

Civilrätten i ett framtidsperspektiv

Av professor BOEL FLODGRÉN

I denna artikel skisseras civilrättens — särskilt förmögenhetsrättens — framtid med utgångspunkt såväl i civilrätten sådan den ser ut idag som i de samhällsförändringar, framförallt inom det ekonomiska livet, som man kan skönja. Den starkaste påverkansfaktorn är ekonomins globalisering. Den medför en helt dominerande påverkan av internationella strömningar på den svenska förmögenhetsrätten. Man märker en strävan att bygga den framtida civilrätten på sammanhållande principer och argumentation utifrån mänskliga rättigheter. Utrymmet för speciellt svenska lösningar i lagstiftning eller rättspraxis verkar i stort sett försvinna. För den materiella familjerättens del är detta inte lika tydligt.

1 Bakgrund

Denna uppsats har tillkommit med anledning av att Svensk Juristtidning (SvJT) fyller 100 år. Uppgiften är att teckna en framtidsbild av civilrätten. SvJT har genom åren varit ett ovärderligt forum för civilrättslig debatt och för en fördjupad civilrättslig kunskap hos det svenska rättsamhället.

När det gäller civilrättens framtid är den beroende av många oförutsebara faktorer. Ett är emellertid säkert: civilrättens framtid beror framförallt på hur de ekonomiska förhållandena i samhället utvecklas. Där ser vi nu hur varuproduktionen alltmer ersätts av tjänsteproduktion, att globaliserade finansmarknader innebär ökade risker också för enskilda aktörer, att internet och utvecklingen av mjukvara och mobiltelefoni innebär helt nya förutsättningar för ekonomiska transaktioner, att arbetskraften och sättet att organisera arbetet snabbt förändras och ersätts av robotar och maskiner, m.m. När de ekonomiska förhållandena/samhällsförhållandena och värderingarna ändras, ändras också civilrätten, men endast successivt och långsamt.

De tankar kring civilrättens framtid som här presenteras handlar i all anspråkslöshet om att utifrån fenomen — både samhälleliga och civilrättsliga — som kan iaktas idag extrapolera från dagens situation och försöka föreställa sig vad som väntar runt hörnet. Framtidsbilden som här projiceras bygger på många personers — ”medförfattarnas” — kunskaper och iakttagelser, vilka de generöst låtit mig ta del av och använda mig av. Framtidsbilden är i själva verket resultatet av ett team-work. Uppsatsen täcker inte civilrättens alla delområden utan endast ett urval. Jag vill framföra mitt varma tack till mina medförfattare. De brister som återstår svarar jag ensam för.

2 Civilrätten — alltjämt ett område för sig?

2.1 Systematiken. Sambandet med ekonomisk teori

Civilrätt eller privaträtt ("private law") är en konventionellt bestämd be-
teckning på den del av rättssystemet som rör relationen mellan enskilda.
Den andra delen sorteras in under begreppet offentlig rätt, dit bl.a. så-
dana områden som förvaltningsrätt, folkrätt, skatterätt och straffrätt
anses höra. Civilrätten delas i sin tur in i förmögenhetsrätt och famil-
jerätt (samt det grundläggande området personrätt) och på nästa nivå
i systemet delar vi in förmögenhetsrätten i obligationsrätt och sakrätt.
Denna systematik bygger upp rättssystemet och bestämmer juristens sätt
att tänka och argumentera.

Rättssystemets systematik tar utgångspunkt i olika "livsområden". Fa-
miljerätten reglerar som namnet antyder livsområdet familjen, dvs. den
privata sfären, i vid mening. Alla omfattas vi av familjerättens regler men
med beaktande av hur relativt begränsat det livsområdet ändå är sett ur
hela rättssystemets perspektiv, kan man konstatera att det ändå är rikligt
försett med lagstiftning. Tre hela balkar (äktenskapsbalken, föräldra-
balken och ärvdabalken), en särskild sambolag, regler om privatlivets
helgd i mänskliga rättighetskataloger (t.ex. artikel 8 i Europakonven-
tionen) och mycken annan lagstiftning reglerar familjelivet/privatlivet.
Inom detta rättsområde spelar historia, kultur och religion stor roll för
hur rätten utvecklas.

Förmögenhetsrätten handlar om livsområdet ekonomi, dvs. hur vi
som enskilda personer och juridiska personer hanterar och omsätter
egendom och tjänster. Det handlar, enkelt uttryckt, om värden och pre-
stationer som går att värdera och omsätta i pengar. Äganderätten är ba-
sen för hantering av egendom i samhället (köpa, sälja, ge bort, låna,
byta, inteckna, m.m.) och därmed också grunden för förmögenhetsrät-
ten. Redan romarrätten innehöll utvecklade regler om äganderätt, om
dess uppkomst och överlåtelse och om dess rättsverkningar i förhållande
till viss person (obligationsrätt) och i förhållande till viss sak (sakarätt).

Även om förmögenhetsrätten utgörs av regler som handlar om (det
ekonomiska) förhållandet mellan enskilda, är det samhällsekonomin
funktionssätt, på civilrättens språk "omsättningens intresse", som ytterst
bestämmer reglernas funktion och syfte.¹ Eftersom ett av förmögenhets-
rättens dominerande syften är att främja samhällsekonomin/samhälls-
nyttan (ekonomisk effektivitet), kan de förmögenhetsrättsliga reglerna
i många fall förklaras av ekonomisk teori, såväl makroekonomisk som
mikroekonomisk, och de tjänar ofta syftet att balansera motstående in-

¹ Detta framgår tydligt i t.ex. SOU 2015:18, *Lösöreköp och registerpant*, som innehåller för-
slag till övergång från traditionsprincipen till avtalsprincipen vid lösöreköp. Där sägs
exempelvis att "Kommitténs första uppgift har ... varit att bedöma vilka samhällseko-
nomiska effekter som skulle uppnås om köparen fick skydd mot säljarens borgenärer redan
genom avtalet." Citat från s. 9.

tressen och främja rättvisa. Den inom de ekonomiska vetenskaperna utvecklade teorin om *principal-agent* problemet återspeglas exempelvis i förmögenhetsrättens fullmaktsregler och i reglerna om fördelningen av makt och kontroll mellan bolagsorganen i ett aktiebolag, medan den ekonomiska teorin om informationsasymmetrier, som t.ex. *moral hazard*, underbygger civilrättens konstruktion av lojalitetsplikten.

2.2 Privaträtt och offentlig rätt

I en globaliserad marknadsekonomi av det slag Sverige representerar utgör regleringen av ekonomiska transaktioner (förmögenhetsrätten) själva ryggraden för tillväxt och välfärd, eftersom, som någon pregnant uttryckt det, "when communities differ in their economic accomplishments, the reason often lies in the legal regime under which they conduct business".² Den avancerade marknadsekonomi, som idag kännetecknar västvärlden, med krav på maximal kapitalavkastning som den drivande kraften, har successivt genererat ett komplext system av regler, där privaträtt och offentlig rätt samspelar på ett alltmer sammanflätat sätt. Rättssystemets uppgift är såväl att stimulera aktörerna till risktagande (innovation, investeringar, köp, m.m.) som att skydda mot, kontrollera, avvärja och bestraffa icke önskvärt risktagande. Avvägningen av risk och placeringen av ansvar för risk mellan enskilda parter i en transaktion är en viktig uppgift för förmögenhetsrätten. Staten (offentlig rätt) och kapitalets aktörer (civilrätt) samverkar och i denna samverkan är starka samhällsinstitutioner i form av domstolar och kontrollmyndigheter viktiga för att se till att marknadsekonomins spelregler iakttas, för att garantera och skydda äganderätten och, inte minst, för att garantera individens och kapitalets rätt gentemot staten, "the rule of law".

Gränsen mellan privaträtt och offentlig rätt är svår att dra och frågan om hur regelverken samspelar är sedan länge föremål för debatt.³ EU formulerar ofta direktiv där någon skiljelinje mellan civilrätt och

² Citat från Kuran, Timur, *The Long Divergence, How Islamic Law Held Back the Middle East* (2011), s. 171. Enligt Kuran bygger västvärldens försprång ifråga om ekonomisk utveckling — jämfört med den ekonomiska utvecklingen i Mellanöstern — på skillnader inom civilrätten, bl.a. avseende arvsreglerna. I västvärlden tillät arvsrätten att egendom hölls ihop och fenomenet "juridisk person" började erkännas och därmed kunde grunden skapas för överlevnaden av växande företag med externt kapitalstöd (aktiebolag) medan i Mellanöstern islam inte tillät skapandet av sammanhållna "arv". Där blev istället resultatet att företagsamheten endast bestod av småföretag, vilka, när den moderna världshandeln tog fart, inte förmådde konkurrera med västvärldens företag, se t.ex. kap 7, samt s. 139 ff. och s. 181 ff.

³ Se t.ex. Kleineman, Jan, De offentliga rättssubjektens avtalskompetens — offentligrättslig reglering med privaträttslig metod, *JT 1994–95* s. 936, Bengtsson, Bertil, Civilrätt och offentliga tjänster, *SvJT 2012*, s. 429, samt Hauge, Hilde, Samspillet mellom privatrett og offentlig rett på avtalerettens område, i *Aftaleloven 100 år — Baggrund, status, utfordringer, fremtid*, 2015, s. 131.

offentlig rätt inte kan skönjas. Det s.k. MiFID-direktivet⁴ och den därav föranledda omfattande lagstiftningen, framförallt lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden, är exempel på att en komplicerad sammanflätning av civilrättsliga och offentlighetsrättsliga regler växer fram och nu kännetecknar den växande marknaden för finansiella tjänster, finansiell rådgivning och finansiella kontrakt.⁵ Vissa författare hävdar att uppdelningen i privaträtt och offentlig rätt är konstlad och att dessa två rättsområden i själva verket endast är olika uttryck för samma grundläggande sociala mål och konstitutionella principer.⁶

Tydliga exempel på sammanflätningen är vidare den växande konsumenträtten, som räknas till civilrätten men samtidigt innehåller starka offentlighetsrättsliga/näringsrättsliga inslag i form av regler om offentlighetsrättslig kontroll (t.ex. lagen 2003:862 om finansiell rådgivning till konsumenter). Folkrättsliga regler om mänskliga rättigheter tar sig också uttryck i relationen mellan enskilda och blir därmed en del av civilrätten. Så ska exempelvis reglerna i The Draft Common Frame of Reference (DCFR) förstås i ljuset av "any applicable instruments guaranteeing human rights and fundamental freedoms...", DCFR I-1:102(2). Regler som syftar till att värna samhällsintressen och som därmed kan anses ha offentlighetsrättslig grund, t.ex. regler om krav på god affärssed och god rådgivningssed, kan ta sig civilrättsliga uttryck vid bedömningen av skäligheten i ett avtalsvillkor mellan enskilda enligt 36 § avtalslagen (AvtL).

Skillnaden mellan civilrätt och offentlig rätt syns emellertid när det kommer till påföljder. Medan civilrättsliga påföljder framförallt handlar om att parter kan kräva avtalsuppfyllelse eller annan fullgörelse av varandra, få skadestånd av varandra, eller få ett avtal jämkat eller att upphöra, handlar de offentlighetsrättsliga påföljder, som myndigheter och domstolar kan tillgripa (utöver rena straffpåföljder) om påföljder av en straffrättslig karaktär, dvs. de syftar till att få parter att avhålla sig från att ingå oönskade transaktioner och att få dem att avstå från att bryta mot reglerna, "deterrence".⁷ Helt klar framstår emellertid inte heller denna gränsdragning. När staten kränker en medborgares mänskliga rättigheter (offentlig rätt) kan detta föranleda rätt till skadestånd för medborgaren (civilrätt), se t.ex. NJA 2005 s. 462 och NJA 2014 s. 323.

⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EC av den 21 april 2004 om marknader för finansiella instrument och om ändring av rådets direktiv 85/611/EEG och 96/6/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/12/EG samt upphävande av rådets direktiv 93/22/EEG.

⁵ Direktivet från 2004, se not 4, föreslås nu (när detta skrivs 2015) bli kompletterat med/ersatt av direktivet 2014/65/EU, det s.k. MiFID II, samt av förordningen nr 600/2014, den s.k. MiFIR, se SOU 2015:2.

⁶ Collins, Hugh, The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe, *European Business Law Review*, Vol. 22 (2011), s. 426.

⁷ Se t.ex. Cherednychenko, Olha O., Public Supervision over Private Relationships: Towards European Supervision Private Law?, *European Review of Private Law 1-2014*, s. 60.

2.3 *Civilrätt fortfarande ett användbart begrepp*

Är det längre meningsfullt att försöka definiera vad som utgör "civilrätt" och vad som i så fall utgör dess minsta gemensamma nämnare? Utöver den EU-initierade "invaderingen" av offentlighetsrättsliga inslag i civilrätten, kan man hänvisa till den inhemska diskussion som ägt rum på senare tid om civilrättens splittring, om de olika uppfattningarna om hur dess "allmänna läror" bör förklaras och huruvida man nu längre alls kan finna några grundläggande principer/grundsatser i civilrätten och vilka dessa i så fall är. Det faktum att det rättsliga landskapet i Sverige idag består av ett flertal "värdesystem" och inte lägre är så homogent som tidigare medverkar också till rättens fragmentering, inte minst inom familjerätten.⁸

Även om gränserna mellan privaträtt och offentlig rätt idag är genombrutna och oklara, har den erfarna juristen en tydlig känsla för vad som är ett civilrättsligt problem, dvs. ett problem som ska lösas med hjälp av företrädesvis civilrättsliga rättskällor och begrepp och med en civilrättsligt baserad argumentation. Sammanförandet inom civilrätten av familjerätt och förmögenhetsrätt kan kännas något konstlad, eftersom de avser helt olika "livsområden" även om familjerätten också innehåller vissa nog så viktiga förmögenhetsrättsliga regler. Helt olika argument/principer läggs till grund för lösandet av ett typiskt familjerättsligt problem (t.ex. "hänsyn till barnets bästa") och ett typiskt förmögenhetsrättsligt problem (t.ex. att en avtalspart inte bara ska beakta sitt eget intresse utan också beakta motpartens intresse).

I denna uppsats får frågan om vad som är civilrätt lämnas i och med denna genomgång. Fortsättningsvis utgår jag helt enkelt från att begreppet civilrätt i det stora hela fortfarande är gångbart och förståeligt. Tyngdpunkten i den fortsatta framställningen ligger på förmögenhetsrätten. När familjerätten är i fokus framgår detta särskilt.

3 Vad är karakteristiskt för civilrätten?

3.1 *Den dispositiva civilrätten kommer "nerifrån"*

Även om en stor del av civilrättens regler inom förmögenhetsrätten idag kommer "uppifrån" och är tvingande, framförallt i form av rättsakter från EU, är det kännetecknande för den klassiska civilrätten att den i stor utsträckning emanerar "nerifrån" och är dispositiv. Den bygger på levnadsregler och principer som utmejslats i mänsklig samvaro genom tiderna. "Lex mercatoria", den internationella handelsrättens ursprungliga — och i många avseenden fortfarande gällande — regelverk uppstod så att säga av sig själv i det praktiska handelslivet redan på medeltiden.

⁸ Zamboni, Mauro, I Never Met Jan Hellner: En främlings perspektiv på Jan Hellners inflytande på svensk rättsvetenskap, *JT 2013–14*, s. 507.

Avtalet är den sammanhållande mekanismen inom den del av rättssystemet som vi hänför till förmögenhetsrätten och avtalsrättsliga principer genomsyrar således civilrätten. Grundbegrepp är avtalsfrihet, partsautonomi och dispositivitet, dvs. lagreglerna finns för att ange en rimlig intresseavvägning/riskfördelning, men ingenting hindrar att parterna avtalar om en annan intresseavvägning (så länge den inte är oskäligen eller olaglig). Även de delar av förmögenhetsrätten som innehåller påtagliga offentlighetsrättsliga inslag, t.ex. kapitalmarknadsrätten, bygger ofta på att det finns avtal ”i botten”. Också familjerätten bygger ofta på avtal. Äkenskapsrätten bygger således på avtalstypen vigsel.

3.2 *Brist på lagstiftning*

Vad gäller själva ”lagstiftningsmodellen” inom civilrätten, finns inte i Sverige någon sammanhållen civilrättskodifikation. Det finns inte ens någon lagstiftning som skulle kunna ses som en sammanhållande ”juridisk infrastruktur” och som kunde binda samman området med betoning på grundläggande obligationsrättsliga principer. Nu lämnas tydliggörandet av de sammanhållande principerna i civilrätten till rättstillämpningen (vilket med nödvändighet blir ad hoc-betonat) och till rättsvetenskapen (med ofta tveksam auktoritet).⁹ Den EU-initierade civilrätten, som vanligtvis handlar om specifika delfrågor, fungerar dessutom ofta som en motkraft till en nationell strävan efter enhetlighet, och skapar istället ökad fragmentering.

3.3 *Rättstillämpningens roll. Analogier*

Inom förmögenhetsrätten finns stora ”vita fält”, som inte regleras av någon lagstiftning. Detta innebär i sig en viss flexibilitet¹⁰ men det innebär också rättsosäkerhet, som spär på transaktionskostnaderna vid avtalskrivning och genom att (antagligen) också öka parternas benägenhet att tvista om sina rättigheter. Rättstillämpningen inom förmögenhetsrätten går i mycket ut på att finna systematiskt sammanhållande gemensamma principer, vilket ofta sker genom användandet av analogier. Många civilrättsliga lagar anses ge uttryck för generella civilrättsliga/obligationsrättsliga principer och dessa lagar blir föremål för analogiska resonemang inom områden där särskild lagstiftning saknas. En pågående diskussion rör frågan i vilken omfattning den nya köplagen från 1990 kan användas som underlag för analogier.¹¹ De flesta verkar överens om att detta i vart fall inte kan ske i samma utsträckning som gällde för 1905

⁹ Se, Jori Munukkas artikel i denna bok, avsnitt 2.4, för en diskussion om doktrinen ”auktoritet”.

¹⁰ ”...rätten kan i de allmänna principernas lagstiftningslösa (men inte principlösa) land organiskt anpassas till nya förhållanden”, citat från Schultz, Mårten, Europeiska civilrättsprinciper, *Stockholm Centre for Commercial Law, Årsbok II*, 2010, s. 324.

¹¹ Johnny Herres artikel i denna bok. Se också Sandvik, Björn, Finns det en allmän avtalsrättslig princip om kontrollansvar? Rättsutvecklingen i Finland, *JT 2014–15*, s. 369. Sand-

års köplag, vilken ansågs ge uttryck för olika centrala obligationsrättsliga principer. Köplagens regler om kontrollansvar återfinns idag även i andra lagar och i soft law och kan förväntas komma att ligga till grund för analogier och därmed medverka till att luckra upp den gamla regeln om culpa som krav för skadeståndsansvar för den kontraktsbrytande parten.¹² Köplagens stoppningsrätt vid befarat avtalsbrott enligt 61 § 1 st. har ansetts ge uttryck för en allmän kontraktsrättslig princip (som fanns redan på gamla köplagens tid, utvecklad i rättspraxis) som kan användas analogt (NJA 2014 s. 978, reseavtalet). Uppdelningen mellan direkt och indirekt förlust, som återfinns i 1990 års köplag efter förebild från standardavtal, har utsatts för kritik och ses inte som uttryck för någon grundläggande svensk rättsprincip och den förväntas därför inte bli underlag för analogier.¹³

Vid avsaknad av lagstiftning och när analogier inte kan användas, återstår för rättstillämpningen att ta fasta på allmänna gemensamma civilrättsliga principer och att söka lösningar som främjar samhällsekonomi/samhällsnyttan. Det blir ofta en fråga om att väga motstående intressen mot varandra, t.ex. intresset av effektiv konkurrens mot intresset av att ekonomiska aktörer stimuleras till att utveckla ny teknik och till att ta ekonomiska risker.¹⁴

Många av dagens civilrättsliga principer har utmejslats genom rättspraxis eller i doktrin. Den viktiga traditionsprincipen i sakrätten är exempel på en princip som vuxit fram ur praktiken och blivit inarbetad genom rättspraxis. I skadeståndsrätten har HD utvecklat den kommersiella ansvarsrätten och många andra viktiga utomobligatoriska ansvarsfrågor genom rättspraxis.¹⁵

3.4 Lagstiftningen är en blandning av gammalt och nytt

Ett kännetecken för den civilrättsliga lagstiftning som finns är vidare att den är en blandning av gammalt och nytt och att den också framstår som osystematisk ifråga om vad som lagstiftats om och vad som lämnats oregerat. Fortfarande tillämpas 1734 års lag när det gäller sysslomän (HB 18 kap). Till gammal lagstiftning med alltjämt central betydelse men med ett idag svårbegripligt språk får också räknas avtalslagen från 1915 och skuldebrevslagen från 1936. Till det nya, där man får ta del av ett helt annat språk och tydligare begreppsförklaringar, kan räknas kommissionslagen från 2009 och lagen om distansavtal och avtal utanför affärslokaler med dess ändringar från 2014 (2014:221). Vissa centrala

vik svarar i sin artikel att han finner "ett förhållandevis starkt stöd" för att kontrollansvaret kan ses som en allmän avtalsrättslig princip i näringsverksamhet, s. 387.

¹² Johnny Herres artikel i denna bok.

¹³ Ibid.

¹⁴ Runesson, Eric, *Licens till patent och företagshemligheter i avtals- och kontraktsrätten* (2014), s. 19.

¹⁵ Mårten Schultz artikel i denna bok.

civilrättsliga områden är översköljda med lagstiftning, exempelvis köprätten, medan andra innehåller endast ”fläckvis” lagstiftning, t.ex. den allmänna avtalsrätten, där avtalslagen inte säger något om tolkning, om konsekvenserna av avtalsbrott eller om hur avtal kan upphöra. Vad som blir föremål för lagstiftning och vad som inte blir föremål för lagstiftning förefaller slumpmässigt. Även små frågor kan idag få en alldeles egen lag, vilket det senaste knapphändiga avtalsrättsliga lagstiftningstillskottet (när detta skrivs 2015), utgör exempel på, nämligen lag (2014:1449) om konsumentskydd vid automatisk avtalsförklänning.

3.5 Lagstiftningen är en blandning av dispositiva och tvingande regler

Dagens civilrättsliga lagstiftning utgörs av en blandning av dispositiva och tvingande regler, där de tvingande reglerna, som kan ses som statens intervensering i privaträtten, tenderar att öka. Det är karakteristiskt för den ”nerifrån” framsprungna civilrätten att den är dispositiv. Till skydd för svagare part, t.ex. konsumenter och arbetstagare, har det under de senaste femtio åren skapats ett omfattande regelverk av tvingande karaktär. Här finns idag tvingande lagstiftning till skydd för konsumenten ifråga om ett antal olika typer av avtal som en konsument kan komma att ingå, t.ex. köp av lösa saker (konsumentköplagen 1990:932), avtal om vissa slags tjänster (konsumenttjänstlagen 1985:716), avtal om kredit (konsumentkreditlagen 2010:1846), försäljning/inköp i kommission (kommissionslagen 2009:865, 2 §), mäklaravtal (fastighetsmäklarlag 2011:666) och avtal om finansiell rådgivning (lag 2003:862 om finansiell rådgivning till konsumenter). Arbetsrätten innehåller idag ett omfattande regelverk, ofta tvingande eller halvtvingande (varmed förstås regler som kan åsidosättas endast med fackföreningens medverkan) till arbetstagarens skydd. Tillväxten av tvingande regler — ofta EU-initierad — som säkert kommer att fortsätta, får anses var något av det viktigaste som hänt civilrätten under de senaste decennierna.

3.6 SME:s som ”svagare part”?

Frågan om huruvida skyddet för svagare part också bör byggas ut för mindre företagare (s.k. small and medium-sized enterprises, SMEs) finns också på agendan. Frågan har inte minst aktualitet inom associationsrätten där diskussionen om behovet av en särskild aktiebolagsform för mindre bolag då och då blossar upp. I det ursprungliga förslaget till en gemensam europeisk köplag, CESL (COM(2011) 635 final), föreslogs ett omfattande skydd för SME:s. CESL-förslaget har nu (2015) försvunnit från EU:s (synliga) agenda,¹⁶ även om EU-kommissionen alljämt ser framför sig behovet av ett lagförslag om enkla och effektiva gränsöverskridande avtalsregler mellan konsumenter och företag för

¹⁶ Se Jori Muntikkas artikel i denna bok, avsnitt 2.4, om ”CESL och dess misslyckande”.

köp på nätet och för andra digitala köp.¹⁷ Även i förarbetena till 2009 års kommissionslag uppmärksammas att ”småföretag som handlar med finansiella instrument ... och som saknar särskild sakkunskap kan behöva skydd mot att bli missgynnade” (prop. 2008/09:88, s. 24).

3.7 Internationell påverkan

Den svenska civilrätten har alltid hämtat influenser från andra länder. Kring förra sekelskiftet var det nordiska lagstiftningssamarbetet aktivt och medförde att flera centrala civilrättsliga lagar fick ett innehåll som var/är mer eller mindre gemensamt för de nordiska länderna. Idag kommer den helt dominerade påverkan från EU. Sedan 1970-talet har vi sett en omfattande EU-initierad lagstiftningsaktivitet inom olika delar av civilrätten. Det har framförallt handlat om att bygga ut systemet med tvingande regler till skydd för konsumenten. Även inom aktiebolagsrätten och immaterialrätten har EU visat stor aktivitet. Ingenting tyder på att detta kommer att avstanna. Inom familjerätten och skadeståndsrätten har EU:s aktivitet inte varit lika stor. För familjerättens del har EU dock medverkat till en relativt omfattande reglering inom områdena internationell privat- och processrätt.¹⁸

SvJT ordnade tillsammans med Justitiedepartementet redan 1999 ett symposium på temat ”Lagstiftning och rättsvetenskap i framtiden”, där civilrättens framtid, framförallt lagstiftningsprocessen kring civilrätten i ett europeiserings- och internationaliseringsperspektiv, skisserades av Göran Lambertz (SvJT 2000, s. 208 f. och 236 ff.). Redan då framkom att civilrätten var föremål för stark europeisk och internationell påverkan, t.o.m. så starkt att Lambertz sammanfattade lagstiftningsuppgiften så här: ”I stor utsträckning handlar den svenska (lagstiftningsprocessen) om ren överföring av redan färdiga regler. Det gäller naturligtvis när konventioner införlivas med svensk rätt... Men det gäller även vid införlivande av EU-rätten, även om det för det mesta är fråga om direktiv som lämnar visst utrymme för självständiga nationella överväganden” (cit. från s. 243).

Det utländska inflytandet från senare tid på den svenska civilrätten, såväl FN-konventionen från 1980 angående avtal om internationella köp av varor (CISG), vilken tagit sig uttryck i vår internationella köplag (SFS 1987:822), som olika rättsakter från EU, vilka tagit formen av svenska lagar och direkt gällande förordningar om stort och smått, är en starkt bidragande orsak till att ”lagstiftningsbruket” varierar och gör civilrätten svår att organisera på ett systematiskt sätt. Stora delar, och då inte minst de underliggande principerna, måste man söka efter på annat håll och på annat sätt.

¹⁷ Åsa Webbers artikel i denna bok.

¹⁸ Jänträ-Jareborg, Maarit, Den internationella familjerätten i Europa, *SvJT 2014*, s. 226–243.

4 Hur kan man förstå och förklara civilrättens förändringar?

När man, som sker i denna artikel, spekulerar om civilrättens framtid är det nödvändigt att börja med en kort historisk tillbakablick. Frågorna om då, nu och sedan hänger ihop. Det ligger nära till hands att utifrån det som framstår som nyheter idag, extrapolera in i framtiden. Redogörelsen kommer därför att utgå ifrån vad som idag framstår som nytt inom det civilrättsliga fältet. Vad som framstår som nytt idag måste i sin tur förstås i ett historiskt perspektiv. Här finns dock bara plats för en mycket översiktlig historisk snabbskiss.¹⁹

Vad har varit civilrättens främsta påverkansfaktorer och drivkrafter historiskt? Bakgrunden till rättens innehåll idag finner man i samhällets utveckling och då, vad gäller civilrätten, framförallt i handelslivets/ekonomins och statens utveckling. Som en allmän iakttagelse gäller att reglerna vuxit fram och utformats i samspel med först bytesekonomin och så småningom marknadsekonomin. Detta framstår som självklart men förtjänar ändå att lyftas fram. Ingen ifrågasätter väl idag Eugen Ehrlichs påstående att "the center of gravity of legal development lies not in legislation, nor in juristic science, nor in judicial decision, but in society itself".²⁰

Med rötter i romarrätten byggdes den nordiska civilrätten ut efter tysk och schweizisk förebild, även om vi aldrig i Norden fick de stora sammanhållna civilrättskodifikationer, som såg dagens ljus på kontinenten under förr-förra seklet och kring sekelskiftet 1800–1900. När naturrättsligt tänkande dominerade sågs rätten som oberoende av den materiella verkligheten och som den reglerande ordningen för det mänskliga livet. Med rättspositivismen försvann detta tänkande under 1800-talet och sambandet mellan samhälle och rätt sågs på ett nytt sätt med staten som den reglerande faktorn och Montesquieus maktfördelningslära som den organiserande principen.

Om vi begränsar det historiska perspektivet till drygt 100 år tillbaka vet vi att senare delen av 1800-talet innebar ett genombrott för industrisamhället bort från jordbrukssamhället, ett genombrott som födde nya regler, eller "institutioner", som ekonomerna säger.²¹ Införandet av regler om näringsfrihet, om rätt att verka genom fackföreningar, om skatt på förvärvsinkomst istället för på jord liksom nya familjerättsliga regler med utvidgade rättigheter för gifta kvinnor är exempel från förra sekelskiftet och början av 1900-talet på hur rättssystemet förändrades när de underliggande samhällsförhållandena och värderingarna föränd-

¹⁹ För en intressant, aktuell snabbskiss över civilrättens, framförallt sakrättens, utveckling sedd i perspektivet av samhällsförändringar, se Lösörekommissiöns betänkande, SOU 2015:18, kap. 3.

²⁰ Ehrlich, Eugen, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, här citerat från Vago, Steven, *Law & Society* (2009), s. 5.

²¹ Se t.ex. Schön, Lennart, *En modern svensk ekonomisk historia. Tillväxt och omvandling under två sekel* (2000), s. 29.

rades. I världskrigens spår följde under andra halvan av det förra seklet en stark utveckling av teknik och kommunikationer liksom framväxten i Sverige av många storföretag, som uppnådde framstående positioner på världsmarknaden och gjorde utrikeshandeln till en av Sveriges viktigaste inkomstkällor. Detta liksom en växande massproduktion och masskonsumtion föranledde nya civilrättsliga regler om försäkring, skadestånd, avtal, köp, konsumentskydd och medinflytande i arbetlivet för arbetstagarna. Inom familjerätten skedde väsentliga förändringar vad gäller äktenskap och vad gäller iakttagande av respekt för "barnets bästa" som uttryck för fjärmandet från en kristen värdegrund till en liberal ideologi med fokus på den enskilde individen och neutralitet mellan olika samlevnadsformer.²²

5 Civilrättens pågående förändring

5.1 Värderingarna ändras

Att det svenska samhället redan inom en nära framtid kommer att vara ännu mer internationellt, teknikbaserat, heterogent och värdefragmenterat framstår som troligt. Detta och andra ännu okända faktorer kommer att innebära ett fortsatt förändringstryck på civilrätten (liksom på andra delar av rättssystemet). Det mångkulturella samhället innebär också utmaningar ifråga om värdegrund och moraluppfattningar. Av företagen förväntas ett ökande samhällsansvar och företeelser som korruption, miljöförstöring och klimathot, finansiella falsarier och barnarbete ägnas allt större uppmärksamhet och tar sig uttryck i nya regler som syftar till skydd för konsumenter, miljön, den finansiella marknaden, m.m.

Det mångkulturella samhället sätter press på civilrätten, framförallt familjerätten. Bland aktuella familjerättsliga framtidsfrågor kan nämnas frågan huruvida polygami och surrogatmoderskap bör erkännas i Sverige.²³ Inom den ekonomiska familjerättens område ifrågasätts giftorätten allt starkare. Här är det inte i första hand samhällsekonomiska aspekter som är avgörande för reglernas utformning. Istället handlar det om att anlägga ett beteendevetenskapligt perspektiv och här efterfrågas mera beteendevetenskaplig forskning om hur olika regler påverkar familjen och då inte minst barnens situation.²⁴

5.2 Påverkan av internationella regler

Den absolut viktigaste påverkansfaktorn på civilrätten under de senaste decennierna har varit och är internationaliseringen och då framförallt europeiseringen. Europeiseringen har kallats "ett av de största temana

²² Göran Linds artikel i denna bok.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

i dagens rättsvetenskapliga debatt”.²⁵ Genom införandet av nya europeiska rättsliga institutioner och instrument har EU-rätten mycket påtagligt satt sin prägel på den svenska civilrätten. Både Europadomstolen och EU-domstolen använder sig av en dynamisk rättstillämpning som hela tiden vidareutvecklar rätten på den europeiska nivån med konsekvenser för medlemsländernas inhemska rätt. Ingenting tyder på att denna rättsutveckling kommer att avta.

Även olika — framförallt akademiska — grupper, som arbetat med olika harmoniseringsprojekt har haft stor betydelse inom förmögenhetsrätten. Det har sedan lång tid på frivillig basis pågått organiserade, vanligtvis akademiskt initierade, initiativ för att harmonisera regelverken länderna emellan, varav vissa med visst stöd av EU. Åtskilligt har skrivits om dessa gruppers arbeten och om innehållet i dessa soft law regler och därför ska här endast nämnas vilka regelverk, ibland kallade ”principsamlingar” eller modellagar, som det handlar om.²⁶ De utgörs av Principles of European Contract Law (PECL), del I år 1995, del II år 2000 och del III 2003, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 1994, omarbetade 2004 och 2010 samt Draft Common Frame of Reference (DCFR), 2008. Därefter har från EU-kommissionen år 2011 framlagts förslag om en gemensam europeisk köplag, CESL, som mötte mycken kritik från vissa av medlemsländerna, varför det projektet idag betraktas som i princip nedlagt.²⁷ Det motstånd, eller vart fall den tröghet, som idag kännetecknar det rättsliga samarbetet inom EU kan möjligen förklaras av att det ofta innebär ett uppgivande av medlemsstatens suveränitet i något hänseende, vilket medlemsstaterna mer eller mindre reflexmässigt är tvetsamma till.²⁸

De regler som utgör soft law har inte rättskällestatus i den meningen att de är bindande för domstolarna, men det är fullt klart att HD låter sig ”inspireras” av dessa principalsamlingar, särskilt DCFR. Deras betydelse kommer i ett framtidsperspektiv att bero på hur erkända de blir i rättstillämpningen.²⁹ Det faktum att allt fler svenska jurister deltar i det internationella samarbetet främjar den svenska rättens internationalisering; det är säkert inte en slump att referenter i de första målen från HD, där hänvisning skedde till DCFR, var justitieråd, som deltagit aktivt i det europeiska modell-lagssamarbetet, nämligen Torgny Håstad och Johnny Herre. Överhuvudtaget märker man nuförtiden en tydlig ambition i

²⁵ Andersson Håkan, EKMR:s varierande horisontella effekter på olika civila krav — problem och konstruktiva möjligheter, *Juridisk Publikation 2013*, s. 249 (citat från s. 250).

²⁶ Johnny Herres artikel i denna bok. En mera fullständig redogörelse för dessa ”principsamlingar” utgör Herre, Johnny, *Nordisk avtalsrätt och de internationella modellagarna, Aftaleloven 100 år — Baggrund, status, utfordringer, fremtid*, 2015, s. 105.

²⁷ Jori Munukkas artikel i denna bok, avsnitt 2.5.

²⁸ Åsa Webbers artikel i denna bok.

²⁹ Jori Munukka menar att misslyckandet inom EU med att få igenom CESL skulle kunna äventyra rättskällevärdet av DCFR men också av övriga principalsamlingar.

HD:s dömande verksamhet att anpassa den svenska civilrättens utveckling till internationella strömningar. Detsamma gäller i det civilrättsliga lagstiftningsarbetet.

5.3 *Innovationer. Den nya finansiella ekonomin*

Digitaliseringen och globaliseringen är sedan flera decennier starka utvecklingskrafter i samhällsekonomin och sätter spår i form av nya regler i syfte att t.ex. öka konkurrensen och omsättningen av varor och tjänster liksom att harmonisera förutsättningarna för transaktioner mellan aktörer i olika länder. En viktig drivkraft är strävan efter ”innovation”, dvs. nya eller förbättrade varor och tjänster eller nya sätt att producera varor och tjänster. Immaterialrätten ligger centralt i den kunskapsbaserade ekonomi som kännetecknar det globaliserade innovations- och informationssamhället och utformningen av upphovs-, patent-, design- och känneteckensrätt spelar stor roll för den ekonomiska tillväxten och framåtskridandet i marknadsekonomin.³⁰

I det slags ekonomi, som vi lever i idag, har kreditlivet, finansiella instrument och finansiella transaktioner fått allt större betydelse. Behov av riskhantering och krav på kapitalavkastning skapar hela tiden nya finansiella arrangemang och upplägg. Värdepappersmarknaden berör idag en bred allmänhet och internet har förenklat för privatpersoner att handla med aktier och andra finansiella instrument. Den finansiella ekonomin skapar ökade risker för ekonomisk förlust för företag, finansinstitut och enskilda människor. Förutom omfattande ny reglering kring finansmarknaderna, vilken inte primärt är av civilrättslig karaktär, har det också införts lagstiftning för att kontrollera rådgivning kring finansiella produkter till konsumenter. Finansmarknadsreglerna innebär nya förutsättningar också för enskilda parter och därmed för civilrätten.³¹ Svårigheter mera generellt för människor att i dagens avancerade ekonomi orientera sig och göra transaktioner på marknaden och förstå de risker som det innebär, föranleder uppkomsten av regler i syfte att skapa skydd för svagare part.

5.4 *Arbetslivets förhållanden och villkor ändras*

Sättet att organisera arbetet i samhället i form av gemensamma arbetsplatser, reglerad arbetstid m.m., genomgår en stark omvandling, inte minst som ett resultat av ny teknik, och detta kommer att fortsatt sätta press på de arbetsrättsliga reglerna. Den nya tekniken gör att allt fler arbetsuppgifter, inte bara sådana som tidigare utförts av kroppsarbetare utan även mera kvalificerade arbetsuppgifter, övertas av maskiner

³⁰ Sanna Wolks artikel i denna bok.

³¹ Ett par färskta rättsfall som handlar om ansvarsfrågor med anknytning till ”finansiella produkter” är det norska högsta domstolsfallet RT 2013 s. 388 (Røeggen domen) och NJA 2014 s. 272 (BDO domen).

och robotar. Arbetskraften engageras alltmer på individuell basis och tillhandahålls allt oftare av s.k. bemanningsföretag. Den svenska modellen med övergripande kollektivavtal och kollektiva löneuppgörelser är under press.

Arbetslivet innehåller idag ett stort antal professioner som ägnar sig åt förtroendeuppdrag och rådgivning av olika slag och detta fenomen, området för immateriella tjänster, har tagit sig uttryck i nya regler om utökat ansvar för professionella rådgivare/mellanhänder såväl i lagstiftning som i rättspraxis. Den kommersiella skadeståndsrätten befinner sig i ett dynamiskt skede, inte minst vad gäller rådgivaransvaret, revisorsansvaret och styrelseansvaret.³²

5.5 Skadeståndsrätten. Mänskliga rättigheter som en viktig del av civilrättens värdegrund

Det är tydligt att skadeståndsrätten breder ut sig och utöver vad som nyss nämnts är också sådana frågor som underlåtenhetsansvarets utformning och skyddet mot olika slags kränkningar, inte minst på nätet, föremål för debatt.³³ Utvidgningen av skadeståndsansvaret har i sin tur gjort frågan om skadeståndsansvarets begränsning till en aktuell fråga i debatten.

Ett viktigt fenomen från senare tid med inverkan på rättssystemen inklusive civilrätten åtminstone i västvärlden är ett ökat erkännande av mänskliga rättigheter.³⁴ Genom införlivandet av den europeiska konventionen för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) med svensk rätt 1995 och genom ikraftträdandet av EU:s rättighetsstadga 2009 samt genom ikraftträdandet 2010 av regeringsformens 2 kapitel om de grundläggande fri- och rättigheterna har Sverige idag ett omfattande skydd för mänskliga rättigheter, dvs. rättigheter som skyddar den enskilde mot det allmänna.³⁵ Denna förändring kan ses som ett veritabelt paradigmskifte, där individen idag, på ett helt annat sätt än vad som tidigare gällt i Sverige, är bärare av rättigheter, vilka stat och kommun ska garantera. Enligt artikel 13 i Europakonventionen har var och en, vars rättigheter i konventionen blivit kränkta, rätt till ett effektivt rättsmedel. I de flesta fall handlar det om att individen tillerkänns kränkningens ersättning i form av skadestånd. Konstitutionellt

³² Mårten Schultz artikel i denna bok.

³³ *Ibid.*

³⁴ Se t.ex. Collins, Hugh, *The Impact of Human Rights Law on Contract Law In Europe*, *European Business Law Review*, 2011, Vol 22, s. 425. För svensk del, se t.ex. Victor, Dag, Svenska domstolars hantering av Europakonventionen, *SvJT 2013*, s. 343 samt Bengtsson, Bertil, Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten, *SvJT 2014*, s. 431.

³⁵ Schultz, Mårten, Skadeståndsrätten i de mänskliga rättigheternas tjänst, *JT 2007–08*, s. 140, Crafoord, Clarence, Regeringsformens fri- och rättighetsskydd och skadestånd, *SvJT 2009*, s. 1092, Bernitz, Ulf, Rättighetsskyddets genomslag i svensk rätt — konventionsrättsligt och unionsrättsligt, *JT 2010–11*, s. 821 och Schultz, Mårten, Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten. Rättighetsargument, *SvJT 2011*, s. 989.

grundade argument med betoning på individens (Europakonventionen omfattar även juridiska personer) rättigheter har således idag blivit en viktig del av civilrättens värdegrund och rätten till ideellt skadestånd vid kränkningar av mänskliga rättigheter har slagits fast i ett antal domar. Det första fallet var det s.k. Lundgrenmålet (NJA 2005 s. 462), vilket handlade om rätten till domstolsprövning inom skäligen tid enligt artikel 6.1 i Europakonventionen. I ett par senare fall, NJA 2014 s. 323 och NJA 2014 s. 332, har HD utvidgat rätten till ideellt skadestånd till att också gälla kränkningar av det grundlagsfästa skyddet enligt regeringsformen, närmare bestämt skyddet för medborgarskap enligt 2 kap. 7 § och skyddet mot rådighetsinskränkning enligt 2 kap. 18 § 2 st. Ideellt skadestånd utdömdes i båda fallen utan stöd i lag och utan att fel eller försummelse vid myndighetsutövning förelagat (skadeståndslagens krav enligt 3 kap. 2 §).

Det är rättighetsöverträdelsen som sådan som är ansvarsgrundande och i centrum för bedömningen står den skadelidandes situation. Europakonventionens rättigheter anses alla vara likställda och samtliga kan därmed ge rätt till skadestånd vid kränkning.³⁶ Huruvida ett sådant skadeståndsansvar kommer att erkännas vid kränkningar också av flera av rättigheterna enligt 2 kap. regeringsformen och enligt EU:s rättighetsstadga får framtiden utvisa, men mycket talar för att så kommer att bli fallet på grund av rena likvärdighetskrav.³⁷ Klart är emellertid "att HD med start i Lundgren- domen ritat om den skadeståndsrättsliga kartan".³⁸

6 Internetekonomin

Ny teknologi och teknologisk innovation har revolutionerat våra liv de senaste 25 åren och digitaliseringen förutspås komma att fortsätta i en ännu snabbare takt än hittills.³⁹ Handeln på nätet förutspås också fortsätta att öka. Enligt uppgift utannonserades under år 2014 på auktionssajten Blocket varor, tjänster och bostäder för över 467 miljarder kr, vilket motsvarar cirka 12 procent av Sveriges BNP.⁴⁰ Här handlar det

³⁶ Schultz, *JT 2007–08* (not 35), s. 145 och *SvJT 2011* (not 35), s. 1005.

³⁷ Några fall rörande kränkning av privatlivet (smygfotografering) enligt artikel 8 i Europakonventionen har på senare tid avgjorts till den kränkts fördel, dvs. föranlett skadeståndsansvar för staten, se Europadomstolens avgörande, appl. no 5786/08, dom den 12 november 2013 i målet Söderman mot Sverige, och Justitiekanslerns beslut 2015-05-18, Dnr 2768-14-40.

³⁸ Citat från Mårten Schultz artikel i denna bok.

³⁹ "Computers are going to continue to improve and to do new and unprecedented things....the key building blocks are already in place for digital technologies to be as important and transformational to society and the economy as the steam engine. In short, we're at an inflection point — a point where the curve starts to bend a lot — because of computers. We are entering a second machine age." Citat från Brynjolfsson, Erik-McAfee, Andrew, *The Second Machine Age*, 2014, s. 9.

⁴⁰ Uppgift ur ett pressmeddelande från Blocket, återgivet i *Sydsvenska Dagbladet* den 13 januari 2015, s. A 20.

framförallt om att privatpersoner säljer till privatpersoner. Då gäller inte konsumentskyddande regler, exempelvis lagen (2005:59) om distansavtal och avtal utanför affärslokaler med dess ångerrätt och säljarens informationsskyldighet, utan det är den vanliga köplagen (1990:931), som ser parterna som jämställda, som gäller. Omyndiga barn och ungdomar är en stor grupp på nätet, där de inte minst agerar som köpare utan föräldrarnas uttryckliga medgivande. De juridiska frågorna kring nät-handel har inte vållat de problem som man förväntade sig när nätet var nytt men formen för att ingå avtal och konsekvenserna för konsumenter av att handla över nätet kommer förmodligen att behöva regleras bättre. Varor och tjänster tillhandahålls ofta med villkor att man godtar omfattande standardvillkor, vilka normalkunden inte ens ”klickar fram” och om han/hon tar fram villkoren och försöker läsa dem är de vanligtvis så omfattande och invecklade att en vanlig människa inte kan förstå vilka medgivanden hon gör och vilka skyldigheter hon tar på sig i samband med avtalslutet. Huruvida och i så fall på vilket sätt det nuvarande avtalsrättsliga, köprättsliga, marknadsrättsliga, m.m., regelverket för nät-handel behöver förbättras kommer framtiden att utvisa.⁴¹

Sociala nätverk är en ny företeelse i internetåldern och även om de tillhandahålls gratis skapar de enorma intäkter som marknadsföringsplatser. Tjänster på nätet tillhandahålls gratis mot att konsumenten låter sig registreras och mot att upplysningar om konsumentens beteende på nätet får användas för marknadsföring m.m. Detta, s.k. ”behavioral marketing”, kommer med stor säkerhet att utvecklas vidare och få stor kommersiell betydelse. Det företag som tillhandahåller gratistjänsten, tillförsäkrar sig samtidigt genom standardavtal friheten att använda data om konsumenten, även friheten att sälja data vidare. Frågan om hur man som konsument blir bunden av dessa villkor kommer med stor sannolikhet att behöva regleras. Den ”vanliga” standardavtalsrätten som gäller idag, dvs. reglerna om hur part blir bunden av standardvillkor, kommer förmodligen att behöva förändras och skärpas till skydd för konsumenten.

En annan utveckling med betydelse för den privata sfären är tendensen att alltmer information om individen samlas digitalt i offentliga register och att tjänster som tillhandahålls, inte minst av offentliga aktörer, ska skötas digitalt. Vad detta kommer att innebära i form av registrering av privatpersoner, begränsning av avtalsfriheten och möjligheten för medborgaren att t.ex. slippa intrång i form av erbjudanden, reklam, m.m., är idag svårt att säga.⁴²

⁴¹ Se t.ex. *DS 2013:3*, App to date. Konsumenternas rättsliga ställning när varor eller tjänster betalas via telefonräkningen, m.m.

⁴² Blume, Peter, *Persondataretten i en brydningstid*, 2014, s. 19 ff.

7 Modelltänkande och harmoniseringssträvanden contra konkurrensen mellan rättsordningarna

De förmögenhetsrättsliga harmoniseringssträvanden, som kännetecknar den internationella nivån, bygger ofta på modelltänkande. Vissa lösningar, som anses ha generell användbarhet, lyfts fram som förebilder och som ”modeller”. UNCITRAL skapar ständigt nya sådana modeller som en metod för ländernas frivilliga harmoniseringsarbete. DCFR är ett annat exempel som tas som modell, liksom PECL och UNIDROIT Principles.⁴³

Den svenska lagstiftaren har en långtgående ambition att ”synkronisera” den svenska förmögenhetsrätten med den som gäller i omvärlden för att möta framtidens utmaningar på marknaden. I förslaget till ny kommissionslag uttalade regeringen exempelvis följande:⁴⁴

”I en alltmer internationell ekonomi måste den svenska lagstiftningen vara i takt med vad som gäller jämförbara länder... En väl fungerande marknadsekonomi förutsätter också att olika branscher normalt följer samma regler. Det minskar risken för att en viss marknad får konkurrensfördelar på bekostnad av en annan marknad, och en grund läggs för ett stabilt och långsiktigt näringsliv.”

I det västeuropeiska internationaliseringsarbetet är det vanligt att man delar upp rättssystemen utifrån vad som utgör ”the Common Law tradition”, ”the Romanistic tradition”, ”the German tradition” och ”the Nordic tradition”.⁴⁵ En intressant iakttagelse är att, samtidigt som det finns starka europeiska harmoniseringssträvanden, det idag blivit allt tydligare att länderna ser sitt rättssystem som en inkomstkälla, vilken de söker utnyttja i konkurrensen med andra länder.⁴⁶

Inom civilrätten handlar konkurrensen mellan rättssystemen framförallt om att länderna söker attrahera internationella kommersiella parter att i lagvalsklausuler och forumklausuler använda det aktuella landets rätt och att förlägga tvister rörande internationella affärsavtal till domstolar och skiljenämnder i det aktuella landet, dvs. ett slags marknadsföring av det egna landets rättssystem på en internationell marknad, numera kallad ”the law market”.⁴⁷ Samtidigt som EU arbetar intensivt för att skapa rättslikhet på den inre marknaden ökar konkurrensen mellan medlemsländerna när det gäller att framhäva det egna rättssystemets

⁴³ Även den nordiska civilrättens betydelse som modell lyfts fram, se t.ex. Lando, Ole, *Nordisk ret som model*, *Festskrift till Boel Flodgren*, 2011, s. 133.

⁴⁴ Prop. 2008/09:88, s. 25.

⁴⁵ Se t.ex. Vogenauer, Stefan, *Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe. Theory and Evidence*. *European Review of Private Law* 1-2013, s. 13.

⁴⁶ O'Hara, Erin A. — Ribstein, Larry E., *The Law Market*, 2009, analyserar rättens betydelse som handelsvara.

⁴⁷ Vogenauer (not 45), s. 14.

förtjänster. I Frankrike bildades *Fondation pour le droit continental* 2007 i syfte att stärka kontinental, framförallt fransk, rätts konkurrenskraft och där framlades 2011 en omfattande rapport om fördelar och nackdelar med det franska rättssystemet och om hur Paris skulle kunna stärkas som centrum för internationella skiljeförfaranden.⁴⁸ I England utfärdades en broschyr av the Law Society, dvs. organisationen för solicitors i England och Wales, där justitieministern skrev förordet med syftet att främja engelsk rätt "as the jurisdiction of choice for the resolution of disputes arising all over the world" och för att hjälpa London bevara sin ställning som "a major centre for global commerce".⁴⁹ Tyskland hakade på "der Kampf ums anwendbare Recht" och där skapades en allians för tysk rätt, *Bündnis für das deutsche Recht*, bestående av justitieministeriet och de juridiska professionerna, inklusive domarna, i syfte att främja Tyskland som plats för lagval och tvistlösning och för att exportera tyskt juridiskt tänkande till andra länder.⁵⁰ En broschyr, "*Law — Made in Germany — global, effektiv, kostengünstig*", trycktes upp 2008 (ny upplaga från 2014) med förord av justitieministern. År 2011 gav tyska och franska jurister ut en gemensam pamflett, med förord av båda ländernas justitieministrar, där man slog samman sina styrkor och hävdade att "kontinental rätt" (continental law) är lätt tillgänglig, effektiv, billig, flexibel och att den främjar förutsebarhet (legal certainty).⁵¹ Åtskilliga andra initiativ har tagits också i andra länder med syfte att öka landets konkurrenskraft på "the law market"⁵² och det görs nu också uppskattningar av hur mycket "the law market" betyder som del av BNP i respektive land.⁵³ Diskussionen om "the law market" bygger på ekonomiskt grundade antaganden som går ut på att parter väljer utifrån ett nyttokalkylerande synsätt, dvs. utifrån en bedömning av vad som ger de största fördelarna sett utifrån partens egen synvinkel.

I denna "international competition of legal systems"⁵⁴ skärps motsättningarna mellan "civil law" och "common law" och mellan nationell rätt

⁴⁸ *Rapport sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris*, utförd av Michel Prada, se Vogenauer, (not 45), s. 31 not 56.

⁴⁹ Law Society of England and Wales, England and Wales: *The Jurisdiction of Choice*, October 2007, se Vogenauer (not 45), s. 31 vid not 57.

⁵⁰ Vogenauer (not 45), s. 31 f, vid not 59.

⁵¹ A.a. s. 32 vid not 64.

⁵² Som exempel kan nämnas att när Singapore marknadsför sig som "an international commercial hub" gör man det bl.a. genom att hänvisa till att "Singapore has inherited the English common law tradition and thus enjoys the attendant benefits of stability, certainty and internationalisation inherent in the British system (particularly in the commercial sphere)", citat från text författad av The Singapore Academy of Law, se Chen-Wishart, Mindy, Legal Transplant and Undue Influence: Lost in Translation or a Working Understanding? *International and Comparative Law Quarterly*, Vol 62 (2013), s. 10 not 63.

⁵³ Vogenauer (not 45), s. 33 f.

⁵⁴ A.a. s. 32.

och harmoniserad rätt.⁵⁵ Ett försiktigt initiativ i syfte att marknadsföra den svenska rätten i denna konkurrens har tagits av YAS, som står för "young arbitrators Sthlm".⁵⁶ Boken *The Nordic Contracts Act*, som nyligen (när detta skrivs 2015) publicerats i anledning av att de nordiska avtalslagarna firar 100 år, riktar sig till en internationell publik och avser bl.a. att skapa insikt om och intresse för nordisk avtalsrätt som ett användbart regelsystem vid internationell tvistlösning.

8 Kort om det juridiska beslutsfattandets samhällsliga anknytning inom förmögenhetsrätten och om en "aktivistisk" Högsta domstol

Den dispositiva förmögenhetsrätten tillhandhåller regler som underlättar den ekonomiska omsättningen. Den s.k. nordiska rättspragmatismen,⁵⁷ dvs. att det nordiska civilrättsliga beslutsfattandet/dömandet styrs av en strävan efter praktiska, rimliga lösningar utifrån ändamålsynpunkter och ett konsekvensresonemang snarare än av formella rättsliga kriterier och resonemang, förutsätter att beslutsfattaren/domaren har insikt i ekonomiska förhållanden och att han/hon representerar en någorlunda gemensam samhällslig förståelse av vad som är "rimligt", "skäligt" och vad som utgör "god affärssed". Dessutom ökar hela tiden kraven på domaren att förstå eller ha kunskaper om olika faktiska fenomen och orsakssamband.⁵⁸

Sambandet mellan ekonomi och rätt i civilrätten är komplext. Den inriktning av den juridiska vetenskapen som går under namnet rättsekonomi har aldrig fått något egentligt fotfäste i Sverige som en självständig metod för att förstå eller tillämpa rätten, vilket inte hindrat lagstiftare eller domstolar att formulera regler som avses skola främja marknadens funktionssätt och därmed i förlängningen samhällsekonomin. Juridiska "figurer" eller "grepp" som sägs tjäna omsättningens intresse är t.ex. tillitsteorin (istället för viljeteorin), sänkta beviskrav i skadeståndsrätten vad gäller kausalsambandet mellan handling och skada samt erkännandet av nya avtalstyper och fullmaktstyper.

I dagens komplicerade ekonomi där civilrättsliga tvister ofta handlar om stora värden ställs krav på domstolarna att förstå och rätt bedöma avancerade ekonomiska resonemang och upplägg liksom ekonomi i allmänhet. Det kan förväntas att förståelsen för risk och riskkänslighet

⁵⁵ Von Bar, Christian, *Konkurrenz der Rechtsordnungen und "Law made in Germany"*, *Liber Amicorum Ole Lando*, 2012, s. 13.

⁵⁶ Sverige och svensk rätt i internationella skiljeförfaranden — *YAS initiativ 2012*.

⁵⁷ Se för denna diskussion, Blandhol, Sverre, *Nordisk rettspragmatisme*. Savigny, Ørsted og Schweigaard om vitenskap og metode, 2005.

⁵⁸ Problemet med behovet (i detta fall i ett brottmål) av vetenskapligt belägg för hur en skada uppkommit, diskuteras av Victor, Dag, i artikeln "HD ger vägledning om skakvöld", *SvJT 2015*, s. 72. Artikeln handlar om hur osäkerheten inom den medicinska vetenskapen om hur man ställer diagnosen "skakvöld" ("Shaken Baby Syndrom") beaktas av HD (och här ledde till en friande dom).

ökar och tillmäts allt större rättslig betydelse när avtalsrättsliga tvister ska avgöras.⁵⁹ I rättskipningen kan man se en tendens mot en större förståelse för och ett beaktande av ekonomiska argument om marknads-effektivitet eller av vad som ”makes commercial sense”, för att låna ett uttryck av den engelska högsta domstolen.⁶⁰ Med beaktande av den viktiga roll som EU-rätten har i den dagliga civilrättsliga rättstillämpningen kan man också hävda att erfarenhetsbaserad kunskap om EU:s funktionssätt och om hur tillkomsten av EU:s förhandlingsbaserade rättsakter går till, borde utgöra en tung merit vid tillsättningen av svenska domare.⁶¹ Att domstolen/domaren förstår att främja samhällsintresset på ett enhetligt sätt i de fall där andra myndigheter också har ett ansvar för reglernas genomslag, t.ex. på den hårt reglerade finansmarknaden, är också viktigt.⁶² I ett alltmer komplext, internationellt affärsliv förväntas domaren också kunna avgöra var ”ribban” ska ligga ifråga om vad som är ”fackmässigt” (NJA 2015 s. 3), vad som är affärsmässigt (närmare bestämt vad som ingår i den löpande förvaltningen i ett företag, NJA 2014 s. 684, Solar) och vad som är etiskt riktigt i affärslivet inom olika branscher (”god affärssed”). Den nya korruptionslagstiftningen är ett uttryck för att lagstiftning som rör näringslivet tar fasta på principer som utformas av andra än lagstiftaren, t.ex. etiska koder som företagen eller företagens organisationer själva utformar.⁶³

En annan viktig fråga är domstolarnas rättsbildande roll i förhållande till lagstiftarens roll inom förmögenhetsrätten. Uppfattningarna, mera generellt, om det lämpliga i att de högsta domstolarna genom sina avgöranden gör intrång på områden som borde förbehållas lagstiftaren går isär.⁶⁴ Här kan man iakttä tendensen mot en allt mer ”aktivistisk”

⁵⁹ Eric Runessons artikel i denna bok.

⁶⁰ Se t.ex. fallet *RTS Flexible Systems Limited v. Molkerei Alois Müller GmbH&Co*, 2010, UKSC 14, från The Supreme Court of the United Kingdom. Se också Schultz, Europeiska civilrättsprinciper, *Årsbok II, Stockholm Centre for Commercial Law*, 2010, s. 333 för liknande tankegångar, då med hänsyn till ”den inre marknads effektivitet”.

⁶¹ Åsa Webbers artikel i denna bok.

⁶² ”The role of civil courts in the governance of contract law, in general, and in securing the public interest in the adequate functioning of financial markets, in particular, deserves special attention... (this) is not just a question of making sense of what civil courts actually do in such a highly regulated area as financial services but also of supplying a framework for evaluating that role and the relationship of the judiciary to financial supervisory authorities.” Citat från Cherednychenko, se not 7, s. 64 f.

⁶³ Prop. 2011/12:79, *En reformerad mutbrottslagstiftning*, s. 44, jfrt med ”Kod om gåvor, belöningar och andra förmåner i näringslivet”, antagen av Institutet mot mutor. Den engelska Bribery Act från 2010 bygger också på denna lagstiftningsteknik, dvs. att lagstiftningen kompletteras av ”guidance”, som där dock utformas av ”The Secretary of State”.

⁶⁴ Se t.ex. justitierådet Calissendorffs skiljaktiga mening i NJA 2014 s. 323 om statens skadeståndsansvar för ideell skada vid överträdelse av förbudet i 2 kap. 7 § andra stycket regeringsformen mot att frånta en svensk medborgare hans medborgarskap.

svensk högsta domstol. Debatten om detta fenomen har förts framförallt i SvJT.⁶⁵

En ytterligare iakttagelse är att HD — möjligen som en del av sin ”aktivism” — under senare år utvecklat ett ambitiösare skrivsätt. Tydligare än tidigare inleder domstolen med att ange aktuell rättsregel, varefter man ofta relativt utförligt beskriver hur man tillämpar denna på omständigheterna i det enskilda fallet. Inte sällan uttalar sig HD även mera principiellt i form av *obiter dicta*. Inom förmögenhetsrätten hjälper detta skrivsätt till att klargöra rättsfallens räckvidd i brist på lagstiftning. Till HD:s ”aktivism” kan också räknas det tilltagande bruket bland justitieråden av ”tillägg för egen del” med (åtminstone från pedagogisk synpunkt) oklart rättskällevärde.⁶⁶

9 Civilrätten i ett (nära) framtidsperspektiv

Detta avsnitt är ett försök att på ett övergripande sätt teckna civilrättens framtidsbild inom olika delområden. Här bygger jag i mycket på de civilrättsliga ”medförfattarnas” bidrag.

9.1 Avtalsrätten

Avtalsrätten är den mest centrala delen av civilrätten och här utgör Avtalslagen (AvtL) från 1915 en stabiliserande struktur.⁶⁷ AvtL har utsatts för omfattande kritik såsom varande alltför ålderdomlig och såsom hörande till en annan slags, nu försvunnen ekonomi.⁶⁸ Det finns emellertid också ett antal försvarare av AvtL.⁶⁹ Under AvtL:s livstid har avtalsrätten utvecklats och det är svårt att säga om den verkat hindrande eller underlättande för handel och ekonomi jämfört med avtalsrätten i t.ex. common law länder. Genom tillkomsten av omfattande tvingande konsumenträttslig lagstiftning har vi fått en splittring mellan den kom-

⁶⁵ Se Stefan Lindskogs tillägg ”för egen del” i NJA 2012 s. 535, som visserligen är ett brottmål, men där han uttalar sig mera principiellt om behovet av en mera aktiv rättsbildning genom prejudikat. Se vidare Wersäll, Fredrik, En offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning, *SvJT 2014*, s. 1, Fura, Elisabet, En offensiv Högsta domstol — en kommentar, *SvJT 2014*, s. 101, Wiklund, Ola, Om Högsta domstolens rättskapande verksamhet — löper domstolen amok?, *SvJT 2014*, s. 336, se också hela nr 8 av SvJT 2014, som återger diskussionen vid tre rättspolitiska seminarier i anledning av Svea hovrätts 400-års jubileum.

⁶⁶ Calissendorff, Kerstin — Lambert, Göran — Lindskog, Stefan, Tillägg till Högsta domstolens avgöranden samt något om skiljaktigheter, *SvJT 2012*, s. 313.

⁶⁷ AvtL:s hundraårsjubileum har uppmärksammats i två publikationer (avseende de nordiska avtalslagarna gemensamt), utgivna år 2015, nämligen Bryde Andersen m.fl. (red.), *Aftaleloven 100 år — Baggrund, status, udfordringer, fremtid*, och Håstad, Torgny (red.), *The Nordic Contracts Act — Essays in Celebration of Its One Hundredth Anniversary*.

⁶⁸ För en redogörelse för denna kritik, se Flodgren, Boel, Den svenska avtalslagen snart 100 år — ett välfungerande instrument för dagens ekonomiska liv? *JT 2012–13*, s. 24.

⁶⁹ Se t.ex. Kleinman, Jan, En ny avtalslag är inte någon nödvändighet för att förnya avtalsrätten, i Bryde Andersen m.fl. (red.), *Aftaleloven 100 år — Baggrund, status, udfordringer, fremtid* (2015), s. 371–383.

mersiella avtalsrätten och konsumentavtalsrätten. Konsumentavtalsrätten kännetecknas av att där gäller en långtgående upplysningsplikt för näringsidkaren, att konsumenten kan ångra ett avtal som faller under distansavtalslagen, att konsumenten i vissa fall har en avbeställningsrätt, rätt att få avtalet tolkat till sin förmån, rätt att bli skriftligen påmind i god tid om möjligheten att säga upp ett avtal som annars förnyas automatiskt, m.m. Konsumentavtalsrätten kan förväntas bli fortsatt utbyggd allteftersom omfattningen och komplexiteten i varu- och tjänsteutbudet till konsumenter ökar. Intrycket av ad hoc lagstiftning är hittills påtagligt inom konsumentavtalsrätten.

Den sedan långt före AvtL:s födelse diskuterade motsättningen mellan "viljeprincipen", med viljan som det rättsskapande elementet, och "tillitsprincipen" (godtrosskyddsprincipen) med motpartens befogade tillit som det rättsskapande elementet ansågs ha fått sin lösning till tillitsprincipens förmån i och med AvtL.⁷⁰ Tillitsprincipen ses som en bättre modell för att främja omsättningens intresse, det som i modernt språkbruk kallas samhällsekonomin funktionssätt. Viljeprincipen tillerkänns förvisso fortfarande stor betydelse, dvs. att parts avsikt med en rättshandling, t.ex. ett anbud, ska tillmätas relevans vid fastställandet av avtalets innehåll,⁷¹ men tillitsprincipen har efterhand blivit den alltmer dominerande principen (på viljeprincipens bekostnad).⁷² I fullmaktsläran har HD på senaste tiden tagit klar ställning för den befogade tillitens betydelse för att avgöra behörigheten hos en fullmäktig. Den befogade tillitens princip ser ut att bli en i framtiden ännu mer utvecklad och tillämpad princip inom civilrätten.

En annan avtalsrättslig fråga, som kommer att kräva större klarhet i en framtid, är frågan om avtalsparters lojalitetsplikt gentemot varandra, såväl under avtalsförhandlingarna, då någon kontraktuell bundenhet ännu inte föreligger och där frågan om det prekontraktuella ansvarets utformning får anses oklar, som under avtalsförhållandet. Att avtalsparter har en lojalitetsplikt i avtalsrelationen anses klart, men hur denna lojalitetsplikt ska förstås ifråga om t.ex. skyldigheten att hålla varandra informerade, ifråga om skyldigheten att omförhandla avtalsvillkoren vid ändrade förhållanden under avtalstiden,⁷³ m.m., kommer att behöva klarläggas i en framtid där avtal i ökande omfattning handlar om stora värden, är långvariga och utgör delar av långa avtalskedjor med många inblandade aktörer.⁷⁴ Vad gäller den senast nämnda formen av avtalsrelationer, dvs. vid kontraktskedjor, kan man förvänta sig en fortsatt

⁷⁰ Se Adlercreutz, Axel — Gorton, Lars, *Avtalsrätt I* (2011) s. 42.

⁷¹ Se t.ex. Art. 8(1) lagen (1987:822) om internationella köp (CISG) och 32 § 2 st AvtL.

⁷² Se HD:s uttalande i NJA 2011 s. 739 om *condictio indebiti*: "I senare rättsfall har ... hänsynen till omsättningens intresse och behovet av säkerhet i rättslivet betonats."

⁷³ Eric Runessons artikel i denna bok.

⁷⁴ *Ibid.*

diskussion om tillämpligheten av den obligationsrättsliga princip som säger att en avtalspart endast får rikta krav på grund av avtalsbrott mot sin avtalspart (och inte mot avtalspartens avtalspart). Inte minst är bristen på direktkravs rätt problematisk vid standardavtalskedjor (NJA 2014 s. 760).

Den stora utmaningen med 36 § AvtL, som medger jämkning av oskäliga avtalsvillkor, är att i framtiden utveckla någorlunda förutsebara och begripliga kriterier för skälighetsbedömningen så att inte en avtalad riskfördelning åsidosätts, när ändrade förhållanden inträffar i en långvarig avtalsrelation.⁷⁵ Utländska förebilder i form av regler om *hardship*, där omförhandlingsskyldighet ingår för återställandet av balansen i avtalsrelationen, kan här komma att få betydelse. En av de utvecklingslinjer som kan förväntas inom avtalsrätten när det gäller att fastställa avtalets innebörd utifrån dess kontext är en ökad användning av och förståelse för ekonomiska argument i riskfördelningsfrågor.⁷⁶

Någon lagstiftningsaktivitet rörande allmänna avtalsrättsliga frågor verkar inte vara aktuell inom den närmaste framtiden, varför avtalsrättens utveckling kan förväntas ske genom rättspraxis och genom rättsvetenskaplig diskussion, där inte minst SvJT utgör ett väsentligt forum. Ett problem vad gäller den allmänna avtalsrättens utveckling via rättspraxis är det faktum att kommersiell tvistlösning vanligtvis äger rum i form av skiljeförfarande, som inte är offentligt. Att medverka till att viktiga skiljedomar i möjligaste mån blir allmänt kända inom juristsamhället blir en viktig uppgift för organisationer och aktörer involverade i skiljeförfaranden.

Den kommersiella avtalsrättens utveckling kommer att följa de linjer som bestäms genom omsättningen av nya produkter och tjänster. Här spelar redan idag IT-sektorn en stor roll.⁷⁷ Förändringen från en marknad som bygger på omsättning av materiella varor till en marknad som företrädesvis omsätter immateriella ting (intangibles) i form av mjukvara, gör gränsdragningen inom avtalsrätten mellan avtal om varor och avtal om tjänster allt svårare att upprätthålla. Att offentlig rätt och privaträtt smälter samman alltmer, kommer också att påverka avtalsrätten. Inte minst kommer den stora utbredningen av systemet med offentlig upphandling med stor sannolikhet att orsaka en alltmer gränsöverskridande avtalsrättslig argumentation.⁷⁸

En viktig fråga är om avtalsrätten (kontraktsrätten) kommer att utvecklas mot en större fragmentering, där avtalstyperna definieras med

⁷⁵ Eric Runessons artikel i denna bok.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Här växer nya avtalstyper fram, t.ex. s.k. agila avtal, se Udsen, Henrik, *IT-kontraktet* (2014), s. 77.

⁷⁸ Se t.ex. Morawetz, Fredrik, 36 § avtalslagen och förbudet mot väsentliga förändringar av villkoren i offentlig kontrakt, *JT 2014–15*, s. 88.

betoning på sina skillnader som särskilda avtalstyper, dvs. avtalstyper *sui generis*, eller om avtalsrätten i själva verket alltmer tar formen av ”principer”, dvs. att olika avtalstyper bör förstås och tolkas med stöd av gemensamma avtalsrättsliga principer, det som också kallas ”allmänna avtalsrättsliga grundsatser” (se t.ex. NJA 2014 s. 978). I doktrinen om olika avtalstyper betonas ofta avtalstypernas olikheter medan en tendens i den andra riktningen, dvs. en strävan mot en sammanhållen, principiellt grundad avtalsrätt, kan skönjas i rättstillämpningen. Vad gäller entreprenadavtal har HD:s tolkning exempelvis rört sig i en tolkningsriktning som gör att entreprenadavtal nu har ansetts stå ”i bättre samklang med den allmänna rättsutvecklingen inom civilrätten”.⁷⁹ Även internationella strömningar inom avtalsrätten — när de uppfattas som principer, t.ex. förmedlade genom DCFR — tillåts av HD påverka avtalsrättens utveckling, vilket också ger en större enhetlighet och en enhetlighet som då också överensstämmer med den internationella rättsutvecklingen (NJA 2009 s. 672, Allbröd, och NJA 2013 s. 659, Solar). Även om det inom EU bedrivna harmoniseringsarbetet inom avtalsrätten går långsamt och ”har fått sina törnar”,⁸⁰ finns det inget som antyder att DCFR skulle ha förlorat sin roll som — i många avseenden — uttryck för allmänna principer, som domstolarna även i en framtid kan använda som inspirationskälla.

9.2 Köprätten

Vad gäller den allmänna köprätten är knappast några förändringar att vänta i köplagen.⁸¹ Den kommersiella och den konsumentinriktade köprätten kan förväntas fortsätta att gå skilda vägar. Konsumentköprätten kommer fortsatt att vara i fokus för EU. Kanske får vi se en gemensam europeisk köplag (CESL), men då endast rörande konsumentköp och endast avseende elektronisk handel. Möjligen kan man också förvänta sig att det kommer att utvecklas olika köprättsliga regler för den vanliga handeln, å ena sidan, och för näthandeln, å andra sidan. Idéer om att t.ex. införa olika köprättsliga regler för att skydda underåriga som handlar på nätet, vilka framförts av Konsumentombudsmannen, har inte vunnit gehör.⁸²

CISG betraktas som en succé och täcker idag cirka 80 % av världshandeln med varor. Den har kompletterats med ett antal *soft law* instrument, som PECL, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts och DCFR, vilka instrument bidrar till en utveckling av CISG

⁷⁹ Ingvarsson, Anders-Utterström, Marcus, Högsta domstolens inträde i entreprenadrättsens slutna rum, *SvJT 2015*, s. 258–278, citat från s. 277.

⁸⁰ Citat från Jori Munukkas artikel i denna bok, avsnitt 4.

⁸¹ Johnny Herres artikel i denna bok.

⁸² Se Bernitz, Ulf, Marknadsföring och försäljning till underåriga över internet, *JT 2013–14*, s. 378.

och till dess användning.⁸³ Några ändringar i CISG är inte att förvänta under överskådlig framtid, möjligen med undantag för någon komplettering vad gäller köp av digitala produkter, som ju inte alltid kan anses utgöra "goods" (varor) i dess egentliga bemärkelse.

Det finns stark kritik mot skadeståndsreglerna i köplagen vad gäller uppdelningen mellan direkta och indirekta förluster, vilka regler ofta ersätts med andra regler i standardavtal. Kontrollansvarsreglerna har sin motsvarighet också vid andra typer av avtal och detta kan komma att innebära att den civilrättsliga princip, som säger att vårdslöshet krävs för att en kontraktsbrytande part ska bli skadeståndsansvarig, inte längre ses som en generell princip.⁸⁴

Vad gäller köprätten är det ett önskemål att det köprättsliga regelsystemet, vare sig det handlar om kommersiella köp, konsumentköp, köp av fast egendom eller något annat, hålls ihop så mycket som möjligt och så långt möjligt behandlar lika fall lika. En utveckling av köprätten i harmoni med övriga nordiska länder är också en önskan för framtiden. Bilden idag är något splittrad.⁸⁵

Dagens ekonomi består i ökande grad av tjänsteproduktion och i minskande grad av varuproduktion; vi lever idag i ett "tjänstesamhälle". I avsaknad av en allmän *tjänstelag* får analogier från närliggande lagar (köplagen, kommissionslagen, handelsagentlagen och konsumenttjänstlagen) användas för att lösa tjänsteavtalsrättsliga problem. Huruvida detta tillstånd kommer att visa sig tillfredsställande på sikt är svårt att veta.

9.3 Skadeståndsrätten

Skadeståndsrätten är stadd i stark utveckling.⁸⁶ Inom skadeståndsrätten kan man iakttä nya argumentationsmodeller utifrån mänskliga rättigheter (kränkningers ersättning, ersättning för ideell skada utan särskilt lagstöd),⁸⁷ och utifrån principen om rättsmissbruk och utvecklingen har skett genom rättspraxis. Införlivandet i svensk rätt av Europakonventionen, ikraftträdandet av EU:s rättighetsstadga och ikraftträdandet av 2 kapitlet i regeringsformen har medfört ett omfattande skydd för mänskliga rättigheter i Sverige och flera fall har bekräftat detta. Det ska-

⁸³ Johnny Herres artikel i denna bok.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Se t.ex. Schultz, Mårten, *Europeiska civilrättsprinciper, Årsbok II, Stockholm Centre for Commercial Law*, 2010, s. 307.

⁸⁷ Schultz, *SvJT 2011*, se not 35. Hos Schultz finns rikhaltiga hänvisningar till andra källor, se not 28 i hans artikel. Se också Andersson, Håkan, EKMR:s varierande horisontella effekter på olika civila krav — problem och konstruktiva möjligheter, *Juridisk Publikation 2013*, s. 249, och samme författare om skadestånd enligt 2008 års diskrimineringslag. Den "nya" diskrimineringsersättningen (I), (II) och (III), publicerade på Infotorg i januari 2015. "För fem år sedan talade inga affärsjurister om Europakonventionen. Idag hör man det varje dag." Uttalande som tillskrivs advokat Gunnar Strömmer på en affisch med inbjudan till föredrag på Juridicum i Lund den 5 februari 2015.

destånd som med stöd av Europakonventionen utdömdes i NJA 2005 s. 462 innebar en rättighetsbaserad utvidgning av skadeståndsrätten som har kallats ett paradigmskifte.⁸⁸

Professionella rådgivares (revisorers, advokaters och finansiella rådgivares) ansvar har klarlagts ytterligare på senare tid genom rättspraxis. Även styrelseledamöters skadeståndsansvar kan förväntas bli ytterligare klarlagt inom den närmaste tiden (utredningar och processer pågår när detta skrivs 2015). Vidare kan man iakttä en utveckling mot en större benägenhet att ersätta ren (utomkontraktuell) förmögenhetskada även utan samband med brott.

9.4 Aktiebolagsrätten

Aktiebolagsrätten har för inte så länge sedan genomgått en stor översyn som resulterat i en ny aktiebolagslag (2005:551), vilken trädde ikraft 2006. Det betyder inte att rättsläget inom aktiebolagsrätten är till fullo klarlagt för överskådlig tid. Tvärtom verkar de tvistiga frågorna hela tiden återkomma, exempelvis vad gäller aktieägar- och borgenärsskyddet, rätten att använda aktiebolagsformen i kringgåendesyfte (NJA 2014 s. 877, processbolaget), närståendetransaktioner,⁸⁹ vad gäller styrelseansvarets och revisorsansvarets innebörd. Frågor om hur aktiebolagets samhällsliga och sociala ansvar, s.k. corporate social responsibility (CSR), bör förstås, är också — och kommer fortsättningsvis att vara — under debatt. Denna fråga handlar om i vems intresse aktiebolaget ska bedrivas. Enligt aktiebolagslagen är bolagets syfte att skapa vinst för ägarna, men debatten om huruvida intressentkretsen borde vidgas tycks aldrig upphöra.⁹⁰ Även frågan om vi i Sverige borde ha en särskild bolagsform för små bolag med begränsat personligt ansvar återkommer då och då men verkar för närvarande inte aktuell; i Sverige har vi, till skillnad från vad som är fallet i flera andra europeiska länder, samma aktiebolagslag — om än med lite olika regler — för små och stora aktiebolag. Det är en utbredd uppfattning att detta innebär en omständlig och dyr ”kostym” för de mindre bolagen, som ju utgör den helt övervägande delen av alla aktiebolag i Sverige.

9.5 Immaterialrätten

Immaterialrättigheterna skapar förutsättningar för utveckling och tillväxt ifråga om kultur, teknik och välstånd.⁹¹ De har i dagens ekonomi vuxit både i betydelse och komplexitet och utgör nu en stor del av ett företags samlade värde. I och med inträdet i EU 1995 har utvecklingen i

⁸⁸ Schultz, i *SvJT 2011* (not 31), s. 1003.

⁸⁹ Andersson, Jan, ABL och värdeöverföringar — en replik, *SvJT 2014*, s. 72–91, särskilt s. 76.

⁹⁰ Skog, Rolf, Om betydelsen av vinstsyftet i aktiebolagslagen, *SvJT 2015*, s. 11.

⁹¹ Sanna Wolks artikel i denna bok.

Sverige inom detta område präglats av medlemskapet i EU och under EU-rättens inflytande skedde under lång tid en snedvridning där immaterialrätterna kom att inkräkta på andra grundläggande rättigheter, något som förändrats under senare år.⁹² Det tidigare starka nordiska samarbetet inom immaterialrättsområdet har numera brutits. De mest genomgripande förändringarna har skett inom upphovsrätten och varumärkesrätten.⁹³ Immaterialrätten utgör i dagens innovations- och informationssamhälle ett av civilrättens mest dynamiska och samtidigt mest kritiserade områden, där t.ex. de upphovsrättsliga industrierna inom främst spel- och nöjesindustrin har växt explosionsartat.⁹⁴ Upphovsrättens förändring har framförallt koppling till den digitala teknikutvecklingen inom IT och telekommunikation. Hanteringen av skyddet rörande alster i den digitala miljön skapar andra typer av rättsliga problem än skyddet för alster som är manifesterade i fysiska objekt.

Patentsystemet anses ha avgörande betydelse för forsknings- och teknikbaserade industrier inom bl.a. läkemedel, bioteknik och IT. Patentområdet är det område inom immaterialrätten som är minst harmoniserat inom EU. Idéer om ett europeiskt gemenskapspatent har inte förverkligats även om 25 medlemsländer förklarar sig villiga till ett fördjupat samarbete för ett enhetligt patentskydd. Arbetet med att inrätta en gemensam patentdomstol fortsätter inom EU och när detta skrivs (2015) har alla medlemsstater utom Spanien, Polen och Kroatien undertecknat avtal om inrättandet av en sådan domstol.

I en framtid kan man förvänta en utveckling i Sverige där — efter påverkan från EU-domstolen — den nationella ensamrätten kommer att balanseras bättre mot andra viktiga grundläggande rättigheter.⁹⁵

9.6 Arbetsrätten

Vad gäller utvecklingen inom *arbetsrätten* har redan ny teknik och Internet förändrat arbetslivets villkor väsentligt under de senaste två-tre decennierna. Denna utveckling kan förväntas komma att fortsätta. Den kollektiva arbetsrätten, som haft högkonjunktur under 1900-talet, åtminstone i Västeuropa, monteras nu ner och en arbetsmarknad som kännetecknas av "social konkurrens" (*social competition*), där arbetstargarna konkurrerar individuellt med varandra, håller nu på att bli normen. Arbetsinnehållet i det arbete som efterfrågas har vidare i ökande utsträckning förskjutits från efterfrågan på kroppsarbete till efterfrågan på "brain power", dvs. idag efterfrågas arbetskraft alltmer för att utföra kunskapsintensiva arbetsuppgifter, medan mera mekaniska arbetsuppgifter har tagits över av maskiner och robotar. Nu förutses dessutom

⁹² Sanna Wolks artikel i denna bok.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Ibid.

en utveckling där arbetet, sådant vi idag utför det på organiserade arbetsplatser, styckas upp i sina beståndsdelar och den fasta heltidsanställningen spås ett snabbt försvinnande i den framväxande s.k. ”on demand” ekonomin.⁹⁶ Detta kommer att ha stor påverkan på arbetslivets juridik, där redan idag den fasta tillsvidareanställningen, som var normaliteten för bara några decennier sedan, i stor omfattning har ersatts av visstidsanställningar, arbetstagare som gått över till att bli självständiga företagare och inte minst arbetskraft som tillhandahålls via s.k. bemanningsföretag. De stora flyktingströmmar som Sverige upplevt under senaste tiden kommer i ett framtidsperspektiv med stor sannolikhet medföra förändringar och ”uppluckring” av arbetslivets organisation och reglering för att underlätta för fler att komma in på arbetsmarknaden.

9.7 Familjerätten

Familjerättens framtida utmaningar kan framförallt kopplas till det mångkulturella samhället i kombination med den svenska grundprincipen att lagstiftningen ska vara liberal och förhålla sig neutral till olika värderingar, moraluppfattningar och levnadsmönster. Hur långt denna neutralitet ska sträcka sig kommer att bli föremål för debatt, t.ex. om huruvida man i Sverige bör tillåta polygami och surrogatmoderskap, två fenomen som idag är förbjudna i Sverige, låt vara att polygama äktenskap erkänns om de ingåtts i ett annat land där sådana äktenskap är giltiga.⁹⁷ Med neutralitetsideologin och mänskliga rättighetersargumentation kan det vara svårt att inte godkänna också t.ex. polygami som levnadsform om inte en begränsning kan motiveras utifrån ett behov av skydd för andras mänskliga rättigheter. I denna debatt bör rimligen grunderna för den nationella rättsordningen tillmätas avgörande betydelse.⁹⁸

Inom familjerätten kan också i neutralitetens namn samlevnadsformen äktenskap vara på avskrivning i ett framtidsperspektiv. Tänkbart är då att äktenskapet ersätts av någon slags bolagsform.⁹⁹ Vad gäller barnens ställning och rättigheter har vi idag med hjälp av medicintekniska metoder möjlighet att alstra barn på sätt som både juridiskt och etiskt framstår som kontroversiella och här kommer med största sannolikhet i en inte alltför avlägsen framtid den svenska lagstiftaren ställas inför högst konkreta, men svåra, avvägningar mellan ”barnets bästa” och ”för-

⁹⁶ ”This will push service companies to follow manufacturers and focus on their core competencies. The ‘transaction cost’ of using an outsider to fix something (as opposed to keeping that function within your company) is falling. Rather than controlling fixed resources, on demand companies are middlemen, arranging connections and overseeing quality. They don’t employ full-time lawyers and accountants with guaranteed pay and benefits... Risks borne by companies are being pushed back on to individuals — and that has consequences for everybody.” Citat från *The Economist*, Jan 3rd–9th 2015.

⁹⁷ Göran Linds artikel i denna bok.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

älderns bästa”. Ifråga om vårdnaden om barn efter äktenskapsskillnad har med utgångspunkt i principen om barnets bästa gemensam vårdnad blivit huvudregel, men efter 2006 har möjligheten till ensam vårdnad i sådana fall, där föräldrarna visat sig inte kunna samarbeta, ökat. Denna reform synes i sin tur ha orsakat en ökning av antalet vårdnadsmål i domstolarna.¹⁰⁰

Inom den ekonomiska delen av familjerätten är såväl giftorätten som laglotsinstitutet för närvarande utsatt för debatt och kan möjligen komma att begränsas i framtiden i linje med den liberala ideologin enligt vilken man vill tillerkänna makar och föräldrar en större ekonomisk frihet.

10 Avslutande reflektioner

Ramarna för omsättningen av varor och tjänster och för kapitalets strävan efter avkastning sätts (bland annat och till en stor del) av civilrätten. Det är ingen tillfällighet att nationalekonomin, som förser marknads ekonomin med dess ideologiska fundament och ”körschema”, ägnar allt större intresse åt och analys av rättssystemets byggstenar, inte minst civilrätten, och då särskilt reglerna om avtal/kontrakt, reglerna om skydd för äganderätten och reglerna om juridiska personer. På makronivån talar ekonomerna om fördelarna med ”a level playing field”, dvs. att det bör gälla lika villkor för alla. Olikheter i villkoren/reglerna leder till rättsosäkerhet och asymmetrier, vilket i sin tur innebär ökade transaktionskostnader. På mikronivån intresserar sig ekonomerna för rätten — inte minst civilrätten — som en etisk ”kompass” för företagandet och som ett instrument som bör beaktas och finnas med som en viktig del i företagets strategiska tänkande.¹⁰¹

Det är ingen överraskning att den övergripande bild som framträtt i denna uppsats visar att utvecklingen av de förmögenhetsrättsliga reglerna — civilrättens framtid — är och kommer fortsatt att vara ett resultat av internationella influenser. Sverige kan inte (med framgång) göra något eget av större betydelse vad gäller förmögenhetsrätten. Inom den materiella familjerätten är detta kanske inte lika tydligt.

Medveten harmonisering sker framförallt genom EU:s försorg, varigenom civilrätten kommit att innehålla omfattande tvingande lagstiftning. EU:s ansträngningar för att skapa ”a level playing field” på den inre marknaden har för civilrättens del framförallt handlat om konsumentskydd, publik aktiebolagsrätt och immaterialrätt, där harmoniseringen varit kraftfull. Principen om fördragskonform tillämpning medverkar till enhetligheten. Avtalsrätten och köprätten har också varit föremål

¹⁰⁰ Göran Linds artikel i denna bok.

¹⁰¹ Se t.ex. Bagley, Constance E., m.fl., *Who Let the Lawyers Out?: Reconstructing the Role of the Chief Legal Officer and the Corporate Client in a Globalizing World*, under publicering i University of Pennsylvania Journal of Business Law.

för harmoniseringsinitiativ, men vissa bakslag har gjort att det arbetet inte kommit särskilt långt, även om soft law instrumentet DCFR verkar vinna terräng som inspirationskälla efterhand som fler blir bekanta med det. Alla civilrättsliga delområden är inte lika utsatta för EU:s harmoniseringstryck, vilket naturligtvis har att göra med EU:s mandat. Exempel på rättsområden som inte synkroniserats i någon högre grad är sakrätten, fastighetsrätten och skadeståndsrätten. Vad gäller familjerätten är påverkansfaktorerna av annorlunda karaktär. Där handlar det om kulturellt förankrade levnadsmönster och värderingar och harmonisering av de materiella rättsreglerna länderna emellan sker knappast alls. När det gäller familjerätten handlar EU:s insatser mest om harmonisering av internationellt privaträttsliga och internationellt processrättsliga regler.

En annan internationell trend är att Sverige idag har ett omfattande regelverk rörande mänskliga rättigheter och att detta tagit sig uttryck i en utbredning av det allmännas skadeståndsansvar gentemot individer, som fått sina rättigheter kränkta.

HD medverkar inte endast i kränkningsmålen utan även inom civilrätten generellt, till att anpassa den svenska rätten till internationella strömningar. Utöver den rättighetsbaserade argumentationen utifrån mänskliga rättigheter kan man märka en strävan efter att låta civilrätten utvecklas utifrån sammanhållande principer. Lagstiftaren, som i och för sig inte är så aktiv inom civilrätten när det gäller att ta egna initiativ, verkar tänka på samma sätt och inse att det blir allt mindre utrymme för det nationella perspektivet, t.ex. svenska förarbetsuttalanden och nationellt betonade ad hoc-lösningar.¹⁰² Om den svenske lagstiftaren redan år 1999 sågs som ett rent transportkompani för civilrätten, verkar detta gälla i ännu högre grad idag.

¹⁰² Denna tolknings- och problemlösningssmodell stämmer överens med artikel 7(1) i CISG.