

## Fel i standardavtal

*Att standardavtal – liksom avtal i allmänhet – avviker från den dispositiva bakomliggande regleringen är en självklarhet. De parter som tillämpar ett standardavtal gagnas emellertid oftast inte av att standardavtal i större eller mindre utsträckning avviker även från den dispositiva rättens systematik och terminologi. Det skapar i stället osäkerhet och därmed högre kostnader. I artikeln behandlas olika standardavtalslösningar kring det avtalsbrott som brukar benämnas ”fel”, inte minst eftersom florin av avvikelser från den dispositiva rätten där är tämligen riklig. Inledningsvis behandlas dock – som en bakgrund – den dispositiva regleringen kring avtalsbrottet ”fel”.*

Om avtal aldrig avvek från den dispositiva rätten skulle de regelmässigt vara kortare än vad de nu är. I princip all avtalsreglering – möjligen objektets artbestämning och kvantitet undantagna – är i realiteten avvikelser från – eller i vart fall preciseringar av – vad som annars skulle gälla. Det gäller till och med så triviala villkor som pris eller tid och plats för leverans. Det är följaktligen naturligt och riktigt att avtal avviker från dispositiv reglering. Att avtal regelmässigt i större eller mindre utsträckning avviker från den dispositiva regleringen innebär emellertid inte med nödvändighet att avvikelserna är till nytta för parterna – eller ens för den ena parten. Det kan t.o.m. vara så att avvikelserna motverkar båda parternas intressen.

Det finns olika slags avvikelser från dispositiv rätt. En sorts avvikelse – låt oss kalla den för kvalitativ – innebär att regleringen ändras utan att det grundläggande systemet påverkas. Ett exempel är att indirekt skada bara ersätts vid grov vårdslöshet, i stället för, såsom i köplagen, vid vårdslöshet. En annan sorts avvikelse

– låt oss kalla den för systematisk – innebär mer djupgående förändringar i förhållande till dispositiv rätt, eftersom förändringen rubbar systemet. Ett exempel är att avtalet anger att ”ekonomisk följdförlust” – vilken torde likna, men inte vara identisk med, ”indirekt skada” – bara ersätts vid vårdslöshet (eller grov vårdslöshet). Systematiska avvikelser skapar den extra komplikationen att det gängse systemet inte stödjer tillämpningen av avtalet, eftersom systemet inte känner t.ex. begreppet ”ekonomisk följdförlust”.

Kvalitativa avvikelser från dispositiv rätt är en självklarhet. De ger parter möjlighet att skapa avtal som bättre än den dispositiva rätten stödjer deras affär. Nyttan av systematiska avvikelser kan däremot sättas i fråga. Många gånger skapar de osäkerhetsmoment utan att samtidigt tillföra motsvarande mängd nytta. En god arbetsregel för den som utformar avtal är därför att i så stor utsträckning som möjligt hålla sig till den dispositiva regleringens system och inom det göra de kvalitativa förändringar som behövs för att avtalet skall bli ändamålsenligt.

Ett standardavtal är ett dokument med avtalsvillkor, vilket har utformats ”i förväg” och är avsett för upprepat bruk. Dess innehåll är inte tänkt att behöva diskuteras särskilt mellan avtalsparterna. Standardavtal syftar således till att förenkla för avtalsparter. I stället för det ”standardavtal” som tillhandahålls av lagstiftaren i form av dispositiv rätt, kan de välja en annan standard. Eftersom den valda standarden blir en del av parternas avtal, måste den emellertid tillämpas mot bakgrund av lagstiftarens dispositiva standard. Syftet att förenkla för avtalsparterna motverkas om standardavtalen skapar komplikationer som inte finns i den dispositiva regleringen eller som uppkommer på grund av att standardavtalen måste förhålla sig till denna.

Standardavtal innehåller naturligtvis åtskilliga kvalitativa avvikelser från dispositiv rätt. Om så inte vore fallet skulle de knappast finnas. De innehåller emellertid också många systematiska avvikelser. I en del fall är avvikelserna lämpliga och tillför nytta för parterna. Så långt är allt gott. En förutsättning för att en systematisk förändring skall vara nyttig är nästan alltid att den är tydlig och inte i sig ger utrymme för alternativa tolkningar och tillämpningsmöjligheter. I många fall är det emellertid minst sagt tveksamt om systematiska ändringar medför någon nytta. Snarare

skapar de ökad osäkerhet och utrymme för alternativa tolkningar och tillämpningar. Så är fallet inte minst beträffande flera standardavtals reglering av det avtalsbrott som på svenska brukar kallas ”fel”.

## Den dispositiva regleringen

### Köparens befogade förväntningar

De köprättsliga principerna för felbedömning är enkla och klara. En vara är enligt 17 § 3 st. köplagen felaktig om den avviker från vad köparen har fog för att förvänta sig (eller *förutsätta*, som är den term som används i köplagen). En köpare har i princip fog för att förvänta sig att varan svarar mot avtalets uttryckliga beskrivning av den, liksom mot vad som i övrigt *följer av avtalet*. Avtalet skall således tolkas innan man tar slutlig ställning till vilka förväntningar som är befogade. Det är sedan närmast en juridisk smaksak om man skall betrakta bestämmelserna i 17 § 2 st. köplagen som naturliga delar av avtalstolkningen eller som utfyllnad: avvikelser från dem innebär under alla omständigheter att varan är felaktig. Eftersom köpet är ett avtal, är det naturligt att köparens förväntningar, för att vara befogade, härrör från avtalet och existerade *vid avtalstillfället*.

### Riskövergångens betydelse

Köplagen knyter felbedömningen till riskövergången. Det spelar följaktligen ingen materiell roll hur en vara är beskaffad sekunderna före eller sekunderna efter riskövergången. Mycket kan hända på några sekunder. Felbedömningen kan således sägas vara en jämförelse mellan varans beskaffenhet vid riskövergången och köparens befogade förväntningar, vilka för att vara befogade måste ha funnits vid avtalstillfället.

Anknytningen till riskövergången innebär också att det i princip inte spelar någon roll *varför* en vara är felaktig. Det är egalt om felet – som måste ha funnits vid riskövergången – beror på att säljaren med uppsåt har slagit sönder varan, på säljarens grova vårdslöshet, på säljarens ”vanliga” vårdslöshet eller på en ren olyckshändelse. I samtliga fall är varan felaktig och säljaren har begått avtalsbrott. Säljaren undgår ansvar bara om ”felet” beror

på något som köparen står risken för, i första hand köparens eget agerande.

### **Köparens vetskap**

Att en vara är felaktig när den avviker från köparens *befogade* förväntningar innebär bl.a. att den inte kan vara felaktig om köparen vid köpet kände till ”felet”. Köparen kan knappast sägas kunna ha fog för att förvänta sig att en vara är beskaffad på annat sätt än vad köparen vid köpet visste skulle vara fallet. En annan sak är att en köpare ibland kan ha fog för att förvänta sig att ”felet” åtgärdas, så att varan vid riskövergången kommer att vara annorlunda beskaffad än vid avtalstillfället. Bestämmelsen i 20 § 1 st. köplagen att en köpare inte får åberopa att en vara är felaktig om köparen kände till felet är således närmast en tautologi. Den tillför inget som inte redan framgår av 17 § 3 st. köplagen.

Konstruktionen i den internationella köplagen (CISG) skiljer sig från den i köplagen. Art. 35 (3) – som är den närmaste motsvarigheten till 20 § 1 st. köplagen – anger att säljaren inte ansvarar för avvikelser från art. 35 (2) om köparen har känt till dem. Avvikelser från art. 35 (1) – dvs. från vad som framgår av avtalet – omfattas däremot inte av undantaget. Förmodligen skall dock köparens vetskap beaktas vid avtalstolkningen, så att avtalets omedelbara innehåll påverkas av köparens vetskap. Även om teknikerna skiljer sig åt, kommer därför den praktiska skillnaden att vara obefintlig mellan hur köplagen och CISG hanterar köparens vetskap.

### **Marknadsföring m.m.**

Anknytningen till köparens *befogade* förväntningar innebär att det inte finns några principiella hinder mot att beakta t.ex. marknadsföring när man fastställer om en vara är felaktig. I köplagen har dock betydelsen av marknadsföring och liknande information begränsats – eller åtminstone preciserats – genom 18 §, så att inte all sådan information tillmäts betydelse. Även i 18 § markeras att köparens vetskap – här genom korrigerande information från säljaren – utesluter ett felansvar. Naturligtvis måste informationen lämnas senast vid avtalstillfället, vilket i bestämmelsen markeras genom att den skall ha lämnats *i tid*.

### Köparens undersökningsplikt

Det är en vanlig missuppfattning att köpare inte har undersökningsplikt när fråga är om lös egendom, medan en sådan finns för fast egendom. I realiteten är det mer än något annat en lek med ord. Oberoende av egendomslag har en köpare alltid goda skäl att inför köpet undersöka allt vad den inte har möjlighet att hålla säljaren ansvarig för (och aldrig någon juridiskt betingad – det kan dock finnas andra bevekelsegrunder – anledning att undersöka sådant som den kan hålla säljaren ansvarig för). Oberoende av egendomslag har därför en köpare skäl – vilka i och för sig kan benämnas *plikt* – att undersöka det objekt som den står i begrepp att köpa.

### Reklamation och preskription

Den undersökning som är relevant för felbedömningen är den som företas *före köpet*. Undersökningar – och upptäckter – därefter kan naturligtvis inte längre påverka de förväntningar som köparen hade *vid köpet*. I köplagen föreskrivs emellertid i 31 § att köparen skall undersöka varan när den har avlämnats.

Riktigare skulle ha varit om det i stället hade angivits att undersökningen skulle ske ”när risken har gått över till köparen”. Den praktiska skillnaden blir emellertid obetydlig, eftersom risken i stort sett alltid går över till köparen vid avlämnandet. En liknande lapsus finns i 38 §, enligt vilken ett prisavdrag skall relateras till varans skick vid avlämnandet i stället för – som vore riktigare – vid riskövergången.

Undersökningen enligt 31 § köplagen har ingen betydelse för felbedömningen utan har som enda juridiska syfte att vara utgångspunkt för reklambestämmelsen i 32 § 1 st. En köpare borde således ha märkt alla fel som skulle ha upptäckts vid en undersökning enligt 31 §. Och den skäligen tiden inom vilken reklamation enligt 32 § 1 st. skall ske börjar löpa ”så snart omständigheterna medger” att undersökning sker.

Bestämmelsen i 32 § 2 st. köplagen att reklambestämmelsen alltid upphör efter två år är mer intressant ur ett felbedömningsperspektiv: den är utformad som en preskriptionsregel, men kunde lika gärna ha varit en del av själva felbedömningen. I relationen mellan parterna skulle den således lika gärna ha kunnat finnas i 17 §: en vara är inte felaktig om den fungerar i minst två år. Efter-

som åtskilliga varor håller i mer än två år och eftersom det samtidigt är praktiskt att säljarens ansvar upphör efter en tid, har det emellertid ansetts vara lämpligare att utforma bestämmelsen som en preskriptionsregel än som en del av felbedömningen.

### Bevisfrågor

Inte heller de processuella frågorna kring felbedömningen är särskilt komplicerade: köparen har bevisbördan för att varan är felaktig. Köparen skall således visa att varan vid riskövergången avvek från vad köparen på grund av avtalet hade fog för att förutsätta. Köparen förlorar tvisten om köparen misslyckas med detta.

Inget hindrar emellertid säljaren från att ta på sig bevisbördan. Det vanligaste sättet att göra det är att säljaren lämnar en garanti. Köparen skall då visa att varan *vid reklamationstillfället* avviker från köparens befogade förväntningar. Säljaren skall därefter visa att avvikelserna varken fanns eller beror på något som fanns vid riskövergången. Det är ofta svårt redan att bevisa att en avvikelse fanns vid riskövergången, särskilt när reklamationen sker efter lång tid. Det är av naturliga skäl ofta ännu svårare att visa att avvikelserna *inte fanns* vid riskövergången.

Ovanstående korta redogörelse visar förhoppningsvis att det köprättsliga systemet är tämligen klart och sammanhängande. De problem som uppkommer – och de är i och för sig ganska många – beror inte i första hand på systemet, utan snarare på att avtalsparter alltför ofta har ägnat alltför lite tid och kraft åt att beskriva avtalsobjektet. Varken hänvisningen till vad som ”följer av avtalet” i 17 § 1 st. köplagen eller jämförelseobjektet ”varor av samma slag” i 17 § 2 st. är till särskilt stor nytta, när beskrivningen i avtalet inte ens pekar åt rätt håll, eller – vilket många gånger tyvärr är fallet – knappt pekar alls.

### Avtalstolkning

Avtalstolkning bygger bl.a. på respekt för parterna. Den som tolkar ett avtal skall vara ”artig” mot den eller dem som konstruerade avtalet. En utgångspunkt vid all avtalstolkning – och för den delen även tolkning av t.ex. lagtext och rättsfall – måste därför vara att den eller de som har utformat texten har haft en tanke med vad de

har gjort och har avsett att kommunicera tanken till läsaren. Avtalslösningar som framstår som mindre lyckade eller lämpliga får därför inte viftas bort, utan skall respekteras, tolkas och tillämpas, åtminstone så länge som det inte är uppenbart att parterna faktiskt inte har haft någon avsikt med sin konstruktion.

Vid tillämpning av standardavtal tillkommer komplikationen att avtalstolkningen mer än eljest delvis är en fiktion, eftersom de egentliga avtalsparterna ofta inte har haft något med utformningen av standardavtalet att göra. För dem som konstruerar standardavtal bör det inte spela någon roll. De skall naturligtvis sträva efter att göra livet så lätt som möjligt för dem som skall använda standardavtalet, dvs. de egentliga avtalsparterna. Vid en bedömning *in casu* måste emellertid frågan ställas om det är parternas avsikt eller konstruktörernas som skall sättas i främsta rummet. Det borde vara en självklarhet att det är avtalsparternas avsikt som skall ges företräde, men inte minst förekomsten av kommentarer till standardavtal antyder att andra hyser den motsatta uppfattningen. I framställningen kommer jag med ett undantag – diskussionen om just kommentarers betydelse – att bortse från den här komplikationen och i stället utgå från konstruktörernas avsikter, eftersom jag i första hand kommer att diskutera konstruktionerna i standardavtalen.

## Terminologi

Det är självklart att en enhetlig terminologi minskar risken för missförstånd. Det är därför lämpligt att i avtal så långt det är möjligt hålla sig till de termer som används i den dispositiva rätten, eftersom de därigenom redan är definierade. Det vore i och för sig också önskvärt att terminologin i den dispositiva rätten var enhetlig. Termen ”fel” har således under lång tid använts på delvis skilda sätt. I köplagen är det klart att ett fel också är ett avtalsbrott och att säljaren följaktligen regelmässigt ansvarar för ett fel. Termen markerar således gränsen mellan säljarens och köparens risksfärer. Det traditionella förhållningssättet enligt jordabalken har i stället varit att ett fel inte alls behöver vara ett avtalsbrott, inte minst eftersom köparen borde ha upptäckt det. Skillnaden mellan köplagen och jordabalken är systematisk. I sak är den dock obefintlig:

de flesta fel som en fastighetsköpare borde ha upptäckt skulle enligt köplagen inte ens ha varit fel. Effekten blir således nästan alltid densamma, låt vara med skilda motiveringar, oberoende av om jordabalken eller köplagen skulle tillämpas.

Att låta termen ”fel” markera gränsen mellan säljare och köpare har åtminstone två fördelar. Dels svarar den mot köplagens systematik, dels innebär den att termen ”fel” får en påtaglig juridisk innebörd: med fel avses säljarens avtalsbrott såvitt avser avtalsobjektets egenskaper m.m. Alternativet att ett fel, för att ådra säljaren ansvar, också måste vara *relevant*, har nackdelen att termen ”fel” kommer att sakna juridisk betydelse. Det blir i stället den kompletterande frågan om felet är *relevant* som blir avgörande.

I både köplagen och jordabalken definieras fel som avvikelser från vad köparen haft fog för att förutsätta. Alternativet att felet inte kan åberopas om det därtill inte är *relevant* skulle innebära att säljaren inte ansvarar för avvikelser från köparens befogade förväntningar och att köparen följaktligen, trots att förväntningen är *befogad*, inte har fog för att förvänta sig att säljaren ansvarar för avvikelser från den. Det hänger inte ihop.

Terminologin i lagstiftningen är en sak. Terminologin i avtal är en annan. När avtalsparter väljer att använda termer som inte finns i den dispositiva rätten, i stället för termer som definieras där, ligger det nära till hands att tro att de har haft för avsikt att fjärma sig från den laggivna definitionen. Frågan måste naturligtvis då ställas vad de har tänkt sig i stället. Ett exempel är ORGALIME S-2000 – som har så marginella skillnader mot NL 01 att de gott kan sägas vara NL 01 på engelska – som använder termen ”defect” för vad vi i Sverige kallar ”fel”. I de flesta situationer kommer ORGALIME S-2000 att tillämpas mot bakgrund av CISG, om inte annat på grund av det enkla faktum att mer än tre fjärdedelar av all internationell handel med varor sker mellan stater som har tillträtt CISG. I CISG används termerna ”non-conformity” och ”lack of conformity” som motsvarigheter till svenskans ”fel”. De har valts för att markera anknytningen till avtalet och inte minst att en vara inte behöver vara felaktig trots att den är defekt. Valet i ORGALIME S-2000 av den mer objektiva standarden ”defect” väcker åtminstone frågan om konstruktörerna har avsett att en mer objektiv standard skall användas, vilken är oberoende av avtalet. Att termen ”defect” har hängt med sedan åtminstone år 1953



talar dock för att avsikten inte har varit att distansera sig just från CISG, som antogs först år 1980.

Bibehållandet av termen ”defect” kan möjligen berättigas av att ORGALIME S-2000 skall tillämpas mot bakgrund av skilda rättsordningar. Enligt dess p. 45 skall tvister lösas med tillämpning av lagen i säljarens land. Samtidigt tydliggör det problemet att ett avtal plötsligt kan få ett annat innehåll när parterna i slutet av sina förhandlingar – trötta, men nöjda över att snart vara i mål – kommer till frågan om lagval. Valet mellan skilda rättsordningar kan resultera i överraskande tillämpningar av avtalets bestämmelser. En bättre ordning är att i stället för att välja lagen i säljarens land, vilken kan växla från gång till annan, välja en definitiv rättsordning och bygga avtalet på den. Så har t.ex. gjorts i ICC:s modellkontrakt (nr 556) för varuköp, som uttryckligen anger att avtalet skall tillämpas mot bakgrund av CISG, och som konsekvent använder terminologi från CISG. I syfte att markera att frågan bör behandlas tidigt i en förhandling, har bestämmelsen placerats i början av de allmänna villkoren, i stället för den vanliga placeringen, sist eller näst sist.

Ibland ser man – det möjligen svengelska – uttrycket ”faulty goods”. Det får alltid mig att tänka på John Cleese. Och för en part från Frankrike – där ”faute” markerar någon grad av culpa – är det nog inte självklart att ansvaret för ”faulty goods” är strikt.

### **Avtalstolkning – förhållandet till kommentarer**

Precis som om standardavtal vore lagtext finns det kommentarer till åtskilliga av dem. Medan lagkommentarerna avser något som avtalsparterna typiskt sett inte har valt, avser kommentarerna till standardavtalen en del av ett enskilt avtal. En första förutsättning för att kommentarerna alls skall beaktas bör därför vara att parterna kände till dem när avtalet slöts. När så inte är fallet – och en hygglig gissning är att det är ganska ofta – vore det direkt fel att i efterhand använda kommentarerna när avtalsinnehållet skall fastställas. När parterna kände till kommentarstexterna, finns det däremot liten anledning att inte beakta dem vid avtalstolkningen.

Parterna måste antas ha känt till kommentarstexter som finns direkt i standardavtalsdokumentet. Sådana kommentarer finns

t.ex. i många standardavtal från Föreningen Bygghandels Kontraktskommitté. När kommentaren t.ex. preciserar en materiell bestämmelse i avtalstexten, saknas det anledning att inte tolka denna mot bakgrund av kommentaren. Kommentarer blir då i praktiken en integrerad del av avtalet och det finns ingen given hierarkisk skillnad mellan dem och ”vanlig” avtalstext.

Även när kommentaren finns tillgänglig på samma ställe som den egentliga avtalstexten ligger det nära till hands att utgå från att den och dess innehåll är känd för avtalsparterna. Så är t.ex. fallet med kommentaren till ALOS 05 (googla ”ALOS 05” och se om du kan missa kommentaren). Enligt sin ingress förklarar kommentarstexten vissa frågor i anslutning till bestämmelserna. Den anges dock uttryckligen inte vara en del av själva avtalet. Frågan är naturligtvis vad den då är. Det finns två alternativ: antingen har kommentarstexten ingen juridisk relevans. Den har då skrivits i onödan. Eller också skall den utgöra tolkningsunderlag. När avtalet har tolkats färdigt, har den i så fall blivit vad ingressen anger att den inte är, nämligen en del av själva avtalet!

Frågan aktualiseras bl.a. i anslutning till definitionen av vad som är fel. Enligt ALOS 05 p. 19 ansvarar säljaren ”för fel i varan som beror på bristfälligheter i konstruktion, material, tillverkning eller som består i att varan i övrigt inte uppfyller avtalade egenskaper”. I kommentaren till bestämmelsen anges att fel ”föreligger när leveransen avviker från avtalad specifikation, dvs. art, mängd, kvalitet, andra egenskaper och förpackning skall överensstämma med vad som följer av avtalet”. Det är svårt att tro att den som skrivit kommentarstexten inte har låtit sig inspireras av 17 § 1 st. köplagen. Men vad hände med 17 § 2 st. köplagen? Har det funnits en tanke med att näst intill kopiera det första stycket och helt utelämnat det andra, inte minst mot bakgrund av att p. 19 i avtalstexten särskilt anger att fel föreligger när varan ”inte uppfyller *avtalade egenskaper*”, eller har avsikten bara varit att lyfta fram det mest centrala? Jag har ingen aning, men jag vet att ordvalet i avtalstexten i kombination med den ofullständiga kopieringen i kommentaren öppnar för en sådan diskussion. Det är parterna inte betjänta av.

## Tid och plats för felbedömning

NL 01 – och flera andra standardavtal – avviker från köplagens system genom att begränsa säljarens felansvar till vissa slags fel. Enligt NL 01 p. 21 ansvarar således säljaren enligt punkterna 23–33 för fel ”som beror på bristfälligheter i konstruktion, material eller tillverkning”. Motsatsvis torde följa att säljaren *inte* ansvarar – åtminstone inte enligt punkterna 23–33 – för fel som beror på annat än de tre angivna orsakerna. Enligt NL 01 p. 9 skall leverans ske EXW (vid avtalets ingående gällande Incoterms, dvs. f.n. Incoterms 2000). Risken går således över till köparen när varan ställs till dennas förfogande – i allmänhet hos säljaren – och innan eventuell lastning sker. Orsakerna till ett fel kan i ett sådant fall inte vara särskilt många andra än de i p. 21 uppräknade, men visst finns de! Och värre blir det naturligtvis i fall där parterna väljer ett annat leveransvillkor, eftersom alla andra villkor ger utrymme för fler situationer där fel kan uppkomma av andra orsaker än bristfälligheter i konstruktion, material eller tillverkning.

Hur skall sådana fel hanteras? Det finns åtminstone tre alternativ: ett är att man bortser från att avtalet anger särskilda orsaker och tillämpar NL 01 på samtliga fel. En variation av detta alternativ uppkommer när parterna har valt ett annat leveransvillkor än det i NL 01 p. 9 förvalda EXW: har parterna *därigenom* valt bort de avslutande orden i p. 21? Ett annat alternativ är att man tillämpar NL 01 på fel som beror på bristfälligheter i konstruktion, material eller tillverkning, medan man tillämpar dispositiv rätt på övriga fel. Ett tredje är att man inte betraktar fel av andra orsaker än de angivna som avtalsbrott. Inget av alternativen är särskilt lyckat.

Det första alternativet är respektlöst mot dem som konstruerat NL 01. De har naturligtvis haft kännedom om att en sådan lösning innebär att orden ”som beror på bristfälligheter i konstruktion, material eller tillverkning” saknar varje mening, eftersom lösningen är identisk med vad som hade varit fallet om man satte punkt redan efter ”fel i godset” i p. 21. Normala tolkningsregler innebär därför att lösningen är direkt olämplig. Argumenten mot alternativet är lika starka när parterna har valt ett annat leveransvillkor än EXW.

Det andra alternativet är tekniskt oklanderligt: avtalet tilläm-

pas i första hand och där avtalet tiger fyller man ut med dispositiv rätt. Det är emellertid ologiskt och komplicerat: påföljderna i NL 01 skall tillämpas för fel som beror på bristfälligheter i konstruktion, material eller tillverkning, medan påföljderna enligt dispositiv rätt skall tillämpas för övriga fel. Köpare kommer därför många gånger att sträva efter att visa att fel inte beror på bristfälligheter i konstruktion, material eller tillverkning, utan har andra orsaker, medan säljare till varje pris vill övertyga om att felet – om det nu är ett sådant – har angivna orsaker. Alternativet väcker åtskilliga frågor: varför skall en köpare ha rätt till skadestånd när säljaren tappar varan så att den skadas före riskövergången, men bara ha en mycket begränsad motsvarande rätt när säljaren har varit vårdslös i sin tillverkning? Varför är prisavdraget begränsat till 15 procent i det senare fallet, medan det är obegränsat i det förra? Varför är ersättning för utebliven vinst närmast utesluten när felet har angivna orsaker, medan sådan ersättning ofta utgår i andra fall?

Det tredje alternativet innebär antingen att en säljare tillåts begå avtalsbrott utan att köparen har någon tillgänglig påföljd, eller att hänvisningen till Incoterms i punkt 9 är onödig, åtminstone såvitt avser riskövergången. Den förra lösningen innebär att många avtalsbrott inte alls är avtalsbrott, medan den senare innebär att risken inte alls går över först när varan ställs till köparens förfogande, utan i stället redan när tillverkningen är avslutad. Om risken går över till köparen först när varan ställs till hans förfogande, uppkommer ett glapp mellan riskövergången och felansvaret. Det blir ett – visserligen inte alltför stort, men ändå – svart hål i avtalet, där varken säljare eller köpare har något ansvar. Det går inte: någon står alltid risken och att stå risken innebär ett ansvar gentemot motparten.

## Marknadsföringsansvaret

Det är vanligt att säljare marknadsför sina produkter, om inte annat så genom produktblad, broschyrer och numera naturligtvis via Internet. Med de begränsningar som framgår av 18 § köplagen är sådan information underlag för avtalstolkning och därmed också för felbedömningen. Eftersom det är svårt att fastställa vilken information en köpare har haft som underlag för sitt beslut

att köpa, innebär 18 § köplagen en potentiell risk för säljare. En del standardavtal innehåller därför en bestämmelse som syftar till att undanröja det dispositiva marknadsföringsansvaret. Ofta finns bestämmelsen inte tillsammans med övriga bestämmelser om fel i varan, vilket ingalunda gör det lättare för en avtalspart att förstå dess innebörd. I t.ex. NL 01 finns den i p. 2. Bestämmelsen innebär att produktblad, broschyrer och annan liknande produktinformation inte skall anses vara en del av avtalets beskrivning av sitt objekt – och således inte heller ligga till grund för felbedömningen – om inte avtalet *uttryckligen* hänvisar till dem. För en köpare innebär bestämmelsen att han *för sin egen skull* måste säkerställa att all relevant information om avtalsobjektet uttryckligen görs till en del av avtalet, åtminstone genom att avtalet innehåller en hänvisning till de dokument i vilka informationen finns.

### Fel som dröjsmål

En del standardavtal är konstruerade så att vad som enligt t.ex. köplagen typiskt sett utgör ett fel i stället medför att säljaren hamnar i dröjsmål. Tydligast är detta i entreprenadbestämmelser, såsom AB 04, där entreprenaden skall besiktigas och den inte avlämnas förrän den är godkänd. Konstruktionen är på många sätt utmärkt och kan med fördel tillämpas även för varuköp som sker under entreprenadliknande förhållanden, dvs. framför allt när säljaren skall inte bara leverera en vara utan också installera den hos köparen och inte minst när installationen är både tidskrävande och komplicerad. Den juridiska konstruktionen måste emellertid genomföras konsekvent för att lösningen inte skall vålla tillämpningsproblem. Så har inte skett i t.ex. NLM 02, som delvis har anammat ett entreprenadrättsligt system, men delvis är kvar i den vanliga köprätten.

Enligt NLM 02 p. 54 ansvarar säljaren för fel på samma sätt som enligt NL 01. Inget särskilt sägs om tidpunkten för felbedömningen, varför den rimligtvis skall göras vid riskövergången. Riskens går enligt p. 44 över till köparen vid *övertagandet*. Övertagandet sker enligt p. 43 när Anläggningen (i NLM 02 används termen i stället för vad som i köplagen kallas ”varan” och i NL 01 ”godset”) är i det skick som den enligt avtalet skall vara vid över-

tagandet samt i första hand så snart övertagandeprov enligt punkterna 39–42 har genomförts. Eftersom felbedömningen skall göras vid riskövergången, risken går över vid övertagandet och övertagandet förutsätter att Anläggningen är avtalsenlig, kan Anläggningen rimligtvis aldrig vara felaktig: konstruktionen skapar en rundgång i systemet! I praktiken tillämpas bestämmelserna emellertid rimligtvis så att övertagandet sker när övertagandeprovet inte visar annat än att Anläggningen *verkar vara* avtalsenlig och att eventuella problem som visar sig efter övertagandet behandlas enligt felreglerna, medan frånvaron av godkännande innebär att säjaren är i dröjsmål. En sådan tillämpning är emellertid inte i enlighet med utformningen av NLM 02.

## Felaktigt utförda tjänster

### Avtalets kvalitetsnorm

Av tradition har uppdragstagare ansetts ha ett culpaansvar, till skillnad från leverantörer av varor, vilka ansvarar strikt. Spegelbilden av culpaansvaret är att den avtalade standarden för åtskilliga tjänster – t.ex. advokattjänster – är *icke-culpa*. Det är onekligen lågt ställda krav. För merparten av dessa tjänster finns ingen annan påföljd än skadestånd, inte minst eftersom de i allmänhet kan sägas upp utan angivande av skäl. Någon skyldighet att avhjälpa effekterna av en felaktigt utförd tjänst finns inte – inte ens indirekt – så länge felet inte är så allvarligt att culpa föreligger.

En norm är inte mycket värd om det inte finns en påföljd vid brott mot den. I t.ex. ABK 96 anges i p. 4.1 att konsulten skall genomföra sitt uppdrag fackmässigt och med omsorg. Konsultens ansvar är emellertid inte utformat i enlighet härmed, trots att det vore enkelt att ange att han skulle ansvara om uppdraget inte hade utförts i enlighet med p. 4.1. Ansvaret förutsätter i stället enligt p. 6.1 ”vårdslöshet eller försummelser” (vilket därtill torde vara en onödig tautologi). När det hade varit så enkelt att koppla ansvaret till den angivna kvalitetsnormen, är det svårt att tro annat än att det finns ett glapp mellan å ena sidan *konsultens åtagande* och å den andra *konsultens ansvar*. Den praktiska konsekvensen blir att p. 4.1 måste läsas mot bakgrund av p. 6.1: konsulten skall visserligen *egentligen* utföra tjänsten fackmässigt och med omsorg,

men ansvarar inte om den avviker från denna standard, så länge avvikelsen inte är så allvarlig att culpa kan anses föreligga.

### **Bestämningen av avtalets objekt**

Många standardavtal där tjänster är det primära avtalsobjektet använder culpanormen mer eller mindre slentrianmässigt. Det är i sig inget fel. Det är emellertid en påtaglig begränsning av avtalens användningsområde. Culpanormen – liksom för den delen kraven på fackmässighet och omsorg – relaterar till *hur uppdraget utförs*. Den har däremot inget att göra med *uppdragets resultat*. Om ett avtalsobjekt beskrivs som ett resultat – dvs. något som kan mätas vid en given tidpunkt och ofta på en angiven plats – är avtalet mer likt ett traditionellt köpavtal än ett avtal om att en tjänst skall utföras. Det finns följaktligen ofta anledning att välja varurelaterade villkor framför tjänsterelaterade i sådana situationer.

### **Leveranskontroller**

Liksom många andra standardavtal ger NL 01 i p. 5–8 köparen en möjlighet att företa leveranskontroller, med vilket avses en kontroll som företas efter avtalstillfället men före avlämnandet och därmed regelmässigt också före riskövergången. Det är följaktligen inte fråga om en kontroll av om varan är felaktig, eftersom den definitionsmässigt inte har kunnat – inte har hunnit – vara det ännu. I stället är det fråga om sannolikheten för att den kommer att vara avtalsenlig (eller felaktig) vid riskövergången. Den dispositiva rätten har inga motsvarande bestämmelser. Skälet är enkelt: den behöver ingen sådan reglering. Påföljdssystemet och inte minst den omedelbara rätten till skadestånd vid varje avtalsbrott innebär såväl incitament för en säljare att själv undersöka varan innan den avlämnas, som skydd för köparen. Köplagarnas påföljdssystem innebär om man så vill att köparen har ”outsourcat” leveranskontrollen till säljaren, eftersom inte minst skadeståndsskyldigheten vid varje avtalsbrott innebär att säljaren *för sin egen skull* gör klokt i att säkerställa att varor är avtalsenliga när de avlämnas.

Ett klen påföljdssystem innebär emellertid både minskade incitament för säljaren och minskat skydd för köparen. Påföljderna

vid avtalsbrott är i de flesta standardavtal tämligen förlåtande mot en avtalsbrytande säljare, åtminstone vid en jämförelse med köplagen eller CISG. Ju sämre köparens skydd i form av påföljder vid säljarens avtalsbrott är, desto större anledning har han att skydda sig på annat sätt. En kontroll av varan före avlämnandet kan enligt t.ex. NL 01 leda till att säljaren – efter köparens påpekande om ”felen” – kommer att begå avtalsbrottet dröjsmål, för vilket det utgår – ett i och för sig relativt begränsat – vite, i stället för att säljaren levererar en felaktig vara, där påföljden bara är att felet skall avhjälpas utan rätt för köparen till någon kompensation. En kontroll ger därtill naturligtvis tidig information om det förestående avtalsbrottet, vilket ger honom större möjlighet att begränsa dess negativa effekter.

Det är helt systemenligt och logiskt att köplagarna saknar bestämmelser om leveranskontroll. Det finns ingen anledning att föreskriva vad en part skall göra i eget intresse. Om bestämmelser om leveranskontroll hade funnits i köplagarna, skulle de ha varit utformade som skyldigheter för köparen att bistå säljaren med en undersökning som företas i säljarens intresse. Det är likaledes systemenligt och logiskt att bestämmelserna finns i standardavtal och att de är utformade som en rättighet för köparen, eftersom påföljdssystemet varken ger säljare incitament att säkerställa att en vara vid riskövergången är i avtalsenligt skick, eller ger köpare tillräckligt skydd.

## Bevisfrågor

Tidsbegränsade garantier har sedan länge ansetts påverka åtminstone bevisbördans placering så att säljare har bevisbördan för frånvaron av fel, i stället för att köpare har att bevisa dess förekomst. S.k. funktions- och hållbarhetsgarantier anses därtill av många flytta felbedömningen till garantitidens utgång i stället för att knyta den till riskövergången. En sådan manöver förutsätter emellertid att man gör undantag för allt som ligger inom köparens risksfär, såsom att varan skadas genom en olyckshändelse efter riskövergången eller genom köparens vållande. Den praktiska konsekvensen av en sådan lösning skiljer sig därför inte från hur det skulle vara om man bibehöll anknytningen till riskövergången,



men lade bevisbördan på säljaren. Ett i mitt tycke riktigare sätt att förhålla sig till samtliga tidsbegränsade garantier är därför att nöja sig med att konstatera att de lägger bevisbördan på säljaren för frånvaron av fel, men att de i övrigt inte i sig påverkar felbedömningen.

Det förekommer också att säljare lämnar ”garanti” utan att den gäller under någon särskild tid. En sådan ”blank” garanti har i sig ingen materiell innebörd. Det är således egalt för felbedömningen om en säljare *anger* att en vara har en viss kvalitet, eller om säljaren *garanterar* att den har det. I båda fallen är varan felaktig om den saknar den angivna kvaliteten. Så länge en sådan garanti inte skall anses vara en sådan ”särskild utfästelse” (till skillnad från en ”allmän utfästelse”, vad nu en sådan är) som avses i 40 § 3 st. köplagen, saknar den varje materiell betydelse. Eftersom man vid avtalstolkning skall utgå från att en part har någon avsikt med de villkor den för in i avtalet, ligger det nära till hands att söka efter en processuell betydelse om ingen materiell kan finnas. En sådan lösning skulle innebära att bristen i tidshänseende fylls ut med den dispositiva preskriptionstiden, så att en blank garanti skall anses vara tidsbestämd i två år.

I t.ex. Montage 85 finns bestämmelserna om säljarens felansvar under rubriken ”Garanti”. Bestämmelserna anger bl.a. att säljarens ansvar endast avser fel som visar sig inom ett år från övertagandet. För att rubriken skall få någon betydelse – i svensk rätt är även rubriker *in dubio* en del av avtalet – finns inte mycket annat val än att läsa ihop den med den tidsmässiga begränsningen av felansvaret och betrakta den som en tidsbestämd garanti.

Det finns naturligtvis tydligare – och därmed bättre – sätt att hantera bevisbördan. Bäst är att uttryckligen ange vem som har bevisbördan för vad, i stället för att använda mer eller mindre osäkra koder. Så sker t.ex. i ABM 07, där det sist i p. 20 anges att säljaren för att undgå ansvar har att ”visa att varan är kontraktsenlig eller göra sannolikt att det påtalade felet beror på något på köparens sida”. Att det är säljaren som har bevisbördan är således klart. Där slutar emellertid klarheten. Vad skall bevisas och vilken bevisning krävs? Vad är det för skillnad mellan å ena sidan att en vara är kontraktsenlig och å den andra att det påstådda felet beror på något på köparens sida? Om varan är kontraktsenlig – dvs. om den var det vid riskövergången – *måste* ju det påstådda felet bero

på något på köparens sida. Och om felet inte beror på något på köparens sida – vilket inkluderar olyckshändelser efter riskövergången – *måste* det ha funnits vid riskövergången. Det finns således bara ett bevisstema. Det finns emellertid två beviskrav: säljaren får välja mellan att *visa* – vilket i allmänhet anses vara synonymt med att *styrka* – och att *göra sannolikt*. Det valet torde inte vara särskilt svårt.

## Preskription av felansvaret

### Preskription, preklusion och hållbarhet

Skillnaden mellan preskription och preklusion lär vara att preskriptionstid bestäms generellt, medan preklusionstid bestäms *in casu*. Bestämmelsen i 32 § 2 st. köplagen är således en tvåårig *preskriptionsbestämmelse*. En del anser att avtalade motsvarigheter skall benämnas *preklusionsbestämmelser*, medan andra synes anse att även sådana gott kan inordnas under preskriptionsbestämmelserna. Även om hårklyveri kan vara nog så trevligt, är ändå funktionen det viktigaste. Den är identisk: när tiden har löpt ut får borgenären inte längre göra sina krav gällande. Jag kommer i det följande att kalla allt för preskription.

Som jag har angivit tidigare skulle preskriptionstiden i 32 § 2 st. köplagen lika gärna ha kunnat hanteras som en del av beskrivningen av vad en köpare har fog för att förvänta sig, genom att det i 17 § köplagen angavs att en vara inte är felaktig om den fungerar i två år. Goda skäl talar emellertid för den lösning som har valts i köplagen att i stället skilja preskriptionen från beskrivningen av varan.

I en del standardavtal är emellertid motsvarande bestämmelse snarare en del av beskrivningen av avtalsobjektet. I t.ex. NL 01 p. 23 anges således att säljarens ansvar endast avser fel som visar sig inom ett år från den dag godset levererades, men att denna tid förkortas i relation till i vilken omfattning varan används, om den används mer intensivt än som avtalats. I klartext innebär det att varan kan förväntas hålla i ett år under normal drift och följaktligen under en kortare tid – som är direkt relaterad till intensiteten – om den används mer intensivt.

### **Preskriptions- och garantitid**

Eftersom köplagen är dispositiv finns inga hinder mot vare sig längre eller kortare preskriptionstider. NL 01 är ett exempel på standardavtal med kortare tid. ABM 07 sticker ut åt andra hållet med avsevärt mycket längre tider. Där är ansvarstiden tio år, vilka inleds med en femårig garantitid. Om leverans sker till en entreprenad, kan tiderna sträckas ut med ytterligare ett år. Under garantitiden har säljaren bevisbördan för frånvaron av fel, medan det när den har löpt ut i stället åligger köparen att föra bevisning till stöd för sin talan. För att säljaren skall ansvara efter garantitidens utgång krävs emellertid inte bara att varan är felaktig, utan därtill både att felet är väsentligt och visas ha sin grund i vårdslöshet på säljarens sida. I praktiken finns därmed knappast något felansvar efter garantitidens utgång.

### **Avslutning**

Ingen är betjänt av osäkerhet. Ökad osäkerhet är ökad risk. Ökad risk är ökad kostnad. Osäkerhet kostar pengar.

De avvikelser från den dispositiva regleringen som har behandlats i artikeln skapar större eller mindre tillämpningsproblem och därmed ökad osäkerhet. De som använder standardavtal skulle ha kunnat tillförtas ett högre värde genom att osäkerhetsmomenten i standardavtalen hade minskats.

Är det då – som artikelrubriken antyder – fel i standardavtalen? Nej, så långt kan man inte gå, möjligen med undantag av någon enskilda klausul i något standardavtal. Däremot kan man utan större problem konstatera att standardavtalen tämligen enkelt skulle kunna göras bättre – tydligare och därmed mer ekonomiskt effektiva – än vad som nu är fallet. Ett gott steg på den vägen skulle vara att de konsekvent och tydligt byggdes på den dispositiva rätts system och terminologi.