

Vigilansprincipen i förmögenhetsrätten

Av jur.dr ANDREAS NORLÉN & professor CHRISTINA RAMBERG¹

Vigilansprincipen — intresset av att aktörer på förmögenhetsrättens område är vaksamma i sitt eget intresse — kan fungera som förklaring till förmögenhetsrättsliga rättsregler samt bidra till transparenta ställningstaganden och därigenom till rationaliteten i rättslig argumentation. Denna artikel syftar till att analysera innehållet i vigilansprincipen samt hur den förhåller sig till andra rättsprinciper.

1 Inledning — allmänt om rättsprinciper och rättsregler

I juridisk argumentation hänvisas ofta till ”principer”. Vad som menas med ”principer” varierar. Ett axplock från Högsta domstolens tvistemålspraxis 2018–2019 tjänar som en illustration till detta.

I NJA 2019 s. 23 (Den betalande sambon) punkt 20 gjorde HD skillnad mellan rättsprinciper och rättsregler. HD förklarade att en rättsprincip är ”övergripande” och att den kan ”ligga bakom” rättsregler och alltså förklara syftet med en eller flera rättsregler.

Men det är vanligare att HD inte gör skillnad mellan principer och rättsregler, utan istället använder begreppet ”princip” som beteckning på en utfyllande, oskriven rättsregel. I NJA 2018 s. 617 (Smyckeköpet) ansåg HD att det finns en grundläggande förmögenhetsrättslig regel för avtal som går ut på att parterna ska utväxla prestationer samtidigt. I NJA 2018 s. 266 (Högskoleavgiften) fastslog HD som en allmän kontraktsrättslig princip att en part som erhåller en prestation med fel eller brist har rätt att kräva avdrag på priset samt att avdraget ska vara så stort att det skäligen kan anses återställa balansen mellan prestation och pris. I NJA 2019 s. 259 (Likvidatorns retentionsrätt) fastslog HD som en allmän princip att den som har annans egendom i sin besittning och som har haft nödvändig kostnad för vård av egendomen eller annars i god tro lagt ned en nyttig kostnad på den har retentionsrätt i egendomen för sin kostnad.²

¹ Vi vill rikta ett stort tack till Eric M. Runesson för många värdefulla kommentarer i samband med arbetet med artikeln.

² Det finns fler exempel på att HD refererat till ”principer” i betydelsen oskrivna rättsregler. I NJA 2019 s. 587 (Korsviken) hänvisade HD omväxlande till ”asservationsrättsliga principer” och ”föreningsrättsliga principer” och använde dem till stöd för att bedöma vad som gäller om klander i en samfällighetsförening vid kallelsefel. I entreprenadtvisten NJA 2018 s. 634 (De ingjutna rören) uttalade HD: ”Vid utrönandet av tillämplig dispositiv rätt får ledning sökas i allmänna obligationsrättsliga principer och vad som gäller för närliggande avtalstyper. Den köprättsliga regleringen är då av särskilt intresse. Det måste dock beaktas att det rör sig om två olika avtalstyper som i vissa frågor skiljer sig åt mer väsentligt. Det kan därför, beroende på vilken fråga som är aktuell, finnas anledning att särskilt beakta entreprenadavtalets speciella drag. I NJA 2019 s. 23 (Den betalande sambon) punkt 13 identifierade HD en ”allmän princip” för bevisbördan i ett visst fall: Den som i en rättegång kräver betalning på grund av påstådd försträckning har att styrka sitt

HD:s metod för att identifiera innehållet i en princip (i betydelsen oskriven rättsregel) liknar ofta ett analogislut. I NJA 2018 s. 127 (Flyget till Antalya) — som rörde rätt till ekonomisk ersättning på grund av dröjsmål enligt artikel 7 i EU:s flygpassagerarförordning — hade ”allmänna principer” en central ställning. I punkt 14 i domen uttalade HD att antagandet av en reklamationsbörda för skadelidande *måste* föregås av en utredning om det finns en allmän princip i svensk rätt. Därefter redogjorde HD för innehållet i många lagfästa reklamationsregler och drog en slutsats om ”den allmänna principens” innebörd.

Redogörelsen för dessa prejudikat från Högsta domstolen utvisar att begreppet ”princip” kan användas i olika betydelser. Utomlands finns en omfattande debatt om betydelsen av rättsprinciper.³ I Sverige är diskussionen mindre djuplodande och författare av juridisk litteratur använder, i likhet med HD, begreppet ”princip” på olika sätt.⁴

Vi kommer inte att fördjupa oss i vad som är den ”rätta” definitionen av begreppet rättsprincip. Istället kommer vi att fokusera på om det existerar en vigilansprincip i betydelsen bakomliggande förklaring till rättsregler, alltså i form av en metapprincip. Eller med andra ord; om det finns en vigilansprincip som kan tjäna som riktlinje vid en bedömning genom att den ger förklaringar till en av flera målsättningar bakom skrivna eller oskrivna rättsregler. I syfte att läsaren ska hålla i minnet vad vi avser med ”princip” i denna artikel, använder vi begreppet ”metapprincip”.

Hur identifieras existensen av en metapprincip?

Ibland är metapprinciper uttryckta och definierade i författning. Ett exempel är legalitetsprincipen som finns lagfäst i 1 kap. 1 § och 2 kap. 10 § regeringsformen samt i den inledande bestämmelsen i 1 kap. 1 § brottsbalken. Ett annat exempel är 5–8 §§ förvaltningslagen som anger principer för god förvaltning. Men i Sverige — till skillnad från många länder på den europeiska kontinenten — är det ovanligt att breda påståenden. HD hänvisade till andra snarlika fall, bl.a. NJA 2014 s. 36 (Tandläkarens olycka). Det förefaller som om HD utformat bevisbörderegler för olika situationer och kallat dessa regler för ”principer”.

³ Bland annat har internationellt förts en diskussion mellan å ena sidan regelförespråkare (neoformalister) som kritiserar bruket av principer och å andra sidan principförespråkare (kontextualister). Se A. Holm, *Den avtalsgrundade lojalitetsplikten — en allmän rättsprincip*, 2004, s. 182 ff.

⁴ I Festskrift till Åke Frändberg (2003) bidrog Nils Jareborg med en pragmatiskt inriktad diskussion om begreppen ”princip” och ”rättsprincip”. Jareborg menar att principerna uttrycker legitima värden som ska vägas mot varandra. Avvägningen framtvingar transparenta ställningstaganden, vilket bidrar till rationaliteten i den rättsliga argumentationen. Enligt Jareborg kännetecknas rättsprinciperna av att man kan underlåta att följa dem, på så sätt att en rättsprincip är en ”bör-regel” till skillnad från rättsregler som utgör ”ska-regler”. En definition av begreppet princip är att det är en norm som uppställer ett mer eller mindre realiserbart ideal, i motsats till regler som man antingen följer eller inte följer. Se A. Peczenik, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1995, s. 447 ff. Han pekar på att två eller flera principer kan kollidera och att man då kan tvingas att till exempel följa endast en av dem eller att förverkliga alla i någon utsträckning, men inte fullt ut. Jfr. även A. Norlén, *Oskälighet och 36 § avtalslagen*, 2004, s. 154 ff.

principer uttrycks i lagtext. I äldre tider strävade lagstiftaren efter kortfattad och effektiv författningstext och därför uttalades vanligen inte "självklara" grundläggande principer i lagtexten.

Det vanligaste är alltså att metaprinciper inte kommer till uttryck i lagtext. I straffrätten finns oskrivna principer, till exempel om social adekvans och handlande mot eget intresse. Även processrätten baseras på en mängd principer som inte finns uttryckta i lagtext, t.ex. dispositionsprincipen, omedelbarhetsprincipen samt principerna om kontradiktion och bästa bevisning. I förmögenhetsrätten finns varken lojalitets- eller ekvivalensprincipen uttryckt i lagtext.

Det är vanligt att förarbeten till lagstiftning redogör för metaprinciper eftersom de ofta ligger till grund för bestämmelser i lagförslaget. I förarbetena till 36 § avtalslagen finns t.ex. flera referenser till metaprinciper.⁵

Det är en sak att konstatera att en metaprincip existerar. Det är en annan sak att fastlägga metaprincipens innehåll. Det är ganska ovanligt att det råder oenighet om metaprincipers existens. Det har t.ex. aldrig varit ifrågasatt att lojalitetsprincipen finns som en metaprincip och underliggande förklaring till många rättsregler i avtalsrätten. Däremot föreligger oenighet och osäkerhet om hur tung vikt lojalitetsprincipen har och om den utgör en självständig rättsregel.⁶ Juridisk forskning handlar ofta om att analysera den närmare innebörden i grundläggande rättsprinciper.⁷

Vi hävdar att svensk förmögenhetsrätt bland annat vilar på en vigilansprincip som förklarar många av de rättsregler som kommer till uttryck i bland annat författning och prejudikat. Observera att vi inte hävdar att det finns en självständig vigilansrättsregel.

Vigilansprincipen har fått alltför liten uppmärksamhet och förtjänar en mer framskjutande plats i modern svensk juridik. Den har gamla historiska anor, vilket framgår av dess latinska namn, *vigilantibus et non dormientibus succurunt jura*. Svea hovrätt hänvisade redan år 1669 till vigilansprincipen.⁸ Den nämns av bland andra Jägerskiöld, som angående rättstillämpningen på 1600-talet skrev: *"Det är emellertid uppenbart, att man gav reglerna om ogiltighet på grund av svek ett starkt begränsat tillämpningsområde. Avtalsfriheten och avtalshelgden samt vigilans-*

⁵ I prop. 1975/76:81 s. uttalas: "Från rättssäkerhetssynpunkt är det också viktigt att analysera de principer som bör ligga till grund för domstolarnas bedömning."

⁶ Kurt Grönfors och Rolf Dotevall beskriver att allmänna avtalsrättsliga principer (grundsatser) har en diffus karaktär och långt ifrån alltid uppfattas lika, K. Grönfors & R. Dotevall, *Avtalslagen*, 2018, kap. 2 till kapitelrubriken.

⁷ Se t.ex. E.P. Björkdahl, *Lojalitet och kontraktliknande förhållanden*, 2007; J. Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007; A. Norlén, *Oskälighet och 36 § avtalslagen*, 2004; R. Zimmermann & S. Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, 2000.

⁸ Fallet rörde giltigheten av en inteckning. Inteckningen godkändes med motiveringen att intecknaren *"bordhe niutha sin vigilantz till godha och således bekomma præferencen"*. Vigilansprincipen omnämns av Karl Benckert 1920 i *Bidrag till inteckningsinstitutets historia*.

principen ha bidragit därtill".⁹ Utomlands hänvisas ibland, men sällan, till vigilansprincipen.¹⁰

I det följande kommer vi att skissera vigilansprincipens innehåll och ge exempel på rättsregler där den kommer till uttryck. Vi kommer också att diskutera vigilansprincipens relation till andra metaprinciper och slutligen ställa frågan om det är meningsfullt att i högre grad framhålla vigilansprincipen. Spoiler alert: Vi anser att vigilansprincipen bör framhållas mer.

2 Vigilansprincipens innehåll

Vigilansprincipen grundas på intresset att parter ska tillvarata sina egna intressen genom att vara omsorgsfulla, noggranna, vaksamma, akt-samma och förebygga problem. Med andra ord: parter ska vara vigilanta.¹¹ Principen ger uttryck för att parter inte är skyddsvärda om de slarvar, är obetänksamma, oförsiktiga eller struntar i att förebygga problem. Vigilansprincipen handlar alltså om att den rättshandlande ska agera med rimlig försiktighet och omsorg.

Vigilansprincipen vilar på samma värdegrund som dygden omsorgsfullhet och att varje människa har ett ansvar för sina handlingar. Personer har förmåga att själva välja vilka handlingar de vill företa, men måste — av omsorg om både sina medmänniskor och sig själva — noga överväga vilka handlingar de ska välja att företa.¹² Vigilansprincipen bygger på det gamla talesättet att man bör tänka först och (rätts) handla sedan.

3 Exempel där vigilansprincipen utgör en outtalad metaprincip

Det finns många förmögenhetsrättsliga lagbestämmelser som "straffar" slarviga parter och som inskräper vikten av att parter är vigilanta genom att noga tänka sig för och se om sitt hus.

3.1 Förklaringsmisstag

Regeln om förklaringsmisstag i 32 § avtalslagen utgår från att personer som gör misstag när de uttrycker en viljeförklaring blir bundna av sitt misstag. Vigilansprincipen ligger till grund för denna lagbestämmelse på så sätt att en slarvig part inte är skyddsvärd.

⁹ S. Jägerskiöld, Handelsbalkens utländska källor, 1967, s. 35.

¹⁰ J. Chitty, A practical treatise on the law of contracts, not under seal, 1848, omtalar (s. 65) förväntningen att avtalsparter ska vara "vigilant, and exercise a due degree of caution.". I nyare fransk bolagsrätt finns skyldighet att tillhandahålla en vigilansplan som ska visa hur bolag förhåller sig till mänskliga rättigheter.

¹¹ Vigilans betyder vaksamhet och är en psykologisk term för kontinuerlig uppmärksamhet. Ordet kommer av latinets *vigilo*, som betyder vaka eller hålla sig vaken. (A. Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen, 2004, s. 212).

¹² A. Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen, 2004, kap. 4.5, särskilt s. 217 f.

3.2 *Misstag rörande framtiden*

Vigilansprincipen är relevant för att bedöma om avtal är oskäligen enligt 36 § avtalslagen.¹³ Bakom 36 § avtalslagens korta referens till oskälighet ligger metaprinciper om bland annat vilja, tillit, lojalitet, ekvivalens, förutsebarhet samt vigilans. Huvudregeln är att den part som misstar sig om händelseutvecklingen måste bära konsekvenserna av sitt misstag. Denna huvudregel ligger i linje med vigilansprincipen på så sätt att den som inte tänker sig för noga och beaktar avtalets risker inte är skyddsvärd.¹⁴

3.3 *Inkludering av standardavtal*

Vigilansprincipen gör sig gällande beträffande frågan om standardvillkor blivit en del av parternas avtal. Det är teoretiskt svårt att förklara hur avtalsvillkor kan bli en del av avtalet när standardvillkoren inte omfattas av en subjektiv gemensam partsavsikt. En anledning till varför man bortser från viljeteoretiska resonemang i samband med standardavtal är att parterna hänvisat till en standardiserad text och frivilligt valt att ignorera vad den standardiserade texten innebär. Man ställer särskilt höga krav på att näringsidkare är vigilanta i detta avseende. Som utgångspunkt gäller att näringsidkare förväntas skaffa sig kännedom om innehållet i standardavtal.¹⁵

3.4 *Fastställande av avtals innehåll (avtalsstolkning i vid bemärkelse)*

Det förekommer att affärsmän inte tar del av de omfattande avtalsdokument som deras juridiska ombud upprättar eller att de är omedvetna om innebörden i sådana standardvillkor som deras offerter och andra dokument hänvisar till. Då uppkommer en motsättning mellan å ena sidan behovet av att fastställa den verkliga gemensamma partsavsikten och å andra sidan behovet av objektivitet och förutsebarhet. Vigilansprincipen underbygger argumentet att texten ska ges stor tyngd vid fastställande av avtalsinnehållet eftersom parterna haft *möjlighet* att ta del av texten, och att den part som avstått från att läsa eller sätta sig in i textens innebörd inte är skyddsvärd.¹⁶

3.5 *Köprättslig undersökningsplikt*

I köprätten finns stränga regler om köparens skyldighet att undersöka köpobjektet före köpet (*caveat emptor*, t.ex. 4 kap. 19 § jordabalken) och

¹³ Se för en ingående analys, A. Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen, 2004, särskilt kap. 4.5; E.M. Runesson, Rekonstruktion av ofullständiga avtal, 1996.

¹⁴ I propositionen till 36 § avtalslagen finns indirekta hänvisningar till vigilansprincipen, t.ex. prop. 1975/76:81, s. 104: "I affärsförhållanden är parterna många gånger jämfäställda i ekonomiskt och kunskapsmässigt avseende. De har därmed också större möjligheter att själva ta till vara sina intressen i samband med att avtal ingås". Ett annat exempel: Prop. 1975/76:81, s. 127: "Frågan huruvida jämkning bör ske på grund av ändrade förhållanden hänger givetvis nära samman med parternas möjligheter att överblicka ett avtals konsekvenser vid avtalets ingående". Huvudregeln om vigilans rörande ändrade förhållanden finns tydligt uttryckt i UNIDROIT Principles, PECL och DCFR.

¹⁵ J. Ramberg & C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2019, kap. 8.

¹⁶ J. Ramberg & C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2019, kap. 9.

efter leveransen (reklamation, t.ex. 31 och 32 §§ köplagen). Dessa bestämmelser ger uttryck för vigilansprincipen på så sätt att det är köparens ansvar genom en undersökningar före och efter köpet säkerställa köpobjektets skick och egenskaper.¹⁷

3.6 Vigilansprincipen för avtalsskrivaren

Det är en god regel att avtalsförhandlaren och avtalsskrivaren bör vara noggrann, omsorgsfull och aktsam. Vederbörande bör eftersträva att klargöra text som kan vara mångtydig och säkerställa att alla eventuella underförstådda villkor inflyter i texten. Annars är risken stor att den som senare ska fastställa avtalsinnehållet kommer fram till att otydligheter eller luckor i avtalet ska ges en annan innebörd än den avsedda. Detta är mer en livets regel än en rättsregel men den påvisar vikten av vigilans. Det kan förekomma att någon av förhandlingstaktiska skäl medvetet väljer att göra en avtalstext mångtydig och då talar lojalitetsprincipen för att risken för otydligheten bör bäras av den som förorsakar mångtydigheten (ondtrosregeln).

4 Vigilansprincipens förhållande till andra principer, främst lojalitetsprincipen och ekvivalensprincipen

Det finns nästan alltid metaprinciper som kolliderar — å ena sidan principen om X men å andra sidan principen om Y. Ett exempel är principen om *pacta sunt servanda* som kolliderar med ekvivalensprincipen. I avtalsrätten finns en icke lagfäst princip om avtalsbundenhet, att avtal ska hållas (*pacta sunt servanda*). I avtalsrätten finns också en princip om ekvivalens som bygger på en tanke om likvärdigt utbyte av prestationer. När ett frivilligt ingånget avtal får till konsekvens att den ena parten missgynnas oskäligt mycket kan principen om avtalsbundenhet få ge vika med stöd av principen om ekvivalens.¹⁸ Exemplet utvisar att de båda principerna är underliggande förklaringar till rättsregler. Exemplet utvisar också att principerna ger dålig information om vad som gäller i ett konkret fall när principerna talar i olika riktning.

Den tydligaste motmetaprincipen till vigilansprincipen är lojalitetsprincipen som bygger på tanken att en avtalspart ska vara empatisk och ta hänsyn till *motpartens* intressen. Vigilansprincipen handlar istället om att en part måste räkna med att världen är tuff och därför i *eget* intresse ska vara vaksam på riskerna med avtalet.¹⁹ Även om det är möjligt för en part att vara aktsam om sina egna intressen och samtidigt lojalt ta hänsyn till motpartens intressen, finns situationer där det egna intresset kan stå i motsatsförhållande till motpartens intresse.

Vigilansprincipens omfattning begränsas av lojalitetsprincipen när en avtalspart klandervärt utnyttjar motpartens misstag och förbiseenden, vilket framkommer t.ex. i 32 § avtalslagen om förklaringsmisstag

¹⁷ Se för en mer ingående analys, A. Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen, 2004, s. 212 f.

¹⁸ J. Ramberg & C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2019, kap. 6.

¹⁹ A. Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen, 2004, s. 214 ff.

som inte binder den slarviga parten när motparten förstår att det är fråga om ett förklaringsmisstag.

Passivitetsreglerna i 1 kap. avtalslagen illustrerar hur vigilans- och lojalitetsprinciperna balanserar och kompletterar varandra. Det finns regler om passivitet i 4 §, 6 § andra stycket och 9 § avtalslagen. Lagtexten ger uttryck för en grundläggande lojalitetsprincip att vara aktiv i samband med avtalsförhandlingar för att undvika missförstånd. Det är illojalt av en part att vara tyst när parten har anledning att misstänka att motparten har misstagit sig beträffande rättsläget och felaktigt trott att ett avtal kommit till stånd. Ju mer illojalt det är av en part att förhålla sig passiv, desto större risk att parterna anses ha ingått ett avtal. Det är emellertid viktigt att inte stirra sig blind på illojaliteten hos den part som hävdar att avtal inte har kommit till stånd. Man måste också beakta i vad mån den part som hävdar att avtalsbundenhet föreligger borde ha varit aktsam genom att i eget intresse sätta sig in i betydelsen av olika meddelanden och frågat hur motparten ställer sig till frågan om avtalsbundenhet (vigilansprincipen). En part har enligt vigilansprincipen rätt att lita på att en avtalspart är omsorgsfull när parten fattar beslut om att ingå eller inte ingå ett visst avtal.²⁰ Enligt t.ex. 6 § andra stycket avtalslagen kan en anbudsgivare utgå från att den motpart som lämnar en oren accept också har uppmärksammat att accepten är oren.

Den ena partens undersökningsplikt i förhållande till den andra partens upplysningsplikt är ett annat exempel på att lojalitets- och vigilansprinciperna fungerar som balanserande motpoler.²¹

Metaprinciper kan också samverka och utgöra parallella förstärkande förklaringar till rättsregler: Lojalitets- och vigilansprinciperna samverkar på sådant sätt t.ex. rörande skyldigheten att begränsa motpartens förlust (*mitigation of harm*).²²

Vigilansprincipen har också ett nära samband med ekvivalensprincipen. Ekvivalensprincipen bygger på en idé om balanserat utbyte och ekvivalens (eller rättvisa) mellan prestationerna. Vigilansprincipen står i motsatsförhållande till ekvivalensprincipen genom att den representerar tanken att parter själva bäst avgör vilka avtal de önskar ingå enligt det liberala tankesättet ”god man reder sig själv”.²³

²⁰ A. Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen, 2004, s. 219.

²¹ A. Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen, 2004, s. 214 ff.

²² Rättsregeln om skyldigheten att begränsa motpartens skadeståndsskyldighet finns uttryckt i 70 § köplagen, 42 § konsumentköplagen och CISG Art. 77 samt för tjänster i 50 a § konsumenttjänstlagen. Den finns också uttryckt som en oskriven allmän rättsregel t.ex. i NJA 2018 s. 653 (De ingjutna rören).

²³ A. Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen, 2004, s. 216 ff.; Stefan Lindskog, Oskälighetsbegreppet i 36 § avtalslagen, synpunkter på en doktorsavhandling, *Insolvensrättslig tidskrift*, 2018 s.70, fotnot 67; J. Ramberg & C. Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2019, kap. 1.4.7.

5 Ett exempel där utgången kanske hade blivit annorlunda om vigilansprincipen betonats mer

NJA 2018 s. 171 (Leksaksaffären i Vimmerby) involverar flera grundläggande metaprinciper. Fallet rörde i korthet ett avtal mellan en hyresvärd och en leksaksaffär. Enligt hyreskontraktet bestod hyran av två delar; dels en fast grundhyra, dels två procent av leksaksaffärens årsomsättning. Under mer än tio år betalade leksaksaffären grundhyran men ingen omsättningshyra. Frågan i målet var om hyresvärden hade rätt att få obetald omsättningshyra retroaktivt för tio år. Följande principer gör sig gällande.

Pacta sunt servanda/förklaringsteorin

Avtal ska hållas och avtalets innehåll ska respekteras, även om det finns undantag. Av avtalstexten framgick tydligt att leksaksaffären ska betala omsättningshyra.

Tillitsprincipen

Avtalsparter befogade tillit är skyddsvärd. Hyresvärden hade å sin sida fäst tillit till avtalets ordalydelse. Leksaksaffären hade å sin sida fäst tillit till hur parterna betett sig under många år alltsedan hyresförhållandet inleddes, nämligen att endast grundhyra gällde.

Lojalitetsprincipen

Parter ska vara lojala. Den som är illojal är inte skyddsvärd. Kände leksaksaffären till eller anade leksaksaffären att hyresvärden hade rätt till omsättningshyra? I så fall borde leksaksaffären kanske ha tagit upp saken med hyresvärden i syfte att undvika missförståndet. Inget i fallet tyder på att leksaksaffären anat något om detta.

Borde någon av parterna ha klargjort vad som gällde för att förebygga risken för missförstånd? Hyresvärden borde ha tagit initiativ till att fråga hur stor leksaksaffärens årsomsättning var och leksaksaffären borde ha tagit initiativ genom att ge information om årsomsättningen. Båda kunde alltså ha agerat annorlunda. Är någon av dem mer klandervärd (mer illojal) än den andra?

Vigilansprincipen

Parter ska vara omsorgsfulla. Den som slarvar är inte skyddsvärd. Leksaksaffären borde ha läst avtalstexten och på så sätt fått kunskap om sin skyldighet att betala omsättningshyra. Leksaksaffären är inte skyddsvärd med argumentet att ”jag glömde läsa avtalet”. Hyresvärden var slarvig som inte följde upp sin rätt till omsättningshyra. Hyresvärden hade slarvat när kontraktsvillkoren matades in i ett dataprogram. Är någon av parterna mer slarvig (mindre vigilant) än den andra?

Ekvivalensprincipen

Prestationerna ska stå i någorlunda proportion till varandra. Det är svårt att veta om grundhyran utan omsättningshyra var extremt låg. Sannolikt var det inte så. Avtalet kan bli obalanserat om leksaksaffären plötsligt är skyldig att betala en stor klumpsumma (tio års omsättningshyror på en gång). En sådan betalningsskyldighet är betungande.

Konsument- och småföretagaraspekter

Det var inte fråga om ett avtal mellan konsument och näringsidkare utan om ett avtal mellan två näringsidkare. Men det kan finnas anledning att ta mer hänsyn till leksaksaffären om leksaksaffären är en liten näringsidkare och hyresvärden ett stort företag. Det kan vara tvärtom; att leksaksaffären är en stor affärskedja och hyresvärden ett litet företag. I HD:s dom framgår inte om parternas styrkeförhållande var ojämnt.

HD:s avgörande

Eftersom metaprinciperna och teorierna ofta kommer till uttryck i lagrum behöver HD inte alltid hänvisa till dem. I NJA 2018 s. 171 hänvisade HD inte uttryckligen till alla teorierna och metaprinciperna ovan. HD beaktade i vad mån parterna varit klandervärda (oaktsamma, vigilansprincipen), lojalitetsprincipen samt vilje- och tillitsaspekter. HD kom fram till att leksaksaffären inte behövde betala retroaktiv omsättningshyra. Kanske skulle utgången ha blivit en annan om den juridiska argumentationen i högre grad framhållit de intressen som vigilansprincipen ger uttryck för.

6 Avslutning

Är det viktigt att framhålla vigilansprincipen?

Vi får syn på saker genom att sätta ord på dem. Metaprinciper är viktiga tankestöd för jurister. I en djungel av rättsregler är det ofta metaprinciperna som hjälper oss att strukturera och se helheter.

I den moderna juridiken har metaprinciperna fått större betydelse som navigationsinstrument i takt med att hårdkokt rättspositivism och rättsrealism gett vika för en öppenhet för en breddad syn på vad som är legitima juridiska argument. När rättsreglerna är generella och öppna med vaga begrepp (som t.ex. oskäligt, väsentligt) fyller metaprinciperna en viktig funktion.

Metaprinciperna får stor betydelse vid argumentation och beslutsfattande rörande rättsliga frågor som saknar tydligt svar i författning eller prejudikat, vilket är särskilt vanligt i förmögenhetsrätten.²⁴ Vi anser att metaprincipkollisioner utlöser god energi på så sätt att de ger uttryck för legitima värden som ska vägas mot varandra. Transparent

²⁴ HD använder ibland principer som stöd för lagtolkning. Ett exempel är NJA 2019 s. 445 (Entré Malmö) där "allmänna obligationsrättsliga principer" bildade utgångspunkt för tolkning av bestämmelserna 12 kap. 11 och 16 §§ JB.

avvägning bidrar till rationalitet i den juridiska argumentationen, vilket i sin tur befrämjar rättsordningens legitimitet.

Det är ofta meningsfullt att sätta ord på självklara saker. T.ex. har lojalitetsprincipen fått större genomslag efter att den fått ett namn och dess innebörd har analyserats.

Tidigare fanns kanske inget behov av att framhålla vigilansprincipen eftersom den var så självklar. Under senare delen av 1900-talet skapades många rättsregler i syfte att skydda personer från effekterna av deras egna handlingar, vilket medförde att vigilansprincipen blev mindre framträdande. Från etiska utgångspunkter kan det finnas skäl att påminna om intresset av att parter tillvaratar sina egna intressen genom att vara omsorgsfulla, noggranna, vaksamma, aktsamma och förebygga problem.

Denna artikel har syftat till att synliggöra vigilansprincipen och inspirera till fördjupade analyser av vigilansprincipens innehåll, i vilka rättsregler den spelar roll samt hur den förhåller sig till andra metaprinciper.