



UPPSALA
UNIVERSITET

Juridiska institutionen
Vårterminen 2023

Examensarbete i civilrätt
30 högskolepoäng

Med tredjemansavtalet som sköld?

En undersökning av friskrivningsklausuler till förmån för tredje man och ersättningsproblematik i kontraktskedjor

The third party contract as a shield? A study of non-liability clauses in favor of third parties and problems related to claims for compensation in contract chains

Författare: Rebecka Undén
Handledare: Oskar Mossberg



Förord

Inte trodde jag att det skulle bli en avtalsrättare av mig. Men det blev det!

TACK

till mamma och pappa som stöttat och hejat på när det känts tungt.

till mitt tjejkompisgäng, som hållit ihop sedan tentafrändet på termin ett. Ett särskilt tack till Stina – vem hade jag varit utan dig?

till mina vänner i Centerstudenter för diskussioner, vin och sång vid sidan av vardagslivets tråk och tvång.

till Christopher Nilsson för ovärderligt stöd och lugnande ord under utbildningens gång.

till Konditori Fågelsången för otaliga rågbullar med leverpastej och islatte med vaniljsmak.

till min handledare Oskar Mossberg som ihärdigt uppmuntrat kreativt skrivande. Under ett av mina första handledningstillfällen sa han att man som uppsatsförfattare har en ”akademisk plikt att göra som man vill”, vilket sedan dess har fått prägla mitt skrivande.

Rebecka Undén

En halvsolig fredag på Waldenströmska studenthemmet i Uppsala

Förkortningar

A.a	Anfört arbete
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
AB 04	Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings-, och installationsentreprenader
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
FAL	Försäkringsavtalslag (2005:104)
JB	Jordabalk
Jfr	Jämför
JT	Juridisk Tidskrift
KommL	Kommissionslag (2009:865)
KköpL	Konsumentköplag (2022:260)
KöpL	Köplag (1990:931)
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NL 17	Allmänna bestämmelser för leveranser av maskiner samt annan mekanisk, elektrisk och elektronisk utrustning inom och mellan Danmark, Finland, Norge och Sverige
Prop	Proposition
SkbrL	Lag (1936:81) om skuldebrev
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidskrift for Rettsvitenskap

Innehållsförteckning

1	Inledning	6
1.1	<i>Konsten att leka tre</i>	6
1.2	<i>Syfte och frågeställningar</i>	6
1.3	<i>Metod och material</i>	7
1.3.1	Rättsdogmatisk metod	7
1.3.2	Något om rättsekonomiska argument	11
1.3.3	Material	11
1.4	<i>Angränsningar</i>	13
1.5	<i>Disposition</i>	14
2	Avtalsrättslig inramning	15
2.1	<i>Om friheten</i>	15
2.2	<i>Om räckvidden</i>	16
3	Allmänt om friskrivningar	20
3.1	<i>Inledande kommentar</i>	20
3.2	<i>Begränsning och kontroll av friskrivningsklausuler</i>	23
3.3	<i>Särskilt om standardavtalsrätt</i>	26
3.4	<i>Förhållandet mellan kontraktuell och utomkontraktuell ersättning</i>	29
3.5	<i>Sammanfattning</i>	31
4	Tredjemansavtal	33
4.1	<i>Något om partsuppställningen</i>	33
4.2	<i>Direktkravsbegreppet</i>	35
4.3	<i>När föreligger ett tredjemansavtal?</i>	36
4.3.1	Typiska tredjemansavtal	36
4.3.2	Fingerade tredjemansavtal	37
4.4	<i>Sammanfattning</i>	40
5	Tredjemansfriskrivningar	41
5.1	<i>Inledande kommentar</i>	41
5.2	<i>Praxisbildning på området</i>	42
5.3	<i>Sammanfattning</i>	47
6	En sköld mot ersättningsanspråk?	48
7	Källor	51

1 Inledning

1.1 Konsten att leka tre

Ibland sägs att det inte är lätt att leka tre. Särskilt problematiskt kan det bli om två av kompisarna blir osams och den tredje måste välja sida. Risken finns också att en tredje kompis blir utfrysad för att det helt enkelt är lättast att leka två.

Även inom obligationsrätten kan trepartsrelationer vara svåra. Utgångspunkten är att två parter ingår ett avtal, men när en tredje man kommer in i bilden kan problem uppstå. Praktikanten bakom kassadisen som obehörigen säljer en produkt till en kund kan, på grund av reglerna om ställningsfullmakt i AvtL 10 § 2 st, binda butiksägaren till ett avtal om köparen kan anses vara i god tro.¹ När en tredje man lider skada till följd av någon annans skada föreligger en så kallad tredjemansskada, vilken som huvudregel inte är ersättningsgill. Finns ett ”konkret närliggande intresse” kan dock huvudregeln sättas ur spel och tredje man kan rikta ersättningsanspråk mot skadevällaren.²

I en leveranskedja kan skadeståndskrav i undantagsfall riktas direkt mot ett bakre led, trots att det inte föreligger något avtalsförhållande mellan det främre respektive det bakre ledet. Saken försvåras ytterligare, om skadevällaren hävdar att den skadelidande och dennes medkontrahent har överenskommit om en begränsning av ersättningsansvaret till skadevällarens fördel. Ett eventuellt tredjemansavtal föreligger alltså och frågan är hur långt avtalets tredjemansverkningar sträcker sig när den skadelidande riktar ett ersättningskrav mot tredje man.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med detta arbete är att analysera innehållet i svensk rätt avseende avtal där tredje man tilldelas en rättighet i form av en friskrivning. Särskilt analyseras följande fall: En kontraktskedja föreligger, där A och B respektive B och C har ingått avtal. I avtalet

¹ Jfr NJA 1950 s 86.

² Andersson, Trepartsrelationer i skadeståndsrätten s 20.

mellan A och B har C såsom tredje man tilldelats en rättighet, genom en till förmån för C gällande friskrivning. Mellan A och C finns inget (direkt) avtalsförhållande. C åsamkar A skada, vilket föranleder A att framställa ersättningskrav mot C.

C invänder mot kravet med tredjemansavtalet, friskrivningen, som grund. När A sedan riktar ett utomobligatoriskt krav mot C, hävdar C att friskrivningen även täcker fall av utomobligatoriska krav. Frågan blir då hur de rättsliga möjligheterna ser ut för C att skydda sig mot A:s kontraktsmässiga respektive utomkontraktuella anspråk. Om A riktar sin anspråksudd mot C, kan C då freda sig med tredjemansavtalet som sköld?

För att uppnå detta syfte undersöks följande teman:

- Avtalsfrihet och förbindelsers räckvidd, särskilt såvitt gäller tredjemansfriskrivningar.
- Omfattningen och räckvidden av friskrivningar inom ramen för tredjemansavtalstematiken.
- Vad som kännetecknar ett tredjemansavtal och när ett sådant föreligger.
- Friskrivningen som en rättighet för tredje man samt dess verkningar i ersättningshänseende.

1.3 Metod och material

1.3.1 Rättsdogmatisk metod

Inom rättsvetenskapen författas många alster med hjälp av en rättsdogmatisk metod. Åtminstone *uppges* att ett sådant tillvägagångssätt används, tätt följt av en uppräknings av de rättskällor som underställs analys. Här görs dock en ansats att inte bara skilja de metodologiska utgångspunkterna från frågan om vilket materialet som beaktats, utan även att fånga vad rättsdogmatiken faktiskt innebär och, kanske allra viktigast, hur den används för detta arbete.

Under juristutbildningens andra termin stötte undertecknad på en rättsfallsanalys, där författaren frågade sig: ”Vad kan Högsta domstolen ha menat med detta?”³ Därefter gjordes ett gediget försök att presentera olika alternativ över vad som kan ha avsetts med de domskäl justitieråden gemensamt knåpat ihop. För mig framstod det hela som ganska märkligt och onödigt krångligt. Det är väl bara att ringa dem och fråga?

Några högskolepoäng senare inser jag att författaren ägnat sig åt att försöka hitta svar inom ramen för den rättsdogmatiska metoden. Beroende på vem och i vilket sammanhang man frågar kan regler vara av naturen, eller till och med gud, givna. Dock kan nog de flesta rättsvetenskapare komma överens om att juridiken med dess rättskällor är av människan skapad – även om det i det nämnda fallet lät som om Högsta domstolen vore något ”större”. Men vad är det då vi letar efter? Och hur gör man det med hjälp av den rättsdogmatiska metoden?

Den rättsdogmatiska metoden kan beskrivas som ”vetenskaplig rekonstruktion av rättssystem”.⁴ Vetenskapligheten i rättsdogmatiken har historiskt ifrågasatts, men kritiken har ansetts byggd på äldre tiders vetenskapliga ideal och kanske rent ansetts obsolet i modern tid.⁵ Däremot finns skäl att ifrågasätta huruvida *rättsdogmatik* är en lämplig beteckning på den vetenskapliga metoden. ”Dogmatik” leder tankarna till teologi och tolkning av bibeltexter inom bestämda ramar och utefter vissa på förhand fastslagna lärosatser. Kleineman framhåller att en föreslagen benämning är ”rättsanalytisk metod” eftersom det bättre träffar vad verksamheten faktiskt går ut på.⁶ Dock ansluter han sig inte själv till detta.⁷ Sandgren menar dock att termen rättsdogmatik borde överges till förmån för ”rättsanalytisk metod” eller liknande.⁸ Även Agell har föreslagit ”konstruktiv rättsvetenskap”.⁹ Hellner anser att termen

³ Tyvärr finns inte källan nedtecknad.

⁴ Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap s 4. Se även Kleineman, Rättsdogmatisk metod, i Nääv och Zamboni (red), Juridisk metodlära s 21.

⁵ Kleineman, a.a. s 24 f, Jareborg, a.a s 9, Samuelsson, Rättsdogmatik som vetenskap s 223.

⁶ Kleineman, a.a. s 25.

⁷ Kleineman, a.a. s 26.

⁸ Sandgren, Är rättsdogmatiken dogmatisk? s 656.

⁹ Agell, Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap, i Festskrift till Stig Strömholm s 35 ff.

rättsdogmatik ger upphov till negativt klingande konnotationer, men att det är så etablerat att det inte finns anledning att använda ett annat begrepp.¹⁰

Allt som oftast hävdas det att rättsvetare genom denna vetenskapliga rekonstruktion av rättssystem söker utröna vad *gällande rätt* är.¹¹ På så vis stämmer termen *rättsdogmatik* bra in på vad metoden faktiskt går ut på – att inom ett system utröna vad som ska anses gälla. Dock vore det enligt min mening olyckligt att begränsa rättsdogmatikens forskningsobjekt till enbart gällande rätt, i bemärkelsen de lege lata. Jareborg framhåller att rättsdogmatiken kännetecknas av att den är just systemintern.¹² Detta hindrar dock inte att svar söks utanför systemet eftersom det enligt Jareborg är "[...] helt legitimt för rättsdogmatiker att söka efter ideala lösningar". Hellner verkar också anse att en begreppsbestämning som "gällande rätt" inte bör begränsa metodens omfattning.¹³

För arbetet används *en* rättsdogmatisk metod. "*En*", eftersom rättsdogmatiken till skillnad från dogmatiken, i den pejorativa bemärkelse som figurerat i samband med förespråkanden av alternativa metodetiketter, verkar vara pluralistisk. Det synes inte vara helt givet vad den rättsdogmatiska metoden faktiskt ska omfatta. Om rättsdogmatikens rätta definition är "rekonstruktion av rättssystem", kan då värdering av resultatet anses innefattas i rättsdogmatiken eller skulle detta utgöra en annan typ av verksamhet?

Sandgren konstaterar att rättsdogmatiken kännetecknas av att argumentationen är fri och att denna kan fyllas med olika typer av innehåll. För detta arbete ansluter jag mig till den rättsdogmatiska metoden i denna vidare bemärkelse, där kritik av rekonstruktionens resultat inryms i metoden. Kleineman benämner detta som *kritiskt inriktad rättsdogmatik*.¹⁴ Det innebär att denna analys går utöver att enbart fastställa

¹⁰ Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 23.

¹¹ Se Frändberg, Vad sker inom den rättsdogmatiska forskningen? s 23 ff med vidare hänvisningar.

¹² Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap s 4.

¹³ Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 24. Se även Peczenik, Juridikens allmänna läror s 249 f.

¹⁴ Kleineman, Rättsdogmatisk metod, i Nääv och Zamboni (red), Juridisk metodlära s 35.

gällande rätt, för att blicka ut från rättsdogmatikens kärna och ut mot andra typer av argument.

Argumentationen i den fortsatta analysen präglas av den sammanvägande metoden, enligt Peczeniks terminologi, vilket innebär att den tolkningsmetod som passar sig bäst i det enskilda fallet tillämpas.¹⁵ Följaktligen tillämpas inte Ekelöfs (radikal)teleologiska metod, vilken framstår som den mest etablerade teleologiska metoden inom svensk rättsvetenskap.¹⁶ Dock ska sägas att eklektisk tolkningsmetod är *utgångspunkten* och att teleologiska argument därmed används när det är lämpligt.¹⁷ Det valda ämnet innehåller teman som främst behandlats i domstolspraxis och som ryms inom en svensk avtalsrätt vars förarbeten är 100 år gamla, vilket i min mening förutsätter att hänsyn tas till diverse syftessglidningar i lagstiftningen och att avtalsrätten betraktas som ”levande”. Därför är det naturligt att teleologiska argument ges mer utrymme. I den utsträckning ändamålsargument tillämpas inom ramen för den sammanvägande metoden beaktas främst rättsekonomiska argument, av skäl och på sätt som utvecklas nedan i avsnitt 1.3.2. Vid ändamålsinriktad argumentation kan olika ändamål tas hänsyn till. Eftersom analysen kretsar kring kommersiell avtalsrätt, framstår det ekonomiska enligt min mening som ett givet ändamål.

Sammanfattningsvis används den rättsdogmatiska metoden här till systematisering och artikulering av rätten genom tolkning av rättskällor. Tolkningen utgår från den

¹⁵ Peczenik, Vad är rätt? s 375 f.

¹⁶ Valet av tolkningsmetod är i första hand ideologiskt motiverat. Antagandet att ändamålsöverväganden ska överordnas all annan tolkningsdata påminner om antagandet inom konsekventialismen, eller den *teleologiska* etiken, att det som avgör en handling moraliska status är handlingens konsekvenser. Utilitarismen är en sådan teleologisk etisk teori, vilken medför att en handling är moraliskt rätt om och endast om den leder till ett utfall som ger maximal nytta. Den teleologiska *tolkningsmetoden* och den teleologiska *etiken* synes nyttja ekvivalenta logiska argumentationsstrukturer för att åstadkomma den lämpligaste lagtolkningen respektive det moraliskt rätta handlingsalternativet. Således borde kritiken mot den teleologiska etiken rent logiskt träffa även den teleologiska tolkningsmetoden. Den teleologiska etiken, särskilt utilitarismen i dessa mer klassiska tappningar, har enligt min mening flertalet brister. Bland dessa märks särskilt teorins oförmåga att ta hänsyn till individuell välfärd och att hantera vissa orimliga utfall. Dessutom ställer utilitarismen allt för höga krav på kunskap om framtida hypotetiska utfall. Peczenik lyfter att det visserligen vore naturligt att grunda lagtolkningen på de *faktiska* verkningarna av ett tolkningsalternativ, men att det inte är naturligt att grunda lagtolkningen på *hypotetiska* antaganden.

¹⁷ Något som inte är helt okontroversiellt är så kallad fiktiv tolkningsmetod och vilket utrymme en sådan ska ges. Mer om detta under avsnitt 4.4 om fingerade tredjemansavtal.

sammanvägande metoden, vilken kännetecknas av tolkningsmässig pluralism. Vid förekomsten av teleologisk tolkning, utgår denna främst från rättsekonomisk hänsyn.

1.3.2 Något om rättsekonomiska argument

För detta arbete förenas den rättsdogmatiska metoden med rättsekonomiska överväganden. Rättsekonomisk teori handlar om att betrakta rätten ur ett samhällsekonomiskt perspektiv och kan typiskt sett delas in i två delar.¹⁸ Den deskriptiva delen svarar på hur rättsreglernas utformning påverkar ekonomisk effektivitet. Den normativa delen handlar snarare om att förklara varför rättsreglerna ska utformas så att ekonomisk effektivitet uppnås.

För detta arbete kommer rättsekonomiska argument i viss mån att tillämpas, dock inte såtillvida att en rättsregels verkningar analyseras strikt utifrån dess inverkan på den ekonomiska effektiviteten. Snarare tar analysen sikte på de ideologiska strömningar som ligger bakom förmögenhetsrätten i allmänhet och avtalsslutande i synnerhet, för att åstadkomma väl underbyggda ändamålsresonemang.

Huruvida ekonomisk effektivitet är eftersträvansvärt eller inte och vilken betydelse ekonomisk effektivitet ska tillmätas relativt andra hänsynstaganden vid reglernas utformning och tillämpning, är i första hand politiska frågor som inte behandlas här. För den fortsatta framställningen antas dock att en marknadsliberal ordning är eftersträvansvärd. De ideologiska utgångspunkterna behandlas närmare nedan under 2.1.

1.3.3 Material

I och med att en rättsdogmatisk metod tillämpas, bygger analysen på konventionella rättskällor i fallande hierarki: lagtext, förarbeten, rättspraxis och doktrinen. Frågeställningen är primärt avtalsrättslig, men även utomobligatorisk skadeståndsrätt aktualiseras. Tredjemansavtal är en rättsfigur som inte förekommer explicit i avtalslagen, även om den kommit att erkännas i vart fall efter avtalslagens tillkomst.

¹⁸ Dahlman m.fl., Rättsekonomi: en introduktion s 70.

Det finns heller inga andra allmänt tillämpliga lagregler. Eftersom området är okodifierat, som så ofta inom förmögenhetsrätten, behöver allmänna förmögenhetsrättsliga principer ofrånkomligen beaktas.

På grund av avsaknaden av direkt tillämplig lag och därmed även förarbeten utgör ett antal rättsfall de centrala källorna för detta arbete. Det rör sig främst om NJA 2013 s 491 och NJA 2014 s 760 i kapitel 4 om tredjemansavtal, samt NJA 2007 s 758 och NJA 2010 s 629 i kapitel 5 om så kallade tredjemansfriskrivningar. Därtill används doktrin i relativt stor utsträckning, eftersom arbetet behandlar en uppsättning juridiska teman som inte har helt klara svar.

Uppsatsen har inte primärt ett komparativt syfte. Ämnet motiverar dock att vissa utblickar görs mot nordisk doktrin, dels då den svenska avtalsrätten i stora delar är resultatet av nordiskt samarbete, dels då material från övriga Norden är ägnat att belysa de frågor som här berörs. Exempelvis behandlas utdrag ur Ussings *Aftaler paa Formuerettens Omraade* ganska ingående under avsnitt 4.1, vilket rör parternas olika roller inom ett tredjemansavtalsförhållande.

Därtill dras under kapitel 3 och 4 paralleller till *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), kodifieringen av tysk civilrätt där bestämmelser om tredjemansavtal finns. Den tyska rätten tillskrivs inte normativ auktoritet. Som nämnts är heller inte syftet att tillgripa en rent komparativ metod, där den tyska rätten behandlas ingående och har en huvudsaklig roll för analysen.¹⁹ Snarare har utblicken mot BGB ett ”tjänande” syfte, för att låna Strömholms uttryck.²⁰ Att underkasta tysk rätt någon mer fullständig analys har här inte varit motiverat. Den tyska rätten behandlas punktvís, där det verkat intressant och berikande för undersökningen. Mot bakgrund av att svensk avtalsrätt influerats av tysk rätt så till den grad att avtalslagen har kallats för ett ”lillebarn”²¹ till BGB, är den tyska rättsordningen dock ett lämpligt komparations- och

¹⁹ Jfr Strömholm, Användning av utländskt material i juridiska monografier s 251.

²⁰ Strömholm a.a. s 252 ff.

²¹ Ramberg, Avtalslagen 100 år s 561.

inspirationsobjekt.²² På grund av detta borde dessutom vissa metodologiska problem lindras, även om det vid komparationer alltid finns skäl att iaktta försiktighet.

Zweigert och Kötz klassiska funktionalitetsprincip borde exempelvis minska något i relevans vid komparation mellan svensk respektive tysk avtalsrätt.²³ Principen medför att komparatisten ska ta hänsyn till reglernas funktion och vilka problem dessa löser, snarare än till begreppsbildningen i den egna rättsordningen. För det omvända fallet att en tysk uppsatsförfattare skulle vilja undersöka tredjemansavtal i svensk rätt, fordrar principen att tysken inte ger upp när denne upptäcker att det i den svenska avtalslagen inte finns något som motsvarar "Vertrag zugunsten Dritter". Istället bör frågan ställas, hur den svenska rättsordningen hanterar avtal där en tredje man tilldelas en rättighet. Begreppsbildningen i såväl svensk som tysk rätt motsvarar här i stort reglernas funktioner, vilket gör att principen minskar i betydelse. Här bör dock noteras att principen inte står oemotsagd.²⁴

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen behandlar inte i första hand avtalsingående eller avtalsinnehåll. Frågor därom, samt alltså om avtalstolkning, tas därmed endast i beaktning i den utsträckning det bidrar till analysen. Tolkningsfrågor gör sig gällande under avsnitt 4.4, där de aktualiseras inom ramen för en diskussion om fingerade tredjemansavtal.

Analysen tar särskilt sikte på ersättningskrav i kommersiella förhållanden. Det innebär att andra typer av påföljder inte behandlas ingående, samt att konsumenträttsliga aspekter inte analyseras. Utomobligatorisk skadeståndsrätt hanteras i den mån det är nödvändigt för arbetets syfte. Centralt för arbetet är de

²² Dessutom har den svenska respektive tyska rättsordningen gemensam historia på så sätt att de båda bygger på romersk rätt. Ibland talas det om en gemensam rättsfamilj där den romersk-germanska rättsfamiljen inkluderar såväl skandinavisk som tysk rätt, se Valguarnera, *Komparativ juridisk metod* i Nääv och Zamboni (red), *Juridisk metodlära* s 152. Dock är systematiseringen av rättsordningar i olika rättsfamiljer inte heller helt oproblematiserad, såsom systematiseringar i största allmänhet.

²³ Se Zweigert och Kötz, *Introduction to comparative law* s 34 f.

²⁴ Se Legrands kritik av funktionalitetsprincipen, Legrand, *Jameses at play: a tractation on the comparison of law* s 68.

allmänna avtalsrättsliga aspekterna, men gränsen mot utomobligatoriska anspråk berörs. Insolvensrättsliga frågor lämnas utanför analysen.

1.5 Disposition

Tredjemansfriskrivningar aktualiserar dels frågor om rätten *att* binda sig, dels frågor om i förhållande till *vem* man kan binda sig. Därför hanteras inledningsvis i kap 2 den ideologiska bakgrunden till avtalsfriheten, samt avtalets räckvidd. I kapitel 3 behandlas friskrivningsklausuler i allmänhet, särskilt dess begränsningar och i vilka kontexter de kan komma att orsaka problem. Därefter introduceras tredjemansavtal i kapitel 4. Slutligen diskuteras friskrivningar till förmån för tredje man i kapitel 5. I slutet av varje kapitel ges en sammanfattning för att underlätta vidareläsningen. Avslutande slutsatser presenteras i kapitel 6. Dispositionen avspeglar alltså de ovan uppställda temana.

2 Avtalsrättslig inramning

2.1 Om friheten

Principen om avtalsfrihet är central för avtalsrätten. Tanken om att privata rättssubjekt ska kunna sluta avtal om vad som helst, när som helst, hur som helst, är sprungen ur marknadsliberala idéer om att ekonomiskt välstånd uppnås genom en fri marknad.²⁵ Avtalsfriheten främjar frivilliga transaktioner, vilka antas leda till ekonomiskt välstånd. Därför har avtalsinstitutet beskrivits som ett verktyg i partsautonomins och den ekonomiska omsättningens tjänst.²⁶

Begreppet avtalsfrihet kan enligt lundaforskaren Ola Svensson delas upp och analyseras utifrån två typer – legal respektive genuin avtalsfrihet.²⁷ Den förra siktar på att rättsordningen inte ska inskränka möjligheterna att ingå avtal, för att enskilda i största möjliga utsträckning ska kunna åtnjuta frihet att binda sig genom att företa rättshandlingar. Den senare tar hänsyn till alla typer av frihetsinskränkningar som hindrar den enskilde från att ingå avtal, såväl rättsliga som subjektiva förutsättningar.²⁸ Ett sådant helhetsgrepp om avtalsfriheten lämnas dock utanför analysen. Skillnaden mellan legal och genuin frihet kommer i det följande endast utgöra ett slags underförstådd bakgrund.

Den legala avtalsfrihetens genomslag förutsätter regler om avtalsslut och bundenhet.²⁹ Reglernas funktion är då inte att inskränka och styra, utan snarare att fungera som spelregler för att underlätta utbytet på marknaden. Centralt för den svenska avtalsrätten är den så kallade löftesprincipen, AvtL 1 §.³⁰

²⁵ Adlercreutz m.fl., Avtalsrätt I s 21, Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s 77, Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s 33 f.

²⁶ Adlercreutz m.fl., Avtalsrätt I s 19, Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s 77.

²⁷ Svensson, Avtalsfrihet och rättvisa s 39 ff.

²⁸ Svensson, Avtalsfrihet och rättvisa s 49 ff.

²⁹ Svensson, Avtalsfrihet och rättvisa s 41.

³⁰ Adlercreutz m.fl., Avtalsrätt I s 87 f, Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s 81, Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s 106.

I förhållande till avtalsfriheten finns flertalet inskränkningar. Parterna förfogar som huvudregel över hur avtalet ingås, det vill säga dess form.³¹ Det är således möjligt att ingå avtal såväl muntligen och skriftligen som genom realhandlande. Att formfrihet råder gäller dock inte utan undantag. För vissa avtalskontexter finns särskilda formkrav i lag, av såväl skyddsskäl som bevisskäl.³² Det rör sig bland annat om krav på skriftlighet, namnunderskrift och bevittnings.³³

Ytterligare undantag från avtalsfriheten gäller vid kontraheringsplikt. Då finns någon typ av skyldighet att ingå eller fullgöra avtal, ofta på grund av hänsyn gentemot en svagare part.³⁴ Ett exempel är övertaganderätt till makes förverkade hyresrätt i JB 12:47, där hyresvärden tvingas förlänga hyresavtalet.³⁵ Dessutom tvingas hyresvärden att acceptera en helt ny avtalspart.

2.2 Om räckvidden

I det föregående behandlades vissa inskränkningar av avtalsfriheten. Av relevans för diskussionen om avtalets tredjemansverkningar är också avtalets räckvidd. När ett avtal ingås mellan två parter anses huvudregeln vara att avtalet enbart binder just parterna.³⁶ Denna allmänna förmögenhetsrättsliga princip brukar kallas för avtalets subjektiva begränsning.³⁷ Principen härleds främst ur KommL 24 §, vilken ger uttryck för att tredje man förvärvar en rätt mot kommissionären men inte mot kommittenten.³⁸

Principen bekräftades senast i NJA 2022 s 311, ”Den kinesiska investeringen”.³⁹ Fallet erbjuder en god överblick över några av de mest centrala undantagen från

³¹ Se Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s 133.

³² Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s 134.

³³ Se 48 § KomL, JB 4:1.

³⁴ Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s 78, Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s 37.

³⁵ Se NJA 2022 s 82.

³⁶ Dotevall, Avtal s 136, Hellner m.fl. Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt s 28, Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s 290, Adlercreutz m.fl., Avtalsrätt I s 163.

³⁷ Se Hellner m.fl., a.a. s 128, Zackariasson, Direktkrav s 121. Fler benämningar av principen finns.

³⁸ 56 § i den äldre KommL. Även 1 § och 10 § 1 st AvtL, vilka ger uttryck för självbindningens princip, se Mossberg, Avtalets räckvidd I s 48.

³⁹ Se Schöldström, Betalning till anvisad betalningsmottagare ger inte betalaren en fordran på mottagaren utan bara på den som anvisat s 645. Se även NJA 1997 s 44, NJA 2001 s 711, NJA 2012 s 692.

principen om avtalets subjektiva begränsning vilka kan bli aktuellt i ett kommersiellt avtalsförhållande. Uppdragsgivaren YZ anlidade företaget Comeeu Commercial International AB ("Comeeu") för att genomföra ett aktieförvärv. En förskottsbetalning skulle placeras hos Rydell Kapital AB ("Rydell"). Investeringen fullföljdes dock aldrig och YZ begärde därför att få tillbaka de medel han fört över. Enbart en del av förskottsbetalningen återgick, vilket föranledde YZ att väcka talan mot Rydell och styrelseledamoten tillika firmatecknaren JW. Högsta domstolen anförde att utgångspunkten är att ett sådant anspråk ska riktas mot uppdragstagaren, det vill säga Comeeu, eftersom betalningsmottagaren Rydell inte svarar för Comeeus förpliktelser gentemot YZ.⁴⁰

Domstolen konstaterade dock att huvudregeln om avtalets subjektiva begränsning inte gäller utan undantag.⁴¹ Ett sådant undantag är partsbyte, eller när betalningsmottagaren åtar sig en betalningsskyldighet gentemot uppdragsgivaren.⁴² Förekomsten av tredjemansavtal kan också motivera avsteg från huvudregeln.⁴³ Denna rättsfigur möjliggör för två parter att ge tredje man rättigheter, utan att denne är part i avtalet. Tredjemansavtal behandlas närmare nedan under kapitel 4. Till sist anför direktkravsrätten, vilken kan medge att en part riktar krav till en gäldenär i "bakre led", det vill säga avtalspartens avtalspart.⁴⁴ Direktkravsrätten mycket omdiskuterad.⁴⁵

Av betydelse för bedömningen i förevarande fall, var också att det förelåg en intressegemenskap mellan Comeeu och Rydell, eftersom de företrädde av samma firmatecknare, som dessutom var ensam styrelseledamot i båda bolagen.⁴⁶ Enligt

⁴⁰ NJA 2022 s 311 p 14–15.

⁴¹ NJA 2022 s 311 p 16.

⁴² NJA 2022 s 311 p 17–18.

⁴³ NJA 2022 s 311 p 19.

⁴⁴ NJA 2022 s 311 p 20.

⁴⁵ Se nedan avsnitt 4.2.

⁴⁶ NJA 2022 s 311 p 21.

domstolen är dock utrymmet mycket begränsat för att göra gällande att ett rättssubjekt svarar för förpliktelser i ett avtalsförhållande som rättssubjektet inte är part i.

Domstolen ansåg inte att det fanns tillräckligt stöd för att frånga huvudregeln om att avtalet enbart gäller mellan parterna. Rydells hade varken inträtt i avtalet eller ådragit sig återbetalningsskyldighet genom att ta emot inbetalningarna från YZ. Inte heller hade parterna hävdats att avtalet i fråga var ämnat att tillerkänna YZ någon självständig rättighet, vilket uteslöt tredjemansavtal som ett alternativ. Utredningen var inte tillräcklig för att en direktkravsrätt skulle kunna påvisas, eller för att intressegemenskapen skulle kunna ha fått betydelse.⁴⁷

Det anses alltså som utgångspunkt inte möjligt att avtala för någon annans räkning eller att binda någon annan än motparten till avtalet.⁴⁸ I vissa fall kan dock rättsverkningar uppstå för andra än avtalsparterna.⁴⁹ Principen om avtalets subjektiva begränsning ställs i allmänhet upp som en huvudregel⁵⁰, vilket enligt min mening inte ter sig helt oproblematiskt. Vid en uppställning av huvudregel respektive undantag finns vissa tendentiösa inslag, nämligen det faktum att en viss rättsföreteelse kategoriseras som just *huvudregeln* medan andra sorteras in under *undantagen*. I detta ligger ett implicit antagande om att det innehåll som ryms i huvudregeln *prima facie* är normaltillståndet, medan undantagen är avarter avvikande från det normala. Att passivt acceptera en huvudregel är dock enligt min mening likställt med att blint jämka sig med regelns bakomliggande resonemang och ett rent okritisk förhållningssätt.⁵¹ Samtidigt anses systematisering av just huvudregler och undantag vara en av rättsdogmatikens viktigaste uppgifter.⁵² Inom ramen för rättsdogmatiken kommer man alltså inte ifrån strävan att systematisera rätten, vilket inte heller borde vara något mål. Här ska inte närmare utredas *hur* principen om avtalets subjektiva begränsning

⁴⁷ NJA 2022 s 311 p 35–36.

⁴⁸ Jfr negativ avtalsfrihet, rätten att *inte* binda sig.

⁴⁹ Även utomobligatoriska anspråk skulle kunna betraktas som undantag från principen, utifrån att ett sådant anspråk fyller samma funktion, eller har samma effekt, som ett inomkontraktuellt krav när en part har drabbats av skada, se Bratt, Alternativa anspråksvägar i skadeståndsrätten s 414.

⁵⁰ Mossberg, Avtalets räckvidd I s 39 ff.

⁵¹ Se ovan klargörande angående min hållning till rättsdogmatik och argumentation, avsnitt 1.3.

⁵² Peczenik, Juridikens allmänna läror s 249.

bör systematiseras.⁵³ För läsningen av det fortsatta arbetet bör dock noteras min hållning att rättsliga normer inte ger uttryck för empiriska fakta.⁵⁴

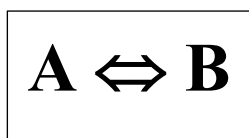
⁵³ Se Mossberg, Avtalets räckvidd I s 39 ff för vidare diskussion.

⁵⁴ Om rättsvetenskapens normativitet se vidare Sandgren, Vad är rättsvetenskap? s 549.

3 Allmänt om friskrivningar

3.1 Inledande kommentar

I det följande undersöks begreppet *friskrivning*, samt inom vilka gränser avtalsparterna kan använda sig av friskrivningsklausuler. Därtill behandlas vissa hänsyn som gör sig gällande inom standardavtalsrätten, eftersom friskrivningsklausuler förekommer i de många av de vanliga branschavtalen. Slutligen undersöks hur friskrivningsklausuler som reglerar skadeståndsansvaret samspelar med den utomobligatoriska skadeståndsrätten. Kapitlet avslutas med en kortare sammanfattning, i syfte att underlätta vidare läsning. För detta kapitel diskuteras enbart vad som gäller i tvåpartsrelationer. Således ser partsförhållandet än så länge ut såhär:



Figur 1

I nordisk rätt finns ingen lagfäst definition av begreppet *friskrivning*, åtminstone inte någon enhetlig och generellt tillämplig sådan. Inte heller verkar det ha berörts på ett ingående sätt i några lagmotiv.⁵⁵ I praxis finns det förvisso många fall där friskrivningar prövats, men domstolarna synes i regel ha avhållit sig från generella abstrakta definitioner för att istället pragmatiskt pröva de fall och villkor de haft framför sig. Inom doktrinen har dock begreppet utretts närmare.

Bernitz förklarar friskrivningsklausuler såsom "[...]klausuler genom vilka den ena parten friskriver sig från eller begränsar ansvar eller förpliktelser som annars skulle ha åvilat parten enligt dispositiv rätt".⁵⁶ Lundmark beskriver friskrivningar på liknande sätt som Bernitz, med tillägget att friskrivningen kan komma att "[...]ta sikte på avvikelser från vad som följer av rättspraxis, handelsbruk eller annan sedvänja".⁵⁷ Möjligen skulle även en individuell avvikelse från ett i avtalet införlivat standardavtal

⁵⁵ Jfr dock SOU 1974:83 s 174 ff där olika typer av friskrivningsklausuler behandlas.

⁵⁶ Bernitz, Standardavtalsrätt s 24 f.

⁵⁷ Lundmark, Friskrivningsklausuler: giltighet och räckvidd s 40.

kunna benämnas som en friskrivning. I vilken grad det är lämpligt eller inte synes vara delvis en pedagogisk fråga (om det är klagörande eller inte). Här fokuserar jag på friskrivningar i förhållande till dispositiv rätt.

Lundmark understryker även svårigheterna med att åstadkomma en precis definition av begreppet *friskrivning* och hur en sådan skiljer sig från avtalsinnehållet i övrigt.⁵⁸ Bedömningen bör enligt Lundmark inte ta sikte på friskrivningsklausulens form utan snarare dess innehåll, vilket i slutändan blir en tolkningsfråga och inte en definitionsfråga. Det innebär alltså att även avtalsvillkor som inte uttryckligen är benämnda som friskrivningsklausuler, men som rent faktiskt innefattar en mer eller mindre svepande skrivning om begränsning av ansvar, kan komma att bedömas som en sådan.

Inom avtalsfrihetens gränser är parterna fria att komma överens om friskrivningsklausulens innehåll. Dessa gränser medger stort utrymme, varför här inte görs anspråk på att uttömmande beskriva olika typer av friskrivningar. Istället nämns och belyses några av enbart de mest centrala. I generalklausulutredningen återfinns en exemplifierande uppräkningslista av vilka typer av villkor som *kan* tänkas ställas upp.⁵⁹ Det rör sig om friskrivning från prestationens beskaffenhet, skadeståndsskyldighet samt beloppsbegränsning av densamma.⁶⁰

Mot bakgrund av att friskrivningar beskrivs såsom avtalade ansvarsundantag från dispositiv rätt, skulle även en uppställning utifrån exempelvis KöpL:s systematik kunna vara lämplig.⁶¹ Enligt KöpL:s förarbeten utgör den dispositiva rätten i KöpL även ett viktigt jämförelseobjekt vid en bedömning utifrån 36 § AvtL, vilken behandlas nedan.⁶²

⁵⁸ Lundmark a. st. 40.

⁵⁹ SOU 1974:83 s 174 f.

⁶⁰ Så långt fantasin räcker finns förstås även alternativa sätt att kategorisera olika typer av friskrivningar.

⁶¹ KöpL är dispositiv, se 3 §.

⁶² Prop 1988/89:76 s 23.

KöpL:s bestämmelser tar i huvudsak sikte på när det är fråga om ett kontraktsbrott respektive eventuell påföljd.⁶³ Vad gäller prestationens beskaffenhet ställer KöpL upp regler om dröjsmål, varans avlämnande, riskövergång samt fel i varan. Det gäller såväl faktiska som rättsliga fel.⁶⁴ Dessutom uppstår frågan om det är relevant att göra gällande felet med hänsyn till reklamations tiden. Samtliga moment är relaterade till frågan om ett kontraktsbrott har begåtts. Tröskeln för när ett sådant föreligger kan justeras i en friskrivningsklausul genom att avtala om exempelvis säljarens ansvar för varans kvalitet eller förkortad reklamations tid i förhållande till KöpL 32 § 2 st.

KöpL innehåller också regler om påföljder som kan göras gällande vid ett kontraktsbrott, såsom avhjälpande, omleverans, prisavdrag, hävning och skadestånd.⁶⁵ Lundmark ställer upp tre huvudsakliga typer av friskrivningsklausuler som hänför sig till påföljder.⁶⁶ En påföljdsfriskrivning kan vara av mer *generell* karaktär och avse alla eller nästan alla påföljder som annars skulle följa av KöpL. Det finns också de klausuler som är *precisa*, vilket enligt Lundmarks terminologi innebär att parterna avtalar bort en eller flera påföljder som följer av dispositiv rätt, men inte alla. Till sist finns också den *partiella* typen, då respektive påföljd villkoras i någon utsträckning. Det skulle exempelvis kunna handla om att hävningsrätten villkoras genom att hävning vid säljarens dröjsmål enligt KöpL 25 § avtalas bort, men kvarstår vid fel i varan enligt KöpL 39 §. Ett annat alternativ skulle kunna vara att kravet på väsentligt avtalsbrott som en förutsättning för hävning förstärks ytterligare, vilket väcker frågan om hur långt en friskrivning kan sträckas. Frågan är om det är rimligt att en part ska kunna avtala bort hävningsrätten och inte prestera över huvud taget, men ändå få betalt. I praktiken skulle det snarare likna ett benefikt avtal, och det öppnar möjligen för borgenärsbedrägliga undandraganden och liknande. Karlgren ställer sig kritisk mot klausuler inom standardavtalsrätten "[...] som väl tillerkänna

⁶³ Denna klassificering används av Håstad i Köprätt och annan kontraktsrätt s 86 f.

⁶⁴ Om fel se 17–18 §§.

⁶⁵ Se KöpL 30–40 §§ samt 42 §.

⁶⁶ Lundmark, Friskrivningsklausuler: giltighet och räckvidd s 199.

köparen en viss 'rätt' mot säljaren men helt eller i det väsentligaste utmönstra de sanktioner, som göra rätten till en realitet.”⁶⁷

3.2 Begränsning och kontroll av friskrivningsklausuler

Även om avtalsfriheten medger att parterna disponerar över avtalets innehåll, kan som ovan nämnts enskilda avtalsvillkor angripas i efterhand genom den så kallade generalklausulen, 36 § AvtL. Enligt denna kan ett avtalsvillkor jämkas eller lämnas utan avseende om det är oskäligt med *hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden eller omständigheterna i övrigt*. Det innebär att en friskrivningsklausul i domstol kan jämkas, medan avtalet i övrigt fortsätter att gälla mellan parterna. Därtill kan det *lämnas utan avseende*, så att dispositiva regler om ansvar träder in i friskrivningsklausulens ställe.

I rättsföljdshänseende skiljer sig generalklausulen från övriga ogiltighetsgrunder i avtalslagen genom jämkning av enskilda avtalsvillkor. Samtidigt är det som nämnts möjligt att lämna villkoret utan avseende, vilket även gäller för avtalet i dess helhet.⁶⁸ Vad rättsföljden blir när *ett avtalsvillkor* lämnas utan avseende verkar inte vara helt klart. Lehrberg menar exempelvis att om ett avtalsvillkor enbart är oskäligt i det enskilda fallet och kan lämnas kvar i avtalet för framtida mellanhavanden, rör det sig om en typ av ”tillfällig ogiltighet”.⁶⁹ Enligt Lehrberg är 36 § AvtL att betrakta som en ogiltighetsregel, vilket generalklausulens placering i AvtL:s tredje kapitel, ”Om rättshandlingars ogiltighet”, tyder på.⁷⁰ Däremot skulle kunna anföras att generalklausulens ordalydelse tyder på motsatsen. Av ogiltighetsreglernas formuleringar om rättsföljder framgår uttryckligen eller motsatsvist att avtalet anses ”icke gällande” eller att parten ”vare icke bunden av” avtalet. Frågan är varför 36 §

⁶⁷ Karlgren, Några synpunkter på den köprättsliga formulärrätten s 429. Jfr läran om fundamental breach inom brittisk rättspraxis.

⁶⁸ Adlercreutz m.fl., Avtalsrätt I s 335.

⁶⁹ Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s 262.

⁷⁰ Lehrberg, a.a s 207.

AvtL fått formuleringen ”lämnas utan avseende”, om inte för att det är menat att generalklausulen ska leda till annan rättsföljd än övriga regler i tredje kapitlet.

Det verkar åtminstone enligt motiven som att 36 § AvtL inte i *första hand* är en ogiltighetsregel. Motiven framhåller jämkning som det huvudsakliga alternativet eftersom 36 § AvtL får särskild betydelse i oförutsedda situationer.⁷¹ Ytterligare en anledning uppges vara att det oftare är till den svagare partens nackdel att avtalet förklaras ogiltigt i sin helhet.⁷² Genom jämkning kan domstolen istället ändra avtalets innehåll så att dess resultat inte längre framstår som oskäligt.

Enligt motiven är ett huvudsakligt syfte med tillkomsten av generalklausulen att komplettera befintlig konsumentskyddslagstiftning.⁷³ Särskilt framhålls den obalans mellan näringsidkare och konsument som uppstår i avtalsförhållanden där ett standardavtal är inkluderat. Dock anges också att generalklausulen inte ska vara begränsad till konsumentförhållanden, utan att det finns ett behov av jämningsmöjligheter även på andra områden där den ena parten har en underlägsen ställning.⁷⁴ Detta har sedan kommit till uttryck i generalklausulens andra stycke i och med passagen ”[...]eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet”. Utredningen betonar dock att jämkning kan bli aktuellt även i andra fall där det är lämpligt, exempelvis mellan två privatpersoner, eller rent av till förmån för överlägsen part.⁷⁵

Ett konkretiserande exempel på hur 36 § AvtL förhåller sig till avtal mellan näringsidkare är NJA 2022 s 354, ”Skatterådgivarens ansvarsbegränsning”.⁷⁶ I målet var det fråga om rådgivning som hade lämnats till ett moderbolag, avseende förutsättningarna för underprisöverlåtelse av en fastighet från en bostadsrättsförening till ett dotterbolag. Rådgivaren hade i en promemoria felaktigt lämnat uppgift om att det fanns möjlighet att ansöka om uppskov med stämpelskatten på köpet, om

⁷¹ Prop 1975/76: 81 s 34 ff.

⁷² A prop s 32.

⁷³ SOU 1974:83 s 25 ff, s 104.

⁷⁴ SOU 1974:83 s 109 ff.

⁷⁵ SOU 1974:83 s 111.

⁷⁶ Se även vidare Gorton och Lindell-Frantz, Skatterådgivarens ansvarsbegränsning.

överlåtelsen ägde rum inom koncernen. Domstolen kom fram till att skatterådgivaren hade förfarit vårdslöst och att klaganden lidit skada motsvarande skatteutgiften. I uppdragsavtalet mellan parterna, vilket inte hade särskilt förhandlats utan hade karaktären av ett standardavtal, ingick en bestämmelse om begränsning av rådgivarens ersättningsskyldighet vid uppkommen skada inom ramen för uppdraget. Frågan var om 36 § AvtL hindrade att ansvarsbegränsningen gavs full verkan.⁷⁷

Domstolen framhöll att 36 § AvtL främst är avsedd för konsumentförhållanden och att avtalsfriheten särskilt ska respekteras vid kommersiella förhållanden. Därför ställs högre krav vid bedömningen av avtalsrelationer med jämnstarka näringsidkare.⁷⁸ Det framhölls även att bedömningen tog sikte på om ansvarsbegränsningen med hänsyn till samtliga omständigheter kunde anses utgöra en rimlig riskavvägning mellan parterna.⁷⁹ Den grad av oaksamhet rådgivaren iakttagit ansågs dock inte vara tillräcklig för att jämka ansvarsbegränsningen.

Generalklausulen tillhandahåller alltså en i lag uttrycklig möjlighet att jämka avtalsvillkor, vilket kan benämnas *öppen kontroll*.⁸⁰ Tidigare kunde 8 § SkbrL användas analogt för att jämka avtalsvillkor, men detta tillämpades mycket restriktivt.⁸¹ Genom införandet av 36 § AvtL utökades möjligheten för domstolen att jämka avtal som ledde till oskäligen utfall. I motiven anförs att en sådan öppen kontroll är att föredra framför *dold kontroll*, i form av tolkning och utfyllning, då "[...]jämningsmöjligheten saknar det drag av fiktion som ofta vidlåder tolkningsmetoden".⁸²

Denna hållning bekräftades även av Högsta domstolen i NJA 2017 s 113.⁸³ Målet behandlade frågan om graden av vårdslöshet vid besiktningen av en bostad, samt hur vårdslösheten förhöll sig till omfattningen av en ansvarsbegränsning i

⁷⁷ NJA 2022 s 354 p 32.

⁷⁸ NJA 2022 s 354 p 33.

⁷⁹ NJA 2022 s 354 p 34.

⁸⁰ Se Adlercreutz m.fl., Avtalsrätt II s 107 ff, Bernitz, Standardavtalsrätt s 29.

⁸¹ Adlercreutz m.fl., Avtalsrätt I s 331 ff.

⁸² Prop 1975/76: 81 s 31. Se även Bernitz, Standardavtalsrätt s 117, Adlercreutz m.fl. Avtalsrätt II s 107 f.

⁸³ NJA 2017 s 113 p 23–27.

besiktningsavtalet. Längre har den gängse uppfattningen varit att ersättning för skada vid grov vårdslöshet inte kan avtalas bort.⁸⁴ Högsta domstolens mening i förevarande fall var att bedömningen inte bör styras av gränsdragningen mellan grov vårdslöshet respektive vårdslöshet av normalgraden. Snarare bör en helhetsbedömning inom ramen för 36 § AvtL göras, där hänsyn tas till det rättsliga sammanhang inom vilket ansvarsbegränsningen verkar. Det resulterar i en mer flexibel rättstillämpning, eftersom hänsyn tas till samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet.⁸⁵

Utöver 36 § AvtL finns alltså den så kallade dolda kontrollen att tillgå vid bedömningen av friskrivningsklausuler, även om den verkar ha minskat i betydelse efter Högsta domstolens mycket tydliga uttalande i 2017 års fall. Bernitz menar dock att den dolda kontrollen fortfarande har betydelse, eftersom domstolen före tillämpningen av 36 § AvtL måste ta ställning till huruvida friskrivningen kan anses vara en del av avtalet samt friskrivningens innebörd, för att över huvud taget ha ett avtalsvillkor att pröva inom ramen för en öppen kontroll. Detta skapar enligt Bernitz utrymme att "[...] lösa rättsliga problem tolkningsvägen".⁸⁶ Adlercreutz och Gorton uttrycker liknande uppfattningar om den dolda kontrollens betydelse.⁸⁷

Som princip gäller att friskrivningsklausuler ska tolkas restriktivt.⁸⁸ Principen är anvisar en in dubio-regel som är besläktad med, och möjligen sprungen ur, den så kallade oklarhetsregeln, vilken är en tolkningsregel med innebörden att oklara avtalsvillkor ska tolkas till nackdel för den part som formulerat villkoret.⁸⁹

3.3 Särskilt om standardavtalsrätt

Frågan om räckvidden av en friskrivningsklausul kan bli särskilt problematisk när ett standardavtal finns med i bilden. Eftersom arbetet rör verkan av friskrivningar i

⁸⁴ NJA 2017 s 113 p 21. Se även Bernitz, Standardavtalsrätt s 103, Hellner m.fl., Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt s 246.

⁸⁵ NJA 2017 s 113 p 25.

⁸⁶ Bernitz, Standardavtalsrätt s 118.

⁸⁷ Adlercreutz m.fl., Avtalsrätt II s 118.

⁸⁸ Bernitz, Standardavtalsrätt s 113, Adlercreutz a.a s 116 ff, Hellner m.fl., Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt s 121 f.

⁸⁹ Adlercreutz a.a. s 111. Jfr även minimumregeln, Adlercreutz a.a. s 114.

kommersiella kontraktskedjor, där standardavtal ofta förekommer, ska något sägas om denna särskilda problematik. Först och främst gäller att friskrivningsklausuler har stor praktisk betydelse inom ramen för standardavtalsrätten. En överenskommelse om allmänna villkor kan förekomma i alla möjliga avtalsförhållanden. I de allra vanligaste standardavtalen på entreprenadrättens områden finns friskrivningsklausuler, som kan ge upphov till problem.

Som ovan nämnts kan parterna avtala om friskrivningar som tar sikte på graden av vårdslöshet, även om dessa ofta kan bli föremål för såväl öppen som dold kontroll. I många standardavtal, exempelvis i AB 04 5 kap 11 §, förekommer det att klausuler om begränsningar av ansvar inte gäller vid grov vårdslöshet, vilket förenklar frågan om parterna får åberopa friskrivningsklausulen eller inte. En vanligt förekommande typ av friskrivning i kommersiella standardavtal som däremot kan orsaka problem är så kallade *force majeure-klausuler*.⁹⁰ Även om *force majeure* är ett internationellt vedertaget institut, kan klausulen precis som andra friskrivningsklausuler behöva vissa förtydliganden för att förhindra missförstånd. Sådana förtydliganden kan vara exempelvis hur underrättelse om åberopande av *force majeure* ska gå till, hur direkt påverkad av omständigheten den åberopande parten måste vara, och vilka rättsliga konsekvenser som ett åberopande av klausulen leder till, exempelvis befrielse från skadeståndsskyldighet vid dröjsmål. Detta är förmodligen mest angeläget när en *force majeure*-klausul är föremål för fullständig eller partiell individuell förhandling och utformas helt eller delvis av parterna själva. När parterna hämtar in ett standardiserat avtalsvillkor om *force majeure*, från exempelvis ett standardavtal, borde klausulens utformning typiskt sett inte vålla större problem eftersom klausulen då omgärdas praxis.

Något som däremot drabbar även standardavtalens *force majeure*-klausuler är att tolka vilka typer av omständigheter som utgör *force majeure*. Ofta finns en uppräkningslista av olika omständigheter, men denna brukar av praktiska skäl inte vara

⁹⁰ Gorton, "Frustration" och *force majeure* s 135 ff.

uttömmande. I exempelvis NL 17 p 45 stadgas att en sådan omständighet kan vara ”arbetskonflikt och varje annan omständighet som parterna inte kan råda över, såsom eldsvåda, naturkatastrof [...]”. ”Såsom” indikerar samtidigt en breddning och en begränsning. Det utvisar både att de uppräknade omständigheterna inte är uttömmande, utan att stadgandet är öppet för tolkning, och att eventuella andra omständigheter ska vara av samma slag som de uppräknade.⁹¹

För det andra kan det bli fråga om vilken betydelse standardavtalet har för parternas överenskommelse, innan tolkningen av själva friskrivningsklausulen blir aktuell. Standardavtalen är i regel ensidigt upprättade av den starkare avtalsparten, ofta av en större arbetsgivarorganisation i form av *branschvillkor* eller av säljaren själv.⁹² Det faktum att villkoren inte är föremål för individuell behandling kan utnyttjas till den starkare partens fördel, för att åstadkomma en skev riskfördelning i avtalsförhållandet. Därför blir frågor om parternas styrkeförhållanden samt den ovan nämnda oklarhetsregeln särskilt angelägna på standardavtalsrättens område.⁹³

Det finns inga allmänna lagregler för att avgöra huruvida standardavtalet har införlivats i avtalet eller inte. Dock har vissa principer etablerats i domstolspraxis.⁹⁴ Motparten måste som huvudregel ha getts *möjlighet* att ta del av standardavtalet på förhand, vilket alltså inte innebär ett krav på att motparten faktiskt *har* tagit del av avtalet.⁹⁵ I allmänhet ställs därutöver högre krav på tydliga hänvisningar till standardavtalet när det förekommer *oväntade, överraskande eller tyngande* klausuler, samt när motparten är en konsument.⁹⁶

⁹¹ Ytterligare en i modern tid vanligt förekommande klausul är så kallad *hardship*, som också handlar om oförutsedda händelser. Till skillnad från den sedvanliga utformningen av force majeure-klausuler, förutsätter återopandet av hardshipklausuler inte att den drabbade partens prestation är omöjlig att genomföra. Istället handlar det om att en oförutsedd händelse gör det oskäligt betungande för parten att prestera. Ofta medför hardshipklausulen omförhandling av avtalet, för att bättre anpassa villkoren till den uppkomna situationen.

⁹² Bernitz, Standardavtalsrätt s 15 f.

⁹³ Adlercreutz m.fl., Avtalsrätt II s 111.

⁹⁴ Jfr NJA 2011 s 600. Dock ska detta inte sammanblandas med oklarhetsregeln, se Adlercreutz a.a. s 111.

⁹⁵ Bernitz, Standardavtalsrätt s 62 ff, Adlercreutz a.a. s 84.

⁹⁶ Bernitz a.a. s 74, Adlercreutz a.a. s 76. Se även NJA 1979 s 401.

3.4 Förhållandet mellan kontraktuell och utomkontraktuell ersättning⁹⁷

Hittills har friskrivningar, begränsningar av sådanas giltighet och verkningar, samt vissa standardavtalsrättsliga aspekter behandlats. För detta arbete är frågan om det kontraktsmässiga ersättningsansvaret central. En friskrivningsklausul om begränsning av skadeståndet, aktualiserar även frågan om förhållandet mellan det kontraktsmässiga å ena sidan och det utomobligatoriska skadeståndsansvaret å andra sidan.

I grund och botten fungerar det kontraktsmässiga skadeståndet, liksom övriga påföljder av kontraktsbrott, som ett påtryckningsmedel för att få parterna att fullgöra sina respektive prestationer. Skadeståndet anses generellt sett vara den mest användbara och flexibla påföljden.⁹⁸ Andra påföljder som följer av dispositiv rätt – avhjälpande, omleverans, prisavdrag och hävning – är ofta villkorade av något ytterligare moment, exempelvis att ett faktiskt fel föreligger. Utkrävandet av skadestånd förutsätter i grunden enbart att en ekonomisk skada samt culpa föreligger.⁹⁹ Dessutom kan skadeståndet förenas med övriga påföljder och anpassas utefter skadans storlek.

Skadeståndet möjliggör också det mest fullständiga skyddet.¹⁰⁰ Tanken är att den skadelidande parten genom ersättningen ska försättas i samma ekonomiska situation som före kontraktsbrottet.¹⁰¹ Detta kallas även för ersättning av det *positiva kontraktsintresset*. Motsatsen är det *negativa kontraktsintresset*, där den skadelidande ska försättas i samma situation som om avtal aldrig hade slutits mellan parterna.¹⁰²

⁹⁷ Flera termer finns för att beskriva respektive ansvarsgrund. Här används främst *kontraktsmässig* och *utomobligatorisk*, men ingen särskild värdering ligger bakom ordvalet.

⁹⁸ Hellner m.fl., Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt s 203 ff.

⁹⁹ Om detta se dock Adestam, Arvidsson, Avtalsbrott och skadestånd – skuldprincipen i svensk avtalsrätt.

¹⁰⁰ Hellner m.fl., Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt s 204 f.

¹⁰¹ Hellner och Radetzki, Skadeståndsrätt s 339.

¹⁰² Skadeståndsberäkning av detta slag förekommer *främst* vid culpa in contrahendo, det vill säga vårdslöshet under ingående av avtal, vilket inte kommer att behandlas närmare här. Se vidare exempelvis NJA 1963 s 105, där skadeståndet dömdes utefter det negativa kontraktsintresset.

SkL 1 kap 1 § stadgar att SkL är dispositiv i förhållande till vad som ”är särskilt föreskrivet eller föranledes av avtal”. Det innebär att SkL:s regler om skadestånd *kan* åsidosättas och att kontraktet därmed kan exklusivt reglera skadestandsfrågan.¹⁰³ Enligt SkL:s förarbeten kan sådan exklusivitet även fastställas tolkningsvis, om det inte kommer till uttryck i avtalet.¹⁰⁴ Däremot gäller att det utomobligatoriska ansvaret har *generell giltighet*.¹⁰⁵ Det innebär enligt förarbetena att man har att utgå från att ansvarsfrågan ska prövas utifrån utomobligatoriska regler, i den mån inte kontraktet föranleder annat.¹⁰⁶

En skadelidande part kan få rätt till ersättning på kontraktsmässig *eller* utomobligatorisk grund. Att använda sig av kumulativa anspråksgrunder på så sätt att man i praktiken får *dubbel ersättning* för samma skada, är inte tillåtet.¹⁰⁷ Frågan är dock huruvida anspråksvägarna kan anses vara *alternativa*, det vill säga om en part har rätt att välja mellan de två vägarna vid en tvist. I NJA 2019 s 866 uttalade Högsta domstolen att det är fråga om tolkning av avtalet.¹⁰⁸ Bratt tolkar detta som en anvisning från domstolen att man vid en prövning ska börja i avtalet:

”Genom att avtalstolkning används som primärt hanteringssätt kommer avtalsförhållandet att stå i centrum för exklusivetsfrågan. Det innebär att den avtalade regleringen förmodligen kommer att uppfattas som exklusiv i många fall. Trots det nyss sagda är utgångspunkten att avtalet inte är en heltäckande reglering mellan parterna. Det innebär att det fortfarande finns stor anledning för avtalsskrivare, som vill utesluta ett överlappande deliktsansvar, att tydligt klargöra en sådan avsikt genom uttrycklig avtalsreglering.”¹⁰⁹

Friskrivningsklausuler som har som syfte att begränsa skadestandsansvaret kan ha formen av skadeståndsklausuler och vitesklausuler. Det kan finnas olika syften till att en vitesklausul tas in i ett avtal, vilket HD konstaterar i NJA 2010 s 629.¹¹⁰ Dryselius

¹⁰³ Se t.ex NJA 2014 s 760 p 9.

¹⁰⁴ Prop 1972:5 s 450.

¹⁰⁵ A prop s 450. Även NJA 2014 s 760 p 7.

¹⁰⁶ Prop 1975:5 s 157 f.

¹⁰⁷ I tysk rätt gäller regeln om *Anspruchskonkurrenz*, där den skadelidande i ett kontraktsförhållande har rätt att välja mellan att rikta sitt anspråk på kontraktuell eller utomobligatorisk grund.

¹⁰⁸ NJA 2019 s 866 p 15.

¹⁰⁹ Bratt, Alternativa anspråksvägar i skadestandsrätten s 198.

¹¹⁰ NJA 2010 s 629 p 10.

delar upp dessa skäl i tre typer.¹¹¹ *Fullgörandesyftet* tar sikte på att motverka avtalsbrott genom att fungera som ett påtryckningsmedel för avtalets fullgörande, i likhet skadestånd i allmänhet.¹¹² *Ersättningsyftet* handlar om att den skadelidande genom vitet kan tillerkännas större ersättning än vad som annars skulle ha följt av ett skadestånd. Genom en på förhand normerad vitesklausul som inte förutsätter påvisandet av faktisk skada, är sannolikheten större att den skadelidande får ersättning. I och med att potentiellt komplicerade bevisfrågor därmed kan kringgås kan ersättningsfrågan därmed hanteras mer effektivt, och man kan tala om ett *avvecklingsyfte*.

En kontraktsmässig begränsning av ersättningsansvaret kan dock ställa till med problem, när gränsen mot utomobligatoriskt skadestånd inte står klar. Frågor kan uppstå om ytterligare ersättningskrav får ställas vid sidan av vitet eller skadeståndet, eller om klausulen exklusivt reglerar ansvaret för kontraktsbrottet. I NJA 2010 s 629 var en av delfrågorna om en vitesklausul skulle anses utgöra en exklusiv reglering av ersättningsskyldigheten, eller om ytterligare skadestånd kunde tillerkännas den skadelidande på utomobligatorisk grund.¹¹³ Domstolen konstaterade då att det inte gick att formulera en generell regel för en sådan bedömning, eftersom en vitesklausul kan fylla olika funktioner i olika avtalsförhållanden.¹¹⁴ Efter en konkret in casu-bedömning strukturerad som en avtalstolkningsoperation fann dock domstolen att vitesklausulen skulle utgöra en ansvarsbegränsning. Den innebar alltså en exklusiv reglering av ansvarsfrågan, men därmed illustreras att detta är något som får avgöras i varje enskilt fall, primärt genom tolkning.

3.5 Sammanfattning

I detta kapitel har konstaterats att en friskrivningsklausul kan utformas på många olika sätt. Parterna är fria att bland annat överenskomma om ersättningsklausuler som

¹¹¹ Dryselius, Avtalsviten s 140.

¹¹² Något som lyfts ovan i detta avsnitt.

¹¹³ Se vidare om dithörande frågor t.ex. Bratt, Alternativa anspråksvägar i skadeståndsrätten.

¹¹⁴ Rättsfallet behandlas närmare nedan, se 5.2.

begränsar skadeståndsansvaret. Avtalsfriheten begränsas dock dels av allmänna regler, dels av så kallad öppen respektive dold kontroll. Den öppna kontrollen utövas genom 36 § AvtL och kan medföra att domstolen jämkar ett oskäligt avtalsvillkor. En ersättningsklausul kan också begränsas tolkningsvis, genom så kallad dold kontroll, redan innan en oskälighetsbedömning inom ramen för 36 § AvtL blir aktuell. Den dolda kontrollen onödiggör i så fall öppen sådan. I allmänhet ska friskrivningsklausuler tolkas restriktivt i enlighet med den så kallade oklarhetsregeln, samt minimumregeln. Inom standardavtalsrätten gör sig vissa särskilda hänsyn gällande, såsom att avtalen ofta är ensidigt upprättade av den starkare parten. Slutligen noterades att en friskrivningsklausul som tar sikte på det kontraktsmässiga skadeståndsansvaret kan begränsa det utomobligatoriska skadeståndsansvaret i den utsträckning ansvarsgrunderna är konkurrerande.

4 Tredjemansavtal

4.1 Något om partsuppställningen

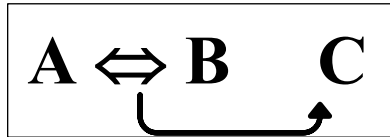
Principen om avtalets subjektiva begränsning ger huvudregeln att ett avtal enbart binder avtalsparterna. Det är också parterna som förfogar över avtalets innehåll. Men ingen regel utan undantag – rättshandlande kan också medföra verkningar för tredje man. I exempelvis ett fullmaktsförhållande kan en fullmäktige inom ramen för sin behörighet och befogenhet åstadkomma ett avtal som är bindande för huvudman och tredje man. Även om fullmäktigen överskrider sin befogenhet kan huvudmannen bli bunden till avtalsinnehållet gentemot en godtroende motpart, AvtL 11 § 1 st.

I kontraktsskedjor där flera parter är inblandade kompliceras huvudregeln. En livsmedelsbutik kan exempelvis vilja rikta anspråk direkt mot en underleverantör, istället för att vända sig till sin grossist. Möjligheten att ”hoppa över” parter och rikta krav mot ett ”bakre led” är mycket omdiskuterad.¹¹⁵ Följdenligt är direktkravsdiskursen ett komplicerat fält. Ett av de många olika problem som där återkommande aktualiserats, och som här är relevant, är dock friskrivningar och deras tredjemansverkningar.

Inledningsvis ska därför den rättsliga figuren tredjemansavtal behandlas. I detta kapitel kommer även en första utblick göras mot den tyska avtalsrätten. För arbetet kommer härefter en modell användas för att illustrera ett avtalsförhållande där A och B är primära avtalsparter och C är tredje man. Figuren från kapitel 3 har här utökats med ytterligare ett rättssubjekt, se nedan figur 2. Genom avtalet mellan A och B tilldelas C en rättighet. C kan vara en individ, i form av en fysisk eller juridisk person, eller utgöras av ett kollektiv, liksom av en mer ospecificerad krets.¹¹⁶

¹¹⁵ Se: Mossberg, Zackariasson och Lindskog, alla med ytterligare referenser till den övriga diskursen.

¹¹⁶ Se NJA 2013 s 491 p 13. Ramberg bedömer att denna krets skulle kunna ta sikte på en tredje man som vid avtalets ingående ännu inte existerar, Allmän avtalsrätt s 297.



Figur 2

Inom svensk rätt är tredjemansavtal sedan länge en erkänd avtalsrättslig figur, men generella lagbestämmelser om tredjemansavtal saknas.¹¹⁷ I FAL 9 kap 7–8 §§ finns dock särskilda regler om direktkrav för tredje man vid ansvarsförsäkringar, som är en besläktad figur.

Parternas syften och rollfördelning inom ramen för ett tredjemansavtal kan variera och förklaras på olika sätt. Ussings partsuppställningar återges frekvent i svensk avtalsrättslig litteratur, varför det finns skäl att kommentera dem även här.¹¹⁸ Ussing menar att tredjemansavtal kan delas upp i huvudsakligen två typer.¹¹⁹ Den första, vilken enligt Ussing är den av störst betydelse, handlar om att A tilldelar C en rättighet genom avtalet med B.¹²⁰ Avtalet mellan A och B är ömsesidigt betungande, men B står för att prestera till C medan A står för betalningen till B. Ussing kallar detta för *indirekt prestation från A till C*. Eftersom B lovar A att prestera till C, kan A enligt Ussings terminologi benämnas som löftesmottagare och B som löftesavgivare. Den andra typen kännetecknas av att *B helt står för prestationen till C*, även ekonomiskt. A tillvaratar tredje mans intresse genom att framkalla en sådan prestation, men den är alltså inte att betrakta som ens indirekt, utan som *direkt*, från B.

Ussings modell framstår dock enligt min mening inte som helt tillfredsställande, av flera skäl. I scenariot som ställts upp för detta arbete skulle A och B i sitt avtal kunna ha ett *gemensamt* intresse i att skydda C. Det skulle även kunna vara så att tanken, vare sig från As eller Bs håll egentligen inte varit att konstruera en rättighet för C, men att rättigheten tolkas fram av domstolen. Därtill gäller också i allmänhet att ett tredjemansavtal inte nödvändigtvis handlar om utfästelse av vare sig en natura- eller penningprestation. Som ska framgå nedan kan tredjemansrättigheten ta formen av en

¹¹⁷ Adlercreutz m.fl., Avtalsrätt I s 168.

¹¹⁸ Se Adlercreutz m.fl. a. st.

¹¹⁹ Ussing, Aftaler paa formuerettens omraade s 365.

¹²⁰ Observera att Ussing använder bokstavsuppställningen A, Y och T.

ansvarsbegränsning, en friskrivning till förmån för tredjeman. I vissa fall kan en sådan uppstå, även utan att A och B vid avtalsslutandet rent faktiskt haft Cs intressen i åtanke.

4.2 Direktravsbegreppet

Den *allmänna* direktravsdiskussionen har begränsad relevans för arbetets syfte.¹²¹ Det centrala här är inte grunden för A:s anspråk mot C, utan snarare vilka möjligheter C har att stödja sig på A och B:s tredjemansutfästelse. Något ska dock sägas om hur direktrav förhåller sig till figuren tredjemansavtal och vice versa. Syftet är inte att ge en fullständig bild av direktravsdiskussionen, utan snarare att ge en översiktlig beskrivning av dess huvuddrag.

Som huvudregel anses direktrav mot ett bakre led i en kontraktskedja, det vill säga anspråk mot medkontrahentens medkontrahent, vara otillåtet i enlighet med principen om avtalets subjektiva begränsning.¹²² Däremot finns möjligheten att på utomobligatorisk grund rikta krav mot ett bakre led om inte annat följer av en rättsregel eller avtal, något som följer av SkL och uttryckligen konstaterades i NJA 2014 s 760.¹²³ I fallet var det fråga om utomobligatoriskt skadeståndsanspråk gentemot ett bakre led i en kontraktskedja.¹²⁴

En central fråga inom ramen för direktravsdiskussionen är den om gränsdragningen mellan direktrav å ena sidan, och tredjemansavtal å andra sidan.

¹²¹ Se, för referenser, not 114 ovan.

¹²² Zackariasson, Direktrav s 121, Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s 292. Se ovan avsnitt 2.2.

¹²³ NJA 2014 s 760 p 12. Se även Munukka, Utomobligatoriska anspråk mot avtalsparts kontraktsmedhjälpare och mot avtalspart s 419.

¹²⁴ Pharmacia AB hade anlitat Air Cargo Express (ACE), vilka i sin tur hade anlitat Cargo Center Sweden Kommanditbolag och Cargo Center Sweden Aktiebolag (Cargo Center). Arbetstagare hos Cargo Center hade sedan stulit läkemedel från Pharmacia AB.

I ACE:s uppdrag ingick att anlita annan för att ombesörja läkemedelstransporterna. Högsta domstolen ansåg att förhållandet kunde liknas vid ett kommissionsavtal och tillämpade därför den kommissionsrättsliga principen om att kommittenten, Pharmacia AB, inte kan få bättre rätt gentemot tredje man, Cargo Center, än vad kommissionären, ACE, skulle kunna få. Frågan skulle alltså bedömas med utgångspunkt i ACE och Cargo Center:s avtal, vilket ansågs täcka utomobligatoriskt skadeståndsansvar.

Zackariasson framhåller att frånvaron av en annan etablerad rättsfigur förutsätts för att det ska vara tal om någon direktkravs rätt, eftersom frågan annars är ointressant.¹²⁵ Det intressanta för direktkravsfrågan är inte själva kedjan av avtal, utan snarare frånvaron av avtal mellan A och C, enligt Zackariasson.

4.3 När föreligger ett tredjemansavtal?

4.3.1 Typiska tredjemansavtal¹²⁶

Som för avtal i allmänhet gäller även för tredjemansavtal, att frågan om dess uppkomst och bestånd besvaras genom avtalstolkning. Emellertid finns vissa kriterier uppställda i praxis och doktrin. NJA 2013 s 491 tillhandahåller en tydlig uppställning över vad som krävs för att ett avtal ska kunna tilldela tredje man rättigheter. Först och främst gäller att två parter ska ha träffat ett *avtal* där tredje man ges en rättighet, samt att parterna måste ha haft för *avsikt* att skapa en sådan rättighet.¹²⁷ Därtill ska tredje man *självständigt* kunna göra gällande sin rättighet.¹²⁸ Huruvida så är fallet får avgöras genom tolkning. Det sistnämnda kravet, att tredje man ska tilldelas en rättighet, är också vad som kännetecknar tredjemansavtalets kärna. Betungande tredjemansavtal tillåts inte inom svensk rätt.

Som nämnts tillhandahålls ingen *generell* lagstadgad regel om tredjemansavtal i svensk rätt, något som däremot finns i kodifieringen av den tyska civilrätten, BGB. Den tyska tredjemansregleringens portalregel finns i 328 § BGB och rör *Vertrag zugunsten Dritter*¹²⁹, det vill säga avtal till förmån för tredje man och lyder:

”(1) Durch Vertrag kann eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, dass der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern.

(2) In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrags, zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben, ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen

¹²⁵ Zackariasson, Direktkrav s 184 ff. Även Mossberg, Avtalets räckvidd I s 299 ff.

¹²⁶ Härefter talas det om ”typiska” respektive ”fingerade” tredjemansavtal, för att på ett tydligt sätt göra åtskillnad mellan dem i den fortsatta analysen.

¹²⁷ NJA 2013 s 491 p 13.

¹²⁸ NJA 2013 s 491 p 14.

¹²⁹ ”Avtal till förmån för tredje man” (min översättning).

entstehen und ob den Vertragsschließenden die Befugnis vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern.”

Det första stycket talar om att det är möjligt att avtala om en positiv förpliktelse till tredje man, med verkan att tredje man direkt kan utkräva prestationen. I likhet med de i NJA 2013 s 491 uppställda kriterierna för ett typiskt tredjemansavtal, återfinns en tolkningsregel i BGB 328 § andra stycket. Regeln tar främst sikte på parternas avsikter och avtalets syfte.¹³⁰

4.3.2 *Fingerade tredjemansavtal*

Utöver de typiska tredjemansavtalen har även så kallade fingerade tredjemansavtal figurerat i den rättsvetenskapliga diskussionen.¹³¹ Inom svensk civilrätt finns en allmän skepticism mot rättsliga fiktioner, vilket sannolikt är ett arv från Uppsalaskolans rättsrealism.¹³² Redan i begreppet ”fingerad”¹³³ kan utläsas ett antagande om att tredjemansavtal av den typen inte är ”på riktigt” och att det finns en motsats som utgörs av *verkliga* tredjemansavtal. Här görs en ansats att nyansera fiktionsbegreppet, vilket även aktualiserar frågor om tolkning och utfyllning.

Termen *fingerad* tar i sammanhanget sikte på det faktum att omständigheter, som inte *faktiskt* föreligger i form av rättsfakta, konstrueras av domstolen i syfte att uppnå ett önskvärt resultat.¹³⁴ Här kan påminnas om ett av de i NJA 2013 s 491 uppställda kriterierna avseende tredjemansavtal. Parterna ska ha *avsett* att tilldela tredje man en rättighet, härafter kallat *avsiktskravet*, och detta ska uttolkas med *sedvanlig avtalstolkning*.¹³⁵ Fallen NJA 1995 s 197, NJA 1996 s 400 och NJA. 2000 s 86 har alla tolkats som att de avgjorts medelst fingerade tredjemansavtal, eftersom tolkningsunderlaget inte varit tillräckligt och parterna därmed inte kan anses ha haft

¹³⁰ Säcker och Krüger (red.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch s 2040.

¹³¹ Vi återkommer till diskussionen om fingerade tredjemansavtal, särskilt i förhållande till situationen att A riktar krav mot C, nedan i kapitel 5.

¹³² Mossberg, Avtalets räckvidd I s 328 ff, särskilt not 1239.

¹³³ SAOL: Fingera – låtsa, anta, fejka.

¹³⁴ Mossberg, Avtalets räckvidd I s 370 ff.

¹³⁵ NJA 2013 s 491 p 13.

en *faktisk avsikt* att åstadkomma en tredjemansutfästelse.¹³⁶ Ett rättsfaktum, partsviljan, har alltså ansetts fingeras i dessa fall.

Om det inte kan anses vara parternas *faktiska* vilja att C skulle tilldelas en rättighet, verkar det som att kriterierna för ett *typiskt* 3M-avtal inte är uppfyllda, enligt fiktionskritikerna. Hur långt kan då domstolen gå tolkningsvis för att det fortfarande ska anses handla om parternas avsikter? När slutar tolkningsförfarandet handla om ett typiskt tredjemansavtal och var börjar gränsen mot en avtalsfiktion?

Först och främst ska något sägas om själva tolkningsobjektet – partsavsikten i det här fallet – och hur tolkningen av detta går till. Det handlar alltså om parternas vilja, vilken uttrycks (eller inte uttrycks) genom en viljeförklaring. Enligt Samuelssons synsätt, till vilket jag ansluter mig, är viljan som kommuniceras genom förklaringen något subjektivt, medan själva förklaringen är ett yttre konstaterbart faktum, av objektiv natur.¹³⁷ Det subjektiva kommer till uttryck med hjälp av det objektiva, det objektiva ger uttryck för det subjektiva. Åtminstone är det vad vi har att utgå från när vi kommunicerar. Enligt Samuelsson är *avsikten* "[...]annorlunda uttryckt inte ett tolkningsdatum, utan det som tolkningen ska fastställa, det vill säga tolkningens tema och, om tolkningen leder någonstans, dess resultat".¹³⁸ När avsikten ska utrönas har vi att utgå från vad parterna kan anses ha gett uttryck för. Vad som *rent* subjektivt har varit avsikten i As och Bs huvuden kan alltså som utgångspunkt inte anses relevant för tolkningen.¹³⁹

Rättsliga "fiktioner" kännetecknas, som nämnts, av att rättsfakta, i sammanhanget *partsavsikten*, anses konstrueras av domstolen. Kritiken mot avtalsfiktioner bottnar i åtskillnaden mellan tolkning och utfyllning och vilken funktion denna åtskillnad fyller. Mossberg beskriver en tendens av att av tolkningen delas upp i en *faktisk* och en *rättslig*

¹³⁶ Se Lindskogs tillägg i NJA 2014 s 760 p 2, Lindskog i Lagen om handelsbolag och enkla bolag, not 1808, Lindskog Betalning s 265. Även Zackariasson, Direktkrav ang NJA 2005 s 197 och NJA 1996 s 400, JustR Håstads tillägg i NJA 2000 s 48. Se dock också Mossberg, Avtalets räckvidd I s 394 ff.

¹³⁷ Samuelsson, Fullmaktsläran s 26 f. Samuelsson jämför sambandet mellan *vilja* och *förklaring* med en brevskrivares avsikt respektive det som kommer till uttryck i brevet. Det objektiva ger uttryck för det subjektiva.

¹³⁸ Samuelsson, Fullmaktsläran s 31 f.

¹³⁹ Med undantag för fall då en part är i ond tro om motpartens förklaringsmisstag, se 32 § 1 st AvtL.

del.¹⁴⁰ Detta kan förstås som ett resultat av att tolkningen anses ta sikte på avtalet som just ett bevisbart rättsfaktum: den *faktiska* partsavsikten ska kunna fastställas och bevisas.¹⁴¹ Detta synsätt beskrivs ibland som en *objektivering* av tolkningsverksamheten.¹⁴² Utfyllningen är snarare något som hänförs till den rättsliga sidan av tolkningsfrågorna.

Lehrberg upprätthåller en strikt åtskillnad mellan tolknings- respektive utfyllningsverksamhet.¹⁴³ Utfyllning beskrivs som något som tillämpas då tolkningen inte är tillräcklig, då det finns en lucka i avtalet som behöver fyllas ut. Lehrbergs inställning till fingerade avtal märks särskilt när detta benämns som att det som *egentligen* är utfyllningsverksamhet "[...]förklåtts i tolkningstermer, och sålunda skett i form av en *fiktiv* kontraktstolkning".¹⁴⁴ Så kallade *anses-utfästelser*¹⁴⁵ tas som ett exempel på när det talas om en vidsträckt tolkning men det *egentligen* handlat om utfyllning.¹⁴⁶

Även Lindskog hör till en av fiktionskritikerna som i allmänhet förordar restriktivitet och försiktighet vad gäller avtalsfiktioner, eftersom de "[...] i regel döljer mer än de förklarar".¹⁴⁷ Lindskog menar att en konstruerad partsvilja kan likställas med verklighetsförvanskning.¹⁴⁸ För det fall tolkningsunderlaget är för tunt, kan parternas *egentliga* vilja inte utrönas och då kan ett tredjemansavtal inte finnas.

Ett näraliggande juridiskt verktyg är *presumptionen*, som i likhet med fiktionen antar något som kan vara falskt. Skillnaden mellan fiktionen och *presumptionen*, är att den senare inte tillämpas när den visar sig vara falsk.¹⁴⁹ Mycket riktigt *är* det fråga om en konstruerad verklighet i det fingerade avtalet, men kan fiktionens falskhet rättfärdigas?

¹⁴⁰ Mossberg, Avtalets räckvidd I s 467. Se även Samuelsson, Tolkning och utfyllning s 210 ff.

¹⁴¹ Detta synsätt kan bl.a. hänföras till arvet från Uppsalaskolans rättsrealism, se not 133 ovan. Se även Lundstedt, Fiktion eller sanning i juridiken, Samuelsson a.a. s 295 ff.

¹⁴² Samuelsson a.a. s 596 f, Mossberg a.a. s 465 ff.

¹⁴³ Lehrberg, Avtalstolkning s 295.

¹⁴⁴ Lehrberg, Avtalstolkning s 302 f.

¹⁴⁵ Se 24 § i den äldre köplagen (1905:38), JB 4 kap 19 §.

¹⁴⁶ Lehrberg, Förutsättningsläran s 141 f. Se även Mossberg, Avtalets Räckvidd I s 327 ff, 351 ff.

¹⁴⁷ Lindskogs tillägg i NJA 2014 s 760 p 22, Lindskog, Lagen om handelsbolag och enkla bolag not 1655.

¹⁴⁸ Lindskog, Betalning not 845.

¹⁴⁹ Mossberg, Avtalets räckvidd I s 282.

Kritiken mot fiktioner uttrycks i relativt bestämda ordalag. Antag att ett motsatt synsätt tillämpas på avtalstolkningen: ett *post-realistiskt* synsätt. Vad skulle kunna tala för en sådan praktik?

Här kan anföras att fiktionen medger utrymme för pragmatism i rättstillämpningen.¹⁵⁰ Även om fiktioner har beskrivits som något konservativt,¹⁵¹ skulle det enligt min mening kunna ses som ett verktyg för att hantera rättsliga problem som ligger utanför rättens teoretiska och ibland omoderna ramar. Det medger utrymme för flexibilitet, problemlösning och därmed också vägledning på områden där juridiken inte ”hänger med” i utvecklingen och skulle således kunna betraktas som ett marknadsvänligt och liberalt juridiskt verktyg.

4.4 Sammanfattning

I detta kapitel har ett rättssubjekt – tredje man – adderats till ekvationen. Förutsättningarna för ett tredjemansavtal har utretts. Den tyska regleringen av tredjemansavtal har också jämförts med de svenska reglerna. Delade meningar råder kring ”fingerade” tredjemansavtal och hur de ska hanteras. Även om synen på avtalstolkningen som ett rättsfaktum är mycket utbredd, har domstolen upprepade gånger tillämpat det som inom den rättsvetenskapliga doktrinen beskrivs som fingerade tredjemansavtal. Således verkar det inte inom svensk rätt helt främmande att gå utanför den typiska tredjemansavtalsmallen för att uppnå ändamålsenliga resultat med hjälp av utfyllning, vidsträckt tolkning, fiktioner, eller vad man nu vill kalla det. Enligt min mening finns skäl att åtminstone mjuka upp den ”gamla sanningen” om det ontologiska avtalsbegreppet.

¹⁵⁰ Se även Mossberg, Avtalets räckvidd I s 383 ff.

¹⁵¹ Eftersom tillämpningen av fiktioner medger att befintliga rättsregler vidmakthålls, snarare än att nya skapas.

5 Tredjemansfriskrivningar

5.1 Inledande kommentar

Hittills i detta arbete har förbindelsers räckvidd diskuterats, likaså problem relaterade till friskrivningsklausuler respektive institutet tredjemansavtal. Således har vi också lagt grunden för att angripa arbetets sista tema, nämligen ersättningsrelaterade friskrivningar till förmån för tredje man.

Som utgångspunkt verkar det mot bakgrund av avtalsfriheten vara fritt fram för parterna att överenskomma om en rättighet i form av en friskrivning till förmån för tredje man. Frågan är vilket genomslag en sådan rättighet får i praktiken. I det följande utreds därför vad som gäller när A och B skapar en *friskrivningsklausul* till förmån för C, samt hur väl en sådan rättighet står sig. Det är också fråga om en sådan friskrivningsklausuls inverkan på *ersättningsfrågan* för det fall A lidit skada och riktar ett skadeståndsanspråk mot C.¹⁵²

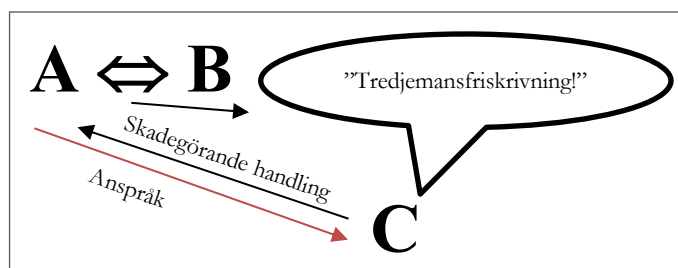
I praktiken skulle det kunna se ut så att A ingår ett avtal med ett försäkringsbolag, B, om att försäkra A:s avtalspart C. Detta motsvarar Ussings partsuppställning som redogjorts för ovan, där B står för prestationen och A är mottagare av tredjemanslöftet.¹⁵³ Relationen mellan A och B skulle också kunna utgöra ett led i en kontraktskedja, där A eller B eller de båda i samverkan vill skydda C. Här kan C vara såväl först som sist i kedjan, det vill säga ha rollen som exempelvis underleverantör respektive köpare. För det fall både A och B har ett intresse av att skydda C, verkar Ussings terminologi inte passa in lika väl. Ett tredje fall skulle kunna vara att A och B har åstadkommit en rättighet för tredje man, vilken tolkas fram genom ett fingerat tredjemansavtal.¹⁵⁴

¹⁵² Här förutsätts att det inte föreligger något avtalsförhållande mellan A och C. Det förutsätts också att A och B inte har överenskommit om vad som gäller för A i förhållande till B:s medkontrahent C. Sådana villkor kallas inom sjörätten för *Himalayaklausuler*.

¹⁵³ Se avsnitt 4.1.

¹⁵⁴ Se avsnitt 4.3.2.

Rättigheten som A och B åstadkommer i detta sammanhang, vare sig den är formulerad uttryckligen, underförstådd eller konstruerad genom ”tolkning”, har karaktären av att A och B uttrycker ”för det fall A (och/eller B) vill rikta krav mot C, så gäller förmån X”. Förmånen i fråga skulle kunna likställas vid en ansvarsbegränsning till förmån för tredje man, vilken kan benämnas som en tredjemansfriskrivning.¹⁵⁵ Figur 2 från kapitel 4 kompliceras ytterligare ett steg, se figur 3, med ett krav som riktas från A till C där C invänder med stöd av förmånen som tilldelats i avtalet mellan A och B,



Figur 3

En tredjemansfriskrivning skulle alltså kunna beskrivas som ett tredjemansavtal, där tredje man egentligen inte har möjlighet att rikta ett positivt anspråk gentemot och därefter få ut prestation från A eller B (bortsett från det som kan krävas inom ramen för avtalet mellan B och C, respektive krav som alltid kan riktas mot en person som inte är ens avtalspart). Härfter analyseras först två rättsfall på området som båda innefattar ansvarsbegränsningar i relation till tredje mans skadeståndsansvar.

5.2 Praxisbildning på området

I NJA 2007 s 758 hade en underentreprenör, IVAB, orsakat skada (vattenskada) på en fastighet i samband med en stamreovering. Mellan huvudentreprenören, NCC, och beställaren gällde standardavtalet AB 92 vari en ansvarsbegränsning fanns. AB 92

¹⁵⁵ Begreppet hämtas här från Avtalets räckvidd, Mossberg s 59. Det används även i den färska avhandlingen Alternativa anspråksvägar i skadeståndsrätten, Bratt, se sid 443.

tillämpades även i avtalet mellan NCC och IVAB. Frågan i målet, vilken besvarades nekande, var om beställaren kunde rikta ett utomobligatoriskt anspråk mot IVAB.¹⁵⁶

Till stöd för detta anförde Högsta domstolen följande:

”När det som i målet är fråga om en generalentreprenad, hade entreprenören kunnat utföra allt arbete själv. Om han hade valt att göra det, hade beställaren varit bunden av ansvarsbegränsningarna i 5:14 vid inträffade sakskador. Ansvarsbegränsningarna gäller till förmån för entreprenören också när denne ansvarar för en underentreprenörs vårdslöshet. Beställaren kan därmed sägas ha accepterat ansvarsbegränsningarna, oavsett om entreprenören utför arbetet själv eller om han gör det genom en underentreprenör.”¹⁵⁷

Enligt Bratt kan resonemanget förstås som att HD i avtalet har *tolkat in* ett hinder mot utomobligatoriska anspråk. Domstolen framhöll dock även att ansvarsbegränsningar i förhållandet mellan entreprenören och underentreprenören ”principiellt inte binder beställaren”.

Situationen kan här förklaras såsom att ett avtal har ingåtts mellan beställaren och NCC, motsvarande A och B i den för arbetet givna partsuppställningen, där en friskrivning har skapats till förmån för C, IVAB. Fallet skulle kunna förstås som att en tredjemansfriskrivning har skapats och att C har kunnat använda den som sköld mot ett utomobligatoriskt anspråk.

Högsta domstolen anför emellertid i NJA 2014 s 760 att 2007 års avgörande ger begränsad vägledning, i och med att det dels rör en tolkning av AB 92, dels bygger på förhållandena vid generalentreprenad.¹⁵⁸ Lindskog anför även i sitt tillägg till NJA 2014 s 760 att 2007 års fall inte ger någon vidare ledning.

I NJA 2010 s 629 aktualiserades dock återigen friskrivningar till förmån för tredje man. Mandamus AB, den skadelidande, anlidade totalentreprenören BIGAB för att utföra arbeten i en fastighet. För detta syfte anlidades underentreprenören Temarör,

¹⁵⁶ För vidare läsning om fallets bakgrund, se Nydrén, Underentreprenör har liknande ansvar mot byggherren, som generalentreprenörens anställda.

¹⁵⁷ NJA 2007 s 758, s 773.

¹⁵⁸ NJA 2014 s 760 p 11.

skadevällaren, till vilken en nyckel kvitterades ut. I samband med detta undertecknades en kvittenslista innehållandes en vitesklausul. Om nyckeln kom bort skulle ett vite på 15 000 kr betalas. När nyckeln sedan hade tappats bort, behövde Mandamus AB byta ut tubcylindrar till en kostnad av 177 619 kr. På grund av detta riktades ett ersättningsanspråk mot totalentreprenören BIGAB.

Den första frågan i målet var om det avtalade vitet skulle anses utgöra en begränsning av ansvaret för den bortkomna nyckeln. Som nämnts ovan¹⁵⁹ besvarades frågan jakande, även om domstolen också konstaterade att det inte gick att fastslå vad som generellt sett ska gälla för vitesklausuler.

Den andra frågan var huruvida den mellan Mandamus och Temarör gällande begränsningen kunde göras gällande av entreprenören BIGAB. Även denna fråga besvarades jakande. Domstolen anförde att det var en ren tillfällighet att Temarör hämtade ut nyckeln. Det kunde lika gärna ha varit BIGAB som hämtade ut nyckeln, för att sedan vidarebefordra den till Temarör. Detta ansågs tala för att BIGAB skulle kunna åberopa ansvarsbegränsningen även om de inte var part i avtalet.¹⁶⁰ Domskälen uppger här inte att domstolen uppehåller sig vid kriterierna för ett tredjemansavtal som ställts upp i NJA 2013 s 491. Däremot nämns inom parentes ”jfr tredjemansavtal”, vilket skulle kunna tolkas som att tredje mans rätt att invända med stöd av ansvarsbegränsningen grundar sig på ett tredjemansavtal, eller åtminstone *liknar* ett tredjemansavtal. Bratt framhåller att den speciella omständigheten att ”[...]utkvitteringen av nyckeln, utgjorde en åtgärd i nära förbindelse med utförandet av entreprenaden” förmodligen inverkade på utfallet och att argumentet kan vara svårapplicerat på andra situationer.¹⁶¹

Liksom för 2007 års fall kan den för arbetet givna partsuppställningen appliceras på omständigheterna i NJA 2010 s 629. Mandamus och Temarör motsvarar A och B, medan BIGAB motsvarar C. Tolkningsunderlaget i såväl NJA 2007 s 758 som NJA

¹⁵⁹ Se avsnitt 3.4.

¹⁶⁰ NJA 2010 s 629 p 15.

¹⁶¹ Bratt, Alternativa anspråksvägar i skadeståndsrätten s 452.

2010 s 629 kan dock sägas vara relativt tunt, vilket gör att den i avsnitt 4.4 nämnda gränsen mellan tolkning och utfyllning blir av intresse här.

Åter till tysk rätt för en stund. Ovan nämndes den tyska regleringen av tredjemansavtalsfiguren i 328 § BGB. Ur denna bestämmelse om prestation till förmån för tredje man, har även institutet ”Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte” (*VSD*), avtal med skyddsverkan för tredje man, härletts i doktrinen och sedermera även erkänts i domstolspraxis.¹⁶² Rättsfiguren innebär att tredje man anses ingå i avtalets ”skyddskrets” och bygger på tanken att tredje man inte åtnjuter tillräckligt skydd på utomobligatorisk grund.¹⁶³

Som rättslig grund för rättsfiguren har även det något abstrakta stadgandet om tro och heder i avtalsförhållanden, 242 § BGB¹⁶⁴, föreslagits.¹⁶⁵ Stadgandet utgör en tolkningsrelaterad generalklausul, vilken blir aktuell när parternas vilja inte kan utrönas varken genom en subjektiv tolkning eller en hypotetisk, objektivt inriktad tolkning.¹⁶⁶ Generalklausulen har varit av stor betydelse för utvecklingen av allmänna principer inom den tyska civilrätten.¹⁶⁷ Rättsfiguren VSD kan alltså betraktas som ett *utflöde* av 328 § förstådd i ljuset av 242 § BGB.

Som krav för att VSD ska föreligga förutsätts att vissa i praxis uppställda krav är uppfyllda, såsom tillräcklig närhet till huvudförpliktelsen i avtalet mellan A och B.¹⁶⁸

¹⁶² Se Kleineman, Ren förmögenhetsskada s 401 med hänvisningar, samt rättsfallen NJW 1956, 1193, BGH NJW 1959, 1676.

¹⁶³ Säcker och Krüger (red.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch s 2056 (marginalnummer 106).

¹⁶⁴ ”Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern” (Gäldenären är förpliktad att utge prestation i enlighet med tro och heder samt med hänsyn till god sed, min översättning).

¹⁶⁵ Palandt och Bassenge (red.), Bürgerliches Gesetzbuch s 529 (marginalnummer 14), Säcker och Krüger (red.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch s 2057 (marginalnummer 110).

¹⁶⁶ Se BGB 133 §, vilken tar sikte på en subjektiv tolkning av parternas vilja, samt 157 § BGB vilken tar sikte på en objektiv tolkning av parternas vilja, se Foster och Sule, German legal system and laws s 433.

¹⁶⁷ Foster och Sule a.a. s 435

¹⁶⁸ Säcker och Krüger (red.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch s 2061 (marginalnummer 120).

Dessutom finns krav på Gläubigernähe, borgenärsnärhet.¹⁶⁹ Detta intresse har i praxis utvidgats till att inte avse enbart tredje män som borgenären har en ”rättslig omsorgsplikt” i förhållande till. Istället tar bedömningen sikte på om borgenären genom ”ergänzende Auslegung”, kompletterande tolkning, kan anses ha ett särskilt intresse i att skydda tredje man.¹⁷⁰ En sådan ”kompletterande *tolkning*” borde enligt min mening kunna likställas med det som i svensk rätt hänförs till utfyllningsverksamhet.

VSD och tredjemansfriskrivningar förefaller ha vissa likheter, i avseendet att tredje man i avtalet mellan A och B tilldelas ett skydd, men inte en initial rätt till en positiv prestation. Fordringens uppkomst är betingad av en extern omständighet. För VSD gäller omständigheten att tredje man lider skada. För tredjemansfriskrivningar handlar det om ett utomobligatoriskt anspråk som riktas mot C från A. VSD tillerkänner tredje man ett eget ”svärd”, medan en tredjemansfriskrivning fungerar som en ”sköld” mot As utomobligatoriska anspråk.

Respektive verkan av tredjemansfriskrivningar som skydd mot utomobligatoriska krav och VSD aktualiserar liknande tolkningsoperationer, vilka kan beskrivas på olika sätt beroende på hur man ser på gränsen mellan tolkning och utfyllning. Domstolen konstruerar ett rättsfaktum som inte finns, det vill säga en partsavsikt att friskriva tredje man å ena sidan, och en skyddsverkan till förmån för tredje man som anses följa av avtalet å andra sidan. Domstolen *fingerar* rättsfaktumet. Det hela utgör i själva verket utfyllning av avtalet. Eller motsatt: domstolen *tolkar* vad som anses följa av avtalet.

Som tidigare nämnts är det en tolkningsfråga om det har funnits en *avsikt* att tilldela tredje man en rättighet i form av ett tredjemansavtal.¹⁷¹ Högsta domstolen har även anfört att parterna kan avtala om vad som ska gälla avseende utomobligatoriska anspråk mot en skadevällare i ett bakre led. Jag tolkar detta uttalande som att det är

¹⁶⁹ Säcker och Krüger (red.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch s 2061 (marginalnummer 121–122).

¹⁷⁰ Se BGH NJW 2001, 3115. Jfr även Lehrberg om individuell utfyllning, Avtalstolkning s 36.

¹⁷¹ Se Lindskogs tillägg, NJA 2014 s 760 p 26.

applicerbart på det som här kallas tredjemansfriskrivningar. Samma tolkningsprinciper som för tredjemansavtal ska tillämpas för att avgöra om skadevållaren får åberopa begränsningen.¹⁷² Lindskog har även i sitt tillägg till NJA 2014 s 760 framhållit att en sådan begränsning bör föreligga enbart då det finns ett ”verkligt, och inte bara ett fingerat, tredjemansavtal”.

5.3 Sammanfattning

I detta kapitel har huvudsakligen två rättsfall behandlats, där så kallade tredjemansfriskrivningar har haft negativ inverkan på As möjlighet att rikta utomobligatoriskt anspråk mot tredje man. NJA 2007 s 758 verkar enligt gängse uppfattning ge begränsad ledning. I NJA 2010 s 629 aktualiserades dock en liknande situation, där en tredjemansfriskrivning tolkades fram på tunt underlag och ansågs begränsa As möjlighet att göra gällande utomobligatoriska anspråk mot C. Därtill har den tyska doktrinära konstruktionen *Vertrag mit schutzwirkung für Dritte, VSD*, undersökts, där flera likheter med tredjemansavtal har identifierats.

¹⁷² NJA 2014 s 760 p 10.

6 En sköld mot ersättningsanspråk?

Syftet med detta arbete var att analysera avtal där tredje man tilldelas en rättighet i form av en så kallad tredjemansfriskrivning. För arbetet har ett scenario ställts upp där skadevällaren C med tredjemansfriskrivningen som stöd invänder mot A:s ersättningsanspråk, såväl kontraktsmässigt som utomobligatoriskt. Frågan är i vilken utsträckning C skyddas av tredjemansfriskrivningen.

Att en friskrivning till förmån för tredje man kan skapas och vara verksam i ett avtal mellan A och B verkar egentligen inte vara ett problem. De i praxis uppställda kraven för att ett tredjemansavtal ska anses föreligga är att A och B ska ha åstadkommit ett avtal, i vilket de har haft för avsikt att tilldela tredje man en rättighet. Rättigheten ska också kunna göras gällande självständigt av tredje man.

En tredjemansfriskrivning som sådan medför inte en rätt för tredje man att motta en positiv prestation.¹⁷³ Dock innefattar det en rättighet för C att invända mot As ersättningsanspråk. Om förutsättningarna i övrigt för ett tredjemansavtal kan anses vara uppfyllda, borde enligt min mening inte några problem som är specifika för just tredjemansfriskrivningar föreligga. Kan parterna komma överens om andra rättigheter till förmån för tredje man, borde de rimligen kunna skapa en tredjemansfriskrivning också.

Såvitt gäller det inomkontraktuella borde därför C kunna stödja sig på en tredjemansfriskrivning när A riktar ett krav. Då gäller ju en friskrivning inom ramen för avtalet, såtillvida att C kan åberopa den i avtalet grundade rättigheten invändningsvis mot As krav.

Något svårare blir det vad gäller As *utomkontraktuella* anspråk mot C. Precis som i exempelvis NJA 2010 s 629 gäller det att frågan om en ansvarsbegränsning i avtalet mellan A och B utsläcker möjligheten att göra gällande utomobligatoriska anspråk

¹⁷³ Jfr Ussings partsuppställning, se ovan 4.1.

enligt SkL får avgöras genom avtalstolkning, vilket också anförs i förarbetena bakom SkL.¹⁷⁴ Därefter hanteras frågan om samma begränsning kan göras gällande av C.

Här handlar det alltså om en tredjemansfriskrivning – en rätt för C att invända med hjälp av en ansvarsbegränsning i avtalet mellan A och B. Detta kan förstås som en särskild typ av tredjemansavtal. Även en sådan tredjemansrättighet *skulle* kunna vara explicit reglerat i huvudavtalet, på samma sätt som att det är rimligt att parterna fritt får begränsa det kontraktuella ansvaret.¹⁷⁵

I praktiken borde dock problem uppstå när A hävdar att det inte funnits någon *avsikt* att tilldela C en rätt att åberopa ansvarsbegränsningen mot utomobligatoriska anspråk. Här kan påminnas om domstolens uttalande i NJA 2014 s 760, där det anfördes att principer för tredjemansavtal gäller när det är fråga om ett avtalsvillkor som begränsar det utomobligatoriska skadeståndsansvaret för ett ”bakre led”. Det innebär alltså att bland annat avsiktskravet behöver vara uppfyllt för att ett typiskt tredjemansavtal ska anses vara för handen.

Om någon avsikt att tilldela tredje man en invändningsrätt inte går att bevisa, är ett alternativ att domstolen får konstatera att ett giltigt tredjemansavtal inte föreligger och således heller inte en tredjemansrättighet i form av en friskrivning. Detta kan leda till otillfredsställande resultat. Det andra alternativet är att söka konstruera en lösning inom ramen för ett ”fiktivt” tredjemansavtal, där partsviljan får konstrueras. Något som skulle kunna ifrågasättas är i vilken mån hänsyn tas till partsautonomin när en sådan långtgående tolkning tillämpas. Min mening är dock, som anfördes i avsnitt 4.3.2., att avtalsfiktioner kan tjäna goda, pragmatiska och marknadsliberala syften.

Inom svensk rättsvetenskap möter avtalsfiktioner generellt sett kritik och skepticism. Vad man inte kommer ifrån är däremot att domstolen upprepade gånger har använt sig av det som kritikerna kallar fiktioner för att åstadkomma ett

¹⁷⁴ Se ovan 3.4.

¹⁷⁵ Något i stil med: ”I det här avtalet mellan A och B bestämmer vi att C:s ansvar är begränsat till X kr, vilket gäller såväl inom- som utomkontraktuella anspråk i förhållande till A och/eller B.”

tredjemansavtal. Att frångå det typiska tredjemansavtalet verkar alltså inte vara helt främmande inom svensk rätt.

Inte heller verkar det vara *helt* främmande att på ”fiktiva” grunder tillerkänna tredje man en rätt att invända mot As utomobligatoriska anspråk med hjälp av en friskrivning. I NJA 2010 s 629 fick entreprenören visserligen rätt att använda tredjemansfriskrivningen, men frågan är vilken roll omständigheterna i det enskilda målet spelade för utfallet.

Mot bakgrund av det sagda, verkar det *åtminstone* finnas hopp för C när A riktar sin utomobligatoriska anspråksudd. Huruvida tredjemansavtalsskölden håller i strid, lär vara beroende av inställningen till avtalsfiktionens vara eller icke vara.

7 Källor

Offentligt tryck

Prop. 1972:5 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till skadeståndslag m.m.

Prop 1975/76: 81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m. m.

Prop 1988/89:76. Om ny köplag.

SOU 1974:83. Generalklausul i förmögenhetsrätten.

Litteratur

Adestam, Arvidsson, Avtalsbrott och skadestånd – skuldprincipen i svensk avtalsrätt, SvJT 2021 s 48–60

Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars och Lindell-Frantz, Eva, *Avtalsrätt 1*, 14., Juristförlaget, Lund, 2016

Adlercreutz, Axel och Gorton, Lars, *Avtalsrätt 2*, 6., Juristförlaget, Lund, 2010

Agell, Anders, *Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap*. I: Frändberg, Åke, Göranson, Ulf, Håstad, Torgny (red.), *Festskrift till Stig Strömholm*, 1., Iustus Förlag, Uppsala, 1997.

Bengtsson, Bertil, *Försäkringsrätt: några huvudlinjer*, 9., Norstedts Juridik, Stockholm, 2015

Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, 9., Norstedts Juridik, Stockholm, 2018

Bratt, Stina, *Alternativa anspråksvägar i skadeståndsrätten: om förhållandet mellan kontrakts- och deliktsansvar i avtalsförhållanden och kontraktskedjor*, Jure, Diss. Stockholm: Stockholms universitet, 2023, Stockholm, 2023

Dahlman, Christian, Glader, Marcus och Reidhav, David, *Rättsekonomi: en introduktion*, 2., Studentlitteratur, Lund, 2005

- Dotevall, Rolf, *Avtal*, 1., Studentlitteratur, Lund, 2017
- Dryselius, David, *Avtalsviten: effekter och rättsverkningar*, Faculty of Law, Lund University, Diss. Lund: Lunds universitet, 2019, Lund, 2019
- Foster, Nigel och Sule, Satish, *German legal system and laws*, 4., Oxford University Press, Oxford, 2010
- Frändberg, Åke, Vad sker inom den rättsdogmatiska forskningen?, SvJT 2023 s 21–49
- Gorton, Lars, "Frustration" och force majeure – några kommentarer i anslutning till coronapandemin. I: Göthlin, Sara, Bengtsson, Algot och Schultz, Mårten, *Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok 38*, Juridiska fakulteten, Stockholm, 2021
- Gorton, Lars och Lindell-Frantz, Eva, *Skatterådgivarens ansvarsbegränsning*. I: Schultz, Mårten, Karlervik, Johanna & Sapa, Patryk, *Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok 41*, Juridiska fakulteten, Stockholm, 2023
- Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen: studier i förmögenhetsrätt*, Jure, Stockholm, 2001
- Hellner, Jan, Hager, Richard och Persson, Annina H., *Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt. H. 2 Allmänna ämnen*, 6., Wolters Kluwer, Stockholm, 2016
- Hellner, Jan och Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, 11., Norstedts Juridik, 2021
- Håstad, Torgny, *Köprätt: och annan kontraktsrätt*, 7., Iustus, Uppsala, 2022
- Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s 1–10
- Karlgren, Hjalmar, *Några synpunkter på den köprättsliga formulärrätten*, JFT 1967 s 415–434
- Kleineman, Jan, *Ren förmögenhetsskada: särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart*, Juristförl., Diss. Stockholm: Univ., Stockholm, 1987
- Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*. I: Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 2., Studentlitteratur, Lund, 2018
- Legrand, Pierre, *Jameses at Play: A Tractation on the Comparison of Laws*, American journal of comparative law 65: suppl_1 (2017) s 1–132

- Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, 3., Iusté, Uppsala, 2020
- Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, Iustus, Uppsala, 1992
- Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement*
- Lindskog, *Lagen om handelsbolag och enkla bolag: en kommentar*, 2., Norstedts juridik, Stockholm, 2010
- Lundmark, Thorsten, *Friskrivningsklausuler: giltighet och räckvidd: särskilt om friskrivning i kommersiella avtal om köp av lös egendom*, Iustus, Diss. Umeå: Univ., Uppsala, 1996
- Lundstedt, Vilhelm, Fiktion eller sanning i juridiken?, SvJT 1924 s 241–285
- Mossberg, Oskar, *Avtalets räckvidd I Om avtals tredjemansverkningar, särskilt vid tredjemansavtal och direktkrav*, 1., Iustus förlag, Diss. Uppsala: Uppsala universitet, 2020, Uppsala, 2020
- Munukka, Jori, *Utomobligatoriska anspråk mot avtalsparts kontraktsmedhjälpare och mot avtalspart*, JT 2015/16 s 410–428
- Nydrén, Birger *Underentreprenör har liknande ansvar mot byggherren, som generalentreprenörens anställda*, JT 2007/08 s 700–710
- Olsen, Lena, *Ersättningsklausuler: vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*, [Ny utg.], Nerenius och Santérus, Stockholm, 1993
- Palandt, Otto och Bassenge, Peter (red.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 67., Beck, München, 2008
- Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1., Fritze, Stockholm, 1995
- Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005 s 249–272
- Ramberg, Christina, *Avtalslagen 100 år*, SvJT 2015 s 561–568
- Ramberg, Jan och Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 12., Norstedts Juridik, Stockholm, 2022
- Rodhe, Knut, *Obligationsrätt*, 2., Norstedt, Stockholm, 1984[1956]
- Samuelsson, Joel, *Fullmaktsläran*, 1, Iustus, Uppsala, 2023

- Samuelsson, Joel, *Rättsvetenskapens vetenskaplighet*. I: Samuelsson, Joel och Zackariasson, Laila (red.), *Vänbok till Lena Olsen*, 1., Iustus Förlag, Uppsala, 2019 s 189–226
- Samuelsson, Joel, *Tolkning och utfyllning: undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema*, Iustus, Diss. Uppsala: Uppsala universitet, 2008, Uppsala, 2008
- Sandgren, Claes, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*, Tfr 2006 s 648–656
- Sandgren, Claes, *Vad är rättsvetenskap?* I: Seipel, Peter, Magnusson Sjöberg, Cecilia och Wahlgren, Peter, *Festschrift till Peter Seipel*, Norstedts juridik, Stockholm, 2006
- Schöldström, Patrik, *Betalning till anvisad betalningsmottagare ger inte betalaren en fordran på mottagaren utan bara på den som anvisat*, JT 2022/23 s 642–646
- Strömholm, Stig, *Användning av utländskt material i juridiska monografier. Några anteckningar och förslag*, SvJT 1971 s 251
- Svensson, Ola, *Avtalsfrihet och rättvisa: en rättsfilosofisk studie*, Juristförlaget, Lund, 2012
- Säcker, Franz-Jürgen och Krüger, Wolfgang (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2 Schuldrecht, Allgemeiner Teil: [§§ 241–432]*, 7. Auflage 2016, C.H. Beck, München, 2015
- Ussing, Henry, *Aftaler paa formuerettens omraade*, 3., Gads forl., København, 1950
- Valguarnera, Filippo, *Komparativ juridisk metod*. I: Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 2., Studentlitteratur, Lund, 2018
- Zackariasson, Laila, *Direkterav: om rätt att rikta anspråk mot gäldenärens gäldenär*, Iustus, Diss. Uppsala: Univ., Uppsala, 1999
- Zweigert, Konrad och Kötz, Hein, *Introduction to comparative law*, 3. rev. ed., Clarendon, Oxford, 1998

Svenska rättsfall

- NJA 1979 s 401
- NJA 1996 s 400
- NJA 1997 s 44

NJA 2001 s 711

NJA 2007 s 758

NJA 2010 s 629

NJA 2011 s 600

NJA 2012 s 692

NJA 2013 s 491

NJA 2014 s 760

NJA 2017 s 113

NJA 2019 s 866

NJA 2022 s 354

NJA 2022 s 311

Tyska rättsfall

NJW 1956, 1193

BGH NJW 1959

BGH NJW 2001, 3115