

# *Speditörpanten* – en rättskällerevolution på grundval av skakig argumentation

## 1. Inledning

Den 28 juni 2022 avkunnade Högsta domstolen beslut i *Speditörpanten* mål nr Ö 5481-21. I beslutet fann domstolen att logistikbranschens standardavtal NSAB måste anses i sin helhet utgöra handelsbruk. Domstolen drog också explicit slutsatsen att ”särskilda förhållanden [krävs] för att bestämmelserna i NSAB 2015 inte ska anses bindande för parterna” (p. 35).

## 2. Målet

### 2.1 Omständigheterna och avgörandena i lägre instans

Målet hade konkursrättslig bakgrund. Ett företag i logistikbranschen hade under en period av sju år utfört omfattande tjänster åt ett modeföretag. Modeföretaget gick i konkurs i februari 2020, vid vilken tidpunkt logistikföretaget i sin besittning hade varor tillhörande modeföretaget till ett värde på 7 miljoner kronor. Logistikföretaget gjorde enligt 4 § tredje punkten förmånsrättslagen (1970:979) gällande förmånsrätt med stöd av retentionsrätt för fordringar om drygt 1,6 miljoner kronor. Konkursboet accepterade retentions- och därmed säkerhetsrätt för ett belopp om 400 000 kronor, men anförde i övrigt att de fordringar som logistikföretaget gjorde gällande inte var konnexa till de varor som logistikföretaget hade i sin besittning. Logistikföretaget invände att det hade retentionsrätt även under villkor av starkt uttunnad konnexitet (såkallad *kopplad panträtt*) antingen på grund av allmänna rättsprinciper som kommer till uttryck i 15 § kommissionslagen (2009:865) eller på grund av handelsbruk som kommer till uttryck i § 14 i standardavtalet NSAB (*Nordiskt Speditörförbunds Allmänna Bestämmelser* i dess senaste version från 2015).

Frågan i målet var alltså huruvida det under villkor av starkt uttunnad konnexitet förelåg sådan rätt till retention som logistikföretaget gjorde gällande. Tingsrätten fann att någon sådan rätt inte förelåg. Allmänt spridda standardavtal som NSAB kunde enligt domstolens mening normalt inte anses utgöra handelsbruk. Vidare saknades skäl att ge logistikföretaget – som enligt domstolens mening hade kunnat betinga sig annan säkerhetsrätt – någon kopplad panträtt i analogi med kommissionslagen. Hovrätten fastställde tingsrättens beslut.

Det bör noteras att underinstanserna alltså centralt diskuterade kommissionslagen. Diskussionen om NSAB var mycket kort och inskränkte sig till att notera att inte heller mycket utbredda standardavtal genom sin spridning blir en form av handelsbruk: de förblir *standardavtal*.

## 2.2 Bedömningen i Högsta domstolen

Högsta domstolen avgjorde målet under dissens. I den centrala frågan – huruvida NSAB i princip är att anse som handelsbruk eller inte – var dock majoriteten och dissidenterna eniga. Dissensen handlade om i vilken grad och, som en följd därav, i vilken utsträckning som NSAB är att anse som handelsbruk. Den principiella argumentationen är alltså gemensam för både majoriteten och minoriteten. Den principiella argumentationen formulerades av majoriteten, och minoriteten höll med.

Efter en principiell beskrivning av förmånsrättens funktion i konkurser och av grunderna för förmånsrätt på grund av retention kommer Högsta domstolen i beslutet in på en diskussion av NSAB:s tillkomsthistoria och innehåll. Den kopplade retentions- och panträtt om vilken stadgas i avtalets § 14 nämns av domstolen och det visas, att denna retentionsrätt genom sin hänvisning till § 3 i avtalet är kopplad, inte bara till det som betecknas som ”traditionellt speditjonsarbete” (p. 12), utan också till moderna logistikupdrag. Det uppmärksammas också att NSAB:s reglering härvidlag motsvarar regleringen i både engelska, tyska och internationella standardavtal.

Därefter beskriver Högsta domstolen handelsbruk och dess ställning som en rättskälla som går före även dispositiv rätt. Domstolen konstaterar lakoniskt att ”[d]et är även så att användningen av ett standardavtal kan leda till att avtalet får ställning som handelsbruk eller annan sedvänja” (p. 19). Veterligen utgör ett sådant förbehållslöst uttalande en nyhet i svensk högstainstanspraxis, och det är påfallande att Högsta domstolen inte belägger uttalandet med någon hänvisning. Det är detta förbehållslösa uttalande som utgör fallets centrala prejudikatsintresse. Jag återkommer därför till frågan.

Därefter diskuterar Högsta domstolen praxis och doktrin, och konstaterar att oenighet råder om huruvida just NSAB kan antas utgöra ett sådant standardavtal som kan anses utgöra handelsbruk. Högsta domstolen anger därför kriterier som ska prövas för att fastställa huruvida ett standardavtal ska anses utgöra handelsbruk (pp. 23 och 24). Domstolen summerar det som i målet framkommit om användningen av NSAB. I pp. 27 till 30 utför Högsta domstolen sin egen prövning av avtalets ställning i förhållande till de kriterier som identifierats som relevanta. Domstolen konstaterar (p. 30) att prövningen ”med styrka” talar för att NSAB ska anses utgöra handelsbruk.

I nästa steg i beslutets resonemang återvänder domstolen till den smalare diskussionen om själva retentionsrätten om vilken fråga var i målet. Domstolen

konstaterar att traditionella uppdrag som speditör kan beskrivas som tjänstekommission, och att reglerna om retentionsrätt i § 14 NSAB därför i sak nära motsvarar regleringen i 15 § kommissionslagen. Domstolen drar ingen tydlig slutsats av detta, men funktionen i diskussionen kan anses ligga i att förstärka domstolens generella slutsats genom att visa att denna ligger i linje med en funktionsanalys avseende specifika lagstadgade regler om en specifik fråga.

Slutsatsen blir (pp. 34 och 25) att NSAB 2015 ”bör [...] anses vara tillämpligt som handelsbruk” och att ”[u]tgångspunkten [...] därför [är] att det krävs särskilda förhållanden för att bestämmelserna i NSAB 2015 inte ska anses vara bindande för parterna”. Då några sådana förhållanden i målet inte hade gjorts gällande, hade konkursborgenären förmånsrätt för hela sin fordran i de retenerade varorna.

### 3. Hur ett standardavtal blir handelsbruk

#### 3.1 Kriterier för när ett standardavtal ska anses utgöra handelsbruk

Högsta domstolen är ganska yvig och ändå enligt min mening oprecis i sin uppräknings av kriterier för när ett standardavtal ska anses utgöra handelsbruk. En prövning enligt kriterierna syftar till att bedöma, huruvida det standardavtal som bedöms fått ”erforderlig stadga och spridning”. För den bedömningen är det av ”grundläggande betydelse” hur allmänt använt och välkänt standardavtalet är i branschen, dock att det inte är nog att ett standardavtal är allmänt använt för att det ska anses utgöra handelsbruk. Det kan enligt Högsta domstolen också vara så att endast vissa bestämmelser i ett standardavtal, inte hela avtalet, har ställning som handelsbruk (p. 23). Detta säger enligt min mening allt och ingenting, och utgör inte mycket till ledning när ett standardavtals ställning som handelsbruk ska bedömas.

Det blir mera matnyttigt när det sägs att ett tecken på att ett standardavtal utgör handelsbruk kan vara att det saknas ett konkurrerande standardavtal i branschen eller att samma reglering förekommer i ett flertal standardavtal i branschen.<sup>1</sup> Det måste dock i detta sammanhang enligt min mening uppmärksammas att det förra testet är bredare än det senare: om det saknas ett konkurrerande standardavtal i branschen, torde detta kunna tala för att *hela* standardavtalet utgör handelsbruk, medan den jämförande analysen över flera konkurrerande standard-

<sup>1</sup> Domstolen svarar inte på frågan vad som ska anses utgöra ”samma reglering”. Det torde höra till sällsyntheterna att olika konkurrerande standardvillkor har exakt samma text, och djävulen bor ju som bekant i detaljerna. Ska domstolen i fall där villkoren har varierande ordalydelse jämkat samman bestämmelserna och sedan förklara den *av domstolen* skapa sammanjämkningen till handelsbruk, eller hur ska detta gå till?

avtal i en bransch torde behöva avse *enskilda bestämmelser*. Här finns alltså två olika spår i beslutsmotiveringen, nämligen dels en diskussion om *standardavtal* som handelsbruk, dels en diskussion om vissa individuella *standardvillkor* som handelsbruk.

Slutligen nämner domstolen i p. 24 att det spelar roll hur standardavtalet kommit till, hur länge det använts och huruvida det är balanserat. Inget av dessa kriterier utvecklas närmare, men av den efterföljande diskussionen om NSAB kan förstås att det talar för att ett standardavtal ska anses utgöra handelsbruk att det är tillkommet efter förhandlingar mellan företrädare för båda typiska partsintressen och att så varit fallet över en längre tid.

Det kan noteras att enligt domstolen balansen i avtalet alltså *i sig* anses utgöra ett kriterium för att ett standardavtal ska anses utgöra handelsbruk. Det leder till förnyad aktualitet i frågan om förhållandet mellan reglerna för inkorporering av standardavtal (där samma krav på balans finns som ett krav på särskild tydlighet för det fall att ett standardavtal innehåller orimligt betungande eller oväntade villkor), regler i sedvänja och reglerna för skälighetskontrollen enligt 36 § avtalslagen. De olika skälighetsbedömningarna tycks flyta ihop till en enda, fast ändå inte, och skälen och sättet för skälighetsprövningen i varje steg blir allt svårare att hålla isär.<sup>2</sup>

Sammanfattningsvis verkar alltså kriterierna avseende frågan huruvida ett standardavtal är så utbrett och har sådan stadga att det kan anses utgöra handelsbruk vara, att det saknas konkurrerande standardavtal i branschen, varvid också sättet för standardavtalets tillkomst, tiden under vilken standardavtalets använts och avtalets balansering av olika intressen ska vägas in. Vidare förefaller domstolen säga att det, i den mån konkurrerande standardavtal förekommer i en bransch, också kan finnas villkor med samma regleringsinnehåll som förekommer så ofta att dessa *villkor* (tydligen i motsats till ett helt *avtal*) ska anses utgöra handelsbruk.

### 3.2 NSAB i ljuset av Högsta domstolens kriterier

I sitt svar på frågan huruvida i ljuset av de sålunda formulerade kriterierna just NSAB ska anses utgöra handelsbruk lutade sig Högsta domstolen mot två utlåtanden som hade givits in i målet. Ett av utlåtandena hade författats av Sydsven-

<sup>2</sup> Det finns enligt min mening en olycklig tendens att upplösa hela avtals- och kontraktsrätten i en enda stor skälighetsbedömning. Medan det kan te sig rimligt att pröva privaträttsliga åtaganden mot en rimlighets- och skälighetsnorm, torde praktikabiliteten kräva att normen får en precis utformning avseende precis formulerade praktiska typfall. Annars riskerar domaren bli någon form av censor som ska berätta för parterna hur de borde bete sig. Det är svårt att få rollen som en sådan moralisk censor att gå ihop med den regeringsformens legalitetsprincip under vilken också de allmänna domstolarna i tvistemål lyder; jfr 1 kap. 9 § regeringsformen.

ska Industri- och Handelskammaren, det andra av Transportindustriförbundet.<sup>3</sup> Båda utlåtandena stödde att NSAB utgör handelsbruk. Transportindustriförbundets utlåtande har dock något litet karaktär av partsinlaga i det att förbundet förvisso först framhäver att NSAB allmänt används i branschen och inte har någon konkurrent på standardavtalsmarknaden inom logistikbranschen, men sedan kompletterar den bedömningen med stödargument som inte omedelbart tycks ha att göra med frågan om avtalets stadga och utbredning. Transportindustriförbundet framhäver sålunda att NSAB utgör en konkretiserad reglering på ett område som annars skulle ha varit ”oreglerat”.<sup>4</sup> Det sägs också att den kopplade panträtten i NSAB fyller en viktig funktion i att skydda speditörerna mot affärsrisker som har med branschens företagsekonomiska logik att göra. Slutligen sägs att NSAB åtminstone för ”de mera traditionella speditionsuppdragen” utgör handelsbruk. Utlåtandet har i detta i viss utsträckning karaktär av en skrift i vilken en part rangordnar sina alternativa yrkanden.

Högsta domstolen själv strukturerar sin bedömning på ett sätt som faktiskt påminner om Transportindustriförbundets argumentation. Domstolen börjar med slutsatsen (p. 27): ”[i]nnehållet i bestämmelserna är ett uttryck för handelsbruk och svarar som sådant mot de behov som manifesterat sig i branschen över tid”. Det är oklart på vilket sätt detta uttalandes andra del hör till bedömningen av huruvida NSAB ska anses utgöra handelsbruk eller om det utgör en karaktärisering av fenomenet *handelsbruk* som sådant.

Domstolens majoritet hanterar sedan i direkt anslutning till detta uttalande och i samma stycke den invändning som utgör den bärande pelaren i minoritetens uppfattning. *De facto* har NSAB vid dess revision 2015 ändrat karaktär. Tidigare täckte avtalet endast det som i beslutet av de olika parterna kallas för ”traditionella speditionsuppdrag”, men sedan 2015 nämns i § 3 i avtalet också tjänster som inte har med transportförmedling att göra, utan avser såkallad tredjepartslogistik. Om NSAB utgör handelsbruk, måste alltså konstateras att detta handelsbruk genom formella förhandlingar mellan företrädare för de typiska partsintressen medvetet och avsiktligt ändrats vid en mycket specifik tidpunkt. Detta torde i och för sig tala mot kriteriet *stadga* för att avtalet ska anses utgöra handelsbruk: i de delar i vilka NSAB ändrats, är ändringen bara sju år gammal – kan man då tala om att avtalet i dessa delar har den nödvändiga stadgan?

Nej, menar minoriteten, som därför endast ville godkänna NSAB som handelsbruk i vad avser traditionell transportförmedling (jfr minoritetens beslut, pp. 4 ff.). Majoriteten talar däremot i p. 27 i beslutet om att ”[e]n reglering kan växa fram organiskt genom att nya lager läggs på en tidigare hävdvunnen

<sup>3</sup> Också Svenska bankföreningen hade givits tillfälle att yttra sig, men avstod.

<sup>4</sup> Naturligtvis är området inte oreglerat, bör kanske invändas, men det är riktigt att det inte finns någon direkt tillämplig specialiserad lagstiftning i frågan. Däremot regleras också logistikavtal av den allmänna avtals- och kontraktsrätten.

reglering”. Medan detta utan tvivel är riktigt, klargörs dock inte hur medvetna ändringar i gamla standardavtal förhåller sig till kriteriet *stadga*: utgör de en motsvarighet till *instant custom* inom folkrätten (en i sig omdebatterad teori)?<sup>5</sup> Majoriteten förefaller i detta sammanhang blanda en evolutionär syn på rätten (rätten som ett långsamt framvuxet evolutionärt fenomen) med en rationalistisk syn på rätten (rätten som medvetet fattade beslut om en viss uppsättning regler) på ett sätt som inte är helt lätt att följa: skulle NSAB förbli handelsbruk också vid en totalrevision av avtalet?

Majoriteten följer därefter sina stipulerade kriterier för bedömningen. NSAB har funnits i över ett sekel och används allmänt i professionella sammanhang. Några konkurrerande bestämmelser finns inte (p. 27) och dokumentet har tagits fram genom förhandlingar med företrädare för typiska partsintressen. Avtalet får därför anses vara balanserat mellan partsintressena (p. 28)<sup>6</sup>.

Dessutom, anför domstolen, saknas särskild lagstiftning för speditörs- och logistikuppdrag, vilket innebär att avtalet fyller en funktion som medför att det också finns sakliga skäl att erkänna det som handelsbruk. Detta sistnämnda argument är enligt min mening något svårhanterligt i det att det verkar ge alla branscher för vilka specialiserad lagstiftning saknas – från arkitektur- och redovisningsbyråer till tvätterier – sakliga skäl att genom standardavtal själva reglera sin bransch. Sammantaget finner domstolen, som nämnt i inledningen, att ”[...] det krävs särskilda förhållanden för att bestämmelserna i NSAB 2015 inte ska anses bindande för parterna” (p. 35).

### 3.4 Kommissionslagens betydelse

Tingsrätten och hovrätten avvisade som tidigare sagt tanken att NSAB skulle utgöra handelsbruk och diskuterade därför istället huruvida en kopplad panträtt skulle föreligga i analogi med 15 § kommissionslagen. Svaret blev nekande: domstolarna ansåg att det skulle innebära ett omotiverat avsteg från den konkursrättsliga likabehandlingsprincipen om speditören – som enligt domstolarnas mening hade möjlighet att betinga sig annan säkerhet – fick njuta förmånen av en legal och kopplad panträtt.

I ljuset av detta är det intressant att notera att Högsta domstolen anför kommissionslagens bestämmelse som ett stödargument för den slutsats till vilken domstolen kommer på grundval av att NSAB enligt domstolens mening utgör handelsbruk. Domstolen konstaterar i det avgörandet stycket (p. 33) lakoniskt att traditionella uppdrag som speditör utgör tjänstekommission och att därför

<sup>5</sup> Jfr Benjamin Langille: It’s ”Instant Custom”: How the Bush Doctrine Became Law After the Terrorist Attacks of September 11, 2001, Boston College International and Comparative Law Review, Volume 26 (2003), s. 144.

<sup>6</sup> Minoriteten noterar att företrädaren för svensk del på köparsidan var Svenskt näringsliv, vilken organisation måste anses också representera speditörer.

den motivering till den utvidgade panträtten som ges i förarbetena till 15 § kommissionslagen också passar för speditörer. Eftersom § 14 NSAB till sitt innehåll liknar 15 § kommissionslagen, anser domstolen att detta stödjer att NSAB måste anses utgöra handelsbruk.

Det förtjänar att framhåvas att domstolen alltså här använder statlig dispositiv rätt till stöd för ett uttalande att ett privat framförhandlat standardavtal utgör handelsbruk. Retoriskt ser det ut som att domstolen använder det argumentet för att visa att det framvuxna handelsbruket också stämmer överens med mera överlagd stipulerad rätt, vilket kan antas göra en skälighetskontroll överflödigt (jfr formuleringen ”handelsbruk eller annan sedvänja som måste anses bindande för parterna” i 3 § köplagen).<sup>7</sup> Samtidigt uppstår med detta frågan hur handelsbruk och stipulerad dispositiv rätt förhåller sig till varandra samt vilka följder detta ska ha för avtalstolkning.<sup>8</sup> Föregår handelsbruk den stipulerade dispositiva rätten? På vilket sätt ska avvikelser mellan den stipulerade dispositiva rätten och handelsbruk hanteras? Genom en skälighetskontroll enligt 36 § avtalslagen? Här finns öppningar i domskälen vars betydelse måste visa sig i framtida rättspraxis.

#### 4. Norsk praxis: tveksamt stöd

Högsta domstolen stöder sitt resultat åtminstone delvis också på norsk praxis, även om denna praxis i domskälen anförs innan Högsta domstolen gör sin egen prövning enligt svensk rätt. I p. 21 i domen skriver Högsta domstolen:

”I nordisk rätt har Norges Høyesterett bedömt att speditörbestämmelserna, inklusive panträttsklausulen, utgör handelsbruk i kommersiella förhållanden (se Rt-1973-967, Campingvogn-dommen, och Rt-2013-129, Klippfisk-dommen).”

Här framgår alltså ett brett påstående som inkluderar ett smalare påstående. Det är speditörbestämmelserna i deras helhet som sägs enligt norsk praxis utgöra handelsbruk, vilket inkluderar den kopplade panträtten såsom en del av standardvillkoren.

Det framstår som tveksamt huruvida den av domstolen åberopade praxis bär upp påståendet. Båda de norska avgörandena handlar fundamentalt om den kopplade panträtten. I båda fallen gjorde en speditörsfirma i förhållande till ett konkursbo efter en kund anspråk på att vara säkrad genom den kopplade panträt-

<sup>7</sup> Min kursivering. Formuleringen anses enligt förarbetena ge domstolen möjlighet att pröva om handelsbruket eller sedvänjan bör tillämpas; se prop. 1988/89:76 s. 66.

<sup>8</sup> Exempelvis Kurt Grönfors argumenterade ju för den dispositiva rättens förebildsfunktion vid avtalstolkning, jfr Kurt Grönfors: Tolkning av fraktavtal, Sjörettsföreningen i Göteborg, Skrifter 67, Kungsbacka 1989, s. 9 f. och s. 58 ff. (under rubriken Avtalstypen som styrmedel vid tolkningen).

ten såsom den framgår av NSAB. I båda fallen fann Høyesterett detta anspråk vara välgrundat, men detta skedde på grundval av en diskussion som avsåg villkoret om *den kopplade panträtten*, inte NSAB i dess helhet.

I den dom som Høyesterett nämner först (Rf-1973-967; ”speditørdommen”, som parterna i 2013 års avgörande säger) var domstolen enig. Förstvoterande lade till grund ”at man i spedisjonsforhold i alminnelighet praktiserer, og i mer enn 50 år har praktisert, at det i et tilfelle som det foreliggende består en utvidet sikkerhetsrett for speditøren” (s. 971). Här sägs alltså något om det specifika villkoret, inte om avtalet som sådant.

Den formulering som möjligen kunde tas till intäkt för svenska Högsta domstolens tolkning av domen är den som följer därefter:

”Men jeg mener at når det – som her – foreligger innarbeidede bransjeregler, og disse verken kan anses uvanlige eller urimelige – hvilket jeg mener at speditørforbundets regler ikke kan sies å være – må kontrakten i mangel av annen avtale anses inngått på bransjens vanlige vilkår, jfr Gaarder i Tfr-1955-228 flg., særlig side 233, ”Om avisenes annonseavtaler”” (*ibidem*).

Här talas om ”innarbeidede bransjeregler” och ”speditørforbundets regler”. Uttalandet ser alltså ut att avse *hela* NSAB. Förstvoterande fortsätter dock genast:

”Jeg ser det da slik at G. Mathisen Spedisjon A/S, når annet ikke ble sagt, har tilbakeholdsrett også for tilgodehavender som ikke har direkte tilknytning til de 24 campingvogner på lager. Dette bygger jeg – som nevnt – på gjeldende praksis i spedisjonsforhold, idet det vanlige krav til konneksitet – sammenhengen mellom besittelsen og kravet – etter min mening ikke er til hinder for tilbakeholdsrett i et tilfelle som det foreliggende.”

Jag har svårt att tolka dessa uttalanden på något annat sätt än att det är den kopplade panträtten, inget annat, som ansågs utgöra sedvänja. Förstvoterande talar förvisso om att ”speditørforbundets regler” enligt hans mening i brist på avtal om annat måste anses utgöra avtalsinnehåll, men i domens sammanhang framstår detta som ett *obiter dictum* som inte som sådant binder domstolen eller praxis.

I Rt-2013-129 (som svenska Högsta domstolen kallar för ”klippfisk-domen”) var fråga om huruvida det tidigare avgörandet fortsatt kunde anses vägleda praxis i *vad avser den kopplade panträtten*, givet att NSAB omförhandlats och att moderna speditjonsuppdrag är långt mycket bredare än de var 1973. Efter en tolkning av § 14 NSAB och dess betydelse kom Høyesterett in på frågan hur 1973 års dom skulle förstås idag. Förstvoterande uttalade i p. 42 till 44:

”(42) [...] I Rt-1973-967, speditørdommen, la Høyesterett til grunn at dagjeldende NSAB § 16 første ledd ikke var inntatt i avtaledokumentene. Selv om speditøren heller ikke var medlem av speditørforbundet, kom Høyesterett til at det i spedisjonsforhold forelå slik praksis i bransjen at tilbakeholdsrett for eldre fordringer likevel måtte anses som del av avtalen, så lenge ikke noe annet var avtalt. Det ble vist til at en slik praksis hadde bestått i spedisjonsforhold i mer enn 50 år.

(43) Ifølge Rt-1973-967 hviler altså den utvidete tilbakeholdsretten for speditører på sedvane. Dette innebærer at retten kan gjøres gjeldende uavhengig av om den uttrykkelig er inntatt i avtalen mellom partene.

(44) Spørsmålet er så om en utvidet tilbakeholdsrett gjelder som sedvanerett også i dag.”

För mig framstår det som tydligt att det som avses i avgörandena är *den koppelade panträtten*. Jag menar att uttalandena från Høyesterett helt enkelt inte kan tas till intäkt för att *hela NSAB* enligt norsk rätt skulle utgöra sedvanerätt. Nu utgör i och för sig svenska Högsta domstolens påstående i detta avseende endast ett stödargument av måhända mindre betydelse, men Högsta domstolen framställer här, menar jag, norsk rättspraxis på ett felaktigt sätt. Detta är dels i sig anmärkningsvärt, dels underminerar detta enligt min mening styrkan i Högsta domstolens resonemang överlag. Det är, menar jag, lättare att acceptera att det inom speditors- och logistikbranschen gäller en sedvanerättslig regel om kopplad panträtt än det är att acceptera att det vid lagerhållning gäller en globalbegränsning på 500 000 särskilda dragningsrätter<sup>9</sup> i förhållande till samtliga uppdragsgivare (§ 25 NSAB). Norsk högstainstanspraxis gör i detta sammanhang inget motargument.

## 5. Värdering av beslutet

Det är inte helt enkelt att komma till någon entydig värdering av beslutet. I sak är jag böjd att hålla med Högsta domstolen och de utlåtanden på vilka domstolen bygger sitt resonemang. Om det över huvud taget finns *något* standardavtal som kan anses utgöra handelsbruk, torde det vara NSAB. Åtminstone den kopplade panträtten har ett giltigt anspråk på att ytterst vila på handelsbruk. Jag tvivlar dock på det kloka i att göra ett helt standardavtal till ett förkroppsligande av handelsbruk och jag är inte övertygad om att domstolens argumentation håller för granskning. Därtill kommer att jag inte är helt klar över prejudikatvärdet i avgörandet.

Domstolens bedömningskriterier för när ett standardavtal ska anses utgöra handelsbruk är dunkla. Att ett sådant standardavtal behöver ha stadga och utbredning, är okontroversiellt, och tanken att man bör väga in huruvida det finns konkurrerande standardavtal i en bransch är klok. Men där slutar det enligt min mening.

Dels förmår domstolen i sin argumentation inte skilja mellan *standardavtal* och *standardvillkor*. Gäller samma kriterier för båda? När är villkor i olika konkurrerande avtal i samma bransch så lika att de måste anses innehålla samma reglering? Vilken funktion fyller framhävningen av 15 § kommissionslagen

<sup>9</sup> Särskilda dragningsrätter utgör en bokföringsenhet hos Internationella valutafonden.

i Högsta domstolen korta diskussion av bestämmelsen i förhållande till *hela* NSAB som ett standardavtal?

Och hur är det med frågan avseende sättet för avtalets (eller villkorets) tillkomst, den tid som avtalet varit i bruk och balansen i avtalet? Dessa kriterier ser ut att vara skapade i syfte att kunna förklara just NSAB till handelsbruk, då NSAB är ett av de äldsta standardavtalen på marknaden och sedan länge har framförhandlats mellan företrädare för typiska partsintressen. Finns något annat avtal utöver NSAB som passerar nålsögat? Hur länge måste ett standardavtal ha varit i bruk för att vara en kandidat för handelsbruk? Hur mycket kan ett avtal ha förändrats under sin historia? NSAB 1919 har ju ganska lite att göra med NSAB 2015, vilket inte tycks störa Högsta domstolen. NSAB anses ju tydligen ha förändrats ”organiskt”. Men vad betyder det? Hur stora får de organiska utvecklingsstegen vara i förhållande till varandra för att det ska vara tal om samma avtal? Vari ligger handelsbruket?

Här är skillnaden mellan majoriteten och minoriteten klargörande för svårigheterna, om än dessvärre inte för lösningen. Minoriteten anser att NSAB utgör handelsbruk enbart i förhållande till traditionella speditionsuppdrag. Helt bortsett ifrån att det är långt ifrån tydligt vad som utgör ett ”traditionellt speditionsuppdrag”<sup>10</sup>, accepterade alltså minoriteten inte den utvidgning av tillämpningsområdet för NSAB som skedde för sju år sedan. Men hur lång tid behöver enligt minoritetens uppfattning ha gått för att en avtalsändring ska utgöra handelsbruk, den också?

Majoriteten ansåg att ändringen 2015 inte påverkade NSAB:s karaktär av handelsbruk. Det leder till frågan vad det är som majoriteten menar med ”organisk utveckling”: lanserar majoriteten här en motsvarighet till folkrättens *instant custom*? Ska det gälla också vid en totalrevision av avtalet? Innebär den möjlighet som majoriteten ser för att rationalistiskt och genom medveten handling ändra ett standardavtal något för definitionen av handelsbruk? Det verkar ligga i majoritetens sätt att argumentera – ty alla standardavtal utgör inte handelsbruk – att det fortsatt anses finnas utrymme för handelsbruk utanför standardavtalspraxis. Hur stort är det utrymme? Eller är det numera bara skriftliga löften som kan utgöra källmaterial för juridiken? Lever förmögenhetsrätten i marknads beteende eller är den i sin helhet stipulerad genom branschorganisationer och i förekommande fall riksdagen?

Också frågan om balansen i avtalet är besvärlig. Frånvaro av balans i ett avtal brukar ju vara ett problem som löses med tillämpning av 36 § avtalslagen, alltså *efter* avtalsslutet. Om frågan om huruvida ett standardavtal kan anses utgöra handelsbruk åtminstone till dels ska besvaras med hänvisning till hur balanseerat eller obalanseerat avtalet är, ser det dock ut som en förhandskontroll. Följer denna samma kriterier som 36 § avtalslagen? Hur förhåller sig detta till läran om

<sup>10</sup> Jfr Jakob Heidbrink: Logistikavtalet. Allmän kontraktsrätt i transporträttslig miljö, ak.avh., Iustus, Uppsala 2005, avsnitt 3.2 (på s. 35 ff.).

inkorporering av standardavtal? Upplöses beslåktade, men ändå distinkta, regler på området nu i en allmän skålighetsbedömning där det inte är så noga vilken tidpunkt och vilka parter som avses?

Beslutet lämnar (förstås, ty allt kan inte en domstol besvara i ett svep) dessa frågor obesvarade. Men de obestämda kriterierna ger också upphov till en undran om prejudikatvärdet i beslutet.

I grunden är förvisso domstolen enig i bedömningen av huruvida NSAB ska anses utgöra handelsbruk. Majoritet som minoritet anser att så är fallet. Det innebär från det perspektivet att beslutet har högt prejudikatvärde.

Men beslutsmotiveringen utgör i detta avseende en överlappsgårning i förhållande till den fråga som domstolen fick. Frågan i målet var huruvida konkursborgenären hade en kopplad pantrått. Den fråga besvaras i § 14 NSAB och har föga att göra med frågan om speditörens ansvar för lagring enligt § 25 NSAB eller lagval för ett speditiionsavtal. Frågan i målet har inte heller att göra med de ansvarsbegrånsningar som alltså nu utan lagstöd ska anses gålla på speditiions- och logistikområdet, eftersom de tydligt utgör sedvanerått. Domstolens svar är *mycket* bredare än som egentligen behövdes för att avgöra målet. Detta visas också i den korta diskussionen av 15 § kommissionslagen som förekommer i beslutet. Hur stort är prejudikatvärdet i ett beslut som besvarar en fråga som inte stållts och på vilken inget svar var nödvåndigt för att lösa målet? Här spelar också oenigheten mellan majoriteten och minoriteten med avseende inom vilka typer av uppdrag som NSAB över huvud taget utgör handelsbruk roll: är inte den oenigheten så principiell att beslutet i ljuset av att domstolens ledamöter var oeniga tre mot två inte har något större prejudikatvärde?

Sammantaget är jag alltså kritisk, trots att jag i sak inte menar att det är överraskande att just NSAB förklaras utgöra handelsbruk. Domstolen ser mig ut att gapa över för mycket, att inte bara öppna dörren på glånt för att standardavtal i sin helhet i vissa fall kan anses utgöra handelsbruk, utan att sparka upp den så att den hänger i gångjärnen. Det återstår många frågor som måste besvaras innan vi vet vart denna dörr leder.

Fortsåttning lär följa.

*Jakob Heidbrink*