

STEFAN LINDSKOG*

Oskälighetsbegreppet i 36 § avtalslagen – synpunkter på en doktorsavhandling

1. INLEDNING

1.1 Människan är ett socialt djur. Det är hon inte ensam om. Många arter – inte bara bland däggdjuren – har som överlevnadsstrategi utvecklat levnadsformer som bygger på gemenskap i mindre eller större grupper.

I ett viktigt hänseende skiljer sig dock grunden för människans samlevnadsformer från andra djurarters. Således vilar de sociala strukturerna i andra djurarters samhällen främst på instinkten, dvs. en genetisk programmering efter darwinistiska lagar. Människan är naturligtvis också genetiskt programmerad efter dessa lagar, men för oss har det lett till en starkt utvecklad reflekterande förmåga. Denna egenskap får en synnerlig betydelse i våra samhällsbildningar; dessa präglas i hög grad av en *normbildning* som vi själv skapar och underkastar oss.¹

Hur vi legitimerar normgivningen växlar från tid till annan och från samhälle till samhälle. Det är förmodligen inte alldeles missvisande att påstå, att oberoende av hur normgivningen legitimeras syftar den – må vara mer eller mindre medvetet – till Det Goda Samhället. Så oberoende av om normgivningen vilar på religiös grund, följer av sedvana eller har tillkommit efter en lagstiftningsprocedur i modern demokratisk ordning. Däremot kan naturligtvis uppfattningarna om vad som är att betrakta som Det Goda Sam-

* Tidigare publicerad i JT nr 2 2005/06 s. 275.

1. En annan sak är att normbildningen i betydande utsträckning har utvecklat sig i en ordning som kan sägas utgöra ett slags social darwinism; normer (eller beteenden) som har befordrat vad som anses vara en god samhällsordning har s.a.s. trängt ut i det hänseendet underlägsna normer (eller beteenden).

hället skilja sig åt, inte bara till följd av skillnader i tid och rum utan också inom ramen för åsiktsmässigt tämligen homogena samhällen.

1.2 I den samhällsbildning som utgörs av staten Sverige råder en påtaglig samsyn beträffande normgivningen, såväl i termer av mål som med medel. Vi bekänner oss således till det demokratiska statskicket. I detta ligger att vi väljer en lagstiftande församling. Här möter dock en paradox, nämligen att lagstiftning skall ske under lagarna. Det hänger samman med att endast en rättsstat kan anses uppfylla kraven på en demokrati.

Den nämnda paradoxen är ett uttryck för den grundläggande konflikten mellan två hörnstenar i demokratin, nämligen den styrande (normgivande) folkviljan på den ena sidan och respekten för grundläggande fri- och rättigheter på den andra. Konflikten är problematisk, viktig och – inte minst – intressant.

Vad som här är av intresse är främst, att konflikten mellan folkvilja och grundläggande fri- och rättigheter visar att samhällets normgivning inte uteslutande kan motiveras med folkviljan; demokratin förutsätter jämväl en folkviljan utanförstående legitimeringsgrund.

Hur denna, den alternativa (eller folkviljan fristående) demokratiska legitimeringsgrunden för normgivningen, skall motiveras finns olika idéer om. Mycket grovt och än mer förenklat kan sägas att de två ytterlighetsriktningarna kan hänföras till religionen på ena kanten och (det förmenta) förnuftet på den andra.

1.3 När normgivningen får praktisk tillämpning i form av att en domstol har att döma i en viss fråga, är för domaren lagen den naturliga utgångspunkten. Ger denna ingen ledning tillämpas den rättsregel som följer av andra auktoritativa rättskällor, t.ex. prejudikat. Skulle varje form av auktoritativt (normativt) stöd för en regel i frågan saknas, måste likväl domaren döma, och har han därför i det läget att s.a.s. göra en regel. Hur en domare i den belägenheten skall förfara är – i åtminstone vissa hänseenden – en omstridd fråga. Enighet torde dock föreligga så långt, att domaren skall redogöra

för hur han har gått till väga sålunda att hans tankeoperation låter sig följas. Vidare måste argumenteringen vara rättsenlig, vilket bl.a. innebär ett krav på allmängiltighet sålunda att lika fall behandlas lika (att det kan diskuteras vad som är lika fall är en annan sak).

Ett väl utfört rättsligt resonemang, som är logiskt uppbyggt och transparent (vilket förutsätter en logisk struktur), hindrar inte att det kan innehålla värderingar som inte har någon självklar legitimitet. Tvärtom, en god rättslig analys klargör sådana värderingar och varför domaren anser att värderingarna i fråga bör vara bestämmande.

En värdering av nu ifrågavarande slag kan vara sådan att den har deducerats ur lagstiftningen och i den meningen ytterst hämtar sin legitimitet ur folkviljan. Så är det oftast. Men det behöver inte förhålla sig så. Då uppkommer frågan hur den värderande bedömning som domaren här måste göra skall gå till; vad ger värderingen dess legitimitet? Också i detta fall finns behov av en legitimeringsgrund.

2. NORLÉNS AVHANDLING. EN KORTFATTAD PRESENTATION

2.1 Andreas Norlén disputerade den 14 september 2004 på en avhandling betitlad Oskälighet och 36 § AvtL. Jag var fakultetsopponent och det följande bygger på de synpunkter som framfördes vid disputationen.

Avhandlingens fokus är, som framgår av titeln, oskälighetsbegreppet i det nämnda lagrummet. Närmare bestämt har Norlén tagit på sig uppgiften att söka ange vilka principer som bör vara styrande vid oskälighetsprövningen. Han gör detta med angivande av fyra utgångspunkter, därvid den mest centrala är tanken på en koppling mellan etik och juridik.

Norléns tes är, att lagstiftaren genom oskälighetsbegreppet i 36 § AvtL i betydande utsträckning har överlätit åt domstolarna att avgöra vad som är rätt och orätt. Domstolarna måste således göra etiska avvägningar. Därmed blir det, menar Norlén, legitimt att gå utanför de traditionella rättskällorna för att hämta argument också ur den normativa etiken.

2.2 Avhandlingen är indelad i sex kapitel. Det första rymmer vad som traditionellt brukar finnas i en avhandling och det andra ger en introduktion till 36 § AvtL. I kapitel tre, som har rubriken Att rättfärdiga juridiska ställningstaganden, läggs grunden för den fortsatta framställningen. Efter en redogörelse för värdeteoretiska begrepp och en polemiserande framställning över rättspositivismen och rättsrealismen konkluderar Norlén att det är båda möjligt och lämpligt att inom juridiken föra en vetenskaplig, värdebaserad argumentering och att detta inte minst gäller oskälighetsbegreppet i 36 § AvtL.

När det gäller utgångspunkten för det värdeetiska perspektiv som Norlén anser böra anläggas på oskälighetsbegreppet i 36 § AvtL utför Norlén en analys där han ställer pliktetik, dygdeetik och utilitarism mot varandra. Utilitarismen avfärdas kategoriskt. I valet mellan dygdeetik och pliktetik stannar Norlén för dygdeetik. Han konkretiserar sin syn genom att redogöra för betydelsefulla dygder för avtalsrelationen, nämligen rättvisa, ärlighet, pålitlighet, lojalitet och omsorgsfullhet.

I kapitel fyra, under rubriken Avtalsrättens dygder och principer, vidareutvecklas resonemangen genom att de identifierade avtalsrättsliga dygderna kopplas samman med vissa avtalsrättsliga principer. Dessa principer är viljeprincipen, tillitsprincipen, vigilansprincipen, ekvivalensprincipen, principen att avtal inte får strida mot lag eller goda seder² och lojalitetsprincipen.

I kapitel fem söker Norlén verifiera att de avtalsrelationens dygder och principer som han har identifierat låter sig förankras i förarbeten, praxis och doktrin rörande 36 § AvtL. Därefter avslutas avhandlingen med vissa tillämpningsresonemang. Det avslutande kapitlet inleds med att Norlén redovisar en modell för identifiering och redovisning av fakta i den konkreta tillämpningssituationen. Slutligen vidtar en analys av ett antal typfall.

² Nedan (se 4.6) föreslår jag att denna princip av bekvämlighetsskäl betecknas sedlighetsprincipen.

2.4 Även om avhandlingen är välskriven³ och väldisponerad är den inte i alla delar alldeles lätt att följa. För den som inte är insatt i vär-deteori kan till en början terminologin bjuda motstånd (även om det skall sägas att Norlén anstränger sig att hjälpa läsaren i det hänseendet). Fler underrubriker och andra framställningstekniska grepp för att framhäva den i och för sig oftast rediga tankelinjen hade hjälpt. Så ock ett bättre fokus på en koncentrerad framställning, varigenom vissa upprepningar hade kunnat undvikas.⁴ Ytterligare en aspekt på samma tema är att det hade underlättat för läsaren om författaren hade markerat att ett visst avsnitt ligger något vid sidan av huvudfåran för resonemangen genom att det satts i finstilt. Särskilt gäller detta när Norlén ger sig i kast med längre beskrivningar av, och i vissa fall polemik mot, vad andra författare har givit uttryck för.⁵ Argumenteringen i framställningen är uppbyggd stegvis. För att inte tappa läsaren på färden gör Norlén regelmässigt i ett nytt avsnitt en sammanfattning av vad som framgår av tidigare, i den mån så erfordras för förståelsen. Det är ett utmärkt grepp. Emellertid saknar jag en sista, praktiskt syftande, sammanfattning av författarens forskningsresultat. Det finns nämligen en betydande risk för att mycket av det som framhålls i avhandlingen går förlorat genom att det inte finns lätt och snabbt tillgängligt för ofta tidspressade praktiker (i förevarande sammanhang huvudsakligen domare). Men möjligen skall man se det så, att Norléns forskningsresultat gör bäst tjänst genom att ligga till grund för mer praktiskt inriktade framställningar av avtalsrätten.

³ Det skall dock sägas att det brister i redaktionellt hänseende. Att fotnoter placeras före kommatecken kan jag till nöds stå ut med. Men att de ibland placeras efter och ibland före, och dessutom ibland före punkt, är närmast outhärdligt. Den doktorand som till äventyrs läser denna recension uppmanas att vara konsekvent och följa etablerade skrivregler, t.ex. JTs skrivregler som finns fogade till detta häfte.

⁴ Vissa argument och synpunkter återkommer – visserligen i olika sammanhang – ett antal gånger i avhandlingen. Dessa upprepningar hade kunnat begränsas. Även i övrigt hade funnits utrymme att reducera textmassan utan menliga inverkingar på innehållet.

⁵ Andra författares uppfattningar har sitt värde främst beroende på argumenteringens tyngd i sig. Vad som efter min mening finns anledning och lyfta fram i löptexten är således argumenten (oavsett vem som står för dem). Källan (som givetvis skall redovisas) kan med fördel anges i en fotnot. Nu går emellertid Norlén så långt i motsatt riktning att han stundom ger sig in i omfattande tolkningsoperationer av vad någon annan författare har sagt.

3. BETYDELSEN AV RÄTTSEKONOMISKA RESONEMANG

3.1 Den normativa etikens betydelse för oskälighetsgreppet i 36 § AvtL hänger samman med Norléns uppfattning att rättsekonomiska argument har en i sammanhanget begränsad, om ens någon, relevans (se 4.1 nedan).⁶ För den uppfattningen står han inte utan stöd.⁷ När jag började läsa avhandlingen var jag av en annan åsikt. Det är jag fortfarande. Men Norléns argumentering har tvingat mig till eftertanke.

När jag i det följande skall närmare redogöra för Norléns resonemang i några hänseenden och i viss mån polemisera mot dem är – tillåter jag mig något förmätet att säga – min grundsyn inte utan intresse. För att min beskrivning och min – kanske i och för sig inte så tungt vägande – kritik skall kunna förstås och värderas rätt, är det således inte utan betydelse från vilket håll jag närmar mig frågorna. Det kan i sammanhanget också tilläggas, att eftersom all god vetenskap utvecklas kumulativt kan möjligen i någon mån nyttan av Norléns avhandling förstärkas genom mina diskussionsmässiga påbyggnader, om än marginella och begränsade.

I detta sammanhang finns anledning nämna att det finns två framställningar som närmar sig 36 § AvtL (resp. dess nordiska motsvarigheter) med rättsekonomiska förtecken, nämligen Trine-Lise Wilhelmsen TfR 1995 s. 1 ff. (cit. Wilhelmsen) och Eric M Runessons avhandling om Rekonstruktion av ofullständiga avtal (Stockholm 1996 (cit. Runesson)).⁸ Wilhelmsens framställning tar sikte på frågan huruvida 36 § AvtL är ekonomiskt effektiv, därvid tanken

⁶ I den begreppsvärld som Norlén rör sig i hör rättsekonomiska argument samman med konsekvensetiska teorier, vilket i princip torde svara mot det som jurister vardagligen kallar teleologi. Teleologin som metod kan dock förverkliga också deontologiska ideal (dvs. fungera värdeetiskt), nämligen beroende på vad för slags etik som ligger till grund för den lag som blir föremål för en teleologisk analys. Se s. 101 f.

⁷ Se s. 113 f. med hänv. till bl.a. förarbetena. – I ett seminarium om 36 § AvtL som leddes av Jan Hellner någon gång i slutet av 1970-talet ställde jag frågan till Hellner om inte rättsekonomiska argument kunde tillmätas jämkningsrelevans. Detta avfärdade Hellner kategoriskt.

⁸ Som framgår av undertiteln till Runessons avhandling handlar den dock främst om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader. – I sammanhanget kan också finnas anledning att nämna Wilhelmsson Standardavtal (2 uppl. 1995; cit. Wilhelmsson), som innehåller en intressant allmän rättsekonomisk perspektivering på avtalsrätten och en välstrukturerad analys av oskälighetsbegreppet i (den finska motsvarigheten till) 36 § AvtL.

är att bristande effektivitet ger skäl för en reform av regeln med praxis knuten till denna (se Wilhelmson s. 7 f.). Som jag uppfattat Wilhelmson utgår hon från uppfattningen att det avtalsrättsliga systemet syftar till att leda fram till ett från ekonomiska synpunkter perfekta avtalet.⁹ De rättsekonomiska synpunkter Norlén anlägger på frågan om det finns skäl att ingripa i rättsförhållandet är främst fokuserat till avtalsresultatet.¹⁰

3.2 Jag har redan inledningsvis (se 1.2 ovan) framhållit att vi i Sverige bekänner oss till demokratiidealet (innefattande rättsstaten). Vi bekänner oss också till marknadsekonomin. Tanken är att ett fritt utbud av varor och tjänster leder till effektivast möjliga utnyttjande av befintliga produktionsresurser och därmed till största möjliga värden, vilket befrämjar Det Goda Samhället. Motorn drivs av den enskildes vilja till vinning och välbefinnande.

Den ideologiska utgångspunkten att *marknadsekonomin är en del av vårt samhällsskick* återverkar naturligtvis på lagstiftningen. Denna marknadsideologi (i det följande talar jag om marknadsideologin) ger ett paradigm för vad som är god lagstiftning på områden där lagregleringen inverkar på utbudet av varor och tjänster.¹¹ Grundbulten i detta är den paradoxala principen om frihet att binda sig vid avtal.

⁹ Tanken är att det perfekta avtalet medför en effektiv resursfördelning, varför det (med ekonomiska utgångspunkter) inte bör jämkas. Som förutsättningar för det perfekta avtalet ställer Wilhelmson upp krav på individuell rationalitet (innebärande bl.a. förhandenvaron av alternativ) och fullständig information. – Det skall redan här framhållas att efter min uppfattning hör den perfekta marknaden och därmed det perfekta avtalet teorin till. Det marknadsideologiska synsättet kan inte sägas ha vidare ambitioner att åstadkomma bästa möjliga förutsättningar för en god marknad och därmed goda avtalsförhållanden. Se 3.3 nedan.

¹⁰ Som jag skall utveckla i det närmare nedan (se 3.5) är jag av den uppfattningen att det avtalsrättsliga systemet skall harmoniera med det marknadsekonomiska systemet (i själva verket är fundamentet för avtalsrätten den marknadsekonomiska ordningen). Med den utgångspunkten bör argument som är fotade i marknadsekonomiskt synsätt vara relevanta som jämkningsgrund endast beträffande brister i avtalsprocessen. Brister det däremot inte i avtalsprocessen är svårt att se att marknadsekonomiska skäl talar för ett ingrepp. Det hindrar emellertid inte att en från marknadsekonomiska utgångspunkter perfekt avtalsprocess kan leda till ett avtalsresultat som är imperfekt från samhällssociala utgångspunkter eller mindre ”gott” i ett värdeetiskt perspektiv.

¹¹ Norlén tycks dock mer eller mindre se bort från detta. I stället talar han om ”samhällets etiska fundament” (s. 135). Att det finns utrymme för etik i näringslivssammanhang är nog odiskutabelt. Men kan det verkligen talas om ett etiskt fundament?

Den sida av den nämnda principen som brukar framhållas är bundenheten (*pacta sunt servanda*). Att marknadens aktörer är fria att bestämma om avtal skall ingås och i så fall när, med vem och med vilket innehåll är dock lika (om inte mer) central. Paradoxen ligger däri, att friheten skapar bundenhet (den som har ingått ett bindande avtal är ju bunden därav, bl.a. så till vida att han kan vara förhindrad att ingå avtal med annan).

3.3 Emellertid: Marknadsideologin vilar på den marknadsekonomiska teorin. Och enligt den teorin fungerar marknadsekonomin optimalt endast under vissa förutsättningar. En är att aktörerna är informerade och rationella. En annan är att fri (eller perfekt) konkurrens finns.¹²

I praktiken är naturligtvis de perfekta marknadsförutsättningarna omöjliga att uppnå. Det hindrar inte att ju bättre marknadsförutsättningar, desto bättre resultat. Det kan finnas anledning att tala om att ett visst ingrepp med avseende på marknadsförutsättningarna har Pareto-förbättrande effekt.

Nu nämnda förutsättningar är viktiga därför att de ger en viss förklaring till (eller i varje fall ett visst försvar för) lagstiftarens bemödanden i vissa hänseende.¹³ Således syftar en stor del av den marknadsrättsliga lagstiftningen till att skapa bästa möjliga – eller i allt fall likformig – information på marknaden. Vad gäller förutsättningen att fri konkurrens skall råda räcker det med att hänvisa till den konkurrensrättsliga lagstiftningen.

Här ytterligare en liten paradox. Samtidigt som den marknadsekonomiska modellen under givna förutsättningar momentant leder till en ekonomisk optimalitet tenderar den i det dynamiska perspektivet att motverka denna optimalitet, nämligen genom att

¹² Det noteras av Norlén s. 110 f. med hänv. till främst Wilhelmssen.

¹³ I vilken utsträckning marknadsideologin har påverkat lagstiftaren rent konkret låter sig i och för sig sättas i fråga. Många centrala civilrättsliga principer har etablerats innan det kan antas att någon föreställning om det paradigm som jag kallar för marknadsideologi fanns. Emellertid har naturligtvis med tiden skett ett slags växelverkan mellan hur lagreglerna har utvecklats och hur marknaden har fungerat (man kan tala om ekonomisk darwinism, jfr not 1 ovan). Och så småningom har också lagstiftaren tillägnat sig det marknadsideologiska paradigmets, även om det kanske märks tydligare vid lagstiftningen på vissa områden än på andra.

allt större produktionsenheter begränsar konkurrensen (till följd av bl.a. sjunkande marginalkostnader). Det kan litet drastiskt uttryckas så att en marknadsekonomi regelmässigt rymmer fröet till sin egen undergång (jfr den marxistiska determinismen). Detta motverkas genom ingrepp i marknaden. Paradoxen ligger däri, att trots att utgångspunkten är att marknaden skall vara fri kan den inte vara fri, eftersom den då riskerar att åtminstone i vissa delar kollapsa. Fri konkurrens förutsätter reglering!

3.4 Fastmer: Även om den marknadsekonomiska modellen (under givna förutsättningar, se 3.3 ovan) leder till ett optimalt ekonomiskt resultat behöver dess effekter inte vara samhälleligt godtagbara. Det mest tydliga uttrycket för detta är att den marknadsekonomiska modellen är indifferent för sociala hänsyn.¹⁴ Modellen är också okänslig för frånvarande intressenternas preferenser.¹⁵

Samtidigt som lagstiftaren agerar för att understödja den marknadsekonomiska modellen och därmed förbättra dess funktionalitet ingriper därför lagstiftaren i korrigerande riktning. Ett viktigt ingrepp är arbetsskyddslagftningen. Ett annat är konsumentlagstiftningen. De lagtekniska metoderna för sådana ingrepp varierar.¹⁶

Det från principiella synpunkter viktigaste ingreppet gäller dock resultatfördelningen; genom statlig intervention omfördelas i betydande grad vad den marknadsekonomiska modellen förmår att generera. Det centrala omfördelningsmedlet är naturligtvis skatterna.

Ett problem med omfördelningen är att den stör marknadens funktionalitet. Störningen kan emellertid vara större eller mindre,

¹⁴ Visserligen brukar sägas, att under perfekta marknadsförutsättningar sker allokeringen av skapad nytta helt i linje med aktörernas preferenser varför den också i social mening måste anses vara optimal. Det synsättet kan dock sättas i fråga. Men viktigare: Marknadsförutsättningarna är aldrig perfekta, varför synsättet, även om det skulle vara teoretiskt riktigt, saknar praktisk relevans.

¹⁵ Det gäller så väl i det statiska perspektivet (olika tredje mäns intressen) som i det dynamiska (där inte minst viktigt är framtida generationers intressen). Jfr Lindskog JT 2002–03 s. 71 not 12.

¹⁶ Ingreppen kan således ske inom det aktuella systemet, främst genom tvingande detaljregler i lagar för olika typavtal. Den korrigerande som kan ske med stöd av 36 § AvtL kan betraktas som ingrepp i denna mening. Men ingreppen kan också vara att hänföra till straffrättslig och näringsrättslig reglering. Jfr Wilhelmsson s. 17.

och lagstiftaren eftersträvar därför naturligen omfördelningsmekanismer som är så litet störande som möjligt.

3.5 När det gäller jämkning av avtal kan man, som jag ser det, inte isolera den frågan från de överväganden som gör sig gällande för avtalsrätten i övrigt (och enkannerligen stora delar av civilrätten). De principer som styr jämkningsfrågor bör således ligga i linje med de principer som är bestämmande för när ett avtal skall anses ha ingåtts, när det skall anses vara ogiltigt, hur det är att tolka etc. Och allt detta måste relateras till den marknadsideologi, som ytterst är (eller bör vara) bestämmande för lagstiftningens inriktning.

Marknadsideologin föranleder emellertid till följd av de förhållanden som framhålls i 3.3 och 3.5 ovan beaktanden av två helt olika slag.

Till en början handlar det om beaktanden som syftar till att *befrämja marknadens funktionalitet*. Det är här frågan om ett ingrepp på grund av *brister i avtalsprocessen*.¹⁷ Det kan handla om regler eller principer som syftar till att aktörerna skall vara informerade och rationella.¹⁸

Här stöter man dock på ett problem som består däri, att jämkning enligt 36 § AvtL tar sikte på avtalsvillkor och således resultatet av avtalsprocessen, inte avtalsprocessen som sådan. Som jag ser det kan emellertid ett avtalsvillkor vara oskäligt, inte bara beroende på förhållanden som är knutna till villkoret som sådant (t.ex. en ekviva-

¹⁷ Det finns i sammanhanget anledning att påpeka den viktiga skillnaden mellan att argumentera med utgångspunkt i avtalsprocessen resp. avtalsresultatet. Marknadsideologin ger anledning att argumentera endast med utgångspunkt i processen. Fördelningen av resultatet är från marknadsideologiska synpunkter i princip ointressant (en annan sak är att i en fungerande marknad fördelas resultatet efter aktörernas preferenser, varför den perfekta marknaden i teorin också leder till den perfekta resultatallokeringen, se not 14 ovan). Om rättsekonomiska argument används för att angripa resultatet av ett avtal är det således med mitt synsätt något bakvänt. Skulle en sådan argumentering drivas in absurdum skulle det ju ytterst leda till att samhället borde omfördela resurserna efter var de gjorde bäst nytta (vad man nu menar med nytta i förevarande sammanhang)! Jfr Lindskog Kvittning (2 uppl. 1993) § 3:3.5. Att så i viss mån sker genom regler om expropriation och regler som ger expropriationsliknande lösningsrätter, t.ex. tvångsinlösen av aktier, är en annan sak.

¹⁸ Norlén (s. 114) anför med visst fog att ordalagen i 36 § AvtL inte ger anledning till antagande att jämkning skulle kunna ske för att "skydda allmänna samhällsekonomiska intressen". Det är nog i och för sig riktigt. Men även i ett partsperspektiv har marknadsideologin betydelse. Part kan ju sägas ha ett berättigat krav på att han skall kunna ingå sitt avtal på en fungerande marknad, och att om det brister i de förutsättningar som med det marknadsideologiska synsättet bör gälla är det ett argument för jämkning.

lensbrist) utan också till följd av de omständigheter som har föranlett villkoret i fråga.¹⁹

Den andra kategorin har en *korrigering*. Det finns situationer där i och för sig ingen invändning kan göras mot marknadens funktionalitet, men där särskilda värderingar föranleder att vad marknaden resulterar i inte anses böra godtas. Vad det här handlar om är brister i avtalsresultatet.

Jämkning kan således ske med i förhållande till den grundläggande marknadsideologin *två inriktningar, nämligen marknadsfrämjande resp. marknadskorrigerande*.

4. DEN FÖRESLAGNA METODOLOGIN

4.1 Norlén utgår från att oskälighetsbegreppet i 36 § AvtL kan och bör ges ett normativt innehåll genom en tillämpning som bygger på ett genomtänkt metodologiskt förhållningssätt. Det centrala är därvid att det normativa innehållet enligt Norlén på vetenskaplig grund låter sig bestämmas med värdeetiska utgångspunkter. Mindre vikt fäster han vid konsekvensetiska synpunkter, vilket – som redan framhållits (se 3.1 ovan) – för med sig att rättsekonomiska aspekter tillmätts begränsad, om ens någon betydelse.

Norlén har således en tämligen återhållsam syn på rättsekonomiska aspekter generellt och så i än högre grad när det gäller 36 § AvtL, se s. 113 f. Samtidigt säger han sig inte plädера för att dygdeperspektivet är det enda sättet att förhålla sig till oskälighetsbegreppet i 36 § AvtL (s. 157 f.). Han framhåller också att dygdeetiken inte står i motsättning till ”strävan efter ekonomisk effektivitet” (s. 211). – Att Norlén ägnat den rättsekonomiska litteraturen mindre uppmärksamhet kommer till uttryck i det, att han genomgående hänvisar till sekundära källor.²⁰ Jag får uppfattningen att Norlén helt enkelt har valt bort att fördjupa sig i den rättsekonomiska teoribildningen så

¹⁹ En ”oskälighets” avtalsprocess kan således ha lett fram till ett för den drabbade parten ogynnsamt villkor. Jämkningsgrunden hänför sig då till brister i avtalsprocessen medan jämningsföremålet likväl är villkoret.

²⁰ När det gäller svensk litteratur om rättsekonomi noterar jag f.ö. att Norlén synes ha förbisett Domeijs intressanta artikel om omsättningsintresset i Festskrift till Ulf Bernitz (2001, JT-utgåvan) s. 5 ff.

som hade varit nödvändigt, för att hans värdeetiska resonemang på ett alldeles övertygande sätt skulle ha kunnat ställas mot möjliga rättsekonomiska synsätt.

Redan i detta sammanhang kan det förtjäna att påpekas, att Norlén synes – närmast som ett axiom – utgå från att en analys av oskälighetsbegreppet i 36 § AvtL bör ta sikte på främst avtalsresultatet, medan den process som leder fram till avtalet ges en underordnad betydelse.

4.2 För att den av Norlén förordade värdeetiska metoden skall kunna användas för att i konkreta tillämpningsfrågor ge oskälighetsbegreppet i 36 § AvtL ett meningsfullt innehåll, måste argumenteringen föras på ett strukturerat sätt. Eljest kommer den att brista i transparens.

Vad som först möter i den konkreta tillämpningssituationen är naturligtvis de enskilda sakomständigheterna. Norlén föreslår här att man bör ta sin utgångspunkt i en modifierad variant av Reacher's omständighetslista.²¹ Den har följande innehåll:

1. Handlande (Vem gjorde det?)
2. Handlingstyp (Vad gjorde han?)
3. Handlingssätt (Hur gjorde han?)
 - a) Handlingssätt (På vilket sätt gjorde han det?)
 - b) Hjälpmedel (Med vilka hjälpmedel gjorde han det?)
4. Handlingens omgivning (I vilket sammanhang gjorde han det?)
 - a) Tidsaspekten (När gjorde han det?)
 - b) Rumsaspekt (Var gjorde han det?)
 - c) Omständighetsaspekt (Under vilka omständigheter gjorde han det?)

²¹ Frågan om ett metodologiskt hanterande av sakomständigheter behandlas ingående i avsnitt 6.2 (s. 268 ff.). – Det bör understrykas att det analysredskap som Norlén introducerar med sin omständighetslista endast syftar till en strukturerad deskription av faktiska förhållanden. Denna deskription skall därefter ligga till grund för de rättsliga värderingarna.

5. Handlingens rationalitet (Varför gjorde han det?)
 - a) Kausalitet (Vad förorsakade att han gjorde det?)
 - b) Syfte (Med vilket syfte gjorde han det?)
 - c) Intentionalitet (I vilken sinnesstämning gjorde han det?)

Denna, vad Norlén kallar omständighetslista, är efter min uppfattning i princip ett bra hjälpmedel. Och värdet är inte begränsat till den konkreta tillämpningen av oskälighetsbegreppet i 36 § AvtL; en välstrukturerad omständighetslista har för judiciella avgöranden ett närmast universellt berättigande.

Som alla andra hjälpmedel är dock värdet beroende på hur listan används. En alldeles så heltäckande inventering av omständigheter strukturerade på visst sätt blir meningslös, om den inte på rätt sätt läggs till grund för den fortsatta normativa bedömningen.²² Således fungerar listan endast om rättstillämparen för varje omständighetskategori ställer sig frågan: Finns bland denna typ av omständigheter något av betydelse för den normativa bedömning som nu skall göras? Ofta kan svaret vara så självklart, att det är väl försvarbart att inte ens beröra den ifrågasvarande omständighetskategorin.

Hur förhåller sig då den av Norlén förordade omständighetslistan till de omständighetsgrupper som nämns i 36 § AvtL? Där talas ju om avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt.

²² I själva verket skall en omständighetslista av ifrågasvarande slag för att fungera bra vara i betydande mån anpassad till den fråga som skall bedömas. Därvid märks att Reacher's omständighetslista – som utgör utgångspunkten för Norléns – tar sikte på en moralisk bedömning av ett faktiskt handlande. I det aktuella fallet handlar det inte om bedömning av ett faktiskt handlande utan om ett avtalsvillkor. Vidare är i typfallet inte fråga om en persons handlande, utan är fråga om ett ömsesidigt rättshandlande (eller, kanske mer riktigt, resultatet av det rättshandlandet, nämligen det angripna villkoret). Särskilt viktigt för jämkningssituationen är att notera, att jämkning innebär en intresseavvägning där båda parterns intressen måste vägas. För att återspegla detta borde i princip omständighetslistan ha två sidor precis som jämkningssituationen (innebärande bl.a. att schemat borde ha inrymt inte endast en person utan två). Dessutom utgör (det ojämkade) avtalsinnehållet en fakticitet (och då inte minst avtalsbalansen), som borde ha tagits upp i omständighetslistan. Den omständighetslista som Norlén redovisar passar nog bättre för ensidiga handlingar, typiskt sett för skadegörande dispositioner. Men även i frågan huruvida en avtalsrättshandling ingåtts låter sig omständigheterna väl beskrivas av listan. Att nu listan kanske inte är fulländad vad gäller den bedömning som skall göras enligt 36 § AvtL hindrar inte att en utvecklad och anpassad omständighetslista skulle kunna vara ett utmärkt hjälpmedel också vid bedömningen enligt 36 § AvtL.

Jag har alltid haft uppfattningen – och den har jag fortfarande – att huvudsyftet med denna lagstiftarens uppräkningslista är att klargöra, att a priori är inga typomständigheter uteslutna vid bedömningen enligt 36 § AvtL. Det viktigaste är därvid att förhållanden som har inträffat efter avtalets ingående kan ha betydelse. Möjligen kan lagstiftaren också haft ett visst pedagogiskt syfte med angivandet av omständighetsgrupperna,²³ men det syftet tillgodoses i så fall långt mycket bättre genom en mer strukturerad omständighetslista av den typ som Norlén förordar. Jag vill således förmena att domstolarna i framtiden bör gruppera omständigheterna, inte efter de av lagstiftaren angivna omständighetsgrupperna utan efter en lista av sådant slag som Norlén förordar.²⁴

4.2 Beträffande den normativa och därmed centrala delen i den av Norlén föreslagna metoden har jag, som redan framhållits, så till vida en från Norlén avvikande uppfattning, som att jag menar att konsekvensetiska argument inte bör lämnas utanför bedömningen.²⁵ Jämkningsregeln i 36 § AvtL är endast en del i ett sammanhållet regelsystem som vilar på marknadsideologin.²⁶ Man kan helt enkelt inte utan risk för allvarlig systeminkonsistens isolera en viss regel (eller en grupp av regler) i ett regelsystem och låta den regeln (eller

²³ Eljest hade ju lagstiftaren mer rakt på sak kunnat skriva, att vid bedömningen får beaktas jämväl omständigheter som inträffat efter avtalets ingående.

²⁴ Norlén syns dock inte vara av uppfattningen att hans omständighetslista ersätter lagstiftarens omständighetsgruppering.

²⁵ Ibland tycker jag nog att Norlén avfärdar värdet av konsekvensetiska argument väl lättsinnigt (jfr 4.6 in fine nedan). Som exempel kan tjäna Norléns diskussion om i vad mån samhällsnytta, med utilitaristiska förtecken, kan tjäna som vägvisare i ett lagstiftningsärende (s. 106). Han ifrågasätter värdet härav med argumentet att det är tveksamt om "samhällsnyttan är en mätbar storlek". Men om man nu tar sats i marknadsideologin, bör det efter min uppfattning ofta räcka långt med att relatera den tilltänkta lagstiftningen till denna. Åtminstone så när det gäller lagstiftningens övergripande inriktning (dvs. vid överväganden på makronivå). Och de enskilda lagreglerna är ofta på en sådan detaljnivå (eller mikronivå), att deras effekter och därmed "samhällsnytta" låter sig i hög grad bedömas rent förnuftsmässigt. Detta vänder sig visserligen Norlén mot (se s. 108), men om varje nytta måste i empirisk mening bevisas för att vara ett godtagbart argument för en lagregel har man gjort det bästa till det möjligas fiende. Och kommer man verkligen längre med argument som tar sikte på om regeln i etisk mening är god eller ond (eller dålig)?

²⁶ Med den utgångspunkten är det för mig främmande när Norlén vid en diskussion om värdeetiska argument kopplade till avtalsrätten använder sig av straffrättsliga exempel (som avsiktens betydelse vad gäller skillnaden mellan dråp och mord, se s. 106 f.). Men med en renodlat deontologisk utgångspunkt ställer det sig dock måhända annorlunda.

de regler som ingår i gruppen) få sitt innehåll med utgångspunkt i andra värderingar än regelsystemet i dess helhet.

Emellertid: Det sagda innebär inte att jag menar att de konsekvensetiska (på marknadsideologin baserade) argumenten tränger ut det dygdeetiska resonemang som Norlén förordar. Tvärtom: Som jag redan har påtalat föranleder marknadsideologin lagstiftaren att agera på två diametralt olika sätt, nämligen dels genom understödande lagstiftning (modellen skall förbättras), dels korrigerande lagstiftning (icke önskvärda effekter av modellen söks eliminerade).²⁷ Varför skulle det inte förhålla sig på samma sätt vid en tillämpning av 36 § AvtL?

En fråga som här skall beröras endast parentetiskt (närmast därför att den inte har så stor betydelse för det som är huvudfrågan i Norléns avhandling, nämligen betydelsen av värdeetiska argument) är, huruvida domstolen skall eftersträva en norminriktad (typiserad) bedömning eller utföra individualiserad intresseavvägning. Norléns utgångspunkt är att eftersom syftet med rättstillämpningen skall vara att uppnå materiellt lämpliga resultatet i det enskilda fallet, bör fråga bli om en individualiserad bedömning (se s. 267). Det är emellertid inte självklart. En normenlig tillämpning (dvs. en tillämpning som går ut på att utföra bedömningen så, att vad som har varit avgörande låter sig generaliseras till en norm) har uppenbarligen processekonomiska fördelar och underlättar att lika fall bedöms lika. Det måste också sägas att praxis ger ett visst stöd för att bedömningen skall ske normenligt, även om den är splittrad.²⁸

4.3 Norlén noterar att inte sällan motiveras ett ingrepp i avtalsförhållandet med processuella brister (i praktiken främst onöjaktigheter i samband med avtalets tillkomst). Själv förordar dock Norlén att

²⁷ Stundom diskuteras om inte ingreppen i korrigerande riktning på avtalsrättens område gått så långt det finns anledning att tala om ett paradigmskifte. Enligt min åsikt utgör dock marknadsideologin en så bastant grundval för avtalsrätten att ett sådant skifte står långt borta. Och väl är det.

²⁸ Det främsta stödet för att praxis skall utvecklas i riktning mot en normenlig prövning är att det förhållandet att en av parterna har varit en konsument har tillmätts betydelse i sig. Domstolarna har således regelmässigt inte inlåtit sig i en närmare prövning av den enskilda konsumentens individuella förutsättningar att ta till vara sina intressen i avtalsituationen.

argumenteringen skall ta sikte på den materiella rättvisan. Som jag ser det handlar det dock om två olika frågor. Således menar jag att först bör prövas om det finns några marknadsfrämjande argument för jämkning.²⁹ Som ett andra steg prövas om det finns några marknadskorrigerande faktorer.³⁰

Även om Norlén observerar skillnaden mellan brister i avtalsprocessen och materiella onöjaktigheter har han i hög grad det senare perspektivet, när han i avsnitt 3.5.5.4 (s. 113 ff.) analyserar rättsekonomiska arguments relevans för oskälighetsbedömningen. Diskussionen tar således i stort sett uteslutande sikte på vad avtalet resulterar i. Som redan framhållits intar Norlén en kritisk hållning till betydelsen av rättsekonomiska argument.³¹ Från marknadsideologisk utgångspunkt är emellertid resultatet mindre intressant; det avgörande är att avtalsprocessen anses marknadsekonomiskt godtagbar (jfr 3.5 ovan). Vad Norlén anför är därför inte någon bärande kritik mot den marknadsideologiskt färgade utgångspunkten för en tillämpning av 36 § AvtL som jag förordar. – I sammanhanget kan tillfogas följande. Även när Norlén anlägger sitt värdeetiska perspektiv på oskälighetsprövningen enligt 36 § AvtL är han främst fokuserad vid avtalsresultatet (jfr 4.1 ovan). Det förhållandet att han intresserar sig mindre för processen är möjligen en förklaring till att han också intresserar sig mindre för i vad mån en motfaktor till jämkning kan vara parts efterföljande förhållningssätt med avseende på en påstådd oskälighet. Ett exempel är att en part till följd av med ett skiljeförfarande förenade kostnader påstår att en skiljeklausul är oskälig, därvid motparten tar på sig att svara för dessa kostnader oberoende av utgången. Ett

²⁹ Med marknadsfrämjande argument förstår jag då argument som understöder den marknadsekonomiska modell som lagstiftningen utgår från.

³⁰ Med marknadskorrigerande faktorer förstår jag då argument som tar sikte på att korrigera effekterna av marknadsekonomi. – Det kan inte uteslutas att jämkningsgrund finns i båda hänseendena, även om detta naturligtvis inte kan antas vara någon praktisk situation. – Wilhelmson (s. 217) konstaterar att av ett stort antal nordiska rättsfall (228 st.) står merparten (181 st.) i samklang med marknadsideologin (eller, med Wilhelmssons terminologi, med rättsekonomiska bevekelsegrunder). Återstoden förefaller Wilhelmson svårförklarliga. Jag kan emellertid väl tänka mig att en del av dessa på ett fullt rimligt sätt har motiverats med marknadskorrigerande argument.

³¹ Han gör dock den mycket begränsade reservationen att om det finns två möjliga lösningar som är likvärda med endast den skillnaden, att den ena skapar ett samhälleligt mervärde, skulle den väljas (se s. 115).

sådant agerande bör inverka på oskälighetsbedömningen (jfr NJA 1993 s. 43). Om Norlén hade fäst större fokus vid avtalsprocessen hade det förmodligen också lett till att han uppmärksammat betydelsen av parternas förhållningssätt i fråga om möjligheten till omförhandling. Särskilt när en spänning uppstår i ett varaktigt avtalsförhållande, bör möjligheten till omförhandling vara den närmast till hands liggande ventilen för spänningsupplösning. Det bör också inverka på oskälighetsprövningen.

Jag vill således för min del förorda ett – måhända inte alldeles obetydligt – tillägg till Norléns analysmodell, nämligen så till vida att på den normativa sidan provas först om jämkningsgrund föreligger med konsekvensetiska resonemang (enkannerligen med ett marknadsideologiskt paradigm), därefter om jämkningsgrund föreligger med värdeetiska resonemang. Det synsättet skall närmare utvecklas i samband med typfallsdiskussionerna i avsnitt 5 nedan.

4.4 När det gäller de dygdeetiska resonemang Norlén menar bör föras för att pröva om jämkningsgrund föreligger kan i detta sammanhang tillfogas följande. Norlén utgår alltså från att värdeomdömen kan bli föremål för vetenskaplig diskussion. Härtill vill jag för egen del säga att för en rättsvetenskapare handlar det inte om huruvida så är fallet; värdeomdömen måste med nödvändighet kunna bli föremål för en rättsvetenskaplig diskussion alldeles oberoende av hur vetenskapsbegreppet definieras inom andra vetenskaper. Det av två skäl.

För det första bygger varje rättsregel på en eller flera värderingar. Dessa värderingar kan ha sådan grund att de i emperivetenskaplig mening kan slås fast. Men så behöver inte vara fallet. Likväl måste en domare när han dömer göra en värdering (se 1.3 ovan). Det måste också en rättsvetenskapsman göra, om han vill uttala en uppfattning om vilken regel som bör gälla.³² Om nu inte rättsvetenskapen förmår att skapa goda modeller för en domares värdeselektion leder det kort sagt till ett hot mot rättssäkerheten. Hotet består inte främst i

³² En rättsvetenskapsman befinner sig dock i den situationen att han kan avstå från att göra värderingen. Så t.ex. Rodhe, se JT 1996–97 s. 1 ff.

dåliga lösningar (rättsregler) i de konkreta fallen, utan i att värderingarna inte tydliggörs. Det riktigt allvarliga är att vi riskerar att få rättsliga resonemang, som att i stället för att lyfta fram de verkliga värderingarna döljer dem.³³ Det leder i förlängningen till dålig rätts-systematik, bristande likhet inför lagen och försvagat förtroende för rättsväsendet.

För det andra förutsätter rättsstaten vissa rättsprinciper som är oberoende av folkviljan (se 1.2 ovan). Dessa rättsprinciper måste med nödvändighet legitimeras på annan grund än att de har bekräftats i statskonstitutionell ordning.³⁴ Sådana värderingar måste på något metodologiskt konsekvent och transparent sätt kunna diskuteras och fastställas. Det är efter min uppfattning rättsvetenskapens uppgift att biträda domstolarna med det. Om uppgiften inte skulle anses omfattad av vetenskapsbegreppet med det innehåll det begreppet har, förändrar det inte situationen. För att parafrasera på ett slitet uttryck: A lawyer has to do what a lawyer has to do.

Det sagda innebär sammantaget att varken rättsvetenskapare eller jurister i övrigt behöver be om ursäkt för att arbetsunderlaget kan utgöras av ”rena” värderingar och inte fakta i empirivetenskaplig mening. Tvärtom ligger det en stor fara i att rygga för att det faktiskt förhåller sig så. I stället bör förhållandet lyftas fram, möjliga värderingsgrunder tydliggöras och diskuteras. Särskilt viktigt därvid är att så sker med ett konsekvent metodologiskt förhållningssätt. Detta är vad Norlén framhåller vad gäller oskälighetsbegreppet i 36 § AvtL.

4.5 Ett problem när man försöker ”vetenskapsgöra” eller ”vetenskapsrättfärdiga” det förhållandet att juridiken kan bygga på värderingar som inte kan verifieras på empirisk grund är, att resonemangen ofta tenderar att bli allt för teoretiska för den oinvidde, särskilt när det gäller terminologin. Hur många jurister vet vad epistemologi eller värdedeontologi är? Norléns avhandling belastas med det problemet, om än inte allt för allvarligt. Det är dock efter min upp-

³³ Jag har i annat sammanhang gett uttryck för min syn på sådana rättsliga resonemang som döljer domarens värderingar i stället för att tydliggöra dem, se JT 2002–03 s. 75 ff.

³⁴ Med att en värdering kan legitimeras i statskonstitutionell ordning menar jag att den följer av lagstiftning eller domstolars utslag, som ytterst vilar på lagstiftningen.

fattning klart att framställningen hade vunnit på att Norlén i större utsträckning än vad som nu skett s.a.s. översatt resonemangen till ett normaljuridiskt språk.

Vad jag tror den normale juridiske läsaren störs mest av när det gäller Norléns terminologi är talet om dygder. En dygd är, något förenklat, en värdering i visst specifikt hänseende (eller i allt fall bygger dygden på en värdering). En dygd är egentligen ett uttryck för ett ideal. Detta ideal har emellertid en värdeetisk grund. Se vidare Norlén avsnitt 3.5.6.3 (s. 123 ff.). Norlén identifierar på ett i allt väsentligt övertygande sätt vissa centrala för avtalsrelationen betydelsefulla dygder. Bl.a. för att göra sina resonemang mer begripliga kopplar han därefter dessa dygder till avtalsrättsliga principer. Så långt är allt väl.

Men: Varför fortsätta att i de konkreta tillämpningssituationerna tala om dygder? Om Norlén verkligen vill få ett praktiskt genomslag med sina forskningsresultat måste han ge tillämparna enkla handtag (även om handtaget är till en tanke eller ett resonemang som inte är alldeles enkelt). Hade det inte räckt att i tillämpningssituationen nämna de olika principerna? Är inte namnet på en princip (t.ex. vigilansprincipen) tillräckligt för att uttrycka den bakomliggande tanken och ytterst det dygdeetiska ställningstagandet? Jag vill mena så.³⁵

³⁵ Norlén är emellertid inte omedveten om det problematiska i språkbruket, se t.ex. s. 154. – Det finns dock också faror med enkla handtag, se 4.7 nedan.

4.6 Så till de principer som Norlén menar bör vara bestämmande när oskälighetsbegreppet i 36 § AvtL skall ges ett normativt innehåll.³⁶

Norlén utgår från *viljeprincipen*. Denna innebär i korthet att respekt skall visas för en avtalsvilja som är fri, mogen, frisk och fullt ut informerad.³⁷ Ytterst härleder Norlén viljeprincipen ur tanken om den enskildes rätt att träffa sina egna val. Viljeprincipen ligger emellertid enligt Norlén också i linje med dygderna ärlighet och lojalitet.

Därefter riktar Norlén uppmärksamheten på *tillitsprincipen* (skyddet av den befogade tilliten). Den principen vilar, menar Norlén, på samma värdegrund som dygden pålitlighet. Tillitsprincipen får sin främsta betydelse såsom motargument.³⁸ Norlén tycks åsätta tillitsprincipen ett begränsat dygdeetiskt värde.³⁹

³⁶ Det synes som Norlén inte vill begränsa de värdeetiska resonemangens relevans till tillämpningsområdet för 36 § AvtL, utan istället förefaller han vilja mena att dessa bör tillmätas också betydelse beträffande andra avtalsrättsliga spørsmål, t.ex. rörande frågor som avtals ingående (se t.ex. s. 139, där det talas om att dygderna är ”relevanta för den praktik som ingående och upprätthållande av en avtalsrelation innebär” (min kurs.)). Det förefaller mig något långtgående. Utgångspunkten för avtalsrätten måste efter mitt synsätt vara marknadsideologin. Det förutsätter ett utpräglat konsekvensetiskt synsätt (för att tala med Norlén). Det hindrar inte att i vissa avseenden (utöver vad som följer av 36 § AvtL) värdeetiska principer kan få betydelse. Så t.ex. lojalitetsplikten i långvariga avtalsförhållanden. Som jag ser det sträcker sig dock lojalitetsplikten inte så långt, att part är skyldig att göra några egentliga uppoffringar (jfr Lindskog Lagen om handelsbolag och enkla bolag (2001; cit. HBL) 1:0-4.4). Den lojalitetsplikt som jag menar normalt bör föreligga i ett långvarigt förhållande står således inte i strid mot det grundläggande i marknadsideologin, nämligen att viljan till egen vinning och välstånd är drivkraften i marknadsekonomi. Jfr not 45 nedan.

³⁷ När man skall göra en värdering i enlighet med viljeprincipen finns en aspekt som jag inte har funnit att Norlén har beaktat. Det är att viljeprincipens relevans aktualiseras s.a.s. redan i det första steget, nämligen beträffande frågan huruvida ett avtal skall anses ha ingåtts eller inte. Således har viljefel av typen förklaringsmisstag beaktats av lagstiftaren genom bestämmelsen i 32 § AvtL. Det hindrar inte att ett viljefel kan få relevans enligt 36 § AvtL, men viljeprincipen får därvid inte tillmätas sådan betydelse att 36 § AvtL undergräver eller i vart fall helt neutraliserar den värdering som lagstiftaren redan har gjort genom regler om avtals ingående. Norlén nämner visserligen 32 § AvtL (s. 188 och 196) men berör inte närmare den nämnda aspekten.

³⁸ Hur härmed förhåller sig beror dock på främst vilken tillit det är frågan om. Tillitsprincipen kan således komma att åberopas av båda parter. Den naturliga utgångspunkten är dock att tillitsprincipen åberopas av den part som motsätter sig jämkning. Och ur det perspektivet kan sättas i fråga om inte tillitsprincipen borde satts först och främst. Utgångspunkten måste ju vara att ett avtal inte skall jämkas, eftersom en avtalspart med utgångspunkt i tillitsprincipen har fog räkna med att avtalet skall hållas.

³⁹ Han uttalar sammanfattningsvis (s. 212) att ”principen bör anses ha något att tillföra diskussionen om vad den goda avtalsrelationen innebär” (min kurs.). Det är f. ö. symptomatiskt att Norlén behandlar viljeprincipen före tillitsprincipen, jfr föregående not.

Tillitsprincipen motiveras ofta med omsättningsintresset. Ett effektivt fungerande ekonomiskt system förutsätter således att den befogade tilliten skyddas. Norlén vänder sig mot detta. Således uttalar han (s. 199): ”Att en enskild affärsman kan ha ett rättmätigt, på deontologisk grund vilande, anspråk på skydd för sin befogade tillit är ... en sak, att på konsekvensetisk grund hänvisa till omsorg om omsättningsintresset som ett stöd för tillitsprincipen är något annat.” Mot det vanligen förekommande konsekvensetiska argumentet för tillitsprincipen anför han, att om tillitsprincipen ges en allt för långtgående tillämpning skulle det kunna motverka benägenheten att rättshandla. Här synes mig på ett mycket tydligt sätt Norléns bristande intresse för det ekonomiska perspektivet visa sig. På det hela handlar det nämligen om prissättning på risker, och regelbildningen bör – åtminstone med mitt synsätt – vara sådan att den främjar de bästa förutsättningarna för en sådan prisbildning (dvs. fråga är om ett marknadsfrämjande synsätt, jfr 3.3 ovan). Med det perspektivet blir frågan vem av parterna som bäst kan värdera och hantera risken.⁴⁰ Efter min uppfattning är det typiskt sett alldeles otvetydigt den som svarar för viljefelet.⁴¹

⁴⁰ Det bör observeras att vad som här diskuteras är ett särskilt slags risk, nämligen risken för förklaringsmissstag. Om en sådan risk faller ut kan det, men behöver inte innebära, ökade prestationskostnader. Risken för ökade prestationskostnader berör Norlén på s. 224 f. i anslutning till Runessons formulering av värdemaximeringsprincipen. Beträffande ökande prestationskostnader till följd av senare inträffade förhållanden urgerar Runesson att ”den part som kan antas vara villig att bära risken mot det minsta vederlaget ... får bära risken, vare sig något vederlag betingats för detta eller ej” (Runesson s. 42). Härtill kan fogas följande: En analys av den ifrågavarande situationen i marknadsideologiskt ljus ger vid handen att det finns två parametrar att beakta. Den ena är vem som bäst kan hantera risken (det påverkar den inbördes prissättningen av denna). Emellertid måste en förutsebarhetsaspekt beaktas. Om As pris på risken är 100 och Bs 200, kommer i den perfekta marknaden A att ta på sig risken. Men marknaden blir knappast mindre perfekt av det förhållandet att A och B gör olika bedömningar av sannolikheten för riskens realiserande. Om A gör bedömningen att sannolikheten för risken är 50 % medan B gör bedömningen att sannolikheten är endast 10 %, kommer trots deras olika prissättningar B att ta på sig risken. Från marknadsideologiska utgångspunkter är det inget fel med det. Under förutsättning att båda parter har varit medvetna om risken (således att de har gjort en bedömning av sannolikheten att den utfaller) har den fått en adekvat prissättning. Det förhållandet att den sedermera inträffar utgör därför med marknadsideologiska utgångspunkter inget argument för jämkning.

⁴¹ Mer konkret kan situationen beskrivas så, att den handlar om vem av avtalskontrahenterna A och B som skall bära risken för att A säger x men menar y. Med mitt synsätt kan ingen tvekan råda om att A genomsnittligt har bättre kunskap om olika förhållanden som har betydelse för risken att ett viljefel kan uppkomma än B. I linje med marknadsideologin skall därför A bära risken.

Medan de två tidigare nämnda principerna säkerligen klingar välbekant i de flesta juristers öron gäller förmodligen inte så beträffande nästa princip, vigilansprincipen. Däremot torde sentensen caveat emtor vara bekant. Den kan sägas vara en konkretisering av vigilansprincipen för avtalsfiguren köp. Vigilansprincipen handlar alltså om att den rättshandlande skall agera med rimlig försiktighet och omsorg. Ett konkret uttryck för vigilansprincipen är den avtalsrättsliga undersökningsplikten. Principen vilar enligt Norlén på samma värdegrund som dygden omsorgsfullhet.

Norlén berör också vigilansprincipen i ett marknadsideologiskt perspektiv (s. 217). Han noterar därvid helt riktigt att ekonomisk optimalitet (i mening av Pareto-optimalitet) förutsätter att alla marknadsaktörer har full information om alla relevanta omständigheter. Av det drar han slutsatsen att marknadsekonomisk teori skulle kunna läggas till grund för en fullständig upplysningsplikt. Det är en missuppfattning. En sak är att Pareto-optimalitet förutsätter fullständig information. Pareto-optimalitet är emellertid en utopi. Vad marknadsideologin bygger på är att varor och tjänster skall marknadsprissättas. Detta gäller även kunskap. Se vidare 5.1 nedan.

Så till ekvivalensprincipen. Den innebär i korthet att i ett ömseidigt prestationsbyte skall prestationerna vara balanserade. Det betyder att de normalt skall vara likvärda. Norlén framhåller att det är en grundläggande rättviseföreställning att det bör råda en balans mellan parternas prestationer i en avtalsrelation. Ekvivalensprincipen vilar alltså på samma värdegrund som dygden rättvisa.

Norlén kan naturligtvis inte undvika att ställa ekvivalensprincipen mot det förhållandet, att den avtalade prestationsbalansen bör respekteras (s. 225 f.). Han invänder att den avtalade prestationsbalansen inte behöver vara övervägd. Så inte beträffande det oväntade, som således inte kan anses omfattat av någon partsvilja. Väl så, men var drar man då gränsen? Inte kan väl ekvivalensprincipen tillämpas i varje fall när en prestation blir mindre eller mer värd till följd av något som parterna inte uttryckligen har avtalat om? Och mer väsentligt: Är det inte rättsordningens uppgift att ställa upp normer

för den riskfördelning som parterna lämnat oreglerad (så t.ex. KöpL för köp)? Skall inte parterna förutsättas ha vetskap om den ordningen? Och kan den verkligen sättas åt sidan med stöd av ekvivalensprincipen? För egen del menar jag att den avtalade prestationsbalansen skall upprätthållas. Det följer av marknadsideologin. En bristande ekvivalens (bestående i att prestationsbalansen skulle ha blivit en annan om båda parter varit fullt informerade vid avtalstillfället) kan dock i förening med andra omständigheter motivera ett ingrepp med stöd av 36 § AvtL.⁴²

Därefter tar Norlén upp vad som kan kallas för sedlighetsprincipen.⁴³ Vad Norlén åsyftar med sedlighetsprincipen är att avtal inte får stå i strid mot norm som skyddar andra intressen än avtalsparternas, typisk sett samhällliga intressen. Principen vilar enligt Norlén på samma värdegrund som dygden rättrådighet.

Det kan dock sättas i fråga om sedlighetsprincipen har någon större relevans vad gäller oskälighet enligt 36 § AvtL. Jämkning bör rimligtvis förutsätta att den jämningsyrkande har ett intresse därav, vilket intresse rättsordningen anser skyddsvärt. Att ett avtal är oförenligt med sedlighetsprincipen kan dock ha sin grund i förhållande, som saknar relevans för kärande parts jämningsintresse. I det läget bör knappast den omständigheten att avtalet från samhälllig synpunkt framstår som mindre skyddsvärt vara ett bärande

⁴² I det sagda ligger att ekvivalensprincipen inte bör ha någon relevans för ett avtal som tillkommit efter en (i marknadsekonomisk mening) rimligt godtagbar avtalsprocess. I anslutning till det sagda finns anledning att något beröra det av Norlén diskuterade fallet avseende Percy Barneviks miljardpension (s. 224 och 227). Norlén synes utgå från att det självklara argumentet är, att avtalet utvisar en flagrant "rättvisebrist" till följd av den bristande ekvivalensen. Men borde man inte först ställa sig frågan: Hur förhåller det sig med avtalsprocessen? Har t.ex. avtalet kommit till stånd på armlängds avstånd? Om man nu antar att styrelsen i dess helhet beslutat att ingå avtalet efter noggranna överväganden och utan otillbörlig påverkan, är det då motiverat att anföra rättviseaspekter som argument för ingrepp?

⁴³ Norlén talar om principen att avtal inte får strida mot lag eller goda seder. Ett avtal som står i strid mot lag kan dock inte (åtminstone inte i normalfallet) betraktas som förenligt med goda seder (jfr Lindskog HBL 1:0-1.5.4). Och om det räcker med att man talar om principen om att avtal inte får strida mot goda seder låter den sig väl förkortas som sedlighetsprincipen. Åtminstone är den beteckningen enklare att använda än den betydligt längre som Norlén gör bruk av.

argument för jämkning. Eller annorlunda uttryckt: Värdegrunden måste vara relevant med avseende på det hävdade intresset.⁴⁴

Avslutningsvis tar Norlén lojalitetsprincipen. Tanken är här att parterna bör samverka för att uppnå målet med avtalet.⁴⁵

Den argumentering som Norlén anför till stöd för de olika principerna och deras närmare innehåll övertygar åtminstone inte mig i alla delar. Det hindrar inte att jag i stora drag är benägen att hålla med Norlén om att de presenterade principerna kan vara relevanta vid en prövning av om oskälighet enligt 36 § AvtL föreligger i det enskilda fallet (då i form av vad jag kallar korrigerande ingrepp).

Vad jag tycker är den främsta bristen i Norléns argumentering är avsaknaden av insikt eller möjligen intresse för marknadsideologiska aspekter (se speciellt de finstilta kommentarerna till tillitsprincipen och vigilansprincipen ovan). Särskilt anmärkningsvärt är att återkommande avvisas rättsekonomiska argument under påstående av bristande bevisföring (se t.ex. s. 227) samtidigt som den egna bevisföringen sannerligen är allt annat än blytung (att dygder inte är alldeles lätta att "bevisa" ligger i sakens natur).⁴⁶ En annan brist är att känslan för vad som är bärande argument och vad som är mindre bärande argument inte alltid är den bästa. Ett exempel är när semantiska skäl används för innehållsbestämningen av en princip (s. 225).

4.7 Det batteri av värdebaserade principer som Norlén lägger fram ger dock inte mycket ledning i sig. Snarare är de att betrakta som handtag till de grundläggande värden som principerna vilar på. Det är viktigt att det framhålls.

⁴⁴ Norlén berör med hänvisning till förarbeten det fallet att avtalet syftar till att vilseleda skattemyndigheten i den ene partens intresse. Men inte är väl det utan vidare ett bärande argument för att den andre parten skall få avtalsvillkoret jämkat?! Annorlunda dock Norlén s. 257 f.

⁴⁵ Efter min uppfattning leder Norléns värdeetiska resonemang alldeles för långt när det gäller lojalitetsprincipen. Som jag ser det får i princip part begränsa sitt agerande till vad som erfordras för att uppnå det egna målet med avtalet. Någon skyldighet att agera för att motparten skall uppnå sitt mål har han a priori inte. Rätten att sätta sitt eget intresse främst följer av marknadsideologin (jfr not 36 ovan). Däremot bör rättsordningen inte tillåta att part agerar illasinnat. Om part utan nämnvärd egen uppoffring kan medverka till bättre måluppfyllelse för motparten, kan således skyldighet härtill föreligga (jfr Lindskog HBL 1:0-4.4). Det följer i så fall av värdeetiska argument. Men längre än så bör lojalitetsprincipen inte sträcka sig.

⁴⁶ Se också not 25 ovan.

Det är också viktigt att de grundläggande värden som principerna bygger på lyfts fram i den rättsliga argumenteringen, t.ex. i en dom rörande jämkning. En fara med att introducera en principkatalog av det slag som Norlén gör, är att den lätt motverkar sitt ändamål. Det kan vara frestande för en domare att motivera en lösning med hänvisning till en princip, särskilt när den har begåvats med ett namn som väcker positivt gensvar hos de flesta. Om emellertid inte analysen fördjupas blir det inte fråga om annat än floskelargument.⁴⁷ Ett floskelargument har som andra skenargument den besvärande egenheten att det inte bidrar till att förklara något men väl till att dölja förklaringen.⁴⁸

En annan aspekt är det närmast självklara förhållandet, att om något är fel (eller oskäligt) finns det något som är rätt (eller skäligt). Det är så uppenbart att det oftast glöms bort (eller beaktas endast underförstått). Men först när man ställer det som påstås vara fel mot det som påstås vara rätt föreligger den nödvändiga spännvidden för den rättsliga analysen; den må vara konsekvensetisk eller värdeetisk. Detta kunde Norlén möjligen ha påpekat i anslutning till sin mer principiella framställning angående oskälighetsbegreppet.

5. ANALYS AV OLIKA TYPFALL

Det första fallet som Norlén diskuterar handlar om ett *informationsövertag mellan marknadsaktörer*.⁴⁹ Fråga var om ett köp av tobak som Organ gjorde från Laidlaw samma dag som fredsfördraget år 1814 mellan USA och Storbritannien offentliggjordes. Köparen Organ hade av en budbärare fått information om fredsfördraget och förutsåg att priset på tobak snabbt skulle stiga. Innan information var tillgänglig för Laidlaw slöts avtalet, och Organ kunde därför göra en betydande prisstegringsvinst.⁵⁰

⁴⁷ Jfr Lindskog JT 2002–03 s. 76 med not 29. Som där framhålls blir lätt fråga om en variant av pastor Janssons påse (den är ju som bekant tom och innehållslös om den inte fylls med något).

⁴⁸ Formuleringen utgör en parafraas på Arnholms kritik av förutsättningsläran, se not 51 nedan.

⁴⁹ Åtminstone som jag ser det. För Norlén, som belyser situationen från värdeetiska utgångspunkter, är den naturliga frågan om det föreligger en upplysningsplikt med syfte att utjämna ett informationsövertag (se s. 302).

⁵⁰ Även Runesson (s. 121 f.) har använt fallet med tobaksaffären som diskussionsunderlag.

Norlén för en mycket ingående diskussion om huruvida situationen skulle kunna vara jämningsgrundande enligt 36 § AvtL och gör därvid ett antal intressanta utvecklingar.⁵¹

Efter mitt sätt att se det finns dock en grundläggande brist i Norléns analys. Den är att han inte börjar med det som borde vara det första steget, nämligen att fråga sig om det fanns några marknadsfrämjande argument för jämkning.⁵² Ställer man sig den frågan inser man omedelbart likheten mellan förevarande situation och s.k. insideraffärer.

Den marknadsekonomiska teorin om optimalitet bygger på bl.a. den orealistiska föreställningen om de informerade marknadsaktörerna (se 3.3 ovan). Självfallet är inte alla marknadsaktörer informerade. Och självfallet är det omöjligt att korrigera i alla de fall när marknadsaktörerna inte är informerade. Fastmer finns i den marknadsekonomiska idealmodellen en inre motsättning i det, att den på den ena sidan bygger på individens drivkraft till egen vinning och på den andra att *alla* aktörer är informerade.⁵³ Men om systemet energisätts av individens åstundan efter egen vinning skulle det vara direkt marknadsfientligt att introducera en rättslig princip av innebörd, att part skall informera motpart om förhållanden som försämrar partens möjligheter till ekonomisk fördel av den förestående transaktionen.⁵⁴ Kort sagt: Av marknadsideologin följer som utgångspunkt att part måste tillåtas att dra fördel av eget

⁵¹ En utveckling gäller förhållandet mellan 36 § AvtL och förutsättningsläran. Det finns inte utrymme att här gå närmare in på det spörsmålet. Vad jag bestämt vänder mig mot är emellertid när Norlén uttalar att det skulle kunna hävdas att Laidlaw ingått avtalet under den felaktiga förutsättningen att något fredsavtal inte hade ingåtts. Ett sådant resonemang kvalificerar väl för Arnholms kritik av förutsättningsläran, nämligen att det oftast handlar om, inte vad part har förutsatt i faktisk mening utan en inställning som han i efterhand tillskrivs i ljuset av senare inträffande förhållanden. Fråga är alltså inte om en förutsättning utan om en bakutsättning (jfr f.ö. s. 250, där Norlén tar avstånd från sådana fiktionsartade resonemang som han själv sedan för).

⁵² Eller, annorlunda uttryckt: Förelåg det några brister i själva avtalsprocessen?

⁵³ Huruvida det egentligen är fråga om en motsättning kan dock sättas i fråga. Ekonomisk optimalitet (i mening av Pareto-optimalitet) kan aldrig uppnås och är inte heller vad som tänks uppnått med en marknadsekonomi. Vad som tänks uppnått är de ekonomiska framsteg som en rimligt fungerande marknad för med sig. Fullständig information är således en förutsättning för, inte en (rimligt) god marknadsekonomi utan för en (utopisk) Pareto-optimalitet.

⁵⁴ I sammanhanget bör noteras NJA 1996 s. 152, där HD godtog att intresset för egen vinning fick sättas i första rummet.

kunskapsförsprång.⁵⁵ Därmed inte sagt att det inte finns undantag. Dessa undantag kan vara motiverade av såväl marknadsfrämjande argument som marknadskorrigerande.

Insiderlagstiftningen syftar, som jag ser det, till ett främjande av marknaden. Det kunskapsförsprång som ligger i insiderinformation är inte av ett sådant slag, att det främjar marknadsfunktionalitet. Tvärtom är det fråga om en icke önskvärd marknadsimperfektion.⁵⁶

I det sagda ligger att man har att göra något slags skillnad mellan informationsövertag som från marknadsekonomisk synpunkt bör ha ett marknadsvärde och informationsövertag som inte bör ha det. Det för långt att här närmare diskutera hur gränsen mellan dessa kategorier av information skall dras. Det får vara nog med att notera att gränsen finns.⁵⁷

Norlén finner anledning att behandla frågan om informationsövertag i ljuset av vad som stundom brukar kallas den avtalsrättsliga upplysningsplikten (se avsnitt 6.3.2.2.3, s. 317 ff.). Som framhållits är efter min uppfattning det avgörande i fallet med tobaksaffären att fråga var om en imperfektion i marknaden. Situationen har alltså, som jag ser det, över huvud inte något med den avtalsrättsliga upplysningsplikten (i den mån någon sådan finns) att göra. Likväl kan det här finnas anledning med en liten diskurs därvidlag. Sålunda: En avtalsrättslig upplysningsplikt bör, enligt min mening, ges ett sådant innehåll att den får en marknadsfrämjande funktion. Därför bör den vara begränsad till endast sådant som inte är att hänföra till mark-

⁵⁵ I själva verket är information också en nyttighet, och den har en egen marknad. Informationsutjämning bör därför enligt marknadsideologin ske genom marknadsfrämjande åtgärder avseende den marknaden.

⁵⁶ Den grundläggande tanken bakom insiderlagstiftningen är att upprätthålla förtroendet för de finansiella marknaderna. Det skall dock sägas att tanken inte är alldeles invändningsfri. Det har således anförts, att moraliska överväganden också kan ha haft sin betydelse. Se t.ex. Samuelsson JT 2003–04 s. 250 ff.

⁵⁷ Det sagda innebär naturligtvis inte att jämkning är utesluten så snart fråga är om sådant informationsövertag som är godtagbart med ett marknadsideologiskt perspektiv. Men då följer det av att sådana värdeetiska argument, som Norlén anför, motiverar ett marknadskorrigerande ingrepp. – I sammanhanget bör framhållas att i fråga om sådana förhållanden som part inte har känt till utan endast bort känna till är det inte motiverat att tala om upplysningsplikt. I den mån part genom sin blotta möjlighet att skaffa sig information, drabbas av rättsliga påföljder, handlar det således om en särskild riskfördelningsfråga. Jfr dock Norlén not 1305.

naden. Det betyder att upplysningsplikten i princip inte bör sträcka sig längre än till innehållet i parts egen prestation.⁵⁸ Om köparen förväntar sig att det köpta skall kunna användas till något, ankommer det således på säljaren att upplysa köparen om förhållanden av betydelse för köparens förväntningar (om dessa är kända av säljaren). Det gäller även om köparen har mycket udda användningsavsikter. Genom en sådan upplysningsplikt förbättras marknadsfunktionalitet. Däremot bör säljaren inte vara skyldig att upplysa köparen om förhållanden som inte tar sikte på den egna prestationen (t.ex. att konjunkturerna är nedåt på den exportmarknad som köparen möjligen har tänkt avsätta den köpta varan på).⁵⁹ Det betyder att han bör få dra fördel av överlägsen kunskap om motpartens prestation.⁶⁰ En upplysningsplikt i den situationen skulle nämligen hämma

⁵⁸ Beträffande penninggäldenär blir normalt aldrig någon upplysningsplikt aktuell, eftersom hans prestation är allmängiltig utan några särskilda individuella särigheter. En särskild aspekt vad gäller penninggäldenärs upplysningsplikt som Norlén berör (se s. 328) är dock huruvida han är skyldig att upplysa om sin bristande ekonomiska förmåga. Den praktiska situationen är att fråga om ett kreditköp. Köparen är på väg att gå i konkurs, men säger inget om detta. Kan säljaren angripa avtalet och med stöd av separationsrätt få det sålda tillbaka? Norlén synes inte främmande för en sådan lösning (annorlunda Runesson s. 126 f. not 62). Jag är deciderat inne på Runessons linje. Situationen handlar inte om en intressekonflikt mellan en säljare och hans köpare, utan mellan en säljare och köparens övriga borgenärer. Under vilka förutsättningar en säljare skall ha en sakrättsligt skyddad rätt i det sålda är klart (om än genom en obligationsrättslig reglering) utmejslat genom bestämmelsen i 54 § 4 st. KöpL, enligt vilken en säljare efter leverans inte får häva på grund av bristande betalning om han inte har förbehållit sig detta. F.ö. må tilläggas, att om säljaren indirekt via 36 § AvtL tillerkändes ett återtagandeförbehåll när köparens konkurs var alldeles överhängande vid köpet (och säljaren således måste anses ha varit tämligen oaktsam) men inte när konkursen inträffade av anledning som uppkommit först därefter uppstår den märkvärdigheten, att den säljare som har varit mer oförsiktig skulle komma att ställas i bättre läge än den som fick anses ha varit mindre oförsiktig.

⁵⁹ Om köparen A har en överlägsen kunskap om värdet av säljaren Bs prestation finns ett starkt incitament att detta värde realiserar genom en affär. Så inte om en upplysningsplikt föreligger. Då finns en fara att någon affär inte sker och det värde som kan realiserar genom As kunskapsövertag förblir orealiserat. Uppfattningen att en köpare som utgångspunkt inte är skyldig att upplysa säljaren om positiva egenskaper i varan delas av Norlén (s. 323 ff. med hänv. till andra förf.), men motiveringen är närmast av värdeetiskt slag.

⁶⁰ Jfr Wilhelmsen s. 114 f. Norlén noterar Wilhelmsens resonemang men gör själv på värdeetisk grund en betydligt mer subtiliserad bedömning. Således menar han t.ex. att om en äkta tavla av säljaren köpts för priset av en kopia, och han därefter säljer den i tron att det också var en kopia, skulle skäl för jämkning på värdeetisk grund inte föreligga. Om emellertid säljaren köpt tavlan som äkta och därefter felaktigt bibringats uppfattningen att fråga var om en kopia och sålt den som sådan, skulle saken komma i ett annat läge. Men vilar i så fall inte skillnaden på det av Kleineman så kritiserade s.k. ömkansvärdet? Som jag ser det bör väl jämkning på värdeetisk grund kunna tänkas (således vad jag kallar ett marknadskorrigerande ingrepp), men det bör förutsätta att köparens utnyttjande av sitt informationsövertag kan stämplas som moraliskt förkastligt.

motorn i det marknadsekonomiska systemet. Av det sagda följer att med utgångspunkt i marknadsideologin ställer jag mig frågande inför vad som trots allt får anses vara den vanliga (om möjligen än inte den härskande) uppfattningen i svensk doktrin, nämligen att en avtalsrättslig upplysningsplikt som huvudregel gäller sålunda att uppsåtligt förtigande av omständighet av relevans för motparten ger grund för rättsligt angripande av avtalet.⁶¹ – Det sagda utesluter naturligtvis inte att marknadskorrigerande ingrepp enligt 36 § AvtL kan ske oaktat att den förtegnade omständigheten avser annat än egen prestation.⁶²

Gränsdragningen mellan skyddsvärt och icke skyddsvärt informationsövertag är emellertid av högsta principiella betydelse för den diskuterade tobaksaffären. Som jag ser det hade Organ av en tillfällighet kommit i besittning av information som bort tillföras marknaden, inte en enskild aktör. Hans informationsövertag var således, brutalt uttryckt, marknadsvidrigt. Hade 36 § AvtL varit att tillämpa på förhållandet, borde det ha lett till en jämkning, närmare bestämt så att avtalet blev överksamt.⁶³

⁶¹ Således brukar det i olika varianter uttalas att sådan upplysningsplikt föreligger, dock att neutraliserande motomständigheter kan föreligga. En typisk motomständighet skulle då vara att fråga är om marknadskunskap. En annan motomständighet som har anförts är att fråga är om information om sådant som hör till motpartens "sfär". Efter min uppfattning är det emellertid missvisande att tala om att upplysningsplikt föreligger som huvudregel. Om det nu finns någon huvudregel borde den snarast vara den motsatta (innebärande att upplysningsplikt saknas men att undantag gäller för egen prestation).

⁶² Två exempel som Norlén diskuterar är att en privatperson säljer ett markområde utan att veta att det till följd av oljetillgångar är värt oändligt mycket mer än köpeskillingen resp. att en person säljer en tavla i tron att det är en kopia (se vidare 5.2 nedan). I sådana mer extrema fall kan naturligtvis på värdeetisk grund marknadskorrigerande ingrepp tänkas. Som jag ser det är det emellertid angeläget att sådana aparta fall inte stör den normalordning som bör följa av det marknadsideologiska synsättet, nämligen att upplysningsplikten är begränsad till den egna prestationen. När Norlén (s. 325 med not 1308) med hänv. till Hultmark (JT 1991–92 s. 704) uttalar att det är illojalt att förtiga "viktiga omständigheter för att avgöra köpeobjektets värde" (för att citera Hultmark) oberoende av vem av parterna som håller inne med sin kunskap, finns det i ett värdeetiskt perspektiv i princip inget att invända mot detta, dock att ett förtigande avseende motpartens prestation till följd av det grundläggande marknadsekonomiska paradigmet endast i grava fall bör föranleda marknadskorrigerande ingrepp.

⁶³ Jfr Runesson s. 122 som uttalar att om informationen om fredsslutet fanns tillgänglig på marknaden (må vara svåråtkomlig) borde avtalet inte kunna angripas, därvid det avgörande argumentet är "intresset att premiera investeringar och information". För egen del är jag mindre övertygad av premieringsargument; det för mig avgörande är att om informationen fanns på marknaden följer det med det marknadsideologiska synsättet att det ankommer på marknaden att prissätta den (vilket skedde som ett element i prissättningen avseende tobaksaffären).

Man skulle i och för sig kunna diskutera att jämkningsvis korrigera köpeskillingen. Med utgångspunkt att informationsövertaget var marknadsvidrigt är dock svårt att komma till annan slutsats, än att om det som var fel hade gjorts rätt, hade priset bestämts efter hur marknaden hade anpassat sig efter att informationen om fredsslutet blev allmänt veterligt. Eftersom en affär på marknaden villkor är det rätta, ter det sig naturligt att låta avtalet vara överksam (naturligtvis förutsatt att berörd part så yrkat).

Om man emellertid skulle anse att marknadsfrämjande argument inte motiverar en jämkning skulle man – med den ordning jag menar bör gälla – övergå till att pröva om det finns marknadskorrigerande argument som talar för jämkning. I det läget blir det anledning ställa sig frågan om den värdeetiska analysmodell som Norlén förordar motiverar jämkning. Så menar Norlén. Jag är emellertid av en annan mening. Om utgångspunkten är att marknadsstödjande argument inte motiverar ett ingrepp av det skälet att den ene parten har ett informationsövertag, bör den ekvivalensbrist som kan följa därav inte föranleda ett marknadskorrigerande ingrepp, om det inte finns särskilda skäl för detta. Sådana finns inte. Fråga var om två i princip jämbördiga marknadsaktörer. Den enda skillnaden mellan dem bestod i att den ene hade ett kunskapsövertag. Hade emellertid fråga varit om två ojämbördiga aktörer hade bedömningen kunnat bli en annan. Det fallet att fråga är om två privatpersoner handlar Norléns nästa fallom.

5.2 Nästa diskussionsexempel avser alltså en liknande situation, nämligen *informationsövertag mellan privatpersoner*. Fråga var om en felprissättning av en skärgårdstomt. Liksom i fallet med tobaksaffären är det grundläggande problemet en ekvivalensbrist, som i det aktuella fallet var betydande (priset svarade mot endast några få procent av vad som kunde bedömas vara ett rimligt marknadsvärde). Exempelen skiljer sig emellertid åt i främst två hänseenden, nämligen att affären skedde mellan två privatpersoner och att någon yttre anledning till ett köparens informationsövertag inte förelåg.

Fallet sätter fokus på huruvida en ekvivalensbrist i sig kan utgöra jämningsgrund. Norlén diskuterar⁶⁴ denna fråga med utgångspunkt i bl.a. exemplet att en person säljer en tavla som han felaktigt tror är en kopia till en person som vet att fråga är om ett original. Priset är marknadsmässigt med utgångspunkt i att fråga är om en kopia. Situationen är i grunden identisk med tobaksaffären med den skillnaden att köparens informationsövertag är av en annan karaktär. Om man startar med frågan huruvida marknadsfrämjande argument kan anföras för jämkning bör svaret efter min uppfattning vara nekande. Visserligen ligger i den marknadsekonomiska modellen att parterna skall vara informerade,⁶⁵ men principen att marknadens aktörer som huvudregel har rätt att dra fördel av sitt informationsövertag är överordnad.⁶⁶ Om jämkning skall ske blir således fråga om marknadskorrigerade argument (eller, för att tala om Norlén, om en värdeetisk motivering).

Som jag ser det bör en sådan korrigerings normalt vara utesluten mellan verkliga marknadsaktörer, som s.a.s. får anses ha accepterat marknadens spelregler. Om säljaren inte är en marknadsaktör (det typiska fallet är att han är en konsument) kan dock marknadskorrigerande (dvs. värdeetiska) argument finnas för ett ingrepp i avtalsförhållandet. Det kan emellertid diskuteras om bestämmande därvidlag bör vara ekvivalensprincipen endast, eller den samverkande effekten av att flera principer gör sig gällande. Norlén menar att man bör kunna presumera att ett avtal om prestationsbyte är avsett att vara värdebalanserat. Vid mer betydande ekvivalensbrister skulle det innebära att jämningsgrund förelåg, om inte neutraliserande skäl för den bristande ekvivalensen föreligger. Jag är inte obenägen att

⁶⁴ Diskussionen förs dock främst i anslutning till fallet med tobaksaffären. Den hör efter min mening mer ihop med den här diskuterade fastighetsaffären.

⁶⁵ Eller riktigare: Information verkar Pareto-förbättrande.

⁶⁶ Med ett marknadsideologiskt synsätt bör upplysningsplikten vara begränsad till innehållet i den egna prestationen. Innehållet i (eller värdet av) motpartens prestation bör inte vara föremål för någon upplysningsplikt. Se 5.1 ovan.

delar den uppfattningen.⁶⁷ Dock bör bristande ekvivalens få genomslag för endast andra än marknadsaktörer.⁶⁸

Vad gäller fallet med skärgårdstomten (som är hämtat ur verkliga livet) anser Norlén att övervägande skäl talar för jämkning (i verkliga livet blev dock resultatet det motsatta). Det ligger i linje med att ekvivalensbalans skall presumeras, och bristande ekvivalens bör kunna få genomslag vid avtal mellan andra än marknadsaktörer.

Den situation som Norlén därefter tar upp illustrerar typexemplet *utpressningsliknande omförhandlingar*. Situationen var att ett varv utan avtalsgrund krävde påslag på köpeskillingen för att färdigställa det beställda fartyget. Beställaren hade ingått ett förmånligt charteravtal med tredje man och fann sig nödsakad att gå med på den krävda tilläggsköpeskillingen. Förelåg grund att jämka avtalet om tilläggsköpeskillig?

Med mitt synsätt bör analysen börja med frågan huruvida det finns marknadsfrämjande argument för en jämkning. Mitt svar är jakande. Den marknadsekonomiska modellen bygger på att avtal skall hållas. Om part med rättsstridiga argument pressar motparten till en avvikelse från avtalsinnehållet är detta oförenligt med hur marknaden idealt skall fungera.⁶⁹

⁶⁷ En fördel med ett sådant synsätt är f.ö. att det inte blir nödvändigt att värdera om informationsövertaget var orättfärdigt eller inte. Är bara ekvivalensbristen tillräckligt stor (och saknas motskäl) skulle jämningsgrund föreligga. Bärande motskäl skulle dock kunna vila på vigilansprincipen (parten har agerat så oaksamt att han inte är skyddsvärd). Även andra motfakta skulle kunna tänkas. Ett kan vara sådant, att visserligen besitter köparen ett informationsövertag som han utnyttjar till att åstadkomma en ekvivalensbrist, dock att han av någon anledning är ensam om kunskapen. Som jag ser det är det svårt att i ett sådant läge inte tillåta att han begär något slags ersättning för sitt unika kunskapsövertag alldeles oberoende av grunden för detta. Däremot kan det sättas i fråga om han bör tillerkännas hela den värdemässiga effekten av att hans kunskapsövertag realiserar efter förvärvet. Eftersom parterna besitter var och en sin nödvändiga komponent för värdets realiserande, kan från ekvivalenssynpunkt det riktiga svaret vara, att jämkning skall ske sålunda att parterna får tillgodogöra sig hälften var av det skapade mervärdet.

⁶⁸ Skälet härtill är att vid bristande avtalsekvivalens som beror på ojämnt fördelad information kan informationen i viss mån sägas utgöra en del av prestationsbytet. Implicit i prissättningen ligger alltså ett pris för informationen. Om jämkning skulle ske av endast det skälet att part utnyttjade information, skulle det ytterst innebära begränsningar i möjligheten att åstadkomma en fungerande marknad för information.

⁶⁹ Det sagda illustreras också av hur rättsordningen reagerar i händelse av att part utan rättsgrund vägrar att fullfölja avtalet. Den drabbade parten har då rätt till skadestånd svarande mot det positiva intresset. I skeppsbyggnadsfallet hade det inneburit att redaren hade haft rätt till ersättning som satte honom i samma position som om skeppet hade levererats och kunnat avtalsenligt chartrats ut till tredje man. Visserligen kan tänkas att skeppsbyggnadskontraktet hade innehållit föreskrifter om ansvarsbegränsningar för sådan skada (sådana ansvarsbegränsningsföreskrifter är sedvanliga), men det hade knappast hjälpt varvet av det skälet att det dolösa agerandet förmodligen hade inneburit att ansvarsbegränsningen hade satts åt sidan.

Norlén kommer till samma resultat med ett värdeetiskt resonemang. Kärnfrågan för Norlén är vad som kan krävas för att ett hot skall anses rättsstridigt. Den frågan är dock i princip densamma oberoende av om man väljer min angreppsvinkel eller den Norlén förordar. Ett hot att inte prestera enligt avtalet kan enligt Norlén betraktas som rättsstridigt endast om den som utsätts för hotet inte har något reellt alternativ till att gå med på kravet.⁷⁰

Norlén avslutar med den situation som föranleder rättsfallet NJA 1994 s. 359, som berör frågan om förändrade förhållanden vid *långvariga avtal*. Omständigheterna var i korthet att ett företag med en kommun träffade ett avtal som för vissa fastigheter innebar evig befrielse från skyldighet att erlägga VA-avgifter. Mellan kommunen och en förvärvare av fastigheterna uppstod tvist om i vad mån kommunens bundenhet kunde angripas med stöd av 36 § AvtL.

Det är inte lätt att här finna några marknadsfrämjande argument för jämkning.⁷¹ Oavsett vad man kan tycka om avtalsresultatet synes således svårt att se några beaktansvärda avvikelser från idealbilden för hur ett avtal på marknadsmässiga grunder skall tillkomma.

Med min terminologi blir därför frågan huruvida det finns grund för jämkning på marknadskorrigerande grunder (eller, för att tala med Norlén, huruvida det finns värdeetiska argument för jämkning). Det centrala synes – liksom i de två första diskussionsfallen – vara (den eventuella) ekvivalensbristen.⁷²

Norlén delar HDs uppfattning att föreskriften om avgiftsbefrielse för all framtid är oskälig. Stödet för detta är den bristande ekvivalensbristen som med tiden uppstår. Således uttalas: ”När kommunen presterar lika mycket som bolaget och därefter fortsätter att prestera uppstår en obalans som med tiden blir allt större.” Men är det verkli-

⁷⁰ Det kan dock sättas i fråga om kravet på ett reellt alternativ är motiverat i alla lägen. Om – vad gäller fartygsaffären – redaren på marknaden hade kunnat hyra in ett likvärdigt ersättningsfartyg som hans hyrestagare hade att acceptera, hade ett reellt alternativ förelagat. Men skulle verkligen det förhållandet utesluta att jämkningsgrund förelåg? Det förefaller inte alldeles så givet.

⁷¹ En möjlig aspekt kan dock vara att det är tveksamt i vad mån det är förenligt med den marknadsekonomiska idealbilden att acceptera eviga avtal.

⁷² Huruvida det egentligen förelåg någon ursprunglig ekvivalensbrist förefaller, som Norlén påpekar, inte alldeles utrett. Det bör emellertid noteras, att bristen på utredning i den delen föranleder att det svårigen låter sig sägas att med tiden följande förändringar i vad avser kommunens kostnader för prestationen inte täcks av det vederlag som kommunen en gång erhöll.

gen så? Kan man inte väl tänka sig att avkastningsvärdet på bolagets initiala prestation vid den tiden bedömdes svara mot värdet av kommunens prestation?⁷³ Den intressanta aspekten på rättsfallet är väl snarast vad som gäller om kostnaden för kommunens prestation ökar och/eller värdet för fastighetsägaren av prestationen gör det. Den blev emellertid aldrig aktuell i rättsfallet och föranleder inte heller Norlén till några närmare analyser.

Nu skall dock sägas, att den fråga som främst intresserar Norlén i sammanhanget är huruvida jämkning i en situation som förevarande (dvs. att den jämkningsgrundade ekvivalensbristen är att hänföra till förhållanden som inträffat efter avtalets ingående), skall ske sålunda att objektiv balans mellan prestationerna uppnås eller sålunda att den eventuella brist i ursprunglig balans som från objektiva utgångspunkter förelåg bibehålls. Norléns slutsats är att det senare är riktigt. I det är endast att instämma.⁷⁴

6. AVSLUTANDE OCH SAMMANFATTANDE SYNPUNKTER

6.1 Detta blev en lång recension. Eller kanske riktigare: Det blev något annat än blott en recension. Förklaringen är att Norléns avhandling inspirerar. Den lockar till omprövning och vidareutveckling. Det är inget dåligt betyg för ett vetenskapligt arbete.

För egen del har avhandlingen givit mig anledning till förnyade överväganden av de rättsmetodologiska utgångspunkter, som har varit bestämmande för såväl mitt praktiska arbete som advokat som mitt rättsvetenskapliga författarskap.

Norléns framställning har stärkt min övertygelse om nödvändigheten av ett genomtänkt metodologiskt förhållningssätt till juridiken

⁷³ Resonemanget är ekvivalent med att någon för ett visst kapitalbelopp köper sig en evig avkastningsrätt.

⁷⁴ Jag är dock möjligen av en annan uppfattning än Norlén när det gäller skälen för den ordningen. Som jag ser det skall jämkning inte ske i vidare utsträckning än som följer av de jämkningsgrundande omständigheterna. Om det saknas jämkningsgrundande omständigheter med avseende på den ursprungliga balansbristen bör denna därför bestå. Eller annorlunda uttryckt: Om de jämkningsgrundande omständigheterna tar sikte på förhållanden som har inträffat efter att avtalet har ingåtts, bör jämkningen begränsas till sådant som har samband därmed.

i allmänhet och till tillämpningen av det slags öppna rekvisit som oskälighetsbegreppet i 36 § AvtL utgör i synnerhet.

6.1 Den viktigaste och mest centrala delen av Norléns avhandling handlar om hur man inom juridiken skall hantera värderingar. Rättsregler måste ju alltid ytterst bygga på en eller flera värderingar.

Mycket har sagts om hur värderingar kan härledas ur lagstiftning m.m. för att därigenom ges legitimitet. Mindre har sagts om hur en domare skall agera när en värdering inte kan legitimeras sålunda.

Norléns tes är att vad man skulle kunna kalla ickeauktorietslegitimerade värderingar måste göras, och att de kan göras på ett metodologiskt sätt sålunda att en värdering kan legitimeras som vetenskaplig. Mot detta kan riktas endast den invändningen, att vad som utgör vetenskap är en definitionsfråga. Det må vara att ickeauktorietslegitimerade värderingar inte låter sig bestämmas med etablerade empirivetenskapliga metoder. Det hindrar inte att sådana värderingar måste kunna legitimeras med rättsvetenskapliga metoder. Det viktigaste därvid är kravet på transparens.

Nu stannar emellertid inte Norlén vid detta. Han lägger ned stor intellektuell kraft på att såvitt gäller jämkningssituationen mejsla ut vissa principer, som för tillämparen kan utgöra stöd för och/eller emot huruvida jämkningsgrund föreligger. Dessa principer vilar på värderingar, som kan men inte behöver ha auktoritativ legitimitet. Jag finner hans framställning härvidlag vara i allt väsentligt övertygande.

6.3 På en viktig punkt är jag emellertid av en annan uppfattning än Norlén. Jag menar att jämkningsfrågan i första rummet bör bedömas i ljuset av den avtalsrättsliga grundideologin, enkannerligen det marknadsekonomiska systemet. Med den utgångspunkten bör alla avtalsrättsliga regler och principer i första hand syfta till att verka marknadsfrämjande. Det betyder i fråga om jämkning enligt 36 § AvtL att man, efter min åsikt, först bör fråga sig om avtalssituationen i något hänseende avviker från det marknadsideologiska idealet. Om så är fallet talar det för ett ingrepp i form av en jämkning.

Det förhållandet i avtalssituationen inte så avviker från det marknadsideologiska idealet att det finns grund för ett marknadsstödjande ingrepp hindrar dock inte att det kan finnas grund för ett marknads-korrigerande ingrepp.

Norlén anser för sin del att oskälighetsbegreppet i 36 § AvtL ger begränsat utrymme för konsekvensetiska och därmed rättsekonomiska argument. I stället menar han att argumenteringen bör föras med värdeetiska förtecken. Jag har emellertid svårt att förstå att inte denna, den värdeetiska, argumenteringen kan inrangeras som ett naturligt andra steg i en modell för en prövning av huruvida jämningsgrund enligt 36 § AvtL föreligger.

Att förankra 36 § AvtL i marknadsideologin för också med sig en perspektivering som kan ha en viss återhållande effekt. Om man endast analyserar en avtalssituation i ett värdeetiskt perspektiv finns risk att jämningsströskeln sätts för lågt. Efter min uppfattning måste principen att avtal skall hållas bjuda ett betydande jämningsmotstånd. Vidare kan i ljuset av en marknadsideologisk analys komma att stå klart, att vad som i ett värdeetiskt perspektiv möjligen kan framstå som tveksamt har god marknadsideologisk förankring. Då bör mycket till för ett jämningsingrepp.

Att en marknadsideologisk perspektivering på jämningsfrågan är önskvärd vittnar också Norléns avhandling om. Han synes mig i många fall allt för jämningsbenägen. Som jag ser det är jämningsregeln inte till för att säkerställa att alla avtal är i någon moralisk mening goda eller ens rimligt goda. Jämningsregeln skall endast användas för att korrigera de värre avarterna. Och så måste det vara i ett rättssystem som vilar på marknadsideologin.

Sista ordet i ämnet är emellertid inte sagt vare sig med Norléns avhandling eller med denna recension. Avhandlingen är endast ett steg i riktning mot det ouppnåeliga slutmålet: Den perfekta modellen för jämningsvis ingrepp i ett avtalsförhållande. Men det steg som har tagits med Norléns avhandling på denna eviga färd är betydelsefullt. Mer än så är inte att begära.