

Joel Samuelsson

DCFR som svensk rättskälla?

”[I]t is likely that legislators, courts, legal doctrine and law teachers will pay attention to the DCFR and, in doing so, will grant it some authority. [...] [A] certain degree of reification of the DCFR turning it into an actual source of European private law seems almost inevitable.”

Martijn W. Hesselink

1 Inledning

Som sådan är europarättens inverkan på civilrätten obestridlig. Den tycks vara ett faktum.¹ Ett sakförhållande. Samtidigt är det svårt att beskriva fenomenet med någon större precision. Det *är* där, men konturerna låter sig inte riktigt fixeras. Man flackar med blicken.

Det kan bero på att föreställningen om civilrättens europeisering är så pass abstrakt. Civilrätten, detta vidsträckta fält, europeiseras. Men vad ligger egentligen i det påståendet? Bokstavligt går det ju inte att förstå. (Det ger en direkt märklig ontologi. Den normativa materia vi kallar

¹ Ett faktum som hela tiden bekräftas på rättens ytnivå (Tuori), i den strida strömmen av nyproducerade rättsliga texter. Närsynt iakttagelse: Två av de senaste civilrättsliga avhandlingarna från Uppsalafakulteten är tillsynes direkta uttryck för ”europeiseringen”: Strands ”The Passing-On Problem in EU Law Damages and Restitution” (Uppsala 2015) och Sjödens ”Ett europeiserat arbetstagarinflytande. En rättslig studie av inflytandedirektivens genomförande i Sverige” (Uppsala 2015). Den förra är, kan hävdas, den första svenska strikt EU-privaträttsliga avhandlingen.

civilrättslig genomgår en *process* – förändras – och det är en fråga om kausalitet rättsliga system emellan, en inverkan, påverkan? Men normer är inte rumsliga. De lyder inte under orsakslagen.) Att civilrätten europeiseras, det är sådant som man säger. Man får inte göra för mycket av sådana påståenden...²

...och det är lite frustrerande för den som tar sig för att säga någonting om saken med någon form av anspråk på vetenskaplighet.³ I denna text möter jag svårigheten genom att börja underifrån. I det lilla, på den mest konkreta nivån, för att undersöka i vad mån någonting med större allmängiltighet kan sägas om civilrättens europeisering, och därmed om temat för årets utgåva av *De lege*. Det betyder att jag tar avstamp i civilrätten – som i förevarande text är europeiseringsprocessens förmodade föremål – och med en avgränsad mängd konkret, rättslig materia; jag har valt den serie avgöranden från Högsta domstolen (HD) i vilka Draft Common Frame of Reference (DCFR)⁴ på ett eller annat sätt åberopas i skälen.⁵ Vad säger HD:s förhållningssätt till DCFR om den svenska civilrättens europeisering? Det blir min fråga. Jag lägger särskild vikt vid frågan i vilken mening, om någon, DCFR kan sägas ha blivit en svensk rättskälla. Det är omdiskuterat, så texten är också ett debattinlägg.

2 Liten komplikation

Med den nu angivna utgångspunkten följer ett normativt ställningstagande. Valet av utgångspunkt är nämligen inte oskyldigt (lika litet i rättsvetenskapen som någon annanstans).

Det är ett allmänt fenomen i rättsvetenskapen – som nog egentligen är väl känt – att rättsvetare ofta visar just de rättsliga figurer, institut, regler, läror etc., som de specialiserat sig på, särskild lojalitet. Inte alltid (Hellner var inte så förtjust i obehörig vinst), men ofta. Om så är fallet

² Som t.ex. att lägga dem till grund för slutsatsen i konkreta rättsliga spörsmål. Se härtil H. Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten. Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer. Bok I, Uppsala 2013 s. 544 f., som varnar för denna fara med avseende på Europa-konventionens inflytande på den skadeståndsrättsliga diskursen.

³ Kan man skriva rättsvetenskap utan ”någon form av anspråk på vetenskaplighet”?

⁴ von Bar, Clive, Schulte-Nölke, m.fl. (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Munich 2008.

⁵ Det rör sig nu om nio avgöranden: NJA 2009 s. 672, NJA 2010 s. 629, NJA 2011 s. 600, NJA 2012 s. 452, NJA 2012 s. 597, NJA 2013 s. 491, NJA 2013 s. 659, NJA 2014 s. 272 och NJA 2014 s. 465.

är det inte konstigt. Det som man är nära och förstår är man också gärna sympatiskt inställd till, och är det rättsliga normer det handlar om innebär det, kanske i första hand, att man vet hur de skall användas för att hantera konkreta tillämpningsproblem. Specialisten ser "sin" rättsfigur i de faktiska omständigheterna, även när andra inte gör det. Och i sig betyder det inte att han eller hon har fel (för också juridik är, på sitt sätt, det möjligas konst).⁶

Man tenderar att vara lojal med sitt material. Om man följaktligen, som jag, är civilrättare, finns det en risk för att man oreflekterat tar ställning för den nationella civilrätten i dennas möte med europarätten. Det mötet är ju inte friktionsfritt, utan rentav en kollision, en konfrontation, som lätt provocerar fram ett ställningstagande.

Låt vara att man har anledning att tona ned svårigheterna om man till exempel är komparatist av klassiskt funktionalistiskt snitt (von Bar, Kötz, Lando m.fl.)⁷ eller om man som progressiv anhängare av Europatanken vill civilrättens europeisering av mer explicit politiska skäl (Collins, Mattei, Grundmann m.fl.).⁸ Men det är svårt att komma ifrån att det finns ett avstånd mellan europarätten och civilrätten. Det handlar om två skilda former av rätt, som verkar på skilda premisser. Följaktligen går europarätten *inte att förstå* utifrån traditionella civilrättsliga utgångspunkter. Så betraktad är den rentav juridik ställd på huvudet.

Poängen låter sig lätt illustreras. I och med europeiseringen (och globaliseringen i stort) finns inte längre något givet maktcentrum, från vilket rätten emanerar;⁹ den europarättsliga materian på det civilrättsliga fältet har ingen egentlig systematik; reglerna är i mycket resultat

⁶ Jfr till det sagda t.ex. Håstad, Svaret finns i lagboken, JT 2012/13 s. 972 ff.

⁷ En form av komparation som uttryckligen syftar till uttraderandet av rättskulturella skillnader; se J. Samuelsson, Om harmoniseringen av den europeiska privaträtten och funktionalismens funktionalitet, ERT 2009 s. 63 ff., särskilt s. 71 ff., med hänvisningar.

⁸ Se t.ex. Brüggemeier, m.fl., Social Justice in European Contract Law: A Manifesto, European Law Journal, Vol. 10, 2004 s. 653 ff.; Collins, The European Civil Code. The Way Forward, Cambridge 2008; dens. The constitutionalization of European private law as a path to social justice?, Micklitz (ed.), The Many Concepts of Social Justice in European Private Law, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA 2011 s. 133 ff.; Mattei, Hard Code Now! Global Jurist Frontiers, Vol. 2, 2002 s. 8 ff.; dens., The Nile Perch in European private law, Micklitz (ed.), The Many Concepts of Social Justice in European Private Law, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA 2011 s. 167 ff.

⁹ Se t.ex. Smits, Dutch Report: Coherence and Fragmentation of Private Law, European Review of Private Law, Vol. 20, 2012 s. 153 ff., s. 160: "[P]rivate law is now dealt with at different and partly overlapping levels of governance without much coordination among

av punktinsatser;¹⁰ de är motsägelsefulla¹¹ och har ibland en obestämd normativ status;¹² de genererar osäkerhet på den nationella nivån;¹³ de tillämpas, av EU-domstolen, på ett ofta överraskande sätt,¹⁴ i huvudsak efter marknads- och konkurrensrättsliga överväganden.¹⁵

Dessa drag – man kan kalla dem postmoderna¹⁶ – förstärks av att civilrätten ligger vid de yttre gränserna för Unionens kompetens,¹⁷ men oavsett förklaring: Civilrättare, av traditionellt snitt, *måste* alieneras av

these levels. Private law has become a building ground where there are several architects, located at the supranational, European, and national levels.”; se även n. 24 nedan.

¹⁰ I europaprivaträttsliga sammanhang talar man här – som framhålls av Roth, Transposing ”Pointillist” EC Guidelines into Systematic National Codes – Problems and Consequences, European Review of Private Law, Vol. 6, 2002 s. 761 ff., s. 762, något oegentligt – om Unionslagstiftarens pointillism. Uttrycket går möjligen tillbaka på Kötz, Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Vol. 50, 1986 s. 1 ff., s. 5.

¹¹ Se t.ex. Van Schagen, The Hidden Potential of Regulatory Impact Assessments (RIAs) in the Private Law Acquis, European Review of Private Law, Vol. 22, 2014 s. 69 ff., s. 71 ff.

¹² Vad är t.ex. DCFR? Föreliggande text syftar till att ge *ett* svar på den frågan.

¹³ Inte ens fullharmonisering hjälper, enligt t.ex. Giliker, The Transposition of the Consumer Rights Directive into UK Law: Implementing a Maximum Harmonization Directive, European Review of Private Law, Vol. 23, 2015 s. 5 ff., som konkluderar (s. 28): ”The transposition of the Consumer Rights Directive by the UK government adds a sad postscript to the troubled history of the 2011 Directive and its ambitious attempt to bring coherence and clarity to European consumer law.”

¹⁴ Enligt Weatherill, The Consumer Rights Directive: How and why a quest for ”coherence” has (largely) failed, Common Market Law Review, Vol. 49, 2012 s. 1279 ff., s. 1317, gäller, t.ex., att ”the Court continues to lurk as a loose missile in the shaping of common principles and generally applicable interpretation”. Ett fint exempel från modern tid ger Domstolens dom den 14 juli 2012 i mål C-618/10 Banco Español de Crédito SA mot Joaquín Calderón Camino, EU:C:2012:349. (Effekterna har parerats något genom Domstolens dom den 30 april 2014 i mål C-26/13 Árpád Kásler och Hajnalka Káslerné Rábai mot OTP Jelzálogbank Zrt, EU:C:2014:282.)

¹⁵ T.ex. huvudtemat i Schmid, Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union, Baden-Baden 2010.

¹⁶ I just det här sammanhanget finns det kanske inte ens behov av det *caveat* som annars vanligen får åkompanjera den termen. Jfr t.ex. Wilhelmsson, The Ethical Pluralism of Late Modern Europe and Codification of European Contract Law. Smits (ed.), The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives s. 123 ff., Groningen 2005 s. 125.

¹⁷ Se t.ex. Rutgers, European Competence and a European Civil Code, A Common Frame of Reference or an Optional Instrument, Hartkamp m.fl. (eds.), Towards a European Civil Code, 4th ed, Alphen aan den Rijn 2011 s. 311 ff.

disciplinens europeisering, särskilt som den europeiska ordningen inte bara är alternativ i förhållande till den etablerade, utan syftar till att ersätta och upplösa denna. Det europeiska inslaget i civilrätten är, för att kompilera några klassiska omdömen i litteraturen, *irriterande*,¹⁸ och kan dyka upp var som helst, som gubben i lådan,¹⁹ det resulterar i en spöklilik²⁰ hybridjuridik,²¹ som framhärdat på gränsen till icke-existens,²² utan känsla för rättvisa enskilda rättssubjekt emellan.²³

¹⁸ Teubner, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences, *Modern Law Review*, Vol 61, 1998 s. 11 ff.

¹⁹ Wilhelmsson, Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation?, *European Review of Private Law*, Vol. 10, 2002 s. 77 ff., s. 79 ff.

²⁰ Vogenauer, The Spectre of a European Contract Law, Vogenauer–Weatherill (eds.), *The Harmonisation of European Contract Law*, Oxford-Portland, Oregon 2006 s. 1 ff.

²¹ Collins, The Hybrid Quality of European Private Law, Brownsword–Micklitz–Niglia–Weatherill (eds.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford-Portland, Oregon 2011 s. 453 ff. Hade den europeiska avtalsrätten en röst hade den kanske, som en av hybriderna i "Alien: Resurrection" (1997), kvidit: "...kiiill ... mee..."

²² Ett träffande exempel är det öde som drabbat förslaget till en gemensam europeisk köplag – en Common European Sales Law (CESL). CESL låg sedan 2011 som förslag på förordning, men återfinns på den lista över återtagna förslag som bilades Kommissionens arbetsprogram 2015 (COM(2014) 910 final). Detta innebär inte att det inte blir *någon-ting*. Som skäl för återtagandet anges i bilagan att förslaget ändrats "i syfte att fullt ut ta tillvara e-handelsn möjligheter på den digitala inre marknaden". Vad detta konkret betyder återstår att se, men den angivna grunden för återtagandet antyder att något än mer specifikt är att vänta (i sin föreslagna form utgjorde CESL i sig en väsentlig insnävring i förhållande till föregångaren DCFR). Jfr för all del den knaggliga vägen fram till konsumenträttighetsdirektivet (2011/83/EU); se t.ex. Twigg-Flesner–Metcalf, The proposed Consumer Rights Directive – less haste, more thought?, *European Review of Contract Law*, Vol. 5, 2009 s. 139 ff., och för ett par slutomdömen Hall–Howells–Watson, The Consumer Rights Directive – An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law, *European Review of Contract Law*, Vol. 8, 2012 s. 139 ff.; Weatherill, The Consumer Rights Directive: How and why a quest for "coherence" has (largely) failed. Se även ovan n. 13.

²³ Betonas av Schmid, a.a. Han menar att EU-domstolens, i hans tycke enkelspåriga, strävan efter att maximera de europeiska normernas effektivitet får till följd att det som borde vara en privaträttslig domstols första uppgift – att väga de berörda enskildas rättigheter och intressen mot varandra – försummas. Schmid föreslår ett alternativ "konstitutionell-nationalstatsaccessoriskt" ledmotiv, med utgångspunkt i insikten att "der EuGH auch unabhängig von seiner 'effet utile'-orientierten Parteilichkeit' aus verschiedenen Gründen nicht der richtige Akteur für dogmatische Feinabstimmungen der privatrechtlichen Genehmigung im europäischen Mehrebenensystem sein kann."

3 För eller mot Europa?

Det kan alltså konstateras att den europeiska privaträtten har legitimitetsproblem.²⁴ Detta ger ett korresponderande metodologiskt problem. För hur ska man förhålla sig till ett normativt fenomen som man inte kan *låta bli* att fränkänna legitimitet? Hur åstadkommer man som rättsvetare med hemvist i en specifik nationell, civilrättslig tradition en rättvis beskrivning av europarättens inverkan på denna tradition? Måste inte framställningen bli partisk? Måste den inte, i viss mening, bli *nationalistisk*?

”Börja i det lilla” – det kanske låter ödmjukt, sympatiskt, försiktigt, men ... är det inte tvärtom? Har inte den som utgår från ett konkret stycke inhemsk rättslig materia, och bestämmer sig för att lyhört lägga ut denna, spåra innebörderna, samtidigt och redan, innan undersökningen ens börjat, gjort sig döv för den *alternativa rationalitet* som här – för vi befinner oss i en konfliktsituation – gör anspråk på uppmärksamhet, det vill säga den europeiska. Är inte risken överhängande att svaret på den fråga det gäller ger sig självt, varför det rätt besett inte kommer att röra sig om en *verklig* fråga, utan snarare om en ursäkt för att propagera för det perspektiv man råkar inta? Med avseende på den specifika fråga det här gäller, är inte risken överhängande att slutsatsen, med en sådan ingång, blir, att DCFR *inte* är en rättskälla? Jo, det låter sunt, instinktivt. (Vi stöter bort det främmande.)

Man låter sitt eget språk ta plats, helt enkelt. Det är så man gör. Men nu ville alltså ett annat språk, det europeiska, samtidigt komma till tals. Har det en talan? Har det en *talerätt*, som måste beaktas?

Det europeiska anspråket är svagt, för det saknar, särskilt på civilrättens område, i viss mening grund. Det bärs inte upp av någon befintlig tradition, som skulle kunna ge det djup och nyanser, och blir, därför, utan tydlig röst. Ta DCFR som exempel – en samling *paper rules*, i nästan bokstavlig mening. Samtidigt måste innehållet komma någonstans ifrån

²⁴ Jfr t.ex. Schmid, 'The "Three Lives" of European Private Law', Antonioli–Fiorentini (eds.), *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, Munich 2011 s. 299 ff., s. 312, som på tal om "the current disaggregation of European private law" skriver: "[T]he European system of multi-level governance is complemented by an internal fragmentation of European private law, which amounts to a sort of 'multi-compartment governance'. What should be the consequences of this situation? Our answer is grim: a European regime which is not able to safeguard its internal coherence and orientation towards justice as the key objective of private law does not enjoy the legitimacy to set aside and disintegrate national private laws, which still constitute more or less well functioning systems upholding justice among citizens."

(utanför varje faktiskt sammanhang är reglerna rena abstraktioner), och i praktisk tillämpning hämtas innebörden naturligen från den rättskultur som är uttolkarens egen. Därför kan man säga att det finns lika många DCFR som det finns nationella rättskulturer.²⁵ Vilken är, under sådana förhållanden, den europeiska privaträttens identitet? Vad ligger, konkret, i det anspråk som därifrån riktas till oss? Vad sägs? Det är svårt att urskilja.

Ett förslag: Europa är, i detta sammanhang, i första hand en idé (Europatanken) – ett hopp om förändring; ett eko från Upplysningen. Nationernas upplösande. Den eviga freden. Alla människors lika värde. Sådant. Ytterst, en världsordning grundad på förnuft. Kunde man då inte tänka sig ett idealistiskt bejakande av Europa, till exempel i hanteringen av den europeiska privaträttens problematik? Trots att det skulle kräva ett mått av kraft och hänsynslöshet i förhållande till den befintliga, nationellrättsliga civilrätten?

De senare årens samhällsutveckling ger dessutom denna fråga en påtaglig moralisk dimension. Nationalism är det nya svarta. Det är mörka tider för förnuftet, specifikt i Upplysningstraditionens mening.

Är det då *rätt* att envetet hålla fast vid det nationellrättsliga perspektivet, vid traditionen – det civilrättsliga tänkandets givna box – eller borde man inte snarare bryta sig loss, ut, och utnyttja det tillfälle att störta den modernistiska rättsliga regim som den kontrakulturella, postmoderna europarätten erbjuder?²⁶

²⁵ I sina avslutande anmärkningar framhåller Antonioli–Fiorentini (eds.), *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, Munich 2011 s. 377 ff., s. 412, på tal om bruket av allmänna standarder som *good faith and fair dealing* i DCFR: "[G]eneral clauses fulfil a useful role, because their vagueness allows flexibility in the system, which is consequently able to adjust to changing needs and different circumstances, a role that is useful at the European level as in national laws. Yet, this objective can be attained only if the use of the margins of flexibility is kept under control by interpreters that share a common legal culture and working methods. As long as this element is missing in Europe (and this is clearly the case today), the risk of uncertainty and disparity is very high." Jag tror att författarna här underskattar problemet, om det är ett problem, för den risk de talar om gäller inte bara generalklausulerna i DCFR, utan alla dess regler, oavsett form. Ja, problemet gör sig gällande inte bara med avseende på DCFR utan i hela europaprivaträtten, till och med i europarätten i stort; se således Joerges, *The Challenges of Europeanization in the Realm of Private Law: A Plea for a New Legal Discipline*, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 14, 2004 s. 160: "In essence, there are as many European laws as there are relatively autonomous legal discourses, organized mainly along national, linguistic and cultural lines. How could it be otherwise?"

²⁶ Jfr Gustafsson, *Dissens. Om det rättsliga vetandet*, Göteborg 2011.

4 Och en förnuftskritisk vändning på det

För eller mot Europa? Men ... inte heller det är ju en verklig fråga. Jag kunde lika gärna rakt på ha frågat om man ska vara god eller ond. (Ljus eller mörker? Förnuft eller galenskap? Välj du!) Frågor av det slaget kan ofta ersättas med den ärligare: Är du med oss eller mot oss? Och det väcker följdfrågan: Vilka är det som talar här? Samt: På vilka premisser?

I förevarande fall kan premisserna ifrågasättas. Ska en utopisk vision, som förutsätter ett uttraderande av befintliga (rätts-)kulturella skillnader, under åberopande av "förnuftet", hjälpa oss undvika att upprepa nittonhundratalets misstag? Nej, det var ju *precis* den typen av ambitioner, den typen av överdriven förnuftstro, som var nittonhundratalets misstag. Att välja "Europa" – *i den meningen* – framstår inte som etiskt försvarbart. Det befintliga Europa, mångrättsligt och dissonant, gör motstånd.

Kanske får man hejda sig, åtminstone om man sysslar med vetenskap. Ingen kan greppa om helheten, och ingen vet vart vi är på väg.²⁷ *Inte ska man svika sanningen av rädsla för mörkret?* Vi står där vi står och kan inte annat. Står man händelsevis mitt uppe i en given civilrättslig tradition – och alltså *är* civilrättare – är det nyanserna och djupet i den traditionen som man har öra för. I bästa fall leder insikten, att den sanning, som man har förmåga att uppfatta, i det Europeiska sammanhanget råkar vara en av många, parallella, till ett mått av ödmjukhet. Vill vi alls göra våra röster hörda är vi hänvisade till att delta, i det dissonanta samtalet. (Hur skulle sanningen annars komma till tals?)

Europeiseringen sätter civilrättens monism ifråga. Vad den därigenom kräver av civilrättaren är då, möjligen, att han eller hon accepterar att de rättsliga omdömena saknar slutgiltighet. Finns det inte blott ett, slutet, system, så finns det inte ens i teorin några definitiva verifikationsmöjligheter.²⁸ Frågan vad som gäller – den rättsliga frågeställningen – måste, även när den i ett enskilt fall besvarats, i viss mening alltid lämnas öppen. Europeiseringen låter oss se det. Resignerad relativism är inte följden; däremot, kanske, en vetenskaplig-etisk hållning: anslaget måste vara *lätt*.

²⁷ Micklitz, *Monistic Ideology versus Pluralistic Reality*, Niglia (ed.), *Pluralism and European Private Law*, Oxford-Portland, Oregon 2013 s. 29 ff., s. 34, talar om "the ongoing transformation process of Nation States to Market States" som i Europa drivs på av EU och EU-rätten. Man kan fråga sig hur den processen påverkas av sådant som den finansiella krisen, flyktingströmmarna och populismens frammarsch.

²⁸ Och det ska vara en *dålig* teori som medger sådana möjligheter.

Jaha. Nu blev det väldigt högtravande här. Europas öde. Ljus och mörker. Förnuft och sanning. Med mera. Jag ber om ursäkt. Men, vill jag samtidigt säga, tematiken *är* central. Den ligger inte vid sidan av de konkreta rättsliga frågorna. Tvärtom är den avgörande. Precis som avtalslagen påtagligen präglades av sin tids nationalism och skandinavism, sjuttioalets reformer på konsumentskyddsområdet följde med vänstervågen, senare decenniernas nyliberalism går igen i privatiseringar och rättslig ekonomism – precis på det sättet speglas vår tids stora frågor i det konkreta rättsliga materialet.²⁹ Men hur? Det är en bra fråga. Kanske säger framställningen i det följande *någonting* om den saken.

5 DCFR i Högsta domstolens praxis

Vi tar mark. HD har till dags dato hänvisat till DCFR i skälen till nio avgöranden:

NJA 2009 s. 672 gällde frågan om en producent som sagt upp ett återförsäljningsavtal varit skyldig att iaktta uppsägningstid, och i så fall hur lång denna skulle ha varit. Avtalet besvarade inte frågan, varför den fick hanteras genom utfyllning. Då svensk rätt saknar lagstiftning om återförsäljningsavtal konstaterade HD att den utfyllande rätten fick konstrueras med stöd av lagbestämmelser rörande jämförbara avtalsförhållanden och praxis. Hänsyn borde därvid tas till att återförsäljningsavtal ofta är internationella. I den följande inventeringen av normer uppmärksammade HD bl.a. en regel i DCFR (IV.E. – 2:302) – och den bekräftade det generella mönstret: återförsäljare har rätt till skälig uppsägningstid. Med hänsyn till detta mönster uppställde HD den utfyllande regeln att en part som säger upp ett återförsäljningsavtal är skyldig att iaktta skälig uppsägningstid, om annat inte är avtalat. HD preciserade innehållet genom att uttala att de omständigheter som nämns i den åberopade regeln i DCFR bör vara de som i huvudsak är vägledande för vad som är skälig uppsägningstid, nämligen a) den tid kontraktsförhållandet varat, b) gjorda rimliga investeringar, c) den tid det tar att finna ett rimligt alternativ och d) handelsbruk.

I *NJA 2010 s. 629* hade HD att ta ställning till om en vitesklausul i ett avtal mellan en beställare och en underentreprenör uttömmande reglerade underentreprenörens ersättningsskyldighet i en viss situation samt om underentreprenören kunde åberopa klausulen mot entreprenören, som ersatt

²⁹ Detta ska man kanske inte förstå i kausala termer i första hand. Juridiken är en del av kulturen och samhället, helt enkelt.

hela skadan. Efter att ha preciserat tolkningsfrågan undersökte HD först om det fanns anledning att uppställa en in dubio-regel för dylika fall. Slutsatsen i den frågan (nekande) baserades, tillsynes, på en omfattande genomgång av ett antal kategorier normer och rättsliga texter. Här hänvisade HD till de komparativa noterna till DCFR III. – 3:712 (som innehåller fragmentariska rapporter om rättsläget i ett litet urval av europeiska rättsordningar) som belägg för påståendet att rättsläget i det utomnordiska Europa är splittrat. Vad sedan gällde frågan om klausulen kunde åberopas mot entreprenören formulerade HD en princip (som fick ”anses vara en allmän princip”). En part som vill regressa mot annan och som inte har ett längre gående ansvar än den andre, ska inför betalning till borgenären efterhöra om den andre har ett ansvar. Inom parentes konstaterades principen överensstämma med den lösning som valts i DCFR IV.G – 2:112. Till stöd för resonemanget åberopades i övrigt endast en passage hos Walin samt att principen ifråga ”hindrar en rundgång av pengar och skyddar den slutligt ansvarige”.

I *NJA 2011 s. 600* var en av frågorna om en näringsidkares allmänna villkor införlivats i ett avtal om tandvårdsbehandling. HD konstaterade i den delen bland annat att det, såvitt gäller villkor som inte varit föremål för individuell förhandling, krävs att näringsidkaren vidtagit skäliga åtgärder för att uppmärksamma konsumenten på dem senast i samband med avtalsingåendet. Efter att ha hänvisat till två tidigare avgöranden samt ett ställe i litteraturen upplyste HD att ”[m]otsvarande ordning föreslås i Art. II. – 9:103 (1) Draft Common Frame of Reference, DCFR”.

Enligt huvudregeln i 3 § 1 st. lagen (1982:188) om preskription av skattefordringar m.m. inträder preskription fem år efter utgången av det kalenderår fordran förföll till betalning. I *NJA 2012 s. 452* fastslog HD att ett undantag från denna regel ska göras när kravet gäller återbetalning av underhållsstöd; preskriptionstiden ska då börja löpa när beslutet att återbetalning ska ske fattas. HD fäste avgörande vikt vid en av regelns förmodade funktioner – att åstadkomma en fordringsavveckling så snart som möjligt. I ett förberedande resonemang beskrev HD preskriptionsreglernas typiska funktioner och gjorde då en åtskillnad mellan regler om korttidspreskription och långtidspreskription. Närmast i förbigående nämndes att det förekommer att regeltyperna kombineras och att den varianten är vanlig i utländska rättsordningar. Till stöd för sistnämnda påstående åberopades DCFR III. – 7:201 och 7:307, med kommentarer.

I *NJA 2012 s. 597*, som gällde tolkning av entreprenadkontrakt, och materiellt rätten till förseningsvite vid konkurrerande skadeorsaker, beredde HD marken för det konkreta tolkningsresonemanget genom att redogöra för hur vitesbestämmelserna i AB-kontrakten i allmänhet är att förstå. I

ett led av denna redogörelse framhöll HD att de aktuella bestämmelserna har sin motsvarighet i 22 § köplagen, där köparens rätt att göra dröjsmåls-påföljder gällande villkoras av att dröjsmålet inte beror på köparen eller något förhållande på hans sida. Den anmärkningen åtföljs av en parentes med en hänvisning till motsvarande bestämmelser i CISG ("jfr art. 80 CISG") och DCFR ("jfr även art. III. – 3:101 Draft Common Frame of Reference, DCFR").

NJA 2013 s. 491 gällde bland annat frågan om ett tredjemansavtal förelåg. Som så ofta uttalade sig HD först på det principiella planet. Det konstaterades att tredjemansavtal sedan länge godtagits i svensk rätt, och, bland annat, att ett sådant avtal inte behöver utpeka något särskilt rättssubjekt utan kan vända sig till ett kollektiv av personer – på det gjorde HD en indirekt ("jfr") hänvisning till DCFR II. – 9:301. (Enligt den regeln (första stycket) behöver inte den berättigade tredje parten kunna identifieras vid avtalsslutet. I kommentaren (s. 617) klargörs att även ett kollektiv av personer kan ges rättigheter genom ett tredjemansavtal.)

I *NJA 2013 s. 659* hade en representant för ett reseföretag utan vare sig uppdrag eller firmateckningsrätt i företagets namn undertecknat ett avtal med en agent. Frågan i målet var om behörighet ändå förelegat. HD hanterade denna fråga genom att utgå från några i det befintliga rättskällematerialet figurerande fullmaktstyper, som på olika sätt medger att en behörighet grundas på annat än en uttrycklig viljeförklaring, – ställningsfullmakt, kombinationsfullmakt och toleransfullmakt – för att sedan med hänvisning till dessa typer formulera den generella principen, att den som skapar en befogad tillit hos annan, om att han företräds av en behörig person i en viss avtalssituation, kan bli bunden av den personens handlande. Efter att på detta sätt ha abstraherat fram en regel baserad på svenska källor tillade HD att samma regel även gäller i andra rättssystem och "avspeglas i olika internationella rättssammanställningar", vilket exemplifierades med en hänvisning till DCFR II. – 6:103 (3).

I *NJA 2014 s. 272* var frågan om en förvärvare av övervärderade aktier i ett börsbolag kunde hålla en revisor ansvarig för förlusten på grund av brister i revisionen av bolagets årsredovisning. Den kausala relationen, mellan felaktigheterna i årsredovisningen (som inte hade funnits där om revisionen genomförts med iakttagande av god redovisningssed) och beslutet att förvärva aktierna, blev ett centralt tema för HD:s bedömning. Prövningen i denna del blir med nödvändighet hypotetisk och ska enligt HD därför vara objektiverad, och med detta menades att den ska vara oberoende av den skadelidandes individuella förhållanden. I detta sammanhang uttalade HD, i p. 46 i de tämligen omfattande domskälen, att kausalitet i regel kräver

att det kan sägas ha varit motiverat att allvarligt överväga ett annat handlande, om beslutsunderlaget hade haft det innehåll som det skulle ha haft oaktsamheten förutan, och till det uttalandet fogade HD en hänvisning till DCFR, i typisk form – ”(jfr artikel IV.C. – 7:109 DCFR rörande informationstjänster)”. (Den återopade regeln är tillämplig när en klient i ett informationstjänsteavtal lider förlust till följd av ett beslut taget på grundval av information som lämnats i enlighet med avtalet. Om beslutet var förutsebart för den part som tillhandahållit informationen ska kontraktsbrott i förekommande fall presumeras ha orsakat förlusten om den skadelidande klienten visar att det skulle ha varit rimligt att allvarligt överväga ett alternativt beslut om all information som skulle ha lämnats också hade lämnats.)

I *NJA 2014 s. 465* fastslog HD att hyresvärdens samtycke till andahandsupplåtelse inte befriar hyresgästen från ansvar för skada som uppkommer genom andrahandshyresgästens vållande. Till grund för slutsatsen lade HD en lagstiftningshistorisk utredning, i syfte att utröna avsikten bakom den reglering som stod i fokus i målet (JB 12:24), en hänvisning till den dominerande uppfattningen i litteraturen och, sist, några anmärkningar om äldre och utländsk rätt, för enligt HD borde ”[d]en aktuella regleringen [...] ses mot bakgrund av vad som i allmänhet gäller för nyttjanderätter”. Den bakgrunden tecknade HD i ett separat stycke – p. 14 – som direkt föregår slutsatsen i målets knäckfråga (första meningen i p. 15 inleds med orden ”Slutsatsen är [...]”). Här berörde HD rättsläget i svensk, tysk och norsk rätt inför och vid de kritiska tidpunkter som uppmärksammats i den lagstiftningshistoriska delen och avslutade med anmärkningen: ”Numera kan även hänvisas till art. IV.B – 7:103 i Draft Common Frame of Reference som anger bl.a. att en hyrestagare (lessee) behöver tillstånd för underuthyrning (sublease) och att han vid underuthyrning förblir ansvarig för sina förpliktelser enligt avtalet.”

Härutöver figurerar DCFR i tre tillägg, till avgörandena i *NJA 2008 s. 733* (Torgny Håstad), *NJA 2010 s. 467* (Håstad) och *NJA 2013 s. 1190* (Svante O. Johansson), alla gjorda för egen del, samt i de föredragandes domsförslag i *NJA 2011 s. 548*, *NJA 2014 s. 629* och *NJA 2014 s. 1006*.

Det kan konstateras att HD var tidigt ute. HD:s dom i det så kallade Allbrödsålet – *NJA 2009 s. 672* – meddelades den 3 november 2009. DCFR publicerades i fullständig version, inklusive kommentarer och komparativa noter, i oktober samma år. Och när HD fattade sitt beslut i *NJA 2008 s. 733* (ett resningsärende) förelåg DCFR ännu bara som interimistiskt utkast (i en ”Interim Outline Edition”). I sitt tillägg till avgörandet är Håstad mycket försiktig – han *nämner* att en bestämmelse

i det aktuella ämnet finns i DCFR³⁰ – men han får in en hänvisning, såvitt jag vet den första av en ledamot i en nationell högsta domstol, i den egenskapen.³¹

Mängden hänvisningar gör att man kan tala om ett bruk, en argumentationsvana. Relativt sett är omfattningen anmärkningsvärd. De högsta domstolarna i de övriga nordiska länderna hänvisar, vad det verkar, överhuvudtaget inte till DCFR.³² Vad gäller resten av Europa är det förstås svårt att uttala sig med större säkerhet, men frågan bevakas i den europaprivaträttsliga litteraturen – vilket inte minst hänger samman med att en av de uttryckliga förhoppningarna med DCFR just var att europeiska domstolar skulle låta sig inspireras,³³ vilket, när det sker, bidrar till att förverkliga de bakomliggande ambitionerna³⁴ – och om rapporteringen någorlunda står i proportion till respektive domstols faktiska aktivitet är det bara spanska Tribunal Supremo som kan tävla med HD på detta område, åtminstone när det handlar om att väva in uttryckliga referenser till DCFR i skälen till sina avgöranden.³⁵

³⁰ ”En bestämmelse i ämnet finns även i Draft Common Frame of Reference (utg. av Study Group on a European Civil Code, 2008) III. 5:108.” Det var klokt av Håstad att inte gå in på detaljer. I den slutgiltiga versionen har regeln en annan lydelse.

³¹ HD:s beslut meddelades den 11 juni 2008. Det spanska avgörandet RJ 2009\2417, i vilket en hänvisning till DCFR II. – 8:106 ska ha gjorts i syfte att belägga en tolkning av den spanska civillagens variant av avtalstolkningslärans giltighetsregel, fälldes den 25 maj 2009; generaladvokat Trstenjaks förslag till avgörande i *Danske Slagterier* avgavs den 4 september 2008; se vidare nedan n. 35.

³² Se Bryde Andersen, Retskilder og argumentation i nordisk aftaleret s. 69 n. 2, s. 80; Håstad, DCFR in the Swedish Supreme Court s. 179; jfr även Herre, Nordisk avtalsrätt och de internationella modellagarna s. 108 n. 7.

³³ Se DCFR, Introduction p. 8.

³⁴ Se, i klartext, von Bars inlägg återgivet i Schulze–Schulte–Nölke (eds.), *European Private Law – Current Status and Perspectives*, Munich 2011 s. 265 f.

³⁵ Jag har hittat hänvisningar till sammanlagt fem avgöranden där Tribunal Supremo ska ha hänvisat till DCFR: RJ 2009\2417, RJ 2010\3693, JUR 2010\342009, JUR 2010\333259 samt CENDOJ: 28079110012013100403; se Requejo Isidro–Otero Crespo, *Comparative Law before the Spanish Private Law Courts in the 21st Century*, Andenas–Fairgrieve, *Courts and Comparative Law*, Oxford 2015 s. 552 ff., s. 558 f.; Vogenauer, *The DCFR and the CESL as Models for Law Reform*, Danneman–Vogenauer (eds.), *The Common European Sales Law in Context*, Oxford 2013 s. 732 ff., s. 744. Antagligen finns det fler sådana avgöranden; jfr strax nedan om hänvisningskulturen i spanska domstolar. Från andra länder finns tillsynes bara enstaka exempel. I skotska högsta domstolens avgörande [2013] CSOH 26 ansåg Lord Malcolm att det var ”of interest to note” att DCFR II. – 7.201 (1) (b) föreskriver att avtal kan undvikas om en part i ond tro och i strid med god sed låtit motparten ingå avtalet i villfarelse om rättsläget eller verklig-

6 DCFR, alltså. Men varför?

HD använder sig av DCFR, och det på ett sätt som i ett europeiskt perspektiv framstår som avvikande. Vi har att göra med en anomali. Man kan då fråga sig hur denna ska förklaras.

För en gångs skull är det tillsynes enkelt att åstadkomma en förklaring i rent kausala termer.³⁶ Torgny Håstad var referent i NJA 2009 s. 672 och NJA 2010 s. 629. Johnny Herre var referent i NJA 2011 s. 600, NJA 2012 s. 452 och NJA 2012 s. 597. Herre återfinns även i sitsen i NJA 2013 s. 491 och NJA 2014 s. 272. Lägg till detta att utvecklingen förbådades genom Håstads ovan nämnda tillägg i NJA 2008 s. 733.³⁷ Håstad och Herre deltog båda i utarbetandet av DCFR.³⁸

Redan på det underlaget vill man hålla Håstad och Herre ansvariga för den förändring i HD:s argumentationsmönster som det här gäller. De har introducerat en vana och den har, vad det verkar, satt sig. Och det *är* fråga om en signifikant förändring. För det är inte så att HD i likhet med Tribunal Supremo och andra spanska domstolar i allmänhet hänvisar till internationella principer och modellregler eller på andra sätt lägger rättsjämförande betraktelser till grund för sina avgöranden.³⁹ HD har

hetens beskaflenhet (jfr hänvisningstekniken i NJA 2014 s. 465). Här kan också nämnas att generaladvokat Trstenjak har åberopat DCFR i ett antal av sina yttranden; se förslag till avgörande föredraget den 4 september 2008 i mål C-445/06 Danske Slagterier mot Bundesrepublik Deutschland, EU:C:2008:464; förslag till avgörande föredraget den 11 september 2008 i mål C-180/06 Renate Ilsinger mot Martin Dreschers, EU:C:2008:483; förslag till avgörande föredraget den 7 maj 2009 i mål C-227/08 Eva Martín Martín mot EDP Editores, S.L., EU:C:2009:295; förslag till avgörande föredraget den 8 september 2009 i mål C-215/08 E. Friz GmbH mot Carsten von der Heyden, EU:C:2009:522.

³⁶ Se redan Schultz, Europeiska civilrättsprinciper, JFT 2009 s 762 ff., s. 790 n. 78.

³⁷ Förelöpare till detta är i sin tur Håstads tillägg (för egen del) till NJA 2006 s. 638, där det bland mycket annat hänvisas till UCC, CISG, PECL och UPICC, samt Håstads skiljaktiga mening i NJA 2000 s. 747 (till vilken Magnusson anslöt sig, där PECL åberopas jämte BGB).

³⁸ Jfr Håstad, DCFR in the Swedish Supreme Court s. 179: "One reason for the amount of references may be that I was a justice of the Supreme Court up to 2011 and that Johnny Herre is a justice there from 2009. Both of us were members of the group working out the DCFR and thus familiar with its contents. Either of us, or both [NJA 2010 s. 629], were involved in all the cases referring to DCFR except the last one [NJA 2013 s. 659]."

³⁹ Requejo Isidro–Otero Crespo, Comparative Law before the Spanish Private Law Courts in the 21st Century s. 558: "Soft law texts have become popular among the Spanish judiciary, especially when the reporting judges hold an academic background. If we look for references to PECL, PETL, DCFR or UNIDROIT Principles, the amount of judgments is remarkable. One of the main causes for this may be the structural deficiency

aldrig, såvitt jag kunnat utröna, lagt en hänvisning till Principles of European Contract Law (PECL) till grund för ett avgörande.⁴⁰ Detsamma gäller UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC).⁴¹ I refererad HD-praxis finns till synes inga hänvisningar till vare sig Principles of European Tort Law (PETL) eller Principles of European Insurance Contract Law (PEICL).⁴² HD har inte heller för vana att anställa jämförelser med de stora kontinentala lagverken. (Det förekommer i enstaka fall, typiskt sett i någon lärd utläggning av ett justitieråd med akademisk bakgrund.⁴³) Nej, det handlar, än så länge, specifikt om DCFR.⁴⁴

I sin senaste stora monografi förklarar Lindskog, att han, främst av arbetsskäl, underlåtit att beakta utomnordiskt material, men fortsätter:

”Däremot har jag funnit det motiverat att i viss mån beakta de *modellagar* som har tillkommit fr o m senare delen av 1990-talet, och då särskilt DCFR.

of the Spanish regulation on patrimonial law (contract and tort law). The Spanish rules on obligations and contracts contained in the Civil Code 1889 have been said to be obsolete – as they have not been modified according to the real needs of the 20th and 21st centuries – and vague – as they do not define key general concepts. To overcome these flaws, the Supreme Court has resorted to those ‘alternative sources’ of law.” Exempel: Bara under åren 2005–07 hänvisade Tribunal Supremo till PECL i inte mindre än tolv avgöranden; se Vendrell Cervantes, *The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts*, *Zeitschrift für Europäische Privatrecht*, Vol. 16, 2008 s. 534 ff. Se även Roca Trías-Fernández Gregoraci, *The Modern Law of Obligations in the Spanish High Court*, *European Review of Contract Law*, Vol. 5, 2009 s. 45 ff., s. 56 ff.

⁴⁰ Däremot finner man hänvisningar till PECL i Håstads tillägg (för egen del) till avgörandena i NJA 2006 s. 638, NJA 2008 s. 733 och NJA 2010 s. 467, samt i den ovan i n. 37 nämnda skiljaktiga meningen i NJA 2000 s. 747.

⁴¹ UPICC åberopas dock, av Håstad, i de i föregående not nämnda tilläggen.

⁴² Däremot har CISG, som i sammanhanget intar en särställning i rättskällehänseende, i ett antal sentida avgöranden från HD lagts till grund för slutsatser om innehållet i ”allmän obligationsrätt”, ”den allmänna köprätten” och liknande (uteslutande med akademiker som referenter); se NJA 2010 s. 629 (Håstad), NJA 2012 s. 597 (Herre), NJA 2012 s. 1021 (O. Johansson), NJA 2013 s. 1174 (Herre) samt NJA 2014 s. 978 (O. Johansson).

⁴³ Som i Alexanderssons firade PM i NJA 1933 s. 25, Karlgrens skiljaktiga mening i NJA 1947 s. 461 och Håstads tillägg till NJA 2001 s. 292 och NJA 2008 s. 733. Hänvisningen till BGB i NJA 2014 s. 465 är ett motexempel.

⁴⁴ Jfr dock Herre, *Nordisk avtalsrätt och de internationella modellagarna* s. 108 n. 7; J. Ramberg–C. Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 9 uppl., Stockholm 2014 s. 25. Frågan är om man ska sätta likhetstecken mellan HD och Håstad (i egenskap av skiljaktig resp. som författare av tillägg för egen del).

HD har i sin rättsbildning kommit att ta ett sådant intryck av sådana regelbildningar att det är relevant att betrakta dem som rättskällor. Men då med betydande reservationer. För det första begränsas betydelsen till fall när inhemska rättskällor inte ger någon bestämd ledning. Och för det andra måste den lösning som rekommenderas harmoniera med det inhemska rättssystemet i övrigt.”⁴⁵

I noterna finner man följdriktigt talrika hänvisningar till just DCFR. Svenska källor, andra nordiska källor *och* DCFR. Det är den källmatriks som Högsta domstolens blivande ordförande – i sin egenskap av rättsvetenskaplig författare – lägger till grund för sitt system, och det är den matriks som HD genom sin källhantering anvisar. Lindskogs motivering är pragmatisk. Han tar hänsyn till DCFR eftersom HD gör det. Och med det har ett andra steg tagits på väg mot en reifiering av DCFR inom ramen för den svenska rättsliga diskursen.⁴⁶

Varför detta fokus på DCFR? Kanske därför att det helt enkelt är smidigt.⁴⁷ DCFR erbjuder tillsynes en genväg, till Europa, som gör det praktiskt möjligt också för en domstol att ta komparativrättsliga hänsyn. (Arbetet är redan gjort.⁴⁸) Systemet täcker, vidare, in stora delar av obligationsrätten samtidigt som reglerna är notoriskt obestämda till sitt innehåll. Det gör DCFR till perfekt fyllnadsmassa – en formbar materia som kan täcka luckorna vid behov. Den som vill utnyttja DCFR på detta sätt kan också utan större svårigheter få det att framstå som välmotiverat. Lite svårare är det att rättfärdiga DCFR-systemets särställning. Varför skulle DCFR vara av större intresse än andra modellagar? Särskilt som åtminstone både PECL och UPICC på goda grunder har högre anseende internationellt?⁴⁹ Det är inte *helt* rationellt.

⁴⁵ Lindskog, Betalning. Om kongruent infriande av penningsskulder och andra betalningsrättsliga frågor, Stockholm 2014, s. 33.

⁴⁶ Jfr det strax efter rubriken till denna artikel citerade uttalandet av Hesselink.

⁴⁷ Det vore stereotypt svenskt. Kan man inte, på tal om det, också förstå fenomenet som en yttring av den stereotypa svenska, rotlösa moderniteten? Vi är först med det senaste. Anekdot: När Christian von Bar besökte Stockholm i samband med lanseringen av DCFR berörde han möjligheten att nationella domstolar skulle kunna komma att åberopa DCFR, varpå Håstad, som satt i publiken, med ett rop upplyste honom om att det redan hade skett.

⁴⁸ Se dock nedan n. 49.

⁴⁹ Det har främst att göra med reglernas kvalitet, vilka som utförde arbetet och under hur lång tid. Se här till t.ex. Eidenmüller–Faust–Grigoleit–Jansen–Wagner–Zimmermann, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht: – Wertungs-

Snarare framstår det som en historisk tillfällighet. DCFR var en händelse – i den akademiska världen en stor händelse (DCFR är en akademisk text och i första hand en akademisk angelägenhet⁵⁰).⁵¹ I Sverige överfördes alltså kraften – från nedslaget, så att säga – till den praktiska sfären av Håstad och Herre,⁵² akademiska jurister med nära anknytning till DCFR-projektet som råkade sitta som justitieråd när uppståndelsen kring DCFR var som störst.⁵³ De behövde inte avvakta, utan kunde direkt verka för att frågan, vilken vikt texten ska tillmätas för svensk rätts del, gavs ett auktoritativt svar.⁵⁴ Det är nu ett *fait accompli*. (Vi får se om svaret står sig.)

Egentligen är det inga konstigheter här. Vi använder alla det material som vi känner till och har för handen.⁵⁵ Vad skulle man annars använda? Överlag torde det också framförallt vara domare med akademisk bakgrund som åberopar de internationella regelsamlingarna,⁵⁶ och det är logiskt. Tar man in akademiker i domstolarna kan man vänta sig

fragen und Kodifikationsprobleme, JuristenZeitung, Vol. 63, 2008 s. 529 ff.; Giliker, The Draft Common Frame of Reference and European contract law: moving from the 'academic' to the 'political', Devenney–Kenny, The Transformation of European Private Law, Cambridge 2013 s. 23 ff., s. 25 ff., Jansen, The authority of an academic 'DCFR', Micklitz–Cafaggi (eds.), European Private Law after the Common Frame of Reference, Cheltenham 2010 s. 147 ff., s. 150 n. 24; Schultz, Europeiska civilrättsprinciper, särskilt s. 788 ff.; Vogenauer, Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law?, European Review of Contract Law, Vol. 6, 2010 s. 143 ff., särskilt s. 157 f. Låt vara att DCFR är mer omfattande – men det förklarar inte att HD åberopar DCFR istället för PECL i t.ex. NJA 2013 s. 491 och NJA 2013 s. 659.

⁵⁰ Jfr t.ex. DCFR, Introduction p. 5.

⁵¹ Jfr den inledande sammanfattningen till Herre, DCFR och svensk rätt, SvJT 2012 s. 933 ff., s. 933 ("Det finns få juridiska ämnen i Europa som just nu diskuteras med samma intensitet som utvecklingen av den framtida europeiska kontraktsrätten. Den text som är föremål för mest uppmärksamhet bland europeiska akademiker och praktiker är utan tvekan DCFR [...]").

⁵² Jfr ovan s. 1 om normer och kausalitet.

⁵³ Jfr Niglia, The Struggle for European Private Law, Oxford 2015 s. 96, som noterar att svenska HD "already have spontaneously [!] relied on the default rules of the DCFR". (Niglia verkar bara känna till Allbröds målet.)

⁵⁴ Jfr Herre nedan.

⁵⁵ Jfr Håstads ovan i n. 38 återgivna uttalande ("[...] Both of us were members of the group working out the DCFR and thus familiar with its contents. [...]").

⁵⁶ Några exempel: 1) Ang. Spanien se ovan i n. 39. 2) Ang. hänvisningar till CISG i HD:s domskäl se n. 42 ovan. 3) Generaladvokat Trstenjak – se ovan i n. 35 – är akademiker, f.n. professor i Wien.

domsmotiveringar som drar åt det doktrinära hållet – som i någon utsträckning är *som* rättsvetenskap. Det gör rimligen inte bara skälen längre och mer resonerande, utan också mer abstrakta, mer principiellt hållna, mer systematiskt inriktade och, faktiskt, mer universella (i praktiken internationella).⁵⁷ Samtidigt bör, och det verkar i viss mån i motsatt riktning, en domare som kommer från akademien skriva domar med tydligare individuell prägel, för akademiker är i första hand individer – självständiga tänkare, på gott och ont.

7 En svensk rättskälla?

Man kan fråga sig om det spelar någon roll att HD numera ibland tar in hänvisningar till DCFR i skälen till sina avgöranden. Instinkten säger möjligtvis att betydelsen ska tonas ned. Det är ju långt ifrån så att HD *baserar* sina avgöranden på reglerna i DCFR. Typiskt sett fogas, till det principiella ställningstagande till innehållet i gällande rätt som numera normalt föregår den konkreta tillämpningsmanövern, parentetiskt och mot slutet en jämförande hänvisning till ett ställe i DCFR som tycks bekräfta det mönster, den regel, som HD etablerar.⁵⁸ Överensstämmelsen noteras, inte mer än så.⁵⁹ Det blir ett vagt stödargument.

Har utgången i de aktuella fallen påverkats? *Det* är potentiellt en mycket besvärlig fråga, som man antagligen inte ska ta på alltför stort allvar, men nog hade man kunnat komma till samma slutsatser utan att nämna DCFR?⁶⁰ Det följer väl till exempel av allmänna principer att

⁵⁷ På ytnivån – för att än en gång använda Tuoris välkända metafor – finns bara enskildheter. Pendang: Hur många gånger har det inte påståtts att alla rättssystem i grunden är lika, bara man tränger tillräckligt *djupa*?

⁵⁸ Se NJA 2009 s. 672, NJA 2010 s. 629, NJA 2011 s. 600, NJA 2013 s. 491, NJA 2013 s. 659 och NJA 2014 s. 465. Avviker i någon mån gör framförallt det konstruktiva bruket av DCFR IV.E. – 2:302 i NJA 2009 s. 672 i frågan om uppsägningstidens längd, samt den närmast kursiva anmärkningen i NJA 2012 s. 452, där en bestämmelse i DCFR tillsammans med de komparativa noterna återopades till stöd för ett påstående om innehållet i utländsk rätt. Jfr Håstad, DCFR Rules in the Swedish Supreme Court s. 184, som konstaterar: "The references made to the DCFR are [fram t.o.m. NJA 2013 s. 659] always of an informative or supportive nature [...]", för att sen identifiera tre funktioner: som källa till information om främmande rätts innehåll, som (möjlig) inspirationskälla och som led i en allmän inledning.

⁵⁹ Som i NJA 2010 s. 629 ("lösningen överensstämmer med den som valts i DCFR artikel IV.G. – 2:112"). Särskilt tydligt även i NJA 2014 s. 465 (p. 14).

⁶⁰ Och vilken är egentligen relationen mellan de skäl domstolen återopar och det preju-

köparen saknar rätt att göra påföljder gällande om kontraktsbrottet ifråga beror på köparen eller på något förhållande på köparens sida (NJA 2012 s. 597), att ett rättssubjekt som ges en rättighet i ett avtal inte nödvändigtvis behöver kunna identifieras vid tidpunkten för avtalets ingående (NJA 2013 s. 491) och att frågan huruvida en rättshandling företagits ska bedömas på objektiva grunder, det vill säga utifrån mottagarens befogade uppfattning (NJA 2013 s. 659)?⁶¹

Det är möjligt. Men vanan att ibland hänvisa till DCFR spelar avgjort likafullt roll i praktiskt hänseende. Den utformning HD ger sina skäl är ju *de facto* normerande för den juridiska argumentationen – sysslar man med svensk civilrätt har man anledning att beakta DCFR, och det på ett sätt som speglar HD:s DCFR-bruk. Det är självklart.⁶²

Här måste det emellertid rimligen finnas någonting utöver denna självklarhet, för HD:s hänvisningar till DCFR har genererat en hel del diskussion. *Rättskällebegreppet* står, mer eller mindre tydligt, i fokus för denna diskussion. Är DCFR en svensk rättskälla? Där har vi en fråga med ideologisk laddning och teoretisk klangbotten (för frågan om rättskällebegreppet är nära förknippad med den allmänna frågan om rättens natur) som saknar givet svar (fenomenet DCFR är nytt; vi har ingen inlärd respons när det ska relateras till rättskällebegreppet; DCFR har den typiska rättskälletextens form, men saknar auktoritativt stöd; texten är europeisk, inte svensk, osv.). Det är kort sagt en fråga att ta ställning till. Och det har man också gjort.⁶³

dikat som avgörandet i det enskilda fallet förmedlar? Jfr t.ex. Håstads skiljaktiga mening i NJA 2009 s. 500.

⁶¹ Detta är, märk väl, inte menat som lojala tolkningar av respektive fall, utan de allmänna principer som förslagsvis hade kunnat läggas till grund för avgörandena. Jfr dock ang. NJA 2013 s. 659 HD:s vidareutveckling av institutet tillitsgrundad fullmakt i NJA 2014 s. 684, särskilt p. 13 och framåt, som *prima facie* stänger vägen för tillämpning av en så enkel princip som den som här föreslagits.

⁶² Och mer än så ska man kanske inte lägga i Lindsöks ovan vid n. 45 återgivna uttalande.

⁶³ Här ska man märka att frågeställningen i någon mån förskjuts med varje nytt avgörande från HD i vilket DCFR åberopas.

Det har hävdats att DCFR *är* en svensk rättskälla.⁶⁴ Det har hävdats att DCFR *inte* är en svensk rättskälla.⁶⁵ Och man kan hitta exempel på ett mjukare, mindre bestämt, förhållningssätt.⁶⁶ Lindskog menar, som vi sett, att det är ”relevant att betrakta” modellagar, särskilt DCFR, ”som rättskällor”. Herre har gjort gällande att bland annat DCFR ”har och kan få betydelse för den närmare bestämningen av innehållet i den nordiska avtalsrätten”, vilket för svensk rätts del ”antys” av HD ”som i ett antal avgöranden har hänvisat till PECL, PICC och DCFR i sina avgöranden som en del av argumentationsunderlaget”.⁶⁷ Håstad menar för sin del att HD, fram till och med avgörandet NJA 2013 s. 659, aldrig hanterat DCFR som en bindande svensk rättskälla.⁶⁸

Fråga på det: Hur *gör* man för att ta ställning till huruvida DCFR är en rättskälla eller ej? HD använder inte termen ”rättskälla” i de aktuella avgörandena, så det handlar inte om rättskällebegreppets faktiska innebörd på rättstillämpningsplanet, utan om att på ett metaplan, inom ramen för en metodologisk diskussion, kvalificera HD:s källhantering. Med hänvisning till inventeringen strax ovan kan det konstateras att språkbruket vacklar.⁶⁹ Vi vet inte om vi ska kalla DCFR en rättskälla eller inte. Sätillvida *har* den frågan (ännu) inget svar.

⁶⁴ J. Ramberg–C. Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 25; jfr C. Ramberg, Mot en gemensam europeisk civillagstiftning, SvJT 2004 s. 459 ff., s. 473, där det på tal om resultaten av det arbete som bedrevs inom von Bars *Study Group*, hävdas att dessa ”många gånger [ger] bättre och mer opartisk vägledning om innehållet i svensk [!] rätt än rättsutlåtanden”. (Rättsutlåtanden är alltså i allmänhet partiska?)

⁶⁵ Adestam, Den dokumentvillkorade garantin, Stockholm 2014 s. 23 och 33 f.; Arvidsson, Aktieägaravtal. Särskilt om besluts- och överlåtelsebindningar, Stockholm 2010 s. 41 n. 63; P. Samuelsson, Entreprenadavtal. Särskilt om ändrade förhållanden, Stockholm 2011 s. 60 ff.; Schultz, Europeiska civilrättsprinciper s. 788 ff. I denna riktning även Arnerstål, Varumärket som kontraktsföremål, Uppsala 2014 s. 74.

⁶⁶ Se t.ex. Möller, Giltigheten av avtal om tillägnelse av pant, Festskrift till Torgny Håstad, Uppsala 2010 s. 637 ff, s. 650 f.; J. Samuelsson, Avtalstolkning på europeiska. Del I: Systemet, SvJT 2012 s. 962 ff., s. 966 f.

⁶⁷ Herre, Nordisk avtalsrätt och de internationella modellagarna s. 108 i och vid n. 7; jfr ovan i och vid n. 44.

⁶⁸ Håstad, DCFR Rules in the Swedish Supreme Court s. 184. Jfr Adestam, Den dokumentvillkorade garantin s. 24: ”Ingen rättskälla i svensk rätt kan betecknas som ’bindande’, i varje fall inte i någon särskilt informativ mening.”

⁶⁹ Jfr J. Ramberg–C. Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 33: ”Avtalsrättens historiska ursprung kan få betydelse som rättskälla [...]” resp. s. 130 ”[...] sunt förnuft, som i realiteten utgör en viktig rättskälla.”

Detta sakernas tillstånd kan verka frustrerande. Utgår man från rättsstatsideologin kan det verka som om det som här står på spel är huruvida man *får* åberopa DCFR eller inte. Men det är ideologi, inte verklighet, och just civilrätten är särskilt svår att förstå på rättsstatliga premisser.⁷⁰ Frustrerad kan man också bli som teoretiker. Hur ska man kunna föra en begriplig metoddiskussion om man inte *vet* vad man pratar om?⁷¹ Åt det hållet resonerar Johan Adestam när han i sin på många sätt utmärkta avhandling "Den dokumentvillkorade garantin" inledningsvis behandlar rättskällebegreppet:

"När det i allmänt juridiskt språkbruk talas om rättskällor varierar innebörden. En precisering av vad som avses med en rättskälla är av värde för att den klargör på vilket sätt olika typer av material och argument (olika 'källor') är av relevans."⁷²

Den bristande precisionen vill Adestam åtgärda med hjälp av en teoretisk konstruktion. I förevarande sammanhang spelar detaljerna (faktiskt) ingen roll,⁷³ men det kan konstateras att DCFR utesluts från kretsen av rättskällor, på teoretiska grunder. Är det *klargörande*?⁷⁴ Ja, såtillvida som Adestam kan leverera ett klart svar ("Nej, DCFR är inte en rättskälla."). Men till vilket pris?

⁷⁰ Se här till Bryde Andersen, Retskilder og argumentation i nordisk aftaleret.

⁷¹ Den danske rättsfilosofen Jens Ravnkilde gav uttryck för denna stereotypa teoretikerattityd när han för inte länge sedan lanserade ett nytt rättskällebegrepp i den danska debatten; se Ravnkilde, Hvad er en retskilde?, UfR 2013 s. 1 ff. I inledningen (s. 1) heter det: "[E]n aktivitet, som fortjener navnet retsdogmatisk forskning, må forankres i en definition af retskildebegrebet, som gør det muligt en gang for alle at fastslå, hvad der på et givet tidspunkt er en given retsforfatnings retskilder. Det er en intellektuel skandale, at en sådan definition ikke for længst er tilvejebragt."

⁷² Adestam, Den dokumentvillkorade garantin s. 23.

⁷³ Adestam är "konventionalist"/"positivist" och förstår rättskällorna som en underavdelning till den kategori normer som rättsordningens grundläggande "erkänningsregel" utpekar. Det är en variant på Harts position. Adestam ansluter här nära till Arvidsson, Aktieägaravtal. Särskilt om besluts- och överlåtelsebindningar.

⁷⁴ Adestam graviterar (liksom Ravnkilde) åt *mainstream analytical jurisprudence*, en bred riktning vars anhängare utgår från H.L.A. Harts "The Concept of Law" i allt de gör, som om det vore en självklar sak; se här till t.ex. Fitzpatrick, The Mythology of Modern Law, London-New York 1992 s. 183 ff.; för ett pregnant exempel på uttryck för denna självförståelse se Leiter, Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence, The American Journal of Jurisprudence, Vol. 48, 2003 s. 17 ff., s. 18. Det rör sig om en schattering inom den "analytiska filosofin", vars övergripande mål just är att åstadkomma (begreppslog) "klarhet".

En rent deskriptiv teori har rimligen inga normativa implikationer. Den tillför ingenting; förändrar – om den gäller begreppens innebörd – inte språkbruket. Går man längre än så,⁷⁵ i ett aktivt försök att reformera språket, borde man kanske fundera över sina bevekelsegrunder och sin språkbild. *Ingenstans* är juridikens praktik, rättsvetenskapen inräknad, teoretiskt grundad. Vi sitter inte på några definitioner av våra grundläggande begrepp. I *den* meningen vet vi inte, till exempel, vad rätt är. Eller regler. Eller rättsdogmatik. Eller rättigheter. Eller... Men det är inte ett problem.⁷⁶ Och att försöka "lösa" detta icke-problem med teoretiska definitioner är att spänna vagnen framför hästen.⁷⁷

Det är också oansvarigt, för man skymmer sin egen sikt. Varför skulle den rättsliga normativiteten som fenomen vara nedbrytbar i just de abstrakta kategorier som anvisas av den teoretiska åskådningsform som man händelsevis gjort till sin? Säg att man, till exempel, som bekännande positivist fränkänner DCFR rättskällestatus med hänvisning till att det inte empiriskt kan konstateras att DCFR *ska* tillmätas betydelse vid fastställandet av rättsläget (DCFR utpekas inte av *the rule of recognition*).⁷⁸ Då har man avgjort frågan om DCFR:s relevans för rättsläget genom en iteration av den grundläggande dikotomin mellan Vara och Böra, under antagande (och förstår man positivismen som metodprogram blir detta det första, mest basala, antagandet) att den dikotomin är stabil och lämplig att lägga till grund för metodologiska ställningstaganden – trots att

⁷⁵ *Varför* skulle man göra det? Om sanningen inte är entydig hjälper det inte att låtsas att den är det.

⁷⁶ Enligt Ravnkilde, Hvad er en retskilde? s. 1, blir rättsdogmatiken en koloss på lerfötter utan ett klart rättskällebegrepp. Men det *ter sig bara så*, ur den teoretiska synvinkeln. Den klarhet som Ravnkilde efterfrågar är en *teoretisk* klarhet. Praktiken är obrydd, med rätta. Som Bryde Andersen, Retskilder og argumentation i nordisk aftaleret s. 64 n. 1, framhåller "Hvis gældende aftaleret altid blev udledt ved logiske deduktioner fra veldefinerede retskilder, [ville] fraværet af en retskildedefinition [...] være betænkelig. Men [...] aftaleretten [fungerer] ikke sådan." Nej, man kan t.o.m. säga att juridiken som praktik fungerar bl.a. *eftersom* filosofiska definitionsfrågor inte angår den. (Skulle man först behöva förklara, i teoretiska termer och "en gång för alla", hur man t.ex. tar en promenad, så skulle man inte komma ur fläcken.)

⁷⁷ Praktiken – *livet* – kommer först. Teoretiker är kommentatorer, inte mer än så.

⁷⁸ Jfr Adestam, Den dokumentvillkorade garantin s. 23 och 34. Huruvida sådana normativa följder överhuvudtaget kan härledas från rättspositivismen är tveksamt. Jfr Harts ambition att åstadkomma "descriptive sociology" – en deskription av rätten och moralen som typer av sociala fenomen (Hart, *The Concept of Law*). Se här till t.ex. Spaak, Rättspositivism och juridisk metod, Korling-Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, Lund 2013 s. 47 ff., särskilt s. 68 f. och 75 f.

det fenomen som ska klassificeras möjligen ger konkret anledning att ifrågasätta huruvida detta antagande verkligen håller streck – och med det låter man saken bero.

8 Harmoniserande tolkning och europarättens inflytande

Hur ska vi då förstå det som hänt i frågan om den svenska rättsens förhållande till DCFR? Ja, svarar man på det försöker man skriva nutidshistoria, vilket är ett sorts stolleprov. Man får nog nöja sig med tankeutkast och antydningar. Jag har i alla fall en fundering...

Möjligen skulle det som här retar, så pass att det föranlett ett antal diskursiva reaktioner (bland annat den här artikeln), alltså det sätt på vilket HD under senare år använt DCFR, kunna ses som ett uttryck för en mer generell förändring i HD:s argumentationsmönster.

Jag tycker mig ha märkt att HD på avtalstolkningens område numera tenderar att tillämpa *en ganska hårdhänt harmoniserande tolkning*.⁷⁹ Ett exempel skulle kunna vara det relativt färska avgörandet i *NJA 2015 s. 110*. Där hade HD att tolka och tillämpa felreglerna i ABS 95 (småhus-entreprenad där konsumenter är beställare). Konsumenttjänstlagen var inte tillämplig, men HD fann omgående det likafullt vara en ”naturlig utgångspunkt” att bestämmelserna i standardavtalet har samma innebörd som motsvarande lagregler, trots att de är skrivna på ett annat sätt – låt vara att grundstrukturen är densamma: fel är väsentligen avvikelse från fackmässig standard respektive från vad som i övrigt avtalats. Därpå gjorde HD följande manöver (domskälen p. 15 och 16):

”I det hänseendet [att avvikelse från avtalad standard utgör fel] kan ledning hämtas från bl.a. konsumentköplagen. Där föreskrivs i 16 §, som är likalydande med 17 § köplagen, att varan ska överensstämma med vad som följer av avtalet. Bestämmelsen innehåller också en övergripande regel om att fel föreligger om varan avviker från vad köparen med fog har kunnat förutsätta (jfr även 4 kap. 19 § JB). Detta har i förarbetena ansetts vara ett uttryck för att varan kan vara felaktig när dess egenskaper och användbarhet på ett påtagligt sätt avviker från vad konsumenten har skäl att räkna med på

⁷⁹ Jfr Lindskogs kvalifikation ”den lösning som rekommenderas [måste] harmoniera med det inhemska rättssystemet i övrigt”; se ovan vid n. 45.

grund av de förutsättningar som han vid köpet har haft för sin bedömning (se prop. 1989/90:89 s. 100).

I ljuset av vad som i det föregående har sagts om motsvarande regel i konsumenttjänstlagen bör bestämmelsen i ABS 95 kap. 2 § 6 a) förstås på det sättet, att det ligger i avtalet att beställaren har rätt till den standard (det resultat) som denne har haft fog att förutsätta.”

Så ... en bestämmelse i ett tjänsteavtal som föreskriver att fel föreligger vid avvikelse från fackmässig samt avtalad standard, innebär egentligen en generell fogregel, därför att de köprättsliga lagarna också föreskriver att avvikelse från avtalad standard utgör fel *och därutöver* innehåller en sådan fogregel. I de köprättsliga regelverken utgör emellertid inte regeln att en avvikelse från avtalet konstituerar fel grunden för fogregeln utan behandlas som ett exempel på en situation i vilken säljarens prestation avviker från vad köparen med fog kunnat förutsätta (”Om fastigheten inte stämmer överens med vad som följer av avtalet eller om den annars avviker från vad köparen med fog kunnat förutsätta vid köpet [...]”, JB 4:19; se även 17 § KöpL och 16 § KKöpL). Någon sådan skrivning finns vare sig i ABS 95 eller i konsumenttjänstlagen. Argumentet är alltså att eftersom avvikelse från avtalad standard i köprätten är att förstå som ett av flera uttryck för en generell fogregel så ska en sådan generell regel läsas in i en bestämmelse i ett avtal som hör till en annan kontraktstyp och som uttryckligen begränsar felansvaret till fall av avvikelse från avtalad (eller fackmässig) standard. Effekten blir, något paradoxalt, att föreskriften i ABS 95, att fel föreligger vid avvikelse från avtalad standard, måste förstås *på ett annat sätt* än direkt motsvarande köprättsliga bestämmelser (17 § 1 st. KöpL respektive 16 § 1 st. 1 p. KKöpL) – trots att det är från köprätten innebörden hämtats – för de senare rymmer inte i sig någon generell fogregel. (Man kanske menar att det är fråga om en allmän kontraktsrättslig princip. Men det har man inte sagt, och det skulle inte heller förklara varför regeln ska klistras över ett avtal som möjligen säger motsatsen.) Med den läsningen kunde HD i det aktuella fallet lägga ansvaret på entreprenören, trots att den aktuella konstruktionen var såväl avtalsenlig som fackmässigt utförd. Man gjorde detta mot bakgrund av en redogörelse för den något speciella lagstiftningshistoriken och med åberopande av att riskfördelningen blir lämplig, men det är argument som ligger och skvalpar utan att kopplas till det konkreta tolkningsresonemanget.

Ett tidigt exempel skulle kunna vara avgörandet i ovan omnämnda *NJA 2012 s. 597* (tolkning av AB 92) där HD efter att ha utrett "tolkningsförutsättningarna" och konkluderat att det är "naturligt att vid bestämningen av avtalsinnehållet utgå från vad som gäller enligt dispositiv rätt", inte helt överraskande lät det konkreta tolkningsresonemanget mynna ut i en "tolkning i linje med vad som följer av dispositiv rätt". En harmoniserande tolkning, alltså, som faller på plats, mer eller mindre, givet den "naturliga" utgångspunkten att avtalet ska läsas i ljuset av bakgrunds-rätten (mönstret såväl i 2012 som 2015 års fall). Men hur *naturligt* är det att innebörden i en individuell överenskommelse hämtas från generella normer, som parterna valt bort?⁸⁰

Det beror alldeles på det. Att fastställa individuella uttrycks innebörd är att betrakta dem i ljuset av generella normer (det rent individuella går inte att förstå – det blir inte ens ett tecken), men ska man göra uttrycket rättvisa måste man likafullt komma detta så nära som möjligt. Den som *föreskriver* en innebörd tolkar inte.⁸¹ Det individuella har såtillvida företräde. (*Dessa* ord kan man förstå "mot bakgrund av allmänt språkbruk", men man *måste* beakta den individuella kontexten – genren, textens struktur och syfte, resonemangets gång etc.) Också den som tolkar ett avtal måste hantera denna grundläggande spänning, mellan individuellt och generellt. Ja, de generella normer – faktiska och rättsliga – mot bakgrund av vilka avtalet ingåtts är relevanta för förståelsen, men de är det *därför att* de gör det möjligt att just förstå vad parterna kommit överens om, vad de ska anses ha avsett.⁸² Går man för långt i harmoniserande

⁸⁰ Jfr H Andersson, Barthesianska meditationer. Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard s 71 ff. København 2003.

⁸¹ Det blir implementerad grönforsianism; se Grönfors, Tolkning av fraktavtal, Göteborg 1989. Jfr J. Samuelsson, Tolkning och utfyllning, Uppsala 2008; dens., Tolkningslärans gåta, Uppsala 2011. Jfr även nedan ang. det avståndstagande från Grönfors läror som ligger i *NJA 2013 s. 659*.

⁸² Jfr följande skrivning i *NJA 2013 s. 271*, ett avgörande som skulle kunna anföras som ytterligare ett exempel på tendensen att tillgripa harmoniserande tolkningar, men som motiverats med större känsla för enskildheternas betydelse: "Tolkad mot bakgrund av de allmänna obligationsrättsliga principer som gäller för avtal av detta slag talar ordalydelsen av kap. 5 § 4 i AB 92 för att paragrafen är avsedd att enbart reglera just risken för att entreprenadarbetena skadas." Att beakta rättsliga normer vid fastställandet av avtals innehåll är i sig fullt legitimt. Frågan är *hur* man gör det; se vidare t.ex. *NJA 1981 s. 323*, *NJA 1991 s. 319*, *NJA 1997 s. 382*, *NJA 1998 s. 3*, *NJA 2008 s. 668* och *NJA 2010 s. 227*.

riktning gör man helt enkelt våld på avtalstexten, och kränker avtalsfriheten.⁸³

Mönstret ifråga kan spåras också på andra fält, det vill säga i mål som inte gäller avtalstolkning. Ta *NJA 2014 s. 465*, det senaste av de avgöranden i vilka HD åberopat DCFR. Där fastslog HD att en hyresvärds samtycke till andrahandsuthyrning inte befriar hyresgästen från ansvar för skador på fastigheten som orsakats av andrahandshyresgästens vållande. Det stycke i skälen (p. 14) som föregår slutsatsen inleds som ovan påpekats med konstaterandet, eller stipulationen, att "[d]en aktuella regleringen bör ses mot bakgrund av vad som i allmänhet gäller för nyttjanderätter." Vad som sen följer är fyra ... anmärkningar, av komparativt slag. Det "kan noteras" att redan före 1907 års nyttjanderättslag var huvudregeln (enligt Hasselrot) att nyttjanderättshavare svarade för andra personer som med uthyrarens samtycke tog befattning med saken. Det "kan också nämnas" att motsvarande gällde, och gäller, i tysk rätt. Det "kan vidare antecknas" att nyttjanderättshavare vid tiden för 1969 års hyresreform, då de aktuella reglerna i hyreslagstiftningen utformades, (enligt Falkanger) svarade för andrahandsnyttjanderättshavare enligt norsk rätt. "Numera kan", slutligen, "även hänvisas" till DCFR. Dessa fyra nedslag etablerar ett mönster och därmed tycks saken vara klar, för slutsatsen följer i omedelbar anslutning, efter styckebytning: "Slutsatsen är att" den individuella materia som skulle bedömas ska tillskrivas den innebörd som ligger i det allmänna mönstret.⁸⁴

⁸³ Jfr J. Ramberg–C. Ramberg, *Allmän avtalsrätt* s. 143: "Förr i tiden gjorde man stor skillnad mellan egentlig tolkning (tydning av text) och utfyllning (hur luckor i avtalet ska fyllas). Den moderna metoden för att fastställa avtals innehåll innebär i stället att man gör en helhetsbedömning och tar hänsyn till många olika faktorer; vad parterna uttryckligen sagt och skrivit, vad parterna underförstått antagit, avtalets syfte och ändamål, hur parterna betett sig i samband med avtalsförhandlingarna och i samband med att de börjat fullgöra avtalet, dispositiv rätt och handelsbruk." Om man bortser från att avtalstolkningen *alltid* krävt en helhetsbedömning med hänsyn tagen till samtliga relevanta faktorer (se t.ex. Förslag till lag om avtal (1914) s. 140), så, ja, det finns möjligen skäl att ifrågasätta om inte HD:s avtalstolkningsteknik på sistone fått drag av utfyllning. Men distinktionen har knappast kollapsat. Tvärtom kan man säga att HD i modern tid varit tydligare än någonsin tidigare med att markera var skillnaden mellan tolkning och utfyllning går (vilket kanske är en följd av domstolens relativa akademisering); se t.ex. *NJA 2009 s. 672*, *NJA 2010 s. 559* och *NJA 2013 s. 1190*; se ang. äldre praxis J. Samuelsson, *Tolkning och utfyllning* s. 236 n. 627.

⁸⁴ Men underlaget för mönstret ifråga är så svagt att den retoriska effekten i princip uteblir.

När slutsatsen dras syftar HD naturligtvis tillbaka på hela det resonemang som förs i skälen och där är redogörelsen för det större, allmänna mönstret bara en avslutande del. Men HD menar uppenbarligen likafullt att den allmänna, normativa bakgrunden är relevant för rättsfrågans besvarande. Hur fungerar argumentet? Det är subtilt. (I det närmaste outtalat.) Kan blotta *iakttagelsen* att till exempel Hasselrot och Falkanger gjort vissa påståenden om läget enligt regler som inte var tillämpliga i den aktuella tvisten, eller omnämmandet av det förhållandet att tysk rätt har ett visst innehåll, eller att någonting visst föreskrivs i DCFR, påverka tolkningen av en given, svensk, konkret rättsregel? Ja, tydligen. Det blir då fråga om en harmoniserande manöver, där det individuella i någon mån (närmare bestämt i den utsträckning argumentet är relevant) underkastas det generella. Man kan påstå att det bara är fråga om bekräftelse, om stödargumentation. Men behövs den då? Är det inte snarare så att tekniken faktiskt gör skillnad? Och är inte risken att den kommer att tjäna som ursäkt för att lämna frågan, hur det konkret givna källmaterialet ska förstås, därhän? Jag noterar, utan att gå in på detaljer, att det i litteraturen har ifrågasatts om inte HD i just NJA 2014 s. 465 betonade det generella aningens för hårt, på det individuellas bekostnad.⁸⁵

Mönstret kan även skönjas – och detta blir mitt sista exempel – i *NJA 2013 s. 659*. Detta är ett av de mest intressanta avtalsrättsliga avgörandena från senare år. Frågan var, som vi sett, om en representant för ett reseföretag som utan vare sig uppdrag eller firmateckningsrätt i företagets namn undertecknat ett avtal med en agent ändå hade företrätt reseföretaget med bindande verkan. Motparten gjorde gällande att behörighet föreläggat genom någon av fullmaktstyperna ställningsfullmakt, toleransfullmakt eller kombinationsfullmakt. HD tog sig an denna fråga genom att först notera vad 10 § 2 st. AvtL föreskriver om ställningsfullmakt och hänvisa till tillämpningen av detta institut i *NJA 2001 s. 191 I och II*. Därefter redogjorde HD lika kort för de doktrinära konstruktionerna ”toleransfullmakt” respektive ”kombinationsfullmakt”, med hänvisningar till litteraturen. På det underlaget formuleras sedan följande principiella uttalande (domskälen p. 12):

⁸⁵ Så läser jag H. Andersson, Ansvaret vid andrahandsuthyrning – enhetlig regel kontra differentierad argumentationsstruktur, JT 2014/15 s. 533 ff. Jfr t.ex. undertonen i följande karakteristik (s. 556): ”[E]n kort och lättfattlig dom – som förenklar hanteringen genom att ge ett uniformt budskap om alla andrahandsupplåtelser (så att man slipper bedöma olika kontraktuella plikter och överenskommelser) [...]” eller se, ang. temat tolkning av rättshandlingar, s. 554.

”Den som skapar en befogad tillit hos någon annan, om att han företräds av en behörig person i en viss avtalssituation, kan alltså bli bunden av personens handlande. Detta är en princip som gäller även i andra rättssystem och som avspeglas i olika internationella rättssammanställningar (jfr t.ex. Art. II. – 6:103 (3) Draft Common Frame of Reference).”

Den generella regeln här härleds, det intrycket ger skälen (”...kan *alltså* bli bunden...”), från det som tidigare sagts, det vill säga från HD:s redogörelse för fullmaktstyperna ställningsfullmakt, toleransfullmakt och kombinationsfullmakt. Det gör hänvisningen till DCFR till ett rent stödargument – och som i övriga fall där denna teknik används kan man fråga sig vad argumentet i så fall tillför (om slutsatsen nu ändå följde på en redogörelse för innehållet i svensk rätt) och på vilket sätt det är ett argument (konformitet med internationell rätt i största allmänhet (vilket DCFR egentligen inte säger mycket om) talar för en slutsats i fråga om hur svensk rätt är att förstå i ett visst avseende därför att...?⁸⁶).

Jag undrar emellertid om det inte här är tvärtom, det vill säga, om det inte är så att innebörden i realiteten hämtas från den generella nivån för att sedan projiceras på det konkreta underlaget.

Vad får mig att misstänka det? Först och främst att den av HD fastslagna principen om tillitsgrundad fullmakt inte lojalt kan härledas från de doktrinära konstruktionerna ”toleransfullmakt” och ”kombinationsfullmakt”; dessa så kallade ”nybildningar i anslutning till ställningsfullmakten” bygger på Grönfors tanke att rättsföljden bundenhet inträder som sanktion, vilken ska göra det möjligt att förklara fullmaktens uppkomst utan att falla tillbaka på tillitsteorin, eller på någon annan enhetlig princip eller teori.⁸⁷ HD etablerar en *ny* princip (eller åtminstone en ny tolkning), som klart går utöver de gamla kategorierna.⁸⁸

I NJA 2014 s. 684 fick HD tillfälle att ge principen från NJA 2013 s. 659 tydligare konturer. I skälen (p. 13) gör HD följande referat av sitt tidigare avgörande:

⁸⁶ Håstads svar: ”DCFR has also been used to demonstrate that Swedish law or the Supreme Court ruling is in line with foreign law, which can be of importance in the relevant business area or persuasive as regards the prudence of chosen solutions ([see e.g.] NJA 2013 p. 659)”; Håstad, DCFR Rules in the Swedish Supreme Court p. 184.

⁸⁷ Se t.ex. Grönfors–Dotevall, Avtalslagen. En kommentar, 4 uppl., Stockholm 2010 s. 141 ff.

⁸⁸ Se här till Linskogs tillägg till NJA 2014 s. 684, p. 1.

”Det rättsläge som kommer till uttryck i 2013 års fall kan beskrivas så, att utöver att en fullmakt kan vila på en huvudmannens viljeförklaring kan den under vissa förutsättningar ha sin grund i den tredje mannens befogade tillit.”

Det är emellertid inte vad som sägs i NJA 2013 s. 659. Däremot ekar det strukturen i den artikel i DCFR som återopades i det målet. Den (DCFR II. – 6:103) har följande lydelse:

- (1) The authority of a representative may be granted by the principal or by the law.
- (2) The principal’s authorisation may be express or implied.
- (3) If a person causes a third party reasonably and in good faith to believe that the person has authorised a representative to perform certain acts, the person is treated as a principal who has so authorised the apparent representative.

Det var bara regeln i tredje stycket som återopades i 2013 års fall. Enligt HD har vi likafullt alltså numera att, i och med detta avgörande, räkna med en grundläggande distinktion mellan viljeförklaringsbaserade och tillitsbaserade fullmakter i svensk rätt – en struktur som tillsynes speglar innehållet i DCFR II. – 6:103.

Denna struktur är inte bara oförenlig med den grundsyn som kommer till uttryck i den doktrinära konstruktionen ”kombinationsfullmakt”⁸⁹ – en rättslig modernism, radikalt objektivistisk och väl avpassad efter nittonhundratalets juridiska ideal (juridik som social ingenjörskonst) – utan också svår att förena med den svenska avtalsrättens klassiska hållning till fenomenen vilja, tillit och förklaring. Viljeförklaringsars innehåll bestäms ju hos oss efter en samlad bedömning av vilket intryck som förmedlats till mottagaren, objektivt sett, givet alla relevanta omständigheter.⁹⁰ Det befogade intrycket avgör. Varför skulle det göra skillnad att det specifikt är fråga om fullmakt?⁹¹ Praxis ger inget stöd för det.⁹² Att då skilja vilje-

⁸⁹ Jfr J. Samuelsson, Tolkning och utfyllning s. 436 f.

⁹⁰ Det gäller noga taget inte bara här utan, antar jag, i *alla* rättssystem. Hur skulle det annars vara? (Och det väcker frågan hur regeln i DCFR II. – 6:103 *egentligen* ska förstås.)

⁹¹ Märk att ensidiga rättshandlingar i allmänhet också enligt DCFR (II. – 8:201 (1)) ska tolkas så som de rimligen kan förväntas bli förstådda av mottagaren.

⁹² Tvärtom. NJA 1950 s. 86 – som Grönfors ville bygga sin ”kombinationsfullmakt” på – är ett gott exempel.

förklaringsbaserade rättshandlingar från tillitsbaserade är det nog ingen riktig mening med.⁹³ Kan man möjligen tycka.

Men HD har sett ner foten, så som HD gör, och måste göra. Och med varje steg förändras rättsläget. Men det kan alltså också vara så att HD har plockat upp en ny teknik, på vägen. Genom att, när det passar, läsa det direkt relevanta rättsliga materialet mot bakgrund av vad som gäller i allmänhet åstadkommer man en stödargumentation som vid första påseende är oantastlig (Vad kunde vara mer naturligt?) och oansenlig, men som i realiteten kan bidra till att förskjuta den aktuella frågeställningen – genom en harmoniserande manöver görs överensstämmelsen med det allmänna mönstret till tema för resonemanget och de primärt givna källtexterna hamnar ur fokus.

I detta sammanhang har DCFR kommit att spela en roll, eftersom reglerna där anses ge uttryck för rättsläget på det allmänna planet, i Europa, internationellt, eller bara i allra största allmänhet. Och så formas svensk rätt efter DCFR (och DCFR efter svensk rätt).⁹⁴ Tillsynes kan den vägen helt nya kategorier introduceras och ges materialitet, på tvärs med de etablerade.⁹⁵ Det behöver knappt märkas.

Detta är ett uttryck för civilrättens europeisering, i materiellt hänseende, men också, vilket kanske är mer intressant, metodologiskt. När något sker i svensk civilrätt, sker det traditionellt på låg höjd, nära marken.⁹⁶

⁹³ Jfr Lindskogs tillägg till NJA 2014 s. 684 p. 2 och 3. Det är aldrig viljan i sig som är grunden, utan alltid förklaringen, eller med andra ord vad nu huvudmannen gjort för att till tredje man (eller mellanmannen) förmedla intrycket att mellanmannen givits behörighet. (Man kan knappast åstadkomma en hållbar distinktion bara genom att hänvisa till att det vid tillitsbaserade fullmakter måste vara fråga om en "faktisk" tillit. Skulle mottagare av just fullmaktsförklaringar inte ha rätt att åberopa det befogade intrycket av den handlades agerande i något läge där mottagaren av en annan typ av viljeförklaring i motsvarande situation hade haft en sådan rätt? Nej, om något gäller möjligen det motsatta; se NJA 1974 s. 706.)

⁹⁴ Se ovan i och vid n. 25.

⁹⁵ Man kan fråga sig varför en nationell högstinstans skulle *vilja* göra någonting sådant, dvs. bidra till att det inhemska materialet förlorar i värde. Niglia, *The Struggle for European Private Law* s. 96, finner det intressant att svenska HD har valt att åberopa DCFR just med tanke på att manövern försvagar den inhemska rättsliga materians ställning i tolkningshänseende.

⁹⁶ Ett tecken på att den harmoniserande tolkningens teknik faller utanför gängse me-

Det gäller i synnerhet utvecklingen i rättstillämpningen.⁹⁷ Ett harmoniserande tillämpningsresonemang blir ofrånkomligen mer abstrakt och därmed ökar också de systematiska insatserna. (Sen när kliver HD in i rättsvetenskapliga strider med den typ av anspråk som restes i NJA 2013 s. 659?) Men jag klagar inte. Inte alls. Som rättsvetare kan man se utvecklingen an med spänd förväntan.

etnologiska ramar skulle, t.ex., kunna vara att H. Andersson i sin kommentar till NJA 2014 s. 465 ("Ansaret vid andrahandsuthyrning – enhetlig regel kontra differentierad argumentationsstruktur") trots en detaljerad och inträngande analys (bestående i "oändliga kaskader" av ord (s. 556)) i princip förbigår p. 14 i skälen med tystnad. På s. 537 konstateras: "Vidare anför HD (domskäl nr 14) att den specifika regleringen bör ses mot bakgrund av vad som i *allmänhet gäller för nyttjanderätter*. Denna tematik berör därmed generella iakttagelser om ansaret vid hyra av lös egendom – inte den speciella regeln om fastighetshyra." DCFR nämner förf. inte alls. Det ger intrycket att p. 14 i skälen och det konkreta innehållet där var irrelevant för utgången. Och det *borde* det ju ha varit.

⁹⁷ Herre, DCFR och svensk rätt s. 933, har hävdar att det nog inte finns någon direkt motsättning mellan typisk nordisk pragmatism och att låta systematiska överväganden falla avgörandet när lösningen på ett visst, icke lagreglerat problem ska väljas. Nej, det har ju som sagt blivit lite av en trend att se det så ... men, och det kan vara budskapet i den här artikeln, man ska inte underskatta de *spänningar*, i relationen till det individuella underlaget, som harmoniserande läsningar ofrånkomligen ger upphov till.

