

Särtryck ur

Festskrift till
Svante O. Johansson

Uppdelningen i tolkning och utfyllnad är vilseledande

PROFESSOR EMERITUS CHRISTINA RAMBERG

Uppdelningen i tolkning och utfyllnad är vilseledande

Professor emeritus Christina Ramberg

Inledning

Svante O. Johansson har skrivit en kort – men mycket viktig – mening i en rättsfallsöversikt av avtals- och obligationsrätt rörande uppdelningen i tolkning och utfyllnad: *Så vitt framkommer av innevarande periods rättsfall* [2005–2019] *förekommer det inte att HD gör någon skillnad härvidlag*.¹

Innehållet i rättsregler är en sak. Rättsregler kan framgå av lagtext eller utgöras av oskriven rätt. *Innehållet* i oskrivna rättsregler kan vara svårfångat, vilket reglerna om fastställande av avtals innehåll är ett exempel på.

Att *presentera* rättsregler är en annan sak. Det är pedagogik. Vissa rättsregler är enkla att presentera, t.ex. rättsregeln i 5 § avtalslagen att ett anbud förfaller om det avslås. Andra rättsregler är svåra att presentera. Oskrivna rättsregler ställer ofta stora krav på pedagogisk framställning. En av de svåraste pedagogiska utmaningarna är att beskriva de oskrivna rättsreglerna om fastställande av avtals innehåll.

Fastställande av avtals innehåll är alltså komplicerat på två sätt; dels är rättsregelns innehåll svåridentifierat, dels är ämnet pedagogiskt utmanande.

I denna artikel kommer jag att behandla följande frågor.

- Är det pedagogiskt bra eller dåligt att göra en uppdelning i tolkning och utfyllnad av avtal?
- Finns lämpligare kategorier för att hjälpa advokater och domare att fastställa avtals innehåll?

1 J. Herre & S. Johansson, Svensk rättspraxis: Avtals- och obligationsrätt, SvJT 2020 s. 821 ff., på s. 864.

Spoiler alert: Uppdelningen i tolkning och utfyllnad är opedagogisk. Det är pedagogiskt bättre att tala om fyra typfall istället för de två alltför grovhuggna kategorierna tolkning och utfyllnad. En uppdelning i de grovhuggna kategorierna tolkning och utfyllnad är vilseledande och leder advokater och domare i fel tankebanor.²

Varför uppkommer problemet med innehållet i rättsregeln om fastställande av avtals innehåll?

Det är svårt att identifiera innehållet i rättsregeln om fastställande av avtals innehåll eftersom det saknas lagbestämmelser om saken.³ Det hade varit naturligt med ett särskilt kapitel i avtalslagen om fastställande av avtals innehåll, men den mer än hundra år gamla lagen har tyvärr inte några sådana bestämmelser. Istället är vi hänvisade till prejudikat från HD.

Problemet med HD:s prejudikat är att de är så många, uppemot hundra fall handlar om fastställande av avtals innehåll.⁴ Det är inte enkelt att kondensera alla dessa fall till en tydlig rättsregel. Härtill kommer problemet med äldre rättsfalls relevans. Innebär det senaste kvartsseklets prejudikat en ”ny” rättsregel för att fastställa avtals innehåll? Svaret är: Ja. HD har under senare tid utvecklat en rättsregel om fastställande av avtals innehåll genom så kallade metodprejudikat. Den av HD frammejslade rättsregeln är ganska likalydande i många prejudikat, men är ändå lite spretig.

Många rättsvetare har försökt identifiera Den Rätta Rättsregeln för att fastställa avtals innehåll som ligger mer eller mindre i linje med HD:s prejudikat. Rättsvetarna identifierar tyvärr olika innehåll. Ibland är det oklart om rättsvetaren identifierar innehållet i rättsregeln så som det borde vara (*de lege ferenda*), eller ett innehåll som rättsvetaren identifierat med stöd av HD:s vägledning (*de lege lata*).

I tillägg till att identifiera innehållet i rättsregeln försöker rättsvetare pedagogiskt presentera problem som uppkommer vid tillämpningen av rättsregeln. De grubblar på hur de på bästa sätt kan beskriva saken för att underlätta

2 Bl.a. N. Arvidsson har försvarat uppdelningen i tolkning och utfyllnad, se *Bunden och fri utfyllning eller bara avtalstolkning*, SvJT 2023 s. 615.

3 Det finns endast två lagbestämmelser om fastställande av avtals innehåll (CISG Art. 8 och 9). Mot bakgrund av CISG:s begränsade tillämpningsområde och bestämmelsernas ofullständighet är de inte till stor hjälp.

4 Se för en fortlöpande uppdaterad förteckning av rättsfall, C. Ramberg, www.avtalslagen2020.se kommentaren till 5.3.

för den argumenterande advokat eller den domare som ska avgöra en tvist. De pedagogiska angreppssätten varierar mellan olika rättsvetare.

I en ideal värld skulle det råda enighet om Den Rätta Rättsregeln för att fastställa avtals innehåll som är i harmoni med HD:s vägledande prejudikat och vars tillämpning presenteras pedagogiskt på ett sätt som ger bäst stöd för domare och argumenterande advokater. Tyvärr råder osäkerhet både om rättsregelns innehåll och om hur den bäst ska presenteras, vilket skapar förvirring för dem som i praktiken ska ge råd och döma om saken samt för studenter.

De praktiska typsituationerna

I tvister om vilka rättigheter och skyldigheter som följer av ett avtal föreligger inte endast de två grovhuggna kategorierna tolkning och utfyllnad. Istället är det fråga om fyra typsituationer.

Typfall A: Mångtydiga uttryck

Tvisten kan röra innebörden i ett uttryck som parterna använt i avtalstexten: Ska uttrycket tolkas restriktivt eller extensivt? Det klassiska exemplet är innebörden i ordet ”skog”. Ingår snåret, buskarna, parken, dungen och det ensamma trädet på fältet i ”skog”?

Det finns många exempel på att HD ställts inför denna problemtyp, t.ex. NJA 2002 s. 378 om innebörden i uttrycket *sedvanligt underhåll*, NJA 1989 s. 346 där frågan var om *dyrk* omfattar olovligen kopierade nycklar, NJA 2020 s. 822 ”Knoppens golvvärmesystem” om hur djupa golvlager som omfattas av uttrycket *lägenhetens golv* och NJA 2024 s. 52 ”Möbelvaruhuset i Boden” om innebörden i uttrycket *plötslig och oförutsedd fysisk skada*.

Typfall B: Motstridighet

Ett annat typfall är avtal med motstridig avtalstext. NJA 2011 s. 316 är ett exempel på detta. Där var uttryckliga bestämmelser i ett hyresavtal motstridiga på så sätt att hyran angavs till 36 000 kr samtidigt som parterna förband sig att godta den hyra som framkom enligt gällande förhandlingsordning (vilket var högre än 36 000 kr). Ett annat exempel på motstridighet är NJA 2016 s. 689 som rörde tolkning av olika innehåll i köpkontrakt och köpebrev i samband med ett fastighetsköp.

Typfall C: Texttomhet (avtalslucka)

Ett tredje typfall är när avtalsparterna ställs inför en fråga som de inte reglerat uttryckligen i avtalstexten och som måste få ett svar. Ett klassiskt exempel är vad som ska gälla om en part enligt avtalet ska betala i franska franc och denna valuta upphör att existera. HD har i flera ställts inför detta typproblem. NJA 2009 s. 672 rörde ett återförsäljaravtal där parterna inte reglerat avtals- och uppsägningstid. Ett annat exempel är NJA 2021 s. 643 "Ramavtalet" där det inte framgick av ramavtalstexten om leverantören hade ensamrätt eller ej.

Typfall D: Underförstådda avtalsvillkor

Det fjärde typfallet handlar om ifall avtalstexten är fullständig eller om det i tillägg till den uttryckliga avtalstexten finns underförstådda, kompletterande extravillkor. Frågan är med andra ord: Finns det en lucka eller finns det inte en lucka i avtalet?

I NJA 2014 s. 960 "Det Andra Bolaget" fanns en påföljd för avtalsbrott uttryckligen angiven i avtalstexten. Frågan var om detta var den enda tillgängliga påföljden eller om också övriga påföljder enligt dispositiv rätt underförstått var en del av avtalet. I NJA 2005 s. 142 "Ränteskruven" framgick uttryckligen av ett leasingavtal att leasegivaren hade *rätt* att ändra leasingavgiften om ränteläget ändrades. Frågan var om leasegivaren underförstått var *skyldig* att sänka leasingavgiften om låneräntorna sjönk.

HD mörkar ibland att domstolen fastställt avtalsinnehållet genom att komplettera den uttryckliga avtalstexten med underförstådda avtalsvillkor. I t.ex. NJA 1988 s. 408 skrev HD att uttrycket *lämnats kvar* är otydligt, trots att uttrycket semantiskt sett innefattar fall då egendom lämnats i en låst bil utan uppsikt. HD ansåg att avtalet innebar att försäkringen omfattade egendom som lämnats kvar i bilen under kort tid (i det aktuella fallet 15–20 minuter). Det hade varit mer transparent om HD förklarat att *lämnats kvar* semantiskt sett betyder "lämna utan uppsikt" men att försäkringsavtalet ändå ska ges den underförstådda innebörden att försäkringen omfattar egendom som lämnats kvar under en kort tid för att t.ex. gå på toaletten eller bära upp tunga saker i en lägenhet.

I NJA 2024 s. 578 "Hökerums lånefordran" ansåg HD att en specifik siffra inte var entydig och ersatte den siffran med en annan, mycket högre siffra. Det hade varit lämpligare om HD – istället för att säga att en siffra inte är entydig – förklarat att HD kompletterade avtalstexten med ett underförstått

avtalsvillkor av innebörd att den i avtalstexten tydliga siffran under vissa omständigheter skulle ersättas med en annan siffra.

I andra fall klargör HD föredömligt att avtalets innehåll fastställts i strid mot ordalydelsens semantiska innebörd.⁵ I NJA 2015 s. 862 "Den uteblivna slutbesiktningen" uttalade HD: *Frågan om den aktuella regelns ändamål kan föranleda att den ska tolkas på ett sätt som inte har stöd i dess ordalydelse.* Därefter analyserade HD ingående parternas syfte med ett avtalsvillkor om preskription för att bedöma om det fanns något som medförde att avtalet skulle kompletteras med underförstådd text.

NJA 2021 s. 943 "Omsättningsmålet" rörde ett företagsköp där köparen skulle överta säljarens borgensåtagande under förutsättning att företaget nådde en viss omsättning. I avtalet stod inget om köparens skyldighet att driva det köpta företaget vidare. HD förklarade föredömligt att avtalet inte föreskriver *någon uttrycklig skyldighet för köparen att driva verksamheten vidare* men att avtalsbestämmelsen likväl måste *anses bygga på en gemensam [underförstådd] uppfattning hos avtalsparterna om att verksamheten skulle drivas vidare.* HD "såg" alltså en lucka i avtalet och kompletterade luckan med en underförstådd skyldighet för köparen att verka för att omsättningsmålet uppnåddes.

Beskrivningen av de fyra typfallen – oklar text, motstridig text, texttomhet, underförstådda avtalsvillkor – utvisar att en uppdelning i endast två kategorier (tolkning och utfyllnad) är alltför grovhuggen och därför olämplig.

Den gemensamma partsavsikten

Den teoretiska utgångspunkten är att ett avtals innehåll ska fastställas i enlighet med parternas gemensamma avsikt vid tiden för avtalets ingående. Den gemensamma partsavsikten ger svar på alla frågor om vad avtalet innebär. Med andra ord: När avtalets innehåll fastställs med stöd av den gemensamma partsavsikten spelar det ingen roll om det är fråga om tolkning, utfyllnad, oklar text, motstridig text, texttomhet eller underförstådda avtalsvillkor.

Problemet med regeln om den gemensamma partsavsikten är betoningen på ordet *gemensam*. Parterna ska alltså ha *en och samma* partsavsikt. När parterna gör gällande att de haft olika partsavsikter fungerar inte regeln om att avtalets innehåll ska fastställas i enlighet med den gemensamma partsavsikten. Därför är den aldrig relevant i praktiken. Som Svante O. Johansson skriver:

5 I NJA 2020 s. 618 "Lokalerna i Gulddragaren" adresserade HD uttryckligen frågan om underförstådda avtalsvillkor.

... eftersom det i situationer där en tolkningsfråga uppkommer inte går att utröna den gemensamma partsavsikten. Analysen blir därför konstlad och fiktiv. Istället måste en helt annan metod tillämpas som är inriktad mot de objektiva omständigheterna. [...] Under den här perioden [2005-2019] har det inte i något rättsfall förekommit att domstolen kunnat konstatera en gemensam partsvilja.⁶

För att anknyta till temat i denna artikel: Om man i ett extremt undantagsfall skulle kunna fastställa en gemensam partsavsikt, gör det ingen skillnad och hjälper inte heller tanken att kategorisera frågan som tolkning eller utfyllnad.

Ondtrosregeln (dolusregeln)

HD har beskrivit ondtrosregeln i NJA 2021 s. 597 "Mätarställningen": *Det finns även situationer när den avtalsrättsliga s.k. dolusregeln kan aktualiseras. Den innebär att den part som måste ha insett att motparten uppfattat avtalet på ett annat sätt än parten, kan bli bunden av motpartens uppfattning.⁷*

Ondtrosregeln gäller även om dess tillämpning skulle medföra att avtalet får en innebörd som strider mot ordalydelsen. Ondtrosregeln är också relevant när avtalstext är oklar, motstridig eller inte ger besked. Om man kan fastställa att den ena parten kände till motpartens avsikt, spelar det alltså ingen roll om det är ett mångtydigt uttryck, motstridigt avtalsinnehåll, en texttom lucka i avtalet, ett underförstått avtalsvillkor, tolkning eller utfyllnad. Den onda tron om motpartens partsavsikt blir avgörande i alla situationerna.

Men: Typfallen om texttomma luckor och underförstådda avtalsvillkor kan vara pedagogiskt viktig tankehjälp för argumenterande juridiska ombud och domare för att påminnas om att ondtrosregeln är relevant inte endast beträffande vaga uttryck och motstridigheter i avtalstexten.

Den samlade helhetsbedömningen

I praktiken går det vanligen inte att fastställa någon gemensam partsavsikt och inte heller att bevisa ond tro om motpartens avsikt. I såväl 99 procent av alla praktiska fall rörande fastställande av avtalsinnehåll är man hänvisad till en objektiv analys – frikopplad från avtalsparternas subjektiva viljor och insikter – för att fastställa avtalets innehåll.

6 I J. Herre & S. Johansson, Svensk rättspraxis: Avtals- och obligationsrätt 2005–2019, SvJT 2020 s. 821 ff., på s. 866 och s. 861.

7 Se även CISG Art. 8.1.

Den objektiva analysen innebär att man fastställer avtalets innehåll genom en samlad helhetsbedömning med beaktande av många faktorer, bl.a. avtalets ordalydelse, bakgrundsretten, hur parterna agerat under avtalsförhandlingarna och efter avtalets ingående, avtalets syfte och ändamål, avtalets systematik samt skälighet. Den samlade helhetsbedömningen kommer med nödvändighet att utmynna i en slutsats om avtalsinnehållet.⁸

I det följande kommer jag att analysera hur en uppdelning i tolkning och utfyllnad fungerar i samband med den samlade helhetsbedömningen. Borde HD göra en uppdelning i tolkning och utfyllnad av avtal i samband med tillämpningen av den samlade helhetsbedömningen? Är det pedagogiskt bra eller dåligt att göra en sådan uppdelning? Underlättar eller försvårar en uppdelning i tolkning och utfyllnad för advokater och domare att fastställa avtalsinnehåll? Är det pedagogiskt lämpligare att presentera saken med utgångspunkt i de fyra typfallen?

Första problemet: Det är omöjligt att på förhand bedöma om det är fråga om tolkning eller utfyllnad

Den samlad helhetsbedömningen för att fastställa avtals innehåll – d.v.s. med beaktande av avtalets ordalydelse, bakgrundsretten, hur parterna agerat under avtalsförhandlingarna och efter avtalets ingående, avtalets syfte och ändamål, avtalets systematik samt skälighet – går *inte* till så att man först konstaterar om det är ett fall av tolkning eller ett fall av utfyllnad. Tvärtom: Det är omöjligt att avgöra om det är fråga om tolkning eller utfyllnad innan man gjort helhetsbedömningen.

Helhetsanalysen för att fastställa avtals innehåll är just en samlad helhetsanalys. Det är alltså *inte* en steg-modell. Det går *inte* till så att man analyserar ordalydelsen och gör halt om ordanalysen ger ett svar; man kan ju inte veta om det finns ett underförstått avtalsvillkor utan att beakta andra faktorer än ordalydelsen.⁹ Detta framgår av de ovan redovisade fallen NJA 1988 s. 408

8 Se dock O. Svensson, Tolkning och utfyllning av avtal enligt CISG, JT 2023–24 s. 599 ff., på s. 613, som menar att helhetsbedömningen kan resultera i ingenting och att man därefter ska utfylla avtalet: "...utfyllningen blir tillämplig om rättsverkningarna mellan parterna inte kan fastställas med hjälp av subjektiv eller objektiv tolkning".

9 Olyckligtvis har HD uttryckt sig missvisande beträffande detta i några avgöranden, t.ex. i NJA 2014 s. 960 "Det Andra Bolaget" där HD uttalade: *Utgångspunkten för en tolkning på objektiva grunder av ett standardavtalsvillkor är det omtvistade villkorets ordalydelse. När ordalydelsen ger utrymme för olika tolkningar, liksom när ordalydelsen inte ger något besked alls, ska ledning sökas i systematiken och de övriga villkoren i standardavtalet*; NJA 2018 s. 834: *Vitesundantaget i ansvarsförsäkringen*: *Det centrala är ofta det omtvistade villkorets ordalydelse. När ordalydelsen ger utrymme för olika tolkningar, liksom när ordalydelsen inte ger något besked alls, kan ledning sökas i systematiken och de övriga försäkringsvillkoren*;

(om uttrycket *lämnats kvar*), NJA 2024 s. 578 "Hökerums lånefordran" där semantiskt entydig avtalstext kompletterades med underförstådda avtalsvillkor, samt av NJA 2015 s. 862 "Den uteblivna slutbesiktningen" där HD förklarade att avtalsinnehållet kan fastställas på ett sätt som inte har stöd i ordalydelsen.

Sammanfattningsvis kan konstateras att det är omöjligt att på förhand bedöma om en avtalstext är uttömmande eller om den behöver kompletteras. För ett argumenterande juridiskt ombud är det viktigt att som stöd för sin argumentationsstrategi analysera möjligheten av mångtydig avtalstext, motstridig avtalstext, texttomhet (lucka) eller underförstådda (osynliga) avtalsvillkor vid sidan av avtalstexten. Därför är det vilseledande för praktiskt verksamma jurister med en grovhuggen uppdelning i tolkning och utfyllnad.

Andra problemet: Uppdelningen i tolkning och utfyllnad spelar ingen roll för slutresultatet av helhetsanalysen

HD:s samlade helhetsbedömning går till på samma sätt oavsett om avtalets innehåll fastställs på grund av att texten är mångtydig, texten är motstridig, det föreligger texttomhet (en lucka) eller det föreligger underförstådda avtalsvillkor.¹⁰ Det är därför inte meningsfullt att vid tillämpningen av den samlade helhetsbedömningen göra en uppdelning i dessa fyra fall. Det är, självfallet, inte heller meningsfullt att göra en uppdelning i tolkning och utfyllnad när den samlade helhetsbedömningen tillämpas.

Den samlade helhetsbedömningen går, som förklarats ovan, *inte* ut på att man tolkar ett ord och kommer fram till en tolkning och stannar där. Vid den samlade helhetsbedömningen ska man beakta även annat än den uttryckliga avtalstextens semantiska innebörd.

HD har många gånger fyllt luckor med annat än bakgrunds rätt genom att beakta andra faktorer än bakgrunds rätten, framför allt avtalets ändamål.¹¹ I

NJA 2024 s. 52 "Möbelvaruhuset i Boden": *När ordalydelsen ger utrymme för olika tolkningar kan ledning sökas i systematiken och de övriga försäkringsvillkoren.*

10 A. Adlercreutz, L. Gorton, O. Svensson, Avtalsrätt II Tolkning och utfyllning av avtal, 2024, s. 59. Författarna förklarar att det inte spelar någon roll om det är fråga om utfyllning eller tolkning: "Utfyllning – om den sker med dispositiva regler – används ju i princip endast om inte annat anses framgå av avtalet. Huruvida man anser utfyllande regler utgöra en del av avtalet eller inte har normalt ingen betydelse. Konsekvenserna – rättsföljderna – blir vanligtvis desamma." S. Lindskog anser dock att det är en fundamental skillnad i utgångspunkt mellan tolkning och utfyllnad, Aktieägaravtal – kommentarer med anledning av en avhandling, SvJT 2011 s. 265 ff., på s. 276 f.

11 N. Arvidsson anser att utfyllnad med annat än bakgrunds rätten endast kan ske med stöd av partsbruk eller sedvänja, Bunden och fri utfyllning eller bara avtalstolkning, SvJT 2023 s. 615 ff., på s. 620: "Finns en förhandsdispositiv regel som klart löser frågan (samtidigt som partsbruk och sedvänja

NJA 2014 s. 960 "Det Andra Bolaget" uttalade HD: *Den dispositiva rättens genomslagskraft kan i vissa fall behöva begränsas, t.ex. när visserligen på den ena sidan avtalskontexten inte ger någon direkt ledning men på den andra sidan den relevanta dispositiva rättsregeln passar illa i avtalssystemet.*

I NJA 1992 s. 439 valde HD att ta större hänsyn till avtalets ändamål än till dispositiv bakgrunds rätt. Frågan gällde avtalstidens längd i ett förlikningsavtal mellan varuhuset Åhléns och skokedjan Sko-City. I avtalet åtog sig Åhléns bl.a. att inte använda ordet "City" vid marknadsföring av skor. Avtalet innehöll ingen bestämmelse om avtalstiden. Åhléns sa upp avtalet. Med stöd av bakgrunds rätten skulle texttomheten (luckan) i avtalet avseende avtalstidens längd fyllas med regeln att avtalet gäller tills vidare och alltså kan sägas upp av endera parten med skäligt varsel. HD gav emellertid större vikt till avtalets ändamål och ansåg att ingen part hade rätt att säga upp avtalet så länge Åhléns användning av namnet "City" skulle kunna föranleda tvist.

I NJA 2021 s. 643 "Ramavtalet" var frågan om ett tvåårigt ramavtal mellan en beställare och konsult gav konsulten ensamrätt under ramavtalstiden. Enligt bakgrunds rätten är en part fri att avtala med vem den vill. HD valde emellertid att inte fylla luckan med bakgrunds rätt, utan att istället med stöd av ändamålsöverväganden bestämma att avtalet innebar att beställarens avtalsfrihet var begränsad och att konsulten hade ensamrätt.¹²

Den samlade helhetsbedömningen går alltså *inte* ut på att man analyserar avtalet och identifierar en lucka varefter man automatiskt fyller luckan med bakgrunds rätt, d.v.s. med vad som följer av dispositiv skriven och oskriven lag eller branschpraxis.¹³

saknas) är domstolen skyldig att tillämpa denna." O. Svensson är inne på samma linje: "... lösa en tvist med hjälp av utfyllande tolkning om inte några på förhand utformade regler i lag eller rättspraxis är tillämpliga" (Tolkning och utfyllning av avtal enligt CISG, JT 2022–23 s. 599 ff., på s. 621). Jag har svårt att förstå om Arvidsson och Svensson beskriver svårigheten att utröna innehållet i oskriven bakgrunds rätt eller beskriver svårigheten att fastställa avtalsinnehåll. Som jag förstår HD:s prejudikat ska domaren först utröna innehållet i bakgrunds rätten (vilket kan vara särskilt svårt när det saknas skriven lag) och därefter, vid fastställande av avtalsinnehållet med stöd av en samlad helhetsbedömning, ta viss hänsyn till bakgrunds rätten i kombination med många andra relevanta faktorer.

12 I NJA 2010 s. 559, som rörde ett licensavtal, redogjorde HD inledningsvis noga för dispositiv rätt och för utgångspunkten att upphovsmannen har en ensamrätt till sitt verk. Intrycket är att dispositiv rätt var en utgångspunkt för att fastställa licensavtalets innehåll, även om dispositiv rätt inte blev avgörande för hur HD fastställde avtalets innehåll.

13 Se T. Hästad, Köprätt, 2022, s. 32; J. Kihlman, CISG en kommentar, 2015, s. 142; B. Lehrberg, Avtals tolkning, 2023, ss. 33 ff. och 311 ff.; J. Ramberg & C. Ramberg, Allmän avtals rätt, 2022, s. 195 ff. N. Arvidsson förefaller dock mena att avtalsluckor automatiskt fylls med bakgrunds rätten – eller som han kallar det "förhandsdispositiva regler", Bunden och fri utfyllning eller bara avtalstolkning, SvJT 2023 s. 615 ff. Arvidsson uttalar: "Om domstolen inte tillämpar [de förhandsdispositiva] reglerna i sådana situationer är domen eller beslutet rättsstridigt. Det är detta som åsyftas med "bunden" utfyllning: domstolen saknar frihet att döma på annat sätt än i enlighet med den gällande regeln.

Slutresultatet blir detsamma – oavsett om problemet kategoriseras som tolkning eller utfyllnad – eftersom samma faktorer är relevanta i den samlade helhetsbedömningen. En uppdelning i tolkning och utfyllnad spelar alltså ingen roll för slutresultatet av helhetsanalysen.

Tredje problemet: Det går inte att dra en skarp gräns mellan tolkning och utfyllnad

Det går inte att göra skarp åtskillnad mellan tolkning och utfyllnad. HD uttalade i NJA 2010 s. 416: *Frågan hur ett avtal ska tolkas är inte okomplicerad och gränsen mellan avtalstolkning och utfyllnad av avtal är delvis diffus.*

Kurt Grönfors och Rolf Dotevall uttalar: *Man kan på ett principiellt plan uppfatta att fastställa avtalsinnehållet är en verksamhet som är skild från tolkningen av avtalet. Denna distinktion är emellertid inte möjlig att upprätthålla. I praktiken blir det så att en tolkning av avtalet är nödvändigt för att kunna bestämma vad som är avtalsinnehållet. Det medför att distinktionen mellan att bestämma vilket innehåll ett avtal har och att tolka det är överflödig.*¹⁴

Ola Svensson uttalar på fem ställen: *Det kan diskuteras hur klargörande gränsdragningen mellan tolkning och utfyllning är.*¹⁵ Han skriver vidare: *Att tolka innehållet i ett oklart avtal är inte samma sak som att komplettera (utfylla) ett ofullständigt avtal, men därmed är inte sagt att tolkning och utfyllning är två helt olika saker. Ofta är distinktionen mellan dem inte särskilt tydlig [...]. Sålunda råder det inte enighet om vad som innefattas i begreppet tolkning respektive utfyllning.*¹⁶

Eftersom det är omöjligt att skilja mellan tolkning och utfyllnad är det meningslöst att lägga tid på att försöka identifiera skiljelinjen.

På motsvarande sätt är domstolen ibland skyldig att i stället lösa tvisten genom att tillämpa partsbruk eller sedvänja.”

14 Avtalslagen en kommentar, 2023, § 1.26. Se även vid § 1.29.8 och § 36.36.

15 A. Adlercreutz, L. Gorton, O. Svensson, Avtalsrätt II Tolkning och utfyllning av avtal, 2024, s. 19, samt snarlika skrivningar på ss. 58, 60 f., 133 och 141.

16 A. Adlercreutz, L. Gorton, O. Svensson, Avtalsrätt II Tolkning och utfyllning av avtal, 2024, s. 21. Se även N. Arvidsson, Lojalitet och egenintresse inom avtalsrätten – några reflektioner med anledning av ”Omsättningsmålet”, JT 2021–22 s. 670 ff.; N. Arvidsson, Bunden och fri utfyllning eller bara avtalstolkning, SvJT 2023 s. 615 ff., på ss. 619 och 622.

Fjärde problemet: Praktiskt verksamma jurister blir vilseledda av kategoriseringen i tolkning och utfyllning

Praktiker och juriststudenter riskerar att bli vilseledda av en uppdelning i tolkning och utfyllnad.¹⁷ De kan förledas tro att rättsregeln om fastställande av avtalsinnehåll är en tvåstegsraket på så sätt att man i steg ett först ska avgöra om det är avtalstolkning eller utfyllnad och därefter, i steg två, ska använda olika metoder för att lösa problemet. Som framgått ovan, innebär rättsregeln ingen tvåstegsraket.

En uppdelning i tolkning och utfyllnad leder till teoretiskt tillkrånglade tankebanor.¹⁸ Det krångliga består i att vi inte kan få kunskap om vi har ett fall där ordalydelsen inte ger något besked utan att beakta andra faktorer än själva ordalydelsen, vilket NJA 2021 s. 943 "Omsättningsmålet" är ett exempel på. Tillkrånglade tankebanor skymmer sikten för rättsregelns innehåll. Detta leder i sin tur till att juridiska ombud riskerar att inte argumentera övertygande och att domare får en otydlig bild av vad som är relevant för att fastställa avtalsinnehållet.

Den praktiker som ska tillämpa rättsregeln är mer betjänt av att analysera avtalet och fråga sig om huvudproblemet är ettdera av fyra: Mångtydig text, motstridig text, texttomhet (lucka) eller underförstådda avtalsvillkor. Därefter bör praktikern påminna sig att samtliga tre steg för att fastställa avtalsinnehåll – gemensam partsavsikt, ondtrosregeln samt den samlade helhetsbedömningen – är tillämpliga på alla de fyra typsituationerna.

Femte problemet: Terminologi

De ord vi använder ger associationer och därför spelar ordval roll. Begreppen "tolkning" och "utfyllnad" leder tanken till att det är fråga om två olika rättsregler för att fastställa avtalsinnehåll.¹⁹ Som framgått ovan, är det inte så.

17 N. Arvidsson omtalar begreppet "fri utfyllning" som en specialform av utfyllnad (Bunden och fri utfyllning eller bara avtalstolkning, SvJT 2023 s. 615 ff.). Om jag förstår honom rätt menar han med uttrycket "fri utfyllning" utfyllnad med oskriven bakgrunds rätt och han påtar svårigheten att identifiera innehållet i oskriven bakgrunds rätt. N. Arvidsson avser alltså inte med "fri utfyllning" att utfyllnad ska ske med annat än bakgrunds rätt (s. 618 f.). Men eventuellt menar han med "fri utfyllning" att domstolen kan ge avtalet ett annat innehåll än bakgrunds rätten (s. 619): *Om domstolen i dessa situationer skulle skapa en ny regel genom fri utfyllning (i stället för att fylla ut avtalet med vad som följer av 7 § köplagen eller, i förekommande fall, partsbruk eller sedvänja).*

18 Se t.ex. A. Adlercreutz, L. Gorton, O. Svensson, Avtalsrätt II Tolkning och utfyllning av avtal, 2024, s. 143 f.

19 HD har använt begreppet "utfyllande tolkning" i NJA 1987 s. 553 och NJA 2015 s. 862, vilket påpekas av A. Adlercreutz, L. Gorton, O. Svensson, Avtalsrätt II Tolkning och utfyllning av avtal, 2024, s. 143.

Om man istället tänker på problem att fastställa avtalsinnehåll som typfallen "mångtydigt", "motstridigt", "texttomt" och "underförstått" blir det tydligare att är det fråga om en och samma rättsregel.

Sjätte problemet: Traditioner

Det har hävdats att en uppdelning i tolkning och utfyllning är etablerad, vilket skulle motivera att uppdelningen fortsatt används.²⁰

För det första: Skillnaden är inte etablerad på så sätt att den är accepterad av alla rättsvetare.²¹

För det andra: Bara för att rättsvetare för länge sedan tyckte att det var värdefullt med ett visst angreppssätt, är det inte givet att detta angreppssätt är fortsatt värdefullt. Gamla tankar är viktiga och bra att förstå men en gammal pedagogisk förklaringsmodell bör överges om det utvecklas en bättre förklaringsmodell. Gamla tankar bör ständigt utsättas för kritiskt ifrågasättande. Håller de? Finns det bättre angreppssätt? Har utvecklingen medfört att det gamla angreppssättet bör modifieras?

Denna artikel har påvisat att den gamla pedagogiska uppdelningen i tolkning och utfyllnad bör skrotas och ersättas av något nytt.

Sammanfattning

Det är pedagogiskt olämpligt att göra en uppdelning i tolkning och utfyllnad. Advokater och domare är bäst betjänta av en "rak" beskrivning av fastställande av avtalsinnehåll som inte tar omvägen över en uppdelning i tolkning och utfyllnad. En sådan omväg är olämplig eftersom samma rättsregel gäller för båda situationerna och en uppdelning alltså inte spelar någon roll för slutresultatet. Uppdelningen är olämplig också för att det är omöjligt att göra skillnaden. HD bör därför fortsätta på den inslagna vägen och inte göra en uppdelning i tolkning och utfyllnad.

Men det är värdefullt för en advokat som ställs inför problemet att fastställa avtals innehåll att påminnas om att det kanske finns ett underförstått, ej uttryckt avtalsvillkor i tillägg till avtalstextens uttryckliga lydelse. Advokaten kanske kan identifiera ett underförstått avtalsvillkor och visa hur domstolen

20 A. Adlercreutz, L. Gorton, O. Svensson, *Avtalsrätt II Tolkning och utfyllning av avtal*, 2024, s. 21. Se för en översikt med hänvisningar till författare som förefaller anse att uppdelningen i tolkning och utfyllnad är pedagogisk, M. Björkenfeldt, *Svensk avtalsrätt på villovägar?*, JT 2024–25 s. 518 ff.

21 Kritiken mot uppdelningen i tolkning och utfyllning har påtalats sedan länge (sedan mer än 30 år), bl.a. av K. Grönfors, R. Dotevall och J. Ramberg.

med stöd av en samlad helhetsbedömning kan ”intolka”, ”utfylla”, ”komplettera” eller ”korrigera” den uttryckliga avtalstexten med tysta, underförstådda avtalsvillkor.

För HD kan det vara av värde att i framtiden tydligare förklara att HD kompletterat avtalstexten med ett underförstått avtalsvillkor istället för att skriva att en semantiskt entydig avtalstext är oklar.

Avslutningsvis vill jag påminna om två allvarliga risker med en uppdelning i tolkning och utfyllnad.

För det första: Det finns en risk att den som ska fastställa avtals innehåll avslutar sin analys efter att ha analyserat ordalydelsen och kunnat konstatera att den är entydig. Risken är då att man förbiser andra relevanta faktorer som utvisar att det finns underförstådda avtalsvillkor som kompletterar ordalydelsen eller sätter ordalydelsen ur spel.

För det andra: Det finns en risk att den som identifierat en texttom lucka i avtalet automatiskt fyller luckan med bakgrunds rätt och förbiser andra faktorer – t.ex. avtalets ändamål och parternas beteende innan och efter avtalsslutet – som kan medföra att den texttomma luckan fylls med annat innehåll än bakgrunds rätt.

Slutord

Svante O. Johansson är en erfaren och klok person som inte krånglar till saker i onödan. Vi bör alla ta fasta på hans goda insatser i HD och hans sammanfattande ord att inte göra en uppdelning mellan tolkning och utfyllnad när vi fastställer avtals innehåll: *”Såvitt framkommer av innevarande periods rättsfall [2005–2019] förekommer det inte att HD gör någon skillnad härvidlag.”*