

Otillbörliga affärsmetoder mellan näringsidkare

Inom leveranskedjan för dagligvaror

Sofie Thörnblad

Kandidatuppsats i handelsrätt

HARH12

HT14

Handledare

Jonas Ledendal



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

1. Inledning	9
1.1 Bakgrund.....	9
1.2 Syfte och frågeställningar	10
1.3 Avgränsningar.....	11
1.4 Metod och material	11
1.5 Disposition	14
2. Livsmedelssektorn	17
3. Regleringen av otillbörliga affärsmetoder	19
3.1 Inledning	19
3.2 Vad är otillbörliga affärsmetoder?.....	19
3.3 Vad finns det för regleringar inom området?.....	21
3.4 Marknadsföringslagen	22
3.4.1 Begreppet marknadsföring.....	22
3.4.2 Marknadsföringslagens tillämpningsområde	23
3.5 Avtalsvillkorslagarna	24
3.5.1 Begreppet oskäligen avtalsvillkor.....	24
3.5.2 Avtalsvillkorslagarnas tillämpningsområde	25
3.6 Uppförandekoder	26
3.6.1 Allmänt om uppförandekoder	26
3.6.2 Internationella handelskammaren	27
3.6.3 The Supply Chain Initiative	27
3.7 Sammanfattning och slutsatser	28
4. Oklara och ospecificerade avtalsvillkor	31

4.1	Inledning	31
4.2	Allmänt om oklara och ospecificerade avtalsvillkor	31
4.3	Marknadsföringslagen	32
4.4	Avtalsvillkorslagarna	33
4.5	Uppförandekoder	35
4.6	Sammanfattning och slutsatser	35
5.	Ändring av avtalsvillkor i efterhand.....	39
5.1	Inledning	39
5.2	Allmänt om ändring av avtalsvillkor i efterhand	39
5.3	Marknadsföringslagen	39
5.4	Avtalsvillkorslagarna	41
5.5	Uppförandekoder	43
5.6	Sammanfattning och slutsatser	44
6.	Orättvis överföring av kommersiell risk	47
6.1	Inledning	47
6.2	Allmänt om orättvis överföring av kommersiell risk.....	47
6.3	Marknadsföringslagen	48
6.4	Avtalsvillkorslagarna	49
6.5	Uppförandekoder	50
6.6	Sammanfattning och slutsatser	51
7.	Slutsatser och avslutande kommentarer	53

Summary

In general traders are able to choose trading practices and conditions that will suit their business relationships. However there are producers that are defined as unfair trading practices. Such practices may cause negative effects, in particular concerning small- and medium sized enterprises (SME:s). There is no existing EU-legislation that regulates unfair trading practices between manufacturers and it is not being advocated at present.

In this thesis the author clarifies in which extent unfair trading practices may be prohibited by using rules in the Marketing Act (2008:486) and the Swedish Act relating to unfair contract terms between manufacturers (1984:292) (AVLN). The thesis has focused on the four business practices; Ambiguous Contract Terms and Lack of Written Contracts, Retroactive Contract Changes and Unfair Transfer of Commercial Risk, which are commonly found in the food sector. Furthermore, it will be determined whether existing regulations are sufficient or if – *lege ferenda* – new rules are required. In this thesis the author have been studying Swedish law, preparatory work, practice and doctrine.

The study displays that the rules can formally be used to forbid Ambiguous Contract Terms and Lack of Written Contracts, Retroactive Contract Changes and Unfair Transfer of Commercial Risk. However, it is uncertain which scope the legal framework has. The explanation is that the rules and the framework are generally designed and there is a limited praxis that deals with this kind of questions. This results in problems for SME:s that are in need of simple and clear rules.

Keywords: unfair trading practices, Business-to-Business, business and economics, food-supply chain, small-and medium sized enterprises.

Sammanfattning

Mellan näringsidkare råder i regel möjlighet att välja de affärsmetoder och villkor som passar det specifika affärsförhållandet. Däremot finns det förfaranden som definieras som otillbörliga. Sådana affärsmetoder har enligt Europeiska kommissionen negativ effekt, i synnerhet gentemot små- och medelstora företag (SME:s). Det finns inte någon övergripande EU-lagstiftning som reglerar otillbörliga affärsmetoder mellan näringsidkare och några lagstiftningsåtgärder på EU-nivå förespråkas inte i dagsläget.

I denna rättsvetenskapliga uppsats kommer författaren att klargöra i vilken utsträckning otillbörliga affärsmetoder kan förbjudas genom bestämmelser i Marknadsföringslagen (2008:486) (MFL) och Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare (AVLN). Särskilt genom att studera de fyra affärsmetoderna; oklara och ospecificerade avtalsvillkor, avtalsvillkorsändring och orättvis överföring av kommersiell risk, som är vanligt förekommande inom livsmedelssektorn. Vidare kommer det att fastställas om befintliga regler är tillräckliga eller om det – *de lege ferenda* – finns behov av nya regler. I uppsatsen har rättskälleläran tillämpats som metod. Detta innebär att lagtext, förarbeten, doktrin och rättspraxis har använts för att tolka och analysera gällande rätt.

Bestämmelserna i MFL och AVLN är formellt sett tillämpliga på oklara och ospecificerade avtalsvillkor, avtalsvillkorsändring och orättvis överföring av kommersiell risk men det råder stor rättsosäkerhet beträffande reglernas räckvidd. Detta beror på att bestämmelserna är generellt utformade och att det finns begränsat med rättspraxis som behandlar rättsområdet. Detta innebär en problematik för SME:s som är i behov av enkla och tydliga regler.

Nyckelord: marknadsföringslagen, lag om avtalsvillkor mellan näringsidkare, näringsidkarförhållanden, marknadsrätt, livsmedelssektorn.

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
AVLK	Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden
AVLN	Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare
EG	Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska unionen
ICC	International Chamber of Commerce, Internationella handelskammaren
KL	Konkurrenslag (2008:579)
MFL	Marknadsföringslag (2008:486)
Prop	Proposition
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Avtalsrätt och näringsfrihet utgör grundläggande element i marknadsekonomin. Mellan näringsidkare råder i regel stor frihet att välja avtalsvillkor och affärsmetoder som passar det specifika affärsförhållandet. Från detta finns undantag då lagstiftaren valt att förbjuda förfaranden som ses som otillbörliga. Detta beror på att en starkare part ibland har möjlighet att påtvinga en svagare part villkor som ingen aktör frivilligt hade accepterat i ett mer jämbördigt affärsförhållande.¹ Det blir särskilt problematiskt eftersom den svagare parten sällan väljer att vidta rättsliga åtgärder på grund av rädsla för att affärsförhållandet skall avslutas.² På grund av det skeva maktförhållandet har således den starkare parten möjlighet att tillämpa otillbörliga villkor. Otillbörliga affärsmetoder³ har negativ effekt, i synnerhet gentemot SME:s⁴ men också gentemot konsumenter. Dessutom påverkas länders ekonomiska intressen negativt och den gränsöverskridande handeln hämmas.⁵

I affärsförhållanden har otillbörliga affärsmetoder identifierats som särskilt påtagliga inom livsmedelssektorn och år 2013 publicerade Europeiska kommissionen en grönbok om otillbörliga affärsmetoder i Business-to-Business (B2B) leveranskedjan för livsmedel och icke-livsmedel. Det finns inte någon övergripande EU-lagstiftning som reglerar otillbörliga affärsmetoder mellan näringsidkare och några lagstiftningsåtgärder på EU-nivå förespråkas inte i

¹ Europeiska kommissionens grönbok om otillbörliga affärsmetoder i B2B-leveranskedjan för livsmedel och icke-livsmedel., s. 6.

² Europeiska kommissionen. Europeiska kommissionen tar itu med otillbörliga affärsmetoder i livsmedelskedjan. Hämtad: 2014-11-05.

³ Definieras som metoder strider mot god affärssed samt god tro och heder (Europeiska kommissionens grönbok., s. 3). Begreppet utvecklas i avsnitt 3.2.

⁴ Små- och medelstora företag definieras som företag som sysselsätter färre än 250 personer och vars årsomsättning inte överstiger 50 miljoner euro eller vars balans omslutning inte överstiger 43 miljoner euro per år (Europeiska kommissionen. Definition av mikroföretag samt små- och medelstora företag. Hämtad: 2014-11-05).

⁵ Europeiska kommissionen. Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska och Sociala kommittén samt Regionkommittén. Hämtad 2014-11-21., s. 6, 13.

dagsläget.⁶ Däremot utgör tillrättakommandet med otillbörliga affärsmetoder ett fortsatt prioriterat område.⁷ Svenska näringsutskottet har framfört att det nationella regelverket i viss mån hanterar otillbörliga affärsmetoder, bland annat genom befintliga marknadsrättsliga och avtalsrättsliga regler.⁸ Däremot är det oklart vilka förfaranden som kan förbjudas och hur detta fungerar i praktiken. Således finns ett behov av att utreda det rådande rättsläget inom området otillbörliga affärsmetoder mellan näringsidkare. Otillbörliga affärsmetoder förekommer inom alla sektorer, men i denna studie kommer problematiken framförallt att belysas genom livsmedelssektorn.

I grönboken beskrivs sju affärsmetoder som är särskilt vanligt förekommande. Dessa utgörs av oklara avtalsvillkor, ospecificerade avtal, ändringar av avtal i efterhand, orättvis överföring av kommersiell risk, otillbörligt användande av information, otillbörligt avslutande av affärsrelation och territoriella begränsningar.⁹ De tre sistnämnda metoderna berörs i första hand av immaterialrättslig och konkurrensrättslig reglering. Utifrån det marknadsrättsliga perspektivet är oklara och ospecificerade avtalsvillkor, ändring av avtal i efterhand samt orättvis överföring av kommersiell risk relevanta att studera.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna studie är att klargöra i vilken utsträckning befintliga marknadsrättsliga regler kan användas för att förbjuda otillbörliga affärsmetoder mellan näringsidkare. Särskilt genom att studera oklara och ospecificerade avtalsvillkor, ändring av avtalsvillkor i efterhand samt orättvis överföring av kommersiell risk. Vidare syftar studien till att undersöka om befintliga regler är tillräckliga eller om det – *de lege ferenda* – finns behov av nya regler.

⁶ Europeiska kommissionen. Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska och Sociala kommittén samt Regionkommittén. Hämtad 2014-11-21., s. 5, 14.

⁷ Europeiska kommissionen. High Level Forum for a Better Functioning Food Supply Chain. 2014., s. 38.

⁸ Näringsutskottets utlåtande, *Granskning av handlingsplan för detaljhandeln och grönbok om otillbörliga affärsmetoder.*, s. 10.

⁹ Europeiska kommissionens grönbok., s. 18 f.f., Europeiska kommissionen. Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska och Sociala kommittén samt Regionkommittén. Hämtad 2014-11-21., s. 5.

Följande frågeställningar ämnas besvaras i uppsatsen:

- I vilken utsträckning kan nedanstående otillbörliga affärsmetoder förbjudas enligt MFL:s förbud om otillbörlig marknadsföring respektive AVLN:s förbud om oskäligen avtalsvillkor?
 - Oklara och ospecificerade avtalsvillkor
 - Ändring av avtalsvillkor i efterhand
 - Överföring av kommersiell risk

1.3 Avgränsningar

Området otillbörliga affärsmetoder har ett flertal dimensioner men denna uppsats är avgränsad till det marknadsrättsliga området.

Uppsatsen är avgränsad till affärsmetoderna oklara och ospecificerade avtalsvillkor, ändring av avtal i efterhand och orättvis överföring av kommersiell risk. Dessa studeras ur ett nationellt perspektiv och uppsatsen innefattar således nationell rättspraxis. EU-rättsligt material har använts eftersom bestämmelserna i MFL bygger på direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder. Direktivet är inte tillämpligt på näringsidkarförhållanden och således har rättspraxis från EU-domstolen inte inkluderats i studien.

1.4 Metod och material

I uppsatsen har både nationellt och EU-rättsligt material använts. Syftet med studien är att fastställa gällande rätt (*de lege lata*) och således har rättskällevärdet tillämpats. Rättskällevärdet innebär att gällande rätt fastställs genom att analysera rättskällor så som lagtext, förarbeten, rättspraxis och doktrin.¹⁰ I studien har det

¹⁰ Sandgren, Claes. *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare. Ämne, material, metod och argumentation*. 2 uppl. Stockholm: Norstedts juridik, 2007., s. 36.

även varit relevant att ta hänsyn till EU:s rättskällor eftersom rättsområdet delvis är harmoniserat och EU-rätten har företräde framför nationell rätt.¹¹

EU:s rättskällor består av primärrätt och sekundärrätt där den förstnämnda utgör den högst rangordnade rättskällan. Primärrätten består av fördragen och är bindande och direkt tillämpliga i medlemsstaterna. Det innebär att fördragen är direkt tillämpliga och inte behöver implementeras i nationell rätt. Fördragen reglerar unionens principer, befogenheter och funktioner. De rättsakter som kan utfärdas med stöd av fördragen utgör sekundärrätt. Till detta område inkluderas bindande rättsakter som förordningar, direktiv och beslut.¹² Direktiven är inte direkt tillämpliga i medlemsstaterna utan måste införlivas i den nationella rätten. Tillvägagångssättet skiljer sig åt men implementeringen måste vara förenlig med resultatet som direktivet syftar till att uppnå.¹³ EU-domstolen kan under vissa förutsättningar besluta att ett direktiv skall ha direkt effekt. Detta innebär att en bestämmelse i ett direktiv kan åberopas i nationell rätt trots att den inte införlivats.¹⁴

De direktiv som inkluderas i studien utgörs av bindande rättsakter. Direktivet 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder har införlivats i MFL. Direktivet är endast tillämpligt i konsumentfall men i den svenska lagen har lagstiftaren inte gjort någon sådan avgränsning. Däremot är det oklart om bestämmelserna i MFL skall tolkas på samma sätt om förhållandet avser konsumentfallet eller näringsidkarfallet. I förarbetena till MFL framgår inte att sådana fall skall bedömas på olika sätt. Inom marknadsrätten är det vanligt förekommande med jämförelser mellan konsumentfall och näringsidkarfall. Situationen skall inte likställas med vad som gäller för konsumenttjänstlagen, som endast är analogivis tillämplig på materiella uppdragsavtal i näringsidkarfallet. I MFL är det inte fråga om analogivis tillämpning och således kan rättspraxis från Marknadsdomstolen (MD) som behandlat konsumentfall användas även i näringsidkarfallet. Det blir istället relevant att ta hänsyn till det specifika fallet och prejudikatets räckvidd. MFL är generellt utformad med flera generalklausuler. På grund av den

¹¹ Hettne Jörgen, Otken Eriksson Ida. *EU-rättslig metod. Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*. 2 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik, 2012., s. 173 f.f.

¹² Ibid., s. 42.

¹³ Ibid., s. 178.

¹⁴ Ibid., s. 184.

generalklausulkaraktär som föreligger inom marknadsrätten har vägledande prejudikat stor betydelse.¹⁵

Tillgänglig rättspraxis som behandlar otillbörliga affärsmetoder genom MFL är uteslutande begränsad till reklamområdet. Ett enstaka antal domar från MD har inkluderats i studien för att exemplifiera när ett förfarande kan förbjudas genom MFL och berör således inte de specifika frågorna. Detsamma gäller för avtalsvillkorslagarna. MD har behandlat samtliga fyra affärsmetoder utifrån AVLN men endast i enstaka fall. Detta resulterar i svårigheter att fastställa reglernas räckvidd.

För att hantera denna problematik har det varit av vikt att finna vägledning om hur materialet skall tolkas genom att studera rättsreglernas syfte i förarbetena.¹⁶ Utöver förarbetena har uppförandekoder inkluderats i studien. Uppförandekoder omfattas av nationella och internationella sedvaneregler, normer och rekommendationer som har tagits fram av näringslivet samt branschorganisationer. Detta regelverk utgör ett viktigt komplement till bindande regler inom det marknadsrättsliga området. Vid definitionen av god marknadsföringssed hänvisar MFL till sådana koder som härigenom blir indirekt bindande. Det är endast de områden som överlappar varandra som blir giltiga och frågor om till exempel könsdiskriminerande reklam faller utanför regelverket.

Lehrberg menar att handelsbruk eller annan sedvänja kan bli tillämplig om seden är tillräckligt utbredd inom ett specifikt område. Det beteende som är ett resultat av sedvänjan ses då som bindande och kan få samma status som en rättsregel.¹⁷ Sandgren för ett liknande resonemang och menar att uppförandekoder, sedvänjor och etiska regler får relevans när rättsbildning sker vid sidan om officiell rättsbildning.¹⁸ Så är fallet inom marknadsrätten och därför har generella uppförandekoder inom marknadsrättens område inkluderats i studien i form av riktlinjer från *International Chamber of Commerce*, Internationella handelskammaren (ICC). Dessa uppförandekoder verkar som normgivare inom

¹⁵ Svensson, Stenlund & Brink m.fl. *Praktisk marknadsrätt*. 8 uppl. Stockholm: Norstedts juridik, 2010., s. 50.

¹⁶ Sandgren., s. 52.

¹⁷ Lehrberg, Kurt. *Praktisk juridisk metod*. 7 uppl. Uppsala: Lusté, 2014., s. 215 f.f.

¹⁸ Sandgren., s. 50 f.

näringslivet i allmänhet och är därför av relevans. Utöver ICC:s riktlinjer har livsmedelssektorns frivilliga uppförandekod *The Supply Chain Initiative* studerats. Frivilliga uppförandekoder förespråkas av EU-kommissionen eftersom de kan bidra till att främja ett rättvist agerande, undvika komplicerad tvisteföring och resultera i rättvisa förhandlingar.¹⁹

Doktrin inom området är i huvudsak begränsat till när otillbörliga affärsmetoder tillämpas av näringsidkare gentemot konsument. Inom svensk rättsvetenskap har frågan om kommersiella förhållanden nästan uteslutande behandlats av Ulf Bernitz och Per Jonas Nordell. Bernitz Standardavtalsrätt är den enda framställning som behandlar ämnet någorlunda utförligt. Övrig litteratur är översiktlig. Att frågan inte behandlats utförligt i doktrin har resulterat i en arbetskrävande uppsatsprocess där övriga rättskällor så som förarbeten fått stor betydelse för studien.

I studien har även kommissionens grönbok om otillbörliga affärsmetoder inkluderats, dels vid insamling av bakgrundsmaterial, dels för att få en god insikt i den rådande problematiken. Kommissionens grönböcker utgör samrådsdokument som utfärdats inför ett lagstiftningsarbete och tillhör de icke-bindande förarbetena. Detta dokument utgör inte ett slutgiltigt resultat av en utredning utan är ett första steg i en eventuell lagstiftningsprocess. Denna grönbok innefattar inte ett förslag på reglering och har således endast använts i informationssyfte.

Trots studiens marknadsrättsliga fokus ges en kortfattad redogörelse för regler i Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL) samt Konkurrenslagen (2008:579) (KL) för att ge läsaren ett bredare perspektiv.

1.5 Disposition

Uppsatsen är indelad i sju kapitel. Uppsatsens andra kapitel innefattar en beskrivning av problematiken inom livsmedelssektorn genom en beskrivning av den rådande marknadskoncentrationen, aktörernas förhandlingsstyrka samt begreppet transaktionskostnader. I kapitel tre behandlas inledningsvis den

¹⁹ Europeiska kommissionen. Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska och Sociala kommittén samt Regionkommittén. Hämtad 2014-11-21., s. 9.

juridiska definitionen av otillbörliga affärsmetoder. Därefter följer en beskrivning av den rättsliga kontexten för otillbörliga affärsmetoder, dels en övergripande bild av bestämmelser i AvtL och KL, dels en mer utförlig redogörelse för de bestämmelser som är av vikt i MFL och AVLN samt relevanta uppförandekoder.

Kapitel 4, 5 och 6 syftar till att besvara uppsatsens frågeställningar och i dessa kapitel undersöks i vilken omfattning bestämmelser i MFL och AVLN respektive uppförandekoder kan användas för att förbjuda otillbörliga affärsmetoder. Kapitel 4 behandlar affärsmetoderna ospecificerade och oklara avtalsvillkor. Dessa affärsmetoder har studerats gemensamt eftersom de i olika grad avser exempel på oklarhet. Varje kapitel inleds med en beskrivning av när respektive affärsmetod definieras som otillbörlig. Därefter följer ett resonemang där metoderna analyseras mot reglerna i MFL, AVLN samt uppförandekoder. I kapitel 5 behandlas affärsmetoden ändring av avtalsvillkor i efterhand med samma disposition som i kapitel 4. Detsamma gäller kapitel 6, som behandlar orättvis överföring av kommersiell risk. Kapitel 7 innehåller en analys där uppsatsens övriga delar sammankopplas. Dessutom inkluderas ett *de lege ferenda*-resonemang. Detta syftar till att klargöra om och hur otillbörliga affärsmetoder mellan näringsidkare bör regleras. Sista delen i kapitel 7 utgörs av avslutande reflektioner.

2. Livsmedelssektorn

I detta kapitel ges en beskrivning av den särskilda problematiken med otillbörliga affärsmetoder inom livsmedelssektorn. Denna beskrivs genom att redogöra för den rådande marknadskoncentrationen samt aktörernas förhandlingsstyrka.

Livsmedelskedjan består av fyra led, som utgörs av jordbrukare, livsmedelsindustri, dagligvarukedjor och konsumenter.²⁰ Europas livsmedelssektor sysselsätter 47 miljoner människor och spelar således en avgörande roll för ekonomin samt för konsumenters hälsa. Sektorn interagerar med flertalet andra marknader och spelar även en central roll i EU:s sociala och politiska områden. Det är således av vikt att den inre marknaden har en fungerande och rättvis livsmedelskedja.²¹ SME:s utgör en betydelsefull del inom livsmedelssektorn eftersom produktionen från dessa uppgår till hälften av det totala produktionsvärdet på den europeiska marknaden.²² Av det totala antalet företag i sektorn utgörs 99 % av SME:s.²³

Även inom den svenska livsmedelsindustrin och dagligvaruhandeln finns ett stort antal småskaliga livsmedelsföretag. Dessa utgörs bland annat av små nischorienterade företag som är verksamma på mindre geografiska marknader.²⁴ Trots förekomsten av SME:s står de dominerande livsmedelsproducenterna för 75 % av försäljningen.²⁵ Antalet aktörer och den marknadsmakt som innehas av dessa företag resulterar i den föreliggande marknadskoncentrationen. Med marknadskoncentration avses hur många aktörer som är verksamma på marknaden. Om den rådande marknadskoncentrationen är hög indikerar det på att ett fåtal aktörer är verksamma och att deras marknadsmakt är relativt stor och vice

²⁰ European Commission. Enterprise and Industry. EU food market overview. Hämtad: 2014-11-06.

²¹ Europeiska kommissionen. Europeiska kommissionen tar itu med otillbörliga affärsmetoder i livsmedelskedjan. Hämtad: 2014-11-05.

²² European Commission. Enterprise and Industry. EU food market overview. Hämtad: 2014-11-06.

²³ Jordbruksverket, *Marknadsöversikt – livsmedelsindustrin*. 2012., s. 27.

²⁴ *Ibid.*, s. 10 f.

²⁵ Konkurrensverket, *Konkurrens och makt i den svenska livsmedelskedjan*. 2011., s. 7.

versa.²⁶ Konkurrensverket har påtalat att den rådande marknadskoncentrationen i Sverige resulterar i svårigheter för de mindre livsmedelsföretagen att konkurrera gentemot de större aktörerna. Livsmedelssektorn har blivit allt mer fragmenterad och således har skillnaderna i förhandlingsstyrka ökat.²⁷ Det beror på att den individuella förhandlingen är förenad med höga transaktionskostnader.²⁸ Transaktionskostnader består bland annat av kostnader för efterforskningar kring en potentiell avtalspart samt kostnader som uppstår i samband med förhandlingar och vid upprättande av kontrakt.²⁹ Transaktionskostnader samt effektivitets- och tidsaspekter är bakomliggande faktorer till att ensidigt utformade standardavtal tillämpas av företag.³⁰

En annan anledning till att otillbörliga affärsmetoder identifierats som särskilt påtagliga inom livsmedelssektorn är de skillnader i förhandlingsstyrka som föreligger hos aktörerna i de olika leden i livsmedelskedjan. Sådana skillnader i förhandlingsstyrka är vanligt förekommande i affärsrelationer men kan resultera i otillbörligt beteende.³¹ När små företag möter stora företag utgör aktörernas respektive ställning en avgörande faktor och det är av vikt att förhandlingarna genomsyras av rättvisa. I förarbetena till AVLN framförs att orättvisa förhållanden inte skulle föreligga om förhandlingsförhållandena genomsyrades av rättvisa förutsättningar. Vidare framförs att påverkan som resulterar i orättvisa kan tänkas öka ju mer ansträngd den ekonomiska situationen är för berörda företag.³² I Norge har sådana skillnader i förhandlingsstyrka resulterat i en särskild lag som reglerar förhandlingar och god affärssed i livsmedelsbranschen.³³

²⁶ Martin, Stephen. *Advanced Industrial Economics*, 2 uppl. Amsterdam: Blackwell publishers, 2001., s.337.

²⁷ Konkurrensverket. *De lantbrukskooperativa företagens betydelse för konkurrensen inom livsmedelskedjan*. 2011., s. 33 f.

²⁸ Konkurrensverket. *De lantbrukskooperativa företagens betydelse för konkurrensen inom livsmedelskedjan*. 2011., s. 33 f, Ramberg Jan, Ramberg Christina. *Avtalsrätten. En introduktion*. 4 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik, 2010., s. 35.

²⁹ Konkurrensverket. *De lantbrukskooperativa företagens betydelse för konkurrensen inom livsmedelskedjan*. 2011., s. 13.

³⁰ Bernitz, Ulf. *Standardavtalsrätt*. 8 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik, 2013., s. 21.

³¹ Europeiska Kommissionen. *Kommissionen tar itu med otillbörliga affärsmetoder i livsmedelskedjan*. 2014., s. 2

³² Prop. 1983/84:92 s. 8.

³³ Konkurrensverket. *Mat och marknad – från bonde till bord*. 2011., s. 48 f.f.

3. Regleringen av otillbörliga affärsmetoder

3.1 Inledning

I kapitlet behandlas först den juridiska definitionen av otillbörliga affärsmetoder. Härefter ges en övergripande beskrivning av reglerna i AvtL och KL. Efterföljande del i kapitlet ger en beskrivning av de tre regleringar som utgör fokus i denna uppsats. I den första delen behandlas det marknadsföringsrättsliga perspektivet. Inledningsvis ges läsaren en beskrivning av begreppet marknadsföring och därefter framförs de bestämmelser som är relevanta för att bedöma i vilken utsträckning otillbörliga affärsmetoder kan förbjudas genom bestämmelser i MFL. I nästföljande avsnitt klargörs inledningsvis begreppet oskäliga avtalsvillkor och därefter behandlas relevanta bestämmelser i Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (AVLK) och AVLN. I kapitlets sista del behandlas de uppförandekoder som är relevanta vid en bedömning, dels ICC:s riktlinjer, dels *The Supply Chain Initiative*.

3.2 Vad är otillbörliga affärsmetoder?

Den gemensamma nämnaren för otillbörliga affärsmetoder, framförallt när de tillämpas på ett oförutsägbart sätt, är att de kan resultera i högre kostnader eller ökad risk för den avtalspart som innehar en sämre förhandlingsposition. Detta kan till exempel ta sig uttryck i att avtalsvillkor ändras så att avtalet omfattar en mindre kvantitet varor och att den del som skulle levererats måste kasseras.³⁴ Otillbörliga affärsmetoder kan uppstå även då parterna till en början tror sig vara överens om avtalsvillkoren på grund av att dessa är svårtydbara och komplicerade. Ett annat skäl kan vara att avtalsparterna inte har tillgång till samma information och kunskap med följd att den starkare parten kan utnyttja den situation som råder. Det oklara avtalsvillkoret ökar transaktionskostnaderna och den svagare

³⁴ Europeiska kommissionens grönbok., s. 18 f.f., Europeiska kommissionen. Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska och Sociala kommittén samt Regionkommittén., s. 5 f., Hämtad: 2014-11-21.

parten har normalt sämre möjlighet att bära sådana ökade kostnader.³⁵ Dessutom innefattar ofta förekomsten av otillbörliga affärsmetoder en viss nivå av rädsla.³⁶

Affärsmetod är ett brett begrepp som kan utgöra grunden i ett företags affärsplan eller enskild transaktionsprocess. Begreppet finns varken med i Nationalencyklopedin eller Svenska Akademiens ordbok. Att definiera begreppet juridiskt är svårt. I EU-direktivet 2005/29/EG definieras en affärsmetod som:

En näringsidkares handling, underlåtenhet, beteende, företrädande eller kommersiella meddelande, inklusive reklam och saluföring, i direkt relation till marknadsföring, försäljning eller leverans av en produkt till en konsument.³⁷

Således omfattas, utöver reklam, nästan alla kontakter mellan avtalsparterna.³⁸ Det finns inte heller någon vedertagen definition av vad som avses med otillbörlig. EU-kommissionen definierar en affärsmetod som otillbörlig om den starkt strider mot god affärssed samt god tro och heder.³⁹ Det kan jämföras med Nationalencyklopedins definition som följer av att begreppet otillbörlig betyder oacceptabel med hänsyn till rimliga (sociala eller moraliska) normer samt olämplig och opassande.⁴⁰ Vidare menar EU-kommissionen att det avgörande för om en affärsmetod är att betrakta som otillbörlig är huruvida kostnader och risker överförs till avtalets svagare part.⁴¹

Det kan således konstateras att en affärsmetod utgörs av en näringsidkares handling, före, under och efter ett avtalsförhållande och att denna handling kan anses vara otillbörlig beroende på det rådande styrkeförhållandet samt med hänsyn till vad som utgör god affärssed. Begreppet god tro och heder har olika rättslig betydelse och i grönboken om otillbörliga affärsmetoder ges inte vägledning om innebörden. Det kan däremot förstås som den nivå av redbarhet och hederlighet som kan förväntas av en näringsidkare.⁴²

³⁵ Europeiska kommissionens grönbok., s. 6 f.

³⁶ Europeiska kommissionen. Europeiska kommissionen tar itu med otillbörliga affärsmetoder i livsmedelskedjan. Hämtad: 2014-11-05.

³⁷ Direktiv 2005/29/EG art. 2d.

³⁸ SOU 2006/76 s. 195.

³⁹ Europeiska kommissionens grönbok., s. 3.

⁴⁰ Nationalencyklopedin. Otillbörlig. Hämtad: 2014-11-28.

⁴¹ Europeiska kommissionens grönbok., s. 17 f.f.

⁴² Høgberg, Alf Petter. *Tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter*. Oslo, 2005., s. 327 f.

3.3 Vad finns det för regleringar inom området?

Otillbörliga affärsmetoder är ett komplext område som har en marknadsföringsmässig, konkurrensrättslig och avtalsmässig dimension. I denna uppsats utgör den marknadsrättsliga dimensionen fokus, men nedan görs en övergripande redogörelse för att ge en beskrivning av hela regleringen. Trots friheten att utforma avtal och tillämpa affärsmetoder finns det inskränkningar då avtalsvillkor eller förfaranden kan förbjudas. Det beror på att en obegränsad avtalsfrihet står i motsats till etableringsfriheten såväl som konkurrensfriheten.⁴³ Marknadsrätten utgör ett system av rättsregler som syftar till att skapa gränser för företagens agerande på marknaden. Det finns rättsliga gränser om etablering, konkurrens, marknadsföring, prissättning, produktutformning och avtalsvillkor m.m.⁴⁴ Den gemensamma nämnaren för de marknadsrättsliga reglerna är att de förbjuder ett agerande från näringsidkarens sida gentemot en konsument. Däremot finns det situationer då SME:s innehar ungefär samma behov av skyddsregler som konsumenter.⁴⁵

I AvtL finns bestämmelser om ingående av avtal och i lagens tredje kapitel finns skyddsregler där 36 § utgör en central del.⁴⁶ Enligt 36 § 1 st. AvtL får ett avtalsvillkor jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och förhållandena i övrigt. Vidare följer av 2 st. att särskild hänsyn skall tas till behovet av skydd för konsument eller part med underlägsen ställning. Bestämmelsen är inriktad på enskilda fall och en bedömning är i regel starkt kopplad till de specifika förhållandena. Således saknar avgöranden rättskraft i andra fall och en näringsidkare kan inte förhindras fortsatt användande av avtalsvillkoret.⁴⁷

Konkurrensrätten kan delvis användas för att fånga upp otillbörliga affärsmetoder. MFL och KL har ett nära samband eftersom regleringarna syftar till att

⁴³ Svensson, Stenlund & Brink m.fl., s. 35.

⁴⁴ Bernitz, Ulf. *Svensk och europeisk marknadsrätt I. Konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar*. Stockholm: Norstedts Juridik, 2009., s. 27.

⁴⁵ SOU 1981:31 s. 7, Bernitz, Ulf. *Småföretagarskydd mot oskäliga avtalsvillkor, särskilt 36 § avtalslagen. Festskrift till Sveriges Advokatsamfund*. 3 uppl., 1987., s. 119., Prop. 1983/84:92 s. 20-21., Prop. 2007/08:115 s. 136.

⁴⁶ Norlén, Andreas. *Oskälighet och 36 § avtalslagen*. Linköping: UniTryck, 2004., s. 11.

⁴⁷ Bernitz, 2013., s. 183.

upprätthålla en effektiv marknad, tillbörligt agerande samt en hög nivå av konsumentskydd.⁴⁸ Utöver detta är KL främst inriktad på samhällsekonomiska effektivitetsaspekter genom de tre materiella bestämmelser som motverkar åtgärder som kan skada att en effektiv marknad upprätthålls. Dessa utgörs av förbud mot konkurrensbegränsande samarbete enligt 2 kap. 1 § KL, förbud mot missbruk av dominerande ställning, enligt 2 kap. 7 § KL och förbud mot företagskoncentrationer enligt 4 kap 1 § KL. För att ett avtal eller förfarande skall förbjudas genom konkurrensrättsliga regler är förutsättningen att det har till syfte eller resultat att hindra, motverka eller snedvrída konkurrensen märkbart.⁴⁹ KL reglerar inte enskilda affärsförhållanden utan syftar till att främja en effektiv marknad som helhet. Till skillnad från KL utgörs MFL och AVLN av regler som förbjuder näringsidkare tillämpa ett otillbörligt förfarande eller oskäligen avtalsvillkor gentemot en annan näringsidkare.⁵⁰

3.4 Marknadsföringslagen

3.4.1 Begreppet marknadsföring

Begreppet marknadsföring har en vidsträckt betydelse och MFL har en generell räckvidd som avser all typ av media och produkter.⁵¹ Åtgärder som främjar avsättningen och tillgången till produkter inkluderas i begreppet.⁵² MFL:s definition av marknadsföring i 3 § 6 st. motsvaras av begreppet affärsmetod i direktiv 2005/29/EG⁵³ och definieras som:

Reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter inbegripet en näringsidkares handlande, underlåtenhet eller beteende i övrigt före, under eller efter försäljning eller leverans av produkter till konsumenter eller näringsidkare.⁵⁴

Efter införlivandet av direktiv 2005/29/EG är MFL tillämplig på alla typer av affärsmetoder. Begreppet har fått en utvidgad betydelse i förhållande till tidigare och definitionen av begreppet affärsmetod är, som ovan nämns, brett. I SOU

⁴⁸ Bernitz., Ulf. *Marknadsföringslagen*. Stockholm: Norstedts juridik, 2013., s. 14-15, Svensson, Stenlund, Brink m.fl., s. 35.

⁴⁹ Prop. 2007/08:115 s. 71.

⁵⁰ Ibid., s. 62., Prop. 1983/84:92 s. 12.

⁵¹ SOU 2006:76 s. 195., Prop. 2007/08:115 s. 60.

⁵² Svensson, Stenlund, Brink m.fl., s. 121.

⁵³ Levin, Marianne. Kommentar till marknadsföringslagen. *Karnov.*, punkt 2.3. Hämtad: 2014-11-24.

⁵⁴ 3 § 6 st. MFL., Direktiv 2005/29 art. 2 d.

2006:76 anges att nästan alla kontakter mellan avtalsparterna omfattas.⁵⁵ Lagstiftaren valde att använda begreppet marknadsföring istället för affärsmetoder. Detta har kritiserats av MD på grund av de svårigheter det innebär eftersom vissa av MFL:s bestämmelser endast avser marknadsföring.⁵⁶

3.4.2 Marknadsföringslagens tillämpningsområde

Den nuvarande MFL syftar främst till att skydda konsumenter men tillgodoser även intresset hos enskilda näringsidkare. Detta skydd förstärks genom att lagen till viss del skyddar företagare som utsätts för illojal konkurrens och ohederliga metoder.⁵⁷ Direktiv 2005/29/EG har införlivats i MFL och reglerna i MFL är formellt sätt tillämpliga även i näringsidkarförhållandet. För att bedöma om oklara och ospecificerade avtalsvillkor, ändring av avtal i efterhand och orättvis överföring av kommersiell risk kan förbjudas enligt MFL är det relevant att studera direktivets förbud mot aggressiva och vilseledande affärsmetoder respektive affärsmetoder som strider mot god yrkessed. Det beror på att dessa generalklausuler har en generell utformning och att reglernas tillämpningsområde skall fastställas av domstol.⁵⁸

Artiklarna 8 och 9 i direktivet reglerar aggressiva affärsmetoder. Denna bestämmelse har införlivats i MFL:s generalklausul om aggressiv marknadsföring i 7 § MFL. För att bedöma om ett förfarande är förbjudet enligt denna bestämmelse utgör trakasserier, tvång, våld, hot eller andra aggressiva påtryckningsmedel en central del.⁵⁹

Förbudet mot vilseledande affärsmetoder regleras i artikel 7 som motsvaras av 8 § MFL.⁶⁰ Enligt artikel 7 är en affärsmetod att betrakta som vilseledande om den innefattar oriktig information eller trots att näringsidkaren delger korrekt information vilseleder eller sannolikt kommer att vilseleda genomsnittskonsumenten.

⁵⁵ SOU 2006/76 s. 195.

⁵⁶ Prop. 2007/08:115 s. 63.

⁵⁷ Ibid., s. 62.

⁵⁸ Ibid., s. 113.

⁵⁹ Direktiv 2005/29/EG art. 8.

⁶⁰ Svensson, Stenlund, Brink m.fl., s. 121., Direktiv 2005/29/EG art. 7., 8 § MFL hänvisar till 9, 10 samt 12-17 § § MFL att anse som vilseledande.

Den tredje bestämmelsen, som är av mer övergripande karaktär utgörs av artikel 5 och förbjuder förfaranden som strider mot god yrkessed. Bestämmelsen motsvaras av den allmänna generalklausulen i 5 § MFL, som anger att marknadsföring skall vara förenlig med god marknadsföringssed. Generalklausulen i 5 § har ett generellt tillämpningsområde som skall gälla både marknadsföring och andra affärsmetoder som riktar sig till konsumenter eller näringsidkare.⁶¹

För att åtgärden skall bedömas som otillbörlig enligt ovan nämnda förbudsregler krävs att åtgärden i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar förmågan att fatta ett välgrundat affärsbeslut hos den som åtgärden är riktad till. Det krävs alltså att förfarandet har sannolik ekonomisk effekt på mottagaren enligt det så kallade transaktionstestet.⁶² Detta betyder att mottagaren fattar ett annat affärsbeslut än vad som skulle varit fallet om påverkan ej skett.⁶³ En bedömning sker således i två steg. I första hand tas ställning till om förfarandet strider mot aggressiv eller vilseledande marknadsföring respektive god marknadsföringssed. Därefter görs prövning av om förfarandet har effekt på mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.⁶⁴

3.5 Avtalsvillkorlagarna

3.5.1 Begreppet oskäligen avtalsvillkor

I den ursprungliga avtalsvillkorlagen användes begreppet otillbörlig, uttrycket ersattes av oskäligen i 1973 års konsumentköplag. Nationalencyklopedin definierar oskäligen ”som det saknas skäl för med hänsyn till någon rimlig norm”⁶⁵ samt orimlig och överdriven.⁶⁶ Oskäligen avtalsvillkor utgörs av villkor som enligt avtalslagen helt eller delvis kan åsidosättas.⁶⁷ I direktiv 93/13/EEG anges att ett oskäligen avtalsvillkor står i strid med kravet på god sed och medför en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet till nackdel för

⁶¹ Prop. 2007/08:115 s. 68, 113., Svensson, Stenlund, Brink m.fl., s. 417.

⁶² Prop. 2007/08:115 s. 61, 110 f., Svensson, Stenlund, Brink m.fl., s. 172.

⁶³ Direktiv 2005/29/EG art. 2 e.

⁶⁴ Prop. 2007/08:115 s. 110 f.

⁶⁵ Nationalencyklopedin. Oskäligen. Hämtad: 2014-11-28.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ramberg & Ramberg., s. 40.

konsumenten.⁶⁸ Begreppen oskäligen och otillbörligen skiljer sig åt och enligt Grobgeld och Norin har otillbörligen en starkare innebörd än oskäligen.⁶⁹

3.5.2 Avtalsvillkorslagarnas tillämpningsområde

AVLK infördes för att stärka de skyddsregler som konsumenterna är i behov av.⁷⁰ AVLN infördes som motsvarande marknadsrättsliga skydd för näringsidkare som befinner sig i underlägsen ställning.⁷¹ Avtalsvillkorslagarna är inte formellt begränsade till standardavtal men behandlar inte enskilda avtalsförhållanden. Det resulterar i att en bedömning syftar till att fastställa om villkoret typiskt sett kan ses som oskäligt.⁷² Bernitz framhåller att skillnaderna mellan AVLK och AVLN inte är så stora. De bygger på samma systematik och bedömningen är i huvudsak densamma.⁷³

För att bedöma om oklara avtalsvillkor, avsaknad av skriftliga avtal, ändring av avtal i efterhand och orättvis överföring av kommersiell risk kan förbjudas enligt AVLN är det relevant att studera 1 § AVLN. Denna regel motsvaras av 3 § AVLK. Om ett avtal mellan näringsidkare anses oskäligt kan AVLN tillämpas och MD kan förbjuda fortsatt användande av samma eller väsentligen samma villkor i liknande fall.⁷⁴ Således angrips villkoren ex ante.⁷⁵ Generalklausulen i 3 § AVLK fångar upp tre typfall. Dessa utgörs av villkor som strider mot tvingande regler, avtalsvillkor som påtagligt avviker från dispositiva regler och metoder som är vilseledande eller oklara. Villkorens formulering och betydelse utgör bedömningsgrunderna. Sådana villkor som strider mot tvingande regler eller allmänna rättsprinciper skall betraktas som oskäliga. Vid en sådan bedömning får de dispositiva reglerna betydelse eftersom dessa anger vad som anses skäligt. Det blir vid frågan om avvikelse från dispositiva regler relevant att ta ställning till om

⁶⁸ Direktiv 93/13/EEG., art. 3 p. 1.

⁶⁹ Grobgeld Lennart, Norin Anders. *Konsumenträtt – Regler till hjälp och skydd för konsumenterna*. 15 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik, 2013., s. 200.

⁷⁰ AVLK införlivade EG-direktiv 93/13/EEG, Prop. 1994/95:17 s. 1.

⁷¹ Prop. 1983/84:92 s. 7, 11.

⁷² Bernitz, 2013., s. 186 f.f.

⁷³ Ibid., s. 183 f.f., 204.

⁷⁴ ”Om ett villkor, som en näringsidkare ställer upp när han ingår eller avser att ingå avtal med en annan näringsidkare, är att anse som oskäligt mot denne, kan Marknadsdomstolen förbjuda näringsidkaren att i fortsättningen ställa upp samma eller väsentligen samma villkor i liknande fall. Ett sådant förbud kan också riktas mot någon som är anställd hos näringsidkaren eller mot någon annan som handlar på dennes vägnar” (1 § 1 st. AVLN).

⁷⁵ Bernitz, 2013., s. 185.

ett sådant villkor medför en snedbelastning mellan parternas rättigheter och skyldigheter.⁷⁶ Direktiv 93/13/EEG innehåller en bilaga med 17 fall när avtalsvillkor skall ses som oskäligen.⁷⁷ Dessa villkor är typiskt sett oskäligen enligt AVLK men har inte inkluderats i lagtexten.⁷⁸ Motsvarande lista för AVLN finns dock inte och tvingande regler som skyddar SME:s finns i begränsad omfattning.⁷⁹

Det finns inga tydliga riktlinjer för när ett avtalsvillkor är att betrakta som oskäligt enligt AVLN. Samtliga omständigheter skall beaktas vid en oskälighetsprövning och genomföras utifrån samma principer som AVLK.⁸⁰ Dessutom skall särskild hänsyn tas till den som innehar underlägsen ställning enligt 2 § 1 st. AVLN. Rekvisitet underlägsen ställning syftar till att stärka de skyddsregler som småföretagare i förekommande fall är i behov av. Parternas inbördes styrkeförhållande skall beaktas vid en oskälighetsprövning.⁸¹ Förbud får endast meddelas om det är påkallat från allmän synpunkt enligt 2 § 2 st. AVLN.

3.6 Uppförandekoder

3.6.1 Allmänt om uppförandekoder

De marknadsrättsliga normativa ramverken utgörs av lagregler såväl som uppförandekoder.⁸² Områdets uppförandekoder, som även benämns *soft law*, omfattas av nationella och internationella sedvaneregler, normer och rekommendationer som har tagits fram av näringslivet samt branschorganisationer.⁸³ Detta regelverk utgör ett viktigt komplement till de bindande reglerna på det marknadsrättsliga området och i lagstiftningen görs hänvisning till uppförandekoder. Nedan presenteras ICC:s riktlinjer samt livsmedelssektorns egenåtgärd *The Supply Chain Initiative*.

⁷⁶ Bernitz, 2013., s. 189.

⁷⁷ Direktiv 93/13/EEG bilaga 1.

⁷⁸ Prop. 1994/95:17 s. 92, 94.

⁷⁹ Ibid., s. 205.

⁸⁰ Bernitz, 2013., 19 f., s. 205.

⁸¹ Ibid., s. 7, 11.

⁸² Svensson, Stenlund, Brink m.fl., s. 35.

⁸³ Melin, Stefan. *Marknadsrätt*. Malmö: Liber, 2009., s. 102.

3.6.2 Internationella handelskammaren

Enligt ICC:s hemsida syftar organisationen till att stärka marknadsekonomin, öka konkurrensen och värna om frihandel. ICC verkar även för att främja en hög nivå av etisk standard i näringslivet genom uppförandekoder om bland annat säljfrämjande åtgärder, direktmarknadsföring och direktförsäljning. Organisationen har även utarbetat branschspecifika uppförandekoder.⁸⁴ Dessa regelverk har resulterat i en gemensam etisk standard vilket har bidragit till fördelar för näringslivet och samhället i stort samt ur konkurrenssynpunkt. Detta har resulterat i att behovet av formella regelverk har minskat.⁸⁵ Vidare fungerar ICC som ett organ som bedriver medlings- och skiljedomsverksamhet och verkar således som en del i kommersiell tvistelösning.⁸⁶ Slutligen har ICC:s modellavtal som bland annat syftar till att skapa ett likvärdigt förhållande mellan avtalsparterna en betydelsefull del vid internationella affärsrelationer.⁸⁷ ICC:s uppförandekoder om reklam- och marknadskommunikation skall fungera som ett hjälpmedel vid självreglering inom kommersiell kommunikation men kan även fungera som vägledande i icke-kommersiell reklam och kommunikation. Koden innefattar principer om säljfrämjande åtgärder, sponsring, direktmarknadsföring, reklam och marknadskommunikation i digitala interaktiva media och miljöpåståenden.⁸⁸ Koden om reklam- och marknadskommunikation är tillämplig på all slags reklam och annan marknadskommunikation som syftar till att främja avsättningen av eller tillgången till varor, tjänster och andra nyttigheter, inbegripet reklam för ett företag eller dess verksamhet som sådan.⁸⁹

3.6.3 The Supply Chain Initiative

The Supply Chain Initiative är en branschspecifik uppförandekod som syftar till att främja god affärssed i livsmedelskedjan. Initiativet togs fram för att finna lösning på den rådande problematik och obalans samt missbruk av förhandlingsstyrka som råder inom sektorn. Dessa principer utgör ett ramverk som grundar sig på att affärsverksamhet skall genomsyras av avtalsfrihet och utifrån förutsättningen att konkurrenskraft, förtroende och kontinuitet upprätthålls.

⁸⁴ ICC:s har inte utfärdat några uppförandekoder gällande Livsmedelssektorn.

⁸⁵ ICC Sweden. *ICC:s regler om reklam- och marknadskommunikation*. Stockholm: ICC Sweden, 2011., s. 3.

⁸⁶ ICC. Om ICC. Hämtad: 2014-11-27.

⁸⁷ ICC. Avtalsmodeller för internationella handelssituationer. Hämtad 2014-11-27.

⁸⁸ ICC Sweden. *ICC:s regler om reklam- och marknadskommunikation*. Stockholm: ICC Sweden, 2011., s. 3.

⁸⁹ *Ibid.*, s. 4.

Principerna verkar för att uppnå att rättvisa affärsmetoder och legitimt handelsbruk upprätthålls. Vidare syftar initiativet till att ge vägledning om tvister. Med bakgrund av detta togs ett antal principer för god affärssed fram.⁹⁰

The Supply Chain Initiative utgörs av tre allmänna principer samt sju särskilda principer. De särskilda principerna utgörs av:

- 1) Avtalsutformningen och att den bör vara skriftlig, om det inte anses lämpligt av båda parter att ingå muntligt avtal. Vidare bör avtalet vara tydligt upprättat inkluderande potentiella scenarion samt inbördes rätt att avsluta avtalet.
- 2) Förutsägbarhet vilket betyder att ensidiga ändringar av avtalsvillkor inte får göras om inte sådan potentiell avtalsändring definierats i förväg.
- 3) Efterlevnad, avtal måste följas.
- 4) Information, allt utbyte av information skall ske i enlighet med konkurrenslagen och annan tillämplig lagstiftning. Det är parternas ansvar att vidta rimliga åtgärder för att säkerställa att den information som lämnas är korrekt och icke vilseledande.
- 5) Sekretess, information måste respekteras i de fall uppgifterna inte är offentliga eller har inhämtats på laglig väg och i god tro. Konfidentiella uppgifter får endast användas för avsett ändamål.
- 6) Riskansvar, alla avtalsparter i försörjningskedjan bör axla den företagsrisk som rimligen tillkommer dem.
- 7) Befogad begäran, vilket innebär att en avtalspart inte får använda hot för att uppnå en oberättigad fördel eller för att överföra en omotiverad kostnad.

3.7 Sammanfattning och slutsatser

Den juridiska definitionen av otillbörliga affärsmetoder är ett brett begrepp som innefattar bland annat en näringsidkares handling eller underlåtenhet och ses som otillbörlig om den strider mot god affärssed samt god tro och heder. Otillbörliga avtalsvillkor påförs i regel den svagare parten i ett avtalsförhållande och skall då ses som särskilt allvarliga. Rättsområdet är komplext och har flera dimensioner.

⁹⁰ Supply Chain Initiative. *Vertikala förbindelser i försörjningskedjan för livsmedel: principer för god affärssed*. 2011., s. 2.

Sådana metoder skulle kunna förbjudas enligt 36 § AvtL samt genom förbudsreglerna i KL, men dess tillämpningsområde är begränsat. MFL samt AVLK och AVLN kan formellt sätt förbjuda fortsatt användande av sådana metoder och det är således av vikt att studera dessa regleringars tillämpningsområde, särskild dess räckvidd i rättspraxis. För att bedöma om oklara och ospecificerade avtalsvillkor, ändring av avtal i efterhand och orättvis överföring av kommersiell risk kan förbjudas enligt MFL är bestämmelsen om vilseledande och aggressiva affärsmetoder samt affärsmetoder som strider mot god affärssed relevanta. Dessutom är det av betydelse att ta ställning till i vilka fall sådana metoder kan förbjudas genom generalklausulen i AVLN. Slutligen skall ställning tas till marknadens uppförandekoder, i detta fall är ICC:s riktlinjer och *The Supply Chain Initiative* av betydelse för en bedömning. I kommande tre kapitel analyseras bestämmelser i förhållande till oklara och ospecificerade avtalsvillkor, ändring av avtalsvillkor i efterhand samt orättvis överföring av kommersiell risk för att klargöra i vilken utsträckning marknadsrättsliga förbud kan meddelas mot dessa.

4. Oklara och ospecificerade avtalsvillkor

4.1 Inledning

I detta kapitel ges inledningsvis en beskrivning av innebörden av oklara och ospecificerade avtalsvillkor. Därefter följer en redogörelse av de bestämmelser i MFL, AVLK och AVLN samt uppförandekoder som skulle kunna förbjuda dessa affärsmetoder. I den första delen undersöks metoderna utifrån bestämmelserna i MFL och därefter utifrån avtalsvillkorlagarna. Slutligen beskrivs de uppförandekoder som är av betydelse vid nyssnämnda bedömning.

4.2 Allmänt om oklara och ospecificerade avtalsvillkor

Oklara avtalsvillkor kan utgöras av en otydlig utformning av texten eller att avtalets struktur har utformats på ett otydligt sätt. Det förekommer således olika grad av oklarhet i avtalsförhållanden och det kan konstateras att avsaknaden av skriftliga avtal resulterar i en hög nivå av oklarhet.⁹¹

Huvudregeln vid avtalsingående är att särskild form inte krävs, således är ett muntligt avtal lika giltigt som ett skriftligt avtal.⁹² Otillbörliga affärsmetoder är dock mer vanligt förekommande vid avsaknad av skriftliga avtal eller då särskilda villkor inte är specificerade. Det beror på att det i efterhand är lättare att missbruka ett ospecificerat än ett specificerat avtalsvillkor.⁹³ Det är när en starkare avtalspart utnyttjar oklara eller ospecificerade avtalsvillkor som det otillbörliga förfarandet föreligger. Sådant förfarande resulterar i att skyldigheter kan påföras den svagare avtalsparten efter avtalsingående genom att den starkare parten hävdar att avtalet har ett annat innehåll än det som avtalats mellan parterna.⁹⁴

⁹¹ Europeiska kommissionens grönbok., s. 18.

⁹² Ramberg & Ramberg., s. 54.

⁹³ Ibid., s. 55.

⁹⁴ Europeiska kommissionen. Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska och Sociala kommittén samt Regionkommittén. Hämtad 2014-11-21., s. 5-6.

4.3 Marknadsföringslagen

MFL omfattar förfaranden innan, under och efter försäljning eller leverans av produkter till konsumenter eller näringsidkare.⁹⁵ Vid en bedömning av om oklara och ospecificerade avtalsvillkor kan förbjudas enligt regler i MFL skall det i första hand konstateras om förfarandet strider mot förbudet om aggressiva eller vilseledande affärsmetoder respektive mot god yrkessed. I förarbetena till MFL framgår att lagen ger skydd mot ohederliga metoder som tillämpas av näringsidkare. Sådana metoder innefattar misskreditering och renommésnyltning⁹⁶ men det ges ingen vägledning om vilka andra metoder som kan förbjudas genom generalklausulen om god marknadsföringssed. Regeringen framför emellertid att 5 § MFL skall kunna tillämpas vid andra förhållanden än när affärsmetoden är vilseledande eller aggressiv enligt 7 och 8 §§ MFL.⁹⁷ Däremot framför Nordell att MFL är tillämplig i begränsad omfattning och brister i att ge skydd mot illojal konkurrens.⁹⁸

Missbruk av oklara eller ospecificerade avtalsvillkor som resulterar i att näringsidkaren påförs sådana villkor som denne inte skulle accepterat vid ett tydligt eller specificerat avtal kan sannolikt inte angripas av bestämmelsen om aggressiva affärsmetoder. Förfarandet innehar inte nödvändigtvis inslag av varken trakasseri, tvång, våld, hot eller andra aggressiva påtryckningsmedel. Utformningen eller avsaknaden av avtalsvillkor kan däremot syfta till att vilseleda mottagaren eller åtminstone ge denna effekt. Formellt sätt skulle ett sådant förfarande kunna falla under förbudet i artikel 7. 10 § sista stycket MFL föreskriver att vilseledande utelämnande av information även utgörs av att den väsentliga informationen ges på ett oklart, obegripligt, tvetydigt eller annars olämpligt sätt. Bernitz menar att denna bestämmelse även kan tillämpas när avtalsvillkor presenteras på ett vilseledande sätt.⁹⁹ Den rättspraxis som behandlar vilseledande marknadsföring berör frågor där reklam och annan marknadskommunikation har vilselett mottagaren.¹⁰⁰ I mål MD 2010:11 tog MD

⁹⁵ Direktiv 2005/29 art. 3.1, Prop. 2007/08:115 s. 8.

⁹⁶ Prop. 2007/08:115 s. 62.

⁹⁷ Ibid., s. 69.

⁹⁸ Nordell, Per Jonas. *Marknadsrätten – en introduktion*. 6 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik, 2014., s. 110, 124.

⁹⁹ Bernitz, 2013., s. 200.

¹⁰⁰ Se bl.a. MD 2011:20, MD 2011:9, MD 2008:14, MD 2009:14, MD 2010:6, MD 2011:30

upp frågan om marknadsföring av bostadsrätter vid användande av så kallade förhandsavtal. Dessa avtal innefattade inte villkor för uppsägning eller eventuellt skadeståndsansvar utan föreskrev endast att skadeståndsansvar kunde bli aktuellt. Den utelämnade informationen bedömdes inte som väsentlig enligt 10 § 3 st. MFL och informationen ansågs inte vara oklar eller otydligt utformad. Avtalsklausulerna hade en synlig placering och var utformade på så sätt att konsumenten kunde tillägna sig avtalsvillkoren. I bedömningen vägde MD in att det rörde sig om ett betydande köp för konsumenten och att denne således förväntades läsa igenom avtalet noggrant. Talan ogillades därför. Målet är intressant trots att rättsfrågan avser marknadsföring av förhandsavtal eftersom det ger indikationer på att även andra avtal skulle kunna tas upp av MD, i enlighet med Bernitz framhållning. Följaktligen torde ett avtal eller avtalsvillkor, som presenteras på ett oklart eller otydligt sätt kunna konstateras utgöra vilseledande marknadsföring enligt 8 § MFL.

4.4 Avtalsvillkorlagarna

Enligt de formella reglerna i AVLN ges näringsidkare skydd mot oskäligen avtalsvillkor genom 1 § AVLN. Enligt förarbetena till AVLN skall avtal som utarbetats med företrädare från båda sidor generellt anses utgöra en godtagbar avvägning.¹⁰¹ Däremot är det inte givet att ett villkor som avviker från en dispositiv regel skall anses som oskäligt enbart på den grunden. I synnerhet i näringsidkarförhållanden skall parterna ges vida ramar för att finna lämpliga lösningar. Därför kan det vara relevant att se till vad som i allmänhet gäller inom formulärrätten samt hur det rådande handelsbruket ser ut.¹⁰² Dessutom bör det beaktas att bedömningsprinciperna enligt AVLK innebär att ett avtalsvillkor som påtagligt avviker från en dispositiv regel kan konstateras som oskäligt om villkoret medför en snedbelastning mellan parternas rättigheter och skyldigheter.¹⁰³ Huvudprincipen är att sådana villkor som båda avtalsparter inte har varit införstådda med eller inte kunnat ta del av på ett lättillgängligt sätt inte kan anses överensstämma med parternas överenskommelse. Enligt tillgänglig doktrin skall sådana oklara avtalsvillkor ”...som är så finstiltade att de endast med svårighet kan

¹⁰¹ Prop. 1983/84:92 s. 21.

¹⁰² Ibid., s. 20 f.

¹⁰³ Bernitz, 2013., s. 189.

läsas utan särskilt hjälpmedel”¹⁰⁴ åsidosätts. Ett liknande resonemang förs avseende avtalsvillkor som anses som oklara på grund av otydliga rubriker eller vilseledande formulering och placering.¹⁰⁵ Däremot framhåller Bernitz att ett sådant avtalsvillkor endast kan anses som ogiltigt om det inte accepterats av avtalsparterna.¹⁰⁶

I MD 1995:33 har de tre rättsfrågorna ospecificerat avtalsvillkor, avtalsvillkorsändring samt överföring av kommersiell risk behandlats. Målet behandlade att Telia av sagt sig skyldighet att svara för indirekt skada eller följdskada vid avtal om betalsamtal. Således skulle ansvar för skada utebli även vid uppsåt eller grov vårdslöshet från bolagets sida. Däremot hade inte denna ansvarsbegränsning specificerats i avtalet. MD konstaterade att avtalsvillkoret syftade till att vilseleda näringsidkare med vilka avtalet ingicks. Därav ansåg MD att ett sådant villkor var oskäligt enligt AVLN.

Det avgörande vid en oskälighetsbedömning enligt AVLN är om näringsidkaren befinner sig i underlägsen ställning. Det är inte enbart företagens storlek som beaktas vid en bedömning utan även näringsidkarnas inbördes styrkeförhållande och avtalsrelationens karaktär.¹⁰⁷ Vid en bedömning är det dessutom av vikt att tydliggöra innebörden av rekvisitet påkallat från allmän synpunkt. Det innebär att ett visst avtal eller avtalsvillkor sannolikt kan komma att användas under liknande omständigheter i framtiden.¹⁰⁸ Det innebär att lagen i första hand tar sikte på standardavtal.¹⁰⁹ Däremot kan även andra avtalsförhållanden vara föremål för prövning enligt AVLN.¹¹⁰ Trots denna restriktion samt avsaknaden av rättspraxis¹¹¹ torde det kunna fastställas att ett oklart eller ospecificerat avtalsvillkor kan angripas av reglerna i AVLN. Det kan ses som sannolikt att vaga och tvetydliga utformningar som utnyttjas av den ena parten inte kan ses som skäliga i näringsidkarfall.

¹⁰⁴ Ibid., s. 71.

¹⁰⁵ Prop. 1983/84:92 s. 21.

¹⁰⁶ Bernitz, 2013., s. 72.

¹⁰⁷ Prop. 1983/84:92 s. 20 f.

¹⁰⁸ MD 1985:18, Prop. 1983/84:92 s. 22.

¹⁰⁹ Prop. 1983/84:92 s. 22.

¹¹⁰ För vidare läsning se: MD 1988:11 samt MD 2010:12.

¹¹¹ Bernitz menar att avsaknaden av rättspraxis resulterar i svårigheter att finna vägledning om i vilka fall företag med underlägsen ställning innehar skydd (Bernitz, 2013., s. 206).

4.5 Uppförandekoder

Den rådande affärsseden är av betydelse vid en bedömning om eventuellt förbud enligt MFL respektive AVLN. Bernitz framhåller att det kan ses som kutym att förhandlingar i kommersiella avtalsförhållanden i slutändan resulterar i att fullständiga avtal upprättas skriftligen. Detta har blivit allt mer vanligt förekommande sett till internationell handelspraxis. Däremot är det i huvudsak när relativt jämnstarka avtalsparter genomgått ingående förhandlingar. Vidare framhåller Bernitz att det är av vikt att parternas intentioner och avtalets tillkomst beaktas istället för att studera den specifika ordalydelsen vid en bedömning av om avtalsvillkor är att beakta som oklara eller ofullständiga.¹¹²

Vägledning om uppförande av avtal regleras i *The Supply Chain Initiative*. Det följer av den andra principen som reglerar avtalets utformning. Avtalet skall med fördel upprättas skriftligen om inte båda parter föredrar att ingå muntligt avtal. Dessutom skall avtalet upprättas på ett tydligt sätt och avtalsändringar får inte göras om de inte definierats i förväg. Däremot finns det inte någon skyldighet att utforma avtal på ett särskilt sätt.¹¹³ Därför är det av vikt att ta ställning till i vilken utsträckning skriftliga avtal tillämpas i den aktuella branschen samt i det specifika avtalsförhållandet.

4.6 Sammanfattning och slutsatser

Det kan konstaterats att det finns olika nivåer och typer av oklara avtalsvillkor. Avtalen kan bland annat utgöras av otydlig rubriksättning, finstiltta texter eller avsaknad av klausuler. Det finns inte några formella regler som reglerar sådana avtalsvillkor.

Formellt sett kan andra förfaranden än faktiska reklam- och marknadsföringsåtgärder förbjudas enligt reglerna i MFL. Begreppet marknadsföring och MFL har en generell räckvidd som skall kunna tillämpas på olika typer av förfaranden. Jag instämmer med Bernitz om att oklara avtalsvillkor bör kunna angripas av 10 § 3 st. MFL¹¹⁴ eftersom en näringsidkare som använder

¹¹² Bernitz, 2013., s. 76 f.

¹¹³ Supply Chain Initiative. *Vertikala förbindelser i försörjningskedjan för livsmedel: principer för god affärssed*. 2011., s. 2.

¹¹⁴ Bernitz, 2013., s. 200.

sig av ett oklart avtalsvillkor utnyttjar den oklara utformningen. Trots att syftet inte behöver vara att vilseleda mottagaren får avtalsvillkoret denna effekt. Rättspraxis som behandlar denna rättsfråga är däremot begränsad. I MD 2010:11 har villkorens placering och utformningen av avtalet utgjort bedömningsgrunderna. Således torde ett avtal eller avtalsvillkor, som presenteras på ett oklart eller otydligt sätt kunna konstateras utgöra vilseledande marknadsföring enligt 8 § MFL.

Missbruk av ospecificerade avtalsvillkor har prövats enligt reglerna i AVLN i MD 1995:33 och det kan konstateras att en ansvarsbegränsning skall ha specificerats för att bedömas som skälig. Denna bedömning avser däremot ett avtalsvillkor om ansvarsbegränsning och torde således inte kunna tillämpas på alla typer av ospecificerade avtalsvillkor. Ansvarsbegränsningar är förenat med risktagande och bedömningen är sannolikt mer restriktiv i andra fall. Bernitz framhåller att ett avtalsvillkor är att anse som oklart när avtalsparterna inte kan ta till sig informationen på ett lättillgängligt sätt, däremot skall avtalsvillkoret anses som giltigt om det accepterats av avtalsparterna. Således är det oklart i vilken utsträckning och under vilka förhållanden ett oklart eller ospecificerat avtalsvillkor kan förbjudas genom avtalsvillkorslagen. Det kan ses som sannolikt att vaga och tvetydliga utformningar som utnyttjas av den ena parten inte kan ses som skäliga i näringsidkarfall. Trots att det inte finns tydlig vägledning om detta kan det konstateras att reglerna i AVLN syftar till att fånga upp sådana avtalsvillkor. Trots denna tvetydighet och avsaknaden av rättspraxis¹¹⁵ torde det kunna fastställas att ett oklart eller ospecificerat avtalsvillkor kan angripas av reglerna i AVLN.

Vid en marknadsrättslig bedömning spelar den rådande affärsseden en central roll. Det är främst ICC:s regler om reklam och marknadskommunikation som beaktas vid fastställande av god marknadsföringssed¹¹⁶ men även de sektorsspecifika reglerna; *The Supply Chain Initiative* kan vara av betydelse inom livsmedelssektorn. Enligt initiativet skall avtal upprättas på ett tydligt sätt och avtalsändringar får ej genomföras i efterhand. Detta understryks av Bernitz som

¹¹⁵ Bernitz menar att avsaknaden av rättspraxis resulterar i svårigheter att finna vägledning om i vilka fall företag med underlägsen ställning innehar skydd (Bernitz, 2013., s. 206).

¹¹⁶ Levin, Marianne. Kommentar till marknadsföringslagen. *Karnov.*, not 35. Hämtad: 2014-11-24.

menar att det kan ses som kutym att upprätta skriftliga avtal om näringsidkare inte förespråkar det motsatta. Således kan den rådande branschsedan resultera i att en sådan princip blir gällande, så som förespråkas av Lehrberg.¹¹⁷

¹¹⁷ Lehrberg., s. 215 f.f.

5. Ändring av avtalsvillkor i efterhand

5.1 Inledning

I detta kapitel ges inledningsvis en beskrivning av när ändring av avtalsvillkor i efterhand kan definieras som otillbörliga. Därefter följer en redogörelse av de bestämmelser i MFL, AVLK och AVLN samt uppförandekoder som skulle kunna användas för att förbjuda dessa affärsmetoder. I den första delen undersöks metoderna genom bestämmelser i MFL och därefter genom avtalsvillkorlagarna. Slutligen beskrivs de uppförandekoder som är relevanta för nyssnämnda bedömning.

5.2 Allmänt om ändring av avtalsvillkor i efterhand

Ändringar av avtal i efterhand kan utgöras av en prisändring efter avtalsingående eller de fall då ett avtal innefattar klausuler om förbehåll till ändringar. När dessa används på ett oförutsägbart vis kan de resultera i omotiverade kostnader eller lägre inkomster för den part som har en sämre förhandlingsposition. Det kan även leda till överproduktion eller livsmedelsspill. Sådana ändringar kan vara otillbörliga om de är av ensidig karaktär samt då de inte har preciserats vid avtalsingående.¹¹⁸ I kommersiella förhållanden är det dock vanligt förekommande att avtal innehåller villkor med rätt för parterna att omförhandla ett specifikt villkor.¹¹⁹

5.3 Marknadsföringslagen

MFL omfattar förfaranden innan, under och efter försäljning eller leverans av produkter till konsumenter eller näringsidkare.¹²⁰ Således kan även ändringar efter avtalsingående angripas av bestämmelser i MFL. Vid en bedömning om en

¹¹⁸ Europeiska kommissionen. Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska och Sociala kommittén samt Regionkommittén. Hämtad 2014-11-21., s. 5., Europeiska kommissionens grönbok., s. 18.

¹¹⁹ Bernitz, 2013., s. 82.

¹²⁰ Direktiv 2005/29 art. 3.1., Prop. 2007/08:115 s. 8.

avtalsvillkorsändring kan förbjudas genom reglerna i MFL kan det konstateras att bestämmelsen som förbjuder vilseledande marknadsföring inte kan tillämpas. Det beror på att problematiken inte handlar om att mottagaren nödvändigtvis blir vilseledd så som definieras i artikel 7. Det är avtalsvillkorsändringen som ses som otillbörlig, inte dess utformning eller huruvida mottagaren blir vilseledd.

Huruvida en avtalsvillkorsändring kan konstateras som aggressiv beror på de rådande förhållandena. Generellt sätt innefattar otillbörliga affärsmetoder ett visst inslag av rädsla. Huruvida denna bestämmelse kan användas för att förbjuda en avtalsvillkorsändring beror på det specifika fallet och om det finns inslag av trakasseri, tvång, våld, hot eller andra aggressiva påtryckningsmedel. Dessa begrepp har inte en tydlig innebörd vilket kan innebära svårigheter vid rättstillämpningen. Fördelen är samtidigt att innebörden av begreppen härmed kan anpassas till rådande omständigheter samt i takt med att marknaden förändras.¹²¹ Vilken betydelse varje faktor skall ges får rättstillämparen avgöra. I förarbetena till MFL framhålls att det kan föreligga en påtryckning även vid avsaknad av våld med en hänvisning till definitionen av otillbörlig påverkan, som enligt regeringen innebär att våld inte är ett nödvändigt element för att affärsmetoden skall anses som aggressiv. Det framhålls att MFL kan tillämpas i avtalsmässiga situationer och att avtalsparternas maktpositioner utgör en betydelsefull del vid en bedömning om påtryckning.¹²² Dock kan endast de bakomliggande omständigheterna fångas upp av bestämmelsen.¹²³ Således kan generalklausulen tillämpas på avtalsvillkor men denna generalklausul är endast tillämplig på omständigheter hänförliga till avtalets ingående och kan således inte användas för att angripa omständigheter som inträffar efter avtalets ingående. Detta innebär att bestämmelsen inte kan användas för att förbjuda ändringar av avtalet i efterhand.

Däremot skulle en avtalsvillkorsändring formellt sätt kunna angripas av generalklausulen om god marknadsföringssed. Den har en generell utformning för att möjliggöra ett brett tillämpningsområde för domstolen. Det beror på att domstolen inte skall vara låst vid uttryckliga bestämmelser i lagtexten utan att det

¹²¹ ECLG/134/2004., s. 15.

¹²² Prop. 2007/08:115 s. 80.

¹²³ I förarbetet anges att ”Det går således inte att hävda att ett avtal är ogiltigt på grund av att näringsidkarens agerande i avtalssituationen bedömts utgöra en otillbörlig marknadsföringsåtgärd. Däremot kan de bakomliggande omständigheterna ligga till grund för en sådan bedömning” (Prop. 2007/08:115 s. 80).

skall finnas utrymme för att normativa strömningar och nya marknadsföringskanaler skall kunna omfattas av regleringen.¹²⁴ Således fyller generalklausulen i 5 § MFL en viktig funktion då bestämmelsen möjliggör förbud av andra förfaranden än de mer specifika bestämmelserna.¹²⁵ God marknadsföringssed definieras i 5 § MFL som god affärssed eller andra vedertagna normer som syftar till att skydda konsumenter och näringsidkare vid marknadsföringsåtgärder. God marknadsföringssed motsvaras av begreppet god yrkessed i direktiv 2005/29/EG. Begreppet omfattas av god affärssed i näringslivet och utgörs således av rättsliga regler såväl som uppförandekoder som fastställer att en konsument kan förlita sig på att en näringsidkare uppfyller en viss nivå av uppförande. Detta beteende skall motsvaras av god marknadssed samt hederlig praxis i den specifika branschen.¹²⁶ I första hand är det domstolarna som bedömer vilka otillbörliga förfaranden som skall omfattas av generalklausulen sett till det enskilda fallet.¹²⁷

Om avtalsvillkorsändringen konstateras strida mot bestämmelsen om aggressiv marknadsföring eller god marknadsföringssed utgör nästa steg i bedömningen att avgöra om transaktionstestet är uppfyllt. Huruvida mottagarens beslutsförmåga påverkas för att fatta ett välgrundat affärsbeslut beror på det aktuella avtalsförhållandet. Däremot kan det konstateras att användande av otillbörliga affärsmetoder i regel innefattar inslag av rädsla. Det skulle kunna resultera i att den svagare parten väljer att acceptera en villkorsändring av just den anledningen. Vidare skulle en sådan ändring kunna innebära att mottagaren hade fattat ett annat affärsbeslut om det fanns en medvetenhet om att situationen skulle komma att förändras. Dessutom är otillbörliga affärsmetoder förenade med högre kostnader och skulle därför kunna innebära att det föreligger ekonomisk påverkan hos mottagaren.

5.4 Avtalsvillkorslagarna

En avtalsvillkorsändring eller ett avtal som innefattar förbehåll om avtalsändring skulle kunna förbjudas enligt 1 § AVLN. Vid en sådan bedömning är det

¹²⁴ Svensson, Stenlund, Brink m.fl., s. 37.

¹²⁵ Prop. 2007/08:115 s. 69.

¹²⁶ Ibid., s. 210.

¹²⁷ Ibid., s. 113.

avgörande att ta hänsyn till den aktuella partsställningen och om villkoret kan komma att tillämpas i fler fall. Bernitz framhåller att ett avtalsvillkor skall införlivas innan avtalet sluts för att standardavtalet skall anses giltigt. Detta följer av att avtalet fixeras vid avtalsslutandet. Sådana villkor som kommer till avtalspartens kännedom efter avtalsslutet skall inte anses ingå i avtalet. ”Sedan ett avtal väl slutits kan det alltså inte ensidigt ändras eller kompletteras genom att motparten tillställs standardvillkor i efterhand”.¹²⁸ Vid en sådan avtalsvillkorsändring blir de ursprungliga avtalsvillkoren de gällande. Däremot kan avtalsparterna gemensamt godkänna en sådan ändring och den ses då som legitim. Särskilt vid långtgående kommersiella avtalsförhållanden är ett sådant förfarande vanligt förekommande.¹²⁹ Bernitz resonemang bygger på standardavtal men principen kan överföras på andra typer av kommersiella förhållanden. Resonemanget bygger på att ensidig avtalsvillkorsändring eller en ändring som gynnar ena parten generellt sätt inte skall ses som legitim.

Ett sådant fall behandlades i MD 1985:16 där Göteborgs Fastighetsägarförening förde talan mot Göteborgs kommun (GK) med anledning av utformningen av de allmänna villkor GK tillämpade i förhållande till sina kunder vid leverans av fjärrvärme. De allmänna bestämmelserna i avtalet innefattade en punkt där GK förbehöll sig rätt att ensidigt ändra eller göra tillägg till allmänna bestämmelser samt gällande taxa. Enligt villkoret skulle abonnenten underrättas skriftligen minst tre månader före ikraftträdandet om sådana ändringar och tillägg. GK var ensam leverantör av fjärrvärme och hade således monopolställning. MD konstaterade att fastighetsägaren hade en underlägsen ställning i förhållande till kommunen och begränsad möjlighet att välja en annan leverantör. Därför ansågs ett beroendeförhållande föreligga. MD framförde att en sådan ensidig rätt till avtalsvillkorsändring var att betrakta som oskälig.

I sin bedömning uttalade MD att villkor som kan ändras eller läggas till efter avtalsingående kan resultera i oförutsedda avgifter. Avseende GK:s rätt till ändring av taxan framförde MD att sådana prisjusteringsklausuler konstaterats som oskäliga i konsumentförhållanden och att prishöjningar endast skall ske om

¹²⁸ Bernitz., 2013., s. 81.

¹²⁹ Ibid., s. 82.

särskilda aspekter är uppfyllda¹³⁰ och att avtalade priser därför skall hållas. I det föreliggande fallet gjorde MD däremot en annan bedömning sett till avtalsförhållandets tidskaraktär och eftersom det ansågs vara fördelaktigt för både kommunen och abonnenten att prisjusteringar kunde genomföras. Det berodde på att avtalsuppsägning annars hade varit nödvändig. Vidare framförde MD att obefogade avgiftshöjningar hindrades genom att kommunen var skyldiga att iaktta självkostnadsprincipen. MD förbjöd således GK:s rätt att genomföra avtalsändringar men tillät prisjusteringsdelen. Domslutet grundade sig således i GK:s rätt till ensidig avtalsvillkorsändring samt att denna part dessutom ansågs inneha en starkare förhandlingsposition.

I detta fall var inte de aktuella avtalsändringarna preciserade vid avtalsingående och bedömdes således som ogiltiga. Troligen hade domstolen gjort en annan bedömning vid ett förhållande då ändringar och tillägg preciserats av parterna. Vid avsaknad av detta har inte motparten möjlighet att göra en bedömning om det aktuella tillägget eller ändringen är rimlig.

I mål MD 1995:33 behandlades utöver det ospecificerade avtalsvillkoret även avtalsvillkorsändring. I målet frånhöll sig Telia skyldighet att svara för indirekt skada eller följdskada. Det aktuella ändringsförbehållet utgjordes av Telias möjlighet att tre månader efter underrättelse helt eller delvis ändra förutsättningarna i avtalet. Denna klausul innebar även att Telia hade möjlighet att reglera uppsägningstiden på 6 månader. MD ansåg att en sådan ändring var oskälig. I detta fall var ändringsförbehållet ensidigt och medförde rätt till obegränsad ändring av villkoren. Således hade inte den andra avtalsparten möjlighet att ta ställning till om villkoren var rättvisa utan tvingades acceptera en eventuell ändring.

5.5 Uppförandekoder

Avtalsvillkorsändringar är inte ogiltiga i sig. Om en sådan ändring kan anses strida mot god affärssed beror på det rådande styrkeförhållandet och om ändringen kan ses som nödvändig för båda parter. I uppförandekoden *The Supply Chain Initiative* finns det en princip om förutsägbarhet som innebär att det är

¹³⁰ För vidare läsning se MD 1981:17.

förbjudet att göra ensidiga ändringar av avtalsvillkor som inte definierats i förväg. Uppförandekodens acceptans är avgörande för att fastställa om en avtalsvillkorsändring kan anses strida mot god marknadsföringssed i 5 § MFL. Det är i huvudsak ICC:s riktlinjer som beaktas men även andra uppförandekoder kan vara av betydelse. I *The Supply Chain Initiative* framgår att avtalsvillkorsändringar inte skall vara ensidiga och att ändringen skall specificeras i förväg. Bernitz framför att rådande partsbruk har betydelse vid en bedömning om avtalsvillkorsändring skall ses som giltig. Han framhåller att ändringar som godkänts i affärsförhållandet vid tidigare förhållanden kan resultera i att ett sådant förfarande ses som tillbörligt.¹³¹ Däremot utgör *The Supply Chain Initiative* principer som anses utgöra god affärssed inom livsmedelssektorn och en oföretsedd och ensidig avtalsvillkorsändring torde därmed kunna strida mot detta. Det ses som sannolikt att avtalsvillkorsändringar generellt sätt anses strida mot god affärssed. Dock beror det på det aktuella affärsförhållandet.

5.6 Sammanfattning och slutsatser

Avtalsvillkorsändringar kan utgöras av prisjusteringar, klausuler med förbehåll om ändringar etc.

En sådan ändring kan inte förbjudas genom bestämmelsen om vilseledande marknadsföring, då ändringen inte präglas av missvisande uppgifter. Däremot skulle en sådan affärsmetod kunna konstateras som aggressiv om den starkare avtalsparten utövar påtryckning gentemot den andra avtalsparten. Användande av otillbörliga affärsmetoder är förknippat med ett visst inslag av påtryckning. Det beror på att det råder ojämlika styrkeförhållanden och att den starkare avtalsparten därför har möjlighet att utnyttja situationen. Däremot kan endast bakomliggande aspekter angripas av 8 § MFL och således torde inte ett förbehåll om avtalsvillkorsändring kunna konstateras som aggressivt. Däremot skulle sådana avtalsvillkor kunna angripas av generalklausulen om god marknadsföringssed i 5 § MFL. Bestämmelsen har en generell utformning för att kunna tillämpas på olika typer av förfaranden. Huruvida ett förbud kan meddelas beror på den rådande affärsseden. Avgörande vid ett ställningstagande är hur avtal brukar uppföras inom sektorn och i det specifika affärsförhållandet. Inom vissa sektorer är det

¹³¹ Bernitz, 2013., s. 82.

vanligt förekommande med prisjusteringar och således större sannolikhet att sådana ses som legitima än inom andra sektorer.

Bernitz menar att avtalsvillkorsändringar i standardavtal inte är giltiga om sådana genomförs efter att avtalet slutits. Däremot kan avtalsparterna gemensamt godkänna sådana ändringar, det är vanligt förekommande i långtgående kommersiella förhållanden. Avtalsvillkorsändring har diskuterats i ett par av MD:s domar. Vid en sådan bedömning är det avgörande att ta hänsyn till den aktuella partsställningen och om avtalsvillkorsändringen är av ensidig karaktär. I MD 1985:16 har det rådande styrke- och beroendeförhållandet behandlats och MD har vägt in den svagare partens möjlighet att finna andra samarbetspartners. Om det saknas möjlighet att byta till en annan affärspartner kan det resultera i att avtalsparten accepterar en avtalsvillkorsändring. Således beror ett eventuellt förbud på de rådande förhållandena. Avtalsvillkorslagen kan formellt sätt förbjuda avtalsvillkor som innefattar klausuler om ändringsförbehåll alternativt ändringar under avtalets giltighet. Resonemangen i domarna överensstämmer med Bernitz tankegångar om standardavtal. Det kan konstateras att ensidig ändring eller en avtalsvillkorsändring som gynnar ena parten generellt sätt inte skall ses som skäligen och att det finns möjlighet att förbjuda sådana genom 3 § AVLN.

Avtalsvillkorsändring regleras i *The Supply Chain Initiative* och det är enligt principen förbjudet att göra ensidiga ändringar om dessa inte har specificerats av avtalsparterna i förväg. Bernitz menar att partsbruket är avgörande för om en ändring skall ses som legitim. Har sådan ändring genomförts tidigare är det i regel större chans att det ses som legitimt. Detta kan även jämföras med branschsed och vilka typer av ändringar som normalt genomförs sett till avtalets längd etc. Huruvida en avtalsvillkorsändring kan anses strida mot god affärssed beror dels på ändringens omfattning och om sådana ändringar tidigare tillämpats i affärsförhållande.

6. Orättvis överföring av kommersiell risk

6.1 Inledning

I detta kapitel presenteras den otillbörliga affärsmetoden orättvis överföring av kommersiell risk. Inledningsvis beskrivs innebörden av kommersiell risk och vid vilka förhållanden en sådan överföring är att anses som otillbörlig. Därefter följer en redogörelse för de bestämmelser i MFL, AVLK och AVLN samt uppförandekoder som skulle kunna användas för att förbjuda dessa affärsmetoder. I den första delen undersöks metoderna genom bestämmelser i MFL och därefter genom avtalsvillkorslagarna. Slutligen beskrivs de uppförandekoder som är relevanta vid nyssnämnda bedömning.

6.2 Allmänt om orättvis överföring av kommersiell risk

Näringsverksamhet är alltid förenat med visst risktagande. Detta risktagande utgörs av affärsmässig risk såväl som politisk, ekonomisk och social risk. Kommersiell risk utgörs bland annat av utebliven vinst, att fysiska varor skadas eller kommer bort under transport, att säljaren levererar för sent eller levererar något som köparen inte är nöjd med.¹³² En förutsättning för ett rättvist affärsförhållande är att dessa risker fördelas mellan avtalsparterna.

Det är vanligt förekommande med friskrivningsklausuler i affärsrelationer, i synnerhet vid standardavtal.¹³³ Sådana klausuler, som försätter ena parten i ogynnsamt läge i förhållande till dispositiv rätt, definierar Bernitz som tyngande avtalsvillkor.¹³⁴ Sådan risk eller kostnad som överförs till motpart på ett oproportionerligt eller oförutsägbart sätt betraktas som otillbörlig. Sådan risköverföring kan till exempel utgöras av att ansvaret för stulna varor tillfaller leverantören trots att varorna finns hos detaljisten. Andra typer av risköverföring

¹³² Europeiska kommissionens grönbok., s. 18 f.

¹³³ Bernitz, 2013., s. 22

¹³⁴ Sådana friskrivningsklausuler kan utgöras av friskrivning från skadeståndsansvar eller andra effekter som är resultat av fel, dröjsmål, underlåten vårdplikt (Bernitz, 2013, s. 101 f.f.).

utgörs av kompensation för den andra avtalspartens förluster eller långa betalningsfrister.¹³⁵

6.3 Marknadsföringslagen

Vid en bedömning av om en oproportionerlig eller oförutsägbar risköverföring kan förbjudas enligt MFL är det relevant att ta ställning till bestämmelserna om aggressiva affärsmetoder respektive affärsmetoder som strider mot god marknadsföringssed. Huruvida oproportionerlig eller oförutsägbar risköverföring kan konstateras som aggressivt beteende beror på de rådande förhållandena. Vad som redan konstaterats är att otillbörliga affärsmetoder, generellt sett, innefattar ett visst inslag av rädsla. Däremot är begreppen trakasseri, tvång, våld, hot eller andra aggressiva påtryckningsmedel inte tydligt definierade vilket resulterar i att en tydlig bedömning inte kan göras. Kan sådan rädsla resultera i att en påtryckning föreligger? I förarbetena framhålls det att det kan föreligga en påtryckning även vid avsaknad av våld med en hänvisning till definitionen av otillbörlig påverkan. Beroende på det aktuella styrkeförhållandet kan viss överföring av risk sannolikt ses som otillbörlig genom det tillvägagångssätt som används vid överföringen. I synnerhet eftersom en sådan överföring resulterar i högre kostnader och större risk för avtalsparten och således kan få negativa konsekvenser för näringsidkarens verksamhet.

Överföring av kommersiell risk skulle kunna angripas av generalklausulen om god marknadsföringssed. Regeln har en generell utformning och kan således fånga upp nämnda förfaranden. I första hand är det domstolarna som bedömer vilka otillbörliga förfarande som skall omfattas av generalklausulen sett till det enskilda fallet.¹³⁶ Förfaranden av ovan nämnt slag har dock inte behandlats av MD. Det kan emellertid generellt sett konstateras att risk eller kostnad som överförs på ett oproportionerligt eller oförutsägbart sätt strider mot god affärssed. Det är allmänt vedertaget att kommersiell risk skall fördelas mellan avtalsparterna. Om den kommersiella risköverföringen strider mot någon av förbudsreglerna utgör nästa steg i bedömningen att avgöra om transaktionstestet är uppfyllt. Inslagen av oförutsägbarhet och proportionalitet kan generellt sett tänkas

¹³⁵ Europeiska kommissionens grönbok., s. 18 f.

¹³⁶ Prop. 2007/08:115 s. 113.

påverka näringsidkarens beslutsförmåga. Hade risköverföringen varit tydligt definierad hade möjligtvis ett annat affärsbeslut fattats. Dessutom är kommersiell risk förenat med högre kostnader och därför föreligger sannolikt ekonomisk påverkan hos mottagaren.

6.4 Avtalsvillkorslagarna

Ett avtalsförhållande med riskförbehåll skulle kunna förbjudas genom generalklausulen i 3 § AVLN. För en sådan bedömning är det avgörande att ta hänsyn till den aktuella partsställningen och om villkoret kan komma att tillämpas i fler fall. Bernitz framför att det är väl känt att friskrivningsklausuler skall tolkas restriktivt mot den som formulerat villkoret. Samtidigt är det av vikt, i synnerhet i kommersiella förhållanden, att det finns utrymme för friskrivningsklausuler. Det avgörande är hur långtgående friskrivningsklausulerna är.¹³⁷

I MD 1995:33 behandlades den kommersiella risken utöver avtalsvillkorsändring och ospecificerade avtalsvillkor. Målet avsåg att Telia frånhöll sig skyldighet att svara för indirekt skada eller följdskada. Således friskrev sig Telia från ansvar även vid uppsåt eller grov vårdslöshet. MD konstaterade att avtalsvillkoret syftade till att vilseleda näringsidkare med vilka avtalet ingicks. Utifrån denna bedömning bedömde MD att villkoret var oskäligt. MD godtagit dock Telia:s ansvarsfriskrivning från intäktsförlust.

Även i MD 1995:3 behandlades överföring av kommersiell risk. TeleMedia hade infört ett avtalsvillkor som begränsade kundens rätt till ersättning i förhållande till vad till regler i köplagen. Den aktuella typen av ersättning avsåg bland annat förlust till följd av minskning eller bortfall av produktion eller omsättning. Dessutom avsåg villkoret endast en begränsad ersättning vid utgift som uppkommit som en direkt följd av att textuppgift eller bildannons varit felaktig. MD angav att ett avtalsvillkor som avviker från en dispositiv rättsregel inte endast av den anledningen är att betrakta som oskäligt. Vidare menade MD att det är av vikt att ta hänsyn till avtalsvillkorens omfattning samt om villkoret utarbetats ensidigt av ena parten. I målet konstaterade MD att TeleMedia hade tagit fram villkoret, utan att företrädande branschorganisation medverkat. MD vidhöll att

¹³⁷ Bernitz, 2013., s. 101 f.f.

ansvarsbegränsningar är vanligt förekommande, även då båda sidor företräds, och således inte tvunget är att betrakta som oskäligen. Ansvarsbegränsningen ansågs som skälig sett till TeleMedia:s omfattande kundkrets som annonserar i telekatalogerna och att felaktigheter kan resultera i höga kostnader. Dessutom bedömdes TeleMedia inneha begränsad möjlighet att åtgärda felaktigheter inom skälig tid. Utan den aktuella ansvarsbegränsningen hade de potentiella kostnaderna behövt inkluderas i priset. Däremot anförde MD att en felaktig annons skulle utgöra föremål för ersättning. Den lydelse som tillämpades av TeliMedia som begränsade ersättningen till ett belopp motsvarande textuppgiftens eller bildannonsens pris var enligt MD oskälig. Anledningen till detta var att kunden med detta villkor fick stå för en stor del av kostnaden. MD meddelade därför TeleMedia förbud mot att tillämpa avtalsvillkoret till den del det begränsade kundens rätt till ersättning till högst ett belopp motsvarande textuppgiftens eller bildannonsens pris.

Bernitz framför att legitima friskrivningsklausuler bör vara formulerade på ett tydligt sätt som preciserar vad som utgör eventuell påföljd av sådana villkor. Däremot finns det ett mer nyanserat förhållningssätt vid kommersiella förhållanden. Dock kan även sådana klausuler konstateras som oskäligen eller helt åsidosättas om de är synnerligen långtgående. Bernitz menar att sådana förhållanden kan förklaras som ogiltiga.¹³⁸ Detta bekräftas genom ovan rättsfall.

6.5 Uppförandekoder

Det är som ovan anförts allmänt vedertaget att risk skall fördelas mellan avtalsparterna. Således kan det anses utgöra den rådande affärsseden. Samtidigt är friskrivningsklausuler vanligt förekommande och det finns inte några specifika regler som syftar till att fånga upp när sådana är otillbörligen. Vidare är de accepterade i affärslivet i allmänhet och kan inte, generellt sett, anses strida mot god affärssed. Hur denna gränsdragning ser ut beror på det specifika affärsförhållandet. Risköverföring kan däremot strida mot principerna i *The Supply Chain Initiative*. Den sjätte principen innefattar affärsrelationens riskansvar och att alla avtalsparter i försörjningskedjan bör axla den företagsrisk som rimligen tillkommer dem. Däremot är denna princip otydlig då den innefattar

¹³⁸ Bernitz, 2013., s. 102 f.

begrepp som ”bör” och ”rimligen”. Initiativets sjunde princip innefattar regler om förbudet mot användande av hot för att uppnå en ooberättigad fördel eller för att överföra en omotiverad kostnad. Ett sådant förfarande kan jämföras med det otillbörliga förfarande som föreligger vid orättvis överföring av risk.

6.6 Sammanfattning och slutsatser

Näringsverksamhet innefattar viss nivå av risktagande. För att ett affärsförhållande skall ses som rättvist skall riskerna fördelas mellan avtalsparterna. Samtidigt är friskrivningsklausuler vanligt förekommande i affärsförhållanden. När en risk överförs på ett oproportionerligt eller oförutsägbart sätt betraktas det som otillbörligt.

Sådant förfarande kan innefatta inslag av påtryckning eftersom det är vedertaget att risken skall fördelas på ett rättvist sätt mellan affärspartners. I synnerhet då dessa överförs till den svagare avtalsparten torde en viss nivå av påtryckning föreligga. Således torde den påtryckning som resulterar i att risköverföringen godtas kunna definieras som otillbörlig enligt bestämmelsen om aggressiv marknadsföring. Däremot är det aktuella affärsförhållandet avgörande för en bedömning. I synnerhet eftersom det är vanligt förekommande med friskrivningsklausuler i affärsrelationer. Det kan dock konstateras att risk eller kostnad som överförs på ett oproportionerligt eller oförutsägbart sätt strider mot god affärssed och att ett sådant förfarande skulle kunna förbjudas genom MFL:s generalklausul i 5 § MFL. Vid ett sådant förfarande utgör nästa steg i bedömningen att avgöra om transaktionstestet är uppfyllt. Inslagen av oförutsägbarhet och proportionalitet kan generellt sett tänkas påverka näringsidkarens beslutsförmåga. Hade risköverföringen varit tydligt definierad hade möjligtvis ett annat affärsbeslut fattats. Dessutom är kommersiell risk förenat med högre kostnader och därför föreligger sannolikt ekonomisk påverkan hos mottagaren.

Frågan om orättvis överföring av kommersiell risk har behandlats av MD utifrån bestämmelser i AVLN. MD framhåller att ansvarsbegränsningar är vanligt förekommande, även då båda sidor företräds, och inte nödvändigtvis är att betrakta som oskäligen. MD har inte behandlat den kommersiella risken uttryckligen utan en bedömning har gjorts utifrån frågan om uteblivna respektive

ändrade avtalsvillkor. Således kan även ett avtalsvillkor som innefattar kommersiell risk bedömas som oskäligt, men det avgörande vid ett sådant ställningstagande är, som i tidigare fall, det rådande styrkeförhållandet. Däremot är det svårt att urskilja någon tydlig vägledning om när överföring av kommersiell risk kan bedömas som oskälig genom AVLN från dessa rättsfall. Vid de fall kommersiell risk inte är specificerad kan förfarandet inte angripas av AVLN. Däremot torde specificerade avtalsvillkor innefattande risköverföring kunna bedömas som oskäliga enligt generalklausulen i 3 § AVLN.

Uppförandekoder är av vikt i kommersiella förhållanden. Att risken fördelas mellan affärsparter kan anses motsvara god affärssed. Å andra sidan är friskrivningsklausuler vanligt förekommande och accepterade i affärslivet i allmänhet och kan troligtvis inte anses strida mot god affärssed. Risköverföring behandlas i *The Supply Chain Initiative* som föreskriver att näringsidkare bör bära den risk som ankommer på dem. Dessutom regleras överföring av omotiverad kostnad. Däremot lämnar dessa principer utrymme för att avtalsparterna förhandlar om hur riskfördelningen skall se ut och det finns inte vägledning om vad som avses med begreppen rimligen och omotiverad. Således kan det konstateras att principerna inte är tillräckligt utförliga för att hantera problematiken.

7. Slutsatser och avslutande kommentarer

I detta kapitel framförs uppsatsens slutsatser genom att delslutsatserna från kapitel 4, 5 och 6 sammankopplas. Syftet med uppsatsen var att klargöra i vilken utsträckning befintliga marknadsrättsliga regler kan användas för att förbjuda otillbörliga affärsmetoder mellan näringsidkare med särskilt fokus på oklara och ospecificerade avtalsvillkor, ändring av avtalsvillkor samt orättvis överföring av kommersiell risk. Vidare var syftet att undersöka om befintliga regler är tillräckliga eller om det – *de lege ferenda* – finns behov av nya regler.

Oklara och ospecificerade avtalsvillkor kan formellt sett förbjudas genom MFL:s bestämmelse om vilseledande marknadsföring i 8 § MFL. Detta beror på hur sådana avtal allmänt brukar utformas i branschen, men även i det specifika affärsförhållandet. Generellt sett kan oklara avtalsvillkor förbjudas enligt generalklausulen i AVLN, men det rådande styrkeförhållandet är avgörande för en sådan bedömning.

Ändring av avtalsvillkor i efterhand torde inte kunna förbjudas genom bestämmelsen om vilseledande respektive aggressiv marknadsföring. Däremot torde en sådan avtalsvillkorsändring kunna anses strida mot god marknadsföringssed och således förbjudas genom 5 § MFL. Avtalsvillkorsändringar kan förbjudas genom bestämmelser i AVLK och AVLN. Däremot kan inte ett generellt ställningstagande göras utan det specifika avtalsförhållandet och det rådande styrkeförhållandet är avgörande vid en bedömning.

Överföring av kommersiell risk har inslag av oproportionerlig och oförutsägbart överföring. Sådant förfarande kan innefatta inslag av påtryckning eftersom det är vedertaget att risken skall fördelas på ett rättvist sätt mellan affärspartners. Kommersiell risköverföring har behandlats av MD men generella slutsatser är

svåra att dra. I synnerhet eftersom friskrivningsklausuler är vanligt förekommande i kommersiella förhållanden.

I studien har det påvisats att otillbörliga affärsmetoder är ett komplext område, i synnerhet i näringsidkarrelationer. Genom studiens slutsatser kan det konstateras att den återkommande och övergripande problematiken med otillbörliga affärsmetoder i kommersiella förhållanden utgörs av ett ojämnt styrkeförhållande. Avsaknaden av tvingande regler i kombination med att parterna innehar olika nivå av makt resulterar i att affärsförhållandet missbrukas av den starkare avtalsparten. Bestämmelserna i MFL och AVLN är formellt sett tillämpliga, men det råder stor rättsosäkerhet beträffande reglernas räckvidd. Detta beror på att bestämmelserna är generellt utformade och att tillgänglig rättspraxis är begränsad. Detta är problematiskt för de små företag som reglerna syftar till att skydda. SME:s driver sällan processer på grund av den kostsamma och tidsödande process detta innebär. I synnerhet när reglerna är vaga och SME:s inte kan urskilja vad som avses med bestämmelserna. Vaga regler missgynnar SME:s och gynnar den starkare parten. Detta ger indikationer på att det finns behov av nya regler. I synnerhet eftersom ICC:s riktlinjer i huvudsak avser faktiska marknadsföringsåtgärder och *The Supply Chain Initiative* brister i sin avsaknad av en oberoende och ändamålsenlig kontroll och efterlevnad.

Trots att det finns behov av tydligare regler kan det samtidigt fastslås att det är komplicerat att lagstifta om bestämmelser som strider mot allmän avtalsrätt. Däremot skulle det troligtvis inte vara lika kontroversiellt att utforma regler om förhandlingar och god affärssed. Detta har genomförts i Norge. Ett argument som talar för detta är att skillnader i förhandlingsstyrka utgör en bakomliggande faktor till problematiken. Vägledning om förhandling finns i viss utsträckning genom avtalsvillkorlagarna och Bernitz menar att det kan ha betydelse för förhandlingssituationen mellan näringsidkare. Däremot specificeras inte detta i bestämmelser i AVLN utan kräver att näringsidkaren är väl insatt i regelverket. Alternativt bör AVLN:s bestämmelser tydliggöras och regelverket bör innehålla en bilaga motsvarande den som finns i direktiv 93/13/EEG. Det finns behov av liknande åtgärder avseende MFL eftersom nuvarande förarbeten inte ger tillräcklig vägledning om vilka affärsmetoder som kan meddelas förbud enligt generalklausulerna.

Ett möjligt led i problematiken är enligt min uppfattning att det förekommer svårigheter att tillämpa MFL. Denna problematik framfördes av MD i samband med införlivandet av direktiv 2005/29/EG. Problematiken beror på att marknadsföring generellt sett är starkt förknippad med reklam. I MFL har lagstiftaren valt att använda uttrycket marknadsföring istället för direktivets affärsmetoder. Trots skillnaden i terminologi har begreppens innebörd ansetts överensstämmande. Det kan däremot konstateras att begreppet marknadsföring i praktiken har en begränsad räckvidd. Formellt sätt skulle reglerna i MFL kunna tillämpas på andra typer av affärsmetoder men hittills har MD inte prövat sådana förfaranden. Dessutom kan det vara pedagogiskt svårt med en generell marknadsrättslig lagstiftning som bygger på generella regleringar. I många andra länder finns det separata regler om illojal konkurrens.

Vidare föreligger tillämpningssvårigheter av AVLN. Lagen innefattar en rad restriktioner som kan vara en förklaring till att antalet rättsfall är begränsade. Dels angriper reglerna i huvudsak standardavtal då villkoret skall vara påkallat från allmän synpunkt, dels skall avtalsförhållanden som tagits fram med företrädare från båda sidor generellt sett ses som skäliga. Vidare ges inte vägledning om i vilka fall ett avtalsvillkor skulle kunna anses vara oskäligt. Det kan genom nämnda skäl konstateras att AVLN kan tillämpas i begränsad omfattning.

Denna studie syftade till att fastställa i vilken utsträckning nationella regler hanterar otillbörliga affärsmetoder. Det är dock av vikt att poängtera att rättsläget avseende otillbörliga affärsmetoder i näringsidkarförhållanden skiljer sig åt nationellt sätt. Det resulterar i att den gränsöverskridande handeln hämmas och att SME:s är ovilliga att etablera sig på andra marknader. Det stärker antagandena om att det finns behov av nya regler. För att komma till rätta med problematiken som helhet bör ett enhetligt EU-rättsligt regelverk utformas.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Sverige

Prop. 1983/84:92 Om avtalsvillkor mellan näringsidkare.

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

Prop. 2007/08:115 Ny marknadsföringslag m.m.

SOU 1981:31 Avtalsvillkor mellan näringsidkare.

SOU 2006:76 Otillbörligen affärsmetoder.

Europeiska unionen

Direktiv 93/13/EEG om oskäligen avtalsvillkor i konsumentavtal.

Direktiv 2005/29/EG om otillbörligen affärsmetoder.

ECLG Opinion 134/2004 of The Proposed Directive on Unfair Commercial. 01.2004.

Litteratur

Adlercreutz Axel, Gorton Lars. *Avtalsrätt II*. 6 uppl. Lund: Juristförlaget Lund, 2010.

Bernitz, Ulf. Småföretagskydd mot oskäligen avtalsvillkor, särskilt 36 § avtalslagen. *Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887-1987*. Falköping, 1987. s. 107-119.

Bernitz, Ulf. *Svensk och europeisk marknadsrätt I. Konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar*. 3 uppl. Stockholm: Norstedts juridik, 2009.

- Bernitz, Ulf. *Marknadsföringslagen*. Stockholm: Norstedts juridik, 2013.
- Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, 8 uppl. Stockholm: Norstedts juridik, 2013.
- Grobgeld Lennart, Norin Anders. *Konsumenträtt – Regler till hjälp och skydd för konsumenterna*. 15 uppl. Stockholm: Norstedts juridik, 2013.
- Hettne Jörgen, Otken Eriksson Ida. *EU-rättslig metod. Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*. 2 uppl. Stockholm: Norstedts juridik, 2011.
- Høgberg Alf Petter. *Tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter*. Oslo, 2005.
- ICC Sweden. *ICC:s regler om reklam- och marknadskommunikation*. Stockholm: ICC Sweden, 2011.
- Lehrberg, Kurt. *Praktisk juridisk metod*. 7 uppl. Uppsala: Lusté, 2014.
- Martin, Stephen. *Advanced Industrial Economics*, 2 uppl. Amsterdam: Blackwell publishers, 2001.
- Melin, Stefan. *Marknadsrätt*. Malmö: Stefan Melin och Liber, 2009.
- Nordell, Per Jonas. *Marknadsrätten – en introduktion*. 6 uppl. Stockholm: Norstedts juridik, 2014.
- Norlén, Andreas. *Oskälighet och 36 § avtalslagen*. Linköping: UniTryck, 2004.
- Ramberg Jan, Ramberg Christina. *Avtalsrätten. En introduktion*. 4 uppl. Stockholm: Norstedts juridik, 2010.
- Sandgren, Claes. *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare. Ämne, material, metod och argumentation*. 2 uppl. Stockholm: Norstedts juridik, 2007.
- Svensson, Carl Anders. Stenlund Anders, Brink Torsten. Carlén-Wedels Thomas. Ström Lars Erik, *Praktisk marknadsrätt*. 8 uppl. Stockholm: Norstedts juridik, 2010.

Rapporter

Europeiska Kommissionen. Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska och Sociala Kommittén samt Regionkommittén. 15.07.2014. Strasbourg.

Finns tillgänglig via länken:

http://ec.europa.eu/internal_market/retail/docs/140715-communication_sv.pdf

(Hämtad: 2014-11-21)

Europiska Kommissionens Grönbok – om otillbörliga affärsmetoder i B2B-leveranskedjan för livsmedel och icke-livsmedel. 31.01.2013. Bryssel.

Finns tillgänglig via länken:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0037:FIN:SV:PDF>

(Hämtad: 2014-11-04)

Europeiska Kommissionen. High Level Forum for a Better Functioning Food Supply Chain. 15.10.2014.

Finns tillgänglig via länken:

http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/food/competitiveness/forum_food/index_en.htm

(Hämtad: 2014-11-21)

Jordbruksverket. Marknadsöversikt – livsmedelsindustrin. 2012.

Finns tillgänglig via länken:

http://www2.jordbruksverket.se/webdav/files/SJV/trycksaker/Pdf_rapporter/ra12_42.pdf

(Hämtad: 2014-12-04)

Konkurrensverket. De lantbrukskooperativa företagen betydelse för livsmedelskedjan.

Finns tillgänglig via länken:

http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/rapport_2011-3_lantbrukskooperativa_foretag.pdf

(Hämtad: 2014-11-06)

Konkurrensverket. Konkurrens och makt i den svenska livsmedelskedjan. 2011.

Finns tillgänglig via länken:

http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/rapport_2011-3_konkurrens_makt_livsmedelskedjan.pdf

(Hämtad: 2014-11-10)

Konkurrensverket. Mat och marknad – från bonde till bord. 2011.

Finns tillgänglig via länken:

http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/rapport_2011-3.pdf

(Hämtad: 2014-11-10)

Internetkällor

European Commission. Enterprise and Industry. EU food market overview.

Finns tillgänglig via länken:

http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/food/eu-market/index_en.htm

(Hämtad: 2014-11-06)

Europeiska Kommissionen. Definition av små-och medelstora företag.

Finns tillgänglig via länken:

http://ec.europa.eu/dgs/maritimeaffairs_fisheries/consultations/block-exemption-regulation-1/doc/annex-i_sv.pdf

(Hämtad: 2014-11-05)

Europeiska kommissionen. Europeiska kommissionen tar itu med otillbörliga affärsmetoder i livsmedelskedjan. 15.07.2014. Bryssel/Strasbourg.

Finns tillgänglig via länken:

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-831_sv.htm

(Hämtad: 2014-11-05)

ICC. Avtalsmodeller för internationella avtalssituationer.

Finns tillgänglig via länken:

http://icc.se/avtal/Avtalsmodeller_start.html

(Hämtad: 2014-11-27)

ICC. Om ICC.

Finns tillgänglig via länken:

http://www.icc.se/omicc/omicc_start.htm

(Hämtad: 2014-11-27)

Levin, Marianne. Kommentar till marknadsföringslagen – svensk lagsamling med kommentarer. *Karnov*.

Tillgänglig via länken:

<http://juridik.group.se/document/853411/1?versid=146-1-2005>

(Hämtad: 2014-11-24)

Nationalencyklopedin. Otillbörlig.

Finns tillgänglig via länken:

<http://www.ne.se/uppslagsverk/ordbok/svensk/otillb%C3%B6rlig>

(Hämtad: 2014-11-28)

Nationalencyklopedin. Oskälig.

Finns tillgänglig via länken:

<http://www.ne.se/s%C3%B6k?q=osk%C3%A4lig>

(Hämtad: 2014-11-28)

Sveriges Riksdag. Näringsutskottets utlåtande 2012/13:NU20 Granskning av handlingsplan för detaljhandeln och grönbok om otillbörliga affärsmetoder.

Finns tillgänglig via länken:

<http://www.riksdagen.se/sv/Dokument-Lagar/Utskottens-dokument/Betankanden/Arenden/201213/NU20/>

(Hämtad: 2014-12-22)

Supply Chain Initiative. Vertikala förbindelser i försörjningskedjan för livsmedel: principer för god affärssed. 2011.

Finns tillgänglig via länken:

http://www.supplychaininitiative.eu/sites/default/files/se_dlf_entr-2013-00308-00-00-sv-tra-00final2.pdf

(Hämtad: 2014-11-06)

Rättsfallsförteckning

Marknadsdomstolen

MD 1981:17

MD 1985:16

MD 1985:18

MD 1988:11

MD 1995:3

MD 1995:33

MD 2010:11

MD 2010:12

MD 2011:20

MD 2011:9

MD 2008:14

MD 2009:14

MD 2010:6

MD 2011:30