

LIU-IEI-FIL-G--13-00955--SE

Passivitetspörsmålet ur svensk rätts perspektiv

From Swedish law perspective: The issue about inaction

Författare

Simon Blasiusson, AJP

Rikard Rehn, AJPEU

Vårterminen 2013

Handledare

Bo Lindberg



Kandidatuppsats i Affärsrätt/Affärsjuridiska programmet (med
Europainriktning)

Institutionen för ekonomisk och industriell utveckling

Innehåll

1.1 Inledning.....	3
1.2 Problembakgrund	3
1.3 Problemformulering	3
1.4 Syfte	3
1.5 Metod och material	4
1.6 Avgränsning	4
2.1 Passivitet – Bakgrund och teorier.....	5
2.2 Passivitet – Uttrycket	5
2.3 Passivitetens historia	6
2.4 Passivitetens vanligaste rättsverkningar	6
2.5 Studier kring passivitet	8
2.5.1 Arnholms studier	8
2.5.2 Cervins teori	9
2.5.3 Karlgrens studie	10
2.5.4 Knophs rättsliga standard	11
3.1 Passivitet i lagtext.....	12
3.1.1 4§ Avtalslagen(1915:218) – Om godtroende accept	12
3.1.2 6§ 2st Avtalslagen(1915:218) – Om godtroende villkorad accept	12
3.1.2.1 Analogi till 6§ 2st Avtalslagen(1915:218)	15
3.1.3 9§ Avtalslagen(1915:218) – Om försummande av svar	16
4.1 Passivitetens objektiva rekvisit.....	17
4.1.1 En oöverensstämmelse mellan en faktisk och en rättslig situation	17
4.1.2 Ett tidsförlopp	18
4.1.3 Overksamhetsrekvisitet	19
5.1 Passivitetens subjektiva rekvisit.....	21
5.1.1 Kunskapskravet hos den passive	21
5.1.2 God tro hos den aktive	25
5.1.2.1 Aktsam god tro	25
5.1.2.2 Efterföljande god tro – bona fides superveniens	27
5.1.3 Krav på intresseförskjutning	29
6.1 Slutsats	32
6.2 Förslag till modell	35
7.1 Källförteckning.....	37

7.1.1 Litteratur	37
7.1.2 Artiklar	37
7.1.3 Offentligt tryck	37
7.1.4 Rättsfall	38
7.1.4.1 Högsta domstolen	38
7.1.4.2 Høyesterett	38

1.1 Inledning

1.2 Problembakgrund

Passivitet som spörsmål inom juridiken föreligger inom i stort sett alla grenar av densamma. Företeelsen är ovanlig inom svensk rätt och i sig har det uppstått problematik för huruvida passiviteten skall tillerkännas rättsverkningar eller ej. Grunden är att två parter befinner sig i en sådan situation att den ena parten gör intrång i den andra partens rättssfär. Den andra parten underlåter att göra en invändning mot detta intrång och denna underlåtenhet leder i vissa fall till att rättigheten går förlorad till följd av passivitet. För att påvisa hur problematiken kan se ut ställer vi upp följande exempel:

Bonden B sluter avtal med Arrendatorn A angående arrende om betesmark. Betesmarkens storlek enligt avtalet var 1 hektar och kallades B1. När Bonden B sedan skulle släppa lös sina djur så skedde detta på betesmark B2 som är 1,5 hektar stort. Bonden B var ej medveten om misstaget och Arrendatorn åkte förbi en vecka efter utsläppet och noterade misstaget. Arrendator A företog inga åtgärder förrän 4 månader efter utsläppet och krävde även tilläggshyra om 100 000 kr. Frågan som följer är: har Arrendator A rätt att göra detta gällande eller har han förlorat sin rätt att kräva rättsliga åtgärder på grund av passivitet?

1.3 Problemformulering

När kan passivitet inom och utom avtalsförhållanden leda till passivitetsverkan och vilka rekvisit ska vara uppfyllda för att passiviteten och dess verkningar skall erkännas?

1.4 Syfte

Syftet med vår avhandling är att klargöra vilka rekvisit som skall vara uppfyllda för att passivitet skall tillerkännas rättsverkningar. När vi sedermera har uttrönt vilka rekvisit som krävs skall vi försöka uppställa en modell. Målet är att den skall fungera som ett hjälpmedel vid bedömning för om passivitet de facto föreligger eller ej.

1.5 Metod och material

Vi kommer att utgå från svenska rättskällor för att skapa oss en bild av problematiken, samt tillgripa nordiska rättskällor, för att belysa den ytterligare. Inledningsvis står lagrum och främst Avtalslagen i centrum eftersom målet med uppsatsen är att uppställa en generell mall. För att underbygga våra antaganden och skapa en djupare förståelse för hur passivitetsverkan fungerar kommer lagstudier att kompletteras med en vanlig juridisk studie av praxis och doktrin.

Redan i tidigt skede stod det relativt klart för oss att de svenska rättskällorna ej var tillräckliga för att uppnå vårt mål. Av den anledningen kommer de svenska rättskällorna att kompletteras med studier av främst norsk rätt. Vi upptäckte tidigt att passivitetsverkan var ett mer omskrivet ämne i t.ex. norsk doktrin och rättspraxis. Genom studier av dessa hoppas vi kunna ge vår uppsats ett större djup och större bärkraft.

Vid en komparativ studie bör stor vikt fästas vid att olika rättssystem är uppbyggda på olika sätt. Den svenska hierarkin, lag står över praxis, är ej nödvändigtvis en hierarki som brukas i andra rättsordningar. Av den anledningen finner vi nordisk rätt vara att föredra ty rättsordningarna i mångt och mycket liknar varandra. Syftet med den komparativa studien är att utröna gemensamma principer för de olika rättsordningarna och att därigenom skapa en djupare förståelse för hur passivitetsinstitutet fungerar.

1.6 Avgränsning

I vår studie av passivitetsspörsmålet kommer fokus att ligga på civilrätten och i synnerhet på avtalsförhållanden. Utifall inget annat rättsområde nämns utgår vår uppsats från avtalsförhållanden, dock kommer vissa andra rättsområden att beröras vid beskrivning och analys av de rekvisit som uppställs för att passiviteten skall tillerkännas rättsverkan.

Vår uppsats kommer främst att rikta sig mot verksamma jurister och andra människor med juridiska kunskaper.

2.1 Passivitet – Bakgrund och teorier

Passivitet är idag föga omtalat och har sällan avhandlats i praxis, spörsmålet är trots detta viktigt. Genom åren har det tvistats huruvida passiviteten skall tillerkännas verkan eller ej vid tvistemål. Endast några få jurister berör ämnet i doktrin, de som framförallt har gjort det i Sverige är Cervin¹ och Karlgren². Innan vi fördjupar oss i deras teorier bör dock uttrycket passivitet inom rättsväsendet beskrivas. För att få insikt i ämnet och dess problematik måste en grundläggande förståelse uppnås. Vi kommer nedan först beskriva passiviteten för att sedan redogöra för dess beståndsdelar med hjälp av Cervins och Karlgrens teorier.

2.2 Passivitet – Uttrycket

Passivitet innebär att en part underlåter att kräva ut sin rätt i förhållande till en annan part. Med detta menas att en part gör intrång i en annan parts rättsfär. Trots intrånget förhåller sig den andra parten passiv och vidtar inga åtgärder gentemot den första parten vilket leder till passivitet uppstår. Dessa parter kommer fortsättningsvis att benämnas som ”den passive” respektive ”den aktive”, samt i vissa fall för ”berättigad” respektive ”förpliktigad”.

Anledningen härför är att det sistnämnda begreppsparet nyttjas av framförallt de norska juristerna som varit verksamma inom området. Passivitet kan endast tillerkännas rättsverkan vid uppfyllnad av vissa, nedan nämnda, rekvisit.

När passivitet föreligger och blivit erkänt av domstol kan detta leda till olika former av rättsverkningar. Allra vanligast torde vara att avtal anses slutet och utöver denna verkan kan även skadeståndsanspråk, annullering av avtal, förlust av sina rättigheter³ m.m. förekomma.

Passivitet är reglerat i vissa lagrum men bygger till stora delar på rättspraxis. Utöver detta anser Karlgren att analogier från framförallt 6 § 2 st. Avtalslagen (1915:218) kan vara möjliga.⁴

¹ Cervin, Om passivitet inom civilrätten

² Karlgren, Passivitet – En köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie

³ NJA 1964 s 99 ”Svarta Diana” – förlorad äganderätt till egendom

⁴ Karlgren, Passivitet – En köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie – s 187f.

2.3 Passivitetens historia

Passiviteten som spörsmål har existerat under en längre tid i nordisk rätt, domslut existerar exempelvis från sent 1800-tal.⁵ Det var först under 1930-talet som problemet kom att beskrivas av Arnholm. I sin första bok, *Passivitetsverkningar*, försökte han att uppställa en enkel rättsregel för hur passiviteten skulle bedömas. Under samma decennium publicerade Knoph sin bok, *Rettslige Standarder*, vari han uppställde en standard för att beskriva passiviteten. Knophs och Arnholms teorier kom att ligga till grund för den första boken inom svensk rätt som avhandlade passiviteten, ”Om passivitet inom civilrätten”. Cervin utredde i boken vilka rekvisit som enligt honom krävs för att passiviteten skall tillerkännas rättsverkningar. Boken utgick framförallt från den tidens gällande reklameringsregler. Arnholm insåg därefter svårigheten med att uppställa en enkel rättsregel och publicerade under 1960-talet, *Privatrett I- allmindelig Privatrett*, vari han ändrade sin uppfattning om passivitetsspörsmålet. Sist i raden av jurister att beskriva passiviteten under den tiden var Karlgren. Karlgren analyserade de lagrum som de facto behandlar passivitet och försökte genom sina analyser att utvidga deras tillämpningsområde. Allt som har publicerats efter i ämnet passivitet utgår från vad dessa fyra författare har avhandlat. Deras publikationer är än idag den främsta doktrin som går att finna på området inom nordisk rätt.

2.4 Passivitetens vanligaste rättsverkningar

De fall när passiviteten har avtalsslut som rättsverkning är framförallt de som regleras i lagtext. Av intresse här är i synnerhet 6§ 2st Avtalslagen (1915:218), samt 4 och 9§§ Avtalslagen (1915:218). Dessa paragrafer visar på att avtalsslut inträffar under vissa, se nedan, nämnda förutsättningar. Att passivitet å den passives sida har lett till avtalsslut framgår dessutom av vissa nedan nämnda rättsfall.

Omkastning av bevisbördan avhandlas främst av Adlercreutz i sin bok *Avtalsrätt II*, omkastningen rör framförallt underlåtenhet att reklamera mot bekräftelse av accept. Adlercreutz framhåller att underlåtenheten kan få tre olika rättsföljder; avtalsverkan, presumtionsverkan samt svagare bevisverkan. Avtalsverkan som rättsföljd är dock ej något som accepterats i rättspraxis.

⁵ Se NJA 1875 s.153

Presumtionsverkan innebär att bekräftelsens innehåll blir gällande om dess innehåll ej kan motbevisas av mottagaren. Svagare bevisverkan innebär att underlåtenheten att reklamera mot bekräftelsen endast är ett indicium på vad som faktiskt avtalats. Den är sålunda ett bevisfaktum bland andra om vad avtalet faktiskt innebär.⁶

I rättspraxis har presumtionsverkan framförallt tillämpats i kommersiella förhållanden. Inom icke-kommersiella förhållanden krävs utöver underlåtenhet och passivitet ytterligare någon form av åtgärd från den passives sida, för att presumtionsverkan skall inträda.⁷

Först och främst ställer sig Cervin frågan om passiviteten i vissa lägen är ett utslag av culparegeln. I sin avhandling utgår Cervin från den mest kända och mest tillämpade varianten av culparegeln. Denna regel innebär att ett förfarande är culpöst om den handlande ej förfarit i överensstämmelse med vad en aktsam och förständig människa skulle ha gjort i ifrågavarande situation. Cervin anser att, utifrån ovannämnda regel, inga hinder möts på att anknyta passiviteten till culpa-regeln. Det skulle röra sig om en slags aktsamhetsstandard. Utifrån detta anser Cervin sedermera att passivitet eventuellt kan verka skadeståndsgrundande i två fall; anbuds-fallet samt vid förfalskning av värdepapper. I anbuds-fallet har praxis allt som oftast låtit rättsverkningen av passivitet bli att avtal ingåtts; skadeståndsverkan har således ej inträtt till följd av det passiva uppträdandet.⁸

Slutligen sammanfattar Cervin sin åsikt med att passiviteten principiellt sett kan anses vara en form av culpa, vilket dock endast i få fall har accepterats av domstolarna. Skadeståndsverkan har endast blivit en följd av passivitet i ett fåtal fall och får då anses utgöra ett undantag från huvudregeln.⁹

⁶ Adlercreutz, Gorton, Avtalsrätt II - s. 91

⁷ Adlercreutz, Gorton, Avtalsrätt II - s. 91

⁸ Cervin, Om passivitet inom civilrätten– s. 205-208, 214

⁹ Cervin, Om passivitet inom civilrätten– s. 205-208, 214

2.5 Studier kring passivitet

I detta underkapitel kommer flertalet teorier att beskrivas utifrån svensk och norsk rätt. De teorier vi kommer att beskriva i det följande utgår i synnerhet från äldre doktrin.

2.5.1 Arnholms studier

Carl Jacob Arnholm, en norsk professor i juridik, har avhandlat passiviteten och dess rättsverkningar i två olika böcker; *Passivitetsvirkninger* och *Privatrett I*. I sin första bok, *Passivitetsvirkninger*, försökte Arnholm påvisa att passivitetsspörsmålet passade in bland de övriga rättsgrundsatserna samt att uppställa en enkel rättsregel för hur passivitet skall bedömas. Arnholm insåg emellertid följande: ”man måtte ta så mange reservasjoner med hensyn til de enkelte tillfelles beskaffenhet at regelen vilde bli temmelig intetsigende; og selv da vilde man stå i fare for å si for meget på et eller annet punkt”.¹⁰ Regeln skulle bli tämligen intetsägande och svår att tillämpa eftersom den skulle tvingas att ha många undantag. Anledningen till undantagen är att passiviteten kan anta många olika former.

Enligt Arnholm är passivitetsverkningar i hög grad beroende av inom vilket rättsområde det rör sig om. Framförallt påpekar han att handelsförhållanden ofta kräver en snabbare reaktion för att ej passivitet skall inträda än till exempel ett familjerättsligt förhållande.

Knoph utgår i sin avhandling, *Rettslige Standarder*, från att passivitet endast leder till förlust av rättigheter. Arnholm hävdar här å sin sida att ett vidare spektrum är att föredra; förlust av en rättighet kan även leda till att en plikt att utföra en handling uppkommer.¹¹

I sin bok, *Privatrett I*, uppställer han ett exempel där en utebliven reklamation från köpare i första hand leder till en rättighetsförlust; nämligen hävningsrätten. Arnholm anser att den uteblivna reklamationen även bör ses som ett påförande av en plikt, nämligen plikten att betala för en vara som denne ville avvisa.¹²

¹⁰ Arnholm, *Privatrett 1- allmindelig privatrett* – s. 312

¹¹ Arnholm, *Privatrett 1- allmindelig privatrett* – s. 312, 315

¹² Arnholm, *Privatrett 1- allmindelig privatrett* – s. 317

Utöver detta fäster Arnholm stor vikt vid olika faktorer som han anser ha stor betydelse för erkännandet av passivitet. Dessa faktorer är i mångt och mycket lika de Cervin ställer upp i sin teori och innefattar bland annat vissa subjektiva faktorer samt varaktigheten av passiviteten (det Cervin kallar tidsrekvisitet).

Till skillnad från övriga fäster dock Arnholm större vikt vid en intresseförskjutning (mer om denna under avsnitt 5.1.3). Han talar om hur stor skada förlusten av rättigheten kommer att åsamka den passive. En form av avvägning skall sålunda utföras mellan hur stora skador den aktive- respektive den passive parten kommer att lida.¹³

2.5.2 Cervins teori

Ulf Cervin är en av de svenska juristerna som skrivit mest inom området passivitet. I hans avhandling ”Om passivitet inom Civilrätten” försöker han att klargöra vilka rekvisit som krävs för att passivitet skall tillges rättsverkningar. Cervin ställer upp en hypotes som innehåller objektiva respektive subjektiva rekvisit. De objektiva rekvisiten är följande:

1. En oöverensstämmelse mellan en faktisk och en rättslig situation
2. Ett tidsförlopp
3. Underlåtenhet

På den subjektiva sidan ställer han upp:

4. God tro
5. Kunskap

Dessa fem rekvisit är grunden i Cervins hypotes angående passivitet.¹⁴

Cervin framhäver att, från ovanstående rekvisit, kan det klargöras att passivitet de facto inträder när en faktiskt och en rättslig situation ej längre överensstämmer (mer om detta i avsnitt 4.1.1). Därtill krävs kunskap om den förändrade situationen för den passive, som med anledning av denna situation haft möjlighet att kräva sin rätt men har underlåtit att göra detta under en viss tid. Den aktiva parten å sin sida skall, om han eller hon har vidtagit en åtgärd, vara i god tro angående åtgärdens rättmätighet.

¹³ Arnholm, Privatreth 1- allmindelig privatreth – s. 316

¹⁴ Cervin, Om passivitet inom civilrätten - s. 27-34

Han eller hon skall sålunda hysa den uppfattningen att inget anspråk eller invändning, med anledning av åtgärden, skall kunna göras gällande mot denne.¹⁵

Rekvisit (rättsfakta)	Rättsföljder (passivitetsverkningar)
Ändrade förhållanden	Avtal (av visst innehåll)
Kunskap och god tro	Omkastning av bevisbördan
Tidsförlopp	Skadeståndsskyldighet
Underlåtenhet att handla	

Sammanfattningsvis kan sägas att Cervin i slutet av sin bok fastställer sin hypotes. Detta sker genom rik användning av såväl svensk som norsk och dansk rättspraxis.¹⁶

2.5.3 Karlgrens studie

Hjalmar Karlgren är en av de svenska juristerna som varit mest verksam inom området passivitet. I sin bok ”Passivitet- en köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie” utgår han, till skillnad från såväl Cervin som Arnholm, från de faktiska lagrum som behandlar passivitet. Karlgren utgår från vad han kallar objektiv eller ”legal” passivitetsverkan och med det uttrycket förstås passivitet som kan utrönas direkt ur lagtext.¹⁷ De lagrum Karlgren framförallt intresserar sig för och som vi finner relevanta för vår studie är; 4§ 2st, 6§ 2st och 9§ Avtalslagen (1915:218). Utifrån nämnda lagrum analyserar han deras innehåll samt visar på lagrummens tillämpningsområde genom hänvisning till relevant rättspraxis.

Därutöver undersöker Karlgren motiven bakom nämnda lagrum och försöker därigenom, genom analogier, utvidga deras tillämpningsområde till liknande situationer som ej direkt faller in under paragraferna.¹⁸

¹⁵ Cervin, Om passivitet inom civilrätten - s. 27-34

¹⁶ Cervin, Om passivitet inom civilrätten - s. 32

¹⁷ Karlgren, Passivitet – En köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie – s. 7 f.

¹⁸ Cervin, Passivitetsspörsmålet i senare nordisk praxis och doktrin – s. 17

2.5.4 Knophs rättsliga standard

Ragnar Knoph, en norsk professor, är en av de tidigare författarna inom ämnet passivitet och han försöker, i likhet med Cervin, att uppställa riktlinjer för hur passivitet skall kunna tillerkännas verkan. Till skillnad från Cervin ställer Knoph upp en rättslig standard; han hävdar att denna skall vara en riktlinje och ej en rättsregel. Den standard som Knoph ställer upp lyder:

”En god og aktsom mann med utviklet sosial ansvarkjensle ikke vilde undlatt å bruke retten i tide, eller ikke finne det forsvarligt å kreve den gjennomført i streng och og uavkortet skikkelse under den forandrade situasjon som tiden og forholdene har lagt til rette.”¹⁹

Standarden utgår från vad en god och aktsam med social ansvarskänsla skulle företa sig. En dylik person skulle ej underlåta att nyttja sin rätt i tid och ej heller anse det vara försvarligt att kräva ut sin rätt vid beaktande av den förändrade situationen som tiden och förhållandet mellan parterna skapat.

Denna rättsliga standard är ett försök att uppställa, under vilka förutsättningar passivitet skall kunna föreligga. Knoph har ansett att kärnan i passiviteten ligger i ”de förändrade förhållandena”, den så kallade intresseförskjutningen som kommer att avhandlas nedan.²⁰

¹⁹ Knoph, Rettslige standarder – s 240

²⁰ Cervin, Om passivitet inom civilrätten - s. 23

3.1 Passivitet i lagtext

3.1.1 4§ Avtalslagen (1915:218) – Om godtroende accept

”Antagande svar, som försent kommer anbudsgivaren till handa, skall gälla såsom nytt anbud.

Vad nu är sagt äge dock icke tillämpning, där den, som avsänt svaret, utgår från att det framkommit i rätt tid och mottagaren måste inse detta. I ty fall åligger det denne, om han icke vill godtaga svaret, att utan oskäligt uppehåll giva avsändaren meddelande därom; underlåter han det, anses avtal hava genom svaret kommit till stånd.”

Nämnda paragraf är en form av misstagsregel där anbudstagaren felaktigt utgår från att ett avtal har kommit till stånd. Rekvisiteten som skall vara uppfyllda är följande:

1. Anbudstagaren skall vara övertygad om att avtal har slutits och att accepten sålunda har framkommit i rätt tid.
2. Anbudsgivaren skall på något sätt vara medveten om motpartens villfarelse genom till exempel en poststämpel. Vid medvetenhet föreligger således en skyldighet för anbudsgivaren att meddela anbudstagaren om att han ej längre vill vara bunden; försummas detta anses avtalet vara slutet.

Misstaget skall hänföra sig till en omständighet utom anbudstagarens kontroll. Exempel härpå kan vara att accepten har försenats till följd av en olycka. Notera att anbud och accept överensstämmer till skillnad från framledes nämnda fall där anbud och accept ej överensstämmer och avtal sluts i enlighet med avsänd accept.²¹

3.1.2 6§ 2st Avtalslagen (1915:218) – Om godtroende villkorad accept

”Svar, som innehåller, att anbud antages, men som på grund av tillägg, inskränkning eller förbehåll icke överensstämmer med anbudet, skall gälla såsom avslag i förening med nytt anbud. Vad nu är sagt äge dock icke tillämpning, där den, som avgav svaret, anser det överensstämma med anbudet och mottagaren måste inse detta. I ty fall åligger det denne, om han icke vill godtaga svaret, att utan oskäligt uppehåll giva meddelande därom; underlåter han det, skall avtal i enlighet med svarets innehåll anses hava kommit till stånd.”

²¹ Karlgren, Passivitet – En köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie – s. 81-83

Ovanstående paragraf är, i likhet med 4§ 2st Avtalslagen (1915:218), en form av misstagsregel. Enligt Karlgren är regeln en så kallad ”dissensregel”, dvs. den skall ge korrektiv mot att en dissens parter emellan skall få alltför vittgående konsekvenser. Det skall således förebyggas att kravet på konsensus, under vissa i paragrafen angivna omständigheter, ibland har avtalshindrande eller avtalsfördröjande effekter. De negativa följderna kan i grund och botten ej motiveras av det bakom lagrummet liggande konsenskravet. Det kan enligt Karlgren, ur kontrahenternas synvinkel, vara en allvarlig sak att ett tillsynes giltigt avtal tillintetgörs som en följd av dissensen.²²

Av ovan citerade paragraf kan ett antal rekvisit utrönas som skall vara uppfyllda för att paragrafen skall bli tillämplig.

1. Anbudstagaren skall utgå från att dennes tillägg, inskränkning eller förbehåll verkligen överensstämmer med anbudet.
2. Anbudsgivaren måste inse anbudstagarens inställning och måste med andra ord utgå från att anbudstagaren verkligen anser att accepten och anbudet överensstämmer. Vid vetskap om nämnt förhållande åligger det anbudsgivaren att, utan oskäligt uppehåll, meddela motparten om att han ej godtar accepten. Försummar anbudsgivaren att meddela anbudstagaren kommer avtal att slutas i enlighet med anbudstagarens accept.

Anbudsgivarens insikt om anbudstagarens ”misstag” skall ha uppkommit i samma tid som accepten kommer honom till handa.²³

Utöver detta ställer Karlgren upp ytterligare rekvisit som skall vara uppfyllda för paragrafens tillämpbarhet. Den modifikation som tillägget, inskränningen eller förbehållet utgör måste vara av materiell betydelse vilket innebär att avtalets objektiva innehåll verkligen måste ha förändrats i och med tillägget, inskränningen eller förbehållet. I samband med detta rekvisit måste en tydlig distinktion göras gentemot 32§ Avtalslagen (1915:218), vari så kallade förklaringsmisstag regleras. Ett förklaringsmisstag exemplifieras tydligast genom skrivfel etc. I 6§ 2st Avtalslagen (1915:218) handlar det således ej om ett förklaringsmisstag ty anbudstagaren faktiskt utgår från att hans accept överensstämmer med anbudet.²⁴

Rekvisit 1: Principiellt sett hävdar Karlgren att god tro fordras hos anbudstagaren. Med god tro förstås här att anbud och accept objektivt sett överensstämmer. För att god tro skall

²² Karlgren, Passivitet – En köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie – s 48

²³ Karlgren, Passivitet – En köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie – s 50 f

²⁴ Karlgren, Passivitet – En köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie – s 41-44

föreligga torde det vara tillräckligt att anbudstagaren anser att tillägget, inskränkningen eller förbehållet är förenligt med lag, oskrivna rättsgrundsatser eller handelsbruk som gäller såsom lag. Härtill anser Karlgren att även om accepten objektivt sett ej kan anses överensstämma med anbudet, kan anbudstagaren ha ansett att samstämmighet angående avtalets förutsättningar trots detta kan ha förelegat mellan parterna. Karlgren menar på att anbudstagaren kan ha haft klart för sig att modifikationen ej överensstämmer med anbudet, men att han trots detta utgår från att modifikationen följer av avtalets förutsättningar.

Det är först när anbudstagaren själv insett eller borde ha insett att dennes modifikation verkligen innefattar något nytt i förhållande till anbudet som fallet hamnar utanför lagens ramar.²⁵

Rekvisit 2: Lagrummet fordrar i princip vetskap hos anbudsgivaren och det är således ej tillräckligt att anbudsgivaren bort ha haft kunskap om anbudstagarens misstag. Anbudsgivaren skall inneha kännedom kring vad denne faktiskt skall reklamera om.²⁶

Den problematik som ovan beskrivna paragraf ger anledning till belyses av rättsfallet NJA 1949 s. 609. I rättsfallet hade A, innehavare av en maskinagentur, beställt ett antal släpvagnar till lastbil av ett handelsbolag. I den skrivelse vari ordern bekräftades hade bolaget inlagt ett stämpelavtryck av innehåll att för leveransen gällde ”de allmänna leveransbestämmelserna för den mekaniska verkstadsindustrin”. Till saken hör även att det, i dessa leveransbestämmelser, angavs att tvister angående avtalet skulle slitas mellan skiljemän enligt lag. Frågan gällde då huruvida A, genom utebliven erinran mot orderbekräftelsen, blivit bunden av ett skiljeavtal.

Av intresse i HD:s resonemang var att minoriteten godtog en direkt tillämpning av 6§ 2st Avtalslagen (1915:218). A blev, genom sin uteblivna reklamation mot de i orderbekräftelsen införda bestämmelserna, direkt bunden av skiljeavtalet. Till A:s nackdel hävdades att han även bort ha insett att accepten i viss mån avvek från anbudet. I minoritetens resonemang finner vi således stora delar av de rekvisit som Karlgren ovan uppställt för en möjlig tillämpning av nämnt lagrum. Svårigheten med att bevisa A:s insikt, eller möjliga insikt, finner vi i majoritetens resonemang.

Huvudsakligen baserar majoriteten sitt avgörande på att det ej klargjorts att bolaget faktiskt tillställt A några kopior av leveransbestämmelserna. Utöver detta kan det ej heller antas att A

²⁵ Karlgren, Passivitet – En köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie – s 54-55

²⁶ Karlgren, Passivitet – En köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie - s 57

ändock ägt kännedom om stadgandet i leveransbestämmelserna om skiljeavtal. A blev trots sin uteblivna reklamation mot orderbekräftelsen ej bunden av skiljeavtalet.

Ytterligare exempel på hur rekvisiten i lagrummet skall bedömas är SvJT 1922 rf. S. 73. Häri ville anbudsgivaren, d.v.s. den passive, undgå avtalsbundenhet genom att hävda att denne ej iakttagit anbudstagarens tillägg. Invändningen hade dock ingen effekt, utan anbudsgivaren ansågs bunden av avtalet.

Hur dessa fall skall tolkas tillsammans är enligt Karlgren oklart. Fallen synes vid en första anblick vara ganska lika, men Karlgren anser att HD majoritetens motivering i förstnämnda fall²⁷ ej behöver tolkas så att den passive behöver ha full insikt i att ett tillägg till ursprungligt anbud faktiskt föreligger. Karlgren anser att domen bör tolkas så att ytterligare rekvisit kan ha spelat in i HD:s bedömning. Vad han framförallt åsyftar är den oskälighet som skulle ha uppstått för A om han blivit bunden av skiljeavtalet.²⁸

3.1.2.1 Analogi till 6§ 2st Avtalslagen (1915:218)

I sin avhandling försöker Karlgren utvidga ovan nämnda paragrafs tillämpningsområde genom analogier. Karlgren ställer här upp två olika exempel på i vilka fall, en analogi från 6§ 2st Avtalslagen (1915:218), bör kunna dras. I första fallet har anbudsgivaren avsänt ett anbud vilket returneras i form av en oren accept till anbudsgivaren. Härvid utgår anbudsgivaren felaktigt från att avtal är slutet och avsänder därefter en bekräftelse på accepten; accepten är således feltolkad. Vid denna händelse anser Karlgren att anbudstagaren bör inneha en skyldighet att reagera mot denna feltolkning inom ”skälig tid” om han anser denna vara felaktig, annorstädes blir följden att avtal ingås i enlighet med bekräftelsen på accepten.²⁹

I utöver nyss nämnda fall bör även en analogi kunna dras vid fallet att en anbudsgivare redan har utfört en prestation. Förutsättningen är att anbudsgivaren handlat som om accepten vore ren och därigenom utgått, om än felaktigt, från att ett avtal har ingåtts.

²⁷ NJA 1949 s. 609

²⁸ Karlgren, Passivitet – En köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie – s. 64-65

²⁹ Karlgren, Passivitet – En köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie – s. 189-189

Karlgren anser att anbudstagaren bör åläggas en skyldighet att reagera mot nämnda förhållande; följderna blir annars att anbudstagaren anses bunden vid prestationen och åläggs därigenom en plikt, nämligen den att betala.³⁰

3.1.3 9§ Avtalslagen (1915:218) – Om försummande av svar

”Där någon i meddelande, som eljest vore att anse såsom, använt orden ”utan förbindelse”, ”utan obligo” eller liknande uttryck, anses meddelandet allenast såsom uppfordran att avgiva anbud av det innehåll meddelandet giver vid handen. Inkommer sådant anbud inom rimlig tid därefter från någon, vilken blivit sålunda blivit uppfordrad att avgiva anbud, och måste mottagaren inse, att anbudet framkallats genom hans uppfordran, åligger det honom, där han icke vill antaga detsamma, att utan oskäligt uppehåll giva meddelande därom till anbudsgivaren; underlåter han det, skall han anses hava antagit budet.”

Rekvisit: Ett meddelande som innehåller tillägg såsom; ”utan obligo” eller ”utan förbindelse” kallas i lagrummet för uppfordran att avge anbud. Av motiven följer att det skall ligga i meddelandets begrepp, att ett antagande av detta skall kunna ha följderna att ett avtal kommer till stånd utan ytterligare viljeförklaring från avsändarens sida.³¹

Anbudstagaren skall vara uppfordrad att avge ett anbud samt i detta läge se detta som en accept. Anbudsgivaren å sin sida skall vara i ond tro, han skall alltså vara medveten om anbudstagarens inställning till dennes meddelande. Vill sedermera ej anbudsgivaren godta anbudet, skall han utan oskäligt uppehåll meddela detta till anbudstagaren och om meddelandet uteblir anses anbudsgivaren ha godtagit anbudet. Anbudsgivarens svarsplikt förklaras här med att han ”provocerat” fram anbudet och att han således bör reagera om avtalets utformning ej längre utgör hans vilja. Det måste vara den särskilda beskaffenheten hos ett anbud utan förbindelse som framkallar passivitetsverkan.³²

³⁰ Karlgren, Passivitet – En köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie – s. 190

³¹ NJA 2 1915 s.183

³² Karlgren, Passivitet – En köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie – s. 84-88

I slutet av sin beskrivning av nämnda paragraf understryker dock Karlgren att detta lagrum ej torde kunna tillerkännas någon viktigare roll när en allmän rättsgrundsats om objektiv passivitetsverkan inom svensk rätt skall tas fram. En av anledningarna till detta ställningstagande är att paragrafen begränsar sig till merkantila förhållanden.³³

4.1 Passivitetens objektiva rekvisit

Utifrån ovan sagda kan konstateras att passivitet är ett spørsmål som endast i fåtal fall reglerats direkt i lagtext. Ur lagtexten kan utrönas såväl vilka objektiva rekvisit som subjektiva rekvisit som skall vara uppfyllda för att passivitet skall erkännas rättsverkan. Av praxis och doktrin framgår hur dessa rekvisit skall bedömas samt vilken vikt dessa tillmäts vid bedömning av om passivitet de facto föreligger. Nedan kommer först och främst de objektiva rekvisiten att gå igenom och analyseras, därefter kommer en analys av de subjektiva. Det är främst Cervin som bidragit vid analysen av rekvisiten, dock synes även Karlgren i viss mån godta Cervins resonemang. Karlgren utgår främst från de i lagtext reglerade fallen, varför han således främst resonerar kring de objektiva rekvisiten.

4.1.1 En ööverensstämmelse mellan en faktisk och en rättslig situation

”Med en faktisk situation menas här en på något sätt iakttagbar situation. En rättslig situation åter menas den situation, där den passive gentemot den aktive på grund av avtal eller eljest har möjlighet att enligt gällande rättsordning framställa visst rättsligt anspråk.”³⁴ För att exemplifiera och förenkla hur ööverensstämmelsen kan se ut använder sig Cervin av Karlgrens studier och har därigenom uppställt en ekvation.

Ekvationens beståndsdelar är:

u = det ursprungliga (rättsenliga) förhållandet

\ddot{a}/t = åtgärder som kan betraktas som tillågg.

Med \ddot{a}/t avses här åtgärder från aktivsidan som skapar den icke-rättsenliga situationen.

Förhållandet som skapats av den aktive blir sålunda $u+t/\ddot{a}$.

³³ Karlgren, Passivitet – En köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie – s. 92

³⁴ Cervin, Om passivitet inom civilrätten – s. 29

Ett tydligt exempel på denna tes är 6§ 2st avtalslagen (1915:218) där anbudsgivaren står på passivsidan. Anbudsgivaren avsänder då ett anbud (u=ursprunglig situation) som i oförändrat skick når anbudstagaren.

Anbudet (u) återsänds till anbudsgivaren med tillägg eller ändring (t/ä), dock innehar anbudstagaren (aktivsidan) uppfattningen att $u+t/ä=u$.³⁵

Vad passivsidan kan uppfatta är $u+t/ä$; har passivsidan då insikt i eller snarare bort denne haft insikt i aktivsidans uppfattning riskerar han vid en överksamhet under viss tid att bli bunden vid aktivsidans uppfattning. Avtalsinnehållet blir således $u+t/ä$. U står således för den ursprungliga (den faktiska situationen) och $u+t/ä$ utgör den icke-rättsenliga situationen; härigenom uppkommer alltså den oöverensstämmelse mellan den faktiska och rättsliga situationen som krävs för att passivitet skall kunna tillerkännas verkan.³⁶

För att illustrera ordens innebörd kan ett exempel ställas upp. Ett avtal har slutits mellan två parter där en leverans skall ske ett visst datum. I samband med detta datum sker den avtalade leveransen. Den faktiska situationen att godset levererats, stämmer då överens med den rättsliga, det vill säga att godset levererats rätt datum enligt stadgandet i avtalet. Har godset ej levererats rätt datum, föreligger således en oöverensstämmelse mellan den faktiska och den rättsliga situationen. Faktisk situation utgörs här av att godset ej har levererats vid den angivna tidpunkten, och den rättsliga av köparens anspråk på leverans vid det avtalade datumet. Ovan angivna exempel bygger på ett av Cervin uppställt exempel.³⁷

4.1.2 Ett tidsförlopp

Med tidsförlopp avses den tid som måste ha förflutit för att passiviteten skall kunna inträda. Hur lång tiden skall vara är vida omtvistat och prejudikat från nordiska länder ger ingen större insikt i hur problematiken skall lösas. Cervin utgår här från reklamationsreglerna och finner där tre olika frister: ”utan oskäligt uppehåll”, ”inom rimlig tid” samt ”genast”.³⁸ Även lagstiftaren har använt sig av en utav dessa frister; ”utan oskäligt uppehåll”.³⁹

³⁵ Cervin, Passivitetsspörsmålet i senare nordisk praxis och doktrin – s. 11-12

³⁶ Cervin, Passivitetsspörsmålet i senare nordisk praxis och doktrin – s. 11-12

³⁷ Cervin, Om passivitet inom civilrätten – s. 29

³⁸ Cervin, Om passivitet inom civilrätten – s. 155

³⁹ Se t.ex. 6§ 2st Avtalslagen(1915:218)

Vid Cervins undersökning av hur passivitetsavgörandena förhåller sig till dessa frister konstaterar han att HD endast i undantagsfall har utgått från reklamationsreglerna. Allt som oftast har HD uttryckt sig så att tidsförloppet beskrivs till sin längd men ej så att någon bedömning sker i likhet med ”utan oskäligt uppehåll”.

Cervin kommer fram till att praxis ej ger någon enhetlig tendens kring för hur lång tid som skall förflyta för att passivitet skall inträda. Tendensen har istället varit att beskriva ett tidsförlopp men att sedan ej föra ett resonemang kring huruvida den tiden som förflutit är oskäligt eller otillbörligt lång. Cervin hävdar sedermera att främst uttrycket ”utan oskäligt uppehåll” nyttjas i reklamationsreglerna. Vid sidan härav används ibland ”inom rimlig tid”, vilket anses avse längre perioder, samt ”genast” som huvudsakligen används inom handelsrätten. Härifrån drar Cervin slutsatsen att samma resonemang bör gälla för passivitetens del. Inom handelsrättsliga och liknande situationer anses ”utan oskäligt uppehåll” vara lämpligt att använda. Anledning härför är att en tidsperiod sålunda erhålles som är väl avpassad, såtillvida att en protest skall framföras med viss skyndsamhet, samtidigt som den passive erhåller viss betänketid.⁴⁰

Johan Asland anser att ju större anledning för den berättigade att reagera, desto snabbare bör han vidta åtgärder för att undgå passivitetsverkningar.⁴¹ Han påvisar att tiden är ett subjektivt rekvisit där bedömning sker från fall till fall.

4.1.3 Overksamhetsrekvisitet

Med overksamhet avses förhållandet att den passive helt enkelt underlåter att göra sitt anspråk gällande. Det får anses säga sig självt att en underlåtenhet att handla är en nödvändig betingelse för att passivitet skall utlösas. Underlåtenheten är grunden till anspråket och kan se väldigt olika ut; alltifrån underlåtenhet att reklamera mot en med anbudet ej överensstämmande accept till underlåtenhet att göra ett skadeståndsanspråk gällande.⁴²

Cervin undersöker först och främst vilken åtgärd som de facto skall användas för att passiviteten ej skall erkännas rättsverkan. Han säger att en viss form för anspråkets framställning ej kan krävas, dock anser han att det framgår av norsk och dansk rättspraxis att det ej alltid är tillräckligt att muntligen eller skriftligen utkräva sin rätt.

⁴⁰ Cervin, Om passivitet inom civilrätten – s. 155-158

⁴¹ Asland, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol 1-2 2009, s 81 – 82

⁴² Asland, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol 1-2 2009, s 81 – 82

Har den passives varning gentemot den aktive ingen effekt, kan rättsliga åtgärder vara en nödvändighet för att passivitet ej skall inträda.⁴³ Exempel härpå finner vi i norsk rättspraxis där fallet rörde köp av fast egendom. Avtalet stipulerade att köpeskillning skulle erläggas inom sex månader, dock förflöt ett och ett halvt år utan att köpeskillningen erlades. Säljaren gav meddelande till köparen att han ansåg köpet vara upphävt, varvid köparen genast protesterade. Därefter såldes den fasta egendomen vidare till tredje man efter ytterligare en tid. Häremot protesterade den ursprungliga köparen, men protesten bifölls ej. Anledningen härför var att köparen redan, i och med säljarens meddelande om hävning, bort ha tillställt köpesumman.⁴⁴ Ett annat fall i norsk rättspraxis hänför sig till skatterätten och frågan var om ett förbehåll måste aktiveras inom en viss tid för att ej gå förlorat. Høyesterett uttalade att, om den skattepliktige ansåg att skatteuppgörelsen var olaglig och ville åstadkomma en förändring, han var skyldig att vidtaga åtgärder mot detta inom rimlig tid; åtgärden ansågs försent vidtagen.⁴⁵

I ovanstående fall uppställdes sålunda krav på att en enkel hänvändelse måste följas av rättsliga åtgärder för att passivitet ej skall inträda. Huruvida en dylik regel även skulle kunna ställas upp för svensk rättspraxis är enligt Cervin tveksamt. Cervin har utifrån aktivitetsreglerna (reklamationsreglerna) bevisat att aktiviteten är olika utformad och att ett meddelande till den aktive ibland är tillräckligt. För passivitetens del anser Cervin att detta betraktelsesätt kan användas även här; aktivitetsgraden får således avgöras utifrån det enskilda fallets natur. Enligt Cervin torde detta innebära att i mindre omfattande fall (anspråk av mindre värde) där anspråket får anses okomplicerat, bör en enkel invändning gentemot den aktive vara tillräckligt för att anspråket skall bibehållas. Är fallet mer komplicerat får även en enkel invändning anses tillräcklig. Visar sig åtgärden otillräcklig krävs rättsliga åtgärder för att anspråket ej skall gå förlorat till följd av passivitet.⁴⁶

Härtill har Asland en del att säga: han hävdar att aktiviteten som krävs för att undgå passivitetsverkningar ej får anses stor. Förmålet för aktiviteten är att bringa den aktive i ond tro rörande den berättigades krav samt påvisa viljan att genomdriva detta krav. Det är först då det förhindras att den aktive invaggas i en falsk trygghet.

⁴³ Cervin, Om passivitet inom civilrätten – s. 161-162

⁴⁴ Arnholm, Passivitetsvirkninger- et bidrag till laeren om de rettsstiftende kjensgjerninger - s.38

⁴⁵ NRt 1931 s.190 jfr. Arnholm, Passivitetsvirkninger s. 51

⁴⁶ Cervin, Om passivitet inom civilrätten – s.162-163

Även Asland hävdar, i likhet med Cervin, att det ej kan krävas att rättsliga åtgärder vidtas för att passivitetsverkningar skall undgås. Vanligtvis krävs endast en enkel invändning, ibland flera, för att den passive skall undandra sig passivitetsverkningar. ”Men det skall nok en del til for at den forpliktede er i god tro når det har vaert gjentagende pågang fra den berettigede.” Har alltså den passive vidtagit flera åtgärder för att hävda sin rätt, anser Asland, att det krävs en hel del för att den aktive skall vara i god tro rörande anspråkets existens.⁴⁷

5.1 Passivitetens subjektiva rekvisit

För att passiviteten skall erkännas krävs att ovanstående objektiva rekvisit anses vara uppfyllda. Det tvistas dock huruvida de subjektiva rekvisiten skall tillmätas betydelse eller ej. Cervin finner i sin teori tre stycken subjektiva rekvisit:

1. Krav på kunskap hos den passive
2. Godtroskrav
3. En intresseförskjutning

Huruvida alla dessa rekvisit skall vara uppfyllda för att passivitetsverkan skall erkännas, är enligt Cervin, ej helt klart. I hypotesen framgår att krav på kunskap och god tro i regel alltid skall föreligga, huruvida en intresseförskjutning krävs är dock ej helt klart. Varför detta ej anses klart klargörs under avsnitt 5.1.3.⁴⁸

5.1.1 Kunskapskravet hos den passive

Kunskap må vara ett allmänt känt uttryck men uttrycket i sig är av en filosofisk karaktär vilket leder till att en definition krävs. Enligt Cervin kan kunskap föreligga i olika avseenden, det kan hänföra sig till ett faktiskt förhållande eller till en rättsregel. Detta innebär att den passive har en viss kännedom om hur en situation de facto ser ut. Kunskapen kan bestå i att han/hon är medveten om åtgärdens existens alternativt att han/hon på grund av bristande juridiska kunskaper ej är medveten om att han/hon kan hävda sin rätt.⁴⁹

⁴⁷ Asland, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol 1-2 2009, s. 81 – 83

⁴⁸ Cervin, Om passivitet inom civilrätten – s.117-119

⁴⁹ Cervin, Om passivitet inom civilrätten - s.117-119

Cervin ställer upp två olika situationer, nämligen i de fall där den passive ej har en undersökningsplikt samt motsatt fall där undersökningsplikt föreligger. Första situationen rör det faktum att krav på kunskap faktiskt uppställs, men att den passive ej behöver företa ytterligare undersökningar för att utröna det faktiska förhållandet. Den passive har således utan egen åtgärd vetskap om det faktiska förhållandet och ej ens en löst grundad misstanke om till exempel ett intrång i dennes rättsfär kan tvinga den passive att vidtaga egna undersökningar för att skaffa sig nödvändig kunskap. Andra situationen är att ett krav på undersökningsplikt föreligger men att denna ej anses genomförd på ett tillfredställande vis. Undersökningsplikten består i att den passive på något sätt skall försöka utröna det faktiska förhållandet. Plikten utförs genom att den passive vidtagit alla nödvändiga åtgärder som krävs för att utröna det faktiska förhållandet. Har den passive vidtagit alla nödvändiga åtgärder men ej kunnat utreda det faktiska förhållandet anses plikten fullgjord. Kunskap föreligger alltså ej i den meningen eftersom den passive således försummat sin plikt att undersöka förhållandet. Cervin konstaterar att detta skall gå ut över den passive; det är alltså fråga om en culpös ovetskap.⁵⁰

Cervin konstaterar att: för att passivitet skall få verkan skall kunskap föreligga, dock kan han ej fastställa huruvida undersökningsplikt alltid krävs. Huruvida undersökningsplikt kan uppställas eller ej torde vara beroende av inom vilket rättsområde frågan framställs.⁵¹ Av den allmänna regeln att meddelanden går på avsändarens risk torde ett krav på att den passive de facto har fått meddelandet tillhanda, kunna uppställas, för att denne skall åläggas en plikt att handla. Någon efterforskningsplikt torde ej föreligga för den passive vid fallet att meddelandet ej kommit fram.⁵²

Vid undersökning av huruvida en efterforskningsplikt (undersökningsplikt) kan åläggas den passive skiljer Cervin först och främst på utomkontraktuella förhållanden och kontraktsförhållanden. Inom utomkontraktuella förhållanden anses att en viss aktivitetsplikt bör åläggas den passive, under förutsättning att en affärsförbindelse föreligger mellan parterna. Detta torde även i viss omfattning gälla redan när förhandlingar förts parterna emellan. Vidare antas att inom kontraktsförhållanden en vittgående aktivitets- och reklamationsplikt gäller som typfall för den passive. Cervin anser att en starkare undersökningsplikt föreligger inom

⁵⁰ Cervin, Om passivitet inom civilrätten – s. 119-120

⁵¹ Cervin, Om passivitet inom civilrätten – s. 126

⁵² Cervin, Om passivitet inom civilrätten – s. 127-128

kontraktsförhållanden. Han motiverar detta genom att lägga vikt vid att ett etablerat samarbete föreligger.

Det bör därav vara för handen att undersökningsplikt föreligger i starkare grad för den passive eftersom denne har lättare att undersöka det faktiska förhållandet än i ett utomkontraktuellt förhållande. Den passive har, under förutsättning att den aktive är i god tro, en viss efterforskningsplikt vad gäller motpartens åtgöranden.⁵³

Exempel härpå är NJA 1949 s. 305 vari tvist förelåg mellan ett rederi och en hamnstyrelse om skyldighet att avgiva hamnavgifter. Rederiet hade förlitat sig på ett av en hamnkaptens uttalanden om att hamnavgift ej skulle komma att uttagas. I målet var upplyst om att ett sådant befriande från avgifter ej var förenligt med hamnstyrelsens stadgar. Hamnkaptenen som handlade å styrelsens vägnar hade trots denna oförenlighet hävdat att avgifter ej skulle uttagas. HD ansåg att styrelsen, till följd av avtalets affärsmässiga betoning, gentemot rederiet borde ha framställt krav på ogiltighet samt ha krävt in de avgifter styrelsen gått miste om. Första yrkandet framställdes dock cirka sex år efter att första båten avgick från hamnen. Enligt HD får detta anses ha framställts försent och yrkandet avlogs till följd av passivitet. Detta är enligt Cervin ett tydligt exempel på att den passive vid insikt om förhållandena, bör åläggas en viss efterforskningsplikt angående motpartens förehavanden; framförallt eftersom detta rörde ett kontraktsförhållande (i målet uttrycktes detta såsom ”avtalets affärsmässiga betoning”).⁵⁴

Inom utomkontraktuella förhållanden anser Cervin att följande skall gälla: föreligger ingen tidigare affärsförbindelse, eller har förhandlingar ej förts, bör ingen efterforskningsplikt kunna uppställas. Vid tidigare affärsförbindelse eller dylikt bör en viss efterforskningsplikt kunna föreligga, dock ej säkerligen i samma mån som vid kontraktsförhållanden. Cervin motiverar denna tes med att den passive ej kan ha lika lätt att övervaka motpartens åtgöranden som när kontrakt finns. Saknas kontrakt torde svårigheter föreligga för den passive att veta åt vilket håll denne skall rikta sina efterforskningar. Å andra sidan torde det kunna gälla, vid fallet att en affärsförbindelse regelbundet offererar en viss typ av produkt, att en viss efterforskningsplikt torde vara för handen.⁵⁵

⁵³ Cervin, Om passivitet inom civilrätten – s. 127-128

⁵⁴ Cervin, Om passivitet inom civilrätten – s. 127-128, jfr NJA 1949 s. 305

⁵⁵ Cervin, Om passivitet inom civilrätten – s. 127-128

Karlgren har i sin avhandling utgått från, såsom ovan framgår, objektiv passivitetsverkan. Vid beskrivning av 6§ 2st Avtalslagen (1915:218) anser Karlgren att lagen i princip fordrar vetskap om anbudstagarens missförstånd beträffande acceptens överensstämmelse med anbudet. Här anses det ej vara tillräckligt att anbudstagaren borde ha haft denna vetskap; härför talar lagens uttryckssätt enligt Karlgren. Anledningen till detta är att anbudsgivaren bör ha kännedom om vad han skall upplysa anbudstagaren om.⁵⁶

Ett exempel som påvisar nyss sagda är ovan nämnda fall NJA 1949 s.609.⁵⁷ Intressant i målet är framförallt majoritetens resonemang i HD, där passivitet ej ansågs föreligga. HD:s majoritet ansåg det ej styrkt att den passive tillställts något exemplar av leveransavtalet, samt att den passive ej heller bort ha ägt kännedom om att det i leveransavtalet existerade en skiljedoms klausul. I ifrågavarande fall var det sålunda ej tillräckligt att den passive bort ha ägt kännedom om ett förhållande utan att verklig vetskap faktiskt fordrades.⁵⁸

En ytterligare synvinkel kring rekvisitet kunskap anlägger John Asland. Han hyser i stort sett samma uppfattning som Cervin i frågan och hans utgångspunkt är att den berättigade (passive) ska ha kännedom om sitt krav. Vanligtvis kan det ej anses klandervärt att förhålla sig passiv till krav personen ej vet att denne har. Därefter fortsätter Asland med att konstatera: ”Selv om man har et krav, gir imidlertid ikke dette nødvendigvis grunnlag for reaksjon overfor den forpliktete”. Detta innebär att den berättigade är medveten om de förhållanden som innebär att hans passivitet kan skapa eller styrka uppfattningen hos den förpliktigade att krav ej existerar, eller att kravet ej kommer att genomdrivas. Kännedom om dessa förhållanden är inget absolut villkor för att passivitet skall inträda, passivitet kan inträda trots bristande kännedom. För att passivitet i sådant fall skall inträda krävs att en objektiv intresseavvägning mellan parterna baserat på övriga förhållanden talar för detta.⁵⁹

I nästa avsnitt går Asland vidare i sin diskussion kring rekvisitet. Asland anser att, för att den passive överhuvudtaget skall ha anledning att reagera, kännedom krävs om förhållandena runt dennes passivitet. Med det avses allt som styrker uppfattningen hos den förpliktigade om att krav ej existerar eller att kravet ej kommer att genomdrivas; häri är även den förpliktigades goda tro inbegripen.

⁵⁶ Karlgren, Passivitet – En köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie - s. 57-64

⁵⁷ Se avsnitt 3.1.3 6§ 2st Avtalslagen(1915:218)

⁵⁸ Karlgren, Passivitet – En köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie – s. 57-64

⁵⁹ Asland, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol 1-2 2009, s. 80

Kännedom här kan anknyta sig till antingen den förpliktigades ursprungliga goda tro eller till den omständighet varigenom en från början ondtröende aktiv förvandlas till efterföljande godtröende aktiv. Har den berättigade ej, eller bort denne ej haft, kännedom om den förpliktigades goda tro kan passivitet ej ges rättsverkningar. Asland avslutar med citatet: ”Man har ikke anledning til å bringe folk ut av en villfarelse som man ikke vet eller burde vite at de befinner seg i”⁶⁰ vilket tydligt beskriver vad som angavs i meningen innan.

Avslutningsvis kan sägas att flera av författarna inom nordisk doktrin ansluter sig till uppfattningen att ett kunskapskrav uppställs. Kunskapskravet består i att den passive verkligen vet om förhållandet som kan föranleda passivitet; allt som oftast räcker det ej med att den passive bort ha haft vetskap om ifrågavarande förhållande. Frågan därefter är huruvida en undersökningsplikt kan åläggas den passive för att undersöka det rätta förhållandet och på så vis undgå passivitet.

5.1.2 God tro hos den aktive

5.1.2.1 Aktsam god tro

God tro skall hänföra sig till rättmätigheten i den vidtagna åtgärden eller utgöras av en subjektiv uppfattning om att inga anspråk kommer att riktas mot honom/henne. Den goda tron anses av Cervin endast kunna hänföra sig till omständigheter av faktisk natur. Cervin hävdar även att den goda tron kan hänföra sig till den vidtagna åtgärdens laglighet, men att det troligtvis saknar betydelse. Varför Cervin hyser denna åsikt vidareutvecklas dock ej.⁶¹ Häremot har Karlgren vissa invändningar i sin beskrivning av 6§ 2st Avtalslagen (1915:218) eftersom han, till skillnad från Cervin, anser att lagligheten de facto bör ha betydelse. Karlgren skriver här att anbudstagaren får anses godtröende även vid vetskap om att accepten ej överensstämmer med anbudet, om denne utgår från att modifikationen följer av avtalets förutsättningar och att det rättsligt måste fästas hänsyn till dessa. Dessutom bör det, enligt Karlgren, vara tillräckligt för att anbudstagaren skall vara i god tro att denne anser att modifikationen är förenlig med lag etc. Det är först i samband med anbudstagarens insikt i att

⁶⁰ Asland, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol 1-2 2009, s. 80-81

⁶¹ Cervin, Om passivitet inom civilrätten – s. 131

modifikationen verkligen innefattar något nytt i förhållande till anbudet, som lagrummet ej blir tillämpligt.⁶²

Enligt en allmänt erkänd svensk rättsprincip skall den goda tron föreligga när handlingen vidtas; principen bekräftas av Cervin och Asland. Det innebär att när den aktive företar en handling skall denna ha skett i god tro samt att den aktive ej finner att den passive kommer göra något anspråk gällande gentemot den aktive. Cervin har dock påpekat att tidigare gällde för att god tro skulle anses föreligga, att inga efterforskningar/undersökningar om det verkliga förhållandet krävdes. Denna åsikt har dock ändrats till att den aktive de facto skall ha utfört en viss efterforskning/undersökning för att kunna anses vara i god tro, eftersom förutvarande uppfattning ej ansågs vara tillfredställande. Den sistnämnda situationen är vad som normalt brukar benämnas att vara i ”aktsam god tro”.⁶³ Asland anser att i utgångsläget är den goda tron oavhängig av en parts passivitet. Han hävdar att när den passive förhåller sig inaktiv ger det skäl för att den aktives uppfattning om att inget anspråk skall göras gällande mot denne. Asland menar på att den aktsamma goda tron rättfärdigar den passives förlust av rättigheter och anspråk, eftersom den aktive de facto är ovetandes om anspråket eller intrånget i någon annans rättssfär. Han framhäver dessutom en fördel med aktsamhetskravet; kravet kan anpassas till olika situationer samt ge utrymme för snabba och rimliga lösningar när det är aktuellt att tillerkänna passivitet rättsverkningar.⁶⁴

Generellt sett uppvisar författarna en samstämmighet angående god tro. Cervin vill framhäva att god tro ej alltid är ett rekvisit som skall vara uppfyllt utan att det får avgöras från fall till fall beroende på vilket rättsområde det rör. När ett godtroskrav dock uppställs, skall den goda tron vara aktsam. Asland anser att ond tro leder till utebliven passivitetsverkan eftersom Asland anser att dessa parter ej är skyddsvärda.⁶⁵

För påvisa hur godtroskravet har tolkats i svensk rättspraxis kan NJA 1962 s. 276 användas. I fallet var frågan huruvida ett avtal ansågs slutet eller ej. Av intresse i fallet är att det var passivsidan som startade hela händelseförloppet genom diverse förfrågningar.

⁶² Karlgren, Passivitet – En köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie – s. 54-55

⁶³ Cervin, Om passivitet inom civilrätten – s. 131-132 jfr med Asland, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol 1-2 2009, s. 78

⁶⁴ Asland, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol 1-2 2009, s. 78-79

⁶⁵ Cervin, Passivitetsspörsmålet i senare nordisk praxis och doktrin - s. 86

Dessa förfrågningar ledde sedan till att aktivsidan i målet översände ett underskrivet kontraktsförslag. Cirka tre månader från denna tidpunkt lät passivsidan meddela att den ej var i behov av de tjänster som ”avtalet” handlade om. HD kom i sitt domslut fram till att, för att passivitetsverkan skall erkännas, subjektiv insikt krävdes hos såväl aktiv-som passivsida. I domen formulerades kravet så att passivsidan måste ha insett aktivsidans inställning, att passivsidan stod fast vid vad som sagts vid ett tidigare telefonsamtal och i den översända handlingen, såtillvida passivsidan ej lät meddela något annat. HD avslutar sitt resonemang med att konstatera följande: hade aktivsidan ej haft fog för uppfattningen att de vidtagna åtgärderna tillsammans med inaktiviteten varit tillräckliga, hade ej heller passivitetsverkan erkänts.⁶⁶ Utöver detta delar HD samma uppfattning som Asland och Cervin; en ondtröende aktivsida utesluter passivitetsverkningar.⁶⁷

Ytterligare exempel på hur praxis tolkat godtroskravet är NJA 1953 s. 602 vari frågan var om en hävning kunde godkännas eller ej. I fallet hade köparen lämnat ett meddelande om att denne under kommande vecka skulle höra av sig angående mottagande av ett tidigare inköpt parti plåt. Meddelandet besvarades ej av säljaren och på grund av dennes överksamhet ansågs att köparen med fog kunnat utgå från att leveransen skulle ske. Godtroskravet i ovan nämnda fall uttrycktes som att köparen ”med fog kunnat utgå” från att säljaren skulle uppfylla sin förpliktelse enligt avtalet.⁶⁸

5.1.2.2 Efterföljande god tro – bona fides superveniens

Såsom huvudregel gäller i svensk rätt att den goda tron skall föreligga i samband med att rättshandlingen blev den aktive kunnig samt att den goda tron skall vara aktsam. Cervin ställer sig därefter frågan om en till att börja med ondtröende aktiv part kan, på grund av motpartens inaktivitet, övergå till att vara godtröende. Förutsättningen för efterföljande god tro är enligt Cervin att den aktive här endast har gjort sig skyldig till vårdslöshet.⁶⁹

⁶⁶ Jfr med Cervin, Passivitetsspörsmålet i senare nordisk praxis och doktrin – s. 86-87

⁶⁷ Jfr med NRt 1961 s. 1245 – ondtröende aktivsida uteslöt passivitetsverkningar

⁶⁸ Jfr med Cervin, Om passivitet inom civilrätten – s. 138

⁶⁹ Cervin, Om passivitet inom civilrätten – s. 144

I passivitetssammanhang har bland annat Knoph uttalat att en ursprunglig ond tro kan övergå till att bli god med tiden, genom till exempel den passives överksamhet samt uppträdande i övrigt.⁷⁰

En viss genombrytning av denna princip skedde dels genom SOU 1958:10 s. 79, som var ett förslag till ny varumärkeslag samt i vissa fastighetsrättsliga avgöranden. Ett exempel finner vi i NJA 1925 s. 348 (betesfallet) vari fråga var om missbruk av rätt till betesmark. I fallet hade markägaren under en rad av år tillåtit nyttjanderättshavaren en större betesrätt än vad som framgick av kontraktet. Enda påföljden markägaren gjorde gällande var att ta ut högre hyra för den utvidgade betesrätten. HD ansåg i domen att nyttjanderättshavaren med fog kunnat utgå från att en fortsättning av nyttjandet av betesmarken ej skulle föranleda något annat krav från markägaren än ersättning, så länge denne ej valde ett allvarligare ingripande. När stämningen för upphörande av betesrätten väl företogs av markägaren, upphörde nyttjanderättshavaren med det utvidgade nyttjandet av betesmarken. HD ansåg därmed att skäl för upphörande av betesrätt ej fanns och stämningen avslogs. Häri finner vi alltså exempel på när aktivsidan till att börja med är ondtrouende men övergår till att vara godtrouende som en följd av passivsidans överksamhet. Även att nyss nämnda rättsfall erkände efterföljande god tro anser Cervin att detta endast bör gälla som ett undantag i praxis. Cervin motiverar detta genom en hänvisning till 39 § Avtalslagen (1915:218) vari anges att den goda tron skall föreligga i samband med att rättshandlingen blev den aktive kunnig.⁷¹

I norsk rätt finner vi även exempel på efterföljande god tro. Det kan enligt Asland tänkas att den förpliktigade innehar kännedom om det ursprungliga kravet, men att denne av någon anledning anser att den berättigade givit upp detta krav. Ett exempel på vad som anses kunna ge skäl till en sådan uppfattning är underlåtenhet att kräva uppgörelse. Enligt Asland krävs det dock mer till för att en part skall vara i efterföljande god tro än i ursprunglig god tro. Efterföljande god tro har bland annat erkänts i Rt. 1992 s. 295 vari frågan var om en leasinggivare kunde kräva leasingtagaren på resterande leasingbelopp. Leasingtagaren var enligt Høyesterett ej i ursprunglig god tro eftersom han ansågs förstå innebörden av leasingavtalet. Leasinggivaren blev dock medveten om leasingtagarens inställning till avtalet under ett telefonsamtal. Utöver detta hade leasingtagaren ej betalat leasingavgiften under en längre tid. Leasinggivaren underlät, under dryga ett års tid efter att denne blivit medveten om leasingtagarens felaktiga förståelse av avtalet, att göra ett krav gällande.

⁷⁰ Knoph, Rettslige Standarder – s. 245

⁷¹ Jfr med Om passivitet inom civilrätten – s. 146

Høyesterett fann at leasinggivarens krav på betaling av resterande belopp bortfallit på grund av dennes passivitet. Även här finner vi alltså ett exempel på när passivsidans oppträdande samt overksamhet kan omvandla ond tro till god.⁷²

5.1.3 Krav på intresseforskjutning

Intresseforskjutningen är omtvistat, såtilvida det är osäkert huruvida rekvisitet skall tillmätas någon betydelse for att passivitet skall inträda. Knoph har i sin rättsliga standard oppställt ett krav på en förändrad situation eller ett förändrat förhållande for att passivitet skall inträda. Intresseforskjutning innebär att den aktive, under den passives inaktivitet, inträtt i en ekonomisk situation där det skulle anses vara oskäligh at anspråk riktas mot denne.⁷³

I de flesta fall innebär detta att föremålet for tvisten har ökat i värde, värdeökningen skall dessutom vara betydande. Enligt Knoph har intresseforskjutningen två karaktärer, den ena innebär att det föreligger en skillnad mellan den faktiska och den rättsliga situationen⁷⁴, och den andra innebär att det förändrade förhållandet anses utgöra intresseforskjutningen. Det är främst den senare av dessa två som diskuterats huruvida den är tillämplig, den första anses vara en självklarhet enligt Cervin. Han anser att detta är en självklarhet eftersom oöverensstemmelsen mellan en faktisk och en rättslig situation utgör en nödvändig betingelse for att passiviteten överhuvudtaget skall tillerkännas rättsverkninger.⁷⁵

Asland anser, till skillnad från Cervin, att intresseforskjutning bör anses vara ett rekvisit som skall vara oppfylt for att passiviteten skall tillerkännas rättsverkninger. I teksten talar han dock ej om intresseforskjutning utan benämner rekvisitet: ”faktisk innrettelse fra den forpliktedes side”. Uttrycket innebär att den forpliktade har inrättat sig i enlighet med sin oppfattning om att krav ej kommer att resas mot honom eller att kravet bortfallit. I norsk praksis finns otaliga exempel på var ”faktisk innrettelse” spelat stor roll i domsmotiveringar, samtidigt som otaliga fall tillerkänner passivitet rättsverkninger utan att resonera kring ovan nämnt spørsmål.⁷⁶

⁷² Jfr med Asland, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol 1-2 2009, s. 79

⁷³ Cervin, Om passivitet inom civilrätten - s. 97-98

⁷⁴ Se avsnitt 4.1.2

⁷⁵ Cervin, Om passivitet inom civilrätten - s. 97-98

⁷⁶ Asland, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol 1-2 2009, s. 83

Asland drar, genom en hänvisning till rättspraxis i Norge, slutsatsen att psykisk inrättelse bör vara tillräckligt för att rekvisitet skall vara uppfyllt. I sin artikel delar Asland upp psykisk inrättelse i två olika situationer, där rekvisitet anses vara uppfyllt. Första fallet innebär att den förpliktade bestämt sig för att företa en viss handling, men ej utfört den. Fall två utgörs av situationer vari något beslut ännu ej är fattat, men att det till situationen knyts vissa ”følelsesbånd” att inget krav existerar eller kommer att göras gällande.⁷⁷

Förutsättningen för att psykisk inrättelse faktiskt skall beskyddas är att en uppfyllelse av den berättigades krav kommer att medföra en eller annan form av olägenhet för den förpliktigade. Här talar Asland, i likhet med Cervin, om en intresseförskjutning. Olägenheten måste även överstiga den berättigades intresse av att kunna få sitt krav genomfört; annorstädes finns ej anledning att prioritera den förpliktigade framför den berättigade. Ytterligare ett krav uppställs här av Asland; ”Det må være en viss årsakssammenhang mellom den forpliktedes innrettelse og den berettigedes passivitet”. Saknas kausalitet mellan den aktives faktiska inrättelse och den passives underlåtenhet, anses detta vara ett argument mot att tillerkänna passiviteten rättsverkningar.⁷⁸

Cervin hävdar att ett krav på intresseförskjutning för aktivsidans vidkommande sällan ställs upp av de svenska domstolarna för att ge passiviteten rättsverkningar. För svensk rätts vidkommande är det endast vad gäller *condictio-indebiti*-fall och varumärkesfall, som kravet har ställts upp. Enligt Cervin skall detta ej leda till slutsatsen att en intresseförskjutning helt skall sakna betydelse, dock är den ej en helt nödvändig beståndsdel för att tillerkänna passiviteten rättsverkningar i svensk praxis.⁷⁹

Intresseförskjutning som krav för passivitetsverkan har endast behandlats i NJA 1970 s. 539. I målet hade felaktigt skadeersättning utbetalats (*Condictio indebiti*) till vissa lantbrukare på grund av felaktigheter i ett formulär. Frågan var om lantbrukarna var skyldiga att återgälda den ersättning de felaktigt uppburit. I samband med att felet upptäcktes skickade Kronan ut en skrivelse till berörda lantbrukare samt annonserade dessutom om felet i en lokaltidning; detta skedde en vecka efter att den felaktiga utbetalningen uppmärksammats. HD fastslog i sitt domslut att lantbrukarna ej haft skäl att anta att utbetalningen skett felaktigt, och kunde därav vara i god tro. Den goda tron försvinner i och med att berörda parter fått veta eller i vart fall haft skälig anledning att misstänka, att betalningen var felaktig.

⁷⁷ Asland, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol 1-2 2009, s. 84

⁷⁸ Asland, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol 1-2 2009, s. 84-85

⁷⁹ Cervin, Passivitetsspørsmålet i senere nordisk praxis och doktrin – s. 90-91

I sin motivering anför HD att: ”I fall av detta slag får det antagas i allmänhet förhålla sig så, att betalningsmottagaren icke under den tid han var i god tro hunnit förbruka det värdetillskott betalningen utgjorde eller eljest på sådant sätt inrätta sin ekonomi med hänsyn till betalningen, att han genom återbetalningsskyldighet skulle bli påtagligt sämre ställd än om den felaktiga betalningen aldrig skett.” Av motiveringen framgår att HD resonerar kring intresseförskjutningen såsom ett rekvisit för att godkänna passivitet. Den passive skall således ha hunnit förbruka det värdetillskott betalningen utgjorde alternativt inrättat sin ekonomi därefter. I målet har parterna redan inom en vecka fått reda på, alternativt bort ha haft anledning att misstänka, felaktigheten och har således ej hunnit inrätta sin ekonomi därefter.

Ett annat tydligt exempel på när intresseförskjutning mellan parterna fått betydelse finner vi i Rt. 1923 s.793 där en ”fellesfløtningsførening” byggt en damm på ofri grund. Ägaren till marken krävde ersättning samt att dammen skulle rivas; endast ersättning tillerkändes sedermera markägaren. Høyesterett angav i sin domsmotivering att ett rivande av dammen vore oskäligt mot ”fellesfløtningsføreningen”.

6.1 Slutsats

Vårt syfte med uppsatsen var att undersöka under vilka förutsättningar passivitet kan tillerkännas verkan och att därefter skapa en mall för hur passivitet skall bedömas. Vi har valt att först behandla de rekvisit som har ställts upp i studien ovan för att sedan utforma vårt förslag.

Det första rekvisitet ”en oöverensstämmelse mellan en faktisk och en rättslig situation” innebär att den aktive och den passive har två olika uppfattningar om en och samma situation. På grund av de delade uppfattningarna leder detta till att en dissens uppkommer mellan de två parterna. Vi anser att oöverensstämmelsen är kärnan i passiviteten och utan denna kan passiviteten överhuvudtaget ej föreligga. Således, enligt oss, utgör detta rekvisit en viktig beståndsdel i vår modell.

Nästa rekvisit som behandlades var ”tidsrekvisitet” och även detta anser vi vara en grundsten i passivitetsmodellen. Cervin tar specifikt upp uttrycken ”utan oskäligt uppehåll”⁸⁰, ”genast” samt ”inom rimlig tid”.⁸¹ Vilken tid som skall ha förflutit för att passiviteten skall tillerkännas rättsverkningar är något som får avgöras från fall till fall. Enkelt kan slutsatsen dras att, inom kontraktsförhållanden en något kortare tidsrymd tillämpas, samt inom utomkontraktuella förhållanden tidsrymden blir något längre. Anledningen härför torde vara att svårigheter kan föreligga att utröna det faktiska förhållandet i utomkontraktuella förhållanden och den aktive därför behöver mer tid för att undersöka detta.

Likt Cervin anser vi att ”utan oskäligt uppehåll” bör vara den tidsrymden som skall tillämpas, detta eftersom den passive får en viss tid att reklamera mot den föreliggande oöverensstämmelsen. Att ”utan oskäligt uppehåll” bör vara uttrycket som används kan även utläsas direkt ur lagtext. Uttrycket ”genast” anser vi vara av den karaktären att den förhindrar att passiviteten tillerkännas, passiviteten existerar på grund av den passives underlåtenhet att handla ”genast”. Det sista uttrycket ”inom rimlig tid” är svårt att konkretisera eftersom ”inom rimlig tid” är ett vagt uttryck. Även om uttrycket ”utan oskäligt uppehåll” också är vagt, ger det upphov till att en bättre ”fall-till-fall” bedömning kan ske. ”Oskäligt” är i sig lättare att definiera samt tar hänsyn till fler aspekter än uttrycket ”rimlig”.

⁸⁰ Se specifikt 6§ 2st Avtalslagen(1915:218)

⁸¹ Se avsnitt 4.1.2

”Overksamhetsrekvisitet”, d.v.s. underlåtenheten att vidta åtgärd å den passives sida är, i likhet med oöverensstämmelse mellan faktisk och rättslig situation, en hörnsten i vår passivitetsmodell. En underlåtenhet att handla utgör själva grunden till varför passiviteten tillerkänns rättsverkningar. Underlåtenheten⁸² kan, såsom framgått av ovan, se väldigt olika ut och själva knäckfrågan rör egentligen hur stor grad av aktivitet som krävs av den passive. Av våra studier framgår att graden av aktivitet bedöms från fall till fall, samt beroende på vilket förhållande parterna har till varandra. Vi anser att en enkel skrivelse bör uppfylla den passives aktivitetsplikt. Anledningen härför är att en normal person ej skall behöva företa rättsliga åtgärder för att förhindra intrång i dennes rättsfär. I vissa mer avancerade förhållande kan dock ytterligare åtgärder krävas av den passive för att passivitet ej skall tillerkännas rättsverkningar. Med mer avancerade förhållanden förstås här till exempel omfattande avtal.

Rekvisitet ”kunskap” är ett av de subjektiva rekvisiten. Enligt Cervin påverkas rekvisitet av huruvida en undersökningsplikt föreligger eller ej.⁸³ I de fall en undersökningsplikt ej föreligger är kravet på kunskap lägre i förhållande till när en undersökningsplikt de facto föreligger. Detta beror på att möjligheten att erhålla kunskap när en undersökningsplikt uppställs är större, ty parten hade en möjlighet att undersöka förhållandet och därmed kunnat erhålla kunskap om oöverensstämmelsen. Vid möjlighet att utröna förhållandet anser vi att det bör läggas parten till last om denne ej utnyttjat möjligheten. Vi anser att kunskapen bör vara en beståndsdel i passivitetsmodellen eftersom kunskap om förhållandet är nödvändigt, ty saknas kunskap vet den passive ej om vilka rättigheter han kan göra gällande.

Huruvida ”god tro” skall anses vara ett nödvändigt rekvisit är ej helt klarlagt enligt ovan. Vi anser dock att god tro bör ingå som rekvisit eftersom den aktive ej skall kunna vinna en fördel av att ha vetskap om ifrågavarande förhållande. Såväl Cervin som Asland hävdar att en aktsam god tro i sådana fall bör vara den formen av god tro som skall vara uppfylld.⁸⁴ Vi ansluter oss till denna uppfattning eftersom vi anser att en viss efterforskningsplikt bör vara för handen. Det är för oss självklart att en viss efterforskning skall ske på grund av att en part ej kan anses vara godtroende utan att ha försökt utröna själva förhållandet. En aktsam person kännetecknas enligt oss av att den vill ha kunskap om sina förehavanden och helst vara medveten om den passive kan komma att göra gällande ett anspråk mot denne.

⁸² Se avsnitt 4.1.3

⁸³ Se avsnitt 5.1.1

⁸⁴ Se avsnitt 5.1.2.1

Anledningen till att vi ansluter oss till den uppfattningen är för att god tro ej bör kunna baseras på ren okunskap. Aktsam god tro kommer således att tillämpas som rekvisit i vår modell.

Nästa fråga är om en ondtroende aktiv kan, genom den passives underlåtenhet, övergå till att vara godtroende; detta kallas av såväl Asland som Cervin för efterföljande god tro. För svensk rätts vidkommande erkänns principiellt sett ej efterföljande god tro och till denna uppfattning är vi beredda att ansluta oss. Enligt en svensk rättsgrundsats skall den goda tron föreligga i samband med att den aktive vidtar en åtgärd. Den aktive skall samtidigt hysa den uppfattningen att inga anspråk skall kunna komma att göras gällande mot honom/henne som en följd av åtgärden.⁸⁵ Av principen framgår redan härav att en ondtroende aktiv omöjliggör passivitet. Vid vetskap om intrånget i den passives rättighetssfär anser vi således att denne ej är värd att skyddas.

Huruvida intresseförskjutning mellan parterna skall vara en nödvändig beståndsdel i passivitetsmodellen är omstritt. Av Cervins undersökningar kan slutsatsen dras att svensk rättspraxis endast i ett fall resonerat kring en intresseförskjutning mellan parterna.⁸⁶ För norsk rätts vidkommande är fallen flera vari intresseförskjutningen har ansetts vara en viktig beståndsdel, dock vill vi ej härifrån dra den slutsatsen att intresseförskjutningen bör tillämpas även i svensk rätt. Att en intresseförskjutning bör ha betydelse, eller åtminstone vara en del av passivitetsbedömningen, anser vi till skillnad från Cervin. Anledningen härför är att en passiv i vissa fall bör förlora sin rätt att göra ett anspråk gällande eftersom det vore oskäligt mot den aktive. Den aktive kan till följd av den passives underlåtenhet ha förbättrat sin ekonomiska situation och, till följd av den aktives gällandegörande av sin rättighet, kan förbättringen tillintetgöras. Ett tydligt exempel på när ett gällandegörande skulle få oskäliga rättsverkningar mot den aktive finner vi i ovan nämnda rättsfall.⁸⁷ Därav anser vi att intresseförskjutning, åtminstone i vissa fall, bör ingå som ett rekvisit i modellen. Rekvisitet bör tillämpas som ett undantag till huvudregeln, d.v.s. att intresseförskjutningen ej bör ingå som ett av kärnrekvisiten. När stora ekonomiska förluster kan komma att drabba den aktive till följd av att passiviteten ej tillges rättsverkningar bör intresseförskjutningen enligt oss beaktas. Vad som skall göras är sålunda en intresseavvägning mellan den passives intresse av att få göra sin rätt gällande samt den aktives intresse av att bevara rådande situation.

⁸⁵ Se avsnitt 5.1.2.1 samt 5.1.2.2

⁸⁶ NJA 1970 s. 539

⁸⁷ Se avsnitt 5.1.3 jämfört med Rt. 1923 s.793

Visar intresseavvägningen att den aktives intresse av att bevara rådande rättsläge är större än den passives intresse av att göra sin rätt gällande skall passiviteten tillges rättsverkningar.

6.2 Förslag till modell

I vår modell har vi utgått från många av de rekvisit som Cervin, Asland och Arnholm har ansett vara relevanta. Utifrån dessa har vi sedermera bildat oss egen en uppfattning kring vilka rekvisit vi finner vara nödvändiga beståndsdelar i modellen.

Vår modell lyder som följer:

”För att passivitet skall tillerkännas rättsverkan skall en *oöverensstämmelse mellan en faktisk och en rättslig situation* föreligga. För att den passive skall bevara sin rätt gentemot den aktive skall denne *utan oskäligt uppehåll* från den tidpunkten när den passive fick *kunskap* om oöverensstämmelsen vidtaga åtgärder för att bibehålla sin rätt. *Underlåter* den passive att vidtaga åtgärder riskerar han att förlora sin rätt om den aktive samtidigt är i *aktsam god tro*, d.v.s. hyser den uppfattningen att inget anspråk kommer att kunna göras gällande mot denne som en följd av den aktives åtgärd. I vissa fall när det förekommer en *intresseförskjutning* mellan parterna som skulle medföra en väsentlig skada för den aktive skall även detta tagas med i beaktande.”

Anledningen till att vi valde ovanstående modell är för att den ger en bild av hur passiviteten kan bedömas. Det enda alternativet utöver modellen är att skriva en rättsregel, vilket vi anser skulle vara alltför komplicerat. Rättsregeln hade tvingats att vara så generell att den hade varit svår att tillämpa i praktiken. Till skillnad ifrån övriga författare har vi valt att utveckla vår modell ytterligare genom att klargöra vilka rekvisit som skall tillämpas. Cervin har i sin hypotes endast valt att diskutera kring rekvisiten och ej angivit explicit vilka som skall tillämpas. Cervin har också i sin hypotes utgått från den tidens gällande reklamationsregler vilka sedan länge upphävda eller har ersatts av nya och modernare lagar. Vi ville skapa en modell utifrån den gällande rätten idag och valde därför att lägga större vikt vid huruvida ett visst förhållande kan anses ”rättvist”. Därav valde vi att använda intresseförskjutningen som en undantagsregel för att undvika orättvisa resultat.

Karlgrens försök utgå från den gällande rätt och tillämpa lagrum analogt anser vi de facto vara alltför snäv för att täcka in alla situationer. Vi valde att eftersträva en modell som kunde täcka fler situationer och ej på specifika förhållanden där eventuella analogier skulle kunna dras.

För att påvisa hur modellen kan användas i praktiken återknyter vi till exemplet i problembakgrunden. I exemplet hade arrendator A tillåtit bonde B att nyttja fel betesmark än vad som framgick av avtalet vilket arrendator A fick vetskap redan efter en vecka. I fallet föreligger en oöverensstämmelse mellan faktiskt och rättslig situation eftersom B nyttjat en annan betesmark än vad som framgick av avtalet. A har dessutom under fyra månaders tid underlåtit att uppmärksamma B om oöverensstämmelsen. I fallet är klarlagt att B varit i aktsam god tro eftersom han de facto ej ägt kännedom om att han nyttjat fel betesmark samtidigt som A enligt ovan ägt vetskap om oöverensstämmelsen. Frågan i fallet blir således om A vidtagit åtgärder försent för att uppmärksamma B om oöverensstämmelsen? Eftersom A redan efter en vecka uppmärksammat att B nyttjat fel betesmark bort han ha meddelat B om överensstämmelsen. Vi anser att fyra månader får anses vara en lång tid och A kan således ej kräva B på 100 000 kr. I det fall att en domstol anser att passivitet ej skulle föreligga bör en intresseavvägning göras huruvida det kan anses skäligt att kräva B på 100 000 kr i efterhand när inget krav har framställts på fyra månader. Enligt oss torde ej A kunna kräva ut 100 000 kr i efterhand när denne kunde förhindrat situationen redan i samband med att oöverensstämmelsen upptäcktes genom antingen en muntlig kontakt alternativt genom ett meddelande.

Efter att ha tillämpat modellen på exemplet i vår problembakgrund kan vi utröna att passivitet troligen föreligger. Cervin har till skillnad från oss i sin hypotes ej klargjort hur intresseavvägningen skall tillmätas betydelse i ovanstående fall. Vi vill istället framhäva att intresseavvägningen kan användas som ett skydd för den aktive ifall konsekvenserna skulle bli för stora.

Avslutningsvis vill vi påpeka att modellen vi ställde upp endast skall anses vara ett hjälpmedel och ej en rättsregel.

7.1 Källförteckning

7.1.1 Litteratur

Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars *Avtalsrätt II*, uppl: 6 (2010) Juristförlaget i Lund,

Arnholm, Carl Jacob, *Privatrett I- allmindelig privatrett*, (1964) Johan Grundt Tanum

Arnholm, Carl Jacob, *Passivitetsvirkninger- et bidrag till laeren om de rettsstiftende kjensgjerninger*, (1932) Johan Grundt Tanum

Cervin, Ulf, *Om passivitet inom civilrätten*, (1960) Berlingska boktryckeriet

Cervin, Ulf, *Passivitetsspørsmålet i senere nordisk praxis och doktrin*, (1972) P A Nordstedt och söners förlag

Karlgren, Hjalmar, *Passivitet – En köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie*, (1965) P A Nordstedt och söners förlag

Knoph, Ragnar, *Rettslige Standarder*, (1939) Det juridiske fakultets lovsamlingsfond

7.1.2 Artiklar

Asland, Johan , *Passivitet som bortfallsgrunn for forpliktelse og ervervsgrunn for rettigheter i familie-og arveretten*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol 1-2 2009

SvJT 1922 rf. S. 73

7.1.3 Offentligt tryck

NJA II 1915 s.183

SOU 1958:10 s 79

7.1.4 Rättsfall

7.1.4.1 Högsta domstolen

NJA 1925 s 348

NJA 1949 s 305

NJA 1949 s 609

NJA 1953 s 602

NJA 1962 s 276

NJA 1964 s 99 ”Svarta Diana”

NJA 1970 s 539

7.1.4.2 Høyesterett

NRt 1931 s 190

NRt 1961 s 1245

Rt. 1923 s 793

Rt. 1992 s 295