Är avtalstolkning endast en rättslig verksamhet eller kräver den också bevisbedömningar?

Av professor Lars Heuman

Avtalstolkning kan kräva ställningstaganden till bevisvärderingsfrågor när det rör sig om bevisbara tolkningsdata, såsom uttalanden som gjorts eller handlingar som utförts av en part. Bevisfakta som i och för sig har rättslig tolkningsrelevans bör inte tillmätas betydelse för tolkningen om de är osannolika. Om möjligt bör man hålla isär bevisvärderingen från den rättsliga relevansbedömningen och, i ett första steg, avgöra om ett bevisfaktum är mer eller mindre sannolikt och därefter, i ett andra steg, vilken rättslig relevans ett sannolikt bevisfaktum har. Sannolikhet och relevans kan behöva avvägas separat för varje bevisfaktum innan det görs en avvägning av alla de tolkningsdata som talar för eller emot en viss påstådd avtalstolkning. Sammanvävd tolkning och bevisvärdering bör undvikas.

1 Inledning

Kräver avtalstolkning endast ställningstaganden till rättsliga frågor eller också till frågor om bevisvärdering och bevisbörda? Är det möjligt att ge ett generellt svar på dessa frågor om bevisrättens betydelse eller måste man göra skillnad mellan olika fall? Inom civilrätten görs en grundläggande skillnad mellan tolkning och utfyllning.[1] Är denna kategorisering viktig och funktionell även vid behandlingen av bevisrättens betydelse för avtalstolkningen eller är andra distinktioner avgörande? För att kunna besvara dessa frågor måste man först klargöra vad som menas med bevisvärdering och avtalstolkning.

Bevisvärdering utgör en sannolikhetsbedömning som en domstol gör med ledning av den framlagda bevisningen. Domstolens bevisvärdering går ut på att avgöra om ett visst faktiskt förhållande föreligger eller har förelegat med en viss sannolikhet. Bevisvärdering kan t.ex. avse frågan hur sannolikt det är att en avtalspart gjort ett visst uttalande eller företagit en handling som ger upplysning om hur han eller hon har uppfattat avtalets innebörd.[2] Vill parterna få sådana faktafrågor prövade av en domstol krävs det att de lägger fram bevisning. Det ska då framgå av parternas bevisuppgifter vilka bevismedel som åberopas (t.ex. partsförhör) och vilka bevisteman som ska styrkas eller

[1] Jfr Samuelsson, Tolkning och utfyllning, Iustus förlag 2008 s. 557 ff. och Huser, Avtaletolkning, Universitetsforlaget 1983, s. 75.

[2] Olivecrona, Rätt och dom, P.A. Norstedt & söners förlag 1960, s. 220 samt Bryde Andersen, Grundlaeggende aftaleret, Aftaleretten I, 4. udgave, Gjellerup 2013, s. 45.

motbevisas. Bevistemat ska anges med viss precision. Det är ingalunda säkert att bevisning alltid åberopas i syfte att klarlägga avtalets innehåll i alla de avseenden det råder tvist om dess innebörd. Bevistemat kan vara mycket snävare än så. Bevisningen kanske bara är avsedd att styrka något visst uttalande eller förekomsten av ett visst handlande från parternas sida efter avtalsslutet. — En domstol får enligt RB 35:6 inte själv införskaffa bevisning i dispositiva tvistemål. Vid sin bevisvärdering får den dock dra slutsatser utifrån den framlagda bevisningen även om parterna inte gjort det.[3] Domstolen får också själv föra in allmänna erfarenhetssatser som den kan utnyttja då den drar slutsatser i bevisvärderingshänseende.[4] Det krävs inte att en part påstått att det föreligger en viss erfarenhetssats och att den har relevans för bevisvärderingen. Särskilda erfarenhetssatser, som utmärks av att de inte anses allmänt kända, kräver för sin tillämpning att de blivit föremål för sakkunnigbevisning. Det anförda visar att man i varje enskild tvist måste klarlägga i vad mån avtalstolkningen kräver att domstolen bedömer sannolikheten för att ett visst faktum föreligger.

Avtalstolkning definieras som den verksamhet genom vilket ett avtals innehåll och rättsverkningar fastställs.[5] Det utsägs inte av vilken art denna intellektuella verksamhet ska vara, utan varje verksamhet som leder till målet utgör en del av tolkningen. Det kan tänkas att det rör sig om enbart normativa bedömningar eller enbart bevisvärdering eller att dessa båda typer av verksamheter ingår som skilda led i tolkningen eller att de vävs samman. Definitionen har inte något svar att ge på denna punkt, eftersom den endast är målinriktad, inte metodbeskrivande.

Vid avtalstolkning krävs det ofta att domstolarna gör *rättsliga bedömningar*. Denna tolkningsverksamhet kan vara av olika karaktär. Tolk-

[3] Heuman, Festskrift till Per Henrik Lindblom, Iustus förlag 2004, s. 261 f. och SOU 2014:14 s. 245 f. Tilltrosparagraferna begränsar en överrätts möjligheter att ändra underrättens bevisvärdering, men de hindrar inte att överrätten gör en annan rättslig bedömning än den underrätten gjort. Om TR:n avgjort en avtalstolkningstvist sedan muntlig bevisning lagts fram är det tänkbart att domen grundats på en avvägning av olika tolkningsdata. Ett viktigt sådant argument kan vara ett uttalande som gjorts av käranden och som bidragit till att han vunnit tvisten. TR:n kan uttryckligen eller underförstått ha gjort en bevisvärdering som innebär att den ansett att käranden gjort det i hög grad sannolikt att han uttalat sig på det sätt han påstått och att svaranden förstått detta. Denna bevisvärdering kan framgå endast indirekt genom att TR:n sagt sig utgå från att käranden yttrat sig på det sätt hans advokat påstått under sin sakframställning. Om svaranden överklagat TR:ns dom kan han vända sig mot avtalstolkningen som sådan och mot att TR:n förlitat sig på att käranden gjort det uttalande som ingår som ett viktigt tolkningsdatum i TR:ns domskäl. Om svaranden inte åberopat någon bevisning, t.ex. samma bevisning som i TR:n, utan nöjt sig med en prövning på handlingarna, får HovR:n enligt tilltrosparagrafen i RB 50:23 inte ändra TR:ns bevisvärdering. Något ändringsförbud gäller dock inte om HovR:n på svarandens begäran låtit den muntliga tingsrättsbevisningen läggas fram genom ljud- och bildupptagning.

[4] Ekelöf, Edelstam och Heuman, Rättegång, Fjärde häftet, Åttonde upplagan, s. 281.

[5] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, Sjätte upplagan, Juristförlaget i Lund 2010 s. 15 och Vahlén, Avtal och tolkning, P.A. Norstedt & söners förlag 1966, s. 193. Se även Woxholth, Avtalerett, 9. Utgave, Gyldendal 2014, s. 379.

ningen kan ibland innebära en tillämpning av olika tolkningsprinciper som är uppbyggda som vanliga rättsregler.[6] Som exempel på sådana tolkningsregler kan nämnas minimiregeln, oklarhetsregeln, ejusdem generis-regeln, giltighetsregeln.[7] Domstolen ska då ta ställning till om de olika rekvisiten för regelns tillämpning är uppfyllda. Vid tillämpningen av oklarhetsregeln ska domstolen avgöra om en avtalspart ensam är författare till avtalstexten.[8] Vidare ska domstolen bedöma om denna text är så oklar att tolkningsprincipen ska tillämpas.[9] I dessa fall kan man anse att det rör sig om vanlig rättstillämpning.[10] Det kan då krävas att domstolen tar ställning både till faktafrågor och till rättsfrågor. Som exempel på en faktafråga kan nämnas att det råder tvist om en eller båda parter faktiskt varit författare till avtalet. En rättsfråga om författarskapet kan uppkomma om en avtalspart kan anses som ensamförfattare om denne obestridligen utformat ett avtalsutkast som andra parterna ändrat eller justerat endast i några få avseenden. Rättsligt sett kan det då ha betydelse om avtalstvisten ligger inom eller utom ramen för den utkaststext som ändrats eller reviderats. En annan tolkningsregel innebär att skrivet går före tryckt. Ibland hävdas det att det som är skrivet går före det som sagts. Detta är knappast en civilrättslig tolkningsregel, utan något som följer av en bevisbörderegel eller av bevisvärdering.[11]

I andra tolkningsfall rör det sig om rättsliga avvägningar av olika argument som talar för och mot parternas olika tolkningsuppfattningar. En domstol kan t.ex. tillämpa en kombination av metoder.[12] En avvägning kräver att man anger de olika argumentens större eller mindre betydelse och att man sedan gör en sammanvägning. Inom bevisrätten finns en omfattande teoretisk litteratur om hur sammanvägning kan gå till vid sannolikhetsbedömningar. Sannolikhetsformler kan lämna vägledning även om de inte är avsedda att tillämpas på numeriska värden.[13] Tolkningsläran saknar sådana fördjupade undersökningar och de går inte att ställa upp några matematiska eller mera exakta

[6] Samuelsson, Tolkningslärans gåta, Iustus förlag 2011, s. 26 ff.
[7] Ramberg under medverkan av Christina Hultmark, Allmän avtalsrätt, 4:e upplagan, Juristförlaget 1996, s. 172 ff. Se även NJA 1983 s. 3 HD s. 71 f. Parterna kan genom en särskild klausul i ett kontrakt träffa avtal om att en viss tolkningsregel ska gälla. Som exempel kan nämnas föreskriften AB 04 kap. 1 § 4 som gäller fall då motstridiga uppgifter lämnats i kontraktshandlingarna. De ska då tolkas på det sätt som medför den lägsta kostnaden för entreprenören. Samuelsson, Entreprenadavtal, Karnov Group Sweden AB 2011, s. 39. Se även Bryde Andersen, Aftaleretten I, s. 328.
[8] NJA 1973 s. 740 och Heuman, JT 2002–03 s. 549 f.
[9] NJA 1997 s. 86.
[10] Ekelöf och Boman, Rättegång, Fjärde häftet Sjätte upplagan, Norstedts juridik 1992, s. 213.
[11] Bryde Andersen, Aftaleretten I, s. 322.
[12] Ramberg och Hultmark, s. 169 och 172.
[13] Ekelöf, Edelstam och Heuman, Rättegång, Fjärde häftet, Sjunde upplagan, Norstedts juridik 2009, s. 171 och 201 ff.

formler för hur man ska väga samman argument.[14] Avvägningsresonemang är något annat än sammanvävda eller sammanflätade bedömningar. Se avsnitt 8.

Vid prövningen av rättsliga frågor gäller principen jura novit curia. Domstolen ska själv oberoende av parternas åberopanden föra in relevanta normativa tolkningsdata. Det kan röra sig om slutsatser dragna utifrån den dispositiva rätten.[15] Om domstolen överväger att beakta ett rättsligt tolkningsunderlag, t.ex. ett rättsligt argument, som är okänt för parterna kan det finnas skäl för domstolen att genom processledning ta upp saken med dem innan dom meddelas.

Det finns *en avgörande kunskapsteoretisk skillnad mellan avtalstolkning som kräver bevisvärdering och avtalstolkning som kräver rättsliga bedömningar.*[16] Man kan få intrycket att avtalstolkningen antingen innebär bevisvärdering eller rättsliga bedömningar och att tolkningen inte innefattar både bevisvärdering och rättsliga bedömningar. Det är inte riktigt. När faktiska förhållanden såsom partsuttalanden och partshandlingar utgör tolkningsdata krävs det i regel att det görs en *tvåstegsbedömning.* Man bedömer sålunda inte samtidigt bevisvärderingsfrågor och rättsliga frågor. Också utanför avtalstolkningsrätten är tvåstegsbedömningar kända inom bevisrätten. Det förekommer således ofta att domstolen i ett första steg efter bevisvärdering och en beviskravsprövning avgör vilka fakta som ska läggas till grund för en dom och att domstolen därefter med utgångspunkt från processuellt fastlagda fakta prövar en rättslig fråga, t.ex. om en part handlat culpöst eller om han eller hon varit i god tro.[17] Man kan tänka sig att domstolen finner att en påstådd faktisk omständighet kan utgöra ett tolkningsdatum, men att omständigheten är osannolik eller motbevisad eller att den faktiska omständigheten inte blivit föremål för någon bevisning. Domstolen kan då anse att en sådan omständighet av bevismässiga skäl inte ska tillmätas någon betydelse för tolkningen även om den skulle ha haft en stor rättslig betydelse om den varit bevisad.[18] Man kan uttrycka saken så att det först krävs att en påstådd faktisk omständighet ska ha gjorts tillräckligt sannolik och för det andra att den ska ha relevans för tolkningen. Man kan tänka sig att en bevisad partsförklaring inte tilläggs någon rättslig relevans för tolkningen av avtalet. Det är också möjligt att domstolen finner det svårt att värdera den framlagda bevisningen för en påstådd faktisk omständighet, men att den anser att

[14] Heuman, SvJT 2014 s. 369 och Hellner, Metodproblem in Rättsvetenskapen, Jure 2001, s. 68 f.

[15] NJA 2012 s. 597 HD p. 18 och 19.

[16] Domstolarna sammanblandar ibland dessa resonemang, t.ex. genom att ett tolkningsresonemang avslutas med ett uttalande om att en part inte fullgjort sin bevisbörda. Heuman, JT 2002-03 s. 543 f. och NJA 2010 s. 448 föredraganden i HD p. 5.

[17] Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, Norstedts juridik AB 2005, s. 95 och 370 samt SvJT 2014 s. 364 ff.

[18] Se NJA 2013 s. 209 HD p. 13 beträffande frågan om en fastställelsetalan lämpligen kunde prövas. HD uttalade: ”Vilken betydelse en svensk dom kommer att tillmätas i USA är oklart och ska därmed inte vägas in vid lämplighetsbedömningen.”

det står klart att denna omständighet inte har någon rättslig relevans för tolkningen. Domstolen behöver då inte utföra någon bevisvärdering, utan kan begränsa sig till att göra en rättslig relevansbedömning. I avsnitt 8.4 behandlas frågan om det beviskrav som kan ställas för att ett bevisfaktum ska få beaktas av en domstol vid en efterföljande tolkning av rättslig art.

Frågan om avtalstolkningens innebörd har undersökts och diskuterats i många civilrättsliga framställningar. Bevisrättens betydelse för avtalstolkningen berörs ofta mera kortfattat och framställningarnas civilrättsliga inriktning gör att bevisfrågorna inte behandlats med ett tillräckligt intentionsdjup. Den civilrättsliga doktrinen förmedlar ibland intrycket av försök att ge ett enhetligt svar på bevisvärderingens betydelse för avtalstolkningen i allmänhet eller med tanke på distinktioner som görs inom den civilrättsligt präglade avtalstolkningsrätten. Bevisrätten kräver emellertid att man tar fasta på andra olikheter och kategoriseringar. Avtalstolkningsrättens civilrättsliga begrepp är inte användbara vid en undersökning av avtalsrättens bevisrättsliga problem. Vid behandlingen av bevisfrågor måste en skillnad göras mellan frågor som rör bevisvärdering, bevisbörda och beviskrav. En undersökning av bevisfrågorna måste utgå från processrättens regler och begrepp, låt vara att en processrättslig studie inte kan frikopplas från civilrättens teoretiska överbyggnader och funktionstänkande.

2 Bevisvärderingens betydelse för avtalstolkningen

Den följande redogörelsen för Ekelöf uppfattning kommer att visa att han gör *skillnad mellan sådan avtalstolkning som innefattar bevisvärdering och sådan avtalstolkning som utgör rättstillämpning*. I avsnitt 7 som behandlar den civilrättsliga doktrinen ska visas att många författarare inte upprätthåller skillnaden mellan dessa båda typer av intellektuell verksamhet.

Med tanke på skriftliga bevis har Ekelöf hävdat att tolkning är *en speciell slags bevisvärdering*. (Ekelöfs kursivering.) Hans uttalanden tar bl.a. sikte på fall då det gäller att fastställa innebörden av en kontraktsklausul. Han har hävdat att handlingen då naturligtvis är ett bevisfaktum.[19] Detta är riktigt om målet gäller frågan om ett uttryck i klausulen kan göras sannolikt med bevisning. Avtalsinnehållet kan göras i hög grad sannolikt om ett skriftligt avtal påstås bevisa exakt den innebörd som framgår av språket i avtalet. I Ekelöfs exempel med en kontraktsklausul förutsätts dock att det råder delade meningar mellan parterna hur klausulen ska tolkas. Det rör sig således om ett fall där en part påstår ett avtalsinnehåll som inte följer av klausulens språkliga lydelse. En sådan tolkning innebär i regel att det krävs att det görs en normativ bedömning med ledning av olika tolkningsdata.

[19] Ekelöf och Boman, Rättegång, Fjärde häftet, Sjätte upplagan, Norstedts Juridik 1992, s. 212. Det är nog mera korrekt att säga att handlingen utgör ett bevismedel och dess innehåll på olika punkter bevisfakta.

Ekelöf berör i detta sammanhang inte vad bevisvärdering innebär och han förklarar inte vad som gör denna typ av bevisvärdering speciell och vad som gör att den avviker från normal bevisvärdering.

Ekelöf gör i det följande principiellt viktiga *uttalanden som begränsar bevisvärderingens räckvidd vid avtalstolkning.* (Min kursivering.) Hans resonemang utgår från det vanliga fallet att en klausul är tvetydig. Han anser att parternas speciella förhållanden och deras förklaringar om vad de menat kan bli avgörande för hur de uppfattat klausulen. Då parterna säger sig ha uppfattat att klausulen har olika betydelser hävdar Ekelöf att det uppstår nya bevisproblem. Det är riktigt att partsförklaringar kan bli föremål för bevisning och bevisvärdering, men ”parternas speciella förhållanden” kan endast bli föremål för bevisning om de rör faktiska förhållanden, inte om deras förhållanden ger upphov till frågor som rör normativa bedömningar, t.ex. frågan om ett bevisat handlande vid avtalsslutet varit culpöst och utgjort skälet till att avtalstexten blivit oklar.

Ekelöf går vidare och uttalar sig om fall då det endast kan bevisas att parterna fattat klausulen i olika betydelser. Han anser att man då nått gränsen för vad som kan åstadkommas genom *en tolkning, som har karaktären av bevisvärdering.* Om rätten avgör tolkningsfrågan genom att tillämpa regeln ”contra stipulatorem” anser Ekelöf att tolkningsfrågan har lösts, inte genom bevisvärdering, utan genom tillämpning av en rättsregel eller — om man så vill — genom utfyllnad av kontraktet. Ekelöf tillägger att distinktionen mellan bevisvärdering och rättstillämpning inte alltid upprätthålls och att det medför oklarhet. Mot Ekelöfs uttalanden kan invändas att det vid tillämpning av oklarhetsregeln rör sig inte enbart om rättstillämpning. Om en part åberopar oklarhetsregeln krävs det att denne styrker att andra parten varit ensamförfattare till avtalstexten. (Se vidare härom avsnitt 6.) Det uppkommer då en bevisvärderingsfråga. Däremot rör det sig om en normativ fråga då rätten ska avgöra om texten i ett skriftligt avtal är så oklar att denna förutsättning för tillämpningen av oklarhetsregeln är uppfylld.

3 Vilken betydelse har de processrättsliga begreppen rättsfaktum och bevisfaktum då avtalsinnehållet ska fastställas?

Med rättsfaktum avses en faktisk omständighet som är av direkt betydelse för rättsföljden. Med bevisfaktum menas en faktisk omständighet som bevisar ett rättsfaktum och som därmed endast har indirekt betydelse för rättsföljden. *De båda begreppen rättfaktum och bevisfaktum tar sikte på fakta och sådana fakta kan göras sannolika sedan rätten värderat den framlagda bevisningen.* Det rör sig inte om rättsfrågor som löses efter normativa bedömningar. Om svaranden gör en rättsinvändning innebär det att han anser att kärandens talan ska ogillas även för det fall domstolen godtar de faktapåståenden som utgör grunden för kä-

randens talan. När domstolen ska ta ställning till rättsinvändningen krävs det inte att den gör någon bevisvärdering.

En parts *bevisbörda och åberopsbörda tar sikte på ett rättsfaktum, inte på bevisfakta.* Rätten får alltså inte bortse från bevisfakta med motiveringen att de endast gjorts sannolika och att en part inte fullgjort sin bevisskyldighet beträffande dessa bevisfakta. Rätten ska i stället göra en sannolikhetsbedömning som går ut på att domstolen sammanväger alla bevisfakta som talar för och mot att ett rättsfaktum föreligger. Efter en sammanvägning av flera bevisfakta, som endast gjorts sannolika, kan domstolen komma fram till att ett rättsfaktum blivit styrkt.[20]

Distinktionen mellan rättsfakta och bevisfakta har betydelse för om en bevisbörda ska läggas på en part och om ett högre eller lägre beviskrav ska riktas mot den bevisskyldige. Endast om ett tolkningspåstående utgör ett rättsfaktum kan en part göras bevisskyldig och ett högre eller lägre beviskrav kan riktas mot denne.[21] I avsnitt 8.4 ska visas att det kan finnas skäl att uppställa beviskrav för bevisfakta som utgör tolkningsdata. En part som för fastställelsetalan eller fullgörelsetalan kan åberopa ett tolkningspåstående som ett rättsfaktum genom att påstå att ett avtal med ett visst innehåll träffats mellan parterna t.ex. då parterna ingått ett muntligt avtal eller då käranden anser att parternas avtal har en annan innebörd än den som följer av deras skriftliga kontrakt eller då en part påstår att ett skriftligt avtal senare kommit att få ett annat innehåll på grund av en ny överenskommelse eller konkludent handlande. Om en part däremot åberopar ett tolkningsdatum rörande ett faktiskt förhållande som ensamt eller tillsammans med andra tolkningsdata ska läggas till grund för en slutsats om avtalsinnehållet rör det sig inte om ett rättsfaktum, utan om en omständighet som är av indirekt betydelse för avtalsinnehållet. Bevisbördan tar inte sikte på bevisfakta. Här gäller som huvudregel att domstolen ska sammanväga samtliga bevisfaktas bevisvärden i syfte att utreda om ett rättsfaktum är styrkt. En domstol får således inte bortse från ett bevisfaktum som endast gjorts sannolikt utan att ha blivit styrkt.

I en avtalstolkningstvist kan *en kontraktsklausul utgöra ett rättsfaktum eller ett bevisfaktum.* Primärt sett har en domstol inte något bestämmande inflytande över frågan hur olika avtalsvillkor ska kategoriseras processuellt sett. Parternas processföring är avgörande för vilka avtalsvillkor som utgör rättsfakta och för vilka som utgör bevisfakta i ett visst mål.[22] Varje part bestämmer själv vilka avtalsvillkor han eller hon vill åberopa som rättsfakta och som bevisfakta. Av RB 17:3 följer att domen endast får grundas på sådana avtalsvillkor som åberopats som rättsfakta. Om kärandens talan grundas direkt på ett avtalsvillkor får domstolens motivering inte utgå från att ett annat villkor utgjort ett

[20] Ekelöf, Edelstam och Heuman, Rättegång, Fjärde häftet, Sjunde upplagan, s. 83 samt Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 95 f. och SvJT 2014 s. 363 f.
[21] Se om bevisbördebetydelsen av en integrationsklausul Bryde Andersen, Avtaleretten I, s. 328.
[22] NJA 1992 s. 375 HD den finstilta texten på s. 400 f.

rättsfaktum. Skälet till det är att parten inte åberopat detta villkor som rättsfaktum.[23] Det förekommer ofta att ett avtalsvillkor belyser innebörden av ett annat villkor som åberopats som rättsfaktum. Ett sådant belysande villkor utgör ett tolkningsdatum, men inte något rättsfaktum. Villkoret får beaktas av domstolen vid tolkningen om det ingår i processmaterialet enligt RB 17:2, t.ex. om avtalet i dess helhet ingetts till rätten.

Vad nu sagts överensstämmer i stort med vad Westberg anfört. Det framgår av ett uttalande av Westberg att han anser att *bevisfakta och tolkningsdata utgör olika begrepp och att de inte sammanfaller.*[24] Hans uttalanden gäller inte alla typer av tolkningsdata, utan endast tolkningsdata som består i *ett avtalsvillkors betydelse för förståelsen av en annan avtalsklausul av rättsfaktakaraktär.* Han har gjort dessa uttalanden i samband med att han utrett om skyldigheten att åberopa rättsfakta enligt RB 17:3 innebär att domstolen inte får beakta ett visst avtalsvillkor när kärandens talan grundas på en annan avtalsklausul som utgör rättsfaktum. I hans exempel grundas kärandens talan på ett uttryckligt avtalat förbud för motparten att bedriva konkurrerande reklamverksamhet. Exemplet bygger på att avtalet i sin helhet getts in till rätten och att regeln i RB 17:2 om omedelbarhetsprincipen inte hindrar att ett annat avtalsvillkor om lojalitetsplikt beaktas av domstolen. Han ställer frågan om detta avtalsvillkor får användas som ett tolkningsdatum alternativt ett bevisfaktum. Han anser att regeln i RB 17:3 inte hindrar att avtalsvillkoret om lojalitetsplikt tillmäts betydelse som ett bevisfaktum för ett relevant bevistema. Han anser vidare att regeln om åberopsskyldighet sannolikt inte heller utgör hinder mot att tillmäta avtalsvillkoret betydelse såsom tolkningsdatum vid avtalstolkning. På denna punkt uttrycker han en viss osäkerhet genom att han håller sin uppfattning för sannolik. Skälet till denna osäkerhet kan vara att han inte definierat begreppet tolkningsdatum och därför saknat ett säkert underlag för sin bedömning. Han har sålunda uttalat att det är en fråga för sig hur uttrycket ”tolkningsdatum” ska definieras i förhållande till uttrycket bevisfaktum och om bestämmelserna i RB 35:1 och 17:2 också täcker tolkningsdata. Westbergs uttalanden fordrar vissa tillägg och klarlägganden på sätt som ska visas.

Det är obestridligen riktigt att ett bevisfaktum inte omfattas av åberopsskyldigheten i RB 17:3. När det gäller ett avtalsvillkor som är av betydelse för hur en annan avtalsklausul av rättsfaktakaraktär ska tolkas är det svårt att förstå hur detta villkor ska kunna verka som ett bevisfaktum som gör ett angivet bevistema sannolikt. I regel rör det sig inte om en faktafråga, utan om en normativ fråga. Villkoret kan således få betydelse vid den rättsligt inriktade tolkningen av den klausul som utgör rättsfaktum. På denna punkt kan det inte råda någon tve-

[23] NJA 1996 s. 52 och Ekelöf, Edelstam och Pauli, Rättegång, Femte häftet, Åttonde upplagan, Norstedts juridik 2010, s. 34.
[24] Westberg, Festskrift till Christian Diesen, Norstedts juridik 2014, s. 196 ff.

kan om att domstolen har rätt att beakta ett belysande villkor vid sin tolkning. Regeln om skyldighet att åberopa rättsfakta ställer inte upp något förbud mot att beakta ett villkor eller ett prejudiciellt förhållande som rättsligt sett är av *indirekt* betydelse för förståelsen av den klausul/det rättsfaktum som käranden åberopat som grund. Ett sådant tolkningsdatum kan inte utgöra ett rättsfaktum. Också principen jura novit curia lämnar stöd för att domstolen får beakta det belysande avtalsvillkorets rättsliga betydelse vid sin tolkning.

Med det anförda är inte sagt hur man ska klassificera andra förhållanden än ett avtalsvillkor när de är av betydelse för avtalsinnehållet. Påstår en part att han gjort sådana *uttalanden under avtalsförhandlingarna som närmare förklarar den avsedda innebörden* av ett kortfattat språkligt uttryck i en avtalsklausul av rättsfaktakaraktär finns det möjlighet för parten att göra dessa uttalanden mer eller mindre sannolika. Han kan göra det genom ett partsförhör eller förhör med andra personer som varit närvarande vid avtalsförhandlingarna. De påstådda partsuttalandena utgör faktiska förhållanden som kan göras sannolika genom bevisning och därmed utgör de bevisfakta. Om uttalandena leds i bevis är det därmed inte avgjort att de har den tolkningsrelevans som parten påstår. En efterföljande relevansprövning är av normativ art. Domstolens tidigare genomförda bevisvärdering kan inte betecknas som tolkning av det skälet att en rättslig tolkningsoperation utförts sedan bevisvärderingen avslutats med att ett konstaterande av att ett visst faktum, ett partsuttalande, får beaktas vid den efterföljande tolkningen. Man bör sålunda skilja mellan bevisvärdering och den efterföljande rättsliga tolkningen som är av normativ art.

4 Skillnaden mellan avtalsbindning och avtalstolkning

Avtalstolkningsproblem uppkommer först sedan det slagits fast att det föreligger ett giltigt avtal.[25] Finns det inte något avtal finns det inte något att tolka. Detta uttalande innebär en alltför långtgående förenkling. På sätt Adlercreutz och Gorton framhållit är det nämligen inte alltid lätt att upprätthålla skillnaden mellan ett avtals tillkomst och innebörd respektive dess innehåll och ogiltighet.[26] Om en part uppfattat muntliga överläggningar så att det träffats ett avtal med ett visst innehåll kan han yrka att rätten ska fastställa att ett avtal med sådant innehåll har ingåtts. Det kan då tänkas att hans fastställelseyrkande ogillas, men att en domstol skulle ha ansett att det träffats ett avtal med mindre långtgående förpliktelser för motparten om käranden framställt ett sådant fastställelseyrkande. Ett yrkande som går ut på att domstolen ska slå fast att ett avtal har viss innebörd får inte bifallas om domstolen anser att avtalet har en annan innebörd. Yrkandet får inte ens bifallas om rätten kommit fram till att avtalet har en inne-

[25] Woxholt, s. 379.
[26] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, Trettonde upplagan, Juristförlaget i Lund 2011, s. 13. Se även beträffande SvJT 1922 rf. s. 73 Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt I, s. 72.

börd som ligger närmare kärandens uppfattning än svarandens.[27] Inte heller får domstolen i sitt domslut slå fast att den rätta tolkningen är en av domstolen beskriven tolkning som avviker från den som följer av kärandens fastställelseyrkande. Enligt RB 17:3 gäller nämligen att en dom inte får avse annat än vad som yrkats.[28] Det kan därför finnas skäl för en kärande att framställa alternativa rangordnade fastställelseyrkanden som täcker skilda tolkningar.

Kärandens grund i en avtalsbindningstvist kan bestå av konkreta påståenden om att ett visst avtal ingåtts med en viss innebörd. Grunden utgör ett rättsfaktum. Vid giltighetstalan behöver kärandens fastställelseyrkande inte gå ut på att avtalet ska klarläggas i detalj, men det avtalsförhållande som åsyftas får inte vara så oprecist att verkan av en bifallande fastställelsedom inte kan överblickas.[29] I många fall kan en kärande således få en giltighetstalan prövad, utan att han eller hon samtidigt kräver att rätten ska fastställa avtalets innehåll eller dess närmare innebörd efter tolkning. För käranden endast en giltighetstalan och bifalls hans yrkande kan denne i en ny process föra tolkningstalan. Res judicata-regeln hindrar inte detta.[30]

En part som hävdar att ett avtal ingåtts åberopar ett rättsfaktum som han eller hon bär bevisbördan för.[31] Det föreligger sålunda en avgörande skillnad i förhållande till fall då en part åberopar ett flertal bevisfakta varifrån rätten kan sluta sig till att ett avtal träffats. Som exempel på sådana bevisfakta kan nämnas olika påstådda partsförklaringar som parterna gjort under avtalsförhandlingarna och som talar för eller mot att ett muntligt avtal ingåtts. Som sagts tar kärandens bevisbörda inte sikte på dessa bevisfakta. Som exempel på ett rättsfaktum kan nämnas att käranden påstår att ett muntligt avtal ingåtts. Förekomsten av ett skriftligt avtal innebär inte att bevisbördan kastas om och läggs på den som påstår att inget avtal ingåtts. Emellertid utgör det skriftliga avtalet ett bevismedel som har ett så starkt bevisvärde att det därmed i regel är styrkt att ett avtal ingåtts.[32] Partsbruk och sedvänja utgör andra exempel på rättsfakta som måste styrkas av käranden i en avtalsbindningstvist.[33] Partsbruk kan också åberopas till stöd för att ett bindande avtal ska tolkas eller utfyllas på visst sätt.[34]

[27] Här ska inte utredas vilka möjligheter det finns enligt res judicata-reglerna för en kärande att väcka ny talan och begära att en annan avtalstolkning ska fastslås av rätten. Se även NJA 2013 s. 209 HovR:n om att alla möjliga händelseförlopp faller under miljöskadeundantaget i försäkringsvillkoren och HD p. 10 samt dissidenterna p. 11 och 15.
[28] NJA 1982 s. 69.
[29] NJA 1985 s. 172.
[30] NJA 1985 s. 172.
[31] Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 225 ff.
[32] Se härtill NJA 1975 s. 577 och Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 234. Se även Lehrberg, Avtalsrättens grundelement, Universitetstryckeriet 2004, s. 217.
[33] Heuman, Skiljemannarätt, Norstedts juridik 1999, s. 54 och 85 med RH 1989:83 samt Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 427 med NJA 2002 s. 244 och NJA 1992 s. 403 HD s. 411 och föredraganden s. 410.
[34] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 23 f., 25, 28, 73 f. och 81.

Som ett undantag med omvänd bevisbörda kan nämnas ett HD-fall där ena parten efter överläggningar med motparten översände en bekräftelsehandling ”för underskrift”. Näringsidkaren förhöll sig passiv och hörde inte av sig utan oskäligt uppehåll. Under dessa förhållanden fann HD att näringsidkaren skulle anses ha ingått ett avtal med det innehåll som den översända handlingen hade, såvida inte näringsidkaren kunde visa att ett sådant avtal inte ingåtts.[35] Det rör sig om en avtalsbindningsfråga där avtalets innehåll (med beloppsangivelse) bestämts av den bekräftelsehandling ena parten upprättat och skickat till motparten.

Det framgår av Adlercreutz' och Gortons framställning att en *ensidig bekräftelse* kan få bevisbördeomkastande verkan.[36] När författarna återkommer till samma fråga i Avtalsrätt II talar de om bevisverkan som kan komma till uttryck inte bara i form av presumtionsverkan (bevisbördeverkan) utan också med en svagare innebörd. Passiviteten kan då tjäna som ett bevisfaktum bland andra om vad avtalet innehållit.[37] I ett NJA-fall ansåg tingsrätten efter en tolkning av de båda författarnas framställning att passiviteten skulle kunna få bevisverkan. Denna uppfattning innebär att man vid värderingen av de bevis som talar för och mot att ett avtal ingåtts får beakta bekräftelsehandlingens större eller mindre bevisvärde. Bevisvärdet av en bekräftelse i varje enskilt fall kan kanske uttryckas i termer av sannolikhet och kan kanske frigöras från normativa bedömningar. Det är en annan sak att låta en bekräftelse få betydelse för tolkning av ett avtal. Det är då mera tveksamt om det rör sig om rena sannolikhetsbedömningar. Om ett skriftligt avtal följs upp av ena parten med en bekräftelse som innehåller ytterligare ett avtalsvillkor är det svårt att se att det rör sig om en avtalstolkningsfråga. Man bör snarare uppfatta saken så att det ankommer på parten att styrka att det i efterhand träffats ett bindande avtal med det innehåll som framgår av bekräftelsen och det tidigare ingångna skriftliga avtalet.

Om en part påstår att ett *skriftligt avtal ändrats och fått ett annat innehåll* rör det sig om en avtalsbindningsfråga. Man kan tänka sig att parterna efter det skriftliga avtalets tillkomst muntligen kommit överens om vissa bestämda villkorsändringar eller att båda parter genom konkludent handlande gett uttryck för en bestämd gemensam partsvilja som avviker från det skriftliga avtalet.[38] Den som påstår att ett ändrings- eller tilläggsavtal ingåtts ska styrka detta.[39] Till stöd för denna

[35] NJA 2006 s. 638.
[36] Se Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt I, s. 84 f. vad som sägs om att HagL och Avtalslagen 6 § 2 st. innebär bevisbördelösningar och Håstad i NJA 2006 s. 638.
[37] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 90.
[38] Det är knappast träffande att i ett sådant fall säga att det som inträffat efter det (ursprungliga) avtalets tillkomst kan påverka bedömningen av detta avtal. Detta uttryckssätt innebär att det inte rör sig om en avtalsbindningsfråga, tillkomst av ett nytt förändrat avtal, utan om en tolkning av det först ingångna avtalet. Se härtill Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 13. Se även Hovstadius, SvJT 2015 s. 206 ff.
[39] Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 227 f.

uppfattning kan åberopas ett HD-fall där en part åberopat att avtalsparterna träffat en överenskommelse om att parten fick återta sin hävningsförklaring.[40] HD ansåg att bevisbördan måste åvila den parten. Som skäl angavs att han var den som haft anledning att skaffa bevisning och att han haft bättre möjligheter till detta än motparten haft att skaffa bevisning om att en sådan överenskommelse inte existerat.

Även om en part inte påstått att ett skriftligt avtal ändrats genom en ny överenskommelse kan en part hävda att det skriftliga avtalet har en annan innebörd än den som framgår av texten.[41] Parten kan motivera detta på olika sätt. Han kan hävda att motparten godtagit eller utgått från hans uppfattning om avtalsinnehållet. Påståenden om ett motpartsgodkännande kan bevisas. I ett fall får HD anses ha slagit fast att det ankommer på parten att visa att hans uppfattning godtagits av motparten.[42] Påstår parten att det förelegat ett konkludent godkännande bör han anses bevisskyldig också för en sådan faktisk direkt rättsgrundande omständighet, eftersom han kan göra detta sannolikt genom olika bevis om motpartens handlande. Påstår parten att motparten *får anses* ha godtagit hans uppfattning kan häri ligga att ett motpartsgodkännande enligt partens processföring ska fastställas efter en normativt inriktad tolkning.

Rättsliga bedömningar kan ibland vara av betydelse för frågan om ett nytt bindande avtal ingåtts. Sådana avtalsbindningsmekanismer förekommer då det är av avgörande betydelse om en part *bort inse* något. Det rör sig då om en normativ bedömning där en domstol ska avgöra vad en kontrahent bort förstå.[43] Bedömningen blir normativ även om den bl.a. utgår från något faktum som har bevisats. Frågan om en part bort inse något kan således avse inte enbart bevisvärdering. Det finns avtalsbindningsregler som bygger på faktisk kunskap hos en part. Det rör sig då om något som kan bli föremål för bevisning. Enligt 4 § 2 st. och 6 § 2 st. avtalslagen kommer ett bindande avtal till stånd bl.a. under förutsättning att mottagaren av ett svar måste inse att avsändaren utgått från att hans svar kom fram i rätt tid eller att det överensstämmer med anbudet. Adlercreutz och Gorton anser att termen *måste inse* eller *måste antas ha ägt vetskap* hänvisar mer till en sannolikhetsbedömning än till en normativ bedömning av typen bort inse. Denna uppfattning grundar de på en språklig tolkning, dvs. vad som följer av formuleringen.[44] Om en part i ett enskilt fall framfört ett övertygande normativt argument av betydelse för vad andra parten måste inse (lagen talar inte om att en part måste ha insett något i förfluten tid) finns det knappast anledning för en domstol att bortse från detta med

[40] NJA 2006 s. 120.
[41] Ramberg och Hultmark, s. 171.
[42] NJA 1959 s. 590 och Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 59. Se även NJA 1967 s. 143.
[43] NJA 1992 s. 243 och Heuman, Bevisbörda och Beviskrav i tvistemål, s. 227.
[44] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt I, s. 44. Se även Ramberg och Herre, Köplagen, Andra upplagan, Norstedts juridik 2013, s. 101.

motiveringen att det inte rör sig om en sannolikhetsbedömning. De båda författarnas uttalande bör inte ges en så starkt styrande inverkan i en rättstillämpningsfråga att ett relevant normativt argument ska frånkännas betydelse av domstolarna.

Det anförda betyder att en part kan bevisa eller misslyckas med att bevisa vad motparten insett. Däremot skulle en part inte kunna bevisa vad motparten bort inse.[45]

Om parterna i en avtalstvist utgår från att de ingått ett giltigt skriftlig avtal får man anse att kärandens påstående om ett bestämt avtalsinnehåll utgör ett rättsfaktum. Svaranden kan förneka kärandens tolkningspåstående utan att själv göra gällande någon avvikande tolkningsuppfattning. Han kan också förneka kärandens tolkningsuppfattning och till stöd därför åberopa en egen uppfattning som då utgör ett bevisfaktum.[46] I dessa fall kan det uppkomma rättsliga problem, men också frågor som rör faktiska förhållanden t.ex. om en part uttalat sig på visst sätt under avtalsförhandlingarna. Rättsliga och bevismässiga problem kan också uppkomma om svaranden åberopar ett motfaktum, dvs. ett rättsfaktum. Svaranden kan t.ex. göra gällande att parternas skriftliga avtal har en annan bestämd innebörd än den käranden angett med sitt åberopande. Svaranden kan också göra gällande att parterna konkludent träffat ett avtal med ett innehåll som avviker från ett tidigare ingånget muntligt avtal som åberopats av käranden. Då käranden och svaranden åberopar var sin tolkningsuppfattning som rättsfaktum till stöd för de båda påstådda avtalen bär varje part bevisbördan för sådana fakta som konstituerar hans påstående om avtalsinnehåll.[47] Står två fastställelseyrkanden mot varandra kan inte någon parts talan bifallas om ingen av dem kan styrka de faktiska omständigheter som påstås utgöra grunden för partens påstående om avtalsinnehåll. Sådana tvister bör inte betecknas som avtalstolkningstvister.

Problem kan uppkomma om *en part processuellt sätt utför sin talan i strid med vad som följer av en korrekt civilrättslig bedömning*. Frågan aktualiseras främst i de fall då en part anger ett annat rättsfaktum än det som är korrekt enligt ett civilrättsligt synsätt. En civilrättslig tolkningsfråga kan processuellt av en part ha becknats som en giltighetsfråga och detta med orätt. I det följande ska några belysande exempel tas upp.

[45] NJA 1993 s. 436. Det är en annan sak att en svarandepart vid underlåtenhetsansvar, efter ett åberopande från motpartens sida om hur svaranden bort handla aktivt, har möjligheter att lägga fram utredning om att sådant hypotetiskt handlande varit möjligt och effektivt ur skadeförebyggande synpunkt. Heuman SvJT 2014 s. 372 f.

[46] Ekelöf och Boman, Rättegång, Fjärde häftet, Sjätte upplagan, s. 212 not 6b (Bomans tillägg).

[47] Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 101 samt NJA 2009 s. 672 HD:s uttalande på s. 692 om att ena parten inte visat att parterna ingått någon överenskommelse om uppsägningstid och att andra parten inte visat att parterna kommit överens om att avtalet kunde fritt sägas upp med omedelbar verkan.

Om en domstol anser sig säkert kunna avgöra att en viss tvist rätteligen rör en civilrättslig avtalstolkningsfråga är det tänkbart att käranden processuellt sett betecknat frågan på ett annat sätt. Domstolens prövning begränsas och styrs då av det rättsfaktum käranden åberopat och detta gäller även om denna processuella uppfattning strider mot vad som är civilrättsligt korrekt. Ett klart åberopande kan inte omtolkas av rätten till ett annat rättsfaktum efter en civilrättslig analys. Det är en annan sak att det kan krävas att rätten bedriver processledning, inte minst med tanke på att dessa frågor kan bli mycket komplicerade. Har käranden som rättsfaktum åberopat att det ingåtts *ett skriftligt avtal med ett visst innehåll och att avtalets innehåll framgår av vad parterna sagt och gjort efter det skriftliga avtalets tillkomst* har parten utformat sitt käromål som en tolkningstalan och inte som en fråga om ett nytt avtal ingåtts mellan parterna. Käranden kan avsiktligen ha valt detta processuella upplägg, eftersom han ansett det mycket svårt att fullgöra sin bevisbörda med det höga beviskrav som uppställs får ett avtals tillkomst, men lättare att vinna gehör för en tolkningsuppfattning. *Om kärandens grund däremot innebär att ett nytt avtal* med förändrat innehåll träffats rör det sig om en avtalsbindningsfråga. I ett sådant fall kan en kärande på ett ogenomtänkt sätt påstå att parterna i efterhand gjort uttalanden som ger uttryck för den innebörd det ursprungligen ingångna avtalet haft. Då utgör likväl den processuella grunden ett påstått nytt avtal. *Domstolen kan då inte utsträcka prövningen till ett annat rättsfaktum, nämligen till det ursprungligen ingångna avtalet och hur det ska tolkas.* Man kan fråga sig om kärandens beskrivning av sitt rättfaktum bör få en så långtgående rättstekniskt preciserande betydelse. Under alla omständigheter kan det finnas behov av processledning.

5 Vilken betydelse har det civilrättsliga begreppet tolkningsdatum då avtalsinnehållet ska fastställas?

Många författare använder begreppet tolkningsdatum utan att definiera det.[48] De använder ibland det på så många sätt att det kanske finns vissa möjligheter att göra skilda språkbruksbeskrivande definitioner. Ramberg och Hultmark säger att det gäller att få till stånd ett rimligt underlag för att fastställa den påstådda gemensamma partsavsikten. De tillägger att sådant underlag utgörs av olika omständigheter som mer eller mindre tydligt kan relateras till avtalspersonerna själva (s.k. *tolkningsdata*).[49] Man kan få intrycket att det inte rör sig om tolkningsdata när resonemang om avtalsinnehållet inte är partsanknutna utan tar sig uttryck i systemtänkande eller effektivitetsmålsättningar. I ett senare sammanhang talar författarna om fall då tolkningsdata inte direkt eller indirekt kan härledas till avtalspersonerna själva.[50] Några

[48] Vahlén, s. 30.
[49] Ramberg och Hultmark, s. 129.
[50] Ramberg och Hultmark, s. 132.

tydliga begränsningar i begreppets konnotation kan här inte utläsas. Begreppet används i olika betydelser.

Med tolkningsdata avser Adlercreutz och Gorton materialet för tolkningsverksamheten. Enligt författarna omfattar detta material alla de för avtalssituationen speciella fakta som kan få betydelse vid bedömning av vad som kan gälla mellan parterna.[51] Det uppställs i detta sammanhang inte något krav på att materialet ska ha en rättslig relevans för tolkningen; det räcker att materialet kan få sådan relevans och författarna säger inte att det krävs att en part har påstått att ett faktum ska ha relevans för tolkningen. Häri ligger att domstolen självmant får pröva om visst material har tolkningsrelevans. Utanför detta material faller således endast fakta som inte ens kan tänkas ha relevans för tolkningen. Tolkningsmaterialet kan omfatta sådant som inte täcks av processmaterialet. Det kan röra sig om systeminriktade resonemang som förs av domstolen eller om funktioner med det ingångna avtalet som domstolen anser sig kunna tolka fram.

I ett annat sammanhang talar författarna om *”tillåtliga” tolkningsdata.* Inom bevisrätten talar man ibland om otillåten bevisning och att en domstol kan avvisa åberopad bevisning.[52] Adlercreutz och Gorton har emellertid inte gett begreppet tillåtliga avtalstolkningsdata en sådan innebörd. De talas inte om några begränsningar i parternas rätt att göra olika omständigheter till processmaterial vid tolkningen. De säger att avtalstolkningsdata är tillåtliga om de åtminstone i huvuddrag varit synbara för parterna vid avtalstillfället respektive när anbud eller accept kommit till mottagarens kännedom. Dessa begränsningar betecknar författarna som intersubjektiva. De tillägger emellertid att också andra omständigheter utanför en intersubjektiv ram kan få betydelse. Ett uttalande av författarna om uttrycket tillåtliga tolkningsdata tyder på att de inte avser samma sak som relevanta tolkningsdata till skillnad från irrelevanta. När det gäller omständigheter som faller inom den intersubjektiva ramen säger de nämligen att det är en särskild fråga om dessa omständigheter också kan tillmätas rättslig betydelse (relevans). Härav följer närmast att relevansbedömningar faller utanför begreppet tolkningsdatum. Emellertid avslutas författarnas resonemang med ett uttalande om att det i stället rör sig om *allmänna minimikrav för vad som i sammanhanget ska anses vara relevant.* Tillåtliga avtalstolkningsdata avser således vissa fundamentala relevansbedömningar, men ingalunda alla, och begreppet ger inte besked om vilka tolkningsdata som har stor eller liten betydelse. Begreppet, som är något diffust civilrättsligt sett, kan inte användas som ett instrument för att lösa bevisrättsliga och andra processuella problem, t.ex. om åberopsskyldighet.

När författarna ska förklara vad som räknas till tolkning anser de att det avgörande är att förfarandet grundas på material som är speci-

[51] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 45.
[52] Se till det följande Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 55 f.

fikt för den föreliggande avtalssituationen, nämligen avtalets lydelse och andra *tolkningsdata* som belyser vad parterna avsett. De anser däremot att *utfyllning* väsentligen innebär tillämpning av (materiella) rättsregler eller sedvänjor, som är knutna till avtal av en viss typ.[53] Man får intrycket att begreppet tolkningsdata inte används för att beteckna faktorer av betydelse vid utfyllning. Författarna använder här uttrycket rättskällor.[54]

Ekelöf har definierat begreppet tolkningsdatum med processuella begrepp. Han anser att termen ”tolkningsdatum” används för att beteckna bevis- och hjälpfakta vid bedömningen av avtalstexten men också för att beteckna rättsfakta vilka har relevans enligt civilrättsliga regler.[55]

Uttalandena i den civilrättsliga doktrinen visar att begreppet tolkningsdatum används på ett tvetydigt och vagt sätt. Begreppet kan beteckna en faktor av relevans för domstolens rättsliga tolkning eller en faktor som åberopats av en part i tolkningsfrågan, men som inte är relevant enligt rättens mening. Begreppet är inte till någon hjälp vid bedömningen av bevisrättsliga och andra processuella problem. Man får bedöma från fall till fall om olika tolkningsdata ska kategoriseras med de av Ekelöf angivna processuella begreppen bevisfakta, hjälpfakta eller rättsfakta. Härtill kommer att ett tolkningsdatum med ett processuellt synsätt kan vara ett rättsligt argument och att principen jura novit curia då blir tillämplig.

6 Tolkningsdata som kan bli föremål för bevisvärdering

Tolkningsdata som avser faktiska förhållanden kan bli föremål för bevisning och bevisvärdering.[56] Det spelar inte någon roll om ett tolkningsdatum rörande ett faktiskt förhållande avser ett rättsfaktum eller ett bevisfaktum. I båda fallen finns bevisningsmöjligheter. Normativa tolkningspåståenden som rör t.ex. värderingar kan ofta inte bli föremål för bevisning. Partsuppgifter som lämnats före eller efter ett avtal ingåtts utgör tolkningsdata som är möjliga att bevisa.[57] Om en av parterna lämnat felaktiga sakuppgifter som intagits i ett skriftligt avtal kan detta ha betydelse för avtalstolkningen och för frågan om parten bär ett felansvar.[58] Det kan därför krävas att motparten söker bevisa att uppgifterna är oriktiga.

Det anses att *språket* i avtalet är av stor betydelse för tolkningen. Om parterna hyser olika uppfattningar om hur *ett ord eller ett uttryck ska förstås kan en part söka bevisa sin tolkningsuppfattning*.[59] Han eller hon kan

[53] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 17.
[54] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 25. När utfyllning sker i tolkningstermer talar de om tolkningsdata. Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 27 f. Jfr även vad som sägs nedtill på s. 22 och 25 om tolkningsdata.
[55] Ekelöf och Boman, Rättegång, Fjärde häftet, Sjätte upplagan, s. 213.
[56] Huser, s. 82 f.
[57] Huser, s. 378.
[58] Se härtill NJA 1993 s. 436.
[59] Bryde Andersen, Avtaleretten I, s. 310 och Huser, s. 445 ff.

åberopa utdrag ur ordböcker eller upplysningar från internet som ger besked om hur ord ska förstås. Det finns här anledning att skilja mellan fall då texten är mångtydig och då den är vag. Uppkommer det en fråga om ett ord i normalspråklig betydelse är tvetydigt eller har endast en betydelse kan bevisning föras i denna semantiska fråga. En part kan därmed styrka att ett ord faktiskt sett inte bara har den betydelse som motparten hävdat utan också den innebörd som parten påstått. Det kan vara omöjligt eller svårare att lägga fram semantisk utredning som visar att ett vagt ord har en preciserad betydelse eller att det inte har en sådan bestämd betydelse.

Rör det sig om en *teknisk term* som påstås ha en specifik betydelse inom en bransch kan denna betydelse bli föremål för sakkunnigbevisning.[60] Om en expert utarbetat en avtalstext kan dennes uppfattning om textens innebörd göras till föremål för bevisning.[61] Avser en tolkningsfråga innebörden av ett *juridiskt begrepp* gäller principen jura novit curia. Domstolen ska utreda betydelsen och den får inte ställa upp ett krav på att en part lagt fram någon slags bevisning eller rättsutredning.[62] Som exempel kan nämnas ett köprättsligt fall som gällde innebörden av uttrycket ”avrop”.[63] Av HD:s domskäl framgår att ordet betyder att en köpare begär leverans av en tidigare beställd egendom. Enligt HD använde säljaren uttrycket ”avrop” på ett objektivt felaktigt sätt i den meningen att det förelåg order som inbokats i produktionen. Det är ovidkommande om en säljare i ett sådant fall genom olika förhör lyckas bevisa att han haft en felaktig rättsuppfattning. I målet uppkom även fråga om säljaren bevisat att köparen insett vad som låg bakom uppgiften om antalet avropade order. En sådan insikt kan bli föremål för bevisning, men HD ansåg att sådan insikt inte bevisats av säljaren.

En avtalspart kan vidare bevisa att skriftliga avtalsutkast innehåller uttryck som ersatts med andra i det slutgiltiga avtalet. Vid den följande tolkningen bör man då utgå från att avtalet inte ska tolkas i enlighet med utkastets ordval.[64]

Parternas gemensamma målsättningar med ett avtal kan bli föremål för bevisning genom avtalstexten eller partsförhör. I standardavtal och andra avtal förekommer ibland syftesangivelser och de kan ha betydelse för tolkningen av andra avtalsklausuler.[65] Om det inte är möjligt att leda i bevis att parterna i det särskilda fallet haft ett syfte med sitt

[60] Se Bryde Andersen, Avtaleretten I, s. 327 som nämner ett fall om förståelse av branschuttryck där rätten underkände sakkunniguttalanden.
[61] Heuman, JT 2002–03 s. 548 ff.
[62] Om alternativa förutsättningar i ett avtalsvillkor är vaga, bör detta inte medföra att ett sådant juridiskt välavgränsat begrepp, som utgör avtalsvillkor, ges en vidgad innebörd. De alternativa villkorens vaghet bör inte vid tolkningen ”smitta av sig” när det juridiska begreppet i sig har ett klart och entydigt innehåll. Jfr häremot NJA 1987 s. 553 HovR:n.
[63] NJA 1993 s. 436.
[64] Se härtill NJA 1995 s. 586 och Heuman, JT 2002–03 s. 535 och 544.
[65] Bernitz, Standardavtalsrätt, Åttonde upplagan, Norstedts juridik 2013, s. 86.

avtal kan likväl olika målsättningar med avtalet bli av betydelse för tolkningen. Hade de tänkt på saken kan det vara uppenbart att båda skulle ansett att det fanns ett fundamentalt syfte.[66] Det rör sig då närmast om en normativ bedömning där bevisning inte spelar någon roll. I dessa fall kan en domstol efter en normativ bedömning göra uttalanden om de syften avtalet eller avtalstypen bör ha haft. Om en part hänvisar till att man inom en bransch anser att en typ av standardavtal har ett visst syfte är det möjligt att föra bevisning om det, t.ex. genom förhör med några ledande branschföreträdare.

En parts avsikt under och före avtalsförhandlingarna behöver inte ha delgetts motparten för att få en viss betydelse vid tolkningen av ett avtal. En påstådd partsavsikt kan emellertid mycket väl vara en efterhandskonstruktion av parten. Vid bevisvärderingen finns det då anledning för en domstol att vara skeptisk till partens påstående.[67] När ett bolag är avtalspart kan en intern partsavsikt bevisas i efterhand genom styrelseprotokoll. Partsavsikten kan få ringa eller ingen betydelse om parten bevisar eller kan anföra övertygande skäl för att parten senare, men innan avtalsslutet, kommit att inta en ändrad inställning i frågan om sin avsikt med avtalet.[68]

Vid avtalstolkning beaktas ibland de *konsekvenser* som olika tolkningsuppfattningar kan få.[69] Effekter som följer med en viss avtalstolkning kan avse sådana faktiska förhållanden som skulle kunna styrkas med bevisning om de verkligen inträffat. Man kan också tänka sig att den konsekvensbeskrivning domstolen gör vid avtalstolkningen tar sikte på normativa bedömningar som inte är bevisbara. När man ska ta ställning till vilka faktiska effekter som en viss tolkning kan få rör det sig ofta om en slags hypotetiska och generella bedömningar som är frigjorda från de specifika omständigheterna i det konkreta fallet. De hypotetiska effekterna kan inte bevisas av en part eftersom det rör sig om effekter som inte inträffat.[70] Såtillvida kan dessa hypotetiska konsekvenser inte bli föremål för bevisning eftersom de avser sådana förhållanden som inte inträffat innan tvisten uppkom.[71]

När en domstol säger att vissa konsekvenser följer av en bestämd tolkning avses följdverkningar som kan förklaras i kausala termer. Vid orsakssamband kan den allmänna sannolikheten för uppkomsten av en effekttyp beskrivas genom erfarenhetssatser som belagts genom sakkunnigbevisning. Det finns också möjlighet för domstolarna att uppställa och tillämpa allmänna erfarenhetssatser. Det krävs inte att

[66] NJA 1953 s. 484.
[67] Ramberg och Hultmark, s. 162.
[68] Se härtill NJA 1994 s. 204 HD s. 225 m.
[69] Det kan framgå av övriga avtalsvillkor. NJA 2013 s. 271 HD p. 11.
[70] NJA 2009 s. 104 och Ekelöf, Edelstam och Heuman, Rättegång, Fjärde häftet, Sjunde upplagan, s. 127 samt SvJT 2012 s. 761 ff.
[71] Undantag får göras för de sällsynta fall då en part gjort uttalanden om hur han avsett att handla och dessa uttalanden träffar den situation som avses med det hypotetiska resonemanget. Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 384 och Huser, s. 75

dessa åberopats av en part eller att de blivit föremål för bevisning.[72] Då en tolkningsuppfattning medför skilda konsekvenser skulle man kunna tänka sig att domstolen gör en sannolikhetsbedömning med ledning av säkerställda erfarenhetssatser. Domstolen kan då komma fram till att sannolikheten för en hypotetisk positiv effekt som följer av partens tolkningsuppfattning är betydligt högre än sannolikheten för en hypotetisk negativ effekt som motparten nämnt. En sammanvägning av dessa sannolikhetsbedömningar visar att det finns ett skäl att godta partens tolkningsuppfattning. Skulle domstolen däremot underlåta att göra en sannolikhetsbedömning är det möjligt att domstolen vid sin relevansbedömning och värdering av effekternas betydelse kunde anse att den positiva effekten spelade en långt mindre roll än den negativa. Efter en sådan relevansbedömning, där man bortser från utfallet av sannolikhetsbedömningar, talar övervägande skäl vid en konsekvensbedömning för att partens tolkningsuppfattning bör förkastas. Från vetenskapliga utgångspunkter bör domstolarna dock inte bortse från de sannolikhetsbedömningar som låter sig göras utifrån erfarenhetssatser. Man bör dock ställa krav på att erfarenhetssatserna är någorlunda säkerställda.

Erfarenhetssatser kan också spela en roll då en domstol för ett bevisvärderingsresonemang som går ut på att dra en slutsats med ledning av en erfarenhetssats.[73] Det finns en risk för att domstolar på alltför lösliga grunder ställer upp ”common sense-baserade” erfarenhetssatser. Vid tolkning kan domstolen fästa avseende vid att en grupp av personer i regel har svårt att förstå texter. En domstol kan vidare anse att texter rörande vissa komplicerade frågor är svårförståeliga. Vid tolkning av sådana texter skulle en domstol kunna stanna för ett tolkningsalternativ som är förmånligt för en part när andra parten utformat avtalsklausulerna. I ett fall uttalade HD att det sannolikt inte är ovanligt att avbetalningsköpare i konsumentförhållanden inte fäster tillräckligt avseende vid en underrättelse om överlåtelse eller pantsättning av rättigheter enligt kontraktet.[74] Något stöd för denna erfarenhetsats angavs inte och den är löslig såtillvida att sannolikhetsgraden inte anges. Uttrycket att ”det sannolikt är ovanligt” kan innefatta en så låg sannolikhetsgrad att erfarenhetssatsen inte bör få någon större betydelse vid tolkningen.

Frågan om en part haft *kännedom* om något sakförhållande kan bli föremål för bevisning. Detta gäller också fall då det påstås att en part känt till en värdering eller någon annan normativ ståndpunkt. Även om man kan hysa olika uppfattningar i normativa frågor och det inte är möjligt att bevisa en viss värdering kan man bevisa att en part eller någon annan gett uttryck för en bestämd värdering. Det går också att

[72] Se ovan vid not 2 samt om betydelse av normativa bedömningar för erfarenhetssatser Heuman, SvJT 2014 s. 60.
[73] Ekelöf, Edelstam och Heuman, Rättegång, Fjärde häftet, Sjunde upplagan, s. 19.
[74] NJA 1986 s. 44.

förebringa bevisning om att en part hört eller läst att någon annan hyst en viss värdering. Avsaknaden av vetskap om något är svårt att styrka, men det kan vara möjligt att lägga fram bevisning om sådana faktiska omständigheter som medger att man med ledning av erfarenhetssatser drar slutsatsen att parten med större eller mindre sannolikhet inte kan ha haft kunskap om vissa förhållanden. Frågan om en part *borde ha känt till något är av normativ art.* Om en erfarenhetssats har betydelse för vad en part borde ha insett kan denna sats bli föremål för bevisning. Det anförda har betydelse för bevisföringsmöjligheterna vid regler som innehåller godtros- eller ondtrosrekvisit.

Med stöd av motiven till regeln om misstagsförklaring i 32 § 1 st. avtalslagen anses att ett avtal ska tolkas i enlighet med en parts uppfattning om motparten förstått eller bort förstå att parten hade en sådan uppfattning. Motpartens onda tro blir avgörande för avtalstolkningen.[75] En annan tolkningsmodell kan motiveras utifrån 6 § 2 st. avtalslagen och man talar då ofta om dolusmodellen till skillnad från en culpamodell.[76] Ondtrosrekvisitet är här av annan karaktär. Det krävs att en kontrahent ”måste inse” något. Det är ett strängt sannolikhetskrav och ett annat krav än det som ligger i det normativa uttrycket att en person bort inse något.[77] Det är en stor skillnad mellan å ena sidan att en person faktiskt förstått något och å andra sidan att han inte förstått men bort förstå något.[78]

Faktisk förståelse kan bevisas, t.ex. om en person i skrift gett utryck för sin uppfattning eller om en person berättat för någon annan om hur han uppfattat ett avtalsvillkor. Det rör sig således om faktiska förhållanden som kan göras sannolika genom bevisföring. Saknas bevisning om vad en person utåt gett för uttryck om sin vetskap är det i regel omöjligt att styrka vad som faktiskt rört sig i hans hjärna. Avsaknaden av bevisning medför inte att det rör sig om en normativ bedömning. Man kan tänka sig att en i praxis uppställd bevisbörderegel föreskriver att en person faktiskt sett ska anses ha haft viss kunskap och ha varit i ond tro om denne inte kan motbevisa det. Den bevisskyldige ställs då inför uppgiften att lägga fram bevisning som kan bli föremål för domstolens bevisvärdering. Det anförda visar att det rör sig om en bevisfråga och inte om en normativ fråga.

[75] Vahlén, s. 23.
[76] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 132 ff. och 134 ff. samt Lehrberg, s. 70 ff.
[77] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt I, s. 43 f. och Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 373.
[78] Jfr häremot Adlercreutz' och Gortons uppfattning om att det är tvivelaktigt om en principiell skillnad mellan de båda rekvisiten bör upprätthållas och deras uppfattning om att det troligaste är i båda fallen att en sannolikhetsbedömning ska kombineras med en normativ bedömning – med hänsyn till kravet på aktsamhet. Häremot kan invändas att båda rekvisiten inte ingår i reglerna i 32 § och 6 § 2 st. avtalslagen, utan endast ett av rekvisiten i envar regel. Detta tyder på att man bör hålla isär sannolikhetsbedömningar från de normativa bedömningarna när man ska avgöra om de två skilda ondtrosrekvisiten är uppfyllda.

En part anses i avtalstolkningssammanhang ha varit i ond tro bl.a. om han *bort inse* att motparten uppfattat ett avtal på ett sådant sätt som saknar stöd i avtalstexten. Det innebär att motparten i en avtalstolkningstvist kan avstå från att lägga fram bevisning och nöja sig med att åberopa argument som talar för att parten bort inse något som denne faktiskt inte insett. Domstolen ställs inför en normativ bedömning och den kan utföra sin godtrosbedömning på ett sätt som avviker från vad motparten påstått.

7 Civilrättslig doktrin om bevisfrågornas betydelse vid avtalstolkning

Det finns en omfattande civilrättslig doktrin om avtalstolkning. Ibland berörs bevisfrågor men de behandlas inte på ett övergripande sätt. Doktrinuttalandena är många gånger svåra att förstå vilket beror på avsaknaden av tillräckligt ingående bevisrättsliga analyser.[79] De ovan genomförda processuella undersökningarna visar hur man ska hålla isär bevisfrågor från normativa tolkningsfrågor. Man kan tänka sig att den civilrättsliga doktrinen någon gång gått närmare in på olika tolkningsfrågor och att de då fått en mer ingående belysning i förhållande till den processrättsliga beskrivningen. Det skulle då kunna visa sig att man med hjälp av den civilrättsliga doktrinen kunde fördjupa de ovan genomförda processuella analyserna. Det är också möjligt att den följande processrättsliga undersökningen av den civilrättsliga doktrinen kommer att visa att många uttalanden i den civilrättsliga litteraturen strider mot grundläggande bevisrättsliga principer och att uttalandena kan leda fel eller skapa förvirring.

I svenska civilrättsliga framställningar som behandlar avtalstolkning förekommer en del bevisrättsliga uttalanden. De är ofta kortfattade.[80] Ibland är de allmänt hållna och svepande och någon gång begränsade till en frågeformulering som inte följs upp med analyser och bestämda svar. De bevisrättsliga uttalandena ingår ofta i längre rent avtalsrättsliga tolkningsresonemang. När det förekommer sådana nedslag i bevisrätten här och var blir dessa uttalanden svårtolkade eftersom de ingår i civilrättsliga resonemang utan att de bevisrättsliga principerna berörs. De interdisciplinära metodproblemen har inte uppmärksammats i tillräcklig omfattning.

Lehrberg har uttalat att man vid avtalstolkning tar hänsyn till hur parterna *uppfattat* sina viljeförklaringar och vilken *avsikt* avgivaren haft med sin förklaring och vilket intryck de gjort på mottagaren. Härefter säger han att det primärt rör sig om bevisfrågor: Vad har sagts eller skrivits? Han ställer vidare frågan: Vad har parterna avsett

[79] Se avsnitt 3. Som ett exempel kan vidare nämnas vad Adlercreutz och Gorton anför under rubriken ”Vanlig tolkning och utfyllning” då avtalets lydelse är oklar och det saknas underlag för att göra en culpabedömning. De anser att prövningen får baseras huvudsakligen på avtalets lydelse, utfyllande regler och bevisregler. Vid den fortsatta behandlingen i detta avsnitt av bl.a. ett antal rättsfall återkommer författarna inte till frågan om hur bevisreglerna skulle kunna tillämpas. Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 137.

[80] Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 89.

eller uppfattat?[81] Hans beskrivning avser nog bevisvärderingsfrågor. Det rör sig nämligen om förhållanden som kan bli föremål för bevisning, även om det är svårt att bevisa sådana subjektiva förhållanden som en parts avsikt och hur den uppfattats av andra parten. Man kan finna bättre exempel på bevisbara fakta som verkligen kan få tolkningsbetydelse. Lehrbergs uttalanden klarlägger inte hur olika typer av bevisfakta som utgör tolkningsdata ska värderas och sedan sammanvägas.

De återgivna uttalandena av Lehrberg tar sikte på bevisfrågor även om det ligger en svårtolkad reservation i uttrycket att det endast primärt rör sig om sådana frågor.[82] Det är oklart om Lehrberg avser bevisfrågor när han i följande mening säger att även mera avancerade bedömningsfrågor blir aktuella när man ska tolka en avtalstext som är tvetydig eller vag eller när man vid tolkning ska bedöma vem som har ”rätt” då parterna har uppfattat avtalet på olika sätt.[83] När Lehrberg tidigare nämnde partsuppfattningar står det klart att de betecknats primärt som bevisfrågor. Det senast återgivna uttalandet av Lehrberg ger upphov till frågan om bedömningar av alla tolkningsdata som har betydelse för texttolkning eller för vem som har ”rätt” inte är av en bevismässig utan normativ karaktär när de kräver ”avancerade bedömningar.” Komplikationsgraden utgör emellertid inte något kriterium som kan användas för att dra upp gränserna mellan bevisfrågor och rättsfrågor. Komplikationsgraden ger sålunda inte besked om det rör sig om en svår bevisvärderingsfråga eller en svårbedömd normativ fråga. När det gäller Lehrbergs uttalande om tvetydighet och vaghet och vem som har ”rätt” är det oklart om han anser att det rör sig om bevisfrågor eller normativa frågor. Som sagts finns det möjligheter att med hjälp av lexikon föra bevisning om ett ords betydelse när frågor om mångtydighet uppkommer. Sådana semantiska bevismöjligheter är nog ofta mer begränsade när det rör sig om vaghet.[84] Den språkliga bevisbara betydelsen har ofta ringa betydelse i förhållande till de normativa bedömningar en domstol gör vid en kontextuell tolkning.[85] Lehrberg använder inte en preciserad bevisrättslig terminologi och hans uttalanden bidrar inte till någon ökad klarhet vad gäller frågan om bevisrättens betydelse för avtalstolkning.

Adlercreutz och Gorton ställer frågor som företer likheter med Lehrbergs. Sedan de båda författarna sagt att *bevisfrågor* ofta spelar en betydande roll gör de följande uttalande: *Vad har sagts och gjorts* när avtalet ingicks, (det kan nämligen vara av betydelse att fastställa om sådana uttalanden förekommit redan vid avtalsslutet eller först efter det avtalet ingåtts), har något särskilt gjorts? De tillägger att det vidare

[81] Lehrberg, s. 207.
[82] Han förklarar inte om och hur andra bevisfrågor eller om normativa frågor kan var av sekundär betydelse.
[83] Lehrberg, s. 206.
[84] Heuman, JT 2014–15 s. 585 f.
[85] Heuman, JT 2014–15 s. 571, 584 och 597.

kan bli fråga om innebörden och räckvidden av sådana yttranden och åtgärder och framför allt deras relation till den konkreta händelse som påstås ha utgjort avtalsbrott. Uttalandena framstår som korrekta från bevisrättsliga utgångspunkter eftersom det rör sig om bevisbara förhållanden. Författarna gör sedan ett uttalande om att ledning kan sökas i hur tvister av detta slag vanligen avgörs och vilka toleransnormer som finns för hyresförhållanden av olika slag. De klargör att man då går utöver den konkreta situationen och söker ledning i en utfyllande rättsregel.[86] Därmed står det klart att den utfyllande verksamheten inte rör bevisfrågor utan rättstillämpning. Författarna håller isär bevisfrågor och normativa frågor och de tycks mena att utfyllning ofta avser normativa frågor.

Adlercreutz och Gorton gör i olika sammanhang uttalanden om att bevisfrågor och normativa frågor sammanvävs vid avtalstolkningen. (Se vidare avsnitt 8.) De ställer också frågan om bevisdömningarna skiljer sig från avtalstolkningen. Svaret på dessa övergripande frågor beror på hur avtalsinnehållet fastställs i skilda fall. Om man begränsar sig till fall då avtalsinnehållet bestäms genom *den gemensamma partsavsikten anser författarna att också bevisfrågor har central betydelse för tolkningen, utan att utgöra en del av tolkningen.*[87] Författarnas uttalanden kräver klarlägganden. De ovan berörda bevismässiga skillnaderna mellan avtalsbindningsfrågor och avtalstolkningsfrågor blir av betydelse. Om kärandens talan grundas endast på en påstådd bestämd gemensam partsvilja, såsom ett rättsfaktum, uppkommer endast bevisfrågor. Efter bevisvärdering kan en domstol komma fram till att en sådan partsvilja styrkts eller inte styrkts av den bevisskyldiga parten. Så långt rör det sig om bevisvärdering och tillämpning av en bevisbördeprincip. Om käranden hävdar att den gemensamma partsavsiktens innehåll (rättsfaktum) ska bestämmas med ledning av tolkningsdata som utgör bevisfakta uppkommer det bevisvärderingsproblem. Som exempel på sådana bevisbara tolkningsdata kan nämnas partsuttalanden och påståenden som framförts i e-post eller sms.[88] Författarnas uttalande om att den gemensamma partsavsikten är av central betydelse för tolkningen utan att utgöra en del av tolkningen kan framstå som motsägelsefull. De båda ståndpunkterna blir förenliga om man uppfattar saken så att bevisning om den gemensamma partsuppfattningen kan kräva att domstolen först gör en bevisvärdering av sådana tolkningsdata som utgör bevisfakta och sedan gör en normativ bedömning som betecknas som tolkning och som utgår från bevisfakta som gjorts sannolika i tillräckligt hög grad. Bevisbedömningen skulle då inte ingå i den rent rättsliga bedömningen. Saken kan uttryckas så att man vid tvåstegsbedömningar anser att steg ett innefattar endast bevismässiga

[86] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 15.
[87] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 10.
[88] Radetzki, s. 18 f.

ställningstaganden till bevisfakta och att det då inte rör sig om någon normativt inriktad tolkning.[89]

Ramberg och Hultmark anser med rätta att det gäller att skilja mellan bevisning och tolkning och att man inte ska sammanblanda den processrättsliga frågan om bevisning med den civilrättsliga tolkningen. De gör sedan uttalanden där distinktionen mellan rättsfakta och bevisfakta inte upprätthålls med tillräcklig noggrannhet. Som en följd av detta anser de att bevisbördan avser inte bara rättsfakta utan också bevisfakta. Deras uttalanden ska återges i relevanta delar.

Innan man kan lägga ett tolkningsdatum till grund för avtalstolkningen anser de båda författarna att det först måste *bevisas*.[90] Med uttrycket bevisa avses i allmänhet att ett faktum ska styrkas i enlighet med den huvudprincip som gäller för beviskrav då en part bär bevisbördan i ett tvistemål. Man får intrycket att författarna anser att ett tolkningsfaktum omfattas av en bevisbörda utan att det har betydelse om detta faktum utgör ett rättsfaktum eller bevisfaktum. Denna uppfattning kommer också till uttryck i deras uttalande att alla relevanta faktiska omständigheter måste åberopas och bevisas. Författarna nämner bestämmelsen om åberopsskyldighet i RB 17:3 vilket utgör belägg för att de anser att alla relevanta förhållanden är rättsfakta.[91] Om ett tolkningsfaktum utgör ett bevisfaktum gäller emellertid inte någon åberopsskyldighet. På sätt som klarlagts ovan gäller inte heller någon bevisskyldighet. Bevisfakta ska i stället sammanvägas gentemot ett rättsfaktum, t.ex. mot kärandens tolkningspåstående i ett mål där denne för fastställelsetalan.

I ett senare sammanhang gör Ramberg och Hultmark uttalanden som rör *bevisvärderingen av bevisfakta*. De anser att man i så stor utsträckning som möjligt bör prioritera objektivt konstaterbara fakta framför *osäkra och svårbevisbara tolkningsdata såsom muntliga utsagor om partsavsikter*.[92] Uttalandet kan uppfattas så att man bör fästa större vikt vid objektiva tolkningsdata än muntliga utsagor. Författarnas uppfattning om muntliga utsagor utgår från en bevisvärderingstanke som bygger på att utsagorna är svårbevisbara. Utmärkande för bevisvärdering är emellertid att den ska utföras i varje enskilt fall och att den fria bevisvärderingens princip inte kan sättas ur spel genom generella riktlinjer i rättskällorna om hur en viss typ av bevis ska värderas.[93] Om de muntliga utsagorna kan styrkas och de har en stor relevans för avtalstolkningen finns det inte någon anledning att vid en sammanvägning fästa ringa avseende vid dem. Tvärtom bör de under sådana förhållanden få stor betydelse.

[89] Se ovan vid not 16 om tvåstegsbedömningar.
[90] Ramberg och Hultmark, s. 129.
[91] Ramberg och Hultmark, s. 132.
[92] Ramberg och Hultmark, s. 131.
[93] Heuman, Advokaten 1986 s. 40 ff., Ekelöf, Edelstam och Heuman, Rättegång, Fjärde häftet, Sjunde upplagan, s. 173 och S Andersson, Festskrift till Christian Diesen, Norstedts juridik 2014, s. 427 ff. och 442

De civilrättsliga begreppen tolkning och utfyllning är inte samordnade med bevisrättens begrepp. Civilrättens tolkningsbegrepp sammanfaller inte med processrättens bevisvärderingsbegrepp. Utfyllning innefattar ofta rättsliga bedömningar men inte alltid.[94] I samband med att Samuelsson tar upp frågan om tvister som rör avtals innehåll och tolkning har han emellertid uttalat att *tolkning och utfyllning getts direkta processuella motsvarigheter.* Till stöd härför åberopar han uttalanden av Ekelöf och han säger att dennes uppdelning är strängt dikotomisk. Sett ur Ekelöfs perspektiv anser Samuelsson att tolkning och utfyllning är bevisvärdering och rättstillämpning.[95]

Ekelöfs uttalanden ger inte klart stöd för Samuelssons uppfattning. Sedan Ekelöf understrukit skillnaden mellan bevisvärdering och rättstillämpning behandlar han tvister som rör ett avtals innehåll eller tolkning av avtalet. Ekelöf anser att rätten då måste ange om den grundat sin uppfattning på bevisningen om vad parter tänkt eller velat då de slöt avtalet, eller om det strängt taget är fråga om en utfyllnad.[96] Ekelöf säger inte att avtalstolkning alltid innebär bevisvärdering och inte heller säger han att utfyllnad alltid innefattar rättsliga bedömningar.[97]

Samuelsson har uttalat att Adlercreutz anser att själva fastställandet av rättshandlingens innebörd vid tolkning principiellt sett är en bevisfråga. Samuelsson återger två uttalanden av Adlercreutz som sägs indikera att Adlercreutz ser på bevisningen som ett förled till tolkningen.[98] Detta för tanken till *tvåstegsbedömningar.* Adlercreutz säger att bevisfrågor i första hand uppkommer då det är oklart vad som yttrats vid avtalsslutet och därefter. Vid tveksamhet kan domstolen söka ledning i andra tolkningsdata. Med en förhöjd processrättslig precision skulle hans uppfattning kunna sammanfattas på följande sätt: Först sedan domstolen tagit ställning till om det gjorts tillräckligt sannolikt att vissa förklaringar avgetts kan dessa tillsammans med andra tolkningsdata läggas till grund för en bedömning av frågan om avtalets innehåll. Samuelsson menar att den bevisbedömning som ligger i en förledsprövning också gäller för Adlercreutz' uttalande om att bevisfrågor kan vara intimt sammanvävda med tolknings- och utfyllningsfrågor. En isolerad läsning av Adlercreutz' uttalande tyder närmast på att det inte rör sig om en tvåstegsprövning, utan om en samtidig bedömning av sammanvävda bevisfrågor och rättsfrågor. Prövningen skulle

[94] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 23.
[95] Samuelsson, Tolkning och utfyllning, s. 565 (och s. 572 ff.) samt samme författare Tolkningslärans gåta, s. 27 not 54.
[96] Ekelöf, Edelstam och Pauli, Rättegång, Femte häftet, Sjunde upplagan, Norstedts juridik 1998, s. 237.
[97] Samuelson gör också ett försök att sammankoppla civilrätt och bevisrätt bl.a. genom ett motsatsslut som tar sin utgångspunkt i att utfyllning är motsatsen till tolkning. Därefter säger han att vi vill anta att tolkning hör till kategorin fakta och rättsliga bedömningar av fakta. Resonemanget är svårt att följa. Samuelsson, tolkning och utfyllning, s. 563 f.
[98] Samuelsson, Tolkning och utfyllning, s. 544.

kunna innebära att bevisfakta som med en viss sannolikhet talar för ett bestämt avtalsinnehåll vägs tillsammans med rent normativa tolkningsdata som talar för samma tolkningsresultat eller ett annat tolkningsresultat. Omedelbart efter Adlercreutz' uttalande om sammanvävd prövning har Gorton gjort ett tillägg som tyder på att han uppfattat Adlercreutz så att det rörde sig om en tvåstegsprövning. Som exempel nämner Gorton att det gäller att styrka de fakta som åberopas för att göra gällande en viss innebörd i avtalet. Gortons hänvisning till ett senare kapitel tyder på att han avser vad som här betecknats som rättsfaktafall, dvs. fall då en part måste styrka ett avtals tillkomst eller ett avtalsinnehåll som avviker från vad som följer av ett skriftligt avtal.

Adlercreutz och Gorton är medvetna om att det kan finnas ett behov (förmodligen utifrån ett teoretiskt betraktelsesätt) av att skarpt skilja mellan tolkning och bevisning som tar sikte på tolkningsdata.[99] Likväl anser de att bevisfrågor och tolkningsfrågor ofta är sammanvävda med varandra på sätt som gör det svårt att särskilja dem.[100]

8 Sammanvävd bedömning av bevisvärderingsfrågor och normativa frågor eller tvåstegsbedömningar av dessa frågor

8.1 Inledning

Ovan har förklarats att tvåstegsbedömningar innebär att man först avgör vilka fakta som ska läggas till grund för den rättsliga bedömningen, varefter denna bedömning genomförs. Man skiljer således mellan den inledande sannolikhetsbedömningen av fakta och den efterföljande rättsliga bedömningen grundad på de fakta som domstolen efter bevisbedömningen anser sig kunna beakta. Adlercreutz och Gorton har gjort uttalanden som kan förstås så att de förordar sammanvävda bedömningar i vissa fall och separata bedömningar i andra fall, t.ex. tvåstegsbedömningar. De anser att bevis-, tolknings- och utfyllningsfrågor ofta är sammanvävda med varandra på ett sätt som gör det svårt att särskilja dem.[101] Begreppet *sammanvävd* förklaras inte när det sägs att bevisfrågor och tolkningsfrågor kan vara sammanvävda. Det krävs därför att några allmänna rättsteoretiska frågor om begreppsbestämning utreds innan detta begrepp analyseras i avsnitt 8.4.

8.2 Begreppsbildning grundad på en metafor

Inom juridiken används ibland begrepp som bygger på en metafor som utgår från ett enda ord. Det finns anledning att då ställa sig skeptisk till begreppets verifierande och bevisande förmåga, men också till dess förklarande förmåga. En faktisk och påtaglig företeelse ges med bildspråket en överförd abstrakt betydelse. Bilden utgår ofta från såd-

[99] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 37.
[100] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 33.
[101] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 33 och s. 37 med uttalandet om att man måste skarpt åtskilja tolkning och bevisningen av tolkningsdata, och uttalandet om att operationerna i praktiken inte hålls isär.

ana välkända faktiska företeelser som har förmåga att på ett pedagogiskt sätt förklara abstrakta förhållanden. Begreppet får därmed en persuasiv effekt. Det kan dock verka något vilseledande om metaforen inte träffar det abstrakta förhållandet och det finns en diskrepans mellan det konkreta och det abstrakta bildmässiga förhållandet. Bilden kanske fokuserar på vissa abstrakta förhållanden men lämnar andra obeaktade.[102] Bilden förmedlar ofta indirekt en positiv eller negativ värdering.[103] Företeelser som kan inordnas under ett sådant positivt laddat bildmässigt uttryck tenderar därmed att bli rättsligt acceptabla. Det finns därför skäl att kritiskt pröva om företeelsen på ett språkligt ansträngt sätt tvingats in under begreppet, t.ex. ”med skohorn”. I ett annat avseende finns det än större anledning att göra en kritisk prövning. Behovet av en sådan undersökning har sin grund i att det finns en risk för att bilden i sig har en övertygande förklaringsförmåga som går längre än vad som är vetenskapligt motiverat vid en analys där man frigör sig från bildens inflytande. Man kan säga att ”bilden kan vara alldeles för bra”. Vad som ter sig som en korrekt beskrivning av en konkret faktisk företeelse behöver alls inte vara korrekt vid en abstrakt begreppslig analys. Bilden kan inte bevisa något på det abstrakta vetenskapliga planet och den kan leda fel. Man måste också pröva om bilden verkligen har ett vetenskapligt förklaringsvärde. De vetenskapliga resonemangen måste avse endast de abstrakta vetenskapliga förhållandena.

Det abstrakta bildmässiga begreppet kan med tiden utvecklas och förfinas och få en innebörd som är självständig i förhållande till den fysiska företeelse som bilden avser. Vid en analys av ett abstrakt bildmässigt begrepp finns det många gånger inte någon anledning att gå tillbaka till bildens ursprungliga betydelse på det konkreta planet. Gör man det kan ett i rättskällorna utvecklat begrepp komma att missförstås och ges ett klart olämpligt innehåll.

Någon gång kan det vara av värde att återföra det abstrakta begreppet till den konkreta verklighet som det bildmässiga uttrycket beskriver. Det vetenskapliga värdet av en sådan analys består primärt sett inte i att man söker påvisa att begreppet bör ges en ändrad innebörd, utan i att man kan ställa nya frågor om begreppets innebörd. Efter en abstrakt begreppsmässig analys av dessa nya frågor kan det visa sig att det finns ett behov av att göra modifieringar och tillägg på det rent vetenskapliga planet. Analysen kan få en kritisk inriktning.

När man söker föra in ett bildmässigt rättsbegrepp i juridiska analyser eller förstå ett sådant begrepp är det av vikt att man gör klart för sig vilken funktion begreppet är avsett att ha. Om det ska ersätta eller förklara ett rekvisit i en rättsregel är dennas funktion relevant för begreppsbildningen och begreppsförståelsen. Funktionen är en helt

[102] Andersson och Furberg, Språk och påverkan, Åttonde upplagan, Thales 1984, s. 88.
[103] Hellspong, Konsten att tala, Tredje upplagan, Studentlitteratur 2011, s. 135 f.

annan då forskare inom den allmänna rättsläran inte sysslar med rättstillämpningsproblem utan söker förklara rätten och rättsliga fenomen.

Dessa begreppsmässiga förklaringsproblem uppkommer också när man inom rättstillämpning talar om *överlappande rekvisit.* Detta bildmässiga ord ”överlappar” avser i sin konkreta bokstavliga mening lappar som delvis täcker varandra i två skilda skikt.[104] Man kan urskilja de olika lapparna och hålla isär dem.[105] Ordets innebörd i överförd bemärkelse får betydelse när en domstol ska bedöma om två överlappande rekvisit är uppfyllda. Man kan fråga sig om det valda begreppet innebär att det ska ske två separata prövningar eller om det ska ske en samtidig prövning av rekvisiten till den del de är överlappande, men separata prövningar i de delar rekvisiten inte täcker varandra. Med det bildmässiga uttrycket ”samtidig prövning” kan avses att man innehållsmässigt inte håller isär rekvisiten, utan gör en helhetsprövning, låt vara att flera resonemang kan ingå i denna bedömning. En helhetsbedömning kan dock innebära ett otillbörligt förenklat resonemang där domstolen inte håller isär frågor som bör behandlas separat.[106] Det rör sig här om teoretiskt sett komplicerade rättstillämpningsproblem som nog inte låter sig beskrivas tillräckligt precist i alla dess former med det enda ordet överlappande. Ordet förmår nog endast att beskriva ett problem, men inte hur det ska lösas. Med överlappande avses i bokstavlig mening att t.ex. två tygbitar eller två skivor täcker varandra delvis, men det säger inte något om ytskiktens beskaffenhet, storlek och räckvidd och inte heller något hur man ska lösa problem som är överlappande. Andra närliggande bildmässiga uttryck förekommer, t.ex. att det finns en *koppling* mellan rekvisit eller att det råder en *växelverkan eller ett samspel.* Dessa begrepp ställer kanske krav på andra resonemangsformer än de som bör förekomma vid överlappande rekvisit.[107]

I ett särskilt avsnitt där Adlercreutz och Gorton behandlar avtalet och bevisfrågorna förekommer begreppet sammanvävd. Ibland talas om samspel och därvid avses kanske något liknande.[108] I framställningen ges ingen definition och det kan därför vara svårt att förstå vilken underförstådd betydelse författarna har gett begreppet sammanvävd.[109] Det är möjligt att man från teoretiska utgångspunkter bör

[104] Heuman, SvJT 2014 s. 368 och 383.
[105] NJA 2004 s. 345.
[106] Heuman, SvJT 2014 s. 358.
[107] Då Ekelöf talar om att med maskorna i ett nät avses något annat än med begreppet sammanvävd, nämligen att man med finmaskighet kan fånga upp fler fall och problem än med glesare maskor. Ekelöf och Edelstam, Rättegång, Första häftet, Åttonde upplagan, Norstedts juridik 2002, s. 86.
[108] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 34. Se även Gorton, JT 2014–15 s. 818 och uttalandet om att domstolar har ett stort mått av frihet att ta hänsyn till den bevisning som presenterats i ett fall.
[109] Begreppet *sammanflätad* kan ha samma innebörd som sammanvävd. Se härtill NJA 2008 s. 339 Lindskogs tillägg där han talar om att rättsfakta kan vara sammanvävda och svåra att hålla isär och om att rättsfakta och bevisfakta på ömse sidor kan

ge begreppet en annan fördjupad betydelse än den som förutsatts av de båda författarna. Något kan stå att vinna på att det begreppsmässiga uttrycket återförs till sin faktiska ursprungliga innebörd. En väv i textila sammanhang innehåller många sammanflätade trådar. Längsgående och tvärsgående trådar går över och under varandra ett stort antal gånger på ett regelbundet sätt. Man kan säga att det rör sig om en systematiskt genomtänkt produkt. På det abstrakta planet behöver begreppet sammanvävd inte innebära att det är möjligt att urskilja eller särskilja bevisfrågor och normativa frågor. Begreppet bör emellertid inte ges en sådan innebörd att man inte gör klart för sig om och hur de olika frågorna griper in i varandra eller om de är överlappande eller om varje fråga ska bedömas stegvis på ett fristående sätt. Från vetenskapsteoretisk utgångspunkt är det inte godtagbart om väven visar sig vara en soppa där domstolarna sammanblandar sakfrågor och rättsfrågor utan att ta hänsyn till bevisrättens systematik.

Adlercreutz och Gorton anser att det är *tre frågor som ofta är sammanvävda med varandra på ett sätt som gör det svårt att särskilja dem*: 1) bevisfrågor, 2) tolkningsfrågor och 3) utfyllningsfrågor. Deras framställning tar alltså inte sikte på flera sammanflätade avtal och hur de ska tolkas och inte heller på olika bevisfrågor som kan vara sammanvävda. Uppräkningen av sammanvävda frågor avser inte sammanhängande delfrågor inom ramen för en av de tre kategorierna. Avsikten med framställningen kan således knappast vara att behandla olika bevisfrågor som är sammanvävda, t.ex. bevisbördefrågor och bevisvärderingsproblem som sammanhänger.[110]

8.3 Kan tolkningsfrågor och utfyllningsfrågor vara sammanvävda?

Om man först begränsar sig till de frågor som avses med 2 och 3 (tolknings- och utfyllningsfrågor) kan man tycka att de inte skulle kunna ge upphov till några bevisfrågor utan endast till civilrättsliga frågor. Detta är inte riktigt vilket författarna visar då de behandlar fall då *en part åberopar en dispositiv rättsregel och motparten ett avtal som avviker därifrån* och vars innehåll bestrids av parten. Författarna anser att domstolen i första hand ska pröva om det påstådda avtalet är styrkt och först i andra hand tillämpa den dispositiva utfyllande regeln.[111] Detta ter sig korrekt. Det ligger nämligen i en dispositiv regels natur att den inte ska tillämpas om det bevisas att parterna kommit överens

vara sammanflätade. När då båda begreppen används för att beteckna faktiska förhållanden får de en annan innebörd, t.ex. när det sägs att sambornas ekonomiska förhållanden är sammanflätade. I ett fall som rörde frågan om en sambo var ägare till en fritidsbåt eller om båda samborna var samägare ansåg HD att det inte var av avgörande betydelse om man kunde utreda vilken ansvarsfördelning som gällde på det ekonomiska planet. Om ”flätan” hade kunnat lösas upp i sina beståndsdelar skulle det inte vara avgörande, t.ex. om en av samborna tagit på sig utgifter för hushållskostnader och boende i så stor utsträckning att det blivit möjligt för andra sambon att ensam betala inköpskostnader för viss egendom. Se härtill NJA 2012 s. 377 HD p. 12 och 13 samt NJA 1992 s. 163.

[110] Se härom Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 423.

[111] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 34.

om något annat än som följer av regeln. Om en part fullgjort sin bevisskyldighet behöver domstolen inte gå in på frågan om den dispositiva regelns tillämplighet. Det anförda betyder att den rekommenderade prövningsmodellen utgör en *tvåstegsbedömning*, där domstolen ibland inte behöver utföra bedömningen i steg två. Det rör sig då inte om någon sammanvävd bedömning. Likväl tillägger författarna att det förefaller som om det i praxis kan bli fråga om ett samspel mellan avtal och dispositiva regler.[112] Det tycks emellertid som om författarna då glider in i en annan situation, som ska behandlas nedan.

Som ovan sagts talar författarna om fall då det finns ett samspel mellan avtal och dispositiva regler. De säger att *en utfyllande regel kan tjäna som en ledtråd* vid bedömningen så att man vid tveksamhet väljer en lösning i så nära anslutning till regeln som möjligt med hänsyn till motstående fakta.[113] Häri kan ligga att man sammanväger konkreta partsrelaterade tolkningsdata med sådana tolkningsdata som härleds ur dispositiva regler och principer för utfyllning. Varje tolkningsdatum kan beskrivas separat och det rör sig snarare om *en avvägning av civilrättsligt relevanta argument än att utföra civilrättsliga resonemang som är sammanflätade.* Denna avvägning rymmer inte några bevisfrågor.

Det framgår att författarna anser att begreppet bevisfaktum har betydelse då en utfyllande regel är av relevans.[114] De anser att *avtalstypens utfyllande regler ofta är en viktig styrande faktor genom att de anger en rättslig ram som kan läggas till grund för uppställande av bevisteman.*[115] Referensen till bevisteman innebär att författarna får tolkas så att de anser att det kan krävas att en part bevisar faktiska förutsättningar för tillämpningen av en utfyllande regel. Åberopar en part oklarhetsregeln bör ett bevistema vara att andra parten ensam författat avtalstexten. *Frågan om regelns rättsfaktum har bevisats kan bedömas separat* utan att man samtidigt tar ställning till om texten är oklar. Det rör sig om en bevisbördefråga. Begreppet bevistema blir här ofta en omskrivning för vad som utgör rättsfaktum för tillämpningen av en regel och härmed sägs inte något om att bevisfrågor och sakfrågor ska bedömas samtidigt.

8.4 Kan bevisvärderingsfrågor och tolkningsfrågor vara sammanvävda?

Adlercreutz och Gorton nämner flera rättsfall som avser belysa ”samspelet” mellan rättsregler och vad som ska anses avtalat (inte bevi-

[112] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 34.
[113] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 34.
[114] Denna uppfattning om hur författarna ska förstås vinner stöd av att deras uttalande om att bevisfakta är de fakta som fastställs genom bevisningen och av deras tillägg att bevisfakta tillika blir tolkningsdata om de tillmäts betydelse för fastställande av avtalet innehåll. Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 100.
[115] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 34. Något ytterligare förmedlas inte av författarna med följande uttalande: ”I ett obestämt myller av olika fakta är det ofta de utfyllande reglerna som ger frågeställningar och därmed styrsel åt utredningen, men också anvisning om vad som är värt att bevisa.” Författarna talar om att de utfyllande reglerna utgör en faktor. Troligen avses att de olika reglerna kan utgöra flera skilda faktorer.

sat).[116] I själva verket avser några av dessa rättsfall samspelet mellan bevisfrågor och frågor om avtalstolkning.[117]

Författarna behandlar ett rättsfall där en journalist krävt ersättning av en arbetarkommun för att han gjort en valbroschyr.[118] För att undgå betalningsskyldighet måste svaranden enligt HD bevisa antingen att avtal träffats om vederlagsfritt arbete eller att det fanns en tillräckligt klar praxis inom arbetarkommunen om att ersättning inte utgick. Den sista bestridandegrunden har stöd i 1 § i 1905 års köplag om att lagens dispositiva regler inte ska tillämpas då något annat följer av sedvänja. Bevisskyldigheten i HD-fallet avser två klart särskiljbara rättsfakta och köplagsregeln om sedvänja hade endast betydelse för ett enda rättsfaktum. Fallet ger således inte exempel på sammanvävda bedömningar.

Författarna nämner också ett fall där ett tredjemansavtal ansågs föreligga med hänsyn till avtalets språkliga innehåll och till ett vittnesmål som avgetts av ena avtalsparten. Han hade förklarat att avtalet, som utformats under medverkan av en anlitad sakkunnig, skulle göra klart att han själv inte skulle vara mellanhand mellan tredje man och andra avtalsparten. Den språkliga tolkningen är av rättslig art och vittnesuppgifterna utgjorde bevisning. Fallet utgör ett exempel på att HD sammanvägt sådana förhållanden och på grund därav ”ansett” att en viss avtalsbestämmelse skulle kunna åberopas direkt av en tredjeman.[119] Det hade varit missvisande att säga att det hade ”bevisats” att det var ett tredjemansavtal eftersom sammanvägningen inte rör endast bevisvärdering.

Vid bedömningen av betydelsen av efterföljande fakta berör författarna möjligheten att bevisa händelseförloppet vid avtalstillfället och dessförinnan. De nämner också att bevisning kan avse hur parterna betett sig efter avtalsslutet, t.ex. då en avtalspart fullgjort en avtalsprestation (en avbetalning). De anser att sådan bevisning om hur parterna betett sig kan vara det enda materialet som finns att tillgå för att sluta sig till avtalets existens och innehåll.[120] Dessa uttalanden får uppfattas så att de påstådda handlingarna utgör bevisbara fakta (bevisfakta) som i ett första steg kan bli föremål för domstolens bevisvärdering, men att det efterföljande slutsatsdragandet rör en rättslig bedömning. Slutsatsdragandet i steg två skulle således inte avse bevisvärdering där en domstol med utgångspunkt från partshandlingar (bevisfakta) gör en sannolikhetsbedömning med ledning av erfarenhetssatser för att därmed kunna avgöra om en eller båda parter hyst en subjektiv uppfattning om avtalsinnehållet. Denna tolkning av författarna innebär att domstolen endast i första ledet gör en bevisvärdering när den tar ställning till om en part agerat på ett visst påstått sätt.

[116] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 34.
[117] Se även Huser, s. 76 f. vid not 132.
[118] NJA 1969 s. 409.
[119] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 35 f.
[120] Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 100.

Om en domstol finner att påstådda bevisfakta blivit styrkta är det därmed inte avgjort att en part också lyckats bevisa att motparten hyst en viss subjektiv uppfattning om att avtalet skulle tolkas på det sätt som framgick mer eller mindre tydligt av det bevisade agerandet. Något längre fram gör författarna ett uttalande som tyder på att de avser en tvåstegsprövning. Med tanke på partspraxis som vid varaktiga avtal utvecklat sig efter avtalsslutet anser de att sådan praxis blir ett betydelsefullt och ofta åberopat bevisfaktum för vad som kan antas ha varit parternas gemensamma avsikt vid avtalsslutet.

Den genomförda analysen av Adlercreutz' och Gortons framställning visar att denna avser vissa särskilda fall och att det krävs en fördjupad och generellt inriktad undersökning av vad som bör avses med sammanvävda bedömningar av bevisvärderingsfrågor och tolkningsfrågor. Tolkningsdata som utgör bevisfakta kan inte utan vidare få läggas till grund för tolkningen. Osannolika bevisfakta bör inte tillmätas någon betydelse vid tolkningen. Ett tolkningsdatum som har mycket stor rättslig relevans för tolkningen kan bygga på ett bevisfaktum som endast gjorts i någon mån antagligt. Vid bestämningen av avtalsinnehållet får man inte bortse från att detta bevisfaktum sannolikt inte föreligger och grunda tolkningen endast på att detta faktum har stor rättslig relevans. *En möjlighet är här att man sammanväger ett tolkningsdatums låga eller höga bevisvärde och dess ringa eller stora relevans.* Varje bevisfaktums betydelse för tolkningen avgörs då efter en sammanvägning av bevisvärdet och tolkningsrelevansen. Det rör sig då om flera separata sammanvägningar av sannolikhetsbedömningar och rättsliga bedömningar. I ett sista steg görs en avvägning av alla de tolkningsdata som enligt de tidigare bedömningarna talar i högre eller lägre grad för och mot de tolkningsalternativ som hävdats av parterna. Det rör sig således inte om en enda sammanvävd helhetsbedömning.

Man kan tänka sig att rätten helt bortser från ett tolkningsdatum som bygger på ett osannolikt bevisfaktum. Som exempel kan nämnas ett försäkringsfall där fråga uppkom om försäkringstagaren anlagt en brand i sitt boningshus. HD ansåg att bolaget kunde uppfylla beviskravet på olika sätt och behandlade olika bevis av betydelse för orsaken till branden, bl.a. den tekniska utredningen och en tidigare meddelad dom genom vilken försäkringstagaren dömts till ansvar för grovt bedrägeri. HD ansåg att försäkringsbolaget inte kunnat styrka eller ens göra sannolikt att försäkringstagarens ekonomiska förhållanden var så dåliga att detta i och för sig kunde utgöra underlag för slutsatsen att han hade ekonomiska motiv för att anlägga branden.[121] Försäkringstagarens ekonomiska situation utgjorde ett av flera bevisfakta och HD bortsåg helt från detta utan att sammanväga det med andra bevisfakta.

[121] NJA 1990 s. 93.

Som ett ytterligare exempel på att man bortser från bevisfakta som är i ringa mån sannolika kan nämnas ett fall om betalning av hyra. Svarandebolaget hade åberopat tre bestridandegrunder till stöd för att käranden sagt upp ett hyresavtal genom konkludent handlande.[122] De tre skäl som åberopades kan sammanfattas på följande sätt: parkeringsskyltarna hade ändrats, hyresaviseringarna hade upphört och käranden hade informerat svarandebolaget om att det inte längre fick nyttja parkeringsplatserna. Svarandens informationspåstående rör ett faktiskt förhållande som kan bli föremål för bevisning. Hovrätten ansåg att utredningen endast gav *knapphändigt stöd (*min kursivering*)* åt svarandebolagets påstående att käranden informerat bolaget om att det inte längre fick nyttja parkeringsplatserna. Som en ”konsekvens” härav ansåg sig hovrätten böra göra en rättslig bedömning av att parkeringsskyltarna ändrats och att hyresaviseringarna upphört. Vid den rättsliga bedömningen beaktade således hovrätten inte informationspåståendet. Man får anse att det påstådda informationsmeddelandet i och för sig borde ha fått rättslig relevans vid tolkningen, men att hovrätten helt bortsett från detta tolkningsdatum därför att det endast fanns ett knapphändigt bevismässigt stöd för det.

[122] Svea hovrätts dom meddelad den 15 oktober 2013 i mål T 805-12. HD har den 25 november 2014 beviljat prövningstillstånd beträffande frågan om hyresavtalet upphört på grund av konkludent handlande.