



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Henrik Salomonson Freij

# I villkorens gränsland

En studie om gränserna för friskrivningar i två rättssystem

Examensarbete  
20 poäng

Jean Monnet-Professor Carl-Michael von Quitzow

Avtalsrätt  
Komparativ rätt

HT -02

# Innehåll

<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>1</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>2</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>3</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>6</b>
1.1 I villkorens gränsland.	6
1.2 Syfte	7
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Ord, språk och begrepp	8
1.4.1 Vad är engelskt?	8
1.4.2 Den svenska rätten	10
1.4.2.1 Övrig svensk reglering	10
1.5 Metod och material	11
1.6 Något om språkbehandling	11
1.6.1 Den engelska terminologin	11
1.6.2 Den svenska språkbehandlingen	13
<b>2 BAKGRUND</b>	<b>14</b>
2.1 Olika rättssystem	14
2.1.1 Den kontinentala rätten	14
2.1.2 Den anglosaxiska rätten	15
2.1.3 Den svenska rätten – ett mellanting?	17
2.1.4 En samlad europeisk rätt?	19
2.2 Avtalet som företeelse	19
2.3 Olika typer av friskrivningar	21
<b>3 DEN ENGELSKA AVTALS RÄTTEN</b>	<b>23</b>
3.1 Vad är consideration?	23
3.2 Vad är tillräcklig consideration?	23
3.2.1 Vad är god consideration?	24
3.2.2 Consideration som åligger part enligt lag	24
3.2.3 Consideration som åligger part enligt avtal	26
<b>4 DEN ENGELSKA GRÄNSDRAGNINGEN</b>	<b>27</b>

<b>4.1</b>	<b>Inledande synpunkter</b>	<b>27</b>
<b>4.2</b>	<b>UCTAs tillämpningsområde</b>	<b>28</b>
<b>4.3</b>	<b>Friskrivningens gränser enligt UCTA</b>	<b>28</b>
4.3.1	Allmänt om lagen	28
4.3.1.1	Vad är culpa enligt UCTA?	30
4.3.1.2	Klausuler förbjudna av UCTA	30
4.3.1.3	Klausuler som kan vara tillåtna enligt UCTA	32
4.3.2	Skälighetsprövningen	37
4.3.2.1	Lagens hjälpmedel	37
4.3.2.2	Praxis av skälighetsbedömningen	40
<b>5</b>	<b>DEN SVENSKA GRÄNSDRAGNINGEN</b>	<b>43</b>
<b>5.1</b>	<b>Inledande synpunkter</b>	<b>43</b>
<b>5.2</b>	<b>36 § – förarbetena</b>	<b>43</b>
<b>5.3</b>	<b>36 § AvtL – typfallen</b>	<b>44</b>
5.3.1	Avtalets innehåll	44
5.3.2	Omständigheterna vid avtalets tillkomst	46
5.3.3	Senare inträffade förhållanden	47
5.3.4	Omständigheterna i övrigt	47
<b>5.4</b>	<b>Särskilt om friskrivningar</b>	<b>48</b>
<b>5.5</b>	<b>Oskäligen avtalsvillkor – praxis</b>	<b>49</b>
5.5.1	NJA 1979 s. 483	50
5.5.2	NJA 1979 s. 666	51
5.5.3	NJA1988 s. 230	53
5.5.4	NJA 1989 s. 346	54
5.5.5	NJA 1992 s. 782	56
5.5.6	RH 1988:22	59
<b>5.6</b>	<b>Övrig praxis</b>	<b>60</b>
	Grillkiosken	60
	BABS och Handelsboden	60
	Optionsavtalet	62
<b>6</b>	<b>LEDNING I VILLKORENS GRÄNSLAND</b>	<b>64</b>
<b>6.1</b>	<b>En ledning i svensk praxis?</b>	<b>64</b>
<b>6.2</b>	<b>En ledning i den engelska rätten?</b>	<b>65</b>
<b>6.3</b>	<b>Gemensamma drag i gränsdragningen</b>	<b>66</b>
<b>6.4</b>	<b>Klausulens utformning</b>	<b>68</b>
<b>6.5</b>	<b>Avslutande synpunkter</b>	<b>74</b>
6.5.1	De processuella synpunkterna	74
6.5.2	De materiella synpunkterna	74
6.5.3	De komparativrättsliga aspekterna	75
<b>BILAGA</b>		<b>76</b>

<b>36 § AVTALSLAGEN</b>	<b>77</b>
<b>UNFAIR CONTRACT TERMS ACT 1977</b>	<b>78</b>
<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>92</b>
Offentligt tryck	92
Litteratur	92
<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>94</b>

# Sammanfattning

Uppsatsen, som försöker belysa gränserna för friskrivningar i de engelska och svenska rättssystemen, konstaterar att skillnaderna mellan de båda rättssystemen *materiellt* sett inte är så stora men att vissa *processuella* skillnader finns. Vidare kan konstateras att det inte kan ges några allomfattande generella direktiv angående klausuler som alltid är skäliga enligt både svensk och engelsk rätt, utan endast hänvisning till de omständigheter som verkar i förmildrande eller försvårande riktning. Med Sokrates ord kan man säga att ”*jag vet att jag vet att jag inte vet*”.

Alla friskrivningar är inte heller av ondo. Man kan slå fast att en friskrivningsklausul som vilar på reella överväganden och som tar hänsyn till båda parter alltid är att anse som skäliga.

Skillnaderna mellan de båda rättssystemen ligger på ett processuellt och lagtekniskt plan, men gränsen för vad som är tillåtet i kommersiella avtalsvillkor bör dras, som framkommit i uppsatsens genomgång av praxis vid samma ställe, oavsett vilket lands lag som avtalet styrs av.

# Förord

Denna uppsats har skrivits som ett led i juris kandidatutbildningen vid Lunds Universitet och utgör den avslutande delen. Ämnet har valts till viss del efter uppdrag av Euroline, ett affärsområde inom SEB Kort AB. Jag vill först rikta ett stort tack till min handledare Carl-Michael von Quitzow för hans stöd och hjälp med stort och smått. Ett stort tack också till SEB Kort AB:s bolagsjurist Lars Westin för hjälp med material och moraliskt stöd. Även SEB Enskilda Bankens bankjurist Johan Lycke har bidragit med både material och värdefulla synpunkter och infallsvinklar. Inte heller att förglömma är mamma, som bidragit med skrivmedel – en dator att skriva på när min egen dator gick sönder, och som också varit behjälplig med korrekturläsning.

Slutligen vill jag rikta ett varmt tack till Åsa Persson, som bidragit med både material, främst till den engelska rätten och som genom ständiga påminnelser fått arbetet att gå framåt, även när det känts som mest motigt.

# Förkortningar

AVLK	Lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.
AVLN	Lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare
AvtL	Lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.
DN	Dagens Nyheter
EG	Europeiska Gemenskapen
EU	Europeiska Unionen
FAL	Försäkringsavtalslagen (1927:77)
GU	Generalklausulutredningen, SOU 1974:83
HD	Högsta Domstolen
HovR	Hovrätten
IP-rätt	Internationell privaträtt
JB	Jordabalken
JustR	Justitieråd
KKL	Konsumentköplagen (1990:392)
Ltd	Limited
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avd I
NJA II	Nytt Juridiskt Arkiv, avd II
Prop.	Proposition
RH	Rättsfall från Hovrätterna
SA	Société Anonyme
SAOB	Svenska Akademiens Ordbok

SAOL	Svenska Akademiens Ordlista
SEB	Skandinaviska Enskilda Banken
SkbrL	Lag (1936:81) om skuldebrev
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SvJT	Svensk Juridisk Tidskrift
TR	Tingsrätten
UCTA	Unfair Contract Terms in Trading Act 1977
UK	United Kingdom, bestående av England, Skottland, Wales och Nordirland. Kanalöarna och Isle of Man räknas inte hit, då de lyder direkt under kronan.





# 1 Inledning

## 1.1 I villkorens gränsland.

I stort sett varje avtal idag som skrivs innehåller någon form av friskrivning från ansvar i större eller mindre utsträckning, även om man kanske inte alltid är medveten om det. Ofta ingår dessa villkor som en del av standardiserade avtal, men det är inte bara där som de finns – också för privatpersoners uppkommer frågor om man ska friskriva sig från ansvar, i vart fall vid avtal av mera ingripande typ. I DN:s kolumn ”Fråga juristen” kan man den 22 maj 2003 läsa en fråga från en privatperson som vill friskriva sig från felansvar vid en fastighetsförsäljning. Inte heller är det enbart komplicerade avtal eller avtal av större slag som innehåller friskrivningar. Flera av de vanliga avtal man ingår varje dag eller flera gånger om året innehåller friskrivningar. En vanlig tågresa med SJ eller något annat tågbolag är ett sådant exempel – på biljettens baksida finns hänvisningar till de allmänna villkor som gäller och i vilka man kan läsa om de begränsningar i tågbolagets ansvar gentemot resenären. Samma sak gäller också vid andra resor, såsom flygresor, eller bussturer.

Med jämna mellanrum försöker skojare och bedragare utnyttja friskrivningar för mindre moraliskt acceptabla syften. Under våren 2003 har ett stort antal fakturor gått ut till företag, där de uppmanas att betala vad som ser ut som elräkningar, men som i själva verket är ett erbjudande om information och frivillig betalning. Detta framgår av en finstilt friskrivningstext på fakturan.<sup>1</sup>

Men friskrivningar kan också ha mera legitima syften. Den engelske dramatikern Harold Pinter har träffande sagt att ”*Ett gentlemen’s agreement är ett skriftligt, inte preciserat, ömsesidigt givet löfte som man bryter i hopp om att motparten kommer att hålla det*”. Bland gemene man finns en uppfattning av att ett ingånget avtal skall hållas i enlighet med devisen *pacta sunt servanda*<sup>2</sup>. Verkligheten är dock inte alltid så lik denna regel och vägen till helvetet är kantad av goda föresatser. För att skydda sig själv eller sitt företag tar man i ett avtal in friskrivningsklausuler. Men var går gränsen för en friskrivningsklausul? Hur långt kan man i ett avtal skjuta över risken eller kostnader för oförutsedda händelser på sin motpart utan att riskera att en domstol upphäver eller förändrar avtalet? Dessa frågor är relevanta för varje jurist som skriver eller medverkar vid skrivande av ett avtal. I takt med att europeiseringen och internationaliseringen tilltar, blir frågan inte bara om var den svenska gränsen går utan också var andra rättsordningar sätter stopp för ett allt för långtgående villkor.

---

<sup>1</sup> <http://www.villariks.se/nolog/nyheter1.asp> 2003-07-11.

<sup>2</sup> Avtal skall hållas.

Uppsatsen vill också visa att en friskrivningsklausul inte bara är av ondo. Det finns också en ekonomisk aspekt på friskrivningarna. En bra och rättvist utformad klausul leder till en effektiv allokering av resurserna i samhället och i förlängningen till en effektiv marknad. Friskrivningsklausulen kan förhoppningsvis vara en viss hjälp till att skriva sådana skäliga och effektiva avtal.

## 1.2 Syfte

Syftet med uppsatsen är att jämföra och visa var gränserna för friskrivningsklausuler går i svenska kommersiella avtal mellan ickekonsumenter, dvs. sådana avtal som ingås mellan svenska parter och som styrs av svensk rätt<sup>3</sup> å ena sidan och sådana internationella kommersiella avtal mellan ickekonsumenter å andra sidan, där det är engelsk rätt, såsom den definieras här nedan, som är den styrande rätten.

## 1.3 Avgränsningar

Det förutsätts i uppsatsen att klausulerna har blivit en del av avtalet, dvs. frågor om huruvida en klausul är en del av avtalet eller inte lämnas därhän. Inte heller kommer klausuler som strider mot tvingande rätt att diskuteras mera djupgående. Villkor och friskrivningar i internationella avtal, som är dikterade av bestämmelser i internationella konventioner (som exempelvis Warszawakonventionen som gäller för internationell luftfart, eller Haagkonventionen som behandlar transporträttens avtalsvillkor), ingår inte i uppsatsen.<sup>4</sup> För den svenska delen begränsas utrymmet främst av den s.k. stora generalklausulen - 36 § Avtalslagen - men även den s.k. lilla generalklausulen - 33 § Avtalslagen, kan ha viss bäring. Skillnaden mellan de båda klausulerna kan bäst beskrivas via dess rättsföljder. Om en klausul träffas av 33 § Avtalslagen är rättsföljden ogiltighet - total eller partiell. Dessutom krävs en högre grad av oskälighet – man talar i paragrafen om att det skulle strida mot tro och heder att tillämpa bestämmelsen. Enligt förarbetena<sup>5</sup> är omständigheter som träffas exempelvis kroppslig sjukdom, berusning eller ålderdomssvaghet. Denna uppsats avser dock inte att behandla friskrivningar som träffas eller kan träffas av den lilla generalklausulen.<sup>6</sup> Frågor av internationellt privaträttslig natur, såsom

---

<sup>3</sup> Att två parter som inte har säte i Sverige skulle ingå ett avtal där den svenska rätten skulle vara styrande verkar enligt författarens mening ganska osannolikt, men bara för att något är osannolikt behöver det för den skull inte vara omöjligt. Att två parter med säte i Sverige väljer att annan rätt än den svenska skall vara styrande, verkar heller inte sannolikt. De eventuella IP-rättsliga spörsmålen förbises här.

<sup>4</sup> Det kan f.ö. anses att ett villkor som har sin utformning grundad i en internationell konvention, inte är oskälig, då den varit föremål för förhandling och som därmed har status av likriktare.

<sup>5</sup> NJA II 1915 s. 262

<sup>6</sup> Lilla generalklausulen träffar i sin utformning mer specifika fall, där en part har dragit nytta av sitt överläge på ett otillåtet sätt. Dessutom kräver den för sin tillämpning ond tro hos den överlägsne parten. Även rättsföljden är annorlunda – avtal som faller under 33 § är

lagvalsregler kommer inte att behandlas. Inte heller kommer de konsumenträttsliga aspekterna att behandlas. Vissa nedslag kommer dock, mycket översiktligt att göras. Avtal mellan näringsidkare å ena sidan och staten å den andra, där rättsförhållandet styrs av avtal eller avtalsliknande förhållande förbigås också.<sup>7</sup> Lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare behandlas inte heller, då den främst är inriktad på standardvillkor.<sup>8</sup>

För engelsk rätt är uppsatsen begränsad till UCTA – Unfair Contract Terms in Trading Act 1977, som är den engelska rättens motsvarighet till den svenska 36 § Avtalslagen. Den påminner i sin uppbyggnad också om AVLN (Lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare), men skiljer sig från denna genom att UCTA inte endast är tillämplig på avtal som är standardavtal, utan har ett något bredare tillämpningsområde. Den engelska motsvarigheten till Lagen om avtalsvillkor mellan näringsidkare - AVLN - är Fair Trading Act från 1973. UCTA

## 1.4 Ord, språk och begrepp

### 1.4.1 Vad är engelskt?

För att kunna tala om engelsk rätt, måste först definieras vad som avses med ”engelsk rätt”. I Storbritannien finns flera rättssystem inom civilrätten. Med ”engelsk rätt” avses sålunda den rätt som tillämpas i England och Wales<sup>9</sup>. I Skottland har man en egen rätt som är av mer kontinentalt snitt.<sup>10</sup>

Den här uppsatsen skall inte behandla den engelska kontraktsrätten i stort, utan endast den smala del av kontraktsrätten som berör regleringen av oskäligen avtalsvillkor.

är som lagstiftningsprodukt inte ensam, utan del av ett världsomspännande mönster. Den anses vara en av de största lagstiftningsprodukterna i England sedan Statute of Frauds Act, som kom på 1600-talet. Det centrala i UCTA är dess skälighetsprövning – Test of reasonableness.<sup>11</sup> Detta test innebär att man på ett relativt snabbt sätt kan bedöma om ens villkor kommer att

---

*ogiltiga*, medan man har ett större spektrum av möjliga påföljder i 36 §. Jfr SOU 1974:83 sid. 112 och Adlercreutz 1995 sid. 237 ff.

<sup>7</sup> Ett typfall, även om just det är överspelat, är förhållandet mellan abonnent och Televerket, där rättsförhållandet mellan Televerket och abonnenten var reglerat genom avtal, men där Televerkets avtal i sin tur var beroende av regeringens förordningar. Jfr RH 42:85.

<sup>8</sup> Jfr särskilt 2 § 2 st, som föreskriver att ett villkor endast skall förbjudas av Marknadsdomstolen ”endast om det är påkallat från allmän synpunkt”.

<sup>9</sup> Bogdan 2000, sid 215

<sup>10</sup> Nygren sid. 52

<sup>11</sup> Detta behandlas under 4.3 nedan.

passera en domstolsprövning. Samtidigt har lagen ett inneboende problem – UCTA har inte upphävt tidigare rätt och lagar, utan förväntas fungera tillsammans med dessa. Det utgör förmodligen dock inget större problem – den rätt (eller snarare de ledande rättsfall) som gäller tillsammans med UCTA, skulle sannolikt passera UCTAs prövning. Den är inte heller, vilket kommer att kunna konstateras nedan, ett under av klarhet och precision.<sup>12</sup>

UCTA är tillämplig på två huvudtyper av avtal: avtal mellan näringsidkare, eller som det ibland kallas business to business – B2B, och avtal mellan konsumenter. Dessutom faller avtal mellan två parter, som inte är näringsidkare, in i vissa fall. I det här avseendet liknar den engelska rätten den svenska.

Något skall också sägas om de engelska rättsfallsreferaten. I engelsk rätt läggs större vikt vid de enskilda domarnas motivering än vad som är fallet i svenska rättsfall. I uppsatsen har jag dock valt att, i så stor utsträckning det är möjligt, använda den för svenska läsare mer neutrala varianten ”domstolen uttalade” och liknande uttryck, istället för att namnge de engelska domare som gjort uttalandet. Detta beror främst på en svårighet att värdera tyngden av de enskilda juristernas uttalanden och deras juridiska tyngd, men också för att underlätta för läsaren. I vissa fall har jag dock ändå valt att ange domarens namn, men då främst för att särskilja flera domares skilda uttalanden.

Förutom UCTA finns för konsumenträtten Unfair Contract Terms Regulations 1999 (UCTR) baserat på EG-direktiv 94/83/EG. För näringsidkare innebär denna dubbla reglering att det finns vissa fall som inte faller under UCTA men väl under UCTR. Även direktiv 93/13/EEG har betydelse på konsumenträttens område.<sup>13</sup> Naturligtvis har de EG-rättsliga direktiven och förordningar inverkan också på svensk rätt.

Dessutom finns en uppsjö av rättsfall som genom sin prejudikatverkan sätter gränser för parternas agerande. En del av dessa rättsfall kommer att refereras i denna uppsats.

---

<sup>12</sup> Fifoot sid. 215

<sup>13</sup> Detta direktiv kom att få betydelse i fallet Cofidis SA mot Jean-Louis Fredout (mål C-473/00). Fallet gällde en privatperson som stämts för att han inte uppfyllt villkoren enligt kreditavtalet. Villkoret ansågs i sig vara oskäligt, men franska nationella preklusionsregler gjorde att villkoren inte kunde ogiltigförklaras. EG-domstolen förklarade dock att domstolen ändå skulle tillämpa direktivets bestämmelser. Domstolen har att ex officio granska villkoren och ta till vara konsumentens rättigheter, då konsumenten ofta själv är omedveten om sina rättigheter. Om det fastställs en nationell preklusionsregel för villkor, kan detta leda till rättsförluster för konsumenten. Näringsidkaren behöver då bara vänta på att fristen skall löpa ut och därefter väcka talan mot konsumenten. För att direktivet ska kunna få direkt effekt kan inte nationella processuella regler åberopas som hinder för att fastslå att ett villkor är oskäligt. Se SvJT 2003 sid. 361.

## 1.4.2 Den svenska rätten

Den svenska rätten är här begränsad till lagen 1915:218 om avtal och andra rättshandlingar på avtalsrättens område, nedan kallad Avtalslagen. Uppsatsen kommer endast att beröra dess 36 § - generalklausulen, och den praxis som vuxit fram på området. Det är här främst Högsta Domstolens avgöranden, men i viss mån också Hovrätternas avgöranden då antalet avgöranden om gränserna för friskrivningsklausuler på icke-konsumentsavtal är något begränsad<sup>14</sup>. Även lagens förarbeten kommer att behandlas. . Begreppet näringsidkare avser person, juridisk eller fysisk, som säljer varor eller tjänster i sin yrkesmässiga verksamhet till annan än konsument

### 1.4.2.1 Övrig svensk reglering

Uppsatsen kommer inte att beröra AVLN eller dess konsumenträttsliga motsvarighet AVLK (Lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.) AVLN ger Marknadsdomstolen rätt att förbjuda näringsidkare att använda visst eller vissa villkor i avtal med andra näringsidkare – 1 §. Vid bedömningen av om ett villkor är oskäligt skall ”särskild hänsyn tas till behovet av skydd för den som intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet” – 2 §. Syftet med detta är att stärka små företagens ställning.<sup>15</sup> Förbud skall endast meddelas om det är påkallat från allmän synpunkt – 2 § 2 st. Lagen kommer inte att behandlas i denna uppsats, då dess främsta syfte är att motverka oskäliga avtalsvillkor i *standardavtal*.

AVLK har en liknande uppbyggnad och tas inte upp då den behandlar konsumenträttsliga aspekter. För konsumenträtten finns bestämmelser också i andra lagar, såsom Konsumentköplagen, Konsumenttjänstlagen, Lagen om Distansköp etc. På konsumenträttens område är det framför allt Konsumentombudsmannen som driver utvecklingen framåt.

Övrig svensk reglering av avtalsområdet är mycket diversifierad och beror på vilken typ av avtal som man önskar undersöka. Vissa delar av rätten begränsas av internationella överenskommelser som ovan nämnts. I dessa fall gäller begränsningarna lika både i den svenska och i den engelska rätten, under förutsättning att båda länderna har anslutit sig till de internationella konventionerna i fråga.

I uppsatsen används uttrycken villkor och klausul omväxlande. Ingen skillnad i betydelse mellan de båda uttrycken är avsedd.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Jfr också 5.5 nedan.

<sup>15</sup> Adlercreutz sid. 296.

<sup>16</sup> SAOB [spalt K1166] listar klausul såsom ett ord mer använt i officiella sammanhang. Bonniers synonymordbok (2000) listar dock villkor som synonym till klausul. Annorlunda dock i SAOL 1998, som säger

## 1.5 Metod och material

Materialet för den svenska delen av uppsatsen består främst av förarbeten till den 36 § Avtalslagen och rättsfall men även vissa sekundärkällor har använts, främst Adlercreutz Avtalsrätt I och Håstads Köprätt. För den engelska delen är det i huvudsak Cheshire, Fifoot & Furmstons Law of Contract (cit. Fifoot) som har använts. Även Richard Lawsons handbok ”Exclusion clauses after the unfair contract terms act” från 1979, ingår som material, liksom Duxburys Contract Law. Inledningskapitlets historiska tillbakablick grundar sig främst på Rolf Nygrens uppsats ”Mellan rätt och politik” i SOU 1999:76, och Ditlev Tamms bok ” Romersk rätt och europeisk rättsutveckling”. Sedvanlig juridisk metod har tillämpats.

## 1.6 Något om språkbehandling

### 1.6.1 Den engelska terminologin

Den engelska rätten innehåller ett flertal ord och uttryck som i större eller mindre utsträckning skiljer sig från svensk rätt. Ytterligare andra är gemensamma och några uttryck kan förstås genom att de översatts till sin svenska motsvarighet. För att få en stringens i uppsatsen har jag valt att i partiet om engelsk rätt, genomgående använda svenska uttryck (dock med två undantag - det första för det mycket speciella uttrycket *consideration* som saknar en svensk motsvarighet och det andra för direkta engelska citat, som även i uppsatsens löptext står på originalspråk). I bakgrundsdelen (kapitel 2.1.2) används dock genomgående de engelska originaluttrycken. Då uttrycken dock inte alltid är direkt översättbara, kommer här en kommentar över de uttryck som har översatts.

*Unlawful* – olaglig. I likhet härmed har *unfair* översatts med oskälig, vilket anknyter till den svenska juridikens term för obilliga villkor.

Viss kommentar förtjänar också de två uttrycken *exclusion clause* och *exemption clause*. Båda uttrycken kan översättas med friskrivningsklausul, men de har en inneboende skillnad, vilket visas nedan. Jag har valt att skilja uttrycken åt genom att benämna den första varianten för friskrivningsklausul, och den andra för ansvarsbegränsningsklausul. Översättningen är inte helt bra. Uttrycken förklaras nedan.<sup>17</sup>

*Subpœnaed*<sup>18</sup> förekommer i texten nedan (under 3.2) och har här översatts med uttrycket åläggas. En djupare förklaring av ordets innebörd återfinns också under 2.1.2.

---

<sup>17</sup> Se kapitel 4.1 nedan.

<sup>18</sup> Detta begrepp berördes kort i inledningskapitlet, men innebär att vittnet kallas vid hot om vite eller straff.

Culpa, vilket i svenskt juridiskt språkbruk används för att beteckna oaktsamhet (vårdslöshet) och har här fått bli den svenska benämningen på det som i engelsk rätt benämns *negligence*.

I engelsk rätt skiljer man på inomobligatoriska och utomobligatoriska skadestånd. Skadestånd av det förstnämnda fallet kallas för *contract* och den sistnämnda för *tort*. I uppsatsen används de svenska varianterna av uttrycken.

Det som i löptexten kallas för skälighetsbedömning, heter i sin engelska originalform *test of reasonableness*. Detta uttryck återfinns i UCTA. Närbesläktat med denna term är uttrycket *reasonable care*. I uppsatsen har detta översatts med tillräcklig aktsamhet.

*Other's written standard terms of business* är UCTAs benämning på en viss typ av avtal där förtryckta villkor ingår, liknande standardvillkor i svensk rätt. I UCTA är det ett rekvisit för att avtalet skall omfattas av vissa bestämmelser i lagen och inte vara ett konsumentavtal. I löptexten har detta något otympliga uttryck översatts med det svenska uttrycket standardavtal.

Det anglosaxiska uttrycket "*indemnity*" saknar en direkt svensk motsvarighet. Verbet *indemnify*s lexikaliska betydelse är att trygga, eller skydda någon från skada. En *indemnity clause* är enkelt uttryckt ett avtal om att den ena parten skall hålla den andra skadeslös. I svensk rätt är denna juridiska konstruktion inte ovanligt i avtal om exempelvis immateriella rättigheter.<sup>19</sup> En annan variant i licens- och tjänsteavtal, som inte direkt behandlar immateriella rättigheter, är att parten förbehåller sig rätten att föra vidare eventuella böter eller straffavgifter som motparten åsamkar licensgivaren. Det finns också andra former av avtalsklausuler som är närliggande denna konstruktion och ledning till tillåtligheten av dessa kan man finna också i förarbetena till 36 § Avtalslagen. GU nämner inledningsvis förverkandeklausuler. En förverkandeklausul kan användas vid kontraktsbrott för att förfördelad part skall kunna häva ett kontrakt där motparten inte fullföljt sina åtaganden. Detta var också innehållet i 36 § Avtalslagen innan Lag (1976:185) om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, ändrade detta.<sup>20</sup> I brist på en bra och inte klumpig svensk term, har den engelska termen i uppsatsen, precis som det engelska uttrycket *consideration*, fått behålla sitt ursprungsnamn.

---

<sup>19</sup> En inte helt ovanlig klausul, kan till exempel säga att B är skyldig att hålla A skadeslös, för alla eventuella skador B orsakar A, genom att utåt handla under A:s varumärke, i avtal om marknadsföring, eller s.k. co-branding. Co-branding innebär enkelt uttryckt att två eller i vissa fall flera, aktörer går samman för att gemensamt skapa en produkt att erbjuda tredje man. I avtalet kan beslutas att all marknadsföring av den gemensamma produkten X ska skötas av B, men att B i denna marknadsföring också tillåts använda A:s varumärke.

<sup>20</sup> Lagändringen innebar att de specialregler om förverkandeklausuler som fanns i 36 och 37 §§ AvtL upphävdes och istället kom att omfattas av den nya 36 §. Prop. 1975/76:81 sid.103.



## **1.6.2 Den svenska språkbehandlingen**

Efter ovanstående diskussion om de engelska uttryck som fått en svensk översättning skall endast kort anmärkas något om språket i uppsatsen generellt. Det finns, speciellt vid arbete som det här, där man arbetar med två olika språk, en risk att man vid översättningen väljer ett väl byråkratiskt ord. Jag har i så stor utsträckning som möjligt försökt undvika denna kanslivenkska i uppsatsen, men i vissa fall har specifika termer ansetts nödvändiga, för att nå den grad av precision som krävs i uppsatser i juridiska ämnen.

# 2 Bakgrund

## 2.1 Olika rättssystem

Denna uppsats avser att göra en jämförelse mellan två västeuropeiska rättssystem, vilka sinsemellan är mycket olika - det engelska och det svenska. De tillhör två olika sätt att betrakta rätten, eller mer exakt rättskällorna. Den europeiska rätten<sup>21</sup> kan delas in i två delar, beroende på vilken rättstradition man hyllar; å ena sidan den "kontinentala rätten" – Civil Law, företrädd i Frankrike, Tyskland och Skottland<sup>22</sup>, å den andra den anglosaxiska rätten, Common Law för England, Wales och även Brittiska Samväldet. Även den amerikanska rätten är av Common Law-typ. Den svenska rätten är inte av en utpräglad Civil Law-typ, men har hämtat mycket drag därifrån. Man kan uttrycka det som så, att man har olika syn på rättskällorna. Mycket förenklat kan sägas att kontinentala rätten sysslar mest med den *skrivna rätten*, medan den anglosaxiska rätten sysselsätter sig mer med den *avdömda rätten*.<sup>23</sup> Det här avsnittet avser att ge en kort bakgrund till skillnaderna i rättstänkande i de olika systemen.

### 2.1.1 Den kontinentala rätten

Den kontinentala rätten såsom den definieras ovan, kallades Civil law eller Ius Civile och hade sina rötter i den romerska rätten. Att tala om en europeisk rätt (med de begränsningar som nämnts) är något vanskligt, då detta uttryck riskerar att ge läsaren intryck av att man har haft en rättsordning som var gemensam för hela Västeuropa. Så var inte fallet; systemen vilar däremot på en gemensam grund.<sup>24</sup>

Det är här framför allt stadsrätten som är av intresse, då den medeltida landsrätten präglas av kontinuitet och ett intresse för jorden som den grundläggande stommen i staten. Landsrätten var i stora stycken mycket formalistisk och centrerad kring den centrala utkomsten för landsortsbefolkningen – jorden. Eftersom bondesamhället präglades av en rätt för jorden och dess bestånd kom denna rätt att bli förhållandevis statisk.

Stadsrätten var mer under medeltiden landsrättens totala motsats. Städernas samhällsliv hade helt andra förutsättningar än bondesamhällena. Den

---

<sup>21</sup> Tamm sid.237. Östeuropa gick andra vägar, då kyrkospråket här var grekiska och inte latin. Kyrkosplittningen 1054 kom att ytterligare förstärka dessa skillnader mellan katolska kyrkan å ena sidan, och den ortodoxa kyrkan å den andra.

<sup>22</sup> Tamm sid.287.

<sup>23</sup> Det här är naturligtvis en grov förenkling av verkligheten – även i den kontinentala rätten spelar praxis en stor roll. Ett exempel på att rätten inte enbart utvecklas genom den lagstiftade rätten är EG-rätten, som under flera årtionden växte fram genom EG-domstolens avgöranden.

<sup>24</sup> Tamm sid. 237.

internationella handeln skapade ett behov av lättillgängligt kapital och landsrättens stela regler avseende jorden gjorde att de grupper som hade tillgång till kapital sökte andra, mera lätttrörliga investeringsobjekt. Det är under denna tid som bankerna börjar växa fram, som ett svar på kraven på lättillgängligt kapital. Med upptäckten av nya kontinenter och koloniseringen (och framför allt exploateringen) av den Nya Världen, kom kapitalflödet att spås på i de europeiska städerna. Utvecklingen drev rätten framåt. Bankrätten växte, liksom checkrätten och pantinstitutet, fram ur de avtal som skapades mellan banken och investerare, både på inlåningssidan och på utlåningssidan. Genom avtal skapades också grunden för bolagsrätten. När investerarna ägnade sig åt verksamhet som var så pass omfattande att de vanliga bolagsformerna inte räckte till, kom man avtalsvägen att skapa denna bolagsform där bolagsmännen kunde bytas ut jämförelsevis enkelt. Denna praxis kom att bekräftas och befästas genom domstolarnas dömande. På detta vis uppkom aktiebolaget. Andra exempel på den utveckling som skedde under denna period är transporträtten som är sprungen ur denna kapitalismens "urgryta". Det är denna utveckling av krav från praktikerna och domstolarnas befästande av denna praxis som har kommit att prägla den kontinentala rätten under hela förra årtusendet. Senare kom den kontinentala rätten att utveckla sig åt något olika håll i olika regioner, till stor del beroende på de framväxande nationalstaterna.

En hörnsten i den kontinentala rätten, är förkärleken till stora kodifieringar av lagen. Den första stora kodifieringen kom att göras i Tyska Riket under 1400-talet. Senare har denna sedvana följts av stora, omfattande lagverk, såsom Code Napoléon i Frankrike och Bürgerliches Gesetzbuch i Tyskland. Sverige fick sin egen kodifiering med 1734 års lag.<sup>25</sup>

## 2.1.2 Den anglosaxiska rätten

Den anglosaxiska rätten – common law - kan grovt förenklat sägas ha sin födelse under Henrik II:s regering i England. Henrik var av normandisk härkomst och som sådan präglad av det normandiska sättet att organisera landet. De normandiska herrarna var i numerärt underläge gentemot de anglosaxiska undersåtarna. För att effektivt kunna styra landet kom de att bygga upp en starkt hierarkisk organisation - närmast feodal - med kungen högst upp. Det feodala systemet byggde på ett "herre – vasallförhållande" – kungen överlät ett område till adelsmän för att på så sätt delegera uppgifter - både av militär och av administrativ natur. Dessa adelsmän kunde i sin tur delegera delar av uppdraget till undervasaller. Henrik II gjorde ingen ändring på detta system. Då England sedan tidigare hade en rättstradition som byggde på sedvanerätt, kom de nya herrarna att fortsätta i samma spår. Man tillämpade den rätt som gällde i det lokala området. De små administrativa enheterna, eller länen, kallades "Countys" och styrdes av en "sheriff". Den rätt som gällde i länet var den rätt som gällde för de

---

<sup>25</sup> Se mer 2.1.3 nedan.

anglosaxiska invånarna. Förutom den världsliga rätten som gällde för folket, hade den katolska kyrkan hade ett eget rättssystem, men strukturen liknade i mångt och mycket den feodala strukturen.<sup>26</sup> För feodalherrarna gällde istället den normandiska rätten. Detta ledde till en rörig rättsapparat, om man nu ens kan tala om en sådan.<sup>27</sup> Henrik II kom att ordna och organisera rättsskipningssystemet. Han införde en ny form av domstol – *Curia Regis* - som avgjorde mål som sista instans för hela riket<sup>28</sup> och han införde edsvurna män, valda ur de tvistandes krets för att dessa under ed skulle pröva vad som var sant i målet. Dessa kallades ”jurati” och deras avgörande kallades på latin ”vere dictum” (det sant sagda). Idag känner vi igen det som ”jury” och ”verdict” – det engelska ordet för dom.<sup>29</sup> Juryn ersatte den äldre formen av sanningens utletande – *ordalier* (gudsdomar).

Det hierarkiska systemet med kungen i toppen gjorde denne ytterst ansvarig för att tillse att feodalherrarna inte överträdde sina befogenheter. Om länsherrarna inte fullföljde eller brast i sitt uppdrag gentemot sina undersåtar, var det i slutändan kungen som bar ansvaret för att lösa uppkomna tvister. De underlydande kom att ställa sina klagoskrifter till kungens kansli. Det blev kansliets chef – kanslern – som fattade beslut om huruvida ett klagomål kunde föranleda en utredning. Om man från kansliets sida fann att klagoskriften innehöll något korn av sanning, sändes en skrivelse till sheriffen. Denna skrivelse, ”writ”, innehöll en uppmaning att vidta vissa åtgärder. Det kunde vara en verkställighetsorder, eller ett krav på att sheriffen skulle göra en utredning av fakta i ärendet. Om en klagande kunde utverka en writ, hade han också en medföljande ”right” – genom att sheriffen hade givits en writ, hade den klagande dels en rätt att begära att sheriffen gjorde en utredning, dels också en rätt att, om sheriffen fann att klaganden hade rätt, begära att sheriffen verkställde domen. Den engelska principen om ”no writ – no right” grundlades här. Rättigheten levde alltså inget självständigt liv utan var en följd av kungens skrivelse. I takt med att antalet writs växte kom kansliet att ge de olika typerna av writ latinska namn för att kunna skilja dem åt. För att kunna utverka en rättighet kom man att vid nya fall söka ledning i tidigare writs. För att kunna nå framgång med sitt klagomål kom man att söka ledning i tidigare writs. Man ville helt enkelt ha ett prejudikat och denna prejudikatbundenhet kom att utgöra stommen i common law-systemet.<sup>30</sup> Den engelska rätten kom under

---

<sup>26</sup> Den katolska kyrkan byggde på en strikt hierarkisk ordning, med påven i toppen, som Jesu ställföreträdare. Under denne fanns kurian, som i sin tur hade ansvar för ärkebiskoparna. Dessa var företrädare för en kyrkoprovins, och var överordnade biskoparna. Under biskopen fanns prostarna, som var ledare för ett antal församlingar, ledda av kyrkoherdar. Denna hierarkiska struktur byggde på total lydnad för överordnade och möjliggjorde en effektiv rättsskipning och informations spridning, även till de geografiskt mest avlägsna områdena. Nygren sid. 49.

<sup>27</sup> Uttrycket rättsapparat är något luddigt, men författaren anser att man i uttrycket lägger i vart fall en antydning om att rättsskipningen är någorlunda enhetlig och organiserad med en fast struktur vad gäller instanser, processordning etc. Det kaos som England befann sig i vid denna tid ger snarast intrycket av att det är flera parallella rättsapparater som figurerar.

<sup>28</sup> Tamm sid. 287.

<sup>29</sup> Nygren sid. 55.

<sup>30</sup> Nygren sid. 53-55.

århundradena att utvecklas utan kontakt med den europeiska rätten. Inte förrän på 1700-talet fick de förnyad kontakt.<sup>31</sup> Ironiskt nog var den engelska rätten i grund och botten europeisk rätt – det var europeisk länsrätt som de normandiska herrarna hade importerat och överfört till engelsmännen.

Den engelska rätten kom således att utvecklas genom sin domarkultur. Den engelska rätten har valt att inte kodifiera sin rätt utan låta rättsfallen leda utvecklingen framåt.<sup>32</sup> I England saknas därför också stora kodifieringar och de skrivna lagarna är begränsade till ett minimum. En effekt av denna brist på lagstiftning är att de lagar som väl blir antagna ofta inte är klara och heltäckande, i vart fall inte i ögonen på en jurist som är van vid de svenska lagarna.<sup>33</sup>

### 2.1.3 Den svenska rätten – ett mellanting?

Den svenska rätten var under en lång tid relativt opåverkad av den kontinentala rätten. Det medeltida Sverige levde med gammal lokal sedvanerätt, men under slutet av 1200-talet började lagarna upptecknas, och redan i Upplandslagen från 1296 nämns inflytandet från den romerska rätten.<sup>34</sup> Den svenska rätten tog dock inget starkare intryck av den europeiska rätten under denna tid. När de svenska Hovrätterna inrättas under 1600-talet, först Svea Hovrätt 1614, kom jurister lärda i den romerska rätten återigen in i landet. De kom dock inte att sätta någon större prägel på rätten, och när 1734 års lag var färdig var den mer en kodifikation av äldre rätt, än en produkt av recipierad romersk rätt.<sup>35</sup> Det var först under det sena 1800-talet, med industrialismen som en den moderna avtalsrätten började framträda. Precis som med framväxten av den kontinentala rätten, är det *marknaden* som för rättsutvecklingen framåt.<sup>36</sup>

Den avtalsrätt som gjorde sitt intåg i den svenska rätten under 1900-talets början och som fick sitt främsta uttryck genom avtalslagen 1915, präglades av en stark marknadsliberalism. Man gav parterna mycket fria händer och var mycket restriktivt inställd till att begränsa parternas avtalsfrihet, även om vissa inskränkningar fanns.<sup>37</sup> Så fortlevde rätten under första halvan av 1900-talet, men i samband med byggande av den svenska välfärden, behövdes något andra spelregler för företagen.<sup>38</sup>

---

<sup>31</sup> Tamm sid. 287

<sup>32</sup> England är f.ö. det enda land i Europa som fortfarande saknar en skriven författning.

<sup>33</sup> Jfr Fifoot sid. 215f.

<sup>34</sup> Tamm sid. 277.

<sup>35</sup> Tamm sid. 278.

<sup>36</sup> SOU 1974:83 sid 31.

<sup>37</sup> Här kan, förutom ogiltighetsreglerna i AvL:s 30-38 §§, nämnas lagen 1924:323 om verkan av avtal, som slutits under påverkan av en allvarlig störning.

<sup>38</sup> Man kan spekulera i varför avtalsrätten så långt in under 1900-talet var så rigid, men det ligger (tyvärr) utanför denna uppsats område.

Idag präglas svensk avtalsrätt av en balansgång mellan principerna om avtalsfrihet (uttryckt genom devisen *pacta sunt servanda*<sup>39</sup>) och regler om skydd för svagare part. Dessutom finns vissa andra regler som inte diskuteras i denna uppsats. Här kan nämnas plikt om att ingå avtal, s.k. *kontraheringsplikt* och regler om godtrosvärv<sup>40</sup>. Å ena sidan har man en liberalistisk avtalsrätt som präglas av att marknadens kontrahenter fritt ingår och fritt förfogar över sina avtal och dess innehåll. Å andra sidan finns, vilket visas nedan, en utvecklad skyddsapparat för att jämna ut skillnaderna mellan parterna.

Industrialismens framväxt i Sverige gjorde den äldre handelsrätten med sitt formalistiska och stelbenta regelverk obsolet och den fick ge vika för en ny handelsrätt där parterna på marknaden fritt fick komma fram till avtal som gagnade dem bäst, utan att staten lade sig i. Denna syn får sitt praktiska utlopp i en ovilja hos domstolarna att ingripa i avtal mellan näringsidkare, men mer om detta nedan. Å den andra sidan har man en skyddslagstiftning som avser att skydda en svagare part från att utnyttjas av en större eller starkare part. Denna skyddslagstiftning fanns till viss del redan i den ursprungliga Avtalslagen<sup>41</sup>, men under 1970-talet tar en ny skyddslagstiftning form. Detta var en del av den Svenska modellen, och det välfärdsbygge som Sverige var mitt uppe i.<sup>42</sup> De konsumentskyddslagar som var del av välfärdsbygget, dvs. Konsumentköplagen (KKL)<sup>43</sup> Konsumentkreditlagen (KRL), Konsumentförsäkringslagen (KFL), Distansköplagen,<sup>44</sup> Lagen (1974:8) om rättegång i tvistemål för mindre värden etc.<sup>45</sup>, tillkom alla under den svenska välfärdsstatens höjdpunkt. Också skadeståndsrätten, med ett generöst ersättningssystem var uttryck för välfärdsstatens utveckling.<sup>46</sup>

Svensk avtalsrätt är också en kompromiss mellan den kontinentala vägen, främst den tyska med sin *Handelsgesetzbuch*, där en *Codex*<sup>47</sup> utgör en fullödig men samtidigt också begränsande definition av lagens rāmärken, och den anglosaxiska rätten där domstolarnas praxis både har lett rättsutvecklingen och fyllt ut lagens luckor. Den för den här uppsatsen viktigaste svenska avtalsfrihetsinskränkningen, 36 § AvtL är tillkommen i ett försök att ge domstolarna ett större utrymme och möjligheten att genom sin praxis påverka rättsutvecklingen. Främst är dock lagändringen tillkommen i syfte att skydda konsumenter. Redan i utredningen uttalades

---

<sup>39</sup> Jfr ovan 1.4.2

<sup>40</sup> Observera att reglerna om godtrosvärv i lagen Lag (1986:796) om godtrosvärv av lösöre, är ändrade från den 1 juli 2003. Hultmark sid 10.

<sup>41</sup> Jfr 33-37 §§ Avtalslagen i sin lydelse innan 1976.

<sup>42</sup> Jfr SOU 1974:83 sid. 196.

<sup>43</sup> Lag 1973:877 trädde i kraft 1 januari 1974.

<sup>44</sup> Distansköplagen har ersatt Hemförsäljningslagen som infördes i samband med den övriga konsumentskyddslagstiftningen.

<sup>45</sup> En avlägsen släkting till konsumentskyddslagarna, men som ändå har för avsikt att skydda den enskilde mot en starkare part, är lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet och de därmed sammanhängande sociala skyddslagarna.

<sup>46</sup> Kleineman i SvJT 2003 sid. 321.

<sup>47</sup> Codex – kodifierat lagverk.

att det primära syftet med den nya generalklausulen var att komma åt avtal där en konsument drabbades av ett villkor som kunde slå ovanligt hårt. I de generalklausuler som fanns att tillgå vid utredningens tillkomst – främst 8 § SkbrL, men också 8 § 1 st Avbetalningsköplagen (1915:219)<sup>48</sup>, 34 § FAL, 9 § lagen om rätten till arbetstagares uppfinningar, 29 § Upphovsrättslagen, 8 kap 27 § och 12 kap 64 § JB – var rättsföljderna olika och kraven för att de skulle kunna användas var oftast ett kvalificerat rekvisit – villkoret skulle vara *uppenbart otillbörligt* eller *obilligt*.<sup>49</sup> Konstruktionen med en generalklausul var således inte helt främmande för den svenska rättstillämpningen, låt vara att dessa var ganska specialiserade.

Idag finns också EG-rätten som en del av den svenska rätten. För avtalsvilkorens del är det inte några större förändringar som skett, bortsett från införlivandet av Direktiv 93/13/EEG om oskäligen villkor i konsumentmål, vilken numera återfinns i Lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.<sup>50</sup> Detta kommer dock inte att tas upp i uppsatsen.

## 2.1.4 En samlad europeisk rätt?

Det ligger utanför uppsatsens ram att närmare undersöka om en mer enhetlig europeisk avtalsrätt är möjlig, men senare i uppsatsen kommer reflexioner att göras över skillnader och likheter i de två jämförda systemen. Det är i samband med detta naturligt att diskutera vilka möjligheter som finns till en total harmonisering senare.<sup>51</sup> En jämförelse mellan de båda beskrivna rättssystemen är en naturlig följd och återfinns i kapitel 6.4 nedan. Uppsatsen avser inte att behandla internationella konventioner. För EG-rätten är påverkan relativt marginell. Den påverkan som EG-rätten har för avtalsrättens del, är den påverkan som principerna om de fyra friheterna<sup>52</sup> har, dvs. att en friskrivningsklausul får inte ha som direkt eller indirekt effekt att den påverkar eller hindrar dessa.<sup>53</sup>

## 2.2 Avtalet som företeelse

Avtal lär ha funnits och ingåtts så länge det har funnits skillnader i tillgångar mellan människor och så länge vi har kunnat kommunicera med varandra. Ett avtal är ett uttryck för ett ”förverkligande av privata initiativ”.<sup>54</sup> Tillgångar används här i en mycket vid bemärkelse – här avses

---

<sup>48</sup> Upphävd genom lag (1978:599) om avbetalningsköp mellan näringsidkare.

<sup>49</sup> SOU 1973:83 sid. 112.

<sup>50</sup> Prop. 1994/95:17

<sup>51</sup> Jfr ovan angående Cofidis SA mot Jean-Louis Fredout.

<sup>52</sup> Fri rörlighet för personer, tjänster, kapital och varor.

<sup>53</sup> EG-rätten har mest sysselsatt sig med de konsumenträttsliga perspektiven och inte särskilt mycket för specifika avtalsrättsliga frågor.

<sup>54</sup> Adlercreutz sid. 14.

inte bara materiella tillgångar utan också intellektuella färdigheter. Dessa avtal bör ha ingåtts relativt formlöst. Syftet med avtalen lär, i vart fall i de flesta fall, ha varit att öka bägge parter rikedom eller välstånd. Den andra delen av avtalet som man bör peka på är frivilligheten. Det skulle leda för långt att gå in i spekulationer om avtal kan ingås utan frivillighet, men en grundtanke för avtal är att de ingås frivilligt, i vart fall i större eller mindre utsträckning. Denna avtalsfrihet är grunden till ett liberalt marknadssamhälle, men lär ha funnits också i socialistiska ekonomier.<sup>55</sup>

Ett avtal kan definieras som en frivillig uppgörelse eller överenskommelse mellan minst två parter med ett bestämt innehåll.<sup>56</sup> Inom den svenska doktrinen framhåller Lindgren att ett avtal som ett instrument för ”omedelbara eller framtida dispositioner av egendomsresurser”.<sup>57</sup>

Adlercreutz<sup>58</sup> betraktar avtal som ett instrument vars främsta (men inte enda) uppgift är att vara den ekonomiska omsättningen till gagn. Sådana avtal finns i flera skiftande former, både till längd och till innehåll. Ett avtal kan vara snabbt avklarat, såsom ett vanligt köp i en affär, eller en del av en längre relation som ett bankkonto eller ett kreditkort. Ett avtal kan också ha till syfte att reglera de rättsliga mellanhavanden mellan två parter, oftast har förhållandena då en mera varaktig status än shoppingexemplet. Typiska avtal av detta slag är hyresavtal, arrendeavtal och anställningsavtal. Samtliga dessa avtal innebär också ett utbyte av prestationer, omedelbart eller senare, kontinuerligt eller momentant.

En annan typ av avtal är kollektivavtalet, som inte direkt reglerar ett rättsförhållande utan sätter upp gränser och ramar, applicerbara på vissa rättsförhållanden, vilka parterna har att röra sig inom. Dessa avtal innebär inte något direkt utbyte av prestationer utan är mer ett styrmedel.<sup>59</sup> Till denna grupp bör man också kunna räkna frivilliga branschöverenskommelser.<sup>60</sup>

En tredje form av avtal är avtal på associationsrättens område, som används för att skapa associationer som liknar, men ändå inte har något av de av lagen givna formerna. Stjernqvist kallar dessa avtal för organisatoriska avtal.<sup>61</sup> Joint venture-avtal torde vara ett sorts avtal som kan sortera under denna etikett.

---

<sup>55</sup> Adlercreutz sid. 14.

<sup>56</sup> Man kan naturligtvis tänka sig att ingå ett avtal med sig själv. Ett inte helt ovanligt avtal som man kan tänkas ingå med sig själv är att förändra sin livsstil, att börja jogga, banta eller sluta röka. Om det i detta fall är ett avtal mellan två parter eller entiteter faller utanför juridikens område, men kan vara intressant att peka på som ett exempel på avtal som faller utanför den gängse ramen.

<sup>57</sup> Lindgren, Magnusson & Stjernquist, sid. 53.

<sup>58</sup> Adlercreutz sid. 13 1995

<sup>59</sup> Adlercreutz sid. 13.

<sup>60</sup> Så i vart fall enligt förf:s åsikt.

<sup>61</sup> Adlercreutz sid. 14.



Som ovan nämnts är avtalet ett sätt att ge uttryck för ett personligt förverkligande. Men avtalets uppgift är inte enbart att visa på en vilja att förverkliga något. Det är också ett sätt att mellan två (eller flera) parter fördela ansvar och risk för det eller de projekt som man avser att medverka i.<sup>62</sup> Det är till största delen upp till parterna själva att besluta om hur avtalet skall se ut och vilka begränsningar som finns, men helt upp till parterna är det inte, i vart fall inte numera. Det finns i rätten spärrar, satta till skydd för svagare part, som förhindrar att en part utnyttjar sin dominerande ställning för att vinna fördelar på den andra partens bekostnad.

Eftersom avtal idag träffas mellan parter som befinner sig i olika länder är det också inte ovanligt att man i de internationella avtalen också avtalar om vilket lands lag som skall styra avtalet, en s.k. prorogationsklausul, eller lagvals-klausul.<sup>63</sup> Detta innebär att man genom detta också ”köper” det utpekade landets rättssystem, låt vara i större eller mindre utsträckning. Ofta låter man skiljemän eller ett skiljeförfarande träda istället för landets domstolar.

Den svenska och den engelska avtalsrätten skiljer sig på ett väsentligt sätt, nämligen i synen på frågan när avtalsbundenhet uppstår. Inom svensk rätt är det läran om anbud och accept som är grundläggande. I den engelska rätten är det istället principen om *consideration* som avgör om ett avtal anses ingånget eller inte. En kortare genomgång av institutet kommer nedan under kapitel 3. Den engelska kontraktsrätten har en annan bakgrund än den svenska och har också en något annorlunda rättskällelära. Den bygger, precis som den svenska rätten, på avtalsfrihet men den har få lagar som begränsar dess tillämpning. Avtalsrättens gränser har istället vuxit fram genom rättsfallens utveckling. En stor förändring inom den engelska kontraktsrätten var därför införandet av en stor lagstiftningsprodukt – UCTA.<sup>64</sup> Genom denna lag har man försökt att kodifiera och strukturera upp de gränser som rätten har satt för olika typer av avtalsvillkor. Lagen har också pedagogiska syften. Det blir lättare för icke-jurister och då främst konsumenter, att förstå och känna till sina rättigheter om begränsningarna finns i en lag, än om man måste kunna de enskilda rättsfallen. Lagen har dock inte upphävt tidigare avgöranden – se vidare 1.4.1 ovan.

## 2.3 Olika typer av friskrivningar

Något skall också sägas om de olika typer av friskrivningsklausuler som kommer att nämnas. Det saknas både i den engelska och i den svenska rätten någon generaldefinition av friskrivningsklausuler, även om de svenska förarbetena tar upp detta<sup>65</sup>. Istället tycks dessa ha utvecklats genom praxis och det verkar heller inte ha ansetts nödvändigt att införa någon

---

<sup>62</sup> Man kan argumentera för att ett avtal endast är ett sätt att reglera risken i det/de projekt man avser att gå in i.

<sup>63</sup> Bogdan sid 119

<sup>64</sup> Denna återfinns i bilagan.

<sup>65</sup> Se vidare 5.4 nedan.

speciell legaldefinition av dessa. Ovan har diskuterats *indemnity clauses* och dessa kommer därför inte att beröras mer i detta kapitel. En annan typ av friskrivning är *ansvarsfriskrivning*, dvs. en klausul som, antingen generellt eller med detaljerad uppräknning söker frånta företaget i fråga ansvar för vissa typer av skador. Ett mycket vanligt exempel på sådan friskrivning är anslag riktade till en större allmänhet, exempelvis vid byggarbetsplatser eller i simhallar, där entreprenören eller ägaren fråntar sig skadeansvaret och istället lastar detta på målsmän eller den enskilde. Denna typ av friskrivningar kan ifrågasättas på flera plan, men då den framför allt riktar sig till konsumenter och enskilda personer, förbigås problemställningen i denna uppsats.<sup>66</sup>

Friskrivning kan också gälla en begränsning av ersättningsskyldighet till visst belopp. Ofta blir detta en begränsning till köpesumman,<sup>67</sup> eller till visst fixt belopp. En sådan klausul kan kallas för en *beloppsbegränsningsklausul*.

---

<sup>66</sup> Det som man kan diskutera när det gäller denna typ av friskrivningar är dels dess målgrupp, dels dess omfattning.

<sup>67</sup> Jfr 4.3.2.2 nedan.

## 3 Den engelska avtalsrätten

Den engelska avtalsrätten skiljer sig i vissa avseenden från den svenska, dels genom sin rättskällelära och dels genom vissa typiskt engelska företeelser som helt saknas i den svenska rätten. En av dessa är det engelska konceptet *consideration* vilket kort ska introduceras i detta kapitel. I det efterföljande kapitlet ska regleringen om friskrivningar presenteras.

### 3.1 Vad är consideration?

En speciell engelsk kontraktsrättslig konstruktion som skiljer sig från den svenska är principen om *consideration*. Definitionen av *consideration* är inte helt lätt. Man kan likna det vid ett utbyte av likvärdiga prestationer så att ett avtal uppkommer.<sup>68</sup> Man skiljer i engelsk rätt på *executed* och *executory consideration*. Den förra avser ett utbyte som sker mot en handling av motparten, den senare vid ett motsvarande löfte. Exempel på det första slaget av *consideration* är en utfästelse om ett visst utbyte vid en särskild händelse. Antag att A:s hund springer bort och A utlovar en belöning om £ 50 till den som hittar hunden, har A gjort ett anbud om ingående av avtal. Om B hittar hunden och återför hunden till A kommer B acceptera A:s anbud och hans återförande utgör då *consideration* för avtalet. Ett exempel på den senare varianten – *executory consideration* – är ett köpeavtal mellan A och B om kredit. När själva avtalet ingås har inga prestationer utväxlats, utan transaktionen ligger i framtiden. *Consideration* utgår från den som är avtalspart, inte tredje man, vilket är fastslaget i rättsfallet *Price v. Easton*, där domare Wightman uttalade att ”*no stranger to the consideration can take advantage of a contract, although made for his benefit.*”<sup>69</sup>

### 3.2 Vad är tillräcklig consideration?

Efter att helt kort ha berört frågan om vad *consideration* kan sägas vara<sup>70</sup>, ska också beröras vad som kan sägas utgör tillräcklig *consideration*. Inom den engelska rätten talas om *adequacy of consideration*. Enligt denna princip är det inte domstolens sak att fråga om prestationens lämplighet som ersättning för det avtalade objektet eller tjänsten. Parterna anses själva vara kapabla att mäta prestationernas värde och se till att det råder balans dem emellan. Däremot måste den utlovade prestationen ha någon form av värde

---

<sup>68</sup> Fifoot sid. 88.

<sup>69</sup> Fifoot sid. 86

<sup>70</sup> Det ligger utanför uppsatsens huvudämne att mera ingående diskutera de olika delarna av *consideration*, och jag har medvetet uteslutet diskussionen om skillnaderna mellan *past consideration* och *executed consideration*.

– att enbart utlova sin eviga kärlek eller ett avhållande från att gnälla är inte sådant som kan ges ett visst värde.<sup>71</sup>

### 3.2.1 Vad är god consideration?

Det är ibland oklart vad som är att anse som god *consideration*. Ett speciellt fall är *Chappel & Co v. Nestlé Co Ltd*<sup>72</sup>. Fallet gällde en firma som ägde upphovsrätten till en låt som hette "Rockin' shoes". Musikfirman gjorde skivor och sålde dessa till Nestlé för 4 pence styck. Nestlé sålde i sin tur vidare dessa skivor till konsumenter för 1 shilling 6 pence, men krävde samtidigt att man köpte tre chokladkakor för 6 pence styck och skickade in omslagspappret till Nestlé. Nestlé slängde dessa papper – deras enda syfte med kampanjen var att göra reklam för sin choklad - men de gjorde också en förtjänst på skivförsäljningen. Chappel, som ägde upphovsrätten, stämde Nestlé för upphovsrättsintrång. Nestlé försökte förlita sig på en bestämmelse i Copyright Act 1958, där en person kan tillverka skivor om syftet är att sälja dem vidare och denne betalar royalty till upphovsrättsinnehavaren. Denna royalty skulle basera sig på återförsäljningspriset. Nestlé var villiga att betala royalty på 1 shilling 6 p, men Chappel vägrade. De menade att detta bara var en del av priset för skivan och att även chokladen skulle ses som en del av kundens motprestation (*consideration*). House of Lords gav Chappel rätt. Domstolen uttalade angående chokladens egenskap av *consideration* "[ - - ] A contracting party can stipulate for what consideration he chooses. A peppercorn does not cease to be good consideration if it is established that the promisee does not like pepper and will throw away the corn."<sup>73</sup>

### 3.2.2 Consideration som åligger part enligt lag

*Consideration* kan däremot inte vara ett löfte om att göra något som redan åligger parten genom lag eller annan föreskrift.<sup>74</sup> I *Collins v. Godfrey*<sup>75</sup> hade käranden ålagts att vittna i en rättegång där svaranden var processande part. Käranden hävdade att han blivit utlovad sex guineas för besväret. Lord Tenterden fann att detta avtal saknade *consideration*. "If it be a duty imposed by law upon a party regularly subpoenaed, to attend from time to time to give his evidence, then a promise to give him remuneration for loss of time incurred in such attendance is a promise without consideration."<sup>76</sup>

I *Glasbrook Bros v. Glamorgan County Council*<sup>77</sup> gällde fallet skyddet av en kolgruva under en strejk. Polisledningen ansåg det tillräckligt med bara poliser, men kolgruveledningen ansåg att en vakt skulle finnas vid gruvan.

---

<sup>71</sup> Fifoot sid. 95

<sup>72</sup> [1960] AC 87

<sup>73</sup> [1960] AC 87, [1959] 2 All ER 70

<sup>74</sup> Fifoot sid. 92

<sup>75</sup> [1831] 1 B & Ad 950

<sup>76</sup> Fifoot sid. 98.

<sup>77</sup> [1925] AC 270

Man kom till slut överens om att sätta upp en vakt till en kostnad av £ 2 200. När polisen krävde gruvbolaget på pengar, vägrade de att betala med hänvisning till att det saknades *consideration*. House of Lords gav dom till förmån för polisen. Visserligen hade polisen en skyldighet att ge skydd men polisen hade också rätt att själva besluta om vad som var tillräckligt skydd. En begäran om utökat skydd var i sig *consideration* tillräcklig för ersättning.

I *Harris v. Sheffield United Football Club Ltd*<sup>78</sup> hävdade Sheffield United fotbollsklubb samma princip som i Glasbrook-fallet, för att slippa betala för polisbeskyddet. Polisen hade enligt lag en skyldighet att upprätthålla lag och ordning. Domstolen (Court of Appeal) förklarade dock att så inte var fallet. I Glasbrook var behovet av skydd påkallat av omständigheter utanför parternas kontroll – de kunde inte avblåsa strejken. I Sheffield-fallet hade fotbollsklubben själv valt att lägga matchen på en lördag, då stora grupper skulle kunna se matchen och det därmed följde större risk för upplöpp och oordning. Sheffield fick då också stå för de extrakostnader detta innebar i form av inkallade helgediga poliser.

Ett tredje fall, där frågan om *consideration* och lagstadgad plikt uppkom, är *Ward v. Byham*<sup>79</sup>. En man och en kvinna levde tillsammans utan att vara gifta mellan 1949 och 1954. 1950 födde kvinnan ett barn. 1954 slängde mannen ut kvinnan, men behöll barnet hos sig. Kvinnan skrev till mannen efter några månader och bad om att hon skulle få ha barnet hos sig. Mannen svarade att han kunde gå med på detta och betala £ 1 i veckan, om kvinnan 1) kunde bevisa att barnet skulle få bra tillsyn och vara lyckligt<sup>80</sup> och 2) att barnet självt skulle få välja om hon ville bo hos modern eller inte<sup>81</sup>. Kvinnan tog sen barnet och mannen betalade den överenskomna summan under sju månader, till dess att kvinnan gifte sig. Mannen upphörde då att betala och kvinnan stämde honom för kontraktsbrott. Mannen hävdade att det saknades *consideration*. Enligt engelsk lagstiftning<sup>82</sup> skulle en mor till ett utomäktenskapligt barn själv stå för kostnaderna, och därför hade modern enbart gjort det som ålåg henne enligt lagen. Domstolen (Court of Appeal) dömde till kvinnans fördel. En majoritet ansåg att kvinnan hade gjort mer än sin plikt, eftersom hon hade uppfyllt kraven i mannens brev – barnet skulle både få bra tillsyn och vara lyckligt *och* (min kursivering) själv välja var det ville bo. Detta ansågs vara tillräcklig *consideration* för att mannen skulle betala.

---

<sup>78</sup> [1988] QB 77, [1987] 2 All ER 838.

<sup>79</sup> [1956] 2 All ER 318, [1956] 1 WLR 496

<sup>80</sup> "Prove that she will be well looked after and happy" – Fifoot sid. 99.

<sup>81</sup> "That she is allowed to decide for herself whether or not she wishes to live with you" – Fifoot sid. 99.

<sup>82</sup> Section 42 i National Assistance act of 1948

### 3.2.3 Consideration som åligger part enligt avtal

Ytterligare en variant av problematiken kring *consideration* är när en plikt åligger en part enligt avtal<sup>83</sup> – *consideration* kan så att säga inte intjänas två gånger. I *Stilk v. Myrick*<sup>84</sup> stämde två sjömän för att få ut extra lön som de skulle ha tjänat in under en resa mellan Östersjön och London. Skeppet hade förlorat två sjömän som deserterat och kaptenen hade utlovat extra lön om det resterande manskapet kunde få hem skeppet utan extrapersonal. Domstolen menade på att det saknades *consideration* för den påstådda lönen eftersom sjömännen genom sina kontrakt redan var bundna att klara av skeppets nödlägen. Deras jobb med att få hem skeppet var endast en del av deras vanliga arbete.

Begreppet *consideration* har fler aspekter än här återgivet, men det skulle leda för långt att alltför mycket gå in på de detaljaspekter på begreppet som finns.

---

<sup>83</sup> Det finns andra varianter av detta, såsom när fråga är om det är tillräcklig *consideration* att lova part något som man enligt avtal med tredje man är skyldig. Denna diskussion är dock medvetet utesluten.

<sup>84</sup> (1809) 2 Camp 317

# 4 Den engelska gränsdragningen

## 4.1 Inledande synpunkter

Den engelska kontraktsrätten har, som nämndes i inledningskapitlet en helt annan bakgrund än den svenska och har därför en något annorlunda rättsskälrelära. Den bygger, precis som den svenska rätten på avtalsfrihet, men den har få lagar som begränsar dess tillämpning. Avtalsrättens gränser har istället vuxit fram genom rättsfallens utveckling. En stor förändring inom den engelska kontraktsrätten var därför införandet av lagstiftningsprodukten UCTA. Genom denna lag har man försökt att kodifiera och strukturera upp de gränser som rätten har satt för olika typer av avtalsvillkor. Lagen har också pedagogiska syften. Tanken är att det ska bli lättare för icke-jurister - och då främst konsumenter - att förstå och känna till sina rättigheter om begränsningarna finns i en lag, än om man måste kunna de engelska rättsfallen. Lagen har dock inte upphävt tidigare avgöranden.<sup>85</sup>

När man pratar om friskrivningsklausuler måste man skilja på de olika typer som finns. Man skiljer på *Olagliga friskrivningsklausuler* och *Oskäliga friskrivningsklausuler*.<sup>86</sup> Till den förra gruppen hör villkor som strider mot tvingande rätt. Till den senare gruppen hör villkor som inte är lagstridiga, men som genom sin utformning eller tillämpning är att anse som oskäliga eller obilliga. UCTA är tillämplig på båda typer av avtal. Dessutom finns det möjligheter att komma till rätta med avtalsvillkor genom avtalstolkning. Här skall inte djupare gås in på detta, utan endast nämnas några principer som kan tillämpas. Genom tolkning kan nämligen frågan om ett villkor har blivit en del av avtalet avgöras.<sup>87</sup> Villkoret måste ha tydliggjorts för motparten. Ett exempel på detta erbjuder fallet *Olley v Marlborough Court Ltd*<sup>88</sup>. Ett gift par ankom till ett hotell som gäster och betalade för en veckas vistelse i förskott. De gick upp till sitt hotellrum, och på insidan av dörren fanns en skylt som talade om att hotellet inte ansvarade för gästernas värdesaker, såvida dessa inte hade överlämnats till förvaring hos hotellvärdinnan. Fruen lämnade sina pälsar på rummet, stängde dörren och lämnade nyckeln i receptionen. När paret kom tillbaka till rummet var pälsarna stulna, genom att en tredje person hade hämtat ut nyckeln i receptionen. Hotellet vägrade ersätta kvinnan för förlusten och hänvisade till regeln på hotellrummet. Domstolen (Court of Appeal) ansåg dock att regeln, även om den var en del av avtalet, inte var tillräckligt precis för att täcka kärandens culpa. Domarna Singleton och Denning ansåg inte ens att

---

<sup>85</sup> Fifoot sid. 169

<sup>86</sup> Jfr Lawson 1978 passim.

<sup>87</sup> Denna möjlighet finns även i svensk rätt.

<sup>88</sup> [1949] 1 KB 532, [1949] 1 All ER 127.

friskrivningen hade blivit en del av avtalet, eftersom detta slöts när gästerna checkade in och betalade.<sup>89</sup>

Det gäller också att skilja på olika klasser av friskrivningar inom gruppen av oskäliga klausuler. Det finns friskrivningar som begränsar parts ersättningsskyldighet för motpartens skada och sådana som begränsar ansvar till vissa typer av skador, vilka här benämns ansvarsbegränsningsklausuler<sup>90</sup>.

Kapitlet är disponerat så, att först ges en generell genomgång av UCTAs tillämpningsområde och därefter den speciella skälighetsprövning som finns i Schema 2 av UCTA. Kapitlet avslutas med en kort genomgång av en del av den praxis som finns vad gäller denna skälighetsprövning. Denna genomgång gör inte några anspråk på att vara fullständig.

## 4.2 UCTAs tillämpningsområde

UCTA har två tillämpningsområden - dels för konsumentavtal och dels för avtal mellan näringsidkare. Den konsumenträttsliga delen kompletteras av UCTR, Unfair Contract Terms Regulation 1999. Den förbises dock i denna uppsats.<sup>91</sup>

UCTA har ingen strikt dragen gräns mellan de delar som gäller konsumentavtal och de som gäller icke-konsumentavtal. Istället får man för varje enskild paragraf (eller sektion som de indelas i i UCTA), se huruvida regeln är tillämplig endast i det ena eller det andra, eller för den delen i båda typerna av avtal. Olika delar av UCTA gäller olika typer av avtal. Nedan kommer mer ingående gås igenom de olika delar som har bäring på friskrivningsklausuler i kommersiella avtal.

## 4.3 Friskrivningens gränser enligt UCTA

### 4.3.1 Allmänt om lagen

Namnet på lagen är i sig något missvisande. Den behandlar inte samtliga friskrivningar, utan begränsar sig till vissa ansvarsfriskrivningsklausuler.<sup>92</sup> Inte heller ger lagen en generaldefinition på vad som avses med en friskrivningsklausul, eller en oskälig klausul.

---

<sup>89</sup> Fifoot anmärker i en not (nr 1 sid. 174) att utfallet hade kunna bli annorlunda om gästerna först bott en natt och därefter bestämt sig och betalat för ytterligare en natt, då man i ett sådant fall hade kunnat anse att det fanns en form av sedvana eller tidigare avtal mellan parterna och att den aktuella klausulen då hade varit eller kunnat bli en del av avtalet.

<sup>90</sup> Jfr ovan 1.6

<sup>91</sup> Uppsatsen behandlar inte konsumenträttsliga aspekter av friskrivningar – se kapitel 1.3.

<sup>92</sup> Fifoot sid. 197



Gränsen för klausulerna dras inte heller på ett generellt sätt. Vissa klausuler anges vara ogiltiga i sig. Man talar därför om *ogiltiga klausuler*. Uttrycket antyder att klausulen i sig inte är olaglig, men att den är utan effekt<sup>93</sup>. Andra klausuler anses vara giltiga om de klarar ett rimlighetstest, eller annorlunda uttryckt – en skälighetsbedömning. Med hjälp av ett schema kan vissa klausuler underkastas en skälighetsprövning för att se om de kan stå kvar.

UCTA är indelad i tre olika delar, som gäller för olika delar av Storbritannien. Del 1 (Part 1) gäller för England, Wales och Nordirland. Del 2 gäller för Skottland och del 3 gäller för samtliga delar av Storbritannien. Eftersom skotsk rätt inte är en del av den här uppsatsens fokusområde, kommer jag inte att behandla del 2.<sup>94</sup>

I del 1 (Part I), definieras *culpa*. Detta gäller både inomobligatoriskt och utomobligatoriskt<sup>95</sup>. Mer om detta i 4.3.1.1 nedan.

I sektion 1, paragraf 2 till 7, konstateras att dessa enbart är tillämpliga på kommersiellt ansvar som definieras som ”*ansvar för ansvarsbrott eller åligganden som grundar sig - a) på handlingar utförda eller som ska utföras av en person i en näringsverksamhet (oavsett om denna är hans egen eller någon annans)); och b) från utnyttjandet av utrymmen som används i nyttjarens näringsverksamhet*”.<sup>96</sup>

I schema 1<sup>97</sup> räknas upp ett antal typer av avtal som inte omfattas av sektionerna 2, 3, 4 och 7. Här ingår bl. a vissa fastighetsrättsliga, försäkringsrättsliga och bolagsrättsliga avtal (se vidare bilaga 1).

Vissa internationella avtal är också undantagna från UCTAs tillämpning. Det gäller internationella leveransavtal som definieras i sektion 26. Ett sådant avtal har tre kriterier:

- 1) *Kontraktet gäller försäljning av varor eller en överföring av äganderätt eller nyttjanderätt till varor.*
- 2) *Parternas hemvist (vid köptillfället eller vanligtvis) är i främmande stat (dvs. utanför Storbritannien, även Kanalöarna och Isle of Man räknas här som främmande territorium) och*
- 3) *Antingen*
  - *Varorna vid avtalslutet är under transport eller kommer att fraktas från ett främmande territorium till ett annat; eller*

---

<sup>93</sup> Jfr den svenska 36 § Avtalslagen, som talar om att ett villkor kan ”lämnas utan avseende”.

<sup>94</sup> I Fifoot, sid. 197 not 12 diskuteras något skillnaden mellan del 1 och del 2 i UCTA. Enligt författaren torde det skilja i språklig utformning mellan del 1 och två, men huruvida den egentliga skillnaden är stor är oklart.

<sup>95</sup> Lawson sid. 83

<sup>96</sup> Jfr UCTA i bilagan.

<sup>97</sup> Schedule 1

- *Anbud och accept har slutits genom handlingar i de främmande territorierna; eller*
- *Kontraktet stipulerar leverans av varorna till annat land än till något av de där avtalet är slutet.*

Där engelsk rätt är styrande rätt för kontraktet genom parternas eget val, dvs. där man enligt IP-rättsliga regler annars skulle ha ansett att annat land skulle vara styrande rätt, gäller inte sektionerna 2 till 7 som del av denna rätt. Jfr också 4.3.1.3 nedan.

Slutligen är avtal i sektion 6 till 8 undantagna, dvs. avtal om köp och avbetalningsköp<sup>98</sup> sådana kontrakt som omfattas av Supply of Goods and Services act 1982, och

I sektion 29 görs vissa reserveringar för att UCTA ska kunna fungera tillsammans med annan lagstiftning och internationella konventioner. Man måste därför i alla fall se till om det finns speciallagstiftning som har en strängare gräns för villkorens utformning.

Tidigare har berörts vissa delar av UCTA. I den här delen kommer en beskrivning av de viktigaste delarna av UCTA att göras.

#### **4.3.1.1 Vad är culpa enligt UCTA?**

Sektion 2 behandlar ansvar för *culpa*.<sup>99</sup> *Culpa* definieras som ovan nämnts, i sektion 1, som antingen att bryta en kontraktuell skyldighet ”att visa tillräcklig aktsamhet eller tillämpa tillräcklig skicklighet vid genomförandet av avtalet” eller “någon lagstadgad skyldighet att visa tillräcklig aktsamhet eller tillämpa tillräcklig skicklighet” eller “av den allmänna vårdplikten vilken följer av *Occupiers’ Liability Act 1957*”. Den här delen av lagen behandlar således friskrivningar från såväl inomobligatoriskt som utomobligatoriskt skadestånd.

#### **4.3.1.2 Klausuler förbjudna av UCTA**

UCTA får till effekt att vissa typer av friskrivningsklausuler ogiltiga. De är utan effekt, eller med ett svenskt juridiskt begrepp lämnas de utan avseende.

Dessa räknas upp i sektion 2(1):

*Personskador och dödsfall*

<sup>98</sup> Hire-purchase. Jfr Duxbury sid. 48.

<sup>99</sup> Jfr kapitel 1.6.1 ovan.

*Hemul*<sup>100</sup>

*Godsets överensstämmelse med beskrivning i konsumentavtal*  
*Samma som ovan vid sådana avtal som omnämns i sektion 7, dvs.*  
*upplåtelseavtal och vissa typer av tjänsteavtal.*

#### *Personskador och dödsfall*

Det är enligt UCTA inte möjligt att friskriva sig från ansvar vid dödsfall och personskador, ”genom hänvisning till något avtalsvillkor eller till ett anslag riktat till allmänheten eller till vissa specifika personer”. Förbudet omfattar också persongrupper som man inte har ett kontraktuellt förhållande med, så att man inte behöver ha tagit inträde för att personerna ska omfattas. Genom sitt vida tillämpningsområde – förbudet täcker genom sin formulering också utomobligatoriska förhållanden<sup>101</sup> - har detta bäring också på stora delar av skadeståndsrätten.

*Hemul*

UCTA förbjuder vidare friskrivningar vid köp och avbetalningsköp gällande hemul.

#### *Godsets överensstämmelse med beskrivning*

Vid konsumentavtal<sup>102</sup> kan man inte genom friskrivningar friskriva sig från det ansvar som följer om att varan i fråga om art, mängd, kvalitet, andra egenskaper etc. följer vad som är avtalat och att varan är ägnad för det ändamål för vilket andra varor av samma slag vanligen är ägnade och används till.<sup>103</sup>

#### *Restriktioner vid upplåtelseavtal*

Vid konsumentavtal gäller samma restriktioner avseende beskrivning etc. som för köpeavtal. Mer detaljerade regler finns numera i Supply of Goods and Services Act 1982.<sup>104</sup>

#### *Övriga bestämmelser*

I Sektion 13 finns en sidonot, som berör vissa varianter av friskrivningsklausuler. Regelns syfte är att påvisa att vissa typer av friskrivningsklausuler som faller utanför den centrala regleringen i UCTA, ändå ska omfattas. Detta innebär dock inte att detta är någon form av ”slaskparagraf” som ska fånga upp alla former av friskrivningar som inte direkt uttalat omfattas av UCTA, utan endast vissa typer.

Regeln säger:

---

<sup>100</sup> I vissa typer av avtal. Hemul förstås enligt Bergström mfl som ”fängesmans ansvar gentemot förvärvaren för att den överlåtna egendomen tillhör honom.”

<sup>101</sup> Det är således inte möjligt att med skyltar liknande dem som finns på flera svenska byggarbetsplatser lasta över ansvaret för dessa typer av skador på någon annan än den ansvarige för den farliga installationen.

<sup>102</sup> Konsument definieras längre ner under 3.3.2.2

<sup>103</sup> Översättningen är här lånad till största delen från den närliggande formuleringen 16 § KKL.

<sup>104</sup> Fifoot sid. 199f.

- (1) *I den utsträckning denna lag förbjuder friskrivning, eller inskränkning av ersättningsskyldighet, förbjuder den också –*
- a) Klausuler som gör ansvar eller utkrävande av detsamma villkorat av restriktiva, eller betungande villkor.*
  - b) Uteslutande eller begränsande parts rättighet eller rätt till åtgärd, eller att till parts förfång villkora dennes möjlighet att utnyttja sin rättighet eller åtgärd.*
  - c) Utesluta eller inskränka processuella regler; och i sådant fall rörande sektion 2 och 5 till 7, också utesluta eller begränsa ansvar genom hänvisning till klausuler eller andra friskrivningar<sup>105</sup>, vilka inskränker eller utesluter partens processuella åligganden.*
- (2) *Ett skriftligt avtal om att hänskjuta nuvarande, eller framtida tvister till skiljeförfarande är inte att anse som en inskränkning eller begränsning av parts ansvar enligt denna lag.*

Regeln är, som synes, inte helt lättfattlig ens i sin engelska originalversion. Bestämmelsen synes omfatta klausuler som anger att reklamation skall göras inom en snäv tidsperiod, som därigenom också begränsar parts påföljds katalog. Den synes också träffa sådana klausuler som söker omkasta den legala bevisbördan och klausuler som vill exkludera parts kvittningsrätt vid motfordran.<sup>106</sup>

#### **4.3.1.3 Klausuler som kan vara tillåtna enligt UCTA**

Den andra delen av UCTA behandlar avtal som inte i sig är ogiltiga, utan som kan vara giltiga, om de passerar det test som lagen ställer upp.

Sektion 2(2) behandlar denna grupp av villkor:

- *Annan förlust eller skada än dödsfall eller personskada orsakad av culpa.*
- *Avtal som faller inom sektion 3*

Den första punkten behandlar främst den utomobligatoriska skadeståndsrätten, och skall endast summariskt beröras. Den är dock inte begränsad till utomobligatoriska skadeståndsfall, utan berör även inomobligatoriska fall, där en part försöker friskriva sig från ansvar. Ovan har nämnts att culpa, kan beskrivas som ett brott mot en kontraktuell eller legal förpliktelse att agera med *tillräcklig aktsamhet*<sup>107</sup>, dvs. en plikt att handla med viss försiktighet och skicklighet. En friskrivningsklausul kan då argumenteras vara ett sätt att friskriva sig från denna handlingsplikt och

---

<sup>105</sup> Originaltexten talar här om *notifications*, vilket innebär att parten skulle hänvisa till allmänna friskrivningar, exempelvis ett järnvägsbolags skyltar på tågstationen, eller liknande uppmaningar riktade till en större allmänhet.

<sup>106</sup> Fifoot sid. 212.

<sup>107</sup> Jfr ovan 4.3.1.1

kommer därmed att omfattas av skälighetsbedömningen. Denna typ av argumentering användes i två samtidigt avgjorda fall från House of Lords: *Smith v Eric S Bush* och *Harris v Wyre Forest District Council*. Fallet gällde förvisso utomobligatoriskt skadestånd, men är ändå av intresse här. Omständigheterna var sådana att de båda kärandena hade köpt hus<sup>108</sup> med hjälp av lån. Lånen baserade sig i bägge fallen på en värdering av husen, utförd av svarandena. Värderingsmännen missade stora fel i husen och på grund av detta slarv blev husen värderade till ett alldeles för högt belopp när de i verkligheten var värdelösa. Kärandena stämde värderingsmännen för detta och menade att lånen för att köpa husen var beviljade just på det faktum att värderingsmännen lämnat ett positivt besked, alltså att husen var värda minst det belopp de belånades till. Värderingsmännen var i sin tur medvetna om att ett positivt besked från dem skulle innebära att lånet beviljades till minst det belopp som säljaren begärde för huset, och att köparen förlitade sig på att värderingsmannens besked innebar att han säkert kunde ta detta lån, eftersom huset då var värt minst detta belopp. House of Lords slog fast att det kunde finnas grund för ansvar i det här fallet. Man måste hålla i minnet att det, trots att det inte fanns något avtal mellan köparen och värderingsmannen, ändå var köparen som betalade värderingsmannen för dennes arbete. I dessa fall saknar t.o.m. ofta köparen möjlighet att få igenom ett lån utan att en värderingsman har lämnat sitt utlåtande, eftersom låneinstitutet har en legal skyldighet att få säkerheten värderad. Det hade alltså inte gått i det här fallet att med framgång argumentera att svaret lämnades på ganska svävande grunder. Fallen är dock inte en slutgiltig grund för att anta att det inte kan finnas andra fall där ett ansvar inte uppkommer på liknande sätt.

Sektion 3 behandlar två skilda typer av avtal. Dels handlar det om avtal där den ena parten är konsument, dels där avtalet ingås mellan två parter där det sker på den ena partens standardformulär. Konsument definieras i den engelska rätten i sektion 12 (1), där tre rekvisit räknas upp:

- a) *...varken ingår avtalet i sin näringsverksamhet, eller påstår eller på annat sätt utger sig för att göra det i sin näringsverksamhet.*
- b) *den andra parten ingår avtalet i sin näringsverksamhet och*
- c) *...godset som omfattas av avtalet är av ett slag och sort som vanligtvis tillhandahålles för privat bruk eller konsumtion.*

Rekvisiten i c) är endast tillämpliga på sektion 6 och 7. Genom definitionen kommer köp mellan två privatpersoner inte att klassas som ett konsumentköp i lagens mening.<sup>109</sup> Problem kan däremot uppstå i klassificeringen av ett köp som konsumentköp eller ej, exempelvis när en person köper en bil som är tänkt att användas både i tjänsten och privat. Det

---

<sup>108</sup> Originaltexten använder här ordet *houses*, varför jag har valt att översätta det med hus, istället för med fastighet. Fifoot sid. 200f.

<sup>109</sup> Det torde inte heller vara något större problem med friskrivningsklausuler mellan två privatpersoner, i vart fall inte sådana som kommer rättsordningen till del.

anses inom doktrinen<sup>110</sup> att man ska se till om personen använder sig av sina egna pengar eller av företagets pengar.<sup>111</sup> I *R&B Customs Brokers Ltd v United Dominion Trust Ltd (Saunders Abbott (1980) Ltd, third party)* kom Court of Appeal dock till en annan slutsats. I fallet hade käranden köpt en bil av svarandebolaget, på dennes sedvanliga villkor. Bilen skulle användas både privat och i företaget. Företaget ägdes av Mr och Mrs Bell, och var en frakt- och fartygsmäklarfirma. Court of Appeal fann att det var ett konsumentavtal, eftersom firman hade en väsentlig annan inriktning än att köpa bilar och hade tidigare bara haft en bil. Fallet kritiserades av Fifoot (sid. 203) på flera grunder. Syftet med firman var i det här fallet endast att köpa in bilen. Om man istället tolkar fallet med en teleologisk metod och ser till syftet med distinktionen mellan konsumentköp och vanliga köp, kan man inte heller nå någon annan slutsats än att domstolen kommit till ett felaktigt beslut. Syftet med att skilja mellan konsumentköp och övriga köp är att skydda en typiskt sett - svagare part. Detta lämnar dock inte en näringsidkare helt oskyddad – även för dessa finns ett skydd mot alltför långtgående friskrivningsklausuler. Förklaringen skulle istället finnas i att Court of Appeal alltför mycket sett till uttrycket *i deras näringsverksamhet*, som i Trade Descriptions Act 1968 har en annan betydelse än i UCTA. Det skulle vara osnyggt<sup>112</sup> att ha två parallella betydelser i två lagar på samma uttryck. Mot detta har sagts att uttrycket används i många lagar och att uttrycket kan få olika varianter beroende på sitt sammanhang. Domstolens test – att se till om bilköpet var vanligt för den här typen av verksamhet, borde istället ha praktiserats på säljaren. Det finns många entiteter som i sin verksamhet köper varor som inte utgör deras huvudsakliga affärsområde. Blotta det faktum att en näringsidkare köper en vara, som han inte annars brukar köpa i den dagliga driften, kan inte få till effekt att detta köp omklassificeras till ett konsumentköp. Det måste istället vara behovet av skydd som är avgörande.<sup>113</sup> I *Stevenson v Rogers* kom domstolen dock till ett annat slut. Stevenson sålde sin fiskebåt till Rogers. Stevenson ville, med stöd av Sale of Goods Act 1979, stämma Rogers. Denne hävdade å sin sida att köpet skulle klassas som ett konsumentköp, eftersom han sålde båten inte såsom fiskare utan som privatperson och att lagen därmed inte blev tillämplig. Hans verksamhet bestod i att fiska, inte köpa och sälja fiskeutrustning.

Domstolen fann att det var ett köp mellan två näringsidkare, dvs. köpet var gjort *i deras näringsverksamhet*. Skillnaden mellan detta fallet och *R&B* skulle enligt domstolen vara att det rörde sig om olika lagar och därmed olika tillämpning.

Efter att ha belyst frågan om vad som menas med *i näringsverksamhet*, blir den andra frågan blir då vad som ska förstås med *standardavtal*. Lagen ger inte själv en förklaring på detta uttryck. Helt klart ligger standardvillkor

---

<sup>110</sup> Fifoot sid. 203

<sup>111</sup> I den engelska originaltexten används uttrycket *business account* resp. *private account*.

<sup>112</sup> *Inelegant*.

<sup>113</sup> Fifoot sid. 203.

som parten använder gentemot alla sina parter inom uttryckets mening, men frågan är hur det förhåller sig med villkor som inte är partens egna utan framarbetade av en branschorganisation. Problem uppstår om två parter använder sina respektive organisationers villkor, exempelvis om två fraktare regelbundet gör affärer och båda hänvisar till sina egna organisationers villkor. Handlar man då på den ena partens standardvillkor? Ytterligare ett problem uppkommer om man utgår från en grunduppsättning standardvillkor, men dessa förändras under avtalsförhandlingarna. När upphör ett villkor att vara ett standardvillkor och övergå i ett förhandlat villkor, som inte omfattas av UCTA?<sup>114</sup> Det skall dock tilläggas att det villkor som träffas av UCTA inte behöver vara ett av standardvillkoren. Det är tillräckligt att en del av villkoren uppfyller kraven på standardvillkor, för att regeln ska bli tillämplig, dvs hela avtalet behöver inte vara ett standardavtal.<sup>115</sup>

När man konstaterat vad det är för avtalstyp, kommer man in på vilka restriktioner som gäller. En person kan inte, enligt UCTA, när han eller hon handlar på standardvillkor

- a) ”...genom hänvisning till något avtalsvillkor – när han själv har begått ett kontraktsbrott, utesluta eller inskränka något ansvar å hans sida med anledning av kontraktsbrottet;
- b) Kräva att vara berättigad
  1. att prestera en kontraktuell prestation väsentligen avvikande från den som skäligen förväntades av honom, eller
  2. vad gäller hela eller delar av hans kontraktuella åtaganden, att inte prestera alls”

såvida inte denna friskrivningsklausul uppfyller kraven i skälighetsbedömningen.

Vad skiljer då a) och b)? Har inte en part som vill erbjuda en tjänst som är avsevärd skild från vad som stadgats i avtalet, gjort sig skyldig till ett kontraktsbrott? Om han inte levererar alls enligt avtalet har han helt klart gjort sig skyldig till kontraktsbrott, men detta faller inom (a). Således bör (b) ha en annan betydelse. En del av svaret ligger i syftet med regeln. Den är från början tänkt att träffa resebolag som i sina villkor haft möjligheten att byta ut en specificerad resa mot ett liknande resmål, eller en resa med liknande värde. Uttrycket ”skäligen kan förväntas” avser en objektiv förväntan hos en ”bonus pater familias”, dvs. det är inte förväntningarna hos den enskilde företagaren eller annars den som drar nytta av kontraktet som

---

<sup>114</sup> Det sistnämnda problemet torde dock inte vara så stort. Om en klausul har varit föremål för diskussioner under avtalsförhandlingarna är det svårt att anse att den skulle vara oskäligen att åberopa mot part. Denne har ju då varit med om att förhandla fram den och kan därmed inte åberopa detta mot dess tillämpning.

<sup>115</sup> Lawson sid. 89.

ska ligga till grund för om det skäligen kan förväntas, utan en objektiv bedömning.<sup>116</sup> Om friskrivningen är klart markerad, t.ex. genom stora bokstäver eller genom att texten ligger i en ruta, är det troligen lättare att anse att det är skäligen anta att en annan prestation kan komma. I övrigt är det relativt oklart var gränsen går för när det är ett brott mot UCTA att byta ut avtalad prestation mot annan.<sup>117</sup> Om part däremot vill ge en bättre prestation än avtalat, som exempelvis när ett flygbolag uppgraderar en passagerare från ekonomiklass till affärsklass, är detta något som uppfyller UCTAs krav i rimlighetstestet.<sup>118</sup>

Det saknas i UCTA en klar definition på vad som är ”*väsentligen avvikande*”. Lawson anför<sup>119</sup> att det är helt klart att om man levererar krita istället för ost, detta faller in under tillämpningsområdet, men att byta ut konstgjord ost av plast för en teaterföreställning mot krita behöver inte vara en väsentligen annorlunda vara i paragrafens mening. Vad gäller då i andra fall? Om man köper en 14 dagars resa till Marrakech, är då en resa om 13 dagar väsentligen annorlunda? Eller om en resa med tåg till München blir utbytt mot en flygresor dit? Det som man här måste se till är om själva kärnan i prestationen har förändrats, såsom den uppfattas av den uppfattas av ”mannen på gatan”, dvs. hos en objektiv ”bonus pater familias”. När det gäller resan till München skulle man då förmodligen anse att detta inte är väsentligen men annorlunda, men att en 14-dagars resa är väsentligen annorlunda än en på 13 dagar.<sup>120</sup>

Effekten av denna regel är endast att presterande part förbjuds att prestera väsentligen annorlunda, dvs. den enskilda klausulen blir utan effekt.

I andra delen av paragrafen anges att part inte får friskriva sig så att denne kan slippa att prestera över huvud taget. Tanken från lagstiftarens sida tycks här ha varit att täcka ett hål, där kontraktsskrivare skulle ha kunnat komma runt bestämmelsen i första delen genom att döpa om prestation till icke-prestation. Denna bestämmelse kan dock också komma att träffa andra klausuler än friskrivningsklausuler. Om ett betalningsvillkor i ett avtal är utformad så att 25 procent betalas innan leverans och 75 procent betalas när varorna levereras samt att ingen produktion kommer att inledas förrän första betalningen är gjord, är denna klausul ett exempel på ett villkor som skulle kunna tvingas passera sektion 3(2) (b)(II).

Sektion 6 är endast tillämplig på kontrakt som gäller vanliga köp<sup>121</sup> och avbetalningsköp. Säljaren kan här inte friskriva sig från underförstådda skyldigheter, såsom att varan överensstämmer med beskrivning eller varuprov av dess egenskaper och inte heller att den är lämplig för

---

<sup>116</sup> Lawson sid. 88f.

<sup>117</sup> Lawson sid 88

<sup>118</sup> Fifoot sid. 202.

<sup>119</sup> Sid. 88

<sup>120</sup> Lawson sid. 88

<sup>121</sup> Med vanliga köp torde här avses både genusköp och specieköp, men däremot inte köp som gränsar mot arbetsbeting, jfr Håstad 1996 sid. 25.



användning i särskilt syfte.<sup>122</sup> Sektion 7 gäller underförstådda åtaganden vid andra typer av avtal än köp och avbetalningsköp, där nyttjande- eller äganderätten passerar, såsom hyresavtal, bytesavtal och avtal där köparen ska köpa gods speciellt tillverkat för denne<sup>123</sup>. Den gäller också för alla avtal, där säljaren eller hyresmannen friskriver sig från hemulsansvar eller att äganderätten går över till nye ägaren. Denna sista del av klausulen skiljer sig från de två föregående genom att denna också gäller konsumentavtal. I samtliga fall blir en friskrivningsklausul underkastad den ovan nämnda skälighetsprövningen.<sup>124</sup>

I sektion 27(2) finns vissa bestämmelser om lagval, vilka syftar till att förhindra att UCTA sätts ur spel genom prorogationsklausuler, om enda syftet är att i kontraktet ta in villkor som hade varit förbjudna enligt UCTA.

### 4.3.2 Skälighetsprövningen

#### 4.3.2.1 Lagens hjälpmedel

Frågan om en friskrivningsklausul är giltig, ska som ovan konstaterats i vissa lägen avgöras efter en form av skälighetsprövning. Till hjälp har man ett antal punkter som angetts i UCTA, dels i Sektion 11 och dels i tabell 2, som också är de som domstolen använder sig av i sin bedömning. Testet är själva kärnan i UCTA och ger domstolen stora möjligheter att bedöma vad som är skäligt i det enskilda fallet.<sup>125</sup>

Det första man måste se till är om den aktuella klausulen var en del av avtalet när avtalet ingicks och att den vid det tillfället var skälig. Det är således förhållandena vid tidpunkten för avtalets ingående som är avgörande för om en klausul ska kunna passera testet.<sup>126</sup> Detta har tidigare varit ett olöst problem, eftersom man har kunnat tänka sig ett annat datum, nämligen det datum då parterna önskar veta huruvida en klausul är skälig eller ej. Problemet var då vilka rättsfakta man ska ta hänsyn till. Om en klausul är utformad så att en reklamation skall lämnas inom en viss tid, kan denna tidsperiod vara skälig i vissa fall men i andra fall vara oskälig, helt beroende på de omständigheter som finns i det enskilda fallet. Domstolen har då att avgöra om klausulen var oskälig vid avtalets ingående och får då ta hänsyn till alla eventuella händelser som parterna vid avtalets ingående skulle kunna ha förutsett men inte den aktuella händelsen.<sup>127</sup> Bevisbördan för att en klausul är skälig ligger på den part som vill förlita sig på den.

---

<sup>122</sup> Jfr KöpL 19 § 1-2 pp, jfr även 4.3.1.2 ovan.

<sup>123</sup> Fifoot sid. 199 not 16. Det här är således sådana köp som omtalas i KKL 13 § 4 stycket.

<sup>124</sup> Fifoot sid. 202

<sup>125</sup> Den liknar därvid den svenska generalklausulen, i det att den skjuter över avgörandet på domstolen istället för lagstiftaren.

<sup>126</sup> Sektion 11 (1)

<sup>127</sup> Fifoot sid. 203. Jfr nedan.46

De rekvisit som domstolen tar hänsyn till för sin bedömning av om klausulen är skäligen uppräknade i schema 2, om det är fråga om ett avtal som faller under sektion 6 eller 7, dvs. köpeavtal, avbetalningsköp, hyresavtal, bytesavtal och avtal där köparen ska köpa gods speciellt tillverkat för denne. I övriga typer av avtal behövs inte hänsyn tas till bestämmelserna i schema 2.<sup>128</sup> Detta har dock inte hindrat att de principer som har utvecklats för dessa två delar också har påverkat bedömningen vid skälighetsbedömningen av andra avtal.

Schemat är en uppräkning av fem faktorer, men domstolen ska inte se detta som en uttömmande uppräkning av faktorer som inverkar på skälighetsbedömningen – domstolen ska se till dessa *särskilt*.<sup>129</sup>

*a) Parternas relativa styrkepositioner vid ingåendet av avtalet, med speciell hänsyn tagen till den svagare partens möjligheter att ingå avtal med annan leverantör.*

*b) Huruvida parten uppmuntrades påverkades att ingå avtalet, eller gavs möjlighet att söka ingå liknande avtal med annan part, där det aktuella villkoret inte ingick.*

*c) Huruvida kunden kände till, eller skäligen borde ha känt till, innehållet i och betydelsen av den aktuella klausulen (med hänsyn till, bland andra omständigheter, tidigare handelsbruk och eventuell sedvana mellan parterna)<sup>130</sup>*

*d) När en klausul utesluter eller begränsar ansvar vid brott eller brist i uppfyllelse av ett specifikt villkor, det var skäligt vid tidpunkten för ingåendet av avtalet, att anta att detta villkor skulle kunna genomföras.*

*e) Huruvida godset tillverkades, anpassades eller utformades speciellt enligt köparens önskemål.*

Några anmärkningar skall göras. Villkoret i *e)* är inte helt klart enligt sin ordalydelse. Anvisningen säger inte vilken inverkan specialtillverkning ska ha på bedömningen av den omtvistade klausulen. Fifoot anför<sup>131</sup> att det här kan vara upp till varje fall att avgöra huruvida specialtillverkning gör det mer eller mindre skäligt att godta en ansvarsfriskrivning.<sup>132</sup> Lawson verkar inte ha uppmärksammat problematiken.

När det gäller andra avtal än de som omfattas av sektion 6 och 7, finns vissa bestämmelser i sektion 11(4) av UCTA. Denna del träffar främst klausuler

---

<sup>128</sup> Orsaken till detta är lagtekniska. Fifoot sid. 205.

<sup>129</sup> *In particular*. Fifoot sid. 205.

<sup>130</sup> Observera att frågan inte här gäller om villkoret har blivit en del av avtalet (vilket förutsätts i denna uppsats), utan har betydelse vid skälighetsbedömningen. Se vidare 6.4 nedan.

<sup>131</sup> Fifoot sid. 206

<sup>132</sup> Se vidare nedan under 6.4

som har till syfte att begränsa ersättningsskyldigheten, snarare än att utesluta den. Domstolen skall vid bedömning av dessa klausulers skälighet ta hänsyn till:

- a) *Parts möjlighet att få tillgång till resurser för att ersätta eventuell uppkommen skada, utan begränsningen.*
- b) *Hur stora möjligheter parten hade att försäkra sig.*

Regeln i a) bör förstås som så, att det ska finnas ett rimligt förhållande mellan partens förmåga att komma upp med medel för att ersätta en skada, och den inskränkning i ersättningsskyldigheten man uppställer i klausulen. B) är något mer kryptisk.<sup>133</sup> Den kan tolkas som att den endast gäller de fall där begränsande part helt saknade möjlighet att försäkra sig, men bedömningen kan – och bör – istället, i vart fall enligt Fifoot<sup>134</sup>, också omfatta en mer nyanserad bedömning, dvs. sådana fall där det inte är ekonomiskt försvarbart att teckna en ansvarsförsäkring för att täcka de eventuella skador som man vill begränsa med sin klausul och inte enbart sådana fall där det är faktiskt omöjligt att teckna någon försäkring över huvud taget.

En bestämmelse som kan behöva nämnas, men inte särskilt gås in på är sektion 4s bestämmelse om förbud mot vissa typer av *indemnity clauses*. Syftet med regeln är att motverka avtal där man vill begränsa eller utplåna en konsuments eventuella krav mot näringsidkaren. Om exempelvis avtalet förpliktigar B att hålla A skadeslös, för krav som A kan få, mot vem det vara må, skulle detta kunna innebära att om B får ett krav mot A, denne kan åberopa bestämmelsen om *indeminification* och därmed utplåna förpliktelsen. B kan knappast ersätta sig själv. Det finns också konstruktioner med fler än två parter, som genom avtal skall hålla varandra skadelösa. Regeln i sektion 4 har inte helt förbjudit *indemnity clauses*, men dessa måste klara en skälighetsbedömning. Denna bestämmelse gäller endast i vissa typer av konsumentavtal, men principen bör gälla också inom den kommersiella rätten – en domstol torde knappast kunna övertygas om det rimliga i att en avtalspart på detta sätt helt beskärs sin möjlighet att få skadestånd av sin avtalspart.

I sektion 10 finns en annan regel, enligt vilken vissa klausuler måste klara en skälighetsbedömning. Regeln anför:

*En person är inte bunden av något avtalsvillkor som förminskar, eller fråntar honom sådana rättigheter som följer av, eller uppkommer i samband med utförandet av ett kontrakt, så länge som dessa rättigheter omfattar även utövandet av annans ansvar, som denna lag förhindrar att förminska eller utesluta.*<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> Jfr originaltexten, som här avviker från min översättning,.

<sup>134</sup> Sid. 209

<sup>135</sup> Regeln är svåröversatt, då den inte är ett under av klarhet. förf: s anm. Jfr även Fifoot sid. 210. Ursprungstexten lyder: ” A person is not bound by any contract term prejudicing or taking away rights of his which arise under, or in connection with the performance of,

Regelns syfte är att hindra en avtalspart från att begränsa eller helt försöka avtala bort en skyldighet som följer av UCTA, genom att ha ett två kontrakt, ett kontrakt där man avtalar bort det som inte kunde avtalas bort i det andra. Regeln syftar främst till att skydda konsumenter, men gäller, med de begränsningar som följer av skälighetsbedömningen, även i kommersiella avtal.

#### 4.3.2.2 Praxis av skälighetsbedömningen

I *R W Green Ltd v Cade Bros Farm*<sup>136</sup> gjordes skälighetsprövningen i enlighet med Supply of Goods Act 1973 (vilken företrädde UCTA), men det saknas för denna framställning skillnad i sak. Fallet gällde ett par försäljare av sättpotatis som under ett flertal år gjort affärer med svaranden. Avtalen ingicks på standardvillkor från National Association of Seed Potato Merchants och avsåg sättpotatis. I villkoren stod, vad här är av intresse, att ”*reklamation avseende avvisande, skadestånd eller klagomål på säljaren måste göras till säljare [...] inom tre dagar från det att utsädet nått sin mottagare*” och att skadestånd inte kunde uppgå till mer än köpesumman. Käranden hade köpt 20 ton potatis av King Edward-typ, vilka vid senare inspektion visade sig vara infekterade med ett potatisvirus. Detta virus hade inte kunnat upptäckas vid sättpotatisens ankomst. Käranden stämde därför svaranden på ersättning motsvarande inköpspriset. Svaranden genstämde för utebliven vinst. Frågan som uppkom var huruvida svarandens beloppsbegränsning var skälig. När det gäller skälighetsbedömningen noterade domstolen att käranden visserligen inte kunde få tag i sättpotatis på andra villkor än de som svaranden erbjöd, men att dessa varit förhandlade fram mellan bådas intresseorganisationer.<sup>137</sup> Domstolen konstaterade vidare att även om säljarnas argument om rimligheten i den korta reklamationsfristen – säljarna menade att potatisen var en väldigt känslig handelsvara och snabbt kunde förstöras, speciellt om den inte förvarades riktigt – var skäligt i förhållande till intresset av att inspektera potatisen, men inte i förhållande till en sådan skada som i förevarande fall. Denna typ av skada gick inte att upptäcka vid en sådan normal inspektion, och domstolen bedömde därför den korta reklamationsfristen såsom oskälig, men beloppsbegränsningen som skälig.

Ett av de ledande fallen när det gäller tillämpningen av UCTAs skälighetsbedömning är *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd*<sup>138</sup>. Fallet gällde försäljning av utsäde. Svaranden, Finney Lock Seeds, sålde holländsk vinterkål till Mitchell för £ 201,60. Mitchell sådde kålen, men skörden var fullständigt värdelös, dels beroende på att det var

---

another contract, so far as those rights extend to the enforcement of another's liability which this Part of this Act prevents that other from excluding or restricting?”

<sup>136</sup> [1978] 1 Lloyd's Rep 603.

<sup>137</sup> I förevarande fall den tidigare omnämnda National Association of Seed Potato Merchants och National Farmers' Union.

<sup>138</sup> [1983] 2 AC 803, [1983] 2 All ER 737.

höstkål och dels på att utsädet var av undermålig kvalitet. Denne stämde Finney Lock Seeds på skadestånd, men dessa hänvisade till en friskrivningsklausul i deras standardavtal som begränsade ersättningen till nytt utsäde eller köpesumman tillbaka. Fråga uppkom om giltigheten av denna friskrivning.

House of Lords konstaterade att detta villkor inte passerade skälighetsbedömningen. Domstolen baserade detta utlåtande framförallt på svarandens uttalande, att denne ofta, *ex gratia*, betalade ut mer ersättning än vad som framkom av villkoren, i de fall då svaranden själv fann det rimligt. Detta beteende togs av domstolen till intäkt för att inte ens svaranden själv fann klausulen skälig. Ytterligare skäl för att klausulen var oskälig var att det var ett grovt avtalsbrott – fel sorts utsäde var levererat, och att säljaren själv enkelt och kostnadseffektivt kunde ha försäkrat sig mot den typen av fel.

Det andra ledande fallet är egentligen två fall - *Smith v Eric S Bush* och *Harris v Wyre Forest District Council*. Dessa båda fall avgjordes gemensamt. Rättsfallet rörde en värderingsmans friskrivning och huruvida detta kunde passera skälighetsbedömningen. I fallet redogjorde domstolen för varför friskrivningen inte passerade testet, genom att ange en rad punkter.

*1) Var parterna förhandlingsmässigt jämstarka?*

*2) När det gäller rådgivning – är det rimligt att begära att man inhämtar besked från en annan källa, med hänsyn tagen till tid och kostnad?*

*3) Hur svårt är uppdraget som parten har friskrivit sig ifrån?*

*4) Vilka blir de praktiska konsekvenserna av beslutet om huruvida en klausul är skälig eller inte?*

I fallet konstaterade House of Lords när det gäller punkten 2) ovan, att det var orealistiskt att tro att en husköpare, som gjorde detta för första gången i sitt liv, skulle ta tid och pengar i anspråk för att konsultera en oberoende värderingsman, när ekonomin i och med husköpet redan var kraftigt ansträngd. För punkten 3) anförde domstolen vidare att det knappast var någon större börda som värderingsmannen friskrev sig från, utan snarast endast den grad av tillräcklig skicklighet som lagen stadgade vid utförande av arbetet. Resultatet av skälighetsbedömningen blev i det här fallet att värderingsmannen, som hade bäst möjligheter att försäkra sig mot fel i värderingen, skulle få bära ansvaret för fel, istället för köparen, som saknade

praktisk möjlighet att försäkra sig eller skydda sig mot eventuell förlust vid fel.<sup>139</sup>

Trots detta uttalande angående försäkring i föregående stycke, får detta inte tas till intäkt för att frågan om skäligheten av en viss klausul är avhängig av om en part har eller har möjlighet att försäkra sig mot viss skada. Detta till trots, står det ändå klart att frågan om vem som är bäst lämpad att bära risken, hänger samman med skälighetsbedömningen.

.

---

<sup>139</sup> Fifoot sid 207f.

# 5 Den svenska gränsdragningen

## 5.1 Inledande synpunkter

Den svenska regleringen av gränserna för friskrivningarnas gränser finns till största delen i Avtalslagens kapitel 3 – Om rättshandlingars ogiltighet. Den klausul som här är av störst intresse och som uppsatsen till stor del kretsar kring, är den 36 § i den lydelse den har idag. Paragrafen kallas vanligen den stora Generalklausulen men har trots det en ganska begränsad praxis vad gäller skäligheten av en friskrivningsklausul. Detta beror till stor del på, som visas nedan, att syftet med införandet av klausulen var att komma till rätta med oskäliga klausuler på konsumentområdet. Dess verkan på icke-konsumentavtal är därför begränsad.

Detta kapitel är disponerat så att förarbetena kommer först, därefter en genomgång av en stor del av den praxis som finns på området. Avslutningsvis finns viss praxis som inte direkt behandlar friskrivningar, men som ändå behandlar villkors skälighet och som därmed kan få påverkan på utformningen av en friskrivningsklausul då domstolens bedömningsgrunder i dessa fall inte i stor grad avviker från de grunder man tillämpar mot friskrivningsklausuler.

## 5.2 36 § – förarbetena

De centrala förarbetena till 36 § Avtalslagen<sup>140</sup> är Generalklausulutredningen - GU (SOU 1974:83) och Proposition 1975/76:81. Tanken med den nya generalklausulen var att komplettera den lilla generalklausulen i 33 §.<sup>141</sup> Det fanns också ett behov av att komplettera de redan befintliga klausulerna och renodla dessa – se ovan kapitel 2.2.

I kapitel 2.1.3 ovan har nämnts att en stor del av generalklausulens syfte är att vara ett vapen mot oskäliga villkor i konsumentförhållande. Det fanns dock redan vid utredningens tillkomst en kännedom om att det också i förhållande mellan näringsidkare kunde behövas en reglering.<sup>142</sup> GU listade först en rad näringsidkare som ligger konsumenterna nära, t.ex. hantverkare, jordbrukare och skogsbrukare.<sup>143</sup> Utredningen ville dock poängtera att ett sådant ingripande endast fick ske när det var motiverat.<sup>144</sup>

---

<sup>140</sup> Det ursprungliga förarbetet till lagen är prop. 1915:83

<sup>141</sup> SOU 1974:83 sid. 15f

<sup>142</sup> Så exempelvis i Prop. 1973:138 sid. 74

<sup>143</sup> Jfr också 5.6 nedan .

<sup>144</sup> SOU 1974:83 sid. 109.

Paragrafen är utformad för att träffa vissa villkor, inte avtalet i sin helhet. Dock ska detta inte hindra att domstolen ser till avtalet i sin kontext, för att kunna bedöma dess oskälighet. Bedömningen skall ta hänsyn till samtliga föreliggande omständigheter.<sup>145</sup> GU framhåller vikten av att domstolen i sin prövning inte bara bedömer om ett villkor är oskäligt i just det specifika fallet, utan också vad gäller villkor som i sig är att anse som oskäliga eller otillbörliga. GU menar dock att den generella bedömningen främst bör ta sikte på konsumenttransaktioner.<sup>146</sup> Departementschefen betonar domstolarnas generella ställningstagande som viktigt, för att parterna ska kunna utforma sina friskrivningar utan att riskera att domstolen i ett senare läge upphäver dessa.<sup>147</sup>

I fortsättningen har jag valt att dela in förarbetsuttalandena efter de olika typsituationer som 36 § listar, och rubrikerna följer denna ordning.

## 5.3 36 § AvtL – typfallen

### 5.3.1 Avtalets innehåll

Domstolen ska, enligt förarbetena<sup>148</sup> se till om villkoren är spridda inom branschen, dvs. om de kan sägas vara ett uttryck för gällande värderingar hos affärsmännen i den aktuella branschen.<sup>149</sup> Dock kan inte en spridd praxis eller affärsskick i varje fall tas till intäkt för att ett villkor inte är oskäligt. Departementschefen påminner om att en bransch kan ha en praxis utvecklad under många år, som gynnar en part oskäligt mycket, men att denna praxis aldrig är utmanad eller ifrågasatt.<sup>150</sup> Samtidigt påpekar man att klausulen har som främsta syfte att skydda konsumenter och att större restriktivitet skall användas vid bedömning av avtalsvillkor mellan näringsidkare.<sup>151</sup>

Om avtalet innehåller någon form av skadeståndsklausul vid kontraktsbrott måste det finnas en koppling till en verklig skada, dvs. den ersättning som part kräver måste grunda sig i en motsvarande förlust eller utebliven vinst, annars kan jämkning bli aktuell. Det lär dock finnas ett visst utrymme för beräkningen av skadeståndet. GU anför att det inte behöver grunda sig på faktiska kostnaden i det enskilda fallet, utan kan vara framräknat som ett genomsnitt av flera likartade fall eller ha annat syfte än att direkt ersätta den uppkomna förlusten.<sup>152</sup>

---

<sup>145</sup> Prop. 1975/76:81 sid. 106, jfr SOU 1974:83 sid. 131.

<sup>146</sup> SOU 1974:83 sid. 117

<sup>147</sup> Prop 1975/6:81 sid. 107.

<sup>148</sup> Prop 1975/76:81 sid. 108

<sup>149</sup> SOU 1974:83 sid. 128

<sup>150</sup> Prop. 1975/76:81 sid. 120

<sup>151</sup> Jfr också 5.3.2 nedan angående kulans.

<sup>152</sup> SOU 1974:83 sid. 155f



En villkorstyp som ligger nära skadeståndsklausulen är klausuler om viten eller förverkande. Inom engelsk rätt talas ofta om *indemnity clauses* – jfr kapitel 1.6.1 ovan. GU drar ingen skarp gräns mellan dessa båda avtalstyper.<sup>153</sup> Det är främst de fall då ena parten själv sätter gränsen eller beloppet som kan utgå, som en jämkning kan bli aktuell. Domstolen har också att beakta hur tillämpningen av klausulen blir i det enskilda fallet. Därutöver ska domstolen göra en avvägning mellan å ena sidan kontraktsbrottets betydelse för motparten, bl.a. den förlust som parten åsamkas, samt å andra sidan vitets storlek. Här måste man se till hela avtalet. Vidare måste det finnas en viss proportionalitet mellan kontraktsbrottet och påföljden.<sup>154</sup> Om vitet utgör den enda formen av ersättning som part har att utge till sin motpart, kan ett vite i vissa fall anses lågt. Det är inte ovanligt att avtal innehåller vitesklausuler som begränsar ersättning till visst belopp samt för övrig ersättning att uppsåt eller grov vårdslöshet krävs. Det blir på det sättet en ersättningsbegränsning. Speciellt om vitet är av straffkaraktär, måste man se till vilken part som har haft möjlighet att utforma klausulen. Om vitet är lågt kan det i vissa fall ge en starkare part ett incitament att bryta mot kontraktet, då det blir billigare än att uppfylla det. Det finns enligt GU i vissa fall en möjlighet att jämka ett vite uppåt, om resultatet skulle bli obilligt mot en svagare part; särskilt starkt väger detta uttalande om det är den starkare parten som ensidigt har utformat vitesklausulen.<sup>155</sup> Domstolen skall därutöver ta hänsyn till det intresse som part kan ha haft för att vidta eller underlåta att vidta åtgärd för kontraktsbrott. Vid denna intresseavvägning måste dock domstolen också ta hänsyn till om partens intresse är berättigat eller värt rättsordningens stöd. Om man i ett köpeavtal avtalar om vite för den händelse att köparen överlåter egendomen vidare till tredje man, kan detta tänkas vara en åtgärd där vitet kan anses riktigt.<sup>156</sup>

Är ersättningen inte av den penala karaktär som ett vite har, utan mer en schabloniserad ersättning kan en annan bedömning krävas. Domstolen har då att ta hänsyn till huruvida den avtalade ersättningen klart understiger den faktiska förlusten som part åsamkas. I de fall då ersättningens storlek baserar sig på ett medelvärde av ett större antal likartade fall kan en viss överersättning i visst fall tillåtas, men domstolen torde ha ett utrymme för att jämka i de fall ersättningen klart överstiger det positiva kontraktsintresset, med hänsyn tagen till det förenklade värdet.<sup>157</sup>

---

<sup>153</sup> Utredningen drar gränsen mellan vitesklausuler och förverkandeklausuler genom att klassa vitesklausuler som ett villkor av straffkaraktär, och förverkandeklausulerna såsom en schabloniserad ersättning för en förlust som orsakas av parts handlande eller avtalsbrott. Däremot kan det enligt utredningen i vissa lägen finnas anledning att skilja på klausuler som är av den ena eller andra slaget. SOU 1974:83 sid. 170

<sup>154</sup> Prop. 1975/76:81 sid. 119.

<sup>155</sup> SOU 1974:83 sid 171ff.

<sup>156</sup> SOU 1974:83 sid. 170f.

<sup>157</sup> SOU 1974:83 sid. 171

En friskrivningsklausul, där en part frånskriver sig rättigheter innan denne har haft möjlighet att överblicka läget kan också angripas med 36 § enligt GU.<sup>158</sup>

### 5.3.2 Omständigheterna vid avtalets tillkomst

Enligt GU kan omständigheter vid avtalets tillkomst vara sådana som exempelvis att en starkare eller mer erfaren motpart formulerar avtalsvillkoren och den svagare eller mindre erfarna parten missförstår eller inte ens känner till villkorens innehåll. Om avtalet innehåller vitesklausuler (jfr ovan), kan hänsyn behöva tas till att part ensidigt har beslutat om vitets storlek, eller om villkoret varit föremål för förhandlingar.<sup>159</sup> Ett annat exempel på missbruk är att part lämnar felaktiga eller icke-förpliktigande uttalanden om hur ett villkor brukar tillämpas. Detsamma gäller om part har undanhållit viktig information om särskilda omständigheter av betydelse för att bedöma avtalet eller det enskilda villkoret. Att ena parten använder sig av ombud förändrar inte bedömningen, så länge ombudet var behörigt att ingå bindande avtal för sin huvudman. Är ombudet inte behörig, kan det dock ändå inverka på bedömningen, såvida ombudet framställer ett villkor som mera förmånligt.<sup>160</sup> Även om part i god tro lämnar felaktiga eller vilseledande uppgifter eller uttalar sig om ett framtida handlande som senare visar sig inte vara möjligt att genomföra, kan detta ha betydelse för bedömningen av om ett avtalsvillkor är oskäligt. Om det å andra sidan är ett villkor som i sig skulle kunna anses som oskäligt och som har förhandlats fram mellan två jämnstarka parter menar GU att dessa omständigheter vid avtalets tillkomst får till följd att part inte kan åberopa detta villkor som stridandes mot 36 § AvtL.<sup>161</sup> En annan variant är att part på annat sätt har kompenserats, t.ex. genom ett fördelaktigt pris.

Om en part vid villkorets eller avtalets förhandlingar fått avtalet till stånd genom ett aggressivt beteende, tvång, överraskningstaktik eller på annat sätt missbrukat förhandlingsläget är detta omständigheter som kan leda till att ett villkor kan åsidosättas med stöd av 36 § AvtL.<sup>162</sup>

GU nämner vidare som exempel på omständigheter vid avtalets tillkomst, att den starkare parten visserligen har stränga avtalsvillkor, men att man inte brukar tillämpa dem i enlighet med deras ordalydelse, s.k. kulans.<sup>163</sup> Om part har för sedvana att inte tillämpa dessa strängare villkor mot sina kunder så att en praxis bildats, kan ett avsteg från denna praxis få betydelse. Om parten gentemot svagare part väljer att tillämpa reglerna enligt sin ordalydelse, krävs för att 36 § AvtL ska kunna bli tillämplig att det saknas

---

<sup>158</sup> Prop. 1975/76:81 sid 41.

<sup>159</sup> SOU 1974:83 sid. 171

<sup>160</sup> SOU 1974:83 sid. 133

<sup>161</sup> SOU 1974:83 sid. 113f.

<sup>162</sup> SOU 1974:83 sid. 132f.

<sup>163</sup> Jfr 4.3.2.2 ovan, särskilt Finney Lock Seeds och även kapitel 6.3 nedan.

någon form av giltigt skäl för detta avsteg.<sup>164</sup> Som sådana giltiga skäl kan enligt utredningen nämnas olika kostnader för olika typer av kunder. Detta stöds också av remissinstanserna som också påpekar att en näringsidkare inte heller genom detta instrument alltför lättvindigt fråntas möjligheten att använda sanktioner som avtalet erbjuder, så länge dessa sanktioner är skäligen i sig.<sup>165</sup>

Omständigheter på den svagare partens sida kan vara bristande språkkunskaper exempelvis.<sup>166</sup>

Villkor som strider mot eller som har till syfte att kringgå tvingande lag kan vara att anse som oskäligen. I vissa fall kan villkoren ta sikte på ett område där tvingande lagstiftning saknas, men där man lätt kan göra analogi från områden med tvingande rätt.<sup>167</sup> GU menar vidare att även vid avsteg från dispositiv rätt genom avtal så kan domstolen hämta viss ledning ur denna rätt i sin bedömning.<sup>168</sup> Ett typexempel inom friskrivningar torde vara en friskrivning från skadeståndsansvar vid grov oaktsamhet.

### **5.3.3 Senare inträffade förhållanden**

Under denna rubrik har förarbetena valt att anföra synpunkter som främst gör sig gällande vid längre avtalsförhållande. GU tog här upp arrendeavtal, och avtal med prisklausuler, vilka vid långvariga avtalsförhållanden kan bli oskäligen för den ena parten. Också avtal där man inte vid avtalets ingående har kunnat bedöma utvecklingen och den ena parten har fått en mer ofördelaktig utveckling än den andra parten.<sup>169</sup>

### **5.3.4 Omständigheterna i övrigt**

Med omständigheterna i övrigt, avsåg GU främst att hänsyn måste tas till samtliga omständigheter, speciellt om det finns andra avtal mellan parterna som påverkar det undersökta avtalet. Även sedvana och allmän affärspraxis innefattas i detta begrepp. Det som ovan anförts om parts praxis, särskilt kulans, är exempel på omständigheter i övrigt som kan inverka på skälighetsbedömningen av ett avtal.

---

<sup>164</sup> SOU 1974:84 sid. 145ff

<sup>165</sup> Prop. 1975/76:81 sid. 120

<sup>166</sup> Jfr dock 5.6 nedan.

<sup>167</sup> SOU 1974:83 sid. 135f

<sup>168</sup> SOU 1974:83 sid. 138

<sup>169</sup> SOU 1974:83 sid 156ff.

## 5.4 Särskilt om friskrivningar

Ovan har diskuterats de allmänna förutsättningarna för 36 § AvtL. Här skall särskilt diskuteras friskrivningsklausuler och deras förhållande till 36 § AvtL enligt förarbetena.

I vissa fall är en jämkning av en friskrivningsklausul inte nödvändig, utan man kan genom tolkning av parternas avsikt eller syftet med bestämmelsen, komma runt klausulen. Om en köpare lovar att leverera sommarvaror, men friskriver sig från leverans inom viss tid och denne åberopar detta som stöd för att leverera varorna under hösten, torde friskrivningsklausulen sakna betydelse.

En mycket vanlig form av friskrivning är *ansvarsfriskrivning*. Till denna kategori av friskrivningar hör både friskrivning för vissa typer av skadestånd, exempelvis vid vårdslöshet, men också beloppsbegränsningar, dvs. att ersättning endast kan utgå med visst belopp. Andra uttryck som används är att ersättning inte utgår för ”medelbar skada”, ”indirekta skador”, ”följdskadorna” eller ”allmän förmögenhetsskada”. Som ovan nämnts får man vid denna typ av ersättning se till vilken part som har utformat villkoret och huruvida villkoret har varit föremål för förhandling eller ej. Principen ”*contra stipulatorem*”<sup>170</sup> har stor betydelse på området, tillsammans med den rena jämkningen med stöd av 36 §. Det anges inte i förarbetena någon specifik gräns för vilken typ av försummelse som går att friskriva sig från<sup>171</sup>. Det får således bedömas i varje enskilt fall. Man måste också se till andra delar av avtalet, t.ex. om parten har fått ett reducerat eller förmånligt pris. Möjligheten till försäkring på skadevållarens sida bör också tas in i bedömningen<sup>172</sup>.

Vad gäller skadeståndsskyldighet för *ideell skada och ren förmögenhetsskada* hänvisar GU till 21 § Kreditupplysningslagen (1973:1173) och 23 § Datalagen (1973:289) (numera 48 § Personuppgiftslagen 1998:204). Ersättning skall enligt nämnda lagrum utgå i de fall part inte kan exculpera sig. Inte heller har gränsen här satts till grov vårdslöshet eller försummelse, vilket således indikerar att man vid denna typ av skada måste ta hänsyn till de intressen som skadeståndsskyldigheten ska skydda. I övrigt hänvisar utredningen till rättspraxis, men detta ligger utanför uppsatsens område.

---

<sup>170</sup> Mot skaparen. Regeln innebär i korthet att man vid oklarheter i avtalsvillkor, låter oklarheteten gå ut över den part som skrivit villkoret.

<sup>171</sup> GU uttalar (sid. 178): ”Utredningen anser för sin del klart, att det bör finnas möjlighet att jämka ansvarsfriskrivningar med stöd av en generalklausul. Utredningen anser också [...] att en jämkning eller ett åsidosättande av en ansvarsfriskrivning som sker på särskilt angivna grunder i många fall är bättre än en ’borttolkning’ av klausulen. Det skulle emellertid enligt utredningens mening leda till en alltför stel bedömning att generellt dra gränsen vid grov försummelse e.d.”

<sup>172</sup> Jämför vad som anförts ovan i 4.3.2.1.

För *personskada* gäller delvis andra regler genom skadeståndsrätten där man traditionellt brukar hävda att friskrivning för uppsåt och grov vårdslöshet inte är tillåten. För *sakskada* finns det ett liknande resonemang.<sup>173</sup> GU delar inte denna uppfattning på alla plan utan anser att det bör finnas utrymme för en mer samlad bedömning. Om part friskriver sig från sakskada därför att motparten har bättre möjligheter att försäkra sig mot skadan, blir frågan huruvida motparten tydligt har informerats om och förstått att han bör försäkra sig. Om part inte tillräckligt informerar sin motpart om detta kan en friskrivning jämkas, eftersom part då har brutit i sin informeringsplikt. Om motparten har försäkrat sig torde en friskrivning som annars vore oskäligen godtagbar.<sup>174</sup> Även i de fall då den skadelidande har en möjlighet att föra talan mot annan än skadevällaren kan en långtgående friskrivning tillåtas.<sup>175</sup> I dessa fall kan skadevällaren vara friskriven även från grov vårdslöshet, utan att villkoret skulle behöva jämkas med stöd av 36 § AvtL.

## 5.5 Oskäligen avtalsvillkor – praxis

Den svenske lagstiftaren avsåg som tidigare konstaterats att det skulle vara domstolarna, och då främst Högsta Domstolen som skulle ge den nya 36 § AvtL sitt innehåll.<sup>176</sup> I praxis har 36 § i många fall blivit något av en slasktratt – något man har tagit till när inget annat har funnits att tillgå, eller som en sista utväg. Ett exempel på detta är NJA 1989 s. 614 – SPP-fallet.<sup>177</sup> Fallet rörde två f.d. makar, Anne-Marie och Lars Q, som träffat avtal om underhållsstöd till hustrun innan makarnas äktenskapsskillnad. Avtalet gick ut på att Anne-Marie Q skulle disponera hälften av makens framtida efterlevandepension från pensionsbolaget SPP. Det visade sig dock senare att, i motsats till vad båda makarna förutsatt, att det inte var möjligt att spjälka pensionen på detta vis. Anne-Marie Q väckte då talan mot Lars Q om förpliktigande för honom att teckna en pensionsförsäkring med henne som förmånstagare till ett belopp som skulle motsvara det hon skulle ha fått ut om avtalet hade gått att genomföra i enlighet med makarnas avsikter. Som stöd för detta åberopades, bland annat, 36 § avtalslagen. Begäran kunde inte bifallas ens med stöd av denna regel.

Kapitlet är i övrigt disponerat så, att först kommer referat av rättsfall, främst från HD, där frågan om en friskrivningsklausulernas förenlighet med 36 § AvtL prövats. Under rubriken Övrig praxis finns samlat rättsfall som inte direkt berör friskrivningar utan istället mera generellt handlar om oskäligen villkor mellan näringsidkare, där 36 § Avtalslagen har tillämpats. Syftet

---

<sup>173</sup> SOU 1974:83 sid. 179.

<sup>174</sup> SOU 1974:83 sid. 180.

<sup>175</sup> SOU 1987:83 sid. 181, jfr NJA 1988 s. 230.

<sup>176</sup> Jfr dock 2.1.3 ovan.

<sup>177</sup> Fallet tas endast upp här som ett belysande exempel på 36 § användning i svensk praxis och inte som ett fall med bäring på uppsatsens fråga.

med detta kapitel är att belysa praxis. Deras prejudikatvärde är främst som grund för analogier.

### 5.5.1 NJA 1979 s. 483

#### Bensinpumparna

Fallet berör visserligen lagstiftningen enligt 8 § SkbrL, men HD uttalade<sup>178</sup> att den gamla lagstiftningen skulle tolkas i ljuset av de nya reglerna. I ett avtal mellan två näringsidkare, A och B, om köp av vissa räkneverk (priskalkylatorer) till bensinpumpar, fanns vissa garantivillkor där man tagit in en friskrivning från skadestånd för s.k. indirekt skada. Frågan var om denna friskrivning kunde lämnas utan avseende med stöd av grunderna för 8 § SkbrL. De aktuella punkterna löd:<sup>179</sup>

*21. Säljaren förbinder sig att i enlighet med vad här nedan i punkterna 22-31 stadgas avhjälpa alla genom bristfälligheter i konstruktion, material eller tillverkning uppkommande fel.*

*30. Utöver vad som föreskrivs i punkt 21 har säljaren intet ansvar för fel, även om de beror på orsak, som förelåg innan risken för godsets förstörelse övergick på köparen. Säljaren är inte skyldig att till köparen utge någon som helst ersättning vare sig för personskada, skada på egendom, som icke omfattas av avtalet, utebliven vinst eller annan förlust eller indirekt skada, såvida det icke framgår av omständigheterna i fallet, att säljaren själv har gjort sig skyldig till grov vårdslöshet.*

*31. Oavsett vad som stadgas i punkterna 21-30 gäller icke säljaren förpliktelser längre än två år från den ursprungliga garantitidens början.*

Frågan var i fallet om det skulle vara obilligt och otillbörligt att tillämpa denna friskrivningsklausul mot köparen. Till grund för sitt krav anförde köparen (A) att säljaren (B) inte, som var avtalat, hade avhjälpt vissa fel i utrustningen och att köparen var i underläge gentemot säljaren (köparen var ett litet familjebolag med en omsättning på årsbasis om ca en miljon kronor – säljaren hade en årsomsättning på ca 100 miljoner kronor).

HD konstaterar först att det rör sig om ett avtal mellan två näringsidkare. Dessa omfattades inte av den speciallagstiftning som fanns till skydd för konsumenter.<sup>180</sup> Visserligen omnämndes näringsidkare i förarbetena till den nya 36 § AvtL, men det faktum att den ena parten rent faktiskt är större, innebär inte med automatik att den andra parten intar en underlägsen ställning gentemot den större parten. Istället krävs enligt HD att man gör en

<sup>178</sup> Rättsfallet sidan 513. HD hänvisar till NJA 1977 s.717 som stöd för detta.

<sup>179</sup> Här refereras endast en del av punkterna, sidan 485-486 i rättsfallet.

<sup>180</sup> Konsumentköplagen (1973:877) och lagen (1971:112) om förbud mot oskäligen villkor

helhetsbedömning av fallet, i enlighet med de kriterier som ställs upp i förarbetena till 36 § AvtL. Det första man tittade på var om de villkor som B använde sig av var vanligt förekommande i branschen eller inte samt om de var ensidigt utarbetade av en starkare part. I förevarande fall var friskrivningsklausulen i fråga hämtad från standardvillkor<sup>181</sup>, utarbetade av branschen och som enligt uppgift användes både av säljare och av köpare. Dessa villkor var i sin tur baserade på de standardvillkor<sup>182</sup> som tillämpades i Norden och på ECE 188 General Conditions for the supply of Plant and Machinery for export, utarbetade av Förenta Nationernas Ekonomiska Kommission för Europa.<sup>183</sup> Inte heller skiljde sig övriga villkoren i B: s avtal nämnvärt från de i IM 72. HD menade att de utgjorde en godtagbar riskfördelning mellan köpare och säljare, som hade fått en stor internationell spridning. HD gjorde vidare en jämförelse med dispositiv rätt och fann att villkoren utgjorde en väl avvägd fördelning av ansvar mellan köpare och säljare. ”Vikten av att vid avtals ingående kunna bedöma de ekonomiska riskerna av [...] garantiåtaganden rörande komplicerade industriprodukter har varit ett framträdande för sådana friskrivningar som det nu är fråga om.”<sup>184</sup> HD betonade också de större möjligheterna för köparen att genom försäkringar skydda sig mot skador av produkterna, som ett skäl för att tillåta friskrivningen. Frågan blev då om det vore obilligt att tillämpa dessa villkor gentemot det mindre företaget. HD konstaterade att de aktuella villkoren inte heller mot en konsument hade varit att anse som obilliga, vid en jämförelse med konsumentens rättigheter enligt konsumentköplagen. För att klausulen trots detta skulle kunna bedömas som obillig eller otillbörlig i användningen mot det mindre företaget fordrades tungt vägande skäl. Då säljaren och köparen hade affärsförbindelser sedan flera år tillbaka och säljaren i fallet främst uppträdde som mellanhand eller agent<sup>185</sup> åt ett större bolag<sup>186</sup>, och då A varit medveten om detta, framstod friskrivningsvillkoren inte som oskäligen vid en helhetsbedömning av avtalet.

## 5.5.2 NJA 1979 s. 666

### Aluminiumprofilerna

Fallet gäller förvisso inte friskrivningsklausuler direkt, utan om en skiljeklausul i ett avtal mellan två näringsidkare ska anses som ett oskäligt avtalsvillkor. Rättsfallet avser dock att belysa några av de principer som präglar gränserna för friskrivningar inom avtalsrätten.<sup>187</sup>

---

<sup>181</sup> IM 72 – rättsfallet sidan 513, jfr sid. 485.

<sup>182</sup> NL 70 – rättsfallet sidan 514

<sup>183</sup> Rättsfallet sidan 514.

<sup>184</sup> Rättsfallet sidan 514

<sup>185</sup> HD nämner aldrig ordet agent, men man kan få den uppfattningen att B i fallet haft en ställning som liknade agentens.

<sup>186</sup> B hade i sin tur köpt varorna av ett schweiziskt bolag.

<sup>187</sup> Jfr 5.6 nedan.

Parter i rättsfallet var å ena sidan SAPA – Skandinaviska Aluminiumprofiler Aktiebolag – och designern Carleric G å den andra. Tvisten rörde ett köpeavtal avseende aluminiumprofiler som bl a innehöll följande klausul:

*Twister i anledning av detta avtal och till detta fogade bestämmelser samt tvister rörande däri omförmälda och därav hänflytande rättsförhållanden med vad däri äger samband skola avgöras enligt svensk lag efter säljarens val av svensk allmän domstol eller genom skiljedom enligt lag.*

Efter att G stämt SAPA på ersättning för avtalsbrott, yrkade SAPA att TR skulle avvisa talan med hänvisning till skiljeklausulen. G yrkade å sin sida att villkoret skulle lämnas utan avseende med stöd av 36 § AvtL. Som grund för sitt yrkande åberopade G att klausulen med hänsyn till villkorets och avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst och omständigheterna i övrigt var oskäligt samt att villkoret stred mot god affärssed. G var ”free lancer” [sic!] och hade verkat som formgivare sedan början av 60-talet. Han intog en underlägsen ställning gentemot SAPA – G hänvisade till sin dåliga ekonomi, som efter avtalsbrottet närmast var katastrofalt dålig, att han vid avtalsslutet hade varit oerfaren vad gällde försäljning, inköp och framställning av varor, samt att SAPA var ett företag närmast i monopolställning i aluminiumprofilbranschen – det fanns vid tiden för avtalsslutet endast två företag i Sverige som kunde leverera aluminium enligt de specifika krav G hade. SAPA hade inte vid avtalsslutet fäst G:s uppmärksamhet vid den aktuella klausulen och G hade inte vid avtalsslutet någon tanke på att SAPA på detta vis skulle kunna beröva honom möjligheten att få sin talan prövad vid allmän domstol.

SAPA å sin sida menade att det saknades några omständigheter som gjorde klausulen oskälig eller att det skulle strida mot god affärssed. Vidare fick man vid den här typen av affärer ta för givet att motparten satte sig in i leveransvillkoren. Det saknades därför anledning att särskilt peka ut dem. Avtalsslutet föregicks av två månaders förhandling och SAPA menade därför att G inte kunde anses sakna sådan erfarenhet av förhandlingar som denne ville göra gällande. Inte heller ville SAPA vidkännas något avtalsbrott, utan detta var i sådant fall initierat av G.

HD konstaterade att villkoret fanns både på baksidan av den offert som SAPA lämnade och bland villkoren på en orderbekräftelse. Det fördes dock aldrig på tal under de två månader som förhandlingarna pågick. Vidare kan en klausul om skiljeförfarande i sig vara oskälig, då en ekonomiskt svagare part kan dra sig för att få sin sak prövad. Att klausulen som här är utformad så att tvistlösningsforum inte bestäms vid avtalets ingående utan vid en senare, obestämd, tidpunkt gör inte villkoret mindre oskäligt. Då G vid avtalets ingående inte hade någon annan att vända sig till, då SAPA var erfarna i branschen och G helt ny, är G:s invändning om att han inte reflekterat över villkoret vid avtalets slutande giltig. HD fann att villkoret var oskäligt på dessa grunder.



### 5.5.3 NJA1988 s. 230

#### Leasingbolaget

I NJA1988 s.230 gällde tvisten ett leasingavtal mellan två näringsidkare. Hersby leasing AB (Hersby) köpte från C-O-X Datasystem AB (C-O-X) ett datasystem som sedan i sin tur leasades ut till Elbeco Försäljnings AB (Elbeco). Lidingö Leasing Kommanditbolag tog strax efter leverans av utrustningen över Hersbys fordran på Elbeco.

I avtalet fanns följande friskrivningsklausuler intagna:

*Allmänna villkor: [---]*

*3. Beträffande leverans, leveranstid, garantitid, service etc. gäller de särskilda och allmänna bestämmelser, som framgår av avtalet med leverantören eller, i avsaknad av sådana bestämmelser, köplagen och/eller gällande branschsedvänja.*

*Uthyraren överlåter på kunden att utöva den rätt uthyraren har eller får gentemot leverantören på grund av avtalet med denne.*

*Uthyraren har icke något ansvar för försenad leverans av hyresobjektet eller andra brister i leverantörens uppstående kostnader*

*Uthyraren garanterar icke hyresobjektets kvalitet, prestanda och skick, ej heller dess lämplighet för kunden.*

*4. Hyresobjektet är icke kundens egendom och kunden förvärvar ej på grund av detta avtal äganderätt därtill.*

Efter att Elbeco hävt leasingavtalet p.g.a. fel stämde man leasegivaren (Lidingö Leasing Kommanditbolag) och krävde skadestånd på 10 000 kr förutom återbetalning av erlagda leasingavgifter. Som grund för talan anförde Elbeco att varan ej varit i avtalsenligt skick, att påtalade fel ej har åtgärdats och att Elbeco därför har hävt avtalet samt att man genom leasingbolagets underlåtelse att prestera enligt avtal hade vållat Elbeco skada. Leasegivaren svarade med att hänvisa till friskrivningsklausulerna i avtalets paragraf tre och fyra (se ovan). Leasegivaren menade att Elbeco istället hade att vända sig mot leverantören om man ansåg att det förelåg fel i varan. Elbeco menade att dessa villkor skulle lämnas utan avseende då de var oskäligen enligt 36 § AvtL. Enligt Elbeco skulle leasetagaren ha mycket svårt att gentemot leverantören hävda sin rätt, då dessa inte har något avtalsförhållande. Leasetagaren skulle då stå utan något rättsmedel. Leverantören kan också gentemot leasetagaren åberopa alla de invändningar som han kan ställa mot leasegivaren, t.ex. friskrivningsklausuler el dyl. Leasetagaren saknar kännedom om avtalet mellan leasegivaren och leverantören och känner inte heller till kontantpriset, varför man inte kan kräva detta åter om avtalets prestationer skall återgå vid en hävning.

Leasetagaren blir vidare beroende av leasegivarens goda vilja att bistå leasetagaren med juridisk hjälp angående avtalets innehåll samt med bevisning. Leasetagaren är enligt avtalet med leasegivaren skyldig att betala även om varan är behäftad med fel och har enligt avtalet endast skyldig att reklamera till sin avtalspart. Leasetagaren blir då beroende av att leasegivaren vidarebefordrar denna reklamation till leverantören för att leasetagaren inte skall lida rättsförlust. Samma princip borde gälla avseende hävning av avtalet. Leasetagaren kan inte heller vid sak- eller personskada orsakad av utrustningen, eller av annan skada orsakad av att utrustningen inte varit i avtalsenligt skick<sup>188</sup>, rikta anspråk mot leverantören då leasegivaren inte har lidit någon skada. Vid en återgång av prestationerna kan erlagda leasingavgifter överstiga det kontantpris leasegivaren har erlagt till leverantören och leasetagaren saknar i dessa fall möjlighet att få ersättning för överskjutande del. Slutligen anförde Elbeco att det i sig är oskäligt om en legogivare gentemot en legotagare friskriver sig för skada i det uthyrda godset. Elbeco har inte haft någon direkt kontakt med leverantören utan en konsultfirma har skött detta.

HD ansåg inte att klausulerna var att anse som oskäliga enligt 36 § AvtL. Till grund för detta anförde HD att klausulen visserligen vid ett första påseende kan tyckas innefatta en osäker rätt. Leasetagaren har här endast möjlighet att gentemot leverantören framställa de invändningar som leasegivaren hade kunnat framföra. Särskilt osäker blir rätten till skadestånd, då Elbeco endast skulle kunna åberopa leasegivarens skada men inte sin egen. HD konstaterar att denna rätt endast kan utvisas vid en prövning av överlåtelseklausulen i punkten 3 i avtalet. HD antyder dock enligt författarens mening att det enligt utredningen inte skulle vara en helt stängd utväg.

Vidare var avtalet upprättat mellan två näringsidkare som får anses vara jämbördiga. HD fann vid en samlad bedömning att klausulen således inte var att anse som oskälig.<sup>189</sup>

#### **5.5.4 NJA 1989 s. 346**

##### **Trygg-Hansa och pälsarna**

Fallet gäller ett försäkringsavtal mellan en körsnär i Stockholm, och försäkringsbolaget Trygg-Hansa och tolkningen av ett försäkringsvillkor. Körsnären A hade lås och larmanordningar installerade av Securitas, på rekommendation av Trygg-Hansa. A förvarade också en extra nyckel till sina lokaler hos Securitas. Trots detta skedde stöld i A:s utrymme.

---

<sup>188</sup> I det här fallet torde man avse ren förmögenhetsskada, förf:s anm.

<sup>189</sup> Viss ytterligare ledning kan kanske finnas i JustR Höglunds skiljaktiga motivering, där denne dels trycker på att det mellan leasegivaren och leverantören saknades ett formellt köpeavtal utan att köplagens regler blev gällande, dels den form av finansiering som leasing innebär. Se vidare nedan.

I villkoren mellan Trygg-Hansa och körsnären A fanns följande villkor intagna:

*Försäkringen gäller för skada, t ex stöld och skadegörelse, genom*

- inbrott då någon olovligen med våld brutit sig i eller med dyrk tagit sig in i lokal som uppfyller för försäkringen gällande krav på inbrottskydd eller i värdeskåp*
- att någon tagit sig in i lokal eller i värdeskåp med för låset avsett nyckel eller kod som åtkommit genom rån eller inbrott i annan lokal eller bostad.*

Stölden skedde genom att tjuvarna utnyttjade sig av falska nycklar, som man enligt A hade fått tillgång till genom att kopiera den uppsättning nycklar som fanns i förvar hos Securitas. Trygg-Hansa vägrade betala ut ersättning för detta, med hänvisning till att bruk av falsk nyckel inte omfattades av termen inbrott, samt att de falska nycklarna inte heller åtkommit genom stöld eller inbrott hos Securitas.

A hävdade att villkoren stred mot 36 § AvtL, då denne saknade möjlighet på den svenska marknaden att skaffa sig liknande skydd på andra villkor, skulle tolkas så att ersättning skall utgå då tjuvarna berett sig tillträde på sätt som skett och där försäkringstagaren inte varit vårdslös i hanteringen av nycklarna. A hävdade vidare att denne hade en mycket svår bevisbörda då nycklarna hade befunnit sig i Securitas vård.

Trygg-Hansa bestred A:s krav och hävdade att 36 § inte var tillämplig på villkoren då dessa dels inte var oskäligen, dels då paragrafen inte kunde användas till att utvidga en parts skyldigheter.

HD uttalade att en tolkning av 36 § så att den endast skulle kunna inskränka en parts skyldigheter men inte utvidga dem, skulle strida mot paragrafens grunder. I förevarande fall skulle en utvidgning av Trygg-Hansas skyldigheter inte vara något större steg, eftersom det inte i sak bör vara någon skillnad på om en begränsande regel står angiven som undantag från en regel, eller inskränkningen framgår e contrario av en uttömmande uppräkningslista.

Frågan om villkoren i sig var att anse som oskäligen besvarades nekande av HD. Dessa vilade på en rationell grund – en utvidgning av dessa till att täcka även de fall där nycklar åtkommit på annat sätt än genom stöld eller våld skulle öka antalet försäkringskrav. Det faktum att inga andra försäkringsbolag erbjuder ett mer långtgående skydd tas också av HD som intäkt för att Trygg-Hansas villkor vilar på en solid, rationell grund.

HD tog därefter upp möjligheten att villkoren p.g.a. senare inträffade omständigheter var att anse som oskäligen. A hade vidtagit mycket långtgående skyddsåtgärder, med ett väl utvecklat lås- och larmskydd och A som den ende som innehade nycklar till området. A hade dessutom levt i

tron att villkoren skulle täcka det aktuella försäkringsfallet och att detta misstag var förståeligt.<sup>190</sup> HD ansåg det osannolikt att A, om han hade känt till att villkoren inte täckte den aktuella situationen, hade låtit deponera några nycklar hos Securitas. Sammantaget ansåg HD att de senare inträffade omständigheterna gjorde det oskäligt att tillämpa friskrivningen gentemot A. JustR Gregow anförde skiljaktig mening och ville ogilla A: s talan.

## 5.5.5 NJA 1992 s. 782

### Branden i Södertälje hotell

Målet, som i grunden var flera förenade mål, handlade såvitt här är av intresse om en företagsförsäkring mellan Stadshotellet i Södertälje AB (Hotellet) å ena sidan och Stockholm Stads brandkontor AB (Brandkontoret) å den andra. Mellan dessa ingicks försäkringsavtal avseende hotellbyggnaden. Till omständigheterna hörde också att Hotellet inte själva köpt försäkringen direkt av Brandkontoret utan genom en försäkringsmäklare.<sup>191</sup> Försäkringen för Hotellet började gälla den 1 maj och ankom Hotellet den 23 april. Den 7 maj avsändes en betalningsorder till Postgirot och denna ankomststämplades den 9 maj 1990. Samma dag drabbades Hotellet av en brand. Den eftermiddagen lämnade Brandkontoret genom sin representant ett åtagande om att man skulle ersätta skadan enligt villkoren. Påföljande dag lämnades en skriftlig bekräftelse av åtagandet. Sedan det stått klart för Brandkontoret att premierna ej var betalda branddagen vägrade man lämna ersättning med hänvisning till försäkringens villkor. Fråga uppkom om försäkringsbolagets ansvar för branden. Det saknades uppgifter på avierna från försäkringsbolaget om sista betalningsdag. Den klausul som 36 § AvtL åberopades mot löd:

*Premien skall betalas i förskott. Bolagets ansvarighet inträder vid försäkringstidens början, även om premien ännu inte har betalats. Detta gäller endast under förutsättning att premien betalas inom 14 dagar efter det att bolaget skickat ut premieavin.*

*Betalas inte premien inom 14 dagar efter utsändningen av avi föreligger dröjsmål med premiebetalning. Betalas premien senare men innan försäkringen sagts upp inträder bolagets ansvarighet först dagen efter betalningen.*

Brandkontoret bestred ansvar. Hotellet yrkade ersättning och anförde att försäkringsvillkoren var oskäliga och att dessa skulle jämkas så att

---

<sup>190</sup> HD uttalar dock samtidigt att villkoren är såpass tydligt utformade att man vid en objektiv bedömning borde förstå dessa – rättsfallet sidan 355.

<sup>191</sup> Den del av rättsfallet som berör talan mot försäkringsmäklaren är inte medtaget i referatet. Inte heller är fastighetsägarens talan mot både försäkringsmäklaren och Brandkontoret medtagen.

Brandkontorets ansvar skulle inträda senast vid branden<sup>192</sup>. Såsom grund för denna oskälighet anförde man:

1. Att Brandkontoret bekräftat att hotellförsäkringen gäller from d 1 maj, 1990,
2. att normal betalningsfrist utgörs av en månad, om inget annat framkommer av fakturan,
3. att någon förfallodag inte angivits på den utsända premieavin,
4. att Brandkontorets normala rutiner innebär att förfallodag utsätts på premieavin,
5. att andra försäkringsbolag anger sista betalningsdag,
6. att hotellet varken av Brandkontoret eller mäklaren upplysts om 14-dagarsfristen och påföljden av utebliven betalning,
7. att uppgift om 14-dagarsfristen och påföljden av utebliven betalning endast lämnas på s 40 i de allmänna villkoren samt att bestämmelsen saknar anvisning om när betalning skall anses ha skett,
8. att ingen påminnelse om dröjsmål utsänts till hotellet,
9. att förhandlingar och korrespondens i ärendet, med undantag för lämnad bekräftelse, skett via mäklare, till vilken Brandkontoret självt hänvisat,
10. att mäklaren i följbrevet angivit att han återkommer vecka 19 för att följa upp försäkringsskyddet och, då så skedde, inte upplyste hotellet om att det faktiskt på grund av utebliven betalning vid den tidpunkten stod utan försäkringsskydd,
11. att hotellet, genom betalningsordern dagen före branden, visat sin avsikt att betala premien, vilken även erlades genom denna order, samt att det, mot denna bakgrund, måste hållas för visst att hotellet skulle ha erlagt premien på förfallodagen eller i vart fall före branddagen, om det stått klart för hotellet när den förföll till betalning och följderna av utebliven betalning.

HD började med att konstatera att det rörde sig om ett avtal mellan två näringsidkare och att 36 § AvtL därför skulle användas restriktivt. Då Hotellets invändningar mot Brandkontoret i mångt och mycket gällde bristande information från Brandkontorets sida, tog HD fasta på att Hotellets förhandlingar förts av ett sakkunnigt ombud – försäkringsmäklaren. Denne hade tillgång till försäkringsbolagets samtliga villkor och då denne var Hotellets ombud får hans vetskap om dessas innehåll tillgodoräknas Hotellet. Att Brandkontorets villkor varit oklara fick

---

<sup>192</sup> Här är endast den del av talan som behandlar 36 § Avtalslagen medtagen, men Hotellet hade i rättsfallet flera alternativa grunder.

alltså ingen betydelse, då Hotellet genom sitt ombud fick anses ha full vetskap.<sup>193</sup>

HD gick därefter vidare till att diskutera p.11 i Hotellets talan, nämligen den betalningsvilja som Hotellet visat genom att skicka in betalningsuppdrag till Postgirot genast då de insett att de varit i dröjsmål med betalningen. HD konstaterar att villkoren var vanligt förekommande i företagsförsäkringar och att det på detta område råder full avtalsfrihet enligt Försäkringsavtalslagen (1927:77).

En jämkning av villkoren skulle då innebära ett långtgående ingripande i denna avtalsfrihet – HD uttalade att man ”vägrar att ta konsekvenserna av den avtalsfrihet som i detta hänseende råder utanför konsumentförsäkringslagens område”.<sup>194</sup> Då villkoren anknöt till ”sedvanliga civilrättsliga principer”<sup>195</sup> saknade HD anledning att utöka avtalens innehåll.

JustR Lambe och JustR Heuman var skiljaktiga i frågan. De började med att konstatera att avsikten med 36 § AvtL är att ge domstolarna en längre gående möjlighet att ingripa i avtal än tidigare, även mellan näringsidkare. Avsikten är att genom att tillämpa en helhetsbedömning se till om ett avtalsvillkor kan leda till ett obilligt resultat i det enskilda fallet. I förevarande fall hade Hotellet ett heltäckande försäkringsskydd från den 1 maj. Då man var i dröjsmål med betalning upphörde detta den 5 maj och kom genom betalningen åter att träda i kraft den 10 maj.

Justitieråden konstaterade därefter att det generellt sett saknades anledning att ifrågasätta den riskfördelning som villkoren ger uttryck för, då det dessutom överensstämde med bestämmelsen i 14 § 1 st FAL om friskrivning för försäkringsgivaren vid dröjsmål med premiebetalning. I det enskilda fallet slår sådana här friskrivningar dock mycket hårt. I allmän kontraktsrätt får dröjsmål inte alltid till följd att avtalet hävs med omedelbar verkan. Man hänvisade också till SOU 1989:88 och till en uppsats av Bertil Bengtsson<sup>196</sup> angående reformering av Försäkringsavtalsrätten och att det i linje med civilrättens principer bör finnas utrymme för en mindre strikt tillämpning av villkoren i vissa fall. Hade Hotellet betalat en dag tidigare hade försäkringen täckt branden och besparat Hotellet miljoner kronor i kostnader. I detta fall, där dröjsmålet med betalningen delvis kan sägas bero på Försäkringsbolaget (genom att deras avier inte har angett någon sista betalningsdag) leder en strikt tillämpning av avtalsvillkoret – även om det är ett avtal där avtalsfrihet gäller mellan två näringsidkare – till ett obilligt resultat för Hotellet.

---

<sup>193</sup> Det faktum att kommunikationen mellan Hotellet och mäklaren har varit bristfällig blev enligt HD en sak som inte påverkade relationen mellan Hotellet och Brandkontoret – jfr p.10 i Hotellets invändningar.

<sup>194</sup> Rättsfallet s. 806.

<sup>195</sup> Rättsfallet s. 806.

<sup>196</sup> Om dröjsmål med betalningen – Bör försäkringsavtalsrätten reformeras, uppsatser utgivna av Allmänna Brand 1968 – sid. 808 i rättsfallet.

## 5.5.6 RH 1988:22

### Ismaskinen

Rättsfallet gällde ett avtal om leasing mellan två näringsidkare. Efter att leasingbolaget krävt ett föreläggande om betalning, gjorde L en invändning mot betalningsskyldighet. L hade hyrt en s.k. ice-shakermaskin från en leverantör L själv hade utsett. I leasingavtalet fanns följande friskrivningsklausul:

*”Bolagets ansvar gentemot leasetagaren för leasingobjektet i fråga om fel och brist i dess kvalitet, prestanda, lämplighet för leasetagaren och andra dylika bristande uppfyllelser av kontraktet är begränsat dels till det ansvar leverantören i sin tur har mot bolaget i sådana frågor, dels till att leverantören faktiskt fullgör sina ifrågavarande skyldigheter gentemot bolaget. I enlighet härmed äger leasetagaren uppsäga detta leasingkontrakt och/eller erhålla ersättning för under denna punkt 8 avsedda fel och brister etc. endast om bolaget äger motsvarande rätt mot leverantören och i så fall endast i den utsträckning (inkl ersättning för följd effekter) som leverantören faktiskt fullgör sina förpliktelser mot bolaget.*

*I händelse leasetagaren framställer reklamation beträffande leasingobjektet eller leasingförhållandet är leasetagaren skyldig att på bolagets begäran framställa motsvarande reklamation hos leverantören för bolagets räkning samt att sedan - i eller utom rättegång - på egen bekostnad biträda bolaget i frågan och att på bolagets begäran genom eget ombud utföra bolagets talan. Leasetagaren skall svara för bolagets samtliga kostnader i anledning av här avsedda reklamationer och krav, såsom ex-vis [sic!] för juridiskt och tekniskt biträde och rättegångskostnader samt skall på bolagets begäran förskotta sådana beräknade kostnader.”*

Maskinen visade sig snart vara behäftad med fel och L ville få felen avhjälpta. Leverantören, som hade gått i konkurs, vägrade ta tillbaka varan. L förklarade då leasingavtalet med finansbolaget hävt. Bolaget vägrade godta denna hävning och hänvisade L att vända sig mot leverantören. I mål om betalningsföreläggande yrkade L att villkoret skulle jämkas med stöd av 36 § AvtL såsom oskäligt. Till utveckling av talan anförde L att denne var i underläge i förhållande till bolaget. Bolaget hade också haft bättre möjligheter att bedöma leverantörens likviditet. Hade hon köpt varan direkt av leverantören hade hon kunnat hålla inne betalningen, då felet upptäcktes så snart efter leverans. Det var ostridigt mellan parterna att L hade kunnat häva köpeavtalet med leverantören, att L var näringsidkare och att leasingavtalet var ett standardavtal inom branschen.

HovR: n, liksom TR: n, fann att villkoret inte var oskäligt. L måste ha varit medveten om att leasingbolagets funktion som kreditgivare. Om L istället först hade lånat upp pengarna och därefter betalat direkt till leverantören hade L varit i samma situation som nu. Dessutom hade L själv valt ut leverantören och hade därmed haft minst lika goda möjligheter som

finansbolaget att bedöma leverantörens likviditet. Enbart det faktum att finansbolaget var en större näringsidkare kan inte utgöra skäl för att motpart ska befinna sig i underlägsen ställning.

## 5.6 Övrig praxis

### Grillkiosken<sup>197</sup>

Affärsidkaren A ingick avtal med bolaget B angående vissa arbeten på en gatuköksbyggnad på entreprenad. När entreprenaden var avslutad upptäcktes flera fel, bland annat var huset och grunden inte anpassade för varandra. A krävde bolaget B på 325 000 kr jämte ränta. Frågan i tingsrätten var huruvida en skiljeklausul skulle vara giltig gentemot affärsidkaren. Parterna hade olika åsikter om när avtalet var ingånget. A hävdade att muntligt avtal förelåg, utan skiljeklausul, medan B menade att avtalet inte var ingånget förrän B skickade skriftlig orderbekräftelse och då med skiljeklausul. Av intresse här, är endast A:s invändning om oskäligheten av att klausulen vore tillämplig.<sup>198</sup> Till grund för påståendet anförde A att då både hon och hennes man var invandrare och att hon var ovan vid ingåendet av sådana här avtal.

Tingsrätten konstaterar att det torde vara standard i byggbranschen att avtal ingås med skiljeklausul och hänvisade till vissa inom byggbranschen spridda standardavtal. Enbart det faktum att A inte har förstått innebörden av en skiljeklausul innebär inte att klausulen är oskäligen. Inte heller ansåg TR att A intagit en sådan underlägsen ställning gentemot B att klausulen på denna grund skulle anses som oskäligen. Avtalet var ingånget mellan två näringsidkare och klausulen stod sig trots A:s bristande erfarenhet. TR anförde vidare att HD i ett avgörande – NJA 1987 s.639 – jämkat ett avtal mellan två näringsidkare. Avtalet liknade härvid mer ett anställningsförhållande än ett avtal mellan två jämlika näringsidkare. Den underlägsne parten hade i det fallet ett behov av skydd mot de kostnader som ett skiljeförfarande förde med sig. I förevarande fall saknades några sådana skäl och A:s talan lämnades utan bifall.

### BABS och Handelsboden<sup>199</sup>

Handelsboden i Jävre AB (Handelsboden) ingick 1993 ett avtal om inlösen av kontokortstransaktioner<sup>200</sup> med BABS (Bankkortsadministrativ

---

<sup>197</sup> Tingsrätten i Lunds beslut 2002-08-23, ej överklagat.

<sup>198</sup> Fråga i fallet var också med vilka villkor avtalet hade ingåtts och när. Dessa frågor förbises i denna uppsats.

<sup>199</sup> Hovrätten för Övre Norrlands beslut 1997-11-25 i mål Ö 224/97.

<sup>200</sup> I tingsrättens beslut refereras avtalet till som ett ”avtal om betalningförmedling” (se under punkten 2 i tingsrättens slutliga beslut.1997-05-14). Det vedertagna begreppet idag torde dock vara det här använda uttrycket, vilket används av Euroline (SEB: s



Butiksservice AB). I avtalet stadgades bl. a att BABS hade rätt att ta ut serviceavgifter och dessa serviceavgifters nivå, att uppsägningstiden för avtalet var sex månader samt att tvister rörande tolkningen av avtalet skulle avgöras av skiljenämnd. I juni 1995 höjde BABS priserna för inlösen av bankkort från 0 % till 3 %. I sin ansökan om stämning yrkade Handelsboden att Tingsrätten skulle fastställa att avtalet skulle gälla i det skick som det ingicks i 1993. Av vad Handelsboden anförde som grund är här av intresse att avtalsklausulen var oskälig och därför ogiltig enligt Avtalslagen.

BABS yrkade att talan skulle avvisas i enlighet med den skiljeklausul som gällde mellan parterna. Handelsboden genmälde då att även skiljeklausulen var oskälig och därför skulle lämnas utan avseende med stöd av 36 § Avtalslagen. Till grund för talan anförde Handelsboden att den gentemot BABS intog en underlägsen ställning då man träffat avtal med standardklausuler och då man är beroende av tjänsten för sin rörelse. Skiljeklausulen är oskälig främst p.g.a. senare inträffade omständigheter, men även ifråga om omständigheter vid avtalets tillkomst, avtalets innehåll och omständigheterna i övrigt. BABS' information om prishöjningen hade visserligen berättigat till uppsägning av avtalet utan sex månaders uppsägningstid, men tidsfristen var på endast ett par dagar. Handelsboden har bytt kortinlösare, men detta tog sex månader. Handelsbodens kortomsättning motsvarar 32 % av deras totala omsättning. Ett skiljeförfarande skulle innebära en stor ekonomisk risk för Handelsboden och med hänsyn till kostnaden för skiljeförfarandet är det i relation till tvistens värde (ca 2 226 kronor) oskäligt att låta tvisten omfattas av skiljeklausulen.

BABS bestred att skiljeklausulen skulle vara oskälig och anförde: Avtalet har träffats mellan två näringsidkare. Handelsboden har inte befunnit sig i tvångsläge gentemot BABS när avtalet ingicks. Av Handelsbodens totala omsättning på fyra (4) miljoner kronor har kortomsättningen utgjort endast en bråkdel. Det finns på marknaden sju andra aktörer som erbjuder inlösenavtal och att bli uppkopplad gentemot inlösenystemen tar endast några veckor. Handelsboden har vidare beretts tillfälle att frånträda avtalet, men har avstått från detta.

Tingsrättens beslut, senare fastställt av Hovrätten, var att klausulen INTE var oskälig. Grund för beslutet var att klausulen var klart och tydligt angiven i avtalet. Avtalet är ingånget mellan två näringsidkare. Även om BABS är den helt klart starkare parten är det inte visat att Handelsboden skulle inta en så underlägsen ställning som skulle föranleda att villkoret vore att bedöma som oskäligt. Inte heller några andra omständigheter har visats som skulle kunna utgöra skäl för annan bedömning.

### **Dokumentskåpet<sup>201</sup>**

---

inlösentjänst). Handelsbanken kortservice och BABS. Annorlunda dock för American Express och Diners Club).

<sup>201</sup> Hovrättens för västra Sverige dom 2000-05-30 i mål T 163-98

En lantbrukare ingick avtal med ett företag om leasing av dokumentaskåp men ångrade avtalet. Han meddelade företaget att han inte önskade skåpet innan leverans hade skett, men trots detta krävdes han på ersättning av bolaget. Avtalet ansågs vara ingånget mellan två näringsidkare och Hovrätten fann att 36 § Avtalslagen var tillämplig. I villkoren föreskrevs bl a att vid avtalsbrott, leasetagaren skulle betala både förfallna belopp, men också  $\frac{3}{4}$  av återstående betalningar. Detta var enligt Hovrätten att anse som oskäligen ersättning, eftersom den var oproportionerlig. Dessutom fanns det omständigheter vid avtalets tillkomst som hade betydelse på avgörandet. Representanten hade besökt lantbrukaren på kvällstid och vid besöket uppgivit att han varit på väg till en annan person. Denne övertalade därefter lantbrukaren att ingå avtalet under det felaktiga påståendet att representanten var på väg från en mäsas och därför kunde erbjuda ett billigare s.k. ”mässpris”. Inte heller diskuterades i samband med avtalsslutet villkor för uppsägning eller totalpris. Redan två dagar efter avtalets ingående avbeställde lantbrukaren skåpen.

Hovrätten fann, vid en helhetsbedömning att bolagets avtalsvillkor var att anse som oskäligen och därför lämnades utan avseende.

### Optionsavtalet<sup>202</sup>

Fallet berör ett avtal om handel med terminer mellan SEB och Anderson Inter Establishment, AIE.<sup>203</sup> Av intresse här är den klausul som finns intagen i det avtal som ingicks mellan SEB (i bestämmelsen benämnd Handelskontohållaren) angående skada. Punkten 8 lyder<sup>204</sup>:

*Handelskontohållaren är inte ansvarig för skada som beror på svenskt eller utländskt lagbud, svensk eller utländsk myndighetsåtgärd, krigshändelse, elavbrott, teleavbrott, brand, vattenskada, strejk, blockad, bojkott, lockout eller annan liknande omständighet. Förbehållet ifråga om strejk, blockad och lockout gäller även om Handelskontohållaren själv är föremål för, eller vidtar sådan konfliktåtgärd.*

*Skada som uppkommit i andra fall skall inte ersättas av Handelskontohållaren, om Handelskontohållaren varit normalt aktsam. **Handelskontohållaren är i intet fall ansvarig för indirekt skada.** (min markering)*

AIE hade genom SEB:s försorg depå där det fanns bland annat 2 250 köp Nokia, juni och 1000 köp Skandia augusti. Under den 4 april, kom Nokia-terminernas värde att sjunka väsentligt, och enligt Stockholmsbörsens

---

<sup>202</sup> Stockholm tingsrätts dom 2002-05-24. Domen är överklagad och huvudförhandling kommer att hållas 9–12 september 2003.

<sup>203</sup> För denna uppsats del kommer endast vissa delar av målet att refereras. Observera att fallet har andra aspekter än de som är redovisade här.

<sup>204</sup> I förkortad version.

ombud riskerade AIE att inte uppfylla de säkerhetskrav som krävdes för bolagets depå vid dagens slut. Ombudet kontaktade SEB:s mäklare, och man kom fram till att man till skydd för säkerheten skulle ställa ut Ericssonterminer. Strax före börsens stängning samma dag, kom man att ställa ut 2 200 sälj Ericsson april. Detta var enligt gällande regelverk dock inte en giltig åtgärd, och AIE drabbades p.g.a. detta av en skada, då AIE:s underskott kom att öka med 50 miljoner kr. Detta underskott kvarstod också dagen därpå. Under förmiddagen den 5 april kom AIE att ”netta” Ericssonterminerna och säkerhetskravet var därmed uppfyllt.

AIE sålde senare underförmiddagen sina terminer i Nokia, till en förlustkurs. AIE hävdade att, om SEB inte hade ställt ut Ericssonterminer, AIE hade haft kvar Nokiaterminer som varit utställda den 4 april. AIE hade då, om de hade haft kvar alla sina terminer, avvaktat med att sälja dessa till dess att kursen vände uppåt. AIE hade då gjort en vinst på 7 200 000 kr.<sup>205</sup> SEB hävdade att detta utgjorde hypotetiska vinster, vilka inte ersätts och i vilket fall en indirekt skada, som inte ersättes enligt villkoren. TR gick dock på AIE:s linje, och godkände talan i denna del.

---

<sup>205</sup> Beräkningsgrunden här utesluten.

# 6 Ledning i villkorens gränsland

## 6.1 En ledning i svensk praxis?

I motiven till 36 § Avtalslagen har både lagstiftaren och utredaren lämnat fältet öppet för domstolarna att genom sin praxis ge regeln sitt innehåll. Man kan likna det vid en Tabula Rasa – en tom tavla - där lagstiftaren har gett domstolarna i uppgift att skissa fram ramarna för vad som är - och inte är - oskäligt. Till hjälp har man lämnat vissa verktyg; de rekvisit som räknas upp i paragrafen och uppmaningen att skapa en enhetlig praxis. Den genomgång av praxis som finns på området visar dock upp en något annan bild. Det synes som att domstolarna istället för att rita med tjocka streck, har skapat en tavla med en massa prickar, där det är juristens uppgift att försöka dra streck emellan dessa för att få fram den bild som döljer sig därunder. I många rättsfall har HD tryckt på att det är en *in casu*-bedömning som man gjort.<sup>206</sup> Det är inte heller särskilt många fall som utgör praxis på området. Ett tecken på detta är de rättsfall från lägre instanser som har fått bli en del av uppräknningen av befintlig praxis ovan.<sup>207</sup> Detta försvårar möjligheterna att enkelt avgöra och definiera var gränsen går för friskrivningar – gränsen blir helt enkelt suddig och diffus.

Varför finns det då så mager praxis på området? En förklaring är förmodligen att de flesta fall och prövningar av en klausuls skälighet har gjorts av skiljedomare eller så har frågan lösts genom förhandlingar mellan parterna. Här har branschorganisationernas egna organ betydelse. Genom att man i större organisationer ofta har sina egna konfliktlösningsverktyg, (vilket underlättar för de inblandade, men som ur en allmän synpunkt är negativ) minskar det offentliga materialet. Det är också relativt genomgående i praxis att det är först när en part har hamnat i ett sådant läge att det inte återstår någon förhandlingsväg som domstolen kommer in och får göra en prövning. I många fall har företaget gått i konkurs och då finns ingen annan väg att ta än att försöka angripa villkoren. Att många sådana fall inte bedöms som varande fall med oskäliga villkor, är förmodligen att de inte är det. Man har här enbart försökt att domstolsvägen komma ur en otrevlig situation. En annan möjlig tolkning är att de flesta avtal ingås mellan parter som är, om inte jämnstarka, så är i vart fall styrkeförhållandena dem emellan inte så stora att det blir en fråga som endast kan lösas av domstol.

Det ligger också i linje med svenska domstolars ovilja att genom domar alltför mycket ingripa i, eller förändra regelverken. Detta överläts till

---

<sup>206</sup> Se exempelvis JustR Lambe och Heumans dissens i NJA 1992 s. 782 under 5.5.5 ovan,

<sup>207</sup> 5.6, jfr även 5.2 ovan.

lagstiftaren. Problemet som uppstår är dock att just kring 36 § har lagstiftaren medvetet lämnat fältet öppet för domstolen att skapa rätten. Departementschefen uttalade direkt i förarbetena vikten av att domstolarna skapar en fast praxis för gränserna för generalklausulen, så att näringslivet skulle få en fast ram att förhålla sig till. Här möts två skilda ideologier – å ena sidan den äldre domstolstraditionen som inte anser att jurister ska utöva makt och skapa rätt utan att detta är något som kommer lagstiftaren till, och å andra sidan en önskan från lagstiftaren att överlämna åt den, i vart fall i lagstiftarens tycke, bättre lämpade att ge lagen ett innehåll.<sup>208</sup>

Praxis har också visat på en ovilja hos domstolar att ingripa i avtalen mellan näringsidkare. Detta restriktiva handlande har stöd i förarbetena – departementschefen uttalade flera gånger att det ska krävas större olikheter eller grövre skillnader mellan näringsidkare än i förhållandet mellan konsument och näringsidkare. Det krävs, som ovan visats, en stor skevhet mellan parternas styrkeförhållande för att domstolen ska jämka eller lämna en klausul utan avseende, vilket är helt i linje med den principen om avtalsfrihet. Vidare är förarbetena sådana att de inte i sig ger en direkt ledning för att domstolen ska kunna ange ett allomfattande oskälighetsbegrepp, utan i många fall är det omständigheterna i det enskilda fallet som avgör om ett villkor är oskäligt eller inte; varje klausul ska tolkas i sitt eget sammanhang och detta gör det svårt att på ett mera principiellt plan göra uttalanden som omfattar andra än de fakta i målet.

36 § AvtL får inte bli en slasktratt mot oskäligen avtalsklausuler, som begagnas av en part för att komma ur ett avtal som ur affärssynpunkt är mindre bra. Det är inte juristernas sak att korrigera skevheter som uppstår genom oskicklighet i förhandlingar eller förmåga att förutse marknadens krav och utveckling.<sup>209</sup> I NJA 1992 s 782 (branden i Södertälje hotell, se på sidan 56 ovan) konstaterade HD (även om det var en oenig rätt) att det inte var meningen med 36 § att komma undan ”konsekvenserna av den avtalsfrihet som i detta hänseende råder utanför konsumentförsäkringslagens område”. Hovrätten gjorde en liknande bedömning i RH 1988:22 på sidan 59.

Dessutom får man inte heller helt bortse ifrån att förarbetena, trots sin ålder, innehåller en ganska detaljerad redogörelse för i vart fall en del situationer där Generalklausulen kan få tillämpning.

## 6.2 En ledning i den engelska rätten?

Hur ser då den engelska rätten ut avseende gränserna mellan skäligen och oskäligen avtal ut? I sak är inte skillnaderna så stora. Genom UCTA har man fått en lagstiftningsprodukt med i vart fall något klarare regler, låt vara att

---

<sup>208</sup> Jfr Modéer som diskuterar förhållandet mellan jurister och politiker på ett mera generellt plan, främst ur ett maktodelningsperspektiv.

<sup>209</sup> Jfr också ”Grillkiosken” under 5.6 ovan.

man i vissa fall har lämnat över till domstolarna att göra en skälighetsbedömning. Men eftersom man klart i lagtexten har lämnat anvisningar till domstolen, vilka omständigheter de speciellt ska se till, så har man med detta en viss ledning här. Man måste också hålla i minnet, att de punkter som är uppräknade i UCTA, endast är sådana punkter som domstolen, bland andra ska ta hänsyn till. Listan är således inte fullständig, utan det kan finnas andra omständigheter i det enskilda fallet som gör att ett villkor inte klarar skälighetsbedömningen, trots att det inte faller under ett eller ett par av de kriterier som lagstiftaren speciellt har pekat ut. Listan är inte att tolka som en komplett checklista, utan mer en fingervisning om vad som kan betraktas som oskäligt.

Problem kan också uppstå som ovan nämnts<sup>210</sup>, genom att UCTA inte har upphävt tidigare rättsfall. Effekten av detta torde dock enligt doktrinen inte bli särskilt stor. Den bedömning som UCTA har ställt upp, verkar inte i sak ha påverkat de tidigare avgörandena. Enligt doktrinen<sup>211</sup> skulle de äldre avgörandena angående skäligheten av avtalsvillkor, inte utgången av fallen ha blivit annorlunda om de hade dömts efter UCTAs regler.

### 6.3 Gemensamma drag i gränsdragningen

Är det då så stor skillnad mellan de båda rättssystemen? Svaret får här bli både ja och nej. Låt oss börja med att se på de delar där rättssystemen skiljer sig åt på något eller några sätt. Först kan konstateras att man redan i angreppssättet har valt olika vägar. Den svenska rätten har valt att angripa klausuler som är *oskäliga*, medan den engelska rätten pekar ut ett antal klausuler och säger att de inte är giltiga om de inte är *skäliga*, dvs. de måste passera en skälighetsprövning. I den ena varianten ges en presumtion för att villkoret ska stå sig, om det inte är oskäligt. I det andra har man en presumtion för att villkoret *inte* ska stå sig, om det *inte* kan visas vara skäligt. Processuellt sätt är detta en stor skillnad, då man hanterar bevisbördan på diametralt olika sätt.<sup>212</sup> För den part som anser att ett villkor är oskäligt har naturligtvis denna skillnad en viktig innebörd. Den engelska rätten förväntar sig att svaranden ska motivera sin klausul och visa att den är skälig, medan den svenska rätten istället väljer att låta käranden bära bevisbördan åtminstone initialt.<sup>213</sup>

Det engelska sättet att när det gäller vissa typer av klausuler, klart uttala att försäkringsmöjligheter har viss inverkan på validiteten av en klausul, saknas direkt i den svenska rätten. Vidare har engelsk rätt valt att kodifiera i en utsträckning som med engelska mått mätt är mycket ovanlig.<sup>214</sup> Svensk rätt

---

<sup>210</sup> Se ovan under 4.3.1

<sup>211</sup> Så i vart fall enligt Fifoot.

<sup>212</sup> De processuella aspekterna ligger visserligen utanför denna uppsats, men man kan ändå reflektera över denna skillnad.

<sup>213</sup> Se också avslutande diskussion under 6.5.1 nedan.

<sup>214</sup> Att den engelska rätten är ovan vid kodifieringar kan märkas i den kritik som UCTA har fått motta för sin inkonsekvens och i vissa fall rena oklarheter. (Så t.ex. Fifoot passim.) För en jurist som är van vid den svenska lagstiftningen med möjligheten att gå till förarbeten

har här valt att gå åt andra hållet – istället för en uttömmande katalog med exemplifieringar och förklaringar har man infört en generalklausul och överlämnat till domstolarna att fylla den med innehåll. Den katalog som UCTA har begåvats med kan i viss mån motsvaras av de svenska förarbetena, som visserligen inte har status av officiell lagtext, men som ändå (i vart fall ännu så länge) används vid förståelsen och uttolkandet av svensk lagstiftning.

Vill man å andra sidan se till likheterna mellan rättssystemen finner man föera sådana. Det finns i båda rättssystemen principen om *in dubio contra stipulatorem*, dvs. att eventuella oklarheter vid tillämpningen eller uttolkandet av en klausul tolkas till nackdel för den som har konstruerat klausulen.

Lagarna är också barn av samma tid. UCTA från 1978 har hämtat en del av sina bestämmelser från Supply of Goods Act 1973. Det är som ovan<sup>215</sup> konstaterats under samma tidsperiod som den svenska konsumenträtten växer fram och med den tankarna på att även den del av avtalsrätten som behandlar icke-konsumentavtal, kan behöva ett visst skydd.

Den rättsekonomiska aspekten verkar också ha betydelse i båda systemen. En ekonomiskt sund friskrivningsklausul för inte enbart över ansvar på motparten, utan tar hänsyn till ekonomisk effektivitet. Detta innebär att den part som har bäst möjlighet att bära en risk eller sprida en risk, också bör bära ansvaret för den, eftersom den ekonomiskt effektiva parten har större möjligheter att återförsäkra sig, eller pulverisera eventuell skada.<sup>216</sup> Fifoot anmärker i samband med *George Mitchell Ltd v Finney Lock Seeds Ltd*, att det rättsekonomiska argumentet lär ha haft en betydande inverkan på domslutet.<sup>217</sup> I samband med klausuler som inskränker en parts ersättningsskyldighet har också partens ekonomiska möjligheter inverkan, liksom möjligheterna till en återförsäkring. Vid en effektiv allokering gynnas också de ekonomiska fördelar som man genom avtalet vill uppnå. Här synes de båda rättssystemen ha samma inställning. Detta är särskilt uttalat i den engelska rätten – UCTAs punktlista vid de beloppsbegränsande inskränkningarna ligger i god linje med tidigare uttalanden om det rättsekonomiska argumentet. Det ligger därför nära till hands att låta ekonomiska avgöranden ligga till grund för vad som är skäligt eller inte i en begränsande, eller ansvarsfriskrivande klausul, när det gäller ersättning för förlust eller skada. Detta ekonomiska perspektiv har också visst stöd i uttalandena för den svenska generalklausulen (jfr ovan). Svensk praxis visar på flera ställen att den allmänna rättskänslan innehåller ett element av ekonomisk sundhet.<sup>218</sup> Ofta grundar sig detta på att om en klausul kan motiveras med en ekonomisk tanke bakom den också är skälig. Syftet med

---

för att få klarhet är det ibland ett tröstlöst arbete att försöka få någon logik i de engelska lagarna. Dessutom kompletteras den skrivna rätten av den avdömda rätten.

<sup>215</sup> 2.2

<sup>216</sup> Jfr Cooter & Ulen 2000 sid. 268.

<sup>217</sup> Fifoot sid. 207

<sup>218</sup> Jfr exempelvis 5.5.3 och 5.5.5 ovan.

en friskrivningsklausul ska inte vara att ena parten ska kunna sko sig, eller i orimlig utsträckning vältra över sina egna kostnader på motparten. Inte heller ska man genom friskrivningsklausuler kunna hindra eller försvåra för motparten att kräva sin rätt. En part måste kunna ha möjlighet att ta vara på sin rätt, utan att denne genom ekonomiska incitament fråntas denna. Inte heller får en klausul utformas så, att den förhindrar den ekonomiska effektiviteten. I Trygg-Hansafallet<sup>219</sup> kan man mellan raderna utläsa att en del av Högsta Domstolens avgörande grundar sig på ett skydd för det stora försäkringskollektivet – om man genom tolkning skulle vidga klausulernas tillämpningsområde bortom det som rimligen kan försäkras, skulle premiekostnaderna stiga, utan att de enskilda försäkringstagarna har en möjlighet att påverka detta. Att den rättseconomiska aspekten skall få genomslag i bedömningen uttalas klart i UCTA. I svensk rätt framgår det av förarbetena.

Ovan har diskuterats vitesklausuler, där vitet är satt så lågt för den brytande part (oftast i avtal där den starkare parten har konstruerat klausulen) att det för denne blir billigare att bryta avtalet än att fullfölja det.<sup>220</sup> Eftersom avtalet har till uppgift att fördela riskerna mellan två (eller flera) parter, måste också den ekonomiska risken kunna fördelas på ett rimligt sätt. Bedömningen av dessa klausuler bör vara lika i de båda systemen.

Man torde därför med stor säkerhet kunna säga, att så länge klausulen inte träffas av de speciellt undantagna fallen, där lagen har ställt upp krav på viss skicklighet eller liknande, att om en klausul är skälig enligt den svenska bedömningen, den också är skälig enligt engelsk rätt.

## 6.4 Klausulens utformning

Frågan är då hur klausulerna skall utformas för att inte träffas, eller riskera att jämkas av en domstol, antingen det är svensk eller engelsk rätt som är styrande rätt. I uppräknningen ovan har anförts vissa typer av friskrivningar som direkt är olagliga eller i sig ogiltiga. Här skall dessa endast snabbt repeteras.

Enligt både svensk och engelsk rätt är följande typer av ansvars- eller andra typer av friskrivningar ogiltiga eller utan verkan, nämligen friskrivning för:

*Personskador och dödsfall*

*Ansvar för grov vårdslöshet*

*Hemul*

*Friskrivning för överensstämmelse med beskrivning av vara vid sådana avtal som omnämns i sektion 7, dvs. upplåtelseavtal och vissa typer av tjänsteavtal.*

---

<sup>219</sup> NJA 1989 s.346

<sup>220</sup> Denna princip kan inte drivas in absurdum – det finns en borte gräns där det å andra sidan kan bli oskäligt dyrt att låta ett avtal löpa vidare utan möjlighet till att bryta det.



*Ansvar för vilken visst krav på yrkesskicklighet i utövningen följer av lag.*<sup>221</sup>

En del av de restriktioner som nämns ovan, återfinns i svensk rätt i andra lagstiftningsprodukter än avtalslagen.<sup>222</sup>

Om en klausul inte faller under de ovan angivna restriktionerna måste man göra en bedömning av de enskilda omständigheterna. Det första som är intressant är styrkeförhållandena vid avtalets tillkomst. Är parterna jämstora? Här får man se till inte bara de rent monetära förhållandena, utan man måste se till den relevanta marknaden och parternas styrkeförhållande på denna.<sup>223</sup> Enbart det faktum att företag A totalt sett omsätter mångdubbelt mer än företag B, är inte skäl nog att anse företag B som varande i underläge. I fallet med BABS och Handelsboden (5.6 ovan), tog man fasta på den relevanta tjänstens betydelse, vilket fick till effekt att, trots att den ena parten i omsättning räknat var mycket större, parterna ändå ansågs relativt jämställda.<sup>224</sup> Man måste också se till partens möjlighet att välja annan leverantör för den aktuella produkten eller tjänsten. På en mer monopolistisk, eller oligopolistisk marknad, måste en större part vara försiktigare vid dikterandet av sina villkor, än på en marknad där konkurrensen är stor.<sup>225</sup> Däremot har antalet parter som är inblandade inte någon särskild betydelse. Enbart det faktum att ett tredje bolag är inblandat som finansiär (se NJA 1988 sid. 230 och RH 1988:22 ovan), innebär inte att ett villkor blir oskäligt. Här har man i praxis istället pekat på att resultatet skulle ha blivit detsamma om man först hade lånat upp pengarna hos ett låneinstitut och sedan ingått köpeavtalet. Här finns också en grund för finansiären att vilja friskriva sig, med tanke på den relation som man står i gentemot leverantören.<sup>226</sup>

Har parterna fört förhandlingar om klausulen i fråga? En klausul eller ett villkor som har varit föremål för förhandling är generellt sett svårare att förhandla om. Det kan dock anmärkas att detta uttalande bör tas med en liten nypa salt. Enbart det faktum att en klausul har varit föremål för förhandlingar är inte en tillräcklig grund för att anse klausulen som skälig. Man bör också väga in vilken vikt som lagts vid den, om förhandlingen har varit sporadisk el dyl. Dessutom måste viss hänsyn tas till parternas erfarenhet och vana av att förhandla. Om den ena parten har en markant större erfarenhet av att förhandla, eller utnyttjar en teknik som är överrumplande, eller överraskande kan detta verka till den starkare partens

---

<sup>221</sup> Jfr *Smith v Eric S Bush* och *Harris v Wyre Forest District Council*, men fallet kan inte tolkas som att man inte kan friskriva sig från "vanlig" oaktsamhet.

<sup>222</sup> Jfr 2.3 ovan.

<sup>223</sup> Jfr 5.5.1 ovan.

<sup>224</sup> Av Hovrättens uttalande, kan man kanske inte direkt tyda ut att parterna ansågs vara jämstora, men skillnaden mellan dem var i vart fall inte så stor att BABS ansågs vara så mycket större än Handelsboden, att det var fråga om ett oskäligt utnyttjande av situationen.

<sup>225</sup> Se till exempel HD:s uttalande i fallet NJA 1979 sid. 666 på sidan 50.

<sup>226</sup> Här gäller andra regler gentemot konsumenter, jfr Konsumentkreditlagen 4 och 16 §§.

nackdel vid en domstolsprövning av en omdiskuterad klausul.<sup>227</sup> Ett tänkbart scenario är att den ena parten, som vill få igenom sin klausul kan rikta fokus på en annan punkt för att leda bort motpartens uppmärksamhet och genom sitt agerande får igenom en klausul som annars inte hade kommit igenom. Det bör dock hållas i minnet att det måste finnas ett utrymme för att göra en god affär, utan att affärsmässigt motiverade klausuler kan förklaras som ogiltiga.

Idag är också standardavtal vanligt, vilket gör att ena parten har att godta vissa av den andra parten standardiserade villkor. Här finns därför anledning för den kontraktsskrivande parten att se upp vid dikterandet av sina villkor, så att dessa inte hamnar i oskälighetsfällan. Det kan också bli så att ett villkor som i förhållande till de flesta parter anses som skäligt, i vissa fall, beroende på enskilda omständigheter, gör att klausulen blir oskälig<sup>228</sup>.

Är klausulen avvikande från parts praxis? Ovan har diskuterats kulans, dvs. att part i sin praxis avviker från sina avtalsvillkor. Om parterna har ett pågående avtalsförhållande måste hänsyn vid utformningen av avtalsvillkoren tas till sådan avvikande praxis. Har ena parten i sin avtalspraxis tillämpat kulans endast mot vissa avtalsparter, måste detta, för att inte få inverka på tolkningen av klausulerna, ha grundat sig på affärsmässiga bedömningar, och inte rent godtycke.<sup>229</sup> Det här är kanske inte så mycket av intresse ur en domstols synpunkt – en part lär knappast ta fram bevis för att man själv tillämpar ett från sina villkor avvikande beteende, men det kan ha betydelse vid en intern revidering av sina egna villkor.

Hur är praxis i branschen? För svensk rätt uttalades i förarbetena att ett villkor som har en stor allmän spridning i en viss bransch, i vart fall i icke-konsumentavtal, bör tala för att villkoret i sig är skäligt. För den engelska rättens del synes samma resonemang vara tillämpligt – jfr *Smith v Eric S Bush* under 4.3.2.2 ovan.

Större sannolikhet för att ett villkor är skäligt finns om klausulen är hämtad ur ett standardavtal som är framtaget för en större marknad, eller från avtal med internationell spridning – HD konstaterade redan i NJA 1979 sid. 483 på sidan 50 ovan, att sådana klausuler ofta utgör en genomtänkt och välavvägd riskfördelning. Man kan dock inte helt luta sig tillbaka mot att villkoret finns i branschen. Risken finns att villkoret har funnits i branschen under en längre tid, men att det aldrig har prövats i verkligheten. Speciellt så om det ensidigt har utarbetats av ett företag som har eller har haft en monopolliknande situation, eller har utformat villkoret för att gynna sig själv i högre grad.<sup>230</sup>

---

<sup>227</sup> Jfr 5.6 ovan.

<sup>228</sup> Se till exempel diskussionen angående reklamationsfrister i 4.3.2.1 ovan.

<sup>229</sup> Jfr *George Mitchell Ltd v Finney Lock Seed Ltd* 4.3.2.2 ovan samt 5.3.2 för den svenska rättens del.

<sup>230</sup> Jfr förarbetsuttalandena under 5.3.1 ovan, se också *Finney Lock Seed* på 4.3.2.2 ovan.

Ett inte helt ovanligt exempel är villkor som har bifogats avtalen av hävd. Klausuler kan, liksom mycket annat, gå i arv. Låt säga att ett företag A, är en form av joint venturebolag, till lika stor del ägt av företagen B, C, D, E, och F producerar ett standardavtal vilket tillämpas mot bolagets kunder. Efter några år upplöses bolaget A och B, C, D, E och F driver istället samma verksamhet själva. Standardavtalet, som tidigare endast användes av A, kommer nu istället, i något reviderad form för att ange rätt avtalspart etc., att leva vidare hos sex nya parter som finns i samma bransch. Villkoret skulle därmed kunna hävdas vara spritt i branschen. I det här fallet bör man dock se upp. Ett villkor som detta är nu rykt ur sitt sammanhang och har inte i egentlig mening varit föremål för någon förhandling, eller mera genomtänkt struktur, utan har bara kommit med ”på köpet”. Om klausulen inte heller någonsin har prövats, blir branschspridningsargumentet, i vart fall enligt författarens mening, ännu svagare. Detta har också stöd, i vart fall för svensk rätt, i uttalanden i förarbetena.<sup>231</sup>

Hur förhåller sig friskrivnings- eller begränsningsklausulen till andra delar av avtalet? Är det en straff- eller skadeståndslignande klausul? Finns det endast en eller flera ansvarsbegränsande klausuler? Här får man göra en viss uppsjälkning. För enkelhetens skull, skall ersättnings- och beloppsbegränsningar bedömas först, därefter *indemnity clauses*.

#### *Ersättningsbegränsande klausuler.*

Ersättningsklausuler som begränsar skadan till visst belopp bör ofta vara godtagbara, om det belopp som ersättningen begränsas till inte är helt skönsmässigt fastställt, utan har någon form av rimlig grund att stå på. De svenska förarbetena till 36 § AvtL nämner att ersättningen kan, utan att vara oskäligen, fastställas till schablonmässiga belopp baserade på de kostnader som motpartens avtalsbrott åsamkar parten. Denna bedömning kan grunda sig antingen på det enskilda fallet, eller på en genomsnittlig skada. Den engelska rätten har här satt upp en regel om att man ska se till grunderna för beloppsbegränsningen, dvs. man bör enligt den engelska rätten kunna motivera sin begränsning med ekonomiska motiv. Om det inte är ekonomiskt möjligt att ersätta viss typ av skada, t.ex. därför att en alltför vidsträckt ersättningskyldighet skulle få orimliga konsekvenser<sup>232</sup>, torde en sådan begränsning tålas. Detta hänger också samman med partens möjligheter att försäkra sig mot sådana ersättningskrav.<sup>233</sup> Men måste motparten informeras om detta, som GU anförde?<sup>234</sup> Den engelska rätten verkar inte ställa upp något sådant generellt krav och det får, i vart fall enligt författarens mening, vara en omständighet som för bedömas tillsammans med andra. Enbart det faktum att en part inte informerat motparten om att denne bör försäkra sig mot vissa risker kan inte föranleda

---

<sup>231</sup> Se 5.3.1 ovan.

<sup>232</sup> Jfr NJA 1989 sid. 346 på sidan 54, speciellt HD:s uttalande om Trygg-Hansas begränsande villkor om under vilka omständigheter deras ersättning inte utgick.

<sup>233</sup> Jfr 6.1 ovan.

<sup>234</sup> Se 5.4 ovan.

att en ansvarsbegränsning eller beloppsbegränsning förklaras för oskälig. Detta skulle leda till orimliga konsekvenser och inte alls ligga i linje med den linje som både svensk och engelsk rätt förutsätter gälla vid förhandlingar mellan näringsidkare. I övrigt hänvisas till diskussionen ovan om syftet med regleringen mot oskäliga avtalsvillkor. Om det inte är ekonomiskt försvarbart att teckna en försäkring som fullt ut skulle ersätta motpartens alla skador, är det inte heller oskäligt att ha en begränsningsregel införd i avtalet. I enlighet med detta lär klausuler som begränsar ersättningsskyldighet till direkt skada inte var att anse som oskäliga, eftersom en ersättning även för indirekta skador och utebliven vinst i många fall är helt omöjligt att förutse vid avtalets ingående.<sup>235</sup> I Optionsfallet ovan har frågan kommit upp angående lovligheten av en friskrivningsklausul avseende indirekt skada. Här har domstolen visserligen inte gjort någon prövning av huruvida klausulen var giltig eller ej<sup>236</sup>, men frågan kan ändå diskuteras. Domstolen verkar i det här fallet inte ens ha tagit ställning till frågan om indirekt förlust är samma sak som det negativa kontraktsintresset, utan istället satt likhetstecken härvid. Det saknas dock utrymme att närmare diskutera denna skillnad.

I fallet med *indemnity clauses* blir bedömningen något annorlunda. Här måste man se till vilka kontrollmöjligheter som föreligger för parterna. Ett exempel får belysa problematiken. Företaget A innehar licens från företaget B för att tillhandahålla en viss tjänst i Sverige. A har i sin tur skrivit avtal med C, D och E, om att dessa ska få utnyttja denna tjänst och erbjuda denna till sina slutkunder. I avtalet mellan A och B finns intaget vissa komplicerade bestämmelser om hur tjänsten får och inte får användas, som A har att följa och som A står ansvarig för om någon, A eller den som A licencierat tjänsten till, bryter mot. Reglerna är sanktionerade med böter, som kan uppgå till stora summor. A vill av denna anledning försäkra sig om att kunna föra vidare de kostnader som B tar ut av A p.g.a. A:s sublicentiats avtalsbrott. Av denna anledning tar A i sina avtal med C, D och E in en klausul som ger A rätt att ta ut skadestånd från denne, om avtalsbrott begås. Är en sådan klausul oskälig? Är den förutsägbar? C, D och E känner här inte till det eventuella skadeståndets storlek, endast att de riskerar att drabbas av ett sådant. Här måste man se till det enskilda fallet. Så länge som C, D och E har enkla spelregler att följa och vet vad som är ett avtalsbrott är klausulen inte att anse som oskälig.<sup>237</sup> Viktigt är dock att påföljden står i proportion till partens avtalsbrott.

Om avtalsbrottet begås genom oaktsamhet och den eventuella påföljden är väldigt ingripande, eller ersättningskravet väldigt stort, kan man behöva se upp. I NJA 1992 sid. 782 fick försäkringsbolagets villkor ganska

---

<sup>235</sup> Även efter att en skada är konstaterad, kan det vara svårt att leda i bevis exakt hur stor vinst som den skadelidande hade kunnat göra, om inte motparten begått sitt kontraktsbrott. Jfr särskilt Optionsfallet ovan.

<sup>236</sup> Fråga i fallet var dock inte huruvida klausulen var skälig eller ej, men klausulen är intressant per se.

<sup>237</sup> En helt annan fråga, som ligger utanför ämnet, är om det är affärsmässigt motiverat att på detta sätt straffa sina medkontraahenter.

långtgående konsekvenser. HD konstaterade här visserligen att villkoren inte var oskäligen, men domen var inte enig (3-2). Fallets prejudikatvärde måste naturligtvis bedömas därefter. Även i förarbetena har det uttalats att det måste finnas proportion mellan påföljd och kontraktsbrott. Viss ledning bör också hämtas från den engelska rättens punkter i schema 2 i UCTA.<sup>238</sup> Dessa nämner bl.a. parts möjlighet att teckna avtal med annan leverantör. Om kontraktsbrottet leder till att parten ställs utan möjlighet att teckna avtal med annan leverantör, eller att sådant tar mycken tid i anspråk (jfr BABS och Handelsboden 5.6 ovan) kan en klausul vara att anse som oskäligen.

#### *Ansvarsbegränsande klausuler*

En klausul som söker begränsa parts ansvar för vissa skador kan enklare ges gränser för. Generellt kan sägas att ju vidare och mer svepande uppräknings av vilka skador som inte ersätts, desto svårare är det att anse att klausulen är skäligen. Om klausulen mera specificerar vilka typer av skador den inte ersätter, blir dess effekter lättare att överskåda för motparten och det blir då också svårare för denne att hävda att klausulen skulle vara oskäligen, eftersom denne redan vid avtalets ingående har, eller måste ha insett, klausulens begränsande verkan. Däremot spelar det mindre roll hur klausulen är utformad – som en uppräknings av situationer som man tar ansvar för, eller av situationer som ersättning inte omfattas av avtalet – jfr NJA 1989 sid. 346 på sidan 54 ovan.

Av diskussionen ovan följer att parterna har relativt fria händer. Om en klausul skulle vara oskäligen, är påföljderna liknande, vare sig man låter svensk eller engelsk rätt styra. Den engelska regleringen i UCTA, som renderar vissa klausuler *ogiltiga*, eller *delvis ogiltiga* kan liknas vid den svenska jämkningen, eller att lämna en klausul eller ett villkor utan avseende. Även om vägen dit är olika, är målet detsamma, dvs. den klausul som klassas som oskäligen, förklaras vara utan verkan. Det går däremot inte att generellt uttala, att en viss typ av klausuler *alltid* är oskäligen och att andra *alltid* är skäligen. För att använda ett uttryck som, i vart fall bland juridikstuderande närmast är ett mantra, är att ”det beror på”. I det här sammanhanget är uttrycket mycket träffande. En klausul som i ett visst avtal, eller gentemot en viss avtalspart är skäligen, kan i ett annat avtal vara att anse som oskäligen. Hänsyn måste tas till hela avtalet. Det som däremot torde stå klart är att det inte är alltid som en klausul ska anses som oskäligen. Det måste krävas, när det gäller som här är avhandlat klausuler mellan näringsidkare, ett uppenbart missförhållande mellan parterna för att jämkning ska kunna bli aktuell. Enbart att en part inte gillar, eller anser att det blir ett otrevligt resultat av en klausul är inte tillräckligen grund för att domstolsvägen förhandla bort den.

Sammanfattningsvis alltså: skillnaderna mellan de båda rättssystemen är *materiellt* sett inte är så stora men att vissa *processuella* skillnader finns. Det kan inte ges några allomfattande generella direktiv angående klausuler som alltid är skäligen enligt både svensk och engelsk rätt, utan endast

---

<sup>238</sup> Se 4.3.2.1 ovan.

hänvisning till de omständigheter som verkar i förmildrande eller försvårande riktning.

Alla friskrivningar är inte heller av ondo. Man kan slå fast att en friskrivningsklausul som vilar på reella överväganden och som tar hänsyn till båda parter alltid är att anse som skäliga.

Skillnaderna mellan de båda rättssystemen ligger på ett processuellt och lagtekniskt plan, men gränsen för vad som är tillåtet i kommersiella avtalsvillkor bör dras, som framkommit i uppsatsens genomgång av praxis vid samma ställe, oavsett vilket lands lag som avtalet styrs av.

## 6.5 Avslutande synpunkter

Avslutningsvis skall endast några få kommentarer lämnas, med avseende på de frågeställningar som fortfarande efter uppsatsens slutförande kvarstår, och som, om tid och utrymme hade funnits, hade kunnat utgöra en annan uppsats eller andra aspekter på en utökad dito. Begränsningar finns alltid i alla uppsatser, och tiden har inte räckt till för att täcka alla de ämnesområden som man skulle vilja undersöka.

### 6.5.1 De processuella synpunkterna

De frågor som har uppkommit när det gäller de processuella aspekterna och som inte har fått något svar under arbetet är framför allt de diametralt olika angreppssätt som den svenska och den engelska rätten har. Vad har denna processuella skillnad för effekt? Innebär den omvända bevisbördan en skillnad, eller löser man det genom andra juridiska modeller? Utanför uppsatsen har också hamnat andra typer av metoder för att komma åt en oskälig klausul, nämligen de tolkningsmodeller som handlar om huruvida en klausul ens har blivit en del av avtalet. Nära sammanhängande med detta, är en fördjupad diskussion om den engelska konstruktionen med *consideration*, och dess effekt på avtalets innehåll. Med kännedom om principerna om *consideration* kan man få ytterligare ett verktyg för att rätt kunna behandla ett avtals alla aspekter.

### 6.5.2 De materiella synpunkterna

De materiella frågor som har rest sig under arbetets gång med uppsatsen, gäller delvis konsumenträttsliga aspekter, eftersom dessa helt har fallit utanför uppsatsens fokus. Även andra, mer specifika delar av avtalsvillkoren hade varit intressant att undersöka, såsom de begränsningar som internationella konventioner uppställer inom sina egna områden.

Ytterligare en aspekt, som inte heller har fått plats i uppsatsen, gäller sådana villkor som inte direkt är klassade som friskrivningar, men som får till effekt att begränsa motpartens rättsföljder. Ett exempel på detta är en klausul som enligt sin ordalydelse överlåter på den starkare parten att göra en

skönsmässig bedömning, exempelvis en klausul som överlåter åt säljaren av en vara att avgöra om det är fel i varan eller inte. Köparen har då inget direkt skydd, eftersom han då saknar möjlighet att förutse sina rättigheter och möjligheter.

### **6.5.3 De komparativrättsliga aspekterna**

När det gäller den komparativa delen av uppsatsen skall avslutningsvis endast anföras några synpunkter. Det är inte helt lätt att jämföra två system, speciellt som systemen har olika syn på rättskällor och olika domstolssystem. Men genomgående kan ändå sägas att de båda rättssystemen har ganska lika syn på vad som är och inte är skäligt att godta i kommersiella avtal – detta syns exempelvis i synen på kulans, försäkringsaspekter och styrkeförhållandena mellan parterna. Den processuella skillnad som har visats ovan har därmed mindre praktisk betydelse för hur en klausul skall utformas.

# Bilaga



## 36 § Avtalslagen

Avtalsvillkor får jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Har villkoret sådan betydelse för avtalet att det icke skäligen kan krävas att detta i övrigt skall gälla med oförändrat innehåll, får avtalet jämkas även i annat hänseende eller i sin helhet lämnas utan avseende.

Vid prövning enligt första stycket skall särskild hänsyn tagas till behovet av skydd för den som i egenskap av konsument eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet.

Första och andra styckena äga motsvarande tillämpning i fråga om villkor vid annan rättshandling än avtal.

I fråga om jämkning av vissa avtalsvillkor i konsumentförhållanden gäller dessutom 11 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden. Lag (1994:1513).

# Unfair Contract Terms Act 1977

## Part I

### Amendment of Law for England and Wales and Northern Ireland

#### 1 Scope of Part I

(1) For the purposes of this Part of this Act, “negligence” means the breach—

(a) of any obligation, arising from the express or implied terms of a contract, to take reasonable care or exercise reasonable skill in the performance of the contract;

(b) of any common law duty to take reasonable care or exercise reasonable skill (but not any stricter duty);

(c) of the common duty of care imposed by the Occupiers’ Liability Act 1957 or the Occupiers’ Liability Act (Northern Ireland) 1957.

(2) This Part of this Act is subject to Part III; and in relation to contracts, the operation of sections 2 to 4 and 7 is subject to the exceptions made by Schedule 1.

(3) In the case of both contract and tort, sections 2 to 7 apply (except where the contrary is stated in section 6(4)) only to business liability, that is liability for breach of obligations or duties arising—

(a) from things done or to be done by a person in the course of a business (whether his own business or another’s); or

(b) from the occupation of premises used for business purposes of the occupier;

and references to liability are to be read accordingly but liability of an occupier of premises for breach of an obligation or duty towards a person obtaining access to the premises for recreational or educational purposes, being liability for loss or damage suffered by reason of the dangerous state of the premises, is not a business liability of the occupier unless granting that person such access for the purposes concerned falls within the business purposes of the occupier.

(4) In relation to any breach of duty or obligation, it is immaterial for any purpose of this Part of this Act whether the breach was inadvertent or intentional, or whether liability for it arises directly or vicariously.

#### 2 Negligence liability

(1) A person cannot by reference to any contract term or to a notice given to persons generally or to particular persons exclude or restrict his liability for death or personal injury resulting from negligence.

(2) In the case of other loss or damage, a person cannot so exclude or restrict his liability for negligence except in so far as the term or notice satisfies the requirement of reasonableness.

(3) Where a contract term or notice purports to exclude or restrict liability for negligence a person's agreement to or awareness of it is not of itself to be taken as indicating his voluntary acceptance of any risk.

### 3 Liability arising in contract

(1) This section applies as between contracting parties where one of them deals as consumer or on the other's written standard terms of business.

(2) As against that party, the other cannot by reference to any contract term—

(a) when himself in breach of contract, exclude or restrict any liability of his in respect of the breach; or

(b) claim to be entitled—

(i) to render a contractual performance substantially different from that which was reasonably expected of him, or

(ii) in respect of the whole or any part of his contractual obligation, to render no performance at all,

except in so far as (in any of the cases mentioned above in this subsection) the contract term satisfies the requirement of reasonableness.

### 4 Unreasonable indemnity clauses

(1) A person dealing as consumer cannot by reference to any contract term be made to indemnify another person (whether a party to the contract or not) in respect of liability that may be incurred by the other for negligence or breach of contract, except in so far as the contract term satisfies the requirement of reasonableness.

(2) This section applies whether the liability in question—

(a) is directly that of the person to be indemnified or is incurred by him vicariously;

(b) is to the person dealing as consumer or to someone else.

## 5 "Guarantee" of consumer goods

(1) In the case of goods of a type ordinarily supplied for private use or consumption, where loss or damage—

(a) arises from the goods proving defective while in consumer use; and

(b) results from the negligence of a person concerned in the manufacture or distribution of the goods, liability for the loss or damage cannot be excluded or restricted by reference to any contract term or notice contained in or operating by reference to a guarantee of the goods.

(2) For these purposes—

(a) goods are to be regarded as “in consumer use” when a person is using them, or has them in his possession for use, otherwise than exclusively for the purposes of a business; and

(b) anything in writing is a guarantee if it contains or purports to contain some promise or assurance (however worded or presented) that defects will be made good by complete or partial replacement, or by repair, monetary compensation or otherwise.

(3) This section does not apply as between the parties to a contract under or in pursuance of which possession or ownership of the goods passed.

## 6 Sale and hire-purchase

(1) Liability for breach of the obligations arising from—

(a) section 12 of the Sale of Goods Act 1979 (seller’s implied undertakings as to title, etc);

(b) section 8 of the Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 (the corresponding thing in relation to hire-purchase),

cannot be excluded or restricted by reference to any contract term.

(2) As against a person dealing as consumer, liability for breach of the obligations arising from—

(a) section 13, 14 or 15 of the 1979 Act (seller’s implied undertakings as to conformity of goods with description or sample, or as to their quality or fitness for a particular purpose);

(b) section 9, 10 or 11 of the 1973 Act (the corresponding things in relation to hire-purchase),

cannot be excluded or restricted by reference to any contract term.

(3) As against a person dealing otherwise than as consumer, the liability specified in subsection (2) above can be excluded or restricted by reference to a contract term, but only in so far as the term satisfies the requirement of reasonableness.

(4) The liabilities referred to in this section are not only the business liabilities defined by section 1(3), but include those arising under any contract of sale of goods or hire-purchase agreement.

#### 7 Miscellaneous contracts under which goods pass

(1) Where the possession or ownership of goods passes under or in pursuance of a contract not governed by the law of sale of goods or hire-purchase, subsections (2) to (4) below apply as regards the effect (if any) to be given to contract terms excluding or restricting liability for breach of obligation arising by implication of law from the nature of the contract.

(2) As against a person dealing as consumer, liability in respect of the goods' correspondence with description or sample, or their quality or fitness for any particular purpose, cannot be excluded or restricted by reference to any such term.

(3) As against a person dealing otherwise than as consumer, that liability can be excluded or restricted by reference to such a term, but only in so far as the term satisfies the requirement of reasonableness.

(3A) Liability for breach of the obligations arising under section 2 of the Supply of Goods and Services Act 1982 (implied terms about title etc in certain contracts for the transfer of the property in goods) cannot be excluded or restricted by references to any such term.

(4) Liability in respect of—

(a) the right to transfer ownership of the goods, or give possession; or

(b) the assurance of quiet possession to a person taking goods in pursuance of the contract,

cannot (in a case to which subsection (3A) above does not apply) be excluded or restricted by reference to any such term except in so far as the term satisfies the requirement of reasonableness.

(5) This section does not apply in the case of goods passing on a redemption of trading stamps within the Trading Stamps Act 1964 or the Trading Stamps Act (Northern Ireland) 1965.

#### 8 Misrepresentation

(This section substitutes the Misrepresentation Act 1967, s 3 and the Misrepresentation Act (Northern Ireland) 1967, s 3)

#### 9 Effect of breach

(1) Where for reliance upon it a contract term has to satisfy the requirement of reasonableness, it may be found to do so and be given effect accordingly notwithstanding that the contract has been terminated either by breach or by a party electing to treat it as repudiated.

(2) Where on a breach the contract is nevertheless affirmed by a party entitled to treat it as repudiated, this does not of itself exclude the requirement of reasonableness in relation to any contract term.

#### 10 Evasion by means of secondary contract

A person is not bound by any contract term prejudicing or taking away rights of his which arise under, or in connection with the performance of, another contract, so far as those rights extend to the enforcement of another's liability which this Part of this Act prevents that other from excluding or restricting.

#### 11 The "reasonableness" test

(1) In relation to a contract term, the requirement of reasonableness for the purposes of this Part of this Act, section 3 of the Misrepresentation Act 1967 and section 3 of the Misrepresentation Act (Northern Ireland) 1967 is that the term shall have been a fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made.

(2) In determining for the purposes of section 6 or 7 above whether a contract term satisfies the requirement of reasonableness, regard shall be had in particular to the matters specified in Schedule 2 to this Act; but this subsection does not prevent the court or arbitrator from holding, in accordance with any rule of law, that a term which purports to exclude or restrict any relevant liability is not a term of the contract.

(3) In relation to a notice (not being a notice having contractual effect), the requirement of reasonableness under this Act is that it should be fair and reasonable to allow reliance on it, having regard to all the circumstances obtaining when the liability arose or (but for the notice) would have arisen.

(4) Where by reference to a contract term or notice a person seeks to restrict liability to a specified sum of money, and the question arises (under this or any other Act) whether the term or notice satisfies the requirement of

reasonableness, regard shall be had in particular (but without prejudice to subsection (2) above in the case of contract terms) to—

(a) the resources which he could expect to be available to him for the purpose of meeting the liability should it arise; and

(b) how far it was open to him to cover himself by insurance.

(5) It is for those claiming that a contract term or notice satisfies the requirement of reasonableness to show that it does.

## 12 "Dealing as consumer"

(1) A party to a contract "deals as consumer" in relation to another party if—

(a) he neither makes the contract in the course of a business nor holds himself out as doing so; and

(b) the other party does make the contract in the course of a business; and

(c) in the case of a contract governed by the law of sale of goods or hire purchase, or by section 7 of this Act, the goods passing under or in pursuance of the contract are of a type ordinarily supplied for private use or consumption.

(2) But on a sale by auction or by competitive tender the buyer is not in any circumstances to be regarded as dealing as consumer.

(3) Subject to this, it is for those claiming that a party does not deal as consumer to show that he does not.

## 13 Varieties of exemption clause

(1) To the extent that this Part of this Act prevents the exclusion or restriction of any liability it also prevents—

(a) making the liability or its enforcement subject to restrictive or onerous conditions;

(b) excluding or restricting any right or remedy in respect of the liability, or subjecting a person to any prejudice in consequence of his pursuing any such right or remedy;

(c) excluding or restricting rules of evidence or procedure;

and (to that extent) sections 2 and 5 to 7 also prevent excluding or restricting liability by reference to terms and notices which exclude or restrict the relevant obligation or duty.

(2) But an agreement in writing to submit present or future differences to arbitration is not to be treated under this Part of this Act as excluding or restricting any liability.

#### 14 Interpretation of Part I

In this Part of this Act—

“business” includes a profession and the activities of any government department or local or public authority;

“goods” has the same meaning as in the Sale of Goods Act 1979:

“hire-purchase agreement” has the same meaning as in the Consumer Credit Act 1974;

“negligence” has the meaning given by section 1(1);

“notice” includes an announcement, whether or not in writing, and any other communication or pretended communication; and

“personal injury” includes any disease and any impairment of physical or mental condition.

#### Part II

(applies to Scotland only)

#### Part III

Provisions applying to whole of United Kingdom

#### 26 International supply contracts

(1) The limits imposed by this Act on the extent to which a person may exclude or restrict liability by reference to a contract term do not apply to liability arising under such a contract as is described in subsection (3) below.

(2) The terms of such a contract are not subject to any requirement of reasonableness under section 3 or 4: and nothing in Part II of this Act shall require the incorporation of the terms of such a contract to be fair and reasonable for them to have effect.



(3) Subject to subsection (4), that description of contract is one whose characteristics are the following—

(a) either it is a contract of sale of goods or it is one under or in pursuance of which the possession or ownership of goods passes; and

(b) it is made by parties whose places of business (or, if they have none, habitual residences) are in the territories of different States (the Channel Islands and the Isle of Man being treated for this purpose as different States from the United Kingdom).

(4) A contract falls within subsection (3) above only if either—

(a) the goods in question are, at the time of the conclusion of the contract, in the course of carriage, or will be carried, from the territory of one State to the territory of another; or

(b) the acts constituting the offer and acceptance have been done in the territories of different States; or

(c) the contract provides for the goods to be delivered to the territory of a State other than that within whose territory those acts were done.

## 27 Choice of law clauses

(1) Where the law applicable to a contract is the law of any part of the United Kingdom only by choice of the parties (and apart from that choice would be the law of some country outside the United Kingdom) sections 2 to 7 and 16 to 21 of this Act do not operate as part of the law applicable to the contract.

(2) This Act has effect notwithstanding any contract term which applies or purports to apply the law of some country outside the United Kingdom, where (either or both)—

(a) the term appears to the court, or arbitrator or arbiter to have been imposed wholly or mainly for the purpose of enabling the party imposing it to evade the operation of this Act; or

(b) in the making of the contract one of the parties dealt as consumer, and he was then habitually resident in the United Kingdom, and the essential steps necessary for the making of the contract were taken there, whether by him or by others on his behalf.

(3) In the application of subsection (2) above to Scotland, for paragraph (b) there shall be substituted—

“(b) the contract is a consumer contract as defined in Part II of this Act, and the consumer at the date when the contract was made was habitually resident in the United Kingdom, and the essential steps necessary for the making of the contract were taken there, whether by him or by others on his behalf.”.

## 28 Temporary provision for sea carriage of passengers

(1) This section applies to a contract for carriage by sea of a passenger or of a passenger and his luggage where the provisions of the Athens Convention (with or without modification) do not have, in relation to the contract, the force of law in the United Kingdom.

(2) In a case where—

(a) the contract is not made in the United Kingdom, and

(b) neither the place of departure nor the place of destination under it is in the United Kingdom,

a person is not precluded by this Act from excluding or restricting liability for loss or damage, being loss or damage for which the provisions of the Convention would, if they had the force of law in relation to the contract, impose liability on him.

(3) In any other case, a person is not precluded by this Act from excluding or restricting liability for that loss or damage—

(a) in so far as the exclusion or restriction would have been effective in that case had the provisions of the Convention had the force of law in relation to the contract; or

(b) in such circumstances and to such extent as may be prescribed, by reference to a prescribed term of the contract.

(4) For the purposes of subsection (3) (a), the values which shall be taken to be the official values in the United Kingdom of the amounts (expressed in gold francs) by reference to which liability under the provisions of the Convention is limited shall be such amounts in sterling as the Secretary of State may from time to time by order made by statutory instrument specify.

(5) In this section,—

(a) the references to excluding or restricting liability include doing any of those things in relation to the liability which are mentioned in section 13 or section 25 (3) and (5); and

(b) “the Athens Convention” means the Athens Convention relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea, 1974; and

(c) “prescribed” means prescribed by the Secretary of State by regulations made by statutory instrument;

and a statutory instrument containing the regulations shall be subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.

## 29 Saving for other relevant legislation

(1) Nothing in this Act removes or restricts the effect of, or prevents reliance upon, any contractual provision which—

(a) is authorised or required by the express terms or necessary implication of an enactment; or

(b) being made with a view to compliance with an international agreement to which the United Kingdom is a party, does not operate more restrictively than is contemplated by the agreement.

(2) A contract term is to be taken—

(a) for the purposes of Part I of this Act, as satisfying the requirement of reasonableness; and

(b) for those of Part II, to have been fair and reasonable to incorporate, if it is incorporated or approved by, or incorporated pursuant to a decision or ruling of, a competent authority acting in the exercise of any statutory jurisdiction or function and is not a term in a contract to which the competent authority is itself a party.

(3) In this section—

“competent authority” means any court, arbitrator or arbiter, government department or public authority;

“enactment” means any legislation (including subordinate legislation) of the United Kingdom or Northern Ireland and any instrument having effect by virtue of such legislation; and

“statutory” means conferred by an enactment.

30 . . .

. . .

## 31 Commencement; amendments; repeals

(1) This Act comes into force on 1st February 1978.

(2) Nothing in this Act applies to contracts made before the date on which it comes into force; but subject to this, it applies to liability for any loss or damage which is suffered on or after that date.

(3) The enactments specified in Schedule 3 to this Act are amended as there shown.

(4) The enactments specified in Schedule 4 to this Act are repealed to the extent specified in column 3 of that Schedule.

### 32 Citation and extent

(1) This Act may be cited as the Unfair Contract Terms Act 1977.

(2) Part I of this Act extends to England and Wales and to Northern Ireland; but it does not extend to Scotland.

(3) Part II of this Act extends to Scotland only.

(4) This Part of this Act extends to the whole of the United Kingdom.

## SCHEDULE 1

### SCOPE OF SECTIONS 2 TO 4 AND 7

#### Section 1(2)

1 Sections 2 to 4 of this Act do not extend to—

(a) any contract of insurance (including a contract to pay an annuity on human life);

(b) any contract so far as it relates to the creation or transfer of an interest in land, or to the termination of such an interest, whether by extinction, merger, surrender, forfeiture or otherwise;

(c) any contract so far as it relates to the creation or transfer of a right or interest in any patent, trade mark, copyright [or design right], registered design, technical or commercial information or other intellectual property, or relates to the termination of any such right or interest;

(d) any contract so far as it relates—

(i) to the formation or dissolution of a company (which means any body corporate or unincorporated association and includes a partnership), or

(ii) to its constitution or the rights or obligations of its corporators or members;

(e) any contract so far as it relates to the creation or transfer of securities or of any right or interest in securities.

2 Section 2(1) extends to—

(a) any contract of marine salvage or towage;

(b) any charterparty of a ship or hovercraft; and

(c) any contract for the carriage of goods by ship or hovercraft;

but subject to this sections 2 to 4 and 7 do not extend to any such contract except in favour of a person dealing as consumer.

3 Where goods are carried by ship or hovercraft in pursuance of a contract which either—

(a) specifies that as the means of carriage over part of the journey to be covered, or

(b) makes no provision as to the means of carriage and does not exclude that means,

then sections 2(2), 3 and 4 do not, except in favour of a person dealing as consumer, extend to the contract as it operates for and in relation to the carriage of the goods by that means.

4 Section 2(1) and (2) do not extend to a contract of employment, except in favour of the employee.

5 Section 2(1) does not affect the validity of any discharge and indemnity given by a person, on or in connection with an award to him of compensation for pneumoconiosis attributable to employment in the coal industry, in respect of any further claim arising from his contracting that disease.

## SCHEDULE 2

### "GUIDELINES" FOR APPLICATION OF REASONABLENESS TEST

Sections 11(2), 24(2)

The matters to which regard is to be had in particular for the purposes of sections 6(3), 7(3) and (4), 20 and 21 are any of the following which appear to be relevant—

(a) the strength of the bargaining positions of the parties relative to each other, taking into account (among other things) alternative means by which the customer's requirements could have been met;

(b) whether the customer received an inducement to agree to the term, or in accepting it had an opportunity of entering into a similar contract with other persons, but without having to accept a similar term;

(c) whether the customer knew or ought reasonably to have known of the existence and extent of the term (having regard, among other things, to any custom of the trade and any previous course of dealing between the parties);

(d) where the term excludes or restricts any relevant liability if some condition is not complied with, whether it was reasonable at the time of the contract to expect that compliance with that condition would be practicable;

(e) whether the goods were manufactured, processed or adapted to the special order of the customer.

### SCHEDULE 3

#### (AMENDMENT OF ENACTMENTS)

Section 31(3)

### SCHEDULE 4

#### (REPEALS)

Section 31(4)

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

### Statens offentliga utredningar

NJA II 1915

SOU 1974:83, *Generalklausul i förmögenhetsrätten*, betänkande av Generalklausulutredningen [Cit. GU]

SOU 1999:76, *Maktdelning - Demokratiutredningens forskarvolym I*

### Propositioner

Prop. 1975/76:81 ”*Ändring i lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 36 §*”

Prop. 1994/95:17 ”*Oskäligen avtalsvillkor m.m. Införlivande med svensk rätt av EG:s direktiv om oskäligen avtalsvillkor i konsumentförhållanden*”

## Litteratur

Adlercreutz, Axel, ”*Avtalsrätt I*”, tionde upplagan, Lund 1995

Bogdan, Michael, ”*Svensk internationell privat- och processrätt*”. femte upplagan, Stockholm 1999.

Cooter, Robert, ”*Law and economics*” Robert Cooter and Thomas Ulen. [Cit: Cooter & Ulen] , tredje upplagan, Reading Massachusetts, 2000.

Duxbury, Robert , ”*Nutshells Contract Law*”, femte upplagan, London 2000.

Furmston, Michael ”*Cheshire, Fifoot and Furmston’s Law of Contract*” 14:e upplagan, Bristol 2001. [Cit: Fifoot]

Hultmark, Christina, ”*Obligations, contract and sales*”, ur ”*Swedish law in the new millenium*” – Michael Bogdan Redaktör, Stockholm 2000. [Cit. Hultmark]

Håstad, Torgny, ”*Den nya köprätten*”, fjärde upplagan, Uppsala. 1998



Lawson, Richard, "*Exclusion clauses : after the unfair contract terms act*", London 1979

Modéer, Kjell-Åke, "*Vem regerar i rättens rike – Maktdelningen i ett historiskt och rättspolitiskt perspektiv*", ur SOU 1999:76

Nygren, Rolf – "*Mellan rätt och politik*" ur SOU 1999:76

Tamm, Ditlev , "*Romersk rätt och europeisk rättsutveckling*", andra upplagan, Stockholm 2001.

### **Övrig litteratur**

Bergström, Sture mf.l. "*Juridikens termer*", åttonde upplagan, Stockholm 1993.

"*Svenska Akademiens Ordlista över Svenska språket*" – tolfte upplagan, Stockholm 1998.

### **Artiklar**

Dagens Nyheter 23 maj 2003

SvJT 2003 häfte 3, Stockholm, sid 345 – "*Avgöranden från EG-domstolen andra halvåret 2002*".

Jan Kleineman – "*Skadeståndsrättens tillväxt – ett samhällsproblem eller en rättvisefråga*" ur SvJT sid 319-339. SvJT 2003 häfte 3, Stockholm

### **Elektroniska källor**

<http://www.villariks.se/nolog/nyheter1.asp> 2003-07-11.

<http://www.svenskaakademien.se/saob/> (Svenska Akademiens Ordbok)

# Rättsfallsförteckning

## Svenska rättsfall

NJA 1979 s. 483

NJA 1979 s.666

NJA1988 s.230

NJA 1989 s. 346

NJA 1992 s 782

RH 1988:22

Hovrätten för Övre Norrlands beslut 1997-11-25, mål Ö 224/97.

Hovrättens för västra Sverige dom 2000-05-30, mål T 163-98

Tingsrätten i Lunds beslut 2002-08-23

## Engelska rättsfall

Stilk v Myrick - [1809] 2 Camp 317

Collins v Godfrey - [1831] 1 B & Ad 950

Glasbrook Bros Ltd v Glamorgan County council - [1925] AC 270

Olley v Marlborough Court Ltd - [1949] 1 KB 532, [1949] 1 All ER 127.

Ward v Byham -[1956] 1 WLR 496, [1956] 2 All ER 318,

Chappell & Co Ltd v Nestlé Co Ltd - [1960] AC 87 , [1959] 2 All ER 70

Green (R W) Ltd v Cade Bros Farms [1978] 1 Lloyd's Rep 603.

Mitchell (George) (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd - [1983] 2 AC 803, [1983] 2 All ER 737.

Harris v Sheffield United Football Club Ltd - [1987] 2 All ER 838, [1988] QB 77

Harris v Wyre Forest District Council - [1990] 1 AC 831

Green (R W) Ltd v Cade Bros Farm [1978] 1 Lloyd's Report 602

Smith v Eric S Bush - [1990] 1 AC 831

**Gemenskapsrättsliga fall**

Cofidis SA mot Jean-Louis Fredout (mål C-473/00).