bara har att anta eller förkasta dem.[265] Till skillnad från när säljaren är acceptant kan säljaren här, trots att parterna var överens under förhandlingarna, i sista ögonblicket ändra och framställa nya villkor eller avvisa avtalet helt utan att redogöra varför.[266] Säljaren ingår således inte ett bindande avtal förrän orderbekräftelsen är avgiven. Han framhåller att köparen inte har någon möjlighet att göra något åt detta, utan får förlita sig på att säljaren i eget intresse står fast vid sin offert.[267] Hellner bedömer att det är denna syn som mest motsvarar svensk rätt.[268]

Vahlén anser att det går att skilja ut tre olika förklaringar och att dessa låter sig ”*svårligen inpassa sig i avtalslagens schema*”.[269] Han menar att säljarens offert inte är ett *anbud* enligt avtalslagens terminologi, eftersom den inte är oåterkallelig under någon acceptfrist och det saknas avsikt att ingå avtal, och därför är det inte ett tillräckligt underlag för att det ska gå att acceptera utan vidare.[270] Inte heller går det enligt Vahlén att se offerten som en *uppfordran* att avge anbud även om det ligger nära till hands, eftersom det förutsätts att säljaren inte kan bli bunden vare sig genom köparens ”accept”, säljarens passivitet mot ”accepten” som tas upp i 9 § eller genom konkludent handlande.[271] Vahlén anser att det är ett krav för att ett avtal ska komma till stånd att säljaren lämnar ytterligare en förklaring, och att denna orderbekräftelse nästan undantagslöst borde vara i skriftlig form.[272] Han påpekar att bruket av orderbekräftelser har vunnit en så stor spridning inom modern handel (skrevs 1964), att det är möjligt att grunden för stadgandet i 9 § därigenom har rubbats.[273] När en säljare skriver i ett anbud att det inte är bindande, ska det förväntas att det som åsyftats är just att säljaren förbehåller sig rätten att åstadkomma en orderbekräftelse.[274] Om en säljare använder de utryck som nämns i 9 § 1 st. borde det därför enligt Vahlén ses som ett val av den nya avtalsformen, istället för som en uppfordran att avge anbud med däri legalt implicerat förhandsgodkännande av senare inkommet anbud.[275] Med detta synsätt har således Vahlén helt frångått 9 § som ett dispositivt stadgande som man kan falla tillbaka på, och det kan därför vara på sin plats att påpeka att det krävs att det föreligger en avvikande sedvänja för att åsidosätta dispositiv lag.

[264] Hellner, Jan, *Kommersiell avtalsrätt*, s. 35.
[265] Ibid.
[266] Ibid.
[267] Ibid
[268] Ibid.
[269] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 385.
[270] Ibid.
[271] Ibid.
[272] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 385.
[273] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 386.
[274] Ibid.
[275] Ibid.

Lehrberg anser att en tolkning av trestegsmodellen utifrån anbud-acceptmodellen leder till att det är närliggande att anta att offerten utgör ett anbud, att ordern är en accept och att bekräftelsen inte är en avtalshandling.[276] Om offerten är alltför allmänt hållen för att kunna utgöra ett anbud, är den enligt Lehrberg istället en form av avtalsrättsligt oförbindande *utbud*, med följden att ordern blir anbud och bekräftelsen accept.[277] När offerten är ett anbud och köparen vill avvika i sin order, blir ordern en oren accept i förening med ett nytt anbud och bekräftelsen då en accept.[278] Om bekräftelsen uteblir vid en oren accept och säljaren även avstår från att reklamera utan oskäligt uppehåll kan säljaren bli bunden av sin passivitet enligt 6 §. Det förutsätter dock enligt Lehrberg vanligen en något speciell situation där köparen tror att villkoren överensstämmer och säljaren måste inse detta.[279] Han anser att när offerten innehåller förbehåll om att den inte ska vara bindande som en *uppfordran* att avge anbud enligt 9 §.[280] Säljaren kan då bli bunden av sin passivitet om en order inkommer som överensstämmer med offerten och ingen reklamation mot den följer. Lehrberg poängterar att en förutsättning för att bundenhet ska uppkomma på detta sätt är att offerten uppfyller de krav som ställs på ett anbud.[281]

När offerten innehåller ett förbehåll om att en bekräftelse ska följa och det inte uttryckligen anges att bundenhet ska inträda först i och med bekräftelsen, är det fråga om ett ”naket” förbehåll. Lehrberg anser att det då är en tolkning av offerten som blir avgörande för bundenheten och om en sådan inte ger svar kan individuell utfyllnad användas.[282] Om hållpunkter för individuell utfyllning saknas inställer sig ett behov av en utfyllande rättsregel, men frågan kan enligt Lehrberg inte anses ha blivit definitivt avgjord i svensk rätt.[283] Han framhåller att den traditionella och från systematisk utgångspunkt mest korrekta lösningen är att ”*ett naket förbehåll om bekräftelse in dubio inte i strid med huvudregeln om konsensualavtal skjuter på bundenheten och att krav på viss tydlighet ställs för att en sådan rättsverkan skall inträda*”.[284]

Hur ser jag då på användningen av orderbekräftelser? Jag anser att man om vissa betingelser är uppfyllda ska se på avtalet som ett förfarande som innehåller tre steg, där alla är väsentliga för det slutgiltiga avtalet. Jag har valt att kommentera några möjliga situationer, varav de två första är lånade av Vahlén[285], som kan uppkomma beroende av hur säljaren valt att gå till väga. Den första är när det finns en tydlig hänvisning i offerten om att säljaren inte blir bunden förrän genom orderbekräftelsen, den andra när hänvisningen är mer vag och den tredje när ingen sådan finns alls.

---

[276] Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, s. 123.
[277] Ibid.
[278] Ibid.
[279] Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, s. 124.
[280] Ibid.
[281] Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, s. 124.
[282] Ibid.
[283] Ibid.
[284] Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, s. 124f.
[285] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 386.

Det klaraste fallet är då det står tydligt i säljarens offert att säljaren inte är bunden förrän en skriftlig orderbekräftelse har avgivits. Utgångspunkten blir då att inget avtal kommer till stånd utan bekräftelsen, även om allmänna avtalsrättsliga regler kan få betydelse. Ett exempel på det sistnämnda är att säljaren blir bunden om han levererat fastän ingen bekräftelse har utfärdats.[286] Om offerten är ett utbud eller en uppfordran att avge anbud kan kvitta eftersom det inte kan binda säljaren på något sätt ändå. Trots att köparen utfärdar ett anbud kan säljaren förhålla sig helt passiv. Jag tycker inte att det ska klassificeras som en uppfordran att lämna anbud när säljaren skickar en offert på köparens uppmaning. Det ligger närmare till hands att offerten utgör ett utbud, som ju kan få betydelse när man senare tolkar avtalet. Men som sagt, jag vill helst kalla det för just en offert som icke är bindande men som ingår som en del av ett ”tredelat” avtal. Istället för att ett avtal består av ett anbud och en accept, har det utformats en annan modell i praktiken, offert, order och orderbekräftelse. Att det heter just orderbekräftelse är egentligen lite olyckligt eftersom det inte bara är en bekräftelse på ett redan ingånget avtal, utan snarare en ”orderaccept”.

En annan aspekt är vad som händer om det i orderbekräftelsen finns tillägg som inte funnits vare sig i offerten eller i ordern. Så länge som det bara är preciseringar så borde det inte uppstå några problem, men värre är om det är ändringar eller helt nya villkor. Vahlén är av den uppfattningen att köparen inte blir bunden av de villkor som avviker från ordern om en protest framförs inom skälig tid, och om köparen förhåller sig passiv blir det allmänna passivitetsregler som får fälla avgörandet.[287] Vad gäller själva bundenheten innebär ett uttryckligt förbehåll att det upphäver de passivitetsverkningar som följer av en tillämpning av 9 § AvtL.[288]

Nästa fall är om säljaren har gjort en mera *vag* hänvisning, förslagsvis genom att leveranstiden har anknutits till orderbekräftelsen.[289] Det finns då en upplysning, men säljaren har inte uttryckligen skrivit att det inte är bindande. För det fall att man vill räkna offerten som ett anbud har säljaren inte avgett ett *villkorat* anbud. Lehrberg kallar det för ett ”naket förbehåll”.[290] Det finns då en risk att säljarens avsikt kan betraktas som ett önskemål om bevismedel istället för ett förbehåll. Parternas uppträdande vid tidigare affärsförhållanden kan lösa detta problem, eftersom det visar hur parterna tidigare uppfattat hänvisningen. En allmän princip är ju också att en hänvisning i det individuella fallet ska gå före mer allmänna bestämmelser.

Om det inte finns något tidigare partsbruk blir situationen besvärligare, och då uppkommer frågan om det är branschbruk att säljaren ej blir bunden förrän en orderbekräftelse har utfärdats. Vahlén uttryckte sin uppfattning 1964 att ”*bruket med orderbekräftelser vunnit en stor spridning inom*

[286] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 386.
[287] Ibid.
[288] Ibid.
[289] Ibid.
[290] Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, s. 124.

modern handel”[291], och att det stämde bättre med uppfattningen i merkantila kretsar att en hänvisning till en orderbekräftelse alltid skulle innebära att anbudet ej var bindande. Bernitz skrev 1993 att användningen av orderbekräftelser var ”*mycket vanligt i affärslivet och inte minst inom internationell handel*[292]. Lehrberg påpekade 2006 att frågan om nakna förbehåll inte kan anses avgjord i svensk rätt.[293]

Jag saknar underlag för att kunna avgöra hur näringsidkarna i olika branscher ser på bekräftelserna och har därmed inte belägg för min åsikt, men jag har en känsla av att de i de flesta fall, och med större säkerhet när det är mer omfattande avtal, idag är förutsatt att det är orderbekräftelsen som krävs för att ett avtal ska ingås. Om det har förekommit omfattande förhandlingar innan en order slutligen har avgivits, och säljaren sedan är passiv och inte utfärdar en bekräftelse, så uppkommer frågan om köparen har några rättigheter eller påtryckningsmedel till buds. Inget avtal har ännu kommit till stånd och därmed kan inget skadestånd för någon form av avtalsbrott utkrävas. Klart är att köparen inte kan kräva att säljaren ska skicka en bekräftelse, och således ingå avtal. Jag tycker att situationen blir att likna vid culpa in contrahendo om parten har agerat vårdslöst.

Det tredje och sista exemplet är om säljaren inte har gjort någon hänvisning *alls* i sin offert om att en orderbekräftelse ska följa på köparens eventuella order. Här måste en bedömning göras i det särskilda fallet där en mängd faktorer kan spela in. Givetvis kan partsbruk spela en direkt avgörande roll. Likaså vad som förekommit under förhandlingarna om den ena parten exempelvis muntligen har uttryckt att en bekräftelse ska följa. Annars är man tillbaka i resonemanget om branschbruk igen, men nu är det mer osäkert eftersom ingen hänvisning alls finns. Om det befinns vara underförstått genom branschbruk, partsbruk eller liknande att en orderbekräftelse ska avges, är den enligt min mening en avtalshandling som är nödvändig för att ett avtal ska uppkomma. Jag anser därför att det i en inte obetydlig mängd fall säkert kan innebära att säljaren inte är bunden.

3.2.5 Betydelse av parts ensidiga bekräftelse

En situation som inte ska förväxlas med när en part skickar en orderbekräftelse som ett led i en tredelad avtalsprocedur är när en säljare på eget bevåg utfärdar en bekräftelse i samband med ett avtalsslut. Vid sådana tillfällen uppkommer frågan om vilken betydelse som denna ensidiga handling kan få för en eventuell avtalsbundenhet. Detta kapitel avser att redovisa de olika uppfattningar som har framförts i doktrin och praxis. I slutfasen av denna uppsats kom ett avgörande av HD som i skrivande stund ännu inte har publicerats i NJA. Efter en lång tid av ovisshet har HD sålunda klargjort vad som numera ska vara gällande rätt och denna dom ges därför stort utrymme nedan. Jag kan tyvärr inte redogöra för några kommentarer på prejudikatet då jag av förklarliga skäl inte har kunnat hitta några.

[291] Vahlén, Lennart, *Om slutande av avtal*, s. 386.
[292] Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, s. 40.
[293] Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, s. 124.

Enligt motiven till avtalslagen ansågs det inte möjligt att uttömmande kunna reglera vilken verkan som en parts passivitet skulle få för avtalsslutet, och det bedömdes inte heller finnas någon mening med att införa en generell bestämmelse.[294] Det ankom därför på rättstillämpningen att fastställa innebörden av en parts underlåtenhet att reklamera en bekräftelse. Diskussionerna i doktrin har pågått sedan dess och åsikterna har gått isär. Till exempel är det Adlercreutz bestämda uppfattning att en sådan bekräftelse endast kan få bevisverkan, men att det i realiteten innebär att den kan få samma faktiska betydelse som en egentlig avtalshandling genom reglerna om passivitetsverkan.[295] Det kan här vara på sin plats att klargöra skillnaden mellan en processuell bevisbörderegel och en civilrättslig materiell regel. Den förstnämnda har endast betydelse när det inte går att styrka vad som har inträffat, och den som då inte kan uppfylla sin bevisbörda för ett påstående tappar följaktligen målet. När passiviteten är en materiell regel och därmed rättsfakta kan det innebära att ett avtal ska anses ha kommit till stånd på grund av underlåtenheten, trots att ett sådant inte ansågs ingånget vid det egentliga avtalsslutstillfället.

Det finns en bestämmelse i 21 § HagL som berör situationen där anbudsgivaren förhållit sig passiv, men denna är bara direkt tillämplig på handelsagenter. Regeln fanns tidigare i 82 § KommL innan reglerna om handelsagenter bröts ut till en egen lag om handelsagenter till följd av ett EG-direktiv.[296] De krav som uppställes i 21 § HagL är att en näringsidkare ska ha förhandlat med en handelsagent om ett avtal, att en bekräftelse därefter har avsänts från huvudmannen om att denne accepterar det avgivna anbudet samt att motparten sedermera ej reklamerar mot meddelandet. Som Adlercreutz påpekar leder inte passiviteten till att en absolut bundenhet är för handen, utan istället resulterar den i en presumtionsverkan med innebörden att bevisbördan för motsatsen åligger bekräftelsens mottagare.[297] Om således mottagaren kan styrka att avsändaren visste om att bekräftelsens innehåll avvek från verkligheten blir inte mottagaren bunden trots underlåtenhet att reklamera. I motiven till 21 § HagL framfördes att lagstiftaren var medveten om att det kunde bli svårt för mottagaren att uppfylla sin bevisbörda, men situationen kunde lätt undvikas genom att mottagaren reklamerade och denna börda ansågs inte vara särskilt betungande.[298] En mellanman måste ha deltagit vid avtalsslutet för att 21 § HagL ska vara direkt tillämplig, men det kan diskuteras huruvida detta stadgande kan tillämpas analogt när båda parter är kommersiella.

[294] NJA II 1915 nr. 5 s. 182f.
[295] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 80.
[296] Håstad redogör för skillnaderna mellan 82 § KommL och 21 § HagL i ett särskilt tillägg till mål T 3004-04. Enligt den förstnämnda krävdes att avsändaren i sitt meddelande åberopade förda handlingar och att mottagaren skulle *ha bort förstå* att avsändaren ansåg att ett avtal med visst innehåll skulle komma till stånd. Även om HagL använder en annan lydelse torde det enligt Håstad inte innebära någon reell förändring avseende mottagarens insikt.
[297] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 80f.
[298] NJA II 1982 s. 322ff.

Det har avgjorts en del fall som har anknytning till verkan av en bekräftelse men de är ganska få och framförallt har inte frågan ställts på sin spets när båda parterna är näringsidkare. I *NJA 1930 s. 131* hade tvist uppstått angående ett *slutet* avtals innehåll, och trots att ingen mellanman varit inblandad tillämpade HD en omvänd bevisbörderegel liknande den i 82 § KommL. I nästa fall, *NJA 1946 s. 602*, hade en betydande ändring vidtagits i bekräftelsen, och HD ansåg att det inte kunde styrkas att det ingåtts ett avtal om ändring. I *NJA 1948 s. 283* uttalade HD att förhållandet att en part som underlåtit att reagera mot en skriftlig bekräftelse som utfärdats efter ett avtalsslut per telefon utgjorde ett viktigt bevisfaktum. Nästa fall, *NJA 1962 s. 270*,[299] skiljde sig från de andra eftersom den ena parten inte var näringsidkare, och dennes passiva förhållningssätt till en mottagen orderbekräftelse ansågs inte av HD vara tillräckligt för att en presumtionsverkan skulle anses ha uppkommit. Karlgren har kommenterat domslutet med att det indirekt framgår av domskälen att HD fäste vikt vid att köparen inte varit aktiv för att få ett avtal till stånd.[300] Håstad anser att det av fallet av döma står klart att när en privatperson inte reklamerar mot en bekräftelse utan oskäligt uppehåll, så innebär det inte att privatpersonen utan vidare får bördan att bevisa att bekräftelsen var felaktig.[301] I *NJA 1977 s. 25* uttalade HD att parternas tidigare förbindelser inte varit av den art och omfattning att den ena partens passivitet motiverade avtalsverkan. Hovrätten i föregående fall tyckte dock liksom hovrätten i *SvJT 1974 rf s. 54* att underlåtenheten att reklamera medförde avtalsverkan.

Adlercreutz anser att det efter en analys av rättspraxis går att sluta sig till att omständigheten att en part förhåller sig passiv och inte reklamerar mot en orderbekräftelse, tillmäts betydelse i bevishänseende och särskilt när parterna är näringsidkare.[302] Han framhåller vidare att ”*det finns knappast stöd för att underlåtenheten har den starka bevisverkan som 21 § HagL ger uttryck för*”, men påpekar att det i senare praxis inte har framgått om det är avtalsverkan eller bevisverkan som ifrågasatts.[303] Enligt Adlercreutz måste andra omständigheter, som konkludent handlande eller partsbruk, tillkomma för att någon rättsverkan ska bli aktuell.[304] Adlercreutz framhåller att det går att diskutera om bevisverkan oavsett styrka kan tillgodose de behov och ändamål som användandet av bekräftelser syftar till.[305] Han vidgår också att det förmodligen finns ett behov av en mera definitiv rättsverkan som är anknuten till passiviteten, eftersom ”*rättsläget är ju i viss mån svävande tills den passive presterat sin bevisning*”.[306]

[299] Se mer ovan i 3.2.3 ”Skarin och musikerförmedlingen”.
[300] Karlgren, Hjalmar, *Passivitet*, s. 224f.
[301] Håstad, Torgny, särskilt tillägg i mål nr. T 3004-04.
[302] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 82.
[303] Ibid.
[304] Ibid.
[305] Ibid.
[306] Ibid.

Hellner är mer försiktig och uttrycker att *NJA 1962 s. 270* och *NJA 1977 s. 25*, som han visserligen tycker är ganska speciella fall, inte *motsäger* att det under *särskilda omständigheter* såsom när motparten hade berättigad anledning att tro att avtal var slutet, kan leda till bundenhet vid underlåtenhet att besvara en bekräftelse.[307] Ramberg och Ramberg påpekar att negativ avtalsbindning inte är civilrättsligt möjlig, och att särskilda omständigheter måste förekomma för att en passivitet ska tolkas som en ”tyst accept”.[308] De menar således att en passivitet kan få avtalsverkan vid en kombination med andra faktorer såsom en vag viljeförklaring.[309] Domstolarna har enligt Ramberg och Ramberg tagit hänsyn till risken att en part får försämrad rättsställning utan att kunna förutse det, vilket innebär att de varit *”påfallande försiktiga med att tillämpa en passivitetsregel utanför det lagreglerade området*”.[310] Att döma av diskussionen i doktrin och då praxis inte ens ger ett tillräckligt stöd för att det föreligger en presumtionsverkan liknande den i 21 § HagL, är det tveksamt om endast passivitet skulle kunna leda till en avtalsverkan som ju är en än mer långtgående konsekvens. Rättsläget i detta läge var således oklart!

I en nyligen avkunnad dom från december 2006 har så äntligen HD tagit ställning i frågan om vilken betydelse som en bekräftelse kan få när båda parterna är kommersiella. I det aktuella fallet hade ett landsting, som i det här avseendet befanns vara näringsidkare, träffat ett förlikningsavtal i september 2000 med en näringsidkare (C A) avseende dennes rätt till ersättning för utförda tjänster. Enligt avtalet förband landstinget sig att snarast inleda diskussioner i syfte att slutgiltigt fastställa C A:s rätt till skälig ersättning för den ekonomiska skada som hans bolag lidit på grund av den förut tvistiga frågan. Det stod också att det var parternas gemensamma målsättning att denna fråga skulle slutregleras senast den 15 december 2000. Ett möte ägde rum den 20 december och landstingets ombud (K R) skickade några dagar senare ett e-brev till C A och bolagets ombud (S W) med lydelsen *”… Vi diskuterade vid vårt senaste möte den 20 december C As ekonomiska yrkanden. Siffrorna som sådana synes väl underbyggda och genomgångna. I tingsrätten var CAs bolag part. Pengar torde således utbetalas till bolaget, eller hur? Jag är tacksam om Du upprättar ett avtalsförslag med bolaget som part och med anvisning om skatteavdrag mm. Efter att Du översänt förslaget hör jag av mig. …*”

S W upprättade därför ett avtal som innehöll specificerade ersättningsanspråk och ett sista datum för inbetalning och sände dokumentet som han benämnde ”Slutlig överenskommelse”, ”för underskrift” med e-brev den 15 januari 2001. Landstinget visade ingen reaktion på e-brevet och S W sände då den 18 januari den slutliga överenskommelsen i original som även var underskriven av S W enligt fullmakt. Betalning uteblev den i avtalet angivna betalningsdagen och landstinget hörde inte heller av sig på något sätt. S W framställde därför krav med hot om rättsliga åtgärder och i

[307] Hellner, Jan, *Kommersiell avtalsrätt*, s. 33.
[308] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 141f.
[309] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 142.
[310] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 140.

maj betalade landstinget den ersättning som stipulerats i förlikningsavtalet den 19 september 2000. Den 7 september betalade landstinget även den summa för förlorat intäktsbortfall som angivits i de tidigare översända dokumenten. Tidigast i maj hörde landstinget av sig till motparten och bestred bolagets rätt till ersättning för innehållna befattningsarvoden, vilket var mer än tre månader efter att dokumenten mottagits.

Bolaget yrkade i första hand att ett villkorat avtal slutits vid mötet den 20 december 2000 med innehåll att landstinget åtog sig att utge ersättning (som även omfattade det omtvistade beloppet), under villkor att landstinget inte invände mot beloppets beräkning senast den 31 december samma år. Eftersom ingen sådan invändning hade framförts hade därmed enligt bolaget ett avtal kommit till stånd. I andra hand yrkade bolaget att motpartens passivitet givit upphov till avtal eftersom landstinget måste ha insett att bolaget utgick från att landstinget åtagit sig betalningsskyldighet. Landstinget bestred båda yrkandena.

HD fattade sig kort och koncist och inledde med att konstatera att det var ostridigt att parterna under en tid hade förhandlat med varandra om ersättning för uteblivna befattningsarvoden. Förhandlingar hade bland annat förts under sammanträdet den 20 december 2000. HD ansåg inte att det *direkt* framgick av den som ”slutlig överenskommelse” betecknade handlingen att den utgjorde en bekräftelse av ett vid decembermötet ingånget avtal. Eftersom det stod att den slutliga överenskommelsen översändes ”för underskrift” i det kortfattade missivet så blev det enligt HD ändå tydligt att dokumentet innehöll en bekräftelse om ett slutet avtal. Landstinget hörde sedan inte av sig inom skälig tid. HD kom således fram till att det ”*Under sådana förhållanden skall landstinget anses ha ingått ett avtal med det innehåll som den översända handlingen har, om landstinget inte kan visa att sådant avtal inte ingåtts*”. Vid bedömningen av om ett villkorat avtal kommit till stånd vid mötet den 20 december 2000 ansåg HD att landstinget med den åberopade bevisningen inte lyckats med att visa att ett avtal inte ingåtts. Landstinget blev därmed bunden av innehållet i de översända dokumenten. HD fastställde således Svea hovrätts[311] domslut.

Håstad som även var referent i målet redogjorde i ett särskilt tillägg för utvecklingen av passivitet i svensk rätt i samband med bekräftelser. Hans åsikt är att så länge som man upprätthåller en restriktion om att en passiv mottagare ska ha möjlighet att prestera bevisning om att inget avtal ingåtts, så är det lämpligt att påföra en presumtionsverkan som en allmän rättsgrundsats när en kommersiell part underlåter att reklamera en bekräftelse. Håstad konstaterar att HD genom att fästa avgörande avseende vid att landstinget inte hörde av sig inom skälig tid, inte behöver ta ställning till huruvida landstinget måste ha insett att bolaget utgick från att landstinget åtagit sig betalningsskyldighet.

[311] Svea hovrätts dom den 4 juni 2004 i mål T 4899-03.

Om man bortser från den presumtionsverkan som HD nu har konstaterat är gällande rätt, är det ändå motiverat att nämna de andra grunder som skulle ha kunnat beaktas. Jag redovisar därför nedan vad Håstad anser om de principer som brukar beröras i anslutning till passivitetsverkningar, även om detta särskilda tillägg inte är prejudicerande. En tillämpning av 9 § i förevarande fall på landstingets uppfordran den 29 december 2000 om att ett kontrakt skulle upprättas, anser Håstad inte är möjlig eftersom det inte går att se landstingets agerande som en uppfordran. Det är osäkert om landstinget skulle kunna göras ansvarig med stöd av grunderna för 9 §, även om god sed i kommersiella förhållanden hade krävt det. Håstad avfärdar möjligheten att landstinget hade kunnat bli bunden genom 6 § 2 st. när inget bindande anbud (eller bindande accept) kunde anses ha avgivits på mötet den 20 december 2000. Inte heller skulle de bestämmelser om oväsentliga avvikelser i accepter och bekräftelser som finns i UNIDROIT Principles art. 2.11. och 2.12[312] kunnat tillämpas.

Håstad redogör även för sin uppfattning om det som brukar kallas för kombinationsmodellen eftersom den bygger på en kombination av 6 § 2 st. och 9 §. Den innebär att när ett anbud har framkallats av mottagaren, och särskilt när det föreligger en preliminär överenskommelse, och mottagaren inte bara måste inse att han framkallat anbudet utan *också* måste inse att anbudsgivaren utgår från att anbudet blivit accepterat om inte något annat besked lämnas, kan det åligga mottagaren att reklamera inom skälig tid för att undgå bundenhet. Detta avser parter som är näringsidkare men Håstad anser att det kanske även är tillämpbart i andra fall. Enligt denna modell kan inte normalt en näringsidkare utan vidare utgå från att anbudet blivit accepterat, men omständigheterna i det enskilda fallet kan motivera en annan syn. Håstad ger som ett exempel på en sådan situation att parterna i anslutning till en förhandling där de kommit överens om de väsentliga villkoren, kan enas om att den ene parten ska utarbeta ett avtalsförslag och därvid fylla ut några återstående detaljer. Anbudsgivaren måste normalt ha fog för sin uppfattning om att mottagaren måste ha insett att sin tystnad ska innebära en accept. Skälen för att en avtalsverkan ska följa av en analog tillämpning av 6 § 2 st. blir enligt Håstad ännu starkare när ena parten utgår från att meddelandet medför att en accept är lämnad och därvid tror att ett avtal kommit till stånd och mottagaren måste inse detta.

Om ovanstående modell ska appliceras på de förhandenvarande omständigheterna verkar förhandlingarna - om man förutsätter att inget avtal kom till stånd den 20 december 2000 - enligt Håstad under alla förhållanden ha kommit så långt att bolaget hade fog för att utgå från att det förslag som bolaget sände över på två sätt på landstingets begäran, och som låg i linje med vad som diskuterats, skulle godtas av landstinget. Eftersom landstinget måste ha insett detta anser Håstad således att det föreligger goda skäl för att påföra avtalsbundenhet.

[312] Håstad hänvisar här till den första upplagan av UNIDROIT Principles trots att det vid tiden för domens avkunnande förelåg en andra version med nya numreringar.

3.2.6 Auktion och upphandling

Avtalsmekanismen går att tillämpa också på några särskilda avtalstyper, som auktion[313] och upphandling[314], även om det krävs en säregen utformning.[315] Vid auktion är ju båda parter närvarande (ofta är minst en närvarande genom ett ombud) och det brukar förekomma åtminstone någon slags förhandling om priset. Det är inte självklart vad som ska utgöra anbud och accept i denna speciella situation. Frågan diskuterades i tysk doktrin där ena sidan hävdade att auktionsförrättarens utrop skulle klassificeras som ett utbud, och att buden således var anbud som auktionsförrättaren kunde anta eller avfärda.[316] Den andra sidan argumenterade istället för att utropet skulle utgöra ett anbud och att det stod vilken köpare som helst fritt att acceptera anbudet.[317]

Adlercreutz framhåller att det inte går att fastställa en på alla fall given lösning, så det är omständigheterna i det särskilda fallet som får fälla avgörandet.[318] Att ett inrop är en bindande förklaring är däremot obestridligt.[319] Även i Sverige har det diskuterats huruvida ett utrop ska utgöra ett anbud eller ett utbud. Vid en auktion som har förbehåll om *fri prövningsrätt* är det klart att det högsta budet endast är ett anbud som inte behöver accepteras, och således utgör utropen utbud som inte är bindande.[320] Det anbud som avges av en inropare har en mycket kort acceptfrist och ett annat anbud medför att det första är förfallet (jämför med 3 § 2 st AvtL och 5 § AvtL).[321] När en förlängd acceptfrist föreligger innebär klubbslaget enligt Adlercreutz endast ett avslutande av budgivningen, men i annat fall utgör det en accept.[322]

Om auktionen istället utropar sina objekt till *ovillkorlig försäljning*, är utropet ett anbud och det högsta budet en accept, och klubbslaget har då ingen avtalsrättslig betydelse utan är mer av ett konstaterande eller som en slags bekräftelse.[323] Trots att belysande rättspraxis saknas är Adlercreutz uppfattning att gällande rätt innebär att inropet in dubio är ett anbud och klubbslaget en accept och att dansk, norsk samt finländsk rätt intar samma ståndpunkt.[324]

---

[313] För vidare läsning om auktioner se bl. a. Arnholm, *Privatrett 2* (1964) s. 66ff, Almén, *Auktion II* (1900) s. 269ff, Gomard, *Almindelig konraktsret* (1988) s. 60ff och NJA 1937 s. 619.
[314] För vidare läsning om upphandling se bl. a. Linder, Georg, *Handbok i offentlig upphandling* (1996) och Forsberg, Niclas, *Offentlig upphandling i praktiken* (2004).
[315] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 37.
[316] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 69.
[317] Ibid.
[318] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 92.
[319] Ibid.
[320] Ibid.
[321] Ibid.
[322] Ibid.
[323] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 93.
[324] Ibid.

Grönfors instämmer med Adlercreutz om att det vid en tillämpning av avtalslagens modell är inropen som ska betraktas som anbud.[325] Om man bortser från anbud och accept och istället ser det mer som en förhandling mellan närvarande, så finns det en annan förklaring till klubbslagets betydelse. Enligt Grönfors är det naturligt att fokusera på klubbslaget eftersom det har en central och symbolisk ställning vid auktioner.[326] Det får till följd att klubbslaget innebär att förrättningen övergår från konversation till *disposition*, samt att det markerar att det bud *"för vilken klubban fälles"*[327] är det relevanta.[328] Klubbslaget är ett slags allmänt accepterat uttrycksmedel som visar att man är överens och det är likadant i hela världen.[329] Grönfors framhåller att klubbslaget fyller samma funktion som ett handslag mellan närvarande och att det egentligen är den enda fasta punkt i processen som man kan hålla sig till.[330]

En annan avtalstyp är upphandling eller avtalsslut genom anbudsförfarande. Liksom vid auktion är syftet att genom inbördes tävlan mellan spekulanterna nå ett så bra anbud som möjligt. Det finns en särskild lag om upphandling som bygger på direktiv av EG, *Lag (1992:1528) om offentlig upphandling*. Den innehåller procedurregler och är tillämplig när det är den offentliga sektorn som infordrar anbud. I kommersiella sammanhang används emellertid vanliga avtalsrättsliga regler och man kan då se infordrandet av anbud som en uppmaning eller ett utbud. Oftast förbehåller sig uppmanaren en fri prövningsrätt som innebär att inte ens den som har lämnat det bästa anbudet kan kräva att få det accepterat, och i allmänhet gäller detta även om inget särskilt villkor har uppställts.[331] Infordran av anbud är ett slags uppfordran att avge anbud men det kan inte få sådana rättsverkningar som anges i 9 §, eftersom den regeln är anpassad för situationer där försäljning ska ske till ett flertal kunder.[332] Det innebär att passivitet inte kan ge upphov till avtal, även om det enligt Adlercreutz lär höra till god ton att meddela de avgivare som inte har valts.[333]

3.3 Andra modeller

Det finns också metoder för att få ett avtal till stånd som skiljer sig så mycket från den modell som avtalslagen representerar, att det blir meningslöst att resonera i termer av anbud och accept. De två former som jag valt att ta upp är radikala i den meningen att de inte alls var föremål för lagstiftarnas diskussioner vid avtalslagens tillkomst. Modellerna har sedan de lanserades blivit utsatta för en massiv kritik och mött stort motstånd.

[325] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 37.
[326] Ibid.
[327] Almén, Tore, *Om auktion såsom medel att åvägabringa avtal II*, (1900) s. 276.
[328] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 37.
[329] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 70.
[330] Ibid.
[331] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 95.
[332] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 96.
[333] Ibid.

3.3.1 Stegvis låsning av förhandlingspositioner

Som jag redogjort för tidigare kan parterna naturligtvis komma överens i förväg om en särskild förhandlingsordning, där de också anger den avgörande tidpunkten för när ett avtal ska anses ha kommit till stånd. Om de väljer att knyta bundenheten till undertecknande av ett skriftligt kontrakt så rör det sig egentligen om avtalad skriftform. Så länge parterna är eniga har de använt sig av den möjlighet till att själv styra över processen som avtalslagen erbjuder. I praktiken har parterna oftast inte tagit upp frågan om bundenhet i förväg, utan de inleder helt sonika sin avtalsförhandling direkt. Vid sådana förhandlingar som pågår under lång tid och som ofta är komplicerade och/eller rör stora belopp, är det enligt Ramberg och Ramberg problematiskt och juridiskt-tekniskt svårt att tillämpa avtalslagens modell med anbud och accept.[334] Att avtalslagens modell inte utformades med tanke på sådana förhandlingar är doktrinen enig om, men det finns olika uppfattningar om hur mycket avsteg man kan göra vid en bedömning av när bundenhet har uppkommit. Jag kommer först att presentera Grönfors omdiskuterade modell i sin helhet, för att sedan återge en del av den kritik som den har blivit och fortfarande blir utsatt för. Jag har valt detta sätt då Grönfors modell ofta uppfattas som svår, och det är min förhoppning att det blir tydligare såhär än om jag löpande redogör för andras synpunkter.

Grönfors är en av dem som mest förespråkar en modell som fullständigt skiljer sig från avtalslagens och det var han som lanserade begreppet *successivt ingående av avtal*.[335] Han menar att det existerar vad han kallar *stegvis låsning av förhandlingspositioner*, som innebär att uppbyggnaden av avtalet sker under en längre tid och att parterna binder sig gradvis alltmer till varandra.[336] Det grundläggande i denna modell är att avtalet förhandlas fram utmed en långt utdragen *tidsaxel* och när man följer denna finner man olika etapper eller trappsteg mot det slutliga målet.[337] Det är då meningslöst att tolka den ene eller andre partens vilja eller tillit för att i efterhand kvalificera ett uttalande som anbud eller accept, eller att försöka identifiera någon partsvilja. Istället fungerar tillvägagångssättet som en *mekanism* för ingående av omfattande kommersiella avtal, och det måste enligt Grönfors förstås med utgångspunkt i en *funktionell analys* från rättspolitisk synpunkt.[338]

Vid förfaringssättet *punctatio* (summariskt avtal sammanfattat punktvis), utpekas bundenhetens uppkomst på i princip samma sätt som genom ett handslag mellan närvarande eller en underskrift på ett skriftligt avtal. Den exakta tidpunkten utgör vad som kan kallas ett vertikalt snitt på en tidsaxel. Men en punktvis uppsatt sammanfattning av uppnådda förhandlingsresultat kan också enligt Grönfors ha funktionen att ange *”hit har vi nu hunnit och vi*

[334] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 121.
[335] Johansson, Svante O, Ramberg, Christina, *Kurt Grönfors in memoriam*, s. 1121.
[336] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 74.
[337] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 74f.
[338] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 75.

har därmed lagt grunden för fortsatta avtalsförhandlingar".[339] I så fall har en etapp på vägen till ett förhoppningsvis fullgånget avtal tillryggalagts. Till följd av detta finns det inte *en* enda relevant tidpunkt, utan istället placeras tillkomstprocessen på tidsaxeln från den första förhandlingen fram till det fullbordade avtalet.[340] På axeln kan sedan en eller flera markeringar göras. Grönfors påpekar att den punktvisa sammanfattningen kan ta sig olika former, det kan vara brev som skickas, minnesanteckningar eller formella förhandlingsprotokoll, korta gemensamma skrivelser och så vidare.[341]

Det avgörande blir sedan *var* på tidsaxeln parterna befinner sig när punctuatio görs men även *syftet* med markeringen är relevant.[342] Hela tiden är det ju två parter som agerar och rör sig längs tidsaxeln. Grönfors framhåller att man inte ska undersöka den ene eller andres avsikt, utan det är det *typiska syftet* vid en låsning av förhandlingsresultatet vid den tidpunkt som skett som ska efterforskas.[343] Vid denna bedömning är målsättningen att avtalsmodellen skall fungera på ett ändamålsenligt sätt i affärslivet och av betydelse är också vilken grad av fasthet hos mönstret som man utgår från.[344] Om parterna vill kunna omförhandla på ett senare stadium måste de klart ge utryck för detta. När den summariska sammanfattningen utförs alldeles i början och den endast har karaktären av en avsiktsförklaring, kan det dock enligt Grönfors bara leda till att parterna ömsesidigt utfäster sig att gå vidare i förhandlingarna på ett seriöst sätt.[345]

Grönfors anser att "*om man kommit så långt i förhandlingarna att bara 10-15 % återstår fram till det färdiga avtalet och den ena parten skulle tillåtas att omförhandla allt från början, skulle modellen vara alltför riskfylld för att kunna användas inom affärslivet*" och ett frånträdande i detta skede skulle kunna stämplas som oskäligt vid kontraktsförhandlingar, i likhet med 36 §.[346] Uppträdandet under förhandlingarna skulle då signalera den felaktiga uppfattningen till motparten och omgivningen att man i det väsentliga var nära att avfatta det slutliga avtalet.[347] Enligt Grönfors *måste* därför sanktionen från rättsordningens sida bli "*en skyldighet att förhandla färdigt vad som återstår, om inte särskilda skäl skulle kunna anföras däremot*".[348] Men i sällsynta fall, när grundläggande förutsättningar gradvis under förhandlingarna har övergivits, kan en revision av tidigare etapper bli naturlig och kanske rent av en följd av ändrade ståndpunkter senare under förhandlingen.[349] Båda parter borde då vilja verka för ändringar och därmed är det enligt Grönfors tveksamt om det skulle kunna leda till en tvist.[350]

---

[339] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 74.
[340] Ibid.
[341] Ibid.
[342] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 75f.
[343] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 76.
[344] Ibid.
[345] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 75.
[346] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 75f.
[347] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 76.
[348] Ibid.
[349] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 77.
[350] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 75.

Grönfors anser således att en stegvis låsning av förhandlingspositionerna kan innehålla ett *undersökningsskede*, under vilken lämpliga parter söker kontakt med varandra och allmänt undersöker förutsättningarna för samverkan.[351] Sedan följer ett *förhandlingsskede* då de mer specifika villkoren bearbetas och sist ska ett *fullgörelseskede* inträffa, men det är enligt Grönfors inte ovanligt att fullgörelsen i praktiken påbörjas redan innan det föreligger ett färdigförhandlat avtal.[352] Det kan också förekomma att ett avtal ingås och sätts i kraft under förbehållet ”*minor details to be agreed upon*”. Det kan diskuteras hur det skiljer sig från ett villkorat avtal med formuleringen ”*subject details*”. Det troligaste är att dessa utryck i princip används på samma sätt, men jag har valt att göra en nyansskillnad på så vis att den senare används när ett skriftligt avtal föreligger och parterna är helt eniga om att de därmed är bundna, det vill säga avtalad skriftform. När Grönfors skriver om ”*minor details to be agreed upon*” så är det utifrån hans synsätt att en låsning av förhandlingspositionerna sker stegvis, och därmed blir det ett annat perspektiv än vad jag avsett att förmedla vid avtalad skriftform. Det är således helt och hållet på mitt initiativ som denna särskiljning gjorts. Enligt Grönfors är det som först överenskommits det konkreta avtalets kärna, själva löftet, och det innefattar prestationen bestämd i tid och rum och liknande, och i den mån som inte de återstående kringvillkoren har behandlats, får de vid en eventuell tvist fyllas i med dispositiva rättsregler.[353]

Grönfors utkom 1993 med ”*Avtalsgrundande rättsfakta*”, och syftet med denna bok var att diskutera vilka rekvisit som skulle vara uppfyllda för att två parter skulle anses ha ingått ett avtal. I boken fanns ett avsnitt om ”*Stegvis låsning av förhandlingspositioner*” och de synpunkter som framfördes där gav upphov till en debatt i Juridisk Tidskrift. Calissendorff redogjorde då för sin syn på stegvis låsning på avtal om företagsförvärv utifrån ”*en praktikers horisont*”.[354] Han instämmer med Grönfors uppfattning att det sällan träffas någon överenskommelse om särskild förhandlingsordning, men påpekar att det redan i de första utkasten brukar finnas med ett förbehåll om respektive styrelsers godkännande.[355] Eftersom det i regel därför är fråga om både avtalad skriftform och förbehåll för styrelsernas godkännande, så leder det enligt Calissendorff till att en stegvis låsning redan härigenom i de flesta fall är utesluten.[356]

Grönfors uttalande att en part kan åläggas att förhandla färdigt när det bara återstår 10 – 15 % till ett färdigt avtal, avfärdar Calissendorff som alltför långtgående.[357] Han är särskilt kritisk till hur en *värdering* av hur långt en avtalsförhandling har framskridit ska kunna utföras av en *domstol* i händelse av tvist, för hur ska exempelvis olika garantier och specifikationer värderas i

[351] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 37.
[352] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 38.
[353] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 38.
[354] Calissendorff, Gotthard, *Avtalsgrundande rättsfakta – några synpunkter*, s. 237.
[355] Calissendorff, Gotthard, *Avtalsgrundande rättsfakta – några synpunkter*, s. 238.
[356] Ibid.
[357] Ibid.

förhållande till varandra vid omfattande kommersiella avtal?[358] Enligt Calissendorff kan det vid stora anläggningsavtal undantagsvis förekomma en stegvis låsning av begränsad omfattning, men då sker detta genom ett i behörig ordning undertecknat avtal eller dylikt.[359] Han anser vidare att det oftast skulle vara direkt olämpligt att en domstol skulle träda i parternas ställe och dels värdera hur långt de kommit i sin förhandling, samt dels om de ansågs ha kommit tillräckligt långt i så fall skulle fastställa vad som borde gälla i de frågor som parterna inte avgjort ännu.[360] Calissendorff framhåller att ett åläggande från praktisk synpunkt dessutom i de flesta fall vore en omöjlig lösning, och särskilt när ena parten inte vill fortsätta då denne inte anser sig kunna uppfylla den andres krav.[361] En annan svaghet med Grönfors förslag anser han vara att det ur rättssäkerhetssynpunkt är *olämpligt* och att det skulle ge upphov till att fler tvister skulle hänskjutas till prövning.[362] För att illustrera hur mycket som 10 – 15 % kan omfatta ger Calissendorff exemplet att om ett avtal omfattar 500 miljoner, så kan det enligt Grönfors uppstå en bundenhet trots att parterna fortfarande inte enats om frågor rörande 50 – 75 miljoner, och det är således inte alltid struntsummor som parterna inte har kunnat komma överens om.[363]

Calissendorffs slutsats är att det bör finnas en presumtion *mot* att ett avtal ska vara bindande, såvida det inte föreligger en av behöriga ställföreträdare för parterna undertecknad slutgiltig förekommelse.[364] Han är också mycket kritisk till att Grönfors anser att domstolen vid bedömningen av huruvida ett avtal har kommit till stånd, skall basera sitt avgörande på vilken *funktion* den aktuella handlingen eller låsningen normalt har och att domstolen därvid skall ta rimliga rättspolitiska hänsyn.[365] Calissendorff påpekar att det första steget bör vara att objektivt tolka ordalydelsen i eventuella dokument och parternas uppträdande och därmed alltid ta hänsyn till omständigheterna i det individuella fallet.[366] Det är därför endast om dessa inte ger ledning som domstolen kan ha anledning att söka stöd och ledning i allmänna rättspolitiska överväganden, eftersom det inte går att fastställa det *typiska syftet* med en låsning, då variationerna är alltför stora.[367]

Calissendorff ifrågasätter också vilka de *rättspolitiska hänsyn* är som ska ha betydelse för om ett avtal ska anses ha kommit till stånd.[368] Han avfärdar argumentet om att avtal ska hållas eftersom det är en lika tungt vägande princip att ingen skall bli bunden om denne inte kan anses ha bundit sig genom sina förklaringar eller uppträdande.[369] Han ställer vidare frågan om

[358] Calissendorff, Gotthard, *Avtalsgrundande rättsfakta – några synpunkter*, s. 238f.
[359] Calissendorff, Gotthard, *Avtalsgrundande rättsfakta – några synpunkter*, s. 239.
[360] Ibid.
[361] Calissendorff, Gotthard, *Avtalsgrundande rättsfakta – några synpunkter*, s. 239.
[362] Ibid.
[363] Ibid.
[364] Calissendorff, Gotthard, *Avtalsgrundande rättsfakta – några synpunkter*, s. 240.
[365] Calissendorff, Gotthard, *Avtalsgrundande rättsfakta – några synpunkter*, s. 240f.
[366] Calissendorff, Gotthard, *Avtalsgrundande rättsfakta – några synpunkter*, s. 240.
[367] Calissendorff, Gotthard, *Avtalsgrundande rättsfakta – några synpunkter*, s. 240f.
[368] Calissendorff, Gotthard, *Avtalsgrundande rättsfakta – några synpunkter*, s. 241.
[369] Ibid.

lägre krav ska ställas när det rör sig om ”goda” avtal, som till exempel skulle kunna vara avtal som är fördelaktiga från samhällsekonomisk synpunkt.[370] Calissendorff avslutar med att poängtera att de synpunkter som han fört fram främst har varit inriktade på stora avtal som företagsförvärv och anläggningsavtal, men att de förmodligen har betydelse även för andra typer av förhandlingsavtal.[371]

Sohlberg beskrev Calissendorffs inlägg i debatten som en ”*försiktig kritik*” av modellen stegvis låsning, och redogjorde i en annan insändare för sin syn på det som han kallade för den ”*Grönforska modellen för ingående av avtal*” och dess tillämplighet på *samarbetsavtal*.[372] Sohlberg påpekar att han inte kan uttala sig om modellen kan vara användbar i några andra sammanhang, men när det är fråga om avtal som handlar om långvarigt samarbete anser han dock att det är sannolikt att en tillämpning av modellen är utesluten.[373] Den typ av avtal som Sohlberg behandlar är en ganska säregen grupp, franchiseavtal, och de utmärker sig framförallt av att det inte finns något utrymme alls för individuella avtalsvillkor, utan en part har endast att välja mellan att acceptera hela paketet eller inte alls.

Sohlberg framför dock ett argument som jag anser har en vidare betydelse än vid just franchiseavtal, nämligen att alla långsiktiga samarbetsavtal måste bygga på *förtroende*.[374] Om en part inte vill ingå ett avtal utan avbryter förhandlingen, så saknas den avgörande förutsättningen för samarbete. Han gör en liknelse vid ett giftermål där ett nej, ”*om så först vid altaret*”, måste betyda ett nej oavsett hur omfattande förberedelserna har varit.[375] Sohlberg avfärdar Grönfors kostnadsargument med att kostnaderna för framtvingade ”äktenskap” blir mångdubbelt högre än kostnaden för avbrutna avtalsförhandlingar.[376] Istället förespråkar Sohlberg den klassiska modellen för ingående av avtal där *partsviljan* har avgörande betydelse, och är därför skeptisk till tendensen att den gemensamma partsviljan ska tonas ner för mer allmänna ekonomiska resonemang.[377] Han poängterar att det är av yttersta vikt att man åtminstone vid avtalets ingående måste hålla fast vid att utgångspunkten skall vara gemensam.[378] Sohlberg påpekar slutligen att oavsett om och hur parterna, medvetet eller omedvetet, inriktat sig på ”att det blir avtal oss emellan” så träffas inget avtal förrän *genom underskriften*.[379]

[370] Calissendorff, Gotthard, *Avtalsgrundande rättsfakta – några synpunkter*, s. 241.
[371] Ibid.
[372] Sohlberg, Stig, *Ingående av avtal – Back to Basics*, JT 1993-94 s. 657.
[373] Sohlberg, Stig, *Ingående av avtal – Back to Basics*, s. 657.
[374] Sohlberg, Stig, *Ingående av avtal – Back to Basics*, s. 658.
[375] Ibid.
[376] Ibid.
[377] Sohlberg, Stig, *Ingående av avtal – Back to Basics*, s. 659.
[378] Ibid.
[379] Ibid.

Både Calissendorff och Sohlberg är således mycket kritiska till den modell som Grönfors utformat. Främst verkar de reagera negativt på den nedtoning av partsviljan som Grönfors förespråkar. Jag tycker också att de ger intryck av att som praktiker och ombud för parterna, känna att parternas (och därmed deras egen) självbestämmanderätt hotas av att Grönfors vill föra in mer rättspolitiska överväganden, där exempelvis skydd för vissa intressegrupper kan få relevans vid bedömningen. Men det är viktigt att påpeka att man inte på något sätt fråntar parterna deras rätt att vara autonoma, eftersom de kan undvika att rätten måste göra en mer generell tolkningsoperation genom att vara *tydliga* med vad de vill. Det är ju ingalunda på det viset att parterna tvingas att binda sig vid en tidigare tidpunkt än de önskar, så länge som de har specificerat vad som ska gälla.

Lehrberg delar liksom Grönfors in ett avtal i tre stadier, *undersökningsskedet, förhandlingsskedet* och *fullgörelseskedet*.[380] Dessa tre följer dock inte alltid i kronologisk ordning, utan de kan även gripa in i varandra. De erbjudanden som parterna utväxlar under förhandlingen kan avse delar av eller hela avtalet men de är vanligen inte avsedda som några bindande anbud. Lehrberg framhåller liksom flera andra att huvudregeln i svensk rätt är att förhandlingsbud inte är bindande.[381] Däremot kan det hända att ett avtal anses slutet genom *konkludent handlande* om en part har börjat fullgöra under förhandlingsskedet. Lehrberg påpekar att det har diskuterats om avtalsbundenheten vid förhandlingsavtal bör utsträckas utöver vad som följer av vanliga regler, och medger att det är principiellt möjligt att göra avkall på kravet på att parterna skall vara *överens* om att vara bundna.[382] Det går dock inte enligt Lehrberg att dispensera från att det ska finnas en överenskommelse som är tillräckligt bestämd, fullständig och preciserad för att kunna utgöra ett avtal.[383] Lehrberg anser att svaret på frågan om bundenhet kan uppkomma genom successiv bundenhet – när avtal ej är slutet muntligen, genom konkludent handlande eller enligt andra etablerade rättsprinciper – är att det *står i strid med gällande svensk rätt.*[384] Han anser också att det är tveksamt om näringslivet ens skulle gynnas av en sådan ny konstruktion.[385]

Ramberg och Ramberg tycker att man ska fästa vikt vid om parterna har *agerat* på ett sådant sätt att ett avtal kan anses ha kommit till stånd.[386] Det blir således en mer objektiv bedömning av de yttre omständigheterna än vad parterna haft för subjektiv uppfattning. De menar att parter som förhandlar ofta upplever att avtalsbundenheten inträder successivt och att det fungerar så på ett förhandlingspsykologiskt plan, men poängterar att bundenheten *rättsligt sett* inte kan inträda successivt.[387] Vidare får huvudregeln enligt Ramberg och Ramberg ”*nog sägas vara att bundenhet vid avtal som*

[380] Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, s. 131.
[381] Ibid.
[382] Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, s. 132f.
[383] Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, s. 133.
[384] Ibid.
[385] Ibid.
[386] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 121.
[387] Ibid.

förhandlas fram successivt inträder först när parterna i slutfasen får tillfälle att bedöma avtalet som helhet mot bakgrund av samtliga framförhandlade villkor".[388] I praktiken borde detta innebära att bundenheten knyts till undertecknande av ett skriftligt kontrakt.[389] De framhåller att varje part juridiskt sett är fri att lämna förhandlingsbordet fram till denna punkt, men att det eventuellt kan föreligga en skyldighet att tydligt klargöra för motparten om man inte längre har för avsikt att sluta avtal.[390] Detta är Ramberg och Rambergs uppfattning, men de konstaterar samtidigt att rättsläget numera är *oklart* vad gäller stegvis låsning och att det inte finns något entydigt svar som passar alla situationer.[391] De anser dock att mycket talar för att man bör vara försiktig med att ålägga bundenhet under långvariga och komplicerade förhandlingar.[392]

Yxklinten och Ahlgren anger "*avtal i flera steg*" som ett exempel på att avtal kan träffas enligt andra mekanismer än avtalslagens modell, och uppger att parterna först kan enas om kärninnehållet för att därefter övergå till att förhandla om detaljer och övriga villkor.[393] Deras uttalande att "*modellen innebär att parterna inledningsvis egentligen binder sig vid ett ofullständigt avtal*"[394] i kombination med att de fullständigt accepterar alternativa modeller för ingående av avtal, tycker jag tyder på att de är benägna att i alla fall acceptera stegvis låsning. Eller till och med att de godtar att bundenhet kan uppkomma långt före att förhandlingarna avslutats.

Taxell accepterar att det har utvecklats nya modeller som inte har stöd i lag.[395] Han beskriver förhandlingar som att parterna går *stegvis framåt* mot ett definitivt avtal och "*Eventuellt sker det så att bundenhet uppkommer successivt via föravtal, letter of intent eller annan preliminär överenskommelse eller genom fortsatta förhandlingar på basen av ett ramavtal*".[396] Taxell påpekar att man ska klarlägga vilka typer av fakta eller förfaranden, avtalsmekanismerna, som kan anses utgöra *avtalsgrundande rättsfakta*.[397] Bedömningen av vilka rättsfakta som ska tillmätas avseende ska göras in casu och hänsyn ska tas till både handlandet och dess följder, och när tillräckligt starka skäl föreligger ska man helt enkelt acceptera att avtalsbundenhet inträtt.[398] Tyvärr ger Taxell ingen mer ledning i *när* ett avtalsgrundande rättsfaktum är för handen, vilket medför att det är svårt att omsätta hans tankar i praktiken. Avseende avtalsbundenheten uttrycker han i ett annat sammanhang att den inträder när avtal blivit *definitiva* och att det är irrelevant genom vilka mekanismer som avtalet har uppkommit.[399]

---

[388] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 122.
[389] Ibid.
[390] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 122f.
[391] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 122.
[392] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 122.
[393] Ibid.
[394] Ibid.
[395] Taxell, Lars Erik, *Avtalsrätt, bakgrund – sammanfattning – utblick*, s. 47.
[396] Ibid.
[397] Taxell, Lars Erik, *Avtalsrätt, bakgrund – sammanfattning – utblick*, s. 48f.
[398] Ibid.
[399] Taxell, Lars Erik, *Avtalsrätt, bakgrund – sammanfattning – utblick*, s. 39.

Woxholth framhäver att det ofta är vanskligt att fastställa den tidpunkt då bundenhet inträder vid förhandlingsavtal, och att det avgörande är om de dispositioner som parterna företar under förhandlingen är av en *förpliktande* karaktär.[400] Huvudfrågan är vilka avtalsstiftande rättsfakta som är relevanta och som Woxholth påpekar går det inte att ge ett generellt svar på den frågan, så det centrala blir istället om det föreligger tillräcklig *enighet* om att ett avtal ska vara för handen.[401] Woxholth hänvisar till Grönfors tidsaxel eftersom det är av stor betydelse hur långt kommen en förhandling är.[402] Om den ena parten avbryter på ett mycket tidigt stadium föreligger en presumtion för att parterna inte ens kunnat komma överens om de viktigaste frågorna i avtalet vilket borde vara ett minimikrav för bundenhet.[403] Det kan då enligt Woxholth möjligen föreligga en moralisk plikt att fortsätta förhandlingarna men knappast en rättslig.[404]

När förhandlingarna har pågått under längre tid och det finns något mer än en diffus avtalsskiss, kan parterna enligt Woxholth eventuellt anses ha en ”omsorgsförpliktelse” som innebär att de måste fortsätta med förhandlingen.[405] Om förhandlingarna är långt komna avgörs bundenheten av om parterna kan sägas vara överens om *väsentliga punkter* i avtalet.[406] Vid enklare avtal kan då dispositiv lag eller branschbruk användas som utfyllnad i relativt stor utsträckning, men även vid mer komplicerade avtal kan bindande avtal ha uppkommit.[407] Norska Höyesterett har lagt stor och ofta avgörande vikt vid om parterna har kommit överens om huvudpunkterna i avtalet, och när så varit fallet har bundenhet därmed ansetts föreligga.[408] Woxholth är mycket tveksam till att påföra bundenhet under större avtalsförhandlingar, och ett argument som han framför är att en part ofta kan göra eftergifter på vissa punkter för att denne räknar med att kunna kräva mer på en annan punkt.[409] Om bundenheten då inträder innan denna senare punkt har förhandlats klart, är det osäkert om de hårdare kraven går igenom och därmed har den ena parten gynnats på den andres bekostnad.[410]

[400] Woxholth, Geir, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 132ff.
[401] Woxholth, Geir, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 134.
[402] Woxholth, Geir, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 140.
[403] Ibid.
[404] Woxholth, Geir, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 141.
[405] Ibid.
[406] Ibid.
[407] Ibid.
[408] Woxholth hänvisar till flera domar av Höyesterett där bindande avtal ansetts ha kommit till stånd trots att inte enighet uppnåtts på alla punkter, se bl. a. Rt 1953 s. 581, Rt 1962 s. 149 och Rt 1985 s. 547. För dansk praxis se U 1988 s. 979H, U 1989 s. 53H och U 1989 s. 435H.
[409] Woxholth, Geir, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 142f.
[410] Ibid.

Etiska principer kan enligt Woxholth vara ett skäl för stegvis låsning eftersom det inte alltid är försvarbart att i ett sent skede återkomma till tidigare framförhandlade villkor.[411] I många förhandlingssituationer finns det oskrivna regler om att förhandlingen görs i etapper och att varje etapp ”stängs” när den avslutats. Det hör då inte till god ton att ta upp de villkor som blivit ”stängda” och i vissa fall kan detta sägas reflektera en rättsregel, en kutym, med en verkan som innebär att en part måste ha gjort ett uttryckligt förbehåll för att ha en rättslig möjlighet att gå tillbaka.[412] I sådana situationer där parterna inte får omförhandla det de tidigare kommit överens om, anser Woxholth att det knappast går att hävda att inte stegvis låsning är för handen.[413]

AD har slagit fast att huvudregeln vid en muntlig förhandling är att inget bindande avtal uppkommer förrän enighet nåtts om alla frågor eller om avtalsslut.[414] AD har vidare vid ett tillfälle konstaterat att *”En annan ordning, enligt vilken parterna skulle bli bundna stegvis villkor för villkor, skulle i sådana och därmed jämförliga fall typiskt sett leda till ett så komplicerat förhandlingsmönster och till sådana svårigheter att nå en i och för sig eftersträvad uppgörelse, att den sålunda inte utan att särskilda skäl talar för det kan antas ha varit åsyftad av parterna*”.[415] Det är därför ingen överdrift att påstå att AD har en minst sagt avog inställning till stegvis låsning.

Där Lehrberg anser att det krävs en förändring för att stegvis låsning skulle kunna vara svensk rätt, menar Ramberg och Ramberg att rättsläget istället är *oklart*. De bådas ställningstagande är från 2006 respektive 2007[416], vilket visar att det ingalunda har uppnåtts konsensus i denna fråga ännu trots att Grönfors redogjorde för sin modell långt tidigare. Det som däremot kan konstateras är att det förut stod klart att stegvis låsning *inte* var gällande rätt. Grönfors uppfattning är att etappvis bundenhet redan existerar i svensk rätt och förekomsten av en successiv bundenhet är inte främmande för andra rättssystem. Det finns exempelvis rättspraxis i Holland som indikerar att parterna, när de har kommit ganska långt, är skyldiga att slutföra sina förhandlingar.[417]

Successiv bundenhet har inte diskuterats så mycket i svensk doktrin. Jag tycker att det går att skönja en tendens till att teoretikerna, med undantag av Grönfors naturligtvis, inte riktigt vill ta ställning utan hellre hänvisar till att rättsläget är oklart. Praktikerna däremot är mer avogt inställda och verkar inte vilja ha detta nya instrument och en anledning är förmodligen att de är rädda för att förlora kontrollen över avtalsprocessen. Vidare vill de inte alls

[411] Woxholth, Geir, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, s. 144.
[412] Ibid.
[413] Ibid.
[414] Se t.ex. AD 1994 nr. 157 och AD 1998 nr. 147. Se mer om ADs praxis i 3.2.1.
[415] AD 1998 nr. 147.
[416] Vid slutfasen av min uppsats utkom Ramberg och Ramberg med en ny upplaga från 2007. Deras åsikter om avtals ingående har dock inte förändrats alls vid en jämförelse med den upplaga som jag löpande refererar till, d v s den från 2002.
[417] Svernlöv, Carl (red.), *Internationella avtal – i teori och praktik*, s. 31.

tona ner den subjektiva partsviljan till förmån för mer objektiva överväganden. Men det Grönfors förespråkar är inte att man ska gå emot en gemensam partsvilja utan snarare att vissa handlingar förutsätts spegla en viss avsikt och därmed utlöser vissa rättsverkningar. Att många är så negativa har säkerligen med att göra att det inte finns klara riktlinjer för hur denna nya modell ska tillämpas och då är det enklare och säkrare att hålla fast vid gamla inkörda traditioner.

En relevant aspekt som Sohlberg uttrycker är att ett samarbete som är avsett att vara en längre tid måste grundas på förtroende. Naturligtvis anser jag att avtalstypen måste spela en stor roll, om inte avgörande, för frågan om en stegvis låsning kan vara för handen. När det rör mycket omfattande avtal, som ett större företagsförvärv eller överenskommelser som är menade att vara gällande under en längre tidsperiod, är det svårare att se att en stegvis låsning skulle kunna leda till att bundenhet inträder innan parterna är helt överens. Men vid mindre avtal som ett köp av en dussinvara vid ett tillfälle kan modellen enligt min mening tillgodose ett behov. Det är viktigt att hålla i minnet att det alltid är *parterna* som förhandlar, låt vara att dessa ofta företräds av någon form av juridiska ombud när det rör större avtalsförhandlingar. När många är inblandade kan det därför vara svårt att undersöka de subjektiva rekvisit som ingår i avtalslagens viljeförklaringar.

Som ett alternativ till stegvis låsning finns doktrinen om culpa och dolus in contrahendo och dess förekomst är säkert en starkt bidragande faktor till varför så många är negativt inställda till den förstnämnda rättsfiguren. Rättsföljden av stegvis låsning är att en avtalsverkan inträder när parterna har uppnått en viss punkt i förhandlingarna och att parterna därmed inte kan avbryta dem utan att begå ett inomobligatoriskt avtalsbrott. Vid culpa in contrahendo är den vanligaste uppfattningen att den part som avbryter förhandlingen på ett illojalt eller oaktsamt sätt kan bli skadeståndsskyldig på utomobligatorisk grund, men någon avtalsbundenhet anses inte ha uppkommit. Liksom vid stegvis låsning är förekomsten av ett ansvar till stor del beroende av hur långt parterna har kommit i sina förhandlingar. Klart är att uppträdandet måste ge sken av att det föreligger något mer än bara en allmän önskan om att vilja ingå ett avtal.

Principen om culpa in contrahendo kan föras tillbaka ända till den romerska rätten, där en skadelidande part hade en möjlighet att utfå ersättning trots att ett avtal befanns vara ogiltigt.[418] Principen finns antydd skriftligen i Tyskland redan år 1794[419], men ”upptäckten” av det prekontraktuella ansvaret brukar tillskrivas von Jhering[420] och dateras till 1861.[421] Det finns inget lagrum för culpa in contrahendo i svensk rätt och fram till början av

[418] Goderre, Diane Madeline, *International Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention*, s. 262.
[419] I *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*.
[420] Von Jhering, Rudolf, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts 4 bd* (1861).
[421] Kleineman, Jan, *Ren förmögenhetsskada, särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart*, s. 125.

1980-talet har diskussionen om det prekontraktuella ansvaret varit relativt sparsam i doktrin. Det råder delade meningar om skadeståndet vilar på en inom- eller utomobligatorisk grund och skillnaden är signifikant, eftersom ersättningens storlek skiljer sig åt beroende på om det är det negativa eller det positiva kontraktsintresset som ska ersättas. Karlgren redogjorde 1954 för tre möjliga synsätt som han benämnde *kontraktsteorin* eller *kvasikontraktsteorin, deliktsteorin* samt *den uttunnade deliktsteorin.*[422] Enligt den första utgick skadeståndet från en tänkt avtalsförpliktelse och enligt den andra från en självständig ansvarsgrund.[423] Den uttunnade deliktsteorin var hans egen och den innebar att handlandet skulle ses som utomobligatoriskt, men att de regler som användes vid träffade avtal ändå var tillämpbara.[424]

Ramberg och Ramberg anser att culpa in contrahendo är en egen skadeståndsrättslig princip som endast går att använda vid ett utomobligatoriskt förhållande mellan parterna.[425] Kleineman är kritisk till uppdelningen i inom- och utomobligatorisk grund och kallar den illusorisk.[426] Han anser att det som utmärker just ansvarstypen culpa in contrahendo är att det ska *"föreligga någon form av oaktsamt vilseledande som antingen föranleder en disposition eller ett antagande hos den skadelidande beträffande avtalsprestationens karaktär vid eller före avtalslutet*".[427] Således synes Kleineman mer inriktad på culpabedömningen och särskilt vilseledandebegreppet. Kleineman har uttalat att den nya köplagen[428] medfört att det inte längre kan finnas någon tvekan om att culpa in contrahendo kan aktualiseras vid ingångna avtal, och att rättsfallen *NJA 1963 s. 105* och *NJA 1978 s. 147* innebär att principen godtagits i svensk rätt även utan efterföljande avtal.[429]

Adlercreutz har en uppfattning som skiljer sig från den sedvanliga eftersom han menar att culpa in contrahendo alltid vilar på avtalsrättslig grund.[430] Han har uttryckt att *"Ibland anses talan om skadeståndsskyldighet på grund av culpa in contrahendo vila på en helt annan rättsgrund än talan som går ut på avtalsbundenhet, men detta är enligt min mening en felsyn grundad på en gammal och onödig doktrin*".[431] Han synes således mena att rättsföljden för culpa in contrahendo är avtalsbundenhet som omsätts i en skadeståndsskyldighet, och detta är en förklaring till varför han inte är positiv till stegvis låsning som ju då inte fyller någon vidare funktion. Reklamationsreglerna i 4 § 2 st., 6 § 2 st., 19 § och 32 § 2 st. vilar på principen att ena parten inte får spekulera i att den andra parten räknar med

[422] Karlgren, Hjalmar, *Avtalsrättsliga spörsmål*, s. 13-16.
[423] Karlgren, Hjalmar, *Avtalsrättsliga spörsmål*, s. 13f.
[424] Karlgren, Hjalmar, *Avtalsrättsliga spörsmål*, s. 16.
[425] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 83.
[426] Kleineman, Jan, *Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar*, s. 128.
[427] Kleineman, Jan, *Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar*, s. 132.
[428] Se 27 § 4 st, och 40 § 3 st. samt prop. 1998/89:76 s. 117 och 139.
[429] Kleineman, Jan, *Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar*, s. 130.
[430] Adlercreutz, Axel, *Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal (om "letters of intent", principöverenskommelse m.m.)*, s. 494.
[431] Ibid.

att ett avtal kommer till stånd och sedan, om det visar sig mer förmånligt, meddela att det inte finns något avtal.[432] Då påföljden för dessa regler är avtalsbundenhet, och inte bara skadestånd, menar Adlercreutz att detta är ett uttryck för den svenska synen på förhandlingsparters beteende.[433]

HD har tagit ställning till culpa in contrahendo vid anmärkningsvärt få tillfällen. Utgången av målen har varit av skiftande resultat, men med en övervikt åt det negativa hållet. Det är främst fyra rättsfall som förknippas med principen, och det första är *NJA 1963 s. 105* där en affärsman genom sitt uppträdande under avtalsförhandlingarna och vid ett senare tillfälle, ansågs ha vilselett sin motpart. En oenig HD utdömde därför skadestånd enligt det negativa kontraktsintresset. I nästa fall, *NJA 1973 s. 175* förutsatte båda parter att ett avtal om ägarbyte av en fastighet skulle komma till stånd, men det kom aldrig till uttryck skriftligen och köparen drog sig sedermera ur. HD fäste stor vikt vid det lagstadgade formkravet vid fastighetsköp och nekade säljaren ersättning för de ändringar på fastigheten som vidtagits enligt köparens önskemål. I *NJA 1978 s. 147* hade ett projekteringsavtal träffats men denna överenskommelse ansågs av HD som alltför ospecificerad för att kunna vara rättsligt bindande. HD uttalade att parterna visserligen hade en skyldighet att verka lojalt mot varandra men att det uppvisade beteendet inte var vårdslöst. Holm har kommenterat detta fall med att HD verkade tycka att eftersom båda parter agerat på ett försumligt vis, fick skadan vara kvar där den först utföll.[434]

Det senaste avgörandet är det mycket uppmärksammade *NJA 1990 s. 745*, där ett bolag hade förhandlat med ett annat företag om att för en begränsad tid förvärva en licensrättighet avseende en vakuumpump. Samtidigt hade förhandlingar förts med en annan person angående återförsäljarrätten till pumpen och de levererade även några pumpar. Efter ungefär ett år beslutade bolaget att inte utse den senare till återförsäljare, som då krävde ersättning för bland annat marknadsföringskostnader. HD ansåg att något bindande avtal inte var för handen, men menade att förhandlingarnas varaktighet medfört att bolaget skulle ta hänsyn till motpartens intresse av att begränsa sina kostnader. Frågan var om bolaget hade handlat illojalt men HD ansåg inte att graden av oaktsamhet var tillräckligt hög och avslog därmed talan.

Vid en genomgång av praxis framgår således att ersättning endast har utgått vid ett tillfälle och prejudikatsvärdet borde vara lågt eftersom HD inte var enig. Enligt doktrin är den rådande uppfattningen att principen om culpa in contrahendo numera är gällande svensk rätt. Jag instämmer i att utgångspunkten måste vara att man förhandlar på egen risk och särskilt när det rör sig om någorlunda jämbördiga parter i kommersiella förhållanden. Det är också rimligt att den part som har kontroll över vilka kostnader som läggs ner på förhandlingen också får bära dem oavsett om ett avtal senare kommer till stånd eller ej. Men när motparten beter sig på ett sätt som

[432] Adlercreutz, Axel, *Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal (om ”letters of intent”, principöverenskommelse m.m.)*, s. 499.
[433] Ibid.
[434] Holm, Anders, *Den avtalsgrundande lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip*, s. 97.

objektivt sett framstår som illojalt, vare sig uppsåtligen eller av oaktsamhet, tycker jag att partens uppträdande avviker från vad som rimligen kan förväntas och därmed kan ett skadeståndsansvar påföras. Denna skadeståndsskyldighet skiljer sig från stegvis låsning eftersom den kan inträda på ett mycket tidigare stadium i förhandlingarna. Då det måste till ett åtminstone culpöst beteende och ett kausalsamband mellan uppförandet och skadan, kan en part avbryta en avtalsförhandling utan att drabbas av någon sanktion så länge som det görs korrekt och i enlighet med det som anses vara god sed. Det är nödvändigt att göra en bedömning av omständigheterna i varje enskilt fall då det inte går att med säkerhet ge exempel på vilka beteenden som kan aktualisera ansvar. Konkreta exempel brukar vanligen ges i rättspraxis vilket för närvarande tyvärr nästan helt saknas i svensk rätt.

3.3.2 Direkt avtalsgrundande rättsfakta

De olika modeller som jag har presenterat ovan har alla det gemensamt att det är parterna som disponerar över avtalsprocessen och att det avtal som ingås är ett resultat av deras *överenskommelse*. Men det finns situationer där ett avtal har kommit till stånd trots att ingen partsverksamhet av sådant slag har förekommit. Det finns olika åsikter i doktrinen om det i dylika fall har avgivits någon viljeförklaring eller ej. Den ståndpunkt som intas är naturligtvis beroende av den innebörd som man tillskriver begreppet *viljeförklaring* och jag redogör därför för några författares åsikter. Dessutom beskriver jag några framförda synpunkter på rättsfigurerna tyst viljeförklaring och konkludent handlande, samt presenterar en alternativ lösning som gör anspråk på att på ett enkelt sätt undkomma olika i det närmaste fiktiva resonemang om viljeförklaringar.

Grönfors är mycket kritisk till att viljeförklaringen traditionellt har placerats i centrum som det enda instrumentet för att åstadkomma avtalsrättslig bundenhet, och anger rättsfiguren *tyst viljeförklaring* som ett exempel på att begreppet har vidgats för mycket.[435] Eftersom yttre fakta då tolkas så att de innehåller en viljeförklaring, kan gränserna för avtalsbundenheten tänjas vilket enligt Grönfors kan fungera så länge som man inte går alltför långt utanför kärnfallen.[436] Han menar att det uppkommer ett behov av avtalsbindningar även utan viljemoment när avtalsfriheten får en alltmer undanskymd plats, och att vissa yttre omständigheter i kombination med varandra kan fungera som *direkt avtalsgrundande rättsfakta*.[437] Det innebär att exempelvis passivitet enligt Grönfors synsätt inte behöver utgöra en fiktiv tyst viljeförklaring. Avtalsbundenheten uppkommer därmed som en *sanktion*, och det kan ske även utan inslag av någon vilja.[438] Han anser således att viljeförklaringsbegreppet är en dogmatisk överbyggnad, som man ska kunna bortse från när man ska fastställa de enklaste beståndsdelarna i avtalslagens modell för ingående av avtal.[439]

[435] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 53.
[436] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 53ff.
[437] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 55.
[438] Ibid.
[439] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 18.

Svensson påpekar att rättshandlingar av tradition i nordisk rätt har beskrivits som viljeförklaringar, och att det är en bakomliggande tanke att det som är specifikt för just rättshandlingar är att *”rättsordningen tar hänsyn till den genom handlandet förklarade viljan*”.[440] Han hänvisar till att avtalsrättsliga experter som Lassen, Stang, Ussing och Almén har betraktat löften, påbud och andra typer av rättshandlingar som viljeförklaringar.[441] Svensson framhåller att en *rättshandling* enligt svensk rätt är en viljeförklaring som har till syfte att grundlägga, förändra eller upphäva ett rättsförhållande, vilket även står i motiven[442] till avtalslagen.[443] Detta utesluter dock inte enligt Svensson att en *avtalsverkan* kan inträda vid exempelvis passivitet, och rättsverkningarna inträder då inte på grund av att avgivaren företar en rättshandling utan *trots att han inte gör detta*.[444] Följden av detta blir enligt Svensson att en bestämning av begreppet viljeförklaring inte innebär att *”man anger en uppsättning nödvändiga betingelser för avtalsverkan, utan endast att man urskiljer en viktig grupp av rättsfakta för rättsföljdens inträde, nämligen sådana som går under benämningen rättshandlingar*”.[445] Enligt Adlercreutz har det inte funnits någon avsikt i motiven att begreppsmässigt skilja på en rättshandling och en viljeförklaring.[446]

Ett exempel på ett tillfälle där det kan vara svårt att laborera med viljeförklaringar är vid vilken tidpunkt som ett avtal ska anses ha uppkommit vid spårvagnsbefordran, och Grönfors demonstrerar tre olika lösningar på hur viljeförklaringar ska kunna appliceras. När en spårvagn stannar vid en hållplats kan det innebära en accept på passagerarnas anbud, som utgörs av att de har ställt sig vid hållplatsen och med denna handling visar sin önskan om att åka med, och därmed har avtalet kommit till stånd vid den tidpunkt då spårvagnen stannar.[447] En annan variant är att spårvagnen avger ett anbud när den stannar, och att passagerarna accepterar genom att stiga på.[448] En tredje möjlighet är att spårvagnen genom att köra omkring på spåren avger en uppfordran till att avge anbud, att själva påstigandet då utgör ett sådant anbud, och att konduktören accepterar å spårvägsbolagets vägnar när denne avlämnar ett kvitto efter erlagd betalning.[449] Grönfors kommenterar lösningarna med: *”Detta skruvade försök att tillämpa avtalslagens schema på fakta, som är så annorlunda jämförda med de fakta lagskrivarna uppenbarligen främst haft för ögonen, visar väl att det finns gränser för anpassbarheten*”[450] Han framhåller att man slipper alla dessa konstlade försök, genom att istället säga att ett avtal

[440] Svensson, Ola, *Bör begreppet viljeförklaring överges som grundval för avtalsrätten?*, s. 555.
[441] Ibid.
[442] Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar… (1914) s. 36.
[443] Svensson, Ola, *Bör begreppet viljeförklaring överges som grundval för avtalsrätten?*, s. 556.
[444] Ibid.
[445] Svensson, Ola, *Bör begreppet viljeförklaring överges som grundval för avtalsrätten?*, s. 556.
[446] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 21.
[447] Grönfors, Kurt, *Avtalsrätten och de kommersiella standardavtalen*, s. 30.
[448] Ibid.
[449] Grönfors, Kurt, *Avtalsrätten och de kommersiella standardavtalen*, s. 30f.
[450] Grönfors, Kurt, *Avtalsrätten och de kommersiella standardavtalen*, s. 31.

om befordran uppkommer mellan en person och spårvägsbolaget när personen börjar stiga på spårvagnen, och påstigningens början utgör då ett direkt avtalsgrundande rättsfaktum.[451]

Det kan emellertid diskuteras om inte Grönfors har gjort det lite för enkelt för sig genom att knyta avtalets uppkomst till enbart påstigningen. Ett ”minimikrav” på ett anbud är att det ska vara tillräckligt preciserat samt att motparten ska ha fog för sin uppfattning att den andre besitter en vilja att ingå ett avtal. Jag har ovan konstaterat att den rådande uppfattningen är att en avtalsverkan kan inträda utan att det förelegat någon viljeförklaring. Alla är nog överens om att det inte är tillräckligt när någon går förbi en hållplats och samtidigt funderar på att eventuellt åka spårvagn istället för att promenera hem. Likaså är vanligen inte allmänna önskningar om en viss rättsföljd avtalsgrundande, utan det brukar uppställas som krav att det finns en bundenhetsvilja.[452] När någon kliver på en spårvagn har visserligen konduktören fog för sin uppfattning om att personen vill åka med och därför har en avsikt att ingå ett avtal om spårvagnsbefordran, men personen ifråga kanske endast vill fråga om vägen. En annan tänkbar anledning till att stiga på en spårvagn kan vara att man innan ett avtal ingås vill veta hur mycket resan kostar, och det borde då vara rimligt att personen kan välja att inte åka med eftersom man normalt har rätt att frånträda innan det har inverkat bestämmande, vilket borde omfatta tiden fram till man betalar. Adlercreutz anser att ingen bundenhet borde uppkomma före ett definitivt ianspråktagande av en utbjuden tjänst, i det här fallet en åktur, och att ett tillbakaträdande ska vara möjlig fram till dess.[453]

En liknande situation förekom i *NJA 1981 s. 323*, där frågan var hur ett avtal uppkommer när man parkerar en bil på en parkeringsplats där avgift ska erläggs i en automat. HD uttalade där att parkeringsavtalet ingåtts ”*genom en persons faktiska handlande*”, och med handlandet åsyftades uppställningen av bilen på den markerade platsen. Enligt Grönfors är det naturligt att en skylt med angivna parkeringsvillkor ska ingå i avtalet, samt att villkoren enligt HD måste vara så ”*tydligt utformade att de inte rimligen kan missförstås*”.[454] Han ifrågasätter däremot varför jurister i det närmaste automatiskt börjar resonera i termer av anbud och accept, och hänvisar till att HD uttalade att ”*bilföraren genom att utnyttja parkeringsplatsen accepterar de villkor och bestämmelser som finns anslagna där*”.[455] Grönfors förespråkar därför istället sin lösning med direkt avtalsgrundande rättsfakta där inga viljeförklaringar av typen anbud och accept behöver tolkas in i parternas handlande.[456]

[451] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 38f.
[452] Det är ofta denna distinktion som görs mellan ett Letter of Intent och en viljeförklaring.
[453] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 70.
[454] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 52.
[455] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 52f. Jämför med TR och RevSekr i NJA 1982 s. 778.
[456] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 38.

Enligt Svensson är det ”*ur systematisk och begreppsmässig synpunkt*” inte korrekt att klassificera en viljeyttring som en viljeförklaring när den inte har karaktären av ett meddelande.[457] Stang framhåller bestämt att det inte är tillräckligt att en betraktare kan uppfatta en vilja hos avgivaren, utan den måste ha lämnat ett meddelande om att en avsikt funnits att vilja företa något.[458] Karlgren fäster stor vikt vid att en mottagare ska ha fog för sin uppfattning att avgivaren har handlat i syfte att tillkännage rättsverkningsviljan.[459] Adlercreutz framhåller att en viljeförklaring innehåller två moment, att avgivaren har en vilja eller avsikt att binda sig och att en yttre manifestation av denna vilja ska ha kommit till uttryck.[460] Grönfors understryker att en viljeförklaring alltid avges av ett rättssubjekt och riktar sig mot ett eller flera andra rättssubjekt.[461]

Det kan diskuteras om ett handlande kan vara rättsgrundande trots att ett meddelande om en vilja ej är en viljeförklaring. Enligt motiven till avtalslagen uppkommer ju ett avtal genom ett utbyte av två sammanfallande viljeförklaringar.[462]Svensson menar att uppfattningen om att en viljeyttring utan meddelandeavsikt utgör en särskild grupp av avtalsgrundande rättsfakta som inte har fått särskilt stor uppmärksamhet i nordisk doktrin.[463] Han hänvisar till Stang, Lassen, Ussing och Adlercreutz och menar att sådana handlingar istället har betraktats som ”*ett slags oegentliga rättshandlingar eller kvasilöften,…, som ger upphov till rättsverkningar, trots att rättsfaktum inte utgörs av någon viljeförklaring*”.[464] Exempel på att det i svensk rätt kan uppstå avtalsbindningar utan att ett meddelande har lämnats är *faktiskt handlande*, *konkludent handlande* och i vissa fall *passivitet*.

Svensson har beskrivit faktiskt handlande så att rättsfaktum inte utgörs av att den handlande har en vilja, utan att ”*det räcker att den handlande har fog att räkna med att han genom sin handling åstadkommer en avtalsverkan*”.[465] Således måste personen parkera sin bil, men även som ”förståndig person” vara medveten om att parkering på en avgiftsbelagd parkeringsplats normalt innebär att ett avtal ingås där man blir betalningsskyldig för utnyttjandet av platsen. Det första kriteriet är utan tvekan objektivt, och det andra är objektivt i den meningen att avgörande är vad personen kan ha fog att sluta sig till med hänsyn till de omgivande förhållandena. Svensson anser således att avtalsverkningar kan följa både av sammanfallande viljeförklaringar *och* av andra typer av fakta, vilket betyder

[457] Svensson, Ola, *Viljeförklaringen och dess innehåll*, s. 60.
[458] Stang, Fredrik, *Inledning till Formueretten*, s. 209f.
[459] Karlgren, Hjalmar, *Studier i allmän avtalsrätt*, s. 77ff.
[460] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 20.
[461] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 53.
[462] Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar… (1914) s. 36.
[463] Svensson, Ola, *Viljeförklaringen och dess innehåll*, s. 62.
[464] Ibid.
[465] Svensson, Ola, *Viljeförklaringen och dess innehåll*, s. 62 där han också hänvisar till Ussing och Karlgren.

att man om man vill kan använda begreppet *avtalsgrundande rättsfakta* som en beteckning på de båda.[466]
Enligt Adlercreutz behöver inte en accept vara en uttrycklig viljeförklaring som har ett direkt syfte att få ett avtal till stånd, utan ett anbud kan också accepteras genom ett *konkludent handlande* som vanligen är en *realhandling*.[467] Hans definition på ett dylikt handlande är att en person genom sitt beteende, ska ge sin motpart en befogad anledning att räkna med att han avser att företa ifrågavarande rättshandling, eller att den redan vidtagits.[468] En accept kan därmed bestå av att en erbjuden vara förfogas[469] över eller konsumeras, eller att de förpliktelser som framgår av anbudet uppfylles genom exempelvis naturaprestation[470] eller betalning.[471]

Ett fall med konkludent handlande som fått stor uppmärksamhet är *NJA 1961 s. 658* där en kommun blev betalningsskyldig för en leverans av elspisar och kylskåp, sedan byggmästaren som beställt varorna gått i konkurs. I referatrubriken angavs att det berodde på ”*det sätt varpå den förhållit sig*”. Det åsyftade att kommunen måste ha haft insikt om leverantörens uppfattning att det var kommunen som var köpare samt att utkvitteringen av varorna gjordes av densamma. Enligt Adlercreutz är det osäkert om HD räknade kommunen som part eller om betalningsskyldigheten endast utgjorde en sanktion, men det står klart att bundenheten uppkom eftersom kommunens handlande givit leverantören ett befogat intryck av att den var motpart.[472] En senare dom är *NJA 1982 s. 244* ”*Byggma Syd*” där ett moderbolag gjordes ansvarig för sitt dotterbolags skulder på avtalsrättslig grund, istället för att den associationsrättsliga principen om ansvarsgenombrott tillämpades. Det avgörande var att koncernens leverantörer genom moderbolagets handlande, ansågs ha haft en befogad uppfattning om att det inte var dotterbolaget som var motpart. Adlercreutz kommenterar fallet med att det stämmer överens med moderna principer att de faktiska omständigheterna går före formen, samt att det vid tvist är avtalspartens befogade intryck av den andre partens förhållningssätt som blir utslagsgivande.[473]

Om jag återgår till Grönfors modell om direkt avtalsgrundande rättsfakta så har den utformats i syfte att tillhandahålla ett alternativ, där inte viljeelementet får särskilt stor betydelse eftersom förekomsten av vissa rättsfakta direkt utlöser avtalsverkningar.[474] Han framhåller att en viljeförklaring som enda avtalsgrundande rättsfaktum hindrar en pågående

---

[466] Svensson, Ola, *Bör begreppet viljeförklaring överges som grundval för avtalsrätten?*, s. 556.
[467] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 72.
[468] Ibid.
[469] I NJA 1946 s. 122 hade dörrar felaktigt levererats och monterats i en byggnad, men mottagaren fortsatte att bruka dem även efter att missförhållandet uppmärksammats, och därmed utgjorde detta förfogande en accept genom konkludent handlande.
[470] I AD 1961 nr. 13 ansågs en arbetare genom att påbörja ett arbete ha accepterat anbudet.
[471] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 72f.
[472] Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, s. 84.
[473] Ibid.
[474] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 38.

och nödvändig rättsutveckling, eftersom det undertrycker det element av sanktion som med stöd av övergripande rättspolitiska överväganden faktiskt redan har tillagts avtalsverkan i flera fall.[475] Det är den ensidiga bindningen vid partsviljan som är anledningen till att det föreligger en risk för ”*ett långtgående bruk av diffusa rättsfigurer av typen tyst viljeförklaring, konkludent handlande, hypotetisk viljeförklaring och mycket annat mer eller mindre mystiskt*”.[476] Grönfors erkänner dock att avtal uppkommer *antingen* på grund av sammanstämmande viljeförklaringar *eller* genom andra avtalsgrundande rättsfakta.[477]

Som stöd för sitt ställningstagande anser Grönfors att det i dagens domsmotiveringar går att utläsa en strävan efter direkta uttryckssätt.[478] Som exempel anger han *NJA 1992 s. 243* där ett uppdragsförhållande befanns vara ingånget då den ena parten ansågs ha goda skäl för sin uppfattning och motparten som måste ha insett dennes inställning hade inte protesterat.[479] Grönfors poängterar att HD här inte har givit sig in i några resonemang om konkludenta handlingar som visat på ett viljeelement, utan istället är det välgrundade intryck som motparten undvikit att undanröja ett avtalsgrundande rättsfaktum som direkt utlöser avtalsverkan som sanktion.[480] Det kan diskuteras om inte det innehåller moment av vilja ändå. Medhåll för sin modell finns enligt Grönfors även uttryckligen när en transportör anlitar en undertransportör, eftersom både förarbeten och domstolsuttalanden utpekar den senares *omhändertagande av godset* som ett direkt avtalsgrundande rättsfaktum.[481] Det får till följd att förhållandet mellan parterna kan bedömas enligt kontraktsrättsliga regler, trots att något avtal enligt traditionell mening inte har kommit till stånd.[482]

Det kan finnas en poäng med att kort nämna något om Grönfors tillvägagångssätt när han presenterar sin teori om direkt avtalsgrundande rättsfakta. Han argumenterar genomgående för det felaktiga och i hans tycke idiotiska med att endast sammanfallande viljeförklaringar kan ge upphov till avtal. Flera av de synpunkter och exempel som han framför är enkla att instämma i. Det märkliga med detta förfarande är att jag inte har lyckats hitta en enda som verkligen anser att ett avtal endast kan komma till stånd på detta sätt. Det är ju också tämligen enkelt att falsifiera ett sådant påstående eftersom det i svensk rätt till och med är lagstadgat att passivitet kan få avtalsverkan. Grönfors polemiserar således mot en rättsuppfattning som ingen hävdat. En annan sak är att det verkar finnas en glidande skala mellan dem som i möjligaste mån vill hålla fast vid viljeförklaringar, till exempel Lehrberg, till ”neutrala” som Adlercreutz och mer progressiva som Taxell och Grönfors.

---

[475] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 129.
[476] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 129.
[477] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 126.
[478] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 129.
[479] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 129f.
[480] Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 130.
[481] Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, s. 39.
[482] SOU 1981:31 s. 119.

4 Ingående av avtal i svensk rätt jämfört med UNIDROIT Principles

Eftersom svenska kommersiella parter är utsatta för influenser utifrån även om det är en ”helsvensk” affär, är det angeläget att ha klart för sig vad som är typiskt svenskt och som således riskerar att bli åsidosatt vid en jämförelse med internationellt handelsbruk. Det finns två uppsättningar principer som till skillnad från de nationella rättssystemen är utformade med sikte på internationella avtal, utan att ha ställning som konventioner, modellagar eller annat officiellt material.[483] De är UNIDROIT’s Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT Principles)[484] och Principles of European Contract Law (PECL). Den förstnämnda är ämnad att tillämpas i hela världen medan PECL understöds av EU och främst är avsedd för Europa. De två regelverken påminner i mångt och mycket om varandra och i stort sett har samma personer medverkat vid tillkomsten av de båda. Jag har valt att enbart redogöra för likheter och skillnader mellan UNIDROIT Principles och svensk rätt, främst eftersom PECL ej tillämpas i samma utsträckning ännu. I detta kapitel åsyftas UNIDROIT Principles när det står ”Art.” och avtalslagen vid ”§”.

4.1 Tillkomst och syfte

En arbetsgrupp på 17 välkända specialister på kontraktsrätt tillsattes 1980 i syfte att utarbeta ett förslag till internationella principer. Medarbetarna representerade de för den internationella kontraktsrätten mest betydande rättssystemen, men de deltog i en personlig kapacitet och inte som representanter för sitt land.[485] UNIDROIT Principles publicerades 1994 och utkom med en andra version 2004. De har efter hand fått en allt större spridning och har bland annat tillämpats i många internationella skiljeförfaranden och nationella domstolar, samt förekommer alltmer frekvent i avtalsrättslig litteratur.[486]

UNIDROIT Principles skapades för att begränsa problem av internationellt privaträttslig karaktär genom att erbjuda ett neutralt alternativ till traditionella lagvalsklausuler.[487] Parterna kan således välja att göra principerna direkt tillämpliga genom att göra en hänvisning[488] till dem i sitt

[483] Hellner, Jan, *Unidroit’s principer för internationella avtal*, s. 71.
[484] Mycket information som UNIDROITs Principles lydelse, praxis och anslutande doktrin som uppdateras löpande finns på UNICITRALs hemsida: www.unilex.info.
[485] Hellner, Jan, *Unidroit’s principer för internationella avtal*, s. 72.
[486] Svernlöv, Carl (red.), *Internationella avtal – i teori och praktik*, s. 42.
[487] Hultmark, Christina, *Internationaliseringen av svensk avtalsrätt – UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, s. 658.
[488] I preambeln finns ett exempel på hur en sådan klausul kan vara utformad.

avtal, men de ska också kunna användas vid en oprecis hänvisning till general principles[489] eller Lex Mercatoria.[490] Enligt preambeln har principerna också till syfte att kunna fungera som en modellag eller som utgångspunkt för nationell lagstiftning. Vidare ska de även kunna ligga till grund vid tolkning av innehållet i nationell rätt[491] och internationella instrument. Som Hultmark skriver ger principerna en översikt över juridiska problem som vanligen uppkommer vid internationella avtal och de kan därmed fylla en funktion som en utförlig checklista.[492]

4.2 Regler om avtalsbildning (*Formation*)

UNIDROIT Principles är ett helt nytt system och strukturen skiljer sig från det som används inom svensk avtalsrätt.[493] Principerna är mer heltäckande och reglerar många av de luckor som avtalslagen ofta kritiseras för att innehålla.[494] Det första kapitlets mer allmänna bestämmelser om bland annat partsautonomi och avtalsbundenhet överensstämmer med svensk rätt, även om de inte är uttryckligen föreskrivna. I andra kapitlet finns reglerna om ingående av avtal. Där stadgas att ett avtal (*contract*) kan komma till stånd antingen genom att ett anbud accepteras *eller* att parterna uppträder på ett sätt som är tillräckligt för att visa på ett avtal (Art. 2.1.1).[495]

Enligt den officiella kommentaren kan det vara mycket svårt att identifiera anbud och accept vid förhandlingar, och därför kan parternas handlande[496] konstituera att ett avtal uppkommit trots att det inte går att fastställa den exakta tidpunkten för tillkomsten.[497] Det får till följd att andra modeller är lika accepterade som anbud och accept. Avtalslagen reglerar bara avtal som ingås genom utväxlande av anbud och accept, men det är ingen tvekan om att svensk rätt erkänner avtalsbildning genom konkludent handlande. För att ett avtal ska kunna ingås på andra sätt måste det tydligt framgå att parterna vill använda en annan modell, eftersom 1 § stadgar ”*så vitt ej annat följer av anbudet eller svaret eller av handelsbruk eller annan sedvänja*”.

---

[489] Lagvalsklausul saknades och därmed skulle allmänna principer tillämpas, vilket UNIDROIT Principles ansågs ge uttryck för, *ICC International Court of Arbitration no. 10422* [00.00.2001].

[490] Hultmark, Christina, *Internationaliseringen av svensk avtalsrätt – UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, s. 658.

[491] Det refererades löpande till UNIDROIT Principles när en lagvalsklausul angav italiensk rätt som stadgade att hänsyn skulle tas till internationellt handelsbruk, *Ad hoc Arbitration, Rome (no. unknown)* [04.12.1996]. Se även *ICC International Court of Arbitration no. 8908* [00.09.1998].

[492] Hultmark, Christina, *Internationaliseringen av svensk avtalsrätt – UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, s. 658.

[493] Svernlöv, Carl (red.), *Internationella avtal – i teori och praktik*, s. 42.

[494] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 21.

[495] Art.2.1.1 stadgar ”*A contract may be concluded either by the acceptance of an offer or by conduct of the parties that is sufficient to show agreement*”.

[496] Parterna hade i åtta år handlat i enlighet med ett eventuellt ingånget kontrakt, och deras uppförande ansågs uttrycka att det förelegat en avsikt att ingå bindande avtal. *Administrative Determination; Overseas Private Investment Corp*. USA [08.02.2005].

[497] http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1 (2007-03-12 12:33).

4.2.1 Anbud och återkallelse

För att ett förslag ska utgöra ett anbud måste det vara *tillräckligt preciserat* och anbudsgivarens *avsikt* att ingå ett bindande avtal måste framgå (Art. 2.1.2). I artikeln finner man tyvärr ingen vägledning i vad som krävs för att ett anbud ska anses tillräckligt preciserat, utan det blir omständigheterna i varje enskilt fall som får fälla avgörandet. Det är emellertid klart att anbudet inte behöver omfatta alla de villkor som ett avtal normalt innehåller. Utgångspunkten i svensk rätt är att ett anbud ska vara så pass utförligt att ett avtal ska kunna komma till stånd genom ett blankt accepterande, men i praktiken förhåller det sig många gånger annorlunda och därför förekommer modifikationer. Vid en jämförelse med Adlercreutz uppställning av en rättshandlings grundläggande rekvisit finner man att begrepps-bestämningarna av ett anbud i det väsentliga överensstämmer. Lagtexternas definitioner är dock knapphändiga och skaparna av både UNIDROIT Principles och avtalslagen har således valt att överlämna bestämningen av ett anbud till rättstillämpningen. Liksom vid all tolkning får det till följd att förutsebarheten påverkas negativt och att resultaten inte blir enhetliga, men å andra sidan kan större hänsyn tas till den omgivning där anbudet lämnas.

UNIDROIT Principles skiljer mellan *withdrawal* (Art 2.1.3) och *revocation* (Art 2.1.4) av ett anbud, vilket inte svensk rätt gör. Avtalslagen anger uttryckligen att ett anbud kan återkallas om en återkallelse kommer mottagaren *till handa* innan denne *tagit del* av anbudet (7 §). Ett *withdrawal* får rättslig effekt om den kommer mottagaren *till handa* innan eller senast samtidigt som anbudet och den får till följd att anbudet aldrig blir *effective*. Om inte en sådan vidtagits är anbudet gällande och då återstår möjligheten att göra en *revocation,* vilket betyder att en återkallelse är möjlig ända till anbudsmottagaren har avsänt sin accept. Om anbudet har gjorts oåterkalleligt (*irrevocable*) finns det ingen möjlighet att göra en revocation. Artikel 2.1.4(2) är ett bra exempel på en typisk kompromiss mellan civil law och common law. Enligt svensk rätt går det inte att återkalla ett anbud efter att mottagaren har tagit del av det och därmed har en ensidig bundenhet för anbudsgivaren uppstått. Det kan liknas vid att alla anbud som inte uttryckligen anger annat är oåterkalleliga. Här föreligger således en betydande skillnad eftersom tidsperioden för återtagande av ett anbud är kortare enligt svensk rätt.[498]

4.2.2 Acceptfrist och accept

Bestämmelsen om acceptfrist (Art. 2.1.7) överensstämmer med avtalslagen (3 §), men regeln har större betydelse i svensk rätt eftersom anbudsgivaren där är bunden under hela denna tid.[499] Vid muntliga avtal föreligger en skillnad eftersom det är klart angivet att ett anbud som framförs muntligen ska accepteras omedelbart *om det inte framgår av omständigheterna att något annat avses*. Oavsett acceptfrist upphör ett anbud att vara bindande

[498] Svernlöv, Carl (red.), *Internationella avtal – i teori och praktik*, s. 45.
[499] Ibid.

när ett avslag har kommit anbudsgivaren till handa (Art. 2.1.5). Avtalslagen stadgar att ett avslag medför att ett anbud är förfallet (5 §), men nämner inget om vid vilken tidpunkt ett avslag får rättslig verkan.[500]

En accept kan antingen göras uttryckligen eller genom konkludent handlande (Art. 2.1.6), vilket är i överensstämmelse med svensk rätt. Enligt principerna är den relevanta tidpunkten när accepten kommit anbudsgivaren *till handa*, men en sådan regel finns inte utskriven i avtalslagen. När en bestämd acceptfrist har lämnats i anbudet tillhandahåller UNIDROIT Principles en bestämmelse om hur denne ska beräknas, vilket saknas i avtalslagen som dock har med från vilken dag som den ska anses börja löpa (2 §). I svensk rätt vidtas därför en tolkningsoperation av anbudet och det är troligt att resultatet av densamma ofta motsvarar principernas bestämmelse.[501]

En accept som framkommer för sent kan ändå vara gällande under vissa förutsättningar (Art. 2.1.9). Enligt principerna ska man vid denna bedömning beakta objektiva förhållanden medan avtalslagen fäster avseende vid de subjektiva insikterna (4 §). Vid för sen accept blir det således enklare att få ett avtal till stånd vid en tillämpning av UNIDROIT Principles än vid svensk rätt, även om skillnaden förmodligen är av mer teoretisk än praktisk betydelse.[502] Det finns också en särskild bestämmelse om återkallelse av en accept som kan ske fram till att accepten kommit anbudsgivaren *till handa* (Art. 2.1.6(2) och Art. 2.1.10). Avtalslagen erbjuder en längre tidsperiod eftersom den avgörande tidpunkten istället är när anbudsgivaren *tar del av* accepten (7 §).

Avtalslagen och principerna betraktar båda en oren accept som ett avslag i förening med ett nytt anbud (6 § resp. Art. 2.1.11). Vid utebliven reklamation av den ursprungliga anbudsgivaren kan det under vissa förutsättningar resultera i att en avtalsbundenhet ändå uppstår, men här har två helt olika metoder valts. I UNIDROIT Principles tillämpas en objektiv bedömning av de omständigheter som gör accepten oren och om dessa befinns vara *tillräckligt väsentliga* används huvudregeln. Om det istället bedöms vara *mindre väsentliga avvikelser* så har ett avtal kommit till stånd med den orena acceptens innehåll, om inte dess mottagare reklamerar utan oskäligt uppehåll.[503] Avtalslagen använder en annan, mycket omdebatterad, metod som innebär en prövning av två subjektiva rekvisit.[504] Ramberg och Ramberg anser att UNIDROITs lösning är mycket mer praktisk,[505] medan Svernlöv menar att den objektiva prövningen troligen motsvarar svensk rätt

[500] Svernlöv, Carl (red.), *Internationella avtal – i teori och praktik*, s. 45.
[501] Svernlöv, Carl (red.), *Internationella avtal – i teori och praktik*, s. 45f.
[502] Svernlöv, Carl (red.), *Internationella avtal – i teori och praktik*, s. 46.
[503] Att en skriftlig accept innehöll mindre avvikelser hindrade inte att ett bindande avtal kommit till stånd, *ICC International Court of Arbitration no. 10422* [00.00.2001]. Se också *ICC International Court of Arbitration no. 8908* [00.09.1998] där en oren accept ansågs ha blivit accepterad då ingen reklamation framförts och fullgörelse påbörjats.
[504] Svernlöv, Carl (red.), *Internationella avtal – i teori och praktik*, s. 46.
[505] Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 139.

i sina praktiska verkningar.[506] Jag anser att det inte finns något tvivel om att den objektiva metoden är enklare att använda, och att anbudsgivaren genom att reklamera enkelt kan skydda sig från sin motparts eventuella försök att få ett avtal till stånd med ett annat innehåll. Det krävs dock att mottagaren läser igenom accepten noga så att även små avvikelser blir upptäckta. Det finns alltså en viss risk för att en acceptant i ond tro gynnas på bekostnad av en godtrogen anbudsgivare.

4.2.3 Skriftlig bekräftelse

UNIDROIT Principles har en särskild artikel som handlar om skriftliga bekräftelser vilket i sig är en markant skillnad mot avtalslagen. Om en skriftlig bekräftelse skickas inom rimlig tid efter att ett *avtal ingåtts* och dennes innehåll skiljer sig från det som avtalats, blir bekräftelsens innehåll en del av avtalet om innehållet inte förändras väsentligt och mottagaren inte protesterar (Art. 2.1.12). Denna bestämmelse stipulerar att mottagarens passivitet resulterar i en avtalsverkan. Det ingår inga subjektiva moment i bedömningen utan om de objektiva förutsättningarna är uppfyllda så ska innehållet helt enkelt ändras. Enligt de officiella kommentarerna ska begreppet skriftlig bekräftelse tolkas brett och som exempel kan nämnas att en skickad faktura innefattas.[507]

Att en bekräftelse ger värdefull information vid en tolkningsoperation som går ut på att fastställa avtalets innehåll är inte egendomligt. Men här har ett avtal redan kommit till stånd och därför kan det diskuteras hur något som inträffar *efter* den tidpunkten kan få företräde framför det som ursprungligen avtalats. Särskilt anmärkningsvärt blir det när avtalet befästes skriftligen vid ingåendet och den senare bekräftelsen direkt strider mot detta, låt vara att det måste röra sig om ett mindre väsentligt villkor. Förklaringen till att denna lösning valts i principerna är ett konstaterande att det i praktiken kan vara svårt att klassificera ett skriftligt dokument som en oren accept (Art. 2.1.11) eller en bekräftelse (Art. 2.1.12). Eftersom principerna presenterar en identisk lösning på båda situationerna undviker man att den stora teoretiska skillnad som föreligger dem emellan får någon betydelse.

4.2.4 Villkorade avtal och avtal om viss form

UNIDROIT Principles har som huvudregel att en bindande överenskommelse kan föreligga när den omfattar de villkor som är nödvändiga vid avtal inom den aktuella branschen (Art. 2.1.13).[508] Det innebär att inte alla mindre viktiga villkor behöver vara färdigförhandlade vid tidpunkten för avtalets uppkomst och vid behov kompletteras avtalet

[506] Svernlöv, Carl (red.), *Internationella avtal – i teori och praktik*, s. 46.
[507] http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1 (2007-03-09 11:12).
[508] Eftersom parterna enats om alla nödvändiga villkor för ett typiskt licensavtal, så kunde inte den omständigheten att några villkor lämnats oreglerade frånta avtalet dess bindande verkan, *ICC International Court of Arbitration (Second Partial Award)* [00.04.1998].

med en passande lösning (Art. 4.8 eller 5.1.2).[509] En part kan undvika att en avtalsverkan inträder före ett visst tillfälle, men det krävs då att denna önskan kommer till den andra partens kännedom på något sätt (Art. 2.1.13). När parterna har utformat ett ”*Letter of Intent*” eller liknande kan ett bindande avtal ha kommit till stånd trots att ett villkor som ”*Subject to Contract*” har införts.[510] För att vara på den säkra sidan bör alltså den part som *inte* vill bli bunden på ett mycket tydligt sätt klargöra denna avsikt. Ur bevissynpunkt är det fördelaktigt om det dokumenteras skriftligen.

Avtalslagens regler om avtalsbildning är dispositiva vilket innebär att det står parterna fritt att komma överens om villkoren för avtals ingående (1 §). Det materiella innehållet i artikel 2.1.13 överensstämmer därmed med svensk rätt även om den senare inte har något uttryckligt lagrum. Rättsläget är inte helt klart i svensk rätt rörande avsiktsförklaringar, villkorade avtal och liknande. Jag har ovan redogjort för min uppfattning att det förmodligen krävs rätt mycket i kommersiella sammanhang för att ett avtal ska anses ingånget under en pågående förhandling.[511] Det är möjligt att UNIDROIT Principles presumerar avtalsbundenhet vid en tidigare tidpunkt än svensk rätt, då principerna påför ett mer långtgående ansvar på den part som vill knyta uppkomsten av bindande avtal till något specifikt. Vid en genomläsning av artikeln samt anslutande officiella kommentarer framgår det mycket tydligt att en part som ”*insists*” måste upplysa sin motpart så att den förmedlade avsikten framstår som uppenbar.[512]

UNIDROIT Principles reglerar också situationen när parterna *vill* ingå ett bindande avtal och *medvetet* lämnar vissa frågor oreglerade (Art. 2.1.14). När ett avtal har kommit till stånd går det då inte att angripa dess giltighet även om parterna senare inte kan enas om villkoren eller att den anvisade tredje parten inte förmår att leverera en lösning. Förmodligen borde det ändå krävas att parterna har kommit överens om de villkor som utgör avtalets löfteskärna. Vid en eventuell tvist om avtalets bestånd uppställs det dock mycket höga krav på bevisningen av att det verkligen var parternas avsikt att ingå avtal, om en mycket viktig fråga lämnats oreglerad vid avtalets tillkomst.

4.2.5.Försumlighet vid avtalsförhandlingar

Det följer av principen om avtalsfrihet (Art. 1.1) att en part kan förhandla med vem, om vad och hur länge som denne önskar, men avtalsfriheten begränsas dock av bland annat en allmän bestämmelse om god affärssed och lojalitet (Art. 1.7). Det finns också en särskild artikel om prekontraktuellt ansvar som stadgar att en part som förhandlar eller avbryter en förhandling

[509] Se *ICC International Court of Arbitration no. 11227* [00.06.2001].
[510] http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1 (2007-03-10 10:37).
[511] Se 3.2.1.
[512] Vid en tvist rörande ett avtals omfattning ansåg domstolen att det hade förelegat en gemensam partsvilja vid avtalstillfället om att endast de villkor som avfattats skriftligen skulle vara bindande, *Supreme Court of the Netherlands* R99/120HR [02.02.2001].

på ett illojalt sätt (*in bad faith*), ansvarar för de skador som därigenom åsamkas motparten (Art. 2.1.15). Artikeln ger ingen ledning i vad som kan utgöra ett illojalt uppträdande förutom ett någorlunda klargörande exempel i (3), som upplyser om att det är särskilt illojalt att inleda eller fortsätta förhandlingar utan avsikt att försöka nå en överenskommelse. Exemplet är dock bara relevant i den specifika situationen.

Svensk rätt saknar en uttrycklig reglering av skyldigheten att agera lojalt och i väntan på ett tydligt prejudikat får man därför hålla till godo med de riktlinjer som utkristalliserats i domskäl och doktrin. Det finns bara ett enda fall, *NJA 1963 s. 105*, där ett prekontraktuellt ersättningsansvar har utdömts av HD. I doktrin råder det däremot enighet om att det principiellt finns utrymme för ett prekontraktuellt ansvar, men problem tillstöter när det gäller vilken nivå som ska uppnås för att ansvaret ska aktualiseras. Det ska ha förekommit någon form av *illojalt* beteende eftersom det är missbruket som ska straffas. Det bör också krävas att personen ifråga åtminstone *borde ha insett* att hans handlande kunde innebära en ekonomisk skada för sin motpart.

Enligt ordalydelsen i artikel 2.1.15 ska illojaliteten ha kommit till uttryck i ett *uppsåtligt* handlande, men i kommentarerna nämns på ett ställe att vårdslöshet kan utlösa ansvar. Det är den rådande uppfattningen i svensk rätt att en skadeståndsskyldighet kan föreligga även vid ett *culpöst* beteende. En annan skillnad är att det enligt kommentarerna finns utrymme för ersättning enligt det *positiva* kontraktsintresset, låt vara att det förutsätts vara sällsynt förekommande i praktiken. Enligt svensk praxis har det varit förenat med motstånd att erhålla skadestånd ens enligt det *negativa* kontraktsintresset.[513]

Att det förekommer ett prekontraktuellt ansvar i principerna är mer anmärkningsvärt än man kan tro,[514] eftersom det till exempel av Europas länder bara är lagstadgat i Tyskland. UNIDROIT Principles anses i mångt och mycket återspegla handelsbruk och sedvänjor. Genom att lojalitetsplikten i allmänhet och det prekontraktuella ansvaret i synnerhet förekommer i regelverket har därmed existensen av dessa principer befästs på ett tydligt vis. Vid utformandet av principerna lades stor möda ned på att terminologin skulle vara neutral och spegla det språkbruk som redan användes inom den internationella handeln. Men att som i artikeln om prekontraktuellt ansvar hänvisa till ”*bad faith*” är nog alltför allmänt hållet, särskilt eftersom principerna ska vara tillämpliga i hela världen.

[513] Ersättning utgick i NJA 1963 s. 105 men ej i NJA 1973 s. 175, NJA 1978 S. 147 och NJA 1990 s. 745. Se mer ovan i 3.3.1.

[514] Det finns en identisk formulering i PECL (Art. 2:301), men de förslag till en bestämmelse om redlighet och god tro under avtalsförhandlingarna som framfördes vid utformningen av CISG, mötte så mycket motstånd att de förkastades.

4.3 Några anmärkningar

UNIDROIT Principles anses företräda en balans mellan olika koncept, värden samt policies och de njuter ett mycket högt anseende. En hänvisning medför att parternas transaktionskostnader minskar, förutsebarheten ökar och ingen av parternas rättssystem favoriseras. Principerna omfattar många avtalsrelaterade frågeställningar, men det är viktigt att hålla i minnet att de inte är heltäckande. Således kan nationell rätt komma att tillämpas vid en tolkningsoperation eller när bestämmelser saknas. Principerna innehåller stadganden vars existens bekräftar att vissa avtalshandlingar, såsom bruket av orderbekräftelse, är så frekvent förekommande att de behöver regleras. Flera av artiklarna är dock så allmänt hållna att de inte ger mycket vägledning, vilket nödvändiggör en tolkning som kan ge olika resultat beroende på var den företas. Det är just en sådan sak som parterna normalt vill undvika.

Reglerna om avtals ingående är en sammanjämkning av olika rättssystem som civil law och common law, vilket vid en jämförelse med svensk rätt borde ge upphov till åtskilliga skillnader. Teoretiskt sett går det också att identifiera avvikelser. Påfallande ofta får de inte så stor betydelse eftersom de valda lösningarna många gånger uppvisar liknande resultat, åtminstone vid en utvärdering av hur det blir i praktiken. Ett anbud enligt svensk rätt är oåterkalleligt och anbudsgivaren är därmed ensidigt bunden under en acceptfrist, men enligt UNIDROIT Principles är parten snarare ”halvbunden” eftersom det finns större möjligheter att återkalla sitt anbud. Detta kan leda till kännbara kostnader för den part som i tron att anbudet är bindande inrättar sig efter det eller för den anbudsgivare som räknar med att kunna korrigera sitt anbud. En annan markant skillnad är att avtalslagen innehåller subjektiva moment i vissa bedömningar där principerna istället valt en metod med mer objektiva inslag.

Enligt kommentaren till 2.1.15 kan det vara otillåtet att avbryta en pågående förhandling trots att ett lämnat anbud fortfarande får återkallas, eller vid tillfällen då det inte går att urskilja vad som är anbud och accept. När en sådan ”point of no return” inträffar beror på omständigheterna i det enskilda fallet, men det är motpartens befogade tillit som ska läggas till grund vid bedömningen. Denna regel verkar framför allt vara ett utslag av lojalitetsprincipen och huvuddragen liknar de tankebanor som i svensk rätt främst förespråkas av Grönfors och Hellner.

Det råder delade meningar om huruvida en harmonisering av Europas (och världens) avtalsrätt är genomförbar eller ens önskvärd. Jag tycker att fördelarna med ett lättåtkomligt universellt regelverk överstiger de nackdelar som finns. Parterna har fortfarande en möjlighet att helt frångå principerna genom att göra aktiva val. För att klargöra artiklarnas innebörd och därmed öka förutsebarheten krävs det dock mer av belysande kommentarer, doktrin och praxis. Samarbetsorganet UNIDROIT levererar visserligen kommentarer och illustrativa fiktiva fall, men vem ska frambringa avgöranden med prejudicerande verkan?

5 Avslutande kommentarer

Avtalslagen promulgerades 1915 och den är naturligtvis anpassad till de avtalsteorier och samhällsförhållanden som var rådande vid den tiden. Lagen ingick först i ett förslag till köplag men bröts sedermera ut. Bestämmelserna om avtals ingående genom anbud och accept har därmed en stark koppling till hur köpeavtal ingicks per distans. Författarna till lagen var också väl medvetna om att lagen inte var uttömmande och det var inte heller deras avsikt. Med detta sagt är det således föga förvånande att avtalslagens modell av många anses som föråldrad och alltför ofullständig för att kunna fungera i dagens mycket förändrade samhälle.

Den har exempelvis kritiserats för att den inte tillhandahåller konkreta lösningar på många uppkommande problem. Vidare att den utgår från att parterna är jämbördiga vilket ofta inte är fallet, samt att bundenheten uppkommer i ett nära tidsmässigt och sakligt sammanhang. Likaså är motiven mycket gamla och i vissa delar idag i det närmaste obsoleta.

Att avtalslagens bestämmelser om avtalsslut är ofullständiga är i sig egentligen inte ett problem om det inte hade varit för att även rättspraxis är knapphändig på flera områden. Att lagstiftarna överlämnar frågor till rättstillämpningen kan vara fördelaktigt eftersom det bidrar till ett mer flexibelt system med anpassning till omständigheterna i det enskilda fallet. De mål som avgjorts av HD är i flera fall mycket gamla och prejudikatsvärdet är därför numera inte så högt. Det är relativt vanligt förekommande med skiljaktiga meningar. Det är också sällan som en tvist som uppstått vid omfattande avtalsförhandlingar mellan kommersiella parter går till domstol, då de oftast löses genom förlikning eller skiljenämnd. Sammantaget innebär detta att det kan vara svårt att få vägledning om hur vissa uppkomna situationer ska lösas eftersom varken lagtext, förarbeten eller rättspraxis tillhandahåller några svar.

Jag ska ge ett exempel på hur enkelt rättspraxis kan användas för att utfylla gällande rätt. Rättsläget har varit oklart angående en bekräftelses betydelse när en kommersiell part deltagit i avtalsförhandlingar och sedan underlåtit att reklamera en bekräftelse som påstår att avtal slutits. I doktrinen har det förts olika resonemang om vilka regler och principer som ska kunna tillämpas, och några av de förslag som förts fram har varit en analog tillämpning av 21 § HagL, avtals-, presumtions- eller bevisverkan, 6 § 2 st., 9 § eller rentav en kombinering av de två lagrummen. I en nyligen avkunnad dom slog så HD fast att bekräftelsen innebär en presumtion för att avtal slutits när vissa angivna förutsättningar är för handen, om inte motparten kan visa annat. Eftersom HD var enig och domen mycket tydligt författad kommer den att ha ett betydande prejudikatsvärde. För ett fall som detta finns det därför som jag ser det inte längre något behov av lagstiftning.

Förutom det som parterna har avtalat, antingen uttryckligt eller fastställt medelst tolkning, kan också handelsbruk eller annan sedvänja komma att tillämpas före avtalslagens bestämmelser om hur avtal kommer till stånd. Det är en fördelaktig metod av lagstiftaren ur den aspekten att uppkomna tvister därmed kan lösas i anslutning till de förhållanden som föreligger vid just den tidpunkten. En positiv följd av detta är att det ökar förutsebarheten för parterna, åtminstone om de är i samma bransch, då de borde vara bekanta med de sedvänjor som förekommer. Om ett partsbruk har etablerats blir det förmodligen inte så svårt att fastställa brukets innehåll, men det kan vara svårare och i flera fall säkerligen kostsamt att påvisa förekomsten av branschbruk. Hur branschen ska avgränsas kan exempelvis spela en avgörande roll för om en sedvänja är för handen eller ej.

Det har gjorts lyckade försök att sammanställa vad som är internationell Lex Mercatoria, och de har resulterat i UNIDROIT Principles och PECL. Många av deras bestämmelser är dock tyvärr så allmänt hållna att de ändå inte ger svar på mer specifika frågor. UNIDROIT Principles har en officiell hemsida där lagtexten och anslutande officiella kommentarer är publicerade. Sidan uppdateras löpande med mycket information som exempelvis skiljedomar från hela världen och referenser till juridisk doktrin som behandlar principerna. Detta har säkert bidragit till den stora spridning som UNIDROIT Principles har fått och det är mycket positivt när parter från olika rättssystem kan hänvisa till ett regelverk som de båda känner till.

I princip all handel företas av ekonomiska skäl och därmed ska inte olika kostnadsargument förringas ur samhällsekonomisk och partsspecifik synpunkt. När en tvist väl uppstått är en part förmodligen mindre intresserad av att ”ha rätt” rent juridiskt. Parten vill bli kompenserad för de kostnader som lagts ner samt för den förtjänst som ett bindande avtal hade kunnat inbringa. En part förhandlar normalt på egen risk, vilket också innebär att det är helt upp till densamma att bestämma hur stora kostnader som denne vill lägga ner på att få ett avtal till stånd. Kritiska röster har höjts mot att man med hjälp av olika modeller, som stegvis låsning, skulle kunna framtvinga ett avtal mot den ene partens vilja. Det främsta argumentet har varit - och är - att de kostnader som ett sådant förfarande skulle kunna ge upphov till skulle bli mångdubbelt högre än vad avbrutna förhandlingar skulle föranleda. Det kan också diskuteras vad som är mest kostnadseffektivt med hänsyn till huruvida bundenhet ska presumeras eller inte vid förhandlingars slutskede.

En poäng med denna uppsats är att jag hoppas att jag lyckats förmedla att en part kan undvika att behöva ge sig in i snåriga resonemang om när en bundenhet kan anses ha uppkommit, genom att helt enkelt tydligt klargöra sin önskan på ett tidigt stadium i förhandlingarna. Det enklaste, och som jag har en känsla av att många tyvärr tror är i det närmaste ett standardförfarande, är att parterna kommer överens om att en överenskommelse blir bindande först vid ett undertecknande, det vill säga avtalad skriftform.

Det är normalt den part som påstår att ett avtal har kommit till stånd som innehar bevisbördan för detta. Vissa förhandlingsbud kan vara mycket preciserade och innebära att de skulle kunna fungera som anbud om inte parterna avtalat annat. Om en part kan prestera bevisning med ett sådant förslag till avtal och andra omständigheter också stöder att avtal ingåtts kan det bli svårt för motparten att undgå bundenhet. I en bransch kanske avtalad skriftform utgör sedvänja och då råder det motsatta förhållandet, så att den part som vill att bundenheten inträder vid ett tidigare tillfälle gör säkrast i att tydligt klargöra detta samt säkra bevisning.

Jag tycker att det inom avtalsrätten kan finnas en risk med att utforma speciallagar som endast rör ett specifikt rättsområde, eftersom det kan medföra oklarhet i hur långt man kan dra en analogi. Vidare kan det leda till att man till slut har fått ett ”lapptäcke” av bestämmelser och det kan då vara vanskligt att veta vilket lagrum som ska användas till analogislut, samt att de principer som ska vara övergripande alltmer försvinner i bakgrunden. Skyddslagstiftning kan på vissa områden vara motiverad men annars ser jag hellre en utveckling inom den allmänna avtalsrätten än den speciella. Det innebär att det blir enklare att tillämpa mer generella principer på nya och oförutsägbara situationer som kan tänkas uppkomma i framtiden. En annan fördel med en strävan efter mer allmänna dispositiva principer istället för särpräglade efter avtalstyp, är att parterna har möjlighet att skräddarsy den form för deras avtalsslut som fungerar för just den transaktionen. När en bedömning görs in casu finns det efter ett tag en risk för att det blir alltför lösligt med en negativ inverkan på förutsebarheten, men det är då som de allmänna principerna ska finnas i bakgrunden och styra upp.

Jag anser inte att avtalslagens bestämmelser i alla delar är föråldrade eftersom de fortfarande är tillämpliga i de situationer som de främst är avsedda för, det vill säga avtal som ingås mellan frånvarande parter. Det har också etablerats vissa principer efter reglerna som har en generell tillämplighet, såsom avtalsfrihet. Grönfors uttalande om att avtalslagen är en ruin är således inte något som jag kan instämma i. Möjligen skulle jag kunna se den som byggstenar till ett hus men inte en ruin som inte längre tjänar något syfte. En annan sak är att bestämmelserna är ofullständiga och inte reglerar tillräckligt många situationer för att lagen ska kunna sägas utgöra tillräcklig lagstiftning. Jag tror inte att lagstiftning behöver vara rätt väg att gå utan problemen som uppkommer kan istället lösas i praxis. Det skulle dessutom vara svårt, för att inte säga omöjligt, att täcka in alla modeller genom lag. Det är positivt att parter har en möjlighet att frångå avtalslagens modell och istället kan skräddarsy den lösning som fungerar bäst på just deras typ av transaktion. Så länge parterna är överens leder det heller ej till några tvister. Det är dock hög tid att domstolarna slutar tillämpa avtalslagens bestämmelser även i sådana fall som de uppenbarligen inte är utformade för, och istället erkänner att det i praktiken har bildats och etablerats alternativa modeller. För det krävs det dock att det drivs mål i domstolarna.

Bilaga A

Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område

1 kap. Om slutande av avtal

1 § Anbud om slutande av avtal och svar å sådant anbud vare, efter ty här nedan i 2-9 §§ sägs, bindande för den, som avgivit anbudet eller svaret.

Vad i nämnda paragrafer stadgas skall lända till efterrättelse, såvitt ej annat följer av anbudet eller svaret eller av handelsbruk eller annan sedvänja.

I fråga om avtal, för vars giltighet enligt lag fordras iakttagande av viss form, gälle vad särskilt är stadgat.

2 § Har anbudsgivaren bestämt viss tid för svar, skall han anses hava föreskrivit, att svaret skall inom den tid komma honom till handa.

Är i brev eller telegram, vari anbud göres, viss tidrymd utsatt för svaret, skall denna räknas från den dag brevet är dagtecknat eller den tid på dagen telegrammet är inlämnat för befordran.

3 § Göres anbud i brev eller telegram utan att tid för svar däri utsättes, måste antagande svar komma anbudsgivaren till handa inom den tid, som vid anbudets avgivande skäligen kunde av honom beräknas åtgå. Vid beräkningen av nämnda tid äge anbudsgivaren, där ej annat föranledes av omständigheterna, förutsätta, att anbudet framkommer i rätt tid samt att svaret avsändes utan

uppskov efter det anbudstagaren åtnjutit skälig betänketid och icke varder under vägen försenat; är anbudet gjort i telegram, äge anbudsgivaren tillika förutsätta att svaret befordras på enahanda sätt eller annorledes kommer honom lika tidigt till handa.

Anbud, som göres muntligen utan att anstånd med svaret medgives, måste omedelbart antagas.

4 § Antagande svar, som för sent kommer anbudsgivaren till handa, skall gälla såsom nytt anbud.

Vad nu är sagt äge dock icke tillämpning, där den, som avsänt svaret, utgår från att det framkommit i rätt tid och mottagaren måste inse detta. I ty fall åligger det denne, om han icke vill godtaga svaret, att utan oskäligt uppehåll giva avsändaren meddelande därom; underlåter han det, anses avtal hava genom svaret kommit till stånd.

5 § Avslås anbud, vare det förfallet, ändå att den tid, varunder det eljest skolat gälla, ej gått till ända.

6 § Svar, som innehåller, att anbud antages, men som på grund av tillägg, inskränkning eller förbehåll icke överensstämmer med anbudet, skall gälla såsom avslag i förening med nytt anbud.

Vad nu är sagt äge dock icke tillämpning, där den, som avgav svaret, anser det överensstämma med anbudet och mottagaren måste inse detta. I ty fall åligger det denne, om han icke vill godtaga svaret, att utan oskäligt uppehåll giva meddelande därom; underlåter han det, skall avtal i enlighet med svarets innehåll anses hava kommit till stånd.

7 § Anbud eller svar, som återkallas, vare ej gällande, där återkallelsen kommer den, till vilken anbudet eller svaret är riktat, till handa innan han tager del av detta eller samtidigt därmed.

8 § Har den, som avgivit anbud, förklarat sig icke påfordra uttryckligt svar därå, eller utvisa omständigheterna, att han ej förväntar sådant, vare anbudstagaren ändock pliktig att på förfrågan giva besked, om han vill antaga anbudet; underlåter han det, anses anbudet förfallet.

Angående vissa fall, då underlåtenhet att avböja anbud anses såsom antagande, är särskilt stadgat.

9 § Där någon i meddelande, som eljest vore att anse såsom anbud, använt orden "utan förbindelse", "utan obligo" eller liknande uttryck, anses meddelandet allenast såsom uppfordran att avgiva anbud av det innehåll meddelandet giver vid handen. Inkommer sådant anbud inom rimlig tid därefter från någon, vilken blivit sålunda uppfordrad att avgiva anbud, och måste mottagaren inse, att anbudet framkallats genom hans uppfordran, åligger det honom, där han icke vill antaga detsamma, att utan oskäligt uppehåll giva meddelande därom till anbudsgivaren; underlåter han det, skall han anses hava antagit anbudet.

Källförteckning

Litteratur

Adlercreutz, Axel	*Avtal – lärobok i allmän avtalsrätt*, 10 uppl., Norstedts Juridik, Lund 1995
Adlercreutz, Axel	*Avtalsrätt 1*, 12 uppl., Juristförlaget i Lund, Lund 2002
Adlercreutz, Axel	*Om den rättsliga betydelsen av skriftlig avtalsform och om integrationsklausuler*, Festskrift till Jan Ramberg, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1996
Adlercreutz, Axel	*Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal (om 'letters of intent', principöverenskommelser m.m.)*, SvJT 1987 s. 493
Adlercreutz, Axel	*Strövtåg i avtalsrätten*, Festskrift till Bertil Bengtsson, Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm 1993
Bernitz, Ulf	*Standardavtalsrätt*, 6 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2003
Calissendorff, Gotthard	*Recension av "Avtalsgrundande rättsfakta"*, JT 1993-94 s. 236
Ekelöf, Per Olof Boman Robert	*Rättegång, fjärde häftet*, 6 uppl., Norstedts Juridik, Göteborg 1995
Goderre, Diane Madeline	*International Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention*, 66 U. Cincinnati Law Review (1997) s. 258-281
Gorton, Lars	*Shipping and Contracting*, Juridiska Föreningens i Lund skrifter 1983:55, Lund 1983
Grönfors, Kurt	*Avtalslagen*, 2 uppl., Norstedts Förlag, Lund 1989

Grönfors, Kurt — *Avtalsgrundande rättsfakta*, Nerenius & Santérus Förlag, Göteborg 1993

Grönfors, Kurt — *Avtalsrätten och de kommersiella standardavtalen*, Ekonomiskt forum 1959

Grönfors, Kurt — *Löftesprincipen, tillitsteorin och avtalslagen*, JT 1992-93 s. 267

Hellner, Jan — *Avtals- och köprätt under 1900-talet*, SvJT 1984 s. 755

Hellner, Jan — *En kommentar till Stig Sohlbergs debattinlägg*, JT 1993-94 s. 660

Hellner, Jan — *Kommersiell avtalsrätt*, 4 uppl., Juristförlaget, Stockholm 1994

Hellner, Jan — *Unidroit's principer för internationella avtal*, Lex Ferenda skriftserie nr. 50, Rättsvetenskapliga studier av forskare vid Stockholms universitet, Stockholm 1996

Holm, Anders — *Den avtalsgrundande lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip*, Avdelningen för Rätt och Rättsfilosofi vid Linköpings Universitet, Linköping 2004

Hultmark, Christina — *Internationaliseringen av svensk avtalsrätt – UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, JT 1995-96 s. 665

Ramberg, Jan
Hultmark, Christina — *Avtalsrätten, en introduktion*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1999

Håstad, Torgny — *Om underlåtenhet av Yngve Skarin och Bertil Bengtsson att ta ställning till översänt kontrakt respektive inlämnad seminarieuppsats. En civil- och processrättslig kommentar till NJA 1962 s. 276.* Festskrift till Bertil Bengtsson, Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm 1993

Johansson, Svante O
Ramberg, Christina — *Kurt Grönfors in memoriam*, SvJT 2005 s. 1120

Karlgren, Hjalmar	*Avtalsrättsliga spörsmål*, 2 uppl., Norstedt Juridik, Stockholm 1954
Karlgren, Hjalmar	*Studier i allmän avtalsrätt*, A.B PH. Lindstedts Univ. Bokhandel, Lund 1935
Kleineman, Jan	*Ren förmögenhetsskada, särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart*, Juristförlaget, Stockholm 1987
Kleineman, Jan	*Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar*, JT 1995/96 nr. 1 s. 125
Lehrberg, Bert	*Avtalsrättens grundelement*, 2 uppl., I.B.A. Institutet för Bank- och Affärsjuridik AB, Warszawa 2006
Lind, Johan	Anförande vid 30:e Nordiska Juristmötet 1984, del II
Molin, Anna	*Avtal – praktisk handbok om hur du skriver avtal och kontrakt*, Björn Lundén Information AB, Uddevalla 2002
Peczenik, Aleksander	*Juridikens teori och metod*, Fritzes Förlag AB, Göteborg 1995
Ramberg, Jan Ramberg, Christina	*Allmän avtalsrätt*, 6 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2005
Sohlberg, Stig	*Ingående av avtal – Back to Basics*, JT 1993-94 s. 657
Stang, Fredrik	*Innledning till Formueretten*, 3 uppl., Aschehoug, Oslo 1935
Svensson, Ola	*Bör begreppet viljeförklaring överges som grundval för avtalsrätten?*, TfR 4/2003 s. 555
Svensson, Ola	*Viljeförklaringen och dess innehåll*, Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm 1996
Svernlöv, Carl (red.)	*Internationella avtal – i teori och praktik*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2003

Taxell, Lars Erik — *Avtalsrätt, bakgrund – sammanfattning* – utblick, Juristförlaget, Stockholm 1997

Vahlén, Lennart — *Om slutande av avtal*, Teori och praxis, Studier i svensk civilrätt, Festskrift till Hjalmar Karlgren, P. A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1964

Yxklinten, Ulf
Ahlgren, Karin — *Avtalsrätt – En inledning*, Liber Ekonomi Trelleborg 2000

Woxholth, Geir — *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, Ad Notam Gyldendal, Oslo 1997

Offentligt tryck

NJA II 1901 nr 1
NJA II 1910 nr 2
Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp m.m. (1914)
NJA II 1915 nr 5

Prop. 1986/87:128 *Förslag till lag om internationella köp*
Prop. 1988/89:76 *Förslag till köplag*

SOU 1981:31 *Avtalsvillkor mellan näringsidkare*
SOU 1996:40 *Elektronisk dokumenthantering*

Internet

www.ne.se
www.unidroit.org
www.unilex.info

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1893 s. 275
NJA 1920 s. 317
NJA 1922 s. 83
NJA 1925 s. 444
NJA 1930 s. 131
NJA 1931 s. 313
NJA 1931 s. 667
NJA 1937 s. 619
NJA 1940 s. 687
NJA 1946 s. 122
NJA 1946 s. 602
NJA 1948 s. 283
NJA 1953 s.703
NJA 1954 s. 568
NJA 1957 s. 69
NJA 1961 s. 658
NJA 1962 s. 270
NJA 1962 s. 276
NJA 1963 s. 105
NJA 1968 s. 303
NJA 1970 s. 478
NJA 1973 s. 175
NJA 1977 s. 25
NJA 1977 s. 92
NJA 1977 s. 105
NJA 1978 s. 147
NJA 1981 s. 323
NJA 1982 s. 244
NJA 1982 s. 778
NJA 1986 s. 596
NJA 1990 s. 745
NJA 1992 s. 243
NJA 1995 s. 437
NJA 2000 s. 747 nr. I och II
Högsta domstolens dom från den 11 december 2006 i mål nr. T 3004-04

Hovrätten

SvJT 1923 rf s. 73
SvJT 1974 rf s. 54
Svea hovrätts dom den 4 juni 2004 i mål nr. T 4899-03

Tingsrätten

Nacka tingsrätts mellandom den 12 februari 1998 i mål nr. T 2309/96.

Arbetsdomstolen

AD 1937 nr. 59
AD 1950 nr. 41
AD 1961 nr. 13
AD 1994 nr. 157
AD 1998 nr. 147