

Användarvänlig avtalsrätt

Av professor, jur.dr. Christina Ramberg

1. Inledning

Kurt Grönfors har sagt att avtalslagen är en ruin. Till det har Mads Bryde Andersen kommenterat att ruinen är »smuk« (vacker). Jag anser att ruinen är deprimerande, även om betraktaren förstår att byggnaden en gång var imponerande. Ruinen väcker fantasier om den byggnad som skulle kunna stå i dess ställe. Men varför ska våra fantasier begränsas av ruinen? Här kommer jag att redogöra för fördelarna med att avskaffa den nuvarande hundraåriga avtalslagen utan att ersätta den med ny lagstiftning.¹

2. Avtalslagen och tomrummen

Under mina studier på juristprogrammet på 1980-talet fick jag lära mig att vår svenska lagstiftning om avtal var heltäckande med några få svårösta fall – likt ett tjockt stabilt istäcke av lagstiftning med tunna sprickor här och där. Det är inte en rättvisande beskrivning. En mer rättvisande bild är att avtalsrätten är som en stormig, öppen ocean av icke lagstiftningsreglerade problem. På det vida havet guppar en och annan ödslig oljering som motsvarar sporadiska lagparagrafer.

1994 såg jag ett exempel på hur en modern avtalslag kan se ut och blev helt paff.² Plötsligt såg jag i strålkastarljus allt det som inte står i avtalslagen

1. Jag vill tacka Christine Stridsberg, Torben Spaak, Ola Svensson och Mauro Zamboni för värdefull hjälp med denna artikel.
2. Det var UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

från 1915. Här är en förteckning över några av de frågor som inte finns reglerade i avtalslagen:

- 1) Vad gäller om ansvaret vid avtalsförhandlingar som inte leder fram till avtal (culpa in contrahendo)?
- 2) Vad är ett anbud?
- 3) Hur sluts avtal på andra sätt än genom anbud-acceptmodellen?
- 4) Vilka personers kunskap ska tillräknas en förhandlande avtalspart?
- 5) Vad är rättsföljden av att ett avtal är ogiltigt?
- 6) Hur fastställer man avtalsinnehåll (avtalsolkning)?⁴
- 7) Hur ska man resonera om ändrade förhållanden?
- 8) Vad händer om man inte håller sina avtalslöften (påföljder vid avtalsbrott)?

Det är alltså grundläggande, praktiska, centrala och vanligt förekommande frågor som inte får svar i avtalslagen.⁵

3. Förklaringen till tomrummen

Avtalslagen är från Emil-i-Lönnebergatiden. Den skrevs för bondesamhället, inte för informationssamhället. Därför är det inte konstigt att avtalslagen inte ger svar på frågor som man numera behöver svar på. En förklaring till varför avtalslagen förorat i aktualitet är att parter vid förra sekelskiftet inte förhand-

3. Torgny Håstad anser i denna bok kapitel 8.4 att det vore att föredra att avtalslagen reglerar rättsverkningarna av avtals ogiltighet.
4. Torsten Iversen anser i denna bok kapitel 16.3 att det kan finnas goda grunder att införa regler om avtalsolkning i avtalslagen men uttrycker samtidigt tveksamhet till detta i kapitel 16.5. Jan Kleinman skriver i denna bok kapitel 17.2 att det vore olämpligt med lagstadgade hjälpregler för avtalsolkning.
5. A Adlercreutz & L Gorton, *Avtalsrätt* 1, 2011, s. 40 f.; M B Andersen, *Grundläggande afvaler*, 2013, kap. 1.4.; U Bernitz, *Standardavtalsrätt*, 2013, kap. 2; B Flodgren, *Den svenska avtalslagen* snart 100 år, *SwJT* 2012 s. 14; J Giersten, *Avtaler*, 2014, kap. 3; K Grönfors & R Dotevall, *Avtalslagen*, 2010, s. 23 ff. (starkare framförd kritik i föregående upplaga); O Hansen, *Om de långsevarande kontraktsholdets förankring i den almindelige kontraktret*, *TfR* 3-4/2011; J Ramberg & C Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2014, s. 464; G Woxholth, *Avtaleloven må revideres!*, *Lov og Ret* 08-09/2006; m.fl. Johnny Herre skriver i denna bok kapitel 5.7 att det »får nog anses otillfredsställande att den grundläggande lagen inte innehåller en reglering som åtminstone antyder svaret på frågorna» och syftar på de grundläggande frågorna om avtalsolkning, ansvar för avtalsförhandlingar och battle of forms.

lade på samma sätt som idag med successivt framväxande komplicerade kon-trakt med många klausuler varav flera är standardiserade.

Avtalslagen var avsedd att ingå i ett paket tillsammans med 1905 års köplag. Paketet rådde bot på det största problemet, att avtalslagen inte inne-håller regler om påföljder för den som inte håller sina löften. Vid förra sekel-skiftet var köp den totalt dominerande avtalstypen. Nuförtiden är det många transaktioner som inte är köp och som det inte finns någon speciallag för, t.ex. konsultavtal, kreditavtal B2B, entreprenadavtal B2B, aktieägaravtal, återförsäljaravtal, outsourcing, franchising och hyra av lös egendom. För dessa oreglerade avtalstyper finns inga paketlösningar som ger svar på vad som gäller vid avtalsbrott.⁶

4. Är avtalslagen obsolet?

Vissa frågor får svar i avtalslagen.

Kapitel 1 om anbud och accept är detaljerat och handlar om former av av-talsingående som inte längre är vanligt förekommande, närmast budgivning på marknaden i Knochult eller förhandling genom kortfattade telegram. Det är ytterst sällan som rekvisiten i bestämmelserna är uppfyllda.⁷

Kapitel 2 om fullmakt, ger viss vägledning för att lösa fullmaktsrättsliga problem, men ger inte en rättvisande bild eftersom det finns fullmaktstyper vid sidan av dem som beskrivs i kapitlet, s.k. tolerans- och kombinations-fullmakt (se t.ex. NJA 2013 s. 659 och NJA 2014 s. 684).⁸

28-31 §§ handlar om avtalsbundenhet när ena parten begår vissa brott. Det är inte förvånande att avtalsbundenhet inte uppkommer i sådana fall. Det vore av större intresse att få veta vad som gäller när det inte är fråga om brott, men

6. Jan Kleinman pekar i denna bok kapitel 17.2 på osäkerheten om i vad mån den gamla och/eller nya köplagen fungerar som analoga rättskällor.
7. Torgny Håstad redogör i denna bok kapitel 8 för frågan om avtalsbundenhet med el-ler utan stöd av avtalslagens bestämmelser. Torsten Iversen anser i denna bok kapitel 16.2 att avtalslagen inte reflekterar det sätt som avtal ingås på.
8. Torgny Håstad anser i denna bok kapitel 8.3 att om avtalslagen skulle skrivas om, så vore det lämpligt att avskaffa fiktionen att fullmakten alltid grundar sig på en vilje-förklaring från huvudmannen direkt till tredje man. Se Rolf Dotevall i denna bok ka-pitel 11 om fullmakt som i kapitel 11.5 skriver att de fullmaktsregler som återfinns i 2 kap. avtalslagen är föråldrade och inte täcker alla situationer där tredje man numera anses skyddsvärd. Jan Kleinman påpekar i denna bok kapitel 17.2 att reglerna om fullmakt i avtalslagens andra kapitel dåligt speglar utvecklingen i riktning mot vilje-och tillitsfullmakter.

ändå illlojala beteenden. 28 § är möjligen av intresse eftersom den skyddar en avtalspart som har blivit utsatt för brottsligt tvång av någon *annan* än avtalsparten, men bestämmelsen omfattas numera av § 36 om oskälighet på grund av förhållandena vid avtalets ingående.⁹

32 § om förklaringsmisstag handlar om att ena parten inser att den andra parten uttrycker sig felaktigt. Bestämmelsen ger inte svar på vad som händer vid andra misstag än förklaringsmisstag, vilket är mycket mer vanligt förekommande.

36 § om oskäliga avtal är mycket omfattande, men den är generell genom sin hänvisning till »oskälighet» och ger ingen vägledning till vad som ligger i oskälighetsbedömningen.

Kanske är den enda viktiga regeln i avtalslagen den första paragrafen om att avtalslagen är dispositiv och kan sättas ur spel genom avtal eller handelsbruk/sedvana.¹⁰

I praktiken är alltså avtalslagen obsolet.¹¹

Jag kommer att tänka på Monty Pythons sketch om den döda papegojan där John Cleese förklarar: »He's passed on. This parrot is no more. He has ceased to be. He's expired and gone to meet his maker. He's a stiff. Bereft of life, he rests in peace. If you hadn't nailed him to the perch, he'd be pushing up the daisies. His metabolic processes are now history. He's off the twig. He's kicked the bucket, he's shuffled off his mortal coil, run down the curtain and joined the bleeding choir invisible. This is an ex-parrot.»¹²

Problemet är att avtalslagen kan ge av intryck att ge svar på många frågor. På så sätt är den missvisande. Den som läser avtalslagen kan förledas tro att hen har hittat ett relevant svar i avtalslagens text. Men om läsaren har funnit ett

9. Torbjörn Ingvarsson kommenterar i denna bok kapitel 13.1 att ingen jurist idag kan läsa bestämmelserna i 28-31 §§ och 33 § på samma sätt som innan 36 § infördes. I kapitel 13.2 skriver han att 36 § täcker de fall som träffas av 28-31 §§.

10. Se Kai Krüger i denna bok kapitel 9.1.

11. Se Juha Karhu i denna bok kapitel 4.3.2. Henrik Udsen konstaterar i denna bok kapitel 10, afsnit 2.3, att avtalslagen inte ger svar på en räkna praktiskt viktiga frågor som den digitala avtalsrätten ger upphov till och inte tillgodoser kravet på förutsebarhet. Torbjörn Ingvarsson skriver i denna bok kapitel 13.1 att avtalslagens tredje kapitel om ogiltighet har »flera stora hål». Jan Kleinman anser i denna bok kapitel 17.1 att reglerna om avtalslutande i avtalslagen inte speglar samtida kommersiell praxis. Lena Sisula-Tulokas framhåller i denna bok kapitel 20.3.4 behovet av rimligen förutsebara lösningar och problemet att luckor och föråldrade bestämmelser skapar osäkerhet om rättstillståndet.

12. Se <https://www.youtube.com/watch?v=4vuW6tQ0218>.

svaret, så är det ett svar som hittats någon annanstans, i de lager av andra rättskällor som omlindar bestämmelserna i avtalslagen.

Svaret står alltså inte i avtalslagen. Rättsreglerna uttolkas genom en komplicerad tillämpning av många andra rättskällor, t.ex. rättsfall från Högsta domstolen, doktrin och internationella *soft law instruments*. Dagens praktiskt verksamma jurister har lärt sig att genom enormt komplexa, verklighetsfrånvända fiktioner pressa in det som sker vid moderna avtalsförhandlingar i den gamla avtalslagens rudimentära paragrafer, dvs. låsas att det som sker vid moderna affärsförhandlingar är samma sak om när Emil köpte griseknoen på marknaden i Knochult. Sådana omedvetna, komplicerade uttolkningar döjs ofta kryptiskt genom uttryckssätt såsom; det »får anses» stå i avtalslagen; enligt »grunderna för bestämmelsen X i avtalslagen».

5. Avtalslagen är inte användarvänlig

När jag arbetade på advokatbyrå (2007-2011) och som hovrättsdomare (2006) fick jag insikt i praktikerens (advokatens och domarens) svårigheter att hitta innehållet i avtalsrätten. Praktikern börjar med att läsa i avtalslagen och tror sig genom läsningen där kunna identifiera vilken bestämmelse som är relevant – trots att ingen bestämmelse i avtalslagen behandlar praktikerens aktuella problem. Praktikern kanske kompletterar med att läsa i någon grundläggande bok om den aktuella bestämmelsen, men det leder praktikern på villovägar eftersom problemet sannolikt finns behandlat någon annanstans i boken (eller kanske i en annan bok). Därefter ska praktikern försöka överföra det teoretiska (som inte passar in) på sitt konkreta problem. Detta medför ofta att praktikern inte förmår att formulera en adekvat argumentation.

Det finns många exempel på hur avtalslagen leder tanken fel. Låt mig ge ett exempel från en nyligen utkommen bok av en mycket skicklig jurist.¹³ Tvisten rör frågan om parterna kommit överens om en enkel licens (där licensgivaren har rätt att utnyttja patentet parallellt med licensstagaren) eller om en ensamlicens (där licensgivaren inte får utnyttja patentet). Vad som gäller framgår inte av texten i kontraktet. Avtalslagen ger inget svar eftersom den inte behandlar hur avtalsinnehåll ska fastställas. I boken analyserar författaren problemet genom att pressa in det under 6 § andra stycket avtalslagen och med stöd av Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt 1, kommer han fram till att li-

13. EM Runesson, Licens till patent och företagshemligheter i avtals- och kontraktsrätten, 2014, s. 46.

icensgivaren måste ha insett att licenstagaren kommer att göra omfattande investeringar innan licensen kan utnyttjas, vilket medför att licensgivaren bör tillräknas insikt om licenstagarens ensamrättsantagande, vilket i sin tur medför att licensgivaren ska klargöra att hen avser att ge en enkel licens vid äventyr av att avtalet annars innebär ensamlicens.

Exemplet utvisar att avtalslagen har lett författaren på villovägar. Författaren borde ha konstaterat att avtalslagen inte behandlar frågan om fastställande av avtalets innehåll. Därefter skulle han ha vänt sig till rättspraxis och tagit del av de många avgörandena från Högsta domstolen som behandlar fastställande av avtalsinnehåll¹⁴ samt läst litteratur om fastställande av avtalsinnehåll.¹⁵ Då hade författaren kommit ihåg att det är många faktorer som kan vara relevanta för att avgöra om det är fråga om en enkel licens eller ensamlicens. Nu fastnar han istället i den begränsande argumentationen om vilken part som måste ha insett vad om motpartens insikter och vem som borde ha klargjort vad för vem. Därigenom begränsade han den rättsliga analysen till en alltför snäv ram.

Det är angeläget att avtalsrätten är användarvänlig, dvs. underlättar för advokater och domare att hitta rättsregler och inte leder dem på villovägar.¹⁶ Avtalslagen bidrar till att svensk avtalsrätt inte är användarvänlig.¹⁷

14. NJA 1919 s. 359, NJA 1921 s. 511, NJA 1931 s. 483, NJA 1937 s. 312, NJA 1941 s. 150, NJA 1941 s. 393, NJA 1942 s. 346, NJA 1948 s. 620, NJA 1950 s. 86, NJA 1951 s. 765, NJA 1954 s. 573, NJA 1957 s. 69, NJA 1959 s. 590, NJA 1961 s. 738, NJA 1963 s. 683, NJA 1969 s. 409, NJA 1974 s. 573, NJA 1974 s. 660, NJA 1978 s. 223, NJA 1978 s. 628, NJA 1980 s. 46, NJA 1980 s. 398, NJA 1981 s. 323, NJA 1981 s. 1072, NJA 1983 s. 3, NJA 1983 s. 865, NJA 1984 s. 280, NJA 1984 s. 482, NJA 1986 s. 503, NJA 1986 s. 596, NJA 1989 s. 269, NJA 1992 s. 439, NJA 1987 s. 266, NJA 1987 s. 553, NJA 1988 s. 408, NJA 1998 s. 448, NJA 1989 s. 269, NJA 1989 s. 286, NJA 1989 s. 773, NJA 1990 s. 24, NJA 1992 s. 403, NJA 1992 s. 414, NJA 1992 s. 439, NJA 1993 s. 436, NJA 1994 s. 236, NJA 1995 s. 586, NJA 1996 s. 400, NJA 1996 s. 727, NJA 1997 s. 86, NJA 1997 s. 382, NJA 1998 s. 3, NJA 1998 s. 364, NJA 1999 s. 35, NJA 2001 s. 750, NJA 2005 s. 142, NJA 2006 s. 53, NJA 2007 s. 35, NJA 2007 s. 962, NJA 2009 s. 672, NJA 2010 s. 416, NJA 2010 s. 559, NJA 2011 s. 600, NJA 2012 s. 3, NJA 2012 s. 597, NJA 2012 s. 725, NJA 2012 s. 1095, NJA 2013 s. 253, NJA 2013 s. 271, HD: s dom 2014-12-23 T 511-13; HD: s dom 2015-01-27 T 404-13.

15. T. ex. analyserna av rättspraxis rörande fastställande av avtalsinnehåll i A Adlercreutz & L Gorton, *Avtalsrätt II*, 2009, eller J Ramberg & C Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2014, kap. 8-10.

16. Se om begreppet *the user-unfriendly interface of law*, C Ramberg, *The practitioners' problems in finding the law relating to CISG – Hardship, defect goods and standard terms*, in *Scandinavian Studies in Law*, Stockholm 2012.

6. Nackdelarna med en ny avtalslag

Ett sätt att skapa en användarvänlig avtalsrätt är att göra rättsreglerna tillgängliga i en modern avtalslag. När jag såg UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts första gången 1994 önskade jag lagstiftning av lika informativt slag i Sverige. I takt med att Holland och alla östeuropeiska länder fick moderna avtalslagar, blev jag alltmer övertygad om att Sverige också förtjänar en modern lagstiftning. Jag stärktes ytterligare i min övertygelse när till och med Frankrike överväger att modernisera sin snudd på heliga Code Civil. Jag har varit en stark förespråkare för en ny modern svensk avtalslag och i nästan tjugo år argumenterat för att svenskt näringsliv behöver en avtalslag som adresserar de frågor som det moderna affärslivet ger upphov till.¹⁸ Men jag har nyligen ändrat mig.

Det finns flera nackdelar med en ny avtalslag:

- 1) Det kommer att ta lång tid att skriva en ny avtalslag.
- 2) Det kommer att krävas omfattande resurser att skriva en ny avtalslag.¹⁹
- 3) En ny avtalslag kommer att innehålla dåliga kompromisser.²⁰
- 4) Det är omöjligt att besvara alla frågor.
- 5) En ny avtalslag leder till stagnation.
- 6) En ny avtalslag kommer sannolikt att vara mycket abstrakt och fördunkla förutsebarheten.
- 7) Det kommer att uppstå osäkerhet om vad av äldre rättsfall och doktrin som fortsatt har aktualitet.²¹
17. Torgny Håstad anser i denna bok kapitel 8.6 att avtalslagen skulle kunna omformas och kompletteras av pedagogiska skäl. Johan Gierens uttalar i denna bok kapitel 15.8: »Samordningen av disse til dels motstridende kildene vil gi en stadig mer spennende hverdag for nordiske jurister.« Jag antar att han med »spennende hverdag« ironiskt syftar på onödigt svårt och tidsödande arbete med stor osäkerhet. Torsten Iversen påpekar i denna bok kapitel 16.2 att det finns reson i uttalanden att avtalslagen inte är pedagogisk men han anser att lagen inte är skriven för att tjäna som pedagogisk förebild.
18. Avtal om abort – pactum turpe? I *Avtalslagen* 90 år, Ed Boel Flodgren m.fl., 2005; En ny avtalslag, i SvJT 2011 s. 32-56; Kurt Grönfors in memoriam, Svensk Juristtidning 2005 s. 1120; Mot en gemensam europeisk civillagstiftning, Svensk Juristtidning 2004, s. 459-474; Internationalisering av svensk avtalsrätt – Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Juridisk Tidskrift 1995/96 s. 655-669.
19. Se Torsten Iversen i denna bok kapitel 16.1.
20. Se Torsten Iversen i denna bok kapitel 16.1.
21. Se Jan Kleinerman i denna bok kapitel 17.2.

- 8) Nordisk rättslikhet missgynnas av en ny lag eftersom vi aldrig skulle kunna enas om en ny gemensam nordisk avtalslag.²²
- 9) Essensen av användarvänlig lagstiftning är en allomfattande, sammanhållna struktur som förutsätter att användaren behåller samtliga regler för att kunna tillämpa en enskild regel.²³ Sådana strukturer leder i praktiken till ett särskilt prästerskap av jurister som investerar tid i att lära sig behärska hela avtalsrätten och därigenom tillhör det fåtal som har kompetens att tillämpa den.²⁴

Nackdelarna med en ny avtalslag har framkommit tydligt i den internationella debatten om att införa en internationell konvention om allmän avtalsrätt.²⁵ De som anser att det är olämpligt med en konvention pekar framför allt på att konventionen skulle bli föremål för kompromisser (dålig kvalitet) och att konventionen skulle vara svår att ändra (stagnation).

7. Lagstiftning kontra lagen – eller med andra ord; rättsregler i lagstiftning och andra rättsregler

Det är ganska vanligt att det finns för mycket lagstiftning och för många lagar. Ett sådant exempel är köprätten. I Sverige finns för närvarande fem köp-

22. Se Johan Gierstens bidrag i denna bok kapitel 15.4 om hur det nordiska lagstiftnings-samarbetet har misslyckats beträffande konsumentdirektivet.

23. JA Miller, Indeterminacy, complexity & fairness, [1993] Washington LR 68, 1, 17. Se även A Stumpf Morrison, Case law, systematic law, and a very modest suggestion, *Statute Law Review* 35(2), 159-180, på s. 171.

24. Roscoe Pound observerade att ursprunget till den juridiska professionen kan spåras till prästerskapet i det antika Grekland, Rom, Indien och Irland, R Pound *Jurisprudence* (1959) vol. 3, s. 441-45.

25. Förslaget lanserades av Schweiz i UNCITRAL 2012. Se bl.a. <http://www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/45th.html>; www.state.gov/s/c3452.htm; www.uncitral.org/pdf/english/congress/Bonell.pdf; <http://www.epln.law.ed.ac.uk/2012/05/18/switzerland-proposes-future-work-by-uncitral-on-international-contract-law/>. Se även G Herrmann, Towards a global commercial code for borderless commerce: Global commerce needs global law (Outline of a paper presented at the 10th Biennial Meeting of the International Academy of Commercial and Consumer Law, Dickinson School of Law of the Pennsylvania State University, August 9-13, 2000); O Lando, CISG and its followers: A proposal to adopt some international principles of contract law, i W Kierunki *Europeizacji Prawa Prywatnego, Księga Pamiątkowa Dedykowana Profesorowi Jerzemu Rajskiemu, Towards Europeanization of Private Law, Essays in Honour of Jerzy Rajki*, 2007, s. 575-93.

lagar (köplagen, konsumentköplagen, CISG, jordabalken kap. 4 och 9 § skuldebrevslagen). Det är enligt min åsikt fyra lagar för många om en enda avtalstyp. Dessutom pågår diskussioner i EU som kan medföra att vi får en sjätte (!) köplag (CESL). En sådan överreglering medför svårigheter att göra vilken köplag som är tillämplig och tar fokus från lösningen på det rättsliga problemet.²⁶ Detta är särskilt olyckligt eftersom köplagarna i stort sett har samma materiella innehåll.

Motsatsen till för mycket lagstiftning är ingen lagstiftning alls. För den allmänna avtalsrättsens del kan man i praktiken säga att det inte finns någon lagstiftning eftersom avtalslagen i princip är obsolet (se ovan). Är avsaknaden av lagstiftning ett problem? Jag hävdar att det inte är ett problem.²⁷

Först måste vi påminna oss att »rätten« är mer än lagstiftning. Det finns mängder av normer som inte kommer till uttryck i lagstiftning. I den allmänna avtalsrätten vimlar det av exempel på sådana normer, t.ex. regler om culpa in contrahendo och om fastställande av avtals innehåll. Anledningen till att denna självklarhet behöver en påminnelse, är att vi i Norden uppfattar oss mestadels som *civil law*-länder, dvs. länder som i likhet med Tyskland är baserade på lagstiftning där rättspraxis och andra rättskällor har underordnad betydelse. En viktig skillnad är emellertid att de nordiska länderna inte har civilkoder. I Norden är lagar sidoordnade. De nordiska länderna har alltså inte en hierarkisk lagstiftningsstruktur med »hög« regler som gäller allmänt och »mittenmellanhöga« regler som gäller mer specifikt och »låga« regler som gäller mer specifikt.

I anglo-amerikansk rätt finns inga lagstiftade regler om allmän avtalsrätt. Det har aldrig funnits.²⁸ Erfarenheten i USA är att vissa områden inte lämpar

26. P K Howard, *The Death of Common Sense: How Law is Suffocating America*, 1995. Se även http://www.ted.com/talks/philip_howard.

27. Torsten Iversen påpekar i denna bok kapitel 16.2 att det från pedagogisk synvinkel är relativt ofarligt att något *inte* är reglerat i lagen.

28. USA har inte ens en fullständig köplag. Det finns en modellag som heter *The Uniform Commercial Code (UCC)*. Om den har sagts (J O Honnold, *The Influence of the Law of International Trade on the Development and Character of English and American Commercial Law*, in *The Sources of the law of international trade*, 70, 83 (C.M. Schmittoff ed; 1964): "[the U.C.C.] is perhaps as well named as the Holy Roman Empire, for it is neither "commercial" nor a "code" in the traditional continental sense, nor even strictly speaking, "uniform" throughout the United States. Se även, *Uniform Commercial Code, Revised Article 1, General Provisions 2 (ALI Members Consultative Group Draft February 2000)*: "The Uniform Commercial Code is not intended to be a comprehensive Code in the civil law tradition. Rather it was drafted against the backdrop of existing bodies of law, including the common law and equity, and relies on those bodies of law to supplement its provisions in many important

sig för lagstiftning.²⁹ Hur är det möjligt att dessa rättsordningar – som ofta har principen om förutsebarhet som en central målsättning – fungerar effektivt utan lagstiftad avtalsrätt?³⁰

Rättspraxis som rättskälla har fördelen att den inte leder till lika hög grad av komplexitet som lagstiftad rätt. Rättspraxis som alternativ till lagstiftad rätt anklagas ofta för att vara komplex, men användarna i anglo-amerikansk rätt uppfattar sitt rättssystem som relativt lättillgängligt.³¹ Rättspraxis strävar inte efter att konstruera ett i förväg komplett systematiskt ramverk av regler. Det finns inga korsreferenser i rättspraxis och nästan inga definitioner av begrepp. Detta leder till att rättspraxis inte bygger upp samma grad av komplexitet som lagstiftning.³²

En ytterligare fördel med rättspraxis som rättskälla är att den är enklare att modifiera än lagstiftning. När det är aktuellt med revisioner av lagstiftning krävs att den nya eller modifierade regeln passar in i helheten. Risken med revisioner är att hela systemet brakar ihop, likt att försöka dra en tandpetare från en tandpetarskulptur utan att hela konstruktionen faller ihop.³³ Därför finns en inneboende tröghet att göra förändringar eller tillägg, vilket avtalsla-

ways. At the same time, the [U.C.C.] is the primary source of commercial law in areas that it governs." Se även R M Buxbaum, Is the Uniform Commercial Code a Code?, in *Rechtrealismus, Multikulturelle Gesellschaft und Handelsrecht* 197 (U Drobnig & M Rehbinder eds. 1994).

29. K Loken, A new global initiative, *Villa Nova Law Review* (Vol. 58: p. 509, 518, 2013).

30. Det är svårt att avgöra vad som är bäst; lag eller allmänna principer (rättsfallsbaserad rätt). R van Gestel & MC Menting, Ex ante evaluation and alternatives to legislation, *Statute Law Review* 32(3), 209-226 (s 218) »: ... too often legislation was chosen as the preferred option, even before it was clear whether the problem could be solved through regulatory intervention and, if so, what possible alternatives to legislation might be applicable.« ; M Radaelli and F DeFrancesco, Regulatory quality in Europe 2007, har kommit fram till att »the choice between regulatory alternatives in practice usually depends more on specific organizational habits and institutional culture rather than on rational choices.«

31. A Stumpff Morrison, *Case Law, Systematic law, and a very modest suggestion*, *Statute Law Review* 35(2), 159-180 på s. 161 f.

32. Det finns många exempel på komplex och otillgänglig lagstiftning. Se A Stumpff Morrison, *Case Law, Systematic law, and a very modest suggestion*, *Statute Law Review* 35(2), 159-180 på s. 165 ff. och s. 170. Naturligtvis försöker domstolar använda ett konsekvent språk, men det är något helt annat än legaldefinitioner eftersom domstolens begrepp inte på något sätt är bindande och inte heller blir föremål för ingående teleologiska efterforskningar av sin djupare innebörd.

33. A Stumpff Morrison, *Case Law, Systematic law, and a very modest suggestion*, *Statute Law Review* 35(2), 159-180 på s. 179 f.

gen från 1915 är ett utmärkt exempel på. Rättspraxis är alltså mer flexibel än lagstiftning.³⁴

Ole Lando förespråkar, å propos frågan om en internationell avtalsrättslig konvention, en mellanlösning av lagstiftning och rättspraxis genom att införa några få generella avtalsrättsliga principer (åta stycken, t.ex. om avtalsfrihet, avtalsbundenhet, formfrihet, lojalitet och tillitsprincipen). Han motiverar detta med att generella principer är mer motståndskraftiga mot samhälleliga förändringar än detaljerade paragrafer.³⁵

När normerna finns i rättspraxis – och inte i lagstiftning – behöver användaren av normerna inte först dechiffrera ett komplext totalsynkroniserat system av definitioner och referenser. Användaren behöver endast göra två saker; identifiera och förstå den grundläggande principen och identifiera de rättsfall som ligger närmast användarens aktuella problem. Det behöver inte vara särskilt svårt om det finns ett system som gör det enkelt att identifiera relevanta rättsfall. Ett normsystem baserat på rättspraxis är alltså enklare tillgängligt än lagstiftning.³⁶

Rättspraxis strävar inte efter att vara heltäckande. Lagstiftning kan inte i förväg täcka in varje möjlig situation, men ger tyvärr ofta det felaktiga intrycket att så är fallet, vilket medför att användaren »läser in« mer i lagtexten än vad som faktiskt står där.³⁷ Avtalslagen är ett exempel på detta.

34. KP Berger, *Formalisierte Order »Schleichende« Kodifizierung Des Transnationalen Wirtschaftsrechts*, (Formalized or creoeing codification of international commercial law), 1996, not 15, kapitel 4 ff.

35. Ole Lando, CISG and its followers: A proposal to adopt some international principles of contract law, i W Kierunki Europeizacji Prawa Prywatnego, Klesga Pamiatkowa Dedykowana Profesorowi Jerzemu Rajskiemu, Towards Europeanization of Private Law, *Essays in Honour of Jerzy Rajksi*, 2007, s. 575-93. Se även Torsten Iversen i denna bok kapitel 16.4 om behovet av att lagfästa huvudprinciper.

36. Andrew Stumpff Morrison, *Case law, systematic law, and a very modest suggestion*, *Statute Law Review* 35(2), 159-180 på s. 172. Stumpff Morrison tillägger att normer genom rättspraxis minskar risken för uppkomsten av juridiska prästerskap.

37. Andrew Stumpff Morrison, *The law is a fractal: The attempt to anticipate everything* [2013] *Loyola U Chicago LJ* 44. Vissa anser att lagstiftad rätt med detaljerade regler är mest lättanvända eftersom den ger användaren kunskap i en korfattad och systematisk form. Se t.ex. J Ehrlich & RA Posner, *An economic analysis of legal rulemaking* [1974] *JLS* 3, 257, s. 271: »Judge-made precedent is more costly to learn«, och på s. 274: »imputing to lawyers hostility to statutory, as opposed to common law, regimes, because the former are more accessible and hence less likely to create need for legal assistance – a view that would surely inspire laughter in the tax bar«. Rättsfilosofen John Austin argumenterade kraftfullt för att rätten skulle vara systematiskt ordnad genom lagstiftning eftersom den – till skillnad från en rätt baserad på rättspraxis –

Detta är några av förklaringarna till att anglo-amerikansk rätt baserad på rättspraxis är välfungerande, trots att rättspraxis inte är auktoritativt bindande på samma sätt som lagstiftning.³⁸

I Sverige har rättspraxis blivit den dominerande rättskällan på avtalsrätts området. Högsta domstolen har successivt övertagit rollen som normgivare, vilket bland annat visar sig i Högsta domstolens domskäl som i allt högre grad formulerar abstrakta regler och därefter tillämpar dem på den individuella tvisten.³⁹

Tre exempel på moderna domar med tydligt formulerade rättsregler som inte följer av lagstiftning:

NJA 2013 s. 659 om kombinationsfullmakt: »Den som skapar en befogad tillit hos någon annan, om att han företräds av en behörig person i en viss avtalsituation, kan alltså bli bunden av personens handlande... Avgörande är de yttre förhållanden som härrör från huvudmannen och som tredje man har kunnat iaktta ... Vid bedömningen av om tredje man har kunnat hysa en befogad tillit i fråga om att det fanns en behörighet, får hänsyn tas till bl.a. vilket slags avtal det rör sig om, vilken verksamhet det gäller, hur vanligt förekommande avtalstypen är och vilka åtaganden avtalet innebär.«

NJA 2012 s. 1095 om culpa in contrahendo: »Mot den angivna bakgrunden kan det inte anses finnas något absolut hinder mot att lägga allmänna lojalitetshänsyn till grund för en rätt till ersättning enligt principerna om culpa in contrahendo också när det gäller fastighetsköp ... Har en köpare av oaktasamhet skapat en befogad men i sak oriktig tillit hos säljaren om att ett bindande avtal om fastighetsköp har ingåtts eller kommer att ingås och har säljaren drabbats av kostnader eller annan skada därför att han har handlat på grundval av denna tillit, så bör det – beroende på de närmare omständigheterna – kunna medföra skyldighet att utge skadestånd enligt tillisintresset. Motsvarande ansvar bör en säljare ha.«

NJA 2011 s. 600 om rätt att hålla inne prestation: »Samtidig utväxling av prestationerna är emellertid ofta inte möjlig vid avtal om tjänsteprestationer när tjänsten kräver viss tid att utföra. Huvudregeln vid sådana avtal är att rätt till betalning anses föreligga först när tjänsten har utförts. Enligt 41 § konsumenttjänstlagen är konsumenten, om inget annat av-

skulle vara mer vetenskaplig och den juridiska professionen därigenom befolkas av bättre personer, sådana som nu avskräcks från att bli jurister på grund av rättens »disgusting character« (J Austin, Lectures on Jurisprudence, 5th edn Robert Campbell, 1885, vol II, 680).

38. Ole Lando, CISG and its followers: A proposal to adopt some international principles of contract law, i W Kierunki Europeizacji Prawa Prywatnego, Kiesga Pamiatkowa Dedykowana Profesorowi Jerzemu Rajskiemu, Towards Europeanization of Private Law, Essays in Honour of Jerzy Rajksi, 2007, s. 575- 93: »... the rules, which do not go through a formalized codification procedure, will never possess the authority or provide the security and predictability that the black letter rules offer.«

39. De flesta jag talar med är positiva till Högsta domstolens rättskapande verksamhet, även om somliga uttryckt kritik, se bl.a. B Bengtsson, Om Högsta domstolens nya skrivsätt, JT 2012/13 s. 743.

talats, skyldig att betala vid anfordran sedan näringsidkaren utfört tjänsten. Bestämmelsen ger uttryck för den allmänna princip som gäller vid tjänsteprestationer.«

8. Fördelarna med lagstiftningslöshet

Jag anser numera att det bästa är att avtalsrätten är baserad endast på rättspraxis, dvs. att rättspraxis utgör källan till normerna.⁴⁰ Fungerar det i England och USA så kommer det att fungera i Sverige. En sådan ordning skulle underlätas av att avtalslagen formellt upphävs, så att ingen av misstag läser i avtalslagen och felaktigt tror att det går att hitta svar i den.

Ett problem är att Sverige ännu inte har utvecklat sofistikerade metoder och verktyg för att tillämpa rättspraxis som rättskälla. Studenterna får inte tillräcklig träning i case law-metoden. Inom svensk forskning skrivs det alltför lite om prejudikatläran. Även om Högsta domstolen har formulerat avtalsrättsliga normer, saknas erfarenhet och metoder att tillämpa dem.⁴¹

Efter att avtalslagen har upphört att gälla som lagstiftning kan det vara lämpligt att utforma ett *Restatement* för svensk avtalsrätt.⁴² För avtalsrätten i USA finns *The Restatement (Second) of the Law of Contracts* från 1979.⁴³ Det är ett av de mest erkända och mest citerade verken i amerikansk rätt. Det ingår som kurslitteratur för alla förstaårsstudenter på juristutbildningarna.

I korthet är ett *Restatement* en sammanställning av rättspraxis som inte är bindande för domstolen men ändå har stor legitimitet eftersom det har utförts under lång tid med input från professorer, advokater och domare. Ett *Restatement* syftar till att återspegla juridisk konsensus. Det består av »black letter« principer, illustrationer till varje princip och »notes« som återger den diskussion som ligger till grund för principen. Genom att citera relevanta delar ur *Restatement* kan en advokat enkelt uppmärksamma domaren på sammanfattningen av rättsläget och domaren kan i sin tur fatta ett informerat beslut om hur normerna ska tillämpas på det aktuella fallet. En principiellt viktig

40. Jan Kleinman ställer sig i denna bok kapitel 17.4 positiv till att avtalsrätten utvecklas genom rättspraxis.

41. Jag har fått förmånen att under våren 2015 i Oxford specialstudera hur engelsk rättspraxis fungerar som rättskälla för avtalsrätten och »överbära« det som är relevant för svenskt vidkommande.

42. I denna bok kapitel 20.4 föreslår Lena Sisula-Tulokas något snarlikt; en nordisk avtalsrättslig databas.

43. Det finns fyra U.S. *Restatements of the Law* som utformas av American Law Institute (en organisation bestående av 3 000 medlemmar som är domare, juridiska akademiker och praktiserande jurister).

tig skillnad mellan ett *Restatement* och en lag, är att användaren inte kan dra slutsatser från hur ett *Restatement* är strukturerat på samma sätt som användare ofta gör beträffande en lag.

Restatement of Contract Law i USA ger advokater och domare m.fl. ett *user-friendly interface* till avtalsrätten.⁴⁴ Fördelarna med *Restatement* är:

- 1) Det ger en struktur.
- 2) Reglerna kan utformas utan dåliga kompromisser eftersom dynamiken av annorlunda vid utformning av *soft law instruments* än vid utformningen av lagtext.⁴⁵
- 3) Ett *Restatement* kan kompletteras och ändras utan de omständliga procedurer som lagändringar medför.
- 4) Det är användarvänligt, dvs. enkelt att förstå (det ser ut som lagparagrafer men det är inte formellt sett paragrafer som antagits av någon riksstad eller liknande).
- 5) Ett *Restatement* kommer att medföra förutsebarhet om det har tillräcklig legitimitet.
- 6) Med ett *Restatement* skulle inte allt gammalt kastas bort. Äldre rättsfall och doktrin skulle fortsatt ha relevans.
- 7) Högsta domstolen har frihet att avvika från *Restatement* om det visar sig att en regel inte är lämplig i ett konkret fall.

Det förekommer kritik mot det amerikanska systemet med *Restatements*. Kritiken handlar inte främst om den *form* i vilken reglerna förekommer (lagstiftning eller som *Restatement*) utan om *innehållet* i reglerna. Kritiken går främst ut på att författarna till *Restatements* tillhör samhällseliten, att innehållet i principerna är konservativt, att *Restatements* endast återger existerande normer och därför inte är tillräckligt progressivt och reformvänligt, att de är alltför inåtvända mot den isolerade juridiken utan hänsyn till empiriska fakta från »den verkliga världen» samt att *Restatement* bygger på en falsk föreställning

44. GE Maggs, Ipse Dixit: The Restatement (Second) of Contracts and the Modern Development of Contract Law, 66 Geo. Wash. L. Rev. 508 (1998), analyserar om domstolar bör följa *Restatement* och konkluderar att följsamhet har fler fördelar än nackdelar.

45. A Veneziano, Soft law approach, Villanova L. Rev. Vol. 58: p. 521, 524, 2013, beskriver det (med referens till J M Perillo, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, The black letter test and review, 63 Ford L. Rev. 281, 284 (1994)): »The informal method minimized the political constraints and shifted the focus to the reasonability and economic soundness of the proposed rules.» Se även J van der Sluijs, Soft law-reglering av försäkringsrätten, JT nr 2 2010-11 s. 320 f.

om rationalitet. Det finns också kritik mot att *Restatements* är alltför progressivt.⁴⁶

9. Politiska aspekter

I Sverige finns en föreställning om att rättsregler som inte härrör från Sveriges riksstad (eller EU) lider av ett demokratiskt underskott. Man kan alltså framföra politiskt laddade argument mot en avtalsrätt baserad på rättspraxis. Typiskt sett skulle liberala och anarkistiskt lagda personer föredra rättspraxis, under det att socialistiskt och kommunistiskt lagda personer skulle föredra lagstiftning.

När det saknas lagstiftning, är det självklart att maktodelningsläran medger att Högsta domstolen skapar rättsregler. Här diskuterar jag hur det *bör* se ut i framtiden på avtalsrättens område; *bör* vi eftersträva mer lagstiftning eller är det *lämpligare* att lagstiftaren genom att vara passiv överlåter regelskapandet till Högsta domstolen?

Jag tror inte att man vinner något på att anlägga politiska perspektiv på förmen för avtalsrättsliga normer. För det första är avtalsrätten redan idag i praktiken baserad på rättspraxis. För det andra kan man knappast hävda att England, USA, Australien m.fl. länder lider av ett allvarligt demokratiskt underskott. För det tredje är avtalsrätten utanför konsumentområdet i hög grad »*the lawyer's law*», dvs. politiskt ointressant, vilket utvisas bland annat av att lagstiftaren inte ägnat minsta lilla intresse åt området sedan 1976 då 36 § avtalslagen infördes.⁴⁷ Därför är det okontroversiellt att den kommersiella avtalsrättens normbildning sker genom rättspraxis istället för lagstiftning.

Frånvaron av lagstiftning innebär inte att avtalsrätten lämnas helt i de liberala marknadskrafternas händer. Det är alltså inte fråga om självreglering. Högsta domstolen kommer att fungera som uttryckare av de allmänna avtalsrättsliga principerna som – i likhet med avtalslagen från 1915 – endast delvis har sitt ursprung i handelsbruk.

46. Se för en sammanfattning av kritiken, K David Adams, Blaming the Mirror: The Restatements and the Common Law, 40 Ind. L. Rev. 205 (2007). Klaus Peter Berger anser att även *Restatements* är alltför inflexibla och leder till att juridiken stagnerar, se KP Peter Berger, Formalisierte Order »Schleichende« Kodifizierung Des Transnationalen Wirtschaftsrechts, (Formalized or creeping codification of international commercial law), 1996, not 15, kapitel 4 ff.

47. Jag anser inte att avtalsrättsliga konsumentskyddslagar (som t.ex. distans- och hemförsäljningslagen) ska avskaffas.

Även om man inte ska politisera frågan i onödan, är det värt att påpeka att makten över avtalsrätten idag ligger hos rättsvetenskapen och i ökande grad hos Högsta domstolen.⁴⁸ Om dessa båda makthavare i framtiden skulle missbruka sin makt över avtalsrätten, är det enkelt för riksdagen att återta makten genom korrigering av lagstiftning.

10. Avslutning

Jag förespråkar sammanfattningsvis att Sverige upphäver avtalslagen från 1915 utan att ersätta den med ny lagstiftning. Jag förespråkar vidare att Sverige utformar en avtalsrättslig *Restatement* med USA som förebild.

I syfte att underlätta för praktiserande jurister har jag utformat en restatementsliknande översikt av svensk avtalsrätt – på www.avtalslagen2010.se. Jag tycker att den har ett användarvänligt interface.⁴⁹ Många advokater och domare har sagt att de har stor nytta av denna websida i sitt dagliga arbete. Websidan har flera tusen besök i månaden av i genomsnitt 1 500 unika användare per månad.⁵⁰ Intill dess att Sverige har avskaffat avtalslagen från 1915 och utarbetat en officiell *Restatement* av svensk avtalsrätt, hoppas jag att www.avtalslagen2010.se kan bidra till att förenkla för praktiskt verk samma jurister att få snabb kunskap om de svenska avtalsrättsliga normerna.

48. Se Mads Bryde Andersens bidrag i denna bok kapitel 3.3.5 b om maktperspektivet. Se även Johan Giersten i denna bok kapitel 15.6 om professorsrätt.
49. Se även Nordic Restatement of Contract Law, [http://pure.au.dk/portal/en/projects/nordic-restatement-of-contract-law\(781f202f-ad56-47ec-95c7-485d7d78c42d\).html](http://pure.au.dk/portal/en/projects/nordic-restatement-of-contract-law(781f202f-ad56-47ec-95c7-485d7d78c42d).html).
50. Hårtill kommer de som använder Avtalslagen 2010 via rättsdatabasen Zeteeo.