

1 Formfrihet, formkrav och kvalificerade elektroniska signaturer

Jon Kihlman, advokat, jur. dr

De svenska bestämmelserna om hur avtal ingås är i grunden okomplicerade: Avtal kan ingås lite hur som helst! Det har ofta kommit till uttryck genom konstaterandet att (även) muntliga avtal är giltiga. Frågan vad som krävs för att ett avtal skall vara giltigt tycks emellertid få förnyad aktualitet varje gång som ett nytt medium dyker upp. Det lär t.ex. finnas ett gammalt rättsfall där kärnfrågan var om ett avtal som var undertecknat med kulspeppenna – i stället för med ”riktig” bläckpenna – verkligen kunde vara giltigt. Utgången i målet var given: Självklart var avtalet giltigt trots att kulspeppenna hade använts. Jag vet inte om rättsfallet verkligen finns eller om det bara är en skröna. Det är under alla förhållanden belysande för fenomenet att nymodigheter skapar juridiska betänkligheter som mot bakgrund av lagstiftningen ofta är helt omotiverade och som i efterhand därför framstår som närmast skrattretande.

Under de senaste decennierna har motsvarande fråga således ställts om bl.a. fax, e-post, sms, webb-baserade avtal och elektroniskt signerade avtal. Svaren har varje gång varit lika självklara som svaret på frågan om kulspeppennan: Självklart är avtalen giltiga! En enkel kontrollregel är att fråga sig om ett motsvarande muntligt avtal skulle vara giltigt. I alla situationer där så är fallet, är naturligtvis avtal som är ”mer än muntliga” – i första hand dokumenterande i någon form – också giltiga. Frågan kommer säkert att fortsätta ställas, t.ex. när tekniken att tala in ett budskap och trycka på ”print” och därmed få en utskrift av vad man just sa har förfinats och tillgängliggjorts så att den kan användas för avtal. Svaret kommer att fortsätta vara lika givet som nu: Visst gills det!

Att muntliga, faxade och elektroniskt signerade avtal, liksom andra icke-traditionella avtal, som huvudregel är giltiga beror på att lagen sällan ställer några särskilda s.k. formkrav för hur avtal ska ingås. Huvudregeln

om formfrihet uttrycks emellertid inte i lagstiftningen. Man kan tycka att det var onödigt diskret av lagstiftaren att inte uttryckligen ange en så viktig regel. Den nöjde sig dock med att i 1 § 3 st. avtalslagen göra en markering om förekomsten av undantag från huvudregeln. Av den markeringen ska man dra slutsatsen att avtal i andra fall kan ingås på valfritt sätt, jfr t.ex. Almén och Eklund (1967 s. 14 f.).

Bestämmelsen i 1 § tredje stycket avtalslagen har funnits sedan avtalslagen trädde i kraft den 1 januari 1916. Inte ens då var bestämmelsen mer än en påminnelse om att det ibland fanns formkrav. Även långt före 1916 var huvudregeln att avtal kunde ingås oberoende av form.

Giltighet, dåligt minne och bevisbarhet

Att avtal – och för den delen även andra rättshandlingar, såsom anbud, accepter, reklamationer, hävningsförklaringar, skuldförbindelser m.m. – som huvudregel är giltiga oberoende av form, innebär inte att man är förhindrad att använda en mer beständig form än vad som krävs för giltighet. Tvärtom är det ofta lämpligt att dokumentera sina rättshandlingar. Det finns åtminstone två goda skäl för det. Dels har de flesta av oss inte fotografiskt minne och kan därför behöva spara avtalet för att ha möjlighet att gå tillbaka till det för att se vad som ingick i det. Dels behövs i en tvist ibland bevisning om att avtal alls finns och nästan alltid om dess innehåll. Många gånger kan en potentiell tvist lösas redan genom att parterna tar fram avtalsdokumentationen och gemensamt konstaterar vad de kom överens om och sålunda fräschar upp åtminstone den enas minne. Andra gånger räcker inte det, utan parternas olika uppfattning om avtalet får lösas av en domstol eller skiljenämnd. Den part som då har bevisbördan klarar sig i allmänhet betydligt bättre *med* avtalsdokumentation än vad den skulle göra *utan*.

Frågor om giltighet måste således skiljas från mer praktiska frågor om i första hand bevisning, men i andra hand även minne. För att en part ska vinna en tvist räcker det inte att den rättshandling som den åberopar är giltig. Oftast krävs också att parten kan bevisa att rättshandlingen finns och har visst innehåll, liksom – naturligtvis – att den stödjer partens talan.

Bakgrund – de lagstadgade undantagen

För att ur ett juridiskt perspektiv kunna diskutera elektroniska signaturer är det nödvändigt att först ta ställning till när de alls kan välla problem. Jag

kommer därför att först behandla en del juridiska s.k. formkrav för att därefter – i senare avsnitt – gå igenom i vilken utsträckning de kan tillgodoses genom elektroniska signaturer.

En huvudregel kräver undantag. Om inga sådana finns, är den regel i stället för huvudregel. Viktiga undantag från huvudregeln om formfrihet är avtal om köp av fastighet (se 4 kap. 1 § jordabalken), av tomträtt (se 13 kap. 7 § jordabalken) och av bostadsrätt (se 6 kap. 4 § bostadsrättslagen). Formkrav finns även för *upplåtelse* av tomträtt och av bostadsrätt, liksom för de flesta arrendeformer (se 13 kap. 3 § jordabalken, 4 kap. 5 § bostadsrättslagen och 8 kap. 3 § jordabalken).

I en del andra fall ger lagen en part rätt att kräva att ett i och för sig giltigt avtal ska upprättas skriftligt. Så är t.ex. fallet med avtal om handelsagentur (se 2 § lagen om handelsagentur) och om hyra av lägenhet (se 12 kap. 2 § jordabalken).

Överlåtelse av fastighet, tomträtt och bostadsrätt

En *överlåtelse* innebär att äganderätten till avtalsobjektet flyttas från en person till en annan. Det vanligaste överlåtelseavtalet är avtal om köp. Även byten och gåvor är överlåtelser.

För giltigt köp av fast egendom krävs enligt 4 kap. 1 § jordabalken att avtalet är skriftligt och undertecknat av säljare och köpare. Därutöver krävs för giltighet att avtalet anger vilken fastighet som överläts, priset och en förklaring från säljaren att fråga är om en överlåtelse. Motsvarande krav gäller för köp av tomträtt.

För överlåtelser av bostadsrätter gäller i princip samma krav. Även om det inte särskilt anges i lagtexten att det krävs en s.k. överlåtelseförklaring, används ofta samma mall som för fastighetsköp. Dessutom är det praktiskt svårt att åstadkomma ett överlåtelseavtal av vilket det inte framgår att det avser just överlåtelse.

Upplåtelse av bostadsrätt och av fastighet

Till skillnad från en överlåtelse avser en *upplåtelse* inte en övergång av äganderätten. Den ska vara kvar hos upplåtaren. Upplåtelsen avser i stället rätten att använda avtalsobjektet. Hyra och lån är vanliga former för upplåtelse. Även bostadsrätt, arrende och tomträtt är former för upplåtelse, eftersom den lägenhet eller fastighet som upplåts fortfarande ägs av någon annan än den som använder den. Lägenheten ägs av bostadsrättsföreningen, medan

fastigheten vid tomträttsupplåtelse för det mesta ägs av en kommun eller annat offentligt organ och även i övriga fall av en annan person än den som ska använda den. En överlåtelse av en bostads- eller tomträtt eller av ett arrende är således egentligen en överlåtelse av i första hand nyttjanderätten enligt upplåtelseavtalet mellan å ena sidan bostadsrättsföreningen eller fastighetsägaren och å andra sidan säljaren.

Formkraven för upplåtelse av bostadsrätt och av fastighet skiljer sig från sina motsvarigheter för överlåtelse. För upplåtelse av bostadsrätt anges således i 4 kap. 5 § bostadsrättslagen att upplåtelsen ska ske skriftligen och att parternas namn ska anges, liksom lägenheten och de belopp som ska betalas som insats och årsavgift, medan 13 kap. 3 § jordabalken för upplåtelse av tomträtt anger att avtalet ska upprättas skriftligt och att det ska ange att upplåtelsen avser tomträtt. Däremot anges inte såsom beträffande överlåtelse att upplåtelseavtalet ska *undertecknas* av parterna. I 8 kap. 3 § jordabalken anges att de flesta arrendeavtal ska vara skriftliga.

När fråga är om upplåtelse av bostadsrätt framgår det tämligen klart av såväl rättspraxis (se RH 2005:11 (I och II)) som lagmotiv (se prop. 2007/08:45 s. 60) att det inte för giltighet krävs att upplåtelseavtalet skrivs under – för hand eller på annat sätt – av parterna. Som särskilt anges i lagmotiven är det emellertid många gånger så att ett undertecknande ”i det enskilda fallet kan ha avgörande betydelse för om ett avtal ska anses ha kommit till stånd” (prop. 2007/08:45 s. 60). Det är emellertid en fråga om bevisning och tolkning snarare än om giltighet.

Av lagmotiven till regleringen av tomträttsupplåtelse framgår att lagstiftaren inte har haft för avsikt att reglera upplåtelseavtal på annat sätt än överlåtelseavtal och att avsikten således har varit att även de förra ska vara undertecknade av parterna (se prop. 1970:20 B s. 409). Att det inte har angivits särskilt i lagtexten beror nog på att det vid bestämmelsens tillkomst – den och dess föregångare har haft samma innehåll i över hundra år – var svårt att tänka sig ett skriftligt avtal som inte också skrevs under av parterna för hand. Faktum är emellertid att lagtexten är utformad på ett sätt som radikalt skiljer sig från motsvarande bestämmelser beträffande överlåtelse och som samtidigt i allt väsentligt svarar mot bostadsrättslagens reglering av upplåtelseavtal.

Även för arrendeavtal gäller ett krav på skriftlighet. Redan 1971 ansåg emellertid Högsta domstolen att det inte innebar att avtalet skulle behöva skrivas under, åtminstone inte av båda parter (se NJA 1971 s. 412).

Argumenten för att upplåtelseavtal beträffande bostadsrätt och arrende ska vara giltiga även utan underskrift är lika bärkraftiga för upplåtelseavtal

beträffande tomträtter. Det vore följaktligen konstigt om inte i vart fall sådana avtal om upplåtelse av tomträtt som kan visas härröra från parterna skulle anses vara giltiga även om de av någon anledning skulle sakna egenhändiga underskrifter.

Parts rätt att kräva skriftlig form

Bestämmelser om att en part har rätt att kräva att ett avtal upprättas i skriftlig form är tämligen märkliga företeelser. Utgångspunkten för regleringen är att det står vardera parten fritt att välja om den vill ingå avtal eller inte. Så länge en part inte är bunden av avtalet, kan den naturligtvis kräva att det upprättas i vilken form den vill. Om motparten går med på det och avtalet sluts i den bestämda formen, är allt väl. Om motparten inte går med på kravet, sluts inget avtal.

Regleringen aktualiseras därför framför allt när ett avtal redan har slutits och den ena parten därefter kräver att det dokumenteras i skriftlig form. En vägran att dokumentera avtalet efter en sådan begäran kan vara ett avtalsbrott som ger motparten rätt att häva avtalet (se t.ex. 26 § 1 p. lagen om handelsagentur) och kräva skadestånd (se t.ex. 34 § lagen om handelsagentur). Det är emellertid också tänkbart att en vägran inte leder till så ingripande effekter, utan bara ger en rätt för motparten att med hjälp av exekutiva myndigheter tvinga fram ett skriftligt avtal (se t.ex. Holmqvist och Thomsson 2011, kommentaren till 12 kap. 2 § 1 st. jordabalken).

Lagen om kvalificerade elektroniska signaturer

Lagen om kvalificerade elektroniska signaturer reglerar inte frågor om ingående eller giltighet av avtal. Den reglerar i stället framför allt ”krav på, tillsyn över och skadeståndsansvar för den som utfärdar certifikat för elektroniska signaturer till allmänheten, om certifikaten anges ha en viss säkerhetsnivå” (prop. 1999/2000:117 s. 1, se även s. 34 ff.).

Ett elektroniskt certifikat kan sägas vara en identitetshandling. Den kan vara bättre eller sämre, dvs. framför allt dels mer eller mindre förtroendeingivande, dels svårare eller lättare att förfalska. Frågan om den är förtroendeingivande har nära samband med vem som har ställt ut den. Ett ID-kort som har ställts ut av en lokal korvhandlare är redan av det skälet mindre förtroendeingivande än ett som har ställts ut av Skatteverket, Polisen eller någon bank. Det har inget med handlingens innehåll att göra, utan bara med trovärdigheten hos den som har ställt ut den.

Möjligheten att förfalska en identitetshandling skapar liknande trovärdighetsproblem. En med blyerts handskreven lapp i vilken den lokala korvhandlaren intygar en persons identitet kan i och för sig ge korrekta uppgifter om personens identitet. Utfärdarens trovärdighet innebär emellertid i kombination med att det är lätt att förfalska handlingen att dess värde som identitetshandling är obefintligt.

Avsikten med lagen om kvalificerade elektroniska signaturer är inte minst att undanröja motsvarande problem för elektroniska "ID-kort". Den syftar således framför allt till att höja trovärdighetsnivån för utfärdare av elektroniska certifikat – och därmed även för de elektroniska signaturerna – så mycket att vi vågar ta dem för goda.

De flesta avtal är som sagt giltiga oberoende av form. För att de ska kunna göras gällande, måste vi emellertid inte bara ha en motpart, utan också veta vem som är motpart. När motparten har identifierat sig genom en med blyerts handskiven lapp från en korvhandlare, är underlaget dåligt för bedömningen av vem som är motpart. Underlaget är avsevärt mycket bättre när den i stället har identifierat sig med ett hologramföresatt, inplastat ID-kort från Skatteverket.

Lagen om kvalificerade elektroniska signaturer gör i grunden samma sak, men i en elektronisk miljö. Den säkerställer att vissa utställare av elektroniska certifikat förser dem med motsvarigheter till hologram, "plastar in" dem och på andra sätt gör dem svåra att förfalska. Den skapar därigenom trovärdighet för sådana utställare av elektroniska ID-handlingar och ger oss ett bra underlag för att bedöma vem vi har med att göra.

17 § lagen om kvalificerade elektroniska signaturer ser visserligen ut att reglera även civilrättsliga frågor om giltighet. Så är emellertid inte fallet. Den innebär bara att lagstiftaren när den i lag föreskriver formkrav i allmänhet inte får lov att ställa högre krav på elektronisk signering än att den ska vara kvalificerad.

Skriftlighetskrav, krav på undertecknande och elektroniska signaturer

Den offentligrättsliga regleringen om elektroniska signaturer måste skiljas från den civilrättsliga regleringen av giltighetsfrågor. Bestämmelser om avtal och andra rättshandlingars giltighet finns i första hand i avtalslagen och i andra hand i specialreglering, såsom jordabalken och bostadsrättslagen. Utgångspunkten i de undantagsfall där lagen föreskriver att en hand-

ling ska undertecknas är att kravet inte kan uppfyllas elektroniskt om det inte särskilt framgår av lagstiftningen i det enskilda fallet.

Ett exempel på hur en sådan bestämmelse kan se ut finns i 1 kap. 7 § lagen om ekonomiska föreningar, till vilken 1 kap. 9 § bostadsrättslagen hänvisar. Där anges att avancerade elektroniska signaturer får användas i stället för ett egenhändigt undertecknande, om inte något annat anges. Huvudregel i lagen om ekonomiska föreningar – och därmed även i bostadsrättslagen – är således att en avancerad elektronisk signatur uppfyller i lagen angivna krav på egenhändigt undertecknande. I bostadsrättslagen anges dock för avtal om *överlåtelse* av bostadsrätt i 6 kap. 4 § särskilt att lagens huvudregel inte ska tillämpas. För just överlåtelseavtal gäller därför fortfarande kravet att det ska upprättas på papper och skrivas under med penna.

Jordabalken har ingen särskild bestämmelse om elektronisk signering av köpavtal. För överlåtelse av fast egendom och av tomträtter gäller därför fortfarande det gamla formkravet: papper och penna.

Frågan om elektroniska signaturers tillräcklighet är intressant i de undantagsfall där lagstiftningen kräver att ett avtal eller någon annan rättshandling ska skrivas under. För de allra flesta avtal och andra rättshandlingar är den emellertid helt ointressant, eftersom de inte är underkastade några formkrav och följaktligen inte behöver skrivas under alls. Inte heller för rättshandlingar för vilka lagen bara kräver *skriftlighet* kan elektroniska signaturer välla några problem, eftersom skriftligheten inte i sig förutsätter undertecknande, jfr t.ex. art. 1.11 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2010) enligt vilken skriftlighet ”means any mode of communication that preserves a record of the information contained therein and is capable of being reproduced in tangible form”.

Avtalade formkrav

Det är inte ovanligt att parter avtalar om egna formkrav. Sådana arrangemang finns framför allt i tre situationer. Parter kan inför ett större avtal komma överens om att de inte blir bundna gentemot varandra så länge som de inte har skrivit under ett slutligt avtalsdokument, se härom t.ex. Kihlman (2008 s. 247 ff.) och Krüger (2008 s. 261 ff.). Det är inte ovanligt att avtal föreskriver att ändringar och tillägg bara kan ske i viss – i allmänhet skriftlig – form. I avtal kan också föreskrivas att viss ensidig kommunikation, t.ex. reklamationer, bara får ske i viss form.

I samtliga fall uppkommer problem när den ena parten anser att en rättshandling har företagits trots att den föreskrivna formen inte har iakttagits, medan den andra anser att rättshandlingen inte har företagits alls, eftersom formkravet inte har iakttagits. Eftersom det är fråga om formkrav enligt parternas avtal – till skillnad från formkrav som lagstiftaren har tvingat på dem – får problemen i första hand lösas genom tolkning av avtalet.

Tolkningen av parternas avtalade formföreskrifter utgår från betydelsen hos de uttryck som de har använt. Ett avtalat krav på *skriftilighet* bör därför anses vara uppfyllt oberoende av om handlingen har undertecknats. E-post bör således duga gott. Svårare blir det om parterna även har avtalat att handlingen ska vara *undertecknad*. En sådan tolkning ska – liksom all tolkning – utgå från de enskilda parterna i den aktuella situationen. Mot den bakgrunden är det möjligt att föreskriften ännu inte alltid kan anses vara uppfylld med ett elektroniskt signerat dokument. I takt med att sådana blir vanligare – för det kommer de med all säkerhet att bli – ökar sannolikheten för att elektroniska signaturer kommer att anses uppfylla avtalade krav på att en handling ska vara undertecknad. När det avtal i vilket föreskriften finns är undertecknat i elektronisk form är det naturligtvis närmast självklart att en ändring som har signerats elektroniskt är giltig.

En utgångspunkt för bedömningen är också att parterna *disponerar* över sitt avtal. Inget hindrar dem således från att utan iakttagande av den avtalade formen *komma överens om* att bortse från just villkoret om form. Det kan ske uttalat och medvetet, men lika gärna genom att de helt enkelt struntar i eller glömmar bort formkravet. Avgörande för denna bedömning är inte minst om den som skulle kunna åberopa avsteget från formföreskriften genom sitt agerande eller på annat sätt har kommunicerat att den godtar att rättshandlingen företas utan iakttagande av formföreskriften.

De här behandlade problemen uppkommer framför allt när parter avtalar om opraktiska formkrav och när det därför finns en skillnad mellan vad avtalet föreskriver och hur verkligheten gestaltar sig. Parter som avviker från sina egna formkrav skapar – eller *har* snarare skapat – onödiga problem genom att ha föreskrivit formkrav som de själva – åtminstone i efterhand – uppfattar som opraktiska. Det är dumt. Om man vill tvinga sig själv och sin motpart till att dokumentera vad som sker, är det därför bättre att föreskriva enkla och smidiga lösningar än att föreskriva mer komplicerade. Sannolikheten för att formkraven kommer att följas är rimligtvis högre om de tillåter elektronisk kommunikation än om de innebär att kommunikationen ska ske ”by registered mail” eller på annat jämförelsevis omständligt sätt.

Är det juridiskt bindande?

Med några få undantag saknar den svenska lagstiftningen formkrav för avtal och andra rättshandlingar. Traditionellt har det uttryckts så att (även) muntliga avtal är giltiga. De huvudsakliga undantagen har varit och är avtal om överlåtelse av fast egendom, av tomträtter och av bostadsrätter. Mer begränsade formkrav finns även för upplåtelse av tomträtter och av bostadsrätter, liksom för en del andra rättshandlingar.

När lagen i angivna undantagsfall kräver att ett avtal ska vara undertecknat, är huvudregeln att det ska ske med penna på papper. I åtskilliga lagar föreskrivs dock att huvudregeln inte behöver tillämpas utan att formkravet kan uppfyllas med en elektronisk signatur. Mot bakgrund av de tekniska lösningar som numera finns kommer dessa undantag säkerligen att bli fler och fler.

För nästan alla avtal och andra rättshandlingar finns det dock som sagt inga krav på undertecknande. De kan därför alltid signeras elektroniskt. Det följer av att inte ens sämre dokumentation – eller för den delen ingen dokumentation alls – påverkar giltigheten. I praktiken innebär det att en överväldigande majoritet av alla avtal som i dag ingås på papper och skrivs under med penna minst lika gärna skulle kunna ingås elektroniskt – utan vare sig papper eller penna. Det är praktiskt. Och visst är det bindande!

Källförteckning

LITTERATUR

Almen, T. & Eklund, R. (1967) *Lagen om avtal*, 9 uppl., Norstedts Juridik.

Holmqvist, L. & Thomsson, R., *Hyreslagen*, (31 mars 2011, Zeteo).

Kihlman, J. (2008) "Slutande av avtal genom förhandling" i *Festskrift till Lars Gorton*, Juristförlaget.

Krüger, K., (2008) "Closing'-förbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger" i *Festskrift till Lars Gorton*, Juristförlaget.

OFFENTLIGT TRYCK M.M.

Prop. 1970:20 B Jordabalken.

Prop. 1999/2000:117 Lagen om kvalificerade elektroniska signaturer m.m.

Prop. 2007/08:45 Elektronisk ingivning för ekonomiska föreningar och vissa andra företag m.m.

ÖVRIGT

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2010).

RÄTTSFALL

Högsta domstolen

NJA 1971 s. 412

Hovrätterna

RH 2005:11 I och II