

Studies in Management and Economics, Dissertations
No. 61

ACTA IURIS LINCOPENSIS No. 2

**Den avtalsgrundade lojalitetsplikten
– en allmän rättsprincip**

Anders Holm

2004

Avdelningen för Rätt och rättsfilosofi
Linköpings universitet

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip

© Anders Holm, 2004
andho@eki.liu.se

1:a upplagan, 2:a tryckningen (2005)

ISBN: 91-7373- 976-6
ISSN: 0347-8920

UniTryck, Linköping

Distribueras av:
Linköpings universitet
Ekonomiska institutionen
581 83 Linköping
Tel: 013 281000
Fax: 013 281873

Förord

På denna plats vill jag tacka min handledare Bo H. Lindberg för hjälpen. Han är mycket beläst och har gett nya infallsvinklar, vilka varit till nytta vid skrivandet. Vid sidan av Bo är det flera som bör nämnas. Ett särskilt tack riktas till Ingrid Arnesdotter för hennes råd avseende såväl avhandlingens struktur som dess språkliga utformning. Hon har varit vänlig att läsa och kommentera ett utkast till detta arbete.

Det kan i efterhand vara svårt att erinra sig varifrån ens idéer kommer. Under årens lopp har, såväl idéer som motargument, traderats från skilda håll. Hans Stenberg, Johan Wessén, Jan Kellgren och Andreas Norlén har, vid sidan av Ingrid och Bo, varit deltagare i olika seminarier och bidragit med ofta helt skilda perspektiv. Dessa seminarier har varit givande förmodligen tack vare att konsensus sällan har behagat infinna sig.

Det finns därutöver fler av mina kollegor som bidragit med idéer och handfast hjälp i olika sammanhang, men jag nämner inte er alla här med undantag för Johannes Lerm som hjälpte mig med den tyska översättningen. Utöver ovanstående vill jag även passa på att tacka några externa idégivare, Stefan Lindskog och Kai Krüger, vilka varit vänliga och kommit med såväl idéer som saklig kritik vid olika stadier av detta arbete.

Sist men inte minst vill jag tacka de som står mig allra närmast och som stöttat mig på olika sätt. Det är min fru Karin och mina två söner Oscar och Henrik samt mina föräldrar Elvy och Gunnar. Nu kommer jag att ägna mer tid åt er!

Linköping, den 5 maj 2004.

Anders Holm
andho@eki.liu.se

"Utan tvivel är man inte riktigt klok."¹

¹ Dessa kloka ord formulerades av Linköpingssonen Tage Danielsson. De passar väl in i detta sammanhang, särskilt med tanke på vad som framkommer nedan i avsnitt 6.2.5.

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1	INLEDNING OCH BAKGRUND	1
1.1	EN AVTALSGRUNDAD LOJALITETSPLIKT	2
1.2	SYFTE	4
1.3	VETENSKAPLIGT FÖRHÅLLNINGSSÄTT	5
1.4	AVGRÄNSNINGAR	7
1.5	DISPOSITION	8
1.6	NÄRMARE OM FÖRETEELSE OCH BEGREPP: LOJALITET	9
1.6.1	<i>Etymologi, betydelse och företeelse</i>	9
1.6.2	<i>Lojalitet och tillit – två sidor av mänsklig interaktion</i>	11
1.6.2.1	<i>Vikten av tillit vid transaktioner</i>	13
2	DEN DYNAMISKA FÖRSTÅELEN AV AVTALSRÄTTEN	15
2.1	PRIVATAUTONOMI	16
2.2	AVTALSBUNDENHET	20
2.2.1	<i>Ekonomiskt grundade ifrågasättanden av avtalsbundenheten</i>	21
2.3	INRIKTNING MOT FORM: AVPERSONALISERING OCH ISOLERING	24
2.3.1	<i>Motreaktioner: ett ökande intresse för avtalets innehåll och dess samhälleliga kontext</i>	28
2.3.1.1	<i>Ekvivalensprincipen</i>	29
2.4	SYSTEMATISKT SYNSÄTT	32
2.4.1	<i>Särskilt om dikotomin inom- respektive utomobligatoriskt ansvar</i>	33
2.5	SAMMANFATTNING AV DE AVTALSRÄTTSLIGA FÖRUTSÄTTNINGARNA FÖR LOJALITETSPRINCIPEN	42
3	AVTALSLOJALITET ÖVER TID OCH RUM	44
3.1	NÅGRA KONTINENTALEUROPEISKA FÖREGÅNGARE RESPEKTIVE MOTSVARIGHETER TILL LOJALITETSPRINCIPEN	44
3.1.1	<i>Bona fides i romersk rätt</i>	44
3.1.1.1	<i>Något om den romerska rättsutvecklingen</i>	44
3.1.1.2	<i>Expansion och sekularisering</i>	46
3.1.1.3	<i>Rättsprocessens viktiga betydelse</i>	47
3.1.1.4	<i>Pretorns respektive domarens roll</i>	48
3.1.1.5	<i>Ius honorarium</i>	49
3.1.1.6	<i>Bonae fidei iudicia</i>	50
3.1.2	<i>Nutid</i>	52
3.2	ARISTOTELES EPIEIKEIA – OM ANSVARSFULL TOLKNING	58
3.2.1	<i>En idéhistorisk utflykt</i>	58
3.2.2	<i>Idéer om balans</i>	60
3.3	NÅGOT OM UTVECKLINGEN ANGÅENDE BILLIGHET I SVENSK AVTALSRÄTT I ALLMÄNHET OCH LOJALITETSKRAVET I SYNNERHET	64
3.3.1	<i>Modern tid</i>	67
3.3.2	<i>Framväxten av lojalitetsprincipen</i>	81

4	LOJALITETSPRINCIPEN: EN RÄTTSDOGMATISK EXPOSÉ	86
4.1	LOJALITET OCH PREKONTRAKTUELLT ANSVAR	86
4.1.1	<i>Prekontraktuell passivitet och reklamationsregler</i>	88
4.1.2	<i>Avtalslagen 30, 31 och 33 §§</i>	88
4.1.3	<i>Något om upplysningsplikt vid köp</i>	92
4.1.4	<i>Culpa in contrahendo – andra fall av oaktsamt uppträdande före eller i samband med ingående av avtal</i>	94
4.1.5	<i>Förhandling under falska förespeglingar</i>	100
4.1.6	<i>Något om informationsmottagarens skyldigheter</i>	101
4.2	LOJALITET OCH MÖJLIGHETER TILL AVTALSREVISION EFTER AVTALSINGÅENDET	102
4.2.1	<i>36 § avtalslagen</i>	102
4.2.2	<i>Illojal passivitet</i>	105
4.2.3	<i>Förutsättningsläran</i>	106
4.3	LOJALITETSFÖRPLIKTELSE – KONKRET FÖRPLIKTELSEUTFYLLNAD INTER PARTES	110
4.3.1	<i>Kontraktuellt ansvar – några hållpunkter</i>	111
4.3.2	<i>Konstruktionen av inomobligatoriska biförpliktelser</i>	113
4.3.2.1	<i>Något om dikotomin huvud- respektive biförpliktelse</i>	113
4.3.2.1.1	<i>Huvudförpliktelse</i>	113
4.3.2.1.2	<i>Biförpliktelse</i>	113
4.3.3	<i>Varför regleras inte dessa förpliktelser i avtalen?</i>	118
4.3.4	<i>Rättsdogmatiska taxonomier avseende utfyllnad av ofullständiga avtal</i>	120
4.3.4.1	<i>Naturalia negotii</i>	120
4.3.4.2	<i>Svensk rätt och lex mercatoria</i>	123
4.3.5	<i>Förklaringar/rättfärdiganden avseende avtalsutfyllnad</i>	125
4.3.5.1	<i>Särskilt angående förtroendeuppdrag respektive professionella uppdragsavtal</i>	130
4.4	INOMBLIGATORISKA LOJALITETSFÖRPLIKTELSE – EXEMPLET KONKURRENSFÖRBUD	135
4.4.1	<i>Lojalitetsplikt i anställningsförhållanden – några utmärkande drag</i>	135
4.4.1.1	<i>Plikten att undvika skadliga bisysslor</i>	139
4.4.2	<i>Särskilt om lojalitetskränkande konkurrens</i>	141
4.4.2.1	<i>Lojalitetsbegränsningar: konkurrens- och skälighetskrav</i>	142
4.4.2.2	<i>Konkurrensförbudet i anställningsförhållanden</i>	143
4.4.2.2.1	<i>Konkurrerande verksamhet: omfattning och tidsrelaterade aspekter</i>	145
4.4.2.3	<i>Något om förlängd lojalitetsplikt – konkurrensklausuler i anställningsförhållanden</i>	149
4.4.2.3.1	<i>Legala begränsningar av explicita lojalitetsförpliktelser</i>	150
4.4.2.4	<i>Medlemmarnas lojalitetsplikt i associationer: några generella drag angående några associationsformer och lojalitetsförpliktelser</i>	151
4.4.2.4.1	<i>Aktiebolag</i>	151
4.4.2.4.2	<i>Handelsbolag och kommanditbolag</i>	154
4.4.2.4.3	<i>Det enkla bolaget</i>	155
4.4.2.5	<i>Andra avtalstyper</i>	157
4.4.2.5.1	<i>Överlåtelseavtal</i>	157
4.4.2.5.2	<i>Avtal angående immateriella rättigheter</i>	164
4.4.2.5.3	<i>Exempel ur den heterogena kategorin ”uppdragsavtal”</i>	167
4.4.2.5.4	<i>Konkurrensspörsmål i kommersiella hyresförhållanden</i>	171
4.5	LOJALITET OCH TOLKNINGEN AV HUVUDFÖRPLIKTELSEN	172
4.6	UTOMBLIGATORISKA LOJALITETSFÖRPLIKTELSE?	175
4.7	SAMMANFATTNING AV DEN RÄTTSDOGMATISKA EXPOSÉN	179

5	LOJALITETSPRINCIPEN – EN ALLMÄN RÄTTSPRINCIP	182
5.1	NÅGOT OM NUTIDA FÖRHÅLLNINGSSÅTT TILL REGLER RESPEKTIVE PRINCIPER	183
5.1.1	Några vanligt förekommande argument mot bruket av övergripande principer i normgivning	184
5.1.2	Några vanligt förekommande argument för bruket av övergripande principer i normgivning	186
5.1.3	Något om rättssäkerhetsargumentet	187
5.2	ALLMÄNNA RÄTTSPRINCIPER – NÅGRA HÅLLPUNKTER	190
5.2.1	Kortfattad historisk återblick	190
5.2.2	Något om karaktären hos allmänna rättsprinciper	192
5.2.2.1	Allmän: avseende frekvens och omfång	192
5.2.2.2	Allmän: avseende abstraktionsgrad	194
5.2.2.3	Retorisk användning av allmänna rättsprinciper	196
5.3	SÄRSKILT OM LOJALITETSPRINCIPEN	197
5.4	KUNSKAPSTEORETISKA FÖRUTSÄTTNINGAR OCH DEN ALLMÄNNA RÄTTSPRINCIPEN – INDUKTION KONTRA DEDUKTION	199
5.4.1	Induktion	200
5.4.2	Deduktion	202
5.4.3	Kritik mot induktion och deduktion	203
5.4.4	Växelverkan mellan induktion kontra deduktion – abduction	206
5.4.5	Abduktion och lojalitetsprincipen	207
5.5	DE ALLMÄNNA RÄTTSPRINCIPERNAS LEGITIMITET AVSEENDE FORM OCH INNEHÅLL	209
5.5.1	Det formellt systematiska perspektivet	210
5.5.1.1	Strävan efter koherens	211
5.5.1.2	Behovet av flexibilitet	212
5.5.2	Det axiologiska perspektivet	214
5.5.2.1	Normativa strävanden	216
5.5.3	Särskilt om lojalitetsprincipen	219
6	PRINCIP OCH PARTIKULARITET – NÅGRA KUNSKAPSTEORETISKA REFLEKTIONER.....	223
6.1	INLEDNING	223
6.2	KUNSKAPSTEORETISK BAKGRUND	227
6.2.3	Episteme – den objektiva kunskapen	227
6.2.3.1	Episteme och en förment vetenskaplig reduktionism	231
6.2.3.1.1	Reduktionism: mer om exemplet ekonomi	233
6.2.4	Techne – teknik och konst	240
6.2.5	Praktisk klokhet, prudentia och fronesis – olika namn på en kunskapsform	247
6.2.5.1	Fronesis och strävan efter intersubjektivitet	251
6.2.5.2	Behovet av ett institutionellt perspektiv	254
6.2.5.3	Relativisering av den metodologiska individualismen	256
6.2.5.4	Instrumentell rationalitet respektive värderationalitet	258
6.2.5.5	Fronesis och tolkning – hermeneutik	262
6.2.6	De tre kunskapsformerna och lojalitetsprincipen	266

7	RESULTAT OCH SLUTSATSER.....	270
	ZUSAMMENFASSUNG.....	277
	KÄLLOR M.M.	287
	OFFENTLIGT TRYCK.....	287
	RÄTTSFALLSREGISTER – NORDISKA DOMAR	289
	LITTERATUR.....	291
	VISSA FÖRKORTNINGAR	315

1 Inledning och bakgrund

Vid i princip alla avtalsförhållanden tar respektive kontrahent en viss risk. Redan vid de inledande förhandlingarna, i den mån sådana förekommer, måste parterna utstå en viss riskexponering för att kunna nå fram till ett framgångsrikt utbyte. De riskerar exempelvis att bli lurade av oärliga medkontrahenter eller att inte få sina förväntningar uppfyllda av andra anledningar. Över tiden har samhällsbildningar på olika sätt försökt att skydda önskvärda beteenden respektive straffa oönskade beteenden i utbytessituationer. I samband med detta har det utvecklats normer av olika slag, vilka har kommit till uttryck i exempelvis sedvänjor och i regelsamlingar. Dessa normer har förmedlats via någon formell eller icke formell social *institution*.² Dessa institutioner har medverkat till att standardisera beteenden och överföra sedvänjor mellan generationer, vilket påverkat möjligheten att underlätta transaktioner samt upprätthålla en social ordning.

I det nutida sekulariserade samhället är det en av rättsordningens uppgifter att, vid partsoenighet, klargöra risk- respektive förpliktelsefördelningen i avtalsförhållanden. Denna uppgift för rättsordningen kan betraktas såsom ett utflöde av *Det stora rättsprojektet*, nämligen att skapa och upprätthålla fred, ordning och förutsättningar för mänsklig samverkan avseende försörjning och annat.³ Rättsordningen har med olika rättsliga medel försökt att respondera och ge ett rättsligt skydd i syfte att bättre möjliggöra de ovan nämnda utbytena. Bl.a. annat har ett stort antal normer skapats och förmedlats till medborgarna via parlament och domstolar. Flera av dessa normer har associerats med vad som, i såväl Sverige som våra nordiska grannländer, kommit att kallas *lojalitetsprincipen*. Denna princip förknippas med ett antal rättsnormer, vilka alla har något gemensamt, nämligen skyldigheten att ta en viss hänsyn till medkontrahenten inom ramen för avtalsförhållandet. Detta hänsynskrav visar sig dels när det gäller att möjliggöra och underlätta en riktig avtalsuppfyllelse,⁴ dels kan överenskommelsen i sig leda till att krav ställs på en allmän höjning av omsorgsgraden om den andres mer eller mindre avtalsassocierade intressen.⁵ Det senare kan betraktas såsom en förstärkning av, den för civiliserade samhällen obligatoriska principen, *neminem laedere*

² En institution kan exempelvis utgöras av familjen, en sammanslutning av marknadsaktörer, rättsordningen eller prästerskapet. Se mer om institutioner nedan, avsnitt 6.2.5.2, s. 254.

³ Se något om rättsordningens uppgift i allmänhet i Frändberg, s. 564.

⁴ Jfr Lindskog (2001), s. 79 ff. samt Ramberg & Ramberg, s. 39 f.

⁵ Jfr Bengtsson (1960), s. 25 f. Se även Kötz & Flessner, särskilt s. 120 ff. där s.k. collateral duties behandlas.

(skada ingen).⁶ Redan i den romersk-rättsliga kompilationen *Digesta* finner vi för övrigt följande sentens, vilken erinrar om lojalitetsprincipens syfte:

Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.

Rättens anvisningar är: att leva ärligt, att inte skada sin nästa och att ge var och en sitt.⁷

Denna sentens kanske upplevs föråldrad av någon – den har otvivelaktigt hög ålder. Frågan är dock om inte dess innebörd fortfarande har aktualitet. I det engelska rättsfallet *First Energy (UK) Ltd v Hungarian International Bank Ltd*, uttalade Lord Steyn följande: “*A theme that runs through our law of contract is that the reasonable expectations of honest men must be protected. It is not a rule or principle of law. It is the objective which has been and still is the principle moulding force of our law of contract*”⁸

1.1 En avtalsgrundad lojalitetsplikt

I en avtalsrelation kan det uppstå en tvist mellan parterna angående frågan om vilka förpliktelser som respektive part egentligen skall uppfylla. Den ena parten anser att det inte existerar några förpliktelser, utöver vad som uttryckligen har framkommit mellan parterna i samband med avtalsslutandet, medan den andra parten anser att en viss förpliktelse ändå måste anses underförstådd. I den mån denna tvist blir en rättslig tvist måste slutligen rättstillämparen avgöra denna fråga. I de fall där det, i första hand, handlar om att tolka en avtalstext blir givetvis den språkinriktade tolkningen central; denna bör dock inte användas isolerad.⁹ Den som är utsedd att slita tvisten måste vanligen även reflektera över avtalssituationens helhet, vilket kräver ett bredare förhållningssätt.

Som ovan har påpekats anses det, enligt svensk rätt, att en avtalspart har att visa viss hänsyn gentemot sin medkontrahent; de konkreta rättsliga uttryck som visar detta brukar sammanfattas under namnet lojalitetsprincipen. Vid utförandet av en avtalad prestation räcker det därför inte alltid med att endast utföra den *uttryckligen* avtalade prestationen.

⁶ Något om denna grundläggande princip i Coing, s. 194 f. Jfr Nicander s. 31.

⁷ Dig. 1, 1, 10 § 1. Denna citerade sentens har tolkats på fler skilda sätt genom åren. Meningens sista sats *Suum cuique* har exempelvis använts för att rättfärdiga ståndssamhället i Sverige under 1600-talet, se Modéer s. 127 f.

⁸ *First Energy (UK) Ltd v Hungarian International Bank Ltd* [1993] 2 *Lloyds Rep* 194, CA, Citat efter Collins (2002), s. 196.

⁹ Jfr exempelvis Ramberg & Ramberg, s.183.

Avtalsrelationen anses – även utan explicit reglering därom – frambringa en skärpt allmän aktsamhetsplikt.¹⁰ En avtalspart kan ställa krav på att medkontrahenten även skall prestera ett antal situationsbestämda konkreta s.k. biförpliktelser.¹¹ I doktrinen nämns bl.a. följande exempel på dessa, vilka vanligen benämns lojalitetsplikter: ”*informations- och upplysningsplikt, klargörandeplikt, tillsynsplikt, vårdplikt, omsorgsplikt, tystnadsplikt samt förbud mot konkurrerande verksamhet.*”¹²

Högsta domstolen har i ett antal rättsfall ålagt en part att erlægga skadestånd, därför att denne inte har uppfyllt någon av dessa lojalitetsplikter i tillräcklig omfattning. Här kan tre exempel ges:

- 1) En revisor, vilken ger sina klienter råd, har en långtgående förpliktelse att inte endast ge välgrundade råd, utan också *varna* för eventuella skattekonsekvenser som har samband med rådgivningen. Denna varningsplikt anses föreligga trots att detta inte uttryckligen reglerats vid avtalets ingående.¹³
- 2) En borgenär (i det aktuella fallet en bank) anses ha en skyldighet att visa omsorg gentemot borgensmannen, t.ex. genom att *informera* borgensmannen i de fall borgenären har kännedom om huvudgäldenärens betalningssvårigheter. Borgenären anses vara skyldig, att i viss mån, slå vakt om borgensmannens möjligheter till regress.¹⁴
- 3) Det har inte ansetts tillräckligt att en anlitad fastighetsbesiktningsman endast anger eventuella brister i fastigheten, utan han är också skyldig att ange tänkbara konsekvenser av dessa brister.¹⁵

I dessa fall förknippas således lojalitetsprincipen med avtalsutfyllnad. I rättspraxis har domstolar dömt ut skadestånd alternativt tillåtet en avtalspart att reducera det ursprungligen

¹⁰ Jfr Bengtsson (1960), s. 47 angående tysk rätt; Grönfors (1993), s. 98.

¹¹ ”Understundom torde nämligen förpliktelse till positivt handlande icke erkännas annat än i förhållande till vissa intressenter, särskilt då sådana som stå i kontraksrelation till skadevällaren.” Se Karlgren (1972), s. 36, där denne även hänvisar till NJA 1925 s. 119 och NJA 1934 s. 227. Se även Bengtsson & Strömbäck, s. 34 och 47.

¹² Nicander, s. 32.

¹³ NJA 1992 s. 502.

¹⁴ NJA 1992 s. 351, vilket bl.a. kommenteras i Bergström & Lennander, 47 ff. samt Kleineman, *Lender Liability*, särskilt s. 298 ff. Rättsfallet återkommer nedan, se i text vid noterna 170, 497 samt 1225.

¹⁵ NJA 1997 s. 65.

avtalade vederlaget, för att medkontrahenten underlåtit att utföra dessa lojalitetsrelaterade förpliktelser.

1.2 Syfte

Vad innebär lojalitetsprincipen och vilken funktion har den? Det huvudsakliga syftet i detta arbete är att försöka förstå den avtalsrättsliga lojalitetsprincipen ur flera perspektiv. Ett av dessa är ett mer traditionellt rättsvetenskapligt (rättsdogmatiskt) perspektiv.

Lojalitetsprincipens rättsliga väsen är dock inte alldeles entydigt, varför det kan finnas goda skäl att även anlägga ett mer övergripande samhällsorienterat perspektiv på denna juridiska konstruktion, ett perspektiv vilket sträcker sig utöver det som benämns "gällande rätt".¹⁶ Vid ett sådant mer övergripande perspektiv möjliggörs en djupare förståelse bl.a. avseende fenomenet tillit i högre grad än vad de juridiska läroren om tillit kontra vilja förmår att ge. Det kan vara etiska respektive socioekonomiska perspektiv vilka kan såväl bredda som fördjupa förståelsen av mänsklig interaktion. Det senare har betydelse för möjligheten att besvara frågor dels angående lojalitetsprincipens funktion, dels frågor om huruvida den kan anses försvarbar i nutida avtalsrätt. Avhandlingen kan därför sägas ha såväl deskriptiva som normativa inslag.

Nedan, främst i kapitel 6, men även i viss mån i kapitel 5, diskuteras några alternativa teoretiska perspektiv på det undersökta ämnet. Detta förhållningssätt är förknippat med ett kunskapsintresse avseende sambandet mellan olika rationalitetsparadigm och dessas förhållande till rätt och etik.¹⁷ Dessa teoretiska inslag ges därför ett visst utrymme på bekostnad av den mer praktiskt inriktade varianten av rättsdogmatik.¹⁸

De nyss nämnda perspektiven eller förståelsefälten kan integreras i de s.k. allmänna läror,¹⁹ vilka ger en kognitiv infrastruktur åt avtalsrätten. Det krävs därför en viss redogörelse för den

¹⁶ Se, angående kritik och ifrågasättande av användningen av "gällande rätt"-lokutionen, i exempelvis Hellner, (2001), s. 22 ff.; Martinson, s. 81 ff.; Peczenik (1995), passim. Glavå & Petrusson (passim).

¹⁷ Hellner (2001), s. 18. Han noterar att många rättsteoretiker är särskilt intresserade av rätt och moral men att de sällan ägnar sig åt förmögenhetsrätt, medan de som ägnar sig åt detta område sällan har något att bidra med avseende rätt och moral.

¹⁸ Jfr Hydéns resonemang i *Rättssociologi*, s. 49.

¹⁹ Se någon om allmänna läror i Malmberg, s. 63 ff. Allmänna läror diskuteras återkommande i finsk doktrin, se exempelvis Bärlund, s. 9: "Till de allmänna läroren har ansetts höra å ena sidan den metodologiska sidan av juridiken, dvs. dels rättskälleläran i traditionell mening och dels rättsvetenskapens metod. Till denna del har

avtalsrättsliga bakgrunden, eftersom jag behandlar såväl rättsdogmatiska som andra samhällsorienterade perspektiv, vilka kan bidra till (för)förståelsen av lojalitetsprincipen.

Avhandlingens huvudinriktning är svensk rätt, men eftersom lojalitetsprincipen, åtminstone tidigare, diskuterats i större utsträckning i våra nordiska grannländer kommer ett flertal inslag därifrån att förmedlas. Emellanåt förekommer det även inslag av annan utländsk rätt, eftersom den kan bidra till fler perspektiv på den undersökta företeelsen. Detta beror på att det utomlands finns en större mängd teorier respektive rättspraxis angående det undersökta spørsmålet än vad det gör i Sverige. Detta underlag ger utökade förutsättningar att nå en bredare kunskap om, och därmed uppnå en högre grad av förståelse av föremålet för avhandlingen.

Det förekommer även några historiska betraktelser i denna avhandling (bl.a. ett kortare avsnitt om romersk rätt) samt andra associationer till historiska skeenden. Syftet är inte att på så sätt söka rättfärdiga den nuvarande förståelsen av lojalitetsprincipen genom att försöka påvisa en obruten kedja sedan den klassiska romerska rätten. Däremot ger en historisk utblick underlag för att reflektera över om inte lojalitetsprincipen, och dess föregångare, har en kontinuerlig funktion att fylla vid utbyten av nyttigheter mellan människor.

1.3 Vetenskapligt förhållningssätt

Den rättsvetenskaplige forskaren befinner sig i ett flöde av mer eller mindre forskningsrelevant information, främst i form av texter av olika karaktär. Detta flöde innehåller mer eller mindre auktoritativa normer att beakta. Att den rättsliga forskningen ägnas åt, studier och analyser av, lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin är självklart och okontroversiellt.²⁰ En annan, betydligt mer komplicerad, frågeställning är *hur* dessa s.k. rättskällor kan tolkas och förstås. För att kunna röra sig fram mot ett svar på den frågan bör

angreppsvinkeln inom de allmänna lärorna varit verksamhetsorienterad, eftersom intresset riktats mot normerna för en aktörs (domarens, rättsvetenskapsmannens) agerande inom systemet. Å andra sidan har intresset inom de allmänna lärorna riktats särskilt mot den del av rättssystemet som inte är skapad av lagstiftaren: på mikronivå finns begrepp, dogmer (allmänna rättsgrundsatser) och konstruktioner och på makronivå (avtals)modeller, vilka alla har sitt ursprung i de allmänna lärorna." Se densamme (s. 9 not 14) hänvisning till, på finska, författade verk av Pöyhönen och Wilhelmsson. Därutöver diskuterar den sistnämnde allmänna läror i *Social Civilrätt* (1987), s. 19-43, *Privaträtten och dess allmänna läror* (2000), särskilt s. 23-27 samt *Senmodern ansvarsrätt* (2001), bl.a. på sidorna 115 f. samt 129 f.

²⁰ Jfr Bernt & Doublet (1998), s. 205; Hellner (2001), s. 22 f. och Peczenik (1995), s. 206.

man, enligt min uppfattning, även försöka att lyfta blicken från det traditionella rättsdogmatiska fältet. Det senare lämnar vanligen reflektioner över den rättsliga kulturen, d.v.s. den mer eller mindre för givet tagna rättsliga infrastrukturen, åt sitt öde i allt för hög grad.

Med Gadamer kan man undra om det egentligen finns någon metod. Åtminstone ingen som på ett realistiskt sätt lyckas fånga den *kognitiva process* som fortgår hos forskaren. Den kontinuerliga läroprocessen är svår att beskriva och analysera, särskilt för den som själv befinner sig mitt i den. I takt med att ett avhandlingsarbete fortskrider dyker det kontinuerligt upp frågeställningar rörande metod och kunskap. Hur mycket väljer egentligen subjektet (forskaren) det undersökta materialet (objektet)? Vilken betydelse får forskarens förförståelse och position i tid och rum? Dessa frågor går det knappast att ge något uttömmande svar på, men likväl kan det konstateras att det inte går att bortse från att en viss relativism är ofrånkomlig.

Det angivna förhållningssättet bör också visa sig vid konfrontationen med undersökningsmaterialet. Mitt eget vetenskapliga förhållningssätt torde i stor utsträckning kunna betecknas såsom hermeneutiskt orienterat.²¹ Reflektioner angående det vetenskapliga förhållningssättet framgår främst i kap. 5 om rättsprinciper och det efterföljande kapitlet om kunskapsteori. Att närma sig lojalitetsprincipen utifrån ett snävt *lagpositivistiskt* perspektiv låter sig knappast göras. Den undersökningen lär i så fall bli synnerligen kortfattad eftersom principen till stor del har växt fram utanför lagstiftningens hägn.

Eftersom jag söker efter det generella, i viss mån över såväl tid som rum, utsätter jag mig för ett risktagande. Att röra sig över olika tidsepoker och olika utländska rättsordningar medför ökade risker för missförstånd.²² Redan det faktum att det, i detta arbete, förekommer ett flertal sinsemellan olika "svenska" avtalstyper, ökar riskerna för lapsusar och lakuner. Ödmjuk inför denna problematik har jag likväl funnit att dessa risker varit värda att tas. Vetenskapen har, enligt min mening, även en konstruktiv och pedagogisk uppgift och jag har valt att beakta såväl rättshistoria som utländsk rätt i syfte att öka förutsättningarna till förståelse av mitt undersökta objekt – lojalitetsprincipen.

²¹ Jfr Hellner (2001), s. 40 f. Bernt & Doublet (1998), s. 161 ff.

²² Se generellt Pöyhönen, *Basic Misunderstandings in Comparative Law*.

1.4 Avgränsningar

Huvudsyftet med denna avhandling är inte att skapa en handbok för praktiker och arbetet ägnas därmed inte huvudsakligen åt att spåra upp så många materiellrättsliga exempel som möjligt på avtalsrättsliga lojalitetsförpliktelser.²³ Framställningen gör i den meningen inga anspråk på fullständighet. Det utesluter dock inte att det finns delar av avhandlingen (främst kapitel 4), där förhållningssättet kan karaktäriseras såsom förhållandevis traditionellt rättsdogmatiskt.

I detta arbete finns det ingen särskild betoning på konsumenträttsliga aspekter. Dessa aspekter åtnjuter redan ett förhållandevis stort politiskt intresse, vilket har lett till att ett betydande antal lagar har stiftats där konsumentens intresse varit centralt.²⁴ Intresset i föreliggande arbete är dock riktat mot existensen av en generell lojalitetsprincip, vilken sträcker sig utöver denna skyddslagstiftning, med dess förhållandevis statiska syn på konsument-näringsidkarrelationer.

Det finns även straffrättsliga normer avseende basala krav på lojalitet. De grövsta avvikelserna angående lojalitetsbrotten återfinns i brottsbalken och i exempelvis Brottsbalkens 10:e kapitel återfinner vi förskingring och annan trolöshet. Dessa behandlas dock i princip inte i detta civilrättsliga sammanhang.²⁵

I detta arbete diskuteras frågor angående förekommande rättsföljder i förhållandevis liten omfattning. Det finns en hel katalog med tänkbara rättsföljder vid överträdelse av lojalitetsnormen. Det kan, beroende på omständigheterna, exempelvis komma ifråga: fängelse, böter, skadestånd, uppsägning, hävning, vederlagsminskning, ogiltighet, jämkning/förlust av rättighet. Jag har även försökt att undvika medföljande diskussioner om skadeståndsberäkning, kausalitet och eventuellt möjliga försäkringars betydelse i dessa sammanhang.

²³ Jfr Lindskog (2001), s. 80 not 132: "Om man i stället vill se lojalitetsplikten som en direkt tillämpbar regel är det lätt att säga att vad som betraktas som lojalitetsregler är så många och disparata regelföreteelser att begreppet inte har något egentligt innehåll."

²⁴ Se exempelvis Grobgeld s. 15 ff. och prop. 2000/01:135, Handlingsplan för konsumentpolitiken 2001-2005.

²⁵ Däremot omnämns exempelvis svek, avtalslagen 30 §, här nedan (avsnitt 4.1.2). Det civilrättsliga sveket förknippas som bekant med det straffrättsliga bedrägeriet.

1.5 Disposition

Först kan sägas att ordningsföljden mellan nedanstående kapitel kan diskuteras. Eftersom jag väljer ett brett perspektiv, är det inte självklart hur turordningen bör se ut. Läsaren bör därför förbereda sig för att nedanstående kapitel mer kan liknas vid läggandet av ett kognitivt pussel, än en rak och inhägnad kunskapsmotorväg med endast en på- respektive avfart.

Först ägnas visst utrymme åt vad som kan förstås såsom en mer allmän, eller rättsextern om man så vill, förståelse av lojalitet respektive tillit. Därefter, i kapitel 2, ägnas intresset åt utgångspunkter, vilka påverkat rättsuppfattningen avseende avtalsrätten, och hur dessa har kommit att förskjutas under det senaste århundradet. Bakom dessa utgångspunkter finns det vissa politiska och etiska uppfattningar, vilka kortfattat beskrivs. Syftet med denna beskrivning är att ge en förståelsebakgrund till lojalitetsprincipens existens och innehåll. Denna förståelsebakgrund fördjupas ytterligare i nästföljande kapitel, det 3:e, där utländska motsvarigheter till lojalitetsprincipen behandlas.

Därefter (kapitel 4) följer en redogörelse för hur lojalitetsprincipen kommit att uppfattas i svensk och nordisk rätt. Denna redogörelse har formen av en exposé med syfte att visa hur materiella rättsregler associerats till idén om en avtalsgrundad lojalitet. Vissa av de förekommande rättsliga förpliktelserna har benämnts lojalitetsförpliktelser, d.v.s. avtalsvillkor vilka mer eller mindre underförstått fyller ut avtalen. Det görs dock inga anspråk på fullständighet avseende förekomsten av doktrinära lojalitetsresonemang. Likväl ger denna exposé ett tillräckligt underlag för att legitimera kravet på avtalslojalitet såsom en allmän rättsprincip.

Fenomenet allmänna rättsprinciper är inte särskilt teoretiskt behandlat i Sverige, vilket i sig är en god anledning till att ägna kapitel 6 åt dessa. Det visar sig dock tämligen omgående i samband med denna "undersökning" av allmänna rättsprinciper, att jag tvingas hantera några grundläggande spörsmål om kunskapsteoretiska förhållningssätt. Dessa spörsmål behandlas med ledning av en mycket gammal, men fortfarande aktuell, diskussion om tre olika sätt att se på kunskap. Vitala delar av vad som skulle kunna diskuteras under ett traditionellt metodavsnitt, återfinns således först i kapitel 5 och 6 i anslutning till själva behandlingen av forskningsobjektet.

1.6 Närmare om företeelse och begrepp: lojalitet

1.6.1 Etymologi, betydelse och företeelse

*"Loyalty shall mean ... The willing and practical and thoroughgoing devotion of a person to a cause. A man is loyal when first, he has some cause to which he is loyal; when, secondly, he willingly and thoroughly devotes himself to this cause; and when, thirdly, he expresses his devotion in some sustained and practical way, by acting steadily in the service of his cause."*²⁶

Inledningsvis kan det vara av intresse att reflektera något över lojalitetsbegreppets allmänna betydelse, d.v.s. betydelsen utanför den rättsliga sfären. Eftersom rätten normalt är en integrerad del av den historiskt framväxta kulturen kan det vara lämpligt att initialt lyfta blicken från det snävare juridiska perspektivet för att göra några mer generella reflektioner. Syftet med detta avsnitt är att bredda underlaget för en djupare förståelse av lojalitetsprincipen i dess samhällskontext. Det är rimligt att anta att det rättsliga begreppet har något gemensamt med ordets allmänna betydelse, även om de har olika användningsområden.

Det franska ordet *loyal* har sitt ursprung i det latinets *lex (leges)*, vilket betyder lag.²⁷ Denna betydelse visar intressant nog att det finns en historisk anknytning till rätten. I Sverige har ordet lojalitet nyttjats åtminstone sedan år 1825.²⁸ Man är lojal mot någon eller mot något och lojalitet kan sägas beskriva individens viljebaserade förhållande över tiden till ett visst objekt.²⁹ Ordet lojal har många synonymer i vardagsspråket. I ordböcker förekommer synonymer såsom: laglig, laglydig, rättskaffens, pålitlig, solidarisk, tillförlitlig och trogen. Det sistnämnda ordet indikerar likheten mellan lojalitet och *trohet*.

Lojalitet respektive trohet motsvaras av *fides* på latin, vilket betraktats såsom en dygd (se nedan angående dygder i avsnitt 6.2.5).³⁰ Såväl lojalitet som trohet kräver ett fungerande minne, eftersom det handlar om relationer över tiden. Man kan vara trogen/lojal respektive otrogen/illojal endast mot det man kommer ihåg. Lojalitet i mänskliga relationer kan därför

²⁶ Royce, *The Philosophy of Loyalty*, s. 9. Denna definition finns även omnämnd i Fletcher, *Loyalty*, s. 18. Fetstil i citat markerar ursprunglig kursivering.

²⁷ McDermott, omnämner ordets ursprung i den inledande introduktionen till Royce, s. xiii. Jfr även Lupoi, *The Origins of the European Legal Order* s. 429, not 462. Jfr franskans *loi* = lag; *loyal* = eg. laglydig.

²⁸ Ordbok över svenska språket, utgiven av Svenska Akademien, (1942).

²⁹ Jfr, Söderlund, *Den lojala kunden*, s. 27. Jfr ovanstående citat i texten vid not 26.

³⁰ Comte-Sponville, s. 22 f. Att vara trogen ansågs också vara en aspekt av den centrala dygden *constantia*, Schulz, s. 224.

krävas endast av den som kan förväntas förstå att denne är förpliktigad till att vara trogen, vilket innebär att det främst är den andres *befogade* tillit som skyddas.

Av ovanstående förstår vi att begreppet lojalitet ger starka moraliska associationer. Lojalitet har en värdeladdad klang och uppfattas – prima facie – som något huvudsakligen positivt. Människor som är lojala mot sin familj, sina vänner, sina avtalsparter, sin hembygd, sin nation eller sin Gud, uppvisar typiskt sett en viktig gemenskapsbevarande egenskap. Lojalitet mellan människor har ofta ömsesidiga inslag och kännetecknas vanligen av en gemensamt upplevd historia samt i många fall ett mer eller mindre gemensamt framtida öde: "*Loyalty is the perfect synthesis of certain natural desires, of some range of conformity, and of your own deliberate choice.*"³¹

För att förtjäna epitetet "lojal" krävs att en människa har en möjlighet att välja och också gör det i enlighet med de förväntningar hon skapat. En människa kan inte vara lika lojal mot allt och alla samtidigt. Hon väljer något eller någon på bekostnad av "det andra": det senare exkluderas i visst måtto. Betydelsen av den humana lojalitetens vara eller icke vara, ställs på sin spets i en relation mellan två människor samt minst ett konkurrerande objekt i form av en annan människa eller intresse.³² Den ömsesidiga relationen exkluderar – i viss mån – andra människor, eftersom relationen kräver tid och engagemang. De senare kan inte räkna med att få motsvarande intresse: "*our loyalties are relational and partial*".³³ Denna exkludering kan stöta sig med rättvisans principer, nämligen likabehandling och opartiskhet. Iustitia, rättvisans gudinna, framträder som bekant med ögonbindel för att betona sin opartiskhet. Huruvida rättvisan, i betydelsen alla skall behandlas lika, blir berörd är naturligtvis situationsavhängigt.

I föregående stycke diskuterades vikten av lojalitet för människan såsom den sociala varelsen. I det nutida samhället kan en alltför oreflekterad lojalitet ifrågasättas. Lojaliteten måste kunna överprövas mot andra värden och intressen: svårigheten blir därför att sätta lojalitetens gränser.³⁴ Det krävs en form av upplyst lojalitet eftersom en blind lojalitet riskerar att hamna på kollisionkurs med rättvisans principer. En stark lojalitet inom en kriminell organisation ökar förvisso organisationens sammanhållning, troligen till gagn för gruppens syfte, men denna lojalitet är inte förenlig med övergripande samhälleliga intressen. Samhället måste

³¹ Royce, s. 62.

³² Jfr Fletcher, *Loyalty*, s. 8 f.

³³ Fletcher, *Loyalty*, s. 8 f.

³⁴ Fletcher, *Loyalty*, s. 151. Kapitel 8 i denna bok behandlar den upplysta lojaliteten.

därför hantera lojalitetens destruktiva sidor och skapa juridiska medel mot exempelvis maffiagrupperingar, kartellbildningar och nepotism.

I nedanstående arbete kommer i första hand den lojalitet, vilken kan förknippas med den traditionella varu- och tjänstemarknaden att diskuteras. Denna lojalitet grundar sig på frivilligt ingångna avtal och skiljer sig på väsentliga punkter från lojaliteten mellan exempelvis vänner respektive mellan familjemedlemmar. Exempelvis brukar fackmän, med sina respektive specifika kompetenser kunna åläggas krav på en professionell lojalitet.³⁵ Även om denna professionella lojalitet inte är detsamma som exempelvis vänskapens lojalitet,³⁶ finns det likväl beröringspunkter vilka vi kommer att återkomma till nedan.³⁷ I båda fallen står den enskildes förväntningar på medmänniskornas framtida ageranden i fokus, även om innehållet i dessa förväntningar är väsentligen olika när det gäller exempelvis en livspartner respektive en yrkesutövare.

1.6.2 *Lojalitet och tillit – två sidor av mänsklig interaktion*

*“Trust can be said to be based on the belief that the person, who has a degree of freedom to disappoint our expectations, will meet an obligation under all circumstances over which they have control.”*³⁸

Av ovan framgår nödvändigheten av en grundläggande nivå av lojalitet i civiliserade samhällen. I religiösa samhällen har man helgat särskilda gudar vilka förknippats med lojalitet. På den italiska halvön helgades tidigt guden *Dius Fidius* vilken beskyddade trohet och ärlighet,³⁹ och vid edgång åkallades denne gud under bar himmel. I Rom antas denna kult ha utvecklats under kung Numa Pompilius (600-talet f. Kr.) och där personifierades trohetsdygden av gudinnan *Fides*. Romarna själva framhöll för övrigt gärna sitt eget folks trohet mot ingångna avtal,⁴⁰ och de förvarade ingångna statsfördrag i ett tempel tillägnat *Fides*

³⁵ Fletcher, *Loyalty*, s. 22: “We speak often of the professional loyalty owed by layers to their clients, physicians to their patients, and corporate managers to their firms. These professional loyalties derive solely from contract, from voluntary commitments, not from a historical self.”

³⁶ Jfr med Fletcher, *Loyalty* s. 22: “Yet it has nothing to do with friendship, with the historical self, with bonds that run deeper than contract”

³⁷ Tudelningen mellan en mellanmänsklig socio-humanistisk lojalitet och avtalsgrundad lojalitet kan diskuteras utifrån Ferdinand Tönnies dikotomi om *Gemeinschaft* och *Gesellschaft*. Se vidare härom nedan under avsnitt 6.2.5.4.

³⁸ Misztal, s. 24.

³⁹ *Svensk uppslagsbok*, andra omarbetade och utvidgade upplagan, band 9, s. 476.

⁴⁰ Phillipson, Vol. I, s. 68; Bederman, *International Law in Antiquity*, s. 52.

beläget på Capitolium.⁴¹ Att förstå fideskultens funktion har beskrivits såsom den viktigaste nyckeln till att förstå det romerska värdesystemet.⁴² *Fides* hade stor betydelse såväl för handelsrätten som för den rätt som reglerade förhållandet mellan skyddsherren och dennes klienter. Weber konstaterade att fidesbegreppet ”innefattade på ett säreget sätt å ena sidan de plikter som var en följd av lojalitetsrelationer och å andra sidan, som *fides bona*, god tro och hederlighet i rena affärstransaktioner.”⁴³ Fidesbegreppet synes ha haft en dualistisk betydelse: den fängade upp såväl tillit som lojalitet.⁴⁴

Religionens påverkan kan också förklara varför edgång var så vanligt förekommande vid viktiga överenskommelser, såväl på som utanför den italiska halvön.⁴⁵ Edgång genomfördes såväl vid folkrättsliga avtal som vad vi skulle benämna privaträttsliga avtal; det fanns således goda skäl till varför marknadsplatsen behövde ligga i närheten av templet.⁴⁶ Edgången ritualiserades med mycket starka symboliska inslag, och endast den som kunde sägas ära gudarna kunde bli en avtalspart.⁴⁷ Den som trots detta bröt mot eden ansågs föra krig mot gudarna, och det spekulerades om bestraffningar efter döden som tänkbara sanktioner, i den mån någon sådan inte kunde genomföras under edsbrytarens livstid.⁴⁸ En eller flera utvalda gudar hade som uppgift att värna om det utlovade, respektive straffa den som begått mened. I edsritualen anspelades på de hemska konsekvenser, som kunde bli följden för den som bröt eden. Ofta förekom djuroffer och beröring av dessa offers blod respektive väl valda kroppsdelar, vilket symboliserade potentiella sanktioner såsom kastration eller släktens utplånande.⁴⁹ Här kan ett kort utdrag ur Iliaden exemplifiera ”tonläget”:

⁴¹ Se Cicero (III. 104), s. 140; The New Encyclopædia Britannica, Vol. 4, 15 uppl. Se även Schermaier, s. 78.

⁴² Nifong, s. 1096 med hänvisningar. Jfr även Schulz, s. 231: ”Permanent relationships based on fidelity were very numerous among the Romans. Not all of them were in legal form, but they all played a part in legal life; Roman law assumes the existence of these ties, and it is often impossible to judge Roman law without taking this fact into account.” Jfr även nedan i text vid not 267.

⁴³ Weber, s. 222.

⁴⁴ Jfr Schermaier, s. 79: ”fides always combined two meanings: trust and trustworthiness. These two meanings, one of them active and the other passive, correspond here to the notions of keeping one’s word and displaying consideration and leniency towards those under one’s protection.” [Fotnot utesluten ur citat med ett flertal hänv.].

⁴⁵ ”In the institution of the oath, religion, morality, and the very organization of society appear indissolubly linked together. Its function is to guarantee that a statement is absolutely binding, whether it be a statement about something in the past or a declaration of intent for the future.” Burkert, s. 250 [fotnot utesluten ur citat]

⁴⁶ Jfr Burkert., s. 253: ”The organization of the cult and of the trade is one and the same.”

⁴⁷ Burkert, s. 252.

⁴⁸ Bederman, *International Law in Antiquity*, s. 252.

⁴⁹ Burkert, s. 251.

*"Store och mäktige Zeus och ni andra som bor i Olympen! De som dristar sig först att kränka fördraget vi ingår, må deras hjärnor, precis som vårt vin, stänkas ut över marken, deras och sönernas likaså, och hustrurna våldtas!"*⁵⁰

Det förekom en mängd – i våra ögon – irrationella handlingar i samband med edgången: bl.a. sänktes järnbalkar ned i havet av några grekiska stammar i syfte att visa beslutsamhet och uppriktighet.⁵¹ Även om eder givetvis bröts emellanåt, antyder den kontinuerliga användningen av dem, att man trots allt borde kunna anta att de mestadels fyllde en funktion: att göra människans framtida beteende förutsebart i högre grad.⁵²

1.6.2.1 Vikten av tillit vid transaktioner

*"[T]rust can be defined as a 'set of expectations shared by those in an exchange.'"*⁵³

Tillit är en tillgång som kan sägas ingå i det s.k. sociala kapitalet och den bidrar till förutsättningarna för ekonomisk tillväxt och uthållighet. I ekonomiska termer bidrar tilliten till att effektivisera utbyten genom att sänka transaktionskostnaderna.⁵⁴ Tilliten reducerar behovet av kontroll och övervakning av medkontrahenten samt ett omfattande kontraktsskrivande. Det lär inte finnas några fullständiga avtal och, med beaktande av de därtill hörande kostnaderna, är det inte heller eftersträvarsvärt att försöka nå denna fullständighet. Sett i detta perspektiv framstår tilliten som ett socialt smörjmedel som kan bidra till en reducerad friktion mellan aktörerna i utbytessituationen.

Såväl förhandling som de (eventuellt) efterföljande prestationsväxlingarna kräver att parterna typiskt sett utsätter sig för viss ökad riskexponering. Denna riskexponering blir särskilt påtaglig när de motstående prestationerna inte sker samtidigt. För att hantera denna risk krävs det ett grundläggande förtroende, vilket anses utgöra ett nödvändigt inslag för att möjliggöra

⁵⁰ Homeros, *Iliaden*, tredje sången, 298–301 rad. (s. 74).

⁵¹ Burkert, s. 250.

⁵² Jfr Burkert, s. 254. Se följande uttalande samma sida: "For all its importance, the oath is still only one special instance of the more general fact that through ritual and the invocation of the gods a basis for mutual understanding and trust is created."

⁵³ Misztal, s. 16, efter Zucker, L.G., *Production of trust: institutional sources of economic structure, 1840-1920*, Research in Organisational Behavior, 8, 1996, s. 53-111, särskilt s. 54.

⁵⁴ Rao, s. 92

flexibla och resursbesparande utbyten.⁵⁵ Möjligheterna att upprätthålla en gynnsam "tillitsmiljö" är dock beroende av att det finns sociala *institutioner*, främst en respekterad moralkod.⁵⁶ Denna grundläggande förutsättning torde dock förbises alltför ofta i de instrumentella förklaringsmodellerna.⁵⁷ Tilliten kan sägas återspegla samhällsklimatet och den är avhängig av såväl vertikala (samhället kontra individen) som horisontella (mellan individer) förhållanden.⁵⁸ I det vertikala förhållandet utgör rättsordningen en viktig del, varför denna knappast kan förhålla sig neutral till tilliten såsom företeelse.

Ett samhälle som bejakar arbetsspecialisering och därmed följande mellanmännsliga utbyten, bör också hantera eventuella tillitsbrott i samband med dessa. En utpräglad arbetsspecialisering och samhällets ökade tekniska och ekonomiska utveckling har lett till framväxten av olika typer av fackmän, d.v.s. professionella utövare av olika slag. Den enskilde blir därmed i hög grad beroende av att fackmannen verkligen agerar på ett ansvarsfullt sätt: möjligheterna att kontrollera dennes prestation kräver kunskap och ekonomiska resurser. Det kan, i enlighet med det förda resonemanget hävdas, att rättsordningen bör ta en aktiv del i utvecklingen och på olika sätt respondera i fråga om behovet av ett avtalsrelaterat tillitsskydd.⁵⁹

⁵⁵ Se exempelvis Misztal, s. 16 ff.

⁵⁶ Jfr Misztal, exempelvis s. 19 och särskilt s. 25: "Thus, trust cannot be fully understood and studied without the examination of institutions as repositories of a legacy of values and without addressing a practical issue of how far human beings' concepts of duties and obligations are influenced by the societal institutions which organize ways in which people are bound together."

⁵⁷ Jfr följande uttalande angående vad som benämns såsom "kontraktsekonomisk analys" i Skogh & Lane, s. 23: "I analysen bortses då ifrån moraliska eller etiska normer som eventuellt avhåller individerna från kontraktsbrott." Se dock s. 81 i nyss nämnda verk där författarna faktiskt påpekar den positiva betydelsen av att normer ges en moralisk dimension.

⁵⁸ Jfr Misztal, s. 12 ff.

⁵⁹ Jfr Kocktvedgaard (1965), s. 275.

2 Den dynamiska förståelsen av avtalsrätten

*"Equity creates just law, and just law is the touchstone of social evolution."*⁶⁰

I detta kapitel beskrivs hur marknadsbyten tidigare har uppfattats och hur denna uppfattning kommit att förändras. Förståelsen av det avtalsrättsliga lojalitetskravet är avhängig av dessa idéförändringar.

Tidigare uppfattades vanligen det *enkla bytesavtalet* såsom en normativ utgångspunkt för avtalsförhållanden.⁶¹ Ett sådant avtal kan exemplifieras av det, i äldre tider, vanliga "torghandelsköpet", vilket genomfördes på marknadsplatsen. Vid denna transaktion uppkom och fullbordades alla förpliktelser vid ett och samma tillfälle. Respektive part presterade samtidigt och varan byttes mot annan vara eller pengar; denna samtidighet brukar betecknas "Zug um Zug". Parterna behöver, i situationer som dessa, inte känna till respektive medkontrahents behov mer än vad som omedelbart framkommer vid förhandlingen. Själva relationsmomentet är minimalt: de aktuella bytesobjekten ligger framför respektive part för inspektion och information angående respektive bytesobjekts karaktär förutsätts vara symmetrisk, i den mån den alls beaktas.

I samband med liberalismens genombrott synes denna avtalsmodell ha utgjort den huvudsakliga normativa tankemodellen hos dåtidens filosofer. Under andra halvan av 1800-talet slog ett mer marknadsliberalt perspektiv igenom även i lagstiftning i bl.a. Tyskland och Norden.⁶² De äldre värdeomdömena omprövades under inflytande av upplysningen och den efterföljande modernitetens nya ideal. Inom naturvetenskapen hade redan ett nytt paradigm, vilket betonade vikten av empirisk verifierbarhet och fysisk lagbundenhet, tagit över.⁶³ Även i den juridiska vetenskapen fick de nyss nämnda idealen genomslag, vilket skulle få

⁶⁰ Snyder, s. 43.

⁶¹ Jfr Eisenberg (1997), s. 291. Han diskuterar *discrete contracts*; Macneil, *Presentation and Adjustment Along the Spectrum of Contracts*, angående s.k. *discrete transactions*, s. 189-199. Synsättet är i viss mån förenklat, den romerska slavhandeln visar på komplexa resonemang angående bl.a. vad som kunde betraktas såsom köprättsliga fel. Med bytesavtal menas här inte endast "byte" i juridisk mening utan även traditionella köp.

⁶² Angående den dåtida utvecklingen i Tyskland och Frankrike, se Luig (passim). Denne synes dock mena att beskrivningarna om liberalismens genombrott och betydelsen för bl.a. 1800-talets Tyskland behöver nyanseras. Jfr Luig, s. 172.

⁶³ Jfr epistemeidealet nedan, avsnitt 6.2.3.

konsekvenser ända fram till vår tid; i svensk lagstiftning under denna tid märktes så sakteliga effekter av de liberala strömningarna.⁶⁴

I denna uppbrottsid vann också tankefiguren *homo oeconomicus* insteg såsom fiktiv aktör.⁶⁵ Denne modellaktör var en egennyttomaximerare, en "rationell" monad utan koppling till en specifik tid eller kultur; figuren framställdes därför osocial och atomiserad.⁶⁶ Grunden för denna modell var präglad av en skeptisk människosyn á la Hobbes.⁶⁷ Uppkomsten av *homo oeconomicus* hängde samman med den nya tidens industrialism, marknadsorientering och vetenskapsideologi. I detta paradigm passade det *enkla utbytesavtalet* in såsom en ideologisk idealtyp avseende transaktioner där rättigheter och skyldigheter skulle vara väldefinierade och begränsade.⁶⁸ I den liberala strömningen minimerades till stor del betydelsen av besvärande externa effekter.

Sandgren har redogjort för några grundläggande antaganden vilka kan sägas karaktärisera, just den ovan antydda, s.k. traditionella avtalsrätten.⁶⁹ Han anger fem centrala utgångspunkter: privatautonomi, avtalsbundenhet, partsförhållandet, inriktning på form och det systematiska synsättet. Här diskuteras dessa utgångspunkter, därför att de bildar en historisk bakgrund till den nutida synen på lojalitet. Under varje rubrik (omedelbart nedan) ges en komprimerad bild av de idépolitiska grunderna för den traditionella avtalsrätten. Därefter beskrivs, förhållandevis kortfattat, om hur dessa utgångspunkter har förskjutits fram till nutid.

2.1 Privatautonomi

Avtalsfrihet är en central utgångspunkt för en liberal privaträtt:⁷⁰ i en marknadsekonomi förutsätts en långtgående och decentraliserad avtalsfrihet.⁷¹ Ägaren disponerar fritt över sin

⁶⁴ Inger, s. 170 f. och 218 f.

⁶⁵ Se angående den historiska utvecklingen i Löfstedt, *En ekonomisk människa?*, s. 45-65.

⁶⁶ Jfr angående atomism i Grimen, s. 40-43 samt Taylor, s. 161-190.

⁶⁷ Jfr Macneil, *Reflections on the Relational Theory*, 306 ff.

⁶⁸ Jfr Campbell (2001), s. 43 f. Jfr även, Atiyah, *The Liberal Theory of Contract* samt Beatson & Friedmann, *Introduction: From Classical to Modern Contract Law*.

⁶⁹ Sandgren, *En social avtalsrätt? Del I*, s. 463 f. Jfr även Wilhelmsson (1995), s. 1-32.

⁷⁰ Angående avtalsfriheten, se exempelvis Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (passim); Luigi (passim); Martinson, s. 93 ff. med ett flertal hänvisningar; Knoph (1934), s. 14 ff.; Von Mehren s. 13; Skogh & Lane, s. 38 ff.; Weber, s. 194 ff.

⁷¹ Von Mehren, s. 13 f. samt Skogh & Lane, s. 39.

egendom: denne ges rätten att genom frivilliga anbud och acceptera avgöra rättighetsövergångar. Med avtalsfriheten följer en självklar koppling till en stark äganderätt.⁷²

Under den liberala epokens blomstring under 1800-talets slut, var det en uppgift för den fria individen att själv ansvara för sin egen framgång vid umgänget med andra.⁷³ Denna uppfattning om avtalsfriheten hade, som tydligt framgår, marknadsliberala utgångspunkter. Avtalsfrihet kan i detta sammanhang förknippas med det *negativa frihetsbegreppet* som kort kan förklaras på följande sätt:⁷⁴ till individen finns det ett antal rättigheter knutna, vilka främst skall skydda denne från statlig inblandning och tvång. Frihet innebär här frånvaron av yttre hinder, fysiska eller rättsliga.⁷⁵ En konsekvens av denna utgångspunkt är att individens besittning av det ägda, samt egenvalda dispositioner med detsamma, skall skyddas så långt det är möjligt. Friheten gäller när, hur och med vem, som individen vill avtala (Abschlußfreiheit) samt vad avtalet skall innehålla (Gestaltungsfreiheit).⁷⁶ Avtalsfriheten förväntas ge marknadsaktörerna möjligheter att skapa sina egna normer. Staten skall inte ges auktoritet att påbjuda vad som är gott eller ont utan skall förhålla sig neutral, förutom när det gäller att skydda ett fåtal grundläggande rättigheter.⁷⁷ I den meningen var det således ett negativt frihetsbegrepp: staten skulle hindras från att intervensera i privaträttsliga dispositioner.

Det paradoxala är att frihet förutsätter tvång. Den enes obegränsade dispositioner riskerar den andres möjligheter att åtnjuta frihet. Ett avtal mellan två parter riskerar utesluta den tredje möjligheter att förverkliga sitt intresse. Problemet kommer i öppen dag i exempelvis konkurrensrelaterade spørsmål. Det är, vid sidan av avtalsfriheten, ett fundament för en fungerande marknadsekonomi att förutsättningarna för en fri konkurrens finns.⁷⁸ Kraven på avtalsfrihet och fri konkurrens går dock i praktiken inte att uppfylla fullt ut samtidigt. Näringsfrihet, konkurrensfrihet och konsumtionsfrihet är intressen som i betydande mån i stället begränsar avtalsfriheten. I horisontella (privaträttsliga) relationer blir avtalsfriheten därför delvis motsägelsefull,⁷⁹ och subjektet självt kan därmed inte alltid vara den slutliga

⁷² Jfr Skogh & Lane, s. 38 f. Författarna tar dock även upp historiska exempel på en äganderätt med starkt begränsade möjligheter till dispositioner.

⁷³ Jfr von Mehren, s. 64 samt 66.

⁷⁴ Se bl.a. Berlin, Isaiah, *Två frihetsbegrepp* (i Fyra essäer om frihet), s. 129-183, Grimen, s. 64-68. Langholm, s. 192 ff.; Taylor, 191-213.

⁷⁵ Taylor, s. 191 ff.

⁷⁶ Lüig, s. 171.

⁷⁷ Se exempelvis Hafström, s. 179 f.: "yttre ordning, trygghet och rättssäkerhet."

⁷⁸ Skogh & Lane, s. 39.

⁷⁹ Martinson, s. 32.

auktoriteten i fråga om vad som kan göras.⁸⁰ Det måste därför till mer objektiva, i betydelsen intersubjektiva, försök att göra intresseavvägningar vid bedömningar av avtalsfriheten.⁸¹ Dessa intresseavvägningar har å ena sidan medfört att konkurrenshindrande avtal kan ogiltigförklaras men även att marknadsaktörer kan *tvingas* att sluta avtal såväl av konkurrensrättsliga som av sociala skäl (kontraheringsplikt).

Fortfarande anses avtalsfriheten vara *en* grundpelare i den moderna avtalsrätten.⁸² I nutid har exempelvis Kihlman ifrågasatt om artikel 1:201 (kravet på good faith), såsom den uttrycks i Principles of European Contract Law (PECL), skulle vara obligatorisk, vilket i så fall skulle begränsa avtalsfriheten.⁸³ Att båda parter parterna i förväg skulle komma överens om att vara fullständigt ohederliga mot varandra, är knappast något realistiskt exempel.⁸⁴ Som ovan påpekats relaterar good faith i detta sammanhang till hederlighet och lojalitet.⁸⁵ Med detta i åtanke kan det knappast vara rättsordningens uppgift att skydda det som strider mot good faith, d.v.s. ohederliga, illojala beteenden. Det allmänna kravet på good faith bör därmed uppfattas såsom en preskriptiv norm, vilken alltid gäller.⁸⁶ En annan sak är att det måste vara möjligt att avtala bort enstaka (good faith-relaterade) biförpliktelser (såsom en särskild informationsplikt angående en viss specificerad händelse).

Avtalsfrihetstanken har genomsyrat även de avtalsrättsliga förklaringsmodellerna. Den tidigare benägenheten hos rättstillämparen att, via åberopande av subjektivistiska tolkningsmetoder, försöka rättfärdiga sitt beslut i samstämmighet med partsautonomin, motsvarar dock knappast rimliga krav avseende förklaringsvärde och realism. Att åberopa partsviljan har förstås varit *comme il faut* i det tidigare förhärskande paradigmet.⁸⁷ Beaktandet av rättssubjektets vilja har varit inarbetat i juridiken sedan länge men under 1800-talet fick denna idé en mycket auktoritativ prägel.⁸⁸ Detta synsätt har dock efterhand kommit att ändras. Flera uppfattar att det i dag finns en tendens mot en objektivisering av avtalsrätten. Från att

⁸⁰ Jfr Taylor, s. 197.

⁸¹ Jfr Martinson, s. 94.

⁸² Jfr exempelvis Evald, s. 89.

⁸³ Kihlman, JT 2000-01 s. 196 not 18: "Since it must be up to the parties to set a standard for what should be meant by good faith in their relationship, the rule is not as mandatory as the drafters might wish". Jfr densamme (1999), s. 161.

⁸⁴ Jfr exempel i Kihlman (1999), s. 161. I sammanhanget skulle man även kunna föra ett resonemang om pactum turpe.

⁸⁵ Jfr Hesselink, s. 196; Andersen och Nørgaard, s. 250.

⁸⁶ Jfr Andersen & Lookofsky, s. 71.

⁸⁷ Jfr exempelvis Adlercreutz II (2001), s. 15.

⁸⁸ Gordley (1991), s. 161 f. och 229.

man i den juridiska doktrinen tidigare var mer inriktad på att försöka fastställa vad respektive part subjektivt haft för avsikt och uppfattning om avtalets innebörd, har fokus förskjutits mot andra, mer objektiva bedömningar.⁸⁹ I en komparativ studie över de västeuropeiska⁹⁰ rättsordningarna konstateras följande: "...our study emphasises the fact that *all legal systems included within our study have moved away or are in the process of moving away from a paradigm of contract which focuses almost exclusively on the autonomy of the parties. Instead, we find a growing significance given to party loyalty, the protection of reliance, (occasional) duties of co-operation, the need to consider the other party's interest or the substantive fairness of the contract, whether or not these are the terms in which this change of emphasis is put in any one system. It is a qualification of the nineteenth-century paradigm of party autonomy (or 'freedom of contract')* which may be seen in all systems, including the common law ones to one degree or another and may be seen to reflect a return (at least in the civilian systems) to an older model of contract which takes a less exaggerated approach to party autonomy."

⁹¹

Ulfbeck noterar å sin sida att partsautonomi inte längre framstår "som kontraktsrettens klara omdrejningspunkt. I konsekvens heraf nedtones i den almindelige kontraktsteori betydningen af de snævert partsrelaterede viljes- og tillidsprincipper til fordel for partseksterne kriterier."⁹² Denna perspektivförskjutning har således även trängt in i nordisk rätt, men det bör här påpekas att utvecklingen knappast varit entydig. Den s.k. viljeteorin har exempelvis ansetts vara underkastad tillisteorin under den största delen av 1900-talet; partsviljans dominans anses bruten redan vid avtalslagens införande.⁹³

Avtalsfriheten kan uppfattas såväl som ett ultimärt mål, som bör eftersträvas för sin egen skull, eller som ett instrumentellt mål.⁹⁴ Numera förekommer ofta det senare. Mer sällan förklaras den såsom i den gamla republikanska traditionen: att människans självbestämmande är en i sig själv värdefull aktivitet.⁹⁵ Med det senare synsättet ges den fria människan möjlighet att konstituera sig själv i förhållande till gemenskapen, vilket kan betraktas såsom ett utflöde av den *positiva friheten*. Ovan har den *negativa friheten* redan

⁸⁹ Se exempelvis Ramberg, *Avtalsstolkningsmetoder*, särskilt s. 503 och 511, Angående objektivitet i samhällsvetenskap i allmänhet, se Bergström (1987).

⁹⁰ Inklusive Grekland.

⁹¹ Zimmerman & Whittaker, s. 700. [Fotnot utesluten ur citat]. Fetstil markerar en ursprunglig kursivering.

⁹² Ulfbeck, s. 57.

⁹³ Jfr Grönfors (1993), s. 24.

⁹⁴ Jfr Hellner (2001), s. 91.

⁹⁵ Jfr Taylor, s. 192.

nämnts. Den *positiva* friheten å sin sida betonar individens frihet *till*, i förlängningen att självförverkliga sig.⁹⁶ I detta sammanhang kan det anknytas till friheten att binda sig via avtal.⁹⁷ Vad gäller synen på människan har den i högre grad lämnat bilden av människan såsom en isolerad atom för en annan, vilken i mycket högre grad beaktar människans utvecklade förmåga att samarbeta.⁹⁸

2.2 Avtalsbundenhet

Ett fritt utövande av den upplysta viljan ansågs rättfärdiga möjligheten att tvinga fram resultatet av transaktionen.⁹⁹ När väl avtalet har slutits ersätts således den initiala friheten mot ett rättsligt sanktionerat tvång (i enlighet med det avtalade). Avtalet skall fullgöras i enlighet med sitt innehåll så länge som båda parter inte samtycker om att ändra detsamma. Avtalsbundenheten utgör en viktig förutsättning för tillit och förutsebarhet.

Idén om avtalsbundenhet – *pacta sunt servanda* – lever fortfarande kvar även om den är relativiserad. Den är inte uttryckligen lagfäst i svensk rätt, vilket inte hindrar den från att betraktas såsom en hörnsten i rättssystemet.¹⁰⁰ Själva idén med avtal är att de skall binda de inblandade. Begreppet *bindande* avtal är därför vanligen en tautologi eller pleonasm.¹⁰¹

Att beteckna principen om avtalsbundenhet såsom en utgångspunkt, behöver inte betyda att den därmed måste behandlas såsom varande absolut (jfr nedan i kap 5 angående allmänna rättsprinciper). Den, i nordisk rätt, framväxande skälighetsprincipen kan sägas lindra konsekvensen av *pacta sunt servanda*. Hellner påpekar: "*I de flesta rättssystem har numera införts lagregler som tillåter jämkning inte bara vid ändrade förhållanden utan mer allmänt av avtal som leder till oskäligen resultat. Även om det kan finnas goda skäl för att vara försiktig med att införa och tillämpa sådana regler är det missledande att sammanfatta dessa skäl i en hänvisning till satsen att avtal skall hållas.*"¹⁰²

⁹⁶ Berlin, s. 118.

⁹⁷ Jfr Cohen (1995), s. 25 samt Ghestin, s. 102 ff.

⁹⁸ Jfr exempelvis Ridley (passim). Jfr även angående atomism not 66.

⁹⁹ Von Mehren, s. 66.

¹⁰⁰ Jfr Hellner (2001), s. 132.

¹⁰¹ Se ex. Bärnlund, s. 498, not 1356, med hänvisning till Pöyhönen (1988), s. 92.

¹⁰² Hellner (2001), [footnot utesluten i citat] s. 133.

Avtalslagen 36 § ger signaler angående skälighetskravet, vilket anses få återverkningar på stora delar av förmögenhetsrätten. Dessutom kräver många moderna samarbetsformer, vilka förväntas pågå under en längre tid andra, mer elastiska normer än vad den klassiska avtalsrättens momentant orienterade "grosshandlarjuridik" har att erbjuda. Här kan vi notera att exempelvis avtalslagens regler om ingående av avtal, bör relateras till den tidens utväxling av skriftliga dokument, vilka skulle leda till köp av s.k. stapelvaror ("commodities").¹⁰³ Långvariga avtalsförhållanden anses kräva flexibla normer på bekostnad av strikt avtalsbundenhet. Under de senaste årtiondena har en diskussion om s.k. *relationsavtal* tagit fart. I dessa betonas ett samarbete vilket sträcker sig över tiden. Sådana samarbetsformer ställer helt andra krav på flexibilitet än det enkla utbytesavtalet. Avtalsparternas initiala utgångspunkter och beräkningar behöver vanligen omprövas efter viss tid: avtalsrelationen måste därför ges möjligheter att reagera på omvärldsförändringar.¹⁰⁴ Krüger påpekar att 36 § möjliggör att värderingstidpunkten för avtalet förskjuts från avtalstidpunkten till den tidpunkt då kontraktet återopas.¹⁰⁵ Pacta sunt servanda i strikt mening är därför sällan lämpligt såsom huvudregel vid långvariga avtalsförhållanden, åtminstone så länge principen tolkas såsom att avtalsbundenhet är snävt inriktad mot det initialt avtalade i formell mening.¹⁰⁶ Runesson å sin sida öppnar för en tolkning av principen om pacta sunt servanda till att en avtalspart (löftesmottagare) ges rätten till vad denne hade fog att räkna med vid avtalets ingående.¹⁰⁷ Denna tolkning kan i viss utsträckning stödjas av reglerna om fel i såväl köplagen som konsumentköplagen.

2.2.1 Ekonomiskt grundade ifrågasättanden av avtalsbundenheten

Sandgren skriver att "*Principen att avtal skall hållas är fundamental för den stabilitet och förutsebarhet, som är grunden för en dynamisk marknadsekonomi. Det är primärt ett samhällsintresse, som dikterar principens primat, inte omsorgen om den ena eller andra partens intressen. Den rättsekonomiska forskningen har...på ett övertygande sätt visat att det förhåller sig på det här sättet – ett resultat som inte kan vara någon överraskning för jurister.*"¹⁰⁸

¹⁰³ Hellner (2001), s. 43.

¹⁰⁴ Jfr Nystén-Haarala, s. 27.

¹⁰⁵ Krüger, s. 402.

¹⁰⁶ Nystén-Haarala, s. 200.

¹⁰⁷ Runesson, s. 343.

¹⁰⁸ Sandgren, *En social avtalsrätt? Del II*, s. 652. [Fotnoter uteslagna ur citat]

Det finns dock ekonomiska förklaringsmodeller vilka delvis *utmanar* den traditionella uppfattningen om sträng avtalsbundenhet. Den springande punkten är hur avtalsbundenhet definieras. Många uppfattar nog spontant att avtalsbundenhet innebär att parterna är bundna till avtalets innehåll. Sandgren skriver att: "*Avtal skall hållas. Det är avtalsfrihetens motpol. Avtalets bindande kraft – som grundas på parternas samtycke eller tillit – innebär att avtalet skall fullgöras enligt sitt innehåll.*"¹⁰⁹ Det finns dock andra utgångspunkter. Holmes skrev en gång i tiden: "*The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it – and nothing else*".¹¹⁰ Frågan om avtalsbundenhet blir här således central: vad är parten bunden till? Är det bundenhet till det initialt avtalade eller bundenhet till att ersätta den andre vid eventuella avsteg från det initialt avtalade? I detta sammanhang skall diskussionen om rätten till fullgörelse kontra rätten till ersättning inte behandlas.¹¹¹ Här kan det däremot konstateras att den ekonomiskt grundade s.k. *efficient breach-teorin* ifrågasätter en strikt avtalsbundenhet.¹¹² Avtal skall endast hållas så länge det är samhällsekonomiskt effektivt att upprätthålla dem. En part skulle då kunna bryta mot det avtalade, men endast så länge som denne kompenserar sin ursprungliga medkontrahent.¹¹³ Särskilt vad gäller färglösa (genus)prestationer finns det knappast någon större anledning att opponera sig mot Holmes påstående. Att en gäldenär ges rätten att säga upp ett lån i förtid mot att kompensera borgenären dennes förväntade avkastning förefaller rimligt. Det har för övrigt även avtalsparterna insett. I praktiken avtalas det vanligen om denna möjlighet, varför frågan om avtalsbrotts inte blir aktuell, åtminstone inte av den anledningen. Det synes vara rimligt att acceptera "effektiva" avtalsbrott på marknader där såväl överlåtelseobjekten som aktörerna är substituerbara.

I detta sammanhang bör det kortfattat nämnas något om den kritik som riktats mot läran om *efficient breach*. Det kan förekomma situationer där en part verkligen är beroende av att ett specifikt objekt levereras, i enlighet med det avtalade. Om en kontrahent tillåts att bryta avtalet kan den andre försättas i en trängd situation som dessutom kan vara svår att värdera monetärt. Därutöver bör risken för framtida ökade transaktionskostnader vägas in.

¹⁰⁹ Sandgren, *En social avtalsrätt? Del I*, s. 463.

¹¹⁰ Se *The Path of Law*, 10 Harvard Law Review, 457, 462 (1897) citerad efter Posner (1998), s. 131 not 1.

¹¹¹ Se Hellner (2001), s. 133 f.

¹¹² Se exempelvis Hillman, s. 217-224, Posner (1998), s. 131 ff.

¹¹³ Jfr Malloy, s. 144; Jfr även Hellner (2001), s. 134: "Det finns säkert större skäl till att erkänna rätten att kräva skadestånd en nyckelfunktion i det kontraktsrättsliga sanktionssystemet och därigenom också utgöra kärnan i principen om "pacta sunt servanda". [Fotnot utesluten].

Exempelvis kan en borgenär förväntas vidta olika säkerhetsåtgärder i den mån avtalsbundenheten skulle göras alltför elastisk. En borgenär kan antas pröva nya metoder i sina försök att säkra medkontrahentens prestation, vilket resulterar i tillkommande kostnader av okänd omfattning. Värdering, respektive bevisning, av den uppkomna skadan är också osäkerhetsmoment, vilket förväntas höja transaktionskostnaderna.¹¹⁴ Att bryta kontrakt som gäller diverse handelsvaror på marknader där det råder full utbytbarhet är en sak, det kan dock bli obilliga lösningar i andra fall där inte skadan fångas upp av en motsvarande påverkan på marknadsvärdet. Den med efficient breach-teorin medföljande reduktionismen riskerar att snöpa perspektivet till det monetärt mätbara. *Malloy* exemplifierar med ett amerikanskt rättsfall:¹¹⁵ Familjen P. lät arrendera ut ett stycke mark till gruvföretaget G på fem år. På denna mark fanns det en kolfyndighet vilken G skulle exploatera. Enligt arrendekontraktet skulle gruvbolaget använda en brytningsmetod med dagbrott i stället för att bryta i underjordiska schakt. Metoden innebär stora ingrepp i landskapsbilden. I kontraktet kom dock parterna överens om att G skulle återställa landskapet efter vissa premisser. Efter kontraktstidens utgång vägrade dock G att prestera i enlighet med kontraktet. G menade, efter att förelagt kalkyler från oberoende värderingsmän, att de avtalade åtgärderna skulle kosta \$ 29 000, men att fastighetens marknadsvärde endast skulle stiga med \$ 300 efter återställandet. G menade att det skulle vara resursförstörande att återställa marken. Oklahomas Supreme Court dömde G att ersätta familjen P med endast de \$ 300 som antogs motsvara fastighetens förlorade marknadsvärde.

Tydligen beaktades inte alls de miljömässiga "externaliteterna", vilka inte synes ha tillmätts något reellt värde. Mot efficient breach-teorin kan även ställas andra institutionellt orienterade spörsmål. Hur långt kan man relativisera principen om avtalsbundenhet utan att det ger negativa effekter för samhället från såväl ekonomiska som ideella utgångspunkter?¹¹⁶ Det är också märkligt att partsautonomin frångås. Parterna hade frivilligt ingått avtalet men i detta fall frångås de sedvanliga ekonomiska teorierna, vilka normalt tar sin utgångspunkt i parternas individuella beslut. Personligen ställer jag mig mycket tveksam till att i detta fall låta en monetärt grundad värdemaximeringsidé ges företräde för parternas egna överväganden.

¹¹⁴ Jfr Hillman, s. 221 ff. Jfr kritik i Macneil, *Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky*.

¹¹⁵ *Peavyhouse v. Garland Coal & Mining Co.*, 382 P.2d 109 (S. Ct Okla., 1962) *Malloy*, s. 144 f. Jfr även Posner (1998), s. 134 not 4.

¹¹⁶ Jfr Hillman, s. 223 f. Något om detta i Andersen & Lookofsky (2000), s. 33 och 443. Jfr Knoph (1934), s. 58 f.: "Til eiendom kan det være knyttet også andre interesser enn økonomiske, affeksjonsverdi, hjemfølelse o.s.v. Kontrakter kan sikte på andre behov enn å tjene penger. Ved skadegjørende handlinger er det slett ikke bare pengetat som voldes. Hvorfor skal ikke formueretten også ta hensyn til disse interesser og verne om dem, så sant man erkjenner at de samfundsmessigt er verdifulle og lar sig mestre av rettsregler?"

I svensk ersättningsrätt har för övrigt liknande *värderingsspörsmål* kommit i dagen i samband med värderingen av sällskapsdjur vid utomobligatoriska skador.¹¹⁷

2.3 Inriktning mot form: avpersonalisering och isolering

Partsförhållandet utmärks av en formell likhet och aktörerna agerar i ett kontextuellt vakuum. Det tas därför ingen hänsyn till parternas ekonomiska eller sociala situation: parternas identitet saknar betydelse: avtalsrelationen är i den meningen avpersonaliserad.¹¹⁸ Det viktiga är att parterna frivilligt ingått avtalet i enlighet med de eventuella formella krav som kan finnas.¹¹⁹ Det är formen eller proceduren som dominerar på bekostnad av innehållet, vilket anses bejaka det liberala synsättet.¹²⁰ Syftet med den klassiska avtalsrätten är att underlätta utbytet av resurser och såväl varor som aktörer antas vara substituerbara.¹²¹ Avtalet kan isolera det konkreta utbytet från en komplex omvärld och därmed förenkla utbytesmöjligheterna parterna emellan.¹²² Avtalet är således att betrakta såsom ett instrument exklusivt för dess parter; andra gör sig icke besvär, oavsett avtalets effekter.¹²³

Den nyss gjorda ideologiska beskrivningen ansluter till genombrottet för den s.k. neoklassiska nationalekonomin. Ekonomi blev i detta sammanhang ingen samhällsvetenskap utan mer en uppsättning analystekniker, vilka handlar om resursallokering och som inte tar hänsyn till behov och faktiska maktförhållanden.¹²⁴ Den formella likabehandlingen gav också den starke goda möjligheter att stärka sin ekonomiska maktposition. Motparten hade i många fall endast

¹¹⁷ NJA 2001, s. 65 I och II. I dessa fall har "reparationskostnaderna", d.v.s. främst veterinärkostnader, vida överstigit sällskapsdjurens marknadsvärde. Likväl har dock huvudregeln om ersättning upp till marknadsvärdet frångåtts i dessa fall. Dessa avsteg från huvudregeln synes, enligt min uppfattning rimliga: det är den särpräglade lojalitetsrelationen mellan människan och sällskapsdjuret som egentligen borde diskuteras och värderas. Denna relation är inte utbytbar på samma sätt som man byter pengar mot stapelvaror. Det kan därför inte anses oförutsebart att exempelvis även en ägare av en icke rasren katt, vilken vanligen har ett ringa marknadsvärde, är beredd att ådra sig förhållandevis betydande veterinärkostnader. Fortfarande bör det likväl finnas, vilket också HD påpekar, en rimlighetsprincip, vilken verkar i begränsande riktning.

¹¹⁸ Jfr Gordley (1997), s. 3 ff.

¹¹⁹ Jfr Dotevall (2002), s. 441; Von Mehren, s. 64 och 66 f.; Sandgren, *En social avtalsrätt? Del I*, s. 463.

¹²⁰ Jfr Behrends, s. 25 med hänvisning till Puchta. Se även von Mehren, s. 14 samt Weber, s. 277 ff.

¹²¹ Jfr Runesson, s. 344 f.

¹²² Jfr Collins (2003), s. 1: "Instead of the transaction launching an unspecific and diffuse sense of obligation or loyalty, as might be engendered by a gift, the contract confines expectations and separates itself from those surrounding conventions and norms that may encourage the expectation of indeterminate, wide-ranging obligations. If you want to establish loyalty and commitment, give someone a present, but if you want something in particular, make a contract."

¹²³ Jfr Langholm, s. 164: "Faced with a impersonal economic system, each person is on his own."

¹²⁴ Langholm, s. 186.

två valmöjligheter – att acceptera eller avstå. Ensidigt upprättade standardavtal har ofta haft denna ”take it or leave it-karaktär” över sig.¹²⁵ Att avstå lät sig dock knappast göras, åtminstone när det gällde att få de essentiella behoven tillgodosedda.

Samtidigt som *kontraktet* kan uppfattas såsom emanciperande, i förhållande till äldre tiders statussamhälle, behöver det inte ha denna effekt: privaträttsliga avtal kan såväl skapa som upprätthålla sociala strukturer.¹²⁶ Det svenska statarsystemet visar exempelvis att kontraktsinstitutet i sig inte omedelbart medför emanciperande konsekvenser, åtminstone inte för den svagare parten. Ovan skisserade liberala syn på kontraktet uppvisar drag av socialdarwinism: den starke har rätt. Här kan jag inte motstå att dra en parallell till antiken. I Platons dialog *Gorgias* säger en viss Kallikles följande under en diskussion med Sokrates: *”Men jag tror att de som har fastställt konventioner och lagar är de svagare människorna; den breda massan. När de fastställer konventioner och lagar och bestämmer vad som ska berömmas och klandras tänker de därför på sig själva och på vad som gagnar dem. För att skrämma de starka människorna, som kan skaffa sig fördelar, och för att hindra dem från att tillskansa sig sådana påstår de att det är fullt och orättfärdigt att vara överlägsen och att det är orätt att söka tillskansa sig mer än andra. Jag tror att de skulle gilla att själva få lika mycket som de andra fast de är underlägsna. Det är därför det enligt konventionen anses orätt och fullt att söka vinna mer än de många: det kallar man att göra orätt. Men enligt min åsikt visar naturen själv att det är rätt att den som är bättre har mer än den sämre och den starke mer än den svage.”*¹²⁷

Weber å sin sida synes ha uppfattat att kapitalism gick hand i hand med vad han betecknade såsom formell rationalitet. *”Ty genom att den specifikt juridiska formalismen låter rättsapparaten fungera som en tekniskt rationell maskin ger den ett relativt maximum av rörelsefrihet”* till gagn för individen; *”i synnerhet ökar den maximalt hans möjligheter att beräkna de rättsliga följderna av sitt handlande.”*¹²⁸ Att detta skulle medföra största möjliga ekonomiska tillväxt synes dock inte vara visat empiriskt.¹²⁹ Förmodligen har skyddet för

¹²⁵ Jfr Bernitz (1993), s. 13.

¹²⁶ Collins (2002), s. 24 samt Wilhelmsson (1995), s. 4 f.

¹²⁷ Platon, *Gorgias*, 483b, (s. 362 Stolpes övers. 2000). Sokrates har sedan, inte helt oväntat, en del att säga Kallikles.

¹²⁸ Weber, s. 279.

¹²⁹ Macaulay, s. 70 med ett flertal hänvisningar till olika forskningsprojekt (not 42).

äganderätt respektive avtalsfrihet en större betydelse än att exempelvis avtalsrättens inre systematik är absolut koherent och *rättsligt* förutsebar.¹³⁰

I detta sammanhang kan man också diskutera spörsmål angående separationen av privaträttsliga förpliktelser från dess kontext. Periodvis har idéer om att isolera dessa förpliktelser från extern inblandning vuxit sig starka.¹³¹ Till att börja med kan det sägas att alla rättsliga förpliktelser i viss mån är abstrakta. Verkliga skeenden måste transformeras till juridiskt accepterade abstraktioner. Det som inte kan "konstrueras" rationellt i juridiska termer riskerar att bli rättsligt irrelevant.¹³² Den romerska rättsprocessen var ursprungligen starkt bunden till vissa formalia. Det bakomliggande förhållandet kunde många gånger inte uttryckas i processen: om gäldenären exempelvis hade ett motkrav mot borgenären kunde den förstnämnde inte åberopa det i processen.¹³³

Det finns även moderna exempel på att förpliktelsen separeras från sin ursprungliga kontext. Ett exempel är skuldebrevsgäldenärens begränsade invändningsrätt såsom den framträder i skuldebrevslagens andra kapitel. De löpande skuldebreven skall vara lätta att omsätta på marknaden varför eventuella frågor kring det ursprungliga rättsförhållandet och därtill hörande diskussioner om gäldenärens invändningsrätt, till en betydande del fått ge vika.¹³⁴ Även i andra sammanhang har försök gjorts att skilja ut vissa "fakta" på bekostnad av andra. Intressant i detta sammanhang är NJA 1989 s. 614 där ett underhållsåtagande i anledning av en förestående äktenskapsskillnad stod i fokus. HD utgick från "allmänna kontraktsrättsliga grundsatser", vilket kan uppfattas såsom ett uttryck för ovan nämnda avkontextualisering:¹³⁵ avtalet var i den meningen att likställa med vilken transaktion som helst.

I Common law existerar den s.k. parol evidence rule. Denna regel kan sägas prioritera det skriftliga kontraktet på bekostnad av andra bevismedel. Det antas av dess förespråkare att

¹³⁰ Jfr Posner (2003), s. 86: "What capitalism *essentially* requires of law is the protection of property rights, and the enforcement of freedom of contract, by reasonable disinterested judges, rather than the maximum clarity and coherence attainable by legal rules. The content of legal rules is as important as their form."

¹³¹ Von Mehren, s. 58.

¹³² Jfr Weber, s. 193.

¹³³ Jfr Zimmermann (1996), s. 91. Avtalsformen *Stipulatio* var ett verbalkontrakt som ingicks under särskilda former: den gav *ensidigt* bindande förpliktelser.

¹³⁴ En kortfattad internationell utblick ges i von Mehren, s. 58 f.

¹³⁵ Jfr Runesson s. 142: "Avgörandet angår visserligen ett familjerättsligt avtal där andra ändamålssynpunkter än värdemaximering många gånger torde göra sig gällande. HD åberopade dock uttryckligen allmänna kontraktsrättsliga grundsatser, varför avgörandet torde ha ett principiellt intresse här."

denna metod ger en högre grad av förutsebarhet än att försöka utröna avtalsparternas intentioner på annat sätt.¹³⁶

Kihlman menar att obligationsrätten är ett eget system vilket har till uppgift att fördela risker i ett avtalsförhållande. *"Obligationsrätten är således ett eget system där endast obligationsrättsligt relevanta hänsyn skall tas. När obligationsrättsliga tvister hanteras skall därför hänsyn tas endast till omständigheter som är relevanta för parternas inbördes förhållande."*¹³⁷ Dock tillägger han: *"Att obligationsrätten är ett system innebär emellertid inte att alla obligationsrättsliga bestämmelser är en del av systemet."* Han exemplifierar med att ge exempel från det konsumenträttsliga området. Senare förtydligar han sitt ställningstagande genom att påpeka att det i det obligationsrättsliga systemet inte finns anledning att ta hänsyn till andra omständigheter än sådana som är relaterade till avtalsparternas förväntningar.¹³⁸

I detta sammanhang kan även den tidigare förhärskande idén om avtalets *partsexklusivitet* (privity of contract) inordnas. Själva idén med att låta det privaträttsliga avtalet isoleras ifrån dess samhälleliga kontext i allmänhet blev framgångsrik under liberalismen; de sociala relationerna atomiserades bl.a. genom att kontraktet isolerades från tredje mans intresse.¹³⁹ Den tyske rättsvetenskapsmannen Rudolf von Jhering skrev följande på 1800-talet: *„Wer kontrahiert, tritt damit aus dem rein negativen Pflichtenkreis des außerkontraktlichen Verkehrs in den positiven der Kontraktsphäre"*¹⁴⁰

Jherings uttalande visar på hur viktigt det ansågs vara att kategorisera mänsklig interaktion såsom inom- respektive utomobligatorisk. Denna indelning kan härledas tillbaka till Aristoteles teori om frivilliga (d.v.s. kontraktuella) respektive ofrivilliga (utomobligatoriska) uppgörelser.¹⁴¹ Jherings uttalande kan jämföras med ett uttalande av Lord Esher i ett engelskt rättsfall från det sena 1800-talet: *"A man is entitled to be as negligent as he pleases towards*

¹³⁶ Jfr Zweigert & Kötz, s. 406 f. Därutöver synes det vara en del av en processuell maktkamp om bevisvärdering. Se von Mehren s. 62: "All agree that the parol evidence rule operates to permit the judge to determine questions of fact which would otherwise fall within the province of the jury as trier of fact." [fotnot utesluten]. Se mer angående denna regel nedan, not 153 och 1010.

¹³⁷ Kihlman (1999), s. 32 f. [Fotnot utesluten]. Fetstil ersätter ursprunglig kursivering i citat.

¹³⁸ Kihlman (1999), s. 34.

¹³⁹ Collins (2002), s. 23: "Contracts, as a form of social relation... juxtapose themselves against ties of community or bonds of social solidarity."

¹⁴⁰ Jhering, citerad i Larenz & Canaris, s. 242.

¹⁴¹ Mer om detta nedan i texten bl.a. vid not 349 och 352.

the whole world if he owes no duty to them.”¹⁴² Uttalandet visar på den rådande tidsandans liberala excesser och associationer till Tönnies Gesellschaft-samhälle synes ofrånkomliga.¹⁴³ Denna dikotomi bär uppenbarligen med sig en ideologisk sprängkraft. Nedan under avsnitt 2.4 behandlas denna problematik vidare.

2.3.1 *Motreaktioner: ett ökande intresse för avtalets innehåll och dess samhälleliga kontext*

Tolkning och förståelse av exempelvis “köparens befogade intresse” är knappast möjlig med ett snävt inomjuridiskt perspektiv. Med Malloy kan man i stället hävda: *“No exchange is isolated from the community and every contract raises implications for social meaning.”*¹⁴⁴ Jurister har över tiden behandlat rätten (inklusive obligationsrätten) med en mer eller mindre medveten anpassning till strömningar i intellektuella omvärlden.¹⁴⁵ Under medeltiden lånade de s.k. glossatorerna filologiska tekniker, vilka tidigare hade nyttjats i samband med religiösa och litterära studier.¹⁴⁶ Den därefter framväxande humanismen påverkade sin tids jurister och under denna tid började Justinianus kodifikation att analyseras med mer vetenskapliga förhållningssätt.¹⁴⁷ Även upplysningstiden och det naturvetenskapliga genombrottets hade betydelse för tänkesättet hos de efterkommande juristerna.¹⁴⁸ Kontentan av detta är att även om obligationsrätten är ett eget system så är det inte givet *hur* detta system skall tolkas. Systemet bör heller inte tillåtas vara helt slutet: ett sådant lär i så fall stelna och misslyckas med att anpassa sig till omvärldsförändringarna. Obligationsrätten bör därför inte behandlas såsom ett autonomt system: det är förvisso ett eget system, men det är ett system som över tiden bör kommunicera med det omkringliggande samhället och dess värderingar.¹⁴⁹

¹⁴² Le Lievre v. Gould [1893] I QB 491 och 497. Diskussionen gällde (frånvaron av) produktansvar gentemot icke avtalspart. Jfr i Zweigert & Kötz s. 611.

¹⁴³ Se något om Tönnies i text vid not 844 och generellt i text vid not 1469.

¹⁴⁴ Malloy, s. 145.

¹⁴⁵ Jfr Mattei s. 358 och 363, hänvis. till bl.a. Cannata & Gambaro (1989), *Lineamenti di Storia della Giurisprudenza Europea III*. Jfr Gordley (1991), s. 215: “Virtually every age of technical legal studies has its background in generally recognized social and ethical doctrine: that of classical Rome in the philosophy of the academy, the Peripatetics, and above all the Stoa; that of the Glossators, Canonists and Post-Glossators in the moral philosophy and social teachings of the medieval church; the *Pandektenwissenschaft* of the 19th century in Kant’s ethic of freedom and duty.” [Fotnot utesluten ur citat, hänv. till Wieacker (1967/1996), s. 249]. Jfr även nedan i text vid not 679.

¹⁴⁶ Mattei, s. 363.

¹⁴⁷ Jfr Bellomo, s. 204 ff.; Stein (1999), s. 75 ff. särskilt s. 79 f

¹⁴⁸ Jfr ovan i text vid not 63 samt Van Caenegem, s. 115 ff.

¹⁴⁹ Jfr Samuel, s. 254: “The whole point of a legal system – indeed the whole point of schemes of intelligibility in the social sciences – is that they are not closed.” [Fotnot utesluten]. Hänv. till Bergel, J-L, *Méthodologie juridique*, 2001, s. 115-117. Se även Esser (1973), s. 304.

I spänningsförhållandet mellan isolering och kontextualisering kan vi identifiera den ständiga balansgången mellan form och innehåll.¹⁵⁰ Romarna reformerade den formalistiska ius civile genom att i processen införa bone fidei iudicia: därmed var domaren bemyndigad att ta en större hänsyn till kontexten.¹⁵¹ Även den ovan nämnda parol evidence rule, vilken skulle ge en större förutsebarhet har ifrågasatts: "[f]ew things are darker than this, or fuller of subtle difficulties."¹⁵² För närvarande accepteras det ett betydande antal undantag från denna tolkningsregel.¹⁵³

2.3.1.1 Ekvivalensprincipen

*"In various ways and to varying degrees, all legal orders that accept the institutions of contract are concerned with contractual justice."*¹⁵⁴

Att ovanstående formalistiska utgångspunkter numera har förändrats bl.a. på grund av 1900-talets framväxande socialstat är tydligt. Det finns, i den numera vitt omspannande skyddslagstiftningen, betydande undantag från de ovanstående starkt liberala utgångspunkterna. Den konsumentskyddsrättsliga lagstiftningen har understundom också benämnts social avtalsrätt.¹⁵⁵ Benämningen är, åtminstone i viss mån missvisande, eftersom all mänsklig interaktion i viss utsträckning är social. För att genomföra en transaktion måste en avtalskontrahent normalt utlämna sig på ett eller annat sätt och ta vissa risker: alla avtal behöver i princip en omgärdande tillit i olika situationer och i olika omfattning för att hantera denna risk.

Den framväxande masskonsumtionen har också ställt nya krav på förmågan att skapa kostnadseffektiva, kollektiva regulatorer såsom standardavtal. Dessa har också väckt statsmakternas intresse, varför en tvingande civil- och marknadsrättslig lagstiftning

¹⁵⁰ Jfr Zimmermann (1996), s. 88: "Formalism and flexibility are intrinsically opposed to each other. The one makes for certainty of the law, the other for equity – the two principles on which justice is based. These principles are antagonistic. Yet the legal system must try to realize both simultaneously."

¹⁵¹ Jfr Tamm, s. 337.

¹⁵² Von Mehren, s. 62, citat efter Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (Boston 1898), s. 390. [Fotnot utesluten]

¹⁵³ Se not 1010.

¹⁵⁴ Von Mehren, s. 64. Mer om detta nedan i text vid not 359.

¹⁵⁵ Jfr exempelvis Wilhelmsson, *Social civilrätt* (1987) och *Standardavtal* (1995).

tillkommit, vilken i flera fall särskilt riktat sig mot bruket av standardavtal.¹⁵⁶ Dessa politiska respektive ekonomiska förutsättningar har haft stor inverkan på den nutida förmögenhetsrätten. Fortfarande finns det dock en stor, och ekonomiskt betydelsefull, sektor utanför det ovan nämnda skyddsområdet. Även denna har dock kommit att påverkas av den ovan skisserade utvecklingen.¹⁵⁷

I England höjdes det röster angående den s.k. avtalsfriheten. Dess effekter uppfattades inte leda till den frihet som de vid första anblicken gav sken av.¹⁵⁸ Redan 1905 beskrev en författare den rättsliga förändringen i England såsom en övergång från individualism till kollektivism.¹⁵⁹ I Sverige började lagstiftaren efterhand att i större utsträckning träda in på den avtalsrättsliga scenen. 1901 kom en lag om ogiltighet vid ocker och 1915 kom den ännu gällande avtalslagen. Samma år introducerades ett visst tidigt konsumentskydd i lag om avbetalningsköp.¹⁶⁰ Denna utveckling har sedan fortsatt (Se ytterligare exempel på tillkommande lagstiftning under 1900-talet nedan i kapitlet om billighet). Efterhand har således intresset svängt från att vara mestadels procedurinriktat mot en högre grad av innehållsintresse. Med denna utveckling har följt en förstärkning av normativa idéer om avtalsbalans.¹⁶¹ Taxell påpekar att man i ömsesidiga avtalsförhållanden ofta eftersträvar en jämvikt mellan prestation och motprestation.¹⁶² ”De skall värdemässigt motsvara varandra.”¹⁶³ Det synes vara Aristoteles tankar om den kommutativa rättvisan som återkommer; den som ger något skall få en ekvivalent.¹⁶⁴ Vi återkommer till denna idé i avsnitt 3.2.2.

Allra starkast har lagstiftaren intresserat sig för vissa avtalsrelationer, nämligen olika s.k. konsumentavtal samt arbetsrättsliga spörsmål, i vilka skyddet för svagare part varit en viktig

¹⁵⁶ Bernitz (1993), s. 21 f.

¹⁵⁷ Jfr Andersen & Lookofsky, s. 34 samt Gorton (1999), s. 41. Jfr även i text nedan vid not 467.

¹⁵⁸ Jfr Kelly s. 306,

¹⁵⁹ Dicey, A.V. *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century* (London 1962) efter Kelly s. 306 (not 2) Jfr liknande angående Tyskland, Zimmermann (1996), s. 269: ”The heyday of extreme individualism was short-lived and even before the BGB had come into existence the legislator started to take the first steps towards what is usually broadly referred to as consumer protection.” [Fotnot utesluten ur citat] hänv. till Hedemann. Jfr även angående kollektivistiskt påverkad avtalsrätt i Knoph (1934), s. 41.

¹⁶⁰ Modéer, s. 215, Se även Ramberg & Ramberg, s. 251.

¹⁶¹ Se exempelvis Zimmermann (1996), s. 268 ff.

¹⁶² Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 87. Jfr även von Mehren, s. 64 samt Herre (1996), s. 106 f. (angående vederlagsminskning).

¹⁶³ Taxell synes mena en balans utgående ifrån parternas subjektiva bedömningar, jfr Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 87.

¹⁶⁴ Aristoteles (V.4), s. 133, Se även von Mehren, s. 64; Wieacker, *Geschichtliche Wurzeln*, s. 237 f.; Hellner (2001), s. 52 f., den senare förhållandevis skeptisk.

utgångspunkt.¹⁶⁵ Den senare idén är förvisso inte ny: redan i epilogen till Hammurabis lag omnämns att den svage skall skyddas mot den starke.¹⁶⁶ I nutida avtalsrätt finns numera ett större intresse för själva avtalsinnehållet även utanför den ovan nämnda skyddslagstiftningen.¹⁶⁷ Den mycket omskrivna 36 § i avtalslagen är exempelvis tillämplig även utanför konsumentförhållanden.¹⁶⁸ Det kan bl.a. vara den ena partens beroendeställning som gör denna generalklausul aktuell. I bl.a. några rättsfall rörande borgen har domstolen beaktat borgensmannens utsatta position, oaktat att denne inte var ”konsument” i snäv bemärkelse.¹⁶⁹ Överhuvudtaget har borgensinstitutet omtolkats i viss utsträckning, främst under de senaste decennierna. Från att i större utsträckning ha varit behandlat såsom strictii iuris har utvecklingen gått mot att värdera borgensmannens position utifrån normer vilka närmast ger reminiscenser av bona fides iudicia.¹⁷⁰ I NJA 1992 s. 351 lades exempelvis *borgenärens* passivitet under avtalstiden, denne till last, till båtnad för borgensmannen.¹⁷¹

Intresse för själva innehållet visar sig även i den ökande betoningen av ”parternas befogade tillit” respektive ”befogade intresse”. *Hellner* påpekar att ”den befogade tilliten” för närvarande synes vara en av de mest uppskattade förklaringarna till rättsregler såväl inom kontraktsrätt som inom skadeståndsrätt.¹⁷² I såväl köplagen, konsumentköplagen som jordabalken ges ett skydd för köparens befogade förväntningar.¹⁷³ Konkurrenslagstiftningens begränsningar avseende vissa oönskade beteenden hos näringsidkare med *dominerande ställning* ger

¹⁶⁵ Jfr generellt Ramberg & Ramberg, s. 251 ff.; Sandgren, *En social avtalsrätt? Del I*, s. 462 samt exemplifieringar på s. 464 ff. Wilhelmsson, *Avtal*, s. 273. Se not 462.

¹⁶⁶ Hammurabi (1700-talet f. Kr) var härskare i Babylonien.

¹⁶⁷ Jfr exempelvis von Mehren, s. 63. Denne skriver att inriktningen mot att separera förpliktelser från respektive kontext generellt sett inte förespråkas i nutida rättsordningar. ”This position is compatible with, and doubtless influenced by, the concern that is today increasingly expressed for the substantive justice of contractual transactions.... In the case of abstractness by party agreement, views also have been influenced by the rise of explanations of contract in social and economic terms and the corresponding decline of the will theory of contract.” [Fotnot utesluten]. Jfr också Andersen & Lookofsky vilka nämner en ”*almindelig ligevægtshensyn*” s. 34 och 239; Dotevall (2002), s. 441 ff. samt Ramberg & Ramberg s. 148 f.

¹⁶⁸ Se generellt, von Post.

¹⁶⁹ Se NJA 1997 s. 524 och NJA 1999 s. 408. Jfr Ramberg och Ramberg s. 261.

¹⁷⁰ Se angående den förändrade synen på borgensmän i exempelvis Bergström & Lennander, s. 43 ff. Jfr även en sammanfattning om utvecklingen av borgensinstitutet (främst ”konsumentliknande” förhållanden) i de nordiska länderna i: Møgelvang-Hansen, *Privat kaution for banklån*, (1995), s. 8 ff.; Jfr ovan i text vid noterna 533 och 1200.

¹⁷¹ Jfr ovan vid not 14.

¹⁷² Angående ”den befogade tilliten”, se *Hellner* (2001), s. 67 med flera hänvisningar i not 42. Jfr även van Gerven m.fl. s. 33: ”contract law aims to enforce promises and thus to confer intended benefits, while tort law merely aims to maintain the *status quo* and thus to repair losses.”

¹⁷³ Uttrycket i lagtexten är ”avviker från vad köparen med fog kunnat förutsätta” se köplagen 17 § 3 st. konsumentköplagen 16 § 3 st. 3 p samt Jordabalken 4 kap. 19 § 1 st. Jfr Kihlman (1999), exempelvis s. 25 där han använder uttrycket ”köparens befogade förväntningar.”

ytterligare en dimension till tesen om en generell avtalsrättslig trend mot en *normativ ekvivalens*.

I viss utsträckning har således utvecklingen gått från formalism mot flexibilitet: redan Weber diskuterade för övrigt antiformalistiska tendenser i den moderna rättsutvecklingen.¹⁷⁴

Möjligen skulle det kunna hävdas att det ökade inslaget av billighetsjustis bl.a. får som följd att innehållet numera tillåts dominera över formen. Denna trend är dock inte entydig: i Sverige synes exempelvis formkravet angående skriftlighet vid fastighetsköp uppfattas strikt formellt av domstolarna, vilket synes i det närmaste utesluta alla möjligheter till att utfå kompensation för skador orsakade av culpösa beteenden i samband med avtalsförhandlingar.¹⁷⁵

2.4 Systematiskt synsätt

Även om man inte kan förneka att de politiska utgångspunkterna förändrat avtalsrättens förutsättningar under socialstatens framväxt, har dessa förändringar likväl varit möjliga att hantera i den rättsliga traditionella systematiken. De har stegvis fogats in i alternativt isolerats i strukturen,¹⁷⁶ utan att förorsaka vare sig kaos eller revolution.

Det är nog ingen överdrift att säga att domstolarna tämjt legalistiska uppstickare vilka uppfattats såsom potentiella orosmoment. I förarbetena till 36 § avtalslagen rekommenderades t.o.m. domstolarna att använda paragrafen i större utsträckning än vad paragrafens föregångare hade använts.¹⁷⁷

Under detta avsnitts rubrik inryms spörsmål angående rättens interna spänningsfält. I detta fält sker en ständig balansgång mellan värde och struktur samt mellan förutsebarhet och flexibilitet. Systematiken måste å ena sidan vara dynamiskt receptiv samtidigt som den å andra sidan måste ha en viss stadga. Utan stadga flyter allt innehåll ut varvid ovisshet

¹⁷⁴ Weber, s. 321.

¹⁷⁵ Jfr diskussioner under prekontraktuellt ansvar. Se särskilt under avsnitt 4.1.4.

¹⁷⁶ Jfr Wilhelmsson (1995), s. 26 ff.

¹⁷⁷ Prop. 1975/76:81 s. 117 samt Adlercreutz I (2002), s. 299. Grönfors, *Avtalslagen*, s. 245. Mer om denna önskan om en attitydförändring nedan i text vid not 404.

vidtar.¹⁷⁸ Finns det däremot ingen dynamik petrifieras systemet. Att innehållet delvis förändras behöver inte betyda en total upplösning av strukturen. Den senare omformas och ges en ny gestaltning. Här kan vi associera till utvecklingen av equity-institutet i England. Maitland gjorde följande påpekade angående detta: *"We ought to think of the relation between common law and equity not as that between two conflicting systems, but as between code and supplement, that between text and gloss."*¹⁷⁹ Efter hand anses även equity-institutet ha stelnat.¹⁸⁰

Systematisering är i praktiken associerad med olika kategoriseringar. Alla kategoriseringar har dock sina begränsningar. En nackdel med dem är att de riskerar att osynliggöra intressen, vilka inte fångas upp i övriga "starka" kategorier. Kategorierna som sådana är dock inte några upptäckter, de är konstruerade av någon i ett försök att hantera en mer eller mindre kaotisk verklighet.¹⁸¹ Samtidigt som de ger stöd åt tankestrukturer riskerar de att hämma fruktbara tankegångar, vilka inte passar in i den valda systematiken.¹⁸² I avsnittet omedelbart nedan behandlas ett, i detta arbete, relevant exempel på en klassisk juridisk kategorisering.

2.4.1 Särskilt om dikotomin inom- respektive utomobligatoriskt ansvar

Att indela förpliktelser i kategorier är intimt förknippad med rättsvetenskap och denna syssla har en lång historia.¹⁸³ Det finns flera skäl till att behandla "indelningsproblematik" i detta arbete eftersom den dels är relevant att diskutera i ett kapitel som beskriver exempel på avtalsrättens dynamik, dels är förknippad med begreppsbestämningen angående vilka förpliktelser som bör benämnas lojalitetsförpliktelser. Den senare frågan återkommer vi till nedan i avsnitt (4.6).

¹⁷⁸ Jfr Zimmermann & Whittaker, s. 690: "Legal formalism may seem to be a legal vice, inappropriate in a legal system come of age; but the legal certainty and respect for legal authority which it expresses (even if in an exaggerated form) are rather legal virtues, associated with the rule of law itself."

¹⁷⁹ Maitland, *The Forms of Action at Common Law* (1936), s. 153, citerad i Zweigert & Kötz, s. 190.

¹⁸⁰ Zweigert & Kötz, s. 188.

¹⁸¹ Jfr Andersson, Helen, särskilt s. 43.

¹⁸² Jfr Collins (2002), s. 41 ff. samt Kleineman, *Begreppsbildningen och den skadeståndsrättsliga analysen*, s. 718 "Redan tanken att någon skulle kunna undgå ansvar, trots att man varit vållande, därför att skadan inte kan kategoriseras på ett visst sätt från begreppsmässig synvinkel, förefaller främmande för en disciplin som dominerades mer än andra av en rationellt inriktad rättsvetenskap. Tanken att någon skulle kunna åberopa en slags skadeståndsrättslig immunitet, redan därför att skadan inte var lagreglerad, måste ha framstått som en ren anomali."

¹⁸³ Se exempelvis Birks, *Definition and Division: A Meditation on Institutes* 3.13.

I avsnitt 2.3 ovan omnämndes några klassiskt liberala kännetecken för "avtalet". I nyss nämnda avsnitt framkom att avtalet kunde isolera det konkreta utbytet från en komplex omvärld och därmed förenkla utbytesmöjligheterna parterna emellan. En sådan förenkling kommer till uttryck när avtalet behandlas som ett instrument exklusivt för dess parter; oavsett avtalets effekter (privity of contract).¹⁸⁴ Intresset för att göra något åt ett antal s.k. externaliteter har dock efter hand ökat och huvudregeln om kontraktets *partsexklusivitet* har nuförtiden fått ett flertal undantag.¹⁸⁵ Numera är det vanligare att parterna mer eller mindre tvingas att, i viss utsträckning, beakta externaliteter. Aktuella exempel på det senare är miljö- respektive och produktansvar, där partsexterna kostnader destinerar till någon av parterna.¹⁸⁶ Dessa förändringar har i viss utsträckning kommit att, om inte lösa upp betydelsen av att dela in förpliktelser i inom- respektive utomkontraktuella, så åtminstone att begränsa betydelsen av denna kategorisering.

Den tidigare så starka idén om att de avtalade rättigheterna och skyldigheterna endast berör de inblandade avtalsparterna synes ha haft sin grund i fastlåsningsen till viljan (voluntarismen).¹⁸⁷ En parts ansvar skall, enligt detta tankesätt, framgå av dennes manifesterade viljeyttring i samband med avtalsingåendet. För att komma runt denna huvudregel har olika rättsordningar behövt utveckla en rad undantag; det är inte ovanligt att ett begränsat tredjemansskydd mer eller mindre smugits in via rättspraxis.¹⁸⁸ En vanlig metod är att nyttja avtalet likt en hävstång och "lyfta" ansvaret till att även omfatta tredje part. Undantag har därmed ofta förklänts i olika fiktiva kontraktskonstellationer. Dessa fiktioner har i svensk rätt kallats *biförpliktelser*,¹⁸⁹ *kvasikontrakt*,¹⁹⁰ *utfästelser*¹⁹¹ och *garantiåtaganden*.¹⁹² De har använts i syfte att legitimera ett ansvar för en avtalspart såväl mot medkontrahenten som annan. Karlgren skrev en gång i tiden följande: *"Ofta förhåller det sig så, att situationen har ett kontraktsrättsligt inslag, som medför att detsamma får likhet med de rättslägen som möta på den "inomobligatoriska" skadeståndsrättens område. Kan man nu i någon form framkonstruera en anknytning till*

¹⁸⁴ Jfr Treitel, s. 538 ff.

¹⁸⁵ Se exemplifieringar i Ramberg och Ramberg s. 287 ff. Jfr not 184. Se mer utförligt angående gränsområdet mellan inom- respektive utomobligatoriskt ansvar i olika rättsfrågor: Andersson, Håkan (1997), Grönfors (1993), Kleinman (1987), Ulfbeck samt Zackariasson.

¹⁸⁶ Jfr Collins (2002), s. 23, Jfr även Wilhelmsson (2001), bl.a. på s. 337.

¹⁸⁷ Se exempel i Ulfbeck, s. 39 ff.

¹⁸⁸ Jfr Ulfbeck, s. 44.

¹⁸⁹ Grönfors (1993), s. 100 ff. och Karlgren (1972), s. 34, 119 (principalansvar).

¹⁹⁰ Grönfors (1993), s. 98 ff. och Karlgren (1972), s. 119 (principalansvar).

¹⁹¹ Lejman, s. 69. Jfr Ramberg & Herre (1995), s. 651.

¹⁹² Se exempelvis, Lejman, s. 51; Karlgren (1972), s. 34, 119 (tyst garanti – principalansvar). Bengtsson (1960), s. 29, not 6, med hänvisningar; Ramberg & Herre (1995), s. 651: Jfr även Nørgaard-Nielsen & Theilgaard s. 770 f. (dansk rätt).

kontraktsrätten, minskas enligt härskande uppfattning betänkligheterna mot att låta underlåtenhet ådraga skadeståndsansvar. [- - -] Exempel utgöra åtskilliga redan berörda och i det följande närmare omtalade fall, då man i rättstillämpningen laborerar med "biförpliktelser" eller "garantiåtaganden" som rättsfakta för skadeståndsansvar."¹⁹³

Tidigare åberopades någon av dessa normativa fiktioner innan det utomobligatoriska principalansvaret accepterades full ut.¹⁹⁴ Dessa exempel är inte unika, det finns fler exempel på när denna metodik använts i den juridiska förklaringsvärlden.¹⁹⁵ Människan synes ha en viss benägenhet att skapa närmast mystiska begrepp och symboler, och så länge de tillåts att påverka, bör de på ett eller annat sätt beaktas, även om man inte accepterar den påstådda grunden. Nedan återkommer andra exempel på fiktioner i samband med "förklaringar" av inomobligatoriska biförpliktelser och naturalia negotii (se under avsnitt 4.3).

NJA 1943 s. 356 (Saltsyradamejeannen) kan för övrigt exemplifiera hur avtalet fyllts ut med en s.k. biförpliktelse till båtnad för tredje man.¹⁹⁶ K köpte en damejeanne saltsyra av S. Parterna avtalade att S skulle ombesörja transporten till K. S anlät en fristående transportör för detta uppdrag. En anställd hos den fristående transportören råkte dessvärre tappa damejeannen i trappan i den byggnad där K hade sin lokal. Trappan skadades i samband med detta. Fastigheten ägdes av en tredje person. Det fanns inget avtalsförhållande mellan transportören och fastighetsägaren. K ersatte hyresvärden för den uppkomna skadan och krävde därefter att bli gottgjord av S. Initialt hävdade K att hyresvärden hade överlåtit skadeståndsfördringen till K. I hovrätten framkom det dock att det fanns en särskild klausul i hyresavtalet mellan hyresgästen K och den skadelidande hyresvärden. I klausulen hade K *"förbundit sig att låta bättra, laga och återställa bl.a. vad som under hyrestiden »genom åtgärder som hyresgästen beordrat skadas eller förfäres inom den förhyrda lägenheten eller eljest inom egendomen»."*¹⁹⁷ HD ålade S att gottgöra K för dennes utlägg. I den mycket korta motiveringen fastslås att skadan orsakats av transportörens vårdslöshet. HD synes dock

¹⁹³ Karlgren (1972), s. 34. Jfr Grönfors s. 98 ff. hänv. till Alexandersson, *Ett par skadeståndsproblem i svensk rättsskipning*, Nordiska Juriststämman 1926.

¹⁹⁴ Se Karlgren (1972), s. 118 ff. med hänvisningar till ett flertal äldre rättsfall. Jfr också likheterna med s.k. kvasi-deliktueellt ansvar i den romerska rätten, Zimmermann (1996), s. 16 ff.

¹⁹⁵ Angående fiktioner: Bengtsson (1960), s. 35 f. Grönfors (1993), s. 99 hänv. till Esser, Josef, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen* (1940); Se därutöver Newman, *The General Principles of Equity*, s. 595. Jfr även nedan i text vid not 707.

¹⁹⁶ Se Lejman, s. 52; Grönfors (1993), s. 100.

¹⁹⁷ Se domen s. 356.

anknyta ansvaret till de två avtalsförhållandena.¹⁹⁸ Fallet har tolkats såsom att det fanns en *biförpliktelse* vid sidan av att transportera och vårda godset, nämligen att inte skada fastighetsägaren.¹⁹⁹ Ansvaret mot fastighetsägaren bör i detta fall föreligga ”rent” utomobligatoriskt. Antag att transportören går in i fel byggnad, vilken ägs av någon som inte står i kontraktsförhållande med någon av de inblandade. Ägaren av denna byggnad borde, vid skada, rimligen ha lika stora möjligheter att få ersättning som hyresvärden i nyss nämnda fall. Det går att ha flera invändningar mot såväl de valda argumentationslinjerna som den tidens rättsuppfattning.

Gränsdragningen mellan det kontraktuella- respektive det deliktuelle ansvaret är naturligtvis inte är naturgiven. Vid komparativa studier av de mer framträdande europeiska rättsordningarna, framkommer betydande systematiska skillnader mellan dem avseende denna gränsdragning. Beroende på respektive rättsordnings systematik diskuteras det utökade ansvaret utifrån skilda utgångspunkter. Vissa tänker sig att det är det kontraktuella ansvaret som expanderar, medan andra tänker sig att det är det utomobligatoriska ansvaret som tränger in i avtalsförhållanden (tortification of contract law).²⁰⁰ Tysk rätt anses exempelvis ha ett snävare utomobligatoriskt ansvar och ett bredare inomobligatoriskt ansvar, medan det omvända förhållandet anses råda i England. Där grundas ansvaret för inkorrekt finansiell information, med detta lands snäva syn på ett kontraktbaserat ansvar, utifrån utomobligatoriska grunder medan man i Tyskland i stället låter kontraktet grunda ansvaret. I båda fallen anses skyddet för den befogade tilliten som det centrala.²⁰¹ Det finns flera andra skadetyper, vilka visar på nationella skiljelinjer mellan vad som är kontraktuellt respektive deliktuelle ansvar. I detta sammanhang kan det mycket kända tyska ”linoleummattfallet” omnämnas.²⁰² En kund handlade i ett varuhus. Hon besökte bl.a. mattavdelningen för att se på en viss produkt. För att komma åt att visa denna produkt, var affärsbiträdet tvunget att flytta på två vertikalt uppställda mattor. När så skedde föll mattorna ned på kunden och hennes barn, varvid dessa skadades. Den anställdes culpa ådrog affärsinnehavaren skadeståndskyldighet.

¹⁹⁸ Jfr dock Karlgren (1972), s. 236 not 9. Denne har diskuterat utifrån det K hävdade i sin talan: att hyresvärden överlåtit skadeståndsfördran till K.

¹⁹⁹ Grönfors (1993), s. 100. Jfr även Lejman, s. 52 f.

²⁰⁰ Jfr Ulfbeck, s. 58 hänv. till Olsen, Cornell Law review, Vol. 77, s. 1043.

²⁰¹ Wilhelmsson 2001, s. 215, not 595, hänv. till Banakas, *Liability for Incorrect Financial Information: Theory and Practice in a General Clause System and in a Protected Interests System*, European Review of Private Law 1999, 261-286, särskilt s. 282. Se även Zweigert & Kötz s. 614 (angående tysk rätt): ”Most decisions, however, find a contract or contract type relationship between the informant and the third party, and apply the rules of contract liability.”

²⁰² RGZ, 7 December 1911, RGZ 78.239.

En relevant bakgrundsfaktor, vilken behövs för att bättre förstå fallet, är den att tysk rätt inte erkänner det deliktuellea principalansvaret, men väl det kontraktuella. Genom att betrakta situationen såsom kontraktuell kunde affärsinnehavaren göras ansvarig. I exempelvis England, Frankrike och Sverige – nuförtiden – hade innehavaren kunnat hållas ansvarig redan på deliktuell (utomobligatorisk) grund.²⁰³ Att bedriva en näringsverksamhet innebär kundkontakter i större eller mindre omfattning. I Sverige anses den som är ansvarig för den fysiska säkerheten i en affär eller på en fastighet vanligen bära ett culpaansvar *även* mot dem som varken är nuvarande eller presumtiva kunder, men som skadar sig inom den ansvariges kontrollsfär.²⁰⁴ Detta ansvar kan t.o.m. utsträckas till att gälla obehöriga besökare.²⁰⁵ I exempelvis NJA 1973 s. 141 tillerkändes en skadad person rätten till ersättning av en byggnadsentreprenör. Personen hade obehörigen gått in på en byggnadsplats för att låta sitt vatten. Inne på området hade mannen råkat falla ner i ett öppet hisschakt, vilket han inte observerat i mörkret. Mannen tillerkändes ersättning för sina skador. Domstolen ansåg dels att de vid byggarbetsplatsen uppsatta avskiljningsanordningar såsom otillräckliga, dels hade hisschaktet lämnats öppet vid arbetsdagens slut.

Emellanåt har rättstillämparen hanterat gränssättningen mellan det kontraktuella och det utomobligatoriska ansvaret väldigt exakt. Ett franskt rättsfall visar att gränsen kan vara nog så fysiskt påtaglig mellan de båda ansvarskategorierna. En person hade halkat på en nedisad perrong alldeles efter det att han lämnat en tågagn vari han rest.²⁰⁶ Han föll ned på spåren och blev överkörd av ett tåg, varvid han förlorade sina ben. Domstolen ansåg att han lämnade den kontraktuella sfären i samband med att han lämnade tågagnen, varpå han bildligt inträdde i den deliktuellea sfären.²⁰⁷ Denna indelning kan, i det enskilda fallet, ha en avgörande betydelse för hur utfallet i själva ersättningsfrågan blir. Det är dock inte självklart att indelningen i sig medför någon reell betydelse.²⁰⁸ Nyss nämnda exempel antyder att en kontraktuell relation inte nödvändigtvis medför att vissa skadegörande beteenden, parterna

²⁰³ Jfr Beale m.fl. s. 39 avseende England (Exempelvis rättsfallet angående kvinnan som halkar på utspilld yoghurt i affären: Court of Appeal Ward v. Tesco Stores Ltd [1976] 1 WLR 810. Jfr med det tyska fallet BGHZ 66 där ett liknande fall behandlades kontraktuellt, se Zimmermann (1996), s. 1046, not 303. Se densamme generellt angående s.k. *Verkehrssicherungspflicht* s. 1046.

²⁰⁴ Jfr exempelvis NJA 1976 s. 196, där en person halkade på en isfläck när denne passerade ett bensinstationsområde. Bensinbolaget ansågs bära ett culpaansvar för händelser såsom denna, men i detta fall hade det inte visats någon försumlighet hos bolaget. Jfr även Karlgren (1972), s. 35.

²⁰⁵ I Hellner & Johansson s. 143 påpekas att ansvaret inte utsträcks till att innefatta *kvalificerat obehöriga* såsom tjuvar.

²⁰⁶ Cass. Civ. 1re, 7 May 1989, D. 1991.1.

²⁰⁷ Jfr Beale m.fl. s. 38.

²⁰⁸ Jfr Ulfbeck, s. 99.

emellan, skall bedömas efter kontraktuella normer. I det engelska rättsfallet *Lister v. Romford Ice* diskuterades huruvida en arbetstagares plikt att undvika att skada arbetsgivarens egendom var att betrakta som ett underförstått avtalsvillkor (implied term) eller om denna norm var utomobligatorisk (law of tort).²⁰⁹ Lord Radcliffe tonade ner betydelsen av denna dikotomi i det aktuella sammanhanget: *"Since, in any event, the duty in question is one which exists by imputation or implication of law and not by virtue of any express negotiation between the parties, I should be inclined to say that there is no real distinction between the two possible sources of obligation."*²¹⁰

Enligt Jherings tes ovan (s. 27) skulle en persons passivitet inte medföra något ansvar utanför kontraktssfären. I takt med tiden har denna således kommit att utmanas och det finns de som relativiserat uppdelningen mellan kontrakt och delikt i stor utsträckning: exempelvis Gilmore skrev 1974 ett verk med titeln "Death of Contract", vilket är nog så talande.²¹¹ Nuförtiden torde det vara rimligast att hävda att en avtalskontrahent står med en fot i envar av Jherings "pliktkretsar". I många avtalsrelationer (de flesta?) har de inblandade kontrahenterna såväl en plikt att handla aktivt som en plikt att underlåta att utföra skadegörande handlingar.

Numera synes, som ovan påpekats, det starkt liberala och viljebaserade *kontraktsansvarsparadigmet* i betydande utsträckning ha försvagats.²¹² Över huvud taget anses den tidigare liberalt grundade fokuseringen på skadevällarens vilja numera ersatts av en betraktelse av risksituationen för både skadevällare och skadelidande.²¹³ Gränsen mellan ansvar p.g.a. avtal och utomobligatoriskt ansvar är till en betydande del uppluckrad, åtminstone vad gäller person- och sakskador, men även i viss mån vad gäller ansvaret för rena förmögenhetsskador. I vissa situationer kan det finnas alternativ: den skadelidande kan kräva kompensation på såväl inom- som utomobligatoriska ersättningsgrunder, vilket brukar omnämnas som konkurrerande ansvarsgrunder.²¹⁴ Jherings uttalande ovan (s. 27) behöver således nyanseras i förhållande till nutida rättsuppfattning. I nyare doktrin förespråkas vanligen en situationsanpassning i stället för att låta lösningarna följa en förutbestämd

²⁰⁹ [1957] AC 555. Nota bene, England anses ha ett förhållandevis snävt kontraktsansvar, se vid not 201.

²¹⁰ s. 557. Citatet återges i Kötz & Flessner, s. 123.

²¹¹ Gilmore, Grant, *The Death of Contract*, 1974.

²¹² Se, Zimmermann, s. 10 not 67 och not 68 med ett flertal hänvisningar. Även Ulfbeck bl. a. s. 45 ff. och 68 ff.

²¹³ Andersson, Håkan (1993), s. 258 (se särskilt not 38).

²¹⁴ Se exempelvis Grönfors (1993), s. 119 ff. samt von Mehren, s. 4. Se en komparativ utblick angående denna konkurrens i van Gerven, s. 32 ff.

indelning, och det ges i högre grad utrymme för nya "autonoma" ansvarsformer.²¹⁵ I denna trend uppvisar rättsdogmatiken emellanåt tydliga dynamiska – "odogmatiska" – drag, om uttrycket tillåts.

I de nutida nordiska rättsordningarna har man i flera situationer inte funnit det nödvändigt att skilja mellan kontraktuellt och utomobligatoriskt skadestånd.²¹⁶ Skadeståndslagen (1972:207), vilken i första hand förknippas med utomobligatoriskt skadestånd, är i princip även tillämplig på skadestånd i kontraktsförhållanden.²¹⁷ Det är exempelvis ofta inga skillnader alls mellan avtalsförhållanden och utomobligatoriska förhållanden vad gäller ansvar för person- respektive saksador.²¹⁸ Rättsordningen synes numera slå vakt om en form av *trygghetsprincip*,²¹⁹ där särskilt personskador såsom huvudregel aldrig är acceptabla oavsett om skadan uppstår i samband med ett avtalsförhållande eller inte.²²⁰ I detta sammanhang skall även betydelsen av olika tillskapade försäkringsarrangemang betonas. Dessa har underlättat möjligheterna att ersätta skadelidande i situationer där det ansetts olämpligt att kanalisera skadeståndet till vållaren. Trafikskadelagen reglerar ersättningen för personskador oavsett om en person färdas i sin egen bil eller låter sig transporteras såsom betalande passagerare i buss eller taxi.²²¹ När passagerare skadas i kommersiell trafik följs ofta samma ersättningsregler som tillämpas vid rent utomobligatoriska skador.²²² Ett annat exempel är att även en "tjuvåkare"²²³ på tåg kan ersättas för eventuella personskador, vilka har uppkommit i samband med transporten.²²⁴ Exempelen visar att ett avtalsförhållande mellan den skadelidande och transportören inte med automatik ger transportören ett längre gående ansvar för personskador än vad som gäller i renodlade utomobligatoriska situationer.

²¹⁵ Jfr Andersson, Håkan (1997), s. 321 ff.; Wilhelmsson (2001), s. 210 f., Författaren anger särskilt dansk rätt, not 577 hänv. till Gomard, *Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontraktsforhold* (1958), samt von Eyben & Vagner, *Lærbog i erstatningsret* 4, uppl. (1999), s. 6. Därutöver hänv. Wilhelmsson till (not 578) Ulfbeck, s. 117 f. I den sistnämnda noten frågar sig Wilhelmsson om uppluckringen av gränsen mellan kontraktsansvar och utomobligatoriskt ansvar är mer återhållsam i Sverige. Han grundar det senare på Zackrissons framställning, *Direktkrav. Om rätt att rikta anspråk mot gäldenärens gäldenär* (1999).

²¹⁶ Se exempelvis: Zimmermann & Whittaker s. 654, särskilt not 7, där några exempel ges från en genomförd komparativ undersökning.

²¹⁷ Se SKL 1 kap. 1 § samt Hellner, *Kontraktsrätt* 2, s. 189 ff.

²¹⁸ Se exempelvis Hellner & Johansson, s. 164: "I vad avser person- och sakskada – som ofta bedöms relativt oberoende av kontraktsförhållandet – hör huvuddragen nära samman med den utomobligatoriska skadeståndsrätten." Se även Saxén, s. 35 ff. med hänvisningar till nordisk doktrin.

²¹⁹ Jfr Dahlman s. 58 ff. samt 69 ff.

²²⁰ Jfr exempelvis prop. 1988/89:76 s. 51 f. Något om den rättsutvecklingen under första hälften av 1900-talet i Lejman, särskilt s. 54 ff.

²²¹ Hellner & Johansson s. 289.

²²² Hellner & Johansson s. 87 samt s. 279 ff.

²²³ Den som åker utan erlägga vederlag, där sådant förutsättes, gör sig skyldig till lagbrott enligt BrB 9 kap 2 § 2 st.

²²⁴ Hellner & Johansson s. 290.

Ytterligare ett exempel som åskådliggör dels denna rättsliga gränsområdeskomplexitet, dels associationen till nyss nämnda trygghetsprincip, är reglerna om produktansvar, d.v.s. ansvaret för skadebringande egenskaper i sålt eller eljest levererat gods.²²⁵ Ett produktansvar anses föreligga utan ett direkt avtal mellan parterna,²²⁶ och detta utomobligatoriska ansvar är numera till viss del kodifierat i produktansvarslagen (1992:18).²²⁷ I Sverige regleras t.o.m. säljarens produktansvar gentemot *köparen*, d.v.s. det normalt kontraktuella ansvaret, av utomobligatoriska regler.²²⁸ I nuvarande 67 § köplagen framkommer att skadestånd enligt samma lag inte omfattare ersättning för skada som köparen tillfogas genom skada på annat än den sålda varan.²²⁹ I praktiken betyder den svenska lösningen att även om någon skadats genom skadebringande orsaker i sålt gods, kan den skadelidande inte åberopa de köprättsliga felreglerna, även om skadan kan betraktas såsom en följd av godset. Den skadelidande är i stället hänvisad till de utomobligatoriska reglerna. Denna princip har varit vägledande sedan NJA 1918 s. 156.²³⁰ I detta skiljer sig svensk rätt från flera av Europas övriga rättsordningar, där köparens skada vanligen regleras inomobligatoriskt.²³¹

I detta sammanhang kan vi även anknyta (avsnitt 4.1) till det nedan diskuterade *prekontraktuella ansvaret* där respektive aktörs situationsanknutna beteende har kunnat bedömas även utan kodifiering. Ansvaret sammanhänger förvisso med en *avtalsrelaterad relation*, men detta ansvar kräver inte ett fullbordat avtal för att aktiveras.²³² Tidigare syntes kontraktsanknytningen vara nödvändig för att legitimera ansvaret.²³³ Detta har numera, i betydande utsträckning, frångåtts med undantag för rena förmögenhetsskador.

²²⁵ Hellner & Johansson s. 311.

²²⁶ Grönfors (1993), s. 113 ff.

²²⁷ Jfr Hellner & Johansson s. 311 f.

²²⁸ Jfr angående Danmark, Norge och Finland i: Nørager-Nielsen & Theilgaard, s. 752 ff.

²²⁹ Jfr prop. 1988/89:76, s. 50 ff.; Ramberg & Herre (1995), s. 651 f.

²³⁰ Hellner & Johansson s. 311 f.

²³¹ Hellner & Johansson s. 312, Ramberg & Herre (1995), s. 664. En annan rättslig skyldighet inom produktansvarssfären av är vad som i Tyskland benämns "*Produktbeobachtungspflicht*". Denna plikt innebär att en tillverkare är skyldig att följa erfarenheterna från användningen av en produkt för att uppmärksamma skador, samt om produkten skulle visa sig farlig, stoppa försäljningen och eventuellt återkalla redan sålda exemplar. En avvikelse från denna plikt kan utlösa en ersättningsskyldighet för tillverkaren. Se angående dess eventuella tillämplighet i Sverige med hänvisningar, Hellner & Johansson, s. 317, not 18.

²³² Jfr Grönfors, (1993), s. 101.

²³³ Se Lejman, s. 67. Jfr även att flera författare låter den avtalsgrundade lojalitetsprincipen expandera till att omfatta även prekontraktuella situationer (not 567).

Atiyah har föreslagit en ny struktur för obligationsrätten vilken möjligen förbättrar möjligheter att lösa rättsliga problem av ovan angivna art. Enligt honom skulle obligationsrättslig bundenhet uppkomma antingen:

1. enligt principen om att erhållen nytta eller förmån bör ersättas,
2. såsom ett skydd för en parts skäligen tillit eller
3. såsom en följd av de frivilliga möjligheter att skapa rättigheter och skyldigheter som finns.²³⁴

Av ovanstående framgår att den rättsliga systematiken utgör en viktig utgångspunkt för rättsligt tänkande, vilket gör denna till en central del i rättsvetenskap. Å andra sidan visar de ovan presenterade exemplen dels att systematiken inte en gång för alla är fixerad och dels att den heller inte bör vara det. I takt med samhällets utveckling förändras behovet av ansvarsformer. Vi kommer att återkomma till mer allmänna diskussioner om vad man kan kalla för "systemförståelse" i avsnitt 5.5.1. Vi återkommer även till en del av problematiken angående dikotomin inom- respektive utomobligatoriskt ansvar under avsnitt 4.6. I detta avsnitt förs en diskussion om huruvida det är lämpligt att benämna utomobligatoriska förpliktelser för lojalitetsförpliktelser.

²³⁴ *Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979), s. 778 f. Jfr *Wilhelmsson* (2001), s. 209 f.

2.5 Sammanfattning av de avtalsrättsliga förutsättningarna för lojalitetsprincipen

Förändrade samarbetsformer kräver en anpassad normativ struktur.²³⁵ Av ovanstående i kapitel 2 framkommer olika evolutionära reaktioner mot utgångspunkterna i det anglosaxiskt influerade så kallade "klassiska" avtalsparadigmet.²³⁶ Dessa utgångspunkter har över tiden blivit såväl korrigerade som relativiserade. I det "nya" paradigmet betonas, i högre grad än tidigare, flexibilitet och samarbete,²³⁷ och det tar sin utgångspunkt i en ömsesidig materiell "förväntningsrättvisa"²³⁸ på bekostnad av partsautonomi, *formell* rättvisa och strikt bundenhet. Förståelsen av lojalitetsprincipen är avhängig av detta paradigm.²³⁹ Förändringen till det nya, eller i viss mån nygamla, paradigmet är inte någon revolution, utan snarare en utdragen evolutionär process där vissa andra topoi har kommit att betonas mer än vad som skett tidigare.

Ytterligare en faktor som bör nämnas är en framväxande "ansvarsrätt".²⁴⁰ Även om många avtalsförhållanden fortfarande ingås och avslutas inom ett kort tidsintervall har den moderna lagstiftningen likväl förlängt ansvarsperioden. Även ett till synes okomplicerat konsumentköp mot kontantbetalning för med sig ett antal kvardröjande (latenta) förpliktelser såsom säljarens respektive tillverkarens fel- och produktansvar. De ovan nämnda normerna, vilka anpassats till det *enkla utbytesavtalet*, rimmar ofta illa med de nya förutsättningarna. Det går i den meningen att diskutera uppkomsten av ett nytt *ansvarsparadigm*.

Hur skall då den rättsliga betydelsen av individens vilja förstås utifrån ovanstående förändringar? Fortfarande bedömer vi avtal utifrån förutsättningen att det finns en fri vilja hos respektive part. Men det är inte vilken viljeriktning som helst som skyddas av rättsordningen, utan det krävs en kvalitetsbedömd vilja. Det senare kan förstås såsom att man i *högre grad* än

²³⁵ Jfr exempelvis Ds 2002, s. 288: "Lojalitetskravet är en konsekvens av denna syn på avtalet som en samarbetsform."

²³⁶ Observera att "klassisk" betyder att den härrör från främst 1800-talet.

²³⁷ Jfr Ds, 2002:56, s. 286 ff. Även Wilhelmsson (1999), s. 168 samt 181 ff.

²³⁸ Jfr exempelvis Wilhelmsson (1999), s. 184 f: "The good faith principle can therefore be understood as at least a duty to take account the legitimate expectations of the other party. Denna idé identifieras såsom en allmän princip i privaträtten i ett europaperspektiv. Se densamme not 76 med hänvisning till Micklitz, Hans-W., *Principle of Justice in Private Law within the European Union*, i Paasivirta & Rissanen (red.), s. 259-298 särskilt s. 284 f. samt Micklitz, *Legitime Erwartungen als Gerechtigkeitsprinzip des Europäischen Privatrechts*, i Krämer, Micklitz & Tonner (red.), *Law and Diffuse Interests in The European Legal Order* (1997), s. 245-277.

²³⁹ Se exempelvis Ds 2002:56, s. 286 ff.; Andersen, Madsen och Nørgaard, s. 406; Wilhelmsson (1999), s. 181 f;

²⁴⁰ Jfr Wilhelmsson (2001), passim.

tidigare värderar viljan utifrån faktorer såsom tillit, hänsyn och samarbete. I den meningen kan man hävda att lojalitetskravet ger ett uttryck för en avtalsrättslig objektiviseringstendens.²⁴¹

Olika gemenskapers natur kräver viss begränsning av individens frihet,²⁴² vilket tangerats ovan. Å andra sidan kan man säga att ett samhälle, så som vi förstår det i vår tid, även bör tillerkänna individerna ett eget ansvar. Detta ansvar gäller gentemot såväl andra som individernas självförverkligande. De grundläggande reglerna om avtalsfrihet och avtalsbundenhet behöver därmed inte förkastas, utan snarare omtolkas. I stället för att fokusera på avtalets formella innehåll (i den mån det går att fastställa *ex post*), ägnas ett större intresse åt att avtalet skall förverkligas till, vad som kan förstås såsom, sitt huvudsakliga ändamål.²⁴³

²⁴¹ Jfr, Ulfbeck s. 262: "Loyalitetskravet udtrykker en objektivering, for så vidt som man fjerner sig fra opfattelsen af kontraktens indhold som bestemt udelukkende af parternes egeninteresser."

²⁴² Jfr Snyder, s. 39.

²⁴³ Jfr Grönfors (1993), s. 22.

3 Avtalslojalitet över tid och rum

3.1 Några kontinentaleuropeiska föregångare respektive motsvarigheter till lojalitetsprincipen

3.1.1 *Bona fides i romersk rätt*

*"The Romans were the first people in the world clearly and firmly to grasp the fact that law is a living organism."*²⁴⁴

Den moderna kontraktsteorin härstammar från den romerska rättens konsensualavtal och denna avtalskategori reglerades med beaktandet av principerna för bona fides.²⁴⁵ Dessa principer återkommer i den nutida lojalitetsprincipen och vid undersökningen av den senare, kan tolkningshorisonten vidgas genom att blicka tillbaka på bona fides.

3.1.1.1 *Något om den romerska rättsutvecklingen*

Det romerska samhället var starkt stratifierat och med våra ögon torde det framstå som ett patriarkaliskt och aristokratiskt klassamhälle. Det var bildade personer ur de besuttna samhällskikten som drev utvecklingen inom den privaträttsliga sfären. Denna sociala kontext har naturligt nog avspeglat sig på den rättsliga utvecklingen och privaträtten har därför haft betydelse främst för de romare som ägde något.²⁴⁶ Det ur rättsligt synvinkel fria proletariatet, som säkert hade nog med att försöka överleva, hade därför en perifer roll i detta perspektiv. Många människor i denna stora grupp hade det, materiellt betraktat, förmodligen inte bättre än slavar.²⁴⁷ Dessa slavar spelade å sin sida en relativt stor roll i privaträtten, dock i den föga avundsvärda rollen som ett av de viktigare transaktionsobjekten. Många rättsliga problem var förknippade med köp och försäljning av just slavar. Slavhandeln var ekonomiskt betydande och det romerska samhället intervenerade i slavhandeln på olika sätt, bl.a. utfärdades det offentlighetsrättsliga föreskrifter angående hur handeln skulle skötas.²⁴⁸ Slavhandlarna var ofta

²⁴⁴ Phillipson, s. 68.

²⁴⁵ Se bl.a. Zimmermann (1996), s. 546 samt 674. I detta sammanhang kan *bona fides* översättas med god tro, uppriktighet och hederlighet.

²⁴⁶ Tamm, s. 52.

²⁴⁷ Schulz, s. 144.

²⁴⁸ Cicero (III.71), s. 127, hänvisar till regleringar utfärdade av de s.k. edilema, vilka var ansvariga för bl.a. marknaderna.

illa beryktade och det ansågs allmänt att en presumtiv slavköpare fick vara nog så försiktig vid affärer med dessa – *caveat emptor!*²⁴⁹

Relationer inom familjeenheten betraktades såsom privata, vilket medförde att rättsordningen sällan befattade sig med dessa.²⁵⁰ I den romerska familjeenheten var det familjefadern – *pater familias* – som var behörig att agera rättsligt: hans makt var således stor. Han ansågs å andra sidan dels bära ansvaret för att tillvarata familjens intressen, dels bära ansvaret i det fall någon familjemedlem vållade skada. Familjeöverhuvudet ansvarade exempelvis för skadegörande handlingar som någon ur hans hushåll, t.ex. ett barn eller en slav, orsakade tredje man.²⁵¹

Säkerhet i olika sammanhang anses ha spelat en viktig roll i det romerska samhället.²⁵² Ett sätt att minska osäkerhet var att införa en sträng formalism, vilket också genomfördes i flera primitiva rättsordningar. Denna formalism var mer eller mindre ritualiserad och hade religiös anknytning.²⁵³ Själva formen eller proceduren var det rättsligt viktiga – själva grunden – och ursprungligen torde den t.o.m. ansetts ha magisk innebörd.²⁵⁴ Formen kan i viss mån sägas vara den äldsta normen.²⁵⁵ I det tidiga romerska samhället formaliserades således transaktioner enligt ett mycket strikt schema och endast de avtal som ingåtts igenom denna stränga ordformalism – *stipulatio* – erkändes.²⁵⁶ Med denna åtgärd säkerställdes bevisning angående gjorda rättshandlingar och själva ritualen – ursprungligen sammanlänkad med en ed – säkerställde såväl mänsklig som gudomlig bevitning angående vad som förekommit.²⁵⁷ Denna formalism blir kanske mer begriplig med tanke på vilka konsekvenser det kunde medföra för en person, om denne exempelvis ertappades med annans egendom utan att kunna bevisa sin rätt därtill. Transaktioner i ett agrart samhälle var, i jämförelse med senare mer kommersiellt präglade samhällen, mindre vanliga och torde därför ha behandlats med ett koncentrerat allvar.²⁵⁸ Om den ena parten inte hade möjlighet att prestera sin del omedelbart,

²⁴⁹ Zimmermann, (1996), s. 311 med hänvisningar.

²⁵⁰ Stein, (1999), s. 5 f.

²⁵¹ Stein, (1999), s. 6 samt Zimmermann, (1996), s. 916 och 1118 med hänvisningar.

²⁵² Tamm, s. 105; Watkin, s. 286; Kaser, *Römisches Privatrecht*, s. 35.

²⁵³ Kaser, *Römisches Privatrecht* s. 34 f. samt Zimmermann, (1996), s. 70 f.

²⁵⁴ Zimmermann, (1996), s. 82, med hänvisningar.

²⁵⁵ Zimmermann, (1996), s. 84.

²⁵⁶ *Stipulatio* beskrivs bl.a. i Zimmermann (1996), s. 68 ff.; Tamm s. 117 ff., Kaser, *Römisches Privatrecht* s. 40 och 164.

²⁵⁷ Kaser, *Römisches Privatrecht*, s. 40; Jfr Zimmermann (1996), s. 72.

²⁵⁸ Zimmermann, (1996), s. 84.

förekom det att denne ställde säkerhet i form av pant eller t.o.m. gisslan.²⁵⁹ Förhållandevis tidigt erkände romarna dock ett formlost köpavtal (*emptio-venditio*).²⁶⁰

3.1.1.2 *Expansion och sekularisering*

Under de sista två århundradena före vår tideräknings början betraktas den romerska privaträtten såsom liberal och individualistiskt präglad,²⁶¹ Exempelvis ansågs äktenskap och skilsmässa som något privat, vilket staten normalt inte intervenerade i.²⁶² Rätten uppvisade en minimalistisk hållning mot privaträttsliga gemenskaper. På marknadsplatsen var grundregeln i överensstämmelse med ordspråket "bra karl reder sig själv". Den ofta långtgående undersökningsplikten för en köpare – *caveat emptor* – är ett exempel på detta förhållningssätt. Friheten i den privaträttsliga sfären var omfattande, men det fanns alltid en yttre gräns. Var och en kunde trots allt inte fullt ut handla helt efter eget huvud,²⁶³ och efterhand utarbetades det i rättspraxis andra, ofta mer köparvänliga, normer.

Denna individualism bör dock betraktas i ett större perspektiv. Många socialetiska förpliktelser hade förvisso en svag rättslig anknytning, vilket inte hindrade medborgarna från att uppfatta dem som förpliktande.²⁶⁴ Ett exempel som belyser detta socialetiska fenomen är den romerska överklassens syn på – *amicitia* – vänskap.²⁶⁵ Denna fördjupade och förpliktande relation utgjorde en normativ grundpelare, på vilken såväl rättsliga som utomrättsliga relationer grundades. *Amicitia*, men även andra relationer, baserades på – *fides* – trohet, och några av dem förekom redan tidigt i legal form.²⁶⁶ Denna kontext anses vara nödvändig att känna till för att kunna förstå många företeelser i den romerska rätten.²⁶⁷ De romerska rättsfigurererna *mandatum* (uppdragsavtal) och *negotiorum gestio* (tillvaratagandet av annans

²⁵⁹ Zimmermann, s. 82; Watkin, s.285 f. samt 289.

²⁶⁰ Tamm, s. 112. Angående denna avtalsform i allmänhet, se Zimmermann (1996), kap. 8-10.

²⁶¹ Schulz, s. 146 ff.

²⁶² Schulz, s. 147 f.

²⁶³ Schulz, s. 141 samt s. 158.

²⁶⁴ Jfr exempelvis Schulz, s. 238: "Though the private law of the Romans was individualistic, this was because they could rely on the number and strength of extra legal ties and on the magisterial imperium" [Hänvisningar uteslagna ur citat].

²⁶⁵ Se Meister, Karl, *Die Freundschaft bei den Griechen und Römern*; Schulz, s. 233 ff.; Zimmermann (1996), s. 115.

²⁶⁶ Schulz, s. 231 f.

²⁶⁷ Schulz, s. 230. Jfr nedan not 42.

angelägenhet utan uppdrag) var alla vederlagsfria, vilket bl.a. förknippas med denna förutsättning.²⁶⁸

3.1.1.3 *Rättsprocessens viktiga betydelse*

Den romerska rätten var processrättsligt orienterad. Den materiella romerska rätten kan därför inte förstås utan kunskap om processsystemet.²⁶⁹ För att kunna nå framgång i en process måste en bestämd rättighet omfattas av en särskild förutbestämd *actio* (legitim stämningsgrund). En och samma *actio* kunde dock innehålla flera avtalstyper med sinsemellan olika materiella regler. Den ursprungliga processformen, legisaktionsprocessen, var strikt formell och teknisk. Vissa, på förhand givna, fraser skulle uttalas av respektive part. Den som inte följde dessa förutbestämda ordalydelser exakt, riskerade att förlora processen. Under denna tid var det religiösa inslaget i rätten starkt, varför endast prästerskapet (pontifikatet) kände till de exakta detaljerna kring processen. Sedermera, omkring 300 f. Kr., öppnades denna institution även för de mindre bemedlade plebejerna, vilket bl.a. fick som följd att de formella kraven offentliggjordes.²⁷⁰ Efterhand utvecklades också andra medel mot den stränga formalismen. Ett sådant var den av pretorena legaliserade rättigheten att göra vissa processinvändningar, s.k. *exceptio*.²⁷¹ Om svaranden t.ex. under hot hade blivit tvingad att ingå ett formellt sett bindande kreditavtal, kunde han i processen åberopa denna sakomständighet och få avtalet ogiltigförklarat.²⁷² Ursprungligen tillät inte processreglerna att denna sakomständighet beaktades.²⁷³

Den ursprungliga legisaktionsprocessen ersattes, förmodligen under 200 talet f. Kr.,²⁷⁴ av den s.k. formularprocessen vilken kännetecknas av en långt större smidighet. Denna reformering möjliggjorde rättens anpassning till de rådande strömningarna i samhället. Från att ursprungligen ha varit ett slutet agrart samhälle, övergick Rom till ett öppnare penningbaserat

²⁶⁸ Det ansågs därutöver inte passande för en dignitär att arbeta för pengar. Jfr Zimmermann, s. 413. Dock förekom remuneratoriska gåvor, se densamme s. 415. Se även Schulz, angående betydelsen av *amicitia* och vanligheten av att inträda i personligt ansvar för andras prestationer s. 233-238.

²⁶⁹ Tamm, s. 54.

²⁷⁰ Stein (1999), s. 8.

²⁷¹ Zimmermann (1996), exempelvis s. 680.

²⁷² Zimmermann (1996), s. 657 f.

²⁷³ Stein (1999), s. 10.

²⁷⁴ Schermaier, s. 72 f. med hänvisningar.

samhälle där handel och hantverk blev allt viktigare.²⁷⁵ Dessa omfattande förändringar krävde ett rättssystem som var anpassat till de nya utmaningarna. Den ökande kontakten med icke romare (peregrinus) bidrog säkert också till att processen reformerades eftersom främlingen ursprungligen inte gavs någon talerätt (fullt ut),²⁷⁶ vilket rimligen begränsade möjligheterna till en expansiv handel.

Såväl legisaktionsprocessen som formularprocessen var indelad i två steg. I det första steget (in iure) skulle talan kategoriseras i en erkänd actionesgrupp. Denna indelning gjordes av en hög ämbetsman, pretorn. Steg två (in iudicio) bestod av den mer informella processen där själva avdömandet genomfördes. Domaren (iudex) ägnade sig åt det mer tidskrävande andra steget, där dispyter om fakta och bevisning behandlades. Till sin hjälp hade domaren, åtminstone när rätten hade sekulariserats, utbildade jurister som bidrog med rådgivning.

Det var dock inte endast processen som reformerades utan det infördes dessutom en ny grupp actiones vid namn bona fidei iudicia (se nedan). Reformerna möjliggjorde en bättre balansering av de formella kraven avseende flexibilitet och materiell rättvisa.

3.1.1.4 *Pretorns respektive domarens roll*

Pretorsämbetet infördes i Rom år 367 f. Kr. för att kontrollera och leda domsmakten.²⁷⁷ På den romerska republikens tid röstades viktiga befattningshavare fram ur senatorsståndet. Således framröstades såväl de två högsta befattningshavarna – konsulerna – som deras närmast underordnade, pretorena. Antalet pretorer förändrades i takt med att riket och dess maktutövning expanderade. Pretorn var en politiker som inte nödvändigtvis var jurist. Dock utbildades de av överklassens unga män, vilka hade fallenhet för att göra karriär, i för dem viktiga ämnen såsom bl.a. juridik, filosofi och retorik och det var bland dessa personer som pretorer och andra höga ämbetsmän rekryterades. Pretorn torde i sin tur ha haft några juridiskt kunniga rådgivare, möjligen i form av ett consilium, vilket har kunnat vägleda honom i komplicerade juridisk-tekniska frågor.²⁷⁸ Vare sig praetorn eller domaren avlönades av staten. De var snarare vad vi i dag skulle kalla privatpraktiserande. Att inneha pretorsämbetet var ett

²⁷⁵ Kaser, ZSS 101 (1984), s. 17.

²⁷⁶ Kaser, ZSS 101 (1984), s. 16 ff.

²⁷⁷ Stein, (1999), s. 8.

²⁷⁸ Kaser, *Römisches Privatrecht*, s. 14.

mycket viktig karriärsteg eftersom man efter ett ämbetsår tilldelades en provins, där goda förtjänstillfällen kunde följa med rollen som ståthållare (propraetores).

3.1.1.5 *Ius honorarium*

Den romerske juristen Papinianus definierade *ius civile* respektive *ius honorarium* på följande sätt: "*Ius civile är den rätt, som kommer ur lagar, beslut av folkförsamlingar, senatsbeslut, kejsarens dekret och juristers auktoritet. Pretorsrätten är den rätt, som pretorerna har infört för att hjälpa eller utfylla eller ändra ius civile med hänsyn till det allmännas väl, den kallas även honorarium efter pretorns ära (honor).*"²⁷⁹

Pretorn lät nedteckna vilka riktlinjer han tänkte agera efter när han tillträdde sitt ämbete. Med tiden tenderade dessa offentliga kungörelser – edikt – att traderas från den avgående till den tillträdande pretorn. Detta edikt blev en viktig rättskälla, särskilt under senrepubliken och under den tidiga kejsartiden.²⁸⁰ I praktiken var det pretorsämbetsmannen som stod för lejonparten av rättsutvecklingen under denna tid. Pretorns edikt förnyades varje år eftersom ämbetsmännen valdes årligen, efterhand började edikten dock anta ett mer fast innehåll. Man talade om *edictum tralatitium* som gick i arv från pretor till pretor. I dessa edikt reglerades bl.a. vilka talerätter (actiones) och invändningar (exceptiones) som var giltiga samt därutöver vilka formuleringar som skulle användas vid respektive talerätt.²⁸¹ Därutöver framgick tolkningsregler och mer principiella, deduktiva rättsprinciper. Ackumulationen av regler och rättsprinciper i denna okodifierade form kom således att benämnas *ius honorarium* vilken, som ovan nämnts, åtskildes från *ius civile*.²⁸²

Pretorn kunde anpassa rätten till det förändrade romerska samhället. Att i stället ändra lagen synes inte legat för romarna, eftersom de principiellt var obenägna att införa lagstiftning som ett generellt motmedel mot oönskade beteenden inom privaträttens område. I enlighet med det tidigare agrara samhällets konservativa värderingar föredrog de styrande i Rom en organisk långsam förändring. Pretorn hade därför en viktig roll såsom en moralbärare, vilken skulle

²⁷⁹ Papinianus, (1, 1, 7, 1), översättningen hämtad ur Tamm, s. 25. Se också Stein, (1999), s. 12. *Honor* betyder i detta sammanhang (metonymi), hederspost, äreställe, högre ämbete.

²⁸⁰ Tamm, s. 24.

²⁸¹ Kaser, *Römisches Privatrecht*, s. 17.

²⁸² Kaser, *Römisches Privatrecht*, s. 18.

använda sin etiska kompass för att kunna avgöra rättstvister även under delvis nya förhållanden. Denna metod var dels flexibel för att uppväga det äldre arkaiska agrarsamhällets krav på form och struktur, dels värdeimpregnerad för att kommunicera idéer om rättvisans väsen. Pretorn kan sägas ha haft en unik position mellan lagstiftning och dömande.²⁸³

Under kejsar Hadrianus (117-138 e. Kr.) redigerade juristen Julianus tidigare edikt och ett evigt edikt – *edictum perpetuum* – fixerades slutligen ca. 130 e. Kr.²⁸⁴ Därmed försvann pretoreernas kreativa och flexibla instrument som karaktäriserat *ius honorarium*.²⁸⁵ Vid denna tid reformerades för övrigt också domstolsprocessen då formularprocessen ersattes av en ny rättsprocess (kognitionsprocessen) och därutöver förstatligades också det romerska rättsväsendet och juristerna blev statstjänstemän, med plikt att lyda kejsaren. Under 200-talet e. Kr. syntes tecken på ett tilltagande intellektuellt förfall, det fanns inget fritt juriststånd längre eftersom dess uppgifter hade övertagits av de kejserliga ämbetsmännen i samband med dominatets byråkratiseringsprocess.²⁸⁶ I samband med detta infördes citatlagar, d.v.s. lagar vilka bestämmer hur rättskällorna skall användas ("mekaniskt"), vilket var ett tydligt tecken på rättens degenerering.

3.1.1.6 *Bonae fidei iudicia*

Den historiska forskningen har inte kunnat fixera tidpunkten när konceptet *bonae fidei iudicia* introducerades i rätten. Någon gång under tiden för formularprocessen blev detta koncept ett juridiskt faktum och vi vet att det var någon gång före Ciceros tid, eftersom denne omnämner företeelsen.²⁸⁷ Möjligen introducerades *bona fidei iudicia* någon gång på 200-talet f. Kr.²⁸⁸ En reformering av den strikta rätten var nödvändig, särskilt med tanke på den ökande internationella handeln: *ius civile* var endast avsedd för romerska medborgare.²⁸⁹ Dessa internationella handelskontakter bidrog till en rättslig reformering: även "utlänningen"

²⁸³ Kaser, ZSS 101 (1984), s. 2.

²⁸⁴ Stein (1999), s. 14 och Zimmermann (1996), s. 995.

²⁸⁵ Zimmermann (1996), s. 995 f. samt Kaser, *Römisches Privatrecht*, s. 18.

²⁸⁶ Tamm, s. 43.

²⁸⁷ Cicero (III.70), s. 126, Marcus Tullius Cicero föddes 106 f. Kr. och mördades 43 f. Kr.

²⁸⁸ Schermaier, s. 71, med flera hänvisningar, not 49-51.

²⁸⁹ Jfr Bretonne, s. 95. Jfr även Zimmermann (1996), s. 237 not 40 efter De Zulueta, Francis, *The Roman Law of Sale* (1945), s. 5: "From the beginning of the second century B.C. the pulse of trade began to beat too fast for the leisurely methods which had suited the cautious Roman peasant well enough".

behövde ett rättsskydd.²⁹⁰ Det var pretorn som var den ansvarige för utvecklingen. I bona fidei iudicia actiones var domaren behörig att gå längre än till att endast ta ställning i bevisfrågorna. Domaren var här bemyndigad att ta ställning till rättsförhållanden utifrån en allmän bedömning av vad bona fides krävde (som ovan har påpekats bör begreppet bona fides här översättas med: god tro uppriktighet, hederlighet). Samtliga omständigheter, som exempelvis ett senare avtal, kunde med hjälp av bonae fidei iudicia, beaktas i processen utan att dessförinnan ha varit upptagna i den s.k. formulan.²⁹¹ Domaren gavs här ett verktyg med vilket han kunde låta en önskvärd etisk standard bli normerande. Romarna hade därmed låtit formalismen ge vika för flexibiliteten. De nya procedurreglerna tycks dock varken ha lett till ett moras av godtycke eller att kravet på förutsebarhet åsidosatts, eftersom den sociala värdegrunden var gemensam,²⁹² åtminstone vad gällde själva utbytesinstitutet.²⁹³ De formlösa avtalstyperna (konsensualavtalen) reglerades av bona fides-förpliktelsen, vilken förstods utifrån vissa grundläggande beteendenormer.²⁹⁴ Även om pater familias själv ansågs kunna ta vara på sina rättigheter och exempelvis undersöka en vara innan han köpte den (caveat emptor) så begränsades köparens ansvar av bonae fidei iudicia. Det han med fog kunde förvänta sig av avtalet kunde åberopas i processen.

Bona fides uttrycker därmed en generell etisk norm, som i sin essens påbjuder avtalsparter att ta hänsyn till motpartens legitima intressen. Det är en öppen norm som ställer krav på rättstillämparens förmåga att göra normativa värderingar. Denne måste besitta den aristoteliska dygden klokhet (*dikastike phronesis*) och konkretisera den generella normen i det enskilda fallet med beaktande av fallets delvis unika omständigheter.²⁹⁵ Förekomsten av bona fides kan således beläggas långt tillbaka i tiden och det torde kunna hävdas att dess förekomst, eller kanske snarare dess funktion, är en naturlig konsekvens av den utvecklade civilisationens avtalsrätt.²⁹⁶ Normens funktion kan beskrivas såsom en nödvändig säkerhetsventil för att

²⁹⁰ Bretone s. 95-101.

²⁹¹ Tamm, s. 337 f.

²⁹² Schermaier, s. 77.

²⁹³ Jfr Bretone, s. 97.

²⁹⁴ Jfr Bretone, s. 97: "Wie bei anderen Konsensualkontrakten, unterliegt auch hier die Verpflichtung der *bona fides*, der Überzeugung, daß die Spielregeln loyal eingehalten werden müssen; und die *bona fides* ist es, die den Rechtsschutz für das Geschäft bestimmt und Rechtfertigt."

²⁹⁵ Jfr Gadamer, s. 318, med hänvisning (not 250) till Aristoteles (VI.8.). Se mer nedan under avsnitt 6.2.5 om *phronesis*.

²⁹⁶ Den högsta instansen i Tyskland har uttalat att principen är en supranationell sådan, vilken är inneboende i alla rättsordningar, NJW 1993, s. 259, 263, Se angående detta i Berger, s. 167 (not 191); Se även Whittaker & Zimmermann, s. 14, not 34, med hänvisning till ett betydande antal författare som betonar denna principens generella status. Se angående denna principens betydelse i internationella (folkkrättsliga) relationer, i bl.a. Bederman, *International Law in Antiquity*, s. 51 ff. samt O'Connor (1991), s. 1 f. med åtskilliga hänvisningar.

kunna uppnå flexibilitet och materiell rättvisa. En alltför omfattande flexibilitet kan förvisso utgöra ett latent hot mot den rättsliga förutsebarheten, varför det krävs ett ansvarsfullt agerande från rättstillämparens sida. Det lär också krävas att de senare lever i kulturer vilka bejakar en viss grad av abstrakt tänkande. Schermaier konstaterar: "*At some point in the development of every legal system, the original strict and formal application of rules is supplemented by a freer approach which aims to go beyond the positivist structures.*"²⁹⁷

I takt med en intellektuell utveckling har rätten sålunda förändrats för att på det sättet uppnå vad som uppfattats vara ett rimligare resultat. Såväl bona fides i Rom som equity-institutet i England var reaktioner mot den processuella formalismen: equity var på sin tid en reaktion mot det strikta s.k. writ-systemet.

3.1.2 Nutid

Norr om Alpena har bona fides fått efterföljare med olika namn såsom bl.a. good faith, Treu und Glauben samt i Norden lojalitetsprincipen. Dessa begrepp har historiska kopplingar till det äldre begreppet bona fides och de delar åtminstone till viss del ett likartat materiellrättsligt innehåll.²⁹⁸ De flesta västeuropeiska civilrättslagstiftningar innehåller denna allmänna rättsprincip, ofta i form av en generalklausul. I de rättssystem vilka erkänner principen finns det dessutom *hänvisningar* till denna i andra mer specifika lagar. Därutöver anses det att de värderingar, vilka ligger till grund för denna princip, även kommer till implicit uttryck i specifika lagar.²⁹⁹

Det är förknippat med särskilda svårigheter att försöka göra jämförelser mellan olika rättsordningar, bl.a. därför att begrepp och rättslig företeelse inte är alltid är sammankopplade.³⁰⁰ I olika nationella rättssystem går det exempelvis att finna likartade problem, vilka fått likartade materiellrättsliga lösningar, men med skilda rättsgrunder, vilka grundas i divergerande systematik. I många fall – men långt ifrån alla – har således den materiella utgången i princip blivit densamma, medan det är förklaringsmodellerna och därtill

²⁹⁷ Schermaier, s. 63.

²⁹⁸ Se exempelvis Gordley (2000), s. 117 samt Whittaker & Zimmermann, s. 691.

²⁹⁹ Jfr, Hesselink, s. 195.

³⁰⁰ Jfr Whittaker & Zimmermann, s. 690 ff.

hörande bakomliggande kunskapsteori som främst skiljer sig.³⁰¹ Ett konkret exempel på det senare är exemplet England: för närvarande erkänns inte good faith i England som en generell princip,³⁰² vilket inte har hindrat de engelska juristerna från att utveckla andra rättsinstitut, vilka många gånger gett ett likartat materiellt resultat.³⁰³ Bingham L.J. uttalade följande i det engelska rättsfallet *Interfoto v. Stiletto*: "*English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness.*"³⁰⁴ Exempelvis förekommer en mängd olika s.k. "implied terms" och "duties of loyalty", där särskilt de sistnämnda förpliktelserna förknippas med rättsliga relationer där kravet på tillit är särskilt höga.³⁰⁵

Begreppet good faith är mångfacetterat och måste, p.g.a. sin öppna karaktär, bli situerat i en särskild kontext för att bli hanterbart.³⁰⁶ För det första är det brukligt att skilja mellan subjektiv och objektiv good faith. Den subjektiva varianten tar sin utgångspunkt i vad en viss part kände till eller borde ha känt till vid en viss tidpunkt; i Sverige används begreppet "god tro" som närmaste motsvarighet.³⁰⁷ Den objektiva varianten å sin sida betecknar avtalsparterers obligationsrättsliga beteendestandarder.³⁰⁸ Det är den senare varianten som delvis motsvarar den i Norden erkända lojalitetsprincipen,³⁰⁹ vilken är föremål för denna avhandling. Good faith i den senare betydelsen betecknar, likt dess föregångare bona fides, hederlighet,

³⁰¹ Jfr den komparativa undersökningen i Whittaker & Zimmermann s. 171-652 där det framkommer att de olika europeiska rättsystemen många gånger har likartade lösningar på juridiska problem trots, i flera fall betydande, skillnader i systematik och kunskapsteori. Se exempelvis kommentar på s. 653: "one is first struck by the considerable degree of harmony as to the results reached on the particular facts of many of the cases".

³⁰² Grobecker, s. 38 ff. med flera hänvisningar; Harrison, s. 3 f.; O'Connor (1990), s. 18. Jfr dock Hesselink s. 195 och Beatson s. 300-307 vilka bl.a. påpekar att *good faith* förekommer i EG-direktiv (Unfair Terms in Consumer Contracts regulations 1994/3159 och dess ersättare 1999/2083).

³⁰³ Se bl.a. Grobecker s. 30 ff.; Beatson & Friedmann s. 18. Se därutöver Harrison, (passim). Zimmermann (2001), s. 169 ff. Se nedan not 502.

³⁰⁴ *Interfoto Picture Library v. Stiletto Visual Progammes* [1989] Q.B. 433; (1988) 7 Tr. L.R. 187, C.A. (s. 439.)

³⁰⁵ Se exempelvis Glover, s. 269 angående vilka relationer som förknippas med s.k. fiduciary relationships: "Partners, agents and principals, employer and employees, companies and directors, and solicitors and clients comprise a traditional list. One might add to this number guardians and wards, trustees and beneficiaries, receivers in bankruptcy and creditors, liquidators and contributories, and a few more." Se även Gaskell, s. 66 ff., Harpum, s. 148 ff.

³⁰⁶ Jfr Berger, s. 169 hänv. till Schlechtriem, *Good Faith in German Law and in International Uniform Law*, s. 6 ff.; Gorton (1999), s. 42: "It is obvious that a "loyalty" principle cannot be applied equally in all these different spheres but there may be substantial differences which need to be taken into consideration." [Fotnot utesluten ur citat]. Jfr även Peczenik (1997), s. 702.

³⁰⁷ Se även det norska arbetet *God tro* av Thor Aage Falkanger (1998).

³⁰⁸ Whittaker & Zimmermann s. 30.

³⁰⁹ Lojalitetsprincipen förknippas vanligen med Good faith, se exempelvis Gorton (1999), s. 37, not 1; Ramberg, C. (2003), s. 44, Ramberg & Ramberg s. 39; Ramberg & Herre (1995), s. 155; Wilhelmsson (1999), s. 168, not 13, [hänv. till Telaranta, Sopimusoiheus (1990), s. 344] samt s. 181 f.; Lando (1996), s. 351 f., Simonsen, s. 135 f. Se även i EG-direktivet (86/653/EEC), vilket var vägledande för den nu gällande handelsagenturslagen. I detta direktiv används lokutionen "*act dutifully and in good faith*" i art. 3 och 4, se nedan not 505.

uppriktighet, lojalitet m.m.³¹⁰ Det finns ytterligare orsaker till att förståelsen av begreppet och dess materiella betydelse försvåras, särskilt vid internationella jämförelser. En sådan svårighet är att vissa av de kontinentaleuropeiska rättssystemen skiljer mellan good faith och equity medan andra inte gör det.³¹¹

I modern tid har begreppet good faith och dess motsvarigheter använts i en lång rad rättsliga sammanhang och det har kategoriserats såsom: norm, princip, regel, maxim, plikt, beteendestandard, oskriven rättskälla, generalklausul,³¹² allmän rättsgrundsats, allmän rättsprincip,³¹³ samt allmän rättsnorm respektive rättsnormelement.³¹⁴ Det som är kännetecknande för denna norm är dess öppenhet, vilket ställer krav på rättstillämparens värderings- och konkretiseringskompetens i det enskilda fallet. En funktion hos denna norm kan sägas vara att internalisera sociala värden eller moralstandards, vilka tidigare inte var auktoriserade av rättssystemet på ett tillräckligt tydligt sätt.

Good faith brukar tilldelas åtminstone tre urskiljbara funktioner i rättstillämpningen:

1. Konkretisering/uttolkning.
2. Suppletering – huvudsakligen av förpliktelser.
3. Korrigering/begränsning – motverka rättsmissbruk.³¹⁵

Den första funktionen kan förknippas med det grundläggande för alla överenskommelser: att hålla dem. Pacta sunt servanda är således en grundläggande del av vad som förknippas med good faith.³¹⁶ Ett något kuriöst exempel från den antika folkrätten kan visa vad som här

³¹⁰ Se not 85.

³¹¹ Hesselink s. 196, not 9, där det anges att Frankrike och Nederländerna i viss utsträckning behandlar de två begreppen synonymt. Jfr även uppfattningen i äldre tider, se not 330.

³¹² Se bl.a. Hesselink s. 197, med hänvisningar.

³¹³ De två sista begreppen avser lojalitetsprincipen: se bl.a. Bärhund, s. 10, Nicander s. 31, samt Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 74.

³¹⁴ Lindskog (2001), s. 80 (lojalitetsprincipen).

³¹⁵ Jfr med Digest. 1, 1, 7, 1. (Papinianus) uttalande om pretorn vilken skulle hjälpa/stödja, utfylla eller korrigera *iuris civile*. "Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam."; Hesselink, s. 201 ff., särskilt s. 292 f; Zimmermann (1996), s. 533, 915 och 995; Tamm s. 26; Wieacker, *Zur Rechtstheoretischen Präzisierung des § 242*, s. 205 ff. Jfr även ovan text vid not 279 samt nedan i text vid noterna 690 och 946. Jfr därutöver med följande trikotomi presenterad i Gorton (1999), s. 41 och Mugasha, s. 357: "(1) an obligation to the parties to cooperate in achieving the contractual objects (loyalty to the promise itself); (2) compliance with honest standards of conduct; and (3) compliance with standards of contract which are reasonable having regard to the interests of the parties".

³¹⁶ Se Bederman, *International Law in Antiquity*, s. 52 f.; Cheng, s. 112 ff.; O'Connor (1990), bl.a. s. 11 och 17 f.; O'Connor (1991), bl.a. s. 5 ff. 42, 117 ff. Se exempelvis följande citat s. 124: "The principle of good faith in international law is a fundamental principle from which the rule *pacta sunt servanda* and other legal rules

åsyftas.³¹⁷ En 30 dagars vapenvila avtalades mellan två stridande folk. Under den avtalade tiden anföll natttid en general tillhörande en av de stridande parterna. Generalen menade att avtalet endast gällde *dagtid*.³¹⁸ Här kan således tolkningen av *pacta sunt servanda* spela in. Good faith handlar inte endast om billighet i förlösande mening: good faith kan även innebära ett förpliktande att strängt följa det avtalade.³¹⁹ Att stå för sitt ord är centralt för såväl good faith som lojalitet, men i än högre grad att inte uppträda opportunistiskt i generell mening. Det är inte endast de uttalade orden som har avgörande betydelse: det kan vara än viktigare att tolka ett löfte förnuftigt. *Sententia* (meningen) kan ges större tyngd än *verba* (det använda uttrycket),³²⁰ och det handlar i den meningen mer om att söka uppfylla avtalet enligt dess anda ("the spirit of the deal").³²¹

Ett annat – nutida – exempel på good faith/lojalitet framgår av artikel 10 (tidigare artikel 5) i Romfördraget, där medlemsstaternas allmänna lojalitetsplikt regleras.³²²

Medlemsstaterna skall vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av detta fördrag eller av de åtgärder som vidtagits av gemenskapens institutioner. Medlemsstaterna skall underlätta att gemenskapens uppgifter fullgörs.

De skall avstå från varje åtgärd som kan äventyra att fördragets mål uppnås.

I artikel 26 i 1969 års Wienkonvention fastslås numera den allmänna folkrättsliga principen att varje fördrag skall uppfyllas i god tro eller med de bästa ansträngningar.³²³

Lojalitetsprincipen kan således sägas ge uttryck för *pacta sunt servanda*, men den tar även sikte på att avtalets ändamål kan nås.³²⁴ Sannolikt kan detta fördrags stadgande angående

distinctively and directly related to honesty, fairness and reasonableness are derived". Jfr även Pöyhönen (2002), s. 62.

³¹⁷ Angående acceptansen av en antik folkrätt: se Bederman, *International Law in Antiquity*, s. 1-15.

³¹⁸ Exemplet är klassiskt och återges i Cicero (I.33), s. 14. Han synes i sin tur ha lånat exemplet från den grekiska historien där en viss spartansk kung vid namn Cleomenes bröt mot en 7 dagars fred med denna motivering, se Ziegler, s. 57 (not 42).

³¹⁹ Jfr Meyer, s. 129 samt Gorton (1999), s. 41: "an obligation on the parties to cooperate in achieving the contractual objects (loyalty to the promise itself)".

³²⁰ Jfr Ziegler, s. 54 med hänvisning till Cicero. Se även Kelly, s. 52 samt Digest. 50.16.219 (Papinianus). Jfr nedan text vid not 343.

³²¹ Jfr Adlercreutz II (2001), s. 22, Nedan kommer det att återknytas till denna punkt nedan under avsnitt 4.5.

³²² Se exempelvis Melin & Schäder, s. 37 f. med hänvisningar till domstolspraxis. Se även Maier, s. 135 ff.

³²³ Se exempelvis Melin & Schäder, s. 37.

³²⁴ Se Maier, s. 136 med hänvisningar.

avtalsgrundade förpliktelser även bidra till förståelsen av lojalitetsprincipen för avtalsrätt i allmänhet.³²⁵

När det gäller den andra funktionen handlar den främst om att fylla ut avtalsrelationer med avtalsvillkor vilka parterna förbisett eller tagit för givna. Domstolar justerar vanligen inte frivilligt slutna avtal i efterhand, men emellanåt förekommer detta trots allt. Syftet med denna komplettering är att möjliggöra och underlätta en, vad som uppfattas vara, riktig avtalsuppfyllelse.³²⁶ Ofta används begreppen *biförpliktelser* eller *naturalia negotii* som beteckningar för dessa mer eller mindre underförstådda avtalsvillkor (jfr engelskans implied terms). Det är främst denna kategori som har förknippats med lojalitetsprincipen i Sverige: biförpliktelser benämns ofta *lojalitetsförpliktelser*. I flera fall är de kodifierade: exempelvis köplagen innehåller ett flertal utfyllande regler. Dessa förpliktelser kan avse köparens skyldighet att medverka till köpets fullbordan respektive säljarens skyldighet att vårda den sålda egendomen, trots att köparen inte avhämtat den vid avtalad tid.³²⁷ Vi återkommer till dessa konkreta lojalitetsförpliktelser nedan i avsnitt 4.3 och 4.4.

Den tredje funktionen är förknippad med att begränsa ett eventuellt rättsmissbruk.

När det gäller olika former av rättsmissbruk påpekar Grönfors: *"Oavsett vilken juridisk teknik man väljer för en rättsordnings reaktion mot sådana missbruk av privaträttens regler måste det alltid finnas en bred gråzon mellan lojal och illojal rättsanvändning. Avsikten är också att ge domstolarna möjligheten att inom denna fånga upp och "brännmärka" vissa förfaranden..."*.³²⁸ Den tredje funktionen är därutöver associerad till allmänna principer om skälighet. I nordisk avtalsrätt fyller främst 36 § avtalslagen (den förmögenhetsrättsliga generalklausulen) denna funktion. Rättstillämparen kan med hjälp av 36 § såväl *korrigera* oskäligen utfall som *ogiltigförklara* oskäligen avtalsvillkor. Vi återkommer till denna generalklausul nedan i avsnitt 4.2.1.

Det går att ha invändningar mot att låta good faith omfatta en så omfattande rättslig palett. Hesselink påpekar att good faith (Treu und Glauben inbegripet) egentligen har upphört att

³²⁵ Jfr Peczenik (1995), s. 258, där allmänna rättsprinciper (men inte uttryckligen lojalitetsprincipen) såsom "rättskälla" diskuteras. Se även Gorton (1999), s. 41, angående innehållet i good faith: "an obligation on the parties to cooperate in achieving the contractual objects (loyalty to the promise itself)".

³²⁶ Ramberg & Ramberg, s. 39.

³²⁷ Se köplagen § 50 (medverkansförpliktelse) samt 72 § (säljarens vårdplikt)

³²⁸ Grönfors, *Missbruk av privaträttens regler*, s. 171 (angående NJA 1993 s. 188 "Gillette") [Fetstil markerar ursprunglig kursivering i återgivet citat.]

vara en norm och att begreppet i stället blivit en allmän täckmantel för domarskapad rätt. Han menar att domarens uppgift att i vissa fall konkretisera/tolka (*adiuvare*), komplettera (*supplere*) och korrigera (*corriger*) avtal har kunnat genomföras under åberopande av *good faith*. Å andra sidan har denna utveckling kanske varit nödvändig med tanke på upplysningstidens, i praktiken orealistiska, ideal om att domaren endast har att läsa den av parlamentet stiftade lagen.³²⁹ I den meningen har kanske *good faith* trots allt varit ett välbehövligt bidrag till att emancipera domarna från en alltför rigid lagpositivism.

³²⁹ Jfr Hesselink, s. 213-223.

3.2 Aristoteles epieikeia – om ansvarsfull tolkning

3.2.1 En idéhistorisk utflykt

De ovan nämnda begreppen aequitas och bona fides har, vilket antytts ovan, ett gemensamt ursprung och en delvis gemensam utveckling i den juridiska idéhistorien.³³⁰ Den grundläggande idén kommer, såvitt vi känner till, från Aristoteles som formulerade ett antal livskraftiga idéer, vilka sedan dess har levt kvar såsom ständiga följeslagare i den rättsliga idéhistorien. Aristoteles hade i sin tur föregångare: bland andra diskuterade historikern *Herodotos*, filosofen *Platon*, och sofisten *Gorgias* dessförinnan rätten i förhållande till rättvisan.³³¹ Begreppet, som Aristoteles och hans grekisk-talande föregångare använde, var epieikeia, vilket för dessa i huvudsak torde ha förståtts mer såsom ett filosofiskt begrepp än ett juridiskt sådant.³³² Epieikeia översattes senare av hellenistiskt influerade romare till det latinska aequitas,³³³ vilket i sin tur översattes långt senare till engelskans equity.³³⁴ På svenska översätts epieikeia med billighet eller skälighet.

Epieikeia för in hänsynstagandet till det enskilda fallets särart i rättstillämpningen, vilket är en reaktion mot en strikt mekanisk användning av generella regler. I Aristoteles berömda verk den Nikomachiska etiken utvecklar han sin teori om epieikeia, vilket översatts i den svenska översättningen till ”det skäliga”.

”Problemet skapas av det skäliga är rätt, men inte i legal bemärkelse utan i betydelsen »korrigering av den lagliga rättvisan». Orsaken härtill är att alla lagar är generella, medan det i fråga om vissa ting är omöjligt att komma med riktiga generaliseringar. I de fall där det är nödvändigt att med generella stadganden, men dessa inte kan avfattas riktigt, tar lagen upp det vanligaste fallet, utan att för den skull vara omedveten om risken för misstag. - -

³³⁰ Se bl.a. O'Connor (1991), s. 12 ff., 20 ff., s. 26 f.; Whittaker & Zimmermann s. 17 med hänvisningar. Jfr not 375 angående att aequitas och bona fides syntes likställda under medeltiden, Gordley (2000), s. 95, not 8; Ziegler, s. 54. Jfr även Beck s. 10 f., 24 f. särskilt följande citat s. 25: ”Die Aequitas, nicht die bona fides, ist gewesen, der im Mittelalter bis in die Neuzeit die führende Rolle in der Rechtsentwicklung entkam. Bereits die Glosse unterscheidet bewußt und grundsätzlich die beiden Schichten eines strictum ius und der aequitas.”

³³¹ Se i Virt s. 64 (Herodotos), s. 69 ff. (Platon), s. 66 (Gorgias); Jfr Zepos s. 434.

³³² Schermaier s. 65, not. 9.

³³³ En mer utvecklad jämförelse mellan det grekiska respektive romerska begreppet finns i Virt, s. 142 ff. särskilt s. 147. Jfr även Triantaphyllopoulos. s. 22 och Biscardi, s. 1 ff. särskilt s. 22. Se angående aequitas i romersk rätt i Bretonne, s. 222 ff.; Kelly, s. 52 ff.; Schermaier s. 65, not. 9; Gordley (2000), 93 ff., särskilt s. 108, Whittaker & Zimmermann s. 696 f.; Zepos, s. 434 f.

³³⁴ Se bl.a. O'Connor (1990), s. 1 f.; Kelly, s. 189 f.; Lupoi, *The Origins of the European Legal Order*, s. 426 ff.

Men då lagen sålunda är generellt avfattad och ett avvikande fall inträffar inom dess gebit, är det riktigt att korrigera bristen, i den mån lagstiftaren har övergivit oss och felat genom att förenkla saken. Detta innebär att man bedömer företeelsen så, som också han hade gjort om han varit närvarande, och så, som han hade stadgat om han varit medveten därom.”³³⁵

De generella lösningarna skall således, under billighetens flagg, ”anpassas” till den oändliga mångfalden av problemsituationer. Billigheten existerar således för att möta kravet ”*på en tillräcklig flexibilitet för att med »det bundna skönets» relativa frihet kunna möta de skiftande fallens egenart*”.³³⁶ Billigheten i nyss nämnda beskrivning kompletterar således en standardiserad regel, där regeln som sådan anses ändamålsriktig, men utfallet i det enskilda fallet inte är rimligt. Billigheten kan därutöver även möjliggöra en viss reformering av den kodifierade rätten, i fall där lagstiftaren av skilda orsaker är oförmögen eller ovillig att genomföra lagändringar, men där det anses nödvändigt att låta rättsutvecklingen harmonisera med samhällsförändringarna.³³⁷ En norm måste tolkas i samklang med den verklighet som den är tänkt att reglera. Dock har billighet emellanåt kommit att missuppfattas såsom en i det närmaste helt subjektivistisk lära.³³⁸ Ett klassiskt exempel på det senare är utgörs av John Seldens uttalande om att equity (med dess dåtida starka anknytning till samvetet) varierar på samma sätt som de olika kanslernas (Chancellors) respektive fotstorlek.³³⁹

Det handlar dock inte om att avlägsna sig från lagstiftarens intention, utan om att förverkliga den på en högre nivå.³⁴⁰ Eftersom avvikelser från själva lagen knappast var möjlig under Aristoteles samtid, försökte han lösa problemet genom att i stället behandla lagen såsom ofullständig. Lagen förmådde inte normera alla enskilda fall, varför den behövde kompletteras genom att ”använda” *epieikeia*.³⁴¹ Aristoteles exemplifierade med straffrättsliga exempel: enligt lagen skulle en främling som påträffades klättrande på stadsmuren straffas med döden. Skulle då en främling, som varken var fiende eller förrädare, dömas till döden trots att han faktiskt försökte rädda staden i en viss situation? Ja, enligt lagen skulle han dömas, men inte

³³⁵ Se (V.10), s. 153 i Ringboms översättning. I det återgivna citatet har en felaktighet korrigerats: ”för den” står upprepat två ggr.

³³⁶ Strömholm (1996), s. 300.

³³⁷ Jfr Zimmermann & Whittaker, s. 697.

³³⁸ Aristoteles själv påpekar dock att: ”Det skälige är nämligen gemensamt för alla goda människor i deras förhållande till varandra.” (VI.11), s. 175.

³³⁹ Seldens citat finns återgivet i Zahnd, s. 264.

³⁴⁰ Jfr Gadamer, s. 318: ”In restraining the law, he is not diminishing it but, on the contrary, finding the better law.” Jfr även Biscardi, s. 4 samt s. 10, ”equity corresponds to the ”spirit of the law”.”

³⁴¹ Triantaphyllopoulos, s. 14 f.

enligt billigheten. Den skrivna lagen måste tolkas restriktivt i ett konkret fall och i det här fallet bör den i stället kompletteras med beaktandet av främlingens verkliga intentioner.³⁴² Den senare idén återkommer i den romerska rätten när den romerska versionen av billigheten, *aequitas*, introduceras vid tolkning: meningen (*sententia*) efterfrågas i stället för en strikt bokstavstolkning (*verba*).³⁴³ Aristoteles *epieikeia* var snarare ett uttryck för en restriktiv än för en extensiv tolkning av själva *lagen*.³⁴⁴

3.2.2 *Idéer om balans*

Vid sidan av den ovan nämnda konkretiseringsproblematiken finns ytterligare en faktor av betydelse i detta avtalsrättsliga sammanhang: synen på rättvisa i avtalsförhållanden. Aristoteles skilde mellan två former av rättvisa: den distributiva (*dianemetikon dikaion*) och den korrekтива (*diorthotikon dikaion*). Den första vertikalt verkande formen är aktuell när en faktisk eller tänkt centralmakt skall distribuera rättigheter och skyldigheter bland samhällsmedborgarna.³⁴⁵ Den senare horisontellt verkande formen däremot "*tar sig uttryck i en riktig reglering av människornas inbördes mellanhavanden*".³⁴⁶ När enskilda individer på eget initiativ sinsemellan disponerar över dessa initialt fördelade rättigheter och skyldigheter, är således den korrekтива rättvisan vägledande. Den korrekтива rättvisan aktualiserades i två mellanmänniskliga typsituationer: frivilliga respektive ofrivilliga uppgörelser.³⁴⁷ En rättrådig person håller sina löften och interagerar med andra personer under inflytande av den denna art av rättvisa. Denna idé anses ge normativ vägledning vid onerösa avtalsförhållanden, varför den också kan kallas *bytesrättvisa*,³⁴⁸ medan den *retributiva* rättvisan normerar vad vi i dag skulle kalla händelser vilka förknippas med utomobligatoriskt skadestånd.³⁴⁹ Aristoteles benämner dessa frivilliga och ofrivilliga uppgörelser: "*Till den förra gruppen hör sådana*

³⁴² Jfr, Triantaphyllopoulos, s. 19.

³⁴³ Jfr, Ziegler, s. 54. Jfr nedan not 320.

³⁴⁴ Triantaphyllopoulos, s. 12 och 14.

³⁴⁵ Jfr bl. a. Finnis, s. 165 ff. samt Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought*, s. 80 och 83 ff.

³⁴⁶ Aristoteles (V.2), s. 130.

³⁴⁷ Aristoteles (V.2), s. 130 och (V.4), s. 133. Kategoriseringen av rättvisan förekommer i olika versioner. I vissa sammanhang förknippas de frivilliga uppgörelserna med den ömsesidiga rättvisan medan de ofrivilliga uppgörelserna förknippas med den retributiva rättvisan, se Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought*, s. 80 f. Jfr med Finnis uttalanden på s. 179.

³⁴⁸ När Aristoteles idé om den korrekтива rättvisan senare tolkades av Thomas av Aquino i den då rådande latinsk-kristna kontexten använde den senare begreppet kommutativ rättvisa. Jfr latin: *Commutatio* respektive engelskans *commutative* vilket bl. a. betyder byte, utbyte respektive ömsesidig. Jfr Hellner (2001), s. 51 ff.

³⁴⁹ Jfr Hellner (2001), s. 51 ff. Aristoteles själv inbegriper såväl bytesrättvisa som den reparativa (jfr nutida utomobligatoriskt skadestånd) rättvisan under begreppet korrektiv rättvisa (*diorthotikon dikaion*), se (V.4), s. 133. Jfr Finnis, s. 177 ff.

*företeelser som försäljning, köp, lån, förpliktelser, fall av nyttjande samt depositions- och hyresverksamhet, (om vilket det heter att de är frivilliga, emedan anledningen till dylika transaktioner är frivillig), medan de ofrivilliga mellanhavandena dels är lömska såsom stöld, äktenskapsbrott, förgiftning, koppleri, slavskoj, lönnmord och mened, dels åter våldsamma såsom misshandel, fängslande, dråp, rån, lemlästning, smädelse och smutskastning”.*³⁵⁰

Den bakomliggande idén är att mellanmänniskliga omfördelningar, vilka betraktas såsom orättfärdiga, skall *korrigeras*, i syfte att återupprätta status quo.³⁵¹ Därav beteckningen korrektiv rättvisa. Dikotomin mellan frivilliga och ofrivilliga uppgörelser har via den romerska rätten spridit sig över stora delar av världen och den känns igen i den ännu förekommande uppdelningen mellan kontrakt och delikt.³⁵² I den senare kategorin inryms även, vilket inte framgår av Aristoteles uppräknings ovan, vårdslösa och/eller klandervärda beteenden, oavsett om de är straffsanktionerade eller inte.

Den korrektiva rättvisan speglar tankar om balans mellan parterna, vilket i nutid återkommer under benämningen ekvivalensprincipen (se ovan avsnitt 2.3.1.1). Detta tankegods framträder även i Nikomachiska etiken: *”Domaren återställer jämvikten och handlar, som om en linje var delad i olika stora delar och han tog bort det avsnitt, varmed den större delen överskrider halva linjen och lade till den mindre delen. Så snart helheten är delad itu och vardera parten har fått lika mycket, säger man att de fått sitt. - - - Det är också på grund av denna delning itu – dica – som det heter att något är rätt – dikaion. Det är som om man sade dicaion och kallade domaren (dikastes) tudelare (dichastes).*”³⁵³

Bytesrättvisan kräver således, till skillnad från vad som kännetecknar gåvohandlingen, en parternas ömsesidighet och dessutom likhet avseende respektive prestations värde (ekvivalens). Redan den latinska översättningen *aequitas* ursprungsbetydelse är för övrigt

³⁵⁰ Aristoteles (V.2), s. 130.

³⁵¹ Jfr Aristoteles (V.4), s. 134. Se även Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought*, s. 87: ”The task of corrective justice is to correct this local disturbance and to return to the status quo ante.” Se densamme problematisera denna utgångspunkt på s. 87 ff. En skadevällare tjänar, i många situationer, inte nödvändigtvis någonting själv på att skada annan, men denne får likväl betala kompensation. *Skadevällaren* återställs i den meningen inte i samma position som denne befann sig i ex ante.

³⁵² Jfr, Zimmermann (1996), s. 10 ff.; Se något angående denna uppdelning i text vid not 141.

³⁵³ Aristoteles (V.4), s. 135. Jfr även begreppet *dikotomi*.

”jämnhet”, av ae quus ”jäm”, ”likformig”; detta begrepp förknippas likaså med att balansera motstående intressen.³⁵⁴

Ovanstående försök att dissekera två av rättvisans olika uttryck tolkades även av medeltidsjuristen Baldus de Ubaldis, i samband med att denne försökte, likt många av hans samtida juristkollegor, att förklara den romerska rätten.³⁵⁵ Baldus skiljde mellan *aequitas in specie* och *aequitas in genere*; det förstnämnda stod för ovanstående konkretiseringsproblematik, d.v.s. att söka rättvisa i det enskilda fallet medan det sistnämnda kan tolkas såsom ett uttryck för ekvivalensprincipen.³⁵⁶ Ovan framkommer att det var *pretorerna* som utvecklade den rättsliga billighetsargumentationen i den romerska rätten. Bl.a. synes de ha försökt att utveckla ett skydd för avtalsparternas respektive seriösa intentioner, i fall där de manifesterade viljeyttringarna inte motsvarat de legala formkraven.³⁵⁷ Även om de romerska juristerna ofta undvek att formulera generella principer synes de argumentera i riktning mot en princip om att rättsligen sanktionera skyddet för respektive avtalsparts befogade förväntningar.³⁵⁸ Tankegångar om denna bytesrättvisa framträder för övrigt mer eller mindre i alla rättsordningar, vilka accepterar avtal.³⁵⁹ Numera associeras dock ekvivalensprincipen i *avtalsförhållanden* mindre med en återbalansering av status quo och mer med att avtalsparternas befogade förväntningar skall skyddas.³⁶⁰

Under medeltiden synes de två begreppen *bona fides* och *aequitas* i huvudsak ha uppfattats såsom synonyma, och kristna medeltida jurister härledde åtminstone följande avtalsrättsliga principer ur dessa motsvarigheter till billigheten:

- Avtalsparterna skall hålla sina ord.
- Vardera parten skall även prestera de förpliktelser som en hederlig person skulle anse föreligga, även om de inte hade avtalats explicit.
- Ingen av parterna skall kunna dra egen fördel genom att missleda den andre eller att utkräva något orimligt.³⁶¹

³⁵⁴ Se exempelvis Nationalencyklopedins ordlista under ”billighet” samt Norstedts Latinsk-Svenska ordbok, andra uppl., under ”aequitas”. Se även Biscardi, s. 7.

³⁵⁵ Gordley (2000), s. 106.

³⁵⁶ Jfr Gordley (1997), s. 108 f. med hänvisning till Baldus de Ubaldis, *Commentaria in Corpus iuris civilis*.

³⁵⁷ Jfr Stein (1973), s. 78 ff. samt densamme (1974), s. 97 ff.

³⁵⁸ Stein (1973), s. 84, angående ”reasonable expectations”, med hänv. till italiensk litteratur i not 11.

³⁵⁹ Von Mehren, Se ovanstående citat not 154.

³⁶⁰ Jfr citat van Gerven ovan not 172.

³⁶¹ Gordley (2000), s. 94 med hänvisningar.

Som synes stämmer dessa tankegångar väl överens med den moderna förståelsen av good faith (se ovan).³⁶² Ovanstående tankegångar påverkade även svenska förhållanden. Här kan exempelvis omnämnas vad referenten Strijk, vid Svea hovrätt, framhöll i ett rättsfall från 1692 (Fleming./.Stålarb) angående arvsifte och hemulsansvar. Enligt Strijk kunde man tolka ett visst förhållande annorlunda ” när man ser på naturlig aequitet, som alla kontrakter böra vara stödde uppå, att ingen bör söka den andres nackdel ...”. Hovrättsledamoten Broméen å sin sida kom fram till ett liknande resultat i detta fall via en bona fides-argumentation: som utgångspunkt kunde man inte antaga annat än att parterna till ögonmärke haft endast det, ”som lände till att göra varannan rätt, så att ingendera skulle därigenom komma till korta” vilket följde redan av ”*naturam contractus, som har pro fundamento bonam fidem*”.³⁶³

Av ovanstående korta historiska utblick framkommer att begreppen epieikeia och aequitas är djupt förknippade med tolkning (utläggning) i vid bemärkelse,³⁶⁴ och att de bakomliggande idéerna om ekvivalens vid onerösa transaktioner har präglat västerlandets avtalsrätt under lång tid. I Sverige användes tidigare främst begreppet billighet såsom närmaste motsvarighet. Numera används i högre grad uttrycken skälighet, lojalitet och ekvivalens.

³⁶² Jfr i text vid not 315 samt 326.

³⁶³ Citaten hämtade från Jägerskiöld, Handelsbalken, s. 11. Notera att bona fides och aequitas här behandlas såsom alternativ, jfr not 375.

³⁶⁴ Virt, s. 147, Jfr även med Barton, s. 152. Se även nutida förhållanden i Zimmermann & Whittaker s. 679 ff.

3.3 Något om utvecklingen angående billighet i svensk avtalsrätt i allmänhet och lojalitetskravet i synnerhet

*"I ett allmänt perspektiv uppträder vissa grundläggande frågor om rättvisa, vilka inte kan undvikas ens av den som söker att anlägga ett strikt realistiskt, antimetafysiskt betraktelsesätt."*³⁶⁵

Till Olaus Petris kompilation "Domarereglerna" från slutet av 1530-talet utgör gammal svensk lag och sedvana, justiniansk rätt (Digesterna 50, 17), kanonisk (Liber extra) och tysk rätt källor.³⁶⁶ Dessa domarregler kännetecknas av ett etiskt patos, vilket anses ha gjort dem "till den svenska domarkårens etiska regelverk".³⁶⁷ Denna regelsamlings betydelse för samtida och senare tiders rättspraxis framgår med all önskvärd tydlighet av domstolsprotokollen ända in på 1800-talet, där man ideligen finner citat av sentenser hämtade ur Olaus Petris domarregler.³⁶⁸ Billighetsresonemang återfinns i flera av dessa. Här återges en av dessa regler, nämligen den åttonde:³⁶⁹ *"En god och beskedlig domare är bättre än god lag, ty han kan alltid laga efter lägligheten. Där en ond och orättvis domare är, hjälper god lag intet, ty han vränger och gör dem orätt efter sitt sinne."*

Under stora delar av 1600-talet betraktades den s.k. "kejsarrätten", d.v.s. Corpus iuris civilis, såsom rättskälla även i Sverige, varvid en mängd rättsregler införlivades. Hovrätten, där de bildade juristerna befann sig,³⁷⁰ använde sig dels av systematiken i Corpus iuris civilis, dels av begrepp och allmänna grundsatser, vilka särskilt framträder i Digesternas femtionde bok.³⁷¹ Hovrätten hade sin ursprungliga roll såsom konungens nämnd och den hade rätten att *arbitrera*.³⁷² Med det senare menades att hovrätten kunde avvika från skreven rätt eller fast praxis under beaktande av det enskilda fallets särskilda omständigheter.³⁷³ I Sverige använde överrätterna denna skönmässiga bedömning främst för att utmäta ett "billigt straff".³⁷⁴ Det med billigheten förknippade romerska begreppet "*bona fidei*" fanns för övrigt i den svenska rättsliga begreppsvärlden vid denna tid.³⁷⁵ Under stora delar av 1600-talet citerades ofta

³⁶⁵ Hellner (2001), s. 215.

³⁶⁶ Modéer, s. 76 f.

³⁶⁷ Modéer, s. 77.

³⁶⁸ Inger, s. 65.

³⁶⁹ Jfr Strömholm (1973), s. 451.

³⁷⁰ Jfr, Jägerskiöld, *Handelsbalken*, s. V.

³⁷¹ Jägerskiöld, *Handelsbalken*, s. 454 samt densamme *Hovrätten*, s. 266.

³⁷² Jägerskiöld, *Hovrätten*, s. 274 f.

³⁷³ Jägerskiöld, *Hovrätten*, s. 275.

³⁷⁴ Modéer, s. 125.

³⁷⁵ Under medeltiden skilde man normalt inte mellan bona fides och aequitas, se not 330. Jfr dock ovanstående citat från en äldre svensk dom (not 363) som synes peka på en åtskillnad mellan begreppen, (domen avkunnades dock 1692, d.v.s. långt efter medeltidens slut).

utländsk rätt i de svenska överrättsavgörandena. Ju oftare en rättsregel användes utomlands, desto större skäl ansågs föreligga att använda den i också i svensk rätt.³⁷⁶ Dessa *allmänna* rättsregler ansågs tillhöra folkrätten, *ius gentium*, varför de kunde åberopas även utan föregående lagstiftning i de av naturrätten påverkade svenska överrättsavgörandena.³⁷⁷ Billigheten (*aequitas*) var naturligt nog en sådan princip som förknippades med *ius gentium* och denna tilläts påverka mer än den ovan nämnda straffrätten: "*Since the seventeenth century Swedish-Finish law was deeply influenced by the European ius commune. Contract law, in particular, was permeated by the Roman principle of bona fides, in that the most contracts under the old medieval codes were taken to be contractus bonae fidei.*"³⁷⁸

Under denna tid var såväl avtalsfrihet som avtalets helgd (*pacta sunt servanda*) starka utgångspunkter och möjligheterna att åberopa ogiltighet förhållandevis snäva. Å andra sidan anses det att det var just i brytningen mellan avtalshelgd och billighetshänsyn som den rika rättsutvecklingen skapades.³⁷⁹

Receptionen av romersk rätt under 1600-talet visar sig i en lång rad konkreta rättssatser. I domstolsprotokollen framgår att det argumenteras med ledning av förbudet mot obehörig vinst, *culpa*-grundsatser, *vigilans* (vaksamhet) samt, i detta sammanhang relevanta, satser om hänsyn till *bona fides*, *aequitas* respektive billighet.³⁸⁰ Fortfarande låg dock, då som nu, ansvaret i första hand på parten själv i en avtalssituation, vilket delvis framkommer av den åberopade rättsatsen i D. 34.5.26 (och 45.1.99).³⁸¹ Denna rättssats stadgar att: den part, som inte tillsett att en klausul utformats motsvarande partens intention, fick som huvudregel själv bära risken för detta.³⁸² Ett citat från hovrättsledamoten Broméen, (assessor i Svea hovrätt och slutligen dess vice president) i rättsfallet från 1692 (Fleming ./. Stålarb) visar att affärsmässiga avtal inte åsidosattes utan starka skäl därtill: "*Rättvisan synes ock intet medgiva, när man eventualiter transigerar på vinst och förlust, fast handelen för endera parten olyckas, att transactio därför måste bli irrita, och sålunda skada såväl den ene som den andre.*"³⁸³

³⁷⁶ Modéer, s. 92.

³⁷⁷ Modéer, s. 92.

³⁷⁸ Zimmerman & Whittaker, s. 55 f.

³⁷⁹ Jägerskiöld, *Handelsbalken*, s. 4.

³⁸⁰ Jägerskiöld, *Handelsbalken*, s. 454.

³⁸¹ Jägerskiöld, *Handelsbalken*, s. 8 och 249. Jfr Zimmermann (1996), s. 639 ff.

³⁸² Jägerskiöld, *Handelsbalken*, s. 8. Jfr Ramberg & Ramberg s. 196 ff. angående den s.k. oklarhetsregeln (in dubio contra stipulatorem);

³⁸³ Citat återgivet i Jägerskiöld, *Handelsbalken*, s. 6.

Mot 1600-talets slut, under enväldets påverkan, har en större respekt för skriven lag och inhemsk rätt framtvingats, vilket långsamt minskade inflödet av romersk rätt.³⁸⁴ Karl XI:s absolutistiska rättskällelära framhöll vikten av att tillämpa nationell rätt och den t.o.m. förbjöd domstolarna att använda sig av såväl prejudikat som utländsk rätt i sina rättavgöranden.³⁸⁵ Denna inställning påverkade efterhand juristernas möjligheter att argumentera och den ordning, som till sist kodifierades i 1734 års lag, grundar sig till stor del på den praxis som utarbetats under det sekel som föregått denna lag.³⁸⁶ Det romerskrättsliga arvet har dock omsorgsfullt dolts under utarbetandet i lagkommissionen; den senare syntes ha eftersträvat att ge den en så nationell prägel som möjligt.³⁸⁷ Denna reduktiva inställning medförde att 1734 års lag i huvudsak blev kasuistisk; den saknade dessutom många allmänna principer vilket medförde en bristande systematik. De allmänna principerna fick, liksom tidigare, i stället komma till uttryck i praxis.³⁸⁸

³⁸⁴ Jägerskiöld, *Handelsbalken*, s. 454.

³⁸⁵ Modéer, s. 93.

³⁸⁶ Jfr Jägerskiöld, *Handelsbalken*, s. 452.

³⁸⁷ Jägerskiöld, *Handelsbalken* s. 453.

³⁸⁸ Modéer, s. 109.

3.3.1 Modern tid

Avtalslagen trädde i kraft 1915 i Sverige, dessförinnan fanns det ingen generell lagstiftning som behandlade avtal. Domstolarna förmedlade dock, via rättspraxis, ett antal avtalsrättsliga principer av generell karaktär.³⁸⁹ Den svenska juridiska doktrinen å sin sida var vid denna tid starkt influerad av tysk rätt. Avtalsfriheten och det avtalades förpliktande verkan upprätthölls strängt utan att för den skull övergå till absolutism,³⁹⁰ medan billighetens gudinna hade trängts undan i den liberala tidsandan.³⁹¹ Billighetsargumentation var för den skull inte okänd,³⁹² men relativt svag, vilket föranledde kritik av den svenska rättsordningen. Bl.a. påpekade advokaten G.E. Fahlcrantz särskilt rättsordningens avsaknad av bona fides-principen.³⁹³ Fahlcrantz hade vid sina undersökningar funnit att denna rättsprincip, vilken tidigare hade varit i bruk i Sverige, nu hade försvunnit. I skriften *Bona fides (tro och heder) och öfriga inom romersk rätt främst ledande grundsatser* framkommer författarens saknad av dessa inslag från den äldre rätten: "På 1600-talet, särskildt i Karl XI:s rättsskipning, var det speciellt grundsatser från romersk *aequitas*, "likhetens" princip, begrepp från den romerska läran om *dolus*, *ohederlighet*, etc., som verkade i praktiken."³⁹⁴

Det skulle dock komma billighetsanknuten lagstiftning under 1900-talet (jfr vad som sagts ovan i avsnitt 2.3.1.1). Redan från det att avtalslagen trädde i kraft 1915 innehöll dess 33 § en generalklausul som refererade till begreppet *tro och heder*, men det potentiellt normativa innehållet har till stor del reducerats bort. Exempelvis Karlgren ville begränsa tillämpningen av denna paragraf till ett minimum,³⁹⁵ och han avvisar också lämpligheten av att ha en allmän samhällelig moraluppfattning såsom en vägledande norm vid tillämpningen av detta lagrum, vilket bl.a. normmannen Stang hade föreslagit.³⁹⁶ 33 § hade utformats förhållandevis snävt,

³⁸⁹ Strömholm (1973), s. 470.

³⁹⁰ Prop. 1975/76:81, s. 10 och 100.

³⁹¹ Notera exempelvis Kants uttalande om billigheten i förhållande till den positiva rätten: "a silent goddess who cannot be heard, because nothing was stipulated about this in the contract, and a judge cannot pronounce in accordance with unstipulated conditions". *The Metaphysics of Morals, part I: The Metaphysical Elements of Justice*, Citerad efter Koslowski s. 200. Se även Virt, s. 233.

³⁹² Strömholm (1973), s. 457, samt *Förslag till lag om avtal* (1914), s. 35, 120 ff. Jfr även Modéer, s. 215: "Den liberala rättsstaten hade haft sin högsta blomstring under 1800-talets slut. Ett nytt skede i rättsutvecklingen inträdde i och med att staten – lagstiftaren – började ingripa i avtalsfrihetens princip med indispositiva rättsregler."

³⁹³ Fahlcrantz (1906), s. 3 ff. samt s. 9. Se densamme (1914), passim.

³⁹⁴ Fahlcrantz (1906), s. 12. Jfr citatet med vad som framgår ovan (not 385) där det framgår att Karl XI strävade efter att minska den utländska rättens betydelse.

³⁹⁵ Karlgren, 33 § *avtalslagen*, särskilt s. 225 och 229 ff., särskilt s. 235. Jfr Kihlman (1999), s. 338.

³⁹⁶ Stang, s.116 och s. 130. Jfr Kihlman (1999), s. 338.

vilket domstolarna även rättat sig efter,³⁹⁷ och de farhågor för att 33 § skulle missbrukas till nackdel för rättssäkerheten har inte besannats.³⁹⁸

I 1927 års försäkringsavtalslag infördes en generalklausul (34 §) vilken öppnade möjligheten att jämka obilliga försäkringsvillkor. Denna generalklausul var vid sin tillkomst föremål för åtskillig diskussion.³⁹⁹ Den oro som uttrycktes, och som avsåg såväl risken för rättsosäkerhet som risken för obefogade rättegångar, synes även den ha varit överdriven.⁴⁰⁰ 1936 infördes motsvarande generalklausul i skuldebrevslagen (8 §). Lagrådet ställde sig tveksamt till att denna lag skulle innehålla en korrigerande allmän generalklausul, vilken enligt lagrådets bedömning även skulle få en analogisk tillämpning. I den mån det skulle införas en sådan generalklausul borde den i stället införas i avtalslagen.⁴⁰¹ Den skeptiska uppfattningen återkommer igen i en allmänt spridd lagkommentar till skuldebrevslagen. I den yttras att: *"[r]ättssäkerheten kräver i själva verket att stadgandet ej kommer till användning annat än i de ytterlighetsfall, där någon meningsskiljaktighet icke rimligen kan råda om att villkorets åberopande innebär ett missbruk av avtalsfriheten"*.⁴⁰²

Det är intressant att notera det starka motstånd som har funnits hos många rättsvetenskapsmän mot varje försök att öppna för ens en förhållandevis blygsam billighetsjustis. Efter första världskriget anses Uppsalaskolans realistiska rättsskola och rättspositivismen ha dominerat den svenska rättsvetenskapen, vilket torde ha haft en stor betydelse i detta sammanhang.⁴⁰³ Det är intressant att notera att många jurister tonade ner, ja t.o.m. varnade för billighetslagstiftningens effekter, vilket knappast kan sägas vara lagpositivistiskt. Även domstolarna behandlade dessa lagrum avgjort försiktigt i de flesta fall. Lagstiftarens intentioner tycks närmast ha förfrusit i det karga klimatet. Generellt sett torde det därför inte vara någon överdrift att påstå att såväl rättstillämparna som rättsvetenskapsmän har, vilket exemplifieras ovan, satt billighetsparagraferna på svältkur. Det är i detta sammanhang

³⁹⁷ Se angående den restriktiva hållningen i SOU 1974:83, bl. a. s. 25 ff.; Prop. 1975/76:81, s. 101. Den likaledes restriktiva inställningen i doktrinen noterad hos bl. a. Vahlén (1953), s. 395.

³⁹⁸ Adlercreutz I (2002), s. 273.

³⁹⁹ Prop. 1975/76:81, s. 15.

⁴⁰⁰ Prop. 1975/76:81, s. 15.

⁴⁰¹ NJA II 1936, nr 1, s. 49 ff., lagrådets uttalande s. 52, samt prop. 1975/76:81, s. 15 f.

⁴⁰² Marks von Würtemberg & Sterzel, s. 58. Vahlén å sin sida finner det citerade yttrandet något överdrivet, se Vahlén (1960), s. 239.

⁴⁰³ Bl. a. Hägerström och Lundstedt var allmänt kritiska till vad de betraktade såsom rättviseföreställningar, se exempel i Hellner (2001), s. 49.

intressant att notera att när 36 § avtalslagen introducerades, diskuterades det om en ny attityd hos domstolarna.⁴⁰⁴

I en internationell samlingsvolym angående equity har Strömholm i en artikel ägnat sig åt att diskutera billighet avseende svenska förhållanden.⁴⁰⁵ I den juridiska 1900-talsdoktrinen i övrigt finns det, när överhuvud billigheten kommenteras, ofta svepande och vanligen skeptiska anmärkningar angående densamma. Sällan förekommer det ens några försök att definiera begreppet, medan åsikter om dess eventuella lämplighet är vanligare. Vid en genomläsning av ett antal skrifter av svenska rättsvetenskapsmän kan frågan ställas huruvida det är en och samma sak som diskuteras. Denna fråga låter sig dock inte enkelt besvaras eftersom just definitioner vanligen saknas. Anledningen till att dessa saknas har säkerligen med ämnets komplexitet att göra.⁴⁰⁶ Det är ett intellektuellt filigranarbete att försöka ge en rättvisande beskrivning av hur begreppet använts och förstås under historiens gång. Det synes dock som de svenska rättsvetenskapsmännen ofta ägnat större energi åt att kritisera än att analysera begreppet/företeelsen (se nedan).

1921 skrev Lundstedt i ett inlägg angående dåvarande köplags 24 § att "[d]et är rättsreglernas systemål ur samhällsnyttans synpunkt man har att gå efter".⁴⁰⁷ Detta innebär enligt densamme: *"givetvis i första hand, att man har att fråga efter, vad som kräves av hänsyn till den allmänna rättssäkerhetens och omsättningens intresse"*. Först därefter skall man, i den mån säker vägledning inte har uppnåtts i förevarande steg, beakta respektive parts intresse. Att väga respektive parts intresse mot varandra sker, enligt Lundstedt, genom att beakta billighetssynpunkter. Lundstedt fortsätter, angående hänsynen till dessa billighetssynpunkter, med att konstatera: *"Att dessas beaktande i ett av humanitet besjälade samhälle faller inom samhällsnyttans krav är ju uppenbart."* Å andra sidan påpekar han att redan skadeståndsrätten visar *"att billighetssynpunkterna ingalunda ligga i första planet, utan att rättsreglerna i första hand hämta sitt innehåll från vad som ur den allmänna rättsäkerhetens och omsättningens synpunkt kräves"*. I annat fall skulle samhällsekonomin lida skada, vilket

⁴⁰⁴ Se not 177.

⁴⁰⁵ *Equity in Swedish Law* (1973), s. 442.

⁴⁰⁶ Jfr exempelvis Zimmerman & Whittaker, s. 701, angående definitionen av good faith: "[a] precise definition is impossible." Jfr även Eisenberg, M.A., *The Bargain Principle and Its Limits*, 95, Harvard Law Review, s. 748-785, särskilt s. 754 (citerad i Hillman, s. 168): [Good faith:] "paradigmatic concept that can never be exhaustively described."

⁴⁰⁷ Här återgivna citat av Lundstedt är hämtade på s. 328 f. från: *Kan härskande tolkning av 24 § köplagen anses riktig?*

motiverar förutsebarhetens primat över i och för sig behjärtansvärda billighetssynpunkter.⁴⁰⁸ Ett drygt decennium senare påpekar Karlgren, angående tillämpningen av den 33 § avtalslagen, att förutsebarhet är viktigare än *"om i det enskilda fallet ett mål avgöres »rättfärdigt» eller ej"*.⁴⁰⁹

I diskussionerna inför den nya förmögenhetsrättsliga generalklausulen – 36 § avtalslagen – diskuterades begreppen oskäligen, otillbörligen respektive obilligen.⁴¹⁰ Det senare ansågs av utredningen i större utsträckning än övriga ord *"uttrycka att grunden för jämkning är att tillämpning av ett villkor blir alltför betungande i det särskilda fallet, såsom när det under föreliggande omständigheter skulle vara onödigt att låta vite utgå med hela dess i avtalet fastställda belopp"*.⁴¹¹ Obilligen ansågs mindre väl lämpat för att ensamt ange den norm vilken skulle gälla för 36 §.⁴¹²

Lehrberg avser, med begreppet billighet, förhållanden när hänsyn tas till att endera parten inte skall drabbas orimligt hårt p.g.a. avtalet.⁴¹³ Lehrberg exemplifierar bl.a. med principerna i avtalslagens 31 § (ocker) och 36 §. Den senare kan sägas utgöra en reaktion mot den tidigare svenska restriktiviteten mot att låta s.k. ekvivalensstörningar vara argument för återgång av avtal.⁴¹⁴ Till billighetsprincipen hänförs också, enligt Lehrberg, rättsregler vilka tar hänsyn till värden av icke ekonomisk karaktär, exempelvis människors intresse av liv, hälsa, bostad och arbete.⁴¹⁵ I Lehrbergs avhandling om förutsättningsläran utgör billighetsprincipen en av de övergripande ändamålsprinciperna i denna lära.⁴¹⁶ Att förstå Lehrbergs uppfattning om billigheten kompliceras dock av att han identifierar två sorters billighet. Från den nyss beskrivna skall skiljas en annan variant, en "billighet" i den meningen att *bedömningen* är av skönmässig natur.⁴¹⁷ Här hade ett tydliggörande varit på sin plats. Jag anar att Lehrberg uppfattar att skönmässighet är mer eller mindre godtycke och principlöshet. Med begreppet *skön* menas i dess allmänna betydelse: en ungefärlig bedömning vilken får tillgripas i

⁴⁰⁸ Lundstedt s. 329 och 358.

⁴⁰⁹ Karlgren (1933), s. 232.

⁴¹⁰ SOU 1974:83, s. 117 ff.

⁴¹¹ SOU 1974:83, s. 119.

⁴¹² SOU 1974:83, s. 119.

⁴¹³ Lehrberg (1989), s. 283.

⁴¹⁴ Lehrberg (1989), s. 283.

⁴¹⁵ Lehrberg (1989), s. 283.

⁴¹⁶ Lehrberg (1989), s. 278 ff., särskilt s. 282 f. Det finns ett historiskt samband mellan förutsättningsläran och billighet. I Tyskland har under 1900-talet motsvarigheten till förutsättningsläran, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, tidigare behandlats i anslutning till Treu und Glauben-stadgandet i BGB § 242. Detta var dock inte avsikten hos skaparna av BGB, se Zimmermann, s. 581 f. med hänvisningar.

⁴¹⁷ Lehrberg (1989), s. 283, not 13.

avsaknad av alla fakta.⁴¹⁸ Begreppet skönsmässig synes numera allmänt uppfattas såsom starkt subjektivt, vilket på goda grunder är önskat i rättsliga sammanhang. Så länge som man uppfattar skönsmässighet såsom ett utslag av ett principiöst gottfinnande finns det, enligt min uppfattning, inte skäl att kritisera doktrinen allmänt skeptiska hållning. Det är dock en annan fråga om begreppet billighet verkligen bör uppfattas på detta sätt. Det är knappast domarens ”privata” värderingar (om det nu alls finns några genuint privata värderingar) som skall vara vägledande,⁴¹⁹ det måste också till en intersubjektivt godtagbar förklaring i domskälen, för att dessa skall kunna övertyga.

Under 1990-talet har exempelvis Runesson kritiserat lagstiftarens försök att införa billighetsjustis. I motiven till avtalslagen hänvisas det till möjligheten att, med billighetsskäl såsom grund, i efterhand omfördela det faktiska utfallet av ett avtal. Runesson synes ha identifierat billighet med till synes godtycklig skönsmässighet vilken styrs av ”rättskänslan”, där det ”[n]ågot tillspetsat och provokativt skulle kunna hävdas att parterna i sådana fall skulle kunna avgöra frågan om nyttominskande omständigheters relevans genom lottdragning eller tärningskast, varvid samhället och parterna åtminstone skulle besparas kostnaderna för tvistlösning”.⁴²⁰

Runesson själv däremot eftersträvar att utveckla *andra* riskallokeringsinstrument än exempelvis ”billighetsprincipen”,⁴²¹ där de förra tar sin utgångspunkt i samhällsnyttans princip.⁴²² Runesson använder därför vad han kallar värdemaximeringsprincipen, som kan sägas vara ett till juridiken anpassat, eller kanske snarare reducerat, effektivitetsmätt.⁴²³ Till saken hör dock att Runesson även hänvisar till Lundstedt och dennes ovan nämnda memento om att billigheten inte nödvändigtvis utgör en motsats till ”samhällsnyttans princip”.⁴²⁴ Fortfarande uppfattar dock Runesson att effektivitetsändamål vanligen kommer på kollisionkurs med billighetsargument.⁴²⁵ Detta antagande synes vanligt: även Strömholm skriver att ”effektivitetskravet ...kan tydligen stundom komma i konflikt med humanitets- och

⁴¹⁸ Jfr exempelvis Nationalencyklopedins ordbok.

⁴¹⁹ Jfr Ross, s. 177.

⁴²⁰ Runesson s. 32. Jfr Förslag till lag om avtal (1914), där det i diskussionen om den 33 § omnämns handlingar vilka kan strida mot rättskänslan (s. 133) och om att ”förhjälpa den materiella rätten till seger” (s. 134). Det senare berör tysk rätt där möjligheterna med BGB § 157 och § 242 omnämns.

⁴²¹ Runesson s. 32 och 433 f.

⁴²² Runesson s. 33. Jfr s. 50: ”Vad som efterforskas är den riskallokering som ter sig samhällsekonomiskt önskvärd.”

⁴²³ Jfr Runesson s. 41 f.

⁴²⁴ Runesson s. 33 not 49.

⁴²⁵ Jfr Runesson s. 37 och 433 f. Jfr även Sandgren, *En social civilrätt? Del II*, särskilt s. 659-663.

billighetsanspråken", han tillägger dock att "i sådana konflikter torde utvecklingen i modern tid ha gått [d]ärhän att man ofta är beredd att acceptera en lägre effektivitet för att bevara rättsordningens etiska anseende".⁴²⁶

I sin avhandling använder Runesson sig av en avtalsrekonstruktionsmodell som har samma grunddrag såsom Rawls rättvisepincip.⁴²⁷ För att komplettera denna rekonstruktionsmodell, föreslår Runesson *ekvivalensprincipen* såsom ett kompletterande analysverktyg. Denna kännetecknas av att en tänkt rättsföljd "utformas så att (den minimerade) förlusten delas genom jämkning och den balans återskapas som rådde mellan prestation och vederlag innan den nyttominskade omständigheten uppträdde"⁴²⁸. Samma författare menar att det eventuella motsatsförhållandet mellan värdemaximeringsprincipen (d.v.s. det ekonomiska effektivitetsargumentet, vilket i sin tur härleds ur samhällsnyttan) och ekvivalensprincipen kan överbryggas. Detta är möjligt om principen *pacta sunt servanda* tolkas utifrån att det är löftesmottagarens befogade tillit om vad han kommer att utfå av avtalet som skyddas.⁴²⁹ En sådan tolkning borde, enligt Runesson, därför kunna vara förenlig med såväl effektivitetsmål som ekvivalensmål.

Runesson omnämmer i sin avhandling det historiska ursprunget till ekvivalensprincipen där särskilt Aristoteles idéer om proportionalitet vid ömsesidiga utbyten utgör intar en utgångspunkt.⁴³⁰ Därutöver hänvisar han till ekvivalensprincipens existens i de långt senare utvecklade rättsliga instituten *equity* och *Treu und Glauben* (BGB § 242).⁴³¹ Redan namnen på båda dessa begrepp associerar dock till billighetsargumentation, vilket omnämns ovan. Författarens inledande kritik mot billigheten blir därför svårförståelig, eftersom ekvivalenstanken är en central idé vid billighetsargumentation. Ekvivalensprincipen är ett intellektuellt tankegods, vilket ärvts från Aristoteles och dennes tankar om den ömsesidiga rättvisan, och utgör en viktig del i klassisk billighetsargumentation. Ekvivalensprincipen är således inte något *annat* än billighet.⁴³²

⁴²⁶ Strömholm (1996), s. 300.

⁴²⁷ Runesson s. 34, not 51

⁴²⁸ Citat från s. 342. Se även densamme s. 382.

⁴²⁹ Jfr Runesson s. 343 och 384. Se ovan i text vid not 107.

⁴³⁰ Runesson s. 386.

⁴³¹ Runesson s. 386 ff.

⁴³² Jfr not 421.

Billigheten tycks uppenbarligen föda mestadels skeptiska reaktioner hos 1900-talets svenska rättsvetenskapsmän. Eftersom billighetsargumentation alltifrån sitt första uppträdande har haft funktionen att, i vissa situationer, korrigera oönskade effekter av den positivt uttryckta rätten, utgör den ett irritationsmoment för den som förordar sträng lagpositivism. Anledningen till denna kritiska inställning kan ha flera grunder. Dels kan kritiken grunda sig i upplysningstidens liberalt orienterade politiska tankar: domaren uppgift skulle vara att "läsa" lagen och inget annat. Immanuel Kant skrev som bekant att billighetens gudinna inte kunde höras i dessa sammanhang.⁴³³ Därutöver associeras begreppet ofta till ett skönsmässigt godtycke. Billighetsfrågor synes, vilket framgår ovan, sammankopplas med en godtycklig känsløjus.⁴³⁴ Denna utgångspunkt torde ha sin utgångspunkt i en emotivistiskt präglad kunskapsuppfattning,⁴³⁵ enligt vilken den subjektiva känslan inte kan diskuteras i en rationell diskussion. I ekonomisk litteratur har bl.a. rättviseföreställningar sammankopplats med (frånvaron av) *avund*.⁴³⁶ Denna sammankoppling är enligt min mening uppseendeväckande och syftet är kanske att misskreditera andra uppfattningar, vilka uppfattas såsom icke-rationella i den instrumentellt orienterade idévärlden. Avundskänslan kan förvisso utgöra en stark drivkraft för människor och den kan förmodligen driva enskilda individer till att förbättra sin egen position. Avundskänslan kan dock aldrig utgöra ett hållbart rättfärdigande i vare sig den etiska eller, den snävare, rättsliga argumentationen.⁴³⁷ Avundskänslan kan förekomma vare sig det finns några godtagbara grunder eller inte till dess förekomst. Emotivismen kan därför knappast utgöra en grund för rättfärdiganden i ordets rätta bemärkelse.

Det är även intressant att se hur argumentationen förändrats över tiden: *avund* (latin: *invidia*) har åtminstone tidigare betraktats såsom en dödssynd. Nu diskuteras *avund* som vägledande i frågan om vad som är att betrakta såsom rättvist. Oavsett det nyss sagda avfärdades idéer om billighet såsom en form av oreflekterad känsløjus redan i den romerska rätten: "*Die aequitas darf nicht mit einem vagen „Rechtsgefühl“, das den Richter in seinen Urteilen leiten*

⁴³³ Se not 391.

⁴³⁴ Se även Andersson, Håkan (1993), s. 214 med hänvisningar. Andersson diskuterar förvisso här skadeståndsrättsliga frågor, vilket inte bör ha någon betydelse här. Jfr även Bridge, s. 140: "Good faith gave to much power to the individual judge freed from disciplined traditions of contract law. Visceral justice was, and remains in my view, an emotional spasm."

⁴³⁵ Se angående emotivism i Bergström (1990).

⁴³⁶ Jfr Pålsson Syll s. 297 f. "Med fairness avser man rättvisa som avundsfrihet. En fördelning är fair om varje aktör föredrar sin del framför någon annans, det vill säga om ingen avundas någon annan." Se därutöver Moulin, s. 125.

⁴³⁷ Jfr Rawls, s. 490 ff.

soll, und das außerhalb jeder Beziehung zu einer festgesetzten und stabilen Ordnung wirksam ist, verwechselt werden: das was man mit einer „Kadijustiz“ umschreiben könnte, ist der römischen Welt fremd.“⁴³⁸

En annan bidragande orsak till skepsisen inför billighetsorienterad justis torde vara att många pragmatiskt inriktade jurister (inkluderat många rättsvetenskapsmän) oavsett politisk orientering synes föredra handfast regelhantering på bekostnad av mer värdeorienterade principer.⁴³⁹ Den nordiska realismen har som bekant ingen förkärlek för värdeorienterad konceptualism,⁴⁴⁰ vilket kan utgöra en förklaring till denna skepsis mot att orientera sig med värdeöppna principer i rätten, åtminstone så länge de inte på ett konkret sätt kodifierats. Vid en analys av den s.k. förutsättningsläran, vilken kan sägas vara är en form av billighetsjustis,⁴⁴¹ noterade Vahlén (1953) den misstro som denna lära väckt hos praktiskt verkssamma jurister.⁴⁴² Han själv skrev att *”[m]an kan anknyta till den realistiska tendens som under inflytande av Uppsalskolan alltmer gör sig gällande inom den moderna nordiska rättsvetenskapen och börja denna diskussion med en kritisk analys av förutsättningslärans viktigaste element samt därefter söka bygga vidare på de delar av denna lära som befinnas vara hållbara”*.⁴⁴³ Han bedömde att tiden var *”mogen att anlägga ett helt realistiskt betraktelsesätt”* på om huruvida läran hade ett reellt berättigande.⁴⁴⁴ Det faller sig följdriktigt

⁴³⁸ Breton, s. 223. Hänvisning till Pringsheim, *Aequitas*, s. 197=Gesammelte Abhandlungen I, s. 161-162. Ang. ”Kadi-justis” se exempelvis Weber s. 281. En Kadi är en arabisk domare i civilrättsliga och religiösa frågor. Med Kadi-justis brukar förstås att man ”endast eftersträvar att finna en lämplig lösning av det enskilda fallet, utan att någon mer eller mindre allmän regel tillämpas eller ifrågasätts”, Hellner (2001), s. 72. Jfr även Weber, s. 222: ”Trots sin informella karaktär utgjorde principerna för *fides* ingalunda några vaga känslöprodukter, vare sig då det gällde den rätt som reglerade relationen mellan skyddsherre och klient eller affärstransaktionerna.”

⁴³⁹ Jfr nedan, avsnitt 6.2.4 rörande techne. Jfr även Johansson (2001), s. 20, där följande står att läsa: ”Det finns visserligen principer och regler som har likartat innehåll beträffande alla, eller åtminstone mer än en av associationerna, men att sammanföra sådana principer och regler till en av »associationsrättens allmänna del» skulle sannolikt inte ge något resultat av större intresse.” Är detta möjligen ett tecken på denna ”principmotsträviga realism”? Jfr även Reuterskiölds citat från TfR 1908 s. 345 ff., efter Kleineman (1987), s. 94 not 44.

⁴⁴⁰ Jfr Hellner (2001), s. 29; Lando (1996), s. 351 samt Zweigert & Kötz, s. 285.

⁴⁴¹ Se angående förutsättningsläran i text nedan vid not 612, i detta arbete. Se även angående förutsättningslärans tyska motsvarighet såsom en del av billigheten, i exempelvis Diederichsen & Gursky, s. 290 ff. Se även generellt: Madsen (1981), *Vildfarelser, forudsætninger og billighed*; Vahlén (1953), s. 396, beskriver förutsättningsläran såsom ”ett komplement till andra mera styvnande och mindre omfattande ogiltighetsregler och icke minst som en metod att bereda väg för allehanda obligationsrättsliga regler som den förutan enligt gängse betraktelsesätt icke kunnat få någon tillfredställande »rättsgrund””. Denna beskrivning stämmer som synes väl överens med såväl billigheten (att söka rättvisa i det enskilda fallet) som bona fides (komplettering av de befintliga rättsgrunderna; flexibilitet på bekostnad av den rigida lagen).

⁴⁴² Vahlén, 1953, s. 395.

⁴⁴³ Vahlén, 1953, s. 395.

⁴⁴⁴ Vahlén, 1953 s. 396.

att billigheten ses med skeptiska ögon i det svenska rättspositivistiska paradigmet eftersom billighetsargumentation har ett historiskt naturrättsligt arv.⁴⁴⁵

Stämmer antagandet att det bland de nordiska juristerna finns ett motstånd mot breda principer och svepande argument? Antagandet får stöd, åtminstone vad det gäller förhållandena i Sverige, av vad som framkommit ovan i det material som jag funnit behandla billighetsargument. I andra fall, där det i stället hänvisas till samhällsnytta, effektivitet och omsättningsintresse, synes inställningen hos många jurister dock vara den omvända. Här "målas det med en betydligt bredare pensel" och hänvisningar till empiriska undersökningar, vilka stödjer teserna, uteblir ofta. Så länge man anför argument, som deduceras ur de axiom vilka det rådande paradigmet accepterat, uppnås förmodligen en sorts legitimitet.⁴⁴⁶

När Runesson argumenterar för vad han benämner värdemaximeringsprincipen, pekar han själv på brister i det empiriska underlaget. Han menar, vilket för övrigt verkar fullt plausibelt, att en ekonomisk analys av avtalsrättsliga frågor, vilken inte beaktar transaktionskostnaderna, torde få en begränsad praktisk betydelse. "*Om å andra sidan transaktionskostnaderna beaktas, riskerar hypoteserna att bli så komplexa att de varken kan falsifieras eller verifieras genom empirisk iakttagelse.*"⁴⁴⁷ Runesson själv har likväl valt att beakta inverkan av transaktionskostnaderna men framhåller "*att resonemangen i dessa delar är i hög grad intuitiva*".⁴⁴⁸ På annat håll anger han att de för ekonomisk teori så viktiga betingelserna samtycke och full information behandlas såsom uppfyllda: "*Att dessa betingelser är uppfyllda, hur innebörden av begreppen än må ha bestämts, får därför sägas vara ett axiom i den fortsatta framställningen.*"⁴⁴⁹ Detta är endast ett exempel på att argumentering angående vissa företeelsers eventuella förhållande till den s.k. samhällsnyttan, anges vila på antaganden och inte på empiri. Bristen på vetenskap avseende fakta visar sig även i de skilda uppfattningar som framkommer i doktrinen angående vilka samhällskonsekvenser billighetsjustis egentligen kan tänkas ha.

⁴⁴⁵ Se angående kopplingen till naturretten i bl.a. Zepos, s. 433 f. Se även i allmänhet om billighet och naturret i Snyder, s. 33-43.

⁴⁴⁶ Se angående detta i text vid not 1325.

⁴⁴⁷ Runesson, s. 45 med hänv. (not 88) till Posner.

⁴⁴⁸ Runesson s. 45. Jfr också s. 343: "En intuitivt grundad synpunkt är att ett klart angivande av utgångspunkterna för utformningen av rättsföljden har betydelse för målsättningen att reducera transaktionskostnaderna ex post."

⁴⁴⁹ Runesson, s. 45, not 63.

I själva verket torde Lundstedts åtskiljande mellan samhällsnyttans krav och vad han kallar rättviseföreställningar, inte vara så skarp.⁴⁵⁰ Den, som vägleds av instrumentella rättfärdiganden, bör beakta att bl.a. transaktionskostnaderna kan utgöra de s.k. rättviseföreställningarnas mer eller mindre dolda remedium. Ju större osäkerhet att få det utbyte man normalt har goda grunder att förvänta sig vid transaktioner (läs: förväntningsrättvisa), desto högre transaktionskostnader är att vänta, alternativt att transaktionen inte genomförs alls.⁴⁵¹ Båda dessa effekter torde påverka samhällsnyttan negativt, särskilt om denna definieras i ekonomiska enheter.

Billighetsjustis har, som ovan berörts, bedömts såsom utgöra ett visst hot mot det samhällsnyttiga. De nutida s.k. neo-formalisterna menar att öppna normer, såsom good faith, minskar rättens förutsebarhet, vilket ökar kostnaderna för planering och tvister.⁴⁵² Parternas möjligheter att prognostisera rättstillämparens bedömning av vissa möjliga dispositioner försvåras,⁴⁵³ vilket riskerar ökade transaktionskostnader och minskad marknadsaktivitet (se mer angående detta i kapitel 5). Andra effektivitetsorienterade och naturalistiskt vägleda iakttagare synes i stället mena att billigheten egentligen kan förklaras, och därmed rättfärdigas – enligt deras synsätt – med ekonomiska förklaringar. Exempelvis Mattei diskuterar relationen mellan billighet och effektivitet i helt olika sammanhang för att visa hur mycket mer dessa två ideal har gemensamt än vad som normalt brukar antas.⁴⁵⁴ Posner menar exempelvis att: *"Good faith performance – which means in this context not trying to take advantage of the vulnerabilities created by the sequential character of contractual performance – is an implied term of every contract."*⁴⁵⁵ Kerkmeester skriver på sin sida: *"If people act in good faith, prisoner's dilemma will be solved: one will not try take profit from someone else if this leads to an outcome that is non-Pareto-optimal. Problems of asymmetrical information will be solved because acting in good faith may require individuals*

⁴⁵⁰ Hellner (2001), s. 49. Jfr också Runessons hypotes ovan angående den befogade tilliten, not 429. Se därutöver Mattei s. 348, där han diskuterar ekonomisk effektivitet: "I will focus on the relationship between equity and efficiency in such different contexts in order to show how much equity and efficiency – far from being antithetical ideas – are in reality much more closely linked than at first may appear." Se även Gordley (1991), s. 247: "Entrepreneurs did not significantly benefit when jurists rejected the doctrine of equality in exchange." Jfr Kerkmeester, s. 71.

⁴⁵¹ Jfr Wilhelmsson (1999), s. 178

⁴⁵² Hillman, s. 161 med hänv. Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 Duke Law Journal (1992), s. 557 ff.

⁴⁵³ Jfr Hillman, s. 161.

⁴⁵⁴ Mattei, s. 348 ff., med flera exempel. Jfr not 450.

⁴⁵⁵ Posner (1998), s. 103.

to reveal information to others."⁴⁵⁶ De motsägande antagandena angående konsekvenserna av företeelsen billighetsjustis (inbegripet good faith) visar även bristerna med konsekvensetiken: beroendet av stödjande empiri blir avgörande för argumentens styrka.⁴⁵⁷

Oaktat ovan beskrivna skepticism har lagstiftaren låtit införa en rad billighetsanknutna paragrafer, som i och för sig hanterats huvudsakligen restriktivt av domstolarna. I Norden reducerades den tidigare förhärskande liberala inställningen i samband med att det s.k. konsumentskyddet stärktes. Även om det, som ovan visats, redan dessförinnan fanns inslag av begränsningar i avtalsfriheten, var inställningen till billighetshänsyn avgjort försiktig, såväl hos lagstiftaren, som hos domstolarna, fram till att en ny generalklausul infördes i avtalslagen (36 §) 1976.⁴⁵⁸ I förarbetena till 36 § avtalslagen närmast uppmanas domstolarna att bryta den tidigare försiktiga tillämpningen.⁴⁵⁹ Idag torde vi kunna konstatera att domstolarna även tillämpar denna generalklausul relativt återhållsamt.⁴⁶⁰

Konsumenträtten har haft närmast en organisk tillväxt de senaste årtiondena och är numera även föremål för gemensam kodifiering inom den Europeiska Unionen.⁴⁶¹ Ett kännetecken för denna konsumenträtt är att den har såsom övergripande syfte att skydda – typiskt sett – svagare parter i ett antal avtalstyper.⁴⁶² Konsumenten typifieras i den kollektivt definierade gruppen och ges där vissa schabloniserade egenskaper, som "svag" eller "underlägsen". Denna inriktning har varit parlamentariskt framdriven och synes – med aristotelisk terminologi – ha haft den distributiva rättvisan, i minst lika hög grad som den korrektiva rättvisan, som vägvisare.⁴⁶³

Det kan anmärkas att avtalsrätten – i takt med konsumenträttens tillväxt – fått en något märklig tudelning, där avtalsförhållanden som faller utanför konsumentskyddsreglering åtminstone delvis synes leva kvar under 1800-talets individualistiska ideal. Den rådande skyddslagstiftningen har i viss mån ett statiskt betraktelsesätt: det är förutbestämt vem som är

⁴⁵⁶ Kerkmeester, s. 72.

⁴⁵⁷ Jfr Riis, s. 503 och Hansen, s. 564.

⁴⁵⁸ Strömholm (1973), s. 469, samt prop. 1975/76:81 s. 103.

⁴⁵⁹ Se not 177.

⁴⁶⁰ Adlercreutz I (2002), s. 273 och 304.

⁴⁶¹ Jfr Grobgeld, s. 23 ff.

⁴⁶² Se not 165 samt prop. 1975/76:81, exempelvis s. 10 f. samt s. 101, där omnämns statsmakternas intresse för att stärka konsumenternas ställning mot näringsidkare. Jfr även Strömholm (1973), s. 465, 467 samt 470,

⁴⁶³ Jfr Strömholm (1973), s. 465 och 470.

stark respektive svag.⁴⁶⁴ Med detta betraktelsesätt riskerar man att i avtalsrelationer där det föreligger ett beroendeförhållande *de facto*, detta inte kommer att beaktas såsom rättsligt relevant. Vid exempelvis olika transportavtal kan lastägaren, oaktat att denne är storföretagare, ofta nödgas att acceptera transportörens standardavtal.⁴⁶⁵

Denna dikotomi mellan den kommersiella rätten och konsumenträtten riskerar att leda till två olika juridiska världar vilket, särskilt vid avgörandet av gränsfall, kan få svårförklarliga och icke önskvärda konsekvenser. Tudelningen är dock knappast strikt iakttagen: det är inte någon brandvägg mellan de båda kategorierna. Även den strängare kommersiella rätten visar vissa tecken på förändring.⁴⁶⁶ Det finns flera, förmodligen samverkande, rimliga förklaringar till denna trend. En förklaring är att konsumenträtten påverkar den kommersiella rätten,⁴⁶⁷ en annan är det ökade internationella samarbetet.⁴⁶⁸ Därutöver utvecklas nya kommersiella arbetsformer, vilka visar på behovet av att betrakta avtalet såsom ett samarbetsinstrument.⁴⁶⁹ Nutidens komplexa projektavtal, där flera aktörer arbetar intimt tillsammans mot ett i huvudsak gemensamt mål, har andra normer än enklare utbytesavtal, vilka tidigare varit normerande för rätten.⁴⁷⁰

Ovanstående skepsis gentemot billighetsargumentation, i Norden i allmänhet och Sverige i synnerhet, har inte gått obemärkt förbi, vilket visar sig vid komparativa jämförelser. I undersökningar företagna i regi av Zimmermann & Whittaker görs en bred komparativ fallstudie angående tillämpningen i billighetsrelaterade fall. I denna undersökning synes de nordiska länderna, t.o.m. i högre grad än i England (common law), avvika från kontinentaleuropeisk rättstillämpning, vilket möjligen är något förvånande.⁴⁷¹ Den genomförda undersökningen kan förvisso, liksom alla "empiriska" undersökningar, säkert nagelfaras och kritiseras, men dess resultat överensstämmer med vad som uttryckts i doktrinen (se ovan). Nu behöver det, om man bortser från nuvarande harmoniseringssträvanden, inte per se vara något klandervärt, att nordisk rätt i allmänhet och

⁴⁶⁴ Jfr Evald, s. 90.

⁴⁶⁵ Hellner (2001), s. 93 hänv. till Grönfors, *Allmän transporträtt* (1977), s. 20 ff., 37 ff.

⁴⁶⁶ Exempelvis reglerar 36 § även avtalsvillkor mellan näringsidkare.

⁴⁶⁷ Se not 157.

⁴⁶⁸ Jfr bl.a. principerna i, UNIDROIT och PECL – moderna förslag till *lex mercatoria*. Se angående internationaliseringsprocessen i Wilhelmsson (2001), s. 168 ff. särskilt not 506 och s. 196, not 548 där *good faith* särskilt omnämnes i denna process (här: EG-rätt).

⁴⁶⁹ Prop. 1988/89:76, s. 23.

⁴⁷⁰ Jfr bl.a. Eisenberg, *Relational Contracts*, särskilt s. 298 ff.

⁴⁷¹ Zimmermann & Whittaker, s. 650, 657, 659, 665, 666.

kanske svensk rätt i synnerhet, har valt en annan väg den kontinentaleuropeiska. Ovanstående resultat av den komparativa undersökningen synes dock inte stämma med den bild som emellanåt ges av exempelvis Wilhelmsson angående vad som kan sägas utgöra vissa av den nordiska rättens karaktärsdrag (åtminstone vad gäller den kommersiella rätten). Wilhelmsson skriver: *"One would assume that the Nordic countries, which are known to have given the courts fairly large powers to intervene in the content of contracts, would have made extensive use of the principle of good faith."*⁴⁷² Wilhelmsson ger också uttryck för att engelsk rätt är mer strikt i fråga om att skilja mellan rätt och moral än vad nordisk rätt är.⁴⁷³ Därutöver påpekar han att det samarbete och den tillit som de nordiska ekonomierna kännetecknas av, torde ge en annan tolkning av good faith än vad den mer marknadsorienterade engelska rätten skulle göra. Wilhelmssons uppfattning synes stämma vad gäller det prekontraktuella ansvaret (vilket är vad han främst diskuterar): detta synes vara särskilt snävt i England. Det bör dock påpekas att det prekontraktuella ansvaret anses förhållandevis begränsat även i Norden.⁴⁷⁴

Det råder, vid sidan av konsument- respektive arbetsrätten, knappast enighet om Wilhelmssons beskrivning. Den bild som framkommer ovan i detta avsnitt, angående den främst svenska uppfattningen av billighetsjustis, ger knappast generellt stöd åt hans uppfattning. Vi kan även jämföra med Hellner som har skrivit att: *"Kravet på balans kan också framföras som ett självständigt krav inom kontraktsrätten. Sådana tankar ligger bakom reglerna om læsio enormis. Dessa har dock inte något egentligt stöd i modern kontraktsrätt, som i stället bygger på principen att det frivilligt ingångna avtalet skall vara bindande, även om det är oförmånligt för den ena parten. Detta är särskilt fallet med skandinavisk avtalsrätt, såsom framgår av 3 kap avtalslagarna."*⁴⁷⁵ Även Strömholm har kommenterat de svenska domstolarnas strikta tillämpning: *"the courts have been extremely reluctant to depart from «strict» constructions of contracts and have made a very cautious use even of such instruments of correction as have been put at their disposal"*.⁴⁷⁶

⁴⁷² Wilhelmsson (1999), s. 166 f., Wilhelmsson betonar betydelsen av 36 §. Denna paragraf överensstämmer i viss utsträckning med hur good faith har tolkats över tid och rum (se ovan not 315). Wilhelmsson fokuserar sitt intresse i nyss nämnda artikel på "tro och heder-stadgandet" i 33 § avtalslagen, när han anser att upplysningsplikten såsom den framträder i denna paragraf, är det viktigaste lagrummet där "good faith"(tro och heder) uttryckligen återfinns.

⁴⁷³ Wilhelmsson (1999), s. 179 f.

⁴⁷⁴ Jfr nedan i avsnitt 4.1.4 Culpa in contrahendo.

⁴⁷⁵ Hellner (2001), s. 53. [Fotnot utesluten ur citat]. Fetstil i citat ersätter en ursprunglig kursivering. Ovan diskuterar Hellner om Skandinavien medan Wilhelmsson å sin sida diskuterar Norden. Detta kan knappast ha någon avgörande betydelse i detta sammanhang.

⁴⁷⁶ Strömholm (1973), s. 469. Jfr även Lehrberg ovan i text vid not 414.

Av kapitel 2 ovan framgår det dock att det trots allt skett en viss förskjutning i enlighet med Wilhelmssons beskrivning även om det kan diskuteras hur långt denna förskjutning har skett. Oavsett tidigare uppfattningar, bör den nutida billighetsargumentationen förklaras utifrån dagens sekulariserade förståelsehorisont.⁴⁷⁷ Det är dock klokt att studera historien för att bättre kunna förstå och reflektera över nutida fenomen. Hur kan billighet förstås i dag? Det som komplicerar förståelsen är bl.a. att lagstiftaren i efterhand vävt in billighetsskäl, vilka kan förknippas med ekvivalensprincipen (exempelvis köplagens skydd för vad köparen med fog kan kräva). Från början var billigheten snarast ett skäl att frångå en ofta inkomplett lagstiftning, medan den i dag icke sällan ingår såsom en del av den intresseavvägning som sker i lagstiftningsarbetet. Det nutida förhållningssättet ingår som viktig en del i det ökade intresset för såväl avtalets innehåll som parternas faktiska positioner, vilket redan påpekats ovan i avsnitt 2.3.1 samt 2.3.1.1.

⁴⁷⁷ Jfr Esser (1973), s. 304: "Fairness is no exterritorial treasure-chest of the principles of «natural law» or of an ethics which can overcome the law, but rather it is the very motor of the new understanding of the institutions themselves."

3.3.2 Framväxten av lojalitetsprincipen

I föregående avsnitt ges en komprimerad bild av den historiska bakgrunden angående billighetsjustis. Denna bakgrund påverkar den nutida uppfattningen av lojalitetsprincipen.

Den på svenska skrivande finske rättsvetenskapsmannen Lars Erik Taxell framhöll under tidigt 1970-tal följande: *"Lojalitetskravet gör sig gällande i de flesta avtalsförhållanden. Det framträder särskilt starkt i avtal som förutsätter ett personligt förhållande mellan parterna eller företrädare för dem. Utgångspunkten är att avtalet är en form av samverkan. De intressen, som avtalet representerar, bör inte uppfattas enbart såsom motstående och konkurrerande. Genom avtalsgemenskapen eftersträvar parterna att nå i avtalet fixerade eller förutsatta resultat. I en intressekonflikt får inte part obetingat ställa sin fördel framom medkontrahentens. Det måste i viss utsträckning ske en avvägning."*⁴⁷⁸

Förpliktelser att visa viss hänsyn till sin avtalspart är, av lätt insedda skäl, inte någon nyhet i Sverige. I propositionen till den nu gällande köplagen konstateras att redan 1905 års köplag i viss mån präglades av tanken att betrakta avtalsparterna såsom medarbetare, vilka gemensamt verkar för något som är till fördel för dem båda. Detta synsätt borde även ligga till grund för den nya köplagen.⁴⁷⁹ Det finns dock fortfarande ingen *generell* lagstiftning, vilken ålägger en avtalspart en allmän lojalitetsförpliktelse, varken i Sverige eller hos någon av våra nordiska grannar.⁴⁸⁰ Det torde emellertid ha skett en attitydförändring i Sverige till att kategorisera dessa förpliktelser under värdeladdade begrepp såsom "lojalitet" under senare delen av 1900-talet. Följande citat är hämtat ur Kurt Grönfors bok, *Avtal och omförhandling*: *"När ett allmänt "aktivitets och solidaritetskrav" gjorde sitt intåg i nordisk doktrin och blåstes upp till en lojalitetslära av normmannen Kristen Andersen, reagerade Hjalmar Karlgren med att karaktärisera läran som "svulstig". Men utvecklingen har gått vidare och det är numera den härskande uppfattningen att avtalsförhållandet skall uppfattas som innebärande en parternas inbördes lojalitetsplikt. Skilda meningar råder bara om hur långt denna sträcker sig."*⁴⁸¹

⁴⁷⁸ Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 81.

⁴⁷⁹ Prop. 1988/89:76, s. 23. Se även SOU 1976:66 s. 201 f. (jfr not 1070).

⁴⁸⁰ Lando (1996), s. 351; Lando & Beale, s. 118; Zweigert & Kötz, s. 283.

⁴⁸¹ Grönfors (1995), s. 39.

Av nyss nämnda citat framgår att det funnits ett motstånd mot att betona mer övergripande och öppna rättsprinciper såsom lojalitetsprincipen.⁴⁸² Karlgren kritiserade synsättet att köparen och säljaren utgjorde samarbetsparter. Han ansåg att betraktelsesättet var verklighetsfrämmande, men medgav dock att rättsordningen i sig kunde ålägga avtalsparterna vissa förpliktelser.⁴⁸³ Karlgren använde med retorisk finesse pejorativa uttryck, förmodligen i syfte att undergräva Andersens tes om en lojalitetslära. Karlgren menade – vilket framgår ovan av det inledande citatet – att Andersens tes, att kontraktsrätten i allt större omfattning skulle domineras av ett ”aktivitets- och solidaritetskrav”, var *svulstig*. I enlighet med den rådande strama reduktionismen menade Karlgren också att *”det nog är bäst att undvika alltför feta slagord”*.⁴⁸⁴ De enskilda lagbestämmelserna ansågs tydligen inte lämpliga att inordnas under ett övergripande och dessutom värdeladdat begrepp. Såsom Grönfors konstaterar ovan, har dock lojalitetsprincipen trots allt blivit erkänd och det torde inte vara en överdrift att påstå att lojalitetsprincipen har fått ett *doktrinärt* genombrott i slutet av 1900-talet i Sverige. Det senare gäller dock inte arbetsrätten där begreppet använts under en längre period.⁴⁸⁵

Lojalitetshänvisningar synes tidigare ha varit mindre frekventa i Sverige än vad som varit fallet i våra nordiska grannländer, åtminstone fram till slutet på 1980-talet. Detta gäller såväl doktrinen som rättstillämpningen. De svenska rättsvetenskapsmännen torde dock ha inspirerats av övriga nordiska rättsvetenskapsmän när det gäller diskussioner om avtalslojalitet.⁴⁸⁶ Taxell, som för övrigt har betonat lojalitetsprincipen i över trettio år,⁴⁸⁷ påtalade i en recension av Rambergs lärobok *Allmän avtalsrätt*, 2:a upplagan, 1989 att det *”enligt mitt sätt att se varit angeläget att ge större tyngd åt kravet på lojalitet i partsrelationer”*.⁴⁸⁸ Det senare har dock blivit förverkligat i viss utsträckning, vilket observerades av den danske rättsvetenskapsmannen Lando. Denne konstaterade några år senare att begreppet lojalitetsplikt förekommer i flera olika sammanhang i den 4:e upplagan

⁴⁸² Se även Kleineman, *Utomkontraktuella lojalitetsförpliktelser*, s. 207 och 212.

⁴⁸³ Karlgren (1946), s. 547.

⁴⁸⁴ Karlgren (1946), s. 547. Jfr nedan angående reduktionism under avsnittet 6.2.3 om episteme.

⁴⁸⁵ Se exempelvis Schmidt, *Tjänsteavtalet*, 1959 samt densamme (1968), s. 131 ff. och (1973), s. 128 ff.

⁴⁸⁶ Förutom ovan nämnda även Arnholm (1974), s. 11 f., och densamme (1975), s. 92 ff.; Jørgensen (1972:II), s. 32 f. Knoph skrev redan 1934 om idéer motsvarande lojalitetstanken i avtalsförhållanden (*Utviklingslinjer i moderne formuerett*, s. 45 ff., jfr härtill Evald, s. 89); Ussing (1961), s. 23 f. och densamme (1974), s. 172.

⁴⁸⁷ Lojalitetshänsyn upprepas närmast likt ett mantra i bl.a. följande arbeten av Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 74 f., 77, **81 f.**, 84, 468, 471; *Avtalsbrottets problematik*, s. 71 och 73; *Avtalsbundenhet och avtalsbrott*, s. 311 f., 317 och 320; *Avtalsrättens normer*, s. 11 f., 58 ff., **60 f.**, 68, 70, 74, 85, 90, 92, 103 f., 109; *Avtalsrätt*, s. 22, 45 f., 52, **65 f.**, 71, 81, 93, 94, 103, 115; *Avtalsersättning och culpa*, s. 355 och 359 f.; *Jämknings av avtal*, s. 618 f.; *Om avtalsetik*, särskilt s. 488, 493; 494, 497; *Om lojalitet i avtalsförhållanden*, DL 1977, s. 148-155; *Princip och verklighet – tankar om avtal och skadestånd*, s. 6 och 9; *Skadestånd vid avtalsbrott*, s. 18 f., 102, 116, 120, 152 ff.

⁴⁸⁸ Se Taxell, JT 1989/90 s. 565.

av nyss nämnda lärobok och att författarna (Hultmark medförfattare i denna upplaga) dessutom sammankopplar begreppet med artiklarna i PECL respektive UNIDROIT, vilka innehåller stadganden om good faith.⁴⁸⁹ Flera andra har uppfattat att kraven på lojalitetshänsyn skärpts under tidens gång.⁴⁹⁰

Ovan tangerades inställningen hos flera av de avtalsrättsligt engagerade rättsvetenskapsmännen i våra nordiska grannländer. Wilhelmsson menar exempelvis att principen "*is widely recognised in Nordic contract law*"⁴⁹¹ och Nystén-Haarala skriver: "*It is obvious that good faith and loyalty have gained the position of an established principle of contract law in general.*"⁴⁹² Det är knappast någon överdrift att hävda att Simonsen behandlar lojalitetsprincipen såsom en grundpelare i sitt verk Prekontraktuellt ansvar och denne skriver följaktligen att lojalitetskravet är en integrerad del av kontraktsrätten.⁴⁹³ I Sverige noterar Kleineman att beaktandet av "*lojalitetsplikter som rättsnormselement synes emellertid i nyare rättsvetenskaplig litteratur ha tillerkänts ökad betydelse*".⁴⁹⁴ Numera är det närmast legio med hänvisningar till lojalitetsprincipen i flertalet av de arbeten som beskriver allmänna avtalsrättsliga frågor och det har närmast blivit populärt att återropa begreppet.⁴⁹⁵

Det synes som att det som förr diskuterades under epitetet billighet numera återfinns under de mer moderna begreppen lojalitet respektive skälighet. Från att ha varit ett litet frö håller lojalitetsprincipen möjligen på att växa upp till att bli ett omfångsrikt träd i nordisk avtalsrätt. Den senaste tiden har tillväxtförhållandena varit så gynnsamma att nya skott – eller kanske avknoppningar – spridit sig utanför dess centrala område; Kleineman diskuterar t.o.m. en "utomkontraktuell lojalitetsplikt".⁴⁹⁶

En relevant fråga är om doktrinen i denna fråga kommit att gå före rättspraxis eller om det är tvärtom. Ett entydigt svar på denna fråga torde knappast kunna ges, men det är rimligt att

⁴⁸⁹ Se Lando (1996), s. 351.

⁴⁹⁰ Hultmark, *Lojalitetsplikt i avtalsförhållanden*, särskilt s. 701 och 703 f., I denna artikel diskuteras lojalitet i samband med en köprättslig upplysningsplikt, NJA 1991 s. 808 (Kioskköpet). Se därutöver angående det starkare kravet på lojalitet: Madsen (1982), s. 167; Sandgren, *En social civilrätt? Del I*, s. 461, not 30; Taxell, *Avtalsrätts normer*, s. 85; Ussing (1961), s. 24.

⁴⁹¹ Wilhelmsson (1999), s. 182.

⁴⁹² Nystén-Haarala, s. 34.

⁴⁹³ Simonsen, s. 157.

⁴⁹⁴ Kleineman, *Utomkontraktuella lojalitetsplikter*, s. 208, not 1.

⁴⁹⁵ Jfr Gorton (1999), s. 49.

⁴⁹⁶ Kleineman, *Utomkontraktuella lojalitetsplikter*, s. 207-225. Se vidare diskussion om denna utveckling nedan under avsnitt 4.6.

förmoda att det råder en viss växelverkan dem emellan över tiden. Den svenska Högsta domstolen kan knappast sägas ha anammat själva *lojalitetsbegreppet* även om den rättsliga argumentationen kan tolkas i den riktningen. I NJA 1990 s. 745 diskuterar Högsta domstolen angående huruvida ett visst beteende var *illojalt* eller inte. Ett annat fall, som i doktrinen förknippas med lojalitetsprincipen är, ovan nämnda, NJA 1992 s. 351.⁴⁹⁷ I detta rättsfall uttalar Högsta domstolen att det uppkommer ett kontraktsförhållande vid ingående av en borgensförbindelse och att detta kontraktsförhållande innefattar ömsesidiga förpliktelser. Borgenären har, fortsätter domstolen, en principiell skyldighet att beakta att borgensmannens regressrätt inte helt eller delvis går förlorad. "*Av betydelse härvid är särskilt att borgensmannen underrättas om förhållanden av vikt för regressrättens utövande, när det inte kan förutsättas att han själv håller sig informerad härom.*"⁴⁹⁸ I det aktuella borgensavtalet fanns det dock ingen klausul som angav denna borgenärsförpliktelse. HD uttalar att borgenärens skyldighet får ses mot bakgrund bl.a. av att borgensmannen, om han nödgas infria skulden, inträder i borgenärens rätt gentemot huvudgäldenären. Det anges ingen annan rättsgrund för denna förpliktelse, däremot hänvisas det i domen till två uttalanden i doktrinen.⁴⁹⁹ I en artikel av Kleineman där bl.a. ovanstående rättsfall kommenteras, benämndes bankens förpliktelse såsom en lojalitetsförpliktelse,⁵⁰⁰ en benämning som anammades av andra.⁵⁰¹ Kleineman i sin tur synes ha inspirerats av anglosaxisk rätt, där begreppet sedan tidigare varit etablerat.⁵⁰² I Sverige har Högsta domstolen endast snuddat vid lojalitetsbegreppet i något eller några fall. I våra nordiska grannländer synes domstolarna använda begreppet i större utsträckning, vilket framkommer nedan. Taxell påpekar att verkningarna av lojalitetsprincipen sträcker sig över vida fält: såväl före, under som efter den avtalade huvudförpliktelsens fullgörelse: detta motsägs inte av att ordet lojalitet sällan förekommer i rättsliga motiveringar.⁵⁰³

⁴⁹⁷ Rättsfallet är omnämnt ovan i text vid noterna 14 samt nedan i text vid not 1226.

⁴⁹⁸ Se NJA 1992 s. 351 särskilt s. 356.

⁴⁹⁹ Walin, *Borgen och tredjemanspant* och Rodhe, *Lärobok i obligationsrätt*.

⁵⁰⁰ Kleineman, *Lender Liability*, s. 289-317, särskilt s. 298 ff.

⁵⁰¹ Nicander, s. 33 f. samt Zimmermann & Whittaker, s. 57 not 296.

⁵⁰² I *Lender Liability* hänvisas till några engelska fall och engelsk litteratur, där en "duty of loyalty" omnämns. Denna plikt är i främst förknippad med s.k. *fiduciary obligations*, där en part har åtagit sig att sätta medkontrahentens intresse framför sitt eget. Se angående *fiduciary obligations* generellt i Birks (red.), *Privacy and Loyalty*, särskilt, Harpum s. 145 ff., Märk att denna förpliktelse existerar utan att den generella principen om good faith accepterats i England (jfr not 303 samt 305).

⁵⁰³ Taxell, *Avtalsbundenhet och avtalsbrott*, s. 312. Denne hänvisar till några finska rättsfall på samma sida: HD 1986 II 110 (Arbetstagares lojalitetsplikt enligt dåvarande arbetsavtalslagen); HD 1987:42 (samverkan i ensamförsäljningsavtal förutsatte ömsesidigt förtroende); HD 1988:13 (banks skyldigheter vid realisering av pant).

Vid sidan av denna främst doktrinära trend har det tillkommit lagstiftning vilken förpliktar avtalspart att uppträda lojalt mot sin medkontrahent, se 5 respektive 7 §§ i lag (1991:351) om handelsagentur.⁵⁰⁴ Denna lag har dock ett kontinentalt ursprung,⁵⁰⁵ vilket torde förklara den *uttryckliga* skyldigheten att vara lojal. Som jämförelse kan nämnas att § 242 i BGB, vilken utpekar en plikt att ta hänsyn till medkontrahenten, fanns med redan vid BGB:s introduktion år 1900.⁵⁰⁶

I svenska lagstiftningsförarbeten framgår emellanåt att lojalitetsprincipen uppfattas mer eller mindre underförstådd. I SOU 1976:66 (Slutbetänkande av köplagsutredningen) diskuterades ett ny köplag. I denna ansågs det *"lämpligt att ta upp en bestämmelse om att köpeavtal skall tolkas och tillämpas med beaktande av tro och heder samt god affärssed. Någon allmän bestämmelse av denna typ saknas i svensk lagstiftning, och även i speciallagstiftning är motsvarande bestämmelser sällsynta"*. Eftersom köplagen har en central ställning i kontraktsrätten ansågs det motiverat att principen uttrycktes i denna lag och det påpekades särskilt att *"[d]en föreslagna föreskriften ger i första hand en anvisning om hur avtal skall tolkas. Bl a att bokstavstolkning bör undvikas och att lojalitetskravet mellan parterna måste upprätthållas"*.⁵⁰⁷

I ett annat sammanhang skriver lagrådet angående *"grundsatsen att en kontraktspart inte får inom ramen för kontraktsförhållandet handla på ett sätt som är ägnat att orsaka skada för motparten"*.⁵⁰⁸ I prop. till lag (2004:46) om investeringsfonder hänvisas det exempelvis till *"den allmänna lojalitetsplikt som får anses gälla alla uppdragstagare"*.⁵⁰⁹ Någon generell kodifiering av lojalitetsprincipen finns, som redan nämnts, dock ännu varken i Sverige eller något av våra nordiska grannländer,⁵¹⁰ utan den uppfattas vanligen såsom en okodifierad allmän (avtals)rättslig princip. Det senare kommer vi att återkomma till nedan i kapitel 5.

⁵⁰⁴ Jfr även lag (1914:45) om kommission, 7 § där kommissionärens skyldighet att iakttaga kommittentens intresse framgår samt 10 § där den konkreta vårdplikten regleras.

⁵⁰⁵ Angående lagens ursprung, se Söderlund, s. 17. I det vägledande EG direktivet (86/653/EEC) används lokutionen "act dutifully and in good faith" i art. 3 och 4, se densamme, s. 213.

⁵⁰⁶ Se angående denna paragrafs bakgrund i Kaufmann, *Begriff und Bedeutung von Treu und Glauben im § 242 BGB* (1912), s. 14 ff.

⁵⁰⁷ SOU 1976:66, s. 201 f. Se mer nedan angående denna utredning not 1070.

⁵⁰⁸ NJA II, 1990, nr 11, s. 599 och Lagutskottets betänkande 1988/89:LU30 med anledning av proposition 1987/88:155 med förslag till lag om företagshemligheter m.m. (Bilaga 4).

⁵⁰⁹ Prop. 2002/03:150, s. 119 samt SOU 2002:56, s. 174. Jfr även SOU 1983:52 s. 110 ff. Se även nedan i text vid not 746.

⁵¹⁰ Se ovan not 480.

4 Lojalitetsprincipen: en rättsdogmatisk exposé

Här nedan ges ett antal exempel från främst nordisk litteratur, där avtalsrättsliga spørsmål associerats med lojalitetsprincipen. Det är fråga om en relativt kortfattad deskriptiv exposé, med syfte att visa ett antal typiska sammanhang där lojalitetsresonemang har bedömts vara relevanta. Därvid fokuseras intresset på just kravet på lojalitetshänsyn, vilket förklarar en förhållandevis minimalistisk beskrivning av de aktuella rättsreglerna. Den som vill veta mer avseende de senare hänvisas till generella framställningar av avtalsrätt.

I inledningen av detta kapitel (4.1-4.3) behandlas ett antal gällande rättsregler, vilka har satts i samband med kravet på lojalitetshänsyn. Inledningsvis ägnas intresset åt de rättsliga kraven på lojalitetshänsyn *före och i samband med* själva avtalsingåendet (avsnitt 4.1), för att därefter flyttas över till de olika uttrycken för det kontraktuella lojalitetskravet (avsnitt 4.2-4.5).

I avsnitt 4.3 behandlas särskilt hur kravet på en avtalsrättslig lojalitet förknippats med kravet på att en avtalspart skall uppfylla vissa förpliktelser för att därigenom underlätta och möjliggöra uppfyllandet av medkontrahentens befogade förväntningar.

4.1 Lojalitet och prekontraktuellt ansvar

Även om vardera parten normalt själv bär risken för att ett avtal inte kommer till stånd finns det trots allt vissa remedier emot alltför hänsynslösa beteenden. Ovan har framkommit att billighet ursprungligen förknippades med att part skall undgå effekterna av en generell norm, beroende på särskilda omständigheter i det enskilda fallet. I det här kapitlet förknippas kravet på lojalitet med att en part skall bära de betungande konsekvenserna, som denne ådragit en presumtiv medkontrahent.

Lojalitetsprincipens närvaro i det prekontraktuella stadiet kan ses såsom ett svar på behovet av att skydda den för affärslivet så viktiga tilliten.⁵¹¹ De typiska förväntningar som en aktörs beteende ger upphov till, kräver att denne ger respons med en lojalitet avvägd mot den andres tillit. Det krävs dock att den som visar tillit har goda skäl därför; det är de befogade förväntningarna som skyddas. Just kravet att tilliten skall vara *befogad*, leder till en

⁵¹¹ Se exempelvis Kleineman, *Skadeståndsgrundande uppträdande*, s. 140; Simonsen, s. 171 ff. med hänvisningar. Se även ovan angående tillit, avsnitt 1.6.2.1.

objektivisering av normen.⁵¹² I praktiken blir det vanligen normalförväntningarna som blir vägledande och sällan de rent subjektiva förväntningarna. I de fall en part har atypiska förväntningar, bör denne själv ha ett ansvar för att, i eget intresse, tydliggöra detta för motparten.

Det prekontraktuella lojalitetskravet avser närmast en rad aktivitets- eller omsorgsförpliktelser, vilka skall jämna vägen fram till ett visst mål.⁵¹³ Det innebär dock ingen garanti för själva utfallet.⁵¹⁴ Ett flertal rättsordningar accepterar ett generellt krav avseende good faith-normen under det prekontraktuella stadiet.⁵¹⁵ I lex mercatoria förekommer exempelvis UP art. 2.15: (PECL Art. 2:301 är snarlik):

- (1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.
- (2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for losses caused to the other party.
- (3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.

Ramberg & Ramberg anser att det som framkommer i ovan angivna reglering säkerligen gäller såsom en allmän avtalsrättslig princip även i svensk rätt,⁵¹⁶ medan motsvarande inte anses kunna sägas om vare sig engelsk eller skotsk rätt.⁵¹⁷ I England ställs det dock högre krav på upplysningar i s.k. fiduciariska relationer,⁵¹⁸ där principen om *uberrimae fidei* (utmost good faith) råder.⁵¹⁹

⁵¹² Jfr Simonsen, s. 175, där det associerats till begrepp såsom reasonable man, bonus pater familias. Jfr även Samuel, s. 312 ff. samt nedan not 1231 och 1427.

⁵¹³ Jfr Gorton (1999), s. 46, där 18 stycken konkreta prekontraktuella förpliktelser presenteras, vilka hämtats från ett Australiensiskt rättsfall, *Western Australia v. Taylor*, (1996), 134 Federal Law Reports 211.

⁵¹⁴ Jfr Simonsen, s. 177, med hänv. till Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I*, 1987, s. 106, där s.k. sekundärplikter behandlas.

⁵¹⁵ Se Beale m fl., s. 237 ff. I denna finns det ett flertal fall när detta ansvar kan komma ifråga (ett komparativt europeiskt perspektiv). Jfr även Hesselink, s. 203 f. Lojalitetsprincipens yttringar i prekontraktuella situationer framkommer i Simonsen, *Prekontraktuellt ansvar* (1997).

⁵¹⁶ Ramberg & Ramberg s. 83.

⁵¹⁷ Se Beale m fl., s. 241 ff. med hänvisning till *House of Lords Walford v. Miles*, [1992] 2 AC 128.

⁵¹⁸ Beatson (2002), s. 267 ff. *Fiduciarisk* (engelska: *fiduciary*) syftar på att det är en särskild (normativ) förtroenderelation mellan parterna. Vi känner här igen det latinska begreppet *fides*, se ovan i text vid bl. a. noterna 30 och 41. Det är bl. a. sysslomannaliknande relationer som bedöms enligt denna standard, se ovan not 305.

⁵¹⁹ Beatson (2002), s. 264 ff. Se även nedan vid not 744.

4.1.1 *Prekontraktuell passivitet och reklameringsregler*

Passivitetsreglerna – eller annorlunda uttryckt: reklameringsbestämmelserna – i avtalslagen 4 § 2 st. och 6 § 2 st. brukar nämnas såsom uttryck för lojalitetsförpliktelser vid själva avtalsförhandlingen.⁵²⁰ Det anses illojalt att inte klargöra hur man vill agera när man har goda skäl att tro att motparten misstaget sig ifråga om ens avsikter. Vahlén skriver följande: *”Man synes kunna uppställa en för vissa fall tillämplig tolkningsregel om klargörandeplikt, varmed avses skyldighet för part att undanröja de missuppfattningar om avtalets innehåll som han vet att motparten gjort sig skyldig till.”*⁵²¹

Även den relativa reklameringsplikten i avtalslagen 9 § kan nämnas i detta sammanhang. I den mån någon framkallat ett anbud från annan, och sedan underlåter att svara på anbudet, riskerar den passive att bli bunden av detsamma. Denna paragraf är snävt utformad, men exempelvis tidigare affärsförbindelser eller kontakter kan ge upphov till svarsplikt.⁵²² I detta sammanhang kan det även påpekas att kravet på en skälig tidsfrist (legal acceptfrist) i avtalslagen 3 § utgör en begränsning av möjligheten att spekulera på den andres (anbudsgivarens) bekostnad.⁵²³

De nyss nämnda lojalitetsförknippade förpliktelserna är således inte avhängiga ett befintligt avtalsförhållande, utan visar att redan vissa prekontrakтуella ageranden anses kunna ge upphov till en *ansvarshöjande relation*. Ett brott mot förpliktelserna kan sanktioneras med en rättsligt påtvingad avtalsbundenhet, men det torde vara vanligare med skadestånd motsvarande det negativa kontraktsintresset som rättsföljd.⁵²⁴

⁵²⁰ Taxell, *Om lojalitet*, s. 151. Se även Ramberg och Ramberg, s. 140 f., där hänvisning sker till CISG 8.1 och Art. 4.2 UNIDROIT; Simonsen, s. 159.

⁵²¹ Vahlén (1960), s. 292.

⁵²² Ramberg & Ramberg, s. 138, (Här nämns särskilt 5 § KommL samt 19 § lagen om handelsagentur)

⁵²³ Taxell, *Om lojalitet*, s. 151, hänv. till Arnholm, *Privatrett II, Avtaler* (1964), s. 80 ff. och Selvig, *Kontraktsretten*, (Knophs översikt över Norges rett, 7 uppl., 1975), s. 299.

⁵²⁴ Ramberg & Ramberg, s. 140.

4.1.2 *Avtalslagen 30, 31 och 33 §§*

För närvarande finns det ett antal rättsliga instrument som kan användas i syfte att frångå huvudregeln, vilken stadgar att avtal, vilka ingåtts *frivilligt*, skall hållas.⁵²⁵ De flesta av dessa regler återfinns i avtalslagens tredje kapitel, vilket har rubriken "Om rättshandlingars ogiltighet". Avtalslagens 30 § (svek) reglerar situationer i vilka en part avsiktligt vilseleder sin medkontrahent. Detta beteende är – av lätt insedda skäl – att betrakta såsom illojalt. För att rättsföljden ogiltighet skall komma ifråga krävs det, enligt denna paragraf, att en viss rättshandling skall ha framkallats av den ena parten, vilket normalt kräver aktiva handlingar av en part, men som i sig inte utesluter att även förtiganden kan vara tillräckliga.⁵²⁶ Denna paragraf har inte sällan åberopats av parter vid rättsliga tvister, men antalet framgångsrika försök är få.⁵²⁷

Avtalslagens ockerparagraf (31 §), tar i sin tur sikte på att en person utnyttjar en annans oförmånliga situation (trångmål, oförstånd, lättsinne eller beroendeställning). Det krävs dock inte att den förstnämnde har försatt den senare i denna oförmånliga situation, utan det är själva utnyttjandet av densamma som är relevant. Just utnyttjandet av en persons *riskposition* utgör ett kännetecken på lojalitetsbrottet. I denna paragraf figurerar även *ekvivalensprincipen*: det ställs krav om ett uppenbart missförhållande mellan respektive parts prestation, för att ogiltighet skall komma ifråga (se angående ekvivalensprincipen i avsnitt 2.3.1.1 och 3.2.2).

33 § öppnar, å sin sida, möjligheten att komma åt ohederliga förfaranden, vilka inte träffas av lagens mer specificerade ogiltighetsregler. Denna paragraf tar sikte på omständigheter vid en rättshandlings tillkomst. I paragrafen föreskrivs att en rättshandling inte får göras gällande, om omständigheterna vid dess tillkomst var sådana att det skulle strida mot tro och heder att, med vetskap om dem, åberopa rättshandlingen. Detta gäller i det fallet att den gentemot vilken rättshandlingen företas, känner till omständigheterna vid dess tillkomst. Det krävs dock inte att den senare inser att det strider mot *tro och heder* att göra handlingen gällande.⁵²⁸ Den *upplysningsplikt* som anknyter till denna paragraf, förknippas numera vanligen med

⁵²⁵ Det finns därutöver ogiltighetsregler, vilka tar sikte på när en person under allvarliga och rättsstridiga hot tvingats att ingå "avtal". Dessa beteenden är naturligtvis synnerligen illojala, men de behandlas inte i detta sammanhang.

⁵²⁶ Jfr 30 § 2 st.; Adlercreutz I (2002), s. 277 och Ramberg & Ramberg s. 95 ff.

⁵²⁷ Jfr Ramberg och Ramberg s. 96.

⁵²⁸ *Förslag till lag om avtal* (1914), s. 133., Prop. 1975/76:81 s. 13.

lojalitetsprincipen.⁵²⁹ Taxell menar att områdena för allmän hederlighet respektive lojalitet till stor del täcker varandra när fråga är om parts skyldighet att lämna upplysningar.⁵³⁰

En säljare av ett objekt har ofta särskilda insikter beträffande objektets beskaffenhet och användningsmöjligheter.⁵³¹ Upplysningsplikten ålägger en avtalspart att upplysa sin medkontrahent om relevanta fakta, vilka den förstnämnde känner till och som inte kan anses allmänt kända. Förutom att leda till plikten att besvara specifika förfrågningar på ett hederligt sätt fordrar lojaliteten i många fall även att en part självmant meddelar vissa fakta.⁵³² Den senare plikten skall dock alltid vägas mot vad som anses vara allmänt känt samt mot medkontrahentens undersökningsplikt.

I det norska fallet Rt 1984 s. 28 (Tromsø Sparebank) hade en kund ingått ett kreditavtal (kassekredit) med Tromsø Sparebank under förutsättning att kunden skaffade fram två borgensmän (selvskyldnerkausionister). Krediten aktiverades dock till en början (ca: sex månader) utan att borgensförklaringen inkommit till banken. När borgensförklaringen väl kom var krediten redan övertrasserad, vilket borgensmannen inte informerades om. Domstolen åsidosatte borgensavtalet med ledning av 33 §.⁵³³ Lojalitetsprincipen förefaller inte endast ha förståtts såsom en abstrakt metanorm, utan även såsom en direkt åberopbar rättsgrund. Det framkommer i Høyesterettens dom att borgensavtalet skulle förklaras ogiltigt i enlighet med 33 § avtalslagen, "*men iallfall vil den rammes av ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold.*" Formuleringen förefaller ge uttryck för att lojalitetsprincipen skulle vara direkt tillämplig såsom ett *alternativ* till 33 §.⁵³⁴ Denna växelverkan mellan metanorm och direkt åberopbar rättsgrund kan för övrigt spåras i fler situationer.

⁵²⁹ Arnholm (1974), s. 12 och 270; Gorton (1999), s. 40 f.; Hultmark (1993), exempelvis s. 7 och 10; Lando (1996), s. 351; Madsen (1981), s. 235 ff., där han bl.a. omnämner den från köprätten kända "loyale oplysningspligt" om relevante forhold, fejl og mangler vedrørende salgsgenstanden" med hänv. till andra danska författare; Se även Madsen (1982), s. 167, denne ger ett antal exempel utan att omnämna 33 §; Falkanger Thorsen, s. 38 ff.; Nicander s. 46; Ramberg & Ramberg s. 41; Simonsen, s. 192 ff.; Taxell, *Om lojalitet*, s. 150; Taxell, *Skadestånd vid avtalsbrott*, s. 120; Wilhelmsson (1999), s. 165 ff., På sidan 172 i sistnämnda verk identifieras lojalitetsprincipen såsom en parallell lära i förhållande till 33 §, och därmed någonting *sui generis*. På s. 182 anges dock *upplysningsplikten* såsom en del av lojalitetsprincipen.

⁵³⁰ Taxell, *Om lojalitet*, s. 151 med hänvisning till följande finska HD-fall: 1971 II 2, 1973 II 1 och 89, 1974 II 55, 1975 II 92. Jfr även Pöyhönen (2002), s. 86 f. med hänvisning bl.a. till 1985 II 58.

⁵³¹ Taxell, *Om lojalitet*, s. 150; Saxén s. 109.

⁵³² Taxell, *Om lojalitet*, s. 150.

⁵³³ Krüger, s. 642, med hänv. till rättspraxis.

⁵³⁴ Jfr Hov, s. 264, som diskuterar illojalitet såsom en (eventuellt) självständig ogiltighetsgrund. Förutom Rt. 1984 s. 28 (Tromsø Sparebank) nämns även Rt. 1994 s. 1017 samt Rt. 1995 s. 1460 (Haughom-domen). Hov noterar (s. 265): "Men noe behov for en særlig regel om ugyldighet på grunn av illojalitet har vi egentlig ikke. Både avtl. § 33 og avtl. § 36 vil gi et tilstrekkelig grunnlag for å sette en avtale til side på grunn av manglende lojalitet."

Arnholm menar att 33 § har haft störst betydelse såsom en principförklaring om det "almindelige redelighetskrav", vilket ligger bakom de olika ogiltighetsreglerna.⁵³⁵ Även om, fortsätter han, man inte varit blind för detta krav tidigare, så har lagstiftningen lyckats att fästa uppmärksamheten på det, vilket medfört en normerande effekt långt utöver 33 §:s direkta tillämpningsområde. *"For avtaleretten viser dette sig særlig på to punkter, nemlig dels ved tolkning av avtaler og dels som et krav til lojalitet når det gjelder å utøve retten efter en avtale. I virkeligheten är disse fjernvirkninger kanskje viktigere enn den virkning avtl. § 33 har hatt på sitt egentlige område."*⁵³⁶

Även dansken Ussing poängterar denna paragrafs betydelse och ser den som en moralisk hävstång, vilket i sin tur är positivt ur ett samhälleligt perspektiv. Han fortsätter: *"Domstolene bør derfor heller ikke i Fremtiden være altfor ængstelige for at skærpe Kravene til Aabenhed og Hæderlighed (Loyalitet) under Kontraktsforhandlingerne. Men de maa ikke gaa udover, hvad de kan vente at faa almindelig Tilslutning til."*⁵³⁷

I den svenska respektive finska versionen av 33 § avtalslagen används för övrigt lokutionen tro och heder, vilken i sig ger associationer till ovan nämnda bona fides, good faith respektive Treu und Glauben. Tro och heder är just en översättning av det nyss nämnda tyska uttrycket,⁵³⁸ och Taxell påpekar att principerna tro och heder respektive avtalslojalitet utgör realiteter i en konstruktiv samverkan.⁵³⁹

⁵³⁵ Arnholm (1974), s. 270.

⁵³⁶ Arnholm (1974), s. 270.

⁵³⁷ Ussing (1974), s. 172.

⁵³⁸ Jfr, *Förslag till lag om avtal* (1914), s. 134.

⁵³⁹ Taxell, *Avtalsrättens normer*, s. 74.

4.1.3 Något om upplysningsplikt vid köp

Problematiken angående plikten att upplysa medkontrahenten om relevanta fakta i samband med köp är säkerligen lika gammal som existensen av själva bytesinstitutet, och redan Cicero diskuterar upplysningsplikten i sitt berömda verk *Om plikterna* (De Officiis).

Cicero berättar om en viss fastighetsägare vid namn Tiberius Claudius Centumalus. Denne var ägare av en fastighet med tillhörande hus beläget på Caelius (ital. Monte Celio, en av Roms sju berömda kullar). På denna kulle fanns det även ett citadell, varifrån augurerna (ett ämbetsmannaprästerskap) observerade och tolkade fåglarnas beteenden i sökandet efter gudomliga tecken, s.k. auspicer.⁵⁴⁰ Ovan nämnda hus befanns vara så högt, att det störde augurernas verksamhet, varför ägaren ålades att avlägsna den störande delen på huset. Claudius valde dock att i stället annonsera ut fastigheten, varpå den såldes till Publius Calpurnius Lanarius, utan att säljaren upplyst om föreläggandet. Senare kontaktade augurerna den nye ägaren, varpå denne vidtog de krävda åtgärderna. Calpurnius fick dock veta att augurerna tidigare hade vänt sig mot Claudius, innan försäljningen. Cicero fortsätter: *"When he discovered that Claudius had advertised the house after he had been ordered by the augurs to demolish some of it, he compelled him to go before the arbitrator as to 'what compensation he ought to have made in accordance with the demands of good faith'."*⁵⁴¹

Säljaren ålades senare att kompensera köparen med ett belopp motsvarande skadan.⁵⁴² Fallet har vissa likheter med ett antal svenska rättsfall, vilka innehållit s.k. rådighetsproblematik.⁵⁴³ Här kan nämnas NJA 1991 s. 808 (Kiosken) där säljarna bedömdes ha känt till att köpeobjektet i rådighetsavseende var sämre än vad köparen hade förutsatt,⁵⁴⁴ men inte upplyst medkontrahenten om detta. Numera torde några av dessa fall kunna diskuteras under köplagen 17 § 3 st., eftersom det inte finns någon reglering i köplagen om s.k. rådighetsfel.⁵⁴⁵ Hultmark menar, i en kommentar till den sistnämnda domen, att denna ligger i linje med en utveckling

⁵⁴⁰ Cicero (III.66), s. 124. Fallet är kommenterat på s. 67 i Schermaier.

⁵⁴¹ Cicero (III.66), s. 124.

⁵⁴² Cicero (III.66), s. 125.

⁵⁴³ NJA 1928 s. 47 (Toalettplaceringen), NJA 1935 s. 57 (Vinrättigheter och rivningsrisk) NJA 1936 s. 737 (Utskänkningsstillstånd, pilsnerdricka), NJA 1947 s. 1 (Yrkesinspektionsföreläggandet) och NJA 1991 s. 808 (Kiosken). Jfr även RH 2000:62 angående brott mot upplysningsplikten vid hyresavtal. Hovrätten konstaterade att "[e]n lojalitetsförpliktelse föreligger också i form av upplysningsplikt inför avtalets ingående". Hyresvärden hade försummat att informera den nya hyresgästen om att en tidigare bygglovsansökan avstyrkts, vilket bedömdes vara väsentligt för hyresgästen. Hyresvärden ålades att kompensera hyresgästen med ett belopp motsvarande det negativa kontraktsintresset.

⁵⁴⁴ Se not 490.

⁵⁴⁵ Hellner & Ramberg s. 62 samt 170 f. Håstad, s. 130 ff. Även förutsättningsläran kan vara aktuell att återopå åtminstone så länge som köparen eftersträvar översamhet, se Hellner & Ramberg, s. 170 f. Det nyss nämnda

mot en allt starkare lojalitetsplikt i avtalsförhållanden. Hon anger vidare att lojalitetsförpliktelsen i avtalsförhållanden, med en viss omformulering av Högsta domstolens ord, skulle kunna definieras på följande sätt: "*När en avtalspart känner till att avtalsobjektet är sämre än vad motparten förutsätter, har han skyldighet att tydligt klargöra för motparten hur saken ligger till.*"⁵⁴⁶ Denna formulering, med dess begränsade tillämpningsområde, kan dock inte betraktas såsom en uttömmande beskrivning av den generella lojalitetsprincipen.

I dansk rätt poängteras ofta säljarens *lojala upplysningsplikt*,⁵⁴⁷ vilken betonas särskilt i anslutning till försäljning av fast egendom.⁵⁴⁸ Även i Norge används denna lokution.⁵⁴⁹ Den nu gällande svenska köplagen utgår också från att parterna skall vara lojala mot varandra, vilket, som redan påpekats, inte var någon direkt nyhet i förhållande till dess föregångare, 1905 års köplag.⁵⁵⁰ Den svenska köplagen ställer ej upp någon *generell* upplysningsplikt för säljaren, men likväl finns det situationer vilka påkallar en särskild upplysningsplikt.⁵⁵¹ Enär utgångspunkten för felbedömningen är sådan att köparens befogade förväntningar sätts i fokus (köplagen 17 § 3 st.),⁵⁵² minskas möjligen fokus på själva upplysningsplikten. Så länge köparens förväntningar på objektet är befogade anses säljaren stå risken redan av den anledningen.⁵⁵³ Skadeståndsskyldighet kan dock utlösas även av försummelse till vilka bl.a. culpös underlåtenhet att lämna upplysning räknas.⁵⁵⁴ Enligt exempelvis 40 § 3 st. har en köpare rätt till skadestånd, om felet eller förlusten beror på försummelse från säljarens sida.⁵⁵⁵ Säljaren kan bli skadeståndsskyldig enligt tredje stycket om han underlåtit att lämna köparen sådana uppgifter om varans egenskaper eller användning som han varit eller borde ha varit medveten om och som han förstått eller borde ha förstått vara viktiga för köparen.⁵⁵⁶ I detta sammanhang bör det även påpekas att det, vid en eventuell bedömning om huruvida säljaren handlat i strid mot *tro och heder*, ta i beaktande om denne upplyst om relevanta

rättsfallet NJA 1928 s. 47 och därutöver Hellner, *Rådighetsinskränkningar vid köp av lös egendom*, s. 209 ff. samt Håstad, s. 139.

⁵⁴⁶ Hultmark, *Lojalitetsplikt i avtalsförhållanden*, s. 704.

⁵⁴⁷ Madsen (1981), s. 235 ff. med hänvisningar; Nørager-Nielsen & Theilgaard, s. 701, 721, 811 och 1157 ff. med hänvisningar; Ulfbeck, diskuterar säljarens lojala upplysningsplikt vid fastighetsköp och dennas betydelse i samband med s.k. direktkrav, s. 173, 179 och 262.

⁵⁴⁸ Nørager-Nielsen & Theilgaard, s. 721.

⁵⁴⁹ Se exempelvis Hagström, s. 37.

⁵⁵⁰ Se not 479.

⁵⁵¹ Exempelvis köplagen 19 § 2 p. Ramberg & Herre (1995), s. 254, 285 och 297.

⁵⁵² Jfr konsumentköplagen 16 § 3 st. 3 p. och Jordabalken 4 kap. 19 § 1 st. Se Kihlman (1999), s. 24.

⁵⁵³ Kihlman (1999), s. 183 f.

⁵⁵⁴ Hellner, *Kontraktsrätt* 2, s. 114. Ramberg & Herre (1995), s. 70 och 437 f.

⁵⁵⁵ Se även köplagen, 27 § 4 st., 57 § 4 st; Jordabalken 4 kap. 19 § 2 meningen. Se utförligare i Hellner, *Kontraktsrätt* 2, s. 114 med bl.a. hänvisningar till respektive lagförarbeten.

⁵⁵⁶ Prop. 1988/89:76 s. 139.

förhållanden.⁵⁵⁷ Om säljaren handlat i strid mot denna norm, har köparen en möjlighet att åberopa fel i varan, trots att köparen i och för sig kunnat upptäcka felet vid en undersökning.⁵⁵⁸

Såväl felaktiga uppgifter som underlåtenhet att upplysa om relevanta förhållanden kan, förutom att betraktas såsom kontraktsbrott, även medföra överksamhet enligt förutsättningsläran.⁵⁵⁹

4.1.4 *Culpa in contrahendo – andra fall av oaktsamt uppträdande före eller i samband med ingående av avtal*

För olika typer av klandervärt beteende i det prekontraktuella stadiet, brukar samlingsbegreppet culpa in contrahendo användas. Begreppet indikerar när oaktsamhet förekommit, men säger föga om företeelsen i övrigt.⁵⁶⁰ Eftersom begreppet sedan länge är inarbetat, föräras det en särskild rubrik i detta sammanhang. Av vad tidigare sagts framgår att de inblandade parterna får vidkännas en viss ansvarsstegring redan från den första kontakten, oavsett om kontakten leder till ett avtal eller ej. Adlercreutz skriver följande: "*Likaväl som avtalsparter har viss inbördes lojalitetsplikt (ansvar för culpa in contractu), kan redan förhandlingar om avtal och andra förberedelser... tänkas medföra likartade men mindre långtgående förpliktelser.*"⁵⁶¹

Oaktsamhet vid ingående av avtal kan förekomma i åtminstone två olika situationer. Den ena föreligger när en avtalspart agerar på ett klandervärt sätt, exempelvis genom att lämna oriktiga upplysningar, alternativt utelämna viktiga upplysningar till medkontrahenten, i samband med ingåendet av ett avtal som senare fullgörs.⁵⁶² Denna problematik är förknippad med den ovan nämnda 33 § avtalslagen. Den andra situationen är för handen när en part uppträtt klandervärt vid avtalsförhandlingar som ej lett till något bindande avtal.⁵⁶³ Svensk rätt synes generellt sett

⁵⁵⁷ Hellner, *Kontraktsrätt* 2, s. 113.

⁵⁵⁸ Ramberg & Herre (1995), s. 252 och 297.

⁵⁵⁹ Se Hellner, *Kontraktsrätt* 2, s. 113, 115 och 208, där olika exempel diskuteras i anslutning till upplysningsplikten. Se angående förutsättningsläran, not 441 och 612.

⁵⁶⁰ Jfr Simonsen, s. 5 samt Nystén-Haarala, s. 122, not 285: "The border between breaking confidence in an existing contract and acting disloyal before the contract has been reached can sometimes be difficult to draw. See KM 1990:20."

⁵⁶¹ Adlercreutz I (2002), s. 111.

⁵⁶² Hellner, *Kontraktsrätt* 2, s. 190.

⁵⁶³ Hellner, *Kontraktsrätt* 2, s. 190.

behandla culpa in contrahendo mer styvmoderligt än rätten i lejonparten av övriga länder i den nuvarande Europeiska unionen.⁵⁶⁴ I nordisk rätt brukar culpa in contrahendo, till skillnad mot exempelvis tysk rätt, i första hand bedömas enligt utomobligatoriska ansvarsregler.⁵⁶⁵ Likväl är det inte ovanligt att man nuförtiden betraktar ansvaret för culpa in contrahendo såsom en utökning av den *kontraktuella* lojalitetsprincipen.⁵⁶⁶ exempelvis Ussing, Arnholm, Muukkonen och Taxell tänker sig att denna princip expanderar till att omfatta även prekontraktuella situationer.⁵⁶⁷ I Finland har det för övrigt framlagts ett förslag angående en prekontraktuell lojalitetsplikt, vilket – vid ett genomförande – skulle förändra ansvaret till att bli inomobligatoriskt.⁵⁶⁸ I Finlands Högsta domstol avgjordes ett fall – HD 1993:130 – där det direkt hänvisades till principen om prekontraktuell lojalitet: Staden Hangö (finska: Hanko) hade ingått ett avtal med två byggnadsföretag angående anläggandet av en djuphamn. Under förhandlingarna ändrades planerna av staden, varvid kajerna fick en billigare träbeklädnad (fender) i stället för en dyrare variant av gummi. Efter att djuphamnen tagits i bruk, visade det sig att träbeklädnaden inte var tillräckligt flexibel för att stå emot de påfrestningar, vilka uppkommer i samband med att fartyg lägger till. Trots att stadens representanter borde ha förstått att de valde en lägre kvalitet, ålades byggnadsföretagen att betala kompensation. De senare ansågs vara *specialister* inom området och borde för beställaren ha klargjort konsekvenserna av ändringen. Ändamålet med avtalet var att bygga en så bra hamn som möjligt. HD angav uttryckligen lojalitetsprincipen såsom grund och principen ansågs normera även de föregående avtalsförhandlingarna.

Fram till början av 1980- talet synes för övrigt nordiska diskussioner angående det s.k. prekontraktuella ansvaret ha varit tämligen få,⁵⁶⁹ och principen om culpa in contrahendo får fortfarande betraktas såsom tämligen outvecklad i svensk rättspraxis.⁵⁷⁰ Det senaste decenniet kan dock ett något större intresse spåras i doktrinen och i den mån domstolarna anammar

⁵⁶⁴ Jfr Zimmermann & Whittaker, s. 656 f.

⁵⁶⁵ Jfr en längre diskussion i Kleineman, *Skadeståndsgrundande uppträdande*, Nystén-Haarala, s. 123; Ramberg & Ramberg, s. 83 f.; Simonsen, s. 165 ff.

⁵⁶⁶ Nystén-Haarala, s. 123; Jfr Simonsen s. 161.

⁵⁶⁷ Jfr resonemang ovan vid not 233. Nystén-Haarala, med hänvisningar till respektive författare, s. 124, not 296. Jfr Zimmermann & Whittaker, s. 27, not 115: "In discussing culpa in contrahendo, German legal authors do not, however, usually refer to 'good faith' but rather to '[reasonable] reliance'."

⁵⁶⁸ Nystén-Haarala, s. 124, Hänvisning till KM 1990:20, angående reformering av avtalslagen. Se även Saxén, s. 51 samt Simonsen s. 129.

⁵⁶⁹ Se Simonsen, s. 128 samt Nystén-Haarala, s. 121 ff.

⁵⁷⁰ Adlercreutz I (2002), s. 110 ff., Se kommentar i Zimmermann & Whittaker, s. 254 ff., Kleineman, *Skadeståndsgrundande uppträdande*, särskilt s. 125 f samt densamme *Avtalsrättsliga formföreskrifter*, exempelvis s. 435 och 441.

denna doktrinära tendens, kan förhoppningar hysas om en högre grad av prekontraktuell tillitsskydd i framtida rättspraxis.

Nedan följer en kort beskrivning av de svenska rättsfall, vilka vanligen förknippas med culpa in contrahendo.

I NJA 1963 s. 105 tilldömdes den skadelidande ersättning trots att inget avtal hade kommit till stånd. En svensk affärsman (G), vilken ägde en betydande del (45 %) av ett aktiebolag i Colombia, hade kommit överens med en annan svensk affärsman (E), om att den senare skulle anställas såsom verkställande direktör i det nyss nämnda colombianska bolaget. För att denna överenskommelse skulle bli giltig, krävdes enligt colombiansk lag, att den godkändes av bolagsstämman. Ett sådant godkännande gavs dock inte. G hade dessförinnan avsänt ett telegram till E om att denne skulle inställa sig hos bolaget för tjänstgöring, vilket domstolen ansåg vilseledande. G hade dessutom själv, innan telegrammet avsändes, fått negativa signaler från övriga delägare angående anställningen. Detta vidareförmedlade dock inte G till E i telegrammet. Domstolen ansåg G vara skadeståndsskyldig intill det s.k. negativa kontraktsintresset. Således ersattes E för de utlägg han haft p.g.a. av G:s uppträdande, men han tillerkändes inte lönekomensation för den tilltänkta ”förlorade” anställningen. Ovan diskuteras upplysningspliktens relevans på det prekontrakтуella stadiet. I det nyss nämnda fallet belyses därutöver betydelsen av att ge korrekt information.

I ett annat fall, NJA 1973 s. 175, vilket gällde förhandlingar angående köp av fastighet, nekades dock säljaren rätt till ersättning. Trots att den presumtive köparen agerat på ett sätt som vilselett säljaren, bl.a. till att vidta vissa ändringar av ett hus, vilket uppfördes på fastigheten, nekades den senare ersättning när den presumtive köparen senare drog sig ur affären. Det lagliga formkravet avseende skriftlighet synes ha varit vägledande för Högsta domstolen. Domstolen var inte villig att riskera att formkravets funktion skulle försvagas genom att skadeståndssanktionens tillämpningsområde vidgades.

Nyss nämnt fall gällde således fastighetsköp med tillhörande särskilda formkrav avseende skriftlighet. Fallet har vissa likheter med ett finskt fall, HD 1950:R 17, där en part drog sig ur en fastighetsaffär, oaktat att denne gjort en muntlig utfästelse angående att genomföra köpet (formkrav gällde även här). Rätt till skadestånd synes ha varit utesluten men medgavs ej

eftersom säljaren inte visat att han före köpet nödgats företa kostnadskrävande åtgärder.⁵⁷¹ I Sverige har Kleineman argumenterat för att skadeståndsanktionen borde kunna användas vid klandervärda beteenden i samband med förhandlingssituationer, oavsett om formkrav måste vara uppfyllda för att avtalet skall äga giltighet.⁵⁷² Det rådande rättsläget i Sverige synes vara förhållandevis osäkert, medan exempelvis rätten till viss ersättning är lagstadgad i Finland (Jordabalken 2:8). Frågan kan därför ställas om inte något liknande skulle kunna accepteras i Sverige. En reformering borde kunna genomföras utan att väsentligen rucka på den nuvarande ordningen för fastighetsöverlåtelse. Formkravets helgd bör inte användas till att ge ett indirekt skydd för klandervärda beteenden. En generell betraktelse över ovanstående problematik är att den formella rätten aldrig helt bör avskäras från sin materiella tvillingsyster. Detta insåg redan de romerska juristerna för mer än två tusen år sedan när de frångick den strängt formalistiska rätten med dess arkaiskt rituella ursprung.

I NJA 1978 s. 147 hade ett fastighetsbolag ingått ett s.k. projekteringsavtal med ett livsmedelsföretag. Avtalet gällde en upplåtelse av en butikslokal i en planerad byggnad. Fastighetsbolaget inrättade lokalen efter livsmedelsföretagets önskemål men det senare företaget avböjde att ta lokalen i anspråk. HD ansåg uppgörelsen såsom alltför oprecis för att anses såsom rättsligt bindande. Fastighetsbolagets andrahandsgrund gick ut på att medkontrahenten hade agerat vårdslöst i olika hänseenden. HD menade att livsmedelsföretaget hade att agera lojalt gentemot sin medkontrahent och underrätta denne om hur det avsåg att agera i etableringsfrågan. Å andra sidan hade också fastighetsbolaget en skyldighet att bevaka sina egna intressen, vilket HD inte ansåg att det hade gjort i tillräcklig omfattning, varför skadeståndsyrkandet ogillades.

I NJA 1963 s. 105 synes Högsta domstolen ha gjort den bedömningen att den skadelidande E hade fog för att ådra sig vissa kostnader såsom en följd av G:s påstående tillsammans med hans agerande. I NJA 1978 s. 147, däremot, ansåg HD att det hade förekommit viss försumlighet hos båda kontrahenterna, varför skadan fick vara kvar där den först utföll.

Det finns ytterligare ett rättsfall där HD bedömt en situation vilken kan sägas innehålla problem av culpa in contrahendo-karaktär. I NJA 1990 s. 745 hade bolaget SRM förhandlat med ett annat företag (X) om att förvärva licensrättigheten, avseende en vakuumpump, för en

⁵⁷¹ Fallet är kommenterat i Saxén, s. 52 och 268.

⁵⁷² Kleineman, *Avtalsrättsliga förföreskrifter*, särskilt s. 453 f. och 458 ff.; jfr med Grauers, s. 67 f.

begränsad tid. Detta avtal innehöll en option för SMR att ingå ett långvarigt avtal angående denna licensrättighet. SMR inledde under perioden för optionsavtalet förhandlingar med en person (L) angående återförsäljarrätten till pumpen. Efter optionstidens slut ingick SMR ett långvarigt licensavtal med rättighetsinnehavaren. Vid samma tid beslutade SMR att inte ingå något avtal med (L) angående rätten för den senare att sälja pumparna, vilket meddelades denne några veckor efter nyss nämnda beslut. Eftersom SMR dessförinnan hade levererat några pumpar till L, krävdes denne nu på ca: 20 000 kr, vilket han vägrade att betala. I stället genstämde L SMR med krav att SMR skulle utge skadestånd till honom för kontraktsbrott, vilket senare kom att avvisas av berörda domstolar: det ansågs inte visat att det uppkommit något bindande återförsäljaravtal mellan L och SMR. Såsom andrahandsgrund åberopande L att SMR agerat vårdslöst gentemot L. Högsta domstolen menade att avtalsförhandlingarna i och för sig hade nått till en punkt där det *"uppkommit viss förpliktelse för bolaget att ta hänsyn till L:s intresse av att begränsa sina kostnader för det fall av att något återförsäljningsavtal inte kom till stånd"*. Varken SMR:s uppträdande, nämligen att i viss mån, dröja med att underrätta L, eller orsakssambandet mellan uppträdandet och L:s påstådda skador, ansågs ha uppnått den kritiska punkt, där skadestånd skulle komma i fråga.⁵⁷³

I nyss nämnda fall synes dock HD i princip acceptera att såväl skadeståndsanktionera culpa i samband med avtalsförhandlingar,⁵⁷⁴ som tanken att det är rimligt att kräva en högre grad av lojalitet ju längre förhandlingarna fortskridet,⁵⁷⁵ även om parterna inte skulle lyckas att uppnå ett bindande avtal.

Av ovanstående rättsfall framgår att det har varit relativt svårt att erhålla skadestånd i prekontraktuella situationer, även om en part i viss mån avvikit från gott affärsskick.⁵⁷⁶ Hellner påpekar angående dessa situationer att det fordras "ett illojalt handlande för att skyldighet att ersätta det negativa intresset skall utgå."⁵⁷⁷ Vid avtalsförhandlingar har därför parterna goda skäl att, verkligen förvissa sig om att det antingen föreligger ett bindande avtal eller att motparten åtminstone är beredd att stå för eventuella omkostnader oavsett om det föreligger ett bindande avtal eller inte. Dessa transaktionskostnadshöjande åtgärder synes

⁵⁷³ Jfr, Kleineman, *Skadeståndsgrundande uppträdande*, särskilt s. 135 f.

⁵⁷⁴ Se exempelvis Hellner (1993), s. 38 f.

⁵⁷⁵ Saxén, s. 52.

⁵⁷⁶ Jfr, Kleineman, *Skadeståndsgrundande uppträdande*, särskilt s. 140; se även densamme i *Avtalsrättsliga formföreskrifter*, särskilt s. 443 f och 458 f.

⁵⁷⁷ Hellner (1993), s. 38.

nödvändiga att ådra sig, med hänsyn till rådande rättspraxis, där det ges litet utrymme för ett tillitsskydd.

Det finns emellertid andra förhandlingssituationer där vissa mer eller mindre tydliga utfästelser av en avtalspart (ofta identifierade såsom s.k. *letter of intent*), i kombination med vårdslöshet, ådragit denne ersättningsskyldighet.⁵⁷⁸ Adlercreutz noterar att ”[d]en lojalitetsplikt som redan avtalsförhandlingar kan ge upphov till, ehuru vanligen inte tillräcklig för att omsättas i skadeståndsansvar, kan förmodas bli stärkt genom en ömsesidig avsiktsförklaring.”⁵⁷⁹

Ytterligare en annan företeelse av särskilt slag förekommer vid offentliga erbjudanden angående förvärv av aktier. Dessa erbjudanden kan betraktas såsom en särskild form av anbud, med generellt angivna villkor, vilka riktar sig till aktieägarna i ett aktiebolag. Aktiemarknadsnämnden har påpekat att en budgivare måste vidta positiva åtgärder i strävan att fullfölja budet i enlighet med lojalitetsprincipen, trots att budgivaren villkorat sitt anbud.⁵⁸⁰ ”I linje med vad som anses vara en allmän lojalitetsprincip i kontraktuella och prekontraktuella förhållanden får god sed också anses kräva att budgivaren aktivt undersöker möjligheten att själv bidra till att villkoret kan uppfyllas. Särskilt viktigt får ett sådant aktivt handlande från budgivarens sida anses vara för det fall ett avbrytande av budet skulle vara till, eller av allmänheten skulle kunna uppfattas vara till, budgivarens fördel.”⁵⁸¹ Ett sätt att tolka det nyss sagda är att associera lojaliteten med anbudsbundenheten (jfr med den s.k. löftesprincipen i avtalslagen). Budgivaren förväntas att i rimlig utsträckning sträva efter att fullgöra, vad denne väckt förhoppningar om genom anbudet. Det senare kan rättfärdigas bl.a. med att det är viktigt att förstärka, såväl de enskildas som allmänhetens, förtroende för aktiemarknaden.

⁵⁷⁸ Jfr exempelvis NJA 1994 s. 204 (Ljusne kätting) och NJA 1995 s. 586 samt Adlercreutz I (2002), s. 113 och 116.

⁵⁷⁹ Adlercreutz I (2002), s. 115. Se även Hellner (1993), s. 38 samt Kleineman, *Skadeståndsgrundande uppträdande*, särskilt s. 136 ff. angående *letter of intent* och en ökad lojalitetsförpliktelse mot den andra parten.

⁵⁸⁰ Aktiemarknadsnämndens uttalande 2000:20 (Perstorp-fallet), Se Lindskog (2001), s. 79, not 128 samt Lundblad, JT 2003-04 s. 327-340.

⁵⁸¹ Aktiemarknadsnämndens uttalande 2000:20 (Perstorp-fallet).

4.1.5 Förhandling under falska förespeglingar

Av ovanstående beskrivning framgår att culpösa beteenden kan ådra part sanktioner av olika slag. Därmed bör det vara mindre kontroversiellt att skadeståndssanktionera direkt *dolösa* beteenden (s.k. *dolus in contrahendo*). Anta att S annonserar ut sin rörelse och att A anmäler sitt intresse, varpå förhandlingar inleds dem emellan. A:s intentioner är dock inte, och har aldrig varit, att förvärva rörelsen. A agerar på detta sätt endast för att fördröja försäljningen, i syfte att försöka hindra att särskilt TM (vilken är en resursstark konkurrent till A) skall förvärva rörelsen och etablera sig i grannskapet. När TM slutligen förvärvar en annan rörelse, avbryter A förhandlingarna med S. Först några månader därefter lyckas S att sälja rörelsen, dock till ett lägre pris än vad TM varit villig att betala. Den uppkomna förmögenhetsskadan p.g.a. fördröjningen bör, med rättsordningens hjälp, kunna överflyttas på A.⁵⁸² Det kan också vara tänkbart att en köpare förhandlar med en säljare endast i syfte att komma över företagshemligheter från denne. Detta beteende faller in under 6 § FHL i den mån, ”angriparen” skulle lyckas (se nedan, 4.1.6).

En relativt ny tillkommen problematik av culpa in contrahendo-karaktär uppträder i samband med offentlig upphandling.⁵⁸³ En särskild lag (1992:1528) om offentlig upphandling reglerar dessa speciella avtal. Madell ställer frågan om lojalitetsprincipen är tillämplig vid offentlig upphandling.⁵⁸⁴ Svaret bör, enligt min uppfattning, vara jakande: när det allmänna sluter avtal med andra rättssubjekt, borde denna princip gälla. Det allmänna bör, lika lite som någon annan, kunna skada sin medkontrahent inom ramen för deras avtalsrelation, utan att detta får rättsliga konsekvenser. Svunna är de tider när det allmänna sällan eller aldrig blev ersättningsskyldig för sin culpa (jfr principen ”*the King can do no wrong*”),⁵⁸⁵ och den upphandlande enhet som bryter mot bestämmelserna i nyss nämnda lag, ”*skall också ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör*”.⁵⁸⁶ Vid sidan av denna lag bör det dock finnas ett utrymme för allmänna principer såsom lojalitetsprincipen. Denna måste dock – som alltid – situeras till den i flera avseenden speciella kontexten. Den formaliserade processen som förekommer vid offentlig upphandling har ett speciellt ändamål. Det kan finnas särskilda

⁵⁸² Jfr ovan citerade UP Art. 2.15, (3) samt PECL 2:301, (3), s. 87. Liknande exempel finns återgivet i Beale m fl., s. 243.

⁵⁸³ Se exempelvis NJA 1998 s. 873, NJA 2000 s. 712, NJA 2001 s. 3, Adlercreutz I (2002), s. 94 ff. och 113. Se även Hellner & Johansson s. 472 ff. samt Madell (not nedan). Jfr därutöver angående ansvar i samband med ”anbudskonkurranter” i Simonsen, s. 455 ff.

⁵⁸⁴ Madell, *Parternas lojalitetsplikt vid offentlig upphandling*, s. 278 ff.

⁵⁸⁵ Jfr Hellner & Johansson, s. 447.

⁵⁸⁶ Upphandlingslagen 7 kap. 6 §.

frågor angående exempelvis offentlighetsprincipen kontra de privata företagens idéskydd, där olika intressen och normsystem måste avvägas mot varandra.⁵⁸⁷

Det kan även förekomma ageranden under falska förespeglingar i samband med offentlig upphandling, vilka inte explicit behandlas av upphandlingslagen. Antag följande: Upphandlande enheten X (upphandlaren) har ett behov av ett visst objekt. I upphandlarens organisation finns det en potentiell producent av upphandlingsobjektet. För att få tillgång till ett marknadsmässigt pris görs en upphandlingsrunda. När alla anbud inkommit, utnyttjas denna information för att låta den utgöra en måttstock för den interna uppgörelsen. Detta beteende kan knappast vara förenligt med ändamålen bakom upphandlingslagen. Att på detta sätt fördela beräkningskostnader, vilka i många fall kan vara betydande, på andra marknadsaktörer, strider mot allmänna hederlighetsnormer. Omkostnaderna reduceras för upphandlaren på bekostnad av anbudslämnarna. I alla upphandlingar/anbudsförfaranden riskerar förvisso en anbudslämnare att dra på sig tillspillogivna kostnader, i den mån denne inte vinner upphandlingen. Det som är relevant här är dock de situationer där anbudsgivarna lockas in i anbudsförfarandet under felaktiga förutsättningar. Om anbudstävlingen visar sig vara en fiktion bör därför skadeståndssanktionen komma ifråga.⁵⁸⁸

4.1.6 Något om informationsmottagarens skyldigheter

Ovan har framkommit att en part har en skyldighet att upplysa om vissa relevanta fakta redan vid avtalsförhandlingarna. Denna skyldighet kan behöva balanseras, eftersom den lämnade informationen kan försätta informationslämnaren i en riskposition, i den mån informationen är av värdefull natur. För att skydda den nödvändiga förhandlingstilliten, kan det därför behövas ett rättsligt skydd som medför att medkontrahenten inte utan tillstånd kan bruka eller sprida denna information vidare.⁵⁸⁹ Denna informationsproblematik har således en aktivitetssida och en underlåtenhetssida, som måste anpassas till varandra. Ett visst skydd ger 6 § lagen om företagshemligheter (FHL), vilken är tillämplig på s.k. *affärsförbindelser*. Under denna

⁵⁸⁷ Se generellt angående sekretessfrågor och skyddet för företagshemligheter vid offentlig upphandling i Larsson, *Idéskydd vid offentlig upphandling*.

⁵⁸⁸ Jfr Ramberg & Ramberg, s. 82. Se Forsberg, s. 32 ff. om s.k. interna bud. Se även lag (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (LIU), vilken kan komma ifråga när visst beteende företas för att skydda "egen" verksamhet.

⁵⁸⁹ Jfr Falkanger Thorsen, s. 40.

kategori faller även relationer, där det aldrig kommer till stånd ett bindande avtal.⁵⁹⁰ I RH 2002:11 (Robina Fisk) fick företaget X ta del av vissa ritningar i samband med en anbudsförfrågan från en annan aktör (Y). X utnyttjade dessa ritningar, vilket ansågs strida mot FHL, varpå skadeståndsskyldighet följde. Även PECL art. 2:302 och UNIDROIT art. 2.16 reglerar för övrigt sekretess under det prekontraktuella stadiet.

En förhandlingspart bör i eget intresse naturligtvis agera strategiskt lämpligt och hantera värdefull information med försiktighet, i synnerhet där det ännu inte föreligger något bindande avtal. En möjlighet att förstärka eller åtminstone förtydliga sitt rättsliga skydd angående konfidentiell information är att ingå ett separat sekretessavtal, vilket kan verka oavhängigt av om ett senare huvudavtal kommer till stånd eller inte.

4.2 Lojalitet och möjligheter till avtalsrevision efter avtalsingåendet

4.2.1 36 § avtalslagen

Avtalslagen innehåller numera en s.k. förmögenhetsrättslig generalklausul vilken uttrycks i 36 §. Enligt dess ordalydelse är den verksam när avtalsvillkor är att betrakta såsom oskäligen *"med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt"*. Denna generalklausul, bär på ett tydligt sätt, idén om ekvivalens mellan parterna och den utgör en rättsgrund för att i viss utsträckning restaurera status quo ex ante.⁵⁹¹ 36 § är verksam mot såväl ursprungligt oskäligen avtalsvillkor som avtalsvillkor vilka blir oskäligen på grund av att väsentliga omständigheter förändrats efter avtalsingåendet. Om dessa rekvisit är uppfyllda, kan 36 § såväl avlyfta som skärpa avtalade förpliktelser. I exempelvis NJA 1983 s. 385 *skärptes* avtalsvillkoret för arrendatorn (penninggäldenären) till markägarens båtnad. Domstolen omformulerade här en indexklausul i ett 49-årigt arrendeavtal, i syfte att få en rimligare anpassning till inflationsutvecklingen. Däremot framgår det inte tydligt – varken av 36 §:s ordalydelse, förarbeten eller rättspraxis – om och hur paragrafen kan åberopas såsom grund för att tillskapa helt *nya* förpliktelser.⁵⁹² I NJA 1989 s. 614 (bodelningen) uttalar sig dock HD på följande sätt: *"I detta läge finns det*

⁵⁹⁰ Prop. 1987/88:155, s. 42; Helgesson, s. 232 ff.

⁵⁹¹ Jfr Dotevall (2002), s. 441 samt Ramberg & Ramberg, s. 148 f.

⁵⁹² Jfr exempelvis von Post, sid. 251-261. På bl.a. s. 287 diskuteras för övrigt paragrafens begränsning till oskäligen villkor. Denna frågeställning aktualiseras återigen, nedan i text vid not 630.

inte någon anledning att i rättstillämpningen ge förutsättningsläran den mera vidsträckt tillämpning, som skulle bli följden, om i stort sett vilka rättsverkningar som helst skulle vara möjliga att åstadkomma med tillämpning av förutsättningsläran. Det synes åtminstone i princip vara ändamålsenligt och i bättre överensstämmelse med lagstiftarens intentioner att en sådan prövning sker inom ramen för generalklausulen och inte med tillämpning av förutsättningsläran". Senare i samma dom skriver HD dock att 36 § *"förutsätter för sin tillämpning att det finns ett oskäligt avtalsvillkor"*. Vad gäller en eventuell skadeståndssanktion, torde den å sin sida inte vara utesluten vid tillämpningen av 36 §, om än inte så särskilt sannolik.⁵⁹³

Hur har då denna *skälighetsparagraf* förknippats med lojalitetsprincipen? Wilhelmsen skriver att 36 § antas på lite längre sikt få en normativ effekt och att den lojalitetsplikt som anses *"nedfelt i regelen vil komme inn som reelt hensyn ved tolkning av avtaler"*.⁵⁹⁴ Madsen påpekar å sin sida att: *"[d]et ulovfæstede lojalitetskrav slår igennem såvel i kontrakts- som i konkurrenceretten og er på samme måde som standarderne i aftl. § 36 (krav om rimelighed og redelighed) og markedsføringslovens § 1 (krav om god markedsføringsskik) et konglomerat af forskellige og til dels inkommensurable hensyn. De netop nævnte lovfæstede standarder kan – såvel som en række mere specielle regler ses som udtryk for dette lojalitetskrav, men ikke som en udtømmende kodificering heraf, hvilket ikke mindst en nyere dom som den nedennævnte U 1981.300 H klart viser."*⁵⁹⁵

Principen om att avtal skall hållas är, vilket ovan påpekats, fortfarande en utgångspunkt i avtalsrätten. Alla affärstransaktioner innehåller risker av olika slag och endast det faktum att en viss yttre händelse medför att en avtalspart åsamkas avtalsrelaterade förluster, behöver i sig inte betyda att någon illojalitet förekommit från medkontrahentens sida. Å andra sidan hör det till förutsättningarna att det är svårt, särskilt under långvariga avtalsförhållanden, att kunna överblicka exempelvis viktiga framtida omvärldshändelser, vilka kan rycka undan grunderna för hela avtalet. I den mån det inträffar någon betydande avtalsrelevant händelse *under* avtalstiden, kan det betraktas såsom att inte vara tillräckligt lojal, om part blankt vägrar att medverka till att situationsanpassa avtalsinnehållet.⁵⁹⁶ Lojalitetsprincipen har sin kanske största kontaktyta med 36 § när det gäller graden av tillmötesgående inför förändringar i

⁵⁹³ von Post, sid. 258 ff. med hänvisningar.

⁵⁹⁴ Wilhelmsen, s. 8, med hänvisningar i not 19.

⁵⁹⁵ Madsen (1982), s. 165.

⁵⁹⁶ Se angående omförhandlingar i bl.a. Grönfors (1995), samt Lehrberg (1999), s. 62.

långvariga avtalsförhållandet.⁵⁹⁷ Detta kan motiveras med att lojaliteten är den nödvändiga reaktionen på medkontrahentens visade tillit, vilken särskilt karaktäriserar det kontinuerliga samarbetet.⁵⁹⁸ Ett framgångsrikt långvarigt samarbete kräver normalt alltid viss flexibilitet, varför kontinuerliga *omförhandlingar* i större eller mindre omfattning torde vara legio. Att i en sådan situation strikt hänvisa till en klausul (eller kanske omvänt: att strikt hänvisa till *avsaknaden* av exempelvis en indexklausul), riskerar att ödelägga ett i övrigt värdeskapande samarbete. 36 § kan i detta sammanhang verka i preventivt syfte, genom att en vägran att inlåta sig på konstruktiva diskussioner, kan få en negativ inverkan på möjligheten att genomdriva avtalet.

Ett danskt rättsfall, U 1981.300, visar ett intressant samband mellan avtalsreformer och lojalitet. Ett oljebolag (panthavaren) hyrde ett markområde till bensinstationsverksamhet av U, samtidigt som bolaget lånade ut kapital till densamme. Ränta och amortering skulle motsvara hyresvederlaget. Avtalet skulle gälla i tio år, med rätt till förlängning med samma tid. Såsom säkerhet för lånet och eventuellt kontraktsbrott pantsatte U en annan (än den ovan nämnda) av sina fastigheter. Under pågående avtalstid avstyckades, med panthavarens goda minne, flera tomter på den pantsatta fastigheten (till s.k. ejerlejligheder). Panthavaren godkände försäljningen av två av de avstyckade tomterna, men nekade därefter att medverka till ytterligare försäljningar, enär densamme vid denna tid tvistade med U angående ovannämnda *hyresavtal*. U krävde nu, för att kunna fortsätta avstyckningarna, att panthavaren skulle acceptera en bankgaranti i stället för fastighetspanten. Den senare nekade, av förmodade förhandlingstaktiska skäl. Højesteret ålade dock den senare att acceptera säkerhetsbytet, eftersom U hade ett väsentlig intresse av att detta kom till stånd medan panthavaren å sin sida *"ikke havde anført nogen loyal grund til at modsætte sig ombytningen af sikkerheden"*.⁵⁹⁹ Domstolen syntes inte ha explicit ha tillämpat 36 §, även om det "hänvisades" till denna paragraf i domen.⁶⁰⁰

Ovanstående fall torde också kunna sorteras in under kategorin *rättsmissbruk*, d.v.s. att en part gör bruk av en, i sig rättsenligt förvärvad, rättighet på ett klandervärt sätt. Det strider mot

⁵⁹⁷ Se UP Art. 6.2.1-6.2.3 samt PECL Art. 6:111, Lando & Beale, s. 322 ff. särskilt s. 326 ang. att omförhandlingen måste ske "in good faith". Jfr även Falkanger Thorsen, s. 40 ff.; Nystén-Haarala, s. 35 med hänv.; Taxell, *Avtalsrätt*, s. 52.

⁵⁹⁸ Jfr Nystén-Haarala, s. 35: "All the other principles in [long term contracts] are actual variations of mutual loyalty (=trust)."

⁵⁹⁹ Madsen (1982), s. 169. Se därutöver Wilhelmssen, s. 94 f. med hänv. till flera danska respektive norska fall med liknande problemställning.

⁶⁰⁰ Madsen (1982), s. 169.

lojalitetsprincipen att närmast, i chikanöst syfte,⁶⁰¹ neka medkontrahenten en eftergift och stå fast vid en rättighet, trots att "eftergiften" är till gagn för medkontrahenten men inte innebär en risk för vare sig direkt värdeförlust eller att en redan uppnådd rättsposition går förlorad. Också i det norska fallet Rt. 1994 s. 833, drogs lojalitetsprincipen in såsom ett viktigt element vid skälighetsbedömningen med utgångspunkt från 36 §.⁶⁰² Ramberg och Ramberg påpekar att 36 §, liksom 33 § kan komma till användning som en säkerhetsventil vid illojala förfaranden av olika slag.⁶⁰³ I exempelvis NJA 1997 s. 524 ansågs borgenären inte i tillräcklig omfattning ha uppmärksammat borgensmannen på de oväntat stora risker som borgensåtagandet innebar.

Alla krav på förändringar beaktas dock inte. Det kan tänkas att utfallet av en viss transaktion blir *bättre* än vad respektive part förväntat. I en norsk skiljedom (Ula-domen) omfördelades inte ett oplanerat överskott mellan parterna.⁶⁰⁴ Båda parter hade tjänat mer på att en viss oljefyndighet visade sig vara större än vad de från början hade antagit. Dock tjänade den ena parten mer än den andra. Å andra sidan kan det framhållas dels att båda parternas ursprungliga förväntningar avseende transaktionen redan var uppfyllda, utan omfördelning, dels att det inte förelåg någon initial obalans i avtalsrelationen.

Av ovan framgår att lojalitetsprincipen har beröringspunkter med 36 § avtalslagen: i båda fallen anknyts till grundläggande tankar om ekvivalens i avtalsförhållanden och till parternas legitima förväntningar avseende utbytet. Lojalitetskravet framkommer sammanfattningsvis när part illojalt brukar en formellt giltig rättighet. Det senare torde ha särskild betydelse vad gäller långvarig avtalsförhållanden där parts förändringsbenägenhet har särskild betydelse.

4.2.2 *Illojal passivitet*

I avtalsrelationen kan det vanligen ställas högre krav på en aktivitet till förmån för annan än den handlande själv än vad som gäller rent allmänt. Avtalsrelationen i sig skapar situationer där det kan förväntas en högre grad av uppmärksamhet hos medkontrahenten och där denne

⁶⁰¹ Jfr von Post, s. 60 och Andersen & Nørgaard, s. 210.

⁶⁰² Domen sidorna 842 och 848. Fallet gällde ett borgensavtal. Jfr Haaskjold, s. 34 not 68.

⁶⁰³ Ramberg och Ramberg, s. 149 f.

⁶⁰⁴ Norsk skiljedom: ND 1990 s. 204 (Ula). Jfr dock även ND 1985 s. 234 (Mascot). Jfr Runesson, s. 152, 412 ff. och 415 samt Ramberg och Ramberg, s. 241 ff.

utan större uppoffringar kan avvärja skada för den andre.⁶⁰⁵ *"Som passivitetsreglenes dypeste grunn nevner man ofte nutidens krav til hensynsfullhet og lojalitet – man skal ikke la medmennesker lide tap hvis man lett kan avverge det."*⁶⁰⁶ Underlåter part att agera finns det situationer, i vilka det synes rimligt att, medelst skadestånd, låta överflytta de negativa konsekvenserna av passiviteten till den passive.⁶⁰⁷ En alternativ sanktion kan vara att den passive förlorar en rättighet. Detta kan särskilt vara aktuellt när passiviteten är ett medvetet försök att skaffa sig spekulationsutrymme på den andres bekostnad.⁶⁰⁸ detta har beaktats bl.a. i 24 § köplagen och 14 kap. 28 § sjölagen.⁶⁰⁹

Ytterligare ett exempel på en "bumerang-sanktionering" regel, är skyldigheten att begränsa skadan, oavsett att det är medkontrahenten som initialt förorsakat den. Den skadelidande parten kan exempelvis inte endast ha rätt, utan även vara skyldig, till att vidta skäliga åtgärder för att genomföra s.k. täckningsköp, se 70 § köplagen.⁶¹⁰ Underlåter den skadelidande att göra detta, faller rätten till ersättningen bort för den del av skadan som kunde förhindras.

Bärlund associerar lojalitetsprincipen även med köprättsliga reklamationsbestämmelser. Han omnämner två samband med lojalitetsprincipen och reklamationsinstitutet vid konsumentavtal. Det första är att säljaren ges en möjlighet att samla bevis om det påstådda kontraktsbrottet och det andra är att reklamationen getts en viktig ställning vid fullgörandet av en parts skyldighet att begränsa en skada.⁶¹¹

4.2.3 Föresättningsläran

Den välkända föresättningsläran har, likt många andra institut i svensk rätt, sina rötter på kontinenten. Denna okodifierade "lära" betraktas emellanåt såsom en i rättstillämpningen utvecklad allmän rättsgrundsats,⁶¹² och den har diskuterats under lång tid av åtskilliga nordiska rättsvetenskapsmän i varierande omfattning. Läran har utvecklats vid sidan om 33 §

⁶⁰⁵ Jfr generellt angående "kontraktsindstiftande passivitet", Madsen (1981), s. 152-165.

⁶⁰⁶ Arnholm (1975), s. 93. Denne diskuterar dock även utomobligatoriska fall, såsom grannelagsrätt (Nabodommen Rt. 1902 s. 641).

⁶⁰⁷ Hagström, s. 47.

⁶⁰⁸ Arnholm (1975), s. 90, hänvisande till Rt. 1916 s. 489, Rt. 1918 s. 494 och Rt. 1921 s. 70.

⁶⁰⁹ Gorton (1999), s. 39 ff.

⁶¹⁰ Prop. 1988/89:76, s. 205 ff.; Hellner & Ramberg, s. 247.

⁶¹¹ Bärlund, s. 487 ff. samt 502 (konsumentförhållanden).

⁶¹² Föredraganden i prop. 1975/76:81 s. 101. Jfr Lehrbergs resonemang om läran såsom allmän rättsgrundsats i förhållande till densamma såsom rättsregel, (1989), s. 27. Se angående denna lära ovan not 441, 559.

avtalslagen och dess rättsverkningar är primärt att *befria* en part från en förpliktelse som denne har åtagit sig med felaktiga förutsättningar.⁶¹³ Förutsättningsläran har behandlats såsom en del av ogiltighetsläran, men den omfattar inte endast omständigheter vid avtalets tillkomst utan också fall av avtals ogiltighet eller överksamhet på grund av inträffade omständigheter efter avtalsingåendet, s.k. bristande förutsättningar.⁶¹⁴

I rättsfallet NJA 1989 s. 614 har HD, hänvisande till äldre doktrin, slagit fast att rättsverkningarna vid tillämpningen av förutsättningsläran är partiell eller total ogiltighet, alternativt överksamhet.⁶¹⁵ Denna begränsning av rättsverkan har tidigare diskuterats av bl.a. Lehrberg och Kleineman, vilka har påtalat möjligheterna att även använda förutsättningsläran såsom rättslig grund i syfte att tillåta en förpliktelseökning.⁶¹⁶ I NJA 1996 s. 410 uttalar HD att läran kan ses som ett *komplement* till främst avtalstolkning och ogiltighetsgrunderna i avtalslagen.⁶¹⁷ Grönfors uppfattar att den moderna svenska doktrinen, Lehrberg undantagen, tillråder en restriktiv och försiktig tillämpning av denna lära, i dess roll att ingripa korrigerande i gjorda förklaringar.⁶¹⁸

Förutsättningsläran och dess utländska motsvarigheter kan sägas innehålla lojalitetsförknippade resonemang. Madsen menar att: *"[h]ele vildfarelseslæren med dens regler om undersøgelses- og underretningspligt kan meget vel ses som udtryk for denne generelle loyalitetstanke, der stiller normative krav til en aftalepart om i en interessekonflikt ikke ubetinget at fremme sine egne interesser på bekostning af medkontrahentens, men i en vis udstrækning at tilstræbe en rimelig afvejning. Selv om problemformuleringen herved bliver normativ og til dels subjektiveret, vil den reale basis herfor være et krav om en mere objektiveret balance eller ækvivalens mellem parternes rettigheder og pligter i*

⁶¹³ Ramberg & Ramberg s. 163, Hellner, *Kontraktsrätt* 2, s. 62. Se ang. förutsättningsläran i allmänhet i Lehrberg (1989).

⁶¹⁴ Adlercreutz I (2002), s. 280. Det finns således en prekontraktuell dimension av förutsättningsläran (vilket redan begreppet antyder). I detta sammanhang diskuterades den dock i samband med kontraktuellt ansvar.

⁶¹⁵ Jfr Ramberg & Ramberg, s. 180 f.; Lehrberg (1998), s. 163-165, med hänvisningar till tidiga rättsfall samt andra författare, se särskilt noterna 238, 240 och 241.

⁶¹⁶ Lehrberg (1989), s. 568 ff. där Lehrberg ansluter sig till Arnholms uppfattning (vilken framkommer i *Tre utsnitt, av den almindelige privaträtt* s. 43 ff.) angående möjligheterna till en mångfald av tillgängliga rättsföljder. Se därutöver Kleineman, *Förutsättningsläran* (passim).

⁶¹⁷ Jfr uttalande av Vahlén, not 441.

⁶¹⁸ Grönfors, *Avtalslagen*, s. 210 med flera hänvisningar.

*af taleforholdet. Reelt rummes derfor heri en god del af det samme rimelighedsskøn, som mere åbenlyst anlægges efter de retlige standarder eller generalklausuler.”*⁶¹⁹

I Tyskland har motsvarigheten till förutsättningsläran – Wegfall der Geschäftsgrundlage – tidigare behandlats i anslutning till § 242 Treu und Glauben, även om det inte syntes ha varit den tyska lagstiftningskommissionens intentioner.⁶²⁰ Numera är principen, efter lång och trogen tjänst, kodifierad i tysk rätt, se BGB § 313 (Störung der Geschäftsgrundlage).

Beroende på omständigheterna kan det finnas olika sätt att restaurera *status quo ante*, d.v.s. den ursprungliga ekvivalensen i avtalsförhållandet. I vissa situationer är det nog inte fel att påstå att förutsättningsläran ”konkurrerar” med andra normkomplex.⁶²¹ Ett exempel på denna normkonkurrens med den materiella lojalitetsplikten kom i dagen i NJA 1992 s. 351 och den efterföljande juridiska debatten. I nyss nämnda fall hade en viss Nedo tecknat en proprieborgen för ett kortfristigt lån omfattande 200 000 kr, vilket beviljades gäldenären (ett aktiebolag) den 6 september 1984. Lånet förföll till betalning efter den 30 december 1984. Gäldenären betalade dock inte på den avtalade förfallodagen och borgenären (banken) erhöll inte någon betalning överhuvudtaget fram till det att gäldenären försattes i konkurs den 6 oktober 1986. Först i samband med konkursen krävdes Nedo på betalning i enlighet med borgensförbindelsen: den 15 oktober 1986 riktade banken krav mot honom angående borgensförbindelsen. Eftersom aktiebolaget då var försatt i konkurs och dess ägare hade lämnat Sverige, fanns det ingen reell möjlighet för Nedo att utnyttja sin regressrätt. I fallet synes domstolen ha låtit argument om kontraktsbrotts leda till påföljden överksamhet.⁶²² HD uttalar att ”[i] fall en borgenär underlåter att göra vad som rimligen kan begäras i förevarande hänseende, bör borgensmannen bli fri från sitt betalningsansvar mot borgenären i den mån försummelsen orsakat borgensmannen skada i fråga om regressrätten”. HD fann att banken varit försumlig med att underrätta Nedo L och att ”banken anses ha förlorat sin rätt enligt borgensåtagandet i den mån försummelsen inverkat på hans regressrätt”. I samma dom uttalas därutöver att det inte kan ”med tillräcklig tydlighet anses visat att Nedo L inte till följd av bankens försummelse lidit skada med det belopp som borgensförpliktelsen avser”.

⁶¹⁹ Madsen (1981), s. 238. Se för övrigt hela detta avsnitt s. 235 ff. Jfr även (nedan i kapitel 7) med Lindsjogs lojalitetsmodell med dess intresseavvägning mellan parterna.

⁶²⁰ Zimmermann & Whittaker s. 25 f. särskilt not 103.

⁶²¹ Jfr Madsen (1981), s. 236, not 7. Se även Bengtsson (1967), s. 133: ”Under alla omständigheter blir det fråga om en successiv övergång mellan förutsättningar och avtalsförpliktelser, där skiljelinjen är ytterligt svår att fastställa.”

⁶²² I HD prövades borgensmannens invändning om att borgensåtagandet var ogiltigt. Angående ogiltighet kontra överksamhet i detta fall, se Kleinman, *Lender Liability*, s. 300 not 21 samt Lehrberg (2002), s. 132 ff.

I den juridiska doktrinen har det presenterats åtminstone två olika argumentationslinjer.⁶²³ Lehrberg diskuterar å ena sidan att man med exempelvis förutsättningsläran förklarar borgensförbindelsen såsom helt eller delvis oförbindande eller överksam. Lehrberg har behandlat denna problematik tämligen ingående och redogör även för ett antal andra rättsfall angående borgen.⁶²⁴ Å andra sidan går det att nå samma materiella resultat genom att åberopa borgenärens brott mot informationsplikten.⁶²⁵ En väsentlig avvikelse från denna lojalitetsförpliktelse skulle kunna ådra borgenären skadeståndsskyldighet. Skadeståndsfordringen skulle därmed kunna kvittas mot borgensfordringen. Denna lösning har förespråkats av bl.a. Kleineman och Lennander,⁶²⁶ medan däremot Lehrberg menar att *"[k]onstruktionen med skadeståndsanspråk och kvittning i stället för nedsättning av borgensansvaret framstår som onödig, onödigt komplicerad och materiellt sett tvivelaktig."*⁶²⁷

Det materiella resultatet som uppnås, via båda alternativen är att borgensmannen i detta fall inte skall vidkännas någon förmögenhetsminskning. Oavsett vilken rättslig grund som åberopas, kan borgenärens skyldighet ses i ljuset av ett *generellt* lojalitetsperspektiv.⁶²⁸ I Norge diskuteras för övrigt *"partenes gjensidige lojalitets og aktsamhetsplikt ved kausjonserklæringer"*.⁶²⁹

⁶²³ Jfr Lehrberg, s. 132. Han noterar att det även i rättspraxis förekommer två skilda angreppsmetoder (rättsföljden överksamhet, ogiltighet vanligast).

⁶²⁴ Lehrberg (2002), s. 124 ff.

⁶²⁵ Jfr Kleineman, *Lender Liability*, s. 302.

⁶²⁶ Kleineman, *Lender Liability*, särskilt s. 302 samt Lennander, s. 61.

⁶²⁷ Lehrberg (2002), s. 129.

⁶²⁸ Se Kleineman, *Lender Liability*, s. 298-303; Lindskog (2001), s. 80 not 131 samt s. 574 not 79; Nicander, s. 34, särskilt not 8 samt s. 38. Se även Zimmermann & Whittaker, s. 57 not 296 där det hänvisas till "a duty to act loyally", vilken anses framgå av NJA 1992 s. 351 (jfr ovan i text vid noterna 14 samt 170). Jfr även Krüger, s. 641 f.

⁶²⁹ Se Falkanger Thorsen, s. 44. Han behandlar bl.a. Rt 1984 s. 28 (Troms Sparebank) samt Rt 1988 s. 1078 (Skipsgaranti). Jfr Haaskjold, s. 34 f.

4.3 Lojalitetsförpliktelser – konkret förpliktelseutfyllnad inter partes

Av ovanstående framgår att lojalitetsprincipen har förknippats med flera, såväl kodifierade som okodifierade, rättsliga normer. Lojalitetsprincipen har i dessa fall huvudsakligen uppfattats såsom en allmän tolkningsprincip, eftersom den i sig inte har förknippats med någon egentlig ”egen” rättsföljd. Den kan däremot bidra med en stödjande och förstärkande (normerande) tankestruktur åt en betydande mängd gällande rättsregler. I detta avsnitt riktas intresset i stället mot situationer, i vilka rättstillämparen låter biförpliktelser fylla ut ingångna avtal. Tidigare i detta arbete har det påpekats att ingen annan norm av generell karaktär har tillerkänts kapaciteten att tillskapa helt *nya* förpliktelser i avtalsförhållanden.⁶³⁰ Av rättspraxis framkommer att domstolarna understundom fyller ut avtal med vad som benämns lojalitetsförpliktelser (jfr *ergänzende Vertragsauslegung* i tysk rätt).⁶³¹ Dessa lojalitetsplikter kan, med hänsyn till ovanstående, betraktas såsom en subkategori, underställd den övergripande lojalitetsprincipen.⁶³² Vanligen handlar dessa förpliktelser antingen om att en part skall utföra vissa prestationer i syfte att möjliggöra eller uppnå avtalsuppfyllelse eller också att undvika att skada sin medkontrahent.

I den mån en avtalspart inte presterar i enlighet med dessa lojalitetsförpliktelser, kan det, beroende bl.a. på avvikelens art och grad, komma att bedömas såsom kontraktsbrott. Det finns ett antal alternativa rättsföljder, vilka kan komma ifråga vid konstaterat kontraktsbrott. Beroende på omständigheterna kan exempelvis uppsägningsrätt alternativt hävningsrätt,⁶³³ vederlagsreduktion och skadestånd komma ifråga.

⁶³⁰ Med viss reservation avseende HD:s uttalande angående 36 § avtalslagen i NJA 1989 s. 614, se ovan i text vid not 592.

⁶³¹ Se exempelvis Lando & Beale, s. 305; Beale m.fl., s. 579; Hesselink, s. 204; Kötz & Flessner, s. 118.

⁶³² Den nyss nämnda indelningen mellan tolkningsprincip och materiell rättsregel har vissa likheter med indelningen i BGB, där § 157 är formulerad såsom en tolkningsregel medan § 242 är formulerad såsom en materiell regel, om än abstrakt. Se exempelvis Kötz & Flessner, s. 121: ”Both paragraphs are often cited in tandem, and writers agree that it is neither possible nor necessary to distinguish their respective fields of operation.” Hänv. till Medicus, *Schuldrecht*, 5 uppl., vol. i. §16 II 1. Se nedan not 1065.

⁶³³ Jfr Bengtsson (1967), angående arbetstagares- (s. 376 ff.) respektive bolagsmans (s. 594 ff.) illojalitet och eventuell hävningsrätt som följd.

4.3.1 Kontraktuellt ansvar – några hållpunkter

*"But, even where a contract rule does not build on party agreement, the problem of liability is viewed in a context that is significantly different from that of contemporary tort law."*⁶³⁴

Under avsnitt 2.4.1 framgår att uppdelningen inom- respektive utomobligatoriskt ansvar inte nödvändigtvis tillför något *avgörande* vid konkreta ansvarsbedömningar. Detta konstaterande innebär i sig inte att de två kategorierna slutligen sammansmält till en. Fortfarande finns det avgörande skillnader och kommer säkerligen att så förbli inom överskådlig tid.⁶³⁵ Ett relativt nyligen avgjort rättsfall – NJA 2001 s. 711 (Securitas-fallet) – visar att gränsen mellan inom- respektive utomobligatoriskt ansvar fortfarande kan vara nog så betydelsefull, särskilt vad gäller ansvaret för underlåtenhet.⁶³⁶ Ett vaktbolag hade varit grovt vårdslöst vid utförandet av ett bevakningsuppdrag gällande banklokaler. Vårdslösheten hade möjliggjort stöld av bankkundernas egendom, vilken hade förvarats i bankvalvet. HD begränsade dock vaktbolagets ansvar till att omfatta egendom tillhörande banken trots att det måste ha stått klart för vaktbolaget att det även fanns kundägd egendom i de bevakade utrymmena. Någon lojalitetsplikt direkt mot tredje man accepterades inte i rättsprocessen (jfr nedan avsnitt 4.6).

I många fall skärps *culpanormen* i de avtalsrelaterade kontakterna, i förhållande till vad som skulle gälla i rent utomobligatoriska sammanhang.⁶³⁷ En naturagäldenär anses exempelvis vanligen ha en underförstådd skyldighet att vidta rimliga säkerhetsåtgärder,⁶³⁸ till förmån för medkontrahenten eller dennes närstående.⁶³⁹ Denna skyldighet kan vara mer långtgående jämfört med det utomobligatoriska ansvaret. Följande exempel visar hur denna allmänna skyldighet har konkretiserats: det finska fartyget *Oihonna*, vilket var på väg ut från en s.k. fartygsdocka efter avslutade reparationsarbeten, kolliderade med en dockpir. Denna var förbunden med en submarin klippa. Fartygsägaren stämde dockanläggningens innehavare och hävdade att denne varit försumlig. Den sistnämnda ansågs även av domstolen såsom

⁶³⁴ Von Mehren, s. 4.

⁶³⁵ Se not ovan not 634, samt Zimmermann (1996), s. 13 med hänvisningar i not 72.

⁶³⁶ Bengtsson & Strömbäck menar dock att detta falls prejudicerande verkan är tveksam, s. 47.

⁶³⁷ Jfr Madsen (1982), s. 169, not 24, med hänvis. till Gomard, *Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontraktsforhold*, s. 46 och densamme i *Obligationsrätt, Alm. Emner*, 1, s. 7.

⁶³⁸ Saxén, s. 33.

⁶³⁹ Hellner & Johansson, s. 107. NJA 1932 s. 457 (Hyresvärdens ansvar för is vid vattenkran). Se vidare om ansvar mot mer eller mindre "närstående" nedan i avsnitt 4.6.

*"ansvarig för att dockanläggning vore i sådant skick, att med iakttagande av vanlig försiktighet fartyg kunde utan att skadas ingå i dockan eller utlöpa ur densamma."*⁶⁴⁰

Den normala effekten av att ansvaret är kontraktuellt torde således vara att ansvaret utsträcks utöver vad som framkommer av utomobligatoriska regler, inte att det inskränks. Från denna "huvudregel" finns det undantag: det kan finnas faktorer som i stället *minskar* ansvaret.⁶⁴¹

Parterna kan exempelvis ha kommit överens om en friskrivningsklausul eller en preskriptionsregel, vilken begränsar ansvaret i förhållande till vad som annars skulle gälla. Några avtalstyper har dessutom lagreglerats på ett sätt som inskränker den skadelidandes rättigheter i viss utsträckning, i jämförelse med vad som skulle gälla enligt allmänna regler. Exempelvis förekommer det i speciallagstiftning såväl kortare preskriptionstider som ersättningsbeloppsbegränsningar i förhållande till som gäller enligt allmänna regler.⁶⁴² Sjölagens korta preskriptionstider (19 kap. 1 §) omfattar *såväl* kontraktsrättsliga anspråk som utomobligatoriska, t.ex. vid kollisioner mellan fartyg.⁶⁴³ Enligt Hellner torde huvudregeln i svensk rätt vara att den skadelidande inte äger att åberopa utomobligatoriska regler, i stället för kontraktsrättsliga, för att därigenom uppnå en fördelaktigare behandling.⁶⁴⁴

I detta sammanhang kan det även påpekas att ett avtalsförhållande kan påverkas av klandervärda beteenden, trots att de företas utanför den normala avtalssfären. Exempelvis kan en anställd, som begår allvarliga brott på sin fritid förlora sin anställning, trots att den brottsliga gärningen inte riktades mot arbetsgivaren.⁶⁴⁵

⁶⁴⁰ NJA 1909 s. 476, Lejman, särskilt s. 51 f. med hänv. till Alexandersson, *Ett par skadeståndsproblem i svensk rättspraxis*, Nordiska juriststämman 1926; Grönfors (1993), s. 99. Fallet uppvisar för övrigt likheter med den engelska rättsfallet *Mersey Docks Trustees v. Gibbs* (1864) LR 1 HL 93, vilket i sin tur åberopas i det kända engelska rättsfallet *The Moorcock*, se Beale m.fl. s. 585 ff.

⁶⁴¹ Jfr exempelvis Hellner, *Kontraktsrätt* 2, s. 187. Se angående s.k. passiv identifikation vid sakskada som undantag i Bengtsson & Strömbäck, med hänv., s. 35 not 24.

⁶⁴² Se Hellner & Johansson, s. 181 f. med hänvisningar.

⁶⁴³ Hellner & Johansson, s. 445, not 59 med hänvisningar.

⁶⁴⁴ Hellner & Johansson, s. 90 f. NJA 1951 s. 656 där järnvägstrafikstadgan begränsade den skadelidandes ersättning samt NJA 1949 s. 289 där poststadgan begränsade den skadelidandes ersättning. Jfr angående normkonkurrens i Frankrike, England och Tyskland i van Gerven, s. 32 ff.

⁶⁴⁵ Jfr aktuell rättspraxis i Lunning & Toijer, s. 332 ff. Jfr även ett annat fall när avtalsexterna händelser väcker frågan om rätten till hävning, UfR 1945 s. 388 (se nedan i text vid not 1494).

4.3.2 Konstruktionen av inomobligatoriska biförpliktelser

4.3.2.1 Något om dikotomin huvud- respektive biförpliktelse

4.3.2.1.1 Huvudförpliktelse

Avtalsprestationer brukar emellanåt indelas i kategorierna huvud- respektive biförpliktelser.⁶⁴⁶ De flesta avtal innehåller normalt en kärna som benämns huvudförpliktelse:⁶⁴⁷ denna utgör en sådan väsentlig plikt i avtalet att den kan göras gällande självständigt.⁶⁴⁸ Med huvudförpliktelse menas transaktionens individualiserade element och redan avtalstypen avslöjar normalt vad som är det centrala elementet bland förpliktelserna.⁶⁴⁹ Vid traditionella transaktioner är det därför sällan svårt att identifiera de motstående huvudförpliktelserna, eftersom de framgår explicit av parternas accepterade viljeyttringar. Vid exempelvis fraktavtal, är det själva transporten respektive betalningen av det överenskomna vederlaget som utgör huvudförpliktelserna, medan det vid ett traditionellt köpeavtal är överlämnandet av äganderätten till objektet respektive betalningen avseende detsamma.⁶⁵⁰

4.3.2.1.2 Biförpliktelse

*"Redan här må emellertid anmärkas, att många tveksamma gränsfall finnas, i det att ett kontraktsförhållande kan ge upphov till s.k. biförpliktelser, alltså sådana förpliktelser som icke äro för rättsförhållandet centrala men dock stå i visst sammanhang med det genom avtalet skapade särskilda mellanhavandet mellan kontrahenterna."*⁶⁵¹

Som redan antytts ovan krävs det vanligen en mängd olika prestationer, *utöver* själva fullgörandet av huvudförpliktelserna. Avtalsingåendet kan, för det första, sägas leda till att parterna får en allmän skyldighet att i vid mening *medverka* till att avtalsändamålet uppfylls.

⁶⁴⁶ Andersen & Lookofsky, s. 41 ff.; Bengtsson (1960), s. 21; Grönfors (1993), s. 100; Jørgensen (1972:2); Kocktvedgaard (1965), s. 275 ff.; Saxén, s. 37 och 47 f.; Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 2.

⁶⁴⁷ Grönfors (1993), s. 100.

⁶⁴⁸ Saxén, s. 37.

⁶⁴⁹ Jfr Bengtsson (1960), s. 21; Haaskjöld, s. 215 f. Jfr även Saxén, s. 37.

⁶⁵⁰ Jfr Grönfors (1993), s. 100, särskilt not 160, med hänv. till Hammarskjöld, *Om fraktaftalet och dess viktigaste rättsföljder*, s. 3.

⁶⁵¹ Karlgren (1972), s. 7.

För det andra kan det ställas krav att man *inte skadar* motparten inom ramen för avtalet.⁶⁵² Andersen, Madsen & Nørgaard skriver följande: "*Et kontraktsforhold skaber imidlertid foruden selve hovedforpligtelsen normalt også forskellige biforpligtelser (akcessoriske pligter), herunder en forpligtelse til at udvise imødekommenhed og konduite i forbindelse med aftalens efterlevelse. Denne pligtrelation kan ikke siges at være direkte fastlagt i den enkelte aftale og kan ikke udledes af denne ved sædvanlig fortolkning, men følger af kontraktsforholdet som et naturalia negotii.*"⁶⁵³

En skillnad mellan huvud- och biförpliktelse är att ansvaret för att prestera huvudförpliktelsen, av lätt insedda skäl, inträder först i och med avtalsingåendet, medan det är tänkbart att en inträder ett sekretessansvar redan under avtalsförhandlingarna.⁶⁵⁴ Sekretessplikt och konkurrensavhållsamhet är för övrigt exempel på kvardröjande biförpliktelser, vilka kan kvarstå viss tid *efter* huvudförpliktelsens fullgörande.⁶⁵⁵ I doktrinen förekommer följande samlingsbegrepp, vilka ofta synes beskriva samma fenomen: *biförpliktelser, accessoriska förpliktelser, naturalia negotii* samt *lojalitetsförpliktelser*.⁶⁵⁶ I rättspraxis har dessa förpliktelser fungerat såsom konstruktiva rättsdogmatiska element vid utfyllandet av avtal, när dessa ansetts ofullständiga avseende regleringen *mellan parterna*. Tidigare, har det också förekommit att man åberopat biförpliktelser i samband med en utvidgning av ansvaret, i särskilda kontraktsanknutna situationer, till att omfatta ett skydd även för *tredje man* (jfr ovan avsnitt 2.4.1).

Biförpliktelser kännetecknas vanligtvis av en betydligt högre grad av relativitet än vad huvudförpliktelser gör. Biförpliktelsernas existens är normalt mer beroende av den aktuella kontexten. Likt kameleonter anpassas de efter den aktuella miljön: i vissa avtalstyper syns en specifik biförpliktelse inte alls, medan den i andra avtalstyper framträder i all sin prakt.⁶⁵⁷ Biförpliktelserna är vanligen inte meningsfulla i sig själva, utan de är snarast med och stöttar huvudförpliktelsen, i vars skugga de är hänvisade att verka. Generellt gäller att det är främst,

⁶⁵² Jfr exempelvis Bengtsson (1960), s. 27: "Främst är då att beakta, att under senare decennier växt fram en insikt om att kontraktsansvarets syfte icke vore blott att tvinga gäldenären att uppfylla sitt löfte, utan även att förmå honom att eljest vidtaga åtgärder till skydd för borgenärens person och förmögenhet."

⁶⁵³ *Aftaler og mellemænd*, s. 405 f.

⁶⁵⁴ FHL 6 § är tillämplig, se Fahlbeck, s. 225 där följande citat ur prop. 1987/88:155 s. 42 återges: "Redan under förhandlingsskedet kan mottagaren ha fått del av en företagshemlighet på sådant sätt att ett förtroendeförhållande får anses föreligga."

⁶⁵⁵ Se angående detta FHL 7 § 2 st. samt AD 1998 nr 80.

⁶⁵⁶ Andersen & Lookofsky, s. 71 och 215; Andersen, Madsen, Nørgaard s. 405 f. och 413; Haaskjold, s. 216; Madsen (1982), s. 165 och 167; Ramberg och Ramberg, s. 39; Schmidt (1994), s. 257.

⁶⁵⁷ Exempelvis är förbudet mot att konkurrera med medkontrahenten synnerligen kontextbundet, se avsnitt 4.4.

men alls inte uteslutande, till den typiske naturagäldenären som de flesta av dessa accessoriska förpliktelser är knutna.⁶⁵⁸ I doktrinen förekommer det att såväl negativa som positiva förpliktelser benämns biförpliktelser och de har för svensk del utvecklats utan något stöd i någon generell lagregel.⁶⁵⁹ Däremot kommer ett betydande antal till uttryck i enskilda lagrum. Det kan exempelvis röra sig om sekretessförpliktelser, informationsförpliktelser och s.k. medverkansförpliktelser. Numera finns exempelvis köparens plikt att *medverka* till köpet – genom att hämta eller ta emot varan – uttryckt i lagtexten (50 § köplagen), vilket är en nyhet gentemot den gamla köplagen.⁶⁶⁰

Indelningen i huvud- och biförpliktelse kan vara fruktbar,⁶⁶¹ även om det inte går att, en gång för alla dra, en knivsskarp skiljelinje mellan vad som är en biförpliktelse och vad som är en huvudförpliktelse.⁶⁶² Tidigare har det antagits att (avtals)brott mot en biförpliktelse skulle medföra andra rättsverkningar än vad som följer av brott mot huvudförpliktseln. Detta antagande synes, generellt betraktat, inte längre stämma.⁶⁶³

En svårighet i detta sammanhang är att vissa komplexa samarbeten omfattar ett flertal olika prestationer, vilka inte passar särskilt väl in i dikotomin huvud- respektive biförpliktelse.⁶⁶⁴ Så t.ex. förväntas vid franchising franchisegivaren ställa det framarbetade marknadsföringskonceptet, varumärket och specifik kunskap (know-how) till franchisetagarens förfogande. Den senare förväntas å sin sida utföra ett flertal olika förpliktelser av såväl penning- som naturakarakär.⁶⁶⁵ Ett annat konkret exempel, som kan exemplifiera indelningssvårigheterna, framkommer av NJA 1994 s. 532 (Statens Provvningsanstalt). Ett familjeföretag i möbelbranschen hade erbjudits tjeckiska tyger av ett importföretag. Det förstnämnda företaget (möbelföretaget) valde att låta Statens Provvningsanstalt (SP) pröva dessa tygers kvalité, särskilt avseende ljushärdighet. Det senare

⁶⁵⁸ Jfr dock Rodhe (1986), angående olika *borgenärs*förpliktelser s. 37, 84 ff. och 118 ff. samt Hellner, *Kontraktsrätt* 2, s. 36 ff. och 226-229

⁶⁵⁹ Jfr Kleineman (1987), s. 7, not 19.

⁶⁶⁰ Hellner & Ramberg s. 32. I detta sammanhang bör det dock påpekas att inte ens den senare versionen av köplagen är avsedd att vara fullständig vad gäller förpliktelsesans innehåll eller påföljderna vid kontraktsbrott, se Hellner, *Kontraktsrätt* 2, s. 97 och Ramberg & Herre (1995), s. 104.

⁶⁶¹ Hellner har en annan åsikt, se *Kontraktsrätt* 2, s. 35. "Enligt min mening skapar [indelningen] fler problem än den löser." Han använde dock själv begreppet huvudförpliktelse i samma skrift, se s. 199. Flera författare menar att indelningen kan ha ett pedagogiskt värde: Andersen & Lookofsky, s. 42. Bengtsson (1960), s. 21; Haaskjold, s. 215.

⁶⁶² Bengtsson (1960), s. 21; Haaskjold, s. 216 samt Saxén, s. 37.

⁶⁶³ Andersen & Lookofsky, s. 42 f.

⁶⁶⁴ Andersen & Lookofsky, s. 42.

⁶⁶⁵ Andersen & Lookofsky, s. 40.

var särskilt relevant, eftersom tyget skulle användas såsom beklädnad på dynor till trädgårdsmöbler. Möbelföretaget informerade SP om denna förutsättning. SP lät utföra provningen i enlighet med uppdraget och redovisade provningsresultatet till möbelföretaget. I det provningsprotokoll avseende ljushårdigheten som möbelföretaget erhöll, angavs att det tjeckiska tyget uppnådde klass 3-4. Av protokollet framgick att skalan var graderad mellan 1-8 och att ju högre klass desto högre motståndskraft mot ljuspåverkan (solblekning). Möbelföretagets företrädare visste inte huruvida klass 3-4 skulle motsvara de kvalitetskrav som slutkunderna kunde tänkas ställa. Företrädaren lät därför testa även ett dyrare holländskt tyg, vilket möbelföretaget hade god erfarenhet av avseende ljushårdigheten. Det holländska tyget uppnådde ljushårdighet klass 4. Med detta som ledning inköptes det tjeckiska tyget, eftersom möbelföretaget ansåg att den marginella försämringen av ljushårdigheten inte motsvarade den prisskillnad som förelåg mellan de två tygerna. Senare, efter att produkten lanserats på marknaden, inkom det dock ett antal reklamationer till möbelföretaget från dess kunder. Reklamationen avsåg solblekning av tyget. Möbelföretaget lät då SP utföra nya provningar. Dessa utfördes utan att ett visst filter användes och det tjeckiska tyget nådde då klass 3, medan det holländska tyget nådde klass 4-5. Möbelföretaget nöjde sig inte med detta, varför det gav en tysk provningsanstalt uppdraget att genomföra motsvarande test. I detta prov bedömdes det tjeckiska tyget uppnå klass 2-3, medan det holländska bedömdes nå klass 5.

Först när möbelföretaget återkom till SP, efter att ha fått tillgång till de tyska resultaten, klargjorde SP att den angivna klassningsskalan var *logaritmisk*. Skillnaden mellan 3 och 4 var således betydligt större än vad möbelföretaget hade antagit. Denna grundläggande information om klassificeringen var nödvändig för att möbelföretaget skulle kunna göra en rimlig tolkning av mätresultatet. Möbelföretaget krävde ersättning av SP för att kompensera den skada som det förstnämnda företaget hade lidit: det misslyckade inköpet hade gjorts med ledning av provningsresultatet såsom det hade presenterats av SP. Det senare nekade kompensation, varför saken senare togs upp i domstol. Vid den slutliga prövningen i HD uttalade domstolen att: "*[d]et måste åligga den uppdragstagare som mot betalning åtar sig att utföra en tekniskt avancerad analys att redovisa resultatet av denna analys på ett sätt som tillåter uppdragsgivaren att dra rimliga och korrekta slutsatser av dessa resultat. Av särskild vikt är att analysresultaten inte framläggs på ett sätt som är ägnat att skapa missförstånd om deras innebörd.*"

SP ansågs vara ersättningsskyldig gentemot möbelföretaget. Nu till den i detta sammanhang relevanta frågan: Skall den av HD beskrivna förpliktelsen betraktas såsom en huvud- eller biförpliktelse? Det som talar för det förstnämnda är att resultatredovisningen är så till den grad integrerad med själva provtagningsuppdraget. Det senare får – ur uppdragsgivarens synvinkel – ingen egentlig mening, så länge som själva resultatet inte kommer uppdragsgivaren tillhanda. Redovisningen av uppdraget är en nödvändig del av prestationen, eftersom uppdragsgivarens syfte med avtalet är att få kännedom om tygets kvalitativa egenskaper. Hur denna redovisning bör utformas har dock inslag av relativitet. Om uppdragstagaren hade kännedom om att uppdragsgivaren sedan tidigare var bekant med skalan, kommer saken i annan dager.

I det nyss nämnda rättsfallet har inte uppdelningen av prestationsskyldigheter i flera förpliktelser avgörande betydelse för bedömningen. I andra fall är det däremot centralt att specificera vilken förpliktelse som en part har brutit mot. I exempelvis HB 18 kap. 9 § är sysslomannens *redovisningsskyldighet* reglerad av en ettårig preskriptionstid, medan andra närliggande förpliktelser i samma rättsförhållande preskriberas efter den 10-åriga huvudregeln. I ett hovrättsfall diskuterades hur en banks olika prestationer skulle bedömas med avseende på denna inkongruens.⁶⁶⁶ Banken hade gentemot en kund ägnat sig åt kreditgivning, kreditförmedling, rådgivning och sysslomannauppdrag. Rådgivningen angående de företagna transaktionernas skattekonsekvenser var dock bristfällig, varför kunden senare stämde banken. Tingsrätten menade att rådgivning inte är ”hänförligt till institutet sysslomannauppdrag, varför preskriptionsregeln i HB 18 kap. 9 § inte är tillämplig.” Hovrätten däremot inbegrep även rådgivningen i sysslomannauppdraget, men menade samtidigt att preskription enligt nyss nämnda lagrum inte hade inträtt, eftersom banken inte hade presterat någon godtagbar slutredovisning när uppdragsgivaren väckte talan. I senare tillkomna fall (NJA 2000 s. 137 och NJA 2001 s. 31) har HD ansett att den kortare preskriptionstiden inte var lämplig som utgångspunkt för preskriptionsberäkningen. Det råder dock inte konsensus angående hur dessa domar skall tolkas i fråga om ovanstående problemställning.⁶⁶⁷

⁶⁶⁶ Göta hovrätts avd. 2, rotel 25, dom 1996-01-10 nr DT 2002, mål T 464/93.

⁶⁶⁷ Se Lycke m.fl., s. 90 f. med flera hänvisningar.

4.3.3 *Varför regleras inte dessa förpliktelser i avtalen?*

De flesta avtalsparter har förhoppningsvis i förväg tänkt över, och i bästa fall också uttryckligen reglerat fördelningen av, risker och förpliktelser.⁶⁶⁸ Av olika anledningar kan vi likväl inte förvänta oss att finna att "allt" skall vara reglerat i ett enskilt avtal. För det första är det vissa saker som mer eller mindre är självklara, varför parterna av den anledningen kanske inte ens ägnar dem en tanke. Dessa villkor är att betrakta såsom underförstådda. Vi kan ta exemplet med middagen på en restaurang. Anta att en kund beställer in en maträtt på en restaurang. Vanligen torde inte kunden och restaurangägaren (direkt eller indirekt via dennes personal) uttryckligen komma överens om: att maten skall vara varm (om det är sådan typ av mat), att den inte får vara giftig, att ägaren eller dennes personal inte skall stjäla något av gästen eller förorsaka denne person- eller sakskada.⁶⁶⁹

För det andra finns det situationer där det inte är realistiskt att i förväg precisera alla tänkbara prestationer. Människan har som bekant en begränsad kognitiv förmåga att förutse och beakta alla tänkbara scenarion. Detta gäller särskilt för komplicerade och/eller långvariga avtalsförhållanden.⁶⁷⁰ När avtalet fyller funktionen att vara ett instrument för *vidare* samverkan, ställs andra krav än de som gäller den begränsade samverkan som krävs för att genomföra ett momentant byte.⁶⁷¹ Många avtal innefattar förmögenhetsrättsliga dispositioner av sådant slag att personskador inte är en typisk risk, varför en reglering av dessa vanligen utelämnats.⁶⁷² Även om man, som ovan, kan argumentera för att undvikande av skador på sak och person är underförstått kan man därutöver påpeka att sådana skador i samband med förmögenhetsrättsliga avtal även är förhållandevis osannolika. Även andra yttre händelser, såsom krig och vissa politiska förändringar samt naturkatastrofer, är många gånger svåra att ta förutse. I mellankrigstidens Tyskland, med dess hyperinflation, förändrades förutsättningarna kapitalt för exempelvis befintliga lån med bundna räntor.⁶⁷³ Ett annat exempel är de

⁶⁶⁸ Lejman, s. 51.

⁶⁶⁹ Jfr Lieber, F. *Legal and Political Hermeneutics*, 3 uppl., 1880, s. 17-19, efter Eisenberg, *Relational Contracts*, s. 295.

⁶⁷⁰ Jfr Nystén-Haarala, *passim*.

⁶⁷¹ Runesson, s. 344. Jfr även Grönfors (1995), s. 48 f.

⁶⁷² Lejman, s. 51.

⁶⁷³ Jfr Zimmermann & Whittaker, s. 20 f.

långvariga avtalsförhållanden vilka kom att påverkas när många stater frångick systemet med den s.k. guldmyntfoten.⁶⁷⁴

Ytterligare ett skäl till varför det finns avtalslakuner, är att parterna medvetet förbigår vissa spörsmål vars besvarande de inte förmår enas om vid förhandlingen. Parterna anser att de kan gå vidare i samarbetet utan att lösa en viss problematik. Tvisteämnet kanske inte har sådan dignitet att parterna är beredda att offra hela samarbetet för att lösa detta vid tiden för avtalsförhandlingen. Denna strategi har benämnts *medveten otydlighet*.⁶⁷⁵ I dessa fall blir det, vid en efterföljande tvist, "*nödvändigt att avgöra tolkningstvisten efter mera allmänna överväganden såsom avtalets funktion och ändamål och parternas uppträdande i enlighet med god sed och anständighet*".⁶⁷⁶ Kravet på avtalslojalitet ingår såsom *en* del i denna dynamiska tolkningsmatris.

⁶⁷⁴ Jfr Rt. 1935 s. 122 (Falconbridge-domen) där ett avtal om varaktig nickelförsäljning hade ingåtts mellan två parter. När Storbritannien upphörde med att inlösa pundet mot guld, "skenade" nickelpriset. Det senare beaktades av domstolen. Se Hov, s. 42.

⁶⁷⁵ Ramberg, Jan, *Medveten otydlighet som avtalsrättsligt problem*, JT 1992-93 s. 358 ff., samt *Tolkning av s.k. stödförklaringar*, JT 1994-95 s. 131 ff. och *Stödbrev och den svärfångade partsavsikten*, JT 1995-96 s. 827 ff. och slutligen Ramberg & Ramberg, s. 182, 185 f., 191 och 196.

⁶⁷⁶ Ramberg och Ramberg, s. 186. Författarna omnämner i detta sammanhang även UP art. 1.7 (good faith) samt NJA 1994 s. 204 (Ljusne kätting) och NJA 1995 s. 586 (Stödförklaring).

4.3.4 Rättsdogmatiska taxonomier avseende utfyllnad av ofullständiga avtal.

Ovan har presenterats några anledningar till varför det kan finnas oreglerade spørsmål i ingångna avtal. Här nedan diskuteras några perspektiv ur vilka dessa avtalsbrister har hanterats i den rättsliga systematiken.

4.3.4.1 *Naturalia negotii*

Utfyllande avtalsvillkor, av allehanda slag, benämns emellanåt *naturalia negotii*.⁶⁷⁷ Detta, mycket gamla, begrepp är i viss utsträckning synonymt med vad som idag benämns lojalitetsförpliktelse. Såsom flera andra juridiska tänkesätt och kategoriseringar har även *naturalia negotii* sin grund i aristotelisk filosofi,⁶⁷⁸ och denna kategorisering utgör ytterligare ett exempel på juridikens öppenhet mot ursprungligen rättsexterna idéer.⁶⁷⁹ I det här fallet är det reminiscenser av Aristoteles tankar rörande tingens form och förändring,⁶⁸⁰ vilka framskymtar i den berömda medeltida juristen Baldus de Ubaldis författande.⁶⁸¹ När det gäller

⁶⁷⁷ Adlercreutz II (2001), s. 17; Andersen, Madsen, Nørgaard, s. 346: "Alle de regler, der kommer til anvendelse på en kontraktstype, f.s.v. de ikke är fraveget ved aftale, kaldes undertiden med et ældre systemudtryk for »naturalia negotii«." Se även s. 224 f och 413 i samma verk; Bryde Andersen (1997), s. 265 f. och 318 f.; Koktvedgaard (1965), s. 277; Ussing (1974), s. 434 ff. Denne omnämner också likheten med *naturalia negotii* och s.k. *typförutsättningar*. Dessa är – enligt Ussing – avtalsvillkor vilka en part har haft rätt att förutsätta (s. 471 f.).

⁶⁷⁸ "The distinction between essentialia, naturalia and accidentalia negotii was developed in the middle ages under the influence of Aristotelian logic." Citat ur Zimmermann, s. 234, not 27 där det hänvisas till flera verk av Helmut Coing. Jfr även Esser (1990), s. 45.

⁶⁷⁹ Se ytterligare exempel i Esser (1990), s. 44 ff. samt ovan i text vid not 145.

⁶⁸⁰ Det enda som kan bli till, enligt Aristoteles, är individuella ting, d.v.s. konkreta föreningar av form och materia. Annan förändring förutsätter att det redan existerar ett konkret enskilt ting. Aristoteles nämner fyra varianter av förändring: 1. *Substantiell* (essentiell) förändring innebär att det enskilda tinget (den primära substansen) upphör att existera. Aristoteles menar att det mister sin formgivande särprägel. Som exempel anges en vas som slås i bitar. 2. *Kvalitativ* förändring innebär att tinget ändrar egenskap, t.ex. om vasen målas i en annan färg. 3. *Kvantitativ* förändring innebär att vasen genomgår en kvantitativ förändring t.ex. genom att den tillförs ett handtag som gör den tyngre. 4. *Platsförändring* innebär en rörelse där, i det här fallet, vasen (tinget) flyttas i rummet. Den viktigaste av dessa s.k. kategorier är den första – substanskategorien – som är den enda som kan existera självständigt. Denna kategori betecknar allt essentiellt hos tinget utan vilket det upphör att existera. De andra kategorierna däremot betecknar det kontingenta eller det accidentella (*accidens* = något tillfälligt och växlande i tingens väsen) hos tingen, vilket det senare existerar förutan. Aristoteles menar dock att ett ting inte existerar endast med nödvändiga substantiella egenskaper utan att det även behövs någon eller några kompletterande kontingenta egenskaper. Denna analys användes senare av jurister för att avgöra om en försäld vara var felaktig eller inte. Ett känt exempel är den rättsliga felbedömningen avseende där vin blivit till attika. Var det en substantiell förändring eftersom vinet tycktes ha upphört att existera? Jfr här till Gordley (1991), s. 58-65.

⁶⁸¹ Gordley (1991), s. 39 med hänvisning till Horn. Baldus (1327-1400) var en lärjunge till Bartolus de Sassoferrato. Båda dessa herrar kategoriserades såsom s.k. kommentatorer eller postglossatorer, jfr Tamm, s. 263 ff.

att kategorisera avtalsvillkor synes Baldus ha influerats av Aristoteles teorier, även om han hänvisade till den romerska rätten.⁶⁸² Baldus delade in avtalsvillkoren i tre typer:⁶⁸³

Essentialia negotii (essentiella villkor): Det krävdes normalt dels att parternas respektive huvudsakliga prestationer kunde identifieras,⁶⁸⁴ dels att avtalsparterna var överens om dem för att ett avtal skulle anses föreligga.⁶⁸⁵ Dessa essentiella villkor har för övrigt tydliga likheter med ovan nämnda huvudförpliktelser (se ovan avsnitt 4.3.2.1.1)

Naturalia negotii (naturliga villkor): Dessa ansågs följa naturligt av de essentiella villkoren, vilket medförde att parterna ansågs bundna av dem även om de inte uttryckligen kommit överens om dem. Dessa villkor bär tydliga likheter med vad som ovan kallats biförpliktelser (se ovan avsnitt 4.3.2.1.2). Dock finns även s.k. naturliga villkor av annat slag, nämligen de som inte reglerar vilka förpliktelser som ingår, utan i stället vilken riskfördelning som gäller.

Accidentalialia negotii (tillfälliga villkor): Dessa följer inte – såsom de naturliga gör – av de essentiella villkoren, utan blir en del av avtalet endast om parterna uttryckligen kommer överens om det.

En viss typ av avtalsvillkor kan mycket väl tänkas ”vandra” mellan de tre kategorierna allt efter förändringar avseende tid och rum.⁶⁸⁶ Ett exempel på detta är överenskommelsen angående priset. Ursprungligen ansågs ett avtals existens vara beroende av att det fanns ett pris avtalat.⁶⁸⁷ Sknades en prisöverenskommelse var inget giltigt avtal ingånget. Numera har detta villkor lämnat den essentiella kategorin; i den nuvarande köplagen betraktas ett avtal inte såsom ogiltigt därför att pris ej avtalats.⁶⁸⁸

Såsom framgår i avsnitt 3.2.2 anknöts ovanstående indelning av avtalsvillkor till den övergripande normen om bona fides. En av principerna, vilka härleds ur bona fides normen, är att vardera parten skall fullgöra de förpliktelser vilka en hederlig person skulle anse föreligga,

⁶⁸² Gordley (1991), s. 61 f samt densamme (2000), s. 106 ff.

⁶⁸³ Se Gordley (1991), s. 61 f. med hänvisningar till Baldus verk.

⁶⁸⁴ Jfr nutid, Hellner & Ramberg, s. 99.

⁶⁸⁵ Jfr Zimmermann (1996), s. 234.

⁶⁸⁶ Jfr exempelvis Zimmermann (1996), s. 520, angående ”vårdplikt” avseende annans egendom.

⁶⁸⁷ Se exempelvis Zimmermann (1996), s. 234.

⁶⁸⁸ 45 § KöpL. Jfr Hellner & Ramberg, s. 99.

även om de inte hade avtalats explicit.⁶⁸⁹ Även den moderna förståelsen av bona fides (good faith) och lojalitetsprincipen associerar dessa normer med den nyss nämnda utfyllnad av förpliktelser som företas i rättstillämpningen.⁶⁹⁰

⁶⁸⁹ Gordley (2000), s. 94. med hänvisningar. Se ovan not 361.

⁶⁹⁰ Hesselink, s. 204 f., se ovan not 315. Jfr även Lindskog (2001), s. 80 f

För svensk rätts del anger Adlercreutz fem olika rättsligt accepterade normkällor, vilka kan anses erbjuda legitima utfyllningselement, i situationer där parterna inte själva har reglerat respektive förpliktelser i tillräcklig omfattning. Dessa är a) tvingande regler, b) partsbruk, c) handelsbruk och annan sedvänja, d) dispositiva rättsregler i lag eller rättspraxis samt d) objektiva rättsliga överväganden för tillskapandet av en utfyllande rättsregel.⁶⁹¹ Lehrberg å sin sida nämner dispositiva lagregler, *naturalia negotii*, kutyper och allmänna rättsgrundsatser samt i sista hand skönsmässiga bedömningar angående vad som kan anses rimligt i det enskilda fallet.⁶⁹² Han påpekar att möjligheterna att uppnå positiv utfyllning utan stöd i lagregel eller i partsbruk, handelsbruk eller annan sedvänja är begränsande. *"Det rör sig främst om vissa smärre begränsningar i anslutning till utfästelser av olika slag."*⁶⁹³ Men, Lehrberg påpekar att det i rättspraxis även förekommer att positiv utfyllning skett i form av en fiktiv kontraktstolkning.⁶⁹⁴ Ramberg och Ramberg menar i sin tur att även internationella normkällor, såsom *lex mercatoria*, kan ges en vägledande roll.⁶⁹⁵ Med hänsyn till det senare kan här särskilt UNIDROIT Principles (UP) nämnas: avtalstolkning behandlas i det fjärde kapitlet.⁶⁹⁶ I artikel 4.8 regleras förutsättningarna för utfyllnad: (Supplying an omitted term)

(1) Where the parties to a contract have not agreed with respect to a term which is important for a determination of their rights and duties, a term which is appropriate in the circumstances shall be supplied.

(2) In determining what is an appropriate term regard shall be had, among other factors, to

(a) the intention of the parties;

(b) the nature and purpose of the contract;

(c) good faith and fair dealing;

(d) reasonableness

⁶⁹¹ Adlercreutz II (2001), s. 18.

⁶⁹² Lehrberg (1998), s. 17, med hänvisningar till ett antal nordiska författare i not 10, nämnda sida.

⁶⁹³ Lehrberg (1998), s. 150. [Fotnot utesluten ur citat] Hänv. till NJA 1945 s. 107 och 1953 s. 484. I NJA 1989 s. 614 diskuterade HD om *allmänna obligationsrättsliga grundsatser*.

⁶⁹⁴ Lehrberg (1998), s. 150. Se även Lehrberg (1989), s. 139-149, samt fallen NJA 1914 s. 475; 1924 s. 477; 1939 s. 192; 1949 s. 640 och 1950 s. 480.

⁶⁹⁵ Ramberg & Ramberg, s. 22 f., 183 och 186 (ang. good faith and fair dealing, Art. 1.7, UP).

⁶⁹⁶ Jfr Bonell, s. 179 ff. Ett annat upplägg har valts i PECL, jfr art. 5:102: (Relevant Circumstances), Lando & Beale, s. 290.

I första hand skall avtalet utfyllas enligt vad som kan anses överensstämma med parternas intentioner.⁶⁹⁷ Denna formulering synes närmast vara ett eko från den klassiska avtalsrätten med dess fokusering på vilja.⁶⁹⁸ I den mån dessa intentioner inte kan utrönas, skall utfyllning ske i enlighet med momenten b till d. Det torde vara svårt att i praktiken skilja mellan de senast nämnda momenten. De olika benämningarna är namn på i princip likartade företeelser och de appellerar till olika rättskulturer. Enligt Grobecker finns det en funktionsekvivalens, när det gäller *utfyllnad* av avtal, mellan uttrycken *Treu und Glauben* och det i England använda uttrycket *reasonableness*.⁶⁹⁹ *Treu und Glauben* motsvaras närmast av punkt c och *reasonableness* framgår som synes av punkt d.

Regleringar angående avtalets innehåll behandlas i UP kapitel fem. Det finns en nära förbindelse mellan det generella stadgandet om good faith i artikel 1.7 och fastställande av avtalsinnehållet.⁷⁰⁰ I artikel 5.1 (Express and implied obligations) stadgas att: *The contractual obligations of the parties may be express or implied*. I artikel 5.2 (Implied obligations) regleras vad som menas med en s.k. implied obligation.⁷⁰¹ *"Implied obligations stem from (a) the nature and the purpose of the contract; (b) practices established between the parties and usages; (c) good faith and fair dealing; (d) reasonableness.*

Enligt Christina Ramberg är ovanstående tolkningsriktlinjer inte främmande för svensk rätt.⁷⁰² dock framstår knappast likheten som slående när man jämför de i Sverige angivna kategorierna med de i UP presenterade kategorierna. Nordiska motsvarigheter till punkterna c och d är förhållandevis vagt utvecklade, men såväl lojalitetsprincipen som skälighetsprincipen kan anses ha potentiella förutsättningar att motsvara dessa.⁷⁰³

⁶⁹⁷ Bonell, s. 179 ff.

⁶⁹⁸ Jfr kritik angående denna prioritering, se Hesselink, s. 119 ff.

⁶⁹⁹ Grobecker, s. 58 ff. samt s. 258 ff. Jfr även Atiyah (i ett annat sammanhang) nedan i text vid not 1433 angående reasonableness kontra fairness.

⁷⁰⁰ Bonell, s. 184.

⁷⁰¹ Jfr med den liknande lösningen i PECL Art. 6: 102 där dock moment (b) saknas, Lando & Beale, s. 302.

⁷⁰² Se exempelvis Christina Rambergs kortfattade komparation mellan UP och svensk rätt, (2003) s. 51 f. Jfr även med Ramberg och Ramberg, s. 187: "I UNIDROIT Principles kap. 4 och PECL kap. 5 ges användbara översikter av vilka moment som är av betydelse för avtalstolkningen. De flesta av dessa riktlinjer återfinns också i de tolkningsmetoder och tolkningsregler som används i svensk rätt."

⁷⁰³ 36 § avtalslagen spelar naturligtvis en central roll när det gäller betydelsen av skälighetsprincipen.

4.3.5 Förklaringar/rättfärdiganden avseende avtalsutfyllnad

Ovan i detta kapitel framgår att vissa avtalsförpliktelser har förknippats hänga samman med vissa avtalstyper – såsom ett *naturalia negotii*. Detta synes plausibelt, men likväl förutsätter denna uppfattning att någon har gjort en normativ bedömning av avtalssituationen. Som ovan nämnts är det en viktig funktion för rättsordningen i en marknadsekonomi att underlätta och säkra legalt accepterade transaktioner. I tysk rätt har följande uttryckts, vilket kan sägas ge en viss vägledning även i dessa situationer: „*Wem die Gesetze ein Recht Geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann.*“⁷⁰⁴

I vissa fall synes utfyllnaden vara förhållandevis okontroversiell. I ovan nämnda rättsfall, NJA 1994 s. 532 (Statens Provningsanstalt) fastslås exempelvis att uppdragstagaren skall presentera sitt resultat på ett sätt som uppdragstagaren kan förväntas förstå. I andra fall kan det vara betydligt svårare att finna den lämpligaste lösningen. Det förekommer tämligen unika avtalskonstellationer med specifika omständigheter, vilka kräver noggranna individuella analyser vid den rättsliga bedömningen.⁷⁰⁵ Trots att det handlar om att avgöra det enskilda fallet med dess specifika konsekvenser bör likväl strävas efter att finna generaliserbara principer. En sådan hållning är av nöden om godtycklighet skall kunna undvikas (vi återkommer till denna synpunkt i kapitel 6).

Det har funnits, vilket om inte annat framkommit i på flera ställen i denna avhandling, en benägenhet hos domstolarna, såväl i Sverige som utomlands att acceptera, ja t.o.m. ”odla”, fiktioner av allehanda slag.⁷⁰⁶ I England är exempelvis just de s.k. underförstådda villkoren (implied terms) starkt förknippade med en individualistisk viljeorienterad ideologi, vilken fortfarande anses påverka argumentationen.⁷⁰⁷ Williston skrev 1921: *“To assume first that everybody knows the law, and second, that everybody thereupon makes his contract with reference to it and adopts its provisions as terms of agreement, is indeed to pile a fiction upon a fiction...”*⁷⁰⁸ I detta paradigm rättfärdigades utfyllnaden med hänvisning till avtalsparternas intentioner.⁷⁰⁹ Att avtalsparter mer eller mindre fiktivt ha kommit överens om dessa ”naturliga

⁷⁰⁴ ALR § 89, Jfr Wieacker, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des 242 BGB*, s. 207.

⁷⁰⁵ Jfr Adlercreutz II (2001), s. 22 ff., angående ”individuell utfyllning”.

⁷⁰⁶ Jfr i text vid noterna 189, 194 samt hänvisningar i not 195.

⁷⁰⁷ Stein & Shand, s. 244: “The aspirations of nineteenth-century individualism still haunt the modern law of contract. The danger, as in all fictions, is that they will be taken as reality, and blind those with power to perform the law to the subordination that exists in reality.” Angående fiktioner: se ovan i text mellan noterna 189-195.

⁷⁰⁸ Williston, S. *The Law of Contracts* (New York, 1920), citerad efter Gordley (1991), s. 209.

⁷⁰⁹ Jfr exempelvis Rakoff, s. 192. Jfr resonemang om avtalsfriheten i kapitel 2 ovan.

villkor” är för övrigt inte någon modern uppfinning. Såsom i så många andra fall finns det föregångare: redan *Bartolus* påpekade att rätten förutsatte att dessa naturliga avtalsvillkor ingick såsom en tyst överenskommelse mellan avtalsparterna.⁷¹⁰ Drar man konsekvenserna av en strängt procedurellt orienterad justis fullt ut, är dock alla typer av avtalsutfyllnad *ex post* svårsmält: “[E]very person who is not, from his peculiar condition or circumstances, under disability, is entitled to dispose of his property in such manner and upon such terms as he chooses; and whether his bargains are wise and discreet, or profitable or unprofitable, or otherwise, are considerations not for courts of justice, but for the party himself to deliberate upon.”⁷¹¹ Denna inställning har dock, som ovan nämnts, kommit att relativiseras.

Begrepp såsom *naturalia negotii* och *implied terms* kan sägas ha funktionen att implementera avtalsvillkor *ex post*. Begreppen ger en legitimitet och kan möjligen upprätthålla fiktionen att den bakomliggande bedömningen, som är nödvändig att företa, redan är rättsligt auktoriserad. Dessa fiktioner fungerar därmed såsom evolutiva systemomdanare: när inte rättsreglerna förmår ge den rimliga lösningen kan dessa fiktioner anpassa rätten inifrån. Den rättsliga systematiken ger sken av, att i princip vara oförändrad, samtidigt som de önskvärda förändringarna smygs in ”bakvägen”. Fiktionerna fungerar därmed såsom ventiler vilka möjliggör en organisk anpassning till rådande värderingar. Även om det är legitimt att i juridisk argumentation hänvisa till *naturalia negotii*, är det därmed inte sagt att det konkreta villkor accepteras, som man i det enskilda fallet åberopar.

De utfyllande avtalsvillkoren ”hittas” sällan fixa och färdiga i rättssystemet. *Redan begreppet utfyllnad visar att det krävs en konstruktiv tolkning*. Det krävs ett aktivt förhållningssätt för att ”mejsla ut” avtalsvillkoren.⁷¹² En grundläggande funktion som dessa utfyllande förpliktelser har, är att stödja uppfyllandet av de *typiska förväntningar* som avtalsparter kan tänkas ha i

⁷¹⁰ Bartolus de Sassoferrato (År 1313/14-1357), *Commentaria*, se citat i Gordley (1991), s. 63 not 133, Jfr s. 64 not 138.

⁷¹¹ Citat ur Zimmermann (1996), s. 259, efter Story, Joseph, *Commentaries on Equity Jurisprudence*, Vol. I, 11 uppl., 1873, § 244, [fotnot utesluten ur citat].

⁷¹² Lennander (s. 56), beskriver uppgiften att ”borgensavtalets *naturalia negotii*, skall utmejslas”, vilket antyder en aktiv handling. Även Gorton väljer denna liknelse, se (1999) s. 38 samt följande citat på s. 40: ”Thus ”loyalty” is really a kind of gap-filling principle or principle extending into the grey area where the exact law may be hard to determine but where there is still a need of a legal vehicle in order to handle a certain matter. This does not mean that good faith is not a legal principle, but a lot of chiselling is still needed before the framework is sufficiently clear.”

samband med vissa avtal.⁷¹³ I nordisk doktrin förekommer uttryck såsom *kontraktstypeløsninger*,⁷¹⁴ eller det med förutsättningsläran relaterade uttrycket *typeforudsætninger* som benämning på avtalselement,⁷¹⁵ vilka kan sägas *supplera* det explicit avtalade.⁷¹⁶ Det är ett försök att objektivisera förutsättningarna och hänsyn till parternas *verkliga* ursprungliga intentioner kan i praktiken sällan tas, i den mån de avviker från ovanstående typförväntningar, förutsatt att parten inte på ett eller annat sätt låtit dem komma till uttryck. Så länge som avtalsförpliktelser inte varit föremål för någon diskussion vid avtalsförhandlingen, nedtonas de s.k. subjektiva rekvisiten, d.v.s. vad de enskilda parterna vid förhandlingen eventuellt insett, angående medkontrahentens förutsättningar.⁷¹⁷

I detta sammanhang kan man skjuta in att de ovan angivna fiktionsinslagen i viss mån kan vara förlåtliga, med tanke på att lagstiftaren visat ett förhållandevis litet intresse för att ställa kodifierade instrument till rättstillämparens (och parternas) förfogande. Lagstiftarens intresse har dock funnits när det gäller konsumentskyddet, som numera innefattar en mängd lagreglerade biförpliktelser. Lagstiftaren har även intresserat sig för att försöka reglera det politiskt intressanta område där företagens idéskydd respektive det demokratiska samhällets krav på öppenhet (yttrandefrihet) kan tänkas kollidera. När det gäller det senare har den lojalitetsanknutna tystnadsplikten (i främst privata företag) betraktas såsom en hämsko av många. När det gäller frågor av stort allmänintresse kan det därför, visa sig att den avtalsgrundade lojalitetsplikten understundom måste träda tillbaka för andra starka samhällsintressen.⁷¹⁸ Vi återkommer till ett exempel på detta nedan i avsnitt 4.4. I dessa fall kan samhällets intresse av en effektiv konkurrens bryta igenom en av parternas lojalitetsplikter, nämligen den att undvika att konkurrera med medkontrahenten (se särskilt 4.4.2.1).

Beaktar man de typiska förutsättningarna kan det vara möjligt att, i viss utsträckning, i efterhand (re)konstruera parternas respektive skyddsvärda intressen. Den normativa grunden

⁷¹³ Madsen (1982), s. 168. Denne diskuterar lojalitetsplikten och särskilt den anställdes biförpliktelse att inte konkurrera med sin arbetsgivare. Madsen fortsätter: "men arbejdskontrakten etablerer også en videregående lojalitetspligt baseret på det tillidsforhold, der knytter sig til især denne kontraktstype som et *naturalia negotii*."

⁷¹⁴ Hov, s. 54 och 170 samt Krüger, s. 523 ff.

⁷¹⁵ Jfr Andersen, Madsen, Nørgaard, s. 401: "Dersom man indlægger såkaldte »typeforudsætninger«, d.v.s. hypotetiske forudsætninger, der ikke aktuelt er indgået i parternes bevidsthed ved aftaleindgåelsen, er der reelt tale om *udfyldning* af aftalen eller om retsvirkningfastlæggelse ud fra forholdets *naturalia negotii*." Se även Vahlén Tfr 1953, s. 397 samt densamme (1960), s. 57; Ussing (1974), s. 463 och 472.

⁷¹⁶ Jfr Arnholm (1974), s. 8 f.

⁷¹⁷ Adlercreutz II (2001), s. 137.

⁷¹⁸ För utförligare behandling, se exempelvis Ds 2001:9 (generellt); Ds 2002:56, s. 308 ff.; Fahlbeck, s. 28 ff.

till att utfylla ett avtal syntes för exempelvis Thomas av Aquino och Baldus de Ubaldis att uppnå bytesrättvisa, varvid balansen upprätthålls i avtalsförhållandet.⁷¹⁹ En hederlig part skulle agera i enlighet med vad som kan härledas ur bona fides även om detta inte hade avtalats explicit.⁷²⁰ Att ålägga någon *ansvar* för att prestera viss förpliktelse har därmed en etisk klangbotten: notera ordets ursprungliga betydelse: "svar", "svaromål," (vi kan även se släktskapet med engelskans "answer"). *Ansvar* ges till den som kan förväntas svara för sig. Ordet associerar till makt och självbestämmande – i begreppens positiva bemärkelse – och att ta konsekvenserna för utövandet av detsamma. Synsättet tränger fram exempelvis när Werlauff diskuterar ansvar i bolagsförhållanden: "*Kort sagt påhåller lojalitetsförpliktelsen dem, der har det i deres magt att bevæge selskabet i den ene eller anden retning.*"⁷²¹

Efterhand har den normativa grunden förändrats för att passa in i det rådande vetenskapliga förklaringsparadigmet. I det utilitaristiskt viljeorienterade England förklarades utfyllande villkor dels med att de var underförstådda (så att de skulle passa in i viljeparadigmet), dels med att de gjorde avtalsförhållandet samhällekoniskt effektivt (det utilitaristiska argumentet). Det förekommer fortfarande att viljeteorin sammanbinds med teorin om ekonomisk effektivitet: parterna antas vilja skapa de effektivaste avtalsvillkoren,⁷²² vilka dessa än antas vara. Vad som varit effektivt har dock varierat: tidigare uppfattades en mycket sträng undersökningsplikt (*caveat emptor*) som mest önskvärd i den tidens liberala ideologi: "*Not until the nineteenth century, did judges discover that caveat emptor sharpened wits, taught self-reliance, made a man – an economic man – out of the buyer, and served well its two masters, business and justice.*"⁷²³ Numera diskuteras det tvärtom mer om informationsbrister som "marknadsimperfektioner" och att det på den effektiva marknaden råder full information.⁷²⁴

Det anses således fortfarande vara parternas uppgift att i förväg fördela rättigheter och skyldigheter, åtminstone av parter som ej omfattas av konsumentskyddande lagstiftning. De vunna fördelarna med omfattande och detaljerade avtal har dock ett pris: fördelarna riskerar att i värsta fall omintetgöras av de (transaktions)kostnader som är förknippade med detta

⁷¹⁹ Gordley (2000), s. 110 f.; Gordley (2001), s. 323. Jfr ovan avsnitt 3.2.2.

⁷²⁰ Se ovan not 361 samt 689.

⁷²¹ Werlauff, s. 26.

⁷²² Se exempelvis Skoogh & Lane, s. 88 ff.

⁷²³ Hamilton, Walter H., *The Ancient Maxim Caveat Emptor*, 40 Yale LJ 1186 (1931), citerad efter Zimmermann (1996), s. 306 not 87.

⁷²⁴ Dahlman m fl., s. 61 f. och 221; Rao (passim); Skoogh & Lane, s. 43.

arbete.⁷²⁵ Vad som eftersträvas i teorin är därför i högre grad det ekonomiskt optimala avtalet i stället för det "kompleta".⁷²⁶ Rättsordningen tillhandahåller i viss utsträckning ett antal *reservregler*,⁷²⁷ vilka i många fall aktualiseras först när en transaktion har gått fel av någon anledning. En sådan reservregel är exempelvis köparens skyldighet att vårda det felaktiga köpeobjektet, i väntan på att säljaren kommer och hämtar det (73 § köplagen). Med inspiration från det nutida anglosaxiska "dataspråket", kan man säga att det handlar om *default rules*, d.v.s. "förprogrammerade" val, vilka blir aktuella när en viss åtgärd misslyckas,⁷²⁸ och/eller när en legitim förväntning inte uppfylls. Schwartz omnämmer tre kategorier av dessa s.k. *default rules*: *problem solving*, *information forcing* och slutligen *fair rules*.⁷²⁹

Enligt ekonomisk teori, där fokus normalt är riktad mot ekonomisk effektivitet, skall respektive förpliktelse/risk fördelas till den part som antas kunna utföra/bära denna till lägsta kostnad.⁷³⁰ I ekonomiskt orienterad litteratur förekommer även teorier om det s.k. principal-agentförhållandet. Detta betraktas såsom en avtalsgrundad relation mellan en uppdragsgivare och en uppdragstagare, där den senare skall utföra arbetsuppgifter åt den förre med visst beslutsfattande delegerat till sig.⁷³¹ Vid alla sådana relationer är det av vikt att uppdragstagaren uppträder lojalt i enlighet med avtalets ändamål. Denne kan sägas ha en de facto-position att, uppsåtligen eller av vårdslöshet, kunna skada uppdragsgivaren.

För att komma närmare en realistisk förklaringsmodell behöver det beaktas en rimlig, d.v.s. i enlighet med parternas respektive befogade förväntningar, fördelning mellan parterna. Dessa är knappast intresserade att sträva efter att försöka göra den gemensamma "kakan" större (d.v.s. värdemaximera), om de inte själva kan räkna med något utbyte därav. Det är därför inte endast det totala avtalsutfallet som är av intresse, utan också fördelningen av det. De, konsekvensetiskt grundade, ekonomiska förklaringarna är därför i viss mån påverkade av parternas förväntningar om att få ett rimligt utbyte av transaktionen. Detta krav på, vad vi kan kalla, förväntningsrättvisa kan därigenom sägas ha ett samband med möjligheterna att uppnå

⁷²⁵ Se exempelvis Rao, s. 117 ff.

⁷²⁶ Rao, s. 124. Jfr även Cooter & Ulen, s. 199 ff.

⁷²⁷ Jfr Arnholm (1974), s. 8.

⁷²⁸ Jfr Rakoff, s. 191, se särskilt s. 192 not 3 där för övrigt begreppets medeltida legala status påpekas. Jfr även Rao, s. 119; Se angående *default terms* i Cooter & Ulen, s. 201.

⁷²⁹ Schwartz, s. 117 f.

⁷³⁰ Se exempelvis Beale m.fl., s. 588; Cooter & Ulen, s. 201; Gordley (1991), s. 243 f.; Hellner (2001), s. 94; Rao, s. 119; Runesson, s. 41 f. och 69 ff.

⁷³¹ Jfr Bergström & Samuelsson, s. 22.

effektiva utbyten (jfr vad som här ovan diskuterats angående detta samband).⁷³² Det synes rimligt att anta att marknadsaktörerna ådrar sig lägre transaktionskostnader i den mån de hyser tillit till möjligheten att erhålla ett rimligt utbyte av respektive transaktion.

4.3.5.1 Särskilt angående förtroendeuppdrag respektive professionella uppdragsavtal

Allra starkast är kravet på lojalitet i vad som kan kallas fiduciariska relationer eller särskilda förtroenderelationer. I dessa har en uppdragstagare frivilligt åtagit sig att utföra visst uppdrag åt annan. Det stränga lojalitetskravet kan i dessa förtroenderelationer ge följande tumregel: uppdragstagaren skall sätta uppdragsgivarens (alternativt en tredje persons) intresse framför sitt eget, d.v.s. det föreligger en allmän skyldighet att undvika pliktcollisioner. I synnerhet gäller det att uppdragstagaren inte tillåts dra egen vinning av åtagandet, utöver en eventuell förutbestämd ersättning.⁷³³ Det finns likheter med de romerska s.k. fides-relationerna, vilka ursprungligen inte var rättsligt sanktionerade: man hade endast att lita till medkontrahentens heder.⁷³⁴ Flera av dessa relationer, såsom tutela (förmynderskapsrelationen), kom dock att förättsligas och de betraktades senare såsom bona fides-reglerade avtal.⁷³⁵ Senare kom dessa fides-normer att få en mycket stor betydelse i olika feodala relationer, där det var svårt att precisera alla tänkbara förpliktelser på förhand.⁷³⁶ Problemet med mer eller mindre "ofullständiga" avtal är således inte nytt.

I några situationer är det inte det berörda subjektet som ger uppdraget åt uppdragstagaren. Det kan nuförtiden vara en myndighet som utser en uppdragstagare åt en person som saknar förmåga att ensam sköta, mer eller mindre nödvändiga, ekonomiska transaktioner. Det senare förekommer vid förvaltning genom en s.k. förvaltare eller god man.⁷³⁷ I dessa situationer är

⁷³² Se i text ovan vid noterna 424-429 samt 450-454.

⁷³³ Jfr engelsk rätt, Harpum, s. 147. Denne diskuterar *the 'no-profit' rule* och *the 'no conflict' rule*.

⁷³⁴ Jfr, Schermaier, s. 80. Det torde dock inte ha saknats möjligheter till andra sanktioner mot eventuella avtalsbrott.

⁷³⁵ Jfr Schermaier, s. 70 samt följande citat på s. 80: "a tutor had to administer his ward's affairs as if they were his own; the transferee under a *fiducia*, although acquiring ownership, had to keep the object according to the terms of the fiduciary agreement and to return it."

⁷³⁶ Se generellt angående detta i Lupoi, *The Origins of the European Legal Order*, s. 350-367 (*Fides and fidelitas*).

⁷³⁷ Se föräldrabalkens 10-16 kap.

betoningen av förtroende essentiell och skyddsobjektets intressen äger prioritet.⁷³⁸

Förvaltaren, respektive den gode mannen, måste därför vara ”en rättrådig, erfaren och i övrigt lämplig man eller kvinna.”⁷³⁹ Beroendeförhållandet är, av lätt insedda skäl, mycket stort, vilket motiverar det höga lojalitetskravet.

När det gäller förvaltaruppdrag av mer kommersiell karaktär diskuteras utomlands olika nationella varianter, vilka kan sägas motsvara de engelska begreppen *trust (fiducia)*,⁷⁴⁰ samt *fiduciary obligations/relations*.⁷⁴¹ Dessa begrepp kan knappast sägas ha några värdiga motsvarigheter i Sverige,⁷⁴² även om det naturligtvis inte saknas mer eller mindre auktoritativa standarder av ”god sed-karaktär” i vårt land.⁷⁴³ När det gäller de med bankverksamhet förknippade uppdragen, diskuteras numera i viss utsträckning en förstärkt lojalitetsplikt under det från England inlånade latinska begreppet *uberrimae fidei*.⁷⁴⁴ Bl.a. har fondandelsägares utsatta position kommit i strålkastarljuset.⁷⁴⁵ I prop. 2002/03:150 (lag om investeringsfonder) anges att fondbolaget i sin förvaltning skall ”*handla uteslutande i andelsägarnas gemensamma intresse. Denna skyldighet bör i huvudsak motsvara den allmänna lojalitetsplikt som får anses gälla alla uppdragstagare.*”⁷⁴⁶

Med hänsyn till vårt nutida samhälles höga grad av specialiserad arbetsdelning kan det finnas goda skäl att förpliktiga den som kan förväntas ha de bästa förutsättningarna att uppfylla förpliktelseerna i fråga. Det s.k. fackmanna-ansvaret och andra former av professionsansvar,⁷⁴⁷ kan förstås utifrån denna grund. När en lekman vänder sig till en fackman för att få råd, kan det därför typiskt sett inte ställas några högre krav på den förstnämnde att undersöka de råd

⁷³⁸ Se exempelvis FB 12 kap. 3 §. ”Förmyndare, gode män och förvaltare skall omsorgsfullt fullgöra sina skyldigheter och alltid handla på det sätt som bäst gagnar den enskilde.” Jfr även FB 12 kap. 8 §, vilken reglerar jävsfrågor.

⁷³⁹ FB 11 kap. 12 §. Rättrådig är, enligt Nationalencyklopedins ordbok, den som handlar moraliskt riktigt enligt någon (samhällelig) norm. Jfr begreppen hederlig, redbar och rättsinnig.

⁷⁴⁰ Se en komparativ studie av trust: Lupoi, *Trusts: A Comparative Study*. Jfr SOU 2002:56 s. 592 särskilt yttrande av Anne-Marie Pålsson.

⁷⁴¹ Se exempelvis flera artiklar angående *fiduciary obligations* i Birks, Peter (red.), *Privacy and Loyalty* (1997).

⁷⁴² Begreppet fiduciarisk dyker dock upp såsom alternativ till säkerhetsöverlåtelse, vilken även kallas *fiduciarisk* överlåtelse. Tanken är att äganderätten till egendomen skall återgå efter viss tid när denna tjänat färdigt såsom säkerhet för kredit och skulden betalats.

⁷⁴³ Se ett antal exemplifieringar i Lycke m.fl., s. 19 ff.

⁷⁴⁴ Gorton, *Finansiella institutioners rådgivningsansvar* s. 305, not 12; Kleineman, *Lender Liability*, s. 296 samt densamme i *Rådgivarens informationsansvar*, s. 194, Jfr Beatson (2002), s. 264. Jfr ovan i text vid not 519.

⁷⁴⁵ Se exempelvis SOU 2002:56, s. 592 (särskilt yttrande av Anne-Marie Pålsson).

⁷⁴⁶ Prop. s. 119. Lag (2004:46) om investeringsfonder. Jfr SOU 2002:56, s. 174 (se ovan not 509). Se även angående uppdragstagares lojalitetsplikt i SOU 1983:52 s. 110 ff.

⁷⁴⁷ Se generellt i Hellner, *Kontraktsrätt I*, s. 207 f.; Haaskjold, s. 239-241 samt s. 245; Krüger, s. 213 ff.; Saxén, s. 38 f.; Taxell, *Skadestånd vid kontraktsbrott*, s. 51 f, 124 f. och 154 f.

som ges, eftersom det är fackmannens högre kunskapsnivå som är den bakomliggande orsaken till avtalsrelationens uppkomst. I annat fall skulle de bakomliggande skälen till avtalet vara ointetgjorda, åtminstone från lekmannens utgångspunkter.

I inledningen till detta arbete förekommer det tre exempel där HD har fyllt ut avtalet med specifika förpliktelser.⁷⁴⁸ I dessa fall har den ena parten varit s.k. fackman (revisor, fastighetsbesiktningsman) eller professionell utövare av annat slag med en särskild position (bank). De angivna fallen är alls inte unika, vilket synes rimligt med tanke på tjänstesektorns växande betydelse. Under de senaste årtiondena har normer, angående det s.k. professionsansvaret, kommit att såväl utvecklas som konkretiseras, till stor del i rättspraxis. Ett uttryck för detta professionsansvar är ett antal kontraktuella biförpliktelser, vilka fastslagits i rättspraxis. Flera av dessa rättsfall rör uppdragstagare, vilka ägnar sig åt vad som brukar benämnas immateriella tjänster.⁷⁴⁹

I många av de nyss nämnda fallen angående vissa yrkesutövares professionsansvar är rättsfrågorna anknutna till såväl omfattningen av som kvalitén hos olika rådgivningsprestationer. Dessa ”rådgivningsfall” har rönt ett förhållandevis stort intresse såväl i doktrinen,⁷⁵⁰ som hos lagstiftaren: den 1 juli 2004 kommer lag (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter att träda i kraft.⁷⁵¹

En gemensam nämnare för ovanstående fall är, oavsett om de förknippas med rådgivning eller inte, att *kommunikationen* mellan parterna har satts i fokus vid den juridiska bedömningen. Informationshantering av olika slag är kanske den mest frekventa av de konkreta lojalitetsförpliktelserna. De nutida möjligheterna att snabbt anpassa, förmedla och lagra information ger underlag för att ställa höga krav på marknadsaktörerna. Det handlar för det första om en skyldighet till *aktivitet*: att informera medkontrahenten om viktiga förutsättningar (se ovan, 4.1 under upplysningsplikt i prekontraktuella situationer) eller om senare inträffade händelser. Det handlar därutöver om en skyldighet till *passivitet*: att uppfylla kraven på tystnadsplikt angående främst företagshemligheter, vilka kontrahenten fått del av vid samarbetet.

⁷⁴⁸ NJA 1992 s. 351; NJA 1992 s. 502; NJA 1997 s. 65. Se under avsnitt 1.1 ovan.

⁷⁴⁹ Hellner, *Kontraktsrätt I*, s. 200 ff.

⁷⁵⁰ Se generellt: Elfström (med förteckning över rättspraxis s. 228 f.); Gorton, *Finansiella institutioners rådgivningsansvar*; Ingvarsson; Kleinman bl.a. *Rådgivares informationsansvar*; Lehrberg (2002), s. 241-326; Lycke m fl.; Pålsson & Samuelsson; Unger.

⁷⁵¹ Prop. 2002/03:133.

När det gäller den *aktiva* sidan av informationshantering, kan följande kortfattat sägas. I flera fall har uppdragstagaren kommunicerat mer eller mindre felaktig information. I NJA 1991 s. 625 hade en fastighetsmäklare gett bristfällig information angående förutsättningarna för realisationsvinstskatt vid fastighetsförsäljning.⁷⁵² Det finns även fall där den professionella aktören underlätit att kommunicera viktiga händelser inom rimlig tid (NJA 1992 s. 351 banks informationsskyldighet till borgensman). Jfr även NJA 1992 s. 738, där en försäkringsmäklare ansågs ha en allmän rådgivnings och upplysningsskyldighet. Försäkringsmäklaren ansågs ha eftersatt skyldigheten att upplysa försäkringstagaren (ett hotellbolag) om ett specifikt premievillkor, vilket ledde till att försäkringstagaren kom att stå oförsäkrad. Mäklaren blev ersättningsskyldig.

En professionell aktör anses ha en förhållandevis långtgående plikt att, inte endast överföra information i rätt tid, utan även sätta sig in i mottagarens möjligheter att förstå och värdera informationen. Kleineman diskuterar i dessa sammanhang en pedagogisk plikt för uppdragstagaren.⁷⁵³ Här ovan diskuterades bl.a. NJA 1994 s. 532 (Statens Provningsanstalt) där uppdragstagaren lämnade teknisk information angående ljushärdigheten hos tyg, utan att meddela att den åberopade mätskalan var logaritmisk. Av NJA 1992 s. 502 framgår en rådgivande revisors skyldighet att inte endast ge välgrundade råd, utan även *varna* för eventuella skattekonsekvenser. Särskilt långtgående ansvar anses en fastighetsbesiktningsman ha ålagts i NJA 1997 s. 65. Denne angav i och för sig de aktuella bristerna avseende den undersökta fastigheten till uppdragsgivaren, men han borde därutöver även ha angett tänkbara konsekvenser av dessa brister.⁷⁵⁴

När det gäller den *passiva* sidan av informationshantering finns det, förutom förpliktelser enligt lagen om företagshemligheter, ett flertal olika kodifierade förpliktelser att inte förmedla eller utnyttja viss information.

⁷⁵² Se även RH 1996:153 där en rådgivande revisor inte ansågs ha skaffat sig erforderliga kunskaper beträffande skatteregler. Se därutöver följande äldre rättsfall, vilka ofta omnämns i litteraturen: NJA 1957 s. 621, där en jurist hade gett råd på otillräckliga grunder samt "Dill-målet", NJA 1968 s. 285 angående felaktig information rörande användningsmöjligheterna för växtskyddsmedel.

⁷⁵³ Kleineman, *Rådgivares informationsansvar*, s. 188.

⁷⁵⁴ Jfr även ett senare fall NJA 2001 s. 269, i vilket en fastighetsbesiktningsman ansågs ansvarig. Denne hade gjort en korrekt riskanalys, men han hade uttryckligen angett att en fortsatt teknisk utredning, angående ett visst byggnadstekniskt spörsål, för närvarande inte bedömdes erforderlig. Det senare ansågs försumligt, med beaktande av de speciella omständigheterna.

I flera av ovannämnda fall har det saknats tydliga regleringar av de aktuella uppdragen: varken parterna själv eller lagstiftaren har försökt att precisera förpliktelserna.⁷⁵⁵ Emellanåt hänvisas till HB 18 kap. (Om sysslomän eller ombudsmän) och kommissionslagen, i brist på mer precis lagstiftning.⁷⁵⁶ Dessa lagar ger dock mycket begränsad vägledning för andra avtalstyper. Oavsett det nyss sagda bör man, såsom lagstiftaren gjort,⁷⁵⁷ kunna utgå från att en professionell uppdragstagare har en generell omsorgs- eller lojalitetsplikt.⁷⁵⁸ Det är däremot en mer öppen fråga hur dessa generella principer bör preciseras, med hänsyn till respektive uppdragstyp och övriga omständigheter i det konkreta fallet.⁷⁵⁹ Det allmänna omsorgs- och lojalitetskravet utgör dock en rättsgrund för att legitimera en avtalsutfyllnad.⁷⁶⁰ I vissa långvariga och komplexa relationer är det, som ovan påpekats, varken möjligt eller ens önskvärt att i förväg precisera alla tänkbara förpliktelser.⁷⁶¹ Avtalsrelationen skulle i sådana fall, vid sidan av de därmed förknippade oangenäma kontraktsomkostnaderna, riskera att bli endast en slags mekanisk dans med förutbestämda steg. Det senare är alls inte önskvärt i många komplexa avtalsrelationer där det är en allmän hög kompetens man eftersöker hos uppdragstagaren: denne måste kunna agera i en föränderlig omvärld.⁷⁶²

⁷⁵⁵ Jfr Gorton, *Finansiella institutioners rådgivningsansvar*, s. 302 samt Lehrberg (2002), s. 304.

⁷⁵⁶ Jfr Gorton, *Finansiella institutioners rådgivningsansvar*, s. 305 samt Hellner, *Kontraktsrätt 1*, s. 202 f.

⁷⁵⁷ Se citat från prop. 2002/03:150 ovan i text vid not 746.

⁷⁵⁸ Se angående sysslomannens omsorgsplikt i Bengtsson (1976), s. 157 ff. och angående andra uppdragstagares omsorgsplikt, s. 172. Se även Hellner, *Kontraktsrätt 1*, s. 203 (lojalitetsplikt) samt s. 206 angående uppdragstagarens skyldighet att visa omsorg vid fullgörandet av uppdraget. Jfr Lycke m.fl. s. 20. Omsorgsplikten synes ofta användas såsom en synonym till lojalitetsplikten, jfr Nicander, s. 45. Han anknyter omsorgsplikten mer till huvudförpliktelser och lojalitetsförpliktelser till biförpliktelser.

⁷⁵⁹ Jfr Lycke m.fl. s. 20.

⁷⁶⁰ Jfr Gorton, *Finansiella institutioners rådgivningsansvar*, s. 312.

⁷⁶¹ Jfr Hellner, *Kontraktsrätt 1*, s. 206.

⁷⁶² Jfr Bergström & Samuelsson, s. 24 ff.

4.4 Inomobligatoriska lojalitetsförpliktelser – exemplet konkurrensförbud

Det finns en rad skilda prestationer som brukar, eller som åtminstone kan, benämnas lojalitetsförpliktelser. I denna exposé finns det ingen möjlighet att redogöra för alla dessa. Här exemplifieras med en av dem: plikten att undvika att, genom konkurrens, skada medkontrahenten. Som startpunkt väljs anställningsavtalet där konkurrensförbudet är förhållandevis tydligt. Därefter diskuteras konkurrensförbudets eventuella tillämplighet i ett antal andra avtalstyper.

4.4.1 *Lojalitetsplikt i anställningsförhållanden – några utmärkande drag*

Innehållet i anställningsavtalet ges inte endast av vad parterna själva har avtalat utan normer hämtas även från annat håll, likt övriga avtalstyper.⁷⁶³ Anställningsavtalet regleras, vid sidan av det enskilda avtalet, av bl.a. lagstiftning, kollektivavtal och tjänstereglemente.⁷⁶⁴

Det enskilda anställningsavtalet anses normalt endast komplettera de övriga generella normerna, där kollektivavtalet intar en särställning. Överhuvudtaget har det valts kollektiva lösningar på bekostnad av individualism i arbetsrättsliga sammanhang. Kollektivavtal anses t.o.m. få en normativ effekt även på avtal ingångna av arbetstagare vilka står utanför den avtalande arbetstagareorganisationen.⁷⁶⁵

Ytterligare en normkälla är domstolarnas uppfattning såsom den framkommer i praxis, där domstolarna i viss utsträckning preciserat främst den anställdes förpliktelser. Av denna rättspraxis framkommer att den anställda har flera förpliktelser att fullgöra vid sidan av att utföra själva arbetet: det handlar vanligen om att samarbeta, att följa ordnings- och säkerhetsföreskrifter och att vara lojal. Normerna *god sed på arbetsmarknaden* och samt den här aktuella lojalitetsplikten har till stor del utvecklats i rättspraxis.⁷⁶⁶ Den allmänna plikten att vara lojal mot sin avtalspart är erkänd avseende anställningsförhållanden utan att, än så

⁷⁶³ Jfr Schmidt (1994), s. 12. Se densamme s. 257 not 111 med flera hänv. till litteratur vilken behandlar kravet på lojalitet i anställningsförhållanden.

⁷⁶⁴ Schmidt (1994), s. 15.

⁷⁶⁵ Se bl.a. AD 1978 nr 163. Mer om kollektivavtalets speciella rättsstatus i Norberg, s. 407 ff.

⁷⁶⁶ Jfr med Schmidt (1994), s. 15. Se även Malmberg, s. 90 f. och 251 ff. samt Svensäter s. 92, 101, 207, 332, 439 f. Se även, angående sedvänja generellt, Peczenik (1995), s. 229 ff.

länge, vara lagreglerad,⁷⁶⁷ och den anses ingå som ett led i anställningsavtalet även utan explicit återopande därom.⁷⁶⁸ Avgränsningen i förhållande till övriga normer är inte helt tydlig,⁷⁶⁹ bl.a. eftersom den uttrycks endast sporadiskt i såväl lagstiftning såsom i kollektivavtal. Främst förknippar man lojalitetsförpliktelser med ett antal, i rättspraxis utvecklade, inomobligatoriska biförpliktelser.⁷⁷⁰ Dessa biförpliktelser finns, som ovan diskuterats, vid sidan av åtagandet av själva arbetsprestationen (huvudförpliktelsern),⁷⁷¹ och de beaktas såväl uttryckta såsom underförstådda. Det konkreta innehållet i lojalitetsplikten bestäms till betydande del negativt, förmodligen eftersom det ofta uppfattas vara enklare att på så sätt konkretisera abstrakta normer.⁷⁷² I Finland är kravet på lojalitet reglerat i den nyligen reformerade arbetsavtalslagen.⁷⁷³ I denna lags 3 kap. 1 § stadgas det dels att arbetstagaren skall utföra arbetet omsorgsfullt samt däröver *"i sin verksamhet undvika allt som står i strid med vad som skäligen kan krävas av en arbetstagare i den ställningen"*.⁷⁷⁴

De olika lojalitetsförpliktelserna kan kategoriseras på olika sätt, dels efter dikotomin aktivitetsplikter respektive passivitetsplikter, dels enligt följande:

- 1) Plikt att undvika skadliga bisysslor (bl.a. förbud att konkurrera)
- 2) Sekretess- och tystnadsplikt
- 3) Informationsplikt
- 4) En allmän skyldighet att undvika att skada arbetsgivaren eller dennes egendom.
- 5) Att inte missbruka förtroende för egen vinning (mutor)⁷⁷⁵

Här nedan redogörs särskilt för huvuddragen avseende plikten att inte konkurrera med sin medkontrahent, vilken framkommer i den första punkten. Sekretess- och tystnadsplikt liksom konkurrensförbudet, är exempel på att allmänna intressen föranleder samhället att intervensera i det privaträttsliga avtalet. Det är för att försvara rätten att fritt yttra sig respektive den fria

⁷⁶⁷ Jfr dock förslag till vissa förändringar i LAS (3 a §) i Ds 2002:56 s. 481 ff. I Finland är lojalitetsprincipen kodifierad i arbetsavtalslagen (2001), där särskilt arbetstagarens skyldigheter regleras i 3 kap. Jfr även Bruun (1982), s. 226 hänv. till äldre lagstiftning. Se därutöver Svensäter, s. 110.

⁷⁶⁸ Schmidt (1994), s. 257.

⁷⁶⁹ Jfr Svensäter, s. 114.

⁷⁷⁰ Se bl.a. Svensäter, s. 26 med hänvisningar not 3.

⁷⁷¹ Jfr Schmidt (1994), s. 261.

⁷⁷² Jfr diskussionen om *bad faith* i Summers, *Good faith in General Contract Law*, s. 241 ff.

⁷⁷³ 55/2001.

⁷⁷⁴ Jfr Bruun (1982), s. 226, där den då (1982) gällande arbetsavtalslagens 13 § diskuteras.

⁷⁷⁵ Jfr Bruun (1982), s. 226. Författaren beskriver främst finska förhållanden vilket inte bör ha någon avgörande betydelse. Såväl svensk rättspraxis som doktrin synes använda liknande systematik i detta fall. Jfr även med Nicanders uppräknings i text vid not 12 ovan.

marknadsbildningen som samhället intervenerar på ett mer aktivt sätt än i privaträttsliga sammanhang i övrigt. När det gäller tystnadsplikt måste en balans skapas mellan företagets intresse av att få exkludera andra från upparbetad kunskap och det allmänna intresset av att den anställdes yttrandefrihet inte inskränks. Därutöver tillkommer samhällets intresse av att grava rättsstridiga förhållanden skall komma berörda myndigheter till del. När det gäller konkurrensförbudet finns det en likartad intressebalans där samhällets intresse av att försöka motverka konkurrensbegränsande åtgärder skall vägas mot det enskilda företagets intresse av att skydda och optimera användningen av sina resurser.

Det är anställningens karaktär, med betoning på en fortlöpande – ibland personlig⁷⁷⁶ – samverkan mellan arbetsgivaren och arbetstagaren, som utgör grund för en mer långtgående lojalitetsplikt, än vad som anses gälla för avtalsförhållanden i allmänhet.⁷⁷⁷ Arbetsgivaren släpper vanligen in arbetstagaren i arbetsgivarens lokaler samt låter arbetstagaren disponera verktyg, maskiner och annan, såväl materiell som immateriell, egendom. Därutöver är det vanligt förekommande att arbetstagaren, beroende på befattning, har rätt att representera företaget i förhållande till tredje man.⁷⁷⁸ Arbetsgivaren bär ett betydande ansvar för arbetstagarens göranden mot tredje man, enligt såväl avtalslagens fullmaksregler som skadeståndslagens bestämmelser om principalansvar.

I arbetsrättsliga sammanhang har tidigare främst *arbetstagarens* lojalitetsförpliktelser betonats,⁷⁷⁹ och denne har normalt att sätta arbetsgivarens intresse framför sitt eget, i enlighet med anställningsavtalet. Arbetstagaren skall enligt denna norm undvika lägen där han kan få kolliderande plikter.⁷⁸⁰ Arbetstagaren skall normalt också visa integritet, omsorg och aktsamhet samt prestera fullgod arbetsinsats.⁷⁸¹ Generellt betraktat bör alla anställda uppfylla en viss miniminivå när det gäller lojalitet beteende.⁷⁸²

Lojalitet kan sägas vara medkontrahentens belöning för visad tillit: ju större förtroende som visas, desto högre lojalitet kan krävas, inom rimlighetens gränser. I enlighet med principer om proportionalitet respektive ömsesidighet kan det hävdas att en korrelation mellan ansvar och

⁷⁷⁶ Bruun (1982), s. 225, not 32, Schmidt (1994), s. 257, Svensäter, s. 110 f.

⁷⁷⁷ Schmidt (1994), s. 257.

⁷⁷⁸ Bruun (1982), s. 225 samt Hasselbalch (1980), särskilt s. 641.

⁷⁷⁹ Jfr Schmidt (1994), s. 257.

⁷⁸⁰ AD 1993 nr 18, Schmidt (1994), s. 258, samt Svensäter, s. 113 not med flera hänv. i not 15 och 16.

⁷⁸¹ Jfr Schmidt (1994), s. 194 f. samt 227.

⁷⁸² Jfr AD 1977 nr 118.

lojalitetskrav bör eftersträvas. Befattningshavare som åtnjuter särskild förtroendeställning är personer i chefsposition,⁷⁸³ samt i viss utsträckning särskild expertis,⁷⁸⁴ vilka åläggs ett större ansvar. Kravet på lojalitet kan därför sägas vara starkt kontextbundet och den konkreta innebörden i det enskilda anställningsavtalet blir i hög grad beroende av den anställdes uppgifter och ställning inom företaget.⁷⁸⁵

Är det då endast arbetstagaren (naturagäldenären) som har lojalitetsplikt? Ursprungligen hade arbetsgivaren (naturaborgenären) i princip endast att betala enligt överenskommelsen. Senare har, i takt med den växande skyddslagstiftningen, arbetsgivarens förpliktelser tilltagit. Denne är bl.a. ansvarig för att arbetsmiljön uppfyller vissa krav. Därutöver har arbetsgivarens möjligheter att säga upp anställningsavtalet kraftigt reducerats enligt lag (1982:80) om anställningsskydd (LAS). Arbetsgivaren är numera skyldig att i viss utsträckning beakta en arbetstagares intresse av att behålla sin anställning och uppfylls inte det kravet i tillräcklig grad, anses en uppsägning inte vara sakligt grundad.⁷⁸⁶ Även om uppsägningen är sakligt grundad, kvarstår det en slags kvardröjande kontraheringsplikt för arbetsgivaren i form av återanställningsskyldighet enligt 25 § LAS. Det ligger därför i linje med den pågående utvecklingen att tala även om *arbetsgivarens* lojalitetsplikt.⁷⁸⁷ Här bör det dock påpekas att denna utveckling drivs framåt av en generellt sett expansiv lagstiftning. I detta sammanhang kan återkopplas till det som är nämnt tidigare om idéer om *normativ ekvivalens*, vilka i viss mån kommer till uttryck även utanför det arbets- och konsumenträttsliga skyddsområdet. Med aristoteliska termer kan man säga att det finns inslag av den distributiva rättvisan, vilken därmed förgrenar sig in i den ömsesidiga rättvisan.

Det finns flera tänkbara påföljder av lojalitetsbrott: avsked och uppsägning torde vara de vanligaste för allvarliga fall,⁷⁸⁸ men även skadestånd kan komma i fråga. Effekterna av illojalt beteende kan i det konkreta fallet dock vara svåra att beräkna i ekonomiska termer: även skador av mer ideell natur kan komma att beaktas.⁷⁸⁹ Vid bedömningen av huruvida ett

⁷⁸³ AD 1975 nr 67 (Försäljningschef), Schmidt (1994), s. 194. Se även AD 1982 nr 110, kommenterad i Schmidt (1994), s. 263 samt Svensäter, s. 137 f. Jfr Lunde s. 394.

⁷⁸⁴ AD 1983 nr 93 (Civilingenjör); Bruun (1982), s. 232 f.; Ds 2002:56, s. 326 f.; Svensäter, s. 110 f.

⁷⁸⁵ Jfr Bruun (1982), s. 226.

⁷⁸⁶ Malmberg, s. 356, not 46, där hänvisning sker till prop. 1973:129 s. 122. Se angående anställningsskydd i allmänhet, Lunning & Toijer.

⁷⁸⁷ Se exempelvis Ds 2002:56 s. 285 och 350 ff. samt Malmberg, s. 355 ff.

⁷⁸⁸ Se not 633.

⁷⁸⁹ Se FHL 9 § samt Fahlbeck, s. 23: "Skadestånd utgår för den ekonomiska skadan. Efter mönster i arbetsrätten utgår därför även ideellt skadestånd i form av s k allmänt skadestånd." Se även Svensäter, s. 149 hänvis. till arbetsdomstolens resonemang AD 1982 nr 39.

beteende är att betrakta såsom ett brott mot anställningsavtalet anses skaderekvisitet vara centralt, men redan en *risk för skada* kan vara tillräcklig för att beteendet skall betraktas såsom ett sanktionerat lojalitetsbrott.⁷⁹⁰ Även om ingen konkret skada är för handen kan den anställdes kolliderande intressen ödelägga grunderna för det fortsatta samarbetet;⁷⁹¹ den för det fortsatta samarbetet nödvändiga tilliten kan vara torpederad.

Såsom tidigare påpekats är den anställdes ställning och graden av samverkan mellan anställd och arbetsgivare relevanta vid skadebedömningen.⁷⁹² Straffrättsligt sanktionerade beteenden, vilka riktats mot arbetsgivarens rättssfär, är av lätt insedda skäl, normalt att betrakta såsom civilrättsligt sanktionerade avtalsbrott.⁷⁹³ Brottsbalkens bestämmelser om bedrägeri, förskingring, tagande av muta, olovligt förfogande och trolöshet mot huvudman är särskilt relevanta i anställningsförhållanden.⁷⁹⁴

4.4.1.1 *Plikten att undvika skadliga bisysslor*

En arbetstagare äger normalt att disponera sin fritid som han vill, så länge han inte eftersätter sina huvudsakliga tjänsteuppgifter.⁷⁹⁵ Arbetstagaren kan exempelvis ägna sig åt s.k. bisysslor, under beaktande av vissa begränsningar. Med bisyssla avses här varje anställning, uppdrag eller annan verksamhet som en den anställda har vid sidan av sin huvudanställning.⁷⁹⁶ Skötsel av egna och familjens privata angelägenheter räknas normalt inte som bisyssla. Rättsligt sanktionerade inskränkningar i denna frihet anses normalt legitima när det gäller bisysslor, vilka innebär skada för arbetsgivaren. Det finns åtminstone tre olika kategorier av bisysslor som typiskt sett riskerar att skada arbetsgivaren:

1. Konkurrerande bisysslor
2. Förtroendskadliga bisysslor

⁷⁹⁰ Jfr Arbetsdomstolens uttalande i AD 1999 nr 144 hänvisande till AD 1996 nr 15. Se även Ds 2002:56 s. 324 f. och Svensäter s. 149.

⁷⁹¹ Jfr exempelvis Svensäter s. 155: "Den konkurrens han medverkat i var inte sådan att den typiskt sett innebär risk för påtaglig skada, men handlingen ger vid handen att arbetstagaren framledes kan komma att göra sig skyldig till sådana handlingar."

⁷⁹² Jfr Ds 2002:56 s. 322.

⁷⁹³ Schmidt (1994), s. 194 samt Svensäter, s. 110.

⁷⁹⁴ Schmidt (1994), s. 258 ff. med hänvisning till ett antal relevanta rättsfall, bl.a. NJA 1984 s. 665, AD 1990 nr 39 (BrB 10 kap. 5 §).

⁷⁹⁵ Schmidt (1994), s. 265. Svensäter s. 143.

⁷⁹⁶ Prop. 2000/01:147, s. 8 f.

3. Arbetshindrande bisysslor⁷⁹⁷

De två förstnämnda kategorierna kan anknytas till det ovan förda resonemanget om biförpliktelser, medan den sista – arbetshindrande bisyssla – snarast är att associera med utförandet av *huvudförpliktsen*, d.v.s. själva arbetsprestationen. De verksamheter som finns representerade i respektive grupp kan i sig vara legalt accepterade verksamheter. Det är den anställdes val, att ägna sig åt någon av dem *samtidigt* som denne förpliktas av sin huvudanställning, som utgör det klandervärda. Av de tre ovan angivna otillåtna kategorierna bisysslor är det för närvarande endast kategorin förtroendskadliga bisysslor som är lagreglerad, nämligen genom den allmänna bestämmelsen i 7 § lagen (1994:260) om offentlig anställning (LOA). Denna paragraf reglerade tidigare villkoren endast för statsanställda och anställda vid de allmänna försäkringskassorna. Gruppen berörda utökades den 1 januari 2002 när 7 § reformerades. Numera innefattas också, utöver de ovan nämnda kategorierna, anställda vid kommuner, landsting samt kommunalförbund när det gäller förtroendskadliga bisysslor. Enligt 7a § skall arbetsgivaren informera arbetstagarna om vilka slags förhållanden som kan göra en (enligt 7 §) bisyssla otillåten. En arbetsgivare, som får kännedom om att en offentliganställd ägnar sig åt eller avser att åta sig en förtroendskadlig bisyssla skall genom särskilt beslut förbjuda bisysslan. Vid sidan av denna lagfästa reglering gäller även fortsättningsvis att s.k. arbetshindrande bisysslor och konkurrensbisysslor regleras i kollektivavtal.⁷⁹⁸

Problem rörande förtroendskadliga bisysslor kan aktualiseras även i privat verksamhet. I AD 1989 nr 90 hade en grossistchef i videobranschen sagts upp från sin anställning p.g.a. illojalitet med arbetsgivaren. Han hade inträtt såsom styrelserepresentant och firmatecknare hos en av hans arbetsgivares kunder (ett bolag). AD menade dock att det inte var visat att arbetsgivarens övriga kundrelationer äventyrats därav. I ett annat fall, AD 1993 nr 56, hade en verkställande direktör i ett koncerndotterbolag engagerat sig i verksamhet, som konkurrerade med verksamhet vilken bedrevs av en betydande kund till ett annat i samma koncerns ingående bolag. AD ansåg att avskedandet var rättsenligt, enär direktören hade förverkat arbetsgivarens förtroende. Notera att de anställda i dessa fall inte konkurrerar med arbetsgivarens verksamhet, utan med arbetsgivarens *kunders* verksamhet. Det går att tänka sig förtroendskadliga beteenden även utanför det arbetsrättsliga området. Anta att en

⁷⁹⁷ Prop. 2000/01:147, s. 8 f. (dock annan ordning). Se även Schmidt (1994), s. 266.

⁷⁹⁸ Prop. 2000/01:147, s. 18.

franchisetagare av ett mycket stort varumärke visar sig vara uttalad rasist. Denne agerar i offentligheten, men hans uttalanden har ännu inte prövats mot rådande lagstiftning. Anta vidare att franchisegivaren verkar i flera världsdelar och bedömer att franchisetagaren riskerar att skada förtroendet för varumärket. Även om det inte skulle finnas ett villkor i franchiseavtalet som reglerar den nu beskrivna situationen, bör det likväl, enligt min uppfattning, finnas utrymme för franchisegivaren att få avtalet att upphöra.

4.4.2 *Särskilt om lojalitetskränkande konkurrens*

En avtalspart har vanligen mer eller mindre underförstådda förväntningar på att medkontrahenten skall avhålla sig från skadegörande handlingar. I vissa avtalstyper anses avtalsparten vara skyldig att avhålla sig från att konkurrera med sin medkontrahent, även om denna förpliktelse inte framgår av avtalets ordalydelse.⁷⁹⁹ Denna förpliktelse brukar härledas ur det allmänna kravet på lojalitet. Detta krav består dock inte av några alltid gällande konkreta förpliktelser, utan det är snarare en flexibel norm, vilken anpassar sig efter den omgivande kontexten. Det är således först när kontexten är given som det är möjligt att konkretisera vilka förpliktelser som kan tänkas bli relevanta. Skyldigheten att undvika att konkurrera med sin avtalspart är alls inte någon generell avtalsrättslig förpliktelse, vilket inte hindrar att den kan vara nog så viktig i vissa avtalstyper.

Den typiska konsekvensen av lojalitetskränkande konkurrens är att det förväntade ekonomiska utbytet, av aktuella transaktioner eller specifika investeringar riskeras hos medkontrahenten.⁸⁰⁰ Den illojala konkurrensen kan dessutom, även om ingen mätbar förmögenhetsskada skulle kunna visas, i praktiken omintetgöra möjligheterna till ett fortsatt samarbete. Den, för det fortsatta samarbetet, så nödvändiga tilliten kan vara så till den grad undergrävd att avtalsrelationen måste avslutas.

I många avtalsförhållanden är det nödvändigt att avtalsparterna delger varandra upparbetad kunskap ("know-how") och information av olika slag (nedan används samlingsbegreppet

⁷⁹⁹ Jfr Koktvedgaard (1965), s. 276 samt Lunde, s. 381.

⁸⁰⁰ Jfr Lunde, s. 381.

information för båda dessa kategorier).⁸⁰¹ Det finns till och med rättsliga krav som kommer till uttryck i olika former av upplysnings- respektive informationsplikter. På en konkurrensutsatt marknad kan denna information ha avgörande betydelse för utgången av affärsmässiga operationer av olika slag. Det är således viktigt att informationsmottagaren varken exploaterar informationen själv eller för den vidare till annan (såvida inte annat framgår av avtalet). Konkurrensförbudet samverkar här med tystnadsplikten, i syfte att skydda den som har legal rätt till informationen. Den som mottar denna information och sedan missbrukar den, bryter mot det grundläggande förtroendeförhållandet, vilket är centralt för framgångsrika marknadsutbyten (se ovan avsnitt 1.6.2.1).

4.4.2.1 *Loyalitetsbegränsningar: konkurrens- och skälighetskrav*

Begreppet *fri marknad* implicerar en tanke om konkurrens och i en ren marknadsekonomi är denna tanke central.⁸⁰² Konkurrens anses vara ett positivt – för att inte säga nödvändigt – inslag när det gäller att skapa effektiva utbyten av allehanda slag. Genom olika beteenden kan en eller flera betydande marknadsaktörer sätta konkurrensen ur spel, vilket medför att marknadens utbyteseffektivitet hämmas. Numera finns det såväl en konkurrenslag som en särskild konkurrensvårdande myndighet, vilka skall verka för stärkt konkurrens. Konkurrenslagen inskränker bl.a. möjligheten att använda olika typer av konkurrenshämmande avtal, vilket bl.a. innefattar olika former av s.k. konkurrensklausuler.

Vid en konkurrensrättslig bedömning kan det enskilda avtalets effekter på konkurrensen bedömas med hänsyn till en mängd olika faktorer.⁸⁰³ Vissa avtal med konkurrensbegränsande inslag kan dock, något paradoxalt, ha en positiv nettoeffekt för konkurrensen i stort. I ett enskilt fall kan en avtalad konkurrensbegränsning t.o.m. vara en förutsättning för hela avtalet, vilket annars inte skulle ha kommit till stånd alls. Ett exempel på det senare är konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser samt exklusivitetsförpliktelser i distributionsavtal.⁸⁰⁴

⁸⁰¹ I detta sammanhang förenklas den i och för sig relevanta frågan om huruvida *kunskap*, till skillnad från information, verkligen kan överföras eller om den kan endast bäras av människan. I detta sammanhang används samlingsbegreppet information. Jfr bl.a. Gustavsson s. 21 ff.

⁸⁰² Jfr exempelvis Skogh & Lane, s. 39.

⁸⁰³ Se angående kvantitativa och kvalitativa aspekter på den s.k. märkbarhetsbedömningen i Wetter m.fl., s. 126 ff.

⁸⁰⁴ Jfr exempelvis Wetter m.fl., s. 136 f.

Vid sidan av konkurrenslagen begränsar även 38 § avtalslagen utnyttjandet av konkurrensklausuler.⁸⁰⁵ även om en viss konkurrensbegränsningsklausul inte anses strida mot konkurrenslagen, kan den likväl anses strida mot 38 §.⁸⁰⁶ Den första normen kan i högre grad betraktas såsom en makronorm, medan den senare är att betrakta såsom en norm på mikronivå. 38 § ogiltigförklarar alltför långtgående avtal om konkurrensbegränsningar och den kan sägas skydda den enskildes frihet att utöva verksamhet. Avtalsfriheten inskränks här för att skydda – friheten! (Jfr avsnitt 2.1 ovan om privatautonomi).

Ovan nämnda normer begränsar således *explicit* avtalade konkurrensbegränsningar. Föremålet för detta arbete är i stället att diskutera huruvida ett avtal kan och bör *fyllas ut* med en konkurrensbegränsningsklausul. En utgångspunkt angående det senare måste rimligen vara att en eventuell utfyllnad aldrig kan gå längre än vad konkurrenslagens, respektive avtalslagens, tvingande bestämmelser skulle tillåta när det gäller uttryckliga konkurrensklausuler. Den här aktuella utfyllnadens vara eller icke vara avgörs i sista hand av rättslämparen. Här förutsätts att denne i sin avvägning i det enskilda fallet även beaktat nyss nämnda begränsningar. I detta arbete diskuteras således lojalitetspliktens minimikrav på konkurrensbegränsning, medan konkurrenslagen respektive 38 § reglerar maximigränser för konkurrensbegränsningar.

4.4.2.2 *Konkurrensförbudet i anställningsförhållanden*

I detta avsnitt behandlas konkurrerande bisysslor. En bisyssla kan skada arbetsgivarens ekonomiska intressen genom att den konkurrerar med arbetsgivarens verksamhet. I praktiken verkar konkurrensförbudet ofta tillsammans med en annan lojalitetsförpliktelse, tystnadsplikten.⁸⁰⁷ Båda dessa är ägnade att på olika sätt skydda arbetsgivarens legitima intressen i allmänhet och konkurrensintresset i synnerhet.⁸⁰⁸

⁸⁰⁵ Se angående konkurrensklausuler i bl.a. Adlercreutz & Flodgren, Adlercreutz SvJT 1991 s. 445 ff. och densamme i SvJT 1994 s. 533 ff. Se därutöver Bruun (2003); Fahlbeck, passim; Madsen (2002), s. 356 ff.; Poulsen, passim.

⁸⁰⁶ Tillämpningen av 38 § torde inte påverka möjligheterna att tillämpa konkurrenslagen, se prop. 1981/82:165, s. 238. Wetter m fl., s. 652.

⁸⁰⁷ Bruun (1982), s. 231 samt Svensäter s. 144. Se angående konkurrens och tystnadsplikt i bl.a. AD 1998 nr 80, AD 2000 nr 3, AD 2002 nr 38.

⁸⁰⁸ Jfr Bruun (1982), s. 231 f.

Att ingå ett anställningsavtal innebär i praktiken ett val. Detta val innebär för den anställde att denne, åtminstone under anställningstiden, valt att ge upp vissa andra förtjänstmöjligheter. Anställningsavtalet medför att den anställde på olika sätt, mot ersättning, skall försöka uppfylla arbetsgivarens befogade förväntningar. En av dessa normalförväntningar är, som ovan nämnts, att den anställde avhåller sig från att själv konkurrera med arbetsgivaren, alternativt delta i konkurrerande verksamhet inom arbetsgivarens verksamhetsområde. Redan i förarbetena till 1915 års avtalslag påpekade obligationsrättskommittén att en arbetstagare inte får med arbetsgivaren driva konkurrerande verksamhet under anställningstiden.⁸⁰⁹ För några specifika situationer är konkurrensförbudet uttryckligen lagreglerat.⁸¹⁰

Principen om konkurrensförbud för arbetstagaren under pågående anställning, synes i huvudsak vara likartad i våra nordiska grannländer.⁸¹¹ I Finland lyder arbetsavtalslagens (55/2001) 3 kap. 3 § enligt följande:

Konkurrerande verksamhet

En arbetstagare får inte åt någon annan utföra sådant arbete eller utöva sådan verksamhet som, med hänsyn till arbetets natur och arbetstagarens ställning, såsom en konkurrerande handling i strid med god sed i anställningsförhållanden uppenbart skadar arbetsgivaren.

Medan anställningsförhållandet varar får arbetstagaren inte förbereda av konkurrerande verksamhet vidta sådana åtgärder som med beaktande av mom. 1 inte kan anses vara godtagbara.

En arbetsgivare som anställer en person och känner till att han eller hon enligt 1 mom. är förhindrad att börja arbeta, ansvarar jämte arbetstagaren för skada som orsakas den tidigare arbetsgivaren.

⁸⁰⁹ Förslag till lag om avtal (1914), s. 162.

⁸¹⁰ Sjömanslagen 51 § 1 st. samt lag om rätt till arbetstagarens uppfinningar 5 § 2 st. Här kan även nämnas lag (1997:1293) om rätt till ledighet för att bedriva näringsverksamhet. En arbetstagare har enligt denna lag inte rätt till ledighet för att bedriva konkurrerande verksamhet (3 §).

⁸¹¹ Se exempelvis Danmark: Hasselbalch i TfR 1980 s. 644 ff.; Koktvedgaard (1965), s. 276 f.; Madsen (2002), s. 385 ff. samt Poulsen, s. 64 f.; Finland: Bruun (1982), s. 232 ff.; Norge: Lunde, s. 388 med hänv. Metoden att angripa problemet har dock varit olika: i våra grannländer har en generalklausul om otillbörlig marknadsföring använts som rättsgrund, se Svensäter s. 144.

I Sverige når man kunskap om vad som åsyftas med konkurrensförbud främst genom rättspraxis. I AD 1977 nr 118 uttalade AD att det är *”oomtvistligt att en anställd i allmänhet på ett allvarligt sätt bryter mot det lojalitetskrav som följer av anställningsavtalet, om han medan anställningen består driver med arbetsgivaren konkurrerande verksamhet”*. Även om förpliktelsen normalt anses underförstådd, förekommer den även explicit i såväl enskilda avtal som kollektivavtal.⁸¹² Det kan, främst av pedagogiska skäl, vara en fördel att införa en sådan tydlig klausul i avtalen. Möjligen får det en återhållande inverkan på lojalitetsbrott. I AD 1993 nr 18 hade en konkurrensbegränsningsklausul dock ingen sådan effekt. I domen hänvisades det till ett gällande kollektivavtal för frisörbranschen, i vilket det fanns ett avtalsvillkor som förbjöd de anställda att klippa på sin fritid.⁸¹³ I praktiken torde ofta konkurrensaktiviteterna fortgå just under den anställdes *”fritidsverksamhet”*. Det bör kunna betraktas såsom mer klandervärt, enligt min uppfattning, när den anställda ägnar sig åt konkurrerande verksamhet på den av arbetsgivaren betalade arbetstiden. I det senare fallet inkräktar den anställdes dispositioner *även* på möjligheterna att utföra den avtalade arbetsprestationen.

4.4.2.2.1 Konkurrerande verksamhet: omfattning och tidsrelaterade aspekter

Det med anställningsavtalet förknippade konkurrensförbudet har enligt rättspraxis kommit att gälla alla arbetstagare.⁸¹⁴ Den potentiella skadans storlek torde i allmänhet vara större, när en arbetstagare med förtroendeställning och/eller specialistkunskaper bryter mot konkurrensförbudet. Själva tillitsbrottet är åtminstone grövre i dessa fall: begreppet *förtroendeställning* fångar upp den viktiga avtalsförutsättningen.

AD preciserade konkurrensförbudet något i AD 1980 nr 82, där domstolen uttalade att förutsättningen för att arbetstagaren skall anses bryta mot anställningsavtalet är att hans verksamhet är *”ägnad att tillfoga arbetsgivaren en mera påtaglig skada... eller som eljest sker under sådana omständigheter att den bör uppfattas som illojal.”*⁸¹⁵ Förbudet avser såväl konkurrens där arbetstagaren utnyttjar företagshemligheter som konkurrens där arbetstagaren

⁸¹² Se exempelvis AD 1993 nr 18 och AD 1999 nr 144.

⁸¹³ Se även Schmidt (1994), s. 265 f. där bl.a. industritjänstemannaavtalen särskilt omnämns s. 267.

⁸¹⁴ Se bl.a. SOU 1983:52 s. 97; AD 1977 nr 118; Schmidt (1994), s. 267 f.; Svensäter s. 147 f.

⁸¹⁵ Se även AD 1993 nr 18.

använder sin personliga skicklighet, erfarenhet och kunskap som inte faller inom vad som definieras såsom företagshemlighet.⁸¹⁶

Den anställdes kränkning av konkurrensförbudet kan ta sig olika uttryck. Dels kan en anställd försöka rekrytera andra anställda hos den nuvarande arbetsgivaren, dels kan den anställda på olika sätt försöka överta såväl leverantörer som kunder från arbetsgivaren. För att det skall bli aktuellt med någon *påföljd*, synes det – i enlighet med det nyss sagda – krävas att konkurrensen skall framstå som i någon mening väsentlig.⁸¹⁷ Det har i arbetsdomstolen ansetts tillräckligt att den anställdes verksamhet endast delvis sammanfaller med arbetsgivarens, för att betraktas såsom ett lojalitetsbrott. I AD 1996 nr 15, bedrev en anställd i ett bildelsföretag, fritidsverksamhet vilken åtminstone delvis konkurrerade med arbetsgivarens verksamhet. Detta ansågs av domstolen vara tillräckligt för att verksamheten skulle betraktas såsom illojalt varför uppsägning ansågs befogad (se även AD 1993 nr 142).

Konkurrensbedömningar kan visa sig förhållandevis subtila, på likartad sätt som när den s.k. *relevanta marknaden* i konkurrensrättsliga sammanhang skall försöka fixeras. I AD 1980 nr 82 hade en anställd vid den ekonomiska föreningen OK sagts upp. Föreningen ägnade sig bl.a. åt uthyrning av husvagnar och den anställda sades upp p.g.a. att denne *sålde* husvagnar på sin fritid. Trots att domstolen bedömde att en viss konkurrens förelåg (även föreningen sålde emellanåt några begagnade husvagnar), ansågs inte omfattningen av denna tillräcklig för att, tillsammans med beaktandet av andra omständigheter, leda till uppsägning.

Normalt gäller konkurrensförbudet under hela anställningstiden där även uppsägningstiden inryms.⁸¹⁸ En anställd har dock under normala omständigheter rätt att under pågående anställning söka arbete hos ett annat företag, även om detta befinner sig i samma bransch.⁸¹⁹

Av rättspraxis framgår att även viss aktiv *förberedelse* i syfte att ägna sig åt framtida konkurrens, kan betraktas såsom ett lojalitetsbrott.⁸²⁰ I AD 1999 nr 20 hade en tv-producent fört samtal med en konkurrent till arbetsgivaren. Domstolen uttalade att agerandet i princip var ett brott mot lojalitetsåtagandet, men p.g.a. bristande bevisning angående vad som

⁸¹⁶ Fahlbeck, s. 94.

⁸¹⁷ Schmidt (1994), s. 265, Svensäter, s. 147 f.

⁸¹⁸ AD 1998 nr 80.

⁸¹⁹ Ds 2002:56 s. 322 och AD 1986 nr 146. Se även Svensäter, s. 157.

⁸²⁰ Svensäter, s. 153 hänvisande till AD 1981 nr 161 samt 1982 nr 39.

diskuterats vid dessa samtal föll käromålet.⁸²¹ I AD 1999 nr 144 ansågs en försäljare hos ett säkerhetsföretag vara illojal, redan när denne registrerade ett handelsbolag vars avsedda verksamhet var ägnad att konkurrera med arbetsgivarens verksamhet.⁸²²

En konkurrerande verksamhet har, i ett annat fall, ansetts påbörjad redan vid en förberedande marknadsbearbetning.⁸²³ I AD 1981 nr 161 prövades avskedandet av en maskinskötare vid ett företag som tillverkade pappersprodukter. Maskinskötaren bildade, under anställningstiden, ett handelsbolag tillsammans med en kompanjon. Detta handelsbolag hade till ändamål att ta hand om returpapper inom ett visst geografiskt område. Maskinskötaren lät presentera den planerade verksamheten i ett utskick till ett hundratal kommuner och därutöver lämnades anbud på returpapper till flera kommuner. Problemet var att denna verksamhet konkurrerade med arbetsgivarens enär returpapper utgjorde råvara hos denne; det handlade om delvis samma leverantörer. Även om handelsbolagets inköpskonkurrerande verksamhet aldrig fullföljdes, betraktades maskinskötarens beteende såsom ett avskedsgrundande lojalitetsbrott.⁸²⁴

Lojalitetsplikten hindrar knappast *alla* åtgärder en anställd kan tänkas företa sig när denne för egen del planerar en ny verksamhet.⁸²⁵ Skaderekvisitet torde ha en betydande vikt vid lojalitetsbrottsbedömningen. I ett relativt färskt fall från arbetsdomstolen – AD 2003 nr 21 – hade en verksamhetschef på ett företag, vilket bedrev assistansservice åt funktionshindrade, sagt upp sig och startat konkurrerande verksamhet. Lejonparten (20 av 31) av kunderna valde att säga upp sina respektive avtal med den tidigare arbetsgivaren. AD konstaterade att det fanns ett samband mellan verksamhetschefens uppsägning och kundernas agerande, men att det inte var visat att denne förmått dem till att vidta uppsägningsåtgärderna. Förvisso ansåg AD att det ålåg verksamhetschefen, med hänsyn till dennes position, att *underrätta* sin arbetsgivare om de väsentliga förändringar som ägde rum. Hennes underlåtenhet i detta avseende var ett brott mot lojalitetsplikten. Dock sanktionerades inte

⁸²¹ Liknande i Lunde, s. 392: "Reine samtalar eller samvær med konkurrentar vil åleine normalt ikkje vere tilstrekkeleg for å konstatere illojalitet." Se densamme not 1166 (hänvisningar).

⁸²² Jfr även angående aktiv förberedelse: AD 1975 nr 67, AD 1981 nr 161 och AD 1982 nr 39 och AD 1982 nr 42 och AD 1993 nr 12. Se även Rt 1990 s.607 (Viking-domen) när förberedelserna inför att starta egen verksamhet går för långt.

⁸²³ Jfr dock AD 1977 nr 118 där ett anbud mer liknade sökande av anställning.

⁸²⁴ Se även AD 1982 nr 42, 1983 nr 93, 1983 nr 159, 1993 nr 142, 1996 nr 15 samt 1999 nr 61 angående avskedsgrundande konkurrens.

⁸²⁵ Jfr Ds 2002:56 s. 322. I exempelvis AD 1986 nr 146 ansågs det inte säkert att den anställde verkligen skulle fullfölja sina planer. Jfr Svensäter, s. 154 samt Lunde (norsk rätt), s. 392 samt 393 f.

detta lojalitetsbrott med skadestånd med hänvisning till att arbetsgivaren inte ansågs skulle ha kunnat förhindra uppsägningarna.

Den anställda lär knappast ha någon allmän upplysningsplikt, gentemot sin arbetsgivare, angående eventuella framtidsplaner.⁸²⁶ Det kan även diskuteras huruvida det bör finnas ett något större toleransutrymme för arbetstagaren i situationer där denne redan blivit uppsagd p.g.a. arbetsbrist.⁸²⁷ Ett skäl för uppsägningstiden är att parterna skall ges viss tid för att planera för den fortsatta verksamheten.⁸²⁸ Svensäter påpekar att "otrygghet i anställningen" varit ett beaktansvärt argument för en större tolerans gentemot arbetstagare i Danmark och Norge. Han verkar dock generellt tveksam till det lämpliga i detta.⁸²⁹ Å ena sidan bör den anställdes möjligheter att försörja sig, samt samhällets intresse av en flexibel arbetsmarknad och konkurrens, kunna beaktas i sammanhanget. Å andra sidan synes det olämpligt att, under uppsägningstiden, tillåta en annars otillåten konkurrens (vid uppsägning p.g.a. arbetsbrist). Om skälen till uppsägningen är legitima – d.v.s. att arbetsbrist verkligen föreligger – kan det synas olämpligt att i högre grad tillåta arbetstagarekonkurrens och därmed riskera att arbetsgivarens problem accentueras (vilket bl.a. skulle kunna leda till än fler uppsägningar av andra arbetstagare). I AD 1983 nr 159 samarbetade den anställda symaskinsförsäljaren med det konkurrerande bolaget först *efter* att uppsägningstiden löpt ut. Till saken hör dock att anställningen därefter hade fortsatt i enlighet med 34 § LAS, enär uppsägningen inte ansågs sakligt grundad. Arbetsdomstolen betraktade, trots denna omständighet, inte arbetstagarens beteende såsom ursäktligt: domstolen bedömde t.o.m. att den illojala konkurrensen utgjorde grund för *avskedande*.

Ovan diskuteras några tidsrelaterade aspekter avseende förhållanden på arbetstagsidan. Det är dock även relevant att diskutera detsamma med hänsyn till förhållanden på arbetsgivar sidan. Arbetsgivaren behöver inte ha påbörjat den relevanta verksamheten: arbetstagaren får inte planera eller förbereda verksamhet vilken konkurrerar med verksamhet, vilken arbetsgivaren planerar att starta. Eventuella sanktioner mot den anställda är dock rimligen avhängiga av dennes kännedom om arbetsgivarens planer.⁸³⁰ En intressant frågeställning är den om vad som bör gälla för ett fall där arbetstagaren är före arbetsgivaren

⁸²⁶ Jfr Svensäters generella genomgång angående arbetstagarens eventuella upplysningsplikt, s. 173 ff. Jfr även Lunde (norsk rätt), s. 391 med hänv.

⁸²⁷ Jfr Lunde, s. 389 f. och 395 samt Hasselbalch (1980), s. 646.

⁸²⁸ Jfr med diskussion gällande handelsagenter i prop. 1990/91:63 s. 105 samt Söderlund, s. 112.

⁸²⁹ Svensäter, se s. 159 f.

⁸³⁰ Jfr AD 1993 nr 12.

på en viss marknad.⁸³¹ Den anställde har i sig inte gjort något klandervärt, men likväl kan det leda till en förtroendekris: möjligheterna till ett framtida gott samarbete riskeras. Efter en skälig betänketid måste rimligen den anställde välja vilken häst som han/hon vill rida på fortsättningsvis, där en reell konkurrenssituation synes omöjlig att komma runt. I praktiken kan man tänka sig att parterna kommer överens: arbetsgivaren förvärvar frukterna av den anställdes bisyssla.

4.4.2.3 Något om förlängd lojalitetsplikt – konkurrensklausuler i anställningsförhållanden

Ovan har det först och främst diskuterats biförpliktelser, såsom plikten att undvika konkurrens, under *pågående* avtal. När ett anställningsavtal upphör, försvinner normalt även de med avtalsförhållandet tillhörande förpliktelserna: LFH 7 § 2 st. är ett undantag för denna regel, med den reglerar främst rena missbruksfall.⁸³² Via avtal kan man dock förlänga vissa biförpliktelser "livstid". Det handlar vanligen om olika aktivitetsbegränsningsklausuler såsom konkurrensförbud samt sekretessförpliktelser, vilka skall gälla även efter huvudförpliktelsens fullgörande.⁸³³ Avtalsförhållandet kan, logiskt betraktat, inte kallas för till fullo avslutat så länge som det finns ännu inte fullgjorda förpliktelser. Vid en strikt tillämpning av det sistnämnda uttalandet skulle å andra sidan ett avtalsförhållande inte betraktas såsom avslutat förrän alla relevanta preskriptionstider passerats, vilket möjligen kan anses hårddraget.

När avtalsparter uttryckligen överenskommer om att förlänga giltighetstiden för exempelvis en konkurrensklausul, så att klausulen gäller även efter det att anställningen upphört, bör de tillse att klausulens omfattning och ändamål framkommer så tydligt som möjligt. I NJA 1949 s. 134 hade en person lämnat sin anställning som föreståndare hos en konsumförening. I samband med anställningens upphörande, ingick föreståndaren och arbetsgivaren ett förlikningsavtal vari det överenskomms om vissa förmåner för föreståndaren mot att denne underlät att öppna konkurrerande affär inom föreningens verksamhetsområde. Den tidigare

⁸³¹ Svensäter skriver (s. 161): "Huruvida arbetstagaren i det fall han vid sidan av anställningen redan bedriver en verksamhet som innebär konkurrens med en av arbetsgivaren senare påbörjad verksamhet är skyldig att avsluta sin verksamhet är oklart."

⁸³² Se Fahlbeck, 240 ff.

⁸³³ Se exempelvis Adlercreutz & Flodgren, passim; Bruun (2003), passim; Helgesson, s. 389 och 399 f.; Svensäter, s. 192 ff.

föreståndaren öppnade senare en butik *utanför* det avtalade området, men han tog dock upp beställningar från samt levererade varor till, kunder *inom* föreningens verksamhetsområde. Konsumföreningen svarade med att innehålla de ännu inte utbetalade förmånerna. Majoriteten i HD diskuterade i enlighet med förutsättningslärans kriterier och befriade konsumföreningen från framtida betalningsförpliktelser avseende de överenskomna förmånerna.

Det faktum att det torde ha varit arbetsgivaren som skrev in den ofullständiga klausulen, synes inte ha fått en avgörande betydelse (jfr principen om *in dubio contra stipulatorem*) utan andra topos såsom lojalitetshänsyn och beaktandet av avtalsändamålet, synes ha stått i förgrunden.

4.4.2.3.1 Legala begränsningar av explicita lojalitetsförpliktelser

Konkurrensbegränsningsklausuler faller, såsom en del av ett enskilt anställningsavtal eller ett kollektivavtal, normalt utanför konkurrenslagens tillämpningsområde (2 § konkurrenslagen),⁸³⁴ åtminstone så länge som klausulen reglerar endast förhållandena under anställningstiden.⁸³⁵ Det nyss angivna undantaget i konkurrenslagen för kollektivavtal gäller endast arbetsvillkor. Om en fackförening däremot skulle försöka reglera varumarknaden gäller normalt inte undantaget i 2 § KL.⁸³⁶

Det förekommer även situationer när anställningsavtal kombineras med ett överlåtelseavtal: i fallet *Wegelius Holding* bedömde Konkurrensverket att en konkurrensklausul *inte* omfattades av undantaget i 2 §. I detta fall hade en person överlåtett ett rörelsedrivande bolag till en annan. Vid överlåtelsen avtalades det dels om att överlåtaren skulle arbeta kvar såsom anställd i bolaget under tre år, dels att denne under anställningstiden inte fick konkurrera med arbetsgivaren/köparen. Denna klausul accepterades av Konkurrensverket såsom anställningsreglerande, varför konkurrenslagen inte var tillämplig på denna. Köparen hade dock *därutöver* förhandlat sig till en konkurrensförbudsklausul för säljaren avseende en viss tid (18 månader) *efter* ovan nämnda anställningstids utgång. Den senare klausulen ansågs av konkurrensverket inte reglera anställningsförhållandet, varför konkurrenslagen formellt sett

⁸³⁴ Jfr Norberg, s. 383 ff.

⁸³⁵ Wetter m.fl., s. 34.

⁸³⁶ Prop. 1981/82:165, s. 385. Jfr Norberg, s. 384 f.

var tillämplig.⁸³⁷ Vid sidan av konkurrenslagens begränsningar måste även skälighetskravet i 38 § avtalslagen beaktas, vilket påpekats ovan. Det finns för övrigt numera ett förslag om att i LAS införa regler om konkurrensklausuler.⁸³⁸

4.4.2.4 *Medlemmarnas lojalitetsplikt i associationer: några generella drag angående några associationsformer och lojalitetsförpliktelser.*

Bolagsavtal anses innefatta en allmän lojalitetsplikt för bolagsmännen.⁸³⁹ Lojalitetsgraden varierar dock beroende på vilken samarbetsform som parterna valt. Lojalitetsnormens innehåll är, såsom påpekats tidigare, starkt påverkad av kontexten. Det finns märkbara skillnader mellan olika associationsformer, särskilt angående huruvida en delägare får ägna sig åt konkurrens eller inte. Så som påpekats på annat håll, handlar lojaliteten främst om att skydda befogade förväntningar i avtalsförhållanden. Den som får förtroendet att företa rättshandlingar åt andra, får vanligen ett medföljande proportionerligt ansvar. Konstruktionen av aktiebolag respektive ekonomiska föreningar medför att det, generellt betraktat, inte råder samma krav på förtroendeförhållande mellan medlemmarna som anses gälla i handelsbolag och enkla bolag.⁸⁴⁰ Det finns som bekant regler om jäv i de olika lagarna. Dessa jävsregler ger signaler om vems intresse, som subjektet i första hand bör vara lojalt mot. Dessa kodifierade och förhoppningsvis välkända regler kommer dock inte att behandlas i detta sammanhang.⁸⁴¹

4.4.2.4.1 Aktiebolag

I ett börsnoterat aktiebolag med tusentals ägare är det sällan fruktbart att diskutera en rättsligt förankrad lojalitet mellan de enskilda aktieägarna.⁸⁴² Den genomsnittlige minoritetsaktieägaren har exempelvis inte någon reell makt att påverka bolaget och hon saknar därvidlag också egentliga möjligheter att skada övriga delägarna inom ramen för

⁸³⁷ Dnr 23/95 (Wegelius Holding AB (1995-02-07)). Se även dnr 1813/93 Poolkemi AB (1994-01-24) samt dnr 1209/93 Landstinget Kronoberg (1994-06-29) Se angående dessa i Wetter m. fl.

⁸³⁸ Jfr Ds 2002:56, s. 43-44 samt Bruun (2003), s. 127.

⁸³⁹ Se SOU 1978:67 s. 62; Nial, s. 111 f; Lindskog, (2001), med åtskilliga hänvisningar, s. 81, not 136.

⁸⁴⁰ Johansson (2001), s. 347.

⁸⁴¹ Se exempelvis Johansson & Pehrson, s. 417- 435, särskilt s. 428 f. angående styrelseledamöternas lojalitetsplikt i förhållande till jävsreglerna.

⁸⁴² Jfr Johansson (2001), s. 347, Se även Lindskog (2001), s. 81; Nicander, s. 45; Pehrson, 507 f.

aktiebolagsverksamheten.⁸⁴³ Många aktier ägs av mer eller mindre passiva ägare, vilka ser aktieägandet främst såsom ett förhållandevis passivt sparande. Det börsnoterade aktiebolaget kan för övrigt uppfattas såsom ett uttryck för *Gesellschaftsidealet*: med en liten grad av ägarsamverkan och en strikt kontraktuell ansvarsfördelning.⁸⁴⁴ "Aktierätten är egentligen inte förknippad med några skyldigheter gentemot bolaget och dess övriga intressenter."⁸⁴⁵ Men det finns trots allt gränser för aktieägarens handlande, vilket framgår av 15 kap. 3 § aktiebolagslagen (ABL).

"En aktieägare skall ersätta skada som han uppsåtligen eller av grov oaksamhet tillfogar bolaget, en aktieägare eller någon annan genom att medverka till överträdelse av denna lag, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen."

Ovanstående paragraf omfattar såväl situationer där aktieägaren röstar på stämman samt situationer där denne utövar inflytande medelst personliga påtryckningar på styrelsen.⁸⁴⁶ Med förbehåll för den nyss nämnda begränsningen, anses en aktieägare rättsenligt vid bolagsstämman kunna tillgodose sitt eget intresse i första hand.⁸⁴⁷ Aktieägarens ansvar är således förhållandevis snävt begränsat enligt 15 kap. 3 §. En aktieägare kan – in dubio – därför också köpa aktier i ett konkurrerande aktiebolag utan att befara civilrättsliga sanktioner för "lojalitetsbrott".⁸⁴⁸

En annan fristående bedömning om eventuellt *avtalsbrott* kan komma ifråga, i den mån det förekommer sidoöverenskommelser (s.k. aktieägaravtal) mellan ägarna: här får sedvanlig avtalstolkning tillgripas med ledning av regler om enkla bolag.⁸⁴⁹ Lojalitetskraven mellan aktieägarna kan även tänkas vara strängare vid fåmansaktiebolag,⁸⁵⁰ än vid det ovan nämna börsnoterade aktiebolaget. Vid fåmansbolag, med fler än en delägare, kan det vara motiverat att uttryckligen avtala om huruvida ett konkurrensförbud bör gälla eller inte, eftersom dessa

⁸⁴³ I detta sammanhang diskuteras "typiska" förmögenhetsskador vilka kan tänkas förekomma i de ekonomiska sammanhang som här beskrivs.

⁸⁴⁴ Jfr Bergström & Samuelsson, s. 206: "Företaget kan med fördel ses som ett nätverk av kontrakt." Se, angående *Gesellschaftsidealet*, nedan avsnitt 6.2.5.4.

⁸⁴⁵ Bergström & Samuelsson, s. 56. Skyldigheten anses sträcka sig till att betala in tecknat aktiebelopp, se Johansson (2001), s. 106.

⁸⁴⁶ Johansson (2001), s. 348.

⁸⁴⁷ Nicander, s. 45, hänv. till Kedner & Roos, *Aktiebolagslagen del II, 1991*, s. 359.

⁸⁴⁸ Jfr Lindskog (2001), s. 81.

⁸⁴⁹ Se angående aktieägarkonsortier i Lindskog (2001), s. 1051 ff. med hänvisningar.

⁸⁵⁰ Jfr Lindskog (2001), s. 81, not 137 in fine; Werlauff, s. 25: "Jo snævrere en personkreds der samarbejder i selskabet, desto mere minder dette om et interessentskab, og desto mere skal *de fra personselskabet kendte loyalitetsforpligtelser overføres til kapitalsselskabet*."

bolag i vissa avseenden kan sägas ha likheter med handelsbolag avseende det inbördes förhållandet mellan delägarna. Delägarnas incitament att välja aktiebolagsformen torde knappast styras av aktiernas, generellt sett, höga överlåtelsebarhet. Valet av bolagsform torde många gånger inte grundas på spörsmål angående delrätten såsom ett överlåtelseobjekt. Aktiebolagsformen utgör snarare en legalt erkänd struktur för samarbete på aktörsnivå, där delägarna främst önskar att skapa ett rättssubjekt med en legalt definierad och begränsad risksfär, vilken är skild från delägarnas personliga ekonomi.

I praktiken kan dock en aktieägare i ett fåmansbolag vara tvungen att ta betydligt större finansiella risker än vad aktiebolagslagen kräver. Vid mindre, kapitalresursbegränsade aktiebolag, är det inte ovanligt att en eller flera av delägarna får ställa någon form av personlig säkerhet, såsom borgen eller pant, för vissa av bolagets förpliktelser. De ekonomiska konsekvenserna för denne aktieägare, vid eventuell konkurs för aktiebolaget, kan därför likna konsekvenserna för en handelsbolagsman vid handelsbolagets konkurs. Därutöver kan även den praktiska verksamheten i fåmansbolaget vara starkt beroende av delägarnas personliga medverkan i bolaget. Dessa två grunder, d.v.s. risktagandet och samarbetsbehovet, kan motivera en starkare lojalitetsplikt i handelsbolag.⁸⁵¹ Detta bör rimligen även peka i samma riktning vad gäller fåmansaktiebolag med liknande förutsättningar. I den mån det föreligger ett intimt samarbete mellan aktieägarna kan det i enlighet med det nyss sagda, ställas högre krav på delägarnas lojalitet, mot bolaget och dess ändamål.

Det finns betydligt mer att säga om lojalitetsplikten i aktiebolagsrättsliga sammanhang än vad som framkommit ovan. En relevant fråga är vem bolagsledningen skall vara lojal mot. Det är inte alltid uppenbart i komplicerade organisatoriska enheter, vilka inrymmer många olika intressenter. Denna omfattande problematik måste dock, med ett mindre undantag, lämnas därhän i detta arbete.⁸⁵²

⁸⁵¹ Jfr motiveringen för en starkare s.k. trohetsplikt vid handelsbolag, Nial, s. 111 f.

⁸⁵² Se nedan angående styrelseledamotens lojalitetsplikt i text vid not 934. Se generellt om den i texten ovan diskuterade intresseproblematiken i exempelvis: Bergström & Samuelsson; Dotevall (1999); Lando, Henrik; Werlauff.

4.4.2.4.2 Handelsbolag och kommanditbolag

I handelsbolag krävs det, som ovan berörts, en högre grad av lojalitet. Den betydande riskexponering som bolagsmännen i utsätter sig för, ställer mycket stora krav på inbördes lojalitet. Riskexponeringen består främst i att varje bolagsman in dubio kan binda bolaget mot tredje man och att bolagsmännen svarar obegränsat och solidariskt för bolagets skulder, se HBL 2 kap. 17 och 20 §§. Detta ömsesidiga beroendeförhållande och medansvar sträcker sig betydligt längre än vid de flesta andra avtalsförhållanden.⁸⁵³

Även i fråga om konkurrensklausuler torde utgångspunkten vara den omvända, i jämförelse med vad som gäller vid aktiebolag: en bolagsman kan inte förvänta sig att sanktionsfritt kunna ägna sig åt med bolaget konkurrerande verksamhet. Handelsbolagslagen behandlar inte denna begränsning uttryckligen, men det synes stå klart att en bolagsmans allmänna förpliktelser gentemot bolaget innebär begränsningar i hans rätt att för egen eller annans räkning göra affärer eller delta i andra företag i den bransch där bolaget driver sin verksamhet.⁸⁵⁴ *"Men då dessa begränsningar sålunda måste grundas på bolagsmannens allmänna förpliktelser gentemot bolaget, torde en förutsättning för att åtgärder av ifrågavarande slag skall anses rättstridiga mot bolaget vara, att åtgärderna verkligen kan antas skada bolaget."*⁸⁵⁵ Här kan åtminstone två sorters skada diskuteras, för det första kan det röra sig om en direkt *marknadsskada*, vilket är en ekonomisk skada. I en konkret situation kan det visa sig vara svårt att utreda huruvida en verksamhet konkurrerar med en annan.⁸⁵⁶ Tidigare avgjorda rättsfall innehållande konkurrensrättsliga bedömningar angående vad som är *relevant marknad*, visar ofta bedömningarnas komplexitet.⁸⁵⁷ En god marknadsförståelse krävs därför av rättstillämparen. Även om det inte går att påvisa en negativ ekonomisk marknadseffekt, vore det rimligt att även beakta graden av förtroendeskada (vars marknadseffekt kan vara långsammare). För en person med förvaltningsrätt riskerar det nödvändiga förtroendekapitalet att bli omintetgjort. Här kan en jämförelse göras med anställningsförhållanden, där en förtroendeskada kan vara rättsligt sanktionerad även utan att en påvisbar ekonomisk skada

⁸⁵³ Nial, s. 111 f.

⁸⁵⁴ Nial, s. 170 med flera hänv. (not 130). Lindskog (2001), s. 83, Jfr norsk rätt, selskapsloven § 2-23, detta konkurrensförbud rättsar sig endast mot delägarna och inte mot styrelseledamöter eller anställda, se Falkanger Thorsen, s. 48.

⁸⁵⁵ Nial, s. 170 [fotnot utesluten ur citat].

⁸⁵⁶ Jfr, Falkanger Thorsen, s. 49.

⁸⁵⁷ Se angående detta i konkurrensrättslig litteratur, såsom exempelvis Wetter m.fl., s. 67 ff.

inträffat (se ovan s. 139 samt 141). Bl.a. skulle hävnings- respektive uppsägningsmöjligheterna, med hänvisning till viktig grund, kunna vara aktuella sanktioner.

En komplementär har vanligen en aktiv roll i kommanditbolaget. Denne har att i en högre grad värna bolagets intressen och kan därför jämföras med handelsbolagsmannen i ansvarshänseende. En kommanditbolagsdelägare däremot har en position liknande aktieägarens och torde ha rätt att investera i konkurrerande bolag, åtminstone när denne inte tar en aktiv del i bolagets förvaltning.⁸⁵⁸

4.4.2.4.3 Det enkla bolaget

Flera skilda ekonomiska samarbetsformer mellan personer torde falla in under kategorin enkelt bolag. Medlemmarna behöver inte ens veta om att deras dispositioner betraktas såsom ett enkelt bolag.⁸⁵⁹ Det är svårt att ha någon grundad mening angående generella rättsliga idéer angående en sådan öppen kategori. Redan valet av begreppet *bolag* kan diskuteras, eftersom det inte betraktas såsom en ett rättssubjekt.⁸⁶⁰ Möjligen kan man se konstruktionen såsom en samling reservregler (jfr engelskans *default-rule*).⁸⁶¹ I praktiken kan enkla bolag förekomma under begrepp såsom konsortie, kartell och joint venture.⁸⁶² Kravet är att det skall vara en samverkan, där minst två parter skall verka för en bestämd uppgift. I denna samverkan anses en enskild bolagsman ha skyldigheten att verka för det enkla bolagets, och därmed bolagsmännens gemensamma, intresse.⁸⁶³ Denna juridiska konstruktion ger ett förhört tillitsbehov mellan parterna, vilket accentuerar lojalitetskraven. I ett tidigare omnämnt rättsfall, NJA 1978 s. 147, behandlades frågan om det förelåg ersättningsskyldighet för vissa dispositioner i samband med ett projekteringsavtal (*culpa in contrahendo*).⁸⁶⁴ HD gav ett nekande svar i frågan om ersättningsskyldighet. I fallet diskuterades dock inte möjligheten att se på det överenskomna projekteringsavtalet såsom ett enkelt bolag.⁸⁶⁵ Detta hade i så fall kunnat öppna för ett förstärkt tillitsskydd och därmed större krav på hänsyn vid prekontraktuella fastighetsdispositioner.

⁸⁵⁸ Jfr Nial, s. 330.

⁸⁵⁹ Jfr Lindskog (2001), s. 1040.

⁸⁶⁰ Lindskog (2001), s. 1042.

⁸⁶¹ Jfr text ovan vid not 728.

⁸⁶² Jfr SOU 1978:67 s. 116 f.; Lindskog (2001), s. 1042 med hänvisningar.

⁸⁶³ Nial, s. 359.

⁸⁶⁴ Se ovan avsnitt 4.1.4.

⁸⁶⁵ Jfr Lindskog (2001), s. 1058.

Det juridiska samlingsbegreppet ”enkla bolag” ger en allt för vag ledning för att lojalitetskravet skall kunna ges en närmare innebörd. Vissa samverkansavtal uppvisar högre krav på behov av lojalitet. Nial omnämner s.k. rörelsedrivande jordbruksbolag där trohetsplikens innebörd och omfattning är jämförliga med dem som föreligger vid handelsbolag.⁸⁶⁶

Nial påpekar att frågan om hinder för bolagsman att driva med bolaget konkurrerande verksamhet sällan uppkommer.⁸⁶⁷ Kanske har detta ändrats med tanke på mängden nya samarbetsformer som uppfyller kriterierna för enkelt bolag: bl.a. betraktas numera registrerade handelsbolag såsom enkla bolag.⁸⁶⁸

I vissa avtalsförhållanden handlar det kanske mer om att hålla sig till det avtalade i vid mening än om direkt konkurrerande verksamhet. Det kan visa sig vara en förhållandevis subtil åtskillnad mellan att 1) diskutera utifrån utgångspunkten att part har att hålla sig till, och arbeta enligt, det avtalade gemensamma ändamålet och att 2) diskutera utifrån utgångspunkten att part har att *avhålla sig* från lojalitetskränkande beteenden.

Här kan två norska rättsfall exemplifiera det nyss sagda. I Rt. 1967 s. 1335 hade ett antal silloljefabrikanter gått samman och grundat en gemensam inköpsorganisation. Denna sammanslutning skulle köpa in och fördela råvara bland medlemmarna efter förutbestämda kvoter. Inköpsorganisationen lyckades inte med sin uppgift varför medlemmarna själva handlade sina respektive inköp. Det visade det sig dock att tre av medlemmarna skaffade sig betydligt mer sill än vad den uppgjorda kvoteringen tillät, vilket medförde att de övriga inte nådde upp till sina respektive kvoter. De förfördelade medlemmarna stämde de tre med krav om ersättning. Høyesterett menade att alla medlemmar var skyldiga att respektera de avtalade kvoterna och ersättningsskyldighet ålades de tre. Domstolen påtalade särskilt att förfarandet ”*ville stride mot plikten til lojalitet, ...*”. Fallet kan för övrigt anses intressant även ur ett nutida konkurrensrättsligt perspektiv.

⁸⁶⁶ Nial, s. 359 f.

⁸⁶⁷ Nial, s. 330.

⁸⁶⁸ Handelsbolag får rättssubjektivitet i och med registreringen, HBL 1 kap. 1 §, se exempelvis Johansson, s. 74 f.

I fallet Rt 1969 s. 878 gällde det inköp av sillhaj (håbrand).⁸⁶⁹ En viss F ingick avtal med "Håbrandfiskernes Salslag" (HS) angående köp av årets fångst. HS krävde att F ställde garanti för köpeskillingen, vilket denne inte förmådde att prestera på egen hand. F kontaktade därför fartygsägaren A, vilken ställde upp som garant av halva köpeskillingen, mot att A fick rätten till motsvarande del av kontraktet mellan F och HS. A lät under kontraktstiden sitt eget fartyg fiska: fångsten såldes dock via andra kanaler än den ovan nämnda. A ansågs dock via avtalet med F ha att lojalt arbeta för deras gemensamma ändamål. A ansågs ha handlat illojalt när han valde att utnyttja andra aktörer. Høyesterett bedömde att A borde ha ta tagit hänsyn till F:s förväntningar om utbytet av avtalet även om dessa inte uttryckligen hade preciserats.

4.4.2.5 *Andra avtalstyper*

Här nedan kommer även flera andra avtalstyper att förekomma i större eller mindre utsträckning. De är sinsemellan förhållandevis olika, vilket är det bidragande skälet till varje avtalstyp inte ges en utförlig beskrivning. Det skulle uppta en alltför stor plats i detta arbete.

4.4.2.5.1 *Överlåtelseavtal*

Vid sedvanliga *överlåtelser* av materiella föremål näringsidkare emellan uppkommer, av lätt insedda skäl, normalt inte några spörsmål angående konkurrensförbud såsom en naturlig följd av själva avtalsförhållandet. Endast det faktum att en objektsöverlåtelse sker mellan två parter kan rimligen inte innebära att de därefter inte skulle få konkurrera med varandra. En part kan normalt inte förvänta sig att *denna* lojalitetsförpliktelse skall inrymmas i en sådan situation.⁸⁷⁰ Ur ett nutida samhällsekoniskt perspektiv kan snarast motsatsen hävdas: huvudregeln bör vara att fri konkurrens skall råda mellan näringsidkare.

Vid företagsöverlåtelser är det däremot desto vanligare att parterna kommer överens om ett konkurrensförbud. Det är vanligen säljaren som förbinder sig att exempelvis fortsättningsvis inte bearbeta sina tidigare kunder. Säljaren kan kompensera denna sin uppoffring med att anpassa sitt försäljningspris därefter. Finns det ingen konkurrensklausul i

⁸⁶⁹ Jfr Falkanger Thorsen, s. 47.

⁸⁷⁰ Jfr Nicander, s. 34 f.

överlåtelseavtalet, utgör detta naturligtvis ett starkt indicium för att säljaren skall kunna bedriva framtida konkurrens fritt. Undantagsvis torde det kunna dock tolkas in ett mer eller mindre underförstått förbud för säljaren att konkurrera med köparen. När någon förvärvar en hel *rörelse* (jfr begreppet *going concern*),⁸⁷¹ kan det tänkas att köparens affärsmässiga grunder för förvärvet omintetgörs om säljaren, strax efter transaktionens genomförande, sätter i gång med en konkurrerande verksamhet av betydande omfattning.⁸⁷² Trots att säljaren av rörelsen avtalsenligt har genomfört huvudförpliktelsen (faktisk och rättslig övergång av rörelsen), kan dennes brott mot biförpliktelsen (lojalitetsbrott) undergräva köparens möjligheter att exploatera det förväntade utbytesvärdet.⁸⁷³

Antag att den privatpraktiserande läkaren X i Linköping byter läkarpraktik med likaledes privatpraktiserande läkaren Y i Umeå.⁸⁷⁴ Parterna kommer överens om att det inte skall utgå någon mellanskillnad åt något håll med anledning av bytet. Överlåtelsen omfattar bl.a. lokal och kundregister (här bortses från andra möjliga rättsliga problem med överlåtelsen: exempelvis hinder att utnyttja kundregistret p.g.a. personuppgiftslagen eller relevant sekretesslagstiftning). Ingen konkurrensklausul införs i avtalet: den tanken föresvävar aldrig parterna. Frågan upplevs helt enkelt inte såsom särskilt relevant med tanke på det betydande avståndet mellan städerna. De båda läkarna flyttar till respektive ort för att överta och driva verksamheterna. Efter knappt ett år ångrar sig X, hon vill flytta hem till Linköping igen för att återuppta sin verksamhet där. Y däremot vägrar att byta tillbaka. Antag att X i denna situation etablerar en läkarpraktik alldeles i närheten av Y:s lokal och startar konkurrerande verksamhet. Antag vidare att Y får vidkännas en 35 % omsättningsnedgång beroende på X:s "återetablerade" verksamhet. Kan Y med framgång rättsligen angripa X:s dispositioner? Kan Y lita till någon verksam rättsgrund i fallet? De traditionella rättskällorna ger inte mycket ledning i detta fall. Köplagen är förvisso tillämplig på överlåtelseformen *byte* (köplagen 1 § 2 st.), men denna lag behandlar inte uttryckligen biförpliktelser av här aktuellt slag.⁸⁷⁵

Det finns åtminstone två skäl till att vara försiktig med att tolka in implicita konkurrensförbud. För det första betonas numera vikten av en fungerande konkurrensutsatt

⁸⁷¹ Lunde, s. 430.

⁸⁷² Koktvedgaard (1965), s. 277. Se även densammes komparativa utblick angående acceptansen hos ett antal länders rättsordningar av underförstådda konkurrensklausuler, s. 280.

⁸⁷³ Jfr Koktvedgaard (1965), s. 277 och Krüger, s. 684.

⁸⁷⁴ Exemplet är inspirerat av det tyska rättsfallet BGH, 18 december, 1954, BGHZ 16.71, Jfr också fallet "Doctors swapping practices", presenterat i Zimmerman & Whittaker, s. 481.

⁸⁷⁵ Jfr Kihlman (1999), s. 97 ff. och Ramberg & Herre (1995), s. 104. CISG behandlar dock biförpliktelser i högre grad.

marknad i och *explicita* konkurrensbegränsningsavtal näringsidkare emellan riskerar att stöta sig med denna idé. Med tanke på detta, kan man därför ställa sig frågan, varför rättstillämparen skulle *fylla ut* avtalet med ett konkurrensförbud! Det andra skälet handlar mer om den riskfördelning som parterna bestämde i avtalsförhandlingen. Den part, som inte tillsett att en klausul utformats motsvarande hans intention, får som huvudregel själv bära risken för detta. I det ovan nämnda fallet överlät X dock även *kundregistret* samt flyttade långt bort från sina tidigare patienter till en helt ny verksamhetsplats. I denna situation synes det förståeligt om parterna inte uppfattade behovet av att diskutera några eventuella konkurrensbegränsningar.

Y torde därför, enligt min uppfattning, kunna åberopa att medkontrahenten inte har rätt att exploatera Y:s befogade förväntningar om utbytet av avtalet. Om vi antar att Y:s argumentering (så långt) har rättslig bärkraft: vilken rättsföljd vore i så fall att föredra? Att förvägra X att återetablera sig, med hot om betydande vitesbelopp, kan synas vara en sträng konsekvens av en implicit förpliktelse. Att häva avtalet och låta vardera prestationen gå åter är inte intressant ur Y:s perspektiv (under antagande om att Y inte vill flytta tillbaka). En vederlagsreduktion vore sannolikt det mest lämpliga.⁸⁷⁶ X:s beteende efter avtalsingående har lett till att Y inte kunnat tillgodogöra sig den förväntade avkastningen. Vederlagsberäkningen, vilken kompliceras i och med att det handlar om ett byte, torde kunna uppskattas i efterhand med ledning av ett beräknat kommersiellt avkastningsvärde för rörelsen.

I ett tyskt rättsfall, med liknande förutsättningar, vann Y:s motsvarighet, enär domstolen medelst en s.k. konstruktiv tolkning (BGB § 157) skyddade det synbara avtalsändamålet.⁸⁷⁷ X hindrades från att återetablera sig. Domstolen resonerade utifrån om parterna i denna situation skulle, i fall de hade övervägt saken, ha kommit överens om en konkurrensklausul i fallet.⁸⁷⁸ Svaret var, enligt domstolen, ja. Devisen *Pacta sunt servanda* kan i detta sammanhang ha givits en vidgad innebörd, där även kontexten och inte endast det explicit uttryckta beaktas.⁸⁷⁹ I detta sammanhang kan följande citat – angående tysk rätt – av Kötz & Flessner återges: “*Contracts for the sale of a business are often constructively interpreted so as to impose on the seller an obligation not to start up another business in competition with the buyer so as to*

⁸⁷⁶ Jfr den svenske kommentatorn (Håstad) yttrande i Zimmermann och Whittaker, s. 491. Se även Krüger, s. 684.

⁸⁷⁷ Se not 874.

⁸⁷⁸ Se de väsentliga delarna av domen (översatta till engelska) i Beale m.fl., s. 597 ff.

⁸⁷⁹ Jfr ovan i text vid noterna 107, 320 samt 429.

*prejudice his goodwill.*⁸⁸⁰ Det har redan påpekats ovan att en rörelseöverlåtelse normalt inte medför någon konkurrensbegränsningsförpliktelse utan att en explicit avtalsklausul därom införts i avtalet. Engelsk rätt synes ha den utgångspunkten. Säljaren, vid ett köpavtal, kan inte rättsligen hindras att återetablera sig i området utan uttrycklig överenskommelse därom. Dock är säljaren begränsad när det gäller att aktivt kontakta och försöka värva (soliciting) de tidigare kunderna.⁸⁸¹

I en kommentar av danska och norska rättsvetenskapsmän till ovanstående fall (läkarpraktikbytet) anges att det torde föreligga en skillnad angående synen på konkurrensklausuler mellan de s.k. fria yrkesgrupperna och annan kommersiell verksamhet.⁸⁸² Enligt detta resonemang skulle underförstådda konkurrensbegränsningar behandlas med större restriktivitet vad det gäller den första gruppen jämfört med den andra. Frågan är om det resonemanget har bärighet i nutida svensk rätt? Finns det några starka skäl för att behandla de s.k. fria yrkesgrupperna på annat sätt än andra näringsidkare?

Är konkurrensklausuler kanske är mer kännbara för de fria yrkesgrupperna? Dessa yrkesgrupper torde ha ett – generellt betraktat – större personligt förhållande till kunderna. Läkare och advokater torde många gånger få en mer personligt relaterad klientkontakt: uppdragens natur kräver ofta att klienten lämnar viss insyn i sin privata sfär. Detta är sannolikt ett skäl till att en viss tröghet förekommer hos klienter inför att byta uppdragstagare. En konkurrensklausul torde i dessa sammanhang kunna få en större betydelse än exempelvis för en producent av standardprodukter, där en högre grad av marknadsrelaterad utbytbarhet kan antas föreligga. Kan man i övrig hävda att de fria yrkesgrupperna bör vara friare (från konkurrensklausuler) än andra? Själv är jag inte övertygad om att det bör vara på det sättet, åtminstone så länge det inte handlar om att belägga någon med ett allmänt yrkesförbud (jfr 38 § avtalslagen).

Den part som har ett specifikt intresse av en överenskommelse, kan sägas ha en skyldighet att påkalla uppmärksamhet om detta specifika intresse. I första hand bör, i enlighet med det nyss sagda, denne part bära risken för sin egen försummelse vid avtalsförhandlingarna. Möjligen är

⁸⁸⁰ Kötz & Flessner, s. 119, [footnot utesluten ur citat hänvisande (not 57) till RG 31 May 1925, RGZ 117, 176.] Jfr även Grobecker, s. 177 (not 80) med ytterligare hänvisningar till tysk rättspraxis samt Roth, s. 139 f.

⁸⁸¹ Se exempelvis Grobecker, s. 205; Trego v. Hunt [1896] A.C. 7 [19 ff]; Walker v. Mottram (1881) 19 Ch.D 355; West London Syndicate v. IRC [1898] 2 Q.B 507 [523]; Gillingham v. Beddow [1900] Ch. 242. Se även Zimmermann & Whittaker, s. 487 f.

⁸⁸² Zimmermann & Whittaker, s. 490 f.

fall liknande det ovanstående ovanliga: i praktiken torde det vara vanligt med explicita konkurrennsklausuler vid rörelseöverlåtelser.

Med hänsyn till vad som ovan nämnts bör den förvärvare som påstår att motparten bryter mot en mer eller mindre *underförstådd* förpliktelse, presentera starka skäl till varför han har haft fog att förvänta sig att denna skulle beaktas. Följande frågor kan vara relevanta att ställa: kan avtalsändamålet anses förfelat (utan förpliktelsen)? Finns det uttalanden eller handlingar vilka fått förvärvaren att uppfatta att överlåtaren inte skall konkurrera framledes? Omständigheter såsom konkreta uppgifter (vilka ger köparen skäl att uppfatta att denne inte behöver befara konkurrens från säljaren) lämnade av säljaren i avtalsförhandlingarna, vederlagets storlek m.m. kan ha en avgörande betydelse för att förvärvaren skall få denna uppfattning. När någon, i samband med rörelseförvärv, förvärvar firmanamn, relevanta kundregister och goodwill mot ett marknadsmissigt vederlag, finns det vanligen goda skäl för köparen att förmoda att säljaren inte själv skall fortsätta att bearbeta kunderna.⁸⁸³

I det norska fallet Rt. 1898 s. 135 hade läkaren S(säljaren) sålt sin fastighet, samt därutöver diverse lös egendom (kontorsutrustning), till den konkurrerande läkaren K(köparen). Den senare hade erbjudet ett högt pris för att locka den förre att acceptera erbjudandet och flytta från distriktet. Parterna kom överens varefter överlåtelsen genomfördes. Det dröjde dock inte länge förrän S återkom och upptog sin nyss avslutande verksamhet. K, å sin sida, svarade då med att innehålla betalningen för den ovan nämnda lösa egendomen. Høyesterett menade att S inte åtagit sig att avstå från att återetablera sig i området, men att själva förutsättningarna för K:s intresse av att genomföra köpet av den lösa egendomen radikalt hade förändrats, varför han heller inte skulle åläggas att genomföra detta.

I NJA 1936 s. 368 (tyg-grossisten) prövades en grossists hävning av ett avtal.⁸⁸⁴ Avtalet avsåg inköp av tyger vilka skulle levereras successivt. Grossisten motiverade hävningen med att medkontrahenten – en tygfabrikant – sålt tyger även direkt till detaljister till samma prisnivå som hade avtalats mellan fabrikanten och grossisten. Grossisten hade därmed, reellt betraktat, eliminerats från marknaden genom fabrikantens nya försäljningsstrategi. HD godtog grossistens hävning men nekade skadeståndssanktionen. Fabrikantens handlande ansågs strida

⁸⁸³ Jfr Roth, s. 139.

⁸⁸⁴ Jfr även nedan i text vid not 932.

mot god handelskutym. Grossisten hade fog för att förutsätta att fabrikanter inte skulle vidta dessa åtgärder.

Det finns åtminstone två alternativa *rättsliga* förklaringsmodeller till dessa fall. För det första kan det hävdas att det handlar om ett (lojalitets)brott mot en biförpliktelse. Denna biförpliktelse uttrycker en bakomliggande förväntning i avtalsförhållandet: förnuftiga och rimligt hänsynsfulla parter hade beaktat den vid avtalets fullgörande. Den andra förklaringsmodellen utgår ifrån att det var en synbar förutsättning för parterna att undvika denna variant av konkurrens.⁸⁸⁵ I det sistnämnda fallet (NJA 1936 s. 368) diskuterade HD med ledning av förutsättningsläran. Enligt Adlercreutz är denna lösning visserligen elegant ”men förefaller dock att bygga på en orealistisk konstruktion.”⁸⁸⁶ Han anser att någon förutsättning av nämnda innehåll, som bort inses av motparten, säkert inte fanns. Adlercreutz hänvisar även till två andra fall (NJA 1951 s. 625 och 1957 s. 770) där inte förutsättningsläran vunnit majoritetens gehör. Han fortsätter: *”Det kan därför sägas att förutsättningsläran inte dominerar som lösningsmetod i fall av denna typ, där fråga snarast är om ett avtals biförpliktelser, ett typiskt ämne för utfyllande rättsregler särskilt med hänsyn till att parter sällan riktar uppmärksamhet därpå vid avtalsslutet. Just i sådana fall syntes talet om subjektiva rekvisit, vad part vid avtalsslutet insett eller bort inse om den andres förutsättningar, vara ganska ovidkommande.”*⁸⁸⁷ Adlercreutz betonar i stället att lösningen i första hand bör bygga på vad han kallar objektiva regler.⁸⁸⁸ Handlandet i fallet med tyg-grossisten utgjorde en allvarlig störning i avtalsförhållandet. Adlercreutz anser att en mer realistisk förklaring till utgången i fallet är den att det skapades och tillämpades en utfyllande regel (ett naturale negotii) på grundval av *”allmänna lämplighetsöverbäganden och med stöd av ett handelskamarutlåtande”*.⁸⁸⁹ Det handlade därmed snarast om en objektivt utfyllande regel, en s.k. ”typförutsättning” vilken kan få relevans utan att ha förelegat i det särskilda fallet och utan förutsättningslärans synbarhetskrav.⁸⁹⁰

Även *uttryckliga* konkurrensklausuler har visat sig behöva tolkas i ljuset av avtalets ändamål (se NJA 1949 s. 134 ovan) och det kan understundom även finnas inslag av

⁸⁸⁵ Adlercreutz II (2001), s. 133 ff. Jfr även Zimmerman & Whittaker, s. 491, med hänv. till Gomard, Forholdet, 140-150 samt Hagström, Fragmenter, s. 38 ff. Se mer under avsnitt 4.3.4.1 (Naturalia negotii).

⁸⁸⁶ Adlercreutz II (2001), s. 137. Jfr även Andersen & Nørgaard, s. 223: ”forudsætningsmodellens risiko er, at den tilstræbte indlevelse (i parternes situation) bliver til gætteri og fiktion”.

⁸⁸⁷ Adlercreutz II (2001), s. 137.

⁸⁸⁸ Adlercreutz II (2001), s. 137.

⁸⁸⁹ Adlercreutz II (2001), s. 137.

⁸⁹⁰ Jfr angående typiska förväntningar respektive förutsättningar i noterna 677 och 1425 samt i text vid not 715.

identifieringsproblematik. Vem är förpliktad till vad och vem är den berättigade/skyddade? Vid sidan av rena bulvanförhållanden kan det förekomma flera olika varianter av medelbar konkurrens.

I U 1985.600 H hade S(äljaren) sålt ett renseri till K(öparen) år 1980. I köpekontraktet fanns även en konkurrensklausul intagen med ett fastlagt vite omfattande 150 000 Dkr. I denna klausul fastslogs att S inte skulle konkurrera med K. 1982 startade dock S:s *son* ett nytt renseri på faderns fastighet. S hade således upplåtit plats åt sonen. Till saken hör att sonen tidigare varit sysselsatt i faderns renseriverksamhet samt att det nya renseriet etablerades ca: 300 meter från det ursprungliga. S ansågs av domstolen att ha överträtt konkurrensklausulen men vitet sattes ned till 100 000 Dkr.⁸⁹¹

I Ufr 1972.559 förpliktades en säljare av en bilserviceverksamhet att i enlighet med en avtalad konkurrensklausul betala 50 000 Dkr. Denne hade medverkat till en *trejdjemansetablering* av en konkurrerande verksamhet.⁸⁹² I detta sammanhang kan även NJA 1993 s. 188 (Gillette) nämnas. HD bedömde att en konkurrensklausul kunde göras gällande även mot ett systerbolag till en tidigare distributör (ägarna försökte att kringgå ett uttryckligt konkurrensförbud genom att driva verksamheten via en annan, och formellt betraktat, ”obunden” juridisk person).⁸⁹³

Ur ett konkurrensrättsligt perspektiv kan köparen i vissa situationer anses ha ett legitimt behov av skydd mot framtida konkurrens av säljaren medan det omvända behandlas med en betydligt mer restriktiv hållning.⁸⁹⁴ Det som talar för konkurrensbegränsningen är ett antagande om att samhället skyddar legitimt förvärvade positioner och ett antagande om det bör strävas efter låga transaktionskostnader. Köparens intresse av skydd avseende det specifika köpeobjektet anses därmed legitimt, åtminstone så länge som det inte har någon märkbar negativ konkurrenseffekt. Däremot vinner vanligen inte sådana avtal skydd där själva konkurrensbegränsningen är det primära ändamålet;⁸⁹⁵ ”ingen äger marknaden”.

⁸⁹¹ Jfr Andersen & Nørgaard, s. 211.

⁸⁹² Se Nørgaard-Nielsen och Theilgaard, s. 442 f.

⁸⁹³ Se angående detta fall vid not 328 och 1550.

⁸⁹⁴ Wetter m.fl., s. 271.

⁸⁹⁵ Jfr engelsk rätt i Beatson (2002), s. 375 f.

4.4.2.5.2 Avtal angående immateriella rättigheter

Principen om lojalitet anses vara viktig inom hela immaterialrätten.⁸⁹⁶ De konkreta uttrycken, i form av rättsligt sanktionerade lojalitetsförpliktelser, varierar dock med hänsyn till respektive avtals typ och syfte: dessa faktorer är avgörande för rättighetsförvärvs innehåll och omfattning.⁸⁹⁷ Upphovsrättsavtal och licensavtal anses exempelvis ofta innefatta en viss »inbyggd» konkurrensklausul, i den mån den inte uttryckts explicit.⁸⁹⁸

Den elektroniska utgivningen förväntas bli viktigare i framtiden. Svenska Bokläggarföreningen (SBF) och Sveriges författarförbund (SFF) har, med hänsyn till detta, gjort ett gemensamt uttalande angående lojalitetsplikten vid förlagsavtal.⁸⁹⁹ Av detta uttalande framgår bl.a. att förläggarens tillstånd skall inhämtas före en eventuell elektronisk publicering under avtalstiden.⁹⁰⁰

Argumentationen, angående den kontraktuella lojalitetsplikten, kan i dessa sammanhang i viss mån sammanflätas med marknads- respektive immaterialrättsliga lagstadganden.⁹⁰¹ I dessa sammanhang ligger det nära till hands att diskutera s.k. *konkurrerande ansvarsgrunder*. Vissa dispositioner, företagna av en avtalspart, skulle kunna angripas av dennes medkontrahent dels med stöd av upphovsrättslagen, dels med åberopande av kontraktsbrott.⁹⁰² Ett angrepp mot en upphovsrättsligt skyddad rättighet, vilket genomförs av den angripnes avtalskontrahent, är ett sådant exempel. En förvärvares avvikelse från särskilt avtalade villkor angående rättighetsutövandet, kan i det enskilda fallet utgöra såväl avtalsbrott som brott mot upphovsrätten eller utgöra enbart kontraktsbrott.⁹⁰³ Rosén påpekar att ingen riskerar ”*ansvar för intrång i rättigheter som visserligen angetts i ett avtal men som utgör en rent kontraktuell utbyggnad av ensamrättigheter utan stöd i lagtexten*”. Däremot, fortsätter han, kan en avtalspart som avviker från sådana villkor få ansvara för det kontraktsbrott som avvikelsen innebär.⁹⁰⁴

⁸⁹⁶ Koktvedgaard & Levin, s. 105.

⁸⁹⁷ Jfr Rosén (1998), s. 110.

⁸⁹⁸ Koktvedgaard (1965), s. 276; Koktvedgaard & Levin, s. 105 och 438. Se U 1964.221 H.

⁸⁹⁹ 30.5.1997.

⁹⁰⁰ Se Koktvedgaard & Levin, s. 424. Även förlagsavtalen anpassas efter den tekniska utvecklingen.

⁹⁰¹ Jfr Andersen, Madsen, Nørgaard s. 413 f.; Koktvedgaard (1965), s. 276 f. Jfr även Madsen (1982), s. 165-171 särskilt s. 169 f.

⁹⁰² Jfr Koktvedgaard (1965), s. 282 f.

⁹⁰³ Rosén (1998), s. 18 och 113 f.

⁹⁰⁴ Rosén (1998), s. 114.

Författaren och förläggaren är av lätt insedda skäl beroende av varandra. Beroendet förändras dock efter vilken fas respektive part befinner sig i. När boken väl kommit ut på marknaden, är förläggaren beroende av författarens lojalitet.⁹⁰⁵ I tysk rätt anses det att en författare bryter mot en s.k. *Nebenpflicht* (sido- eller biförpliktelse), om denne skapar en allvarlig konkurrens för sin förläggare genom att, under kontraktstiden, låta ge ut samma verk hos en annan förläggare. Detta gäller även utan uttryckligt förbehåll därom.⁹⁰⁶ I Sverige har motsvarande diskuterats under benämningen ”naturlig konkurrensklausul”.⁹⁰⁷ Förvärvaren behöver ett rättsligt sanktionerat skydd för sina möjligheter att exploatera den förvärvade rättigheten. I NJA 1957 s. 770 (Svenska folksagor) ansågs en författare ha kränkt avtalspartens (ett bokförlag) kontraktuella ensamförsäljningsrätt, när författaren sålde böcker vid sidan av förlaget till av den sistnämnde redan anskaffade köpare. Författaren ansågs skyldig att gottgöra medkontrahentens skada.⁹⁰⁸

Den upphovsrättsliga överlåtelsen innebär vanligen att överlåtaren begränsas i sina möjligheter att utnyttja de befogenheter som i övrigt förblir hans.⁹⁰⁹ Förläggarens ensamrätt anses för övrigt rättsligt etablerad redan i NJA 1899 s. 38 och i upphovsrättslagen (URL) finns det ett antal dispositiva (27 § 2 st.) stadganden vilka tar sikte på s.k. förlagsavtal. I 37 § har en av upphovsmannens lojalitetsförpliktelser kodifierats. I paragrafens första stycke begränsas upphovsmannens rätt att på nytt ge ut det aktuella verket ”i den form och på det sätt som avses i avtalet, förrän den eller de upplagor som förläggaren äger utgiva blivit sålda”. Professionella aktörer i förlagsbranschen lär numera reglera denna frågeställning med större precision i enskilda avtal eller i de standardavtal (förlagsavtal) som förekommer i branschen.⁹¹⁰

I NJA 1957 s. 770 (Svenska folksagor) hade förlaget dock ingen explicit klausul angående ensamförsäljningsrätt. Dock ansåg en majoritet i HD att överenskommelsen mellan författaren

⁹⁰⁵ Se exempelvis NJA 1957 s. 770 (Svenska folksagor), se angående författarens avtalsbrott. Se även NJA 1985 s. 909 (Med egna ord).

⁹⁰⁶ Roth, s. 137 med hänvisningar till tysk lag och rättspraxis (not 335).

⁹⁰⁷ Rosén (1989), s. 404.

⁹⁰⁸ Se NJA 1957 s. 770 särskilt s. 780.

⁹⁰⁹ Rosén (1989), s. 392 ff.

⁹¹⁰ Se Koktvedgaard & Levin, s. 420 f.; Rosén (1998), s. 164 ff. där några tidigare förekommande standardavtal omnämns. Jfr NJA 1985 s. 909 (Med egna ord), där en tidskrift publicerade ett korrekturunderlag utan förläggarens samtycke (intrång i upphovsrätt).

och förlaget "måste, såsom HovR:n funnit, anses innebära att [författaren] till bolaget upplät ensamförsäljningsrätten till verket..."⁹¹¹.

I U 1984.1122 SH hade en mycket känd konstnär illustrerat en reklamkampanj för ett försäkringsbolags livförsäkringar. Denne konstnär sålde något senare en annan illustration till ett konkurrerande försäkringsbolag, angående deras livförsäkringar. Konstnären ansågs dock inte ha åsidosatt sina plikter som lojal kontraktspartner.⁹¹²

I detta sammanhang kan avtalsrelationens ömsesidighet poängteras: även förvärvaren har lojalitetsskyldigheter. Att ha fått en ensamrätt kan således också vara förpliktande. I Rt. 1936 s. 909 hade en viss lektor Gleditsch (G) författat en omfattande engelsk-norsk ordbok åt ett förlag. Efter en tid ansågs boken föråldrad varför upplagan sjönk. Förlaget förvärvade under tiden (1929) rättigheterna till en annan ordboksserie, vilken kunde betraktas såsom konkurrent till lektor G:s verk. Det nyss nämnda förvärvsavtalet hemlighölls dock för G under fyra år. Förberedelserna för den nya ordboken hade då hunnit fortskrida så långt att det inte längre ansågs vara möjligt för G att hinna uppdatera den första upplagan eller att skaffa sig en annan förläggare. Att låta ge ut nya författare vilka konkurrerar med de tidigare kontrakterade är inget ovanligt i denna bransch: det klandervärda var att hemlighålla dessa planer för G under så lång tid, varför förlaget ansågs skadeståndsskyldigt gentemot denne. Denna skyldighet var således inte att betrakta såsom upphovsrättsligt grundad. Den är mer förknippad med skyldigheten att, särskilt vid långvariga avtalsrelationer, i god tid informera medkontrahenten om viktiga händelser.

En annan viktig avtalskategori i detta sammanhang är olika former av licensavtal. Begreppet licensiering förknippas vanligen med att en ägare (licensgivaren) av ett visst immateriellt objekt, tillåter annan (licenstagaren) att nyttja objektet på ett närmare bestämt sätt.⁹¹³ Licensiering av olika rättigheter sker normalt för en viss tidsrymd. Somliga licensavtal är komplexa och de inblandade parterna inträder i avtalsrelationer med en normalt hög grad av beroendeförhållande. För att våga göra detta krävs det normalt att det finns en rimlig nivå av förtroende. Vanligen torde man kunna förvänta att parterna försöker precisera sin överenskommelse skriftligt: särskilt vad gäller den tidsmässiga respektive rumsliga

⁹¹¹ Se NJA 1957 s. 770. Citat hämtat på s. 779 i domen.

⁹¹² Jfr Andersen, Madsen, Nørgaard, s. 414.

⁹¹³ Jfr Koktvedgaard & Levin, s. 432 ff.

omfattningen av licensen. Det krävs vanligen en uttrycklig överenskommelse för att exklusivitet skall komma ifråga.⁹¹⁴ Vad som menas med exklusivitet kan dock komma att ställas på sin spets. I situationer där en exklusivitet för förvärvaren är utlovad, kan lojalitetsplikten vara en sanktion mot klandervärda dispositioner från upplåtarens/överlåtarens sida. Vid licensavtal tillåts exempelvis inte en licensgivare att rycka undan avtalets grund, genom att exploatera upplåtelseobjektet efter endast smärre justeringar, när en exklusivitet varit utlovad.⁹¹⁵ Den som erhållit en exklusiv rätt bör därmed rimligen ha kommit i sådan position att denna rätt även är reell och ej endast formell.⁹¹⁶ Överlåtaren anses därmed ha särskilda förpliktelser vilka kan sträcka sig utöver avtalets omedelbara innehåll.⁹¹⁷

Franchising är en ännu icke *obligationsrättsligt* kodifierad kommersiell relation, där licensiering av varumärken, tillsammans med ett utarbetat affärskoncept utgör en central del i verksamheten. Denna typ av långvariga symbiotiska avtalsförhållanden är något av en hybrid mellan sedvanliga kontraktsförhållanden och organisationer.⁹¹⁸ Numera finns det även andra samarbetsformer, vilka emellanåt benämns "nätverk" eller liknande.⁹¹⁹ Det krävs för dessa avtalstyper avpassade normer: köplagen tar exempelvis ingen särskild notis om att det ofta finns ett fortlöpande avtalsförhållande mellan säljare och köpare.⁹²⁰

4.4.2.5.3 Exempel ur den heterogena kategorin "uppdragsavtal"

I den mycket heterogena kategorin *uppdragsavtal* är det svårt att finna en klar huvudregel angående tillåtligheten av konkurrens. För många uppdragsavtal torde huvudregeln vara densamma som vid överlåtelseavtal, d.v.s. in dubio är ingen av parterna förpliktigad att undvika att konkurrera med medkontrahenten.⁹²¹ Frågan är inte ens särskilt aktuell i många uppdragsavtal. Det är dock en annan sak om uppdragstagaren skaffar sig sådan information hos uppdragsgivaren att den förre kan utnyttja informationen genom att senare börja med att

⁹¹⁴ Koktvedgaard & Levin, s. 432.

⁹¹⁵ Koktvedgaard & Levin, s. 438.

⁹¹⁶ Rosén (1998), s. 110.

⁹¹⁷ Koktvedgaard & Levin, s. 410.

⁹¹⁸ Jfr Schanze, särskilt s. 124 ff.

⁹¹⁹ Se exempelvis Collins (2002), s. 248-252 angående olika moderna kommersiella samarbeten, vilka benämns "hybrider" och nätverk.

⁹²⁰ Hellner & Ramberg (1991), s. 385.

⁹²¹ Jfr SOU 1983:52, s. 112.

konkurrera med uppdragsgivaren.⁹²² Med frågor om konkurrens aktualiseras, som ovan påpekats, ofta närliggande lojalitetsförpliktelser såsom tystnadsplikt angående företagshemligheter.

En särskild form av uppdragstagare, som i vissa avseenden står arbetstagaren nära är handelsagenten. I 5 § lagen om handelsagentur stadgas, att en handelsagent skall tillvarata huvudmannens intressen samt handla lojalt och redligt vid uppdragets fullgörande. Det anses dock inte föreligga något generellt förbud för en agent att inneha konkurrerande agenturer.⁹²³ Det krävs ett dynamiskt perspektiv på denna konkurrensproblematik: det kan t.o.m. uppfattas såsom positivt av huvudmannen att agenten har en bredare produktpalett att erbjuda sina kunder. Ur huvudmannens perspektiv *kan* det därför vara övervägande positivt att låta handelsagenten föra även konkurrerande märken. Denna uppfattning anses gälla i exempelvis vinbranschen och kosmetikabranschen, varför kravet på lojalitet i form av konkurrensförbud alltid måste avgöras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.⁹²⁴ Det kan förekomma andra situationer där ett tyst samförstånd om att inte föra konkurrerande produkter kan intolkas, med lojalitetsplikten såsom grund.⁹²⁵ Söderlund påpekar att det faktum att en agent getts ensamrätt till ett visst område, inte omedelbart innebär en motsvarande skyldighet att inte föra konkurrerande varor.⁹²⁶ Han menar att bedömningen måste utgå ifrån om agenten åsidosatt huvudmannens intressen. I propositionen påpekas det att frågan om ett eventuellt avtalsbrott från agentens sida skall bedömas utifrån om huvudmannen kan förväntas lida skada av agentens dispositioner. Ett intolkat konkurrensförbud bör vägas mot agentens intresse av ekonomisk rörelsefrihet och vid den allmänna bedömningen bör förtroendeförhållandets karaktär, inkomstens storlek och agentens behov av inkomst från annat håll vara relevanta omständigheter att beakta.⁹²⁷ Det krävs uppenbarligen en dynamisk förståelse avseende såväl specifika omständigheter hos den enskilde aktören som av de mer generella marknadsförutsättningarna, för att på ett rimligt sätt göra de rättsliga bedömningarna.

⁹²² Jfr FHL 6 §.

⁹²³ Prop. 1990/91:63, s. 104; Söderlund (1994), s. 35 f. Se liknande uttalanden angående kommission i SOU 1984:85, s. 104 f.

⁹²⁴ SOU 1984:85, s. 105. Jfr Söderlund, s. 35 f. samt 111.

⁹²⁵ Prop. 1990/91:63, s. 104, Söderlund, s. 36. Jfr Roth, s. 137 med hänvisning till flera tyska rättsfall.

⁹²⁶ Söderlund, s. 36.

⁹²⁷ Prop. 1990/91:63, s. 104.

Eftersom det är vanligt att en agent har flera agenturer, är det av vikt att parterna initialt försöker precisera agentens åtagande. Det torde vara vanligt att agenten redogör för vilka agenturer denne har. Nyckelordet är kommunikation: det förekommer också att agenten uttryckligen åtar sig skyldigheten att meddela huvudmannen om framtida förändringar avseende agentens övriga agenturer.

Tidigare riktades lagstiftningen främst mot agentens, respektive kommissionärens, skyldigheter vilket kommissionslagskommittén påpekade.⁹²⁸ Reglerna i kommissionslagen är präglade av att kommissionären är en uppdragstagare som har att iakttä uppdragsgivarens intressen, se 7 § kommissionslagen. Kommittenten, å sin sida, antas bära den väsentliga ekonomiska risken av kommissionärens avtal med tredje man.⁹²⁹ 1974 ändrades kommissionslagen. Syftet med ändringarna var att stärka kommissionärens, handelsagentens respektive handelsresandens ställning gentemot huvudmannen. Huvudmannen har numera en motsvarande lagfäst plikt att handla lojalt och redligt mot agenten. Detta krav på huvudmannens lojalitet kan ses såsom ett nutida uttryck för behovet av att betona ömsesidigheten i avtalsförhållanden. Det påpekas bl.a. att en uppsägning inte får ske illojalt: *"En allmän rättsregel är att uppsägning av avtal inte får ske i "otid" eller i ond tro, dvs. på ett särskilt illojalt sätt eller vid en tidpunkt som valts i avsikt att skada medkontrahenten"*⁹³⁰

I handelsagenturlagen regleras huvudmannens skyldighet i 7 §, vilket visar på ömsesidigheten i detta avtalsförhållande. Den balanserar mot den 5 § vilken, som ovan nämnts, reglerar agentens lojalitetsplikt.

I propositionen till handelsagenturlagen anges det att det betraktas såsom bristande lojalitet från *huvudmannens* sida i den mån denne bedriver egen, med agenten konkurrerande försäljning, inom ett område där agenten tilldelats ensamrätt.⁹³¹ Sanktionerna är flera: dels har en handelsagent med ensamrätt rätt till provision, även för försäljningar huvudmannen kan tänkas göra, 9 § 2 och 3 punkterna. Vid betydande illojalitet från huvudmannens sida kan hävning och eventuellt skadestånd komma ifråga. I detta sammanhang kan återigen NJA 1936

⁹²⁸ Söderlund, s. 44 och SOU 1984:85, s. 40 och 110 f.

⁹²⁹ Hellner & Ramberg, s. 392.

⁹³⁰ SOU 1984:85, s. 134 med hänv. till Nial, *Om handelsbolag och enkla bolag* (1983), s. 262 och Rodhe, *Obligationsrätt* (1956), s. 324 vid not 28. Se därutöver Hellner & Ramberg, s. 394 f. Som exempel på illojalitet anges i nyss nämnda prop. att huvudmannen först låter agenten arbeta upp marknaden för att sedan själv ta kontrollen över densamma. Agentens riskposition skyddas i viss utsträckning med den lagstiftade rätten till avgångsvederlag (28 § handelsagenturlagen), jfr Söderlund, s. 104 (kritisk).

⁹³¹ Prop. 1990/91:63, s. 63.

s. 368 (tyg-grossisten) omnämnas. En *grossist* ansågs ha rätt att häva ett avtal gällande successiva leveranser av tyger därför att fabrikanten hade startat med att sälja direkt till ett antal detaljister till samma pris. Grossistens förtjänstmöjlighet reducerades därmed avsevärt.⁹³² Vid illojalitetsbedömningen beaktas inte endast de direkta ekonomiska skadorna: hänsyn kan även tas till om ett visst beteende rubbar förtroendeförhållandet.⁹³³

En särskild uppdragsform är *styrelseuppdraget*. Styrelseledamoten anses, jämte verkställande direktören, ha en allmän lojalitetsplikt i förhållande till bolaget.⁹³⁴ Aktiebolagslagens 8 kapitel, med dess jävsregler i de 20, 28 §§ samt generalklausulen i 34 §, förknippas med denna lojalitetsplikt.⁹³⁵ I svensk rätt finns ingen uttrycklig regel som förbjuder styrelseledamoten och verkställande direktör att engagera sig i konkurrerande verksamhet. Det allmänna lojalitetskravet anses dock utgöra en rättslig begränsning:⁹³⁶ att bedriva en med bolaget märkbar konkurrens slår undan grunderna för förtroendeuppdraget. Förutom att en person i en sådan förtroendeställning inte bör tillåtas att skada bolaget genom sidoaktivitet, är det även rimligt att kräva att denne ägnar sin kraft åt bolagets intressen i enlighet med sitt uppdrag.⁹³⁷ Det kan dock tänkas finnas andra fall, där gränserna, avseende personers i bolagsledningen externa aktiviteter, inte är rättsligt klarlagda.⁹³⁸ I NJA 1994 s. 236 synes utrymmet, för en styrelseledamot att sätta sitt eget intresse före bolagets vara förhållandevis stort.⁹³⁹ Några av styrelseledamöterna i ett konsultaktiebolag hade fört över verksamhet till ett annat bolag, till nackdel för konsultaktiebolaget. Skadestånd enligt 15 kap. 1 § aktiebolagen nekades (3-2 i HD). Konsultuppdragen ansågs vara anknutna till en konsult (tillika styrelseledamot) personligen, varför dennes dispositioner angående uppdragen, till nackdel för konsultbolaget, slutligen kom att accepteras. Fallet är möjligen för speciellt, för att det skall vara legitimt att därur dra några generaliserbara slutsatser om styrelseledamots lojalitetsplikter.⁹⁴⁰

⁹³² Se ovan i text vid not 884.

⁹³³ Prop. 1990/91:63, s. 103; Söderlund, s. 108.

⁹³⁴ Se exempelvis Bergström & Samuelsson, s. 101 ff.; Dotevall (1999), s. 124 ff.; Svernlöv, s. 93 ff.; Werlauff, s. 23 ff.

⁹³⁵ Dotevall (1999), s. 124.

⁹³⁶ Dotevall (1999), s. 144. Jfr även Johansson (2001), s. 126 f., Svernlöv (2002), s. 98 ff.

⁹³⁷ Jfr Dotevall (1999), s. 144 f., där skillnaden mellan heltidssysselsatta och deltidssysselsatta något behandlas. Se citat s. 145: "Även sådana ledamöter i styrelsen som inte är heltidsverksamma i bolaget är förhindrade att engagera sig i en verksamhet där de har ett väsentligt intresse som strider mot bolagets." Jfr dock även densamme s. 161.

⁹³⁸ Jfr Bergström & Samuelsson, s. 105 ff.

⁹³⁹ Jfr Pehrson, *Styrelseledamots lojalitetsplikt i konsultbolag*.

⁹⁴⁰ Jfr Dotevall, s. 161: "Endast i de fall bolaget är en uppenbar skenkonstruktion och verksamheten har en mycket stark personlig prägel kan denna huvudregel [om att fördelarna av verksamheten skall tillfalla samtliga

4.4.2.5.4 Konkurrensspörsmål i kommersiella hyresförhållanden

I *kommersiella hyresförhållanden avseende fast egendom* kan konkurrensfrågor bli aktuella. Enligt tysk rätt har en hyrestagare rätt att hindra hyresvärden från att hyra ut en kommersiell lokal till en annan hyrestagare vilken bedriver en med den förstnämnde hyrestagaren konkurrerande verksamhet.⁹⁴¹ I den svenska jordabalken 12:23 st. 2 regleras en kommersiell hyresgästs rättsliga möjligheter och hinder för att kunna företa vissa förändringar vad gäller dennes användning av lokalen. En lokalhyresgästs rätt att ändra verksamhetsinriktning kan begränsas av hänsyn till hyresvärdens intressen. Hyresvärden anses ha befogad anledning att motsätta sig en ändring, i den mån ändringen skulle medföra krav på större prestation av hyresvärden eller om densamme skulle lida skada av ändringen.⁹⁴² Ökad konkurrens för hyresvärden, om denne själv bedriver viss verksamhet, eller för en annan av dennes hyresgäster anses vara ett legitimt skäl för hyresvärden att motsätta sig en ändring av lokalanvändningen.⁹⁴³

Till saken hör att det nuförtiden inte nödvändigtvis anses såsom något negativt med allokerad konkurrens ens ur den konkurrensutsattes perspektiv. Det förekommer att exempelvis hyresvärdar till större handelsgallerior har såsom målsättning att ha minst två konkurrerande butiker för varje representerad bransch i sin galleria.⁹⁴⁴ Konkurrensen kan öka den totala kundtillströmningen för alla inblandade parter. Det krävs därför en helhetsbedömning i det enskilda fallet angående vad som kan betraktas såsom skada för hyresgästen.

aktieägare och inte styrelseledamot eller verkställande direktör] kringgås." Se även Lindskog (2001), s. 81, not 137 samt s. 508 not 66.

⁹⁴¹ RG 2 Feb. 1931, RGZ 131, 274. Jfr Teichmann, s. 82.

⁹⁴² Prop. 1987/88:146 s. 44.

⁹⁴³ Prop. 1987/88:146 s. 44 samt Dahlquist-Sjöberg, s. 111.

⁹⁴⁴ Jfr Dahlquist-Sjöberg, s. 111.

4.5 Lojalitet och tolkningen av huvudförpliktelsen

Av ovanstående har framgått att lojalitet främst associerats med ett antal biförpliktelser. Det är mer sällan som det förekommer uttryckliga hänvisningar till lojalitet när det gäller utförandet av huvudförpliktelsen,⁹⁴⁵ vilket är skälet till att behandla huvudförpliktelser efter biförpliktelser i denna framställning (vilket annars kan synas ologiskt).

Lojalitetsprincipen skulle kunna påverka tolkningen av *pacta sunt servanda* i en mer ändamålsorienterad riktning. Notera även att *good faith* har tolkats i den riktningen: "*an obligation to the parties to cooperate in achieving the contractual objects (loyalty to the promise itself)*".⁹⁴⁶ Detta synsätt framkommer i Romfördragets artikel 10, där lojalitetskravet avser såväl aktiva som passiva handlingar (se ovan avsnitt 3.1.1). Om lojalitetsprincipen kan skydda tilliten hos aktörer, avseende biförpliktelser, borde den rimligen även kunna inbegripas vid tolkningen av fullbordan av själva huvudförpliktelsen.

Ett engelskt rättsfall kan utgöra ett målande exempel: *Aerial Advertising Co. v. Batchelors Peas Ltd.*⁹⁴⁷ Det förstnämnda företaget skulle medelst flyg göra reklam för Batchelors livsmedelsprodukter. Bakom företagets flygplan var en banderoll fäst, med budskapet "Eat Batchelor's Peas". Via flygning på låg höjd över engelska städer skulle banderollens budskap förmedlas till invånarna. Vid en sådan flygning valde piloten att flyga över Manchester på högtidsdagen *Armistice Day* (ung: vapenstilleståndsdagen), en dag då minnet av dem som stupat under första världskriget högtidlighölls. I denna stad hade människor samlats på ett stort torg i syfte att visa sitt deltagande, och just under proklamerade "två tysta minuter" kom reklamflygplanet lågt flygande ovanför människomassan. Händelsen betecknades som en skandal och livsmedelsföretagets varumärke lär knappast ha stärkts av händelsen, milt uttryckt. Det explicita avtalsinnehållet gav inte någon ledtråd om hur det inträffade skulle bedömas. Detta hindrade dock inte domaren Atkinson att, vid avgörandet i den efterföljande rättstvisten, uttrycka följande:⁹⁴⁸ "*There must be implied in that contract a term that the flying under the contract would be carried out with reasonable skill and reasonable care, having regard to the object of the contract, and, in whatever precise words the implied obligation is*

⁹⁴⁵ Jfr Adlercreutz II (2001), s. 137 f. Han diskuterar dock huvudförpliktelse och förutsättningsläran utan att nämna lojalitetsplikt i detta sammanhang.

⁹⁴⁶ Jfr Gorton (1999), s. 41 och Mugasha, s. 357 samt text ovan vid not 315.

⁹⁴⁷ [1938] 2 All ER 788.

⁹⁴⁸ [1938] 2 All ER 788, s. 792.

expressed, it must be, I think, certainly wide enough to exclude flying in a way which would bring the advertisers into hatred and contempt."

Ytterligare exempel ger NJA 1971 s. 474. En mäklare hade förmedlat ett certeparti åt en redare,⁹⁴⁹ vilket skulle gälla under 15 år. Redaren förband skriftligen att betala mäklaren provision motsvarande en viss procent av den intjänade och betalda hyran som var relaterad till det förmedlade certepartiet. Efter några år överenskom dock redaren och befraktaren om att låta certepartiet upphöra. Mäklaren erhöll därefter ingen provision för den resterande avtalstiden varför han stämde redaren och krävde kompensation. HD betonade i domen särskilt att redaren själv hade medverkat till certepartiets upphörande. Adlercreutz skriver att *"[e]tt resonemang byggt på rimlighetsöverväganden och analogier men inte på förutsättningsläran ledde fram till detta resultat".*⁹⁵⁰ Enligt densamme kan detta fall, *"ses som en tillämpning av utfyllande regler om mäklares principiella rätt till provision, varifrån det inte fanns anledning att göra ett så långt avsteg som redaren hävdade på grund av särskilda tolkningsdata (inte ens lydelsen) eller andra omständigheter. Att här laborera med en förutsättning av innehåll att avtalet skulle vara tiden ut var helt onödigt och skedde inte heller. Resultatet blev en förpliktelseökning utöver lydelsen, vilket inte är vanligt i svensk rättspraxis."*⁹⁵¹

Lindskog ger ett exempel som har vissa gemensamma drag med NJA 1971 s. 474.⁹⁵² S överlåter sin rörelse till K. I samband med försäljningen överenskommer parterna om att det, utöver ett bestämt vederlag, skall utgå en tilläggsköpeskillning svarade mot en viss andel av framtida vinster under en specificerad tidsperiod. Här finns det ett krav på gemensamt ändamål, men säljaren har ingen direkt medverkansplikt att tala om. Säljaren befinner sig däremot i en särskild riskposition, eftersom han inte längre kan innehålla någon egen prestation. Lojalitetsplikten kräver då att köparen inte får vidta dispositioner som syftar till att reducera tilläggsköpeskillningen eller försvåra beräkningen av denna. Lojalitetsprincipen kan få genomslag i de här ovan nämnda fallen: det bör rimligen föreligga en plikt att inte sätta avtalsändamålet i fara.

⁹⁴⁹ Certeparti (ursprungligen från medeltidlatinets *charta partita* = delat papper) är ett skriftligt avtal mellan redare och befraktare, där redaren ställer sitt fartyg eller visst utrymme till förfogande för transport av gods.

⁹⁵⁰ Adlercreutz II (2001), s. 138.

⁹⁵¹ Adlercreutz II (2001), s. 138. Författaren tar även upp NJA 1969 s. 409, där en journalist hade haft fog för sin uppfattning att ett visst uppdrag han utförde skulle vara betalt. I målet blev ytterst en utfyllande regel avgörande, jämte att journalisten inte hade varit försumlig med att beakta medkontrahentens uppfattning.

⁹⁵² Lindskog (2001), s. 52 f.

I Tyskland används begreppet *Leistungstreuepflicht* som synes vara tillämpligt i dessa situationer.⁹⁵³ Jfr även NJA 1989 s. 614 (omöjligt bodelningsavtal) där det var löftesmottagaren som fick bära risken för att den utlovade förpliktelsen inte gick att utföra p.g.a. initial omöjlighet. HD avslog löftesmottagarens yrkande om att få motsvarande värde. Varken förutsättningsläran, 36 § eller allmänna kontraktsrättsliga grundsatser ansågs kunna ge stöd för en sådan utfyllnad.

⁹⁵³ Jfr, Najork, *Treu und Glauben im CISG*, s. 71.

4.6 Utomobligatoriska lojalitetsförpliktelser?

*"One should not under-estimate the real significance of verbal magic... It is the use of words as symbols expressing a policy, an aspiration, a tradition, and not as symbols denoting a reality."*⁹⁵⁴

Som framgått förekommer begreppen lojalitetsplikt respektive lojalitetsprincip i flera sinsemellan olika avtalsrättsligt anknutna situationer. Först och främst förknippas begreppen med lojalitet *mellan* avtalsparter (vilket är ämnet för detta arbete), men det förekommer även hänvisningar till en "lojalitet" gentemot utanför avtalsförhållandet stående personer, vilka har en särskild *position* i förhållande till ansvarssubjektet.⁹⁵⁵ Här kan det ges några exempel på det senare. Tidigare användes terminologin *illojal* konkurrens,⁹⁵⁶ och det fanns en nu upphävd lag med namnet *lag med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens*.⁹⁵⁷ Denna lag reglerade följande varianter av otillbörliga förfaranden, nämligen: s.k. illojal reklam och obehöriga gävoerbjudanden, illojal användning av annan näringsidkares kännetecken eller av titlar på upphovsrättsligt skyddade verk, bestickning och tagande av muta i näringsverksamhet samt missbruk av yrkeshemligheter och anförtrödda tekniska förebilder.⁹⁵⁸

I denna lag förekom således ett konglomerat av olika skyddsintressen, varför flera rättsområden kom att aktualiseras. Såväl immaterialrätt som konkurrensbegränsningsrätt och spörsmål rörande marknadsrättsrättsligt konsumentskydd berördes.⁹⁵⁹ Förebilden till denna breda "lära om illojal konkurrens" fanns på kontinenten och ändamålet var främst att skapa ett normkomplex angående tillbörligt förfarande i konkurrensförhållanden näringsidkare emellan, särskilt med inriktning på rättsskyddet för den enskilde näringsidkaren.⁹⁶⁰ Som framgår handlade lagen om såväl utomobligatoriskt ansvar (beteenden mellan konkurrenter) som inomobligatoriskt ansvar (exempelvis anställdas ansvar gällande missbruk av yrkeshemligheter och anförtrödda tekniska förebilder). Termen *illojal* är hämtad från det den franska förebilden, *concurrence déloyale*. Här kan vi erinra oss att franskans *loyal* betyder

⁹⁵⁴ Kahn-Freud, *Labour and the Law* (1972), s. 15 f. Citatet är återgivet i Stein & Shand, s. 244. Jfr även Wilhelmsson (1999), s. 168.

⁹⁵⁵ Jfr exempelvis Kleineman, *Rådgivares informationsansvar*, s. 202: "Endast om tredje man tillhör en krets som haft fog att sätta sin tillit till denna information inträder ett ansvar." Jfr även nedan not 964 och 975.

⁹⁵⁶ Bernitz (1993), s. 19-40. I Danmark diskuteras *illojal konkurrence*, jfr Madsen (2002), s. 225 ff.

⁹⁵⁷ IKL (1931). Se exempelvis angående *illojal reklam*, NJA II 1931, s. 62 samt Bernitz (1993), passim. Jfr även äldre lag med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens (1919 nr 446).

⁹⁵⁸ Bernitz (1993), s. 106.

⁹⁵⁹ Bernitz (1993), s. 19.

⁹⁶⁰ Jfr Bernitz (1993), s. 32.

”laglig”.⁹⁶¹ Alla aktörer på marknaden har att efterleva vissa spelregler, d.v.s. de skall uppträda lagenligt. Därutöver förväntas dock konkurrenter knappast vara lojala mot varandra, åtminstone om man i begreppet lojal inbegriper mer än att endast efterleva de förekommande *marknadsrättsliga* regleringarna. Termen *illojal* har också i stor utsträckning kommit att ersättas med termen *otillbörlig*.⁹⁶² Otillbörlig konkurrens är den nutida samlingsbeteckningen för sådana konkurrensåtgärder vilka anses otillbörliga, i första hand mot andra näringsidkare.⁹⁶³ Denna terminologiska förändring är enligt min uppfattning av godo.

På senare tid har lojalitetsprincipen använts även i syfte att stödja förekomsten av ytterligare andra utomobligatoriska förpliktelser. Ulfbeck diskuterar ett lojalitetskrav i samband med direktkravproblematik, d.v.s. krav vilka riktas direkt mot avtalskontrahentens avtalskontrahent.⁹⁶⁴ Ett exempel kan åskådliggöra problematiken. Ägare A hyr ut ett visst objekt till B, som i sin tur hyr ut objektet till C (med A:s tillåtelse). Diskussionen gäller A:s eventuella ansvar gentemot C. Det anses att A och B i viss utsträckning bör ta hänsyn till C:s intressen vid eventuella förändringar i avtalet mellan A och B. Att B har en avtalsgrundad lojalitetsplikt mot C är i detta sammanhang ostridigt. Det kan även finnas goda skäl till att A, i några specifika fall, skall vara förpliktad även gentemot C. Det är dock tveksamt, enligt min uppfattning, att kalla denna och liknande förpliktelser mot tredje man för lojalitetsförpliktelser. Vid en intressekonflikt som kan uppstå mellan B och C är det mindre lämpligt att benämna A *lojalitetsförpliktad* mot såväl B som C. Även advokater har att åtminstone i viss utsträckning beakta motpartens intressen: det har diskuterats om en lojalitet mot motparten, *”även om detta innebär att man begagnar ordet lojalitet i en annan mening än när man använder samma ord som beteckning för en plikt mot klienten.”*⁹⁶⁵ Man kan dock ”icke tjäna två herrar” samtidigt,⁹⁶⁶ och lojalitetsskyldigheten mot den egna klienten får inte äventyras genom att i alltför hög grad förplikta advokaten gentemot klientens motpart.⁹⁶⁷ Det är därför tydligt att fastighetsmäklaren har en grannliga uppgift i vissa situationer, där denne har att beakta såväl köparens som säljarens intresse.⁹⁶⁸ Personligen lutar jag åt att betrakta

⁹⁶¹ Jfr ovan not 27.

⁹⁶² Jfr Bernitz m.fl. (2001), s. 241.

⁹⁶³ Jfr Bernitz m.fl. (2001), s. 236.

⁹⁶⁴ Ulfbeck, s. 219, 251, 352 ff. och 358.

⁹⁶⁵ Wiklund, s. 459, Jfr även Kleineman (1987), s. 547.

⁹⁶⁶ Jfr vad Ture Bielke påstås ha sagt till sitt försvar, innan han avrättades vid Linköpings blodbad, Grimberg s. 469.

⁹⁶⁷ Kleineman (1987), s. 547

⁹⁶⁸ Jfr Kleineman, *Rådgivares informationsansvar*, s. 197 och NJA 1997 s. 127 (I och II).

dessas situationer på så vis att C:s intresse kan, i några situationer, bryta igenom A:s lojalitetsplikt gentemot B.

Det måste dock tillstås att det är svårt att skapa helt stringenta uppdelningar. Redan culpa in contrahendo-problematiken visar svårigheterna med att finna ett konsekvent demarkationskriterium för den *avtalsgrundade* lojalitetsprincipens verkningsområde. Som tidigare har nämnts sammankopplas lojalitetskravet med det negativa kravet: skada inte medkontrahenten. Vidare har framkommit att utomobligatoriska normer tillåts reglera skadesituationer även i avtalssfären, särskilt vad gäller person- och saksador.⁹⁶⁹ Utöver denna problematik går det även i andra affärsmässiga sammanhang att blottlägga olika ”kontraktsnära” – mer eller mindre skyddsvärda – intresser vilket gör förutsättningarna för analyser än mer komplexa. I några situationer föreligger det exempelvis en stark intresseidentitet mellan part B och part C: den sistnämnda kan exempelvis vara ägare till den juridiska personen B. Vanligen särskiljs de intressesfärer som representerar en juridisk person respektive dess ägare.⁹⁷⁰ I vissa relationer påverkar dock förhållandet mellan B och C även A:s ansvar gentemot C. Även om A formellt ingått ett uppdragsavtal med juridiska personen B, kan det tänkas att A även har att beakta ägaren C:s intressen. I NJA 1992 s. 243 hade exempelvis ägarna (C) uppfattat sitt aktiebolags (B) revisor (A) såsom deras ”egen” rådgivare och ansågs ha goda skäl för sin uppfattning. HD menade att det hade uppkommit ett uppdragsförhållande mellan revisorn och ägarna och att den förstnämnde var skadeståndskyldig mot ägarna. Ansvaret, för den felaktiga rådgivningen, grundades dock inte på ett formellt tillskapat rådgivningsavtal utan på det sätt på vilket rådgivaren tidigare agerat och de förväntningar som därmed skapats hos medkontrahenten.⁹⁷¹ I dessa situationer är det rimligt att anta att intressegemenskapen mellan ägarna och det ägda objektet (den juridiska personen) varit den bidragande orsaken till att rådgivningen överhuvudtaget kom till stånd. Det ”framtolkade” uppdragsförhållandet mellan ägarna och revisorn är därför starkt avhängigt av det ursprungliga uppdragsförhållandet mellan bolaget och revisorn.⁹⁷² Även om man i detta

⁹⁶⁹ Se i text vid not 218 ovan.

⁹⁷⁰ Andersson, Håkan (1997), s. 104.

⁹⁷¹ Kleinman, *Lender Liability*, s. 312. samt densamme, *Rådgivares informationsansvar*, s. 187 och s. 201 ff. Se även Grönfors (1993), s. 129 f.

⁹⁷² Jfr även NJA 1992 s. 58, NJA 1992 s. 243, NJA 1992 s. 502 samt RH 1996:153 där respektive revisors ansvar gentemot *ägaren/ägarna* till det reviderade bolaget diskuteras.

fall kom ifrån problemet med ett utomobligatoriskt ansvar (genom att behandla det såsom inomobligatoriskt) visar fallet likväl på en viss mån dold identitetsproblematik.⁹⁷³

I Tyskland har man utvecklat läran om *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritten*, vilken förknippats med Treu und Glauben. Denna lära har medverkat till att dyrka upp den tidigare låsningen till avtalets partsexklusivitet.⁹⁷⁴ I Sverige har Kleineman tagit upp samma tråd och argumenterar för vad han kallar *utomobligatoriska lojalitetsförpliktelser*.⁹⁷⁵ Han diskuterar särskilt rättsfallet NJA 1998 s. 520. I fallet hade en förstahandspanthavare (A) lämnat ut en pant till gäldenären (B) trots att den förstnämnde dessförinnan hade denuncierats om att det tillkommit en andrahandspanthavare (C). Andrahandspansättningen hade utförts i enlighet med 1936 års lag om pantsättning av lös egendom som innehaves av tredje man. Gäldenären hade dock därefter försatts i konkurs och C krävde ersättning av A för att denne inte beaktat C:s intresse. Oaktat att det inte finns någon sanktion i lagen, tilldömdes C ersättning. Jag delar uppfattningen att andrahandspanthavaren har ett skyddsvärt intresse som också bör sanktioneras rättsligt. Dock bör denna förpliktelse inte, enligt min uppfattning kallas lojalitetsplikt. Även i detta fall skulle det i uppstå en begreppsmässig "lojalitetskonflikt" för A.⁹⁷⁶ Jag delar således inte Kleinemans uppfattning om att det inte finns någon "*anledning att lägga ett alltför stort intentionsdjup i själva begreppet lojalitetsplikt*".⁹⁷⁷ Att använda ett begrepp i alltför vida sammanhang riskerar att degenerera begreppets betydelse. Risken, som jag ser den, är att begreppet *lojalitetsförpliktelse*, i den mån utvecklingen fortsätter som här antytts, riskerar att bli liktydigt med "förpliktelse" i allmänhet, vilket knappast gagnar förståelsen av den rättsliga systematiken med tillhörande begreppsanvändning.⁹⁷⁸ Förmodligen underskattar vi begreppens betydelse för tankarna.⁹⁷⁹

⁹⁷³ Jfr Kleineman (1987), s. 547 not 59, som diskuterar andra situationer än denna: [D]et "äkta" kontraktsansvaret kan täcka in fler än den eller de som betalar advokatens arvode. En advokat kan tänkas biträda en hel familj eller ett på annat sätt klart urskiljbart kollektiv t ex arvingar."

⁹⁷⁴ Jfr Hesselink, s. 206. Numera har *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* kodifierats BGB § 311 (3) och *Schutzpflicht* BGB § 241 (2).

⁹⁷⁵ Kleineman, *Utomkontraktuella lojalitetsförpliktelser*, s. 207 – 225. Dessförinnan (*Lender Liability*, s. 291 f.) har Kleineman använt benämningen "kvasikontraktuell lojalitetsplikt". I *Rådgivarens informationsansvar*, s. 204 skriver Kleineman att: "Varken revisorer, värderingsmän eller advokater är emellertid ensamma om att ha lojalitetsplikter mot tredje man."

⁹⁷⁶ Jfr Lando, Henrik där denna är kritisk till att använda en alltför bred lojalitetsplikt (i detta fallet gällande aktiebolagsrättsliga spørsmål), vilket exempelvis Werlauff föreslagat.

⁹⁷⁷ Kleineman, *Utomkontraktuella lojalitetsförpliktelser*, s. 212.

⁹⁷⁸ Jfr Taxell, *Avtalsrättens normer*, s. 59.

⁹⁷⁹ Jfr citat i text vid not 954.

Som jämförelse kan nämnas att i Tyskland har användningen av begreppet *Sonderverbindung* ("särskild förbindelse") expanderat i mycket stor utsträckning. Detta begrepp har tidigare hanteras under Treu und Glauben-paragraferna.⁹⁸⁰ Nu omfattar begreppet relationer- mellan grannar, mellan konkurrenter, mellan medborgare och stat, vilka relationer alla kan tänkas inrymma *Sonderverbindungen*.⁹⁸¹ I den nyligen genomförda reformeringen av BGB har lagstiftaren valt att i stället avlägsna ett antal läror från främst BGB § 242 och ge dem egna hemvister.⁹⁸² Denna utveckling är enligt min uppfattning att föredra, inte minst av pedagogiska skäl, och man torde kunna dra lärdom av denna utveckling när det gäller tendenserna till en heterogen tillväxt av vad som benämns "lojalitetsförpliktelser" i de nordiska rättsordningarna.

Med hänsyn till den uppluckring som har skett av gränsen mellan inom- respektive utomobligatoriskt skadestånd (se ovan under avsnitt 2.4.1), bör rättsordningen i högre utsträckning än tidigare kunna erkänna ett utomobligatoriskt ansvar i olika "trepartsförhållanden" liknande de alldeles ovan angivna, *utan* att behöva benämna dem vare sig kvasikontraktuella eller lojalitetsförpliktelser. Tiden bör vara mogen för att införa en tredje ansvarskategori, som svarar mot de nutida kraven att hantera de ovan angivna exemplen på ett mer pedagogiskt sätt.⁹⁸³ Mitt begreppsval skall således inte på något sätt tolkas såsom ett materiellt ställningstagande mot dessa ansvarsformer. Jag väljer dock att förbehålla begreppet lojalitetsförpliktelser för *partsexklusiva* förpliktelser.

4.7 Sammanfattning av den rättsdogmatiska exposén

Som framgår av exposén är kravet på lojalitetshänsyn i avtalsrelationer förknippat med en mängd olika rättsliga regler. Vi kan här anknyta till vad som sagts (avsnitt 3.1.2) angående de funktioner som good faith tilldelas. Som påpekats, uppfattas det i nordisk rätt förekommande kravet på lojalitetshänsyn, såsom en motsvarighet till good faith. Det är förvisso vanskligt att göra komparationer mellan olika rättsordningar, men några generaliseringar torde ändå vara möjliga att göra.

⁹⁸⁰ Hesselink, s. 209.

⁹⁸¹ Hesselink, s. 209.

⁹⁸² Schutzpflicht BGB § 241 (2); Culpa in contrahendo BGB § 311 (2); Schutzwirkung für Dritte BGB § 311 (3); BGB § 313 (Störung der Geschäftsgrundlage, jfr begreppet "Hardship").

⁹⁸³ Jfr Zimmermann (1996), s. 245, samt Atiyah i text vid not 234 ovan.

1. *Konkretisering/uttolkning*. Här kan vi anknyta till vad som sagts (i avsnitt 4.5) angående kravet på lojalitetshänsyn och tolkningen av huvudförpliktelsen. Denna anknytning får nog sägas vara ovanlig i svensk rätt. Varken domstolar eller rättsvetenskapsmän synes, åtminstone hitintills, ha använt lojalitetsbegreppet i detta sammanhang. Förhållandet utesluter inte i sig att liknande överväganden kan ha gjorts, utan att argumenten knutits till lojalitetsplikten. En annan synpunkt är att indelningen mellan huvud- och biförpliktelser inte alltid är fruktbar. Vissa förpliktelser passar inte in i denna indelning och kravet på lojalitetshänsyn är ingalunda beroende av en sådan indelning.

I och med att lojalitetsprincipen anknyts till ett antal redan gällande rättsregler torde det vara rimligt att betrakta den såsom en tolkningsprincip (vi kommer att återanknyta till det sistnämnda i kapitel 5).

2. *Supplementering – huvudsakligen av biförpliktelser*. Här har lojalitetstanken haft sin största genomslagskraft och som framkommer ovan i detta kapitel är just utfyllnadsaspekten central för lojalitetstanken. Utfyllnad är vanligen en viktig uppgift för rättsordningen och sker såväl i lagstiftning som i rättspraxis. Utfyllnaden gäller i detta sammanhang olika s.k. lojalitetsförpliktelser, vilka anses gälla från och med de initiala kontakterna till dess att vardera parten fullgjort sina respektive prestationer. Många av dessa lojalitetsförpliktelser är förknippade med krav på kommunikation mellan parterna. Redan i det prekontraktuella stadiet ställs det krav på att man lämnar vissa relevanta upplysningar självant samt svarar på medkontrahentens frågor på ett hederligt sätt. Även under själva avtalsförhållandet finns det kommunikationsförpliktelser att följa.

Lojalitetsförpliktelser kan ha skilda funktioner. Det kan å ena sidan röra sig om sådana förpliktelser som inte direkt har med själva avtalsändamålet att göra. Det handlar i stället om ett antal *skyddsförpliktelser*, vilka har till syfte att vägleda parternas interaktion med hänsyn till *hela* deras avtalsrelation. Denna förpliktelse kan ha ett relativt svagt samband med det uttryckta avtalsändamålet. Ett sådant fall är plikten att vårda medkontrahentens egendom, i väntan på att denne skall komma och hämta detsamma. I köplagens 73 § förpliktas en köpare att vårda en felaktig vara åt säljaren. Trots att det ursprungliga avtalsändamålet inte uppnåtts, har den tilltänkte köparen en plikt att under viss tid vårda egendomen. I och med att denna plikt inte direkt har med avtalsändamålet att göra, finns det viss likhet med det

utomobligatoriska ansvaret. I den mån skadestånd blir aktuellt, handlar det om ersättning till det negativa kontraktsintresset.

Det kan å andra sidan röra sig om sådana förpliktelser som underlättar parterna för avtalsparterna att uppnå det uttryckta avtalsändamålet. Det kan vara förpliktelser att medverka och att samarbeta på olika sätt. I båda dessa fall kan det på förhand vara svårt, för att inte säga omöjligt, att precisera alla förpliktelser som kan komma att aktualiseras. I ett samhällsekonomiskt perspektiv finns det skäl att medverka till att begränsa marknadsaktörernas transaktionskostnader och rättsordningen kan bidra med ett antal utfyllande förpliktelser respektive riskfördelningar.

3. *Korrigerings/begränsning – motverka rättsmissbruk.* Här kan vi anknyta till avtalslagens 36 § samt förekommande passivitetsregler. Lojalitetskravet kan verka i begränsande riktning när det gäller att utnyttja en formell rättighet, i den mån detta utnyttjande skulle avvika från vad parterna rimligen kan ha förväntat sig vid avtalstidpunkten. En part bör inte skaffa sig ett i den meningen oväntat utrymme för spekulation på medkontrahentens bekostnad och rättsordningen kan förvägra denne att (miss)bruka sina formella rättigheter.

Dessa tre kategorier har några gemensamma drag. De representerar olika rättsliga uttryck för att hantera, de med marknadsbytena, förknippade risker som i princip alltid förekommer, om än i större eller mindre utsträckning. De ger ett visst skydd åt den part som befinner sig i riskposition. Lojalitetskravet anvisar ett önskvärt beteende och/eller avvisar illojala beteenden. Det omfattar åtminstone ett visst skydd åt de befogade förväntningarna som parterna har vid marknadsbyten. Lojalitetskravet kan vanligen inte garantera ett visst utfall, men däremot förpliktas parterna att medverka och samarbeta. När en kontrahent inte presterar fullgott, med avseende på en eller flera av dessa lojalitetsförpliktelser, anses denne avvika från en standard. Likt den dominerande principen vid det deliktella ansvaret,⁹⁸⁴ utgör culpa en utgångspunkt även vid bedömningar av dessa avtalsrelaterade lojalitetsförpliktelser.⁹⁸⁵ Självva culpabedömningen skärps dock vanligen i avtalsförhållanden.

⁹⁸⁴ Bengtsson (1960), s. 22.

⁹⁸⁵ Se Adlercreutz I (2002), s. 111; Simonsen, s. 164: "Stemples en handlemate som illojal, uttrykkes samtidig at skadevolder burde ha handlet annerledes. Brudd på normen vil derfor direkte kunne utløse et erstatningskrav." Se även Falkanger Thorsen s. 37. Jfr även Dotevall (1999), s. 127, angående bolagsledningens ansvar: "I tysk och nordisk rätt är lojalitetsplikten knuten till culparegeln." Se även Hellner, *Kontraktsrätt* 2, s. 201.

5 Lojalitetsprincipen – en allmän rättsprincip

Av ovan framgår att kravet på viss lojalitet mellan avtalsparter har associerats med en mängd olika rättsligt sanktionerade förpliktelser. Det är därför inte så förvånande att en basal avtalslojalitet har kommit att betraktas såsom en generellt giltig avtalsrättslig princip: i doktrinen används bl.a. begreppen allmän rättsgrundsats eller allmän rättsprincip för att karaktärisera denna.⁹⁸⁶ För att bättre förstå lojalitetsprincipen kan det vara naturligt att här ägna ett visst utrymme åt allmänna rättsprinciper.⁹⁸⁷

I samband med tolkning, och i än högre grad, utläggning (Auslegung) i samband med avtalsrättsliga problem utgör vanligen olika rättsprinciper en betydande del av normunderlaget. De kan sägas utgöra en del av den s.k. "bakgrunnsretten".⁹⁸⁸ Möjligen bör det, hitintills förhållandevis svalt,⁹⁸⁹ svenska intresset för allmänna rättsprinciper öka i takt med den tilltagande internationaliseringen.⁹⁹⁰ Det antas att det kan finnas ett större behov av att ta fasta på allmänt erkända rättsprinciper i och med ökande utrikeshandel och annat internationellt samarbete.⁹⁹¹ I den internationella domstolens stadga artikel 38 (1) (c) fastslås att domstolen skall tillämpa "the general principles of law recognized by civilized nations".⁹⁹² EG-rätten å sin sida tillämpas som bekant utan några direkta förarbeten och med betydligt starkare fokus på allmänna rättsprinciper, vilka utgör en betydande egen rättskälla.⁹⁹³ I exempelvis artikel 288 (2) i Romfördraget,⁹⁹⁴ hänvisas det explicit till "de allmänna principer som är gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar". I detta sammanhang är fördragets

⁹⁸⁶ Jfr resonemang och begreppsanvändning i exempelvis: Andersen (1997), s. 350; Hov, s. 39; Nicander, s. 31; Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 74 ff., *Om lojalitet*, s. 151, *Avtalsrättens normer*, s. 59 f. samt *Avtalsrätt*, s. 65; Jfr även Tolons exemplifiering, s. 321. En betydligt mer diversifierad uppdelning av olika begrepp förekommer i Zeller.

⁹⁸⁷ Även begreppet *allmän rättsgrundsats* förekommer i litteraturen. I denna framställning behandlas begreppen synonymt.

⁹⁸⁸ Se angående lojalitetsprincipen som en del av "bakgrunnsretten" Haaskjold, s. 35 samt Hov, s. 42.

⁹⁸⁹ Se exempelvis Kleineman, *Avtalsrättsliga formföreskrifter*, s. 434, angående kontraktuella ogiltighets- och skadeståndsregler: "Trots att avtalslagen bildar intellektuell utgångspunkt för den allmänna avtalsrätten, är det enbart ett mycket begränsat antal *rättsprinciper* som har kommit till uttryck i själva lagen. Sådana principer som av hävd och genom sin praktiska betydelse alltid åberopats i doktrin och praxis har trots detta ofta bemötts med betydande skepsis." Se därutöver Ramberg & Ramberg, s. 20 f. samt Ramberg, Christina (2003), s. 38: "Allmänt sett förfaller det som om svenska advokater inte är positivt inställda till att referera till internationellt handelsbruk eller internationella allmänna principer." Se även dansken Ussings motvilja mot att arbeta med principer såsom förklaringsmodell, Aftaler (1974), s. 21.

⁹⁹⁰ Jfr Peczenik (1995), s. 257 f. samt Hellner (1994), s. 84 f.

⁹⁹¹ Jfr exempelvis Peczenik (1995), med hänvisningar, s. 258. Här kan det även hänvisas till bona fides-principens utveckling i samband med den romerska expansionen, se avsnitt 3.1.1.

⁹⁹² Se angående detta i allmänhet i Cheng; Malanczuk, s. 48 ff.; Strömholm (1996), s. 323, not 13.

⁹⁹³ Peczenik (1995), s. 258. Jfr även Strömholm (1996), s. 322 ff. Se angående dessa i allmänhet i Tridimas, *The General Principles of EC Law*.

⁹⁹⁴ Tidigare art. 215 (2). I denna behandlas gemenskapens skadeståndsansvar.

artikel 10 (tidigare artikel 5) särskilt relevant eftersom medlemsstaternas allmänna lojalitetsplikt regleras där.⁹⁹⁵

I privaträttsliga sammanhang är det ökande intresset för att hänvisa till olika compilationer av internationell handelsrätt – *lex mercatoria* – en bekräftelse för tendensen mot att diskutera avtalsrättsliga principer.⁹⁹⁶ Företeelsen allmänna rättsprinciper är inte något modernt påfund, deras motsvarigheter kan skönjas redan i den romerska rätten. Över tid och rum har dessa rättsprinciper benämnts bl.a. enligt följande: *brocards*, *maximer*, *rättsgrundsatser*, *regulae*. Här nedan fokuseras intresset främst på *avtalsrättsliga principer*.⁹⁹⁷

5.1 Något om nutida förhållningssätt till regler respektive principer

I detta sammanhang verkar det ofrånkomligt att åtminstone beröra något om de nutida diskussionerna om regler kontra principer. I den juridiska debatten finns en mer eller mindre kontinuerligt pågående debatt om huruvida det är lämpligt att använda sig av en mer principstyrd normgivning eller om lagstiftaren (och i viss mån rättstillämparen) i stället bör eftersträva en omfattande ”regelproduktion”. Med regel anses i detta sammanhang en konkret rättsnorm, vilken typiskt betraktat kräver en lägre tolkningsgrad av rättstillämparen. Tolkningen av en idealtypisk regel begränsas i huvudsak till ett antal förutbestämda fakta. En regel sägs sakna justeringspotential:⁹⁹⁸ antingen gäller den eller så gäller den inte för en viss situation. Det värderande inslaget som avkrävs tillämparen är litet eller obefintligt: idealtypen kräver endast en formell och mekanisk tillämpning.

Med princip menas vanligen en mer övergripande rättsnorm där värderingsmomentet är en oundviklig del i beslutsprocessen: exempelvis uppvisar lojalitetsprincipen, såsom den framträder i 5 § lag (1991:351) om handelsagentur, detta karaktärsdrag. I paragrafen anges ramen för agentens skyldighet att uppträda lojalt: ”Agenten skall vid uppdragets fullgörande

⁹⁹⁵ Jfr i text ovan vid not 322.

⁹⁹⁶ *Lex mercatoria* kan sägas vara en kompilering av internationellt mer eller mindre erkända, historiskt framväxta allmänna principer. Jfr Meyer, s. 128. Även i CISG art. 7 (2) hänvisas domaren att söka ledning i generella principer.

⁹⁹⁷ Diskussioner om olika slags rättsprinciper förekommer bl.a. i Peczenik (1995), s. 448, Taxell, *Avtal och rättsskydd* s. 73 ff.

⁹⁹⁸ Jfr exempelvis Andersson, Håkan (1993), s. 215 f.; Kaplow, Louis, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 Duke L.J. 557 (1992): ”an advance determination of what conduct is permissible, leaving only factual issues for the adjudicator”. Citat återgivet i Hillman, s. 125.

tillvarata huvudmammens intresse samt handla lojalt och redligt.” Vid tolkningen av denna mening står det klart att det värderande inslaget är betydande. Det går knappast att komma fram till ett svar på frågan om huruvida en agent brutit mot denna norm utan att ha en bild av avtalstypen att jämföra med. Lojalitetsprincipen är knuten till mänskligt handlande och den kan sägas bilda konturena av en standard.⁹⁹⁹

Ovanstående beskrivning av regler respektive principer ger de idealtypiska dragen. I verkligheten finns det knappast en knivskarp skiljelinje mellan vad som är en regel och vad som är en princip. I den konkreta tolkningssituationen behöver rättstillämparen förhålla sig till såväl regler som principer: även en nog så tydlig regel behöver sättas in i ett större sammanhang.¹⁰⁰⁰ Både principer och regler måste alltid tolkas i viss utsträckning, men som huvudregel är tolkningsutrymmet snävare vid tolkningen av en regel än vid tolkning av en princip. Eftersom den senare är en, i högre grad, abstrakt övergripande norm behöver den alltid konkretiseras i det enskilda fallet. Kanske är begreppet tolkning otillräckligt vad gäller det senare: principen behöver snarare utläggas i samklang med den specifika kontexten.¹⁰⁰¹

5.1.1 Några vanligt förekommande argument mot bruket av övergripande principer i normgivning

Regelförespråkare eller s.k. neoformalister¹⁰⁰² kritiserar bruket av principer eftersom de anser att dessa minskar rättens förutsebarhet och därmed höjer transaktionskostnaderna, eftersom det krävs mer planering och tvistande.¹⁰⁰³ De anser också att rättstillämparen riskerar att intervensera i såväl lagstiftarens som partsautonomins domäner när rättstillämparen har att vägledas av rättsprinciper. Regelförespråkarna tycks inte lita på att rättstillämparen har förmågan att skapa lämpliga regler med utgångspunkt från principerna. Det finns därmed en risk att den enskilde domarens godtycke får avgöra. Att förlita sig på principer innebär, enligt regelförespråkarna, dessutom att tillämparen får för många faktorer att ta hänsyn till i ett specifikt fall. Även om det torde bli mindre kostnadskrävande för *lagstiftaren* att använda sig av mer övergripande principorienterad lagstiftning, menar kritikerna att konsekvensen ändå

⁹⁹⁹ Motsvarigheten *good faith* benämns ”standard” i Hillman, s. 143.

¹⁰⁰⁰ Jfr Samuel, exempelvis s. 180 ff. och s. 200

¹⁰⁰¹ Jfr med det tyska ordet *Auslegung*.

¹⁰⁰² Denna beteckning används bl.a. av Hillman, s. 127, samt av Wightman, s. 155 ff.

¹⁰⁰³ Hillman, 160.

blir en högre totalcostnad för samhället, när parternas kostnader också vägs in i kalkylen.¹⁰⁰⁴ Kritikerna menar också att domstolar inte är tillräckligt kompetenta att värdera effekterna av sina beslut och de är dessutom, jämförda med lagstiftaren, inte utrustade med de resurser som krävs för mer omfattande konsekvensutredningar.¹⁰⁰⁵ Ett annat slags kritik har framförts från feministiskt håll där det varnas för att det kan vara typiskt manliga värderingar som kommer till uttryck när domarna, vilka hitintills vanligen varit män, får ett alltför flexibelt värderingsinstrument till sin hjälp. Bl.a. har tillämpningen av principen om "barnets bästa" kritiserats i USA av feminister som hävdar att de manliga domarna inte i tillräcklig omfattning förstått kvinnornas situation vid vårdnadstvister.¹⁰⁰⁶ Ytterligare ett varnande exempel är när domare i Tyskland under 1930-talet använde generalklausulen BGB 242 § på ett skrämmande flexibelt sätt: de öppna principerna blev helt plötsligt ett verktyg i nazisternas tjänst.¹⁰⁰⁷ Dessa exempel visar onekligen att det inte är riskfritt att använda flexibla principer som normer.

Invändningar mot bruket av allmänna mer övergripande principer synes dels vara politiskt grundade, mot paternalism i olika sammanhang och för avtalsfrihet, dels mer snävt rättspositivistiskt där debattörerna i den senare "gruppen" inte nödvändigtvis är emot statlig intervention; de föredrar dock normgivning i form av konkreta regler. Alf Ross synes ha varit negativ till åberopandet av allmänna principen i rättsliga sammanhang; han anade ett konservativt tänkesätt, vilket skulle riskera att kringgå den moderna demokratis idéer om att parlamentet stiftar normerna.

¹⁰⁰⁴ Se Hillman, s. 162, efter Kaplow, s. 621.

¹⁰⁰⁵ Hillman, s. 161 ff., med flera hänv.

¹⁰⁰⁶ Hillman, s. 164, med hänv.

¹⁰⁰⁷ Zimmermann & Whittaker, s. 21 f. Se även Wilhelmsson (1978), s. 82 med hänv. till Rùthers, Bernd, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* (1968).

5.1.2 Några vanligt förekommande argument för bruket av övergripande principer i normgivning

Förespråkarna, här kallade kontextualister,¹⁰⁰⁸ för att använda övergripande principer menar att flexibla och anpassningsbara normer (standarder) gör det möjligt för rättstillämparen att göra skälighetsbedömningar i det enskilda fallet. Denne skall kunna ta hänsyn till alla relevanta kontextgivna omständigheter. En annan fördel är att innehållet i dessa principer också kan ändras allt eftersom förändrade tider och seder. Det som ligger fast kan i stället vara uppfattningen att domstolen skall åstadkomma rättvisa i det enskilda fallet. Kontextualister menar också att ett regeldominerat system leder till att domarna, i sina försök att uppnå rimliga lösningar i det enskilda fallet, tänjer på de aktuella reglerna till den grad att tolkningen upplevs som "krystad", d.v.s. att domaren tvingas att tolka in alltför mycket i den enskilda regeln.¹⁰⁰⁹ Den s.k. parol evidence rule, vilken skulle reducera tolkningsunderlaget till det skriftliga avtalet, visar att en förhållandevis klar regel efterhand kringskärs med undantag, vilket minskar dess tänkta betydelse. I den tionde upplagan av Treitel's "Law of Contract" behandlas 13 (!) olika undantag från denna "regel".¹⁰¹⁰ Detta förhållningssätt, som var tänkt att öka förutsebarheten, riskerar att i stället leda till motsatsen. Inte ens en precis och tydlig lag räcker i alla avseenden till för att reglera det konkreta fallet med dess speciella omständigheter.

Vissa av principförespråkarna anser sig stödjas av ekonomisk analys, och exempelvis Posner menar, i motsats till neoformalisterna, att domarna faktiskt är bättre skickade att beakta kraven på ekonomisk effektivitet (vilket är Posners metanorm) än vad lagstiftaren är. Den senare skulle vara alltför beroende av olika intressegrupper och valtaktiska beaktanden. Posner menar att lagstiftaren "säljer" lagstiftning för att öka återvalsmöjligheterna vilket inverkar menligt på lagstiftningens kvalitet.¹⁰¹¹ Även andra, såsom exempelvis Kerkmeester, menar att det finns ekonomiska skäl för att använda ett mer principorienterat förhållningssätt (jfr resonemang ovan i avsnitt 3.3.1). *"From an economic perspective it is important that principles are flexible and that this allows them to adjust to the demands to the law that come from*

¹⁰⁰⁸ Efter Hillman, s. 126.

¹⁰⁰⁹ Jfr Hillman, s. 126 samt 134 f. med ett flertal hänvisningar. Jfr resonemang angående 36 § avtalslagen och "öppen" kontroll i stället för "dold" kontroll via överansträngda tolkningsmetoder i prop. 1975/76:81, s. 31 och 103 samt SOU 1974:83 s. 114 ff.

¹⁰¹⁰ 10 uppl. (1999), s. 175–183. Se även Beatson (2002), s. 132 ff.

¹⁰¹¹ Posner, efter Hillman, s. 136.

society, compensating for the increase in uncertainty they cause compared to legal norms, that are more precise.”¹⁰¹²

Vad gäller det ovan nämnda missbruket av generalklausuler under Nazi-Tyskland visar det på risker med mer öppna och principiella stadganden. Det är dock häpnadsväckande att Treu und Glauben-stadgandet i § 242 i BGB gavs en sådan pervers tolkning såsom det tycks ha skett under denna tid, vilket för övrigt strider mot hela den historiskt givna värdegrund som detta stadgande vilar på med ursprung i såväl romersk rätt som ius commune. Man kan också – till denna generalklausuls försvar – hävda att en mer regelorienterad privaträtt knappast kunde ha hindrat nazisterna från att genomdriva sina idéer. I detta sammanhang är för övrigt också Olaus åttonde domarregel tänkvärd (se ovan i text vid not 369).

Ur ett normativt perspektiv behöver en viss grad av rättsosäkerhet inte alltid vara till förfång. 36 § avtalslagen torde exempelvis verka i en återhållande riktning på förekomsten av obalanserade standardavtal. Möjligtvis hjälper denna rättsosäkerhet fram aktörerna till en självrannsakan vilket i sin tur förhoppningsvis kan leda fram till mer balanserade avtal. Att den sålda produkten/tjänsten skulle bli dyrare härav, synes inte vara en given följd på en konkurrensutsatt marknad.

5.1.3 Något om rättssäkerhetsargumentet

Förutsebarhetskravet synes vara ett ständigt återkommande mantra som används i debatten mot användandet av generella principer såsom lojalitetsprincipen. I viss utsträckning synes reaktionerna överdrivna: en författare gick så långt att han karaktäriserade den tyska motsvarigheten, Treu und Glauben, enligt följande: *“the source of the baneful gnawing in a most sinister manner at the inner core of our legal culture.”*¹⁰¹³ I Sverige har den jämförelsevis försiktiga användningen av 33 och 36 §§ avtalslagen knappast heller levt upp till belackarnas farhågor om fara för affärslivet.¹⁰¹⁴

¹⁰¹² Kerkmeester, s. 72

¹⁰¹³ Citat från Rudolf Henle, *Treu und Glauben in Rechtsverkehr* (1912), s. 3. Citatet är översatt till engelska och förmedlat via Zimmermann & Whittaker, s. 20.

¹⁰¹⁴ Jfr exempelvis Adlercreutz I (2002), s. 273.

Det är förvisso viktigt med klara spelregler, men det kan betvivlas att exempelvis en allmänt formulerad avtalsgrundad lojalitetsprincip, skulle finnas inverka menligt på transaktionskostnaderna. Lojalitetsprincipens funktion är närmast att uppfattas såsom den motsatta: den utgör en rättslig stödstruktur, vilken skyddar den avtalsgrundade tilliten. Den ger därför snarast förutsättningar för lägre transaktionskostnader.

En central fråga i detta sammanhang är således om förutsebarheten minskar vid en mer principstyrd normgivning. Några hävdar att det är på det sättet.¹⁰¹⁵ När det gäller lojalitetsprincipen måste vi dock ställa oss frågan: vad avses med förutsebarhet i detta fall?

a) Handlar förutsebarhetskravet om att endast det formellt (i betydelsen uttryckligen) avtalade skall gälla?

b) Handlar förutsebarhetskravet om att vardera partens typiska förväntningar skall beaktas (i den mån detta inte uttryckligen avtalats)?

I den mån man håller sig till förutsebarhet i den första betydelsen, torde det vara riktigt att påstå att förutsebarheten i viss mån minskar med en lojalitetsprincip (i jämförelse med ett antal precisa regler). Möjligen är det så att juristen i viss utsträckning tenderar att övervärdera den formella förutsebarheten. För den som identifierar förutsebarhet i den andra betydelsen kan densamma snarast sägas öka med en lojalitetsprincip. Många avtalsrelationer, förmodligen de flesta, bär med sig en betydande del mer eller mindre underförstådda förväntningar, vilka ligger till grund för respektive parts beslut.

Om vi för en kort stund flyttar perspektivet till marknadsaktörernas nivå kan följande sägas. Marknadsaktörerna har, oaktat det nyss sagda om rättsliga regler kontra principer, knappast fullständig *rättslig* klarhet när de gör affärer med varandra, oavsett om lagstiftaren använder sig av generella principer eller inte.¹⁰¹⁶ Många uppdragsförhållanden, näringsidkare emellan, saknar i förhållandevis stor utsträckning generell reglering.¹⁰¹⁷ Därutöver är det förhållandevis vanligt att parterna inte låter upprätta skriftliga avtal som regleringsinstrument.¹⁰¹⁸ Så länge det finns en tillit mellan parterna upplevs förmodligen inte rättsosäkerheten som något

¹⁰¹⁵ Jfr exempelvis Cohen, s. 45: "Indeed modern contract law tends to minimize the doctrine of certainty and to fill in complete contracts by implied norms." [Fotnot utesluten ur citat]. Se även ovan not 1013.

¹⁰¹⁶ Jfr exempelvis Kerkmeester, s. 70 f.

¹⁰¹⁷ Se angående s.k. immateriella tjänster, Hellner, *Kontraktsrätt 1*, s. 200 ff.

¹⁰¹⁸ Se exempelvis ang. s.k. personliga uppdrag och frånvaron av standardavtal i Hellner, *Kontraktsrätt 1*, s. 203. Jfr resonemang om frånvaron av skriftliga kontrakt i Collins (2002), s. 136 ff.

avgörande problem av de inblandade.¹⁰¹⁹ Möjligtvis kan man säga att parterna är lyckligt ovetande om vilka potentiella problem som lurar i vassen. Många avtalsförhållanden torde dock fungera ändamålsenligt likväl.¹⁰²⁰ Samtidigt som man inte skall negligera de problem som bristfälliga avtal riskerar att medföra, bör å andra sidan även kostnaderna för avtalsskrivande och förhandlingar beaktas. Värdet av utökade förhandlingar och skapande av omfattande skriftliga avtalsdokument, måste således vägas mot de därtill medföljande ökande kostnaderna.¹⁰²¹

Här återgår vi dock till den inledande diskussionen om regler och principer i normgivningen. En klok ståndpunkt kan vara att i aristotelisk anda välja den gyllene medelvägen. Det är som så ofta annars, inte frågan om att antingen välja regler eller övergripande principer, utan bådadera. Hela den ovan nämnda 5 § handelsagenturlagen lyder enligt följande:

"Agenten skall vid uppdragets fullgörande tillvarata huvudmannens intresse samt handla lojalt och redligt.

Det åligger agenten särskilt att

- 1. göra skäligen ansträngningar för att inhämta anbud och, om det ingår i uppdraget, sluta avtal om sådant som omfattas av agenturavtalet,*
- 2. underrätta huvudmannen om anbud som har upptagits och avtal som har ingåtts samt om andra omständigheter av betydelse för uppdraget som agenten känner till, och*
- 3. följa skäligen anvisningar från huvudmannen.*

Avtalsvillkor som strider mot bestämmelserna i denna paragraf är inte bindande för parterna."

Nyss nämnda paragraf kan sägas exemplifiera behovet av såväl abstrakta principer som konkreta regler. Vad som talar för det förstnämnda är att det sällan är möjligt att precisera alla tänkbara förpliktelser i en lag. De i lagrummet uppräknade konkreta förpliktelserna utgör några särskilt viktiga förpliktelser, vilka är typiska för agentavtalet. De kan också betraktas vara preciseringar av den abstrakta och övergripande lojalitetsprincipen. De handlingsdirigerande satser, som förekommer i inledningen av 5 § i lagen, påverkar

¹⁰¹⁹ Jfr Hillman, s. 161, not 186, hänv. till Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 Harvard Law Review, 1685 (1976), s. 1699: "On the other hand, if most contracting parties pay little attention to contract law, the importance of clear rules may be overplayed."

¹⁰²⁰ Se not 910; Jfr även exempelvis Roxenhall, s. 147: "Ju mindre omfångsrikt kontraktet är, desto mer används det."

¹⁰²¹ Se exempelvis Rao, s. 117 ff.

förhoppningsvis aktörernas uppfattning om vad som är ett godtagbart beteende. Rättsliga normer kan påverka människors beteende, och det är rimligt att anta att det finns ett dialektiskt samband mellan norm och beteende: varat och bört påverkar varandra.

5.2 Allmänna rättsprinciper – några hållpunkter

5.2.1 Kortfattad historisk återblick

I det romerska riket förebråddes juristerna av retorerna för att de inte utvecklade allmänna rättsprinciper i större utsträckning.¹⁰²² Detta torde ha påverkat juristerna i viss utsträckning och det nedtecknades sedermera trots allt ett betydande antal s.k. *regulae*,¹⁰²³ vilka har fått stor betydelse för eftervärlden.¹⁰²⁴ Ordet *regula* (singular) betyder närmast måttstock eller standard. *Regula* härleds från *regere*, vilket betyder att vägleda eller styra, vilket i sin tur är förknippat med *rectus* som betyder rak eller riktig.¹⁰²⁵ Begreppet *regula* kan spåras i juridiska skrifter sedan början av 100 talet e. Kr.¹⁰²⁶ Den juridiska betydelsen av *regulae* är dock inte entydig under denna tid,¹⁰²⁷ och begreppets betydelse synes även långt senare ha varit mångfasetterat.¹⁰²⁸

Den romerske juristen Gaius synes använda begreppet *regulae* för normativa uttalanden vilka kan anses etablerade; en *regula* kunde sammanfatta det som gällde i såväl *ius civile* som den

¹⁰²² Tamm, s. 36. Jfr även Stein (1966), s. 102 f. med hänvisning till Schulz, *History of Roman legal science* (1953), s. 130. Se även Stein (1999), s. 17 f.: "Whatever the affiliation, the jurists distrusted broad statements of principle. This was not because they were unable to formulate them but because they understood that the wider the statement, the more there would be exceptions to its application and so there was a danger that the law would be uncertain and unpredictable."

¹⁰²³ Tamm, s. 36. Jfr Stein & Shand, s. 101: "The heyday of such maxims in Roman law was the post-classical period. Many of them were collected together in the last title of Justinian's Digest (50.17)."

¹⁰²⁴ Se exempelvis Lupoi, *The Origins of the European Legal Order* s. 112, 431 ff. och följande uttalande på s. 415: "I have pointed out several times that the *regula* was the central component of the European common law." Jfr även Stein (1966), s. 148 och 153 ff. samt Stein & Shand, s. 101: "In the sixteenth century the *regulae* of Digest 50.17 came to be regarded as the first principles of law, from which all detailed rules could be logically deduced."

¹⁰²⁵ Stein (1966), s. 51. Se även Norstedts Latinsk-Svenska ordbok, 2 uppl: *Regula* – rak ribba eller list; måttstock, linjal; rättesnöre, grundsats, regel.

¹⁰²⁶ Stein (1966), s. 91.

¹⁰²⁷ Jfr Schmidlin (1976), s. 91: "Die Juristen bräuchten ganz offensichtlich das Wort *regula* in einer sehr weiten und unbestimmten Bedeutung."

¹⁰²⁸ Se exempelvis Stein (1966), 131 ff, 153 ff.; Jfr exempelvis Lupoi, *Trusts: A Comparative Study*, s. 11, "I use the term '*regula*' in the sense in which it was used in European common law of the High Middle Ages, and therefore as it is understood in modern common law ('rule'): that is as a criterion of judgement which is unequivocally suited to the determination of a real case. It is not a principle, because it is not generic enough; rather, it is a (difficult) balance between these two extremes. The defects and limitations of this definition will be obvious to everyone, but I am not able to propose any other." [Fotnoter uteslutna ur citat].

av pretorn utvecklade rätten. Den kunde kortfattat sammanfatta det rättsligt avgörande skälet: *ratio determinationis*.¹⁰²⁹ Gaius torde dock sannolikt ha uppfattat en *regula* mer såsom en konkret norm vilken täcker specificerade fall, snarare än vad som i dag skulle kallas en generell rättsprincip.¹⁰³⁰ Till saken hör att de romerska juristernas förhållningssätt till rätten anses skilja sig från förhållningssättet hos många senare jurister, vilka hade att arbeta med konceptuellt uppbyggda rättsliga system. Som exempel på det sistnämnda kan nämnas de senare naturrettliga systemen respektive 1800-talets civilrättsliga kodifikationer.¹⁰³¹

Den romerska rätten med dess kasuistiska regler anses inte ha konstituerat ett slutet system; det synes rimligare att tala om vissa strukturella inslag eller systematiska ”öar”.¹⁰³²

Förståelsen av de olika rättsreglerna anses därför inte ha varit konceptuellt deduktiv bland de romerska juristerna, vilket även påverkade uppfattningen av *regulae*. Bretone påpekar: ”Sie [d.v.s. *regulae*] fungieren vielmehr als topische und diagnostische Instrumente im Rahmen einer argumentativen Strategie; sie sind in gewisser Weise feste oder auch provisorische Anhaltspunkte.”¹⁰³³ De romerska juristerna, vilka var verksamma under den klassiska perioden, anses ha varit förhållandevis pragmatiskt inriktade och de mest framstående var kanske t.o.m. att betrakta såsom en sorts praktiska konstnärer:¹⁰³⁴ vi kan här notera det klassiska uttalandet angående rätten såsom ”*ius est ars boni et aequi*”.¹⁰³⁵

Senare utvecklades dessa *regulae* mer i riktning mot vad vi i dag kan förstå såsom generella rättsprinciper. De kom således att uppfattas mer såsom rättsliga maximer, vilka i större utsträckning behövde konkretiseras i det enskilda fallet. Dessa principer var mer att likna vid mer eller mindre auktoritativa topos i den legala argumentationen,¹⁰³⁶ och det är ofta i denna

¹⁰²⁹ Jfr Schmidlin (1976), s. 107. Stein (1966), s. 151.

¹⁰³⁰ Stein (1966), s. 95 samt 105. Se även s. 110: ”In the classical period, the term *regula* connoted a juristic rule, which summed up what had been handed down (*tradita*) by juristic practice”

¹⁰³¹ Bretone, s. 206. Jfr dock Siches, som menar att den *moderna* naturretten inte skall betraktas såsom logiskt deduktiv, s. 415 f.

¹⁰³² Bretone, s. 205 f., (not 46), hänvisande till Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, I Philologisch-historische Klasse, 1962, 2, s. 70.

¹⁰³³ Bretone, s. 206. Möjligen skulle man kunna hävda att den svenska kontraktsrätten uppvisar vissa likheter. (Jfr nedan avsnitt 5.4.1 där Hellner påpekar att det svenska rättssystemet ger mindre utrymme för deduktioner)

¹⁰³⁴ Jfr Wieacker (1961), s. 128 och 141; Jfr diskussionen om *fronesis* och *techné* i kapitlet om kunskapsteori.

Senare under den klassiska perioden påverkades dock juridiken av den grekiska filosofin.

¹⁰³⁵ Se Dig. 1.1.1pr. in fine. Uttrycket betyder ungefär ”det goda och det rättas konst”. Notera även Celsus kritik angående den juridiska användningen av denna lokution förmedlad i Stein (1966), s. 102 f.

¹⁰³⁶ Stein (1966), s. 105: ”A maxim is more a catchphrase for use in legal argument.” Under medeltiden förekom även begreppet *brocard*. Dessa synes fungera i den rättsliga argumentationen på samma sätt som topoi i den retoriska diskussionen (det grekiska ordet topos, vilket betyder plats, motsvaras av det latinska *loci*) ”brocards are closely associated with presumptions, and Azo compares them with rhetorician’s ‘places’, pegs on which argument could be hung”. Stein (1966), s. 145 med hänvisning till Seckel (not 2).

betydelse som *regulae* har uppfattats av senare generationer.¹⁰³⁷ Rättsgrunden till flera *regulae* kan i sin tur sammanföras till en rättsprincip.¹⁰³⁸ På grund av deras abstraktionsgrad krävdes en bearbetning och analys av juridiska texter; fortfarande förknippas dock funktionen med dessa *regulae* vara att skapa generaliseringar avseende fall där samma skäl (ratio determinationis) var avgörande för utgången.¹⁰³⁹

Sammanfattningsvis övergick således dessa *regulae* från att ha betraktats såsom förhållandevis konkreta regler till att uppfattas såsom rättsliga riktningsskivare, vilka hade särskild betydelse vid tolkning och utläggning av lagen. Ovanstående visar också att det funnits behov av olika grader av generaliseringar/rationalisering i det juridiska tänkandet. Likt pinnar på en stege har det skapats olika nivåer, allt efter konkretionsgrad och dessa har sedan använts i den rättsliga argumentationen. Denna form av juridiskt tänkande antyder det ständiga behovet av en konstruktiv rättsdogmatik, för att säkerställa en rimlig och koherent utfyllande rätt.¹⁰⁴⁰

5.2.2 Något om karaktären hos allmänna rättsprinciper

5.2.2.1 Allmän: avseende frekvens och omfång

Beteckningen *allmän* åsyftar en viss frekvens eller kanske snarare ett omfång; en allmän rättsprincip normerar inte endast bestämda sektorer eller särskilda avtalstyper.¹⁰⁴¹ Den bör i enlighet med detta åtskiljas från andra snävare principer vilka endast verkar inom ett begränsat område. Taxell tyder *allmän*, utöver det nyss nämnda, även att själva innehållet inte är närmare preciserat. Det behöver sålunda alltid konkretiseras in casu.¹⁰⁴²

¹⁰³⁷ Stein (1966), s. 108. I den sentida antiken syntes de tidigare reglerna ges betydelsen av maximer, s. 109 ff. och 123. Jfr även s. 130: "The glossators' interest in *regulae* was a manifestation of a general tendency to abstract and generalise the decisions found in the Roman legal texts and to explore and make explicit their relation with each other."

¹⁰³⁸ Jfr Lupoi, *Trusts: A Comparative Study*, s. 11, "Principles are not the same thing as *principia*, ... the former belong to an analytical or conceptual explanation of a group of *regulae* which have a similar purpose, while the latter address the most important aspects and concerns of society, and therefore cut across the boundaries of different subjects."

¹⁰³⁹ Se Stein (1966), s. 146 där det exemplifieras med skrifter av bl. a. Accursius (s. 146) samt Dinus Mugellanus (s. 151).

¹⁰⁴⁰ Jfr Stein (1966), s. 90 ff.

¹⁰⁴¹ Stein (1966), s. 105: "It indicates a broad general principle, which pervades various branches of the law. It may express in popular shorthand form the principle which lies at the back of various rules of law, but no one expects that it can itself be applied without considerable qualification." Jfr Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 73 samt *Avtalsrätt*, s. 63.

¹⁰⁴² Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 73.

Lojalitetsprincipen i denna allmänna betydelse kan sägas utgöra en grund för i princip alla avtalsförhållanden. Dess konkreta uttryck är dock starkt avhängigt av den aktuella kontexten. I vissa avtalstyper/situationer fyller lojalitetsprincipen rudimentära funktioner: det handlar då närmast om negativa förpliktelser. Dessa har ett gemensamt *ratio determinationis* – skada inte medkontrahenten inom ramen för avtalsförhållandet.

Vid exempelvis börstransaktioner sker köp och försäljning ofta mer eller mindre anonymt: köparen vet ofta inte ens vem säljaren är och vice versa. Det ligger i sakens natur att det, när exempelvis en minoritetsaktieägare via en mellanhand säljer sin post i ett börsnoterat aktiebolag, knappast finns något egentligt utrymme för att diskutera lojalitetshänsyn mellan köpare och säljare. Köparen och säljaren har i en sådan situation normalt lika goda möjligheter att inhämta relevant information om det aktuella aktiebolaget. Dessutom är denna form av ägande mer eller mindre anonymiserat och minoritetsägaren saknar i princip reella möjligheter att påverka aktiebolagets status. Köparens tillit riktas snarast mot aktiemäklaren, aktiebörshandeln såsom institution och det aktuella bolagets ledning. Hade aktieförsäljningen i stället avsett en aktiepost i ett fåmansbolag kan helt andra krav ställas främst gällande säljarens upplysningsplikt.¹⁰⁴³ Ansvar är avhängigt av de faktiska positioner som respektive part innehar. Enligt samma grunder föreligger det ett lägre krav på lojalitet mellan parter som agerar på en internationell marknad för handelsvaror (*commodity sales*) med sina speciella förutsättningar.¹⁰⁴⁴ Exemplifieringarna visar att transaktionstypen och dess kontext har en omedelbar betydelse för hur tänkandet rörande ansvarsfördelningen sker. Kontexten kan sägas initiera närmast underförstådda krav på respektive aktörs beteendenormer: det handlar om ett slags förförståelse som får betydelse för den juridiska bedömningen.

¹⁰⁴³ Se angående detta i allmänhet i Hultmark (1992).

¹⁰⁴⁴ Se exempelvis Bridge, s. 146-164. Bridge uttrycker oro för att en generell good faith-princip skulle inkräkta särskilt på marknaden för "commodity sales". Se exempelvis följande citat s. 147. "It is a fair reproach to English contract law that it unthinkingly treats the rules and principles of commodity sales, time and voyage charterparties and so on as though they could be applied in very different contractual settings. Good faith theorists should avoid making the same mistake. In my view, what is needed is an informed treatment of different areas of commercial contracts and market activity. A general standard of good faith would deflect attention from the need to deal with problem areas (like corporate receivership) in a critical and detailed way." [Fotnot utesluten ur citat]. Jfr även Gorton (1999), s. 42.

5.2.2.2 Allmän: avseende abstraktionsgrad

*"Als „Prinzipien“ sind sie keine unmittelbar auf Einzelfälle anwendbare Regeln, sondern Leitgedanken, deren Umsetzung in Regeln, die eine Entscheidung ermöglichen, teils durch die Gesetzgebung, teils durch die Rechtsprechung in dem ... Prozeß der Konkretisierung und der Ausbildung spezieller Grundsätze mittels der Bildung von Fallgruppen erfolgt."*¹⁰⁴⁵

För att kunna vara en allmän rättsprincip krävs att normen uppnått en viss abstraktionsgrad. Taxell menar att "[e]n allmän rättsprincip innehåller en generalisering av fakta och synpunkter som har eller kan ha relevans för avtalsrättsliga avgöranden. Den utgör en syntes av skiftande faktiska och rättsliga omständigheter."¹⁰⁴⁶ Han påpekar även att rättsprincipen inte är en abstrakt norm och att den "är ett uttryck för en konkret verklighet, för synpunkter, tankar och syftemål som man vill se förverkligade i rättsliga avgöranden".¹⁰⁴⁷ Taxell omnämner även dess relativitet: den kan ha olika betydelse och värde i olika situationer.¹⁰⁴⁸ Det går att invända mot uttalandet om att principer inte är abstrakta. En viss abstraktionsgrad torde normalt alltid krävas för att kunna vinna generalitet.¹⁰⁴⁹ Exempelvis avkräver den ständigt återkommande rättsprincipen "ingen skall skörda vinning på egen orättsgärning"¹⁰⁵⁰ onekligen rättstillämparen på en förmåga att kunna hantera förhållandet mellan hög abstraktionsnivå och konkret rättsanvändning.

När abstraktionsgraden stegras övergår normen närmast till en rättsidé (jmf tyskans *Rechtsgedanke*), vilken i sig har en kognitiv betydelse men saknar, den för rättsliga avgöranden nödvändiga preciseringen. Ju högre abstraktionsgrad den uppvisar, desto mindre användbar att tillämpas i det enskilda fallet. Det räcker exempelvis inte att endast hänvisa till begreppen *billighet* respektive *rättvisa* i en tvistesituation. Dessa, alltför ofta missbrukade begrepp, ger inte tillräcklig vägledning: en precisering måste till i det enskilda fallet. Även

¹⁰⁴⁵ Larenz & Canaris, s. 240.

¹⁰⁴⁶ Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 73.

¹⁰⁴⁷ Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 73.

¹⁰⁴⁸ Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 73.

¹⁰⁴⁹ Jfr Zeller, s. 25.

¹⁰⁵⁰ Se Digest. 50.17.206 (Pomponius), Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores. Se något om denna i Birks, *Definition and Division*, s. 19 (not 32). Principen kommenteras av bl.a. Dworkin, Aarnio, Hellner (2001), skeptisk, s. 70 och 134 f. Se även Digest. 12.6.4 (Pomponius): Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores (eng: For this is by nature fair, that nobody should be enriched to the loss of another.).

den som accepterar strävan efter att uppnå vad som brukar förknippas med rättvisa, måste bli övertygad om på vilket sätt ett visst mänskligt handlande förhåller sig till denna idé.¹⁰⁵¹

En allmän rättsprincip kan sägas utgöra en sorts mellanstation mellan dessa abstrakta, förrättsliga idéer, och de konkreta rättsreglerna. Rättsprincipen är mer konkret än rättsidén, men den saknar fortfarande rättsregelns konkretion: en allmän rättsprincip anses normalt i första hand ange *riktlinjer* för den rättsliga bedömningen.¹⁰⁵² Den ger därför sällan en entydig *a priori-lösning* på en avtalsrättslig konflikt;¹⁰⁵³ något kategoriskt imperativ enligt kantiansk modell är det sällan tal om.¹⁰⁵⁴ Det torde heller inte finnas något formellt kriterium som utpekar en särskild prioritetsordning avseende principer jämlikt exempelvis *lex specialis derogat legi generali*, vilken anses kunna lösa vissa regelkonflikter.¹⁰⁵⁵ Rättsprinciperna kan däremot sägas innehålla idéer och argument vilka leder i en viss riktning. Vanligen måste dessa dock brytas mot andra legitima argument: vid principkollisioner krävs det därför att en avvägning sker mellan de inblandade intressena.¹⁰⁵⁶ Vid en avtalstvist är det exempelvis inte ovanligt att principen om att avtal skall hållas, får avvägas mot skälighetsprincipen.¹⁰⁵⁷ När det inträffar att två principer står emot varandra behöver de således viktas mot varandra, med beaktande av det enskilda fallets relevanta förutsättningar. Rättsprinciperna har i enlighet med detta, en viss karaktär av optimeringspåbud,¹⁰⁵⁸ och de kan bidra till att rationalisera och därmed underlätta förståelsen av avtalsrätten. I denna mening bildar rättsprinciperna avtalsrättens anatomi. Dock bör det påpekas att det knappast är en avtalsmodell utan snarare flera, beroende på avtalsområde. Principen om skyddet för svagare part är exempelvis stark i konsumentförhållanden men har däremot en lägre dignitet i strikt kommersiella

¹⁰⁵¹ Jfr Zeller, s. 21, not 108. Notera även Lindskog, *Högsta domstolen och den kommersiella rätten*, s. 68, not 29.

¹⁰⁵² Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 74. Även Taxell i *Om lojalitet*, s. 151: "Lojalitetskravets innebörd och räckvidd kan inte exakt anges. Närmast är det fråga om en allmän riktlinje – men ingalunda den enda – för bedömningen av konflikter som har samband med avtal. Ibland har man sagt att lojalitet i här angiven betydelse har karaktären av en allmän rättsprincip. Det är också fråga om en mänsklig attityd." Jfr även angående den romerska rätten i Stein (1966), s. 101: "All *regulae* was signposts or guides. Some of them could be directly applied, and in the case of minor officials' rule books, their function was summary application. Others provided a focus of argument, by directing attention to a body of decisions without citing them expressly."

¹⁰⁵³ Jfr Hellner (2001), s. 78.

¹⁰⁵⁴ Här diskuteras i första hand *avtalsrättsliga* principer: det torde kunna vara annat när det gäller principer gällande grundläggande mänskliga rättigheter.

¹⁰⁵⁵ Jfr Tolonen, s. 321 f.

¹⁰⁵⁶ Jfr angående vägning av rättsprinciper i Aarnio (1997), s. 181 samt Peczenik (1995), s. 181 och (1997), *passim*.

¹⁰⁵⁷ Jfr, Berger, s. 165 samt Taxell, *Jämknings av avtal*, s. 607.

¹⁰⁵⁸ Jfr Bärlund, s. 10; Peczenik (1997), särskilt s. 703, samt Taekema, s. 13 ("Optimierungsgebote") hänv. till Alexy, Robert, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 25, 1985, s. 13-29.

avtalsrelationer.¹⁰⁵⁹ Detta modelltänkande torde ha förutsättningar att balansera de skiftande kraven mellan rättens struktur och materiell rättfärdighet.

5.2.2.3 *Retorisk användning av allmänna rättsprinciper*

I vissa fall hänvisas till en allmän rättsprincip utan att någon ytterligare förklaring ges: begreppet tenderar i dessa fall att användas likt en förment rättsdogmatisk asyl. Begreppet signalerar en rättslig acceptans av formell natur: en av rättsordningen (*allmän/t*) accepterad (*rätts*)princip.¹⁰⁶⁰ De bakomliggande skälen till denna användning torde främst vara att övertala snarare än att övertyga: den som åberopar dem strävar efter att lägga över argumentationsbördan på motparten (jfr nedan i avsnitt 5.4.3).¹⁰⁶¹

¹⁰⁵⁹ Se Pöyhönen (1988), s. 113 (förmedlat via Bärlund s. 11). Pöyhönen skiljer mellan tre olika avtalsmodeller, viljemodellen, tillitsmodellen, och den rättvisa sociala praxisens modell. Rangordning mellan rättsprinciperna är olika i dessa modeller, vilket benämningarna antyder.

¹⁰⁶⁰ Jfr Hovs resonemang (s. 36) om användningen av allmänna kontraktsgrundsatser såsom kamouflage.

¹⁰⁶¹ Jfr Stein (1966), s. 154, angående de under 1300-1400-talet ledande juristerna Bartolus och Baldus: "Bartolus' successor, Baldus, emphasised that a party to an action who can cite a rule in his favour is *prima facie* in the right. There is a presumption that his case is the stronger and judgement must therefore be given for him, unless the other party specifically proves that the rule is not applicable." De båda juristerna synes dock inte ha betraktat dessa *regulae* såsom absoluta, de var snarare stödjepunkter i den nödvändiga tolkningen och argumentationen. Se även Stein & Shand, s. 101.

5.3 Särskilt om lojalitetsprincipen

De utländska rättsprinciperna, vilka närmast liknar lojalitetsprincipen, är som tidigare nämnts bona fides, Treu und Glauben respektive good faith. Det som kännetecknar dessa är att de uppträder dels såsom tolkningsnormer (exempelvis CISG art. 7 och BGB § 157), dels såsom materiella normer (exempelvis BGB § 242). Redan när *bona fidei iudicia* accepterades såsom en legitim talerätt i den romerska processen, kunde domaren göra en mer allmän bedömning av parternas beteende och, när det var nödvändigt, (om)fördela respektive rättigheter och bördor dem emellan.¹⁰⁶² Principen om bona fides (good faith) har för övrigt kommit att betraktas såsom en klassisk tolkningsprincip (canon) såväl i folkrätten,¹⁰⁶³ som i lex mercatoria.¹⁰⁶⁴ Den tyska varianten, Treu und Glauben, uppträder såsom tolkningsnorm i BGB § 157 och såsom materiell norm i § 242. Det anses dock att betydelsen av denna dikotomi inte skall överdrivas: i konkreta fall anses det ofta knappast vara möjligt att upprätthålla denna skillnad.¹⁰⁶⁵ Av CISG artikel 7 st. 2. framkommer det att tolkningen av konventionen, angående spörsmål vilka inte besvaras i densamma, kan lösas i enlighet med de *allmänna principer* som denna är grundad på.¹⁰⁶⁶ Principen om good faith (art. 7 st. 1) är enligt sin lydelse tillämplig angående tolkningen av konventionen, men torde i praktiken även kunna påverka tolkningen av konkreta fall vilka faller under konventionen.¹⁰⁶⁷

Även lojalitetsprincipen förknippas med tolkning.¹⁰⁶⁸ Hov påpekar att: *”Grensen mellom kontraktsregler som gir anvisning på en rettsfølge (f.eks. ugyltighet eller erstatning) og regler som bare gir anvisning på hva slags momenter en bør ta hensyn til, er imidlertid ikke skarp. Prinsippet om «lojalitet i kontraktsforhold» kan for så vidt være et eksempel her. At en bør være lojal, vil være et relevant argument ved f.eks. tolkningen av en avtale. Samtidig kan*

¹⁰⁶² Se exempelvis Zimmermann (1996), s. 667 och Zimmermann och Whittaker, s. 16 not 45. Jfr även ovan not 315 (Dig. 1, 1, 7, 1).

¹⁰⁶³ Se exempelvis Bederman, David J., *Classical canons: rhetoric, classicism and treaty interpretation*, s. 232 ff. samt O'Connor (1991).

¹⁰⁶⁴ Se om detta i allmänhet i Meyer.

¹⁰⁶⁵ Jfr Zimmermann & Whittaker, s. 29 samt Kötz & Flessner, s. 121. Denna problematik diskuteras något ovan, jfr not 632.

¹⁰⁶⁶ Hellner & Ramberg, s. 29.

¹⁰⁶⁷ Berger, med åtskilliga hänvisningar, s. 278. Angående tolkningsmöjligheter, se Najork, *Treu und Glauben im CISG* exempelvis s. 74 ff.; Jfr även Kihlman (1999), s. 119 ff. samt Ramberg & Herre (2001), s. 108 ff.

¹⁰⁶⁸ Se exempelvis Andersen, Madsen, Nørgaard s. 405 ff.; Haaskjold, s. 34; Hov, s. 36 och 41; Ramberg & Ramberg, s. 40; Taxell, *Om lojalitet*, s. 153.

*brudd på lojalitetsplikter också ha rettsvirkninger – illojalitet kan bl.a. utløse misligholds- og ugyldighetsvirkninger.*¹⁰⁶⁹

Avtalslojalitet har även diskuterats i slutbetänkandet av en utredning från 1976 om en reformering av dåvarande köplag (jfr ovan avsnitt 3.3.2).¹⁰⁷⁰ Utredningen ansåg *"det lämpligt att i lagtexten ta upp en bestämmelse om att köpeavtal skall tolkas och tillämpas med beaktande av tro och heder samt god affärssed. Någon allmän bestämmelse av denna typ saknas i svensk lagstiftning, och även i speciallagstiftning är motsvarande bestämmelser sällsynta."* Därefter hänvisar utredningen till bl.a. regleringar i UCC,¹⁰⁷¹ samt till BGB § 157 och § 242. Det viktigaste skälet som skulle tala för den föreslagna regeln var enligt utredningen att man *"bör inskrärpa att vid sidan av den ogiltighet som kan inträda enligt 33 § avtalslagen och den möjlighet till jämkning som generalklausulen i 36 § ger, det finns en positiv förpliktelse att handla i enlighet med tro och heder"*. Detta skulle enligt utredningen bidra till att stärka konsumenternas ställning men *"[d]en föreslagna föreskriften ger i första hand en anvisning om hur avtal skall tolkas. Bl a att bokstavstolkning bör undvikas och att lojalitetskravet mellan parterna måste upprätthållas."* Den ovan beskrivna skiljelinjen mellan tolkningsprincip och materiell regel aktualiseras återigen. Utredningen konstaterar att föreskriften om tro och heder samt god affärssed, inte endast avser tolkning av avtal utan även tillämpning av dem. Den ansågs också ge en allmän anvisning om hur lagens regler bör förstås.¹⁰⁷²

Lojalitetsprincipen passar väl in under ovanstående beskrivning såsom en avtalsrättslig riktningssgivare eller topos. Denna rättsprincip förstärker normer som betonar såväl *samarbetstanken* som *hänsynstagandet* till motparten. Den är i detta sammanhang relativt abstrakt och det finns vanligen inte någon anknuten rättsföljd till den; den har betydelse

¹⁰⁶⁹ Hov, s. 36. Jfr även Harrison, s. 29: "The duty of good faith or fair dealing as it applies in the formation of contracts of sale is normally a duty of candour and accuracy. The duty is a presumption of law (like the duty to mitigate damages). It thus operates both as an obligation in interpreting existing provisions and as an additional implied term where there are no relevant express terms to be interpreted."

¹⁰⁷⁰ SOU 1976:66, Efterföljande citeringar är hämtade från sidan 201. Denna utredning ledde dock inte till lagstiftning beroende på att de nordiska länderna valde att invänta att Förenta Nationernas kommission för internationell handelsrätt (UNCITRAL) slutförde arbetet på en konvention om internationella köp, vilken senare kom att bilda underlag för vår nu gällande köplag, (se prop. 1988/89:76, s. 20). De uttalanden om lojalitet som förekommer i SOU 1976:66 bör dock kunna anses gälla likafullt, jfr ex. s. 23 i prop. 1988/89:76.

¹⁰⁷¹ Uniform Commercial Code (USA), 1-203 jfr § 1-201 p.19.

¹⁰⁷² SOU 1976:66 s. 201. Se även ovan s. 85.

främst för tolkningen av redan accepterade rättsregler.¹⁰⁷³ Även om lojalitetsprincipen kan sägas vara accepterad i rättsordningen, måste den balanseras mot vardera partens skyldighet att tillvarata sitt intresse samt att ta eget ansvar efter bästa förmåga.¹⁰⁷⁴ Den utgör således ett topos bland flera, vilka inbördes t.o.m. kan vara motstridiga.

Av kapitel 4 (särskilt avsnitt 4.3, 4.4. och 4.7) framgår att lojalitetsprincipen, vid sidan av att utgöra en tolkningsprincip, även förknippas med konkret avtalsutfyllning. I denna roll verkar lojalitetsnormen på ett mer ”aktivt” sätt i och med det finns konkreta rättsföljder anknutna till den. Den behöver i det sammanhanget inte någon annan befintlig rättsnorm för att verka.

5.4 Kunskapsteoretiska förutsättningar och den allmänna rättsprincipen – induktion kontra deduktion

Avgörande för vilket/vilka perspektiv som väljs, eller åtminstone accepteras, vid juridiskt arbete, är juristens kunskapsteoretiska förutsättningar. Redan de romerska juristerna diskuterade hur ovan nämnda motsvarighet till allmänna rättsprinciper, *regulae* skulle uppfattas. Några jurister följde Labeo: de ansåg att det fanns en normativ dimension hos dessa *regulae*, vilken sträckte sig utöver den enskilda regeln.¹⁰⁷⁵ Andra jurister följde Sabinus: de å sin sida syntes ha intagit ståndpunkten att en rättsregel inte hade någon normativ kraft utöver sitt omedelbara verkningsområde.¹⁰⁷⁶ Fortfarande diskuteras dessa problem.

¹⁰⁷³ Jfr Ds 2002:56, s. 293; Jfr även Ramberg & Ramberg, De använder begreppen lojalitetsplikt respektive lojalitetsprincip synonymt, se exempelvis s. 40: ”När man skall försöka argumentera med stöd av lojalitetsplikten som en självständig grund i enskilda tvister, ger den emellertid sällan handfast stöd. Lojalitetsprincipen fungerar istället främst som ett stöd för tolkning av lagar och avtal.”

¹⁰⁷⁴ Jfr liknande tankegångar vad gäller det *prekontraktuella* ansvaret i Tolonen, s. 321 med hänvisning till von Herzen, Hannu, *Sopimusneuvotell* s. 183 ff. samt Taxell, *Avtalsrättens normer*, s. 30 ff. Jfr angående good faith-principen i Harrison s. 29: ”It does not operate as regards matters which it would be normal and possible for the buyer to investigate himself.”

¹⁰⁷⁵ Stein (1966), s. 82, Labeo ”regarded the statement of *regulae* as a medium of legal development. In the second century the main legal innovations were initiated in the imperial bureaux.”

¹⁰⁷⁶ Jfr Stein (1966), s. 73.

5.4.1 Induktion

*"Vi kan börja med det (tillsynes) mest elementära intellektuella konsgreppet, generaliseringen, vilken i detta fall innebär att de skäl som är relevanta för avgörande i det enskilda fallet reduceras till en eller flera "principer", vilka utgör "rättsatserna".*¹⁰⁷⁷

Många har genom åren identifierat den juridiska konstruktionen av rättsprinciper med ett induktionsförfarande: genom flera enskilda likartade normer inducerar man fram en generellt giltig princip.¹⁰⁷⁸ Den juridiska induktionen brukar rättfärdigas på samma sätt som laganalogen: *"den uttrycker principen »lika skall behandlas lika» och därmed krav såväl på rättvisa som på argumentationens inre sammanhang"*.¹⁰⁷⁹ Den juridiska induktionen bör dock inte sammanblandas med en naturvetenskaplig metod. Den förra gör knappast några anspråk på sanning (jfr episteme nedan i kapitel 6), däremot på giltighet i den rättsliga argumentationen.¹⁰⁸⁰

Redan några av de romerska juristerna synes i viss utsträckning ha hämtat kunskapsteoretisk inspiration till induktionsförfarandet från Aristoteles, via dennes skrift *Metafysiken*.¹⁰⁸¹ De av Aristoteles författade, och i dag kända skrifterna, ger dock ingen komplett teori angående induktiv argumentering,¹⁰⁸² till saken hör även att han långt efter sin livstid kom att uppfattas såsom alldeles för deduktivt orienterad (trots hans naturvetenskapliga observationer). Särskilt Francis Bacon (1561 – 1626) kritiserade Aristoteles, vilken fram till Bacons levnadstid varit den ledande vetenskapsfilosofen i den skolastiska traditionen. Bacon ansåg att Aristoteles syllogismlära var alltför deduktivt orienterad och därmed auktoritets- och traditionsbunden.¹⁰⁸³ Bacon betraktade de grekiska filosofernas reflektionsfilosofi såsom förkastlig och för honom var i stället *nyttan* sanningskriteriet – *inte därför att det nyttiga var sant utan därför att det sanna var nyttigt"*.¹⁰⁸⁴ Hans negativa inställning till deduktion kanske bidrog till att han förbisåg matematikens betydelse, i synnerhet för den naturvetenskap som han prisade så högt.¹⁰⁸⁵ Bacon själv anses ofta vara grundaren av den engelska

¹⁰⁷⁷ Weber, 191.

¹⁰⁷⁸ Se exempelvis Lehrberg (1998), s. 147, angående allmänna rättsgrundsatser: "Denna term betecknar sådana principer som återkommer i flera olika rättsregler på olika områden, vilka tillsammans läggs till grund för en s.k. rättsanalogi. Som exempel kan nämnas regeln att ett avtal får hävas vid väsentligt avtalsbrott."

¹⁰⁷⁹ Peczenik (1995), s. 343.

¹⁰⁸⁰ Jfr Peczenik (1995), s. 321.

¹⁰⁸¹ Stein (1966), 34 ff.

¹⁰⁸² Smith, s. 33.

¹⁰⁸³ Eriksen, s. 378.

¹⁰⁸⁴ Eriksen, s. 380.

¹⁰⁸⁵ Jfr Eriksen, s. 382.

empirismen och hans idéer påverkade för övrigt även hans sekreterare Thomas Hobbes, vilken kom att bli Englands ledande filosof.¹⁰⁸⁶

Särskilt intressant, i detta sammanhang, är Bacons intresse för allmänna rättsprinciper: han föreslog t.o.m. drottning Elisabeth, att låta den engelska rätten i större utsträckning normeras av s.k. *maximer* för att därigenom vinna en större koherens och rättsäkerhet. Dessa maximer skulle utvinnas genom induktion och han presenterade själv 25 stycken, vilka han kompilerat ur ett betydligt större underlag.¹⁰⁸⁷

Induktionsförespråkande tankegångar liknande Bacons återkommer genom åren och i Sverige menade exempelvis Hägerström långt senare att den ”moderna”, d.v.s. den positivrättsliga, juridiken *”som liksom exempelvis fysik och kemi har till uppgift blott att på visst område konstatera fakta, genom induktion vinna allmänna satser och ur de induktivt vunna resultaten göra deduktioner”*,¹⁰⁸⁸ Även Hellner påpekar induktionsförfarandet inom juridiken såsom ett vanligt förfaringssätt. Via induktioner skapas en allmän princip ur vilken det går att deducera fram regler.¹⁰⁸⁹ Möjligen är denna metod tillhörig avdelningen ”tyst” kunskap: Hellner skriver att *”[d]et får antas att det ofta är okänt för juristen själv att den metod som han intuitivt använder, i enlighet med sin utbildning, kan analyseras på detta sätt”*.¹⁰⁹⁰ Han synes för övrigt även uppfatta att själva *lärprocessen* hos studenterna tillgår på samma sätt.¹⁰⁹¹

Därutöver omnämner Hellner förhållningssättet till lagstiftning i Sverige kontra Tyskland: *”den svenska lagstiftningstekniken, utan någon civilrättens allmänna del och med jämförelsevis konkreta lagbestämmelser, ger mindre utrymme för deduktioner”*.¹⁰⁹² Andra författare synes gardera sig i högre utsträckning – Andersen, Madsen och Nørgaard anger att specialregler i lagstiftningen kan *”siges at give udtryk for (eller omvendt støtte dannelsen af) almindelige, udfyldende retsgrundsætninger, som så også slår igennem på andre retsområder”*.¹⁰⁹³

¹⁰⁸⁶ Lübecke m.fl., s. 53.

¹⁰⁸⁷ Stein (1966), s. 170.

¹⁰⁸⁸ Hägerström, Axel, *Begreppet viljeförklaring på privaträttens område*, s. 99. Citatet finns återgivet i Hellner (2001), s. 72.

¹⁰⁸⁹ Hellner (2001), s. 72.

¹⁰⁹⁰ Hellner (2001), s. 72.

¹⁰⁹¹ Jfr Hellner (1994), s. 9.

¹⁰⁹² Hellner (2001), s. 70.

¹⁰⁹³ Andersen, Madsen, Nørgaard, s. 416.

5.4.2 Deduktion

*"Rätten är enligt denna syn inte bara en lång lista av fastlagda regler utan ett system av regler tillsammans med en mera omfattande rättvisepuppfattning som reglerna ger uttryck åt."*¹⁰⁹⁴

Bakom begreppet *allmän rättsprincip* kan det även finnas en tanke om att det, bakom de enskilda lagreglerna, även finns vissa generella principer vilka nödvändigtvis inte formulerats uttryckligen men som likväl är en del av den existerande rätten.¹⁰⁹⁵ Här finns det i den meningen en målorientering (jfr teleologi). Detta synsätt indikerar ett förhållningssätt med ett deduktivt anslag och de allmänna rättsprinciperna kan liknas vid "systemöppningar" som förmår att transformera och konkretisera etiska hänsyn, till rättsligt relevanta omständigheter.¹⁰⁹⁶ Dworkin menar att rättsprincipen kan föreligga som rättslig princip fastän ingen domstol någonsin uttryckt den i ord eller fastlagt den som princip.¹⁰⁹⁷ Uttalandet är kontroversiellt och det torde krävas att principen konkretiseras så att den blir förstälig utifrån ett beaktande av den aktuella rättsordningen. Dworkin menar att en rättsprincip, till skillnad från den konkreta rättsregeln, är beroende av följande förutsättningar: För det första skall principen passa in i rättens institutionella historia och accepterade rättskällor,¹⁰⁹⁸ vilket i detta sammanhang kan te sig okontroversiellt. Därutöver skall den uttrycka juristers och allmänhetens etiska föreställningar angående riktighet och rättvisa.¹⁰⁹⁹ Den senare förutsättningen kan sägas uttrycka en mer övergripande samhällsaxiologisk koherens och torde vara mer svårsmält för rättspositivister.

Detta förhållningssätt betyder att man vid analys av en allmän rättsprincip inträder direkt i den kunskapsteoretiska hetluften och det utmanar den statiska varianten av rättsdogmatik eftersom förhållningssättet i högre grad beaktar de bakomliggande värdena.¹¹⁰⁰ Att försöka rekonstruera allmänna rättsprinciper låter sig knappast göras utan att förhålla sig till vad som ibland benämns de s.k. allmänna läror, vilka antas ligga bakom rättsordningens innehåll.¹¹⁰¹

¹⁰⁹⁴ Simmonds, s. 15.

¹⁰⁹⁵ Jfr i ett annat rättsligt sammanhang: Watkin, s. 432.

¹⁰⁹⁶ Se exempelvis Hesselink, s. 196: "good faith is said to be the gateway through which moral values enter the law". [Fotnot utesluten ur citat med hänv.] Jfr även nedan, not 1213 och 1214.

¹⁰⁹⁷ Dworkin diskuteras i Simmonds, s. 106.

¹⁰⁹⁸ Så långt synes även Hellner instämma, se Rättsteori s. 117 f. Även Taxell, *Avtal och rättskydd*, s. 73.

¹⁰⁹⁹ Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), s. 40 och 340. Se även Peczenik (1995), s. 185, 628.

¹¹⁰⁰ Jfr Hydén, *Rättssociologi*, bl.a. s. 64 och 69.

¹¹⁰¹ Jfr resonemanget i Hydén, *Rättssociologi*, s. 69. Se ovan angående allmänna läror, not 19.

5.4.3 Kritik mot induktion och deduktion

*"Hvor bred bør induksjonen være – hvor stort utsnitt av det gitte stoff bør man søke å samle til felles behandling?"*¹¹⁰²

Den ovan nämnda induktionen såsom förklaringsmodell passar, såsom påpekats av bl.a. Hellner och Hägerström, väl in i det vanligen analogibejakande svenska, och i viss mån nordiska, rättspositivistiska paradigmet.¹¹⁰³ Hellner skriver om följande förfaringssätt för juridiken (däribland den svenska rättsvetenskapen): *"I avsaknad av lagfästa allmänna grundsatser, ur vilka kan härledas en regel som kan tillämpas på ett mer eller mindre exakt beskrivet fall, konstrueras induktivt en princip, och ur denna deduceras sedan den regel som antas vara lämplig för att bedöma det särskilda fallet."*¹¹⁰⁴ Hellner förklarar vidare att *"[o]m konsekvenserna av den induktivt konstruerade satsen inte är acceptabla, förkastas argumentet eller regeln. Detta är den metod som inom rättsvetenskapen ständigt används i prövning av egna åsikter och kritik av andras eller av rättsregler eller domar."*

Emellanåt framkommer tendenser till en osjälvständig – ja, i det närmaste förbluffande – induktionslegitimeringsiver i rättsvetenskapliga sammanhang. Problemet kommer i dagen bl.a. när det hävdas att lojalitetsprincipen påstås vara analogitolkad ur avtalslagens 6, 30, 33, 33 §§.¹¹⁰⁵ Denna påstådda analoghänvisning skapar knappast en fast och legitimt övertygande grund, utan blir snarast en krystad efterhandskonstruktion, skapad främst i systembevarandets namn. De mer eller mindre värderande normativa valen, vilka alltid måste företas för att utfylla normluckor bör dock inte underskattas. Tyvärr saknas ofta reflektioner angående den nödvändiga förförståelsen, på vilken valen baseras. Även de som påstår sig inducera fram rättsprinciper av denna karaktär bör beakta att observationer aldrig görs från en värderingsfri nollpunkt. De val som trots allt görs bör medvetandegöras och kommuniceras: i annat fall riskerar kunskap om exempelvis analogimetoder att förbli en tyst kunskap. En svaghet med den induktiva metoden generellt är att den underliggande strukturen inte beaktas: det

¹¹⁰² Arnholm (1975), s. 87.

¹¹⁰³ Jfr med Hellners påpekande om att analogin anses förenlig med en positivistisk uppfattning av rättsvetenskapen, Hellner (1997), särskilt s. 368 ff. samt se densamme (2001), s. 203. Se därutöver s. 71 i det senare nämnda verket där Hellner diskuterar den induktiva metoden i några konkreta sammanhang och han konstaterar att metoden "står i nära sammanhang med den allmänt positivistiska inställningen till de juridiska problemen..." vilka han diskuterar på s. 72 f. Jfr även Peczenik (1995), s. 321 f.

¹¹⁰⁴ Hellner (2001), s. 72.

¹¹⁰⁵ Jfr nedan, not 1154.

upptäckta sambandet blir endast ett yttre, mekaniskt samband.¹¹⁰⁶ Den renodlade induktionen riskerar att närmast framstå såsom ett slags förnimmelse och med Sokrates kan man hävda att "*[p]åståendet, att kunskap och förnimmelse är ett och detsamma, har ... med sig omöjliga konsekvenser*".¹¹⁰⁷

Induktionen i detta sammanhang handlar dock inte om en vanlig förnimmelse. Det handlar snarare om ett erfarenhetsbaserat sökande efter något.¹¹⁰⁸ Aristoteles menade att man inte var utan förförståelse när man gjorde observationer: erfarenhet, minne och intuition är också betydelsefulla för vetenskapens utveckling.¹¹⁰⁹ Även Bacon och Galilei uppmärksammade på sin tid att man behöver en vetenskaplig träning för att kunna göra korrekta observationer.¹¹¹⁰ Alla sinnesintryck måste tolkas i förhållande till en förförstådd idé/teori, eftersom den senare skapar de nödvändiga kognitiva förutsättningarna i form av en referensram. Humanisten Duarenus noterade på 1500-talet att inte ens ett fullt bibliotek av lagkommentarer kan ge svaret på alla konkreta fall som kan förekomma.¹¹¹¹ Utan antaganden, begrepp och teori framträder knappast något meningsfullt. Lämplighet, förklaringskraft och vägledningsförmåga kan därför inte fastställas ateoretiskt eller aparadigmatiskt; det räcker inte att hänvisa till observationer av induktiva fakta.¹¹¹² I och med att ovan angivna induktionsteorin har dominerat i det, åtminstone tidigare, rättspositivistiskt orienterade paradigmet förefaller det logiskt att konstatera att: "*[d]et är svårt att förklara vad en allmänt avtalsrättslig princip egentligen är för något*".¹¹¹³

Deduktionen å andra sidan riskerar att, i sin rena form, närmast bevisa sig själv, eller vara så generell att den inte säger någonting alls. Den riskerar i vissa fall att endast bli ett auktoritärt element, vilket inte nödvändigtvis förklarar något, utan snarare *fastslår* en viss norm.

Deduktiva härledningar har emellanåt också använts på ett närmast retoriskt sätt genom historien. Det har understundom hävdats att vissa rättsprinciper varit kategoriska: att förneka dem vore att förneka rätten själv.¹¹¹⁴ Även deduktionen kan med beaktande av det nyss sagda

¹¹⁰⁶ Alvesson & Sköldberg, s. 41.

¹¹⁰⁷ Platon, *Teaitetos*, s. 47.

¹¹⁰⁸ Jfr Aristoteles resonemang (V.8), s. 171.

¹¹⁰⁹ Jfr Stein, s. 36. Jfr även Sherman, s. 265 angående erfarenhetens betydelse. Jfr även Grönfors, *Juridisk analys och intuition* (passim).

¹¹¹⁰ Molander, s. 118.

¹¹¹¹ Samuel, s. 28 f.

¹¹¹² Alvesson & Sköldberg (1994), s. 111. Författarna diskuterar andra vetenskapsfält än det rättsvetenskapliga, vilket inte i sig förtar dessa generella uppfattningar.

¹¹¹³ Citat ur Ramberg och Ramberg, s. 20.

¹¹¹⁴ Jfr, Stein, (1966), s. 160.

kritiseras för att liksom induktionen sakna såväl egentliga *förklaringar* som blottläggande av underliggande mönster.¹¹¹⁵ Deduktiv metod är också beroende av en formell struktur bestående av väldefinierade "symboler".¹¹¹⁶ Det som fungerar för det matematiska språket har dock visat sig fungera mindre väl för det juridiska språket. Begrepp såsom *besittning*, *skada* och *vårdslöshet* är förhållandevis öppna begrepp, vilka endast kan ges tämligen generella definitioner. De senare är ofta alltför vaga, vilket inverkar menligt på möjligheterna till att bygga renodlade deduktiva strukturer.¹¹¹⁷ Rättsligt tänkande blir således annorlunda i jämförelse med matematikens axiomatiska logik: "*Kann man in der Mathematik aus wenigen Grundsätzen viel ableiten, so lässt sich in der Jurisprudenz umgekehrt aus vielen Axiomen wenig beweisen.*"¹¹¹⁸

I nutid har exempelvis Hellner kritiserat denna, i viss mån fortlevande, användning av allmänna rättsprinciper. Han identifierar vissa – men långt ifrån alla – av dessa allmänna rättsprinciper, såsom exempelvis "pacta sunt servanda", och vissa slutsatser dragna därur, såsom naturrättsliga eller åtminstone vad han kallar kryptonaturrättsliga.¹¹¹⁹ Han är skeptisk till argumentering där dessa rättsprinciper åberopas såsom varande giltiga utan särskild motivering,¹¹²⁰ och att hänvisningar till dessa "*blir ett bekvämt sätt att undgå att ta upp sakfrågorna.*"¹¹²¹ Han påpekar därutöver att "*subjektiva meningar får en falsk prägel av objektivitet genom att framföras på detta sätt.*"¹¹²² Hellner synes för övrigt inta en skeptisk hållning till allmänna rättsprinciper generellt,¹¹²³ men han påpekar dock att man från – vad han benämner – kryptonaturrätten bör skilja argument vilka baserar sig på grundläggande värderingar, när dessa används utan påståenden om att de har rättslig giltighet *a priori*.¹¹²⁴

Det fortsatta åberopandet av olika allmänna rättsprinciper utan att någon ytterligare förklaring ges, har nog främst retoriska orsaker; de tenderar i dessa fall nyttjas likt en sorts

¹¹¹⁵ Alvesson & Sköldberg, s. 42.

¹¹¹⁶ Samuel, s. 105.

¹¹¹⁷ Jfr Samuel, s. 105.

¹¹¹⁸ Hagen, *Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik*, s. 145. Citat efter Andersson, Håkan (1997), s. 36. Jfr även Samuel, s. 18.

¹¹¹⁹ Hellner (2001), s. 130 ff. samt densamme i *Rättsteori* (1994), s. 117 ff.

¹¹²⁰ Hellner (2001), s. 131. Jfr även denna tendens i England, Se Stein (1966), s. 160 ff., samt Stein & Shand, s. 101: "A feature of common law maxims was that they were assumed to be self-evident, and so to need no justification."

¹¹²¹ Hellner (2001), s. 133.

¹¹²² Hellner (2001), s. 135.

¹¹²³ Jfr exempelvis (2001), s. 133, not 23 in fine: "Enligt min mening är det ägnat att vilseleda studenter att nu anföra vare sig den ena eller andra principen som en samfällid beteckning för ett stort antal regler med varierande innehåll."

¹¹²⁴ Hellner (2001), s. 135.

rättsdogmatisk asyl. Att hänvisa till mer eller mindre kända principer ingår i den rättsliga argumentationen.¹¹²⁵ En stark princip kan ge en mer eller mindre outtalad presumtion: den som åberopar den strävar vanligen efter att lägga över argumentationsbördan på motparten.¹¹²⁶ Rättsprincipen signalerar en rättslig acceptans av formell natur: en av rättsordningen (*allmänt*) accepterad (*rätts*)princip.

5.4.4 Växelverkan mellan induktion kontra deduktion – abduktion

Möjlig är det en syntes av deduktion och induktion som mest realistiskt beskriver tillvägagångssättet att utveckla kunskap, i synnerhet i föreliggande arbete. Denna "metod" – förhållningssätt torde nog vara en mer adekvat benämning – benämns abduktion. Ursprungen till kategorierna induktion, deduktion och abduktion kan för övrigt spåras till Aristoteles: han omnämner en "apagogisk" slutledning avseende det som kan sägas motsvara abduktionen.¹¹²⁷ Fokus riktas mot strävan efter *förståelse* där de enskilda – "empiriska" – observationerna (jfr induktion) kombineras, eller föregrips av, teorin (jfr deduktion). Med ett sådant synsätt accepteras det förhållandet att redan observerade fakta alltid i viss mån är teoriladdade.¹¹²⁸ På senare tid har detta förhållningssätt även jämförts med hermeneutik: "*En hermeneutiker skulle säga att abduktionen innebär ett slags hermeneutisk spiral: en tolkning av fakta som vi redan har viss förförståelse av.*"¹¹²⁹ Enskilda regler tolkas därmed växelvis med avtalsrättsliga principer vilket möjliggör en dynamisk förståelse av problemområdet.

Den ovan beskrivna växelverkan mellan enskildheter och helhet, får såvitt jag förstår, betydelse också för förståelsen av det normativa. Den här aktuella lojalitetsprincipen bär med sig ett böra: avtalsparter bör bete sig gentemot varandra på ett acceptabelt sätt. Förståelsen av den bakomliggande idén (jfr uttrycket: *ratio determinationis*), vilken rättsprincipen uttrycker vidareutvecklas i takt med den föränderliga rättsliga verkligheten. Vad som är acceptabelt i en

¹¹²⁵ Stein (1966): "The advocate needs such aids to argument at all times. The classical jurists had collections of handy rules and typical arguments concerning the sort of matters which cropped up frequently in practice."

¹¹²⁶ Jfr Stein (1966), s. 123 samt Stein & Shand, s. 101.

¹¹²⁷ Alvesson & Sköldberg, s. 43, hänv. till en tysk översättning av Aristoteles: *Lehre vom Schluss* (Des Organon dritter Teil.) Oder erste Analytik. (Meiner, Felix 1922).

¹¹²⁸ Alvesson & Sköldberg, s. 43.

¹¹²⁹ Alvesson & Sköldberg, s. 45, not 22. Se även s. 47, där forskningsprocessen beskrivs såsom en "hermeneutisk process under vilken man så småningom s a s åter sig in i empirin med hjälp av teoretiska föreställningar, allt under det att man också utvecklar teorin". Jfr också Samuel, s. 309: "The idea of interpreting facts is also of relevance to law in that the role of the judge has been said to be 'a hermeneutical process aiming to discover unknown facts from the known facts of every cause'. [Fotnot utesluten] Citat efter Ivainer, *L'interprétation des faits en droit* (1988), s. 22.

avtalstyp behöver inte vara det i en annan (jfr exempelvis om konkurrensförbudet, 4.4). Aristoteles liknade denna problematik vid de arkitektoniska problem som uppdagades vid bl.a. tempelbyggen i antikens Grekland. På samma sätt som linjalen (jfr: måttstocken, principen) normerade verkligheten tilläts verkligheten (det normerade) i viss mån påverka linjalen: *"En opreciserad företeelse kräver nämligen en flexibel regel i stil med den måttstock av bly som används inom den lesbiska byggnadskonsten. Denna måttstock anpassar ju sig till stenens form och bibehåller inte sin egen riktning."*¹¹³⁰

En rättsprincip såsom lojalitetsprincipen kan därför, vilket ovan påpekats, normera avtalsförhållanden och i takt med praxisutvecklingen kan kunskapen om den utvecklas och anpassas i harmoni med samhällets förändringar.

5.4.5 *Abduktion och lojalitetsprincipen*

Av ovan framgår att lojalitetsprincipen kan sägas bidra med, likt andra avtalsrättsliga principer, konstruktionen av den s.k. *"bakgrunnsretten"*.¹¹³¹ Här kan anknytas till hur hermeneutikern tolkar det enskilda under en slags kontinuerlig växelverkan med helheten. Förståelsen av enskilda rättsregler kan fördjupas under beaktandet av de allmänna rättsprinciperna, medan å andra sidan tillkomst av ny lagstiftning och andra omvärldsförändringar i sin tur påverkar förståelsen av de allmänna rättsprinciperna över tiden. Det fortgår en ständig växelverkan.¹¹³²

Exempelvis kan 36 § avtalslagen nämnas i detta sammanhang, denna kodifierade skälighetsprincip kan bidra till förståelsen av lojalitetsprincipen och vice versa. 36 § avtalslagen kan dels förstås såsom en del av den generella lojalitetsprincipen, dels kan den förra i viss mån utgöra en kodifierad legitimitetsbas för den senare. Wilhelmson skriver: *"Det antas också i juridisk teori at [36 §] på litt lengre sikt vil få konsekvenser for den avtalerettslige rettskildelære ved at den lojalitetsplikt som er nedfelt i regelen vil komme inn som reelt hensyn ved tolkning av avtaler."*¹¹³³ Ovan i detta kapitel har den framträdande

¹¹³⁰ Aristoteles (V.10), s. 154, se särskilt not 31. Jfr även Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 75: "Rättsläge och konkret verklighet kan anpassas till varandra via allmänna rättsprinciper."

¹¹³¹ Se not 988.

¹¹³² Jfr Weber, s. 191.

¹¹³³ Wilhelmson s. 8; Jfr även Wilhelmson, (1995), s. 24 f. samt Andersen, Madsen & Nørgaard, s. 406. Se ovan avsnitt 4.2.1 angående 36 § avtalslagen.

induktionsivern diskuterats. Lojalitetsprincipen påstås vara analogitolkad utifrån bl.a. ett antal centrala lagrum i avtalslagen. Det är dock knappast tal om en analogi utan snarare enskilda ”pusselbitar” vilka tillsammans kan bilda mönster: nota bene att den som ser mönster gör det utifrån en förståelse eller en idé om helheten. Resultatet, d.v.s. ”bilden” eller ”rättsläget”, är därför knappast helt slumpmässigt.

Oavsett hur man förhåller sig till huruvida rättsprincipen byggts upp induktivt eller inte: när den väl är accepterad anses den ha deduktiv auktoritet.¹¹³⁴ I AD 1999 nr 57 härledde domstolen arbetsgivarens vårdplikt såsom *”ett utflöde av den allmänna lojalitetsplikt som parter i ett avtalsförhållande har gentemot varandra”*.¹¹³⁵ I en annan dom (AD 1994 nr 79) citeras ett lagrådsuttalande angående tystnadsplikt för privatanställda: *”Egentligen är detta en följd av grundsatsen att en kontraktspart inte får inom ramen för kontraktförhållandet handla på ett sätt som är ägnat att orsaka skada för motparten. Det är därför inte nödvändigt att i ett anställningsavtal uttryckligen reglera tystnadsplikten; den gäller ändå som en bland flera grundläggande regler i avtalsförhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare.”*¹¹³⁶

¹¹³⁴ Jfr Stein (1966), s. 95: “Once a proposition is recognised to be a regula, consequences may be deduced from it. The regula is the culmination of the upward movement of abstraction which Aristotle described, and once it has been achieved, a downward movement can begin.” Jfr även Hellner (2001), s. 72.

¹¹³⁵ Jfr Ds 2002:56, s. 292. Se även Hellner & Ramberg, s. 277: “Som ett utflöde av den lojalitetsplikt som gäller i avtalsförhållanden är vardera parten skyldig att ta vård om varan för den andres räkning även om han menar att den andra inte fullgjort sin prestation och därför vill häva avtalet.”

¹¹³⁶ Se lagrådets yttrande angående företagshemligheter i Bilaga 4, LU 1988/89:LU30 (NJA II 1990 nr 11, s. 599) samt AD 1994 nr 79 (jfr Glavå, s. 386). Se därutöver Schmidt (1994), s. 261 samt Fahlbeck, s. 55 ff.

5.5 De allmänna rättsprincipernas legitimitet avseende form och innehåll

Giltigheten av förment rättsliga normer kan diskuteras i åtminstone följande perspektiv:¹¹³⁷

- a) formellt/systematiskt
- b) axiologiskt
- c) de facto

Inledningsvis kan följande omnämnas angående de tre perspektiven. Det formella perspektivet (a) tar sin utgångspunkt i normens (rätta) ursprung: stränga rättspositivister menar t.o.m. att det är det enda kravet.¹¹³⁸ Ett mer realistiskt förhållningssätt är vanligt i traditionellt rättsdogmatiska arbeten: här accepteras bl.a. analogier i en strävan efter systemkoherens.

Det andra (b) perspektivet däremot, det axiologiska, anknyter normerna till värden och värderingar.¹¹³⁹ Vilka värden kan identifieras i de aktuella rättsnormerna?

De facto perspektivet (c) däremot torde närmast vara att betraktas utifrån sociologiska utgångspunkter. Här kan fokus riktas mot rådande beteenden och uppfattningar såsom exempelvis: i vilken utsträckning efterlever människor en viss norm (oavsett dess ursprung)? ”Sedvänja” kan användas i detta sammanhang för att beteckna denna kategori. Detta perspektiv tar sig an människors förhållningssätt till normer och deras faktiska handlande vilket normalt kräver ett omfattande empiriskt material.¹¹⁴⁰ Till det sistnämnda perspektivet kan man även diskutera de institutioner som i ett socialt och ekonomiskt perspektiv kan förklara förekomsten av normen. Det senare återkommer i viss utsträckning nedan i avsnitt 6.2.5.2.

I den mån man accepterar att det finns en normativ växelverkan mellan varat och börat kan man även acceptera ovanstående tre kategoriers påverkan av varandra. I detta arbete diskuteras främst den formellt/systematiska och den axiologiska, medan de facto-perspektivet

¹¹³⁷ Jfr Aarnio, s. 167 med hänvisning till Wróblewski, Jerzy, *The Judicial Application of Law*, Bankowski, Zenon & McCormick, Mack, (red.), 1992, s. 75 ff. Se även Peczenik (1995), s. 184 ff.

¹¹³⁸ Jfr Aarnio, s. 168.

¹¹³⁹ Axiologi (värdeteori) är enligt Nationalencyklopedin ”den filosofiska disciplin som studerar värden och värderingar, särskilt med avseende på tolkningen av värdesatsernas innebörd och/eller funktion eller (särskilt bland fenomenologer) värdenas upplevda natur”.

¹¹⁴⁰ Att hänvisa till att en viss reglering återkommer i ett antal standardavtal säger inte nödvändigtvis något om hur avtalsparterna faktisk använder/förhåller sig till vare sig standardavtalet eller den särskilda regleringen. Jfr exempelvis Roxenhall, (1999), s. 8 ff. och s. 146 ff.

(sociologiska) inte i någon större utsträckning kommer att behandlas under denna rubrik. Nedan återkommer vi till anknytningen mellan system- och värdefrågor under avsnittet om kunskapsteori.

5.5.1 *Det formellt systematiska perspektivet*

*"Taxonomy... is the essential rational basis for all legal thought."*¹¹⁴¹

Det infinner sig alltid ett legitimitetsproblem, när någon skall lösa fall vilka befinner sig utanför de rådande rättsreglernas verkningsområde. I den rättsliga argumentationen försöker man att hänvisa till andra likartade, redan accepterade, normer i den rådande rättsordningen i syfte att försöka hantera detta problem. Det föreligger en "igenkännandets logik" och med Weber kan man hävda att det som inte kan "konstrueras" rationellt i juridiska termer inte är rättsligt relevant.¹¹⁴²

Problemet synes evigt: den "ursprungliga" rätten brukar identifieras såsom ett slags kodifierad/institutionaliserad sedvänja.¹¹⁴³ När en tvist skulle avgöras och det inte fanns någon omedelbart tillämplig norm, krävdes det att någon "upptäckte" den i rättskällorna.¹¹⁴⁴ Av legitimitetsskäl åberopas sedan normen såsom sprungen ur det redan förment gällande, även om det i praktiken var en i huvudsak ny tankekonstruktion som presenterades. I det tidiga Rom lär det sannolikt ha krävts en stor kreativitet hos rättstillämparen att "finna" stöd för alla upptänkliga normer i de tolv tavlornas lag med dess förmodade grekiska ursprung. Strävan efter en historisk legitimitet återkommer även långt senare: exempelvis Justinianus hänvisade till vad som gällt tidigare, i samband med att han lät kompilera den antika rätten i Corpus Iuris Civilis.¹¹⁴⁵

¹¹⁴¹ Birks, P. *Equity in the Modern Law: An Exercise in Taxonomy*, 26 University of Western Australia Law Review, 1 (1996), citerad i Samuel, s. 222.

¹¹⁴² Weber, s. 193. Jfr även Collins (2002), s. 26, angående moraliska konventioners betydelse för avtalsrätten: "These conventional moral standards play a significant role in guiding how the contract thinks, but only by their insertion and translation into the contract's own discrete system of communication."

¹¹⁴³ Jfr ex. Stein (1966), s. 7.

¹¹⁴⁴ Jfr Stein (1966), s. 5.

¹¹⁴⁵ Jfr Stein (1966), s. 122: "The adjective antiqui in the rubric of the title, far from detracting from the validity of the rules, was intended to vouch for their authority as part of the traditional classical jurisprudence which Justinian wished to restore to its former glory."

5.5.1.1 Strävan efter koherens

*"Nevertheless, what has positive force – according to the doctrine of even later classical jurisprudence – is never aequitas as such, but is instead always ius; since, up until when it has been transfused into a positive norm, aequitas remains confined to the pre-legal sphere, whereas once this transfusion has occurred, it is not aequitas which counts, but ius, of which aequitas is the matrix (ius aequum)."*¹¹⁴⁶

Legitimering av förmenta normer sker genom igenkännandet: hur överensstämmer ett visst beteende med de normer som kan tänkas gälla? Nya situationer prövas mot det som redan anses gälla. Så länge det görs på ett övertygande sätt, kan ett slags koherens uppnås: åtminstone så länge man på ett trovärdigt sätt, förmår övertyga om att den valda lösningen s.a.s. följer lagstiftarens/rättsordningens anda.¹¹⁴⁷ Detta problem är synnerligen aktuellt även när det gäller helt eller delvis okodifierade rättsprinciper; en allmän rättsprincip måste även den harmoniera med rättsordningen i övrigt.¹¹⁴⁸ Dworkin menar att en rättsprincip, till skillnad från den konkreta rättsregeln, skall passa in i rättens institutionella historia. Den skall normalt kunna anknytas till konkreta avtryck i lagar, förarbeten och prejudikat eller åtminstone harmoniera med dessa rättskällor;¹¹⁴⁹ skälet är att upprätthålla en sorts paradigmkoherens. Möjligheten att förankra rättsprincipen i rättsordningen anses dock till viss del vara beroende av rättsprincipens karaktär.¹¹⁵⁰

Koherens är vanligen ledordet och exempelvis Hellner identifierar vissa "allmänna rättsgrundsatser" härledda ur en eller flera lagar eller prejudikat.¹¹⁵¹ Han nämner bl.a. 1905 års köplag, vilken under sin giltighetstid gavs en särskild normauktoritet: denna lag ansågs vara lämplig såsom källa för analogier.¹¹⁵² Även 1936 års skuldebrevslag har bedömts på liknande sätt och även den har tillåtits normera förhållanden utanför sitt egentliga verkningsområde.¹¹⁵³ Dessa analogier rättfärdigas genom auktoritetsskäl och/eller hänvisning

¹¹⁴⁶ Biscardi, s. 8 f.

¹¹⁴⁷ Jfr Aristoteles (V.10), s. 153: "Detta innebär att man bedömer företeelsen så, som också [lagstiftaren] hade gjort om han varit närvarande, och så, som han hade stadgat om han varit medveten därom."

¹¹⁴⁸ Jfr Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 78.

¹¹⁴⁹ Dworkin (1977), s. 40 och 64-68. Se även Tolonen, s. 319.

¹¹⁵⁰ Jfr Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 76.

¹¹⁵¹ Hellner (2001), s. 204.

¹¹⁵² Jfr Hellner (2001), s. 204. Jfr även densamme i *Rättsteori* (1994), s. 30 (not 27), där han för övrigt påpekar att han betraktar sig själv såsom rättspositivist i den bemärkelsen att han föredrar "argument som direkt eller indirekt kan stödjas av uttalanden i lagtexter, förarbeten och prejudikat, i stället för allmänna principer utan stöd i sådant material eller den egna personliga uppfattningen om vad som är riktigt och ändamålsenligt". Se även densamme (1994), s. 110.

¹¹⁵³ Hellner (1994), s. 111.

till systematik (koherens). Den torde också vara kännetecknande för många svenska juristers kunskapssyn, vilket bl.a. visar sig exempelvis när lojalitetsprincipen ”förklaras” eller ”konstrueras” med hjälp av analogitolkning av bl.a. avtalslagens 6, 30, 33, 36 §§.¹¹⁵⁴ Traditionell rättsdogmatik, brukar förknippas med ett *systematiskt* framställande av gällande rätt.¹¹⁵⁵ Att arbeta systematiskt medger möjligheterna till att nå kunskap om rätten – det gäller att sträva efter *kosmos* på bekostnad av *kaos*.

I detta sammanhang aktualiseras också den ständiga interaktionen mellan form och innehåll. Rätten måste ges en form för att kunna diskuteras, analyseras och förmedlas; i annat fall riskeras rättssäkerhet och förutsebarhet.¹¹⁵⁶ Å andra sidan bör den inte bli rigid så att den inte förmår uppfylla rättens ändamål.

5.5.1.2 *Behovet av flexibilitet*

Nya former av transaktioner ställer krav på en dynamisk rättsordning. I boken Praktisk IT-rätt står följande att läsa:

*”Ofta utgör IT-avtalen... rättsliga hybrider, dvs. en kombination mellan olika typer av rättsfigurer. Det kan därför vara svårt att direkt hänföra avtalet till en etablerad rättslig kategori. I de situationer där prestationen består av två självständiga delar är det ibland att bedöma dessa delar var för sig. Det kan t.ex. handla om ett avtal som både innehåller ett köp av produkter och tjänster (t.ex. underhåll efter implementering). Många gånger är delarna så förknippade med varandra att det torde vara nödvändigt att se avtalsförhållandet som en enhet. Ett exempel på detta är ett avtal om leverans av hårdvara, standardprogramvara, anpassningar till standardprogramvara och implementeringstjänster, där alla momenten skall syfta till att uppnå viss funktionalitet. Vilka regler som i denna situation skall användas vid tolkningen måste bestämmas utifrån en helhetsbedömning i det enskilda fallet.”*¹¹⁵⁷

¹¹⁵⁴ Jfr, Zimmerman & Whittaker, s. 57: ”Legal writers sometimes refer to a general duty to be loyal towards the other party, based on an analogy to ss. 6, 30, 33, and 36 of the Contracts Act and on the similar provisions in other legislation.” Jfr ovan not 1105.

¹¹⁵⁵ Ross, s. 220. Jfr not 16.

¹¹⁵⁶ Jfr ovan not 178.

¹¹⁵⁷ Lindberg & Westman, s. 269.

Åtminstone sedan den romerska rätten har jurister klassificerat olika avtal i specifika avtalskategorier. Denna indelning kan till stor del förklaras av praktiska krav: reglerna bör anpassas efter typiska krav som parterna har. Indelningen har haft betydelse såväl materiell- som processrättsligt. I exempelvis den romerska rätten ansågs det endast vara vissa avtalstyper som skulle regleras av bona fides-normen.¹¹⁵⁸

Av ovanstående citat antyds några av de praktiska problem: hur skall transaktioner, vilka inte passar in i någon bestämd kategori, bedömas rättsligt? Vissa transaktioner kan exempelvis innehålla såväl varuköp som tjänsteanskaffning; vilka rättsregler bör då gälla (jfr NJA 2001 s. 138)? Vid bedömningen av andra transaktioner däremot, vilka är av halvbenefik natur, måste kanske juristen bestämma sig för om transaktionen är av benefik eller onerös natur. Skall transaktionen regleras av gåvolagen eller skall den regleras av någon annan lag, exempelvis köplagen vilken är baserad på ömsesidighet? En vanlig metod för att komma till rätta med gränsdragningsproblem är att man försöker vikta de aktuella omständigheterna i respektive fall. Enligt 2 § köplagen skall lagen inte tillämpas när ett avtal innehåller både en tjänst och leverans av vara om tjänsten utgör den övervägande delen av naturagäldenärens förpliktelse/r. Vid viktningen av de ingående prestationerna skall hänsyn tas till om beställaren av en vara skall tillhandahålla en väsentlig del av materialet. Det anges i förarbetena att så länge som den övervägande delen av en prestation är knuten till leveransen (sic!) av varan och inte tjänsten, ska köplagen tillämpas.¹¹⁵⁹

Möjligen är den senast nämnda indelningen inte tillräckligt genomarbetad: exempelvis Hellner & Ramberg påpekar att det i praktiken kan vara nog så tillfälliga förhållanden som avgör om köplagen blir tillämplig eller ej.¹¹⁶⁰ Ett annat skäl till att inte förlora sig i kategoriseringsfrågor är att det uppkomna problemet många gånger rör generella och förhållandevis tidlösa juridiska frågeställningar. I många, men inte alla,¹¹⁶¹ av dessa fall bör

¹¹⁵⁸ Se Cicero (III.70), s. 126.

¹¹⁵⁹ Prop. 1988/89:76, s. 64.

¹¹⁶⁰ Hellner & Ramberg, s. 43. Författarna fortsätter: "Särskilt i sådana fall kan det finnas anledning att analogt tillämpa köplagens regler i brist på andra utfyllande regler."

¹¹⁶¹ Se exempelvis följande uttalande i prop. 1988/89:76 s. 62: "Även om i många avseenden samma rättsgrundsatser gäller i fråga om båda avtalstyperna, kan det bli nödvändigt att avgöra huruvida det i ett särskilt fall föreligger ett köp eller en tjänst."

det kunna användas i huvudsak samma utgångspunkter, oavsett om det är en tjänst eller ett varuköp.¹¹⁶²

Den traditionella indelningen i avtalstyper, har åtminstone i viss utsträckning, kommit att utmanas under främst de senaste decennierna: *relationsavtal* är en term som numera förekommer förhållandevis ofta och som tar fasta på behovet av mer dynamiska perspektiv.

5.5.2 Det axiologiska perspektivet

*"Rechtethische Prinzipien sind richtungsgebende Maßstäbe rechtlicher Normierung, die vermöge ihrer eigenen Überzeugungskraft rechtliche Entscheidungen zu „rechtfertigen“ vermögen."*¹¹⁶³

Allmänna rättsprinciper kan delas i ett flertal kategorier allt efter val av perspektiv.¹¹⁶⁴ I detta sammanhang begränsas det till främst två: värdeorienterade (axiologiska) och i huvudsak värdeneutrala principer.¹¹⁶⁵ De förra har en rättsetisk prägel, medan de senare i högre grad har en system- och ordningskaraktär och de vinner existensberättigande genom ändamålsöverbägganden. De axiologiska principerna förstås utifrån initialt *legalexterna* (etiska) värden, medan de senare förstås utifrån den legala systematiken.¹¹⁶⁶ Med denna uppdelning blottläggs rättsordningens ständiga balansgång mellan värde och struktur.¹¹⁶⁷ I en demokratisk rättstat bör man kunna ställa sitt hopp till att rättsordningen förmår att hantera denna balansgång på ett rimligt sätt. Rättsprinciperna kan förväntas fylla en funktion såsom ett balansinstrument mellan rättsregler och värden.¹¹⁶⁸ Den sistnämnda uppdelningen kan sägas ha kommit i dagen bl.a. under diskussioner om begreppsjurisprudensen eller

¹¹⁶² Jfr Prop. 1988/89:76 s. 62. Vanligen anses regleringar i köplagen analogivis kunna normera andra transaktioner. Se Hellner (2001), angående 1905 års köplag s. 204 samt Hellner & Ramberg, s. 43 angående den nu gällande köplagen, s. 43 (not strax ovan).

¹¹⁶³ Larenz & Canaris, s. 240.

¹¹⁶⁴ Se ett antal exempel i Esser (1990), s. 2. Jfr även Zeller, s. 47 f.

¹¹⁶⁵ Jfr Larenz & Canaris, s. 240 samt Zeller, s. 44 ff.

¹¹⁶⁶ Jfr Larenz & Canaris, s. 240 f. Jfr även Esser (1990), s. 39. Denne tar upp svårigheterna med att försöka finna absoluta skiljelinjer mellan olika typer av rättsliga principer. Jfr även Samuel, s. 74 f. (hänv. till Atiyah och Summers) där han diskuterar formella skäl kontra substantiella skäl. "A 'substantive reason is a moral, economic, political, institutional, or other social consideration,' whereas a formal reason 'is a legally authoritative reason on which judges and others are empowered or required to base a decision or action, and such a reason usually excludes from consideration, overrides, or at least diminishes the weight of, any countervailing substantive reason arising at the point of decision or action.'" [Fotnot utesluten].

¹¹⁶⁷ Se generellt angående denna dikotomi, Behrends, Okko, *Struktur und Wert. Zum institutionellen und prinzipiellen Denken im geltenden Recht*; Se även Meyer, exempelvis s. 21 ff., 53 ff. samt 130 f. där denne i och för sig främst diskuterar betydelsen för *lex mercatoria*.

¹¹⁶⁸ Jfr Taekema, s. 13 hänv. till MacCormick, Neil & Weinberger, Ota, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht: Reidel 1986, s. 73

”konstruktiva rättsvetenskapen”. Det interna perspektivet strävar efter att strikt hålla till juridiken, det externa perspektivet utgår från samhällslivets och individernas behov och ser rättsreglerna som medel att tillgodose dessa behov.¹¹⁶⁹

Den sakrättsliga *traditionsprincipen* skulle spontant kunna uppfattas såsom en i huvudsak värdeneutral – ”rättsteknisk” – princip. De i rättspraxis utvecklade reglerna för, hur och när sakrättsligt skydd uppkommer, uppfattas knappast såsom omedelbart anknutna till materiellt etiska normer. En sådan rättsteknisk princip är i stället beroende av sin respektive ändamålsenlighet.¹¹⁷⁰ I denna mening påminner traditionsprincipen i viss mån om trafikregler såsom högerregeln. Motiveringen till traditionsprincipens existens grundas vanligen i vissa antaganden om samhällsnytta.¹¹⁷¹ Resonemanget är i viss mening förenklat. Det går även att utläsa andra normer i traditionsprincipens kölvatten. För det första synliggörs normer om hur exempelvis en panthavare bör uppträda för att värna sina egna intressen. Det går exempelvis att identifiera sedelärande principer såsom ”den som kommer tidigare har en bättre ställning” [än den som kommer senare].¹¹⁷² Även om indelningen mellan olika principkategorier kan vara fruktbar, visar exemplet att indelningen mellan axiologiska och värdeneutrala principer bör uppfattas såsom en förhållandevis relativ indelning utan absoluta skiljelinjer.¹¹⁷³

För att kunna nå en såväl dynamisk som kontrollerad rättsutveckling behöver, i de fall kodifiering inte är möjlig eller önskvärd, rättstillämparen ett balanserat förhållningssätt. Här konfronteras det tidigare gällande med det önskvärda. Ett exempel på en mycket försiktig rättsutveckling framkommer i rättspraxis angående ideellt skadestånd i samband med personskador. Det senaste decenniet har en, i ett europeiskt perspektiv, tidigare mycket restriktiv svensk inställning till ersättning förändrats. Rättspraxis har i viss utsträckning kommit att gå i förväg här och kodifiering har skett först i efterhand, vilket synes förhållandevis vanligt vad gäller den utomobligatoriska skadeståndsrätten.¹¹⁷⁴

¹¹⁶⁹ Jfr Hellner (2001), s. 137 f.

¹¹⁷⁰ Jfr Larenz & Canaris, s. 240.

¹¹⁷¹ Jfr exempelvis Göransson, s. 414: ”Två av den dynamiska sakrättens viktigaste objekt är att trygga omsättningen och att befrämja en sund kreditgivning.” Se även Martinson, s. 39, 292, 300, 304, 306.

¹¹⁷² Qui prior est tempore potior est jure.

¹¹⁷³ Esser (1990), s. 39. Jfr även Siches, s. 422: ”the axiological function penetrates, permeates and impregnates each step in the creation of law”.

¹¹⁷⁴ Skadeståndslagen har också betecknats såsom en ramlagstiftning, prop. 1972:5 s. 446. Denna lag kodifierade delvis redan etablerad rättspraxis. Se exempelvis Hellner & Johansson s. 32 samt Bengtsson & Strömback, s. 19.

5.5.2.1 Normativa strävanden

*"Values or ideals are the desirable states of affairs that one aims to realize, and principles are the norms prescribing how to go about this realization under certain legal and factual conditions."*¹¹⁷⁵

Taxell skriver att rättsprinciper kan uttrycka "strävanden som man önskar se förverkligade i rättsutvecklingen och i konkreta avtalsrättsliga avgöranden".¹¹⁷⁶ De är därmed rättspolitiska,¹¹⁷⁷ enär de försöker uttrycka normativa värdemönster. Peczenik väljer att benämna dessa *värdeprinciper*: de uppställer ett ideal, vilket skall vara möjligt att förverkliga till en viss grad.¹¹⁷⁸ Avtalsrättens normer, både de generella och de som reglerar särskilda avtalstyper såsom exempelvis hyra av bostad, skall reglera aktörernas beteenden i riktning mot det önskvärda.¹¹⁷⁹ Denna normativitet medför att man kan se dessa rättsprinciper såsom förmedlare av goda värden. "Det goda" kan, i ett samhälleligt perspektiv, mycket förenklat sägas betyda det som bevarar och främjar tillvaron vilket står i motsats till det som ödelägger densamma.¹¹⁸⁰ Mer konkret i detta sammanhang, där olika avtalsförhållanden står i fokus, handlar det om att diskutera socioekonomiska ordningsnormer, innehållande vissa regleringar angående hur medborgarna uppträder sinsemellan i samband med nyttighetstransaktioner. Det senare åskådliggörs i Ds 2002:56 där anställningsavtalet behandlas: *"Lojalitetsplikten är alltså inte bara en självständig biförpliktelse, den är också en accessorisk handlingsnorm som beskriver hur en arbetstagare och en arbetsgivare bör förfara i olika situationer, vid fullgörandet av olika skyldigheter och allmänt i relation till motparten i anställningsavtalet."*¹¹⁸¹

Här kan vi anknyta till Dworkin, denne menar att rättsprincipen även skall, förutom att den skall passa in med hänsyn till rättens institutionella historia, även "uttrycka juristers och allmänhetens föreställningar om riktighet, rättvisa eller någon annan dimension av etiken".¹¹⁸² Denna senare förutsättningen torde kunna förstås såsom ett krav på acceptans i ett *sensus communis*, d.v.s. ett gemensamt "sinne" eller "förnuft". Det räcker således inte endast

¹¹⁷⁵ Taekema, s. 13.

¹¹⁷⁶ Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 74.

¹¹⁷⁷ Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 74.

¹¹⁷⁸ Jfr Peczenik (1995), s. 447.

¹¹⁷⁹ Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 77.

¹¹⁸⁰ Jfr Løgstrup, Knud E, *Oppgør med Kierkegaard* (1968), s. 23, efter Sigurdson, *De Prudentia*, s. 14.

¹¹⁸¹ Ds 2002:56 s. 293. Det i fetstil återgivna är kursiverat i ursprungstext.

¹¹⁸² Se not 1099.

med en subjektiv individualetik här: normerna måste rättfärdigas i ett samhällsperspektiv (vi återkommer till detta i avsnitt 6.2.5.1.)

Funktionen hos dessa rättsprinciper är att en utgöra normativ väv, vilken kan ge vägledning i de situationer, vilka lagstiftaren (ännu) inte uttryckligen reglerat. Denna väv bildar vad man i Norge kallar *bakgrunnsretten*. De allmänna rättsprincipernas funktion framträder därför klarast vid *utfyllnad* av lagar och avtal.¹¹⁸³ Även om man, enligt traditionella juridiska metoder, hela tiden försöker anknyta argumentationen till rättsordningens positivt uttryckta normer bör inte rättsprincipens dynamiska karaktär underskattas. Rättsprincipen kan i denna mening fungera såsom ett nödvändigt komplement till lagstiftning. Det är viktöverskjutning inom den juridiska argumentationen som skapar det nya: det är transformering av önskvärda värden till juridiskt relevanta skäl.¹¹⁸⁴ I praktiken framkommer det dock inte alltid explicita ställningstaganden i domstolarna; *"the judges preferred to make law behind a smokescreen of traditional techniques of construction rather than be openly creative"*.¹¹⁸⁵

I detta sammanhang kan även Jherings s.k. juridiska "upptäckt" av rättsfiguren culpa in contrahendo omnämnas.¹¹⁸⁶ Han synes utgå från en rättsetisk värdering, vilken med hjälp av ett antal rättsfallsanalyser formulerades såsom en rättslig princip:¹¹⁸⁷ presumtiva avtalsparter ansågs vara underkastade vissa rättsligt sanktionerade beteendekrav. Dessa avtalsrelaterade krav gällde även före själva avtalslutandet. Culpa in contrahendo har först nyligen kodifierats i BGB, efter lång och trogen tjänst.¹¹⁸⁸

I rättsdogmatiska framställningar hänvisades det understundom till rättsprincipernas utfyllande funktion: exempelvis förutsättningsläran har uppfattats såsom en avtalsrättslig princip.¹¹⁸⁹ Vahlén ger följande beskrivning av förutsättningsläran: *"Under den tid, för nordisk rätts del ungefär ett halvsekel, som förutsättningsläran varit aktuell har den kunnat*

¹¹⁸³ Se exempelvis Berger, s. 165; Ds 2002:56 s. 292 f; Jfr Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 75; Tridimas (1999), s. 9 f.

¹¹⁸⁴ Jfr Esser (1990), s. 52 ff. Se även Pound, *Law and Morals*, s. 7 (citerad i Berger, s. 279); Peczenik (1995), s. 155, 205 och 524; Luhmann, s. 85 f.

¹¹⁸⁵ Zweigert & Kötz s. 162, not 28, citerad i Zimmermann & Whittaker, s. 51. Se även Lindskog, *Högsta domstolen och den kommersiella rätten*, och hans vädjan om domarens mod och öppenhet.

¹¹⁸⁶ Zimmermann (1996), s. 244 f.

¹¹⁸⁷ Larenz & Canaris, s. 241 f.

¹¹⁸⁸ Se BGB § 241 (2) i kombination med § 311 (2). Jfr även not 982.

¹¹⁸⁹ Hellner (2001), s. 148. Se densamme (1994), s. 118, där förutsättningsläran benämns allmän rättsgrundsats. Se även Prop. 1975/76:81, s. 101. Lehrberg å sin sida benämner förutsättningsläran *rättsregel*, (2002), s. 125. Förutsättningsläran har även benämnts såsom "teori" samt en "tanke- och förklaringsmodell", se här till Hellner (2001), s. 147 f. med hänvisningar.

*användas både som ett komplement till andra mera styvnande och mindre omfattande ogiltighetsregler och inte minst som en metod att bereda väg för allehanda obligationsrättsliga regler som den förutan enligt gängse betraktelsesätt icke kunnat få någon tillfredställande «rättsgrund».*¹¹⁹⁰ Ett annat aktuellt exempel ges av Simonsen när han diskuterar giltigheten av en ansvarsfriskrivning: *”Bl.a. vil kunnskap den ansvarsfraskrivende part måtte ha på avtaletidspunktet, kunne bringe klausulen i konflikt med redelighetskravet i avtl. § 33, eller for øvrig i strid med alminnelige rettsgrunnsetninger.*¹¹⁹¹

Öppningarna till etiken är dock begränsade: rättsprinciper är inte omedelbart identiska med etiska principer;¹¹⁹² den förstnämnda kategorin kan dock, beroende på dess art, betraktas såsom en institutionaliserad form av den sistnämnda.¹¹⁹³ Rättsetiska principer kan därför skiljas från etiska principer i allmänhet: de förra måste gå att identifiera i den gällande rättsordningen.¹¹⁹⁴ När det gäller den avtalsgrundade lojalitetsprincipen vore det meningslöst att diskutera den om varken privategendom eller människans fria bestämmanderätt avseende hennes dispositioner i övrigt tilläts existera.¹¹⁹⁵ Eftersom föreliggande arbete behandlar ett i första hand privaträttsligt ämne ges förståelsen av det etiska inslaget i en viss liberal kontext. Det etiska inslaget är förhållandevis jordnära och det avser hur enskilda personer bör bete sig mot andra individer vid utbyten av nyttigheter. Det handlar i stor utsträckning om att, vid tvistesituationer, diskutera parternas beteenden samt rimligheten i deras eventuella förväntningar på varandra. Ingen part skall skada sin motpart inom ramen för avtalsförhållandet. I denna begränsade etik diskuteras det i mindre omfattning samhällets generella resursfördelning (jfr distributiv rättvisa). Även om det i detta sammanhang främst är fråga om ett aktörsperspektiv, måste det likväl till anknytningar till vad som kan förstås såsom det gemensamma bästa (jfr avsnitt 6.2.5.3 om metodologisk individualism).

Redan utgångspunkten som Aristoteles gör mellan distributiv respektive korrektiv rättvisa åskådliggör några grundläggande tankegångar (jfr ovan avsnitt 3.2.2). Dessa kan skönjas i den senare uppdelningen mellan privat och offentlig rätt: en uppdelning som redan användes av Ulpianus.¹¹⁹⁶ Skiljelinjen mellan det privata och det offentliga förändras över tid och rum allt

¹¹⁹⁰ Vahlén (1953), s. 396.

¹¹⁹¹ Simonsen, s. 419.

¹¹⁹² Jfr Peczenik (1995), s. 520 ff.

¹¹⁹³ Jfr exempelvis Tolonen, s. 322: ”This is because law is *institutional morality*.”

¹¹⁹⁴ Jfr Behrends (1994), åtskillnad mellan rättsetik och ren etik, särskilt s. 16 ff.

¹¹⁹⁵ Hypotetiskt skulle det kanske gå att tänka sig en sådan diskussion i ett strikt folkrättsligt perspektiv.

¹¹⁹⁶ Stein (1999), s. 21. Ulpianus mördades för övrigt år 223 e. Kr.

efter politisk orientering. Jämfört med 1800-talets liberalism har det senaste århundradets skyddslagstiftning visat på förändringar, vilka anpassats efter den moderna socialstaten. I takt med detta har det även skett en uppluckring av dikotomin avseende det privata respektive det offentliga.¹¹⁹⁷ Även i förståelsen av lojalitetsprincipen finns det inslag vilka anpassats efter den moderna socialstaten, med dess krav på skydd för den typiskt sett svagare parten. Här kan exempelvis den växande konsumentskyddslagstiftningen nämnas och den förändrade synen på arbetstagaren. Tidigare diskuterades närmast uteslutande arbetstagarens lojalitetsplikter. Resonemanget synes vara grundat på en förhållandevis statisk modell av ett s.k. principal – agentförhållande. Detta synsätt återkommer även på andra håll: kommissionslagen hade tidigare inte några regler angående huvudmannens plikter.¹¹⁹⁸ Denna lakun ansågs dock i viss utsträckning fyllas ut med allmänna rättsgrundsatser: avtalets *ömsesidiga* natur borde inte kunna förbigås.¹¹⁹⁹

Även i rättspraxis kan det spåras vissa inslag av den distributiva rättvisan i samband med synen på borgensmän. Tidigare var borgensavtalet att se såsom *strictii iuris*.¹²⁰⁰ Den som frivilligt hade inträtt som borgensman hade att betala enligt borgensmeningen. Det fordrades mycket starka skäl för att kunna komma ifrån sin förpliktelse. Numera har i viss utsträckning en förändring skett angående synen på det senare, där rättstillämparen delvis gått före lagstiftaren. Sammanfattningsvis finns, enligt min uppfattning, fog för att tala om en trend mot en mer generell normativ ekvivalens i avtalsförhållanden.

5.5.3 Särskilt om lojalitetsprincipen

Lojalitetsprincipen har klart axiologiska inslag: redan begreppen *lojalitet* respektive det närbesläktade *tro och heder* ger etiska associationer. Förståelsen av lojalitetsprincipen är etikrelaterad eftersom den tar sin utgångspunkt i *bytes-samarbetet*, där hänsynen till den andre – av lätt insedda skäl – är en betydande faktor.¹²⁰¹ Redan den inledande kommunikationen

¹¹⁹⁷ Jfr exempelvis Knoph (1934), s. 73.

¹¹⁹⁸ Söderlund, s. 44.

¹¹⁹⁹ Jfr Söderlund, s. 44. Jfr även ovan i text vid not 930.

¹²⁰⁰ Jfr noterna 170 och 533.

¹²⁰¹ Jfr Langholm, s. 200: "Exchange is by definition interpersonal, and though we do not normally engage in it in order to harm anyone in particular the moment he opens his door, we are always playing in someone else's garden. A realization of this fact calls for a certain sense of moral responsibility, a considerateness, or fairness, a certain justice if you will, in the Aristotelian not the Hobbesian sense, within the wider limits of the civilian law."

mellan parterna kräver en grundläggande tillit, eftersom kommunikation vanligen kräver ett visst utlämnande av en själv. I den mån kommunikationen övergår till ekonomisk disposition stegras behovet av tillit: att i viss mån överlämna sig åt den andre betyder samtidigt att det finns ett mer eller mindre uttalat krav på att den andre skall komma denna tillit till mötes.¹²⁰² Denna interpersonella etik utgör ett centralt element vilken ingår i förförståelsen av det moderna kontraktsparadigmet; i doktrinen brukar benämningen *relationsavtal* förekomma allt oftare.¹²⁰³ Även i Norden diskuteras emellanåt lojalitetsprincipens avhängighet av etiska värderingar, såväl allmänna som mer kontextbunda.¹²⁰⁴ Dessa idéer är dock inte nya, utan snarast "återfunna".¹²⁰⁵ Lojalitetsprincipens närmaste motsvarighet i Tyskland, principen om *Treu und Glauben*, identifieras såsom en rättsetisk princip,¹²⁰⁶ och även bona fides nuvarande förekomst i lex mercatoria förknippas med värdeorientering.¹²⁰⁷ Lojalitetsprincipen kan likaså, av skäl som nyss nämnts, kategoriseras såsom en (okodifierad) rättsetisk princip.¹²⁰⁸

Lojalitetsprincipen kan sägas underlätta rättsordningens dynamiska kapacitet; en flexibel anpassning kan ske till såväl materiella som ideella förändringar över tiden. Zweigert och Kötz skriver följande angående lojalitetsprincipens närmaste motsvarighet i Tyskland (*Treu und Glauben*): "*the general clause of §242 BGB has proved a splendid device for adapting the law of contract to the changed social and moral attitudes of society*".¹²⁰⁹ I många situationer bör/kan man inte vänta på en ofta överansträngd eller politiskt förlamad lagstiftare. Lagstiftaren kan heller knappast anses lämpad att bedriva rättsdogmatik, vilket däremot doktrinen förväntas göra. En dynamisk rättsdogmatiks normativa potential skall nog heller

¹²⁰² Jfr Sigurdson, s. 15, hänv. till Løgstrup, *Den etiske fordring*, s. 27 ff.

¹²⁰³ Se generellt ang. denna teori exempelvis. Campbell (2001), *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*; Eisenberg, *Relational Contracts*, s. 291-304 samt Nystén-Haarala, s. 21 ff. Se i stycke ovan där not 104 och not 1162 återfinns.

¹²⁰⁴ Taxell i bl.a. följande arbeten: *Avtal och rättsskydd*, s. 77, *Jämknings av avtal*, s. 618 f., *Avtalsrätt*, s. 22 samt Wilhelmsson, (1999), s. 168: "the principle of good faith – or a similar broad principle – is a necessary broad principle which needs affirmation from and can give support to more specific doctrines... Seeing such a principle as a main rule also is in harmony with the construction of a new contract model based on co-operation and loyalty."

¹²⁰⁵ Jfr Biscardi, s. 9: "The post classical conception, which is eminently scholastic (and therefore quite vague) of ius aequum as just law was obtain through the influence of Christian values, such as humanitas, caritas, pietas, in short, of benevolence toward one's fellow man."

¹²⁰⁶ Larenz & Canaris, s. 240. Jfr även följande citat i Lando & Beale, s. 117: "In GERMANY § 242 BGB has been used to make possible what has been called a 'moralization' of contractual relationships." Jfr Zweigert & Kötz, s. 150. Se även Zeller, s. 236: "Der ethische Gehalt von Treu und Glauben ist in Prinzipienform ausgedrückt."

¹²⁰⁷ Meyer, s. 22: "Die lex mercatoria hingegen basiert in wesentlichen Teilen auf der Anwendung allgemeinen anerkannter internationaler Rechtsprinzipien. Für sie ist eine wert- und prinzipienorientierte Rechtsanwendung charakteristisch." Se även densamme s. 54.

¹²⁰⁸ Lag om handelsagentur kan inte sägas uppfylla detta krav på generaliserbarhet med dess begränsade tillämpningsområde.

¹²⁰⁹ *An introduction to comparative law*, s. 150.

inte underskattas; Taxell skriver: "Det skall likväl inte förnekas att utformandet av en allmän princip inom ett bestämt område ger större slagkraft åt de fakta som den täcker. Om man för avtalsrättens del uppställer t.ex. en lojalitetsregel ... kan man vänta att de synpunkter, som har avseende på parternas inbördes förtroendeförhållande, blir mer påtagliga, och i högre grad observerade än om man avstått från att formulera en allmän princip." ¹²¹⁰

Lojalitets- respektive skälighetsprincipen betonas mer nuförtiden än vad som skedde för 50 år sedan. ¹²¹¹ Lojalitetsprincipen är starkt associerad till "den befogade tilliten" vilken för närvarande synes vara en av de mest uppskattade förklaringarna till rättsregler, både inom kontraktsrätt och skadeståndsrätt. ¹²¹² Från att i viss mån vara rättsligt anknutna idéer och ideal har de antagit formen av rättsprinciper. ¹²¹³ Träffande är Essers respektive Larenz och Canaris beskrivning av denna process, de beskriver hur okodifierade rättsprinciper bryter „an einem exemplarischen Fall durch die Bewußtseinsschwelle im juristischen Denken ein“. Sie werden eines Tages von der Lehre oder von einem Gericht formuliert und finden dann wegen der ihnen innewohnenden Überzeugungskraft mehr oder weniger rasch allgemeine Anerkennung im Rechtsbewußtsein der Zeit. " ¹²¹⁴ När idéerna väl har genomgått "förrättsligandets procedur" kan de behandlas såsom systeminterna. Rättsvetenskapen kan med tanke på det senare vara styrd av värderingarna även om den inte går in på själva värderingarna. ¹²¹⁵ Detta riskerar å sin sida att kunskapen om dessa förtvinar eller blir en tyst kunskap. ¹²¹⁶

Lojalitetsprincipen torde rimligen kunna anses uppfylla såväl Dworkins krav på institutionell koherens (se kapitel 4) som hans krav avseende principens värdeinnehåll. Av ovan framgår att lojalitetsprincipen numera kan sägas vara accepterad, i den till populationen begränsade nordiska juristsfären, även om det säkerligen finns olika uppfattning angående dess styrka och omfattning. Som påpekats på annat håll i detta arbete betonar lojalitetsprincipen – likt dess utländska motsvarigheter bona fides, good faith och Treu und Glauben – hederlighet och en viss grundläggande hänsyn till den andre; detta kan knappast vara några särskilt kontroversiella etiska utgångspunkter. Det är dock viktigt att öppet redovisa dessa värderingar

¹²¹⁰ Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 74.

¹²¹¹ Se bl.a. äldre uttalanden i avsnitt 3.3 ovan.

¹²¹² Angående "den befogade tilliten", se Hellner (2001), s. 67 med flera hänvisningar i not 42.

¹²¹³ Jfr Hillman s. 144: "Good faith simply excludes various forms of inappropriate conduct depending on the context. As such good faith is a "safety valve" employed by judges to ensure a minimum level of fairness in contracting." [Fotnoter utesluten ur citat med hänvisning till Robert S. Summers]. Jfr not 1096 ovan.

¹²¹⁴ *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 241. Det insprängda citatet efter Esser (1990), s. 53.

¹²¹⁵ Jfr Hellner (2001), s. 34.

¹²¹⁶ Jfr nedan i text vid not 1502 angående riskerna med tyst kunskap.

vid konstruktionen av rättsprincipen.¹²¹⁷

¹²¹⁷ Jfr Hellner (2001), s. 127 f. Hellner diskuterar sina egna positivrättsliga utgångspunkter. Den "positivism" som han själv förespråkade synes vara förhållandevis obunden.

6 Princip och partikularitet – några kunskapsteoretiska reflektioner

6.1 Inledning

Även om juridisk argumentation ofta grundar sig på principiella resonemang, blir ingen teori eller princip bättre än dess tillämpning i det konkreta fallet. Eller snarare: en princip såsom exempelvis lojalitetsprincipen kan vara nog så generell och rimlig, men den riskerar alltid att tillämpas in absurdum. Utan en klok hantering av principen riskerar tillämparen, trots sina goda avsikter, att endast stenlägga Helvetet med den. Här kan vi åter anknyta till Cicero och dennes diskussioner angående vad vi nuförtiden skulle benämna en prekontraktuell upplysningsplikt. I ett fall hade en viss Marcus Marius Gratidianus (som för övrigt var släkt med Cicero) sålt en fastighet till Gaius Sergius Orata. Gratidianus hade dock endast ägt fastigheten några år och han hade förvärvat densamma av den nuvarande köparen, Orata. Efter det att Orata återförvärvat fastigheten stämde han Gratidianus och åberopade att denne hade försummat sin upplysningsplikt: fastigheten var sedan tidigare belastat med ett servitut.¹²¹⁸ Denna upplysning skulle dock inte ha haft någon praktisk betydelse eftersom Orata redan tidigare kände till belastningen, från perioden för hans tidigare ägande av egendomen. Upplysningsplikten, vilken härleddes ur principen om bona fides, slog nu åt "fel håll" beroende på domarens rigida tillämpning.¹²¹⁹ Domaren betraktade endast den formella skyldigheten att upplysa om eventuella belastningar, och han beaktade inte att köparen redan hade kännedom om dessa.¹²²⁰ Denna formella tillämpning av upplysningsplikten bör knappast användas såsom ett argument mot bona fides. Det torde knappast finnas någon norm som undgår risken att hanteras på ett sätt som kan strida mot dess ändamål.¹²²¹

För att kunna avgöra rättstvister på ett rimligt sätt krävs det tydligen att domaren kan förnimma vad som krävs i den konkreta situationen. Redan Aristoteles betonade, i anslutning till sin dygdeteori, vikten av att från det generella komma till ett rimligt avgörande i det

¹²¹⁸ Cicero (III.67), s. 125. Möjligen gällde belastningen ett fiskeservitut, se s. 174 i Griffin & Atkins kommenterade översättning till Cicero.

¹²¹⁹ Allan Rodger har en annan åsikt. Se i förordet till Good Faith in Contract and Property Law, Angelo DM Forte (red.).

¹²²⁰ Jfr BGB § 460 samt Dig. 19, 1, 1, 1.

¹²²¹ Jfr Schermaier, s. 68 f.: Cicero "shows that any provision derived from the concept of *bona fides* itself becomes inflexible and unjust if it is not continually tested against the standard of *bona fides*". [Fotnot utesluten]

konkreta fallet.¹²²² För att kunna förstå hur en, i sig legalt erkänd och formallogiskt tillämplig, princip skall tillämpas på ett förnuftigt sätt, krävs att rättstillämparen besitter en sorts klokhet. Denna klokhet är en slags praktisk kunskap för att tillämpa generella principer på konkreta situationer (jfr nedan under 6.2.5). Aristoteles betonade, som ovan nämnts, vikten av rättstillämpningens flexibilitet och gjorde liknelse med den dåtida byggnadskonstens lesbiska linjal.¹²²³ Denna måttstock var särskilt användbar när det som skulle mätas inte var rakt. Med liknelsen visar han på behovet av en sorts lyhördhet och respekten för det enskilda fallets komplexitet. En rättslig norm såsom lojalitetsprincipen behöver således, oavsett om den är kodifierad eller inte, alltid anpassas till det enskilda fallets kontext. I praktiken innebär det vanligen att en rättslig princip såsom lojalitetsprincipen måste vägas mot andra rättsliga principer. I den köprättsliga sfären, måste säljarens upplysningsplikt (vilken numera förknippas med lojalitetsprincipen, se ovan) balanseras mot köparens undersökningsplikt.¹²²⁴ Ciceros ovan angivna exempel uppvisar denna klassiska, och fortfarande ständigt aktuella, balansakt. Lojalitetsprincipen medför därför inte ett förutbestämt antal alltid gällande förpliktelser, utan de konkreta förpliktelser som härleds ur denna är synnerligen kontextbundna. Nedan ges exempel från svensk rätt som kan belysa det nyss nämnda. I rättsfallet NJA 1992 s. 351 klargörs att en borgenär har en förpliktelse att informera en borgensman om huvudgäldenärens betalningssvårigheter.¹²²⁵ Denna förpliktelse kan betraktas såsom ett utflöde av lojalitetsprincipen, eftersom rättstillämparen ålägger en borgenär, som i vissa fall torde ha ett visst informationsövertag, att denne även måste beakta borgensmannens intressen.¹²²⁶ Högsta domstolen menade att förpliktelsern förelåg trots att den inte explicit hade avtalats av parterna. Denna förpliktelse relativiseras dock av dess kontextberoende: *"[v]ad som närmare bör krävas av en borgenär får bero av omständigheterna i det speciella fallet."*¹²²⁷ Förpliktelsern att informera borgensmannen bortfaller exempelvis för borgenären om denne har fog för att tro att borgensmannen får den relevanta informationen via gäldenären. Borgensmannen kan t.ex. vara styrelseledamot i ett fåmansaktiebolag som tillika är gäldenär, och bör då rimligen ha insyn i bolagets ekonomi.¹²²⁸ Denna prövande metod

¹²²² Aristoteles (VI.7), s. 167 f. och (VI.8), s. 171.

¹²²³ Se not 1130 samt Nussbaum, s. 65 f.

¹²²⁴ Se ovan angående upplysningsplikt, not 529 samt under avsnitt 4.1.3 (ovan).

¹²²⁵ Bergström & Lennander, s. 47.

¹²²⁶ Se angående detta fall i text vid noterna 14 och 497.

¹²²⁷ Bergström & Lennander, s. 49.

¹²²⁸ Jfr med NJA 1994 s. 381, där borgensmannen tillika var ägare och styrelseledamot i ett aktiebolag. Detta aktiebolag var gäldenär i skuldförhållandet. Ägaren sålde bolaget och avgick såsom styrelseledamot men underlät att meddela borgenären om detta. Denna underlåtenhet innebar att borgenärens informationskyldighet bortföll eftersom borgenären hade fog för sin uppfattning att borgensmannen haft tillgång till fortlöpande information via gäldenären, d.v.s. fåmansbolaget.

skiljer sig från det ovan omnämnda antika rättsfallet där rättstillämparen inte tog notis om falllets konkreta omständigheter.

Enligt NJA 1992 s. 502 har en professionell rådgivare med sakkunskap i skattefrågor långtgående förpliktelser när det gäller att belysa en tilltänkt transaktions skattekonsekvenser. Å andra sidan begränsar Högsta domstolen denna förpliktelse i NJA 1994 s. 598: "*Allmänt sett är det påkallat att den som lämnar rådgivning i komplicerade rättsfrågor fäster uppdragsgivarens uppmärksamhet på om prejudikat saknas och om rättsläget av denna eller någon annan anledning kan vara osäkert. Behovet av att sådan information lämnas måste emellertid vara beroende av vem uppdragsgivaren är, vilka kvalifikationer han har och om han redan känner till problemet. Fall kan också tänkas då det framstår som så uppenbart att rättsläget är osäkert att ett särskilt påpekande härom får anses onödigt.*" Rådgivarens förpliktelse reduceras när klienten haft med sig en egen rådgivare eller själv haft en mera professionell ställning.¹²²⁹

Även om det finns uttryck för lojalitetsprincipen i de traditionella rättskällorna, är det av vikt att notera att dess innehåll konstrueras och förstås, till stor del utifrån sociala etiska utgångspunkter, d.v.s. ursprungligen utomrättsliga bedömningsmåttstockar (se ovan avsnitten 5.5.2. och 5.5.3 angående lojalitetsprincipen såsom en värdeprincip). Dessa bedömningsmåttstockar kan representera en viss yrkesetisk eller allmänt moralisk nivå inom en större grupp.¹²³⁰ Begrepp såsom *bonus pater familias*, *god sed* eller *gott affärsskick* används eller har använts i rättsliga sammanhang som svar på normativa behov.¹²³¹ Att något är *gott* måste dock rimligen betyda något konkret och det kan inte endast passivt betraktas, åtminstone inte av rättstillämparen. Det goda måste konstrueras med hänsyn till omständigheterna i den specifika situationen, och "*uppgiften att i sista hand bestämma vad som skall accepteras som »gott» kan domaren inte avsäga sig*".¹²³² När dessa normer väl har internaliserats i det rättsliga systemet blir de naturligt nog mindre ifrågasatta.

¹²²⁹ Se Kleinman, *Lender Liability*, 289 ff.

¹²³⁰ Jfr resonemang i Strömholm (1996), angående s.k. utomrättsliga bedömningsmåttstockar, s. 252.

¹²³¹ Jfr Samuel, s. 312 ff. Se även not 512 samt not 1427.

¹²³² Strömholm (1996), s. 252.

Det förekommer även, inte allt för sällan nuförtiden, att lagstiftaren – medvetet – lämnar över betydande värderingsfrågor till rättstillämparen.¹²³³ Rätten måste därför nå längre än lagen och rättstillämparen får, som en följd av detta förhållningssätt, högre krav på sig när det gäller att välja lösning, men även presentera goda skäl för den valda lösningen. Även om lagstiftarens delegerat uppgiften till domstolarna, måste den av rättstillämparen valda lösningen rimligen kunna förklaras och rättfärdigas.¹²³⁴

Sammanfattningsvis kan nämnas att lagstiftningsverksamhet är och måste vara generell till stor del, vilket aktualiserar den eviga konkretiseringsproblematiken när det kommer till bedömningen av ett enskilt fall. För att klara denna uppgift på ett godtagbart sätt behöver rättstillämparen ha en förmåga att fatta kloka beslut. Detta konstaterande, som vid första anblicken kanske uppfattas såsom trivialt, skall här nedan utvecklas och problematiseras. Redan Aristoteles teoretiserade, som ovan nämnts, angående denna förmåga att vara klok i det konkreta. Aristoteles kategoriserade denna praktiska klokhet (*fronesis*), såsom en intellektuell dygd, vilken behövs för att uppnå ”det goda livet”.¹²³⁵ I detta arbete återvänder jag bl.a. till denna kunskapsform. Syftet är att tränga in ett förhållningssätt som kan vara fruktbart när det gäller att förstå, och i bästa fall rättfärdiga, valda juridiska lösningar under beaktande av en samhällskontext.

¹²³³ Ett exempel är frågan om ideellt skadestånd vid vissa utomobligatoriska personskador. Lagstiftaren har under långa perioder låtit domstolarna fatta avgörande besluten angående vissa ersättningsprinciper.

¹²³⁴ Jfr Rentto, s. 414: ”We act. In action we choose. In choice we value. In value we participate, constituting ourselves, making ourselves what we are. No one can do that for us: ours is the responsibility.” Jfr även Strömholm (1996), s. 304 samt Ross, s. 178.

¹²³⁵ Lübeck m.fl., se dianoetiska/etiska dygder, s 115.

6.2 Kunskapsteoretisk bakgrund

Med Peczenik kan man hävda att det är svårt att besvara frågan om vad som bör menas med juridisk kunskap.¹²³⁶ Att göra en idéhistorisk utflykt kan ge oss intressanta epistemologiska aspekter och torde därmed öka våra möjligheter att kritiskt betrakta nutida sätt att se på kunskap. Det nu rådande perspektivet, eller för att tala med Kuhn – paradigmat, blir så till den grad naturligt att det förblindar oss. Varat lägger sin täckande slöja över oss och vår förmåga att ifrågasätta det rådande tänkesättet reduceras. I Aristoteles berömda verk, den Nikomachiska etiken, ges – i dess sjätte kapitel – konturerna till tre skilda kunskapsformer. En studie av dessa kan vara fruktbar för att bättre kunna förstå och reflektera över bl.a. juridiska metodproblem och vetenskapsfilosofi i allmänhet.¹²³⁷ I detta fall handlar det om några reflektioner angående hur man kan nå kunskap om lojalitetsprincipen.

Aristoteles skiljer mellan kunskapsformerna: episteme (”vetande”) techne (”kunnande”) och fronesis (”praktisk klokhet”). Gränserna mellan dessa kunskapsformer är inte absoluta,¹²³⁸ och här nedan ges blott några typiska karaktäristika. Här nedan diskuteras dessa tre kunskapsformer med anknytning till forskningsfrågan och förutsättningarna för en juridisk metod eller kanske snarare ett juridiskt förhållningssätt.

6.2.3 Episteme – den objektiva kunskapen

*”Att bakom allt det synes irrationella, växlande, oberäknliga, individuella hitta invarianterna, det oföränderliga och lagbundna, att återföra hela den brokiga och myllrande mångfalden i universum på ett litet antal konstanter, som är möjliga att formulera rationellt på matematikens språk. Den empiriska mångfalden återförs på ett begränsat antal matematiska former, det var Platons ideal. Den moderna vetenskapen har realiserat det.”*¹²³⁹

Den först nämnda kunskapsformen – episteme – är förmodligen den kunskapsform som numera reflexmässigt kopplas samman med vetenskap i allmänhet och naturvetenskap i synnerhet. Vi ser släktskapet med vår tids term för kunskapsteori – *epistemologi*. Ursprunget

¹²³⁶ Peczenik (1995), s. 315: ”En jurist drar sina slutsatser ur ett mycket varierande arbetsmaterial som omfattar såväl rättskällor, etablerade argumentationsnormer och härskande värdeomdömen som juristens »egna» värdeomdömen”

¹²³⁷ En pedagogisk översikt över dessa tre kunskapsformer ger Bernt Gustavsson i sin bok: *Kunskapsfilosofi, Tre kunskapsformer i historisk belysning*, Wahlström & Widstrand, 2000.

¹²³⁸ Jfr exempelvis Dunne, s. 249 ff. samt Flyvbjerg s. 58 med hänvisningar.

¹²³⁹ Nordin, s. 69.

till denna kunskapsform finns hos Platon. Episteme har beskrivande kallats för teoretisk-vetenskaplig kunskap och under långa perioder har den varit den enda kunskapen som räknas.¹²⁴⁰ Aristoteles menade att *vetandet* hänförs sig till saker som inte kan vara på annat sätt.¹²⁴¹ Med episteme förutsätts att det finns en verklighet utanför människan som är möjlig att få en sann uppfattning om. Detta kunskapsideal kännetecknas av strävan efter objektivitet och episteme utgör därmed en motpol till *doxa*, d.v.s. de försanthållanden, trosföreställningar och förgivettaganden som är de rådande inom en större eller mindre grupp människor.¹²⁴² Vid sidan av objektivitet är också bevisbarhet ett centralt begrepp i kunskapsformen episteme. Ett följdaktigt krav blir därför att det måste eftersträvas en frihet från alla värdemässiga ställningstaganden,¹²⁴³ och att subjektet – forskaren – skall hålla sig åtskild från det beforskade objektet. Den moderna (natur)vetenskapen är i den meningen snarast en triumf för detta platonska ideal.¹²⁴⁴

I den rättsliga historien finns ett antal strömningar vilka strävat efter ökad vetenskaplighet. Redan i det romerska riket fanns ansatser till en uppdelning mellan vetenskap (*scientia iuris*) och det praktiska användandets konst (*ars*).¹²⁴⁵ I den dåtida juridiska läroboken *Institutiones* presenteras en bearbetning av det rättsliga materialet vilken skiljde sig från beslutsfattandet i de konkreta fallen. Det växande rättsliga kasuistiska materialet behövde kategoriseras och systematiseras för att lättare kunna överblickas.¹²⁴⁶ De betydelsefulla kategoriseringarna som förekommer i *institutiones* förknippas med ett vetenskapligt-systematiskt förhållningssätt. Långt senare utvecklas andra bidrag till en ökad vetenskaplighet i samband med glossatorernas bearbetning av *corpus iuris civilis*,¹²⁴⁷ utvecklingen av den kanoniska rätten,¹²⁴⁸ jämte vad som kommit att kallas skolastiken med dess dialektiska metod.¹²⁴⁹ Senare

¹²⁴⁰ Flyvbjerg, s. 56; Gustavsson, s. 30.

¹²⁴¹ Aristoteles (VI.3), s. 161 f.

¹²⁴² Jfr Dunne, s. 237 och Rosengren, (2003), s. 67.

¹²⁴³ Gustavsson, s. 36 f.

¹²⁴⁴ Jfr Flyvbjerg, s. 56 samt citat, not 1239.

¹²⁴⁵ Samuel, s. 26: "*Scientia iuris* (a term to be found in the Roman sources) was assimilated knowledge to be distinguished from the *ars* (art) of deciding cases and knowing what is good and fair (*ars boni et aequi*)."

¹²⁴⁶ Stein (1999), s. 18 ff. Redan Cicero argumenterade för en systematisering av det kasuistiska rättsstoffet, se Strömholm (1996), s. 210.

¹²⁴⁷ Bellomo, s. 163 f. och 179 f.; Strömholm (1996), s. 211; Wieacker (1996), s. 26-70.

¹²⁴⁸ Berman, s. 521 och Wieacker (1996), s. 71-80.

¹²⁴⁹ Berman, s. 151 ff. Se även Samuel, s. 316 f.: "The dialectical methodology thus became associated with legal studies and with philosophy in general and this was the intellectual foundation for the modern view that reality is riddled with contradictions which must be transcended. Indeed, it has its echo in natural science method as well. The idea that science was to be 'interrogated' through experimentation was an early modernist idea and Popper's theory of falsification could be seen as a descendant of this line of thinking." [Fotnot utesluten ur citat] Hänv. till Barreau, *L'épistémologie*, 4 uppl., 1998, s. 53 f.

arbetade i sin tur de s.k. humanisterna mot vad som kommit att uppfattas såsom ett modernt vetenskapsideal.¹²⁵⁰

Även upplysningstidens vetenskapliga revolution kom att påverka den juridiska teoriuppfattningen.¹²⁵¹ Från slutet av 1700-talet fanns det en strömning som betecknades med slagorden ”från prudentia till scientia.”¹²⁵² I denna strömning poängterades ett logiskt systematiserande av det rättsliga materialet.¹²⁵³ Vetenskaplighet anknyts här än hårdare till kategorisering och systematik, vilka kan sägas utgöra viktiga förutsättningar för episteme-kunskap.¹²⁵⁴ I Tyskland skapade rationalister såsom Pufendorf och senare Wolff ett naturrättsligt grundat deduktivt system, vilka vägledades av ett matematiskt ideal (mos geometricus).¹²⁵⁵ Trots att naturrätten efter år 1800 övergavs som dominerande rättsteoretisk lära förblev den rationalistiska naturrättens systematiseringsarbete kvar.¹²⁵⁶ Systematiserings- och kategoriseringsidealen påverkade i sin tur viljan till att låta rätten kodifieras och tankarna kom till konkret uttryck i den kodifieringsvåg som följde.¹²⁵⁷ Exempelvis BGB anses vara en fortsättning på denna axiomatisering av juridiken och den har beskrivits såsom en legal kalkyleringsmaskin *par excellence*.¹²⁵⁸

Epistemeidealet kan anknytas till vad Georg Henrik von Wright kallat den Galileiska traditionen. Detta har en kausal-mekanisk förklaringsmodell vilken strävar efter exakthet,¹²⁵⁹ och där följaktligen matematiken utgör grunden för alla sanna vetenskapliga förklaringar.¹²⁶⁰ Detta idéinnehåll avspeglade sig i den framväxande positivismen där möjligheterna till vetenskap reducerades till att förbehållas empiriskt iakttagbara företeelser.¹²⁶¹ Detta vetenskapsideal, med dess radikala grenar logisk positivism och logisk empirism, fick

¹²⁵⁰ Bellomo, s. 204 ff.; Samuel, s. 28; Jfr Tamm; s. 282; Watkin, s. 114 ff.

¹²⁵¹ Jfr Samuel, s. 174 samt Wieacker, s. 312 ff.

¹²⁵² Bernt & Doublet, s. 35.

¹²⁵³ Bernt & Doublet, s. 35.

¹²⁵⁴ Samuel, s. 222: ”Knowledge is inconceivable without classification. The history of the natural science is largely a history of classification and categorisation of objects allowing for the induction of high-level categories in turn acting as the basis for conceptual and prepositional constructions.” [Fotnot utesluten]. Se även dens. s. 250.

¹²⁵⁵ Samuel von Pufendorf (1632-1694); Christian Wolff (1679-1754); Samuel, s. 70 och 174; Jfr även van Caenegem, s. 119 f. samt Watkin, s. 132 ff.

¹²⁵⁶ Strömholm (1996), s. 213.

¹²⁵⁷ Watkin, s. 132 f.

¹²⁵⁸ Samuel, s. 70 (not 128) efter Schwarz A.B. *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der ausländischen Rechtsentwicklung* (1950), s. 8. Jfr även Stein (1999), s. 123.

¹²⁵⁹ Aarnio, s. 80 hänv. till von Wright, *Explanation and Understanding* (1971). Jfr även nedan i text vid not 1511.

¹²⁶⁰ Berman, s. 155.

¹²⁶¹ Jfr Aarnio, s. 80 f. Se även Hellner (2001), s. 31 hänv. till Ayer, *Language, Truth and Logic*, 2 uppl., (1946).

efterhand åtminstone en viss indirekt effekt även på rättsvetenskapen,¹²⁶² vilket bl.a. framkommer ovan i avsnittet som behandlar induktion respektive deduktion (se avsnitt 5.4). Induktiv slutledning är detsamma som erfarenhetsslutledning baserad på en mängd iakttagelser. Exempelvis Bacon och Hägerström hävdade att man med hjälp av induktiva observationer skulle försöka generalisera rättsliga principer vilka i sin tur kunde ges deduktiv kraft. Epistemeidealet kan dock, vilket kan tyckas vara paradoxalt, anknytas såväl till induktiva som deduktiva metoder. Det moderna, naturvetenskapliga, vetenskapsidealet förstås numera ofta som en *hypotetisk-deduktiv teori* à la Popper, där en rent induktiv empirism förkastas.¹²⁶³ Även den tidigare ”kampen” mellan empirister och rationalister visar på olika uppfattningar hur episteme-kunskap kan uppnås. ”Ren” deduktion har, som ovan antytts, även tidigare förespråkats av de naturrättsligt orienterade rationalisterna. Det går därför även att anknyta epistemeidealet med värdeobjektivism, vilket framkommer redan i Platons idélära. Värdeobjektivismen stödjer sig dock, i motsats till ovanstående inte på det empiriskt verifierbara,¹²⁶⁴ varför den också förkastades av många under vetenskapsrevolutionen.¹²⁶⁵

När det gäller anknytningen till logik har det för rättsvetenskapen till betydande del kommit att handla om konstruktion och schematisering av rättsliga objekt, och dessas relation till system bestående av koncept och kategorier.¹²⁶⁶ Att ägna sig åt rättsdogmatik förknippas vanligen med att tolka och *systematisera* vad som brukar omnämnas såsom *gällande rätt*.¹²⁶⁷ Det förväntas att det används ett antal metodologiska regler och principer för hur man vinner kunskap från rättskällorna till tolkningsprocessen.¹²⁶⁸ Förhållandet mellan rättsvetenskapens ”vetenskaplighet” och det naturvetenskapliga vetenskapsidealet är dock tvetydigt.¹²⁶⁹ Det förstnämnda strävar inte att presentera verkligheten, det är i stället en normativ konstruktion, innehållande begrepp, kategorier och koncept. De legala normerna kan inte observeras på samma sätt som naturvetenskapliga fenomen, de måste i än högre grad att ha stöd av (rättsliga) koncept och teoretiska kategorier.¹²⁷⁰ ”*Law is the object of its own science.*”¹²⁷¹

¹²⁶² Se exempelvis Peczenik (1995), s. 103 ff. angående bl.a. Alf Ross. Se även Hellner (2001), s. 31 ff. och 117 ff.; Riis s. 494 och Strömholm (1996), s. 93 ff. samt 143.

¹²⁶³ Molander, s. 126 ff. Jfr även Poirier Martinsson, s. 370 ff.

¹²⁶⁴ Bergström (1990), s. 61.

¹²⁶⁵ Fortfarande finns det dock i allra högsta grad levande tankar om universalitet bl.a. vad gäller mänskliga rättigheter, vilka åtminstone delvis ger reminiscenser om ett objektivt kunskapsideal.

¹²⁶⁶ Samuel, s. 254.

¹²⁶⁷ Jfr Hellner (2001), s. 27 ff.; Peczenik (1995), s. 321; Ross, s. 220. Jfr noterna 16 och 1155.

¹²⁶⁸ Aarnio, s. 80 f.

¹²⁶⁹ Samuel, s. 53 f, 60 ff. och 250 ff.

¹²⁷⁰ Samuel, s. 60 f. och s. 250. Detta innebär inte att naturvetenskaperna skulle vara befriade från förförståelse.

¹²⁷¹ Samuel, s. 250 [Fotnot utesluten ur citat]. Hänv. till Atias, C, *Épistémologie juridique*, 1985 s. 31-36.

Såväl rätten som rättsvetenskapen är alltigenom mänskliga konstruktioner varför det i den meningen knappast går att förknippa dessa områden med en renodlad episteme-kunskap. Det är människan som är juridikens mått för att göra liknelsen med homo mensura-satsen. Likväl bygger den traditionella rättsvetenskapen på ett deskriptivt ideal – den rättsliga verkligheten i form av ”gällande rätt” skall fångas och avbildas där vetenskapsmannen skall förhålla sig neutral till det undersökta objektet. Det kan liknas vid att någon tar ett fotografi där tillståndet fryses vid en given tidpunkt: denna ”bild” skall sedan bearbetas och rationaliseras utifrån vissa fastlagda kriterier. Resultatet skall kunna utmynna i en ”prognos” avseende hur rätten kommer att behandla ett visst sakförhållande.

6.2.3.1 *Episteme och en förment vetenskaplig reduktionism*

Tendensen att utifrån en vetenskap göra anspråk på generella påståenden om verkligheten anses vara förhållandevis vanligt förekommande nu för tiden.¹²⁷² Inte sällan torde det finnas ett bakomliggande auktoritetsanspråk och vetenskaplig maktvilja.¹²⁷³ Kännetecknande för dessa verklighetsanspråk är att de ofta kan förknippas med reduktionism: kunskapen reduceras till endast en nivå av den s.k. verkligheten,¹²⁷⁴ där kunskapen riskerar att dogmatiseras.¹²⁷⁵ Ett sätt att känna igen reduktionismens koryfée är när de uttalar följande ”kodord”: *”Verkligheten är ”ingenting annat än” en samling atomer. Människan är ”ingenting annat än” ett djur. Samhället är ingenting annat än sina ekonomiska transaktioner. Vardagliga eller allmänt förekommande uttryck för att beskriva reduktionism är att sätta suffixet –ism efter respektive vetenskap. När biologer reducerar till biologi kallas det ”biologism”, ekonomer till ekonomi ekonomism, ...”*¹²⁷⁶.

Det kan även finnas något förlåtligt över denna reduktionism: det kan vara ett sätt att förenkla perceptionen av en komplex omvärld. Oaktat detta kan vetenskapshistoria vara ett nyttigt motmedel mot dessa tendenser, genom att visa på att trendernas relativitet över tiden. Därmed ges forskaren bättre förutsättningar att förhålla sig till överförda förenklingar och

¹²⁷² Gustavsson, s. 93.

¹²⁷³ Alvesson & Sköldberg, s. 50 f.

¹²⁷⁴ Jfr Gustavsson, s. 236 f.

¹²⁷⁵ Samuel, s. 58.

¹²⁷⁶ Gustavsson, s. 93.

paradigmatiska myter vilka riskerar att hindra vetenskapsutvecklingen.¹²⁷⁷ Reduktionism av olika grad och av olika slag förekommer även i rättsliga sammanhang. För det första förekommer reduktionism vid rättsligt beslutsfattande på olika nivåer. Strikt lagpositivism är kanske det tydligaste exemplet på rättslig reduktionism. Att försöka förvandla rätten till endast en logisk/mekanisk process inger dock betänkligheter i ett historiskt perspektiv: det har snarare varit uttryck för en vulgarisering.¹²⁷⁸ En reducerande vetenskapsideologi synes ha en anknytning till de tidigare kodifieringssträvandena; kodifieringen synes ha verkat i en reducerande riktning, vilket påverkar rättsvetenskapen och dess metoder.¹²⁷⁹ En kodifiering torde dock alltid vara mer eller mindre ofullständig och den kan därför inte förväntas ge all information så att det går att, på ett odiskutabelt sett, alltid komma fram till ”rätt” lösning.¹²⁸⁰ Allmänna rättsprinciper kan därför, i den mån de accepteras, fylla ut och ge en stödjande normativ struktur.

Även om vi tar avstånd från strikt lagpositivism, undslipper vi fortfarande inte realitetens krav på att dra en ”relevansgräns”; Strömholm diskuterar den nödvändiga ”juridiska isoleringstekniken.”¹²⁸¹ Rättsystemet måste i viss utsträckning, alltid reducera beslutsprocessens komplexitet.¹²⁸² i annat fall riskerar rätten att handlingsförlamas. I mer komplicerade rättsliga beslutssituationer, handlar det för rättstillämparen, vanligen om att försöka balansera motstående intressen. I dessa fall beaktas därvidlag vissa intressen, med de får likväl slutligen vika för andra intressen. Det går dock inte att, i en levande demokrati, en gång för alla fatta beslut om vad det är som skall reduceras bort från beslutsunderlaget, respektive vilket intresse som skall ha prioritet. Relevansgränsen måste kunna flyttas: ett exempel på det senare är att avtalets s.k. *partsexklusivitet* har uppluckrats i olika sammanhang. När konsekvenser av ett avtal påverkar tredje part i alltför hög grad kan denne ges rätten att föra talan mot någon av parterna. I takt med den ekonomiska och politiska utvecklingen har denna konkreta relevansgräns flyttats, vilket diskuterats ovan (kapitel 2).

Även den som ägnar sig åt *rättsvetenskap* reducerar: vissa mer eller mindre medvetet valda perspektiv fångar upp ett antal intressen på bekostnad av andra. En viss reduktionism är, så

¹²⁷⁷ Samuel, s. 58 f.

¹²⁷⁸ Jfr Stein (1999), angående den romerska rättens intellektuella nedgång: "The reduction of law-finding to a purely mechanical process is testimony to the fact that Roman legal science had reached its nadir."

¹²⁷⁹ Samuel, s. 120: "In the civil law tradition, codification has exacerbated this reductionist tendency, not just in respect of science itself, but also with regard to methodology."

¹²⁸⁰ Samuel, s. 88.

¹²⁸¹ Strömholm (1996), s. 303.

¹²⁸² Peczenik (1995), s. 205, hänv. till Luhmann.

vitt jag förstår oundviklig, åtminstone för en enskild forskare med begränsade resurser. Redan Gaius lärobok *Institutiones* ger en rationaliserad bild av den romerska rätten. Den hade såsom lärobok uppgiften att förmedla en reducerad bild av rätten av pedagogiska skäl men denna rationalisering skapade även möjligheter för en *scientia iuris*.¹²⁸³

Det som brukar benämnas rättsdogmatik eller traditionell rättsvetenskap förknippas vanligen med ett förhållandevis positivistiskt orienterat, legalcentralistiskt perspektiv,¹²⁸⁴ där rättskällor av olika dignitet utgör det exklusiva underlaget för undersökningar.¹²⁸⁵ Dock har det kunnat skönjas ett ökat intresse för mer eller mindre rättsvetenskapsexterna idéer. Det förekommer i vissa rättsvetenskapliga arbeten argument, vilka härrör från andra vetenskaper; dessa idéer finns inte nödvändigtvis postulerade i de mer auktoritativa rättskällorna (lagar och förarbeten). Med denna tendens kan man se det som en öppning mot andra vetenskaper och intressen, vilket kan ge nya perspektiv, vilka i annat fall skulle ha förbisetts. Detta är enligt min uppfattning något positivt. Samtidigt bör det ”nya” också kritiskt granskas: i viss utsträckning riskerar man att ersätta en petrifierad rättspositivism med andra varianter på positivistisk reduktionism med förment vetenskapliga anspråk. Ett exempel på det senare är varianter på ekonomisk reduktionism, vilka blivit vanligare i rättsvetenskapliga sammanhang under det senaste decenniet. Denna trend går att förknippa med ovanstående epistemeideal varför den diskuteras i detta sammanhang. Här nedan framkommer några kritiska reflektioner över några av de teoretiska antaganden och modeller som åberopas. Det är däremot inte något utslag av någon fundamental ovilja till användandet av ekonomiska perspektiv i rättsvetenskapen: sådana förekommer även i föreliggande arbete. I annat fall riskeras – som ovan påpekats – att en reduktiv modell väljs på bekostnad av en annan.

6.2.3.1.1 Reduktionism: mer om exemplet ekonomi

Att avtalsrättsliga spørsmål inbegriper ekonomiska överväganden i större eller mindre omfattning är inte någon ny upptäckt; redan Ulpianus proklamerade att privaträtten ägnas åt enskilda individers intressen.¹²⁸⁶ Det är heller inte särskilt kontroversiellt att hävda att samhället bör hushålla med tillgängliga resurser, bl.a. genom att verka för effektiva

¹²⁸³ Jfr Samuel, s. 128.

¹²⁸⁴ Jfr Nystén-Haarala, s. 1, hänv. till Williamson och Galanter. Se även Hydén, *Rättssociologi*, s. 57 f.

¹²⁸⁵ Se exempelvis Hellner (2001), s. 125 f.

¹²⁸⁶ Digest. I.1.1.2., Jfr Samuel, s. 146.

marknadsutbyten. Dessa två utgångspunkter är tämligen självklara i diskursen: resurshushållning av olika slag ingår i vad som kan kallas *common sense*. Det finns knappast någon som, i en seriös diskussion, på fullt allvar skulle hävda motsatsen – ”slöseri bör främjas!” Emellanåt återopas effektivitetsargumentet närmast som metanorm på bekostnad av andra argument. Det är denna reduktiva hållning som här kritiskt granskas.

Det hävdas att de ekonomiska teorierna stärker rättsvetenskapens anspråk på att vara en vetenskap.¹²⁸⁷ Ekonomi (närmare bestämt ”economics”)¹²⁸⁸ har omnämnts såsom ”the queen of the social sciences”,¹²⁸⁹ vilket förklaras med att problemlösningen har destillerats till två effektivitetsmått.¹²⁹⁰ Här tydliggörs förknippandet med epistemeidealet: det anses tydligen att något är mer vetenskapligt ju mer reduktivt det är. Med den ekonomiska analysen antas rättsvetenskapen drivas mot exakthet.¹²⁹¹ Posner framhäver för övrigt *fördelen* med reduktionismen; fortfarande framkommer drag av hans tidigare förkärlek till en logisk-empirisk grundad kunskaps skepticism.¹²⁹² Posner menar att de ekonomiska modellerna bör vara reduktiva: annars skulle de bli för komplexa, vilket skulle göra dem till beskrifter snarare än teorier.¹²⁹³ Han synes numera i högre utsträckning bejaka ett hypotetiskt –deduktivt vetenskapsideal.¹²⁹⁴

Det finns – bl.a. hos Posner – en strävan att åstadkomma hanterbara rationalitetsmodeller, i förhoppning att förenkla såväl förklaring som beslutsfattande. Detta har lett till en ökad teknifiering när rationalitetsanspråken försöker uttryckas i matematiska och logiska formler.¹²⁹⁵ Just inslagen av matematik förespråkas för övrigt av vissa ekonomer för att därigenom ge en vetenskaplig legitimitet åt *nationalekonomin*.¹²⁹⁶ Denna matematiseringsstendens medför vanligen en kraftig reduktion av ”fakta” och analysen av den

¹²⁸⁷ Mattei, s. 359 och s. 364. Se även Ulfbeck, s. 25, särskilt not 32.

¹²⁸⁸ Ekonomiskrelaterad vetenskap är naturligtvis inte enhetlig. Det finns en mängd olika perspektiv och varierande kunskapsfilosofier. I detta sammanhang diskuteras främst vad som i Sverige kategoriseras såsom ”traditionell” nationalekonomi (vanligen neoklassisk) i den skepnad den ges i rättsvetenskapliga sammanhang, se exempelvis Dahlman m.fl. s. 63 ff. angående neoklassisk nationalekonomi.

¹²⁸⁹ Jfr Madison, s. 34; Mattei, s. 364, hänv. till Cooter, R., *Law and the Imperialism of Economics*, (1982) U.C.L.A. Law Review, s. 1260.

¹²⁹⁰ Mattei, s. 359: ”There are just two recognized standards of economic efficiency which are at the roots of the success of economics among the social sciences.” [Fotnot utesluten i citat]; Jfr även Runesson, s. 39.

¹²⁹¹ Se Burton s. 114 hänv. till Posner, *The Jurisprudence of Scepticism*, s. 858 f.

¹²⁹² Burton, s. 112 ff., Jfr även Rao, s. 89 angående Posner och ekonomisk formalism. Se angående anknytningen mellan den logiska positivismen och den skandinaviska rättsrealismen, Riis, s. 494.

¹²⁹³ Posner (1998), s. 18.

¹²⁹⁴ Jfr exempelvis Posner (1998), s. 288: ”Economic theory is a system of deductive logic: When correctly applied, it yields results that are consistent with one another.”

¹²⁹⁵ Hellner, (2001), s. 34.

¹²⁹⁶ Se exempelvis Dahlman m.fl. s. 65 samt Pålsson Syll, s. 186 och 299 ff.

komplexa verkligheten förenklas med hjälp av ett fåtal centrala antaganden.¹²⁹⁷ En vidareutveckling av denna trend kommer till uttryck i spelteorin, vilken numera även förekommer i rättsvetenskapliga sammanhang.¹²⁹⁸ Det matematiska inslaget ger dock inte endast *rigor* utan också *mortis*.¹²⁹⁹ Rättslig argumentation har å sin sida historiskt betraktat snarare kännetecknats av ett topiskt orienterat förhållningssätt. I annat fall isoleras ett fåtal faktorer vilket riskerar variationsbredden och möjligheterna till ett holistiskt perspektiv.¹³⁰⁰

Ovanstående reduktiva synsätt kan också det sättas in i ett historiskt perspektiv. Redan nominalismen (främst associerad med William av Ockham ca: 1285-1349) anses ha banat väg för en analytisk reduktionism; objekt skulle reducera till dess minsta beståndsdel. Ett samhälle var därmed endast ett antal individer.¹³⁰¹ Långt senare, efter upplysningstiden och Kant separerades dessutom etik och ekonomi, vilket accentuerades särskilt i samband med den triumferande naturvetenskapligt förknippade, mekanistiska konceptionen av ekonomi. Detta avspeglade sig bl.a. i den marginalistiska s.k. neoklassiska ekonomiska teorin,¹³⁰² vilken lanserades på bred front under 1870-talet. Under en allmän välbästandöskning försköts fokus från det tidigare makroperspektivet mot ett mikroperspektiv där utgångspunkten var individers och företags marginella nytto- och kostnadskalkyler.¹³⁰³ I denna teori koncentrerade man sig främst åt att beskriva och analysera den prisbildningsprocess som i ett kortsiktigt marknadsperspektiv skapade en optimal och effektiv resursallokering.¹³⁰⁴ De konstruerade mekanistiska analysmodellerna inspirerades som ovan nämnts av naturvetenskapen och delar tillsammans med marxismen en mekanistiskt orienterad determinism.¹³⁰⁵ Här kan vi även anknyta till föregångaren Hobbes och dennes teori om ett mekaniskt medvetande. Därutöver kan vi erinra om de från fysiken lånade metaforen som använts i ekonomiska förklaringsmodeller. Adam Smith angav exempelvis i hans verk *Wealth*

¹²⁹⁷ Dahlman m.fl. s. 14.

¹²⁹⁸ Se olika matematiska modeller i bl.a. Cooter & Ullen (passim).

¹²⁹⁹ Se citat av Robert Heilbroner i Hansen s. 564: «Mathematics has given economics rigor, but alas, also mortis.» Se även Dotevall (2002), s. 445 f. angående sambandet mellan ekonomisk teori och 36 § avtalslagen: "Men det ligger emellertid en risk i att använda en viss ekonomisk teori som normativ måttstock. Vid prövningen av om avtalet överensstämmer med en sådan teori finns, på motsvarande sätt som jag nyss nämnde ifråga om rättspraxis och förarbeten, en risk att skälighetsstandarden blir stelbent och därvid förlorar sin speciella funktion."

¹³⁰⁰ Jfr Andersson, Håkan, (1993), s. 223 f. samt Hellner, (2001), s. 34 f. Se även Peczenik (1997), angående juridisk avvägning, särskilt s. 705: "Det rör sig om en enda komplex relation mellan alla relevanta värden. En sådan sammanvägning är typisk för juridik, medan i ekonomi går det kanske att isolera ett par värden."

¹³⁰¹ Samuel, s. 68 och 141.

¹³⁰² En sammanfattande beskrivning av den neoklassiska teorin finns exempelvis i Pålsson Syll, s. 184.

¹³⁰³ Pålsson Syll, s. 184.

¹³⁰⁴ Pålsson Syll, s. 184.

¹³⁰⁵ Koslowski, s. 13 f. Se även Berman, s. 545: "[Marx] searched for scientific laws of history analogous to the scientific laws of physics and chemistry."

of Nations att priset på en fri marknad *graviterar* mot det naturliga priset. Vid denna tid diskuteras också att utbud och efterfrågan kan uppnå *jämviktslägen*, vilken är "en metafor som nu är så sliten att vi glömmer bort att den är hämtad direkt från fysiken."¹³⁰⁶

Denna strävan efter en naturbundenhet har, något paradoxalt kan tyckas, likheter med de tidiga babyloniska tänkarna. I tvåflodslandet sökte man dolda sammanhang mellan betraktelser angående himlakroppars lagbundna rörelsescheman och mänskliga beteenden.¹³⁰⁷ Möjligen har det, åtminstone i vissa avseenden, hänt mindre än vi vill tro i vissa avseenden.¹³⁰⁸ I detta sammanhang kan det något kuriöst konstateras att Boulding kallade den moderna nationalekonomin för "*en icke-existerande världs himmelska mekanik*".¹³⁰⁹ Med tanke på dessa idéer och liknelser kan vi knappast undgå att göra associationer till epistemeidealet och Platons idévärld med dess eviga mönsterbilder. Nelson har å sin sida liknat ekonomi med en modern variant på teologi, vilket visar att vetenskap och tro inte är så lätt att skilja åt.¹³¹⁰ Det bör dock påpekas att ekonomi knappast är någon renodlad episteme-kunskap, snarare en slags hybrid eller "*second-order science*".¹³¹¹

Strävanden efter att försöka reducera verkligheten i vetenskapliga sammanhang har säkert flera förklaringar, vid sidan av de instrumentella såsom viljan till makt respektive kampen om forskningsresurser. Det går nog inte att bortse från att även psykiska faktorer spelar in. Elster har gjort liknelsen med en maskin när han diskuterar det lämpliga att gå från förklaringar på mikronivå till förklaringar på makronivå. Han menade att det alltid är mer tilldragande att öppna "lådan" och kunna se de enskilda kugghjulen i "maskinen".¹³¹² Lindberg påpekar å sin sida att: "*Det ligger ... någonting suggestivt i textens bistra reduktionism; att alla ideal och värden visas vara illusioner och kan reduceras till en enda underliggande mekanism är*

¹³⁰⁶ Poirier Martinsson, s. 190.

¹³⁰⁷ Jfr Strahl, s. 13 f.

¹³⁰⁸ Jfr Madison s. 39: "It is very likely to be ignored when in a precipitous attempt to make economics a 'positive science' one casts about for a suitable natural science method. Physics is not a very good model, since economic phenomena do not readily lend themselves to experimentation. But one can always appeal to astronomy, which is unquestionably a science even though it too cannot make use of experiments." [fotnot utesluten] Se densamme not 8, s. 53 citerande Gwartney & Soup, *Economics: Private and Public Choice* (1980).

¹³⁰⁹ Efter Pålsson Syll, s. 303.

¹³¹⁰ Nelson (passim).

¹³¹¹ Se Flyvbjerg, s. 44. med hänvisningar. Jfr även Hansen, s. 567 samt Madison, s. 34 ff och följande citat från s. 45: "We seem to be confronted with a dilemma here: either economics is an 'objective', 'positive' science dealing with quantitative magnitudes by means of statistical techniques which give rise to testable hypotheses (in which case there is no need for 'interpretation'); or, economics, dealing as it does with meaningful action on the part of human beings, is a hermeneutical, interpretive discipline and should thus renounce the use of formal, quantitative models and the attempt to construct 'objective', casual explanations." Jfr även resonemang i Malloy, s. 139 samt Pålsson Syll, s. 285.

¹³¹² Elster, Jon, efter Samuel, s. 319.

intellektuellt lockande, samtidigt som det vädjar till läsarens sinne för realism och cynism.”¹³¹³

Ovanstående varianter av reduktionism, oavsett orsakerna till den, visar sig ofta i samband med att de förment verkliga intressena ”avslöjas”. Det handlar vanligen om instrumentella intressen. I exempelvis marxismen avslöjas den immanenta strävan efter makt. Ricoeur benämner för övrigt Marx, Nietzsche och Freuds dekonstruktiva teorier passande för ”misstänksamhetens hermeneutik”.¹³¹⁴ Liknande ”avslöjanden” förekommer även understundom i rättsvetenskapliga sammanhang. Exempelvis Posner menar att ekonomisk effektivitet är en *dold logik* bakom common law:¹³¹⁵ *”But on inspection these principles [of justice] usually turn out to have a functional or instrumentalist character: to be, in fact a version of efficiency or redistributive policy.”*¹³¹⁶ Posner hävdar också att begreppet *unjustified enrichment* (”obehörig vinst”), vilket åberopats i ett antal amerikanska rättsfall, *”smacks of morality, but the cases are better explained in economic terms.”*¹³¹⁷ Ofta avslöjas det instrumentella egenintresset såsom den bästa förklaringen: exempelvis Duggan avslöjar ”sanningen” bakom equity-institutet i common law: *”However, while it is true that equity judgements are often heavily laced with appeals to conscience, it is important not to be beguiled by the rhetoric. In the end, it is not the language judges use that count so much as the results they actually reach. The truth is that, notwithstanding the rhetoric of conscience, large areas of equity doctrine can be accounted for in economic terms and hence are referable to considerations of parties’ self-interest rather than to altruism...”*¹³¹⁸

Det postulerade självintresset kan uppenbarligen ligga väldigt långt bort från själva de aktuella handlingarna; eller också kan det tolkas så vitt att det förklarar i princip alla beteenden.¹³¹⁹ Förenklingar i samma anda går även att finna i Norden. Exempelvis kan bl.a.

¹³¹³ Lindberg, s. 179.

¹³¹⁴ Madison, s. 43, med hänv. till Ricoeur, *The Conflict of Interpretations: Essays in Hermeneutics*, Ihde, Don (red.), s. 18. Se även Alvesson & Skoldberg, s. 131 f.

¹³¹⁵ Jfr Posner (1998), s. 271 ff. Se även Burton (kritisk), s. 113. Jfr även Hellners kritik (2001):

”Rättsekonomernas argumentation för att visa att de amerikanska domstolarna tillämpar en praxis som leder till ekonomisk effektivitet bygger till stor del på ad-hoc-argument.” s. 45 ff. och 67 (citrat) med exempel och hänvisningar. Jfr även s.k. *ad hoc-hypoteser* i Molander (angående Poppers demarkationskriterium), s. 132.

¹³¹⁶ Posner (1998), s. 275.

¹³¹⁷ Posner (1998), s. 151.

¹³¹⁸ Duggan, s. 77.

¹³¹⁹ Jfr Asplund exempelvis s. 109, 123 ff. Jfr även Gordley (1991), s. 239: “By itself, moreover, any of these ‘economic explanations’ might be made to seem plausible. One loses confidence, however, when one encounters such an explanation at every turn, when the explanations are not obvious consequences of economic principles, when these subtle explanations are said to have subconsciously motivated lawmakers, when the detection of a

följande, av varandra oavhängiga citat noteras. Poulsen skriver exempelvis angående skyddet för företagshemligheter att: *"Den moralske fordømmelse...er blot en anden måde at udtrykke det forhold, at det samfundsøkonomisk er mest hensigtsmæssigt, at den, der foretager en indsats, også sikres de økonomiske resultat heraf."*¹³²⁰ Runesson å sin sida skriver: *"Något förenklat kan nu sägas att målet att minska transaktionskostnaderna i ekonomin är den egentliga orsaken till varför vi skall bekymra oss om innehållet i den dispositiva rätten."*¹³²¹ I samma anda hävdas emellanåt att ekonomiska förklaringsmodeller bättre förklarar vissa förhållanden, vilka tidigare motiverades såsom "rimliga" och "rättfärdiga."¹³²² Den ekonomiska logiken påstås hjälpa till att *"raffinere godtkøbs- og billighedsbetragtninger."*¹³²³ På grund av den naturalistiska böjelsen,¹³²⁴ synes mycket kunna förklaras i ekonomiska modeller. Teorin grundar en förståelse vilken efter hand filtrerar alla empiriska intryck efter förutbestämda mönster. Redan fakta associeras med idéer och koncept. Madison uttrycker det på följande sätt: *"What truly counts in economic 'explanation' is not empirical verification (or falsification) but narrative acceptability."*¹³²⁵ I den meningen förloras ett Popperskt förhållningssätt, där det strävas efter att försöka falsifiera i stället för att omtolka fakta i syfte att få det att passa till teorin.

Såväl utilitaristisk nyttomoral som Kants liberalt orienterade pliktetik har universella anspråk. Båda dessa olika etikinriktningar ingår i en bred liberal upplysningstradition och deras universella anspråk ger associationer till epistemeidealet.¹³²⁶ Det kan här noteras att såväl utilitarism som annan konsekvensetik emellanåt presenteras i vetenskaplig skrud. De är dock såsom etiska teorier naturligt nog inte värderingsfria, varför de i den meningen inte överensstämmer med epistemeidealet.¹³²⁷ Ideologier såsom marxism och liberalism, vilka båda har starka ekonomiska inslag har presenterats såsom vetenskapliga analyser.¹³²⁸ Det är

flaw in one such explanation promptly leads economists to search for another which is then said to have been subconscious motivation of law-makers."

¹³²⁰ Poulsen, s. 27 [Fotnot utesluten i citat].

¹³²¹ Runesson, s. 45.

¹³²² Den teorin ges i exempelvis Andersen (1997), s. 349. Jfr även Hellner (2001), s. 33.

¹³²³ Riis, s. 478. Kommenterad av Hansen, s. 564. Jfr även Mattei s. 359: "Indeed the shift from equity to efficiency brings to the analysis of the law a set of value judgements which is claimed to be more widely acceptable and less subjective in nature." Jfr även citat ovan av Duggan, not 1318.

¹³²⁴ Med naturalism menas här att man härleder börat från varat. Se Bergström (1990), s. 44 ff.

¹³²⁵ Madison, s. 49 (i citat har här fetstil valts för två ord som ursprungligen var kursiverade). Jfr exempel nedan i text vid not 446.

¹³²⁶ Jfr Gustavsson, s. 176.

¹³²⁷ Jfr exempelvis Grimen, s. 55; Taylor, s. 215 ff.; Hausman, & McPherson, s. 256 f.

¹³²⁸ Se exempelvis Molander, s. 131 f. Jfr Poirier Martinsson, s. 191: "På precis samma sätt blandade Marx ihop ekonomiska frågor med moralfrågor, och liksom i liberalismens fall kunde den egna moralen identifieras med naturgivna vanor och beteenden: marxister och liberaler trodde med någon slags pervers själv rättfärdighet att de

dock diskutabelt att moralbegreppet i argumentationen (jfr ovan) används såsom ett alternativ eller konkurrent till ekonomiska förklaringar/rättfärdiganden. Det ekonomiskt grundade alternativet grundar sig dock också på en etisk teori. Etiken har även betydelse för den positiva nationalekonomin. För det första har etiska förpliktelser inverkan på individuella val, vilket i sin tur påverkar ekonomiska resultat.¹³²⁹ För det andra anses ekonomiska institutioner inverka även på etiska förpliktelser; därutöver har ekonomernas sätt att begreppsliiggöra och förklarar individuella val moraliska konsekvenser.¹³³⁰ Posner själv tycks, trots ovanstående uttalade av honom medveten om detta eftersom han bl.a. skriver att *law and economics-rörelsen* försöker att utveckla en *moralisk teori* vilken går bortom klassisk utilitarism. Den vägleds av att handlingar maximerar vad han benämner "the wealth of society".¹³³¹

Nuförtiden finns det, som ovan antytts, även en tendens att låta de positivistiska, och därmed reduktionistiska, ekonomiska modellerna få ett starkare *normativt* genomslag i juridiken. Möjligen beror detta på att ekonomiska lagar och marknaden i viss utsträckning kommit att betraktas som några av de få auktoriteter som finns i det, som det ibland kallas, postmoderna samhället. En annan möjlig teori är att det visar på nutida svenska juristers generella oförmåga att hantera normativa utgångspunkter – andra än rättsrealismens utilitaristiska reminiscenser: effektivitet såsom s.k. samhällsnytta.¹³³² När det brister i rättsvetenskapens metodologiska/vetenskapliga självmedvetenheten blir det förstås mer naturligt att anamma andra vetenskapsideal, vilket även synes ha skett i andra länder.¹³³³

De ekonomiska modellernas normativa kraft avtar dock i kontakten med den rättsliga verkligheten. Exempelvis Mattei påpekar också mycket riktigt att när effektivitet upphör att endast vara ett teoretiskt begrepp på akademisk nivå, utan blir ett rättsligt argument bland

hade vetenskapligt bevisat att deras moral var den rätta. Det har varit en seglivad uppfattning och det måste därför understrykas att de som försöker göra marxismen eller liberalismen till speciellt vetenskapliga rättfärdigade politiska hållningar skjuter sig i foten." Jfr även Martinson s. 71, särskilt not 66.

¹³²⁹ Hausman, & McPherson. s. 268.

¹³³⁰ Hausman, & McPherson. s. 268.

¹³³¹ Posner, *The Economics of Justice*, (1983), s. 115, efter Samuel, s. 108.

¹³³² Jfr Skogh & Lane s. 15: "I välfärdsteorin antas staten maximera den totala välfärden utan att den bakomliggande utilitaristiska statsfilosofin förklaras eller ens omnämnas."

¹³³³ Birks, *Equity in the Modern Law: An Exercise in Taxonomy*, 26 University of Western Australia Law Review, 1 (1996), s. 4: "The realists and post-realists have done a good job of debunking legal science. In the United States where Jerome Frank and his intellectual successors did their most serious damage, it has never recovered and now lets in floods of law and economics in the hope of filling the broken vessel." Citat efter Samuel, s. 73.

praktiskt verksamma jurister, lösgör den sig nödvändigtvis från – de med sitt vetenskapsideal förknippade – kraven på rigorism och objektivitet.¹³³⁴

6.2.4 *Techne – teknik och konst*

*"The art of the judge in both the civil law and common law traditions can... be said to be a matter of searching for the right solution within particular factual situations. This has been described as an art rather than a science. And the judge reaches the height of this art 'from the movement when he will be seen to be employing structural procedures both to construct the factual situation and to choose and devise a normative principle'."*¹³³⁵

Vid sidan av episteme finns det en annan kunskapsform vilken benämns *techne* (kunnande/kunnigheten). Vi ser släktskapet med svenskans *teknik* respektive *teknologi*. *Techne* förknippas med färdigheter och praktiska göromål. Det är därmed en praktisk-produktiv kunskap och den är enligt Aristoteles instrumentell på så vis att målet för ett visst handlande ligger utanför själva processen.¹³³⁶ Man bygger normalt inte ett hus endast för byggandets egen skull, utan för att någon skall bo i huset i fråga. *Techne* förknippas således med handling (*poiesis*) vilken är inriktad på produktion och skapande,¹³³⁷ och till skillnad mot epistemeidealet betraktas inte *techne* såsom ett sätt att presentera verkligheten.¹³³⁸ *Teknologi* har för övrigt beskrivits vara halvvägs mellan teknik och vetenskap.¹³³⁹

Techne tar sin utgångspunkt i att veta hur (know how),¹³⁴⁰ medan episteme tar sin utgångspunkt i att veta varför (know why).¹³⁴¹ Förenklat skulle man kunna säga att en praktiker vet vad som skall göras, men inte nödvändigtvis varför (bortsett från exempelvis rena auktoritetsskäl). Vetenskaparen å sin sida förväntas inte endast veta fakta utan även de bakomliggande orsakerna till dessa.¹³⁴²

¹³³⁴ Mattei, s. 360.

¹³³⁵ Samuel, s. 115, [Fotnot utesluten] Citat efter Ivainer, *L'interprétation des faits en droit* (1988).

¹³³⁶ Aristoteles (VI.4), s. 162 f.

¹³³⁷ Dunne, s. 244; Flyvbjerg, s. 56; Sherman, s. 264.

¹³³⁸ Jfr Samuel, s. 55.

¹³³⁹ Samuel, s. 54 (not 4) efter Goffi, *La philosophie de la technique* (1988) s. 26.

¹³⁴⁰ Jfr Mincke, s. 286.

¹³⁴¹ Jfr Flyvbjerg, s. 56. Jfr även Eriksen, s. 147 samt Stein (1966), s. 34 vilka båda hänvisar till Aristoteles verk *Metafysiken* (I.I.II)

¹³⁴² Stein (1966), s. 34

Techne såsom en ”handens kunskap” har historiskt sett ofta ansetts underordnad den teoretiska kunskapen:¹³⁴³ betänk att denna kunskap har förknippats med färdigheter, vilka i stor utsträckning har funnits hos slavar och fattiga hantverkare under lång tid. Techne kan i viss utsträckning benämnas *tyst kunskap*, dels för att den ofta har haft en låg status, dels för att det kan vara förenat med svårigheter att kommunicera denna kunskap med ord. Cykling kan utgöra ett exempel på det senare: denna praktiska färdighet måste läras via praktiska övningar, det räcker inte med att ha teoretisk kunskap om cyklandets förutsättningar för att kunna utföra själva cyklandet. Själva balanseringskonsten måste ”upplevas” i verkligheten. Å andra sidan innebär tyst kunskap att någon de facto *kan* utföra något (som att cykla) utan att denne kan uttrycka denna kunskap verbalt.¹³⁴⁴

Av ovan framgår att kunskapsformen techne förknippas med praktiskt hantverk och skapandets konst. Säkerligen behövs det också technekunskap i skilda juridiska sammanhang. En stor del av den juridiska läroprocessen är knuten till praxisfältet.¹³⁴⁵ En person kan bli domare endast efter en lång praktik. De praktiska kunskaperna behövs i de olika rättsliga aktiviteterna. Dels behövs det, förutom planmässighet, även tekniska och systematiska kunskaper vid exempelvis *lagstiftningsarbete*.¹³⁴⁶ I dessa närmast ”arkitektoniska” uppgifter krävs det att, likt en juridisk motsvarighet till *Daidalos*, skapa praktiskt användbara juridiska konstruktioner.¹³⁴⁷ Ross har påpekat att det inte är oberättigat att karaktärisera den *rättsförnyande verksamheten* för en konst i samma betydelse som vi brukar ordet när vi talar om diplomatins konst, livskonsten eller politiken som det möjligas konst.¹³⁴⁸ Även om techne har flera beröringspunkter med epistemeidealet handlar sambandet dem emellan inte nödvändigtvis om att forcera en naturvetenskapligt grundad ”social ingenjörskonst” på medborgarna, där en enstaka målsättning isolerats.¹³⁴⁹

Rättstillämparen å sin sida har att hantera de stiftade lagarna vilken kräver sin speciella kunskap. Strömholm skriver att det rättsliga *beslutsfattandet* har ”starka drag av teknik” och att domarens »hantering» av ett mål präglas i mycket hög grad av vad man skulle kunna kalla

¹³⁴³ Gustavsson, s. 31 f. Jfr dock grekernas fascination för den skicklige hantverkaren, se Dunne s. 250 med hänvisning till Hintikka.

¹³⁴⁴ Jfr Gustavsson, s. 103.

¹³⁴⁵ Jfr angående förhållandet mellan teori och praktik i Hydén, *Rättssociologi* (2002), s. 50 ff.

¹³⁴⁶ Jfr Ross, s. 168.

¹³⁴⁷ I juridiska sammanhang bör dock konstruktioner av labyrinter undvikas, vilket Daidalos ansågs bemästra.

¹³⁴⁸ Ross, s. 168 f.

¹³⁴⁹ Jfr Ross, s. 169.

»tekniska kontroller». ¹³⁵⁰ För att förstå rätten räcker det dock inte med att endast inrikta sig på rättsreglerna, det krävs också en förståelse för de underliggande tankestrukturen, vilka bildar mer eller mindre ofullständiga system. ¹³⁵¹ Vi ser även i detta sammanhang beröringspunkter mellan kunskapsformerna episteme och techne. Den erfarna juristen silar efterhand "fakta" genom ett kunskapssystem där dessa "fakta" redan intuitivt förkategoriseras enligt en inlärad systematik. Konsten att finna den "rätta" lösningen kan i många fall sägas vara mångfacetterad, ¹³⁵² och kanske är det därför som domstolarna, i icke ringa omfattning, väljer att kamouflera sitt val med hjälp av lokutioner som "omständigheterna i fallet" och "vid en samlad bedömning... finner domstolen att...".

Det synes som en icke obetydlig del av juridiska kunskapen har en tyst och/eller intuitiv dimension: juristerna själva antas inte alltid veta hur de vunnit kunskapen. ¹³⁵³ Pound påpekade en gång i tiden: *"It is an everyday experience of those who study judicial decisions that the results are usually sound, whether the reasoning from which the results purport to flow is sound or not. The trained intuition of the judge continually leads him to right results for which he is puzzled to give unimpeachable legal reasons."* ¹³⁵⁴

Strömholm å sin sida relaterar till teorin om *process of discovery* respektive *process of justification*. Det egentliga beslutet/domslutet nås närmast intuitivt medan själva rättfärdigandet av resultatet ges ofta i efterhand i domskälen. ¹³⁵⁵ Möjligen har det svårkommunicerbara, "tysta" och/eller intuitiva större betydelse än vad vi vill acceptera, ¹³⁵⁶ och det kan säkerligen uppfattas svårsmält med denna förklaring i rättsliga sammanhang, ¹³⁵⁷

¹³⁵⁰ Strömholm (1996), s. 304.

¹³⁵¹ Jfr Samuel, s. 40.

¹³⁵² Jfr Ross, s. 184: "At finde den rette løsning, d.v.s. den, der vil blive accepteret med almindelig billigelse, er en kunst, der kræver ikke blot indsigt, men også indføling skønsomhed, takt – kort sagt det, man kalder retligt *judicium*."

¹³⁵³ Redan Platon betonade för övrigt intuitionens betydelse för lärandet. Jfr även Hellners uttalande om att metodanalysen av juristens eget arbete ofta är okänd för densamme, (2001) s. 72. Jfr även generellt, Grönfors (2002).

¹³⁵⁴ Pound, *The Theory of Juridical Decision* (1923), 36 Harvard Law Review 641, s. 951. Citat återgivet i Wasserstrom, s. 173 (med kritisk diskussion).

¹³⁵⁵ Strömholm (1996), s. 406. Jfr även Grönfors (2002), passim; Peczenik (1997), s. 698, hänvisande till Ross, *Om Ret og Retfærdighed*, 1953, s. 181. Jfr även Pålsson Syll s. 23, angående *context of discovery* respektive *context of justification*.

¹³⁵⁶ Se exempelvis Flyvbjerg, s. 35: "Tacit skills are that level on which expert researchers operate."

¹³⁵⁷ Jfr Jørgensen (2000), s. 188: "Although we should be wary of swallowing the practitioners' assertion: that decisions are made intuitively and afterwards provided with a "facade legitimization" which fits the rules, we must consider the possibility that judges (like magicians) perform their manipulations with reality, imposing on the parties a false sense of safety through the many precautions available when interpreting the rules of law." [fotnoter uteslutna ur citat].

med tanke på de förväntningar angående kommunikation och legitimitet som finns. De angivna skälen måste därför åtminstone presenteras med acceptabla argument, vilka lämnar upplysning om vilka hanteringsregler och argumentationsprinciper som kan anses kunna och böra komma till användning i den aktuella rättsordningen.¹³⁵⁸

Juridik har såsom en social praxis alltid en konkret och praktisk sida. Den skicklige praktikern kan utgöra ett exempel från den juridiska världen. Denne jurist kan hantera det rättsliga "systemet" och vet vilka argument som kan åberopas i sitt arbete.¹³⁵⁹ De skickliga juristerna visar på en stor kreativ förmåga att närmast intuitivt "uppfatta" juridiska problem, argumentationslinjer och möjliga lösningar till dessa problem. Den skicklige juristen har uppenbarligen en välutvecklad *kognitiv karta* i sitt "sinne". Vi kan i detta sammanhang även anknyta den, i det praktiska juridiska arbetet viktiga, retoriken med *techne*. Juristen behöver uppöva en praktisk argumentationskonst vilken för framgång med sig.¹³⁶⁰

Praktikern kanske inte alltid reflekterar över grunderna för denna internaliserade kunskap: likväl finns den där. Här kan vi även anknyta till den ovan diskuterade billighetsjustisen, vilken emellanåt beskrivits såsom en slags konst:¹³⁶¹ *ius est ars boni et aequi*.¹³⁶² "*Die Definition des Rechts durch Celsus (ius est ars boni et aequi) würde dann die schöpferische Kunst zum Ausdruck bringen, den Gegensatz zwischen dem Gesetzeswortlaut und dem einzelnen Fall innerhalb des Rechts selbst gemäß der Leitidee der Aequitas aufzulösen.*"¹³⁶³

I detta sammanhang bör det noteras att det latinska begreppet *ars* kan signalera såväl konstnärlig som vetenskaplig skicklighet.¹³⁶⁴ Det finns också, som ovan påpekats, ofta en ständigt mer eller mindre stark anknytning till kunskapsformen för *episteme*.¹³⁶⁵ Liknelsen

¹³⁵⁸ Strömholm (1996), s. 406.

¹³⁵⁹ Jfr Samuel, s. 119 f.

¹³⁶⁰ Jfr Samuel, s. 107: "One could argue, then, that the notion of law as a science died with the failure of deduction as a methodology. Legal method is instead, a matter of argumentation and such a mental process relates, not so much to any model or scheme in the scientific sense, but to a model in the artistic sense. Legal method is about the art of distinguishing." [Fotnot utesluten ur citat] Hänv. till Perelman, *Logique juridique: Nouvelle rhétorique*, 2 uppl. (1979), s. 9. Jfr också om argumentationens betydelse i Ross, s. 216.

¹³⁶¹ Bagnall, Gary, *Law as Art* (1996).

¹³⁶² Jfr exempelvis Rabello: "According to the Romanist Adolph Berger "it was precisely through their exercise of that "art" and by their perfect understanding what bonum et aequum was, that the Roman jurists brought *ius* to the peak it reached in the classical period."

¹³⁶³ Virt, s. 147. Med hänvisning till Waldstein m.fl. (not 26).

¹³⁶⁴ Jfr Dunne, s. 252.

¹³⁶⁵ Jfr Bellomo, s. 48: "Those branches of knowledge then more properly called "arts" (which combined *scientia*—knowledge—and *sapientia*—wisdom), were divided into two overall categories: *artes reales* and *artes sermoninales*. The *artes reales* (the quadrivium) were mathematics, geometry, astronomy, and music; the *artes*

med konst bör nog därför inte övertolkas: det är snarast en konkret "brukskonst" som är aktuell i rättsliga sammanhang. Bretone påpekar, angående de romerska juristernas metoder, att deras kunskap erinrade mycket om just *techné*:¹³⁶⁶ en "konst" i form av fackkunskap med ett praktiskt syfte.¹³⁶⁷ Under den tidiga medeltiden förknippades inte heller rätten med vetenskap i modern mening. Bellomo påpekar: "*The law, in fact, was seen as identical with the arts of reasoning and expression, on the other hand, and with ethical standards, on the other.*"¹³⁶⁸ Rätten förknippades således även i denna tid med vad som betecknas såsom *technikunskap* (och *prudentia*, vilket vi återkommer till nedan) där retorik och dialektik var framträdande,¹³⁶⁹ medan *scientia iuris* (d.v.s. *episteme*) var mer avlägset.¹³⁷⁰ I detta sammanhang kan vi även notera att Weber, inte utan goda skäl valde rubriken *Juridik som "hantverk"* i hans klassiska verk *Wirtschaft und Gesellschaft*.¹³⁷¹ I Norden har bl.a. Ross och Strömholm tagit upp tråden med att betrakta juridiken närmast såsom en konst.¹³⁷² Därutöver har Ussing noterat, angående den moderna rätten, att avtalstolkning och utfyllnad är förknippat med en konst, som endast kan läras fullt ut i *praxis*,¹³⁷³ medan man i Sverige talar om att *mejsla* fram avtalsvillkor.¹³⁷⁴

Svensk civilrättsvetenskap beskrivs ofta såsom "pragmatisk" respektive "realistisk",¹³⁷⁵ och denna inställning visar sig bl.a. vid diskussioner om rättsprinciper, vilket har framkommit

sermoncinales (the trivium) were grammar, dialectic, and rhetoric. Together they made up the seven *artes liberales*."

¹³⁶⁶ Bretone, s. 208: "Wenn man in diesem Zusammenhang von „Wissenschaft“ spricht, muß man sich über die Bedeutung, in der man dieses Wort gebraucht, einig werden. Sie entspricht in unserem Falle der [techné] oder der *ars*, und kommt nur manchmal, in äußerst speziellen Zusammenhängen, der [episteme] nahe; diese „Wissenschaft“ zeigt die Verwendung einer Methodologie, eines logischen Instrumentariums und von Argumentationsweisen auf einem Gebiet, nämlich dem Recht, auf dem eher die Kriterien von Wahrscheinlichkeit, von Opportunität und Angemessenheit gelten, und die Unterscheidung von Richtig und Falsch meint nicht so sehr eine absolute und apodiktische Antithese, sondern nur extremen Positionen einer Verhältnisrechnung."

¹³⁶⁷ Jfr Wieacker (1961), s. 141 och 152.

¹³⁶⁸ Bellomo, s. 46.

¹³⁶⁹ Bellomo, s. 46 f., Jfr Jørgensen (2000), s. 186: "Accordingly, rhetoric rather than hermeneutics has formed jurisprudence, although there is considerable agreement between the rhetorical-juridical interpretative method and universal hermeneutics."

¹³⁷⁰ Bellomo, s. 50.

¹³⁷¹ Weber, s. 263 ff. Under denna rubrik ger Weber exempel från utvecklingen i England; Jfr även Esser (1990), s. 68, där denne omnämner "Handwerkskunst" samt *ars inveniendi*.

¹³⁷² Se Ross, s. 166 ff. Jfr Hydén, *Rättssociologi*, s. 48.

¹³⁷³ Ussing (1974), s. 424. Se även Gomard (1988), s. 188: "Situationsfornemmelse, indfølningssevne og retsfølelse spiller og må spille en stor og udefinerlig rolle i fortolkningen."

¹³⁷⁴ Jfr ovan not 712.

¹³⁷⁵ Jfr Hellner (2001), 29 samt s. 104 där det anges att den svenska civilrättsvetenskapen "tog avstånd från teoretiska konstruktioner och sökte utröna hur reglerna faktiskt fungerade". Se även Kleinman, *Avtalsrättsliga förmåreskrifter* s. 434. Han har funnit att arbete med ett övergripande perspektiv ofta har "bemötts nedlåtande av dem för vilka pragmatism, innebär en möjlighet att befrias från skyldigheten att formulera juridiskt hållbara

ovan. Det är därför knappast någon slump att svenska jurister framstår genomgående som mer tekniker än teoretiker.¹³⁷⁶ Validiteten synes till stor del vara beroende av praxisfältets företrädare, vilket torde bidra till en förhållandevis avog inställning till teoretiska ansatser.¹³⁷⁷ Inställningen är till viss del motsägelsefull eftersom den leder i sig till en dold eller "ofrivillig" teori om rättsvetenskapens förutsättningar. Påståenden att det inte finns, och/eller eventuellt också hävda att det inte bör finnas, någon teoretisk överbyggnad utgår paradoxalt nog också från en teori. Hellner har exempelvis gjort en liknelse mellan bilden av husbyggnation och rättsvetenskapliga framställningar. Han liknar teorin och begreppsapparaten med användandet av byggnadsställningar. Dessa används vid- och omgärdar själva skapandet men när arbetet väl är färdigt rivs byggnadsställningarna och rättsvetenskapsmannen låter på samma sätt resultatet visa teorin.¹³⁷⁸ Risken med detta förhållningssätt torde dock vara att teorin döljs och/eller tas helt oreflekterat för given av läsarna. Sandgren påpekar för övrigt att den juridiske "traditionalistens" värderingar domineras av rättsstatliga och marknadsekonomiska föreställningar. Dessa föreställningar, tillägger han, är vanligen *"outsagda; referensramen för analysen är bara vagt artikulerad, om ens det."*¹³⁷⁹ Det är nog som Ross påpekar att bakgrunden till vad som brukar benämnas *"»realt hensyn« vil ofte være en sammensmeltning af en vurdering og en udredning af en virkelighedssammenhæng"*.¹³⁸⁰

En pessimistisk tolkning av den nyss nämnda teoretiska omedvetenheten och bristen på reflektion, ger antydningar om en lydighet a la det Preussiska statstjänstemannaidealet. Den statiska versionen av rättsdogmatik, med dess fixering vid gällande rätt, förutsätter beroendet

resonemang för rättsliga principers tillämpning eller befrielse från ansträngande komparativa undersökningar som kunde ha påvisat konsekvenserna av en provinsial pragmatism".

¹³⁷⁶ Hydén, *Rättssociologi*, s. 49 (not 7). Jfr även Hellner, *Rättsteori*, s. 31, Hellner menar att det numera torde vara vanligare att rättsvetenskapsmän begagnar sina metoder utan någon teoretisk överbyggnad. Jfr även Kleinman, *Till frågan om rättsvetenskapen*, s. 622: "Att den skandinaviska rättsrealismen i rättsteorin, och dess hantverksmässiga återspeglning i rättsdogmatiken genom den sk teleologiska metoden, haft svårt att tillerkänna rättsvetenskapen en ställning som självständig rättskälla framstår som ett självklart förhållande."

¹³⁷⁷ Jfr Hydén, *Rättssociologi*, s. 49: "En juridisk avhandling eller annan litteratur är som regel besvärande fri från teori- och metoddiskussioner. En juridisk avhandling är utrerat deskriptiv med få analytiska inslag. Det saknas egentligen forskarutbildning inom juridiken. Hela situationen kännetecknas av en förvirring och osäkerhet om vad det egentligen är som konstituerar det vetenskapliga i ett visst arbete. - - - När någon försöker sig på att föra en teori- och metoddiskussion i en rättsvetenskaplig avhandling uppfattas det lätt som ovidkommande och misskrediterande. Yngre mer rättsteoretiskt orienterade forskare missbedöms på grund av etablerade kollegors okunskap i dessa frågor. Detta förhållande bidrar naturligt nog till att förstärka den olyckliga tingens ordning som, med få undantag, idag råder i det svenska, rättsvetenskapliga forskarsamhället." [Fotnoter uteslagna ur citat]

¹³⁷⁸ Hellner (2001), s. 151.

¹³⁷⁹ Sandgren, *En social avtalsrätt? Del II*, s. 644.

¹³⁸⁰ Ross, s. 222.

av den förhärskande ideologin.¹³⁸¹ Trots att den enskilde rättsdogmatikern (den "statiska" varianten) endast tror sig styras av ett deskriptivt ideal, får det ständiga återberättandet av det som anses gälla, en normativ effekt hos omvärlden. Den som väljer att gå på den redan upptrampade stigen, upprätthåller stigens funktion och "riskerar" till och med att fördjupa den, oavsett om intentionen är denna. Rättsvetenskapen riskerar därmed att ofrivilligt(?) endast verka legitimerande avseende rådande rättspraxis.¹³⁸² Hellner har gjort liknelsen med vingårdsarbetare. Han skriver: "*Arbetarna i vingården skall inte klandras för det slag av arbete som de utför*" men han tillägger: "*men alla bör komma ihåg att det finns även andra och större uppgifter än att skörda stockar.*"¹³⁸³

Den tysta kunskapen kan i dessa sammanhang, enligt min uppfattning, inte accepteras såsom ett slutligt tillstånd. I ett demokratiskt samhälle bör det ständigt strävas efter att tillmötesgå krav på transparens, så långt det är möjligt. Det bör finnas en strävan efter förklaring och en vilja till kommunikativ reflektion. Det är av vikt att rättsliga beslut och grunder för dessa beslut kan kommuniceras, i annat fall riskerar den juridiska verksamheten att legitimeras endast med rena auktoritetsskäl.

Det nyss sagda behöver inte vara en konsekvens av kunskapsformen *techne*. En pragmatisk inställning måste inte utesluta reflektion.¹³⁸⁴ Redan humanisterna eftersträvade en förståelse, vilken inte var beroende av dåtida juristprofessorers överteknifierade förklaringar.¹³⁸⁵ Det har funnits och finns fortfarande en motreaktion mot att rätten förs bort från den sociala kontexten, vilket riskeras att följa på ett alltför abstraherat epistemeideal. Tekniken skulle inte vara något självändamål. *Ars iuris* skulle träda i stället som ideal – avsett för praktiska ändamål i harmoni med dess omvärld.

Nedan redogörs för den tredje och i detta sammanhang viktigaste kunskapsformen.

¹³⁸¹ Hydén, *Rättssociologi*, s. 12.

¹³⁸² Jfr Hydén, *Rättssociologi*, s. 51.

¹³⁸³ Hellner (1997), s. 373.

¹³⁸⁴ Jfr Gustavsson, *passim*.

¹³⁸⁵ Samuel, s. 69.

6.2.5 Praktisk klokhet, prudentia och fronesis – olika namn på en kunskapsform

*"The Life of the law has not been logic: it has been experience."*¹³⁸⁶

Den tredje kunskapsformen, kallad *fronesis* eller *praktisk klokhet* (nedan används begreppen klokhet och fronesis),¹³⁸⁷ syftar till att göra det bättre för människan, vilket visar att den har såväl politiska som etiska dimensioner.¹³⁸⁸ *"Klokheden anses traditionellt inom etik vara den förmåga eller dygd med vilken en människa kan avgöra vilken handling som är den rätta i en viss situation för att realisera ett visst mål."*¹³⁸⁹ Enligt Aristoteles har den kloke (*phronimos*),¹³⁹⁰ ett gott omdöme och kan kalkylera väl med hänsyn till ett gott ändamål.¹³⁹¹ Medan kunskapsformen *techne* förknippas främst med en producerande aktivitet (*poiesis*) där ändamålet finns utanför aktiviteten, är *fronesis* förknippad med aktivitet som har ett eget ändamål (*praxis*).¹³⁹² Den teleologiska utgångspunkten är för övrigt ett generellt kännetecken för den Aristoteliska filosofin och oavsett om det gäller hans etik, politik eller hans naturbetraktelser finns det en tydlig teleologisk grundsyn – allting strävar mot sitt mål.¹³⁹³

Vid sidan av rättvisan, behärskningen och modet betraktades klokheden under antiken och medeltiden såsom kardinaldygder.¹³⁹⁴ Klokheden var den viktigaste av dem eftersom den reglerade de övriga dygderna.¹³⁹⁵ Aristoteles själv kategoriserade klokheden såsom en intellektuell och inte en moralisk dygd.¹³⁹⁶ Begreppet dygd (grekiskans *arete*) behöver förklaras här. I nutid förknippas förmodligen dygd främst med sexualmoral, vilket är en kraftig reducering av begreppets tidigare innehåll. Dygd betyder i detta sammanhang snarast

¹³⁸⁶ Holmes, Oliver Wendell, *The Common Law*, Howe, Mark D. (red.), Little, Brown & Co., 1963, s. 5. Citatet finns återgivet i Burton, s. 9.

¹³⁸⁷ På engelska förekommer begreppen practical reasonableness, practical reasoning och practical wisdom, se exempelvis Finnis, s. 100 ff. och särskilt s. 128.

¹³⁸⁸ Gustavsson, s. 32 f.

¹³⁸⁹ Sigurdson, s. 8.

¹³⁹⁰ Aristoteles (VI.5), s. 164. Aristoteles nämner särskild vikten av att personer – likt Perikles – som sköter politiska och administrativa värv, besitter klokhet.

¹³⁹¹ Jfr Aristoteles (VI.5), s. 165: "Klokheden måste alltså vara en disposition att handla i förening med ett sant resonemang och gälla det mänskliga goda."

¹³⁹² Dunne, s. 247.

¹³⁹³ Eriksen, s. 137, 172.

¹³⁹⁴ Redan i Platons dialog *Gästabudet* (Symposion) hänvisas det till dessa dygder. Gästabudsdeltagaren Agathon tar dessa dygder som utgångspunkt för sin diskussion om kärleken, se Stolpes översättning, s. 173 ff. (196b). Se även Pieper, passim. Se även ett intressant kapitel om Klokheden med hänvisningar i Comte-Sponville, 36 ff.

¹³⁹⁵ Jfr Pieper, s. 5: "*Omnis virtus moralis debet esse prudens*— All virtue is necessarily prudent." Se densamme s. 6 ff.

¹³⁹⁶ Hutchinson, s. 206: "The rational side and the emotional side are different aspects of nature, and the virtues do not overlap, with one important exception: the intellectual virtue called practical wisdom, whose function is to enable us to know the correct way to behave."

duglighet: dygd är en egenskap som sätter någon i stånd att utföra sin speciella funktion på ett lämpligt sätt.¹³⁹⁷ Det handlar i så måtto om att integrera kunskapen i vardagens handlingar (*habitus*),¹³⁹⁸ vilket visar anknytningen till socialetik. Det senaste decenniets alla s.k. ”affärer” vilka har kommit fram i offentlighetens ljus, har alla det gemensamt att människor i olika förtroendepositioner – i såväl det offentliga som det privata – på olika sätt har missbrukat sin position. Detta aktualiserar återigen behovet av dygder.¹³⁹⁹ Det moderna samhället visar på att det sällan räcker med att endast ha *formella* regler om hur man bör uppträda. Det måste också finnas en integrerad kunskap i individerna om vilka mellanmänniskliga beteenden som kan anses acceptabla. Dygden är i den mån social-etisk eftersom den refererar till en nivå som är supraindividuell.

Anledningen till att denna kunskapsform är särskilt relevant i detta sammanhang är att den ”används” för att hantera det konkreta/partikulära i förhållande till det allmänna/universella.¹⁴⁰⁰ Det grekiska begreppet *phronesis* översätts vanligen till latinets *prudentia*.¹⁴⁰¹ Här kan vi även anknyta till begreppet *jurisprudens* (*iuris prudentia*), vilket erinrar om en strävan efter en klok tillämpning av rättsliga normer. Lojalitetsprincipen är, vilket ovan behandlats, en modern variant av billighetsanknuten *justis*. Billighet är som bekant det juridiska begreppet, vilket fångar upp kravet på en rimlig hantering av en generell norm i det enskilda fallet. I denna mening är det en juridisk variant av den praktiska klokheten som vi befattar oss med.¹⁴⁰² I kapitel 4 ovan framgår det att lojalitetsprincipen i sig inte medför ett antal alltid gällande konkreta förpliktelser. Förpliktelsen att undvika att konkurrera med medkontrahenten utgör ett exempel på att omständigheterna i det enskilda fallet avgör huruvida förpliktelsen kan anses gälla eller inte. Det generella lojalitetskravet måste därför tillämpas med beaktande av omständigheterna i det partikulära.

¹³⁹⁷ Lübeck m.fl., s. 35.

¹³⁹⁸ *Habitus* är en latinsk motsvarighet till av grekiskans *hexis*. Dessa begrepp kan översättas med hållning, beskaffenhet eller gestaltning, vilken gör att någon vanemässigt förhåller sig på ett visst sätt. Termen går tillbaka på Aristoteles och blev central i skolastikens etik och teologi. För Aristoteles handlade det om en stabil självskvalitet såsom kunskap (dygd). Jfr Dunne, s. 455 f.; Gustavsson, s. 212 samt Misztal, s. 97-98 och kapitel 4 ”Trust as Habitus” s. 102-156.

¹³⁹⁹ Jfr med beskrivningen i Hydén, *Normvetenskap*, s. 82-93.

¹⁴⁰⁰ Jfr Grøn, s. 294.

¹⁴⁰¹ Se exempelvis Boyle, s. 13: ”*Prudentia* is Aquinas’ rendering of Aristotle’s notion of *phronesis*, which is usually translated as ‘practical wisdom’.”

¹⁴⁰² Domarens klokhet – dikastike *phronesis* – omnämns emellanåt. Se Gadamer, s. 318 samt Grøn, s. 300.

Aristoteles såg människan som starkt knuten till den samhällsgemenskap hon växt upp i och tillhör och han betecknade människan såsom en social eller politiskt varelse.¹⁴⁰³ De handlingar vi utför i den sociala gemenskapen kräver därför ett gott omdöme och en klokhet som går utöver de andra formerna av kunskap.¹⁴⁰⁴ Fronesis blir då närmast en kunskap vilken utgår från människan som en del av samhällsgemenskapen. För att vårda ett samhälle krävs det en aktivitet: det räcker inte att endast ägna sig åt filosofisk kontemplation om "det eviga".¹⁴⁰⁵ Fronesis, d.v.s. det praktiska förnuftet förknippas med den mogna romerska rättsvetenskapen som stödjer sig mer på detta praktiska ideal än det teoretiska idealet *sophia*.¹⁴⁰⁶ Även Ross diskuterar om ett praktiskt ideal: "*Herved tænker man på en praktisk virksomhed, der vel nok bestemmes af målsætninger, overvejelser og indsigt, men hvor hensynene er så mange og vor viden om sammenhængen mellem vore handlinger og deres virkninger så ufuldstændig, at det lykkelige resultat mere beror på visdom, indføling og finesse, end på videnskab og tekniske normer. Sådan er det også i lovgivning og retsudøvelse.*"¹⁴⁰⁷

Fronesis betonar därför behovet av en situerad kunskap: intresset vänds här åt det mänskliga och det som är föremål för överläggning.¹⁴⁰⁸ Klokheten befattar sig med det kontingenta och den förutsätter det ovissa, slumpen och det okända, i världen såsom den faktiskt är. Inom kunskapsformen fronesis humaniseras således vetenskapen. Det senare "innebär att vetenskapen är beroende av mänskliga avgöranden, den framställda kunskapen är en mänsklig skapelse och därmed beroende av både personlighet och socialt sammanhang".¹⁴⁰⁹ Fronesis skiljer sig därigenom från de båda andra kunskapsformerna genom att den inte skiljer det värdebaserade och normerande från själva kunskapen.¹⁴¹⁰ Denna kunskap kan därför vara behjälplig när det gäller att förstå de värden, vilka kan sägas behöva skyddas i rättsordningen. Vi har ovan diskuterat allmänna rättsprinciper ur ett axiologiskt perspektiv, vilket således kan associeras med denna kunskapsform.

¹⁴⁰³ Gustavsson, s. 33. Jfr även Graham, exempelvis s. 4.

¹⁴⁰⁴ Gustavsson, s. 31 f.

¹⁴⁰⁵ Jfr Dunne, s. 242.

¹⁴⁰⁶ Gadamer, s. 20, hänv. till Wieacker, *Vom römischen Recht* (1945).

¹⁴⁰⁷ Ross, s. 169. Notera att Ross vanligen förknippas med positivism och nominalism, se exempelvis Niemi, s. 97 samt Peczenik (1995), s. 103-109., notera dock särskilt s. 108: "Tack vare sitt samband med den domarideologiska helhetsbilden, rättskällorna och förståelsefrågan är Ross' teori sålunda mer besläktad med olika hermeneutiska tänkesätt än med den ursprungliga logiska empirismen..."

¹⁴⁰⁸ Jfr Aristoteles (VI.7), s. 168 f.

¹⁴⁰⁹ Gustavsson, s. 36 f.

¹⁴¹⁰ Gustavsson, s. 161.

Med denna kunskapsform ökar därför tolkningshorisonten i jämförelse med epistemeidealet, särskilt med tanke på det senares benägenhet till reduktionism. Även om fronesis kan betraktas såsom en reaktion mot det anspråksfulla epistemeidealet, skall den inte betraktas såsom dess motsats.¹⁴¹¹ Fronesis kan inte göra anspråk på att vara överlägsen epistemekunskapen, men den kan likväl relativisera dess betydelse för mänskligt beslutsfattande. Kunskapsformen fronesis kan dock öppna för ett mer mångfacetterat angreppssätt och svara mot ett sekulärt behov av ett etikperspektiv, vilken inte i tillräcklig omfattning kan genereras av vare sig lagar, religioner eller vetenskaper.¹⁴¹²

Ovanstående skall inte kunna uppfattas såsom en teori som bejakar godtycklighet och/eller ger en bild av att frammana en slug människa. Detta skulle i så fall stämma illa med de ursprungliga idéerna.¹⁴¹³ Immanuel Kant, synes ha varit skeptisk till klokheten. Han torde ha betraktat klokheten mer såsom slug beräkning. Kant framhöll i stället vikten av att hålla sig strikt till universella principer. Vid varje moraliskt beslut skall man fråga sig om det går att överföra beslutet till en universell princip. Frågar mördarna dig om din vän, som de jagar, tagit sin tillflykt till ditt hus, bör du såsom alltid hålla dig till sanningen.¹⁴¹⁴ Detta absoluta strider mot vad den kloke skulle göra, eftersom denne även beaktar det enskilda fallets konsekvenser. Fördelen med Kants universella principer är att de kan motverka godtycklighet. Risker med dem är dock att principen sätts före personen, vilket kan leda till orimliga konsekvenser.¹⁴¹⁵ Klokheten är därför ett motmedel mot övertron på det absoluta.¹⁴¹⁶ Likväl utpekar Kant något viktigt: i det enskilda fallet bör man knyta an sitt handlande/beslut till vad som kan generaliseras. Alla lösningar är inte lika rimliga: att endast hänvisa till det enskilda fallets speciella konsekvenser riskerar dels att öppna för att ett godtyckligt förhållningssätt accepteras dels riskerar det möjligheterna till kommunikation och förståelse. Det kan därför inte handla om ett synsätt "där allting går," utan det handlar snarare om förmågan att göra rimliga avvägningar mellan flera i sig, rimliga principer.

¹⁴¹¹ Jfr Dunne, s. 241.

¹⁴¹² Jfr Flyvbjerg, s. 54 hänvisande till Foucault.

¹⁴¹³ Se exempelvis Gadamer, s. 21 f. samt Pieper, s. 4.

¹⁴¹⁴ Kant, *Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen*, AK 8, s. 423-430. Ovanstående exempel förmedlas i Comte-Sponville, s. 37.

¹⁴¹⁵ Sigurdson, s. 87.

¹⁴¹⁶ Comte-Sponville s. 37: "Vad är det för värde med det absoluta hos principer om det är till förfång mot för den vanliga enkla mänskligheten, det sunda förnuftet, mildheten och medlidandet?"

Hellner betecknar rättsvetenskapen för, vad han kallar en *common-sense-vetenskap*.¹⁴¹⁷ Det finns, enligt min uppfattning, flera anledningar till att betrakta rättsvetenskapen som en sådan. För det första kan man hävda att såväl rätten som rättsvetenskapen bör ha en mer eller mindre uttalad anknytning till det *gemensamma bästa*, åtminstone bör det rimligen finnas en sådan anknytning vid justifieringsargumentation.¹⁴¹⁸ För det andra finns det en mängd mer eller mindre auktoritativa argument, vilka sedan tidigare är nedlagda i de olika rättsliga diskurserna. Dessa måste såväl rättsvetenskaparen som rättstillämparen förhålla sig till, även om de till slut väljer att frånga dem.

Redan stoikerna hade en teori, vilken var förenlig med deras naturrättsliga utgångspunkter, om att människorna hade en gemensam mänsklig förmåga till rimliga avvägningar – *sensus communis* (jfr engelskans *common sense*).¹⁴¹⁹ Numera torde anspråken sänkts: för det första handlar begreppet *sensus communis* i större utsträckning om en social umgängesdygd eller plikt. Begreppet försöker fånga ett "sinne" vilket rådgör med gemenskapen; den ansvarstagande medborgaren som utvecklat detta sinne, förknippar således inte allt likt *homo economicus*, omedelbart med egen fördel.¹⁴²⁰ Det är i den meningen inte en rent naturgiven förmåga utan snarare en odlad social kompetens.¹⁴²¹ I nutida Sverige missbrukas dock allt för ofta, enligt min uppfattning, det närmast motsvarande begreppet *sunt förnuft*, vilket emellanåt antas kunna vara något helt subjektivt. Det latinska respektive engelska begreppen är att föredra, eftersom det just påtalar det *gemensamma*, vilket kräver en intersubjektiv förståelse. Nyss nämnda utgångspunkt påverkar förståelsen av rationalitetsbegreppet. Modellaktören i den juridiska teorin är den kloke och ansvarstagande "reasonable personen" i stället för *homo economicus*.¹⁴²² Den förnämnde har en förmåga att fatta rationella beslut efter att ha övervägt sina rättigheter, plikter och intressen.¹⁴²³ Det är, för att anknyta till lojalitetsprincipen, en person som kan delta i ett samarbete och som kan visa hänsyn till

¹⁴¹⁷ Jfr Hellner (2001), s. 32, 58, 60 och 147.

¹⁴¹⁸ Jfr Esser (1973), där han diskuterar *aequitas* och the "reasonable man": "The common thread is the convincing weight of reasonable, insight-giving arguments and of a communicable consensus of justice." s. 301.

¹⁴¹⁹ Eriksen, s. 190.

¹⁴²⁰ Jfr Gadamer, s. 24, hänv. till Salmasius.

¹⁴²¹ Gadamer, s. 24.

¹⁴²² Samuel, s. 312 ff. Posner, som i princip alltid synes postulera det snäva egenintresset, smälter samman de två modellerna i en, i enlighet med hans ideologiska utgångspunkter, Jfr Samuel, s. 313 f.

¹⁴²³ Jfr Nystén-Haarala, s. 138, 223.

medkontrahentens intressen, utan att för den skull ge upp sina egna. Denne modellaktör måste vara realistisk: den skall utgöra en standard för hur en människa kan vara. Det är således inte fråga om någon allvetande Herkules.¹⁴²⁴ När det gäller att rättfärdiga utfyllnaden av avtal hänvisas det till legitima standardförväntningar (typförväntningar) vilket kan betraktas såsom ett uttryck för strävan efter *common sense*.¹⁴²⁵ I förarbetena till nuvarande köplagen anges exempelvis att "[d]e köprättsliga reglerna bör bygga på vad som är en rimlig avvägning mellan parternas intressen så som dessa ter sig vid en generell bedömning".¹⁴²⁶

Denna nyss nämnda normaktör finns och har funnits såsom standard i en mängd rättsordningar, vi känner igen uttrycken, *bonus pater familias*, *reasonable man*, *le bon père de famille*, *Gerechten Man*, o.s.v.¹⁴²⁷ Vi kan naturligtvis invända mot att dessa normer är förenklingar, att de är/har varit patriarkala och att de endast är ett eko från en svunnen tid. Likväl är det svårt för att inte säga omöjligt att frigöra sig från behovet av en förhållandevis abstrakt men fortfarande begriplig "objektiv" standard.¹⁴²⁸ Denna strävan efter en högre grad av intersubjektiv objektivitet förekommer exempelvis i England när domstolen hänvisar till "reasonable man" respektive "the officious bystander".¹⁴²⁹ Från den tidigare så vanliga hänvisningen till viljan hos aktörerna är det vanligare att numera hänvisa till hur en resonabel person skulle agera eller anse vara rimligt. I den meningen har fokus flyttats från "psykologisering" till "objektivering".¹⁴³⁰ Med dessa standards hänvisas till vad som är förnuftigt (jfr *sensus communis*) och i den juridiska argumentationen fungerar de ofta såsom hänvisningar till vad som bör uppfattas vara konsensus angående rättsläget.¹⁴³¹

¹⁴²⁴ Se diskussion angående Dworkins "Herkules" i exempelvis Simmonds, s. 107-108 och 115-119.

¹⁴²⁵ "The parties' 'subjective consent' is most likely satisfied by a default rule that conforms to 'commonsense or conventional expectations that likely are part of the tacit assumptions of particular parties.'" Gordley (2001), s. 326, [fotnot utesluten] hänv. till Barnett, *The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent*, (1992) 78 Va. Law Review 821 s. 876-877.

¹⁴²⁶ Prop. 1988/89:76 s. 23.

¹⁴²⁷ Jfr ex. Coing, s. 193; Stein (1974), s. 94 ff. och Zimmermann (1996), s. 1008 f. särskilt not 69.

¹⁴²⁸ Jfr Samuel, s. 313: "Both economics and law could be said to be 'sciences' inasmuch as they are attempts to rationalise social fact; and both use, for this purpose, the individual actor as the methodological starting point. However, the actor in each science is, in relation to the other, endowed with entirely different qualities." [Fotnot utesluten ur citat, hänv. till Dig. 22.6.2.]

¹⁴²⁹ Jfr Bergström, *Objektivitet*, s. 60 ff. angående intersubjektivitet vid olika slags "observationer".

¹⁴³⁰ Nystén-Haarala, s. 138: "Fairness is sought through contractual reciprocity. In the will-theoretical interpretation there has been a development towards 'objectivizing' the interpretation of failure instead of 'psychologizing' it. Nowadays will is interpreted in the form in which it normally and typically should be, and is judged from the point of 'a reasonable man'. The word 'objective' is used in this sense."

¹⁴³¹ Jfr Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought*, s. 65; Se även Andersen & Lookofsky, s. 29.

I England väljs påfallande ofta begreppen *reasonable* och *reasonableness* i rättsliga sammanhang när det gäller att finna standards.¹⁴³² Atiyah noterar att ett "*test of reasonableness...seems to mean much the same thing as a test of 'fairness', but English lawyers always prefer the word 'reasonable', with its hint of pragmatic common sense, to the word 'fairness' with its moral suggestions.*"¹⁴³³ Grobecker skriver följande angående *reasonableness*, vilket återges här nedan, eftersom citatet sammanlänkar lojalitetsprincipen (här dess utländska motsvarigheter) med en strävan efter ett intersubjektivt rättsförnuft:

*"Reasonableness kann mit den Begriffen Vernunft, Vernünftigkeit oder Angemessenheit übersetzt werden. Reasonableness in Vertragsbeziehungen meint nicht Vernunft in Sinne einer wirtschaftlich gewinnbringenden und auf die Interessen einer Partie ausgerichteten Betrachtungsweise, sondern sie bezeichnet die objektive praktische Rechtsvernunft. Diese ist auf den Ausgleich von Interessengegensätzen und die Erzielung fairer und gerechter Ergebnisse gerichtet, verlangt eine Abwägung der Opfer der Beteiligten, versucht ungleiche Machtlagen zu verhindern oder zu mildern und einseitige Befugnisse und Belastungen abzuschwächen. In diesem sinne ist Rechtsvernunft in Verträgen mit den Begriffen von „Fairness“ und „Redlichkeit“ gleichzusetzen. Und auch wenn die Vorstellungen von Fairness in geschäftlichen Bereich zeitbedingten Schwankungen unterliegen können, handelt es sie hierbei um die gleichen Wertungsmaßstäbe, die den Inhalt des Grundsatzes von Treu und Glauben in Verträgen ausmachen."*¹⁴³⁴

I UP och PECL finns det uttryckliga hänvisningar till *reasonableness*, vilket framkommer ovan.¹⁴³⁵ Det går även för nordiska förhållanden anknyta normen "den resonable personen" till lojalitetskravet.¹⁴³⁶ I 5 § lagen om handelsagentur anges att agenten skall "*vid uppdragets fullgörande tillvarata huvudmannens intressen samt handla lojalt och redligt.*"¹⁴³⁷ På liknande sätt anser exempelvis Lindskog att avtalspartens lojala förhållningssätt "*skall framstå som näraliggande och naturligt för en normalt kringsynt och omtänksam person.*"¹⁴³⁸

¹⁴³² Se exempelvis Whittaker & Zimmermann, s. 698 not 164.

¹⁴³³ Atiyah, *Freedom of Contract and the New Right* s. 364. Se även angående *reasonableness* i Grobecker, s. 52 ff. och Fletcher, s. 64 f.

¹⁴³⁴ Grobecker, s. 53 f. [Fotnot utesluten ur citat].

¹⁴³⁵ Se i text vid not 696. Se även PECL art. 1:302 (*reasonableness*), Lando & Beale, s. 126 ff. särskilt s. 128: "Article 1:302 expresses what seems to be common core of the legal systems."

¹⁴³⁶ Se Nystén-Haarala, s. 204: "Loyalty is considered a duty to take the interests of the other party into consideration. From this angle the role of loyalty is determined on the basis of the reasonable man test."

¹⁴³⁷ Jfr angående *omsorgsplikt* för fastighetsmäklare, försäkringsmäklare och kommissionärer, Lycke m.fl. s. 19 f.

¹⁴³⁸ Lindskog (2001), s. 81. [Fotnot utesluten ur citat]

För en professionell aktör innebär det att denne förväntas förstå transaktionernas kontext, de typiska förväntningarna hos de andra aktörerna och deras underförstådda förståelse.¹⁴³⁹

Reasonable återkommer för övrigt i uttrycket *reasonable expectations*, vilket är en motsvarighet till lojalitetsprincipens ändamål: att skydda de befogade förväntningarna vid mellanmänniska byten.

Begreppet *sensus communis* kan förutom denna anknytning till det gemensamma bästa, även förknippas med begreppet *doxa*. Det senare är ett samlingsnamn för en mängd olika fenomen som vi tror att alla känner till, förhåller sig till, brukar göra eller utgår ifrån.¹⁴⁴⁰ Vi känner också igen topikens betydelse i dessa sammanhang.¹⁴⁴¹ Med detta förhållningssätt eftersöks möjligheterna till gemensam referensram; *doxan* fungerar såsom en ram för diskursen. Denna auktoritativa prägel riskerar förvisso att förkväva möjligheterna till diskussion; i värsta fall följer deltagarna med huvudströmmen – lämmeltåget – utan att bidra med, eller kanske ens tillåta, kritisk reflektion. Även om den enskilde inte skulle behöva underkasta sig normen måste hon likväl vara medveten om den och normalt även förhålla på något sätt sig till den.¹⁴⁴² I ett föränderligt samhälle måste *sensus communis* kunna integrera nya idéer, vilka innehåller ett bättre förklaringsvärde och/eller harmonierar med utvecklingen.¹⁴⁴³ I en dynamisk diskurs finns det därför möjligheter att initiera nyheter så länge det finns en rationell förklaring. Det nya är dock inte oavhängigt av traditionen eftersom förståelsen av det nya görs med hänsyn till denna.¹⁴⁴⁴

6.2.5.2 *Behovet av ett institutionellt perspektiv*

*"Samhället är också en matris som utgör betingelser för identitet och moraliskt liv."*¹⁴⁴⁵

Ovan anknyts kunskapsformen *fronesis* till människans förförståelse såsom samhällsvarelse. Det finns med anledning av detta goda skäl att här återanknyta till det ovan antydda behovet av ett perspektiv på samhälleliga företeelser, i det här fallet ekonomiska, vilken beaktar

¹⁴³⁹ Campbell & Collins, s. 30.

¹⁴⁴⁰ Jfr Rosengren (2003), s. 72.

¹⁴⁴¹ Se Kriele, exempelvis s. 118.

¹⁴⁴² Jfr Rosengren (2003), s. 72.

¹⁴⁴³ Jfr Rosengren (1998), s. 156 f.

¹⁴⁴⁴ Bernt & Doublet, s. 183 f. Se också angående Gadamer vid not 1515 ovan.

¹⁴⁴⁵ Grimen, s. 43.

sociala och rättsliga *institutioner*.¹⁴⁴⁶ Med institution menas här olika normerande sociala konstruktioner vilka påverkar människors beteenden.¹⁴⁴⁷ Olika institutioner utgör ett socialt inrättat system av regler för mänskliga handlingar, vilket kan bidra till varaktighet hos sociala bindningar. Dessa kan i och för sig vara rättsligt reglerade såsom äktenskap och avtal, men de kan även förekomma såsom moralkoder nedlagda i traditioner och sedvänjor.¹⁴⁴⁸ En för samhället grundläggande företeelse såsom tillit kan exempelvis knappast förstås fullt ut utan ett beaktande av dessa,¹⁴⁴⁹ bl.a. eftersom de påverkar vår perception av omvärlden. Institutioner, i betydelsen gemensamma regler, är nödvändiga för alla samhällsbildningar: likväl riskerar de också att stelna och utgöra socialt påtvingade ok, vilket exempelvis kan upprätthålla vissa maktförhållanden och statiska livsformer.

För rättsvetenskapen kan ett perspektiv som i högre utsträckning betonar institutionernas betydelse medföra att en viss rättslig analys inte endast reduceras till regelkunskap; kunskap om rättsregler bör även vävas samman med kunskap om principer och ändamål.¹⁴⁵⁰ Exempelvis är förståelse av den romerska rätten enligt detta synsätt beroende av kännedom om, och relationerna mellan de tre rättsliga *institutionerna*: personer (*personae*), saker (*res*) och talerätter (*actiones*). Dessa tre rättsliga institutioner kom att få en mycket stor betydelse,¹⁴⁵¹ eftersom de inte endast innehöll moraliska prioriteringar och utgjorde medel att ordna verkligheten, utan också innehöll en modell att varsebli, konstruera och potentiellt också kontrollera det sociala fältet.¹⁴⁵² I senare perioder av rättshistorien förflyttades kunskapsidealet närmare kunskapsformen episteme, där rätten fick en mer autonom position i och med transformeringen till matematiskt-deduktiva modeller. Denna förvandling ansågs ha

¹⁴⁴⁶ Jfr Lübcke m.fl., s. 263; Aarnio s. 127 ff.; Löfstedt, s. 71 ff. Se även Peczenik (1995), s. 163 f. där "institutionella fakta" behandlas.

¹⁴⁴⁷ Seymour-Smith, s. 153, "When we refer to a 'social institution' we usually imply, ..., forms of standardized action or behaviour linked to a set of complex and interdependent NORMS and ROLES and applying to a relatively large proportion of persons within a society or territory."

¹⁴⁴⁸ Jfr Rao, s. 90: "Institutions are the rules of conduct of a society and include humanly devised structural constraints; these comprise both formal stipulations, as in statutes of law and regulations, and informal constraints such as social conventions and norms of expected behaviour."

¹⁴⁴⁹ Misztal, s. 25: "Thus, trust cannot be fully understood and studied without the examination of institutions as repositories of a legacy of values and without addressing a practical issue of how far human beings' concepts of duties and obligations are influenced by the societal institutions which organize ways in which people are bound together."

¹⁴⁵⁰ Jfr Peczenik (1995), s. 132.

¹⁴⁵¹ Samuel, s. 129: "Persons, things and actions are 'institutions', then, because they act as social realities around which rules form." [fotnot utesluten] Hänv. till Bergel, *Théorie générale du droit*, 3 uppl. (1999), s. 178.

¹⁴⁵² Se Samuel, s. 130 hänv. till Kelley, D., *The Human Measure: Social Thought in the Western Legal Tradition* (1990), s. 49. Jfr även Samuel, s. 137: "Institutions can be rule described, in that person things and actions can all be defined. But their reduction to symbolic knowledge (linguistic definitions) also results in a loss of information, in that institutions belong to, and within, the world of social fact."

effekten att rätten, med dess starka betoning på systematik, i högre grad fränkopplades från den sociala verkligheten.¹⁴⁵³

6.2.5.3 Relativisering av den metodologiska individualismen

*"Law in all its aspects is a cultural and sociological phenomenon; its institutions, principles, and rules must be understood as the resultant of interaction between past experience and attitudes, on the other hand, and contemporary perceptions and needs on the other."*¹⁴⁵⁴

Ett institutionellt perspektiv lyfts, enligt min uppfattning, inte fram i någon större utsträckning i de rättsvetenskapliga arbeten vilka hämtat teoretisk inspiration från ekonomisk teori.¹⁴⁵⁵

Enligt min uppfattning saknas därmed ett perspektiv vilket beaktar relationen mellan ekonomi och sociala institutioner. Detta perspektiv möjliggör förutsättningarna för diskussioner om en moralisk ekonomi som alternativ till en ekonomisk moral.¹⁴⁵⁶ Bl.a. Langholm har påpekat bristerna i den ekonomiska analysen: *"There is no reason to doubt the existence of such 'moral sentiments' in the modern economy. There may even be cause to ask whether our Western societies have not, in fact, functioned as well as they have after all done because of such sentiments, in these last couple of centuries when mainstream economics has so consistently ignored them."*¹⁴⁵⁷

¹⁴⁵³ Samuel, s. 137.

¹⁴⁵⁴ Von Mehren, s. 17.

¹⁴⁵⁵ I Skogh & Lane s. 23, (vilket inte är ett rättsvetenskapligt arbete i traditionell mening,) där det, angående diskussioner om pacta sunt servanda, påtalas att i den kontraktsekonomiska analysen bortses från moraliska eller etiska normer vilka eventuellt avhåller individerna från kontraktsbrott. Det finns däremot ekonomiska teorier vilka beaktar sociala institutioner såsom den s.k. neoinstitutionalismen. Jfr också Runesson, s. 38: "Den ekonomiska teorin om effektivitet är emellertid inte ägnad att ligga till grund för några etiska ställningstaganden eller ställningstaganden till vad som är skäligt eller rättvist." Den ekonomiska teorin innehåller dock redan värderingar och etiska ställningstaganden. Se exempelvis Hausman & McPherson, s. 265 ff. (se ovan i text vid not 1329) samt Riis, s. 501 ff.

¹⁴⁵⁶ Jfr Koslowski, s. 244: "The economy is not governed by economic laws alone, but is determined by human persons, in whose desires and choices a complete ensemble of economic expectations, social norms, cultural views, and ethical ideas about the good is always in effect. Consequently, this totality must also be taken into consideration, and reflection on the ethical character of economic action must be included in economic action and economic theory."

¹⁴⁵⁷ Langholm, s. 200. Jfr även nedan not 1528.

Ett institutionellt perspektiv kan också förstås såsom en reaktion mot den metodologiska individualismen. Enligt den senare analyseras samhällsföreteelser utifrån enskilda individers preferenser och hur dessa aggregeras. Enligt den metodologiska individualismen består samhället *endast* av individer och föremål varför samhällsvetenskaperna måste "inrikta sig på att förstå (reducera) alla företeelser som om de utspelade sig på denna nivå."¹⁴⁵⁸ Samhälleliga företeelser skulle enligt denna metods förutsättningar vara detsamma som att förklara enskilda individers motivations- och handlingsgrunder.¹⁴⁵⁹ Den tidigare omhuldade viljeteorin framstår som ett historiskt exempel på metodologisk individualism.¹⁴⁶⁰

Problemet med detta förhållningssätt är att individerna ingår i en större kontext och att den förenklade synen på interaktion mellan individer därmed inte blir särskilt realistisk. Denna reduktionism kan knappast ge nyanserade svar på samhälleliga problemställningar.¹⁴⁶¹ Den enskilde aktörens egenintresse *möjliggörs* av att det upprättas vissa sociala normer: däremot finns det ingen garanti för att aktören själv följer denna norm.¹⁴⁶² Det kollektiva handlandets gåta löses inte på ett övertygande sätt genom att endast hänvisa till egenintresserade rationella aktörer. De mest fundamentala institutionerna såsom exempelvis grundläggande beteenderegler, konventioner och språk – är inte jämviktsutfall i något spel mellan olika individer. "*De utgör snarare själva betingelserna för sådana spel. De bygger upp den arena på vilken spelen kan äga rum. Reglerna som styr samhället och dess utveckling kan inte fullständigt reduceras till utfallet av rationella val. De måste i analysen behandlas som exogent givna.*"¹⁴⁶³

Det handlar å andra sidan inte om att reducera bort egenintresset.¹⁴⁶⁴ Det handlar i stället om att undvika att *isolera* egenintresset och i stället försöka att åskådliggöra detsamma i samspelet med den sociala kontexten. Därvidlag möjliggörs en mer realistisk balansering mellan instrumentell rationalitet och värderationalitet, vilket synes överensstämma med

¹⁴⁵⁸ Pålsson Syll, s. 387. Jfr även Gilje & Grimen, s. 215 ff.; Löfstedt, s. 71 ff. samt Samuel, s. 314-329.

¹⁴⁵⁹ Madison, s. 41; Pålsson Syll, s. 387.

¹⁴⁶⁰ Jfr resonemang i von Mehren, s. 15-19.

¹⁴⁶¹ Jfr Pålsson Syll, s. 387. Se även Baumann, s. 135 ff. samt Hausman & McPherson, s. 129: "Man kan inte rimligen bedöma åtgärder, institutioner eller tillstånd enbart efter deras förmåga att tillfredsställa interpersonellt ojämförbara preferenser hos individer. För välfärd är inte detsamma som tillfredsställelse av preferenser, och det verkar som om sådana saker som frihet, jämlikhet och rättvisa också har betydelse."

¹⁴⁶² Jfr förståelsen av det romerska begreppet *fides*: "At first there was no legal duty on the magistrate binding him to his own edict, but *fides* required that he should be bound by things he had promised and on which others relied;" Schulz. 229.

¹⁴⁶³ Pålsson Syll, s. 391.

¹⁴⁶⁴ Jfr Koslowski, s. 1.

utgångspunkterna för kunskapsformen fronesis.¹⁴⁶⁵ Det är i detta sammanhang intressantare att diskutera vad som är gott i ett samhälleligt perspektiv, än vad det är just för en enskild person,¹⁴⁶⁶ även om de två perspektiven förstås anknyter till varandra.¹⁴⁶⁷ Normativ giltighet är ofrånkomligen social till sin karaktär och normer reglerar interaktionen mellan individer, vilket innebär att den normativa giltigheten inte kan vila på privata intressen i strikt mening. De mest gynnsamma möjligheterna till förståelse skapas bäst, enligt min uppfattning, i det dialektiska förhållandet mellan egenintresse och kollektiv rationalitet.¹⁴⁶⁸ Synsättet ansluter också till den hermeneutiska metoden, där enskildheten, i detta fall individen, tolkas utifrån helheten samhället och vice versa.

6.2.5.4 Instrumentell rationalitet respektive värderationalitet

Av ovan framgår att det kan finnas olika rationalitetsanspråk: dels instrumentell rationalitet och dels värderationalitet. De senare kan åskådliggöras i ljuset av ett numera närmast klassiskt begreppspar, *Gemeinschaft* och *Gesellschaft*. Inom sociologin skiljer man mellan dessa två idealtypiska socialiteter. Den förstnämnda *Gemeinschaft*, motsvaras närmast av svenskans gemenskap respektive engelskans community. Det har också likheter med Habermas s.k. livsvärld. Den andra socialiteten är *Gesellschaft*, vilket i sin tur motsvaras av svenskans samhälle och engelskans society. Habermas diskuterar en motsvarighet vilken han kallar en systemvärld. Teorin om *Gemeinschaft* och *Gesellschaft* utvecklades av den tyske sociologen Ferdinand Tönnies.¹⁴⁶⁹ Det bör poängteras att de två belysta kategorierna är idealtyper och skall inte förstås såsom tydligt avgränsbara empiriska fenomen.

¹⁴⁶⁵ Jfr Flyvbjerg, s. 62; Se även Hydén, *Normvetenskap*, s. 89: "I detta sammanhang för Aristoteles in begreppet phronesis, dvs det goda omdömet, som ledstjärna. Detta kan i själva verket ses som en argumentation för en förening av livsvärld och system, där båda måste tillåtas ha lika värde."

¹⁴⁶⁶ Jfr Aarnio, s. 283: "Law thus all the time seeks its way to society, not to individual biographies, unique destinies." Se även Huxley, J. *Knowledge, Morality and Destiny* 36 (1957), citerad i Newman, *Introduction*, s. 15: "The opposition between the requirements and interests of the individual and those of society is and always will be profound. Indeed, all moral codes and systems of ethics are attempts to reconcile these differences." [Fotnot utesluten ur citat].

¹⁴⁶⁷ Jfr Aristoteles (VI.8), s. 169 ff.; Flyvbjerg, s. 59. T.o.m. Posner (1998 s. 285), noterar: "But of course there is not a perfect confluence between personal interest (self-interest) and group interest (morality)." Se även Misztal s. 80.

¹⁴⁶⁸ Jfr Newman, *Introduction*, s. 15: "The search for the meaning of justice which began in the corridors of the Academy at Athens is still an unfinished story. Much of the uncertainty which surrounds the meaning of equity is due to the fact that law must balance the interest of the individual against the interests of society, and each set of interests is differently affected by moral codes."

¹⁴⁶⁹ Tönnies (1855-1936) i dennes verk *Gemeinschaft und Gesellschaft: Grundbegriffe der reinen Soziologie*. Senare sociologer (bl.a. Vierkandt och Sorokin) utökade antalet socialiteter. Se bl.a. Coing, s. 171 ff. samt Stein (1974), s. 18 ff. och densamme (1980), s. 120 f.

Gemeinschaft karaktäriseras av icke-kontraktuella relationer vilka existerar i bl.a. släktskapsband, vänskapsband och byalag.¹⁴⁷⁰ Denna socialitet är organiskt framväxt och känslonära. Socialiteten blir här ett mål i sig och det är naturligt nog främst i denna socialitet som lojalitet betonas.¹⁴⁷¹ De gemensamma värdena utgör den viktiga rationalitetsgrunden här.

Gesellschaft å sin sida karaktäriseras av en dominans av opersonliga kontraktuella relationer vilka styrs av en instrumentell och kalkylerande rationalitet. Ägandet är här i huvudsak enskilt och interaktion mellan individer tar här formen av egendomsutbyten vilka genomförs på marknaden.¹⁴⁷² Individen definieras snarast såsom en marknadsaktör i stället för medborgare, ”jedermann ein Kaufmann ist”,¹⁴⁷³ och det är i denna idévärld vi finner en lämplig hemvist för den fiktive ekonomiske aktören homo economicus (economic man).¹⁴⁷⁴ Denna idealtyp sägs karaktäriseras såsom en rationell nyttomaximerare vilken anpassar sitt beteende efter förändringar för att uppnå optimal egennytta.¹⁴⁷⁵ Den tillhörande rationalitetsmodellen grundar sig på en instrumentell (ändamåls)rationalitet.¹⁴⁷⁶

I det liberala *Gesellschaft*-socialiteten betonas den formella rättvisan i form av opartiskhet och likabehandling,¹⁴⁷⁷ och den har träffande beskrivits såsom ”the lawyers paradise”.¹⁴⁷⁸

Anledningen är förstås det myckna kontraktsskrivandet: vi kan notera Maines och Webers tankar om ett ”kontraktssamhälle” i stället för det tidigare ”statussamhället”.¹⁴⁷⁹ Det nutida börsnoterade aktiebolaget kan för övrigt uppfattas såsom ett *Gesellschaft* i miniatyr – på tyska heter det som bekant *Aktiegesellschaft* – där idealets signum kan sägas komma till uttryck. Aktörens (här: aktieägaren) intressen tillmötesgås genom starka krav på överlåtbarhet, ansvarsbegränsning, likhetsprincip och en stark kontraktuell styrning.¹⁴⁸⁰

¹⁴⁷⁰ Tönnies, bl.a. s. 10 samt s. 18 f.

¹⁴⁷¹ Jfr Fletcher, *Loyalty* s. 162 f.

¹⁴⁷² Jfr Tönnies, s. 34 ff.

¹⁴⁷³ Tönnies, s. 44. Denne synes ha inspirerats av Adam Smith.

¹⁴⁷⁴ Angående homo economicus i allmänhet se Asplund, Baumann, Löfstedt, Poirier Martinsson, s. 183 ff.

¹⁴⁷⁵ Jfr Löfstedt, s. 79 (hänvisande till Rutherford), 82 och 111.

¹⁴⁷⁶ Baumann, 283 ff. hänv. främst till Weber. Se även Posner (2003), s. 85; Wieacker, *Geschichtliche Wurzeln* s. 238.

¹⁴⁷⁷ Fletcher, *Loyalty* s. 162 f.

¹⁴⁷⁸ Jfr Coing, s. 172 f. hänv. till Sorokin, P., *Society, Culture and Personality*, (1947), s. 104.

¹⁴⁷⁹ Maine, Henry, *Ancient Law*, s. 100 samt Weber, s. 195 ff.

¹⁴⁸⁰ Denna beskrivning är här förenklad och kan naturligtvis nyanseras. Se exempelvis, Ireland, *Recontractualising the Corporation: Implicit Contract as Ideology*.

I västvärldens liberala samhällen kan vi identifiera drag från båda dessa idealtyper. Det har dock skett en förskjutning av tyngdpunkten från det lokala, agrart hierarkiska samhället med dess krav på homogen livsvärld mot en mer värdepluralistisk värld där interaktionen i långt större grad än tidigare sker via marknadsutbyten.¹⁴⁸¹ Gesellschaftsidealet kan sägas sammanhålla med den s.k. modernitetens inträde i upplysningstidens anda och i takt med liberalisering, individualism och sekularisering har företeelser såsom exempelvis lojalitet delvis omvärderats. Den ovan omnämnda neoklassiska ekonomiska teorin, vilken lanserades på bred front under 1870-talet, kan på goda grunder betraktas såsom starkt förknippad med Gesellschaftsidealet (jfr resonemang om bl.a. avtalsfrihet ovan i kapitel 2).

Förståelsen av lojalitetsbegreppet är avhängig av vilket av dessa två perspektiv som utgör utgångspunkt. Även om de olika rationalitetsidealen kan sägas ha olika styrka inom olika områden kan det noteras att det instrumentella marknadstänkandet åtminstone delvis har expanderat och erövrat nya arenor. Detta har förändrat synen på anställningsförhållanden, vänskapsförhållanden, ja, kanske t.o.m. familjesfären.¹⁴⁸² Kan inte ditt relationsobjekt satisfiera Dina behov – byt. Genuina och djupa relationer är dock inte lämpliga "objekt" för marknadsmässiga överlåtelse. Det som kännetecknar genuina relationer är snarare motsatsen: full utbytbarhet är knappast möjlig. Därför passar dessa relationer inte in i förenklade ekonomiska preferenssatisfieringsmodeller;¹⁴⁸³ *"The focal point of loyalty is a relationship-based entity that transcends the individuals who constitute it."*¹⁴⁸⁴

Den instrumentella individualismen i Gesellschaftsidealet kan å sin sida sägas medföra "naturliga" spärrar. Det är en omöjlighet att alla skall utnyttja sin frihet maximalt samtidigt i ett och samma samhälle. Någon slags koordinering behövs för att inte riskera ett allas krig mot alla. En annan fara med hyperindividualism, är att den riskerar att leda till meningslöshet, åtminstone så länge ett samhälle endast ägnar sig åt att skapa instrumentella medel, utan att kunna hänvisa till några finala ändamål.¹⁴⁸⁵ Människans utvecklade naturliga sociala karaktär riskerar att förloras när en urban alienation inträder. Rawls rättviseteori kan möjligen tolkas såsom ett försök att hantera detta ideals tillkortakommande: den instrumentella rationaliteten

¹⁴⁸¹ Jfr Koslowski, s. 10.

¹⁴⁸² Fletcher, *Loyalty*, s. 3 ff.

¹⁴⁸³ Jfr Fletcher, *Loyalty*, s. 15.

¹⁴⁸⁴ Fletcher, *Loyalty*, s. 15.

¹⁴⁸⁵ "[I]f you want a description of our age, here is one: the civilization of means without ends." Livingstone, Richard, *On Education* (1956), s. 99, citerad efter Flyvbjerg, s. 53. Jfr även Dunne s. 97 (citerande Hanna Arendt).

tillåts styra i en samhällelig spelteori. Faran med den instrumentella reduktionismen är risken för dess självuppfyllande profetia. Att endast betona instrumentell rationalitet riskerar, enligt min uppfattning att i en högre grad fragmentisera samhället, och minska möjligheterna till en frivillig samhörighet. Även för den som endast tror på en instrumentell rationalitet får det senare konsekvenser, i form av högre transaktionskostnader respektive sociala kostnader. Gesellschafts-idealets brister måste därför kompenseras med högre kostnader för transaktioner och andra externaliteter såsom sociala kostnader. Gesellschaft riskerar i den meningen att urholka sig själv: det behövs även normativa värdestrukturer för samhällets bevarande.¹⁴⁸⁶

Övergången till en högre grad av kontraktssamhälle är mångtydigt och komplext. Fortfarande liknas exempelvis anställningsförhållandet mer med ett statusförhållande än ett kontraktuellt förhållanden.¹⁴⁸⁷ Ovan har jag antytt negativa effekter vilka kan leda till alienation och rotlöshet. Å andra sidan kan det betyda att individer också emanciperas från olika sorters betungande ok vilka kan ha förmedlats via traditionen. Det s.k. moderna samhället kännetecknas av just frigörelsen från olika auktoriteter.¹⁴⁸⁸ Gemeinschaft bör därför inte skönsmålas.¹⁴⁸⁹

Finns det då bara ett val mellan två extrempunkter? Måste man välja mellan individualism och kollektivism? Som så många gånger förr torde vi knappast finna svaret i en polarisering av utgångspunkterna. Möjligen kan en jämförelse med utvecklingen i det antika romerska riket säga oss något. Denna utveckling kännetecknades bl.a. av att relationer "juridifierades" i takt med att samhället lämnade dess arkaiskt agrara beroende.¹⁴⁹⁰ Å andra sidan "lyckades" romarna dock aldrig att frigöra sig helt från de icke kontraktuella regleringsmekanismerna.¹⁴⁹¹ Människans rationalitet är avhängig av hennes historia. Hon fattar således inte beslut från en nollpunkt utan gör det under påverkan av "*innebörder, meningsfullheter, värden och*

¹⁴⁸⁶ "Problems with both biosphere and sociosphere indicate that social and political development based on instrumental rationality alone is not sustainable." Flyvbjerg, s. 53.

¹⁴⁸⁷ Se exempelvis Fahlbeck, s. 95 f.

¹⁴⁸⁸ Se bl.a. Carleheden, M. *Det andra moderna*, s. 155, där bl.a. Kants respektive Hegels syn på det moderna diskuteras.

¹⁴⁸⁹ Asplund, s. 44; Baumann, s. 653 ff.

¹⁴⁹⁰ Jfr not 1479.

¹⁴⁹¹ Zimmermann, s. 350: "A characteristic feature of Roman law was that it tended to interfere with the internal aspects of these status relationships as little as possible; *pietas*, *fides*, *reverentia* and the *mores maiorum* were largely relied upon as entirely satisfactory regulatory mechanism:". Starkt förenklat översatts begreppen på följande sätt; *pietas* betyder plikttrogenhet mot släkten (särskilt föräldrar), *fides* betyder trohet och ärlighet, *reverentia* betyder vördnad och respekt och *mores maiorum* anknyter till "förfädernas seder eller moral."

*preferenser som till största delen finns där, som ett språk, en kultur, en tradition”.*¹⁴⁹²

Marknaden är därför ingen magisk maskin utan den är i stället en funktion för att tillgodose medborgarnas dispositioner med nyttigheter. Marknaden bör därför aldrig helt frigöras från samhället i övrigt utan den bör i stället betraktas såsom en nödvändig men föränderlig del av detsamma.¹⁴⁹³ Oavsett vilken arena människan befinner sig på behövs det en grundläggande tillit.

Det ligger närmast till hands att förknippa den avtalsgrundade lojalitetsförpliktelsen med Gesellschaftsidealet, med tanke på anknytningen till kontraktstyrning, avtalsfrihet och marknadstänkande. Likväl är det fortfarande människor som fattar beslut, vilka påverkar dem själva och andra. I ett danskt rättsfall UfR 1945 s. 388 ser vi hur det intima och familjära (Gemeinschaft) plötsligt inverkar på de mer instrumentella förutsättningarna (Gesellschaft). Fallet rörde ett bolagsförhållande, där en bolagsman hade en sexuell förbindelse med en annan bolagsmans kvinna. Den juridiska frågeställningen handlade om huruvida denna förbindelse utgjorde en tillräcklig uppsägningsgrund i det aktuella bolagsförhållandet. Domstolen ansåg inte detta, vilket åtminstone på ett principiellt plan kan diskuteras. I ett mindre bolag där det krävs ett nära och förtroendefullt samarbete mellan de inblandade bolagsmännen, kan det finnas goda skäl att ifrågasätta möjligheterna till framtida samarbete.¹⁴⁹⁴

6.2.5.5 *Fronesis och tolkning – hermeneutik*

*”Vi står inför behovet av en övergång från en isärtagande, reduktionistisk, till en ihopsättande, holistisk vetenskap.”*¹⁴⁹⁵

Ett vetenskapligt förhållningssätt förknippas bl.a. med användandet av en eller flera erkända metoder. Ordet metod är besläktat med den grekiska termen *methodos* vilken närmast betyder kunskapsväg, eller planerat framgångssätt för uppnående eller rättfärdigande av kunskap.¹⁴⁹⁶

¹⁴⁹² Nordin, s. 153.

¹⁴⁹³ Jfr Solomon, s. 104: ”That is why the idea of business as a practice is absolutely central to this approach: it views business as a human institution in service to humans and not as a marvellous machine or in terms of the mysterious “magic” of the market. - - - What the Aristotelian approach promises is not something novel and scientific but an approach that is very staid and established and above all very human.”

¹⁴⁹⁴ Jfr Lindskog (2001), s. 682.

¹⁴⁹⁵ Hydén, Normvetenskap, s. 23.

¹⁴⁹⁶ Jfr Lübcke m.fl., s. 369.

Det är här inte frågan om Descartes ideal där en förutbestämd ”rationell” metod skall användas till alla undersökningar. Såsom Aristoteles påtalade bör metoden kunna anpassas efter det undersökta,¹⁴⁹⁷ och det finns en anknytning mellan kunskapsformen *fronesis* och till de nutida behoven av såväl etik som hermeneutik:¹⁴⁹⁸ ”*‘Anvendelsen’ af retten er ikke simpel; der kræves en ‘overvejet’ anvendelse. Spændningsforholdet mellem det almene og handlingssituationen gør det kompliceret at finde ud af, hvad der egentlig er ret. Problemet for en juridisk hermeneutik er altså stillet inden for phronesisanalysen.*”¹⁴⁹⁹

I föreliggande arbete framkommer vad som till stor del kan beskrivas såsom ett hermeneutiskt grundat förhållningssätt. När man efterhand medvetandegörs om att undersökningen av en avtalsrättslig lojalitetsprincip inte kan ske helt förutsättningslöst uppkommer frågor, vilka i sig ökar möjligheterna till en ”kritisk” analys av det egna förhållningssättet. Eftersom syftet är att försöka *förstå* lojalitetsprincipen handlar det därför om en reflekterande kunskapsprocess.¹⁵⁰⁰ Den egentliga metodläran är i den meningen en rättsvetenskapens självreflektion över sitt eget tillvägagångssätt.¹⁵⁰¹ Denna självreflektion fortgår så att säga parallellt med själva undersökningen, alltför ofta dock såsom en tyst kunskap.¹⁵⁰² Som ovan konstaterades bör den tysta kunskapen inte accepteras såsom något finalt tillstånd. Det bör finnas en strävan, för att kunna hävda ett vetenskapligt förhållningssätt, mot att försöka att sätta ord på kunskapsprocessen i syfte att möjliggöra kommunikation och kritisk diskussion.¹⁵⁰³

Att använda sig av mer eller mindre utvecklade hermeneutiska tolkningar är för övrigt inget nytt inom juridiken. Tidigare begagnades termen hermeneutik för tolkningslära i allmänhet,¹⁵⁰⁴ och den kan fortfarande anknytas till en dynamisk rättsdogmatik.¹⁵⁰⁵ Ett

¹⁴⁹⁷ Jfr Aristoteles (I.2 och I.3), Jfr Hellner (2001), s. 32 samt Madison, s. 38.

¹⁴⁹⁸ Se exempelvis Gustavsson, s. 159 ff.

¹⁴⁹⁹ Grøn, s. 300.

¹⁵⁰⁰ Jfr Aarnio, s. 105: ”Hermeneutics has to do with understanding the very process of understanding.”

¹⁵⁰¹ Andersson, Håkan (1993), s. 177.

¹⁵⁰² Jfr Andersson, Håkan (1993), s. 221: ”Över huvud taget kan hermeneutiken tjäna som medel för inomjuridisk självreflektion, över kanske fördolda, arbetssätt och tankaramar.” Se även Sandgren, *En social civilrätt?*, Del II, s. 644: ”Traditionalistens” värderingar domineras av rättsstatliga och marknadsekonomiska föreställningar. Dessa är som regel utsagda; referensramen för analysen är bara vagt artikulerad, om ens det.”

¹⁵⁰³ Jfr Bernt & Doublet, s. 189.

¹⁵⁰⁴ Hellner (2001), s. 41, not 44. Se även Samuel, s. 310: ”The hermeneutical scheme is particularly relevant to those human sciences involving the interpretation of texts, since language is literally a sign or set of signs... the scheme ‘preferentially applies, but not in an exclusive fashion, to data appearing at first sight in a symbolic form’. [Fotnot utesluten ur citat]. Efter Berthelot, J.-M., *Les vertus de l'incertitude* (1996), s. 79.

¹⁵⁰⁵ Jfr Aarnio (1997), s. 100 f. Se även Hellner (2001), s. 27, angående begreppen statisk respektive dynamisk rättsdogmatik; Jfr Knoph (1934), om förmögenhetsrättens förändring från en statisk- till en dynamisk karaktär.

hermeneutiskt förhållningssätt synes lämpligt här eftersom lojalitetsprincipen tolkas med inslag av såväl historia som ett nutida samhällsperspektiv.¹⁵⁰⁶ Såväl socio-ekonomiska perspektiv som etik spelar in och ger ett bredare perspektiv än vad traditionell rättsdogmatik förmår göra.¹⁵⁰⁷

Mänsklig förståelse och kunskap har alltid en intersubjektiv dimension.¹⁵⁰⁸ "Helheter" såsom ett samhälle är ingen endimensionell "sak" vilket endast kan förklaras kausalt; det är ett tolkat objekt i vid mening.¹⁵⁰⁹ Det hermeneutiska förhållningssättet betonar den intersubjektiva meningen, och tar i den meningen avstånd från en *ensidig* betoning av den ovan nämnda metodologiska individualismen med dess anhängiga reduktionism. Ett hermeneutiskt förhållningssätt anses i stället minska risken för monism, då endast en eller alltför få rättsligt relevanta faktorer beaktas.¹⁵¹⁰ Episteme kan, vilket påpekades ovan, förknippas med den s.k. Galileiska traditionen medan den "fronensiska" hermeneutiken i sin tur kan förknippas/ anknytas med delar av den Aristoteliska traditionen. Den förra strävar efter att på kasual- eller mekanisk grund förklara och förutse företeelser medan den senare strävar efter att på teleologisk grund förstå människan.¹⁵¹¹

Det finns några grundpelare vilka förknippas med hermeneutik: förförståelse, det dialektiska förhållandet mellan helhet och del samt den hermeneutiska cirkeln eller spiralen.¹⁵¹² När det gäller den första delen, *förförståelsen*, tar den fasta på att ingen kulturvarelse börjar bearbeta och rationalisera ett material förutsättningslöst: "*När du tror at du begynner, så har du alt allerede begynt.*"¹⁵¹³ Möjligen kan detta vara en förklaring till den intuitiva beslutsprocessen, vilken diskuterades tidigare i samband med *techne*. Den redan inarbetade kunskapen tas för given vilken riskerar en (fortsatt) oreflekterad auktoritetstro av närmast reaktionärt slag. Förvisso är rättsvetenskap, såsom tolkningskonst, också till större delen reproduktiv:¹⁵¹⁴ tolkningen av en rättsregel måste beakta det tidigare nedlagda. Men en reflekterande och kritisk tolkningsprocess måste inte medföra ett statiskt förhållningssätt. Gadamer diskuterar

¹⁵⁰⁶ Jfr Bernt & Doublet, s. 181 f.

¹⁵⁰⁷ Nystén-Haarala, s. 2 f. Hänvisande till Weber och dennes breda perspektiv. Jfr även Alvesson och Sköldberg om Webers försök till en "objektiverade hermeneutik", s. 119 f.

¹⁵⁰⁸ Jfr Madison, s. 41. Se även Lübeck m.fl., s. 266: Intersubjektiv(t) betyder det som är (principiellt) tillgängligt, vetbart eller förståeligt för flera eller alla subjekt, motsatt det subjektiva eller privata.

¹⁵⁰⁹ Jfr, Madison, s. 42.

¹⁵¹⁰ Andersson (1993), s. 223.

¹⁵¹¹ Se not 1259.

¹⁵¹² Bernt & Doublet, s. 184. Angående spiral-liknelsen, se Alvesson & Sköldberg, s. 116.

¹⁵¹³ Bernt & Doublet, s. 191. Se även Molander, s. 169 ff.

¹⁵¹⁴ Jfr Bernt & Doublet, s. 213.

just om möjligheten till vad han kallar en horisontsammansmältning, d.v.s. att integrera det "nya" med det "gamla".¹⁵¹⁵ Det intressanta blir i detta sammanhang spänningsfältet mellan tradition och rationalitet, i den mån dessa skiljer sig åt. Det är därför mer rättvisande att diskutera en *hermeneutisk (öppen) spiral* i stället för en hermeneutisk (sluten) cirkel. Rättsvetenskaparen kan, i ljuset av detta, också vara såväl kreativ som kritisk och inte endast ägna sig åt att laborera med redan accepterade kategorier.¹⁵¹⁶ Detta kräver dock såväl självmedvetenhet som öppenhet om den egna arbetsmetoden.

Förförståelse är en viktig förutsättning, och den aktualiseras vid en systemorienterad analys av lojalitetskraven. Hellner påpekar att en viktig del av rättsvetenskapen består i att klargöra bakgrunden till och sammanhanget mellan rättsreglerna.¹⁵¹⁷ Betydelsen av förförståelsen och övriga hermeneutiska tankefigurer kan vara behjälpliga med att organisera tolkningsstrukturer i det juridiska tankesättet.¹⁵¹⁸ Vid ovanstående genomgång framkommer bl.a. den ovan nämnda balansen mellan strukturella eller systembundna överväganden och axiologiska överväganden. Det hermeneutiska förhållningssättet kan rekonstruera och därmed synliggöra de faktiska övervägandena som företas inom det rättsliga systemet.¹⁵¹⁹ En materiellrättslig diskussion angående olika avtalsförhållandens lojalitetsplikter görs också utifrån en mängd olika avvägningar och med hänsyn till andra normer. Tidigare i detta arbete (främst kapitel 4) har jag behandlat ett antal normer vilka förknippats med lojalitetsprincipen.

När det gäller det *dialektiska förhållandet mellan helhet och del* kan vi här återkoppla till den ovan beskrivna abduktions-metoden. Denna metod befattar sig, som ovan nämnts, med växelverkan mellan induktion (det enskilda respektive delen) och det deduktion (det allmänna respektive helheten). *Phronesis* kan här associeras till den kunskap som är aktiverad vid abduktionsmomentet:¹⁵²⁰ rättsliga resonemang har över tiden kännetecknats av en dialektisk metod.¹⁵²¹ Förhållningssättet kan också ses såsom ett avståndstagande mot att använda ett

¹⁵¹⁵ Gadamer har dock kritiserats för att vara konservativ, se exempelvis Peczenik (1995), s. 502 och Warnke, s. 168 ff. (angående Habermas kritik). Se även Alvesson & Skoldberg, s. 136.

¹⁵¹⁶ Jfr Kristensson Ugglå, s. 350: "Vår diskussion om den juridiska hermeneutikens exemplariska betydelse för tolkningsproblematiken i vår tid har visat att det är nödvändigt att hermeneutiken inte bara uppfattas som en *praktisk*, utan också *kritisk* filosofi."

¹⁵¹⁷ Hellner (2001), s. 40. Se även Bernt & Doublet, s. 204 ff.

¹⁵¹⁸ Jfr Bernt & Doublet, s. 206.

¹⁵¹⁹ Jfr Bernt & Doublet, s. 209.

¹⁵²⁰ Se Flyvbjerg, s. 57: "*Phronesis* requires an interaction between the general and the concrete; it requires consideration, judgement, and choice. More than anything else, *phronesis* requires *experience*." [Fotnot med hänv. till Richard S. Ruderman utesluten ur citat].

¹⁵²¹ Samuel, s. 72 (not 134), hänv. till Bergel, *Théorie générale du droit*, 3 uppl. (1999), s. 275.

deduktivt epistemeideal i den juridiska argumentationen: "*The idea that law can be expressed in terms of the symbols of calculus 'is irreconcilable with legal method' because the 'law is full of departures from logical solutions deduced from an axiom' and these 'exceptions result from other preoccupations, other principles and other axioms of which the sheer number, the complication and the differing intensity make impossible an expression of positive law in mathematical form.*"¹⁵²²

6.2.6 De tre kunskapsformerna och lojalitetsprincipen

Hur kan man betrakta kunskapen om den rättsliga lojalitetsprincipen utifrån ovanstående tre kunskapskategorier?

Av ovanstående framgår att det finns vissa likheter mellan den s.k. traditionella rättsdogmatiken och såväl episteme som techne. Det finns, vilket påpekats ovan, en strävan efter värderingsfrihet (jfr: objektivitet) med systematisering såsom ledstjärna. Det deskriptiva idealet tangerar epistemeidealet. Det är således främst den inomrättsliga – systembundna förståelsen – av lojalitetsprincipen, med tillhörande begreppsanalys, som vi förknippar med dessa två kunskapsformer: Hur kan *lojalitetsbegreppet* och själva *lojalitetskonceptet* förstås utifrån den rådande avtalssystematiken? Det handlar således i första hand om en deskriptiv redogörelse, vilken inriktar sig på hur lojalitetsbegreppet diskuterats i de olika rättskällorna. Ovan framgår främst i kapitel 4 hur lojalitetsprincipen har uppfattats, med hänsyn till ett förhållandevis stort antal etablerade normer i aktuella avtalsrätten. I kapitel 5 framkommer att en förståelse – om än begränsad – av allmänna rättsprinciper kan uppnås utifrån ett rättssystematiskt perspektiv. I båda fallen finns det en logisk-systematisk orientering och det finns också en strävan efter att undersöka huruvida det föreligger koherens i denna systematik. Det är fullt tänkbart att det vid en noggrann systematisk analys blottläggs en eller flera inkongruenser. Med en kritisk hållning i en dekonstruktivistisk anda kan koherensen av såväl enskilda rättsregler som mer övergripande normkomplex ifrågasättas. Ett exempel på det senare är exempelvis frågeställningen: Hur förhåller sig allmänna avtalsrättsliga principer i förhållande till nu gällande upphandlingslagen?¹⁵²³

¹⁵²² Samuel, s. 71 f. Hänv. till Bergel, *Théorie générale du droit*, 3 uppl. (1999), s. 273, [Fotnot utesluten ur citat].

¹⁵²³ Denna fråga är intressant, men den kan dessvärre inte utförligt diskuteras i detta arbete. Notera dock s. 100.

En annan, med systematisering avhängig del, är den juridiska kategoriseringen och skapandet av olika taxonomier. Hur bör exempelvis de konkreta lojalitetsförpliktelserna kategoriseras? I avsnitt 4.3 och 4.4 ges exempel på ett antal konkreta lojalitetsförpliktelser, vilka indelas efter specifika kännetecken. I nyss nämnda kapitel förekommer exempelvis plikt att undvika konkurrens med medkontrahenten, tystnadsplikt o.s.v., vilka kan bilda skilda kategorier. I detta sammanhang kan vi nämna BGB § 242 där de aktuella rättsfallen indelas i olika s.k. "Fallgruppen". Ett annat möjligt sätt att indela lojalitetsförpliktelserna är att skilja mellan aktiva och passiva förpliktelser. Den praktiskt arbetande juristen behöver något handfast och operationaliserbart att arbeta med och de nyss nämnda indelningarna fyller ett praktiskt behov.

Ovan diskuteras logik och systematik i förhållande till rättsvetenskap. Det finns även en strävan efter *rationalisering*. I det här fallet aktualiseras därför frågan: vad är det som är kännetecknande för de situationer som förknippas med lojalitetsprincipen?

Med epistemeidealet anknyts vanligen också den framlagda teorins förmåga att dels förklara vissa företeelser, dels prognostisera händelser i framtiden. Rättsliga företeelser är dock speciella när det gäller att ge prognoser. Rättsordningen är inte något naturfenomen utan ett människoskapat normsystem, vilket medför vissa ontologiska konsekvenser. De framtida utfallen i domstolarna är påverkade av förändringar av såväl lagstiftning som domarnas attityder. Båda dessa faktorer kan vara svåra att bedöma på förhand. Ett annat problem med prognosen är att det föreligger en "risk" för att den bidrar till att bli en självuppfyllande profetia. Människan är som bekant ett självtolkande djur. I detta arbete ges, trots detta, några tänkbara tolkningsförslag avseende hur lojalitetsprincipen skulle kunna påverka tolkningen av några konkreta situationer (se exempelvis avsnitt 4.5).

Teknisk kunskap (techne) om hur man går till väga i rättsvetenskapen finns uppenbarligen, däremot händer det inte sällan att de mer djupgående teoretiska utgångspunkterna för analyserna, d.v.s. förståelsen, förbises eller tas för givna. Av kapitel 5 framgår dock att det finns mer att säga om lojalitetsprincipen vid sidan av systemperspektivet: principen kan, utöver vad som sagts ovan, även identifieras såsom en *värdeprincip* (avsnitt 5.5.2). Kunskapsformen fronesis är som ovan diskuterats förknippad med samhällsbevarande värden.

Det nominalistiskt reduktiva epistemeidealet gör normalt tidigt halt vid diskussioner angående allmänna rättsprinciper. Något mer än induktionsbaserad förståelse synes inte accepteras/hanteras i detta kunskapsparadigm. Det bör dock beaktas att rätten förvisso är praktiskt inriktad, men att den likväl består av idéer, principer och värderingar.¹⁵²⁴

Lojalitetsprincipen är som ovan påpekats förknippad med att visa hänsyn i det avtalsrättsliga samarbetet. Det handlar om vad som kan betraktas såsom skyddsvärt och eftersträvansvärt (d.v.s. gott). Den goda medkontrahenten uppträder hederligt och lojalt. Ur ett värdeperspektiv framstår ett sådant förhållningssätt rationellt: *"Om man likställer att handla rationellt med att handla på goda grunder, tycks det inte finnas några förutsättningar för en konflikt mellan rationalitet och moral"*.¹⁵²⁵ Detta torde kunna gälla ur såväl ett dygdeetiskt, pliktetiskt som konsekvensetiskt perspektiv.¹⁵²⁶ Hederlighet och lojalitet kan rättfärdigas såväl som ett värde i sig som med ledning av en snävare ändamålsrationalitet.¹⁵²⁷ Som ovan påpekats har det visat sig att marknadstransaktioner fungerar väl, tack vare att människor agerar i enlighet med moraliska normer och inte trots detta.¹⁵²⁸

Diskussionerna angående lojalitetsprincipen visar på den ständiga och nödvändiga balansgången mellan rättens materiella innehåll och dess struktur eller om man så vill, spänningsförhållandet mellan materiell och formell rättvisa. Det bör därför inte leda till ett polariserat "antingen eller perspektiv". Vid en dekonstruktion av de förekommande juridiska fiktionerna skymtar även de värderingar som trots allt har påverkat domaren/rättsvetenskapsmannen.¹⁵²⁹ Dessa fiktioner har trots allt nyttjats för att kunna nå ett önskvärt resultat.

Ovan visar att ett förhållningssätt, vilket accepterar flera kunskapsformer – ger möjligheter till en mer holistisk förståelse. Vardera kunskapsformen har sitt berättigande utifrån sina egna premisser. I verkligheten flyter nog dessa kunskapsformer till viss del samman i

¹⁵²⁴ Jfr Berman, s. 557: "Law is not only fact; it is also idea, or concept, and, in addition, it is a measure of value."

¹⁵²⁵ Hausman & McPherson s. 87.

¹⁵²⁶ Jfr Ghestin, s. 112 f. (angående nytta och good faith): "It completes the contractual obligation by referring to the legitimate expectations of the signatories, revises these obligations even when the contract makes no such allowance, and assumes the good faith of both the promissory and the promisee when circumscribing its reach. Good faith is thus instrumental to the economic utility of contract (Jamet-le Gac 1998)."

¹⁵²⁷ Jfr Snyder, s. 38: "Equity is such a universal element in that it aims to indicate a standard in the maintenance of which the administration of law corresponds to man's best social nature. In its broadest sense and most general signification, equity denotes the spirit and habit of fairness, justness, and right dealing which should regulate the intercourse of men with men; the rule of doing to others as we would have them do to us."

¹⁵²⁸ Jfr Eisenberg (2001), s. 238 samt Langholm ovan i text vid not 1457.

¹⁵²⁹ Jfr ovan angående fiktioner i avsnitt 4.3.5 samt i text vid följande noter: 189, 195 och 706.

tolkningsprocessen. Juristen prövar vanligen ett flertal tolkningsmetoder, beroende på förutsättningarna. Det kan exempelvis vara logiska, bokstavstroga, systematiska, teleologiska och historiska "metoder" för att nå fram till en lösning på ett specifikt problem. Dessa tolkningsmetoder kan i sin tur anknytas till de olika förståelseformerna, vilka jag diskuterat ovan i detta kapitel.

Alla marknadstransaktioner är, i varierande grad, förtroendeberoende. Bakom alla marknadstransaktioner finns det förväntningar om att erhålla något specifikt av respektive medkontrahent, och för att våga ingå avtal med en annan, krävs det en viss nivå av tillit. Denna är knuten dels till att medkontrahenten uppfyller sin del av avtalet (ett positivt förväntningsintresse), dels till att densamme inte företar skadegörande handlingar vid de avtalsrelaterade kontakterna parterna emellan.

För att kunna möjliggöra kostnadseffektiva marknadsutbyten, är det vanligen nödvändigt för parterna att låta exponera sig i vissa riskpositioner. Dessa är särskilt tydliga i sådana avtalsrelationer, i vilka parterna inte presterar samtidigt. I vissa fall kan de inblandade kontrahenterna skaffa sig säkerheter i form av exempelvis panträttigheter, men denna lösning är inte särskilt lämplig i många avtalstyper. Ett sätt att hantera denna problematik är att låta rättsordningen på olika sätt skapa ett rättsskydd åt den som befinner sig i – den med utbytet förknippade – nödvändiga *riskpositionen*.¹⁵³⁰ Detta kan bl.a. ske genom att medkontrahentens *maktposition* neutraliseras (i rättslig mening).¹⁵³¹ I praktiken kan en parts överexploatering angripas på olika sätt, vilket visar sig i den breda sanktionsarsenal som förekommer vid lojalitetsbrott. Det kan exempelvis röra sig om såväl rättighetsinskränkningar som skadeståndssanktioner. Rättsskyddet kan skapas genom att domstolen, i den mån lagstiftaren inte redan gjort det, i viss utsträckning fyller ut avtalet med lojalitetsförpliktelser. Dessa måste vara såväl situationsanpassade som försedda med sanktioner så att de därigenom kan ge åtminstone ett visst skydd mot att vara utlämnad till medkontrahentens goda vilja. I ett samhällsekonomiskt perspektiv finns det goda skäl att agera mot oönskade beteenden vid marknadstransaktioner. Att negligera detta kan, på goda grunder, antas medföra ökade transaktionskostnader. De inblandade parterna riskerar därmed att ådra sig kostnadsökningar i sina försök att, på alternativa vägar, minska sina risker att inte uppnå ett förväntat utbyte.

¹⁵³⁰ Jfr exempelvis Lando & Beale, s. 303: "If the contract would be very risky for one party unless a term is implied to give up the party some protection, a suitable term should be implied." Se därutöver citat av Posner (ovan not 455) och Kerkmeester (ovan not 456).

¹⁵³¹ Jfr angående bolagsförhållanden i Werlauff, s. 26: "Kort sagt påhviler lojalitetsförpligtelsen dem, der har det i deres magt att bevæge selskabet i den ene eller anden retning." Se ovan not 721.

I det här sammanhanget bör det även påpekas att rättsordningens förehavanden inte nödvändigtvis medför några märkbara effekter bland marknadsaktörerna,¹⁵³² och att lojalitetsprincipen naturligtvis inte förväntas hindra all opportunistism i avtalsrelationer.¹⁵³³ Fortfarande finns risken för olika former av institutionella misslyckanden, varför parterna inte alltid kan räkna med att rättsordningen till fullo skall lösa tvister på ett optimalt sätt.¹⁵³⁴ Detta behöver i sig inte leda till en allmän uppgivenhet angående sakernas tillstånd. Redan vid utformningen av rättsliga normkomplex finns det goda skäl att väga in ovanstående synpunkter angående parts rättsskydd i riskpositionerna. Bl.a. kan man tänka sig en framtida reformerad reglering av vad som nu benämns det enkla bolaget: denna skulle kunna utformas så att den bättre motsvarar normbehoven avseende varaktiga samarbetsformer. Det torde finnas utrymme att, i högre utsträckning än vad som hitintills skett, internalisera remedier redan i de legala konstruktionerna. Därmed skulle part framkalla en direktverkande, och för honom själv negativ effekt genom att handla opportunistiskt.¹⁵³⁵

Av kapitel 5 framgår att lojalitetsprincipen kan betraktas såsom en allmän rättsprincip. Denna kan uppfattas dels såsom en tolkningsprincip, dels såsom en utfyllande rättsgrund i den mån ofullständiga avtal behöver utfyllas med konkreta lojalitetsförpliktelser. Denna princip fångar upp ett antal rättsliga normer, vilka har ett gemensamt ratio determinationis.¹⁵³⁶ Det gemensamma för dessa normer är dels att de ålägger avtalsparterna en skyldighet att ta hänsyn till medkontrahentens avtalsrelaterade förväntningsintresse,¹⁵³⁷ dels att de anvisar en generell omsorgsförpliktelse.¹⁵³⁸ Det senare ansvaret har förvisso en utomobligatorisk karaktär,¹⁵³⁹

¹⁵³² Jfr Collins (2002), s. 104: "When we examine closely the way in which people decide to enter transactions the role of law appears at the best peripheral and in many instances wholly irrelevant. In order to overcome the risks of betrayal and disappointment, trust and sanctions are vital, but within these mechanisms the legal sanction available for breach of contract appears to occupy only a marginal role." Jfr liknande i Kerkmeester, s. 70 f.

¹⁵³³ Nystén-Haarala, s. 219.

¹⁵³⁴ Jfr Brousseau & Glachant, s. 13.

¹⁵³⁵ Jfr Collins (2002), s. 102. Denne tar pantbanken som exempel. Denna institution kan naturligtvis missbrukas i förhållande till gäldenärer, vilka befinner sig i trångmål, varför det kräver en balansering av respektive rättigheter.

¹⁵³⁶ Se ovan angående detta begrepp ovan i text vid not 1029.

¹⁵³⁷ Jfr ovan i text vid not 173. Jfr även Newman, *The General Principles of Equity*, s. 603: "Principles based on the precept of good faith: - - IV. Reasonable expectations based on the conduct of another person will be protected. V. Men must act in good faith with regard to those with whom they are dealing and those who may be affected by their action. Good faith requires fair dealing, affirmative disclosure of material facts and assistance to others in achieving the full benefit of contractual relationships."

¹⁵³⁸ Jfr Hesselink, som inte särskilt diskuterar svensk rätt, s. 205: "The duty of loyalty protects the expectation interest. It obliges a party to secure performance or, more broadly, to ensure that the other party will have the use of the contract that he could reasonably expect from it. The contractual duty of care protects the negative interest. It obliges a party to take care that the person and the property of the other party do not suffer any damage during the performance."

men detta ansvar är likväl avhängigt av avtalsrelationens kontext, vilket bl.a. kan påverka culpabedömningen. I detta kapitel framkommer att lojalitetskravet verkar såsom en legal sanktion mot beteenden som innebär att en avtalspart påverkar ett avtalsförhållande genom att föra in ett extraordinärt riskmoment för sin medkontrahent.¹⁵⁴⁰ Såsom ett exempel på det senare är när en arbetstagare börjar konkurrera med sin arbetsgivare.

I många avtalsförhållanden är plikten till en generell lojalitet tämligen uppenbar: särskilt gäller detta varaktiga och personliga relationer.¹⁵⁴¹ I dessa relationer finns det ett behov av ett kontinuerligt förtroendeförhållande mellan parterna. Alla avtalsformer medför dock inte detta behov i samma utsträckning. Det finns typer av marknadstransaktioner, vilka varken kan sägas vara personliga, varaktiga eller särskilt komplexa. Det rättsliga lojalitetskravet varierar därför, allt efter i vilket sammanhang den aktualiseras. Det krävs i den meningen en förståelse av den aktuella transaktionen för att kunna tillämpa denna generella norm. För de mer frekventa transaktionsformerna har det över tiden utvecklats ett antal rättsliga normer vilka tar hänsyn till de typiska intressen som förekommer bland de inblandade aktörerna. Några exempel på dessa framkommer ovan i kapitel 4.

I den moderna skyddslagstiftningen har lagstiftaren neutraliserat ett antal riskpositioner, genom att skapa ett antal indisponibla rättsregler. Dessa tvingande regler fördelar rättigheter och skyldigheter, i enlighet med ett starkt politiskt intresse, med särskild hänsyn till en på förhand definierad svagare part. Det finns dock, i de flesta avtalsrelationer, tillfällen där den ena parten befinner sig i en riskposition utan att därför vara definierad som svagare part. Vi känner exempelvis igen situationen från försäkringsavtalet där försäkringstagaren, vilken ofta kan definieras som en svagare part, ändock har skyldighet att fullgöra sin upplysningsplikt för att försäkringsgivaren skall kunna göra en rimlig bedömning av exempelvis försäkringspremien och andra försäkringsvillkor.¹⁵⁴² I detta fall befinner sig försäkringsgivaren i en riskposition och denne har normalt att lita till försäkringstagarens uppgifter. Det ligger också närmast till hands att det är försäkringstagaren som har att

¹⁵³⁹ Jfr citat från van Gerven, även i not 172 ovan: "contract law aims to enforce promises and thus to confer intended benefits, while tort law merely aims to maintain the *status quo* and thus to repair losses." Jfr även uttalande av Lord Radcliffe ovan i text vid not 209.

¹⁵⁴⁰ Jfr Arnholm (1974), s. 12.

¹⁵⁴¹ Ds 2002:56, s. 289 f; Nicander, särskilt s. 31 samt Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 81.

¹⁵⁴² Jfr Gorton (1999), s. 39. Se angående försäkringstagarens upplysningsplikt i lag (1927:77) om försäkringsavtal 4 §.

presentera relevanta fakta avseende försäkringsobjektet, eftersom denne som ”besittare” av objektet vanligen har ett informationsövertag angående objektets egenskaper.

I termer av makt kan följande sägas: även den enskilde arbetstagaren i ett större företag har normalt en position, där denne kan påverka utfallet för företaget i negativ eller positiv riktning. Arbetstagaren kan begå ett lojalitetsbrott exempelvis genom att sälja företagshemligheter till en konkurrent, vilket kan få svåra konsekvenser för arbetsgivaren. Även den enskilda arbetstagaren kan således, i ett mikroperspektiv, vara i en maktposition och arbetsgivaren å sin sida i en riskposition. Detta förhållande vänder i viss mån upp och ned på det traditionella strukturbaserade maktperspektivet. Kravet på lojalitet kan, med tanke på det nyss sagda, förstås såsom en *ömsesidig* beteendenorm. Det senare innebär dock inte att lojalitetsprincipen undgår att påverkas av nutidens intresse för maktförhållanden på makronivå. Detta intresse har bl.a. lett till att det numera, i högre grad än tidigare, diskuteras om lojalitetsplikter även för arbetsgivaren, huvudmannen respektive uppdragsgivaren. I den meningen finns det anknytningar till såväl den distributiva som den ömsesidiga rättvisan (jfr avsnitt 3.2.2).

I början av detta arbete framgår att vissa av de idéer vi förknippar med 1800-talets uppfattning om ett liberalt ideal har förändrats. Det handlar dock knappast om ett helt nytt synsätt, utan snarast om en perspektivförskjutning, för vilken lojalitetsprincipen är ett viktigt uttryck.¹⁵⁴³ Lojalitetsprincipen inom avtalsrätten är en princip som skall fungera i en marknadsekonomisk (liberal) miljö. De normativa ställningstagandena, om hur parter förväntas agera gentemot varandra, skall inte tolkas såsom ett utslag av en överdriven idealism, inspirerad av en världsfrånvänd människosyn.¹⁵⁴⁴ Lojalitetskravet bör därför inte förstås såsom ett utslag av en långtgående altruism,¹⁵⁴⁵ utan mer såsom en ömsesidig beteendenorm. Det är de befogade förväntningarna som skyddas och fortfarande spelar principerna om avtalsfrihet respektive avtalsbundenhet viktiga roller, om än relativiserade. Lojalitet är i den meningen en hållning, vilken skall svara mot medkontrahentens *kvalitetsbedömda* tillit.¹⁵⁴⁶ Det finns begränsningar vad en part, med fog, kan kräva av sin medkontrahent. Det ges därför inte något skydd för

¹⁵⁴³ Jfr Grönfors (1995), s. 22.

¹⁵⁴⁴ Jfr med Karlstens uttalande ovan angående Andersens s.k. lojalitetslära i SvJT 1946 s. 546 ff. Se ovan i textavsnitt vid not 483.

¹⁵⁴⁵ Grobecker, s. 40: „Good faith ist kein Postulat, sich in Vertragsbeziehungen altruistisch zu verhalten.“ Hänv. till Lücke, *Good Faith and Contractual Performance*, s. 162.

¹⁵⁴⁶ Jfr citat ovan i text vid not 38: “Trust can be said to be based on the belief that the person, who has a degree of freedom to disappoint our expectations, will meet an obligation under all circumstances over which they have control.”

extraordinära förväntningar. Den rättsliga prövningen, med lojalitetskravet som norm, är därför förknippad med en intresseavvägning och med denna följer idéer om ekvivalens och proportionalitet.

Lindskog förknippar följande tre faktorer med kravet på lojalitetshänsyn:

- (1) Ett visst förhållningssätt är ägnat att ha mer påtaglig effekt på motpartens avtalsvärde.
- (2) Förhållningssättet innebär ingen eller begränsad uppoffring.
- (3) Förhållningssättet skall framstå som närliggande och naturligt för en normalt kringssynt och omtänksam person.¹⁵⁴⁷

Lojalitetsprincipen är, som synes inriktad på ett *förhållningssätt* och omfattar såväl aktiva som passiva beteenden. En avvikelse från det önskade beteendet kan betraktas såsom ett avtalsbrott, vilket i sin tur väcker frågor om eventuella påföljder. I och med att det handlar om att bedöma ett visst handlande mot en standard är lojalitetsprincipen *culparelaterad*.¹⁵⁴⁸

Det finns en stor spännvidd angående hur och varför medkontrahenten bryter mot en lojalitetsförpliktelse. Graden av avvikelse kan indelas i åtminstone tre, förhållandevis tydliga, nivåer. De mest klandervärda beteendena är reglerade i brottsbalken. Här kan exempelvis 10 kapitlet nämnas där förtroendebrott regleras. Förskingring (BrB 10 kap. 1 §) och trolöshet mot huvudman (BrB 10 kap. 5 §) är två viktiga brott som kan komma i fråga. I dessa fall missbrukar parten ett förtroendeuppdrag med uppsåt och diskussioner utifrån lojalitetsprincipen tillför knappast något i dessa fall, enär de redan är straffsanktionerade (det är också en anledning till att dessa fall inte diskuteras särskilt i detta arbete, se ovan under avsnitt 1.4 Avgränsningar). I Lindskogs schema faller beteendet på den tredje punkten. Dessa beteenden är oacceptabla oavsett gärningsmannens eventuella ”uppoffringar” (kravet enligt p. 2).

Handlingar på nästa avvikelelsenivå låter sig endast angripas med civilrättsliga sanktioner, men likväl handlar det om medvetna handlingar. Dessa fall berör opportunistiska beteenden, vilka normalt inte befinner sig på den nämnda straffrättsliga nivån. Det kan exempelvis vara en

¹⁵⁴⁷ Lindskog (2001), s. 80 f.

¹⁵⁴⁸ Notera att västvärldens ansvarsrätt generellt sett varit vilje- och beteendefokuserad, se Samuel, s. 275.

situation där en anställd med en lägre befattning konkurrerar med sin arbetsgivare under anställningstiden. Ett annat fall i denna kategori är att en part försöker överexploatera sin maktposition. Ett exempel på sådant beteende finner man i det danska rättsfallet U 1981.300, i vilket en borgenär (tillika panthavare) av förhandlingstekniska orsaker vägrade att byta pantsäkerhet, trots att säkerhetsbytet inte skulle ha ökat panthavarens risk.¹⁵⁴⁹ Ett annat fall är NJA 1993 s. 188 (Gillette) där en distributör försökte kringgå effekterna av en avtalad konkurrensbegränsningsklausul genom att bedriva verksamhet via ett systerbolag.¹⁵⁵⁰ Det är denna långtgående exploatering av en maktposition som kan betraktas såsom ett brott mot den generella lojalitetsplikten. Det måste dock vara något i partens beteende, som går utöver de ordinarie ekonomiska dispositioner som förekommer, för att beteendet skall kallas överexploatering. Det kan handla om att missbruka en diskretionär rätt¹⁵⁵¹ och/eller att utnyttja egen passivitet alternativt en viss oväntad händelse till att spekulera på medkontrahentens bekostnad.¹⁵⁵² Huruvida ett maktmissbruk har skett eller inte har skett måste således avgöras utifrån avtalskontexten. Det handlar i flera fall om att utreda hur parternas respektive beteende överensstämmer med de legitima förväntningar som – i brist på explicita regleringar – finns institutionellt nedlagda (se ovan avsnitt 6.2.5.2 angående institutioner).

Den sista nivån fångar upp vad man kan kalla försumlighetsfallen. I dessa fall behöver den ansvarige inte medvetet ha missbrukat sin maktposition. Däremot finns det fortfarande ett visst beroendeförhållande,¹⁵⁵³ eftersom den ena parten har ett kompetensövertag och/eller tillgång till speciell avtalsrelaterad information. På denna nivå återfinns lejonparten av de rättsfall som diskuterats ovan, bl.a. under 4.3.5.1 (professionsansvar). I dessa situationer har en, vanligen professionell, aktör inte uppfyllt sina åtaganden i enlighet med vad som kan krävas. Här kan vi återigen återanknyta till de tre rättsfall som diskuterades i avhandlingens

¹⁵⁴⁹ En katalog av uppsåtliga och klandervärda beteenden (amerikansk rätt) ges i Summers, *The conceptualisation of good faith*, s. 127.

¹⁵⁵⁰ Se angående detta fall ovan not 328 och 893.

¹⁵⁵¹ Jfr exempelvis Bergström & Samuelsson, s. 103, där de diskuterar om att lojalitetsplikten är avsedd att motverka missbruk av en långtgående diskretionär rätt. Se även Lando, Henrik s. 81: "Da man således ikke kan regne med, at beslutningsrettigheder altid forvaltes 'hensynsfuldt' kan der i princippet være en rolle at spille for lojalitetsplikten." Jfr även Collins (2002), s. 243 ff. samt Kleinman, *Lender Liability*, s. 298.

¹⁵⁵² Jfr exempelvis Lando, Henrik, s. 80 ff.

¹⁵⁵³ Se exempelvis Kleinman, *Lender Liability*, s. 298: "Att kreditavtalet innefattar betydande lojalitetsplikter för parterna kan således knappast ifrågasättas. Särskilt de risker som är förenade med uppkomsten av ett beroendeförhållande mellan låntagaren och långgivaren måste beaktas."

inledning.¹⁵⁵⁴ I flera av dessa var det inte, prima facie, alldeles självklart att den professionelle utövaren skulle göras ansvarig mot sin medkontrahent. Det har i rättspraxis handlat om förhållandevis subtila förpliktelsepreciseringar (se exempelvis NJA 1997 s. 65 angående fastighetsbesiktningsmannen), vilket normalt kräver en avvägning av icke ringa omfattning angående de inblandade parternas intressen.

När det gäller intresseavvägningen skulle man i flera fall kunna åberopa argument som kan hänföras till p. 1 och p. 2 i Lindskogs uppställning ovan. Värdet av att en fackman, såsom en revisor eller en fastighetsvärderingsman, informerar/varnar/klargör ett visst spörsmål för medkontrahenten, har i dessa fall bedömts som betydande. Samtidigt hade fackmannens uppoffring (i den mån han hade vidtagit åtgärderna) i dessa fall varit förhållandevis liten. Nuförtiden bör rimligen även de elektroniska möjligheterna att hantera information beaktas. Den moderna tekniken gör det möjligt för en fackman att kunna sprida, lagra men också standardisera viss typ av information till förhållandevis låga kostnader.

En annan reflektion över Lindskogs uppställning är att den kan sägas innehålla såväl effektivitets-/nyttoresonemang p. 1 och p. 2 som dygdeetiska resonemang p. 3. För att återvända till de i kapitel 6 diskuterade kunskapsformerna så skulle man kunna säga att punkterna 1 respektive 2 i viss mening är ändamålsrationella (jfr techne). De har sitt ändamål utanför själva handlingen. Punkt 3, däremot, skulle i den meningen kunna ha ett egenvärde: att agera hederligt (jfr fronesis). Här kan vi även återanknyta till behovet av anti-reduktionistiska förklaringsmodeller. Man bör vara försiktig med att reducera bort det ena perspektivet på bekostnad av det andra. Samhällsnytta är avhängigt av att människor har internaliserat vissa beteendenormer (habitus).¹⁵⁵⁵ Förhållandet mellan förväntningsrättvisa och effektivitet kan knappast vara antagonistiskt. När parter får ett utbyte som de finner nöjaktigt, finns det goda skäl att tro att de blir mer benägna att fortsätta göra affärer och därmed gynna fortsatta tillväxtmöjligheter.

¹⁵⁵⁴ Se ovan s. 3 angående NJA 1992 s. 502 (Revisor ansvarig, rådgivning), NJA 1992 s. 351 (Bank förlorade rätt att kräva borgensman), NJA 1997 s. 65 (Fastighetsbesiktningsman redogör inte för konsekvenserna av vissa brister i fastigheten – ansvarig).

¹⁵⁵⁵ Se angående habitus respektive hexis vid not 1398.

Zusammenfassung

Zusammenfassung

Kapitel 1 – Einleitung und Hintergrund

Im Prinzip wird bei allen Vertragsverhältnissen gegenseitiges Vertrauen zwischen den Beteiligten benötigt. Man muss sich aufeinander verlassen können. Zu allen Zeiten haben die Gesellschaften versucht wünschenswertes Verhalten in solchen Situationen zu schützen und nicht wünschenswertes zu bestrafen. In diesem Zusammenhang sind Sitten und Gebräuche samt unterschiedliche Kodifikationen zu Stande gekommen. Deren Schöpfer haben dazu beigetragen Verhaltensweisen zu standardisieren und von Generation zu Generation weiterzugeben, was die Möglichkeit von Transaktionen erleichterte und eine bestimmte soziale Ordnung aufrecht erhielt.

Die Rechtsordnung hat mit unterschiedlichen Rechtsmitteln versucht auf diese Bedürfnisse zu antworten, dies z.B. durch eine große Anzahl Normen, erschaffen und dem Bürger vermittelt durch Gesetzgebung und Rechtsprechung. Viele dieser Normen sind sowohl in Schweden als auch in den nordischen Nachbarländern mit der Loyalitätspflicht¹⁵⁵⁶ verbunden. Dieses Prinzip ist mit einigen Rechtsnormen verknüpft, welche alle die Pflicht auf den Geschäftspartner im Rahmen des Vertragsverhältnisses Rücksicht zu nehmen gemein haben. Diese Rücksichtspflicht zeigt sich zum einen darin eine richtige Vertragserfüllung möglich zu machen und zu erleichtern, zum anderen darin, erhöhte Rücksicht auf die sonstigen Interessen des Geschäftspartners zu nehmen. Bei der Vertragserfüllung reicht es deshalb nicht immer aus, nur die ausdrücklich vereinbarten Leistungen zu erbringen. Der vertragsschließende Teil kann von seinem Kontrahenten verlangen auch situationsabhängige so genannte Nebenverpflichtungen zu erfüllen. Die Lehre nennt unter anderem folgende Beispiele für Loyalitätspflichten: die Informations- und Aufklärungspflicht, die Erklärungspflicht, die Aufsichtspflicht, die Sorgspflicht, die Sorgfaltspflicht, die Schweigepflicht und das Wettbewerbsverbot.

Was bedeutet Loyalitätsprinzip und welche Funktion hat es? Sinn und Zweck dieser Arbeit soll sein das vertragliche Loyalitätsprinzip aus unterschiedlichen Perspektiven zu

¹⁵⁵⁶ *Loyalitetsprincipen* (eine Art Treu und Glauben)

untersuchen. Eines dieser Perspektiven ist die klassische rechtswissenschaftliche (dogmatische) Perspektive.

Das rechtliche Wesen des Loyalitätsprinzips ist nicht eindeutig, deshalb gibt es gute Gründe eine mehr übergreifende, gesellschaftsorientierte Perspektive der Untersuchung dieser juristischen Konstruktion zu Grunde zu legen, eine Perspektive die über das als „geltendes Recht“ bezeichnete hinausgeht. Durch eine solche mehr übergreifende Perspektive wird die Möglichkeit eines tieferen Verständnisses, unter anderem in bezug auf das Phänomen Vertrauen, möglich, als was die juristische Lehre von Vertauen contra Willen geben kann. Es können ethische oder sozialökonomische Perspektiven sein, die das Verhältnis der menschlichen Interaktion erweitern und vertiefen. Das wiederum ist bedeutsam, um die Frage der Funktion des Loyalitätsprinzips beantworten zu können, aber auch inwieweit das Loyalitätsprinzip im modernen Vertragsrecht Anwendung finden kann. Diese Abhandlung wird daher sowohl deskriptive als auch normative Züge aufweisen.

Die Arbeit befasst sich hauptsächlich mit dem schwedischen Recht. Da das Loyalitätsprinzip zumindest früher in großem Ausmaß auch in unseren nordischen Nachbarländern diskutiert wurde, werden auch Ansätze deren Rechtes vermittelt. Außerdem kommen auch Grundzüge anderen ausländischen Rechts vor, da dies dazu beitragen kann, den zu untersuchenden Sachverhalt in andere Perspektiven einzuordnen. Das ist darauf zurückzuführen, dass es im Ausland eine größere Anzahl Theorien und dazugehörige Rechtsprechung gibt, als das in Schweden der Fall ist. Dieses Material bildet die Voraussetzung, ein breites Wissen und einen hohen Grad an Verständnis über das Objekt dieser Arbeit, das Loyalitätsprinzip, zu erlangen.

Ziel dieser Abhandlung ist es nicht ein Handbuch für Praktiker zu erstellen. Es wird kein Anspruch auf Vollständigkeit bezüglich der Auswahl der materiell-rechtlichen Beispiele für vertragsrechtliche Loyalitätsverpflichtungen erhoben. Das schließt aber nicht aus, dass Teile dieser Arbeit (vor allem Kapitel 4) traditionell rechtsdogmatisch abgefasst sind.

Die wissenschaftliche Vorgehensweise spiegelt sich vor allem in den Abschnitten über die Rechtsprinzipien (Kapitel 5) und im darauf folgenden Abschnitt über die Erkenntnistheorie (Kapitel 6) wieder und kann als hermeneutisch orientiert bezeichnet werden.

Zu Beginn wird kurzgefasst die Bedeutung des Loyalitätsbegriffs, d.h. die Bedeutung außerhalb der Rechtssphäre, erörtert. Weil das Recht aber normalerweise ein integrierter Teil der historisch gewachsenen Kultur ist, kann es angebracht sein den Blick von der engeren juristischen auf eine weitere, mehr generelle Perspektive zu richten. Ziel dieses Kapitels ist es eine breite Ausgangsbasis für ein tieferes Verständnis des Loyalitätsprinzips in einer Gesellschaftsperspektive zu vermitteln. Es ist angemessen anzunehmen, dass der rechtliche Begriff Loyalität etwas gemein hat mit seiner sprachlichen Bedeutung, auch wenn er unterschiedliche Anwendungsgebiete hat.

Das französische Wort „loyal“ hat seinen Ursprung im lateinischen *lex (leges)*, was Gesetz bedeutet. Man ist loyal zu jemandem und Loyalität beschreibt sozusagen ein willensbasierendes Verhältnis zwischen Individuen über eine bestimmte Zeit zu einem bestimmten Objekt. Das Wort loyal hat viele Synonyme in der alltäglichen Sprache. In Wörterbüchern findet man z.B. gesetzlich, gesetzestreu, rechtschaffend, zuverlässig, solidarisch, glaubwürdig und treu. Loyalität bzw. Treue entspricht dem lateinischen *fides*.

Im nun folgenden Teil wird in erster Hand die Loyalität diskutiert, die mit dem traditionellen Waren- und Dienstleistungssektor zusammenhängt. Diese Loyalität hat ihren Ursprung in freiwillig eingegangenen Verträgen und entscheidet sich in wesentlichen Punkten von der Loyalität zwischen beispielsweise Freunden oder Familienmitgliedern. Fachleuten mit ihrer speziellen Kompetenz wird eine „professionelle Loyalität“ auferlegt. In beiden Fällen steht aber des Einzelnen Erwartung an die zukünftige Handlung des Mitmenschen im Vordergrund, auch wenn der Inhalt dieser Erwartung im wesentlichen unterschiedlich ist, z.B. bei dem Lebenspartner bzw. einem Gewerbetreibenden.

Loyalität und Vertrauen sind zwei Seiten einer Medaille. Loyalität bedeutet sich so zu verhalten, wie es der Kontrahent billig erwarten darf. Vertrauen, d.h. Vertrauen in die Loyalität des Kontrahenten, ist etwas, was in das so genannte soziale Kapital eingeht und dazu beiträgt, sowie Voraussetzung für ökonomisches Wachstum und Ausdauer ist. Im ökonomischen Verständnis trägt das Vertrauen dazu bei den Austausch durch Senkung der Transaktionskosten effektiver zu gestalten. Das Vertrauen reduziert den Bedarf an Kontrolle und Überwachung des Kontrahenten sowie das umfangreiche Vertragsverfassen. Es wird keine vollständigen Verträge geben und, in bezug auf die dazu gehörenden Kosten, ist es auch nicht wünschenswert diese Vollständigkeit zu erreichen.

Kapitel 2 – Das dynamische Verständnis des Vertragsrechtes

In diesem Kapitel wird beschrieben wie der Austauschvertrag früher zu verstehen war und wie sich dies über die Zeit veränderte. Das Verständnis des vertragsrechtlichen Loyalitätserfordernisses ist von dessen Ideeänderung abhängig. Früher verstand man normalerweise den einfachen Austauschvertrag als den normativen Ausgangspunkt für Vertragsbeziehungen. Im Zusammenhang mit dem Durchbruch des Liberalismus im 19. Jahrhundert erscheint dieses Vertragsmodell das hauptsächlich normative Gedankenmodell der damaligen Philosophen ausgemacht zu haben. Diese Idee passte in die neuzeitliche Industrialisierung, Marktorientierung und Wissenschaftsideologie. In dieses Paradigma passte der einfache Austauschvertrag als ideologischer Idealtyp bezüglich Transaktionen bei denen Rechte und Pflichten genau definiert und begrenzt waren. Im Liberalismus verringerte sich größtenteils die Bedeutung ungünstiger externer Effekte. In dieser Strömung wurden Privatautonomie und Vertragsbindung betont. Gegenseitige Verhältnisse wurden ausgehend von der Forderung formeller Gleichheit bewertet, und die Beteiligten wurden angesehen als würden sie in einer Art Vakuum agieren. Deshalb wurde keine Rücksicht auf die ökonomische oder soziale Situation der Partner genommen: deren Identität verlor an Bedeutung. Die Vertragsbeziehung war in diesem Zusammenhang entpersonalisiert. Ziel des klassischen Vertragsrechtes war es den Austausch von Ressourcen zu erleichtern, sowohl Waren als auch Akteure waren austauschbar. Es wurde erwartet, dass der Vertrag die konkrete Tauschhandlung aus einer komplexen Umwelt isoliert und dadurch die Austauschmöglichkeit zwischen den Partnern erleichtert. Der Vertrag war somit als exklusives Instrument für dessen Partner zu betrachten.

Nach und nach kamen Reaktionen gegen diese Ansicht auf, wie z.B. ein verstärktes Interesse für den vertraglichen Inhalt und dessen Relation zu den gesellschaftlichen Zusammenhängen. Heute kann eine Tendenz gegen ein Objektivieren des Vertragsrechts festgestellt werden, wobei der Fokus nicht länger ausschließlich auf dem Willen der Beteiligten liegt. In den „neuen“ Paradigmen wird in einem höheren Grad die Flexibilität und Zusammenarbeit betont. Das findet seinen Ausgangspunkt in einer gegenseitigen materiellen Erwartungsgerechtigkeit auf Kosten der Autonomie der Beteiligten, formeller Gerechtigkeit und strikter Gebundenheit. Das Verständnis des Loyalitätsprinzips ist abhängig von diesen Paradigmen. Die Veränderung

zum neuen, oder teilweise „neualten“, Paradigma ist keine Revolution, sondern eher ein längerer evolutionärer Prozess, wobei andere Gesichtspunkte mehr betont werden als früher.

Kapitel 3 – Vertragsloyalität durch Zeit und Raum

Als ein Vorgänger des Loyalitätsprinzips kann *bona fides* aus dem römischen Recht angesehen werden. Dieses Prinzip entwickelte sich im gleichen Takt wie die Expansion des römischen Imperium voranschritt und der Rechtsprozess reformiert wurde. Es war ein früher Versuch den strengen rechtlichen Formalismus offener zu gestalten. Mit der *bona fides*-Norm wurde die materielle Gerechtigkeit betont und der Zusammenhang der Transaktion konnte in höherem Umfang beachtet werden als dies vorher der Fall war.

Die Existenz von *bona fides* erstreckt sich lange in der Zeit zurück und man kann behaupten, dass dessen Vorkommen bzw. Funktion eine natürliche Konsequenz des Vertragsrechts entwickelter Zivilisationen ist. Die Funktion der Norm kann als notwendiges Sicherheitsventil für Flexibilität und materielle Gerechtigkeit beschrieben werden. Eine zu große Flexibilität kann natürlich auch zu einer potentiellen Gefahr für die rechtliche Vorhersehbarkeit werden, deshalb bedarf es eines verantwortungsvollen Handelns seitens der Rechtsprechung.

Nördlich der Alpen hat *bona fides* Nachfolger mit unterschiedlichen Namen bekommen, wie z.B. *good faith*, *Treu und Glauben* sowie im Norden das Loyalitätsprinzip. Diese Begriffe haben eine historische Kopplung zum *bona fides*-Begriff und sie teilen zu mindest zu einem bestimmten Teil einen vergleichbaren materiell-rechtlichen Inhalt. Die meisten westeuropäischen Zivilrechtsgesetze beinhalten dieses allgemeine Rechtsprinzip, oft in Form einer Generalklausel. Der modernen Variante von *bona fides* werden mindestens drei gesonderte Funktionen bei der Rechtsanwendung zugeschrieben: Konkretisierung / Auslegung, Ergänzung von Verpflichtungen samt Korrektur / Begrenzung um Rechtsmissbrauch vorzubeugen.

Bona fides bildet eine intellektuelle Kopplung zum ebenfalls antiken Begriff *epieikeia* oder *aequitas*. *Epieikeia* führte Rücksichtnahme auf die Besonderheiten des Einzelfalles bei der Rechtsanwendung ein, welches als Reaktion auf die strikt mechanische Anwendung genereller Regeln zu werten ist. *Epieikeia* und *Aequitas* sind mit Auslegung im weiteren Sinne verbunden und die dazugehörenden Ideen von Äquivalenz bei gegenseitigen

Transaktionen haben das westliche Vertragsrecht lang Zeit geprägt. In Schweden wurde früher meist der Begriff Billigkeit als der am nächsten verwandte Begriff benutzt. Seit dem Durchbruch des Liberalismus sahen die Juristen verhältnismäßig skeptisch auf die Billigkeit. In jüngster Zeit hat sich dies jedoch geändert. Heutzutage wird der Begriff Billigkeit jedoch selten verwendet. Der Begriff ist in bestimmten Maße durch die Ausdrücke Angemessenheit, Loyalität und Äquivalenz ersetzt worden.

Verweise auf die Loyalität scheinen in Schweden in geringerer Ausstreckung vorgekommen zu sein als in unseren nordischen Nachbarländern, zumindest bis zum Schluss der 1980er Jahre. Das gilt sowohl für die Doktrin als auch die Rechtsanwendung. Die schwedischen Rechtswissenschaftler haben sich wohl von ihren übrigen nordischen Kollegen inspirieren lassen, wenn es um die Diskussion von Vertragsloyalität geht. Heutzutage ist es in der Mehrzahl der Arbeiten zu allgemeinen vertraglichen Fragen beinahe üblich auf das Loyalitätsprinzip zu verweisen und es ist fast schon populär diesen Begriff zu zitieren. Das Loyalitätsprinzip scheint dabei zu sein, sich aus einem kleinen Samen zu einem großen Baum im nordischen Vertragsrecht zu entwickeln. Man kann jedoch kaum behaupten, dass das schwedische Oberste Gericht¹⁵⁵⁷ den Loyalitätsbegriff in größerem Umfang angenommen hat, auch wenn die rechtliche Argumentation dahingehend ausgelegt werden kann. Im Rechtsfall NJA 1990, 745 diskutiert das Oberste Gericht darüber, inwieweit ein bestimmtes Verhalten „illoyal“ war oder nicht. In unseren nordischen Nachbarländern scheint dieser Begriff in größerem Ausmaß Anwendung zu finden.

Die Wirkungen des Loyalitätsprinzips erstrecken sich über ein weites Feld: sowohl vor, während als auch nach der Erfüllung der vertraglichen Hauptverpflichtung. Diesem wird nicht dadurch widersprochen, dass das Wort Loyalität in der rechtlichen Begründung ausgelassen wird. Aus einer Anzahl schwedischer Gesetzesvorarbeiten geht jedoch hervor, dass die Existenz des Loyalitätsprinzips mehr oder weniger vorausgesetzt wird. Auch sind Gesetze verabschiedet worden, die ausdrücklich den Vertragspartner verpflichten loyal gegen seinen Kontrahenten aufzutreten, siehe §§ 5, 7 Gesetz zur Handelsagentur¹⁵⁵⁸ (1991:351). Dieses Gesetz hat jedoch einen kontinentalen Ursprung, welches die ausdrückliche Verpflichtung loyal zu sein erklärt. Als Vergleich kann § 242 BGB genannt werden, welcher die Pflicht

¹⁵⁵⁷ Högsta domstolen

¹⁵⁵⁸ Lag om handelsagentur

aufgreift Rücksicht auf den Kontrahenten zu nehmen, und schon bei Einführung des BGB 1900 vorhanden war.

Kapitel 4 – Das Loyalitätsprinzip: Eine rechtsdogmatische Darstellung

In diesem Kapitel wird ein anderes Beispiel, meist aus nordischer Literatur, gegeben, wo das vertragsrechtliche Problem mit dem Loyalitätsprinzip verknüpft ist. Es handelt sich um eine relativ kurz verfasste Darstellung mit dem Ziel, einige typische Zusammenhänge, bei denen die Loyalitätsargumentation relevant wurde, zu zeigen.

In der Einleitung zu diesem Kapitel werden einige geltende Rechtsregeln behandelt, welche in Beziehung mit dem Erfordernis der Loyalitätsrücksichtnahme gesetzt wurden. Das Loyalitätsprinzip ist in diesem Zusammenhang mit der vorvertraglichen Haftung verknüpft worden (vgl. Benennung *culpa in contrahendo*). Die relevanten Haftungsfragen handelten hauptsächlich davon, inwieweit die Beteiligten ihre Kommunikationsverpflichtungen erfüllt habe, z.B. die Aufklärungspflicht. Diese beinhaltet das ein Vertragsteil, der weiß dass das Vertragsobjekt schlechter ist als vom Kontrahenten vorausgesetzt, die Verpflichtung hat, den Geschäftspartner über die wahren Gegebenheiten zu unterrichten. Die vorvertragliche Haftung scheint in Schweden jedoch immer noch verhältnismäßig schwach entwickelt zu sein.

Das Loyalitätsprinzip ist auch mit der „Vorbedingungslehre“ und § 36 des Vertragsgesetzes¹⁵⁵⁹ verknüpft worden. Bezüglich des § 36 wird es als illoyal angesehen, ein Recht auf eine unerwartete Weise auszunutzen oder sich strikt allen zumutbaren Vorschlägen den Vertrag anzupassen, in Situationen wo bedeutende Umweltveränderungen die Vertragsvoraussetzungen verändert haben, zu widersetzen.

Die größte Bedeutung des Loyalitätsprinzips dürfte darin liegen unvollständige Vertragsverhältnisse auszufüllen. Dies ist teilweise durch zwingende oder dispositive Gesetzgebung geschehen, aber auch durch Rechtsprechung. Verträge müssen aus unterschiedlichen Gründen vervollständigt werden. Zunächst können bestimmte Mitwirkungsverpflichtungen gestellt werden, um das Vertragsziel zu erreichen. Zum anderen

¹⁵⁵⁹ Avtalslagen

können bestimmte Schutzverpflichtungen gestellt werden. Letzteres um zu verhindern, dass sich die Partner innerhalb des Vertragsverhältnisses gegenseitig Schaden zufügen. Diese Verpflichtungen sind besonders deliktischen Charakters, da es sich hierbei nicht um etwas handelt, was die Partner normalerweise vertraglich festhalten. Diese Schutzverpflichtungen haben nicht direkt mit dem Vertragsziel zu tun. Es kann jedoch als angemessen erscheinen, den Loyalitätsbegriff auf das Verhältnis zwischen den Partnern zu begrenzen, und nicht ausufern zu lassen. Verpflichtungen gegenüber Dritte sollten daher nicht unter den Loyalitätsbegriff fallen.

In der Abhandlung wird als Beispiel für eine spezielle Loyalitätsverpflichtung das Verbot mit dem Vertragspartner zu konkurrieren angeführt. Diese Verpflichtung wird an Hand von unterschiedlichen Vertragstypen untersucht. Es zeigt sich, dass diese Verpflichtung stark mit dem Kontext verbunden ist. Bei bestimmten Vertragstypen, wie dem Anstellungsvertrag, ist diese Verpflichtung ständig präsent, während sie bei vielen anderen Vertragstypen, wie dem klassischen Kaufvertrag, selten oder nie vorkommt.

Kapitel 5 – Das Loyalitätsprinzip – ein allgemeines Rechtsprinzip und

Kapitel 6 – Prinzip und Partikularität – Einige Erkenntnistheoretische Reflektionen

Allgemeine Rechtsprinzipien hatten unter einem längeren Zeitraum eine verhältnismäßig verborgene Position im schwedischen Recht. Durch die zunehmende internationale Zusammenarbeit hat das Interesse für diese Prinzipien zugenommen. Ein allgemeines Rechtsprinzip ist verhältnismäßig abstrakt, soll aber dennoch, ausgehend von der jeweiligen Rechtsordnung, zu verstehen sein. Das Loyalitätsprinzip kann aus guten Gründen als allgemeines Rechtsprinzip bezeichnet werden. Das Verständnis desselben richtet sich doch stark nach dem jeweiligen Zusammenhang. Es bedarf einer ständigen Wechselwirkung zwischen konkreter Situation und dem übergreifenden Prinzip, um ein akzeptables Verständnis zu erreichen. Es handelt sich diesbezüglich um eine Wechselwirkung zwischen Prinzip und konkreten Fall. Das Loyalitätsprinzip ist daher keineswegs absolut, mit vorbestimmter Rechtsfolge, sondern funktioniert als Auslegungsprinzip.

Das Loyalitätsprinzip kann aus mehreren Perspektiven untersucht werden. Eine dieser Perspektiven ist rechtssystematisch begründet. Wie kann dieses Prinzip aus der Systematik des geltenden schwedischen Vertragsrechtes heraus verstanden werden? Diese Frage wird

größtenteils im 4. Kapitel diskutiert. Eine andere Perspektive ist wertorientiert. Welche Sphären kommen in diesem Prinzip zum Ausdruck? Es ist vor allem die Zusammenarbeit der Personen die hervorgehoben wird, Ehrlichkeit und Loyalität sind zwei Säulen dieser Zusammenarbeit. Das Loyalitätsprinzip kann in diesem Zusammenhang als ein rechtsethisches Prinzip angesehen werden, wobei die Erkenntnisform *fronesis* hilft das Verständnis zu vertiefen.

Die oben vorgenommene Einteilung zwischen systemgebundenem und wertorientierten Denkens deutet darauf hin, dass es unterschiedliche Erkenntnisformen gibt, sich der gewählten Forschungsfrage zu stellen. Einerseits gibt es ein rechtsinternes Verständnis, welches versucht, Argumente aus der akzeptierten Systematik heraus herzuleiten. Diese Argumentation ist in gewisser Weise technisch (vgl. Erkenntnisform *techne*), wobei die prinzipiell wichtigen Zwecke außerhalb des Systems zu finden sind. Letzteres zeigt wiederum den Bedarf eines rechtsexternen Verständnisses, wo u.a. folgende Fragen diskutiert werden: welchen Zweck soll das Loyalitätsprinzip erfüllen, und tut es dies in diesem Fall auf eine akzeptable Weise?

Kapitel 7 – Ergebnis und Schlussfolgerungen

Alle Markttransaktionen sind, in variierendem Grad, vertrauensabhängig. Hinter allen diesen Transaktionen steht die Erwartung etwas spezielles vom jeweiligen Kontrahenten zu erhalten. Es bedarf eines gewissen Niveaus an Vertrauen, um zu wagen, einen Vertrag mit einem anderen einzugehen. Damit verbunden ist, dass der Kontrahent seinen Teil des Vertrages erfüllt (ein positives Erwartungsinteresse), aber auch das der selbe keine schädlichen Handlungen beim jeweiligen Kontakten vornimmt.

Um kosteneffektive Austauschverhältnisse möglich zu machen, ist es alltäglich für die Partner sich in gewissen Risikopositionen auszusetzen. Dies wird besonders bei solchen Vertragsbeziehungen deutlich, wo nicht gleichzeitig geleistet wird. Das Prinzip einer durch Vertrag begründeten Loyalitätspflicht (Loyalitätsprinzip) kann anhand dieser Voraussetzungen verständlich werden. Dadurch wird ein gewisser Schutz dem Partner zu Teil, welcher sich in einer Risikosituation befindet. Dies geschieht dadurch, dass im rechtlichen Sinne die Machtposition des Kontrahenten neutralisiert wird. Das kann beispielsweise beinhalten, dass diesem nicht erlaubt ist ein einseitiges Recht auf eine

unerwartete und/oder willkürliche Weise auszunutzen. Das Loyalitätsprinzip wird auch mit verschiedenen vertraglichen Schutzverpflichtungen verknüpft, welche die Kontrahenten verpflichtet in bestimmtem Ausmaß die Interessen der Gegenseite zu beachten. In der Rechtsprechung ging es in mehreren Fällen um unterschiedliche Kommunikationsverpflichtungen. Mit heutiger Technik ist es ein vergleichsweise geringes Opfer den Kontrahenten zu informieren oder zu warnen, so dass dieser sich keine Schäden zuzieht.

Källor m.m.

Offentligt tryck

Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp m.m., Stockholm (1914).

Prop. 1972:5, Skadeståndslag m.m.

Prop. 1973:129, med förslag till lag om anställningsskydd.

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

Prop. 1981/82:165, Med förslag till konkurrenslag.

Prop. 1987/88:146, Om ändringar i lokalhyreslagstiftningen.

Prop. 1987/88:155, Förslag till lag om företagshemligheter m.m.

Prop. 1988/89:76, Ny köplag.

Prop. 1990/91:63, Handelsagentur.

Prop. 2000/01:147, Offentliganställdas bisysslor.

Prop. 2000/01:135, Handlingsplan för konsumentpolitiken 2001-2005.

Prop. 2002/03:133, Lag om finansiell rådgivning.

Prop. 2002/03:150, En ny lag om investeringsfonder.

NJA II 1931, nr 2, Lag med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens.

NJA II 1936, nr 1, Lagstiftning om skuldebrev.

NJA II 1990, nr 11, Skydd för företagshemligheter.

SOU 1974:83, Generalklausul i förmögenhetsrätten.

SOU 1976:66, Slutbetänkande av köplagsutredningen.

SOU 1978:67, Nya bolagsregler, m.m.

SOU 1983:52, Företagshemligheter.

SOU 1984:85, Handelsagentur och kommission. Betänkande av kommissionslagskommittén.

SOU 1988:63, Kommission och dylikt. slutbetänkande av kommissionslagskommittén.

SOU 2002:56, Investeringsfonder, förslag till ny lag.

Ds 2002:56, Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv.

LU 1988/89:LU30, Skydd för företagshemligheter.

Rättsfallsregister – Nordiska domar

Svenska domar:

NJA 1899 s. 38	NJA 1957 s. 621	NJA 1993 s. 188
NJA 1909 s. 476	NJA 1957 s. 770	NJA 1994 s. 204
NJA 1914 s. 475	NJA 1963 s. 105	NJA 1994 s. 236
NJA 1918 s. 156	NJA 1968 s. 285	NJA 1994 s. 381
NJA 1924 s. 477	NJA 1969 s. 409	NJA 1994 s. 532
NJA 1925 s. 119	NJA 1971 s. 474	NJA 1994 s. 598
NJA 1928 s. 47	NJA 1973 s. 141	NJA 1995 s. 586
NJA 1932 s. 457	NJA 1973 s. 175	NJA 1996 s. 410
NJA 1934 s. 227	NJA 1976 s. 196	NJA 1997 s. 65
NJA 1935 s. 57	NJA 1978 s. 147	NJA 1997 s. 127 I och II
NJA 1936 s. 368	NJA 1983 s. 385	NJA 1997 s. 524
NJA 1936 s. 737	NJA 1984 s. 665	NJA 1998 s. 520
NJA 1939 s. 192	NJA 1985 s. 909	NJA 1998 s. 873
NJA 1943 s. 356	NJA 1989 s. 614	NJA 1999 s. 408
NJA 1945 s. 107	NJA 1990 s. 745	NJA 2000 s. 137
NJA 1947 s. 1	NJA 1991 s. 625	NJA 2000 s. 712
NJA 1949 s. 134	NJA 1991 s. 808	NJA 2001 s. 3
NJA 1949 s. 289	NJA 1992 s. 58	NJA 2001 s. 31
NJA 1949 s. 640	NJA 1992 s. 243	NJA 2001 s. 65 I och II
NJA 1950 s. 480	NJA 1992 s. 351	NJA 2001 s. 138
NJA 1951 s. 625	NJA 1992 s. 502	NJA 2001 s. 269
NJA 1951 s. 656	NJA 1992 s. 738	NJA 2001 s. 711
NJA 1953 s. 484		

RH:

RH 1996:153
RH 2000:62
RH 2002:11

Övriga hovrättsfall:

Göta hovrätts avd. 2, rotel 25,
dom 1996-01-10 nr DT 2002,
mål T 464/93

Äldre hovrättsfall:

Svea hovrätt 1692
(Fleming./Stålarb)

Arbetsdomstolen:

AD 1975 nr 67	AD 1983 nr 159	AD 1996 nr 15
AD 1977 nr 118	AD 1986 nr 146	AD 1998 nr 80
AD 1978 nr 163	AD 1989 nr 90	AD 1999 nr 20
AD 1980 nr 82	AD 1990 nr 39	AD 1999 nr 57
AD 1981 nr 161	AD 1993 nr 12	AD 1999 nr 61
AD 1982 nr 39	AD 1993 nr 18	AD 1999 nr 144
AD 1982 nr 42	AD 1993 nr 56	AD 2000 nr 3
AD 1982 nr 110	AD 1993 nr 142	AD 2002 nr 38
AD 1983 nr 93	AD 1994 nr 79	AD 2003 nr 21

Danska domar:

U 1964.221 H
U 1981.300
U 1985.600
U 1984.1122 SH

UfR 1945.388
UfR 1972.559 H

Finska domar:

HD 1950:R 17
HD 1971 II 2
HD 1973 II 1 och 89
HD 1974 II 55
HD 1975 II 92
HD 1985 II 58
HD 1986 II 110
HD 1987:42
HD 1988:13
HD 1993:130

Norska domar:

Rt. 1898 s. 135
Rt. 1902 s. 641
Rt. 1916 s. 489
Rt. 1918 s. 494
Rt. 1921 s. 70
Rt. 1935 s. 122
Rt. 1936 s. 909
Rt. 1967 s. 1335
Rt. 1969 s. 878
Rt. 1984 s. 28
Rt. 1988 s. 1078
Rt. 1990 s. 607
Rt. 1994 s. 833
Rt. 1994 s. 1017
Rt. 1995 s. 1460

**Nordiske Domme i
Sjøfartsanliggender:**

ND 1985 s. 234
ND 1990 s. 204

Litteratur

Aarnio, Aulis, *Reason and Authority: A Treatise on the Dynamic paradigm of Legal Dogmatics*, Ashgate, Aldershot 1997.

Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, 12 uppl., Juristförlaget i Lund, Lund 2002.

Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt II*, 5 uppl., Juristförlaget i Lund, Lund 2001.

Adlercreutz, Axel, *Personexekution eller skadestånd/avtalat vite i mål om konkurrensklausuler*, SvJT 1991 s. 445–454.

Adlercreutz, Axel, *Hård dom i mål om konkurrensklausul*, SvJT 1994, s. 533–536.

Adlercreutz, Axel & Flodgren, Boel, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelser*, Institutionen för handelsrätt, Lunds universitet, 1992.

Alvesson, Mats & Sköldberg, Kaj, *Tolkning och reflektion. Vetenskapsfilosofi och kvalitativ metod*, Studentlitteratur, Lund 1994.

Andersen, Mads Bryde, *Grundlæggende aftaleret*, Christian Ejlers' Forlag, København 1997.

Andersen, Mads Bryde & Lookofsky, Joseph, *Lærebog i Obligationsret I – Ydelsen Beføjelser*, Forlaget Thomson A/S, København 2000.

Andersen, Lennart Lyng og Nørgaard, Jørgen, *Aftaleloven med kommentarer*, 3 uppl. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1999.

Andersen, Lennart Lyng, Madsen Bo-Palle og Nørgaard, Jørgen, *Aftaler og mellemænd*, 3 uppl., GadJura A/S, København 1997.

Andersson, Helen, *Rättens fiktion och fiktionens rättvisa*, Retfærd nr 93, (2001) s. 35–53.

Andersson, Håkan, *Skyddsändamål och adekvans. Om skadeståndsansvarets gränser*, Iustus, Förlag AB, Uppsala 1993.

Andersson, Håkan, *Trepartsrelationer i skadeståndsrätten*, Iustus Förlag AB, Uppsala 1997.

Aristoteles, *Nikomachiska etiken*, Daidalos, 1967.

Arnholm, Carl Jacob, *Lærebok i Aftalerett*, 2 uppl., Johan Grundt Tanum, Oslo 1974.

Arnholm, Carl Jacob, *Tre utsnitt: av den almindelige privatrett*, Tanum–Norli, Oslo, 1975.

Asplund, Johan, *Essä om Gemeinschaft och Gesellschaft*, Bokförlaget Korpen, Göteborg 1991.

Atiyah, Patrick S., *The Liberal Theory of Contract*, Essays on Contract, Oxford University Press, Oxford 1996, s. 121–149.

Atiyah, Patrick S., *Freedom of Contract and the New Right*, Essays on Contract, Oxford University Press, Oxford 1996, s. 355–385.

Atiyah, Patrick S., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon, Oxford 1979.

Barnes, Jonathan, *Life and Work*, Barnes, Jonathan (red.), The Cambridge Companion to Aristotle, Cambridge University Press, Cambridge 1995, s. 1–26.

Barton, J.L., *Equity in Medieval Common Law*, Newman, Ralph A. (red.), Equity in the World's Legal Systems: A Comparative Study, Établissements Émile Bruylant, Bryssel 1973, s. 139–155.

Baumann, Michael, *Der Markt der Tugend: Recht und Moral in der liberalen Gesellschaft; eine soziologische Untersuchung*, J.C.B. Mohr, Tübingen 1996.

Beale, Hugh; Hartkamp, Arthur; Kötz, Hein; Tallon, Denis, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford; Portland, Oregon, 2002.

Beatson, Jack, *Anson's Law of Contract*, 28 uppl. Oxford University Press, Oxford 2002.

Beatson, Jack & Friedmann, Daniel, *Introduction: From Classical to Modern Contract Law*. Beatson, Jack & Friedmann, Daniel (red.): Good Faith and Fault in Contract Law, Oxford University Press, Oxford 1997 (Urspr.1995), s. 3–21.

Beck, Alexander, *Zu den Grundprinzipien der Bona Fides in römischen Vertragsrecht*, Aequitas und Bona Fides, Festgabe zum 70. Geburtstag, von August Simonius, Verlag Helbing & Lichteahn, Basel 1955, s. 9–27.

Bederman, David J., *International Law in Antiquity*, Cambridge University Press, Cambridge 2001.

Bederman, David J., *Classical Canons: Rhetoric, classicism and treaty interpretation*, Ashgate, Aldershot 2001.

Behrens, Okko, *Die rechtsethischen Grundlagen des Privatrechts*, Bydilinski, F. & Mayer-Maly, Theo (red.), Die ethischen Grundlagen des Privatrechts, 1994, s. 1–33.

Behrends, Okko, *Struktur und Wert. Zum institutionellen und prinzipiellen Denken im geltenden Recht*; Behrends, Diesselhorst & Dreier (red.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, Göttingen 1990, s. 138–174.

Bellomo, Manlio, *The Common Legal Past of Europe: 1000–1800*, The Catholic University of America Press, Washington D.C. 1995.

Bengtsson, Bertil, *Hävningsrätt och uppsägningsrätt vid kontraktsbrott*, P. A. Norstedts & Söners Förlag, Stockholm 1967.

Bengtsson, Bertil, *Om ansvarsförsäkring i kontraktsförhållanden, I. Den skadeståndsrättsliga bakgrunden*, Stockholm 1960.

Bengtsson, Bertil, *Särskilda avtalstyper I*, 2 uppl., P. A. Norstedts & Söners Förlag, Stockholm 1976.

Bengtsson, Bertil & Strömbäck, Erland, *Skadeståndslagen. En kommentar*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2002.

Berger, Klaus Peter, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Kluwer Law International, Haag 1999.

Bergström, Claes & Samuelsson, Per, *Aktiebolagets grundproblem: en rättsekonomisk analys*, Nerenius & Santérus Förlag AB, Stockholm 1997.

Bergström, Lars, *Grundbok i värdeteori*, Bokförlaget Thales, Stockholm 1990.

Bergström, Lars, *Objektivitet*, 2 uppl., Bokförlaget Thales, Stockholm 1987.

Bergström, Svante & Lennander, Gertrud, *Kredit och säkerhet*, 8 uppl., Iustus Förlag, Uppsala 2001.

Berlin, Isaiah, *Två frihetsbegrepp*, Fyra essäer om frihet, Ratio, Stockholm 1984, s. 129–183.

Berman, Harold J., *Law and Revolution*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1999.

Bernitz, Ulf, Karnell, Gunnar; Pehrson, Lars; Sandgren, Claes, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 7 uppl., Handelsbolaget Immateriellt Rättsskydd i Stockholm, Stockholm 2001.

Bernitz, Ulf, *Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare*, Norstedts Juridik, Stockholm 1993.

Bernt Jan Fridthjof & Doublet, David R., *Vitenskapsfilosofi för jurister – en införelse*, Fagbokforlaget, Bergen 1998.

Birks, Peter, *Definition and Division: A Meditation on Institutes 3.13*, Birks, Peter (red.) *The Classification of Obligations*, Oxford University Press, Oxford 1997, s. 1–35.

Biscardi, Arnaldo, *On Aequitas and Epieikeia*, Rabello, A.M. (red.), *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Jerusalem 1997, s. 1–11.

Bonell, Michael Joachim (red.), *The UNIDROIT, Principles in Practice. Caselaw and Bibliography on the Principles of Commercial Contracts*, Transnational Publishers Inc., New York 2002.

Boyle, Joseph, *Natural Law and the Ethics of Traditions*, George, Robert P. (red.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford University Press, Oxford 1994.

Bretone, Mario, *Geschichte des römischen Rechts*, 2:a uppl., Verlag C.H Beck München, 1998.

Bridge, Michael, *Good Faith in Commercial Contracts*, Brownsword, Roger; Hird, Norma J.; Howells, Geraint (red.), *Good Faith in Contract: Concept and Context*, Ashgate, Aldershot, 1999, s. 165–187.

Brousseau, Jean & Glachant, Jean-Michel Ghestin, *The economics of contracts and the renewal of economics*, Brousseau, Jean & Glachant, Jean-Michel (red.), *The Economics of Contracts: Theories and Applications*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, s. 3–30.

Bruun, Niklas, *Konkurrensklausuler i skärningslinjer mellan konkurrens-, marknads- och arbetsrätt*, Andersen Mats Bryde; Heide-Jørgensen, Caroline; Schovsbo, Jens (red.), *Festschrift til Mogens Koktvedgaard*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2003, s. 121–139.

Bruun, Niklas, *Uppfinnarrätt i anställningsförhållande*, Finlands Juristförbunds Förlags AB, 1982.

Burkert, Walter, *Greek Religion: Archaic and Classical*, Blackwell Publishers, Oxford 1996.

Burton, Steven J., *Judging in good faith*, Cambridge University Press, 1992.

Bärlund, Johan, *Reklamation i konsumentavtal*, Kauppakaari Juristförbundets Förlag, Helsingfors 2002.

Caenegem, R.C. van, *An Historical Introduction to Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1992.

Campbell, David & Collins, Hugh, *Discovering the Implicit Dimensions of Contracts*, Campbell, David; Collins, Hugh; Wightman, John (red.), *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*, Hart Publishing, Oxford 2003, s. 25–49.

Campbell, David, *Ian Macneil and the Relational Theory of Contract*, Campbell, David (red.), *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Sweet & Maxwell, London 2001, s. 3–58.

Cheng, Bin, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Grotius Publications Limited, 1987.

Cicero, *On Duties* (De Officiis), Griffin, M.T & Atkins, E.M. (red.), Cambridge University Press, Cambridge 1991.

Cohen, Nili, *Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate*, Beatson, Jack & Friedmann, Daniel (red.): *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford University Press, Oxford 1997, s. 26–56.

Coing, Helmut, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 5 uppl., Walter de Gruyter, Berlin/New York 1993.

Collins, Hugh, *Introduction: The Research Agenda of Implicit Dimensions of Contracts*, Campbell, David; Collins, Hugh; Wightman, John (red.), *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*, Hart Publishing, Oxford 2003, s. 1–24.

- Collins, Hugh, *Regulating Contracts*, Oxford University Press, Oxford 2002.
- Comte-Sponville, André, *Liten avhandling om stora dygder*, Norstedts Förlag AB, Stockholm 1998.
- Cooter, Robert & Ulen, Thomas, *Law and Economics*, 3 uppl., Addison–Wesley Longman, Reading, Massachusetts 2000.
- Dahlman, Christian, *Konkurrerande culpakriterier*, Studentlitteratur, 2000.
- Dahlman, Christian; Glader Marcus; Reidhav, David; *Rättsekonomi, en introduktion*, Studentlitteratur, Lund 2002.
- Dahlquist-Sjöberg, Anders, *Kommersiella hyresavtal – En avtalstyp i omvandling*, Stockholm 1998.
- Diederichsen, Uwe & Gursky, Karl-Heinz, *Principles of Equity in German Civil Law*. Newman, Ralph A. (red.), *Equity in the World's Legal Systems: A Comparative Study*, Établissements Émile Bruylant, Bryssel 1973, s. 277–298.
- Dotevall, Rolf, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1999.
- Dotevall, Rolf, *Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal*, SvJT 2002 s. 441–456.
- Duggan, Anthony J., *Equity*, The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, band 2, Macmillan Reference Limited, London/New York 1998, s. 70–77.
- Dunne, Joseph, *Back to the Rough Ground, Practical Judgement and the Lure of Technique*, University of Notre Dame Press, Indiana, 1997.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, 1977.
- Eisenberg, Melvin A., *Relational Contracts*, Beatson, Jack & Friedmann, Daniel (red.): *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford University Press, Oxford 1997, s. 291–304.
- Eisenberg, Melvin A., *The Theory of Contracts*, Benson, Peter (red.), *The Theory of Contract Law: New Essays*, Cambridge University Press, 2001.
- Elfström, Jan, *Rådgivarens professionsansvar*, AB Svensk Byggtjänst, Stockholm 2003.
- Eriksen. Trond Berg, *Förundrans labyrinter*, Atlantis, 1997.
- Esser, Josef, *The Infiltration of Aequitas into the German Civil Law*, Newman, Ralph A. (red.), *Equity in the World's Legal Systems: A Comparative Study*, Établissements Émile Bruylant, Bryssel 1973, s. 299–306.

Esser, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, 4 uppl., Mohr, Tübingen, 1990.

Evald, Jens, *Law, Methods and Values*, Wahlgren, Peter (red.), *Legal Theory*, Scandinavian Studies in Law, Vol. 40, Stockholm 2000, s. 73–94.

Fahlbeck, Reinhold, *Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet*, C.E. Fritzes AB, Stockholm 1992.

Fahlcrantz, Gustaf Edvard, *Bona fides (tro och heder) och öfriga inom romersk rätt främst ledande grundsatser* (tryckt 1906).

Fahlcrantz, Gustaf Edvard, *Vad det betyder att begreppet »bona fides» saknas i vår svenska rättsvetenskap lika som i vår juridiska praxis*, Förhandlingar vid Sveriges advokatsamfunds årsmöte, 1914.

Falkanger Thorsen, Arne, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Jussens Venner 1993, s. 36–54.

Falkanger, Aage Thor, *God tro*, Universitetsforlaget, Oslo 1999.

Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1980.

Fletcher, George P, *Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford University Press, New York 1996.

Fletcher, George P. *Loyalty: an Essay on the Morality of Relationships*, Oxford University Press, New York; Oxford 1996.

Flyvbjerg, Bent, *Making Social Science Matter: why social inquiry fails and how it can succeed again*, Cambridge University Press 2001.

Forsberg, Niclas, *Offentlig upphandling i praktiken*, 2 uppl. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2001.

Frändberg, Åke, *Den allmänna rättsläran – tidlös och ständigt aktuell*, SvJT 2002 s. 564–575.

Gadamer, Hans-Georg, *Truth and Method*, 2 uppl., Sheed & Ward, London 1989.

Gaskell, Nicholas, *Shipbrokers*, Intermediaries in Shipping, Sjörätsföreningen i Göteborg, Skrifter 69, Göteborg 1990.

Ghestin, Jaques, *The contract as economic trade*, Brousseau, Jean & Glachant, Jean-Michel (red.), *The Economics of Contracts: Theories and Applications*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, s. 99–115.

Gilje, Nils & Grimen, Harald, *Samhällsvetenskapernas förutsättningar*, Daidalos 1992.

Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, Studentlitteratur, Lund 2001.

Glavå, Mats & Petrusson, Ulf, *Illusionen om rätten – juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna*, Askeland, Bjarte & Bernt, Jan Fridthjof, Erkjennelse og engasjement: minneseminar for David Roland Doublet (1954-2000), Fagbokforlaget, Bergen 2002.

Glover, John, *The Identification of Fiduciaries*, Birks, Peter (red.), Privacy and Loyalty, Oxford University Press, Oxford 1997.

Gomard, Bernhard, *Almindelig kontraktsret: indgåelse, gyldighed, fortolkning*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1988.

Gordley, James, *Contract Law in Pre-Commercial Societies*, International Encyclopedia of Comparative Law, Volume VII, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1997.

Gordley, James, *Contract Law in the Aristotelian Tradition*, Benson, Peter (red.), The Theory of Contract Law: New Essays, Cambridge University Press, 2001.

Gordley, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford University Press, Oxford 1991.

Gordley, James, *Good faith in contract law in the medieval ius commune*, Zimmermann, Reinhard & Whittaker, Simon (red.) Good Faith in European Contract Law, Cambridge University Press 2000, s. 93–117.

Gorton, Lars, *Finansiella institutioners rådgivningsansvar – kommentarer i anslutning till nyare litteratur*, JT 1998-99, s. 300–315.

Gorton, Lars, *Loyalty in Contractual Relations*, International Trade legislation in the Baltic Region, Stockholm 1999 s. 37–49.

Graham, Keith, *Practical Reasoning in a Social World: How We Act Together*, Cambridge University Press, Cambridge 2002.

Gilmore, Grant, *The Death of Contract*, Ohio State University Press, Columbus 1974.

Grauers, Folke, *Fastighetsköp*, 13 uppl., Juristförlaget i Lund, Lund 1994.

Grimberg, Carl, *Svenska folkets underbara öden*, II, Äldre vasatiden, P.A Norstedts & Söners Förlag, Stockholm 1985.

Grimen, H., *Starka värderingar och holistisk liberalism. Inledning till Charles Taylors filosofi*, Taylor, C., Identitet, frihet och gemenskap. Politisk-filosofiska texter i urval och med inledning av Harald Grimen, s. 9–93.

Grobecker, Wolfgang, *Implied terms und Treu und Glauben: Vertragsergänzung im englischen Recht in rechtsvergleichender Perspektive*, Duncker und Humblot, Berlin 1999.

Grobgeld, Lennart., *Konsumenträtt*, 13 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2002.

Grøn, Arne, *Praktisk viden og fortolkning. Aristoteles' 'phronesis'-analyse og Gadammers Filosofiske hermeneutik*, Museum Tusulanum 40–43, 1980, s. 289–323.

- Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, 3 uppl., Fritzes Förlag AB, Stockholm 1995.
- Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm 1993.
- Grönfors, Kurt, *Avtal och omförhandling*, Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm 1995.
- Grönfors, Kurt, *Juridisk analys och intuition*, Festskrift till Gösta Walin, Norstedts Juridik AB, 2002, s. 125–129.
- Grönfors, Kurt, *Missbruk av privaträttens regler*, JT 1993–94 s. 170–172.
- Gustavsson, Bernt, *Kunskapsfilosofi, Tre kunskapsformer i historisk belysning*, Wahlström & Widstrand, 2000.
- Göransson, Ulf, *Traditionsprincipen*, Iustus Förlag AB, Uppsala 1985.
- Haaskjold, Erlend, *Kontraktsforpliktelser*, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo 2002.
- Hafström, Gerhard, *De svenska rättskällornas historia*, Studentlitteratur, 6 uppl. 1970.
- Hagström, Viggo, *Fragmenter fra obligationsrett, I*, Kapitel 42–49, Oslo 1991.
- Hansen, Jesper Lau, *Praktisk anvendelighed af Retsøkonomi – en replik til Thomas Riis*, TtR 2001, s. 563–567.
- Harpum, Charles, *Fiduciary Obligations and Fiduciary Powers – Where Are We Going?*
Birks, Peter (red.), *Privacy and Loyalty*, Oxford University Press, Oxford 1997, s. 145–168.
- Harrison, Reziya, *Good Faith in Sales*, Sweet & Maxwell, London 1997.
- Hasselbalch, Ole, *Tjenstlige loyalitetspligter – belysning af en interesseafvejning mellem parterne i det lønnede arbejdsforhold med udgangspunkt i dansk ret*, TtR 1980 s. 639–679.
- Hausman, Daniel M och McPherson, Michael S., *Ekonomi och moralfilosofi*, Studentlitteratur, Lund 2001.
- Hellner, Jan *Behöver vi en ny skadeståndslag?* JT 1995–96, s. 282–299.
- Hellner, Jan, *Kommersiell avtalsrätt*, 4 uppl., Juristförlaget, Stockholm 1993.
- Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen – Studier i förmögenhetsrätt*, Jure, Stockholm 2001.
- Hellner, Jan, *Positivism och metod inom rättsvetenskapen*, Frändberg, Åke m.fl. (red.), Festskrift till Stig Strömholm, Del I, Iustus Förlag AB Uppsala 1997, s. 351–373.
- Hellner, Jan, *Rättsteori. En introduktion*, 2 uppl., Juristförlaget, Stockholm 1994.
- Hellner, Jan, *Rådighetsinskränkningar vid köp av lös egendom*, Bernitz m.fl. (red.), Festskrift till Jan Ramberg, Juristförlaget, Stockholm 1996, s. 209–224.

- Hellner, Jan, *Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, 1 häftet, Särskilda avtal*, 3 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 1996.
- Hellner, Jan, *Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, 2 häftet, Allmänna ämnen*, 3 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 1996.
- Hellner, Jan & Johansson, Svante, *Skadeståndsrätt*, 6 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2000.
- Hellner, Jan & Ramberg, Jan, *Speciell avtalsrätt I, Köprätt*, 2 uppl., Juristförlaget, Stockholm 1991.
- Hemström, Carl, *Något om revisorers uppdrag, oberoende och ansvar*, Eklund, Ronnie m.fl. (red.), Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman, Iustus Förlag AB, Uppsala 1993, s. 157–169.
- Herre, Johnny, *Ersättning i köprätten. Särskilt om skadeståndsberäkning*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1996.
- Hesselink, Martijn W., *The New European Private Law: Essays on the Future of Private Law in Europe*, Kluwer Law International, Haag 2002.
- Hillman, Robert A., *The Richness of Contract Law: An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law*, Kluwer Law International, Dordrecht; Boston 1997.
- Homer, *Iliaden*, (övers. Björkeson, Ingvar), Natur och Kultur, Stockholm, 1999.
- Hov, Jo, *Avtaleslutning og Ugyldighet*, Papinian, Oslo 1998.
- Hutchinson, D.S., *Ethics*, Barnes, Jonathan (red.), The Cambridge Companion to Aristotle, Cambridge University Press, Cambridge 1995, s. 195–232.
- Hultmark, Christina, *Kontraktsbrott vid köp av aktie*, Juristförlaget, Stockholm 1992.
- Hultmark, Christina, *Lojalitetsplikt i avtalsförhållanden – närmare bestämt upplysningsplikten rörande rådighetsinskränkningar vid köp av kioskrörelse*, JT 1991–92 s. 701–704.
- Hultmark, Christina, *Upplysningsplikt vid ingående av avtal*, Juristförlaget, Stockholm 1993.
- Hydén, Håkan, *Normvetenskap*, Sociol. inst., Lunds universitet 2002.
- Hydén, Håkan, *Rättssociologi som rättsvetenskap*, Studentlitteratur, Lund 2002.
- Håstad, Torgny, *Den nya köprätten*, 4 uppl., Iustus Förlag, Uppsala 1998.
- Hörcher, Ferenc, *Prudentia iuris: Towards a Pragmatic Theory of Natural Law*, Akadémiai Kiadó 2000.

Inger, Göran, *Svensk rättshistoria*, 4 uppl., Liber Ekonomi, Malmö 1997.

Ingvarsson, Torbjörn, *Rådgivningsansvar och medvållande*, JT 2002–03 s. 561–573.

Ireland, Paddy, *Recontractualising the Corporation: Implicit Contract as Ideology*, Campbell, David; Collins, Hugh; Wightman, John (red.), *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*, Hart Publishing, Oxford 2003, s. 255–288.

Johansson, Svante, *Nials svensk associationsrätt i huvuddrag*, 8 uppl. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2001.

Johansson, Svante & Pehrson, Lars, *Styrelsejälv*, JT 1992–93, s. 417–435.

Jägerskiöld, Stig, *Handelsbalkens utländska källor*, Almqvist & Wiksell, Stockholm 1967.

Jägerskiöld, Stig, *Hovrätten under den karolinska tiden och till 1734 års lag (1654–1734)*, Petré, Sture; Jägerskiöld, Stig; O:son Nordberg, Tord, *Svea hovrätt: Studier till 350-årsminnet*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1964.

Jørgensen, Stig, *Kontraktsret II*, Juristforbundets Forlag, København, 1972.

Jørgensen, Stig, *Lawyers and Hermeneutics*, Wahlgren, Peter (red.), *Legal Theory, Scandinavian Studies in Law*, Vol. 40, Stockholm 2000, s. 181–188.

Karlgrén, Hjalmar, *33 § avtalslagen*, SvJT 1933 s. 219–255.

Karlgrén, Hjalmar, *Recension av Kristen Andersens Norsk Kjøpsrett i hovedtrekk*, SvJT 1946 s. 546 ff.

Karlgrén, Hjalmar, *Skadeståndsrätt*, 5 uppl., P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1972.

Kaser, Max, *Römisches Privatrecht*, 11 uppl. C.H. Becks'sche Verlagsbuchhandlung, München 1979.

Kaser, Max, *Ius honorarium und ius civile*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, (ZSS) 101, 1984 s. 1–114.

Kaufmann, Max, *Begriff und Bedeutung von Treu und Glauben im § 242 BGB*, Magdeburg, 1912.

Kerkmeester, Heico, *Game Theory: Bridging the Gap between Economics and Continental Law*, Riis, Thomas & Nielsen Ruth (red.), *Law and Economics, Methodology and Application*, Köpenhamn 1998 s. 57–73.

Kelly, John M., *A short history of Western legal theory*, Oxford University Press 2001.

Kihlman, Jon, *Fel. Särskilt vid köp av lös och fast egendom*, Stiftelsen MercurIUS, Stockholm 1999.

Kihlman, Jon, *Anmälan, Hugh Beale & Ole Lando, Principles of European Contract Law*, JT 2000–01 s. 194–205.

Kleineman, Jan, *Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper*, JT 1993–94 s. 433–460.

Kleineman, Jan, *Begreppsbildningen och den skadeståndsrättsliga analysen – en renässans för begreppsjurisprudensen?*, JT 1993–94, s. 718–733.

Kleineman, Jan, *Förutsättningsläran två steg framåt och ett steg tillbaka*, JT 1989–90 s. 522–533.

Kleineman, Jan, *Lender Liability – ett skadeståndsrättsligt perspektiv på 1900-talets finansiella kris*, JT 1992–93 s. 289–317.

Kleineman, Jan, *Ren förmögenhetsskada, särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart*, Juristförlaget, Stockholm 1987.

Kleineman, Jan, *Rådgivarens informationsansvar – en problemorientering*, SvJT 1998 s. 185–211.

Kleineman, Jan, *Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar*, JT 1991–92 s. 125–140.

Kleineman, Jan, *Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla*, JT 1994–95, s. 621–646.

Kleineman, Jan, *Utomkontraktuella lojalitetsförpliktelser – ett sakrättsligt problem?*, Festskrift till Gösta Walin, Norstedts Juridik AB, 2002, s. 207–225.

Knoph, Ragnar, *Utviklingslinjer i moderne formuerett*, J.M Stenersens Forlag, Oslo 1934.

Koktvedgaard, Mogens, *Konkurrenceprægede Immaterialretspositioner*, Juristforbundets Forlag, Köpenhamn 1965.

Koslowski, Peter, *Principles of Ethical Economy*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht 2001.

Kriele, Martin, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2 uppl., Duncker & Humblot, Berlin 1976.

Kristensson Ugglå, Bengt, *Slaget om verkligheten: Filosofi – omvärldsanalys – tolkning*, Bruno Östlings Bokförlag Symposion, Stockholm/Stehag 2002.

Krüger, Kai, *Norsk kontraktsrett*, 2 uppl., Alma Mater Forlag AS, Bergen 1991.

Kötz, Hein & Flessner, Axel, *European Contract Law, Vol. 1: Formation, Validity, and Content of Contracts; Contract and Third Parties*, Oxford University Press, 1997.

Lando, Henrik, *Shareholder eller stakeholder value? En retsøkonomisk analyse af lojalitetspligten i aktieselskaber*. NTS, 2001:1, s. 76–89.

- Lando, Ole, *Each Contracting Party Must Act in Accordance with Good Faith and Fair Dealing*, Bernitz, Ulf, m.fl. (red.), Festskrift till Jan Ramberg, Juristförlaget, Stockholm 1996 s. 345–361.
- Lando, Ole & Beale, Hugh (red.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II: Combined and Revised*, Kluwer Law International, Haag, 2000.
- Langholm, Odd, *The Legacy of scholasticism in economic thought: antecedents of choice and power*, Cambridge University Press, Cambridge 1998.
- Larenz, Karl & Canaris, Claus-Wilhelm, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3 uppl., Springer-Verlag, Berlin; Heidelberg; New York 1995.
- Larsson, Anna, *Idéskydd vid offentlig upphandling*, JT 2003–04, s. 289–305.
- Lehrberg, Bert, *Avtalstolkning*, 2 uppl., Norstedts Juridik, 1998.
- Lehrberg, Bert, *Förutsättningsläran. Allmänna betingelser för möjligheten att frånträda rättshandlingar på grund av okända eller oförutsedda omständigheter*, Iustus Förlag AB, Uppsala 1989.
- Lehrberg, Bert, *Omförhandlingsklausuler. Betydelse och rättslig behandling, tillämpningsområden, rekvisit och rättsföljder*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1999.
- Lehrberg, Bert, *Uppsatser i bankrätt. Första samlingen*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2002.
- Lejman, Fritjof, *Om skadestånd såsom »biförpliktelse» vid kontrakt*, Festskrift tillägnad Vilhelm Lundstedt, Uppsala universitets årsskrift, 1947:6, s. 50–70.
- Lennander, Gertrud, *Kommentar av Gertrud Lennander*, Lehrberg; Berth (red.); Gorton, Lars; Helldén, Margareta; Lennander, Gertrud; Lindskog, Stefan; Ramberg, Jan, *Borgen. Förutsättningsfrågor, regressfrågor, konsumentfrågor*, Fritzes Förlag AB, Stockholm 1995, s. 55–62.
- Lindberg, Bo, *Retorik och idéhistoria*, Johannesson, Kurt (red.), Vetenskap och retorik, Natur och Kultur, Stockholm 2001, s. 169–193.
- Lindberg, Agne & Westman, Daniel, *Praktisk IT-rätt*, 2 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 1999.
- Lindskog, Stefan, *Högsta domstolen och den kommersiella rätten*, JT 2002–03 s. 68–81.
- Lindskog, Stefan, *Lagen om handelsbolag och enkla bolag. En kommentar*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2001.
- Luhmann, Niklas, *Die juristische Rechtsquellenlehre aus soziologischer Sicht*, Soziologie. René König zum 65. Geburtstag, Westdeutscher Verlag 1993.

Luig, Klaus, *Vertragsfreiheit und Äquivalenzprinzip im gemeinen Recht und im BGB. Bemerkungen zur Vorgeschichte des § 138 § II BGB*, Bergfeld, C., (red.), Aspekte europäischer Rechtsgeschichte, Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Vittorio Klostermann Frankfurt am Main 1982, s. 171–206.

Lundblad, Johannes, *När kan man återta ett offentligt erbjudande om aktieförvärv? – Lojalitetsprincipen vid offentliga erbjudanden i ljuset av Perstorp-fallet*, JT 2003–04 s. 327–340.

Lunde, Tore, *God forretningsskikk næringsdrivande imellom*, Bergen 2000.

Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, *Anställningsskydd. Kommentarer till anställningsskyddslagen*, 8 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2002.

Lundstedt, Vilhelm, *Kan härskande tolkning av 24 § köplagen anses riktig?*, SvJT 1921 s. 325–358.

Lupoi, Maurizio, *The Origins of the European Legal Order*, Cambridge University Press, 2000.

Lupoi, Maurizio, *Trusts: A Comparative Study*, Cambridge University Press, 2000.

Lübcke, Poul, m.fl., *Filosofiskt lexikon*, Lübcke, Poul (red.) Bokförlaget Forum, Stockholm 1988.

Lycke, Johan; Runesson, Eric M.; Swahn, Mikael, *Ansvar vid finansiell rådgivning*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2003.

Löfstedt, Malin, *En ekonomisk människa? En analys av människosynen i neoklassisk ekonomisk teori*, Uppsala universitet, 2002.

Macaulay, Stewart, *The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules*, Campbell, David; Collins, Hugh; Wightman, John (red.), *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*, Hart Publishing, Oxford 2003, s. 51–102.

Macneil, Ian, R., *Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky*, Campbell, David (red.), *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Sweet & Maxwell London 2001, s. 269–282.

Macneil, Ian, R., *Presentation and Adjustment Along the Spectrum of Contracts*, Campbell, David (red.), *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Sweet & Maxwell London 2001, s. 181–264.

Macneil, Ian, R., *Reflections on the Relational Theory*, Campbell, David (red.), *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Sweet & Maxwell London 2001, s. 291–332.

Madell, Tom, *Parternas lojalitetsplikt vid offentlig upphandling*, Förvaltningsrättslig tidskrift (FT) 2002 s. 267–283.

Madison, G.B., *Getting beyond objectivism, the philosophical hermeneutics of Gadamer and Ricoeur*, Lavoie, Don (red.), Economics and hermeneutics, Routledge, London/New York, 1990, s. 34-58.

Madsen, Bo Palle, *Loyalitetskrav i kontrakts- og konkurrenceretten*, UfR 1982. s. 165-171.

Madsen, Bo Palle, *Markedsret, Del 2*, 4 uppl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn 2002.

Madsen, Bo Palle, *Vildfarelser, forudsætninger og billighed – Aftalerisikoen i historisk og komparativ belysning*, Aarhus universitet, 1981.

Maine, Henry, *Ancient Law*, Everyman's Library, London 1977.

Maier, Lena, *EU, arbetsrätten och normgivningsmakten*, Stockholm 2000.

Malanczuk, Peter, *Akehurst's modern introduction to international law*, 7 uppl., Routledge, London 1997.

Malloy, Robin Paul. *Law and market Economy. Reinterpreting the Values of Law and Economics*, Cambridge University Press, Cambridge 2000.

Malmberg, Jonas, *Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering*, Iustus Förlag, Uppsala 1997.

Marks von Würtemberg, Erik & Sterzel, Fritz, *Lagen om skuldebrev jämte dithörande författningar*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1937.

Martinson, Claes, *Kreditsäkerhet i fakturafordringar – en förmögenhetsrättslig studie*, Iustus Förlag AB, Uppsala 2002.

Mattei, Ugo, *Efficiency as Equity: Further Steps in Comparative Law and Economics*, Rabello, A. M. (red.), *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Jerusalem 1997, s. 347–364.

McDermott, John J. *Introduction to the New Edition*, (Introduktion till Royce, se nedan).

Melin, Mats & Schäder, Göran, *EU:s konstitution. Maktfördelningen mellan den europeiska unionen, medlemsstaterna och medborgarna*, 6 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2004.

Meister, Karl, *Die Freundschaft bei den Griechen und Römern*, Oppermann, Hans (red.), *Römische Wertbegriffe*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1983, s. 323–329.

Meyer, Rudolf, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, Wallstein Verlag Göttingen, 1993.

Mincke, Wolfgang, *Practical and Propositional Knowledge as the Basis of European Legal Education*, de Witte Bruno & Forder, Caroline (red.), *The common law of Europe and the future of legal education*, Kluwer, Deventer 1992 s. 285–294.

Misztal, Barbara A., *Trust in Modern Societies, The search for the Bases of Social Order*, Polity Press, Cambridge 1996.

Modéer, Kjell Å., *Historiska rättskällor, en introduktion i rättshistoria*, 2 uppl., Nerenius & Santérus Förlag AB, Stockholm 1997.

Molander, Joakim, *Vetenskapsteoretiska grunder: historia och begrepp*, Studentlitteratur, Lund 2003.

Moulin, Hervé, *Stand Alone and Unanimity Tests: A Re-Examination of Fair Division*; Farina, F., Hahn F. & Vannucci, S. (red.), *Ethics, Rationality and Economic Behaviour*, Clarendon Press 1996, s. 121–142.

Mugasha, Agasha, *Good Faith Obligations in Commercial Contracts*, International Business Lawyer, vol. 27 nr 8, London 1999 s. 355–364.

Møgelvang-Hansen, Peter, *Privat kaution for banklån – kautionsproblemer og -beskyttelse*, Nord 1995:40, Nordisk Ministerråd, København 1995.

Najork, Eike Nikolai, *Treu und Glauben im CISG*, Bonn 2000.

Nelson, Robert H., *Reaching for Heaven on Earth: the Theological Meaning of Economics*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Savage, Maryland 1991.

The New Encyclopædia Britannica, Vol. 4, 15 uppl. Encyclopædia Britannica Inc. Chicago 1993.

Newman, Ralph A., *Introduction*, Newman, Ralph A. (red.), *Equity in the World's Legal Systems: A Comparative Study*, Établissements Émile Bruylant, Bryssel 1973, s. 15–29.

Newman, Ralph A., *The General Principles of Equity*, Newman, Ralph A. (red.), *Equity in the World's Legal Systems: A Comparative Study*, Établissements Émile Bruylant, Bryssel 1973, s. 589–650.

Nial, Håkan i samverkan med Hemström, Carl, *Om handelsbolag och enkla bolag*, 3 uppl., Fritzes AB, Stockholm 1992.

Nicander, Hans, *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden*, JT 1995–96 s. 31–49.

Niemi, Matti Ilmari, *A Conventionalist Analysis of the Preconditions of Knowledge in Legal Dogmatics and the Foundations of Legal Orders*, Wahlgren, Peter (red.), *Legal Theory*, Scandinavian Studies in Law, Vol. 40, Stockholm 2000, s. 95–107.

Nifong, William R. *Promises Past: Marcus Atilius Regulus and the Dialogue of Natural Law*, 49 Duke Law Journal s. 1077–1126.

Norberg, Per, *Arbetsrätt och konkurrensrätt, en normativ studie av motsättningen mellan marknadsrättsliga värden och sociala värden*, Juristförlaget i Lund, 2002.

Nordin, Svante, *Det pessimistiska förnuftet, filosofiska essäer och porträtt*, Nya Doxa 1996.

Norstedts Latinsk-Svenska ordbok, Ahlberg, Lundqvist, Sörbom, 2 uppl., Norstedts.

Nussbaum, Martha C. *Känslans skärpa, tankens inlevelse. Essäer om etik och politik*, Bruno Östlings Bokförlag Symposion, Stockholm/Stehag 2000.

Nystén-Haarala, Soili, *The Long-term Contract, Contract Law and Contracting*, Kauppakaari OYJ, Helsingfors 1998.

Nørager-Nielsen, Jacob & Theilgaard, Søren, *Købeloven: med kommentarer*, 2 uppl., G E C Gads Forlag, Köpenhamn 1993.

O'Connor, J.F., *Good Faith in English law*, Dartmouth, Aldershot 1990.

O'Connor, J.F., *Good Faith in International Law*, Dartmouth, Aldershot 1991.

Ordbok över svenska språket, utgiven av Svenska Akademien, 16:e bandet, 1942.

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?*, Fritzes Förlag AB, Stockholm 1995.

Peczenik, Aleksander, *Om juridiska avvägningar*, Frändberg, Åke .m.fl. (red.), Festskrift till Stig Strömholm, Del II, Iustus Förlag AB, Uppsala 1997 s. 697–708.

Pehrson, Lars, *Styrelseledamots lojalitetsplikt i konsultbolag – vad är den värd?* JT 1994–95 s. 503–510.

Phillipson, Coleman, *The International Law & Custom of Ancient Greece and Rome*, volume I, Macmillan and Co., London 1911.

Pieper, Josef, *The Four Cardinal Virtues*, University of Notre Dame Press, 1966.

Platon, *Gorgias*, Skrifter. Bok I (övers. Stolpe, Jan.) Atlantis 2000.

Platon, *Gästabudet* (Symposion), Skrifter. Bok I (övers. Stolpe, Jan.) Atlantis 2000.

Platon, *Teaitetos*, övers. Lindskog, Claes, Nya Doxa 1996.

Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 5 uppl., Aspen Publ., New York 1998.

Posner, Richard, A., *Law and Economics in Common Law and Civil Law Nations*, Associations: Journal for Legal and Social Theory 7 (1), 2003, s. 77–88, Duncker Humblot, Berlin.

Poulsen, Sune Troels, *Loyalitetspligt & ehrvervsforbud*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn 1991.

Pålsson & Samuelsson, *Banks ansvar för ekonomisk rådgivning*, SvJT 1999 s. 529–561.

Pålsson Syll, Lars, *De ekonomiska teoriernas historia*, Studentlitteratur, 1998.

Pöyhönen, Juha, *Basic Misunderstandings in Comparative Law*, Lars D., & Hurri, Samuli, (red.), *Dialectic of Law and Reality, Readings in Finnish Legal Theory*, Faculty of Law, Helsingfors 1999, s. 293–302.

Pöyhönen, Juha, *The Law of Obligations*, Pöyhönen, Juha (red.) *An Introduction to Finnish Law*, Kauppakaari/Talentum Media Oy, Helsingfors 2002, s. 59–113.

Rabello, Alfredo Mordechai, *Introduction*, Rabello, A.M. (red.), *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Jerusalem 1997.

Rakoff, Todd, D. *The Implied Terms of Contracts: Of 'Default Rules' and 'Situation-Sense'*, Beatson, Jack & Friedmann, Daniel (red.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford University Press, Oxford 1997, s. 191–228.

Rao, Pinninti, Krishna, *The Economics of Transaction Costs: Theory, Methods and Applications*, Palgrave Macmillan, New York 2003.

Ramberg, Christina, *Ingående av avtal mellan parter i olika länder*, Svernlöv, Carl (red.) *Internationella avtal i teori och praktik*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2003, s. 26–60.

Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 6 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2003.

Ramberg, Jan & Herre, Johnny, *Internationella köplagen (CISG)*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2001.

Ramberg, Jan, under medverkan av Herre, Johnny, *Köplagen*, Fritzes Förlag AB, Stockholm 1995.

Ramberg, *Avtalstolkningssmetoder*, Festschrift till Gösta Walin (2002) s. 499–511.

Ramberg, Jan, *Medveten otydlighet som avtalsrättsligt problem*, JT 1992–93 s. 358–368.

Ramberg, Jan, *Stödbrev och den svårfångade partsavsikten*, JT 1995–96 s. 827–832.

Ramberg, Jan, *Tolkning av s.k. stödförklaringar*, JT 1994–95 s. 131–137.

Rawls, John, *En teori om rättvisa*, Daidalos, 1996.

Rentto Juha-Pekka, *Prudentia Iuris, The Art of the Good and the Just*, Turun Yliopisto, Åbo 1988.

Ridley, Matt, *The Origins of Virtue: Human Instincts and the Evolution of Cooperation*, Viking Penguin, New York 1997.

Riis, Thomas, *Normativitet og den praktiske anvendelighed af retsøkonomi*, Tfr 2000 s. 477–503.

Rodger, Allan, *Preface*, Angelo DM Forte (red.), *Good Faith in Contract and Property Law*, Hart Publishing, Oxford; Portland, Oregon 1999.

Rodhe, Knut, *Lärobok i obligationsrätt*, 6 uppl., Norstedts Förlag AB, Stockholm 1986.

Rosén, Jan, *Förlagsrätt*, Juristförlaget, Stockholm 1989.

Rosén, Jan, *Upphovsrättens avtal*, 2 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 1998.

Rosengren, Mats, *Doxologi – en essä om kunskap*, 2 uppl., Rhetor Förlag, Åstorp 2003.

Rosengren, Mats, *Psychagogia – Konsten att leda själar. Om konflikten mellan retorik och filosofi hos Platon och Chaim Perelman*, Bruno Östlings Bokförlag Symposion, Stockholm/Stehag 1998.

Ross, Alf, *Ret som teknik kunst og videnskab*, Inledning til retsstudiet, Nyt nordisk Forlag Arnold Budck 1956 s. 59–132, Denna finns även publicerad i *Ret som teknik kunst og videnskab*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn 1999 s. 155–277.

Royce, Josiah, *The Philosophy of Loyalty*, Vanderbilt University Press, Nashville 1995.

Roth, Günter H., § 242, Heinrichs, Helmut (red.), Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241–432), 3 uppl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1994.

Roxenhall, Tommy, *Affärskontraktets användning*, Företagsekonomiska inst., Uppsala universitet, 1999.

Runesson, Eric, M. *Rekonstruktion av ofullständiga avtal – särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1996.

Samuel, Geoffrey, *Epistemology and Method in Law*, Ashgate 2003.

Sandgren, Claes, *En social civilrätt? Del I*, JT 1992–93 s. 456–486.

Sandgren, Claes, *En social civilrätt? Del II*, JT 1992–93 s. 643–665.

Saxén, Hans, *Skadestånd vid avtalsbrott – HD praxis i Finland*, Juristförlaget, Stockholm 1995.

Schanze, Erich, *Beyond Contract and Corporation: The Law and Economics of Symbiotic Arrangements*, Riis, Thomas & Nielsen Ruth (red.), Law and Economics, Methodology and Application, Köpenhamn 1998, s. 113–130.

Schermaier, Martin Josef, *Bona fides in Roman contract law*, Zimmermann, Reinhard & Whittaker, Simon (red.) Good Faith in European Contract Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, s. 63–92.

Schmidlin, Bruno, *Regula iuris: Standard, Norm oder Spruchregel? Zum hermeneutischen Problem des Regelverständnisses*, Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, 1976, s. 91–109.

Schmidt, Folke, *Arbetsrätt II*, P.A Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1973.

Schmidt, Folke, *Löntagarrätt*, reviderad uppl. 1994 ombesörjd av tore Sigeman under medverkan av Ronnie Eklund, Håkan Göransson och Kent Källström, Juristförlaget, Stockholm 1994.

Schmidt, Folke, *Tjänsteavtalet*, P.A Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1968.

Schulz, Fritz, *Principles of Roman Law*, Oxford University Press, Oxford 1936.

Schwartz, Alan, *Contract theory and theories of contract regulation*, Brousseau, Jean & Glachant, Jean-Michel, *The Economics of Contracts: Theories and Applications*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, s. 116–125.

Seymour-Smith, Charlotte, *Macmillan Dictionary of Anthropology*, Macmillan, 1986.

Sherman, Nancy, *Making a Necessity of Virtue: Aristotle and Kant on Virtue*, Cambridge University Press, 1997.

Siches, Luis Recaséns, *Equity and logic of the reasonable*, Newman, Ralph A. (red.), *Equity in the Worlds Legal Systems, A Comparative Study*, Établissements Émile Bruylant, Bryssel 1973, s. 411–423.

Sigurdson, Ola, *De Prudentia. Om principer och personer i etiken*, Brutus Östlings Bokförlag Symposion, Stockholm/Stehag 2001.

Simmonds, Nigel E., *Juridiska principfrågor*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1988.

Simonsen, Lasse, *Prekontraktuellet ansvar*, Universitetsforlaget AS, Oslo 1997.

Skogh, Göran & Lane, Jan-Erik, *Äganderätten i Sverige – En lärobok i rättsekonomi*, 2 uppl., SNS Förlag, Stockholm 2000.

Smith, Robin, *Logic*, Barnes, Jonathan (red.), *The Cambridge Companion to Aristotle*, Cambridge University Press, Cambridge 1995, s. 27–65.

Snyder, R. Neil, *Natural Law and Equity*, Newman, Ralph A. (red.), *Equity in the World's Legal Systems: A Comparative Study*, Établissements Émile Bruylant, Bryssel 1973, s. 33–43.

Solomon, Robert C. *Ethics and excellence, Cooperation and Integrity in Business*, Oxford University Press, Oxford 1993.

Stang, Fredrik. *Avtalelovens § 33. Dens indhold og dens forhold til forudsætningslæren*, TIR 1930 s. 51 ff.

Stein, Peter, *Equitable Principles in Roman Law*, Newman, Ralph A. (red.), *Equity in the World's Legal Systems: A Comparative Study*, Établissements Émile Bruylant, Bryssel 1973, s. 75–92.

Stein, Peter, *Legal Evolution: The Story of an Idea*, Cambridge University Press, Cambridge 1980.

Stein, Peter & Shand, John, *Legal Values in Western Society*, Edinburgh University Press, Edinburgh 1974.

Stein, Peter, *Regula iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh University Press, Edinburgh 1966.

Stein, Peter, *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, Cambridge 1999.

Strahl, Ivar, *Makt och rätt*, 10 uppl., Iustus Förlag AB, Uppsala 1994.

Strömholm, Stig, *Equity in Swedish Law*, Newman, Ralph A. (red.), *Equity in the World's Legal Systems: A Comparative Study*, Établissements Émile Bruylant, Bryssel 1973, s. 443–470.

Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 5 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 1996.

Summers, Robert S., *Good Faith in General Contract Law – A Philosophical Approach*, The Jurisprudence of Law's Form and Substance, Ashgate, Aldershot 2000 s. 237–309.

Summers, Robert. S., *The conceptualisation of good faith in American contract law: a general account*, Zimmermann, Reinhard & Whittaker, Simon (red.) *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press 2000, s. 118–141.

Svensk uppslagsbok, 2 uppl., band 9, Förlagshuset Norden AB, Malmö 1948.

Svensäter, Lennart, *Anställning och upphovsrätt: om det enskilda anställningsförhållandets reglering och dess grunder samt om konsekvenserna av att framställda resultat omfattas av 1 § upphovsrättslagen*, Norstedts Juridikförlag, Stockholm 1991.

Svernlöv, Carl, *Aktiebolagets suppleanter. Suppleantinstitutet i svensk aktiebolagsrätt*, 2 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2002.

Söderlund, Herbert, *Agenträtt: Kommentar till lagen om handelsagentur m.m.*, Publica (Fritzes), Stockholm 1994.

Söderlund, Magnus, *Den lojala kunden*, Liber AB, Malmö 2001.

Taekema, Sanne, *The Concept of Ideals in Legal Theory*, Kluwer Law International, Haag 2003.

Tamm, Ditlev, *Romersk rätt och europeisk rättsutveckling*, Nerenius & Santérus Förlag AB, Stockholm 1993.

Taxell, Lars Erik, *Anmälan, Jan Rambergs Allmän avtalsrätt*, 2:a uppl., JT 1989–90 s. 564–565.

Taxell, Lars Erik, *Avtal och rättsskydd*, Acta Academiae Aboensis, Ser. A Humaniora, Vol. 43. Åbo Akademi, Åbo 1972.

Taxell, Lars Erik, *Avtalsbrottets problematik*, Meddelanden från Institutet för samhällsforskning, nr 34, Åbo akademi, s. 67–84.

Taxell, Lars Erik, *Avtalsbundenhet och avtalsbrott*, JFT 1994 s. 306–322.

Taxell, Lars Erik, *Avtalsersättning och culpa*, TfR 1987 s. 342–360.

Taxell, Lars Erik, *Avtalsrätt*, Juristförlaget, Stockholm 1997.

Taxell, Lars Erik, *Avtalsrättens normer*, Åbo Akademis Förlag, Åbo 1987.

Taxell, Lars Erik, *Jämkning av avtal*, JFT 1984 s. 606–630.

Taxell, Lars Erik, *Om avtalsetik*, JFT 1979 s. 487–498.

Taxell, Lars Erik, *Om lojalitet i avtalsförhållanden*, DL 1977, s. 148–155.

Taxell, Lars Erik, *Princip och verklighet – tankar om avtal och skadestånd*, JFT 1998, s. 1–12.

Taxell, Lars Erik, *Skadestånd vid avtalsbrott*, Åbo Akademis förlag, Åbo 1993.

Taylor, Charles, *Identitet, frihet och gemenskap*. Politisk-filosofiska texter i urval av Harald Grimen, Daidalos, Göteborg 1995.

Teichmann, Arndt, § 242 [*Treu und Glauben*], Soergel & Mertens (red.), Kohlhammer-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, Schuldrecht I (§§ 241–432), 12 uppl., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 1990.

Tolonen, Hannu, *Rules, Principles and Goals: the Interplay Between Law, Morals and Politics*, Eriksson, Lars D., & Hurri, Samuli (red.), Dialectic of Law and Reality, Readings in Finnish Legal Theory, Faculty of Law, Helsingfors 1999, s. 315–335.

Treitel, Guenter, *The Law of Contract*, 10 uppl., Sweet & Maxwell, 1999.

Triantaphyllopoulos, *Aristotle's Equity*, Rabello, A.M. (red.), Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions, Jerusalem 1997, s. 12–22.

Tridimas, Takis, *The General Principles of EC Law*, Oxford University Press, Oxford 1999.

Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft: Grundbegriffe der reinen Soziologie*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1979.

Ulfbeck, Vide, *Kontraktets relativitet – det direkte ansvar i formueretten*, Forlaget Thomson A/S, Köpenhamn 2000.

Unger, Sven, *Professionsansvar för advokater och andra rådgivare – omfattning, försäkringsmöjligheter och friskrivningsmöjligheter*, Förhandlingarna vid det 36 nordiska juristmötet, Helsingfors 2002, s. 569–586.

Ussing, Henry, *Aftaler: paa formuerettens omraade*, 3 uppl., Juristforbundets Forlag, Köpenhamn, 1974.

Ussing, Henry, *Obligationsretten: almindelig del*, 4 uppl., Juristforbundets Forlag, Köpenhamn 1961.

Vahlén, Lennart, *Avtal och tolkning*, P.A. Norstedts & Söners Förlag, Stockholm 1960.

Vahlén, Lennart, *Bör förutsättningsläran avskaffas?* TfR 1953 s. 394–409.

Van Gerven, Walter; Lever, Jeremy; Larouche, Pierre, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Hart Publishing, Oxford; Portland, Oregon, 2000.

Warnke, Georgia, *Hans-Georg Gadamer. Hermeneutik, tradition och förnuft*, Daidalos Göteborg 1993.

Wasserstrom, Richard, *Equity in the Philosophy of Law*, Rabello, A.M. (red.), Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions, Jerusalem 1997, s. 163–178.

Watkin, Thomas Glyn, *An Historical Introduction to Modern Civil Law*, Ashgate, Aldershot 1999.

Weber, Max, *Ekonomi och samhälle, förståelsesociologins grunder*, Avd. II, Argos 1995.

Werlauff, Erik, *Selskabsmasken*, G E C Gads Forlag, Köpenhamn 1991.

Wetter, Carl; Karlsson, Johan; Rislund, Olle; Östman, Marie, *Konkurrenslagen, en handbok*, 2 uppl., Advokatfirman Vinge KB; Thomson Fakta AB, Stockholm 2002.

Wieacker, Franz, *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung*, Simon, Dieter (red.), Ausgewählte Schriften Band 2, Theorie des Rechts und der Rechtsgewinnung, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main 1983, s. 228–241.

Wieacker, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2 uppl., Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen 1996.

Wieacker, Franz, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242*, Simon, Dieter (red.), Ausgewählte Schriften Band 2, Theorie des Rechts und der Rechtsgewinnung, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main 1983, s. 195–227.

Wightman, John, *Beyond Custom: Contract, Contexts, and the Recognition of Implicit Understandings*, Campbell, David; Collins, Hugh; Wightman, John (red.), Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts, Hart Publishing, Oxford 2003, s. 143–186.

Wiklund, H. *God advokatsed*, Norstedts, Stockholm 1973.

Wilhelmsen, Trine-Lise, *Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet*, Tfr 1995, s. 1–246.

Wilhelmsson Thomas, *Avtal*, Finlands civil- och handelsrätt. Bärlund, Johan, Nybergh, Frey och Petrell, Katarin (red.), Kauppakaari Oyj, Helsingfors, 2000, s. 236–310.

Wilhelmsson, Thomas, *Om tro och heder i finsk avtalsrätt. Avtalslagen § 33 i rättstillämpningen*, Oikeustiede, Jurisprudentia, 1978.

Wilhelmsson, Thomas, *Good Faith and the Duty of Disclosure in Commercial Contracting – The Nordic Experience*, Brownsword, Roger; Hird, Norma J.; Howells Geraint (red.), Good Faith in Contract: Concept and Context, Ashgate, Aldershot, 1999, s. 165–187.

Wilhelmsson Thomas, *Privaträtten och dess allmänna läror*, Finlands civil- och handelsrätt. Bärlund, Johan, Nybergh, Frey och Petrell, Katarin (red.), Kauppakaari Oyj, Helsingfors, 2000, s. 1–36.

Wilhelmsson, Thomas, *Senmodern ansvarsrätt*, Iustus Förlag, Uppsala, 2001.

Wilhelmsson, Thomas, *Social Civilrätt*, Juristförbundets förlag, Helsingfors 1987.

Wilhelmsson Thomas, *Standardavtal*, 2 uppl., Juristförbundets Förlag, Helsingfors 1995.

Virt, Günter, *Epikie – verantwortlicher Umgang mit Normen: eine historisch-systematische Untersuchung zu Aristoteles, Thomas von Aquin und Franz Suarez*, Matthias-Grünwald-Verlag, Mainz 1983.

Von Mehren, Arthur, *A General View of Contract*, International Encyclopedia of Comparative Law, Volume VII, Contracts in General, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen & Martinus Nijhoff Publishers, Haag, Boston, London 1982.

Von Post, Claes-Robert, *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, Stockholm 1999.

Zackariasson, Laila, *Direktkrav. Om rätt att rikta anspråk mot gäldenärens gäldenär*, Iustus Förlag AB, Uppsala 1999.

Zahnd, Eric G., *The Application of Universal Laws to Particular Cases: A Defense of Equity in Aristotelianism and Anglo-American Law*, Law & Contemporary Problems (59:1996) s. 263–295. Även publicerad i *Aristotle and Modern Law*, Brooks, Richard O. & Murphy, James B. (red.), Ashgate, Aldershot 2003, s. 57–89.

Zeller, Ernst, *Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot: Prinzipiengehalt und Konkretisierung von Art. 2 ZGB*, Zürich 1981.

Zepos, Pan. J., *Equity in Greek law*, Newman, Ralph A. (red.), Equity in the World's Legal Systems: A Comparative Study, Établissements Émile Bruylant, Bryssel 1973, s. 433–441.

Ziegler, Karl-Heinz, *Aequitas in Roman International Law*, Rabello, A.M. (red.), Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions, Jerusalem 1997, s. 48–62.

Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press 1996.

Zimmermann, Reinhard & Whittaker, Simon, *Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape*. Zimmermann, Reinhard & Whittaker, Simon (red.) *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press 2000.

Zimmermann, Reinhard, *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, Oxford University Press, Oxford 2001.

Zweigert, Konrad & Kötz, Hein, *An introduction to comparative law*, 3 uppl. Oxford University Press, Oxford 1998.

Vissa förkortningar

AD	Arbetsdomstolen, arbetsdomstolens domar.
All ER	All England Law Reports
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794.
AvtL	Avtalslagen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Tyskland)
BrB	Brottsbalken
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Wien, 1980.
DL	Defensor Legis
Ds	Departementserien
FHL	Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter
FT	Förvaltningsrättslig Tidskrift
H	Højesteretsdom
HBL	Lag (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag.
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
JB	Jordabalken
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet
LU	Lagutskottets betänkande
ND	Nordiske Domme i Sjøfartsanliggender
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
NTS	Nordisk Tidskrift for Selskabsret
PECL	Principles of European Contract Law
RH	Rättsfall från hovrätterna
Rt	Norsk Retstidene
SH	Sø- og Handelsretten (Danmark)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
U	Ugeskrift for Retsvæsen. Afdelning A.
UCC	Uniform Commercial Code (USA)
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen. Afdelning B
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
UP	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

Det finns i svensk rätt en princip om att avtalsparter är förpliktade att visa varandra viss lojalitetshänsyn (lojalitetsprincipen). Denna princip har kommit att betonas i allt högre grad under de två senaste decennierna i svensk rätt. Lojalitetsprincipen är ännu så länge inte lagreglerad och dess omfattning och styrka har hitintills inte helt klarlagts. Denna avhandling behandlar dels hur principen kommit att uppfattas i rättsvetenskapen, dels hur den kan förstås utifrån ett vidare samhällsorienterat perspektiv.



FILOSOFISKA FAKULTETEN
LINKÖPINGS UNIVERSITET

Linköping 2004
Ekonomiska institutionen, Avdelningen för Rätt och rättsfilosofi
SE-581 83 Linköping