



**EKONOMI
HÖGSKOLAN**
Lunds universitet

Institutionen för handelsrätt
HAR 333 Handel och marknad
Kandidatuppsats

VT 2006

Kontraheringsplikt inom förmögenhetsrätten

– Avtalsfrihetens gränser

Författare: Camilla Wall
Handledare: Lea Hatzidaki-Dahlström

Sammanfattning

En fundamental princip inom svensk avtalsrätt är att avtalet grundas på en frivillig överenskommelse mellan de som utgör parter i avtalet. Ett undantag från avtalsfrihetens princip är vad som brukar benämnas kontraheringsplikt, vilket även är ämnet för denna uppsats.

Kontraheringsplikten kan beskrivas som ett förbud mot avtalsvägran utan saklig grund. Den innefattar en skyldighet för en näringsidkare att ingå avtal på normala villkor till var och en som efterfrågar det.

De fall när kontraheringsplikt anses föreligga är relativt olikartade. Syftet med denna uppsats är att ge en översikt på situationer som innefattar kontraheringsplikt i någon form. Redogörelsen är inte avsedd att vara uttömmande utan i stället är mitt syfte att undersöka och redogöra för vissa typfall närmare.

I uppsatsen behandlas både reglerad och oreglerad eller indirekt kontraheringsplikt. Redogörelsen för den lagstadgade kontraheringsplikten görs med fokus på bank och försäkringsväsendet. Sålunda kan en bank inte utan särskilda skäl vägra att ta emot inlåning från allmänheten. Inte heller kan ett försäkringsbolag vägra träffa avtal om trafikförsäkring, som normalt tillhandahålls, till kund som faller inom bolagets verksamhet.

Den indirekta kontraheringsplikten, med samma allmänna principer som den reglerade, behandlas utifrån konkurrensrättslig reglering, som slår vakt om den fria konkurrensen. En annan aspekt av den indirekta kontraheringsplikten kommer till uttryck genom bestämmelsen i brottsbalken, som behandlar diskrimineringsförbud och den skyldighet som finns till likabehandling av alla människor.

I slutsatsen är avsikten att besvara min uppställda frågeställning, vilket kräver en jämförelse mellan det som i uppsatsen benämns reglerad respektive oreglerad kontraheringsplikt samt analysera de effekter kontraheringsplikten som fenomen får på marknaden.

Nyckelord: Avtalsfrihet, reglerad kontraheringsplikt, oreglerad kontraheringsplikt, effektiv konkurrens, diskrimineringsförbud

Abstract

Swedish contract law is based on the main principle of freedom of contract, which means that a contract is built on a voluntary agreement of both parties. There are exceptions from the principle of freedom of contract. In some instances a party is obliged to contract (kontraheringsplikt), which also is the subject for this paper.

Kontraheringsplikt can be described as an obligation for one of the parts in a relation to come to an agreement under normal circumstances with everyone who ask for it.

The cases of kontraheringsplikt are rather different. The purpose of this paper is to give a general summary of different cases of kontraheringsplikt. The report is not meant to be exhaustive but to investigate and describe some usual cases closer.

In the paper both regulated and non regulated kontraheringsplikt are considered. The report concerning the regulated kontraheringsplikt is focused on bank and insurance industry. A bank can not deny the public a deposit on a bank account without objective grounds. In the same way can not neither an insurance company refuse a consumer to take on a traffic insurance, which they normally offer to customers being part of their activity.

The non regulated kontraheringsplikt, with same general principles as the regulated, is described as a consequence of the Competition Act. Another aspect of the non regulated kontraheringsplikt is described out of the regulation containing the discrimination ban in the Penal Code.

In the conclusion of the paper my purpose is to answer the questions at issue, why a comparison of regulated and non regulated kontraheringsplikt and an analyse of the effects because of kontraheringsplikt at the Swedish market is necessary.

Innehållsförteckning

| | |
|--|-----------|
| Förkortningar | 6 |
| 1 Inledning | 7 |
| 1.1 Syfte och problemformulering | 7 |
| 1.2 Metod och material | 8 |
| 1.3 Avgränsningar | 8 |
| 1.4 Disposition | 9 |
| 2 Avtalsfriheten som utgångspunkt..... | 10 |
| 2.1 Allmänt | 10 |
| 2.2 Grundläggande begränsningar i avtalsfriheten..... | 11 |
| 2.2.1 Omyndiga och psykiskt störda..... | 11 |
| 2.2.2 Andra ogiltighetsgrunder; tvång, svek och ocker | 12 |
| 3 Lagstadgad kontraheringsplikt | 14 |
| 3.1 Allmänt | 14 |
| 3.2 Rätten att öppna insättningskonto | 15 |
| 3.2.1 Undantag från kontraheringsplikten..... | 18 |
| 3.2.2 Rättsverkan | 19 |
| 3.3 Rätten att teckna försäkring | 20 |
| 3.3.1 Försäkringslagar rörande kontraheringsplikt..... | 20 |
| 3.3.2 Rättsverkan | 24 |
| 4 Konkurrensreglering, indirekt kontraheringsplikt..... | 25 |
| 4.1 Allmänt | 25 |
| 4.2 Olika former av konkurrens | 26 |
| 4.2.1 Monopol | 26 |
| 4.2.2 Oligopol, monopolistisk konkurrens, duopol | 27 |
| 4.2.3 Dominerande ställning | 27 |
| 4.3 Olika former av konkurrensbegränsningar | 28 |
| 4.4 Oreglerad kontraheringsplikt för monopol och dominerande ställning.. | 29 |
| 4.5 Rättsverkan..... | 30 |
| 4.6 Praxis | 30 |
| 4.6.1 MD 1999:22..... | 31 |
| 4.6.2 Sammanfattande kommentarer | 34 |

| | |
|--|-----------|
| 5 Diskrimineringsreglering, indirekt kontraheringsplikt | 35 |
| 5.1 Allmänt | 35 |
| 5.2 Regler rörande diskriminering..... | 36 |
| 5.2.1 Allmänna regleringar | 36 |
| 5.2.2 Lag (2003:307) om förbud mot diskriminering..... | 37 |
| 5.3 Den indirekta kontraheringsplikten | 39 |
| 5.4 Rättsverkan..... | 40 |
| 5.5 Praxis | 40 |
| 5.5.1 NJA 1999 s. 556..... | 40 |
| 5.5.2 Sammanfattande kommentarer | 42 |
| | |
| 6 Slutsats | 43 |
| 6.1 Skillnaden i reglerad respektive oreglerad kontraheringsplikt..... | 43 |
| 6.2 Kontraheringspliktens påverkan på marknaden | 45 |
| | |
| Referensförteckning | 47 |

Förkortningar

| | |
|--------------------|---|
| Avtalslagen | Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område |
| BrB | Brottsbalken (1962:700) |
| EG | Europeiska Gemenskapen |
| FAL | Lag (1927:77) om försäkringsavtal |
| FI | Finansinspektionen |
| FN | Förenta Nationerna |
| KFL | Konsumentförsäkringslag (1980:38) |
| KL | Konkurrenslag (1993:20) |
| LBF | Lag (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse |
| MD | Marknadsdomstolen |
| NFAL | Försäkringsavtalslag (2005:104) |
| NJA | Nytt juridiskt arkiv |
| Prop. | Proposition |
| RGM | Relevant geografisk marknad |
| RPM | Relevant produktmarknad |
| TSL | Trafikskadelag (1975:1410) |

1 Inledning

För det ekonomiska livet, och även för delar av livet i övrigt, är avtalet ett nödvändigt instrument. Avtalet som fenomen förmedlar omsättning av varor, tjänster och andra nyttigheter, medför anställning och boende. Nästan alla sorters transaktioner eller samverkan kräver någon form av avtal.¹

Sverige är en marknadsekonomi, vilket kännetecknas av ett decentraliserat ekonomiskt system där den grundläggande rättsliga normeringen förespråkar några grundläggande ekonomiska friheter, en av dessa är avtalsfriheten.² Avtalsfriheten är inte absolut utan innehåller betydelsefulla inskränkningar.³

Rättsordningens funktion i avtalsrätten är att skapa spelregler för hur avtal ska ingås, hållas och tolkas.⁴ I vissa avseende finns det även regleringar som dirigerar medborgare och näringsidkare i en viss riktning, mot ett visst avtal med en viss avtalspart. Det är med grund i detta avseende och med kontraheringsplikt som exempel som min uppsats tar sin form.

1.1 Syfte och problemformulering

Då kontraheringsplikten utgör ett undantag från huvudregeln om avtalsfrihet, är syftet med genomförandet av denna uppsats att undersöka och redogöra för olika situationer och omständigheter som kan framkalla ett tvång att avtala. I första hand är syftet att undersöka huruvida det en finns kontraheringsplikt som är uttryckt i lag, för att i andra hand undersöka de fall där regleringen i övrigt kan tänkas ge uttryck för en princip som kan jämföras med den uttryckta kontraheringsplikten (indirekt kontraheringsplikt). Vidare är syftet att belysa skillnaderna i den kontraheringsplikt som är reglerad respektive oreglerad och analysera möjlig påverkan på marknaden.

För att möjliggöra ovanstående syfte är uppsatsens problemformulering bestående av två huvudfrågor, som lyder enligt följande:

¹ J. och C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2003, s. 17.

² U. Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt, 2005, s. 35 f.

³ J. och C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2003, s. 27.

⁴ A. Agell, Å. Malmström, Civilrätt, 2005, s. 88.

- Kan man tala om kontraheringsplikt oberoende av lagstöd? – Vad är det i så fall som särskiljer de olika formerna av kontraheringsplikt åt?
- Hur påverkas i sin tur marknaden av kontraheringsplikten?

1.2 Metod och material

I författandet av denna uppsats har jag använt mig av traditionell juridisk metod i den mening att jag undersökt gällande rätt på området.⁵ Jag har i största möjliga mån använt mig utav primärkällor.

Kontraheringsplikten som fenomen blir sällan direkt föremål för process på det sätt att det endast rör frågan huruvida kärende har rätt till avtal. Rättspraxis som utgör en för traditionell juridisk metod betydande källa står inte till förfogande i någon större utsträckning. Däremot har jag försökt att tillämpa praxis som på ett eller annat sätt tar upp frågor som är högst anslutna till kontraheringsplikt som fenomen. Övrigt material som utgör underlag för uppsatsen och som varit av stor betydelse i mitt skrivande är författningstexter, förarbeten och doktrin.⁶

Jag har under uppsatsens framskridande varit väl medveten i mina val av källor samt vem som utgör doktrinen. Då de vetenskapliga texter jag använt mig av är skrivna av välkända och framstående författare på sina områden, anser jag mina källor vara tillförlitliga.

1.3 Avgränsningar

Kontraheringsplikten som fenomen är ett stort område inom avtalsrätten och i sin helhet alldeles för omfattande för att rymmas i en uppsats av detta slag, varför jag av utrymmesskäl valt att avgränsa mig.

I fullföljandet av denna uppsats har jag valt att avgränsa mig till att undersöka kontraheringsplikt i Sverige och enligt svensk lag. Jag har valt att fokusera på förmögenhetsrätten och kommer således att bortse från kontraheringsplikten inom arbetsrätten och immaterialrätten. Vidare har jag avgränsat mig från vissa fall då kontraheringsplikten är motiverad av social hänsyn, vilket bland annat förekommer i den hyresrättsliga lagstiftningen.

⁵ B. Lehrberg, Praktisk juridisk metod, 2001, s. 38.

⁶ Ibid. s. 38.

1.4 Disposition

Uppsatsens andra kapitel behandlar avtalsfriheten som princip och redogör för de inskränkningar som finns. Kapitlet ämnar utgöra en bakgrund för att skapa förståelse för de kapitel som följer. Kapitel 3 inleds med en allmän beskrivning av kontraheringsplikten för att avslutas med en ingående redogörelse av den lagstadgade kontraheringsplikt som finns inom bank- och försäkringsväsendet. Kapitel 4 och 5 behandlar reglering som finns inom konkurrensrätten och på diskrimineringsområdet. Detta med syftet att visa på två ämnen som innehåller regler, vilka indirekt kan tänkas likställas med den lagstadgade kontraheringsplikten. I uppsatsens avslutande kapitel görs en analys av informationen som utgör uppsatsens referensram, med förhoppning att kunna besvara ovanställda problemformulering.

2 Avtalsfriheten som utgångspunkt

I detta kapitel görs en kortfattad redogörelse för vad som innefattas i begreppet avtalsfrihet och för de ogiltighetsgrunder som finns. Kapitlet ska fungera som bakgrund och skapa förståelse för de kapitel som följer.

2.1 Allmänt

Avtal i allmänhet kan förekomma i de mest skiftande slag och sammanhang, men först och främst har avtalet som funktion att trygga och rationalisera utbytet av varor, tjänster och andra nyttigheter i samhället. Avtalet som rättsligt fenomen och instrument brukar beskrivas som en grundläggande byggsten i olika rättsliga förhållanden samt en oerhört viktig del i en marknadsekonomi.⁷

Avtalsrättens huvudprincip i Sverige är avtalsfrihet; rätten för varje individ att själv välja om avtal ska ingås eller avstås, välja medkontrahent samt bestämma på vilka villkor avtalets ska ingås.⁸ Centrala komponenter i avtalsfriheten är ömsesidighet, frivillighet och samverkan mellan parterna vid ett avtals tillkomst.⁹

En annan viktig princip vad gäller avtalsrätten är avtalsbundenhet; skyldigheten för avtalsparterna att infria avtalet så att rättigheterna i avtalet tillförsäkras. För att avtalets bindande verkan ska upprätthållas är denna rättsligt sanktionerad och underkastad samhällets tvångsmakt.¹⁰ Det karakteristiska för avtalet som rättslig form är att det innefattar handlingsförpliktelser mellan parterna. Det kan vara allt från tillverkning av en vara till att betala för denna.¹¹ Syftet med ett avtals tillkomst är att detta ska fullgöras och att parterna ska få del av det utfästa vederlaget. Detta motiveras med att löften ska hållas ("pacta sunt servanda") som i sin tur utgör en viktig grundläggande regel i avtalsrätten. Principen om avtalsbundenhet grundar sig i en moraliskt förankrad princip om löftesbundenhet.¹²

⁷ A. Adlercreutz, Avtal – Lärobok i allmän avtalsrätt, 2000, s. 9.

⁸ J. och C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2003, s. 24.

⁹ A. Adlercreutz, Avtal – Lärobok i allmän avtalsrätt, 2000, s. 13.

¹⁰ J. och C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2003, s. 24.

¹¹ A. Adlercreutz, Avtal – Lärobok i allmän avtalsrätt, 2000, s. 10.

¹² J. och C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2003, s. 26.

2.2 Grundläggande begränsningar i avtalsfriheten

Även om det som grundprincip förespråkas att ”avtal ska hållas” finns det olika omständigheter som gör att ett avtal kan komma att ogiltiggöras. Definitionen för ett ogiltigt avtal är när det enligt avtalsmekanismens regler lett till avtal, men en särskild rättsgrund leder till att avtalet inte blir giltigt och får verkningar enligt dess innehåll. Det finns i grunden två anledningar till att ett avtal ogiltigförklaras. Den ena anledningen rör särskilda förhållanden vid avtalets tillkomst och den andra handlar om avtalets innehåll.¹³ I redogörelsen som följer kommer endast förhållanden vid avtalets tillkomst att behandlas.

En grundläggande förutsättning för att avtal ska kunna komma till stånd är förekomsten av ett rättssubjekt, som i sin tur innehar rättshandlingsförmåga. Alla personer är rättssubjekt och kan utgöras av både en fysisk person eller flera fysiska personer i form av juridiska personer, så som exempelvis bolag, stiftelser och föreningar. Det bör klargöras att det finns en viktig skillnad mellan rättssubjekt och rättshandlingsförmåga. Ett rättssubjekt kännetecknas av att det kan ha rättigheter och skyldigheter och påverkas genom avtal. Genom den rättsliga handlingsförmågan finns möjligheten att genom avtal kunna förplikta sig rättshandlingar med bindande verkan. Med andra ord åta sig rättigheter och skyldigheter. Förpliktelsen och den bindande verkan utgör härmed den avgörande skillnaden mellan enbart ett rättssubjekt och rättssubjekt med rättshandlingsförmåga.¹⁴

Det finns fall där avtalsfriheten är begränsad på grund av att rättssubjekten saknar rättshandlingsförmåga. Det handlar i dessa fall om att genom lag skydda personer mot risken att ingå oförmånliga avtal.¹⁵

2.2.1 Omyndiga och psykiskt störda

Som nämndes ovan är en grund för inskränkning i avtalsfriheten, i den mån medkontrahent fritt väljs, att det finns förhållanden vid avtalets tillkomst som gör att avtalet inte bör vara bindande. Dessa förhållanden kan exempelvis bero på ålder eller sjukdom hos en avtalspart.

För att en person ska kunna omfattas av full rättslig handlingsförmåga krävs det att en viss ålder ska ha uppnåtts. I Sverige är myndighetsåldern 18 år. Som finns att läsa i Föräldrabalken 9 kap. 1 § kan en person innan myndighetsålder inte

¹³ B. Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement*, 2004, s. 147 f.

¹⁴ A. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 2002, s. 120.

¹⁵ J. och C. Ramberg, *Avtalsrätten – En introduktion*, 2003, s. 27.

genom sin egen aktivitet ekonomiskt råda över sin egendom eller ådra sig skulder eller andra förpliktelser. I stället är det förmyndarna (oftast föräldrarna) som utför rättshandlingar och utgör mottagare av rättshandlingar för den omyndiges räkning.¹⁶

Det finns fall då förmyndaren i efterhand kan godkänna och ge samtycke till den omyndiges avtal, vilket kallas ratihabition. Exempel på detta kan vara ett köp för en mindre summa pengar som skett utan tillstånd av förmyndaren.¹⁷

Den omyndige är dock inte helt utan rättshandlingsförmåga då det finns undantag från huvudregeln som nämdes ovan och i Föräldrabalken 9 kap. 1 §. Vissa förutsättningar tillåter den omyndige att ingå avtal och inneha rättshandlingsförmåga. Exempel på detta är att den omyndige efter 16 års ålder fritt kan råda över förtjänst från arbete, som denne har med förmyndarens tillstånd. Ett annat exempel är att om den omyndige har eget hushåll, vilket ger rättshandlingsförmåga att träffa avtal som är nödvändiga för den dagliga hushållningen.¹⁸

I lagen (1924:323) om verkan av avtal som slutits under inflytande av psykisk störning, fastslås det att avtal som ingåtts under påverkan av psykisk störning är ogiltigt. Psykisk störning är ett vitt begrepp och likaså dess innebörd. Under begreppet faller allt från allvarlig psykisk sjukdom till demens och hämmad förståndsutveckling. Störningen behöver inte nödvändigtvis vara bestående utan kan vara tillfällig av något slag, exempelvis sinnesförvirring för stunden som framkallats av någon yttre omständighet. Av lagen framgår det även att det ska finnas ett orsakssamband mellan den psykiska störningen och rättshandlingen för att denna ska ogiltighetsförklaras.¹⁹

2.2.2 Andra ogiltighetsgrunder; tvång, svek och ocker

Det är inte endast i avseendet rörande val av medkontrahent som avtalsfriheten begränsas utan även på grund av hur ett avtal kommit till stånd. Det finns olika ogiltighetsgrunder vilka behandlas i avtalslagens 28-31 § §. Dessa ogiltighetsgrunder brukar i sin tur delas upp i svaga respektive starka. Anledningen till uppdelningen i starka och svaga beror på huruvida ogiltighetsgrunden kan göras gällande mot motpart i god tro eller inte.²⁰ Gemensamt för de olika ogiltighetsgrunderna oavsett om de är av svag eller stark

¹⁶ A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s. 120 f.

¹⁷ J. och C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2003, s. 57.

¹⁸ Ibid. s. 57.

¹⁹ A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s. 247 ff.

²⁰ J. och C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2003, s. 90.

karaktär är att den fria viljan, som är ett grundrekvisit för avtalsfriheten, är inskränkt. Ett avtal har kommit till stånd på grund av otillbörlig påverkan från motparten eller dess omgivning.²¹

Avtalslagen 28 § avser tvång, vilket betyder att någon genom våld eller hot, som innebär trängande fara blivit tvingad att företa en rättshandling. Tvånget faller under de starka ogiltighetsgrunderna och kan således göras gällande även mot motpart som är i god tro. Har tvånget utövats av någon annan än rättshandlingens mottagare och denne är god tro, måste den tvingande reklamera ogiltighet utan skäligen uppehåll efter det att tvånget upphört.²²

Det finns även en annan form av tvång som kan medföra ogiltighet av ett avtal, vilket går att läsa i avtalslagen 29 §. Den typ av tvång som beskrivs här är av lindrigare art och omfattar oftast psykiska påtryckningsmedel, som exempelvis utpressning. Eftersom detta lindrigare tvång klassificeras som en svag ogiltighetsgrund krävs ond tro hos motparten. Det förutsätts att den gentemot vilken rättshandlingen företogs själv utövade tvånget eller insåg eller borde inse att rättshandlingen framkallades genom rättsstridigt tvång.²³

En rättshandling är ogiltig enligt avtalslagen 30 § om den mot vilken rättshandlingen företogs framkallat densamma genom svikligt förledande eller varit i ond tro om att avtal kommit tillstånd på detta sätt av någon annan.²⁴ Sveket utgör en form av motivvillfarelse som kan omfatta avsiktligt vilseledande genom lämnande av oriktiga uppgifter. Det finns ett krav på orsakssamband mellan det som benämns svikligt förledande och själva rättshandlingen. Med andra ord ska sveket och dess omständigheter antas ha varit av betydelse för ett avtals eller rättshandlings uppkomst.²⁵

Ogiltighet på grund av ocker inträder enligt avtalslagen 31 § när någon utnyttjar en avtalssituation och underläge hos sin motpart. Ockerparagrafen kan bli tillämplig när motparten befinner sig i trängt läge, har en beroendesituation, är oförståndig eller lättsinnig, som någon uppenbart utnyttjar för ekonomiska fördelar. En principiell skillnad som föreligger i jämförelsen mellan ocker och de ovan beskrivna ogiltighetsgrunderna är att i ockersituationen befinner sig den rättshandlande i ett oförmånligt läge medan i övriga fall skapas denna oförmånliga situation av motparten.²⁶

²¹ B. Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement*, 2004, s. 153.

²² A. Adlercreutz, *Avtal – Lärobok i allmän avtalsrätt*, 2000, s. 69.

²³ *Ibid* s. 69.

²⁴ *Ibid* s. 69 f.

²⁵ J. och C. Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2003, s. 95.

²⁶ A. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 2002, s. 252 f.

3 Lagstadgad kontraheringsplikt

Avtalsfriheten i Sverige är långt från total, utan ett relativt begrepp med betydelsefulla begränsningar. Den grundläggande principen om att avtalet baseras på en frivillig överenskommelse mellan parterna är inte fulländad. I vissa situationer finns ett tvång att avtala trots bristande vilja, vilket benämns att det föreligger ett kontraheringstvång eller plikt.²⁷

3.1 Allmänt

Grundtanken beträffande avtalsfriheten som det centrala i en marknadsekonomi bygger på föreställningen om att alla människor är jämbördiga; lika starka och begåvade, samt att det råder ett perfekt informationssystem på marknaden. I verkligheten är så inte fallet, utan det kan konstateras att i samhället finns individer med olika förutsättningar, vilket motiverar en kontraheringsplikt för samtliga medborgares möjligheter att leva ett normalt liv och komma i åtnjutande av samma varor, tjänster och nyttigheter.²⁸

Kontraheringsplikt förekommer i flera olika sammanhang där en näringsidkare kan vara underkastad ett tvång att avtala. Vanligast förekommande är de situationer då en näringsidkares valfrihet rörande medkontrahent är begränsad. Kontraheringsplikten kan i detta avseende beskrivas som ett avtalsslut som bygger på en ensidig viljeförklaring utan samverkan från den ena parten.²⁹ Reglerna som styr kontraheringsplikten är således aktuella innan ett avtal kommit till stånd.³⁰ Som fenomen kan kontraheringsplikten vara av olika karaktär och motiveras av olika anledningar. Det kan röra sig om marknadsrättsliga regler, som behandlar hur en näringsidkare bör uppträda vid tillhandahållandet av varor, tjänster och andra nyttigheter. Regler av konsumentskyddande karaktär är en annan viktig komponent i avseendet kontraheringsplikt. Säkerhet, hälsovård och miljö är bara några av de övriga skäl som kan ligga till grund för tillämpningen av kontraheringstvång.³¹

²⁷ A. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 2002, s. 105.

²⁸ A. Victorin, *Om kontraheringstvång inom förmögenhetsrätten*, 1976, s. 436 f.

²⁹ F. Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, 1997, s. 1.

³⁰ *Ibid.* s. 11.

³¹ L. Pehrson, *Kontraheringsplikt*, 1976, s. 73.

Som framgått av ovan nämnda, kan kontraheringsplikt vara aktuell i situationer av väldigt olika slag, som till synes inte behöver ha något samband. Gemensamt för de som drabbas av avtalstvånget är innehav av dominerande ställning av något slag, vilket skapar beroende i samhället eller hos enskilda personer och företag. Kontraheringsplikten blir i detta avseende ett sorts stöd för beroende part.³²

Kontraheringsplikten motiveras ofta av behovet att säkerställa distributionen av åtminstone livsviktiga varor och tjänster i samhället.³³ Det gäller att det allra livsnödvändigaste på något sätt är tryggt genom rättsordningen. Det finns branscher och samhällssektorer som är högst viktiga för individer och därför faller under reglering som hanterar kontraheringsplikt.³⁴ Exempel på sådana nyttigheter är el, vatten, teletjänster, sjukvård, bostad, livsmedel och transport.³⁵ På grund av utrymmesskäl har jag valt att avstå från en vidare utveckling av kontraheringsplikten gällande nödvändiga nyttigheter och har i stället i min fortsatta redogörelse valt att fokusera på den kontraheringsplikt som förekommer inom bank- och försäkringsväsendet.

3.2 Rätten att öppna insättningskonto

Bankverksamhet går traditionellt sett ut på att fungera som intermediär mellan sparare och låntagare.³⁶ Insättningar från sparare är därav en viktig del av bankens verksamhet. Det kan vara av vikt ur skyddssynpunkt att reglera och säkerställa en säker placering i bank. Bankernas inlåningskonto faller därför under denna reglering.³⁷

En bank var enligt 2 kap. 1 § i den tidigare bankrörelselagen (1987:617) skyldig att ta emot inlåning från allmänheten. Med andra ord var banken förpliktad att ingå avtal för öppnande av konto samt att ta emot pengar för insättning.³⁸

Den 1 juli 2004 började en ny lag (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse (LBF) gälla. Lagen ersatte den tidigare bankrörelselagen och lagen (1992:1610) om finansieringsverksamhet. Det var efter 1990-talets bankkras som behovet av en förändring och modernisering av de lagar och regler som styr banker och

³² L. Pehrson, Kontraheringsplikt, 1976, s. 70.

³³ F. Nybergh, Avtalsfrihet – Rätt till avtal, 1997, s. 8.

³⁴ Ibid. s. 89.

³⁵ Ibid. s. 98.

³⁶ Prop. 2002/03:139, s. 163.

³⁷ Ibid. s. 197.

³⁸ B. Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, 2002, s. 85.

kreditmarknadsföretag kändes välbehövlig. En lagstiftning där man kunde dra lärdomar av bankkrisen.³⁹

LBF innehåller en ny definition av bankrörelse i 1 kap. 3 §:

Med bankrörelse avses rörelse i vilken det ingår

1. betalningsförmedling via generella betalsystem, och

2. mottagande av medel som efter uppsägning är tillgängliga för fordringsägaren inom högst 30 dagar.

Med generella betalsystem avses system för förmedling av betalningar från ett stort antal från varandra fristående betalare avsett att nå ett stort antal från varandra fristående slutliga betalningsmottagare.

Definitionen skiljer sig från den i tidigare bankrörelselagen, som endast var inriktad på inlåning på konto där behållning var tillgänglig för insättaren med kort varsel.⁴⁰ Det som i definitionen ovan benämns *mottagande av medel* är medel som kan användas för transaktionerna i systemet och ställas till betalningsförmedlarens förfogande. Det kan vara exempelvis inlåning på konto eller emission av olika typer av obligationer.⁴¹

I samband med att LBF trädde i kraft upphävdes, som nämnades ovan, bankrörelselagen och lagen om finansieringsverksamhet. Vissa bestämmelser i lagarna fördes över oförändrade medan andra ändrades eller utgick. Samtidigt började även vissa bestämmelser som tidigare endast gällde banker även gälla för kreditmarknadsföretag. Genom LBF finns det inte längre en ensamrätt för banker att ta emot inlåning, utan numera finns även möjligheten hos kreditmarknadsföretag.⁴²

Konkurrensen vad gäller inlåningstjänster var tidigare högst begränsad på grund av bankernas ensamrätt. Bankerna hade dominerande ställning på området, vilket motiverade deras skyldighet att ta emot inlåning från allmänheten för att befrämja konkurrensen. Motiveringen till bankernas kontraheringsplikt gällande inlåning grundar sig alltså indirekt i ett skydd av insättarnas rätt.⁴³ Kontraheringsplikten motiveras även av att bankens möjlighet att godtyckligt välja sina kunder utblir samtidigt som bankkundernas rättsäkerhet främjas.⁴⁴

³⁹ Prop. 2002/03:139, s 1.

⁴⁰ Ibid. s. 1 f.

⁴¹ Finansinspektionen, Ny lag om bank- och finansieringsverksamhet – Hur företagen påverkas: http://www.fi.se/upload/20_Publicerat/30_Sagt_och_utrett/30_Skrivelser/2004/ny_banklag_040603.pdf, s. 2. (2006-04-19)

⁴² Prop. 2002/03:139, s 2.

⁴³ B. Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, 2002, s. 88.

⁴⁴ Ibid. s. 101.

Trots den ökade konkurrensen, i och med införandet av inlåningsmöjligheten hos kreditmarknadsföretagen, finns det fortfarande en garanti för allmänheten att ha tillgång till insättningskonto i bank och således en skyldighet för banken att tillhandahålla det.

På grund av den nya definitionen av bankrörelse i LBF överensstämmer denna inte längre med bestämmelsen om inlåningsskyldighet i den tidigare bankrörelselagen 2 kap. 1 §.⁴⁵ Det är därför det inte finns någon direkt motsvarighet i LBF. I stället behandlas bankernas inlåningsskyldighet numera i lagen (1995:1571) om insättningsgaranti.⁴⁶

Genom en så kallad insättningsgaranti garanterar staten kundernas insättningar hos alla banker och kreditmarknadsföretag som tar emot pengar på insättningskonto. Med andra ord har en kund rätt till ersättning om banken eller kreditmarknadsföretaget skulle gå i konkurs. Insättningsgarantin omfattar alla vanliga kontoformer, så som exempelvis löne- och sparkonton, där insättningarna kan tas ut med kort varsel (högst en månad).⁴⁷ Garantin gäller för samtliga kunder och ger ett kapitalvärdesskydd för insättningar upp till beloppet av 250 000 kronor.⁴⁸

Det finns en skyldighet att ta emot pengar för banker, kreditmarknadsföretag och värdepappersbolag som erbjuder konton som omfattas av den statliga insättningsgarantin. Dessa bolag måste på ett icke diskriminerande sätt ta emot insättningar från alla. Detta betyder att alla också ska kunna öppna ett konto hos dessa bolag, om det saknas särskilda skäl.⁴⁹

Följande definitioner görs i lagen (1995:1571) om insättningsgaranti 2 §:

I denna lag betyder

- 1. institut: en svensk bank, ett utländskt bankföretag, ett svenskt kreditmarknadsföretag, ett utländskt kreditföretag samt ett svenskt värdepappersbolag och ett utländskt värdepappersföretag, om de har tillstånd att ta emot kunders medel på konto,*
- 2. insättare: den som har en insättning i ett institut,*
- 3. insättning: nominellt bestämda tillgodohavanden som är tillgängliga för insättaren med kort varsel,*
- 4. EES: Europeiska ekonomiska samarbetsområdet.*

⁴⁵ Prop. 2002/03:139, s. 199.

⁴⁶ Ibid. s. 2.

⁴⁷ Insättningsgarantinämnden: <http://www.ign.se/ins-gar.pdf> (2006-05-18)

⁴⁸ Prop. 2002/03:139, s. 257.

⁴⁹ Ibid. s. 260.

Skyldighet att ta emot garanterade insättningar föreskrivs i lagens 11b §:

Ett institut som erbjuder sig att ta emot insättningar enligt definitionen i 2 § är skyldigt att ta emot sådana insättningar av var och en, om det inte finns särskilda skäl mot det.

Det bör understrykas att bankernas kontraheringsplikt endast gäller inlåning av pengar och inte utlåning och öppnande av andra kontoformer. Banken disponerar insättningsmedlena som sina egna och kan i sin tur låna ut dessa. Inlåning kan på så sätt ses som att kunden har en fordran på banken.⁵⁰

De tilläggstjänster som finns i anslutning till inlåning, i form av exempelvis betalningsförmedling, kredit och särskild företagservice faller enligt finansinspektionen (FI) utanför kontraheringsplikten.⁵¹ En tilläggstjänst skapas genom ett speciellt avtal och kan därför uteslutas på grund av juridiska och tekniska skäl. Ett annat skäl till att tilläggstjänsterna utesluts är på grund av gränsdragningsproblem i förhållande till bankernas övriga tjänster. I sådana fall skulle det vara svårt att klart redogöra för vad som omfattas av kontraheringsplikten. Dock kan det vara så att en tilläggstjänst faller under kontraheringsplikten om den direkt hänförs inlåningen.⁵²

3.2.1 Undantag från kontraheringsplikten

Skyldigheten för banken att ta emot inlåning är inte absolut. Det finns i grunden tre skäl till att banken kan neka inlåning från allmänheten.⁵³

Penningtvätt utgör ett exempel på undantag från bankernas kontraheringsplikt. Det finns dessutom en enskild lag, lag (1993:768) om åtgärder mot penningtvätt, som reglerar fenomenet penningtvätt. En banktjänsteman som tar emot inlåning av pengar för penningtvätt begår ett häleribrott. Penninghäleri, enligt Brottsbalken (BrB) 9 kap. 6a §, föreligger om någon med uppsåt försöker dölja pengarnas ursprung, som i sin tur utgjorts av brottsligt förvärv.⁵⁴

⁵⁰ B. Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, 2002, s. 96.

⁵¹ Finansinspektionen, Angående bankers skyldighet att öppna inlåningskonto, 2000-01-21 nr 419-00-399:

http://www.fi.se/upload/20_Publicerat/30_Sagt_och_utrett/30_Skrivelser/2000/inlaning_000121.pdf (2006-03-28)

⁵² B. Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, 2002, s. 104 f.

⁵³ Prop. 2002/03:139 s. 260.

⁵⁴ B. Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, 2002, s. 90.

Misstanken om att det kan finnas en risk för att en företrädare för banken genom att tillhandahålla ett konto främjar ett brott, utgör även det ett skäl för banken att neka inlåning.⁵⁵

I avseendet ohederligt uppträdande, som är ytterligare ett skäl för bortfall av kontraheringsplikten, kan även nämnas en kunds agerande mot annan bank. Om en kund har uppträtt ohederligt mot en annan bank i samband med en likartad inlåning kan banken avtalsvägra med anledningen att upprepade olägenheter befaras. Det finns skäl som både förespråkar och motsätter sig undantagsregeln rörande kundens agerande mot annan bank och bankens tvång till inlåning. Det är en fråga om integritet och rättssäkerhet som argumenterar för att en kund inte ska dömas alltför länge för sitt tidigare agerande mot en annan bank. Kunden har dessutom inte gjort sig skyldig till något som skadat den aktuella banken. Det som å andra sidan förespråkar undantagsregeln är att alla banker ska anses vara lika skyddsvärda oavsett vilken bank kunden agerat ohederligt emot.⁵⁶

3.2.2 Rättsverkan

Kontraheringsplikten som föreskrivs i lagen (1995:1571) om insättningsgaranti är en osanktionerad lagbestämmelse i den mån att lagtexten inte innehåller någon uttryckt sanktion.⁵⁷

För att kontraheringsplikten som åvilar bankerna överhuvudtaget ska efterföljas måste någon sorts sanktion föreligga. Alla banker och kreditmarknadsföretag står under FI:s tillsyn.⁵⁸ Om en bank bryter mot någon av de regler som föreskrivs i lagen om bank- och finansieringsrörelse, lagen om insättningsgaranti eller annan lagstiftning, som reglerar bankernas verksamhet, kan FI ingripa och förbjuda eller verkställa beslut från bankens sida. Tillvägagångssättet via FI är kanske inte alltid det mest effektiva, eftersom det rör sig om administrativa sanktioner, som främst är aktuella om det sker upprepade brott mot kontraheringsplikten.⁵⁹

För att verkligen effektivisera och realisera den lagstadgade kontraheringsplikten finns en civilrättslig sanktion, som är en ensidig viljeförklaring från kunden, som helt enkelt kräver *rätt till avtal*. I praktiken finns det tre olika sätt att gå tillväga på. Den första möjligheten är att påkalla ett avtalsslut, det vill säga att kunden ensidigt kan få ett avtal till stånd och få öppnat ett insättningskonto. I sådant fall

⁵⁵ Prop. 2002/03:139 s. 260.

⁵⁶ Ibid. s. 260.

⁵⁷ B. Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, 2002, s. 106.

⁵⁸ Finansinspektionen, om finansinspektionen:

http://www.fi.se/Templates/StartSectionPage___168.aspx (2006-05-05)

⁵⁹ B. Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, 2002, s. 107 f.

blir det frågan om ett kvasikontrakt, som har samma rättsverkningar som ett vanligt avtal men annan grund än vanliga avtalsrekvisit. En annan möjlighet för att åstadkomma ett avtalsslut är att väcka talan och erhålla en bifallande dom som kan realiseras genom att kronofogdemyndigheten utfärdar ett vitessanktionerat föreläggande mot banken om att denne ska tillhandahålla kunden ett inlåningskonto och således ta emot dennes pengar för insättning. Den tredje och sista möjligheten för bankkunden är att kräva ersättning för uteblivet avtal i form av skadestånd. Skadeståndet utgår i sådana fall till det så kallade positiva kontraktintresset, vilket ska försätta kunden i samma ekonomiska situation som om avtalet fullgjorts.⁶⁰ Skadeståndstalan väcks mot banken och inte mot den enskilda banktjänstemannen som nekat inlåning.⁶¹

3.3 Rätten att teckna försäkring

Försäkringar och behovet av dessa är ett område som är högst aktuellt i vår tid. Försäkringsskyddet styrs till stor del av den ekonomiska och tekniska utveckling som ständigt sker i vårt samhälle.⁶² Försäkringstanken förutsätter en samverkan mellan många individer, som representerar risker av likartad natur. En förutsättning vad gäller försäkringar är att det föreligger en viss riskgemenskap. Det finns inga regler för hur ett försäkringsavtal ska tecknas, men eftersom ett försäkringsavtal träffas mellan ett försäkringsbolag och individer med likartade försäkringsbehov blir det oftast utformat som ett standardavtal. I vissa fall vid exempelvis företagsförsäkringar kan det vara nödvändigt med speciellt utformade avtal.⁶³

Inom försäkringsbranschen gäller till största del avtalsfrihet, men det finns lagstadgade fall då rätten till att teckna försäkring är tvingande. Med andra ord en skyldighet ålagd försäkringsgivaren att tillhandahålla försäkring.⁶⁴

3.3.1 Försäkringslagar rörande kontraheringsplikt

Förhållandet mellan försäkringstagaren och försäkringsbolagen har tidigare reglerats i lagen (1927:77) om försäkringsavtal (FAL).⁶⁵ Den 1 januari 2006 trädde en ny försäkringsavtalslag (2005:104) (NFAL) i kraft. En modernisering har skett av den mer än 75 år gamla lagen. Samtidigt stärks skyddet för

⁶⁰ B. Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, 2002, s. 108 f.

⁶¹ Ibid. s. 113.

⁶² B. Bengtsson, Försäkringsrätt – Några huvudlinjer, 2005, s. 22.

⁶³ J. Hellner, Försäkringsrätt, 1994, s. 7 f.

⁶⁴ F. Nybergh, Avtalsfrihet – Rätt till avtal, 1997, s. 175 f.

⁶⁵ J. Hellner, Försäkringsrätt, 1994, s. 55.

konsumenter. Syftet med en ny försäkringsavtalslag är att över lag ge försäkringstagarna ett starkare skydd och främja det allmänna sociala skyddet som finns i samhället. Samtidigt finns förhoppningen att möjliggöra rationalisering både vad gäller ekonomi och konkurrens för försäkringsbolagen.⁶⁶

Konsumentskyddet för försäkringstagarna stärktes redan på 1980-talet genom konsumentförsäkringslagen (1980:38) (KFL) som avsåg de flesta skadeförsäkringar. KFL:s tillkomst syftade till att ge konsumenterna en starkare ställning i förhållande till försäkringsbolagen. Därför utgjordes KFL till största del av tvingande regler för försäkringsbolagen. KFL var tillämplig på de mest vanliga försäkringar som tecknas för privata ändamål, så som hemförsäkringar, villaförsäkringar, reseförsäkringar och motorfordonsförsäkringar.⁶⁷ NFAL har numera även ersatt den tidigare konsumentförsäkringslagen och KFL ingår som en del av NFAL. Den tidigare 9 § i KFL har sin motsvarighet 3 kap. 1 § NFAL.

Enligt 3 kap. 1 § NFAL får ett försäkringsbolag inte vägra en konsument att teckna försäkringar som de normalt tillhandahåller allmänheten. Detta gäller dock inte om försäkringsbolaget med hänsyn till risken, den eventuella skadans omfattning eller på grund av annan omständighet har särskilda skäl att neka tecknade av försäkring. Som exempel på risken som kan utgöra ett särskilt skäl att vägra försäkring är att det försäkrade objektet befinner sig i ett speciellt brandfarligt område eller på ett område som är särskilt utsatt för risken för inbrott. Försäkringstagarens individuella förhållanden, som exempelvis tidigare bedrägeribrott, kan utgöra ett annat godtagbart skäl till att neka försäkring.⁶⁸

NFAL 3 kap. 1 §:

”Ett försäkringsbolag får inte vägra en konsument att teckna en sådan försäkring som bolaget normalt tillhandahåller allmänheten när de har fått de uppgifter som behövs, om det inte finns särskilda skäl för vägran med hänsyn till risken för framtida försäkringsfall, den befarade skadans omfattning, den avsedda försäkringens art eller någon annan omständighet. Ett avslag får inte grundas på att ett försäkringsfall har inträffat efter det att ansökan har avsänts eller lämnats till försäkringsbolaget.”

⁶⁶ Prop. 2003/04:150, s. 1.

⁶⁷ B. Bengtsson, Försäkringsrätt – Några huvudlinjer, 2005, s. 18.

⁶⁸ Ibid. s. 36.

I NFAL finns ett motsvarande skydd även vid person-, liv-, olycksfalls- och sjukförsäkringar. Även för personförsäkringar finns nu en kontraheringsplikt, försäkringsbolaget får vägra en begärd normalförsäkring endast om det finns särskilda skäl.⁶⁹ Däremot får bolaget ha en högre riskpremie för vissa försäkringstagare.

NFAL 11 kap. 1 §:

”Ett försäkringsbolag får inte vägra någon att teckna sådan personförsäkring som bolaget normalt tillhandhåller allmänheten när de har fått de uppgifter som behövs, om det inte finns särskilda fall för vägran med hänsyn till risken för framtida försäkringsfall, den avsedda försäkringens art eller någon annan omständighet. Ett avslag får inte grundas på att ett försäkringsfall har inträffat eller den försäkrades hälsotillstånd har försämrats efter det att en ansökan har avsänts eller lämnats till försäkringsbolaget. Sådana försäkringsvillkor som beror av den försäkrades hälsotillstånd skall bestämmas på grundval av hälsotillståndet vid ansökan.

Första stycket gäller inte i fråga om en försäkring som någon tecknar i egenskap av näringsidkare till förmån för sitt företag.”

Vad menas då med försäkringar som bolaget *normalt tillhandahåller allmänheten*? Bedömningen av detta görs främst med hänsyn till försäkringsbolagets produktsortiment, försäkringsvillkor och praxis. Ett försäkringsbolag behöver inte teckna en försäkring som sträcker sig utöver deras vanliga sortiment, geografiska område eller kundkrets. För att ett bolag erbjuder en viss typ av försäkring har ett annat bolag ingen skyldighet att erbjuda den samma. Under kriteriet *normalt tillhandhåller* faller även de försäkringsvillkor som bolaget uppställer.⁷⁰

Vad definieras som särskilda skäl, vilka kan ligga till grund för vägran att teckna försäkring? Med hänsyn till det som i lagtexten benämns *risken för framtida försäkringsfall* kan ett inte fullgott hälsotillstånd vara ett särskilt skäl. Det kan även vara befogat för bolaget att kräva en högre premie vid sådana omständigheter. Ett försäkringsbolag har inget krav på sig att tillhandhålla en försäkring med stor risk, som de annars inte erbjuder, för att andra bolag gör det. Primärt förespråkas det att bolaget ska hålla sig egen praxis. Vice versa kan inte ett bolag hänvisa till annat bolags praxis gällande en stor risk som de annars brukar acceptera. Risken för försäkringsfall behöver inte nödvändigtvis ligga i

⁶⁹ Prop. 2003/04:150, s. 246.

⁷⁰ Ibid. s. 497 f.

förhållanden hos den försäkrade personen utan kan även utgöras av dennes sätt att leva eller omgivning, som på något vis kan vara hälsovådlig.⁷¹

Det som i lagtexten ovan omnämns *andra omständigheter* kan utgöras av en så kallad moralisk risk. Att försäkringstagaren på något sätt agerar ohederligt, exempelvis lämnar oriktiga uppgifter eller framkallar försäkringsfall. Förutsättningarna för att en försäkring ska kunna vägras på denna grund är att det inte endast handlar om misstro utan att det finns påtagliga omständigheter. Påtagliga i den mening att sökande tidigare agerat inkorrekt och det inte är frågan om en engångsföreteelse, vilket ger anledning att tro att det kommer att upprepas.⁷²

Ett försäkringsbolag får inte heller avslå en ansökan om försäkring på grund av att ett försäkringsfall inträffat efter ansökningstidpunkten. Om det exempelvis skulle vara så att en person avlider efter att ansökt om livförsäkring, men innan bolaget fattat sitt beslut, ska avtalet anses slutit med dödsboet.⁷³

Det finns frivilliga och obligatoriska försäkringar. Trafikförsäringen utgör ett exempel på de i Sverige obligatoriska försäkringar och motiveras med hänsyn till den allmänna säkerheten. Förutsättningen är givetvis innehav av motordrivet fordon. Gemensamt för de försäkringar som är obligatoriska är en absolut kontraheringsplikt för försäkringsgivaren samt en skyldighet för försäkringstagaren att teckna försäkring.⁷⁴ Kontraheringsplikten i detta fall sammanhänger med att försäringen är obligatorisk. Alla som är skyldiga att teckna trafikförsäkring ska också ha möjligheten till att göra det.

Kontraheringsplikten kan som framgått av ovan vara av både ensidig och ömsesidig karaktär. Ensidig kontraheringsplikt är det då en presumtiv avtalspart (P1) har rätt att få ett avtal till stånd med en avtalspart (P2), på sådana villkor som P2 normalt tillämpar. Ömsesidig kontraheringsplikt är det då en näringsidkare (P1) förpliktas ingå avtal och att P2 är skyldig att ingå avtalet samt att P2 har rätten att få ett sådant avtal till stånd.⁷⁵ Ett bra exempel på ömsesidig kontraheringsplikt utgörs som tidigare nämdes av trafikförsäkring.

I trafikskadelagen (1975:1410) (TSL) 5 § 2 st. finns en uttryckt kontraheringsplikt ålagd försäkringsbolaget.⁷⁶ Skillnaden från den kontraheringsplikt som finns i NFAL är att reglerna i TSL är absoluta och saknar

⁷¹ Prop. 2003/04:150, s. 499 f.

⁷² Ibid. s. 500.

⁷³ Ibid. s. 245.

⁷⁴ F. Nybergh, *Avtalsfrihet – Rätt till avtal*, 1997, s. 175 f.

⁷⁵ Ibid. s. 12.

⁷⁶ Prop. 1975/76:15, s. 52.

således undantag. Oavsett vilken risk en försäkringstagare utgör finns rätten till att teckna försäkring. Detta motiveras med att andra än försäkringstagaren kan ha intresse av ersättning, ett så kallat tredjemansintresse.⁷⁷

Risken med tanke på den kontraheringsplikt som råder är att försäkringsgivarna väljer att inte försäkra högrisk kunder genom att sätta premien så högt att det är orealistiskt för försäkringstagaren att teckna försäkring. Det finns begränsningar mot detta sorts beteende genom allmänna skälighetsprinciper i försäkringsrörelselagen (1982:713) samt trafikförordningen (1998:1276). Dessutom har FI en viss tillsyn så att försäkringsgivarna följer de regler som finns.⁷⁸

3.3.2 Rättsverkan

Ett viktigt inslag i det skydd som kontraheringsplikten förespråkar är att den som vägrats försäkring kan få sin rätt prövad. Utgångspunkten i NFAL är att den som utsatts har möjlighet att få domstolsprövning kostnadsfritt. För att väcka talan finns det en tidsfrist på 6 månader från det att försäkringsgivaren meddelat sitt beslut.⁷⁹ Med tanke på domstolsprövning är kravet på en skriftlig motivering till avslag på försäkringstecknandet från försäkringsgivaren stort.⁸⁰ Rätten till domstolsprövning är inget nytt utan har funnits i den tidigare KFL. Skillnaden är nu att den även omfattar personförsäkringar.⁸¹

I enighet med vad som tidigare innefattades i KFL bör en domstol kunna meddela ett interimistiskt beslut. Genom detta beslut blir försäkringstagaren skyldig att betala försäkringspremier för den tiden denne har stått under försäkringsgivarens ansvar enligt det interimistiska beslutet. Detta gäller oavsett om domstolens beslut innebär avslag eller bifall av väckt talan.⁸²

Vid bifall av den väckta talan rörande vägran av försäkringstecknande får domstolen besluta att den aktuella försäkringstiden bör räknas och således gälla från den tidpunkt då ansökan avslogs.⁸³

⁷⁷ B. Bengtsson, Försäkringsrätt – Några huvudlinjer, 2005, s. 36.

⁷⁸ Prop. 1998/99:42, s. 17.

⁷⁹ Prop. 2003/04:150, s. 204.

⁸⁰ Ibid. s. 205.

⁸¹ Ibid. s. 311.

⁸² Ibid. s. 205.

⁸³ Ibid. s. 204.

4 Konkurrensreglering, indirekt kontraheringsplikt

Till grund för en marknadsekonomi, hör även principen om den fria konkurrensen, som är en motpol till avtalsfriheten. Konkurrensbegränsade avtal möjliggörs av avtalsfriheten, men begränsas av konkurrensfrämjande regler. En del av dessa regler utgörs av det som i uppsatsen benämns indirekt eller oreglerad kontraheringsplikt.

4.1 Allmänt

Det grundläggande syftet med konkurrensfrihet och således konkurrensrätten är att skydda och upprätthålla effektiv konkurrens.⁸⁴

Konkurrenslagen (1993:20) 1 §:

”Denna lag har till ändamål att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens i fråga om produktion av handel av varor, tjänster och andra nyttigheter.”

Konkurrenslagen (KL) är inriktad på att främja konkurrensen och på kontroll av att företagens metoder för konkurrens är acceptabla.⁸⁵ Att det ska råda konkurrens är en oskriven regel inom näringslivet i en marknadsekonomi. Effektiv konkurrens präglas av ett effektivt utnyttjande av samhällets resurser i produktion och handel samt låga samhällsekonomiska kostnader i form av breddat utbud och pressade priser i största möjliga mån. Med andra ord fungerar konkurrenslagen som ett instrument för främjande av allmän rörlighet och anpassningsbarhet i näringslivet, rimlig prisnivå genom konkurrens samt effektiv resursfördelning.⁸⁶

Med risk för missförstånd bör det klargöras att det är *effektiv* konkurrens som är aktuell i uppsatsen och att det är skillnad på det som benämns effektiv konkurrens och fri eller fullständig konkurrens. För att fri konkurrens ska råda är det en hel del förutsättningar som krävs på en marknad: Av köparna uppfattade likvärdiga

⁸⁴ U. Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt, 2005, s. 27.

⁸⁵ U. Bernitz, Den svenska konkurrenslagen, 1996, s. 22.

⁸⁶ C. Wetter, J. Karlsson, O. Rislund, M. Östman, Konkurrensrätt – En handbok, 2004, s. 8.

produkter, tillgång till fullständig information om köp- och säljmöjligheter, ett stort utbud av säljare och köpare så att den enskildes efterfrågan inte märkbart påverkar marknadspriset. Med hänsyn till ovan ställda kriterier för fri eller fullständig konkurrens kan det konstateras att denna typ av marknader är näst intill obefintliga. Frånvaron av denna typ av marknader förklaras med nutida krav på stordrift och specialisering hos företag och har i stället lett till en strävan efter effektiv konkurrens (även kallad fungerande konkurrens). Försök att nå effektiv konkurrens görs främst genom att motverka konkurrensbegränsningar av större betydelse.⁸⁷ Det som allmänt kännetecknar effektiv konkurrens är en marknad där antalet säljare inte är begränsat, de utbudna produkterna inte för differentierade, företagen inte handlar i samförstånd med varandra och inga väsentliga hinder finns för marknadsinträde.⁸⁸

4.2 Olika former av konkurrens

Konkurrensfriheten är så som andra friheter inte total eller obegränsad utan omfattas av inskränkningar med rättsligt stöd.⁸⁹ För att skapa förståelse för de regler som finns inom konkurrensrätten är en grundläggande framställning av olika former av konkurrens och konkurrensbegränsningar nödvändig. Viktigt är framför allt en redogörelse för de konkurrenssituationer som kan föranleda ett avtalstvång eller en begränsning i valet av medkontrahent.

4.2.1 Monopol

Den raka motsatsen till fri konkurrens är det faktiska monopolet då ett företag är helt ensamt på marknaden. Det faktiska monopolet är väldigt sällsynt och är snarare ett ytterlighetsfall. Denna typ av monopol innebär att ett företag har monopol inom sin bransch, men har inget juridiskt skydd mot att andra företag etablerar sig. En annan form av monopol är det rättsliga monopolet, vilket är betydligt mer vanligt förekommande. Besittning av rättsligt monopol och ensamrätt till en viss verksamhet har givits genom lag. Det kan exempelvis vara på grund av patentinnehav för tillverkning och framställning av en viss produkt.⁹⁰

⁸⁷ U. Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt, 2005, s. 50 f.

⁸⁸ C. Wetter, J. Karlsson, O. Rislund, M. Östman, Konkurrensrätt – En handbok, 2004, s. 8.

⁸⁹ U. Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt, 2005, s. 47.

⁹⁰ Ibid. s. 51 f.

4.2.2 Oligopol, monopolistisk konkurrens och duopol

Många marknader utgör så kallade oligopolmarknader, det vill säga marknader där ett fåtal företag med likvärdiga produkter svarar för en stor del av försäljningen. Ett exempel på oligopol utgörs av den svenska bensin- och oljemarknaden. På dessa marknader kan företagen under vissa förhållanden samordna sitt beteende. De negativa effekterna härav kan ibland jämföras med dem som kan uppkomma på en marknad med endast ett ensamt företag. Den situation som kallas monopolistisk konkurrens kännetecknas av ett större antal säljare med likartade, men inte identiska produkter på marknaden. Om det däremot endast är frågan om konkurrens mellan två företag går det under benämningen duopol.⁹¹

4.2.3 Dominerande ställning

Det finns fall där ett företag inte har monopolställning, men behärskar en väldigt stor del av marknaden, vilket gör att företaget får en dominerande ställning.⁹² En definition av dominerande ställning har gjorts i en dom av EG-domstolen från 1978 som säger:

*”...en stark ekonomisk ställning hos ett företag som gör det möjligt för företaget att hindra att effektiv konkurrens upprätthålls på en relevant marknad genom att medge företaget att i avsevärd utsträckning agera oberoende av sina konkurrenter och kunder och i sista hand konsumenterna...”*⁹³

När man talar om dominerande ställning är marknadsandel och relevant marknad två viktiga begrepp att känna till och ha med i sin bedömning av marknadsinflytande och dominans. Marknadsandelar beräknas utifrån företagets försäljning i volym eller värde i förhållande till den totala marknaden. Beräkning av marknadsandelar kan i vissa fall vara komplex och missvisande då denna även tar hänsyn till importförsäljning, exportförsäljning samt internförsäljning. För att kunna beräkna marknadsandelen måste den aktuella marknaden identifieras och preciseras. Bedömningen av det som kallas den relevanta marknaden utgörs av en produktmarknad (RPM) och en geografisk marknad (RGM).⁹⁴

Det finns grundläggande principer för marknadsavgränsning, vilket till huvudsak görs med grund i produktens substituerbarhet. Utbytbarheten från efterfrågesidan

⁹¹ U. Bernitz, Den svenska konkurrenslagen, 1996, s. 13.

⁹² U. Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt, 2005, s. 52.

⁹³ Mål 27/76, United Brands mot kommissionen, Chiquita-bananer.

⁹⁴ C. Wetter, J. Karlsson, O. Rislund, M. Östman, Konkurrensrätt – En handbok, 2004, s. 99 f.

bedöms mot bakgrund av användarnas uppfattning om produkternas egenskaper, pris, användning och funktion. Om produkterna är substituerbara med hänsyn till dessa kriterier bedöms de tillhöra samma marknad.⁹⁵

Det som benämns relevant geografisk marknad är det geografiska område där företagen utbjuder de aktuella produkterna. Vid bedömningen vägs likheter och skillnader in rörande konkurrensvillkoren mellan företagen. I bedömningen bör även uppgifter om parternas marknadsandelar, prissättning och prisskillnader medräknas.⁹⁶ Den kanske viktigaste aspekten i bedömningen av relevant geografisk marknad är även här huruvida användarna/kunderna har möjlighet till substitut och att nå olika leverantörer av den aktuella produkten.⁹⁷

4.3 Olika former av konkurrensbegränsningar

I konkurrenslagen finns det två huvudbestämmelser i 6 och 19 § §. Enligt 6 § är konkurrensbegränsande avtal mellan företag förbjudna. De förbjudna åtgärderna kan vara av olika slag, exempelvis prissamverkan, överenskommelser om marknadsuppdelning eller säljvägran till lågprisföretag. Vidare förbjuds enligt 19 § missbruk av dominerande ställning.⁹⁸ I uppsatsens avsikt att undersöka och redogöra för olika fall där avtalsfriheten är begränsad utgör reglerna rörande dominerande ställning den viktigaste delen.

Förbudet mot missbruk av dominerande ställning är av stor vikt i just Sverige eftersom företagskoncentrationen på den svenska marknaden är hög, det vill säga att vissa branscher kännetecknas av konkurrens mellan ett fåtal stora företag, som dominerar marknaden.⁹⁹

För att tillgodose samhällsintressen av effektiv konkurrens gäller förbud mot konkurrensbegränsande avtal och handlanden som innebär missbruk av dominerande ställning. I redogörelser för missbruk av dominerande ställning brukar det urskiljas två huvudformer av missbruk. Den ena som kallas exploaterande missbruk handlar om att det enskilda företaget utnyttjar sin dominerande ställning för egen vinning i form av oskäligen priser, villkor samt produktions- och marknadsbegränsningar. Den andra typen av missbruk går under benämningen exkluderande missbruk och innebär att företaget använder sin

⁹⁵ C. Wetter, J. Karlsson, O. Rislund, M. Östman, Konkurrensrätt – en handbok, 2004, s. 108.

⁹⁶ Ibid. s. 124 f.

⁹⁷ Ibid. s. 128 f.

⁹⁸ U. Bernitz, Den svenska konkurrenslagen, 1996, s. 54.

⁹⁹ Ibid. s. 55.

situation till att försvåra konkurrenssituationen för andra företag, exempelvis genom diskriminering och kopplingsförbehåll.¹⁰⁰

4.4 Oreglerad kontraheringsplikt för monopol och dominerande ställning

Tidigare har det konstaterats att det gemensamma för de fall där stadgande om kontraheringsplikt existerar är att man vill stödja den beroende parten i ett beroendeförhållande. Den typ av kontraheringsplikt som det redogjordes för i föregående kapitel är lagreglerad. Det finns även andra samhällseliga företeelser och situationer som kan föranleda ett tvång att avtala hos näringsidkare. Ofta motiveras ett tvång att avtala med att den fria konkurrens är satt ur spel på ett visst område, vilket kan påverka och begränsa medborgarnas möjligheter att åtnjuta vissa varor, tjänster och nyttigheter på marknaden.

I den framställning som följer i detta och kommande avsnitt kommer jag att redogöra för olika omständigheter som resulterar i ett oreglerat kontraheringstvång. Ett exempel på fall där det förekommer ett till viss del oreglerat kontraheringstvång är då ett företag innehar en monopolställning.¹⁰¹

Svenska staten driver en del olika verksamheter och företag. Största delen av de statligt drivna företagen går under samma förutsättningar som privatägda företag, men det finns några som har en speciell rättsligt skyddad ställning. Exempel på dessa statliga monopol är i dagsläget Systembolaget, Apoteket och Svenska spel. Systembolaget AB är det enda företag som får bedriva försäljning av alkohol och Apoteket AB har ensamrätt på försäljning av medicin. Det finns ingen i lag reglerad kontraheringsplikt vad det gäller dessa företag, men dock föreligger en oreglerad eller indirekt kontraheringsplikt.¹⁰²

Avtalsfriheten är, som framhållits ett flertal gånger under uppsatsens gång, en fundamental del av det marknadsekonomiska systemet. I detta innefattas möjligheten för företag att fritt förfoga över sina tillgångar, som kan vara allt från fysiska produkter till abstrakta tjänster och infrastruktur. Konkurrenslagstiftningen utgår från samma princip, att det är fritt för säljaren att välja sina kunder. Normalt är säljvägran fullt tillåten enligt konkurrenslagstiftningen. Dock finns det undantag för dominerande företag eller företag som innehar en monopolliknande ställning, som i vissa fall kan vara konkurrensrättsligt skyldiga att ingå avtal och skyldiga att tillhandahålla sina varor eller tjänster på grund av indirekt

¹⁰⁰ U. Bernitz, Den svenska konkurrenslagen, 1996, s. 58.

¹⁰¹ A. Adlercreutz, Avtalsrätt I, 2002, s. 105.

¹⁰² L. Pehrson, Kontraheringsplikt, 1976, s. 18.

kontraheringsplikt.¹⁰³ I dessa situationer kolliderar konkurrenslagstiftningens syfte med avtalsfriheten. Motiveringen till inskränkningen i avtalsfriheten ligger i kundens brist på substitut. Det bör tilläggas att kontraheringsplikten inte är absolut utan det finns omständigheter som kan åberopas av avtalsvägrande företag vid åläggande av avtalstvång. Företaget kan åberopa objektivt godtagbara skäl för sin avtalsvägran, i form exempelvis av betalningssvårigheter, badwill eller orderstorlek hos kunden.¹⁰⁴

4.5 Rättsverkan

Konkurrensverket är den centrala myndigheten för administration och tillämpning av konkurrenslagen.¹⁰⁵ Konkurrenslagen saknar straffsanktion, det vill säga att den är avkriminaliserad. Det finns två typer av sanktioner, dels offentligrättsliga, dels civilrättsliga. De offentligrättsliga utgörs av förbud förenat med vitesåläggande samt konkurrensskadeavgift. Konkurrensskadeavgift är en typ av sanktionsavgift som ett företag kan tvingas betala till staten om konkurrensbegränsande avtal eller missbruk av dominerande ställning har ägt rum.¹⁰⁶ Enligt 27 § KL är konkurrensskadeavgiften lägst fem tusen kronor och högst fem miljoner kronor eller till ett högre belopp dock inte överstigande tio procent av företagets omsättning föregående räkenskapsår.

De civilrättsliga sanktionerna i sin tur omfattar ogiltighet och skadestånd. Ogiltighet blir aktuellt om ett avtal strider mot förbudet mot konkurrensbegränsande avtal. Konkurrenslagens 33 § ger rätt till skadestånd vid överträdelse av något av förbuden i lagen. Skadeståndsansvaret följer i huvudsak allmänna skadeståndsrättsliga principer. För skadeståndsskyldighet krävs således uppsåt eller oaktsamhet vid konkurrensbegränsande avtal eller missbruk av dominerande ställning i förhållande till konkurrenter, andra företag eller avtalsparter.¹⁰⁷

4.6 Praxis

För att hänföra till vad som tagits upp under kapitlets gång och för att visa på den konflikt som finns mellan konkurrensreglering och avtalsfrihet har jag valt att exemplifiera utifrån ett verkligt rättsfall från domstol. Redogörelsen som följer behandlar och sammanfattar ett avgörande från marknadsdomstolen.

¹⁰³ U. Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt, 2005, s. 138.

¹⁰⁴ Ibid. s. 164.

¹⁰⁵ U. Bernitz, Den svenska konkurrenslagen, 1996, s. 77.

¹⁰⁶ Ibid. s. 80 f.

¹⁰⁷ Ibid. s. 80 f.

4.6.1 MD 1999:22

Fallet **MD 1999:22** handlar om Scandinavian Airlines System (SAS) som under en tid vägrat träffa interlineavtal med ett nyetablerat flygbolag (NEA). Den huvudsakliga frågan ligger i huruvida SAS har överträtt förbudet som behandlas i KL:s 19 § och om skyldighet att betala konkurrensskadeavgift till staten därmed föreligger. Grunden till ett avgörande i marknadsdomstolen är SAS överklagande mot tingsrättens beslut.

Interlining avser en överenskommelse mellan två flygbolag, som innebär att det ena eller båda bolagen har rätt att sälja transporter med det andra bolaget till de priser och villkor som fastställts av det andra bolaget. Vidare åtar sig det andra bolaget att genomföra transporten till dessa priser och villkor. Interlining innebär alltså att ett flygbolags biljetter kan utfärdas så att de även omfattar transport med ett eller flera andra flygbolag, under förutsättning att det finns ett interlineavtal. Genom interlineavtalet behöver en passagerare endast köpa en biljett. Ett interlineavtal mellan två flygbolag innebär vidare en rätt för biljettutställande flygbolag att motta betalning för det andra flygbolagets räkning. Det biljettsäljande bolaget redovisar därefter betalningen till det andra bolaget med avräkning för överenskommen provision. Interlineavtal kan vara antingen ömsesidiga eller ensidiga. Interlineavtalet som målet handlar om var ett ensidigt interlineavtal, vilket skulle innebära att NEA skulle få tillgång till SAS biljetter och biljettdistribution utan någon som helst affärsmässig fördel för SAS.

Enligt Konkurrensverket har SAS fr.o.m. den 3 november 1995 t.o.m. den 1 juni 1996 vägrat att teckna interlineavtal med NEA. SAS vägran har bidragit till att allvarligt begränsa konkurrensen på flygsträckan Östersund - Arlanda. SAS har inte haft något objektivt kommersiellt skäl för sin vägran. Denna utgör en överträdelse av förbudet mot missbruk av dominerande ställning enligt 19 § konkurrenslagen. Överträdelsen gjordes uppsåtligen eller av oaktsamhet och är av sådan art att skäl finns för konkurrensskadeavgift. Konkurrensverket menar vidare att SAS, som fram till den 1 juli 1992 var monopolist på den svenska flygmarknaden, möter konkurrens på endast ett mindre antal flygsträckor och fortfarande är den oomstritt störste aktören på marknaden. Den ställning som SAS sammantaget har på hela flygmarknaden i Sverige bör därför enligt verkets mening beaktas. Enligt Konkurrensverket är detta omständigheter som talar för att den relevanta marknaden inte avgränsas till endast den aktuella sträckan.

Tingsrätten bedömer att SAS vägran att teckna interlineavtal med NEA har utgjort ett missbruk av SAS dominerande ställning. Detta eftersom SAS vägran inneburit en inskränkning i NEA:s möjligheter att agera på marknaden samt att SAS uppträdande har inneburit ett frångående av praxis vad gäller interlineavtal och

det faktum att vägran varit riktat mot ett bolag under dess etableringsstadiet. Tingsrätten har, utan att ange några skäl för detta, frångått den praxis avseende när underlåtenhet att ingå interlineavtal kan anses utgöra ett missbruk av dominerande ställning, som fastställts av EG-kommissionen i uttalanden och beslut. Tingsrätten har dessutom ansett det möjligt att dra slutsatsen att SAS missbrukat sin dominerande ställning utan att ens avgränsa den i målet relevanta marknaden. Detta är något som är nödvändigt inte bara för att bedöma SAS marknadsställning utan även för bedömning av vilka eventuella effekter SAS vägran att teckna interlineavtal faktiskt haft. EG-domstolens och EG-kommissionens praxis vad gäller avgränsning av den relevanta marknaden i fall som det aktuella är entydig. Den grundar sig på att tillhandahållandet av en tjänst innebärande passagerartransport på en sträcka inte är för kunden utbytbar mot motsvarande tjänst på en annan sträcka. Inrikes bedrev NEA reguljär trafik endast på sträckan Arlanda - Östersund och frågan om NEA:s behov av ett interlineavtal med SAS gällde alltså endast den sträckan. Den relevanta marknaden i det här fallet blir således reguljär flygtrafik på sträckan Arlanda - Östersund - Arlanda. SAS har bekräftat att företaget har en dominerande ställning på den relevanta marknaden. Alltså enligt den praxis som utvecklats av EG-kommissionen finns ingen absolut och oinskränkt skyldighet för ett dominerande flygbolag att teckna interlineavtal med en nytillträdande konkurrent. Den fria marknadsekonomi, som det är konkurrensrättens uppgift att försvara, bygger bland annat på principen att konkurrenter ska konkurrera snarare än att samarbeta. En annan grundläggande princip är avtalsfriheten, det vill säga rätten för ett företag att välja om man vill ingå ett visst avtal eller inte. Att bryta mot dessa grundläggande marknadsekonomiska principer är endast aktuellt i speciella situationer då ett avtalstvång är nödvändigt för att överhuvudtaget få till stånd eller upprätthålla konkurrens på en marknad.

Tingsrättens dom gick emot EG-kommissionens inställning. Tingsrätten avser en skyldighet för ett dominerande flygbolag att ingå interlineavtal med sina konkurrenter även om konkurrentens möjligheter att agera på marknaden endast inskränks måttligt. Det finns inte något sakligt stöd för att SAS underlåtenhet att träffa ett interlineavtal med NEA överhuvudtaget haft några effekter för NEA:s verksamhet. Tvärtom angav tingsrätten i sin dom att NEA:s marknadsandel till och med sjönk efter det att NEA erhållit det önskade interlineavtalet.

SAS däremot ansåg sig inte ha överträtt 19 § konkurrenslagen. De anser vidare att NEA:s möjligheter att konkurrera med SAS på den relevanta marknaden inte försämrats i någon väsentlig utsträckning på grund av uteblivet interlineavtal. Än mindre har ett interlineavtal med SAS varit nödvändigt för att NEA skulle kunna etablera och utveckla sin verksamhet på den relevanta marknaden.

SAS beslut att överklaga tingsrättens dom i målet grundades på två skäl. Det första är ett klagande om huruvida SAS är underkastad en i princip absolut kontraheringsplikt vad gäller interlineavtal i förhållande till andra svenska inrikesflygbolag. Det andra skälet till SAS överklagande är att SAS, för den händelse Marknadsdomstolen delar tingsrättens uppfattning att SAS missbrukat sin dominerande ställning, önskar få klarlagt om SAS genom sitt agerande verkligen kan anses ha agerat uppsåtligt eller oaktsamt.

SAS grund för att inte teckna interlineavtal med NEA har inte varit en önskan att försvåra NEA:s verksamhet på den aktuella flyglinjen. Däremot har SAS givetvis inte, i avsaknad av några egna affärsmässiga fördelar, sett någon anledning att under rådande omständigheter underlätta NEA:s verksamhet. Detta är inte ett dominerande företags uppgift i en marknadsekonomi. En underlåtenhet att underlätta en konkurrents verksamhet räknas till normalt affärsmässigt beteende.

Marknadsdomstolen anser att flyglinjen utgör såväl produktmarknad som geografisk marknad. Enligt Marknadsdomstolens mening finns emellertid anledning att i detta fall tillämpa en vidare marknadsavgränsning. SAS har som tidigare monopolist och som den ojämförligt störste aktören en särställning på den svenska flygmarknaden som helhet. Företaget befordrar passagerare till och från destinationer i hela Sverige och dess uppträdande har verkningar på hela den svenska inrikes flygmarknaden. Med hänsyn härtill anser Marknadsdomstolen att den relevanta marknaden ska bestämmas till inrikes reguljär flygtrafik. På den så bestämda marknaden har SAS en mycket hög marknadsandel som kan beräknas till ca 65 procent. SAS marknadsandel sammantagen med företagets finansiella styrka ger vid handen att SAS har en dominerande ställning på marknaden. Marknadsdomstolen anser vidare att SAS vägran att teckna interlineavtal med NEA inte är godtagbar från konkurrenssynpunkt samt att anledning för SAS att inte träffa avtal anses inte vara grundad på objektiva kommersiella skäl. SAS förfarande att under en tid vägra att träffa interlineavtal med NEA utgör sålunda ett missbruk av SAS dominerande ställning. För att konkurrensskadeavgift ska kunna åläggas krävs att SAS handlande i fråga har skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. Med andra ord krävs ett avsiktligt handlande från SAS sida i syfte att begränsa konkurrensen eller med vetskapen om att följden blir konkurrensbegränsande. Enligt Marknadsdomstolen kan SAS inte ha varit omedvetet om att företagets vägran hade en konkurrensbegränsande verkan. SAS har således genom sin avtalsvägran ådragit sig en skyldighet att betala konkurrensskadeavgift. Sammanfattningsvis gjorde Marknadsdomstolen samma bedömning som tingsrätten och således lämnades SAS överklagande utan bifall.

4.6.2 Sammanfattande kommentarer

Tydliga tecken finns på att domstolarna anser att det är frågan om en beroendesituation från NEA:s sida sett, vilket också är en bidragande faktor till den kontraheringsplikt som SAS åläggs. Det mesta i rättsfallet ovan tyder på att effektiv konkurrens väger tyngre än det enskilda bolagets fria vilja att själva bestämma vilka man vill och väljer att ingå avtal med. Så som konkurrenslagen är uppbyggd finns det grundläggande skillnader i avtalsfriheten på en marknad mellan ett dominerande företag och dess mindre konkurrenter. För en näringsidkare med dominerande ställning på en viss marknad gäller knappast principen om fritt kundval. Det gäller som tidigare framgått strängare krav på dominerande företags marknadsbeteende än vad som gäller för andra företag, vilket bekräftades i det verklighetsbaserade fallet.

5 Diskrimineringsreglering, indirekt kontraheringsplikt

I regler rörande kontraheringsplikt finns ofta ett explicit eller implicit motiv att motverka diskriminering med strävan efter rättvisa och likabehandling. Åter igen bör det poängteras att detta är en följd av ett sorts beroendeförhållande som skapats.

5.1 Allmänt

Diskriminering inträffar när en enskild person behandlas sämre än en annan person. Diskriminering i alla dess former och slag är ett högst aktuellt ämne år 2006 och har så varit under senare år. Både i officiella och privata sammanhang har vi nog alla stött på eller uppmärksammat diskussionen om diskriminering. Den ständigt pågående processen gällande Sverige och dess internationella harmonisering sätter ytterligare press på arbetet att motverka diskriminering och främja likabehandling av olikheter i allt från sexuell läggning till nationalitet och kön.

Alla människor är lika i värde och har samma rättigheter. Det betyder att ingen får diskrimineras eller hindras från att utnyttja sina rättigheter på grund av kön, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, språklig eller religiös tillhörighet, funktionshinder, sexuell läggning eller politisk eller annan uppfattning. Skyddet mot diskriminering är en grundläggande del i arbetet för de mänskliga rättigheterna. Mänskliga rättigheter bygger på principen om alla människors lika värde och finns uttryckt i flera sammanhang. De är också grunden för det demokratiska samhället.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Regeringens webbplats om mänskliga rättigheter:

http://www.manskligarattigheter.gov.se/extra/page/?action=page_show&id=6&module_instance=3&top_id=7&nav_id=6 (2006-03-16)

5.2 Regler rörande diskriminering

Det finns ingen total frihet för en näringsidkare i vad gäller att välja sina medkontrahenter. Det bör än en gång understrykas att nästan allt som går under benämningen frihet har sina begränsningar i en eller annan form. Det som i uppsatsens avseende benämns avtalsfrihet kolliderar med en annan frihet, nämligen de grundläggande mänskliga fri- och rättigheterna.¹⁰⁹

5.2.1 Allmän reglering

I en av våra grundlagar, Regeringsformen 1 kap. 2 §:

”Den offentliga makten skall utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet...”

Regeringen arbetar aktivt för alla människors lika förutsättningar och rätt till alla rättigheter såväl internationellt som i Sverige. Arbetet syftar till att förebygga och motverka diskriminering, vilket är en grundläggande del i en fungerande demokrati. Målet är att alla människor i Sverige ska ha möjligheten att kunna agera i samhället på lika villkor. Åtgärder och arbete mot diskriminering genomförs inom olika delar av politiken, bland annat inom jämställdhetspolitiken, integrationspolitiken och handikappolitiken. I Sverige finns flera ombudsmän som lyder under regeringen och vars uppgifter har anknytning till de mänskliga rättigheterna samt har till uppgift att motverka diskriminering på olika grunder. Några av dessa är; jämställdhetsombudsmannen, ombudsmannen mot etnisk diskriminering, handikappombudsmannen och ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning.¹¹⁰

Ett avseende i avtalsfrihetens begränsningar påtalas av den lagstiftning som finns på diskrimineringsområdet. Både den internationella lagstiftningen och nationella lagstiftningen innehåller regler om diskrimineringsförbud.¹¹¹ Det finns i dagsläget en del olika lagar i Sverige som behandlar och belyser olika slags frågor gällande diskriminering, allt från jämställdhetslagar till olika former av lagar som behandlar diskriminering i arbetslivet.

¹⁰⁹ H. Göransson – A. Karlsson, Diskrimineringslagarna, 2004, s. 15.

¹¹⁰ Regeringens webbplats om mänskliga rättigheter:

http://www.manskligarattigheter.gov.se/extra/page/?action=page_show&id=6&module_instance=3&top_id=7&nav_id=6 (2006-03-16)

¹¹¹ Ibid. (2006-03-16)

5.2.2 Lag (2003:307) om förbud mot diskriminering

Den senaste av diskrimineringslagarna är lag (2003:307) om förbud mot diskriminering, som trädde i kraft 1 juli 2003. Syftet för samtliga av diskrimineringslagarna är att motverka och vidta åtgärder mot diskriminering på grund att etnisk tillhörighet, religionstillhörighet, sexuell läggning eller funktionshinder. Den nya lagen gäller även den när diskrimineringen har samband med etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder eller sexuell läggning. Lagen omfattar allt från diskriminering i arbetslivet, tillhandahållande av varor och tjänster till diskriminering i bostadsförmedling och sjukvård.¹¹²

Ett viktigt tillägg i denna nya lag är förbudet mot diskriminering vid tillhandahållandet av varor, tjänster och bostäder. Det bör tilläggas att skyddet mot diskriminering i dessa sammanhang endast omfattar privatpersoner och således inte juridiska personer.¹¹³ I avsnittets fortsatta redogörelse kommer jag att bortse från diskriminering i arbetslivet och således fokusera på tillhandahållandet av varor och tjänster.

Lagen omfattar olika typer av diskriminering både direkt och indirekt diskriminering, trakasserier och instruktion till diskriminering. Det är även förbjudet att utsätta någon som gjort en anmälan för repressalier.¹¹⁴

Definitionerna för de olika typerna av diskriminering går att finna i lagens 3 §:

”I denna lag avses med diskriminering

1. direkt diskriminering: att en enskild person missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, sexuell läggning eller funktionshinder,

2. indirekt diskriminering: att en enskild person missgynnas genom tillämpning av bestämmelser, kriterier eller förfaringssätt som framstår som neutrala men som i praktiken särskilt missgynnar personer med visst kön, viss etnisk tillhörighet, religion eller annan

¹¹² H. Göransson – A. Karlsson, Diskrimineringslagarna, 2004, s. 13.

¹¹³ Ibid. s. 124 f.

¹¹⁴ Ibid. s. 124.

trosuppfattning, sexuell läggning eller visst funktionshinder, såvida inte bestämmelserna, kriterierna eller förfaringssätten kan motiveras av berättigade mål och medlen är lämpliga och nödvändiga för att uppnå målet

3. trakasserier: ett uppträdande som kränker en persons värdighet och som har samband med kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, sexuell läggning eller funktionshinder,

4. sexuella trakasserier: ett uppträdande av sexuell natur som kränker en persons värdighet,

5. instruktioner att diskriminera: order eller instruktioner att diskriminera en person enligt 1-4 som lämnas åt någon som står i lydnads- eller beroendeförhållande till den som lämnar ordern eller instruktionen eller som gentemot denna åtagit sig att fullgöra ett uppdrag.”

Ett exempel på direkt diskriminering är om en mäklare utestänger någon från att ge bud på en lägenhet på grund av att han eller hon har ett visst nationellt ursprung. Indirekt diskriminering är då en regel eller föreskrift, som framstår som neutral, men i praktiken innebär att någon behandlas sämre på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder eller sexuell läggning. Trakasserier kan också ses som diskriminering. Stötande eller förlöjligande kommentarer, skämt eller ett uppträdande som kränker en person kan också anmälas om de kan kopplas till någon av diskrimineringsgrunderna. Avgörande är hur anmälaren har uppfattat handlingen. Det är även att betrakta som diskriminering om man instruerar en anställd, eller någon annan som står i beroendeställning till en själv, att behandla en person sämre med hänvisning till någon av de grunder som omfattas av lagen.¹¹⁵

För att klargöra de olika begrepp och definitioner som förekommer i diskrimineringsavseende är min avsikt att kort redogöra för de olika skyddsobjekt som faller under lagen. Dessa definitioner går att finna i lagens 4 §:

”I denna lag avses med

1. etnisk tillhörighet: att någon tillhör en grupp av personer som har samma nationella eller etniska ursprung, ras eller hudfärg,

¹¹⁵ H. Göransson – A. Karlsson, Diskrimineringslagarna, 2004, s. 124.

2. *sexuell läggning: homosexuell, bisexuell eller heterosexuell läggning,*
3. *funktionshinder: varaktiga fysiska, psykiska eller begåvningsmässiga begränsningar av en persons funktionsförmåga som till följd av en skada eller en sjukdom fanns vid födelsen, har uppstått därefter eller kan förväntas uppstå.”*

5.3 Den indirekta kontraheringsplikten

Kriminaliserad diskriminering är en form av begränsning som inte direkt ger stöd för kontraheringsplikt genom lagstadgande, därav benämningen indirekt kontraheringsplikt. Innebörden av den indirekta kontraheringsplikten är i allmänhet att näringsidkaren i fråga är skyldig att tillhandagå alla sina kunder på lika villkor och inte diskriminera någon genom att vägra en viss typ av avtal.¹¹⁶

För en näringsidkare gäller det att tillhandhålla varor och tjänster, som denne normalt tillhandhåller, till alla som efterfrågar dessa. Tjänster används som samlingsbegrepp på alla slags prestationer som normalt utförs mot ersättning och inte faller under varor, kapital eller personer. Viktiga typer är finansiella tjänster (bank- och försäkringsverksamhet) transporttjänster och turism, bygg och anläggningsverksamheter, hälsosjukvård, utbildning.¹¹⁷

Ett indirekt kontraheringstvång kommer till uttryck genom en bestämmelse om olaga diskriminering i BrB 16 kap. 9 §:

”En näringsidkare som i sin verksamhet diskriminerar någon på grund av hans ras, hudfärg, nationella eller etiska ursprung eller trosbekännelse genom att inte gå honom till handa på de villkor som näringsidkaren i sin verksamhet tillämpar i förhållande till andra, skall dömas för olaga diskriminering till böter eller fängelse i högst ett år...”

Som synes i lagtexten ovan finns det ingen direkt uttryckt plikt för en näringsidkare att avtala med någon. Däremot finns ett diskrimineringsförbud som indirekt resulterar i en begränsning i den enskilde näringsidkarens avtalsfrihet i val av avtalskontrahent, vilket i denna uppsats benämns indirekt kontraheringsplikt.

¹¹⁶ B. Lehrberg, Uppsatser i bankrätt, 2002, s. 87.

¹¹⁷ A. Victorin, Om kontraheringstvång inom förmögenhetsrätten, 1976, s. 449.

5.4 Rättsverkan

Trots förutsättningen att det finns en allmän princip som får följd av en indirekt kontraheringsplikt för den som bjuder ut varor och tjänster till allmänheten, kan en näringsidkare inte tvingas att ingå något avtal. Förutom den straffrättsliga sanktionen finns det möjlighet till utomkontraraktuellt skadestånd enligt skadeståndslagen (1972:207) 2 kap. 2 och 3 § §, som behandlar ren förmögenhetsskada och kränkning.

5.5 Praxis

Som sammanfattning och förtydligande på vad som framförts under kapitlets gång har jag valt att redogöra för ett rättsfall från högsta domstolen.

5.5.1 NJA 1999 s. 556

Fallet behandlar ett varuhus som i brottsförebyggande syfte infört förbud för personer klädda i vida, långa och tunga kjolar att komma in i varuhuset. Förbudet har ansetts innebära olaga diskriminering av zigenare.

Det var i oktober 1996 som butiksinnehavarna Fredrik och Stefan nekade Ritva att få tillträde till deras affär, eftersom hon bar zigeniska kvinnokläder. Stefan och Fredrik L diskriminerade genom förbudet den målsägande Ritva på grund av hennes etniska ursprung genom att inte tillhandta de villkor som de i sin verksamhet tillämpade mot andra. Ritva yrkade skadestånd med för kränkning och sveda och värk. I tingsrätten bestrider butiksinnehavarna ansvar för åtalad gärning.

Ritva har zigeniskt ursprung och bär alltid den för den zigeniska kulturen typiska klädedräkten med bland annat en lång vid kjol. Hon har tidigare handlat på varuhuset och då blivit insläppt. Hon fick veta av en annan zigenerska att man inte släppte in zigenare i varuhuset. Vid nästa tillfälle Ritva skulle handla ringde hon därför upp en lokal tidning på orten och fick med en reporter och en fotograf till butiken. Då Ritva kom till varuhusets entré stoppades hon av ett butiksbiträde och butiksinnehavaren som sa "här är zigenarkvinnor inte välkomna, alla zigenarkvinnor snor".

Butiksinnehavarna berättade att det vid tillfället hade förekommit många stölder i varuhuset där varor gömts under tunga vida kjolar. Under sommaren 1995 beslutade bröderna därför att införa ett förbud mot att vistas i varuhuset med

sådan kjol. Kvinnor som bär sådan kjol är i och för sig välkomna men erbjuds att i ett särskilt rum i varuhuset byta till en av varuhuset tillhandahållen kjol.

I tingsrätten görs följande bedömning: Av 16 kap 9 § BrB framgår att en näringsidkare, som i sin näringsverksamhet diskriminerar någon på grund av bland annat dennes etniska ursprung genom att inte gå honom till handa på de villkor som näringsidkaren i sin näringsverksamhet tillämpar i förhållande till andra gör sig skyldig till olaga diskriminering. Av förarbetena till bestämmelsen framgår att det fordras sådan bevisning att det kan anses klarlagt att det avgörande motivet för gärningen har varit t ex någons etniska ursprung och att den åtalade inte har haft ett annat, legitimt motiv för sitt beteende.

Det är uppenbart att förbudet mot långa vida kjolar drabbade praktiskt taget endast kvinnor av zigenisk härkomst, något som ägarna av butiken rimligen måste ha varit medvetna om. Å andra sidan beaktade tingsrätten ägarnas motiv för förbudet, nämligen att de ville förebygga stölder i varuhuset. Varuhuset har dessutom krävt kvinnor med långa vida kjolar att få byta till annan av varuhuset erbjuden kjol under vistelsen. Ett klädbyte som detta kan inte medföra ansvar för olaga diskriminering. För att det skall vara fråga om olaga diskriminering krävs att motivet för ett sådant krav har varit till exempel personens etniska ursprung.

Tingsrätten fann att skälet till att Ritva vägrats tillträde till varuhuset har varit att hon burit en lång vid kjol, som varuhusinnehavarna uppfattat som ett potentiellt stöldhjälpmedel och deras handling har inte varit att diskriminera Ritva. Åtalet ogillades därför av tingsrätten.

Ritva överklagade till Svea Hovrätt. I hovrätten sägs följande: Det finns inte någon anledning att betvivla att syftet med förbudet varit att minska stölderna i varuhuset. En näringsidkare har rätt att i det syftet vägra någon, zigenare eller annan, tillträde till hans affärslokal. En sådan vägran måste grundas i kännedom om den individuella kunden och får inte stödjas på den etniska gruppstillhörigheten. Butiksinnehavarna har i detta fall inte nekat Ritva tillträde på grund av kännedom om henne som person. Hovrätten finner därför att tillträdesförbudet mot Ritva är att anse som olaga diskriminering i enighet med 16 kap 9 § BrB. Ritva i sin tur ersätts med skadestånd för kränkning. Butiksinnehavarna överklagade till Högsta domstolen, vilka fastställde Hovrättens domslut.

5.5.2 Avslutande kommentarer

Rättsfallet ovan ger oss ytterligare ett exempel på när en näringsidkare begränsas i sitt val av medkontrahent. Den enskildes näringsidkare avtalsfrihet inskränks med förmån för allas människors lika värde och likabehandling oavsett ras, hudfärg, nationalitet, etniska ursprung eller sexuella läggning. Fallet visar på vad som tidigare benämns indirekt diskriminering. Inget förbud fanns mot zigeniska kvinnor, men indirekt var det dessa som blev drabbade på grund av sin klädsel.

6 Slutsatser

I detta sista och avslutande kapitel ämnar jag analysera den information som utgör referensramen för denna uppsats och utifrån innehållet söka besvara min uppställda frågeställning.

6.1 Skillnaden i reglerad respektive oreglerad kontraheringsplikt

- *Kan man tala om kontraheringsplikt oberoende av lagstöd? – Vad är det i så fall som särskiljer de olika formerna av kontraheringsplikt åt?*

På frågan huruvida man kan tala om en kontraheringsplikt oberoende av lagstöd, är mitt första spontana svar att jag anser att detta är fullt möjligt. Med stöd i vad som framkommit under uppsatsens gång anser jag att kontraheringsplikten, oavsett om den är lagstadgad eller inte, bygger på samma allmänna princip, vilket innefattar att avtalsfriheten på något sätt är inskränkt i valet av medkontrahent.

Om man ser till den praxis som tas upp i uppsatsen kan man se tendenser till att även oreglerad kontraheringsplikt erkänns och kan i stort sätt likställas med den kontraheringsplikt som finns direkt uttryckt i lag. Förbudet mot olaga diskriminering inskränker avtalsfriheten att välja avtalspart precis som ett företag med dominerande ställning kan tvingas ingå avtal mot sin vilja.

Skillnaden ligger i hur avtalstvånget är uttryckt och formulerat i lagtexten. I de fall som räknas till den lagstadgade kontraheringsplikten står det klart uttryckt i lagtexten att det förekommer ett avtalstvång. Medan de fall som i uppsatsen klassificeras till indirekt kontraheringsplikt innehåller regler som på ett eller annat sätt indirekt innebär ett avtalstvång. Som i exempelvis konkurrenslagen står det inte direkt uttryckt att en näringsidkare är skyldig att sluta avtal, men likväl finns ett antal regler rörande dominerande ställning och monopolsituationer som indirekt resulterar i en form av kontraheringsplikt och således en inskränkning i avtalsfriheten och val av medkontrahent. På dessa grunder anser jag därför att de fall där det förekommer ett tvång att avtala, oavsett på vilket sätt det är lagstadgat, bör likställas i begreppet kontraheringsplikt.

Vid närmare eftertanke och djupare analys kan min frågeställning ses från ett annat perspektiv och få en annan dimension. Det som till en början synes vara ett självklart svar med hänsyn till kontraheringspliktens allmänna princip kan nu vidareutvecklas och i vissa fall motargumenteras.

I ett vidare resonemang om huruvida de finns olika typer av kontraheringsplikt har jag under skrivandets tilltagande insett att definitionen av begreppet plikt och tvång är av stor vikt. Beroende på hur plikt respektive tvång definieras kan argumenten och slutsatsen se annorlunda ut. *Utgör kontraheringsplikten ett tvång om det finns möjlighet till att "köpa" sig fri? Är det skillnad på de regler om kontraheringsplikt som är uttryckligen lagstadgade och de som inte är det? Är de lagstadgade reglerna mer kraftfulla och således mer tvingande?*

En vidareutveckling, som hänger samman med diskussionen om innebörden av tvång torde vara skillnaden i de sanktioner som utdöms till den part som vägra tillmötes gå ett avtal med sin kontrahent.

Då jag anser att man kan tala om kontraheringsplikt oberoende av lagstöd blir det i stället aktuellt att undersöka och analysera skillnaderna i de olika typerna. Om vi ser till den kontraheringsplikt som förekommer i uppsatsens kapitel 3 inom bank- och försäkringsväsendet kan vi se att denna innebär ett verkligt tvång. Tvång i den bemärkelsen att ena avtalsparten verkligen kan påtala ett avtal och kräva att detta kommer till stånd, exempelvis genom domstolsförfarande. Alternativ till avtalsslut saknas om det visar sig att giltig grund för avtalsvägran inte finns.

I jämförelse med det verkliga tvånget kan en annan form av rättsverkan vara aktuell. Här handlar det om ett tvång som går att "köpa" sig fri ifrån. I kapitel 4 och 5 behandlas en kontraheringsplikt som resulterar i en straffsanktion eller skadestånd. Beroende på vem som är utsatt för kontraheringsplikten kan tvånget vara av olika karaktär och således olika starkt. Eller rättare sagt, för vissa utsatta innebär åläggandet av kontraheringsplikten ett tvång, medan för andra inte. För att åskådliggöra mitt betraktelsesätt kan vi se till företag med olika storlek och således skillnader i vad gäller resurser och tillgångar. Exempelvis kan ett skadestånd, på grund av avtalsvägran, innebära konkurs för ett lite mindre företag med mindre resurser. I sådant fall kan tvånget likställas med det verkliga tvånget där den ena parten kan kräva ett avtalsslut med tanke på annars förödande konsekvenser. I dessa fall kan det vara frågan om företagets eller näringsidkarens vara eller inte vara. Vice versa behöver "bara" skadestånd inte vara kännbart för ett stort företag och således resulterar inte kontraheringsplikten i något tvång utan snarare ett slag på fingrarna.

Slutsatsen av ovan och således svaret på min uppställda problemformulering är högst beroende på hur man definierar tvång. Personligen anser jag att det är frågan om kontraheringsplikt i alla fall där någon inskränkning rörande friheten att själv av egen vilja välja sin medkontrahent är inskränkt. I de fall jag har undersökt i min uppsats kan vi se samma mönster och principer. Gemensamt för samtliga är just begränsad avtalsfrihet. Skillnaderna ligger i hur det är uttryckt i lag, men framför allt i hur konsekvenserna ser ut i form av sanktioner. Trots skillnaderna som finns hos de båda typerna av kontraheringsplikt är den grundläggande principen och innebörden den samma hos de båda typerna, varför jag anser att man kan tala om en kontraheringsplikt oberoende av lagstöd.

6.2 Kontraheringspliktens påverkan på marknaden

- *Hur påverkas i sin tur marknaden av kontraheringsplikten?*

Genom utvecklingen som pågått och resulterat i den marknadsekonomi som nu råder i Sverige har de rättsliga reglerna ändrats med tiden. Inskränkningar i avtalsfriheten har tillkommit och kontraheringsplikten utgör en del av dessa. Avtalsfriheten och kontraheringsplikten är oförenliga med varandra. Det går inte att åtnjuta den ena sidan fullt ut utan att inskränka på den andra. Det handlar om en konflikt mellan det allmännas och den enskildes intresse.

Kontraheringsplikten som sådan inskränker grundprincipen i en marknadsekonomi. Inskränkningarna beaktar det allmännas intresse som står i konflikt med den enskilde individens intresse. Marknaden har blivit mer kollektivistisk och det allmänna omsättningens intresse har skjutits i förgrunden. Det har skett en sorts kollektivisering av avtalsrätten och det som kallas avtalsfrihet. Den enskilde individens intresse blir lidande till förmån för marknaden och dess effektivitet och säkerhet.

Som konstaterats under uppsatsens gång finns och motiveras kontraheringsplikten för att på något sätt stödja och skydda beroendepart. Kontraheringsplikten stadgas för att möjliggöra och underlätta olika åtgärder för alla medborgares bästa. I exempelvis konkurrensavseendet kan kontraheringsplikten ses som en viktig förutsättning för att skapa exempelvis låga priser och ekonomisk expansion.

Kontraheringsplikten resulterar i största möjliga nytta, ett effektivare samhälle med högre marknadsrationalitet, där alla kan vara delaktiga och bidra med sin del och i sin tur även få ut mer av samhället. Man kan se tendenser av kontraheringsplikten som en katalysator som styr i riktning mot ett modernt välfärdssamhälle.

Som vi tydligt kan se av redogörelsen i uppsatsen finns det för en leverantör med dominerande ställning restriktioner i vad det gäller fritt kundval. Här blir det frågan om en avvägning mellan intresset av avtalsfrihet och konkurrensfrihet. Det primära skyddsintresset bakom de konkurrensrättsliga reglerna är, som framgått av kapitel 4, det samhällsekonomiska. Konkurrenslagen och i sin tur den oreglerade kontraheringsplikten fungerar som ett instrument för främjande av allmän rörlighet och anpassningsbarhet i näringslivet, rimlig prisnivå samt effektiv resursfördelning.

Genom en effektiv konkurrens befrämjas vanligen effektiviteten inom näringslivet till gagn för kunder och för samhällsekonomin, men kan samtidigt ses som en inskränkning i avtalsfriheten. Att tvinga företag att ingå avtal kan på lång sikt få konkurrenshämmande effekt. Exempelvis kan motivationen och drivkraften hos ett företag minska, vilket kan resultera i att de avstår från investeringar som de annars skulle ha gjort. Att tvinga till avtalsslut kan i vissa fall i stället bli en nedåtgående spiral med tanke på nyss nämnda dilemma.

Det skulle kunna tänkas att kontraheringsplikten i viss mån hjälper till att förebygga olika former av svart handel och svarta marknader. Kontraheringsplikten motiveras som sagt med strävan att alla medborgare i största möjliga mån får möjligheten att delta på marknaden på samma villkor. På så sätt minskar risken att aktörer stängs ute från marknaden. Genom en effektiv konkurrens pressas priserna samt transaktionskostnaderna och den ekonomiska och tekniska utvecklingen går i positiv riktning, vilket i sin tur även kan hjälpa till att minska utvecklingen av exempelvis kriminalitet och svarta marknader. Kontraheringsplikten kan ses som ett medel genom vilken man säkerställer att näringsidkarens frihet inte leder till den enskildes brist på frihet.

Referensförteckning

Offentligt tryck

Proposition 1975/76:15: Förslag till trafikskadelag m.m.

Proposition 1998/99:42: Ändringar i trafikskadelagen

Proposition 2002/03:139: Reformerade regler för bank- och finansieringsrörelse

Proposition 2003/04:150: Ny försäkringsavtalslag

Litteratur

Adlercreutz, Axel, 2000. *Avtal: Lärobok i allmän avtalsrätt*. Elfte upplagan. Stockholm.

Adlercreutz, Axel, 2002. *Avtalsrätt I*. Tofte upplagan. Lund.

Agell, Anders – Malmström, Åke, 2005. *Civilrätt*. Nittonde upplagan. Malmö.

Bengtsson, Bertil, 2005. *Försäkringsrätt, några huvudlinjer*. Sjunde upplagan. Stockholm.

Bernitz, Ulf, 1996. *Den svenska konkurrenslagen*. Stockholm.

Bernitz, Ulf, 2005. *Svensk och europeisk marknadsrätt I, konkurrensrätten och marknadsekonomin rättsliga grundvalar*. Stockholm.

Göransson, Håkan – Karlsson, Anders, 2004. *Diskrimineringslagarna: En praktisk kommentar*. Tredje upplagan. Stockholm.

Hellner, Jan, 1994. *Försäkringsrätt*. Andra upplagan. Stockholm.

Lehrberg, Bert, 2004. *Avtalsrättens grundelement*. Uppsala.

Lehrberg, Bert, 2001. *Praktisk juridisk metod*. Fjärde upplagan. Uppsala.

Lehrberg, Bert, 2002. *Uppsatser i bankrätt*. Stockholm.

Nybergh, Frey, 1997. *Avtalsfrihet – rätt till avtal. En nordisk undersökning om kontraheringsplikt till förmån för privatpersoner*. Köpenhamn.

Pehrson, Lars, 1976. *Kontraheringsplikt*. Stockholm.

Ramberg, Jan – Ramberg, Christina, 2003. *Allmän avtalsrätt*. Sjätte upplagan. Stockholm.

Ramberg, Jan – Ramberg, Christina, 2003. *Avtalsrätten – en introduktion*. Andra upplagan. Stockholm.

Victorin, Anders, 1976. ”Om kontraheringstvång inom förmögenhetsrätten”, *Svensk juristtidning*, juni – augusti 1976, häfte 6 – 7, s. 436-451.

Wetter, Carl – Karlsson, Johan – Rislund, Olle – Östman, Marie, 2004. *Konkurrensrätt: en handbok*. Tredje upplagan. Stockholm.

Rättspraxis

* Detta mål är endast kort refererat i hänseende av en definition som används i uppsatsen.

MD 1999:22, Marknadsdomstolen, Scandinavian Airlines System mot Nordic European Airlines AB

NJA 1999 s. 556 (mål nr B 5135-97), Högsta domstolen, Olaga diskriminering

***Mål 27/76** (mål nr 61976J0027), EG domstolen, United Brands mot kommissionen, Chiquita-bananer.

Övriga källor

Finansinspektionen, Angående bankers skyldighet att öppna inlåningskonto, 2000-01-21 nr 419-00-399:

http://www.fi.se/upload/20_Publicerat/30_Sagt_och_utrett/30_Skrivelser/2000/inlanning_000121.pdf (2006-03-28)

Finansinspektionen, Angående ny banklag:

http://www.fi.se/upload/20_Publicerat/30_Sagt_och_utrett/30_Skrivelser/2004/ny_banklag_040603.pdf (2006-04-19)

Finansinspektionen, Bank och finansiering

http://www.fi.se/Templates/Page____1792.aspx (2006-04-20)

Insättningsgarantinämnden; Den svenska insättningsgarantin:

<http://www.ign.se/ins-gar.pdf> (2006-05-15)

Regeringens webbplats om mänskliga rättigheter:

http://www.manskligarattigheter.gov.se/extra/page/?action=page_show&id=6&module_instance=3&top_id=7&nav_id=6 (2006-03-16)

