

SLUTANDE AV AVTAL GENOM FÖRHANDLING

1. Inledning

De skandinaviska avtalslagarna var frukten av ett samarbete mellan Sverige, Norge och Danmark.¹ Lagarna, som i allt väsentligt är identiska, har varit sällsynt livskraftiga och är fortfarande efter ca 90 år i högsta grad aktuella. De har visat sig fungera bra även med nymodigheter som telex, telefax, e-post, Internet och andra elektroniska media. Att lagarna kom till genom ett samarbete mellan de skandinaviska länderna innebär att det finns större anledning än eljest att beakta såväl doktrin som praxis från övriga inblandade länder, eftersom det i de flesta fall är fråga om rättsregler som inte bara är likadana som de egna, utan om samma rättsregler. Ett studium av norsk och dansk avtalsrättslig doktrin och praxis bör således inte i första hand betraktas som en komparativ studie, utan snarare som en studie av den egna rätten, låt vara att det med tiden har uppstått en del skillnader mellan tillämpningen i länderna. Presumtionen vid studier och analys bör dock vara att en dansk eller norsk lösning av avtalsrättsliga spörsmål är riktig även i Sverige.

Avtalslagens första kapitel är enligt 1 § 2 st. dispositivt. Möjligheten för parter att disponera över formerna för hur avtal kommer till stånd är nödvändig för att rättshandlingar skall kunna företas på sätt som är lämpliga för den situation som är för handen. Det saknas därtill anledning för lagstiftaren att annat än i undantagsfall² reglera hur avtal skall slutas. Att parter – eller snarare en part, eftersom det 1 § 2 st. AvtL står vardera parten fritt att bestämma villkoren för sin rättshandling – disponerar över hur avtal sluts innebär emellertid inte att deras dispositioner alltid är ändamålsenliga, genomtänkta och klara. Exempel på sådana situationer finns bl.a. inom det område som här skall behandlas, delvis mot bakgrund av ett norskt rättsfall: När inträder bundenhet vid avtalsförhandlingar?

Parter kan undanröja här behandlade problem t.ex. genom att inför

¹ Övriga nordiska länder var av skilda skäl inte med i samarbetet. Vad som sägs i det följande om de skandinaviska avtalslagarna är emellertid i princip relevant även för Finland och Island.

² Se t.ex. 4 kap. 1 § JB, de särskilda bestämmelserna i distans- och hemförsäljningslagen (2005:59), liksom möjligheten enligt artiklarna 12 och 96 CISG för stater att reservera sig mot konventionens huvudregel om formfrihet.

förhandlingarna avtala om att de varken är bundna eller ansvariga på annan grund förrän ett slutligt kontraktsdokument har skrivits under av behöriga företrädare för parterna, s.k. avtalad skriftform.³ Åtminstone när ett sådant avtal om särskild form har upprättats i skrift, vållar frågan när bundenhet inträder små eller inga svårigheter. Problem kan däremot uppkomma om ett sådant avtal har slutits utan att erforderlig bevisning därom har säkrats. Vårst är det emellertid om avtalet om särskild form inte ens har slutits genom någon aktivitet från parternas sida, utan detta bara är underförstått, eftersom det kanske bara är underförstått – eller då möjligen bara förmodat – av den ena parten. Det är då inte i första hand fråga om bevisproblem, utan om ett materiellt sådant: Finns det över huvud taget något avtal om särskild form att föra bevisning om? Sådana situationer torde inte vara ovanliga.

2. Stegvis låsning av förhandlingspositionerna

Det är uppenbart att avtalslagens modell med anbud och accept inte ger en helt korrekt beskrivning av vad som sker när parter förhandlar med varandra. Inte minst Grönfors har uppmärksammat detta och behandlat förhandlings-situationen under den här använda rubriken.⁴ Beskrivningen av skeendet som en stegvis låsning av förhandlingspositionerna är förmodligen korrekt ur ett sociologiskt perspektiv. I juridiska framställningar är den däremot mindre lämplig, eftersom den antyder att bundenheten för parterna uppkommer stegvis, så att de först blir lite bundna och sedan lite till, och lite till och lite till, för att slutligen vara helt bundna. Det verkar som om Grönfors ansåg att så kunde ske: ”Gemensamt för [dessa situationer] är, att uppbyggnaden av avtalet sker längs en tidsaxel och att *avtalsbundenheten* inte uppkommer vid ett enda tillfälle utan successivt (gradvis), trappstegsvis ökande under en ofta lång tidsperiod av komplicerade förhandlingar mellan parterna.”⁵ Grönfors verkar här ha blandat ihop två skilda frågor, som inte bör blandas. Den ena frågan rör *avtalets innehåll*. Detta kan naturligtvis preciseras efter hand och allt eftersom detta sker ökar tydligheten i *vad* parterna är bundna till. Den andra frågan rör *avtalets existens*. Den kan inte uppkomma gradvis, utan parterna passerar vid något tillfälle *en gräns* och när den gränsen har passerats finns avtalet.

Grönfors beskrivning kan trots den angivna bristen tjäna syftet att bringa

³ Se t.ex. Ramberg/Ramberg, Allmän avtalsrätt, 6 uppl. s. 116 ff. och Vahlén i Teori och praxis s. 356 ff. (s. 373 ff.).

⁴ Se särskilt Avtalsgrundande rättsfakta s. 65 ff. och Avtalslagen, 3 uppl. s. 62 f. Jfr även Vahlén a.a. s. 382 f.

⁵ Avtalsgrundande rättsfakta s. 74 f. (min kursivering).

klarhet i vad som sker när avtal ingås genom förhandlingar. Man kan särskilja åtminstone fem stadier, vilka i allt väsentligt står i ett visst tidsförhållande till varandra. Under det första stadiet av förhandlingar är parterna helt fria. De kan när som helst avbryta förhandlingarna utan att ange skäl därför. De är därmed också fria att avbryta förhandlingarna av vilka skäl som helst. Under nästa stadium, som inte alltid förekommer, har parternas förhandlingar nått dithän att en förpliktelse uppkommit för parterna att *agera lojalt*. Brott mot denna *lojalitetsplikt* – s.k. *culpa in contrahendo*⁶ – medför en skyldighet att ersätta motparten för de *merkostnader* denna har haft på grund av lojalitetsbrottet, det s.k. *negativa kontraktstintresset*. Ett påtagligt sådant lojalitetsbrott är att låta motparten sväva i förhoppningen att avtal kan komma till stånd, när man själv har bestämt sig för att så inte kommer att ske.⁷ I nästa stadium inträder *avtalsbundenhet*. En part har därmed inte längre rätt att ensidigt avbryta förhandlingarna – om de ännu inte är avslutade – utan måste fullfölja de åtaganden som följer av avtalet. När avtalet tiger, eller när en viss fråga inte är eller blir färdigförhandlad, får den lösas med tillämpning av dispositiva regler. Nästa tänkbara – men långtifrån alltid förekommande – stadium är det där parterna preciserar ännu inte avtalsreglerade frågor. Parterna inskränker härigenom den dispositiva rättens inflytande över avtalet. De påverkar däremot inte frågan om bundenhet till avtalet som sådant. Det stadium som borde komma sist, men som inte alltid gör det, är fullgörelsen av avtalet. Det förekommer att parterna inleder fullgörelsen innan avtalet är färdigt och ibland t.o.m. innan avtalet ens har slutits. Från en juridisk utgångspunkt är det naturligtvis inte ett särskilt lämpligt sätt att agera. Parter anser sig emellertid ibland vara av praktiska skäl förhindrade att ta särskilt långtgående juridiska hänsyn.

Ur avtalsrättslig synvinkel torde det vara av störst intresse vad som krävs för att gränsen mot det tredje stadiet skall överträdas och avtalsbundenhet inträda. Även utan särskilt avtal därvidlag, står det klart att bundenhet inte förutsätter att parterna är överens i varje detalj. Något annat skulle i viss utsträckning göra utfyllande lagbestämmelser överflödiga. Sådana bestämmelser har emellertid sin största betydelse i situationer där parterna är överens om förekomsten av ett avtal och det således är avtalets innehåll som skall fastställas. Deras betydelse för frågan om avtal har ingåtts är mindre.

⁶ Se härom bl.a. Simonsen, Prekontraktuellt ansvar, passim, och Kleineman i JT 1991-92 s. 125 ff.

⁷ Se t.ex. NJA 1990 s. 745 (*Vacuumpumpen*), art. 2:301 (3) Principles of European Contract Law (PECL) och art. 2.1.15 (3) Unidroit Principles.

3. Gränsen för bundenhet

Även om förhandlingsmodellen för avtals slutande svårligen kan pressas in i avtalslagens modell med anbud och accept, saknas det skäl att inte beakta sådana förställningar om vad avtal är som där kommer till uttryck. Inte minst gäller det 6 § om s.k. orena accepter. Av avtalslagens bestämmelser följer att avtal har ingåtts först när anbud och accept är helt överensstämmande.⁸ Av motiven till avtalslagen framgår emellertid att kravet på överensstämmelse endast avser villkor som påverkar avtalets innehåll: ”Erinras må dock, att för att en dylik bristande överensstämmelse skall anses föreligga, tillägget, inskränkningen eller förbehållet måste vara av materiell betydelse, så att därigenom det ifrågasatta avtalet till sitt innehåll förändras.”⁹ Av de exempel som anförs synes framgå att varje förändring av parternas inbördes förhållande *till nackdel för anbudsgivaren* skall anses innebära att accepten är oren, medan däremot dels förtydliganden, dels förändringar till fördel för anbudsgivaren inte skall anses utgöra orena accepter.¹⁰ Bland förtydligandena märks särskilt situationen att anbudstagaren lägger till något som ändå åligger anbudsgivaren enligt lag eller sedvänja.¹¹ Kravet att eventuella förändringar i accepten inte får vara av materiell betydelse skulle kunna uttryckas så, att de inte får förändra den riskfördelning mellan parterna som följer av anbudet, åtminstone inte till nackdel för anbudsgivaren.

Ett så långtgående krav på överensstämmelse innebär att åtskilliga av de avtal som dagligen ingås i näringslivet egentligen inte har ingåtts, eftersom det är tämligen vanligt att accepter innehåller hänvisningar till andra standardvillkor än dem som angivits i anbudet. Problemet – som brukar benämnas *the Battle of Forms* – skall inte behandlas särskilt här. Det kan emellertid konstateras att avtal i många fall anses ha ingåtts trots att parternas standardvillkor avviker från varandra. Detta torde inte minst bero på att diskrepansen mellan villkoren i dessa fall ofta upptäcks så sent att det vore alltför opraktiskt om avtal inte skulle anses föreligga.¹²

⁸ Jfr Grönfors, Avtalslagen s. 81.

⁹ Förslag till lag om avtal och andra rättshandlar på förmögenhetsrättens område, 1914 s. 49. Jfr Grönfors, Avtalslagen s. 81.

¹⁰ Se Förslag 1914 s. 49 f.

¹¹ Som exempel kan nämnas situationen att ett anbud om köp av lös egendom inte innehåller någon leveranstid och att accepten avviker från anbudet endast genom att precisera en sådan. Så länge en jämförelse av den i accepten angivna leveranstiden och den som följer av 9 § KöpL inte utfaller till nackdel för anbudsgivaren, skall accepten betraktas som ren.

¹² Jfr Ramberg/Ramberg s. 180.

Om ordningen om exakt överensstämmelse beträffande materiella villkor överförs till den här behandlade situationen, skulle ett avtal inte kunna ingås förrän alla de villkor som skall ingå i avtalet var färdigförhandlade. Det skulle då inte heller kunna finnas någon skillnad mellan stadierna tre och fyra – dvs. mellan uppkomsten av avtalsbundenhet och preciseringen av vissa avtalsvillkor – om inte parterna var överens om att ingå avtal på just det sättet. Däremot skulle parterna naturligtvis kunna binda sig utan att avtala om allt och således låta delar av sin relation regleras av dispositiv rätt.

Att avtal kan komma till stånd utan att parterna är överens om alla detaljer är å andra sidan en självklar följd av att parterna disponerar över avtals-situationen: Avtalet finns – med eller utan brister – när parterna är överens om att det finns. Bristerna får emellertid inte vara så allvarliga att avtalet inte kan fungera. Det är t.ex. svårt att tänka sig ett avtal utan objekt.¹³ Det avtalsrättsligt intressanta problemet är därför inte i första hand om bristfälliga avtal kan finnas, utan om avtal kan komma till stånd trots att parterna inte är överens om att vara bundna. Inte minst Grönfors modell med en stegvis låsning av förhandlingspositionerna talar för att sådan bundenhet kan uppkomma trots att parterna inte är överens om alla delar av avtalet. Som kommer att framgå är regeln i norsk rätt att avtal har ingåtts redan när parterna är överens om alla väsentliga avtalsvillkor. Även för dansk rätt synes detta vara fallet.¹⁴

4. Rättsfallet Rt. 1998 s. 946

I norsk rätt har uppfattningen sedan länge varit att avtal har ingåtts när parterna är överens om alla väsentliga avtalsvillkor¹⁵ eller, som det också har uttryckts, avtalets huvudpunkter.¹⁶ Referatet i Norsk retstidende innehåller inledningsvis två tvister, vilka är nära förbundna med varandra. Referatet från domstolarna behandlar dock endast den ena av dem.¹⁷ Referatet innehåller därtill partsväxlingar och namnbyten. Allt detta gör det svårt att följa händelseutvecklingen. I korthet hade – såvitt nu är i fråga – följande skett. Frode Hermansen AS ägdes av Frode Hermansen och Steinar Mikkelsen. Hermansen ville sälja sin andel i bolaget. En mäklare gavs i uppdrag att ”finne investorer som kan gå inn som partner i selskapet Frode Hermansen AS, aktiv eller passiv, på 50 %

¹³ Jfr definitionerna av avtal och anbud i art. 2:101, 2:103 och 2:201 PECL och art. 14 CISG.

¹⁴ Se t.ex. UfR 1989 s. 435 H.

¹⁵ Se Krüger, Norsk kontraktsrett s. 43 ff.

¹⁶ Se t.ex. Woxholth, Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning, 3 uppl. s. 144.

¹⁷ Se Rt 1998 s. 946 (s. 951, nederst).

basis". När avtal slutits med den sålunda anvisade köparen, skulle mäklaren erhålla provision med NOK 1 milj. Mäklaren förmedlade en intressent, Kristian Siem, med vilken Hermansen under ca ett halvår förde förhandlingar och vid åtminstone några tillfällen utväxlade avtalsutkast. Siem synes slutligt ha accepterat samtliga Hermansens krav och bokade därför möte hos sin advokat för underskrift av det slutliga avtalsdokumentet. Varken Hermansen eller Mikkelsen kom till mötet och de meddelade kort därefter att avtal slutits med en annan köpare. Mäklaren ansökte om stämning och yrkade ersättning med NOK 1 milj. Yrkandet grundades på att avtal slutits mellan Hermansen och Siem och att den avtalade förutsättningen för ersättning därmed var uppfylld.

Enligt Høyesterett hade avtal ingåtts mellan Hermansen och Siem i början av maj. Hermansens bundenhet var emellertid villkorad av att Mikkelsen godkände avtalen mellan sig och Siem, dvs. att bundenhet inträdde även för Mikkelsen. Avgörande för utgången i målet var därför om avtal slutits även mellan Siem och Mikkelsen. Det är också i denna del som de principiellt betydelsefulla frågorna behandlas.

Mikkelsen gjorde gällande att avtal inte hade ingåtts mellan honom och Siem eftersom parterna inte var överens om alla väsentliga avtalsvillkor, närmare bestämt 1) villkoren för överlåtelse av hans bostad, 2) bildandet av det holdingbolag genom vilket han och Siem skulle äga Frode Hermansen AS och hans önskan om en mer aktiv partner, 3) hans anställningsavtal, samt 4) Siems lånefinansiering av köpet och Mikkelsens risk i anledning härav.

Beträffande bostaden var parterna oense om hur betalning skulle ske. Enligt Siem skulle betalningen NOK 5 200 000 erläggas kontant vid under-tecknandet, medan Mikkelsen ansåg att priset skulle täckas av vederlaget för hans aktier i Frode Hermansen AS. Høyesterett ansåg att sättet för betalning inte påverkade frågan om bundenhet: "Oppgjørsformen etter at man er enige om vederlaget, kan i dette tilfelle ikke være et spørsmål av den karakter at partene ikke var bundet."¹⁸

De villkor i anställningsavtalet som Mikkelsen invände mot gällde dels provanställning i sex månader, dels att konkurrensklausulen var obegränsad i tiden. Enligt Siems advokat hade det kommit med i texten av misstag och skulle ha strukits om Mikkelsen hade påpekat misstaget. Beträffande konkurrensklausulen anmärkte Høyesterett med hänvisning till 38 § AvtL att eventuella oenigheter om varaktigheten "antakelig [kunne] ha vært løst". Høyesterett drog slutsatsen att "innsigelsen om prøvetid ikke kan tillegges

¹⁸ Jfr härtill Vahléns synbarligen motsatta uppfattning, a.a. s. 372.

vekt, og at en eventuell uenighet om omfang og varaktighet av en konkurransebegrensning i tilfelle Mikkelsen fratrådte som daglig leder, ikke er så vesentlig at Mikkelsen og Hermansen var ubundet”.

Beträffande invändningen att Mikkelsen ville ha en aktiv partner angav Mikkelsen att det undan för undan gått upp för honom att Siem endast skulle vara en passiv investerare och att han därför själv skulle vara ensam ägare som agerade i bolaget. Høyesterett konstaterade dels att LS&P hade fått i uppdrag att ”finne en investor som kan gå inn som partner i selskapet Frode Hermansen A.S, aktiv eller passiv på 50 % basis”, dels att Mikkelsen aldrig under förhandlingarna försökte ta reda på hur Siem hade tänkt agera som ägare. Mikkelsen fick därför själv stå risken för att hans outtalade förutsättning visade sig vara felaktig.

Invändningen beträffande länefinansieringen gick ut på att det nybildade holdingbolaget – som Mikkelsen skulle vara delägare i – skulle finansiera köpet av aktierna i Frode Hermansen AS med lånade pengar och att detta lån skulle amorteras med intäkterna i Frode Hermansen AS inom två och ett halvt år. Mikkelsen uppgav att det inte skulle vara möjligt med en sådan avbetalning och att han inte hade känt till formen för finansiering. Høyesterett anmärkte att Frode Hermansen AS enligt de handlingar som Mikkelsen hade lämnat den 26 maj hade gjort stora vinster. Även om det inte angavs i domen synes Høyesterett ha varit av uppfattningen att en amortering av lånet inom den angivna tiden borde vara möjlig. Mikkelsen deltog också i flera möten med olika banker. Kristian Siem AS gick i borgen för lånet om NOK 16 miljoner, men begränsade åtagandet till 8 miljoner. Samtidigt utställde Siem ett Letter of Comfort i vilket han ”personlig blant annet innesto for at holdingselskapet ville være i stand til å møte sine forpliktelser så lenge banken hadde kredittengasjement med selskapet”.¹⁹ Mot bakgrund av vad som förekommit under mötena mellan parterna och med banker under våren ansåg Høyesterett att det inte ”kan rettes vesentlige innvendinger mot Siems finansiering av aksjekjøpet”.

Høyesterett konstaterade därmed att alla väsentliga punkter i avtalet mellan Siem och Mikkelsen var avklarade före den 11 juni 1992. Trots att avtalen inte var undertecknade och trots att enighet inte förelåg i alla delar fanns således ett avtal mellan Siem och Mikkelsen. Villkoret i avtalet mellan Siem och

¹⁹ Man kan ifrågasätta värdet av ett Letter of Comfort som ställs ut samtidigt som en borgensförbindelse beträffande samma lån. Redan att man väljer att använda olika två olika former av vilka den ena definitivt är bindande, talar starkt för att den andra skall ha motsatt kvalitet och således sakna varje juridiskt värde.

Hermansen var därmed var uppfyllt och Hermansen således ”slutligt” bunden. Eftersom Hermansen därmed hade sålt sina aktier till Siem – eller någon annan som företrädde av Siem – hade LS&P rätt till provision.

5. Väsentlighetskravets innebörd

Valet att dra gränsen vid just *väsentliga avtalsvillkor* kan i princip ha gjorts på två skilda sätt: Medvetet eller omedvetet. I det senare fallet har den fortsatta diskussionen mindre betydelse, eftersom den då bara är ett försök att analysera en slump. Åtskillig juridisk analys bygger emellertid på antagandet att andra jurister har uttryckt sig på ett visst sätt med avsikt att sända ett visst budskap.²⁰ Den fortsatta diskussionen bygger därför på antagandet att Høyesterett har *valt* att dra gränsen vid väsentliga villkor och med avsikt valt att uttrycka gränsdragningen just så.

Att ett avtal har ingåtts när parterna är överens om samtliga väsentliga avtalsvillkor innebär att det finns anledning att på ett systematiskt sätt söka dra en gräns mellan dem och övriga villkor. Flera olika modeller kan tänkas för hur detta skulle ske. En sådan innebär att endast de villkor som är *nödvändiga* för att avtal skall finnas betraktas som väsentliga. En annan modell kunde vara att jämföra den ”färdiga mängden” villkor med den ”återstående mängden”. När den färdiga mängden utgjorde en viss procent av samtliga villkor skulle avtal vara slutet. Ytterligare en modell kunde vara att knyta an till det väsentlighetskrav som finns för hävning. En fjärde modell kunde vara att knyta an till översättningen från engelska till svenska och norska av gränsdragningen i art. 19 CISG mellan *material* och *immaterial* ändringar av villkoren i ett anbud. Jag skall i det följande något diskutera dessa fyra modeller.

5.1 Sufficient agreement

Den första tänkbara modellen innebär att ett avtal har ingåtts när parterna är överens om alla villkor som är *nödvändiga* för att ett avtal skall kunna finnas. Problemet med en sådan modell är att inte särskilt mycket är nödvändigt och att det därför skulle vara väldigt lätt att plötsligt överraskas av en bundenhet som man alls inte hade avsett. Enligt art. 2:101 PECL krävs det således för att

²⁰ Att så möjligen inte alltid är fallet har påpekats av Lindskog i JT 2001-02 s. 217 ff. Förhoppningsvis är dock det av Lindskog förmodade (?) motsatsslutet – liksom den kvantitativa bedömning som följer av det mest närliggande sättet att läsa Grönfors procentmodell – exempel på just sådana lapsusar.

ett avtal skall finnas att ”the parties intend to be legally bound and they reach a sufficient agreement without any further requirements”. Frågan om parternas avsikt att vara bundna är mer aktuell vid s.k. *letters of intent*,²¹ medan den inte ställs på sin spets på samma sätt vid här behandlade problem. Art. 2:103 PECL definierar ”sufficient agreement”:

”(1) There is sufficient agreement if the terms:

(a) have been sufficiently defined by the parties so that the contract can be enforced, or

(b) can be determined under these Principles.”

Det skulle enligt en sådan modell vara tillräckligt att avtalet kan upprätthållas av en domstol genom att en part kan förpliktas utföra sina avtalsenliga åligganden. Det är rimligtvis en alltför sträng regel för här behandlade problem. Syftet med definitionen av *sufficient agreement* är snarare att markera den lägsta tänkbara gränsen för när det är aktuellt och ändamålsenligt att benämna något ett avtal: Det måste finnas parter och det måste finnas åtminstone ett åtagande.

5.2 Procentmodellen

Det som här benämns procentmodellen utgörs av en jämförelse mellan mängden färdigförhandlade villkor och den tänkta totala mängden villkor. När de färdigförhandlade överstiger en viss procentdel av de totala skulle avtal anses ha ingåtts. När förhandlingar har nått så långt att bara 10–15 % återstår, är parter enligt Grönfors skyldiga ”att förhandla färdigt vad som återstår, om inte särskilda skäl skulle kunna anföras däremot”.²² Att parter är skyldiga att förhandla färdigt kan rimligtvis inte innebära något annat än att de redan är bundna till avtalet, eftersom den skada som uppkommer om de inte förhandlar *färdigt* innefattar den uteblivna vinst som skulle ha uppkommit om de förhandlade färdigt så att ett färdigt avtal ingicks.

Grönfors uppfattning har kritiserats av G. Calissendorff i dennes anmälan av boken *Avtalsgrundande rättsfakta*.²³ Calissendorff refererar bl.a. delar av en diskussion mellan bl.a. Hellner och Grönfors vid det Nordiska Juristmötet 1984, kring s.k. *letters of intent*. Även då beskrev Grönfors förhandlingsresultatet i procentuella termer, men i stället för tiotal var det fråga om att någon tiondel kunde återstå och avtal trots det kunde ha slutits.²⁴

²¹ Se härom Kihlman i *Festskrift till Karnell* s. 331 ff. med åtskilliga hänvisningar.

²² Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta* s. 75 f.

²³ JT 1993-94 s. 236 ff.

²⁴ Se *Forhandlingene ved Det 30. nordiske juristmøtet II* s. 454 f.

Den angivna procentsatsen skulle naturligtvis kunna vara ett annat sätt att uttrycka samma sak som uttrycks av Høyesterett i rättsfallet: Att alla väsentliga villkor måste vara klara. Det är då emellertid inte fråga om en kvantitativ bedömning – som ofta med fördel anges i procent – utan om en kvalitativ bedömning, vilken svårligen kan uttryckas på det sättet.

Om avtal skall anses vara slutet innan parterna är överens om samtliga villkor bör åtminstone krävas att de är överens om alla villkor av betydelse för avtalet. En kvantitativ bedömning är därför direkt olämplig.

5.3 Anknytning till hävning

En part har i allmänhet rätt att häva ett avtal om den har blivit utsatt för ett väsentligt avtalsbrott, medan den får nöja sig med mindre ingripande påföljder om avtalsbrottet inte är av denna kvalitet. Grundsatsen kommer till klart uttryck i bl.a. 25 och 39 §§ KöpL, men gäller i stor utsträckning även utanför dennas tillämpningsområde.²⁵ I 1905 års köplag uttrycktes kravet i stället så att kontraktsbrottet inte fick vara ringa.²⁶ Av motiven till köplagen framgår att avsikten var att minska möjligheterna att häva ett avtal.²⁷ I kommentaren till 1905 års köplag synes de båda begreppen dock ha använts som synonymer.²⁸

Hävningsrättens begränsning till väsentliga avtalsbrott innebär som huvudregel²⁹ att en drabbad part inte har hävningsrätt vid andra avtalsbrott. Orsaken till detta kan ytterst sökas i en avtalsrättslig princip innebärande att en part inte får använda mer våld än vad nöden kräver för att få rätt.³⁰ Väsentlighetskravet innebär att en part som rimligen kan få sina berättigade anspråk tillfredsställda med andra medel inte skall tillåtas häva ett avtal. En köpare som bör låta sig nöjas med avhjälpande eller prisavdrag – eventuellt kombinerat med skadestånd – skall i princip inte tillåtas häva ett avtal. Som hjälp vid en väsentlighetsprövning när t.ex. en vara är felaktig kan därför frågan ställas om köparen skulle ha ingått avtalet, men till ett lägre pris, om han vid avtalstillfället hade känt till felet. Om så är fallet, bör felet inte betraktas som väsentligt, utan köparen få nöja sig med avhjälpande eller ett prisavdrag.

En anknytning till väsentlighetsprövningen vid hävning skulle göras på

²⁵ Se Hellner/Hager/Persson, *Speciell avtalsrätt II*, 2 häftet, 4 uppl. s. 180 ff.

²⁶ Se t.ex. 21 och 42 §§ 1905 års köplag.

²⁷ Se prop. 1988/89:76 s. 39 ff.

²⁸ Se Almén/Eklund, *Om köp och byte av lös egendom*, 4 uppl. t.ex. s. 249 f.

²⁹ Se dock bl.a. 25 § 2 st. KöpL.

³⁰ Jag har i läroboken *Köprätten*, En introduktion, 4 uppl. (s. 83 f.) kallat den *principen om minsta möjliga negativa inverkan*.

följande sätt: Avtals har ingåtts när inga återstående villkor är av sådan betydelse att brott mot dem skulle kunna ge den förfördelade parten rätt att häva avtalet. Det saknas inte logik i ett sådant förhållningssätt. Avtalslutet blir en spegelbild av möjligheten att utan motpartens godkännande bringa avtalet att upphöra. Om ett brott mot någon kvarvarande bestämmelse inte skulle ge hävningsrätt, utan bara en rätt till mindre ingripande påföljder, är man så långt inne i avtalsrelationen att det kan framstå som olämpligt att man skulle ha rätt att ändra sig och vägra ingå avtal.

5.4 Anknytning till orena accepter

I den engelska originalversionen av CISG anges i bl.a. art. 49 att en part har rätt att häva avtalet om motparten begär ”a fundamental breach of contract”. I art. 19 – som behandlar orena accepter och som har sin närmaste motsvarighet i 6 § AvtL – anges att en anbudsgivare som mottagit en oren accept aldrig behöver svara om avvikelsen är ”material”, medan den däremot kan bli bunden till motpartens version om avvikelsen inte är ”material”. Man kan anta att valet att knyta hävningsrätten till a *fundamental* breach of contract, medan avgörandet när en anbudsgivare blir bunden genom att inte påtala för motparten att accepten avviker från anbudet i stället knutits till om avvikelsen är *material* speglar en avsikt från upphovsmännen att markera att det inte är fråga om identiska bedömningar: Det som är *fundamental* behöver inte vara *material* och vice versa. I de officiella översättningarna till svenska och norska har emellertid såväl *fundamental* som *material* översatts med ordet *väsentlig*.

Man kan därför möjligen tänka sig att anknytning skall göras till bedömningen enligt art. 19 CISG. Eftersom det i båda fallen är fråga om slutande av avtal saknas inte logik i en sådan regel. Art. 19 CISG exemplifierar i tredje stycket vad som skall förstås med a *material alteration*. De angivna exemplen lämnar emellertid inte stort utrymme för när en ändring skall betraktas som *immaterial*. Bestämmelsen innebär därför att det inte är särskilt ofta som en anbudsgivare riskerar att bli bunden till en oren accept. De ändringar som kan komma i fråga är knappast andra än rena bagateller.

De utestående frågor som Høyesterett behandlade är i åtminstone några delar avsevärt mer än bagateller. Om man gör tankeexperimentet att Siem lämnat ett anbud till Mikkelsen med viss reglering av de frågor Høyesterett prövade särskilt, varefter Mikkelsen accepterade anbudet, men gjorde påtagliga förändringar av de frågorna, är det tämligen uppenbart att en domstol – om den skulle tillämpa art. 19 CISG – inte skulle kunna komma till något annat

slut än att konstatera att avtal inte hade slutits. Det är därför inte troligt att Høyesterett haft för avsikt att knyta an till bedömningen enligt art. 19 CISG.

6. Avslutning

Faktum är att Høyesterett vid ett flertal tillfällen angivit att parter som förhandlar om ett avtal blir bundna när de är överens om alla väsentliga avtalsvillkor. Faktum är således också att parter enligt i vart fall norsk rätt riskerar att bli bundna trots att de inte har förhandlat färdigt. En nödvändig konsekvens av den norska regeln är – för i vart fall norskt vidkommande – att det är av intresse att söka ta ställning till vad Høyesterett avser med *väsentliga villkor* och skilja dem från övriga villkor. För oss övriga är det dels av intresse att ta ställning till om den norska regeln skall tillämpas även hos oss, dels, om så är – eller kan vara – fallet, hur de väsentliga villkoren skiljer sig från övriga.

Det är långt ifrån självklart att den norska regeln skall anses vara gällande rätt även i Sverige. Vid Avtalslagens 90-årskalas i Lund i december 2005, där frågan åtminstone berördes, ifrågasatte flera svenska jurister såväl det principiellt riktiga i den norska regeln som sådan, som dess giltighet utanför Norge. I väntan på ett svenskt avgörande finns det emellertid utrymme för en diskussion – som nog även bör vara av visst intresse i övriga berörda länder – om vad Høyesterett menar med ett väsentligt villkor. Av de ovan berörda alternativen skulle det första – kravet på *sufficient agreement* – innebära att man knappt kunde börja förhandla innan man skulle ha ingått avtal. Det kan därför inte vara en riktig tolkning. Procentmodellen framstår som så orimlig att även den kan förkastas. Det kan aldrig vara riktigt att låta en kvantitativ bedömning vara avgörande, utan bedömningen måste vara kvalitativ. Anknytningen till översättningen av art. 19 CISG har den påtagliga fördelen att art. 19 behandlar en mycket närliggande fråga. I båda fallen är det fråga om slutande av avtal när parternas viljeförklaringar inte är helt identiska. Det finns emellertid en påtaglig skillnad mellan den här aktuella situationen och den som behandlas i art. 19: Parterna har i en förhandlingsituation under en tid närmat sig varandra och tillsammans lagt åtskilliga ämnen bakom sig, medan en sådan ”gemensam historia” saknas när fråga endast är om en oren accept. Konsekvenserna för slutande av avtal i mer vanliga situationer skulle därtill vara alltför långtgående om Høyesteretts ordval skulle knytas till CISG:s bestämmelse om orena accepter. Det vore orimligt med en regel som innebar att Siem, efter att utan föregående förhandlingar ha lämnat ett anbud till Mikkelsen, för att undgå bundenhet till Mikkelsens orena accept skulle vara tvungen att meddela

Mikkelsen att han inte accepterade Mikkelsens ändringar. Det skulle på ett påtagligt sätt ändra förutsättningarna för slutande av avtal.

Den i mitt tycke rimligaste tolkningen av Høyesteretts domskäl knyter därför an till förutsättningarna för att häva ett avtal: I en förhandlingssituation blir man bunden till avtalet när brott mot de villkor som återstår att förhandla om inte skulle medföra hävningsrätt. Liksom vid anknytningen till art. 19 CISG finns i detta fall ett funktionellt samband mellan tolkningen och de bakomliggande bestämmelsernas funktion. Tolkningen stämmer dock bättre överens med funktionen: Inget av de villkor som återstod att förhandla om är sådant att ett brott mot det med nödvändighet skulle ge den förfördelade parten rätten att häva avtalet.