



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Martin Cullberg

Användarvillkor på elektroniska  
marknadsplatser

Examensarbete  
20 poäng

Handledare: Patrik Lindskoug

Ämnesområde: Kommersiell IT-rätt

Termin HT 2000

# Innehåll

<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
1.1 PRESENTATION	5
1.2 SYFTE	6
1.3 METOD	7
1.4 AVGRÄNSNINGAR	8
1.5 VAD KÄNNETECKNAR EN E-MARKNADSPLATS?	8
<b>2 AVTALS RÄTT</b>	<b>10</b>
2.1 ALLMÄNT OM AVTALSVILLKOR	10
2.1.1 <i>Avtalsfrihet</i>	10
2.1.2 <i>Begränsningar i avtalsfriheten</i>	11
2.1.3 <i>Sammanfattning Avtalsfrihet</i>	12
2.2 ALLMÄNNA AVTALSVILLKOR I STANDARDAVTAL	12
2.2.1 <i>För- och nackdelar med allmänna avtalsvillkor</i>	13
2.2.2 <i>Sammanfattning Allmänna avtalsvillkor</i>	15
2.3 AVTALSLAGENS 36 §	15
2.4 LAGEN OM AVTALSVILLKOR MELLAN NÄRINGSIDKARE 1 §	17
2.5 FRISKRIVNINGSKLAUSULER	19
2.5.1 <i>Identifiering och värdering av friskrivningsklausuler</i>	22
2.5.2 <i>Extrema friskrivningar</i>	24
2.5.3 <i>Sammanfattning Friskrivningar</i>	25
2.6 VERKAN AV FRISKRIVNINGAR	25
2.6.1 <i>Behandlingen i praxis</i>	26
2.6.2 <i>Sammanfattning Verkan av friskrivningar</i>	29
<b>3 VERKAN AV ANVÄNDARVILLKOR I EN DIGITAL MILJÖ</b>	<b>30</b>
3.1 FINNS DET SKILLNADER ONLINE OCH OFFLINE?	30
3.1.1 <i>Säkerhetens betydelse för e-affärer</i>	31
3.1.2 <i>Balansakten vid avtalskomposition</i>	32
3.1.3 <i>Reflektioner kring verkan av friskrivningsklausuler</i>	32
3.1.4 <i>Vilka tjänar på användarvillkoren?</i>	34
3.1.5 <i>Förslag till åtgärder</i>	35
3.1.6 <i>Sammanfattning Verkan av användarvillkor</i>	37
<b>4 KONKURRENSRÄTT / IMMATERIALRÄTT</b>	<b>38</b>
4.1 INLEDNING	38
4.1.1 <i>Avtal om informationsutbyte</i>	39
4.1.2 <i>Exklusivitet</i>	41
4.1.3 <i>Konkurrensreglernas verkan på användarvillkoren</i>	42
4.1.4 <i>Sammanfattning Konkurrensrätt</i>	43
4.2 BEHANDLINGEN AV ANVÄNDARGENERERAD DATA	44

4.2.1	<i>Direkt och indirekt information</i>	44
4.2.2	<i>Skydd för företagshemligheter</i>	46
4.2.3	<i>Tillämpning på en e-marknadsplats</i>	49
4.2.4	<i>Om e-marknadsplatsen går i konkurs...</i>	50
4.2.5	<i>Sammanfattning Användargenererad data</i>	53
<b>5</b>	<b>SLUTSATSER</b>	<b>54</b>
	<b>LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>56</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>59</b>

# Förkortningar

A.a.	Anfört arbete
AVLK	Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden
AVLN	Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare
Avtalslagen eller AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
CISG	1980 års UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods
C.M.L.R.	Common Market Law Reports
FHL	Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter
HD	Högsta Domstolen
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
KO	Konsumentombudsmannen
KöpL	Köplag (1990:931)
MD	Marknadsdomstolen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv avd I
Prop.	Proposition
SOU	Statens Offentliga Utredningar

# 1 Inledning

## 1.1 Presentation

E-handel business-to-business (B2B) över elektroniska marknadsplatser<sup>1</sup> är bland det hetaste som finns inom IT-branschen just nu. Utvecklingen av denna nya affärsform har gått mycket snabbt och den ständiga hetsen för företag i den globaliserade (väst)världen att komma med nya marknadsstrategier har liknats med ett hundrameterslopp som börjar om gång på gång när deltagarna väl kommit i mål.<sup>2</sup> Trots denna rasande utveckling måste några konstanter finnas, dels för att visa affärspartners att man satsar seriöst på och har kunskap om sin verksamhet, dels för att kunna luta sig tillbaka på när det blir problem. En av dessa konstanter utgörs av juridiken.

Fortfarande tycks användarvillkor<sup>3</sup> utgöra en av de viktigaste formerna för att hantera riskerna i handeln över en e-marknadsplats och utgör ett effektivt sätt för ägarna att bedriva sin verksamhet.<sup>4</sup> Efter att ha gått igenom ett stort antal av de användarvillkor som används på olika elektroniska marknadsplatser framstår dock ett par punkter som särskilt anmärkningsvärda.

En första punkt rör ansvarsfördelningen mellan ägarna och användarna till e-marknadsplatsen med reglering av de risker som uppkommer i samband med transaktionerna. Med risker avses här huvudsakligen de kostnader för olika former av (ekonomiska) skador som kan uppkomma i parternas verksamhet som följd av handel på en e-marknadsplats. En andra punkt rör den påverkan på konkurrensen som kan uppstå som en följd av handel på en e-marknadsplats och om denna på något vis kan påverkas av e-marknadsplatsens handelslösning. I samband med detta berör en tredje punkt hur behandlingen av den information som användarna lämnar ifrån sig bör ske.

---

<sup>1</sup> Hädanefter kommer dessa att refereras till som "e-marknadsplatser", eller "e-marknader". Rörande de olika aktörerna på en e-marknadsplats kommer "användare" respektive "ägare" användas för att belysa de olika partsförhållandena. Användare syftar på den part som accepterat avtalsvillkoren och ägare på den part som upprättat dessa.

<sup>2</sup> Friedman, T. L, The Lexus and the olive tree - understanding globalization.

<sup>3</sup> I uppsatsen används "allmänna avtalsvillkor" och "användarvillkor" som synonymer.

<sup>4</sup> Forrester, Managing eMarketplace Risks, s. 4.

Det förefaller som om företagen tror att hårda användarvillkor, med en effekt som kan liknas med något slags juridiskt teflon, skulle vara den optimala lösningen på riskerna med att bedriva handel över öppna nätverk. Villkoren stadgar totala friskrivningar från ansvar, ger ägaren alla rättigheter till användargenererad data och kan inte ens garantera den presenterade informationens tillförlitlighet.

Rent juridiskt tenderar villkoren förvånansvärt ofta vara slarvigt utformade, utan större hänsyn tagen till de judiciella aspekter av handeln som följer av internationella handelsutbyten. Denna utformning av villkoren är inte bara juridiskt tvivelaktig (vilket skall visas nedan), utan även ekonomiskt svårförsvärlig då potentiella kunder knappast attraheras av den ansvarsnihilism som ägarna till e-marknadsplatserna i vissa fall uppvisar. I ett fåtal fall är användarvillkoren så fulla av språkliga fel<sup>5</sup> att det blir svårt att göra en bedömning av deras tänkta verkan. Ett (extremt) smakprov ges från en italiensk e-marknadsplats med inriktning på global e-handel B2B:

*"Seller(s)/Buyer(s) shall warrant that it (they) shall fully indemnify and hold emax-trade against any and all claims by a third party alleging a violation of such thirty party's rights in connection of the warranties granted under this article 12."*<sup>6</sup>

Jag är övertygad om att många av de användarvillkor som är i bruk på nätet behöver en ordentlig granskning av jurister med insikt om de problemställningar som berörs i uppsatsen. Syftet med att ha en specialist är att den avtalsrättsliga balans mellan parter som i många sammanhang eftersträvas offline också existerar online.

## 1.2 Syfte

Uppsatsens huvudsakliga syfte är att visa vilka delar som enligt min mening utgör de kritiska punkterna att reglera i användarvillkoren till en e-marknadsplats. Dessa omfattar ansvarsfrågor, säkerhetsfrågor, konkurrensfrågor (med särskild hänsyn till den information

---

<sup>5</sup> Ett utmärkt exempel på "svengelska" i avtalstexten bjuder mentoronline på. Se [www.mentoronline.se](http://www.mentoronline.se) (senast besökt 2000-10-24).

<sup>6</sup> [www.emax-trade.com](http://www.emax-trade.com), punkt 12 (senast besökt 2000-07-05). Alla stav- och syftningsfel är avtalsförfattarens förtjänst.

som lagras rörande användarna) samt vad som händer om e-marknadsplatsen går i konkurs. Perspektivet utgår från den form i vilken e-handeln bedrivs idag och benämningen "kritiska punkter" motiveras med att dessa punkter rör frågor som, felaktigt behandlade, kan generera omfattande ekonomiska skador för en näringsidkare. Fördelningen av ansvaret enligt dessa punkter är inte alldeles självklar och ger ägaren goda möjligheter att skydda sig mot skada, men kan också dämpa potentiella användares intresse att bedriva handel om de är för hårt utformade, något som i slutändan drabbar ägaren till e-marknadsplatsen negativt.

Förvånansvärt ofta har det psykologiska motståndet mot användandet av nya tjänster möjliggjorda genom Internet underskattats av olika konsulter. Min uppfattning är att, trots att nya tjänster kommer till för att bl.a. reglera möjligheterna till riskkontroll vid e-handel, användarvillkor kommer att spela en betydande roll även i fortsättningen i syfte att skapa trygghet för de näringsidkare som bedriver e-handel. Som nämnts i presentationen förefaller ett flertal nystartade e-marknadsplatser ha förbisett detta faktum och denna miss kan komma att stå dem dyrt när konkurrensen mellan e-marknadsplatserna hårdnar. Förslagen som presenteras i uppsatsen utgår från att de företag som vill etablera e-marknadsplatser måste ha "no safety, no sales"<sup>7</sup> i bakhuvudet för att överleva.

### 1.3 Metod

Ämnet för uppsatsen valdes på förslag av IT-rättsspecialisten Agne Lindberg från advokatfirman Delphi & Co och arbetet har därefter utförts självständigt med en relativt pragmatisk inriktning. Till min hjälp har även Johannes Cullberg från PricewaterhouseCoopers, specialist på strategifrågor inom e-handel, funnits och fungerat som bollplank för idéer. För att lokalisera *key points* i problematiken kring användarvillkor har ett relativt stort antal elektroniska marknadsplatser nagelfarits i jakten på juridiska bristfälligheter. Med juridiska bristfälligheter avses här klausuler eller hela avtal som enligt min mening inte skulle stå sig i en rättslig prövning då de är så vinklade att en potentiell användare i princip lämnas rättslös vid en accept. Det kan även avse avtal som är så dåligt skrivna (språkligt sett eller p.g.a. bristande juridisk kunskap) att en potentiell användare riskerar att avskräckas från att acceptera villkoren.

---

<sup>7</sup> Citatet kommer från Forresters rapport, eMarketplaces Face The Law, s. 8 och grundar sig i uttalanden från de fyrtyo företag som intervjuades rörande deras användande av e-marknadsplatser.

En i juridiska sammanhang ovanligt stor del rapporter från olika former av konsultbyråer har använts i syfte att kunna bedöma framtida utvecklingsmönster inom ämnet. Denna form av information har tjänat som vägvisare i mindre utforskade områden, t.ex. utvecklingen av olika tjänster för riskkontroll, men har i övrigt lästs med viss skepsis motiverad av nämnda konsulter tendens till övertro på teknologins möjligheter.

Då majoriteten av de rättsområden som avhandlas i uppsatsen är relativt styvmoderligt behandlade av den juridiska doktrinen, t.o.m. i offline-förhållanden,<sup>8</sup> kan inte annat än kvalificerade gissningar göras utifrån det material som finns. Det material som utgör huvudlitteratur i varje avsnitt blir därför med nödvändighet refererat till med relativt stor frekvens. I syfte att göra uppsatsen mer lättläst har korta sammanfattningar införts i slutet av varje kapitel.

## **1.4 Avgränsningar**

Då ämnesvalet är minst sagt brett, och flertalet kategorier skulle kunna ligga till grund för specifika undersökningar, har syftet varit att belysa problemområden och väcka tankar kring tänkbara lösningar i större utsträckning än att "gräva ner sig" i juridiska detaljer. Av denna anledning refereras endast undantagsvis till berörda lagrum och utredningen grundar sig i större utsträckning till övergripande principer och hur praxis har behandlat frågorna i liknande situationer. Den följande redovisningen av olika e-handelsmodeller har medvetet givits ett kraftigt begränsat utrymme och beskrivningen av de lösningar som finns har endast inkluderats i orienterande syfte.

I behandlingen av de olika frågeställningar som berörs i uppsatsen skulle en önskan vara att kunna ge konkreta svar på verkan och utformning av specifika element i de användarvillkor som förekommer. Verkligheten tillåter dock inte sådana experiment och texten avser istället att tjäna som en grund för bedömning i enskilda fall.

## **1.5 Vad kännetecknar en e-marknadsplats?**

I uppsatsen är fokusen riktad mot B2B-handel genom elektroniska marknadsplatser. Med detta avses transaktioner online med hjälp av Internet som möjliggör för en köpare eller säljare att genom en teknisk lösning anpassad för öppna nätverk, få kontakt och göra affärer



med en säljare eller köpare som denne inte nödvändigtvis tidigare haft kontakt med offline. De frågor som aktualiseras bedöms främst ur svenskt och gemenskapsrättsligt perspektiv.

I dagsläget finns huvudsakligen tre typer av e-marknadsplatser: neutrala, försäljningsnätverk och inköpsnätverk. En neutral marknadsplats är öppen för varje seriös köpare och säljare inom en viss bransch eller ett visst område. Ett försäljningsnätverk fungerar som grossist-, återförsäljare- eller leverantörskanal och säljer produkter från ett begränsat antal tillverkare. Inköpsnätverket utgörs av en kostnadseffektiv upphandlingskanal för stora företag, t.ex. Covisint.com.

Det finns flera typer av möjliga ägarförhållanden till elektroniska marknadsplatser. De kan ledas av köpare, leverantörer eller säljare, ägas av ett stort företag eller flera (s.k. konsortier eller "coalition markets") som själva använder sig av marknadsplatsen, eller vara "självständiga", d.v.s. privatägda av en tredje part, med stöd av t.ex. riskkapitalister eller teknologiföretag utan egen handel på e-marknadsplatsen. I dagsläget används ett flertal olika former av avgifter i syfte att generera intäkter till e-marknadsplatserna, bl.a. transaktionsrelaterade avgifter, medlemsavgifter, serviceavgifter (för "value added services", t.ex. logistik-, finansierings- eller informationstjänster), reklamavgifter samt intäkter från försåld data eller information. Vissa av dessa former av finansiering kommer dock att försvinna eller förändras radikalt under den närmaste tiden, förutspår Boston Consulting Group, och ersättas av inkomster för tjänster som möjliggör utvecklingsarbete mellan företag.<sup>9</sup>

Det som normalt krävs för deltagande i en e-marknadsplats är en intresseanmälan från de företag som vill vara med i handelsutbytet varvid specifik information rörande verksamheten, produkter, priser och målgrupp anges online. När detta är gjort och företaget tagit del av och accepterat de allmänna avtalsvillkor som gäller för webbplatsen behövs endast användar-ID och lösenord vilka därefter delges användaren.

---

<sup>8</sup> Jag tänker särskilt på verkan av friskrivningsklausuler samt behandlingen av företagshemligheter vid relationer mellan näringsidkare.

<sup>9</sup> Boston Consulting Group, The B2B Opportunity, Creating advantage through e-marketplaces, s. 16.

# 2 Avtalsrätt

## 2.1 Allmänt om avtalsvillkor

### 2.1.1 Avtalsfrihet

Grönfors beskriver begreppet avtalsfrihet som den grundläggande friheten att "inom rättsordningens ram" efter eget önskemål utforma sina rättigheter och skyldigheter, en förenkling av begreppets innebörd som dock ger en fingervisning om verkligheten bakom denna grundläggande princip.<sup>10</sup>

Avtalsfriheten ger alltså dels frihet att avgöra om och med vem man vill sluta avtal, dels frihet för parterna att bestämma avtalets innehåll i den mån detta inte är begränsat i lag, av rättspraxis eller dylikt. Inom svensk civilrätt är en annan hörnsten principen *pacta sunt servanda*, vilken kan sägas utgöra en konsekvens av principen om avtalsfrihet. Eftersom parterna givits frihet att utforma avtalet, skall de också hålla vad de lovat.

Vid en granskning av ett avtals innehåll kan avtalsfriheten sägas ha en *kvalitativ sida*<sup>11</sup>, där olika villkor kan ges en viktad betydelse för avtalets godkännande. Vad som är fritt respektive tvingande måste bestämmas och värderas också innehållsmässigt, inte endast bedömas till omfattningen. För att förklara detta kan ett exempel ges: en långtgående frihet rörande prissättningen av en levererad vara eller tjänst kan tänkas bli så högt värderad att eventuella inskränkningar av avtalsfriheten i övrigt uppfattas som mindre väsentliga, trots att deras antal och omfattning är mycket betydande. Även när det gäller möjligheten att fritt bestämma priset och därmed sammanhängande villkor finns dock vissa inskränkande regler, främst 36 § AvtL, även om denna regel inte är något medel för allmän priskontroll. Särskilt vid avtal mellan näringsidkare som ofta innehåller ett medvetet risktagande torde domstolarna vara återhållsamma när det gäller att jämka sådana villkor. Man måste alltså se till avtalets hela innehåll vid bedömningen av en omstridd klausuls giltighet.

---

<sup>10</sup> Grönfors i JFT 1988 s. 317. Andra författare som berör ämnet är Hästad, Den nya Köprätten s. 31 f., Adlercreutz, Avtalsrätt II s. 13.

<sup>11</sup> Lundmark s. 79.

## 2.1.2 Begränsningar i avtalsfriheten

Avtalsfriheten utgör i kommersiella förhållanden en grundläggande princip som dock begränsas till vissa delar.<sup>12</sup> Inskränkningar i principen sker på flera sätt. Framst sker detta genom *tvingande lagstiftning*: dels genom regler som syftar till att avtalsfriheten inom vissa områden eller avtalstyper beskärs, dels genom sådana som avser att mera allmänt motverka eller hindra oönskade följder av en oinskränkt avtalsfrihet. Till den första gruppen hör en stor del av konsumentlagstiftningen, till den andra hör främst de båda generalklausulerna i avtalslagen respektive avtalsvillkorslagen för näringsidkare.

Genom den judiciella tolkningsverksamheten tillförs en andra begränsning av avtalsfriheten. Tolkingsverksamheten faller under den s.k. *domstolskontrollen*, vilken brukar delas upp i öppen och dold kontroll. Den *öppna kontrollen* bedrivs med tillämpning av generella tvingande eller halvtvingande regler, främst ovan nämnda generalklausulen i 36 § AvtL. Till den öppna kontrollen torde även konkurrensrättsliga regler som begränsar giltigheten av avtalsvillkor kunna räknas in. Den *dolda kontrollen* utgörs dels av de särskilda krav som domstolarna ställer upp för att t.ex. standardvillkor över huvud taget skall anses ingå i det enskilda avtalet, dels av de tydlighetskrav som används för att avtalsvillkor skall få avsedd rättsverkan. Denna form av kontroll kan leda till krystade domsmotiveringar och är i jämförelse med den öppna kontrollen i flera fall mindre önskvärd. En *näringsrättslig metod* för kontroll regleras i AVLN, som dock utgör lagstiftning av offentligrättslig karaktär och därför inte kan användas för att kontrollera friskrivningsklausuler eller andra avtalsvillkor i enskilda avtalsförhållanden.<sup>13</sup>

Även *dispositiva rättsregler* inverkar på begränsningen av avtalsfriheten. Förutom att de är utfyllande till sin natur utgör de ofta hållpunkter för avtalstolkningen (t.ex. KöpL som anses ge uttryck för grundläggande kontraktsrättsliga principer<sup>14</sup>) samt för oskälighetsbedömningen enligt generalklausulerna, något som särskilt gäller för de dispositiva regler som anses ge uttryck för rättspolitiska ställningstaganden.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Denna del bygger på Lundmark s. 82 ff., Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 21 samt Andenaes s. 57 ff.

<sup>13</sup> Lundmark s. 121.

<sup>14</sup> Lindberg/Westman s. 273.

<sup>15</sup> Lundmark s. 82.

Slutligen kan begränsningar ske genom *allmänna avtalsvillkor*, vilka i praktiken kan inskränka avtalsfriheten avsevärt. Bruket av standardvillkor och adhesionsavtal av det slag som ligger till grund för uppsatsen medför särskilt tydliga inskränkningar i principen. Ju vanligare bruket är desto mindre blir utrymmet för avtalsfriheten. För att visa på inskränkningarna kan man se till både den absoluta och den relativa frekvensen, d.v.s. i vilken omfattning avtalsvillkoren faktiskt används respektive hur vanligt bruket är i en viss bransch eller för en viss typ av avtal. I de fall uttömmande avtalsvillkor används genomgående, förefaller avtalsfriheten bestå i att ingå eller avstå från avtal i kombinationen med friheten att välja avtalspart, för det fall en monopolmarknad inte föreligger.<sup>16</sup>

### 2.1.3 Sammanfattning Avtalsfrihet

- Den grundläggande principen om avtalsfrihet grundar sig på en frihet att välja med vem och om vad man vill ingå avtal. Principen att avtal skall hållas kan ses som en konsekvens därav: eftersom parterna själva utformat avtalet skall de också hålla vad de lovat.
- Avtalsfriheten kan inskränkas i syfte att minska nackdelarna av en helt fri tillämpning. Detta sker genom:
  - Tvingande lagstiftning: beskär vissa avtalstyper och skyddar bestämda intressen.
  - Domstolskontroll
    - Öppen: genom generalklausulen i 36 § AvtL.
    - Dold: olika former av tolkning av avtalsvillkoren.
    - Näringsrättslig: offentlighetsrättslig granskning av typiskt förhållande enl. 1 § AVLN.
  - Dispositiva rättsregler: utfyllande och utgör hållpunkt för oskälighetsbedömning.
  - Allmänna avtalsvillkor: ofta ensidigt upprättade enl. typen "take it or leave it".

## 2.2 Allmänna avtalsvillkor i standardavtal

Det finns inga direkta krav på hur ett standardavtal skall vara utformat eller vad det skall innehålla, och det går inte heller att dra någon klar gräns mellan standardavtal och individuellt upprättade avtal. Bernitz har dock gjort en definition av begreppet standardavtal som förefaller allmänt vedertagen: "Standardavtal kan definieras såsom sådana avtal, som helt eller

---

<sup>16</sup> Lundmark. s. 94.

delvis ingås enligt i förväg upprättade standardiserade villkor avsedda att tillämpas likartat i ett större antal konkreta avtalssituationer av viss art, i vilka åtminstone den ena avtalsparten växlar".<sup>17</sup> De villkor som ingår i standardavtalen brukar kallas för "allmänna avtalsvillkor".

### **2.2.1 För- och nackdelar med allmänna avtalsvillkor**

Standardavtalens existens och stora spridning har flera förklaringar. Den enklaste och mest uppenbara är att en företagare som använder sig av någon form av standardavtal gör det för att det är ekonomiskt. Den initiala kostnaden för upprättandet av ett standardavtal är relativt hög, men det utgör långsiktigt ett klart lämpligare alternativ än att upprätta individuella avtal för varje specifikt tillfälle.

En annan förklaring är att standardavtalet som rättsligt instrument medger anpassning och utveckling till nya behov på ett sätt som lagstiftningen inte kan komma i närheten av. Detta är en aspekt som är särskilt värd att notera i sammanhanget, då den tekniska och ekonomiska utveckling som pågår inom IT gör tillämpningen av flera olika rättsområden osäker.

Systemet med allmänna avtalsvillkor kan även sägas till viss del främja den tekniska och ekonomiska utvecklingen genom den flexibilitet och effektivitet som uppnås med dess användande. Genom att klargöra vad som skall gälla där lagstiftning saknas eller är otydlig kan nya merkantila företeelser finna stöd för fortsatt exploatering av deras möjligheter. Användandet av standardavtal framför lagstiftning ligger även i linje med den uttalade självreglering som hittills har kännetecknat företeelser relaterade till Internet, i och med att det är industrin som själv reglerar handeln. Åtminstone i kommersiella förhållanden kan detta bidra till ökad förutsebarhet och trygghet för aktörerna.

Mellan parterna kan alltså avtalet i ett enskilt fall undanröja oklarheter och precisera det aktuella rättsläget. Med hänsyn till internationell handel över öppna nätverk blir denna aspekt högaktuell, då stora delar av den internationella handeln på Internet fortfarande kännetecknas av betydande osäkerhet. Dagens utveckling av allmänna avtalsvillkor inom e-handeln hyser faktiskt flera likheter med det rättssystem som utvecklats inom den internationella handelsrätten, det s.k. *lex mercatoria*, vilket är uppbyggt av allmänt använda standardavtal och sedvana. Denna internationella handelsrätt är präglad av det kommersiella livets krav,

---

<sup>17</sup> Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 12.

utan anknytning till något visst lands lag, och använder tvistelösning inför skiljemän istället för domstol, inte olik den utveckling som sker inom e-handeln. Att just skiljemän används medför bl.a. snabbhet och det faktum att skiljemännen kan utgöras av handplockade experter på området, något som är mindre vanligt i en allmän domstol.

Användandet av allmänna avtalsvillkor medför som nämnts flera fördelar, men även en del nackdelar. Bland dessa märks främst en ökad risk för obalans i avtalsförhållandet med riskförskjutning till nackdel för motparten. Är denne redan innan avtalsslutet ett företag i en svagare position kan ett sådant riskövertagande bli extra kännbart. Ett annat problem är att motparten ofta inte läser igenom de allmänna villkoren före avtalsslutet, något som dock inte påverkar att villkoren blir bindande för det avtal som uppkommer.

De allmänna avtalsvillkoren i ett standardavtal kan kombineras med individuellt avtalade villkor i ett enskilt fall och kräver då någon form av avtalsrättslig mekanism för att de standardiserade villkoren skall bli en del av avtalet.<sup>18</sup> Karaktäristiskt för standardavtalsrätten är dock att den starkare avtalsparten, som oftast är den som upprättat standardavtalet, vägrar att vika från de standardiserade villkoren till förmån för individuellt avtalade dito. Motparten, den svagare parten, har då att välja mellan att gå med på de standardvillkoren eller att söka sig en annan avtalspartner. En vanlig benämning på denna form av avtal är anslutningsavtal eller adhesionsavtal (från engelskans *adhesion contracts*).

Det är just mot anslutningsavtalen som mitt intresse riktar sig, då användarvillkoren på de olika elektroniska marknadsplatser som legat till grund för studien så gott som uteslutande varit utformade enligt "take it or leave it-modellen".<sup>19</sup> Dessa är upprättade av företrädare för endast den ena avtalsparten och utgör därför s.k. *ensidigt upprättade standardavtal*. Karaktäristiskt för denna typ av avtal är att den sida som utformat avtalen också ser till att skydda sina intressen på bekostnad av motpartens. Som exempel på ensidigt upprättade användarvillkor används en klausul från CargoNow.com:

---

<sup>18</sup> Då detta inte är en fråga som blir särskilt aktuell vid anslutningsavtal kommer den ej att beröras. Vid de avtal som omfattas av uppsatsen tvingas den avtalsslutande parten att acceptera villkoren eller söka sig en annan partner och några dubier om avtalsvillkorens inkorporering i ett enskilt avtal uppkommer knappast, då individuella villkor saknas helt.

<sup>19</sup> Ett undantag finns dock. På Packagingcell.com erbjuds användaren i användarvillkoren möjligheten att förhandla fram ett separat skrivet avtal (punkt 2). [www.packagingcell.com](http://www.packagingcell.com), senast besökt 2000-11-09.

## *"1. VILLKOR*

*När du klickar på "JA" godkänner du alla villkor som fastställs i detta avtal. All kommunikation och alla mellanhanden som initierats via denna tjänst styrs av dessa villkor, vilka gäller som enda exklusiva avtal mellan dig och LSXS. LSXS förbehåller sig rätten att, efter eget gottfinnande, ändra och uppdatera dessa villkor när som helst och utan föregående meddelande. LSXS förbehåller sig även rätten att när som helst ändra, utöka eller inskränka tjänsten utan föregående meddelande...." CargoNow.com, punkt 1.*

En vanlig företeelse inom den "traditionella" standardavtalsrätten är att branschorganisationer utvecklar standardavtal för sina medlemmar i syfte att de skall slippa den tämligen kostsamma processen att skapa egna avtal samt för att skapa ett större mått av förutsebarhet i handeln. För elektroniska marknadsplatser har ännu inga branschvillkor skapats.

### **2.2.2 Sammanfattning Allmänna avtalsvillkor**

- Den flexibilitet, nyansrikedom och utvecklingsbarhet som kännetecknar standardavtalen i jämförelse med lagstiftningen gör att denna form kan vara att föredra vid nya merkantila företeelser.
- Bland de fördelar som uppnås för den part som upprättar avtalet finns rationalisering av avtalsprocessen, precisering av rättsläget samt en förskjutning av affärsriskens fördelning.
- Nackdelen med tillämpningen är just den obalans som uppstår i avtalsförhållandet mellan den starkare och den svagare parten, vilken oftast skapas genom friskrivningsklausuler.

## **2.3 Avtalslagens 36 §**

Den öppna domstolskontrollen sker numer huvudsakligen med hjälp av generalklausulen i 36 § AvtL, trots att även avtalslagens särskilda ogiltighetsregler samt förutsättningsläran kan räknas dit. Då de sistnämnda utgör relativt trubbiga instrument och generellt har sitt främsta tillämpningsområde på individuella avtalsvillkor<sup>20</sup> kommer de ej att behandlas i uppsatsen. Generalklausulen är som bekant tillämplig såväl på kommersiella avtal som på

---

<sup>20</sup> Detta förklaras med att de vanligen anknyter till särskilda omständigheter som förekommit i samband med avtalets ingående.

konsumentavtal, även om den medger ett betydligt större tillämpningsområde i de senare fallen. I och med dess tvingande karaktär<sup>21</sup> och det faktum att den omfattar alla sorters avtal och avtalsrelaterade omständigheter inom förmögenhetsrätten får den anses ha synnerligen bred räckvidd. Den gäller till skillnad från 33 § AvtL och förutsättningsläran oberoende av tiden för den oskäliga faktorns uppkomst. Vid en tillämpning av 36 § måste en avvägning ske mellan intresset av att motverka oskäliga avtalsvillkor och betydelsen av förutsebarhet vid tillämpningen av ingångna avtal.<sup>22</sup> För läsarens bekvämlighet citeras generalklausulens lydelse:

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

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

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

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

Vilka företagare skulle då kunna påräkna någon form av stöd genom att åberopa 36 § AvtL i en talan om oskälighet, eller annorlunda uttryckt, vilka är de som lagstiftaren anser utgöra skyddsvärda grupper? Utredningen till generalklausulen grundade sin bedömning av skyddsvärda grupper i sjuttioalets samhällsmodell. Den pekade på lantbrukare, fiskare, skogsarbetare, hantverkare samt underleverantörer eller återförsäljare till en stark motpart som skyddsvärda kategorier av småföretagare.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 80, Lundmark s. 97.

<sup>22</sup> Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 79.

<sup>23</sup> Von Post s. 109.



En mindre inaktuell analys av frågan har gjorts av Bernitz i uppsatsen "Småföretagarskydd mot oskäligen avtalsvillkor, särskilt 36 § avtalslagen".<sup>24</sup> Han menar att begreppet småföretagare i ett civilrättsligt perspektiv bör fastställas utifrån vilken styrkeposition den mindre företagaren har i avtalsförhållandet. Enligt Bernitz modell kan alltså även ett verkstadsföretag med några hundra anställda vara att se som ett småföretag i förhållande till sin motpart om denne t.ex. är en större biltillverkare. Denna typ av situation råder enligt Bernitz i långvariga förhållanden mellan en leverantör och dennes distributörer, men modellen kan inte tillämpas i situationer där företagen företräds av branschorganisationer. I dagsläget torde även olika verksamhetsformer som bedrivs som outsourcing kunna ingå i småföretagsbegreppet<sup>25</sup> och jag utgår från att flertalet mindre företag som bedriver e-handel torde kunna påräkna visst stöd i generalklausulen förutsatt att övriga förutsättningar är uppfyllda.<sup>26</sup> Skyddet som erbjuds enligt 36 § förefaller dock i flertalet situationer vara relativt svagt och praxis för kommersiella relationer knapphändig.<sup>27</sup>

Enligt von Post kan alla typer av näringsidkare befinna sig i relevant underlägsen ställning. Kraven för en tillämpning av 36 § vid underlägsen ställning har bara prövats av HD i fyra fall utan att ge någon större klarhet, dock finns ett avgörande från MD rörande AVLN samt ett nytt avgörande från HD som kan få betydelse för en bedömning enligt 36 § 2 st. AvtL.<sup>28</sup> I kommersiella förhållanden har 36 § 2 stycket inte haft någon större betydelse och att göra några uttalanden om dess framtida tillämpning känns riskabelt.

## 2.4 Lagen om avtalsvillkor mellan näringsidkare 1 §

Både generalklausulen i avtalsvillkorlagen och den i avtalslagen tillhör former av kontrollinstrument av standardvillkor. Mellan dessa två lagar finns dock betydande skillnader

---

<sup>24</sup> Bernitz, Småföretagarskydd mot oskäligen avtalsvillkor, särskilt 36 § avtalslagen, Festskrift till Sveriges advokatsamfund, s. 107 ff.

<sup>25</sup> Von Post s. 110.

<sup>26</sup> Ett problem i sammanhanget kan vara synen på e-marknadsplatsen beroende på vilka ägarförhållanden som råder. Är e-marknadsplatsen leverantörs- eller säljarledd, med försäljning av egna produkter, torde t.ex. friskrivningars förekomst vara mindre svår att angripa än om e-marknadsplatsen endast fungerar som en neutral mellanman. Detta motiveras av att e-marknadsplatsen i det senare fallet i mindre utsträckning kan anses inta en överlägsen ställning i avtalsförhållandet.

<sup>27</sup> Se Von Posts redovisning av praxis för kommersiella förhållanden, s. 111 ff.

<sup>28</sup> Von Post anger främst MD 1995:33 STIF och NJA 1999 s. 408 som avgöranden vilka "kan och bör leda till, att rekvisitet underlägsen ställning i framtiden viktas tyngre". A.a. s. 114.

som främst består i att den förstnämnda utgör lagstiftning av offentligrättslig karaktär och därmed inte rör det direkta förhållandet mellan avtalsparterna, medan den senare är civilrättslig och partsorienterad. Den näringsrättsliga metod som aktualiseras genom AVLN kan därför inte användas för att kontrollera friskrivningsklausuler eller andra villkor i enskilda avtalsförhållanden, utan endast indirekt påverka dessa. AVLN kan åberopas av en enskild näringsidkare i en talan mot villkor som motparten ställt upp mot honom, men har avtal väl slutits är det 36 § som gäller vid en prövning av villkoret, något som medför att AVLN får en underordnad roll i sammanhanget. Reglernas skilda funktioner består alltså i att AVLN ger möjlighet att förhindra fortsatt användning av det prövade villkoret, men påverkar inte det avtal vari villkoret finns, medan 36 § AvtL medför en korrigerande av det aktuella avtalet.<sup>29</sup>

En förutsättning för att meddela ett förbud är att ett förbud är påkallat ur allmän synpunkt eller annars ligger i konkurrenternas intresse,<sup>30</sup> och omfattar huvudsakligen friskrivningar och andra avtalsvillkor i standardavtal. Tillämpningen av AVLN ankommer på marknadsdomstolen och i och med att det inte finns någon motsvarighet till KO som kan väcka talan för näringsidkare fordras att berörda branschorganisationer för fram intressanta fall till domstolens prövning.<sup>31</sup>

Det centrala momentet i AVLN är, liksom i 36 § AvtL, oskälighetsbedömningen. Till skillnad från 36 § skall dock den näringsrättsliga bedömningen ske i typiserad form. I denna bedömning ser man främst till parternas ställning i *avtalsförhållandet*,<sup>32</sup> och inte som i AVLK där det avgörande rekvisitet är parternas principiella ställning utanför avtalsförhållandet (där en part regelmässigt kan anses befinna sig i en underlägsen ställning).

När det gäller ingrepp i avtalsfriheten, särskilt i kommersiella förhållanden, ser MD till vikten av att göra så små ingrepp som möjligt i denna princip i syfte att undvika störningar i marknadsmekanismen. Sannolikheten att genom AVLN med framgång angripa användarvillkor på en e-marknadsplats är alltså relativt liten.

---

<sup>29</sup> Von Post s. 134.

<sup>30</sup> Se AVLN 3 §.

<sup>31</sup> Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 109. Von Post s. 132 f. Totalt har endast tio fall prövats enligt AVLN. I tre fall har avtalsvillkor förklarats oskäliga (MD 1985:16, MD 1995:3 och MD 1995:33). Två av dessa tre fall rörde friskrivningsklausuler (MD 1995:3 och MD 1995:33). Se Lundmark s. 130.

<sup>32</sup> Se AVLN 2 § 1 st., samt Lundmark s. 127.

Ur praxis är särskilt ett mål av intresse. I MD 1985:16, Göteborgs kommun, förbjöd marknadsdomstolen fortsatt användning av ett villkor som gav kommunen ensidig rätt att ändra i ett avtal avseende fjärrvärme som hade träffats med Göteborgs Fastighetsägareförening. Detta motiverades med att föreningen intog en underlägsen ställning och att det måste "anses principiellt felaktigt att den starkare parten i ett avtalsförhållande förbehåller sig en omfattande rätt att ensidigt ändra avtalets innehåll". Användandet av ändringsklausuler med ensidig rätt att ändra avtalsvillkoren är synnerligen vanligt förekommande på e-marknadsplatser och kunde möjligtvis bli aktuellt i fall där omständigheterna liknar de i rättfallet. Ett exempel på en ändringsklausul är den tidigare nämnda klausulen från CargoNow:

*"... LSXS förbehåller sig rätten att, efter eget gottfinnande, ändra och uppdatera dessa villkor när som helst och utan föregående meddelande. LSXS förbehåller sig även rätten att när som helst ändra, utöka eller inskränka tjänsten utan föregående meddelande..."* CargoNow.com, punkt 1.

I domen MD 1995:33, STIF, som rörde Telias villkor för betalsamtal i ett standardavtal mot dem som tillhandahöll tjänsterna, bekräftades resultatet av MD 1985:16 samtidigt som ett antal andra villkor prövades. MD fann bl.a. att villkor som innebar friskrivning från ansvar för uppsåt eller grov oaktsamhet var oskäligen, samt att det var tillåtet att begränsa ansvaret för indirekt förlust.

## 2.5 Friskrivningsklausuler

En friskrivning utgörs av sådana avtalsvillkor som, på förhand (innan ansvaret aktualiserats), utesluter eller begränsar en parts ansvar eller förpliktelser i förhållande till vad som annars skulle ha gällt. Huvudsakligen avser detta regleringen i dispositiv rätt men det gäller även i förhållande till rättspraxis, handelsbruk eller annan sedvänja.<sup>33</sup>

Friskrivningsklausuler som en mer allmän företeelse utvecklades inom ramen för fraktavtal, särskilt vid avtal om järnvägs- och fartygstransporter av gods.<sup>34</sup> Vid järnvägens utbyggnad

---

<sup>33</sup> Lundmark s. 34 ff., Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 15, Andenaes s. 41.

<sup>34</sup> Lundmark s. 55.

saknades relevant lagstiftning i stor utsträckning och när den väl utvecklades var den särskilt sträng mot transportörerna. För att dämpa effekten av de föreskrivna påföljderna började friskrivning tillämpas främst som ett medel mot skadeståndsskyldighet. Denna form av friskrivning spred sig till andra områden inom transportväsendet och började även tillämpas inom försäkringsbranschen, där en riskfördelning i enlighet med utförda riskvärderingar framstod som särskilt önskvärd. Inom köprätten utvecklades friskrivningar som en allmän företeelse i avtal om maskinleveranser. Utvecklingen av friskrivningsklausuler hör nära samman med utvecklingen av allmänna avtalsvillkor.

I syfte att identifiera och analysera problem som relaterar till friskrivningsklausuler kan det vara lämpligt att hitta en metod för att kategorisera dem i olika grupper. Enligt Lundmark är den lämpligaste modellen den som används i tysk doktrin. Enligt denna metod tar man fasta på om "friskrivningen träffar ansvarsgrunden som sådan eller endast dess nivå eller omfattning".<sup>35</sup>

*Ansvarsfriskrivning* inbegriper de vanligt förekommande villkor som rör friskrivning från ansvar vid olika former av vårdslöshet men också från uppsåtligt vållad skada liksom från strikt eller rent strikt ansvar. Till denna kategori räknas även klausuler som syftar till att utesluta ansvar för att såld egendom besitter vissa egenskaper eller håller en viss standard (något som ibland kallas egenskaps- eller kvalitetsfriskrivning<sup>36</sup>).

Ett typiskt exempel på ansvarsfriskrivning enligt angloamerikansk modell kan ges från PaperX.com:

*6.1. No Warranty*

*THE SERVICES ARE PROVIDED BY US ON AN "AS IS" AND "AS AVAILABLE" BASIS.  
MEMBER EXPRESSLY AGREES THAT USE OF THE SERVICES IS AT ITS SOLE RISK.  
WE EXPRESSLY DISCLAIM ANY AND ALL WARRANTIES, EXPRESS OR IMPLIED TO*

---

<sup>35</sup> Lundmark s. 37. Enligt Lundmark leder den modell som används i den nordiska doktrinen till svåra gränsdragningar vid bedömningen av bl.a. indirekt skada eftersom skiljelinjen mellan ansvarsfriskrivning och ansvarsbegränsning blir otydlig.

<sup>36</sup> Vanligen används denna genom att antingen utesluta ansvar för vissa uttryckligen uppräknade egenskaper eller genom att mer generellt göra inskränkningar i den standard motparten annars kunnat kräva (t.ex. genom hänvisning till befintligt skick vid försäljningen).

*THE EXTENT PERMITTED BY APPLICABLE LAW, INCLUDING WITHOUT LIMITATION WARRANTIES OF MERCHANTABILITY, FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE, TITLE AND NON-INFRINGEMENT WITH RESPECT TO THE SERVICES.*<sup>37</sup>

En ansvarsbegränsning utgörs dels av de mycket vanligt förekommande villkor som begränsar ersättningens storlek (för det fall ett skadeståndsansvar aktualiseras),<sup>38</sup> dels klausuler som utesluter ansvar för viss eller vissa typer av skada (t.ex. indirekt skada, personskada eller ren förmögenhetsskada). Även s.k. påföljdsfriskrivning<sup>39</sup> kan föras in under ansvarsbegränsningar, eftersom denna lika lite som friskrivning från en viss typ av skada träffar grunden för ansvaret utan snarare ansvarets omfattning.

Enligt Lundmark är det enligt ovan nämnda kriterier man bör bedöma en friskrivnings natur. Det avgörande är därvid vad villkoret innehåller och inte dess beteckning eller yttre form, vilket medför att även s.k. "garantiklausuler" med till synes frikostiga löften kan anses utgöra friskrivningar om de visar sig medföra inskränkningar i de rättigheter som motparten annars skulle åtnjutit.

---

<sup>37</sup> I angloamerikansk rätt måste ansvarsfriskrivningar vara utformade i kapitäl eller på annat sätt som gör att de blir extra tydliga för att motparten skall anses ha fått del av dem. Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 36. Som kuriosum kan nämnas att denna klausul saknar en vital reglering vid global handel (vilket e-marknadsplatsen bedriver). I kanadensisk lag erkänns både "conditions" och "warranties" som avtalsrättsliga instrument, där conditions relaterar till avtalets "tyngre klausuler", t.ex. rätten att sälja varan och garantier om kvalitet, och ger den klagande parten rätt att häva avtalet och kräva skadestånd, medan warranties berör mindre viktiga delar av avtalet och endast ger rätt till skadestånd. Inkluderas inte en uttrycklig friskrivning även från conditions kan friskrivningen bli ogiltig enligt principen *contra stipulatorem*. Detta bekräftades i fallet *Gregorio v. Intrans-Corp.* (1994), 115 D.L.R. (4th) 200. Se Coleman, J, *Disclaimer Clauses: You May Not Be Protected*, Technology Law Review.

<sup>38</sup> En ansvarsbegränsande klausul begränsar ansvarets omfattning genom att t.ex. stipulera ett högsta ersättningsbelopp eller en beräkningsgrund för ett sådant belopp som innebär att en uppkommen skada värderas lägre än normalt (ofta utformad som en procentsats av kontraktssumman).

<sup>39</sup> Syftet med denna form av friskrivning är att beröva motparten rätten, helt eller delvis, att göra gällande påföljder för kontraktsbrott. Friskrivningen kan utesluta vissa påföljder (t.ex. skadestånd) eller begränsa förutsättningarna för att göra sådana påföljder gällande. I princip kan en sådan friskrivning vara av generell natur och därmed avse samtliga påföljder.

Som exempel på en (för motparten ofördelaktig) ansvarsbegränsning som utesluter ansvar för vissa typer av skada används även här PaperX.com:

*"6.2. Limitation of Liability.*

*SAVE FOR IN RELATION TO DEATH OR PERSONAL INJURY ARISING FROM OUR NEGLIGENCE, NEITHER WE NOR ANY OF OUR AFFILIATES, AGENTS, CO-BRANDERS, PARTNERS, ADVERTISERS, MERCHANTS AND/OR SUPPLIERS SHALL BE LIABLE FOR ANY DIRECT, INDIRECT, PUNITIVE, INCIDENTAL, SPECIAL, CONSEQUENTIAL DAMAGES OR ANY OTHER DAMAGES WHATSOEVER WITH RESPECT TO THE SERVICES, INCLUDING, WITHOUT LIMITATION, DAMAGES FOR LOSS OF USE, LOSS OF REVENUE, LOSS OF DATA, LOSS OF PROFITS OR OTHERWISE, AND WHETHER OR NOT THE POSSIBILITY OF SUCH LOSS HAS BEEN NOTIFIED TO US, ARISING OUT OF OR IN ANY WAY CONNECTED WITH YOUR USE OF PAPERX IN EACH CASE WHETHER BASED ON CONTRACT, TORT, STATUTE OR OTHERWISE...."*<sup>40</sup>

Ur ett rättsligt perspektiv kan det finnas anledning att se allvarligare på ansvarsfriskrivningen än på en begränsning av ansvaret.<sup>41</sup> Detta kan förklaras med att den förra, genom att rycka undan grunden för ansvar, förhindrar att ansvar över huvud taget uppstår medan den senare i de flesta fall lämnar ett visst utrymme för motparten att kräva ersättning eller göra något slag av påföljd gällande. En ytterligare faktor i bedömningen är att konsekvensen av en friskrivning som direkt avser påföljden torde vara mer lättbedömd för motparten än konsekvensen av en friskrivning som tar sikte på ansvarsgrunden.

### **2.5.1 Identifiering och värdering av friskrivningsklausuler**

En friskrivningsklausuls utformning begränsas endast av skaparens intelligens, kunskap och fantasi. Detta ställer stora krav på den som friskrivningen riktar sig till, eftersom det ibland kan vara svårt att över huvud taget uppfatta att klausulen utgör en friskrivning. Det finns nämligen inget krav på att den friskrivande parten uttryckligen skall räkna upp de faktorer han vill bli befriad ifrån. Skaparen kan lika väl, genom att positivt uttrycka de mer eller mindre omfattande skyldigheter som skall åligga denne, indirekt begränsa sitt ansvar i förhållande till de skyldigheter som räknas upp i dispositiv rätt genom att utelämna de förpliktelser som

---

<sup>40</sup> Notera den närmast löjväckande begränsningen att endast ansvara för dödsfall eller kroppsskada orsakat av företags vårdslöshet i samband med medlemmens användande av e-marknadsplatsen.

<sup>41</sup> Lundmark s. 39.

uppfattas som allt för betungande. Den friskrivande parten kan t.ex. ange att han ansvarar för skador framkallade av grov vårdslöshet, och därmed endast denna form, medan dispositiv rätt på området föreskriver ansvar även för vårdslöshet.<sup>42</sup>

En metod som används av brittiska Packagingcell.com är att göra en ansvarsbegränsning som formellt sett omfattar bägge parter, men som i praktiken endast kommer e-marknadsplatsen till godo eftersom de effekter som exkluderas är sådana som typiskt sett orsakas av just e-marknadsplatsen. På detta sätt ger användarvillkoren ett mer balanserat intryck vid en mer översiktlig genomläsning, men kommer att drabba motparten vid en eventuell tvist. Under "Limitation of Liability" anges:

*"None of the parties will be liable to the other under or in connection with this Agreement in contract, tort or otherwise (including negligence), pre-contract or other representations (other than those made fraudulently) or otherwise for any loss of business, contracts, profits, data or anticipated savings or for any indirect or consequential loss whatsoever".*

Villkor som avser friskrivning från beskaffenheten av en viss prestation kan vara svåra att skilja från villkor som endast syftar till att precisera vad den avtalade prestationen går ut på. Här kan en viss gråzon uppstå där man vid en bedömning måste ta hänsyn till om villkoren avviker från den standard eller beskaffenhet av prestationen som motparten annars kunnat kräva, t.ex. enligt KöpL, handelsbruk eller omständigheterna i övrigt.<sup>43</sup>

Placeringen av klausulen i förhållande till övriga villkor i avtalet, dess rubricering samt användandet av "blandade" villkor kan även bidra till att friskrivningar kan vara knepiga att identifiera. Ett exempel på blandade villkor kan vara en klausul utformad som en garanti, vilken ger köparen rätt att t.ex. kostnadsfritt få varan reparerad eller få omleverans vid skada, samtidigt som den begränsar de rättigheter som annars skulle finnas till att göra gällande t.ex. skadestånd eller hävning.

---

<sup>42</sup> Lundmark s. 87.

<sup>43</sup> A.a. s. 35.

För att kunna identifiera och värdera verkan av friskrivningen krävs följaktligen kunskap om framför allt den dispositiva rätt, men även den sedvänja och handelsbruk, som gäller på området. Saknas kunskap om regleringen på det aktuella området blir en jämförelse svår att genomföra.

### **2.5.2 Extrema friskrivningar**

Som en följd av ovan nämna princip om avtalsfrihet anses det viktigt att avtal som tillkommit på giltigt sätt också skall gälla enligt sitt innehåll, särskilt i kommersiella förhållanden, då detta kan anses utgöra en av grundvalarna för marknadsekonomin. Tidigare var de rättstillämpande organen också ytterst obenäga att gå in och granska innehållet i ett avtal, även om detta hade dikterats av en ekonomiskt överlägsen part på ett för honom fördelaktigt sätt.<sup>44</sup>

En total frihet att disponera över avtalsinnehållet är dock inte önskvärd, då detta indirekt kan motverka det marknadsekonomiska syftet. För att på det ekonomiskt effektivaste sättet tillfredsställa medborgarnas behov av utbyte mellan varor och tjänster, måste en viktig förutsättning vara att avtalsparterna har en relativt jämbördig ställning.<sup>45</sup> I verklighetens icke perfekta marknad existerar dock stor obalans mellan företagen och stora företag med monopolställning kan snedvrída marknaden om ingenting görs för att korrigera situationen.

Tillåts avtalskonstruktioner som för aktörerna på marknaden framstår som ett otillbörligt gynnande för den ena parten på den andra partens bekostnad, riskerar systemet att förlora övriga aktörers förtroende, och därmed även i effektivitet. Med effektivitet avses här funktionen att gynna omsättningen av varor och tjänster i samhället genom att minska transaktionskostnaderna och öka säkerheten i bytesrelationerna.<sup>46</sup> Detta blir särskilt tydligt vid bruket av vad jag väljer att kalla extrema friskrivningar, d.v.s. användarvillkor med friskrivningar som i det närmaste totalt övervältrar samtliga risker på motparten. Den friskrivande parten kan i dessa fall i princip göra vad som helst och avtalet är de facto endast bindande i ena riktningen.

---

<sup>44</sup> Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 75.

<sup>45</sup> Lundmark s. 82.

<sup>46</sup> A.a. s. 89.



Attityden till vad som numer kallas oskäligen avtalsvillkor har dock ändrats till viss del genom tillkomsten av 36 § AvtL, även om denna knappast fått så stor tillämpning som lagstiftaren trodde vid dess tillkomst. Detta gäller särskilt vid kommersiella förhållanden.

### 2.5.3 Sammanfattning Friskrivningar

- Friskrivningar syftar huvudsakligen till att reglera uppkomsten av skadestånd och riskfördelning mellan parterna.
- Olika typer av friskrivningar behandlas: dels friskrivning från skadeståndsskyldighet (ansvarsfriskrivning) vari ingår friskrivning från kvalitet eller i övrigt från beskaffenhet av avtalad prestation (s.k. kvalitetsfriskrivning), dels friskrivning som begränsar skadeståndets belopp (ansvarsbegränsning) vari ingår påföljdsfriskrivning.
- En friskrivning kan identifieras genom jämförelser med dispositiv rätt, handelsbruk och sedvänja.
- Ansvarsfriskrivning kan anses vara allvarligare än en ansvarsbegränsning eftersom den utesluter att ansvar uppkommer medan den senare ofta lämnar någon form av rättighet.
- Det finns inget krav på att en friskrivning rubriceras som en friskrivning, även om en korrekt rubricering minskar risken för att klausulen kan anses dold eller oväntad.

## 2.6 Verkan av friskrivningar

Användarvillkoren utgör idag, innan nya tjänster för riskallokering hunnit utvecklas, det mest effektiva sättet för ett företag att kontrollera riskerna med driften av en e-marknadsplats. Då det handlar om kommersiella avtal får regleringarna en klart större verkan än om motparten varit en konsument, eftersom det förutsätts att en näringsidkare är mer medveten om, och anpassar sitt beteende efter de risker som kan förekomma

Som visats ovan är praxis kring generalklausulerna minst sagt mager, vilket kan bero på att en stor del av tvisterna mellan näringsidkare lösts i skiljenämnd<sup>47</sup> eller genom förlikning. Endast regleringar som är uppenbart utformade i syfte att frånta en väsentligt svagare part dennes rättigheter enligt dispositiv rätt kan räkna med en möjlighet till jämkning av villkoren genom domstols försorg. Den egentliga kontrollen av friskrivningsklausuler i kommersiella köpeavtal utövas främst genom den judiciella kontrollen medan den näringsrättsliga metoden,

---

<sup>47</sup> Lundmark s. 147.

åtminstone hittills, har spelat en underordnad roll.<sup>48</sup> Sannolikt beror detta på rekvisiten för att AVLN skall kunna tillämpas (att talan endast kan väckas av en sammanslutning av näringsidkare eller enskild näringsidkare mot vilken villkoret riktar sig).

Lundmark behandlar i sin bok (vilken är den enda monografin i nordisk rätt som berör ämnet exklusivt) ett flertal vanligt förekommande friskrivningar och verkningarna av dessa.<sup>49</sup> Han tar upp friskrivning från vårdslöshet, kontrollansvar, kvalitet samt påföljder och en kort sammanfattning av hans analys presenteras här. Genom att visa hur dessa friskrivningar hittills behandlats i praxis kan vissa paralleller dras till hur bedömningar kan komma att ske i de sammanhang som behandlas i uppsatsen.<sup>50</sup>

Skadeståndsskyldighet vid vårdslöshet kan avse ett oaktsamt handlande såväl vid avtalets ingående som vid dess fullgörande och innefatta både direkta och indirekta förluster. Det kan omfatta säljaren, dennes anställda samt självständiga företagare som anlitas för fullgörande av avtalet och inte sällan orsaka den vållande parten betydliga kostnader såväl för skadan som för utredningen av denna. Av ovan nämnda skäl är totala eller partiella friskrivningar från vårdslöshet ingen ovanlighet i kommersiella avtal.

### **2.6.1 Behandlingen i praxis**

Vid *friskrivning från grov vårdslöshet*, en form som normalt inte anses tillåten i svensk rätt<sup>51</sup>, måste faktorer som försäkringsskydd för motparten beaktas särskilt beträffande saksador. I dessa fall, samt vid friskrivning för parts ansvar för anställda, kan ett visst utrymme finnas för att ge friskrivningen avsedd verkan. I övrigt tycks dock denna typ av friskrivning vara ogiltig.

När det gäller *friskrivning för vårdslöshet som inte är grov* är huvudregeln i kommersiella avtalsförhållanden att denna form är tillåten med undantag för sådan personskada som omfattas av produktansvarslagen.<sup>52</sup> En relativt vanlig företeelse är att friskrivning från indirekta skador sker, eftersom säljaren vill kunna förutse de ekonomiska riskerna med

---

<sup>48</sup> Lundmark s. 215.

<sup>49</sup> Sammanfattningen bygger på det material som Lundmark presenterar på sidorna 131-207. Det skall dock betonas att behandlingen huvudsakligen rör friskrivningar i avtal om köp av lös egendom.

<sup>50</sup> Se "Reflektioner kring verkan av friskrivningsklausuler".

<sup>51</sup> Lundmark s. 133.

<sup>52</sup> A.a. s. 153.

avtalet. Köparen har även större möjligheter att förutse sådana skador och deras omfattning och har därmed lättare att försäkra sig mot dem. Denna form av friskrivning har även godtagits i praxis (NJA 1979 sida 483), under förutsättning att friskrivningen inte utesluter ansvar för all indirekt förlust samtidigt som köparen berövas möjligheter till hävning. De direkta skador som kan orsakas av en såld vara ligger inom säljarens kontrollansvar.<sup>53</sup> Detta innefattar även ansvar för dröjsmål och fel av tredje man som säljaren anlitat. Utgångspunkten är att friskrivningar från kontrollansvar är giltiga oavsett om det är säljaren själv eller den han anlitat som fullgör avtalet.

Grunderna för 3 kap. 1 § skadeståndslagen skall vara vägledande för bedömningen av *friskrivningar från principalansvar*. En dylik friskrivning är i princip möjlig enligt Von Post, eftersom skadeståndslagen är dispositiv och omfattar även friskrivning från ansvar för vållande av anlita d självständig företagare.<sup>54</sup>

När det gäller *friskrivning från hinder som försvårar säljarens möjligheter att prestera i rätt tid* är den vanligaste metoden att utgå från prestationshindrens orsaker vid formuleringen av friskrivningen.<sup>55</sup> Normalt används en generell bestämning av vilka orsaker som får användas följt av en exemplifiering av dessa och klausulen benämns ofta som force majeure-klausuler. Enligt Lundmark kan giltigheten av dessa klausuler, i brist på praxis, bedömas så att sannolikheten för att klausulen inte skall godtas ökar med graden av avvikelse från KöpL kontrollansvar till nackdel för köparen. En betydelsefull faktor är dock om den part mot vilken friskrivningen riktar sig erhåller någon form av kompensation i andra avseenden, t.ex. lägre pris, generösa garantier eller långtgående hävningsrätt.

Vid *friskrivning från ren förmögenhetskada samt ideell skada utan samband med person- eller sakskada* går det inte att utan vidare godkänna dessa. Domstolen måste här lämnas stor

---

<sup>53</sup> Notera att kontrollansvaret enligt KöpL endast gäller direkt skada i motsats till det mer omfattande stadgandet i CISG.

<sup>54</sup> Von Post s. 207.

<sup>55</sup> Lundmark s. 175. Som kuriosa kan nämnas att en inte alldeles ovanlig reglering på amerikanska e-marknadsplatser är att "Acts of God" räknas upp bland de skäl till driftstörningar för vilka den friskrivande parten inte ansvarar. Se t.ex. [www.killerbiz.com](http://www.killerbiz.com). En dylik reglering torde enligt min mening ge ett lite luddigt intryck i svenska förhållanden.

frihet i sin bedömning och "stor hänsyn måste uppenbarligen tas till de intressen som skadeståndsskyldigheten skall skydda".<sup>56</sup>

*Friskrivning från kvalitet eller egenskaper* kan göras i generella ordalag, t.ex. "befintligt skick", eller mer preciserat genom att räkna upp undantag från den kvalitet som köparen kunnat räkna med.<sup>57</sup> En allmänt hållen friskrivning kan begränsas om säljaren före köpet lämnat uppgifter om varans egenskaper eller användning, underlåtit att lämna väsentliga upplysningar om varan eller om varan är i väsentligt sämre skick än vad köparen haft fog att förutsätta. Det avgörande är i det enskilda fallet om klausulen varit tillräckligt tydlig eller om den trots att den varit tydlig p.g.a. särskilda omständigheter bör anses oskälig. Preciserade friskrivningar hamnar däremot i en annan ställning, och ju mer preciserad friskrivningen är, desto större är sannolikheten att den godkänns vid en granskning. Detta motiveras med det faktum att parterna i kommersiella förhållanden själva har att ta tillvara sina intressen, något som särskilt framhålls i motiven till 36 § AvtL.<sup>58</sup>

När det slutligen gäller *friskrivning från påföljder* av avtalsbrott kan även dessa utformas generellt eller mer preciserat.<sup>59</sup> Trots bristande stöd i praxis anser Lundmark att det finns skäl att anta att generella friskrivningar som berövar köparen all rätt att göra påföljder gällande inte är tillåtna i kommersiella avtalsförhållanden enligt 36 § AvtL. Däremot torde preciserade, och även partiella, friskrivningar ofta godtas av samma skäl som gäller för dito kvalitetsfriskrivningar.

Ett exempel på en fantasifull lösning av problemet med generella friskrivningar finns hos KillerBiz.com. De avtalar helt enkelt bort regleringen i Kaliforniens civillag som förbjuder generella friskrivningar:

*"Because we do not and cannot be involved in any sales transaction, in the event that you have a dispute with any User, including a Registered Buyer or Registered Seller, you hereby release KillerBiz, and its officers, employees and agents from all claims, demands and damages (both actual and consequential and including*

---

<sup>56</sup> Von Post s. 207 med hänvisningar.

<sup>57</sup> Lundmark s. 183.

<sup>58</sup> Prop 1975/76:81 s. 125.

<sup>59</sup> Lundmark s. 204.

*legal expenses and attorney's fees) of every kind and nature, known and unknown, arising out of or in connection with any such dispute. If you are a California resident, you hereby waive the provisions of the California Civil Code, § 1542, which states: "A general release does not extend to claims which the creditor does not know or suspect to exist in his favor at the time of executing the release, which if known by him must have materially affected his settlement with the debtor."*

KillerBiz.com, Disclaimer and Release stycke 2.

## **2.6.2 Sammanfattning Verkan av friskrivningar**

- Rättspraxis rörande verkan av friskrivningsklausuler är mager, främst beroende på att kommersiella tvister till övervägande del avgörs genom skiljeförfarande, vilket gör bedömningen osäker.
- Friskrivning från vårdslöshet tillåts i betydande omfattning, så länge inte motparten drabbas av särskilt ingripande konsekvenser eller om klausulen är otydlig eller missvisande. Friskrivning från grov vårdslöshet är som regel är att anse som oskälig.
- Kvalitetsfriskrivningar av generell typ riskerar ingripanden i större utsträckning än preciserade, så länge dessa är särskilt långtgående i förhållande till dispositiv rätt. Detta gäller även för påföljdsfriskrivningar.

# 3 Verkan av användarvillkor i en digital miljö

## 3.1 Finns det skillnader online och offline?

Avtalsrättsligt kan förklaringar till friskrivningarnas ymniga förekomst online göras av flera anledningar. Den tekniska utvecklingens rasande takt gör att osäkerhet uppstår kring tillämpningen av (dispositiv) lagstiftning och friskrivningen kan där utgöra en säkerhet. Parterna som gör affärer är i ökad utsträckning anonyma<sup>60</sup> och saknar tidigare kontakt med varandra, vilket medför att e-marknadsplatserna behöver skydda sig mot affärsmän som inte är vad de utger sig att vara. Dessutom kan parterna befinna sig på olika delar av jorden och därmed (som alltid när det gäller Internetrelaterade företeelser) försvåra den rättsliga bedömningen av en eventuell tvist. Den invecklade tekniken som är inblandad i systemet försvårar även för e-marknadsplatsens ägare att göra en korrekt riskbedömning vilket gör en ansvarsfördelning till nackdel för användarna att framstå som en enkel lösning för ägaren.

Konkurrensrättsligt är hela idén med Internet roten till de problem som uppstår vid bedömningen av en e-marknadsplats. En e-marknadsplats kan inom en snar framtid utgöra ett forum för stora delar av ett företags handel, vilket kan medföra att ägarna till e-marknadsplatsen (åtminstone teoretiskt) kan sammanställa i det närmaste perfekta marknadsanalyser med användarnas inköps- och försäljningsstrategier. I och med att information kan spridas i närmast obegränsad omfattning och med mycket hög hastighet kan detta leda till olika former av samordnade förfaranden och avtal om informationsutbyten för att ge några exempel. En ytterligare punkt rör företagets inköps- och försäljningslistor, dess kundregister och dess anbud vilka betraktas som affärshemligheter. Dessa skyddas genom konkurrensrättslig lagstiftning vilken kan kompletteras med immaterialrättsligt eller kontraktsrättsligt skydd. Vid traditionell handel stannar informationen hos företaget. Vid användandet av en e-marknadsplats lämnar dock ett företag villigt ifrån sig både direkta uppgifter om företagets verksamhet samt indirekta dito vid transaktioner över e-marknadsplatsens nätverk, trots att uppgifterna i många fall genom regleringar i användarvillkoren blir e-marknadsplatsens egendom eller riskerar att säljas till en konkurrent.

---

<sup>60</sup> I och med det ökade användandet av elektroniska signaturer kommer anonymiteten i sig kunna åtgärdas, men en psykologisk faktor av osäkerhet kvarstår sannolikt i att göra affärer med någon man aldrig träffat i verkliga livet.

### 3.1.1 Säkerhetens betydelse för e-affärer

En viktig aspekt av e-handel är att fullgod säkerhet inte existerar vid online -affärer. Ett angrepp av hackers eller virus av något slag kan radera affärsrelaterad information eller ännu värre sprida denna till användarens konkurrenter. Användarna måste även kunna lita på den information om t.ex. en vara som de tar del av på webbplatsen, eftersom hela produktionskedjan drabbas om den rätta varan eller tjänsten inte levereras i rätt tid eller plats.

I en undersökning utförd av Forrester<sup>61</sup> visade det sig att endast hälften av de 40 europeiska företag som ingick i studien kände full eller stark tillit för den e-marknadsplats de använde, medan den andra hälften kände visst eller inget förtroende. Endast ett fåtal ansåg att frågor rörande säkerheten vid transaktioner, riskerna för missbruk av marknadsrelaterad information samt sekretessfrågor reglerades på ett tillfredsställande sätt i e-marknadsplatsens användarvillkor. Garantier rörande användningen av användarrelaterad information i användarvillkorens reglering motsvarade endast två av de fyrtio deltagarnas förväntningar.

Frågor om vem som äger informationen, var och hur den lagras samt vem som kan sälja den är frågor som av användarna upplevs som viktiga och de är frågor som ofta aktualiseras i samband med användandet av e-marknadsplatser. Majoriteten av de tillfrågade företagen begränsade sitt användande av e-marknadsplatser p.g.a. de juridiska osäkerheter som fortfarande existerar då dessa frågor inte reglerats tillräckligt tydligt i användarvillkoren. De använder idag endast tjänsterna till att sälja sitt överskott, medan de vid juridisk klarhet skulle kunna tänka sig att flytta över större delen av sina transaktioner till nätet.

Själva användarvillkoren på webbplatserna ansågs inte fullt så statiska som de tenderar att uppfattas vid handel med traditionella företag. Faktum är att hela 78 procent av de tillfrågade företagen ansåg sig ha möjlighet att påverka avtalen för deras e-marknadsplatser. En anledning till detta kan vara att Forrester oftast stöder sina studier på företag med relativt stor marknadsandel eller med absolut spetskompetens. Med anledning av användarnas storlek torde det därför vara möjligt för företagen att påverka användarvillkoren för en e-marknadsplats i större utsträckning än vad som annars är brukligt.

---

<sup>61</sup> Forrester, eMarketplaces Face The Law, oktober 2000. Denna rapport ligger till grund för en stor del av resonemanget under denna rubrik samt rubriken "Vilka tjänar på användarvillkoren?".

Risken är som vanligt att de små och medelstora företagen, vilka är de som skulle dra störst nytta av mer balanserade villkor, hamnar i kläm eftersom de inte har den förhandlingsstyrka som t.ex. ett företag av IBMs storlek har. En möjlighet för de små och medelstora företagen är att de går samman för att hävda sin ståndpunkt i ett *joint statement*. Dessa joint statements kan även tjäna till att utveckla branschstandarder vilka i det långa loppet kan förändra innehållet i användarvillkoren.

### **3.1.2 Balansakten vid avtalskomposition**

På de flesta amerikanska, och på många europeiska e-marknadsplatser används långt hårdare användarvillkor och mer långtgående friskrivningar än på de svenska, även om undantag förekommer. Användarvillkoren utformas ur ett kortsiktigt perspektiv där ägarna ser till sina omedelbara intressen och därför syftar de mot samma mål: den totala friskrivningen. Den förhärskande föreställningen att det skulle vara listigt att använda sig av i det närmaste kompletta friskrivningsklausuler vid Internethandel har sannolikt sitt ursprung i den branschomognad som fortfarande råder inom delar av e-handeln B2B.

Sett ur ett juridiskt perspektiv så förefaller också dessa friskrivningar vara relativt hållbara vid en rättslig prövning. Problemet är bara att om endast en juridisk granskning sker får man lätt en missvisande bild, eftersom denna ger en känsla av att innehavaren till e-marknadsplatsen är den stora vinnaren, men vem vill göra affärer med ett företag som använder sig av totala friskrivningar? Det förefaller som om vissa av IT-företagen inte insett att den balans som eftersträvas i avtalsmässiga relationer offline även bör vara målet online. Inte förrän man kommit till rätta med den obalans som existerar verkar det sannolikt att en handel mellan företag kan komma igång på allvar.

### **3.1.3 Reflektioner kring verkan av friskrivningsklausuler**

Många av de användarvillkor som förekommer på marknaden kan innehålla delar som är svåra att tolka och förstå. Ett flertal av företagen som accepterat villkoren känner säkerligen inte till avtalens innebörd beträffande t.ex. ansvarsfriskrivningar, vilket kan anses allvarligt. En invändning mot detta påstående kan vara att de problem som kan uppstå till följd av avtalen ändå sköts på en högre nivå i företaget, d.v.s. av jurister, och därför är möjligheterna att tolka och förstå villkoren för en lekman mindre viktiga. Mot detta skall dock ställas det faktum att många av företagen som använder och kommer att använda e-marknadsplatser



utgörs av småföretag utan tillgång till jurister som är specialiserade på området och bedömningen av friskrivningarnas utformning kan ske med hänsyn till detta.

De skäl som i praxis huvudsakligen medfört ingripanden är dels att friskrivningen ansetts missvisande eller oklar, dels att villkoren inneburit betydligt mer långtgående inskränkningar än vad som skulle ha gällt enligt dispositiv rätt eller etablerat handelsbruk.<sup>62</sup> Med andra ord skulle man, grovt förenklat, kunna säga att en friskrivning i princip är godtagbar om den inte leder till att en parts berättigade krav omöjliggörs genom friskrivningen och detta uttryckts i tydliga och preciserade villkor.

Det förefaller troligt att företag som känner sig missnöjda med användarvillkor på en e-marknadsplats har större chanser till framgång i sina krav om de själva eller gemensamt i ett *joint statement* försöker påverka motparten att ändra dessa före en ansökan om medlemskap, än om de söker ändring genom rättsliga förfaranden i efterhand. Särskilt tydligt blir detta när man betänker att det rör sig om kommersiella förhållanden på en marknad i snabb förändring, där en utdragen domstolsprocess med relativt små chanser till framgång knappast framstår som ett lockande alternativ.

Det faktum att e-marknadsplatsen kan ha olika ägandeformer och använda sig av olika modeller för handel kan även det spela viss roll för verkan av dennas användarvillkor. Är e-marknadsplatsen ägd av flera stora industriföretag (t.ex. Covisint.com) finns sannolikt en större chans för en småföretagare som känner sig överkörd att visa på t.ex. underlägsen ställning, än om den är ägd av tredje part som endast förmedlar kontakter i kombination med en liten transaktionsavgift. I den första situationen har ju ägarna en betydligt starkare förhandlingsposition och det är möjligt att småföretagaren i praktiken är tvungen att ansluta sig till e-marknadsplatsen för att inte tappa marknadsandelar.

En detaljgranskning av olika friskrivningar i relation till olika former av e-handel är omöjlig att göra och eftersom verkan av olika friskrivningar måste bedömas för varje enskilt fall lämnas vidare funderingar i ämnet.

---

<sup>62</sup> Lundmark s. 221.

### 3.1.4 Vilka tjänar på användarvillkoren?

I dagsläget framstår en tillämpning av användarvillkor kopplade till en e-marknadsplats som ett nollsummespel. Rent juridiskt är i och för sig så gott som samtliga av dessa användarvillkor utformade så att ägaren är helt fri från ansvar, men som nämnts måste hänsyn även tas till ekonomiska faktorer. Det ligger nämligen på användaren att bära *ansvar för och bedöma värdet av informationen* som förmedlas av e-marknadsplatsen. Ägaren till denna friskriver sig så gott som alltid från ansvar för felaktiga eller inaktuella uppgifter, förseningar eller fel i tjänsteleveransen samt ekonomiska skador som kan drabba köparen eller säljaren. Skulle ansvar för fel vara stadgat gäller detta endast vid grov vårdslöshet och kombineras oftast med en ansvarsbegränsning till direkta skador och med en beloppsspärr motsvarande exempelvis användarens transaktionsavgift under tolv månader. En klausul från LatinB2B.com används som exempel:

*"LatinB2B MAKES NO WARRANTY THAT (i) THE SERVICE WILL MEET YOUR REQUIREMENTS, (ii) THE SERVICE WILL BE UNINTERRUPTED, TIMELY, SECURE, OR ERROR-FREE, (iii) THE RESULTS THAT MAY BE OBTAINED FROM THE USE OF THE SERVICE WILL BE ACCURATE OR RELIABLE, (iv) THE QUALITY OF ANY PRODUCTS, SERVICES, INFORMATION, OR OTHER MATERIAL PURCHASED OR OBTAINED BY YOU THROUGH THE SERVICE WILL MEET YOUR EXPECTATIONS, AND (v) ANY ERRORS IN THE SOFTWARE WILL BE CORRECTED."* LatinB2B.com, punkt 16 b.

Även *säkerheten vid transaktioner* är en fråga som ofta behandlas utförligt i användarvillkoren, vanligen med angivelse av de olika risker som förekommer (hackers, stulna lösenord, virus mm). En e-marknadsplats *garanterar* dock aldrig säkerheten, utan stadgar som mest att de skall vidta "rimliga åtgärder" för att skydda användaren. Ett utdrag från GlobalNetXchange används:

*"... GlobalNetXchange LLC does not guarantee continuous, uninterrupted, or secure access to the GlobalNetXchange LLC Exchange, and operation of the GlobalNetXchange LLC Exchange may be interfered with by numerous factors*

*outside of GlobalNetXchange LLC's control." Gnx.com, warranties and exclusive remedies.*

Något *skydd för användargenererad data* har användarna sällan, eftersom e-marknadsplatser vanligen har immaterial- och avtalsrättsliga regleringar som ger ägaren rätt till materialet samt att publicera eller sälja allt material som skickas in till servern, oavsett materialets innehåll eller syftet med försändelsen. Detta avser att ge e-marknadsplatsen rätt att samla in, lagra, behandla och sälja användardata efter eget omdöme och möjliggörs bl.a. genom att användaren uttryckligen<sup>63</sup> accepterar att informationen behandlas av ägaren. PackagingCell reglerar frågan enligt följande:

*"12. Intellectual Property Matters*

*Member acknowledges that all data developed and/or collected by PCell in connection with the operation of the Site and the Marketplace shall be the exclusive property of PCell. Information concerning a Member shall not be shared with any third parties without the prior written consent of Member, except (i) for the fact that Member is a member of PCell, (ii) pursuant to the license granted below, and (iii) for aggregate data derived from transactions."*

PackagingCell.com, punkt 12 stycke 1.

### **3.1.5 Förslag till åtgärder**

En e-marknadsplats som marknadsför olika kvalitetstjänster riskerar att förlora trovärdighet om det inte samtidigt tar på sig ansvar för tjänsternas utförande. Ägaren till en e-marknadsplats måste ta ansvar för att den information som distribueras av hans webbplats är korrekt och aktuell och han bör ersätta användare för systemrelaterade fel samt fel orsakade av data som distribuerats genom e-marknadsplatsen. För att en sådan åtgärd skall kunna krävas av ägaren, måste även användarna kunna hållas ansvariga för att de endast förser e-marknadsplatsen med korrekt, laglig och aktuell information.<sup>64</sup> Detta medför behov av tekniska åtgärder som möjliggör bevisning för att kunna väcka talan, t.ex. krävs att någon form av loggfil kopplats till den "kanal" som används för kommunikation mellan e-

---

<sup>63</sup> Genom att användaren accepterar användarvillkoren på för webbplatsen föreskrivet sätt.

<sup>64</sup> Information som bryter mot upphovsrätten eller på annat sätt är olaglig kan förbjudas i en klausul i användarvillkoren. I anknytning till denna klausul bör även en reglering av konfliktlösning finnas.

marknadsplatsen och användarna i kombination med att identifiering sker med någon form av elektronisk signatur.

Att e-marknadsplatserna åberopar "rimliga åtgärder" som riktmärke för sina säkerhetsansträngningar kan knappast accepteras. Ägaren till e-marknadsplatsen måste garantera säkerheten för den information som faktiskt hanteras, medan användarna ansvarar för handhavandet av sina användar-ID och lösenord. Kan man inte garantera att data över företagets inköp och försäljningar hålls hemliga bör man dels fundera över en investering i ny mjukvara, dels över sin företagsidé.

En lämplig lösning på säkerhetsproblem med handhavande av känsliga uppgifter är en självreglering. En uppdelning av uppgifterna i olika skyddsklasser, där olika kategorier av användare indelas i "access-nivåer" beroende på vilken roll de har. Ett sådant system kräver att användarna markerar vilken skyddsklass informationen bör ha för att e-marknadsplatsen skall kunna avgöra vilken information som skall publiceras och till vilken publik.

Känner parterna att de tar större risker än vad som känns lämpligt finns det numer (åtminstone i USA) s.k. "trust brokers" som minskar riskerna med att handla med insolventa eller motparter som agerar under falsk identitet.<sup>65</sup> Inom kort kommer även nya tjänster utvecklas i form av bl.a. s.k. underwriters, information suppliers, credit brokers samt quality assurers som garanterar avtalets fullföljande, företagsvärderingar, motpartens solvens samt varornas kvalitet i realtid. Forrester beräknar att samtliga former av riskhanteringsföretag kommer att vara aktiva inom e-handeln före år 2003.<sup>66</sup>

Genom att uttryckligen ange att även ägaren till e-marknadsplatsen omfattas av medlemsreglerna och inte ses som anställd vid denna, kan man undvika att denne kommer undan skyddsreglerna rörande användandet av marknadsrelaterad information, och man minskar därmed riskerna för missbruk. Ägaren till e-marknadsplatsen bör även klargöra exakt vilken typ av information som kommer att publiceras på delar av webbplatsen dit allmänheten och konkurrenter har tillträde. Detta behandlas närmare under konkurrens- samt immaterialrättsdelen.

---

<sup>65</sup> Se Forrester, Managing eMarketplace Risks. Som exempel på amerikanska dylika kan nämnas VeriSign, Identrus och Equifax.

### 3.1.6 Sammanfattning Verkan av användarvillkor

- ❑ Genom att använda sig av mer balanserade användarvillkor ökas inte endast chanserna till framgång vid en judiciell prövning, utan även affärspartners vilja att göra affärer.
- ❑ Huvudfrågor att behandla är regleringar av ansvar för information, säkerhet vid transaktioner samt sekretesskydd för användargenererad data.
- ❑ Friskrivningsklausuler i kommersiella förhållanden förefaller svåra att begränsa genom civilrättsliga processer och det finns ett betydande utrymme för dessa i kommersiella köpeavtal. Sannolikt är en mer framgångsrik modell att genom t.ex. ett joint statement försöka påverka e-marknadsplatsen att ändra användarvillkoren innan dessa accepteras.
- ❑ Då e-marknadsplatsen kan fördela ut riskerna på fler aktörer i organisationen kommer kunderna att flytta över sin offline-handel till e-marknadsplatserna.
- ❑ Genom att ange att även ägaren omfattas av användarvillkoren minskar riskerna för missförtroende hos användarna.

# 4 Konkurrensrätt / Immaterialrätt

## 4.1 Inledning

Redan då de första e-marknadsplatserna skapades, med amerikanska Covisint<sup>67</sup> som flaggskepp för e-marknadsplatser i allmänhet och industrileda dito i synnerhet, hördes uttalanden om att dessa skulle komma att utgöra allvarliga hot mot konkurrensen på de marknader där de agerar. Både i USA<sup>68</sup> och inom EU<sup>69</sup> har respektive konkurrensmyndigheter inlett granskningsförfaranden av dessa affärlösningar, med hittills relativt intetsägande resultat. Det faktum att marknaden är i ständig förändring, främst genom sammanslagningar av olika e-marknadsplatser till s.k. "MetaMarkets", och att många av e-marknadsplatserna inte börjat bedriva handel gör att bedömningarna blir lite osäkra.

De konkurrensrättsliga frågor som kan uppkomma i samband med e-marknadsplatser är dock inte nya och även om den digitala miljön i kombination med globaliseringsprocessen eventuellt kan ge större och snabbare effekter av företagens agerande, anser de flesta att bedömningen av dessa frågor faller in under traditionella metoder för konkurrensrättslig analys.<sup>70</sup>

De huvudfrågor som aktualiseras av e-marknadsplatsernas tillkomst rör förekomsten av informationsutbytesavtal vilka kan främja samordnade förfaranden samt avtal mellan

---

<sup>67</sup> En e-marknadsplats ursprungligen skapad av General Motor Corp., Ford Motor Co., och DaimlerChrysler AG där numer även Renault och Nissan numer ingår.

<sup>68</sup> I dagsläget har endast Covisint granskats av the Federal Trade Commission. Tyvärr skedde detta innan verksamheten i Covisint kommit igång och det föga vägledande uttalandet i rapporten blev: "Because Covisint is in the early stages of its development and has not yet adopted bylaws, operating rules, or terms for participant access, because it is not yet operational, and in particular because it represents such a large share of the automobile market, we cannot say that implementation of the Covisint venture will not cause competitive concerns". In re Covisint, Inc., File No. 001 0127 (Sept. 11, 2000), *dosing letter to General Motors Corp., Ford Motor Co., and DaimlerChrysler AG*. [www.ftc.gov/os/2000/09/covisintchrysler.htm](http://www.ftc.gov/os/2000/09/covisintchrysler.htm) (senast besökt 23 oktober 2000).

<sup>69</sup> EU-Kommissionens granskning av Myaircraft.com avslutades den 7 augusti. Kommissionen noterade att Myaircraft.com skulle möta kraftig konkurrens från andra e-marknadsplatser, den är leverantörsledd istället för köparledd och det är en mycket fragmenterad industri med över 5000 köpare och 13000 leverantörer i världen. Se Lancefield, D, The regulatory hurdles ahead in B2B.

<sup>70</sup> Federal Trade Commission Report, del III s. 1.

konkurrenter i syfte att exkludera eller diskriminera övriga konkurrenter till användarna eller ägarna. Det skall betonas att vissa regler gällande t.ex. "bagatellavtal"<sup>71</sup> gör att en del småföretag inte kommer att omfattas av konkurrensreglerna, eftersom deras agerande inte anses kunna påverka konkurrensen på ett märkbart sätt.

#### 4.1.1 Avtal om informationsutbyte

Ett företag som agerar på en marknad med kraftig konkurrens behöver ta alla chanser som ges att försäkra sig om att dess affärsbeslut blir framgångsrika. Ett sätt att eliminera osäkerheten om konkurrenternas uppträdande är att arbeta med dem istället för mot dem. Det enda problemet är att EU:s konkurrensrätt bygger på grundsatsen att varje ekonomisk aktör, oberoende av de andra aktörerna, skall bestämma det handlingsätt som han avser agera efter på marknaden. Det som är tillåtet är att *bedöma* konkurrenternas nuvarande och förväntade uppträdande utifrån allmänna premisser. I linje med denna åsikt är det tillåtet för konkurrenter att mellan sig dela "branschtäckande aggregerad statistisk information avseende förfluten tid"<sup>72</sup>. Kravet är dock att det inte ur statistiken får vara möjligt att få fram motsvarande uppgifter om individuella företag.

Utbyte av information kan ske på flera sätt, antingen genom att företag direkt förser varandra med uppgifter om t.ex. priser, försäljningssiffror och produktionsnivå, eller genom att information från en mängd företag omvandlas till statistik som ger en samlad bild av en industri eller produkt. Ett sådant samlat informationsutbyte anses normalt mindre skadligt ur konkurrenssynpunkt än det individuella utbytet. Den information som relaterar till t.ex. en producents huvudsakliga prissättningspolicy<sup>73</sup>, rabatter, storlek på tillverkning, kostnader och marknadsstrategi<sup>74</sup> är oftast hemlig och dess spridande betraktas som skadligt ur konkurrenssynpunkt (se nedan om användargenererad data samt företagshemligheter).

---

<sup>71</sup> Ett bagatellavtal avser avtal mellan företag vars sammanlagda marknadsandel för varor och tjänster inte överstiger tio procent av den relevanta marknaden och vars totala årsomsättning, per part inklusive dotterbolag, inte överstiger 200 miljoner kronor. De avtal som uppfyller dessa kriterier anses för små för att omfattas av konkurrensreglerna.

<sup>72</sup> Carlsson m.fl., Konkurrenslagen s. 494.

<sup>73</sup> *IFTRA Rules on Glass Containers* [1974] 2 C.M.L.R. D 50 stycke 43.

<sup>74</sup> Se även Korah, s. 177 ff.

För att bedöma informationens skadlighet ur konkurrenssynpunkt finns några omständigheter som är av särskilt intresse.<sup>75</sup> Dessa grundar sig på EG-domstolens praxis.

- Information som utgör en sammanställning av ett stort antal företag och totala siffror för industrier eller länder anses mindre konkurrensbegränsande än om informationen är uppdelad på företagsnivå med möjlighet att urskilja enskilda företags kostnader, omsättning, vinster mm.
- Är informationen rörande de aktuella produkterna uppdelad på individuella sorter och klasser föreligger större hot mot konkurrensen än om informationen är aggregerad på ett sådant sätt att beräkandet av individuell statistik försvåras.
- Informationens tillgänglighet för allmänheten och särskilt slutanvändare är en tredje punkt att ta hänsyn till. Är informationen allmänt spridd finns ju knappast någon grund för en konkurrensbegränsande samordning.
- Informationens aktualitet spelar en stor roll. Dagsfärs information medför klart större potential i eliminandet av osäkerheten kring konkurrenters reaktion på ett företags agerande än uppgifter som passerat sitt "bäst-före datum".
- När det gäller strukturen på den relevanta marknaden är ett avtal mellan konkurrenter verksamma på en oligopolmarknad med homogena produkter det som historiskt sett dragit till sig mest uppmärksamhet från Kommissionens sida.<sup>76</sup> Detta förklaras lättast med att det är på en sådan koncentrerad marknad som ett avtal om informationsutbyte har störst verkan.

Möjligheterna för nya företag att ta sig in på marknaden bör även granskas. Är hindren för marknadstillträde låga eller obefintliga avseende den vara eller tjänst som handlas med på e-marknadsplatsen, minskar effekterna av ett samordnat förfarande eftersom "nykomlingar" på marknaden inte deltar däri.

---

<sup>75</sup> Sammanfattningen bygger på Carlsson m.fl., Konkurrenslagen s. 495.

<sup>76</sup> Korah, s. 48 ff.



Efter att ha läst och funderat över dessa punkter förefaller en e-marknadsplats som gjord för att underlätta utbyte av information mellan konkurrenter. I e-marknadsplatsens server lagras information (vilket kommer att behandlas nedan) om alla transaktioner med omfattande detaljrikedom. Genom att tillämpa Internet kan information spridas och inhämtas närmast obegränsat. Ett mycket stort antal företag kan använda en e-marknadsplats, och beroende på marknadens struktur kan flera företag tänkas gå mot att använda e-marknadsplatsen för en stor del av sina transaktioner. Detta möjliggör en bedömning av företagens marknadsstrategier genom en analys av utförda transaktioner.

Det kan hända att avtal mellan konkurrenter om informationsutbyte kan få en positiv effekt på konkurrensen och ibland t.o.m. vara nödvändiga för att tillägna sig de fördelar för konkurrensen som kan uppstå vid ett samarbete mellan företag. Säkerligen kan dessa avtal under vissa omständigheter leda till att en e-marknadsplats genomför viktiga effektiviseringar av sin verksamhet och underlätta snabba svar på konkurrenters åtgärder på marknaden. Men, dessa avtal underlättar även samordnade förfaranden rörande t.ex. priser och hotar därigenom att skada konkurrensen i den marknad för varor eller tjänster som handlas på e-marknadsplatsen eller i produktmarknader "downstream". Man kan säga att samma faktorer som gör e-marknadsplatsernas höga effektivitet möjlig, d.v.s. det samarbetsförhållande som skapas mellan parterna och Internets kapacitet till informationsutbyte, även har potential att bli hämmande för konkurrensen, särskilt m.h.t. informationsutbytet.

#### **4.1.2 Exklusivitet**

Med exklusivitetsavtal avses här eventuella begränsningar av användarnas möjligheter att bedriva handel utanför e-marknadsplatsen. Dessa begränsningar kan bestå i uttryckliga avtalsvillkor, men troligare är att de utformas mer dolt genom olika former av förmånserbjudanden eller andra ekonomiska motiv i form av t.ex. lägre avgifter eller ökade reklammöjligheter. Ett användaravtal som inte uttryckligen kräver exklusivitet i handeln med en e-marknadsplats kan ändå ha en sådan effekt om den är utformad på så vis att en användares kostnader stiger vid handel med en konkurrerande dito. Eftersom ägarna till e-marknadsplatser i dagsläget grundar sitt inkomstsystem på att användarna betalar en form av avgift för transaktioner som inletts på e-marknadsplatsen, ligger det i deras intresse att så många affärer som möjligt görs just online (på deras marknadsplats).

För att skapa så stora intäkter som möjligt kan ett exklusivt avtal med användarna vara lockande. Vissa av de riktigt stora e-marknadsplatserna, t.ex. Covisint.com, är dock försiktiga med användandet av en exklusivt policy efter att ha granskats av Federal Trade Commissions kritiska ögon, men exempel med mindre nogräknade företag kommer säkerligen att uppstå. Exklusivt avtal kan självklart ha positiva effekter för konkurrensen, bl.a. i form av ökad effektivitet, men det är främst de negativa sidorna som förknippas med denna typ av avtal.

Anledningen till att denna form av exklusivt avtal är negativ ur konkurrensrättslig synpunkt är att det kan öka konkurrenternas kostnader för att bedriva handel och begränsa deras möjligheter att konkurrera på marknaden. Om användarna har möjlighet att bedriva handel även utanför e-marknadsplatsen, kan risken för samordnade förfaranden dessutom minskas eftersom värdet av informationen från e-marknadsplatsen blir lägre. Detta förklaras bäst med ett exempel: om säljare 1 kan se vad säljare 2 har sålt på e-marknadsplatsen, och samtidigt är medveten om att säljare 2 är bunden av e-marknadsplatsens exklusivt policy, så kan säljare 1 göra en komplett bedömning av säljare 2:s försäljningsstrategi. Skulle däremot ingen exklusivt policy finnas kanske säljare 2 endast bedriver en liten del av sin handel på e-marknadsplatsen och värdet av informationen som säljare 1 tar del av minskar radikalt.<sup>77</sup> Detta hänger samman med diskussionen om användargenererad data nedan.

I dagsläget anser dock Federal Trade Commission att bevis på att exklusiva förfaranden är ovanliga.<sup>78</sup>

### **4.1.3 Konkurrensreglernas verkan på användarvillkoren**

Att en klausul i användarvillkoren skulle minska riskerna för en e-marknadsplats att bli anklagad för brott mot konkurrenslagen är inte särskilt troligt. Däremot kan det faktum att företaget vid utformningen av villkoren uttryckligen tagit avstånd från konkurrensbegränsande beteenden, i kombination med ett korrekt agerande, medföra att e-marknadsplatsen minskar riskerna för granskning av berörda myndigheter.

I detta område finns inte särskilt mycket fakta att gå på och det mest omtalade exemplet i konkurrenssammanhang är tidigare nämnda Covisint.com vars *legal statement* i stort sett

---

<sup>77</sup> Federal Trade Commission Report, del III s. 10.

<sup>78</sup> A.a. del III s. 16.

enbart reglerar konkurrensrättsfrågor. Med tanke på Federal Trade Commissions noggranna granskning av e-marknadsplatsen är det inte underligt att de är välformulerade. Ett exempel på en del av avtalet ges därifrån:

*"Covisint will not obligate any customer to use the Covisint exchange as its exclusive or primary exchange. Every Covisint customer will be free to access, use, participate in, organize, or establish any other electronic exchange. Covisint may offer incentives to attract any customer's business to Covisint, but it will not base such incentives on the condition that the customer not access, use, participate in, organize or establish an electronic exchange other than Covisint. Customer agreements will not exceed a term of eighteen (18) months."*  
Covisint.com, stycke 1.

Av rapporten från FTC framgår att det är troligt att de flesta orosmomenten kring e-marknadsplatser och konkurrenshinder kan elimineras genom väl utformade *operating rules*.<sup>79</sup> Man påpekar även i rapporten att vi befinner oss i ett tidigt, men känsligt, skede i utvecklingen av e-marknadsplatser och konkurrensen dem emellan.<sup>80</sup>

#### **4.1.4 Sammanfattning Konkurrensrätt**

- På grund av möjligheterna att sprida information med hjälp av Internet framstår uppkomsten av avtal om informationsutbyten som potentiella faror i användandet av e-marknadsplatser.
- Särskilt framträdande är möjligheterna att samla mycket detaljerad information om enskilt identifierbara företag, informationen finns ej tillgänglig för allmänheten, den kan utbytas i realtid och e-marknadsplatser etableras även på, ur konkurrensrättslig synpunkt, känsliga marknader.
- Avtal mellan konkurrenter i syfte att exkludera eller diskriminera övriga konkurrenter till användarna eller ägarna kan öka kostnader för exkluderade företag att bedriva handel och försämra dessas möjligheter att effektivt konkurrera på marknaden.
- Än så länge förefaller exklusiva förfaranden vara ovanliga i relation till e-marknadsplatser.

---

<sup>79</sup> Federal Trade Commission Report , del I s. 2.

<sup>80</sup> A.a. del III s. 23.

- Flertalet konkurrensrättsliga problem förefaller kunna minskas genom väl utformade regler för användande av e-marknadsplatserna.

## 4.2 Behandlingen av användargenererad data

I syfte att möjliggöra en fungerande handel genom e-marknadsplatser måste ägarna till dessa ha tillgång till affärsrelaterad information rörande de inblandade aktörerna för att förmedla kontakter mellan dessa. Informationen kan innefatta bl.a. företagets identitet, data om anställda, företagets avtalsvillkor, produkter, priser och bud samt dess reklam, PR och statistik. I samband med att information om användare inhämtas, behandlas och lagras i en omfattning och med en lätthet som aldrig tidigare skådats uppkommer både problem och möjligheter.

Ett av huvudproblemen är att e-marknadsplatsens intresse kolliderar med användarnas krav. E-marknadsplatsens ägare tjänar pengar på transaktioner vilka i huvudsak utgörs av insamlandet och distributionen av användarnas data, medan användarnas önskan är att hålla affärsrelaterad data hemlig och endast avslöja de uppgifter som är nödvändiga för att en potentiell partner skall kunna sluta ett avtal.

### 4.2.1 Direkt och indirekt information

Vid bedömningen av e-marknadsplatsens behandling av information bör man beakta att denna besitter åtminstone två olika former av användarrelaterad data vilka jag väljer att kalla direkt respektive indirekt information. Den direkta informationen utgörs av de uppgifter som företaget skickat in vid ansökan om medlemskap, medan den indirekta är den användargenererade data som finns lagrad i bl.a. serverns "transaktionsregister". Vid en snabb anblick i användarvillkorens "privacy statement" kan det vara lätt att lugnas av uttalanden om hur informationen skall skyddas, problemet är bara att denna ofta endast avser den direkta informationen. Den indirekta informationen, vilket de facto utgör vad som i vanliga fall (offline) skulle klassas som användarnas företagshemligheter (inköp, försäljningspriser, kundregister mm.), betraktas av vissa av e-marknadsplatserna som en del av *sina* affärshemligheter: d.v.s. som skyddad information tillhörande den elektroniska marknadsplatsen. I traditionella affärsrelationer hålls denna typ av uppgifter alltid hemliga.

Den samlade informationen av tusentals affärer i ett transaktionsregister kan utgöra otroligt värdefull information eftersom man med hjälp av denna kan börja analysera olika företags

marknadsbeteende och anpassa sitt eget därefter, eller sälja den vidare. Med lite kunskap om juridik inser en betraktare snart att detta kan skapa problem, eftersom informationen kan vara tillgänglig för användarna, ägarna, anställda m.fl. och därmed riskerar att spridas och komma konkurrenter till handa.

I och med att handeln bedrivs över en knutpunkt (e-marknadsplatsen) skapas ett förhållande som i offline-världen endast motsvaras av en börs eller en mäklare. I stället för att som tidigare bedriva handel genom individuella transaktioner företagna med separata medel för transaktionens genomförande, kan en eller ett par stora e-marknadsplatser användas för varje industrisektor över vilka en stor del av företagets transaktioner sker. Denna koncentration av företagets transaktioner till en eller ett par "kanaler" medför att företaget hamnar i en känsligare position ur konkurrenssynpunkt, då även information relaterad till företaget omfattas av koncentrationen. Tidigare skulle en konkurrent behövt sammanställa information (om han kunde få tag på denna) från vitt skilda ställen, medan det inom en snar framtid<sup>81</sup> kan vara möjligt att sammanställa denna genom en relativt enkel analys av den information som finns lagrad i e-marknadsplatsen server. Denna information är sannolikt skyddad, kontraktsrättsligt eller genom lag, men vad händer om avtalet inte är heltäckande eller e-marknadsplatsen går i konkurs (med exekutiv auktion av inventarierna)? För användarna av e-marknadsplatser torde detta utgöra frågor som är högst intressanta att få svar på.

En viktig fråga är alltså om företaget i sina användarvillkor berör ämnet, och i så fall om de ser sig som ägare till informationen eller endast som någon form av "beskyddare" av densamma. För att göra en bedömning av företagets behandling av informationen bör man se till såväl en klausul som stipulerar skyddet för informationen, som en rörande ägandeförhållandena till denna. Packagingcell.com används för att visa ett exempel på användarvillkor där användargenererad data övergår till e-marknadsplatsen, samtidigt som sekretessen för ägarnas del är långt mindre omfattande än för användarna:

*"12. Intellectual Property Matters*

*Member acknowledges that all data developed and/or collected by PCell in connection with the operation of the Site and the Marketplace shall be the*

*exclusive property of PCell. Information concerning a member shall not be shared with any third parties without the prior written consent of Member, except ... (iii) for aggregate data derived from transactions.*"<sup>82</sup>

*"Maintenance of Confidential Information and Privacy*

*PCell agrees to maintain the confidentiality of all rates, terms and conditions provided for in any contract entered into by Members. Member agrees not to disclose other Members' confidential information consistent with accepted industry practices...Member agrees not to invade other Member's privacy... In addition, Member agrees not to disclose PCell confidential information, such as business and technical information...."*

Denna form av reglering i användarvillkor är mycket vanlig, t.o.m. på svenska e-marknadsplatser, samtidigt som den är relativt svår att upptäcka. En kvalificerad gissning är dock att det, vid en rättslig bedömning av en dylik klausul, inte är möjligt att anse regleringen som på något vis oskälig.

#### **4.2.2 Skydd för företagshemligheter**

Dataskyddsdirektivet från 1995<sup>83</sup> omfattar egentligen inte uppgifter om juridiska personer. Rent företagsrelaterad information är alltså relativt oskyddad på EU-nivå, så länge uppgifterna inte är hänförliga till en fysisk individ på företaget. Endast enskild firma omfattas av direktivet eftersom innehavaren av en sådan alltid är en fysisk person. Däremot kan i ett svenskt perspektiv lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter bli tillämplig.

Företagshemligheter kan vara av teknisk, kommersiell eller administrativ karaktär. De kan t.ex. avse hemliga tillverkningsmetoder eller affärsförhållanden såsom priskalkylering eller kundstruktur. De har stor ekonomisk betydelse för ett företag eftersom andra företag normalt

---

<sup>81</sup> The Boston Consulting Group förutspår att en trolig utveckling av e-handeln är att en till tre stora e-marknadsplatser per industrisektor kommer att dominera handeln, med vissa mindre och specialiserade e-marknadsplatser som komplement. BCG, The B2B Opportunity, Creating advantage through e-marketplaces.

<sup>82</sup> www.packagingcell.com , delar av punkterna 9 och 12 (senast besökt 2000-11-09). Med dessa klausuler övertar Packagingcell.com rättigheterna till den indirekta informationen och användarna är bundna av sekretessavtalet även för denna information, då den numer tillhör Packagingcells affärshemligheter.

<sup>83</sup> Direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter.

inte har, eller endast genom forsknings- och utvecklingsarbete kan skaffa sig, tillgång till motsvarande kunskap. En annan benämning på företagshemligheter är know-how, vilket dock utgör en "smalare" definition av de tekniska och ekonomiska erfarenheter som är specifika för företaget. Know-how är även möjligt att skydda immaterialrättsligt i en större omfattning än företagshemligheter i allmänhet.

Lagen om skydd för företagshemligheter<sup>84</sup> kom till i slutet av 80-talet i syfte att utöka skyddet för, ur ett konkurrensrättsligt perspektiv, känslig information som ett företag innehar. Grundtanken kommer från den amerikanska regleringen rörande "trade secrets" och bygger på TRIPS-avtalets artikel 39. Lagen, som tillhör konkurrensrätten, har en relativt vid definition av vad som utgör företagshemligheter i syfte att skydda näringsidkare från utomstående, avtalsparter, anställda eller affärsförbindelser. Tre kriterier uppställs i 1 § FHL för att viss data skall utgöra företagshemlighet: a) det skall röra sig om information om affärs- eller driftsförhållande i en näringsidkares rörelse, b) näringsidkaren skall hålla informationen hemlig samt c) företagshemlighetens röjande skall vara ägnad att medföra skada för näringsidkaren i konkurrenshänseende.

Informationen som kan skyddas är relativt omfattande. Definitionen har en vidsträckt innebörd och kan innefatta tämligen triviala uppgifter. Informationen behöver inte nödvändigtvis finnas i dokumenterad form som t.ex. ekonomiska kalkyler, kundlistor och marknadsföringsplaner, utan även odokumenterade uppgifter som försäljningsresultat kan skyddas.<sup>85</sup> Ur FHL:s synpunkt spelar det inte heller någon roll om informationen är eller kan bli immaterialrättsligt skyddad.<sup>86</sup> Att näringsidkaren skall hålla informationen hemlig har en relativt snarare än absolut innebörd. Det som krävs är att den inte är allmänt spridd utanför en någorlunda definierbar och sluten krets och därmed inte är tillgänglig för envar som kan ha intresse att ta del av den. För att informationen skall anses *hållas* hemlig krävs att näringsidkaren informerar om den hemliga karaktären vid behov, t.ex. genom säkerhetsinstruktioner, hemligstämpling och liknande.<sup>87</sup> Slutligen måste informationen ha ett *värde* i näringsidkarens hand, d.v.s. det skall finnas en risk för att näringsidkaren lider skada i

---

<sup>84</sup> Hädanefter refereras till lagen med beteckningen FHL.

<sup>85</sup> Bernitz m.fl. Immaterialrätt s. 247.

<sup>86</sup> Företagshemligheter kan i regel endast skyddas immaterialrättsligt om de har formen av en patenterbar uppfinning och företaget väljer att söka patent på denna. Bernitz m.fl. Immaterialrätt s. 246.

<sup>87</sup> A.a. s. 248.

konkurrensen på marknaden om hemligheten röjs, särskilt genom en negativ inverkan på dennes konkurrensförmåga.

6 § FHL reglerar frågan om missbruk av företagshemlighet i affärsförbindelse och stipulerar ett skadeståndsansvar när någon utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som han/hon fått del av i förtroende i samband med en sådan förbindelse. "Hemligheterna kan ha anförtrotts inom ramen för ett samarbetsavtal mellan företag, ett licensavtal, ett konsultavtal eller vis ingivande av anbud"<sup>88</sup>, och det skall självfallet röra sig om ett användande på icke avsett sätt.

Skulle det vara så att det är tvivelaktigt om uppgifterna omfattas av FHL, eller det skydd som erbjuds inte anses tillräckligt är det fullt möjligt att genom ett sekretessavtal avtala om ett längre gående skydd. Även i avsaknad av särskilda avtal om hanteringen av företagshemligheter kan det nämnas att avtalsparter, enligt allmänna civilrättsliga principer, är skyldiga att iaktta en lojalitetsplikt mot varandra. Detta innebär att de inte illojalt får utnyttja anförtrodda hemligheter till skada för en avtalspart, ett förhållande som i kommersiella relationer även omfattar tiden efter avtalets slut.<sup>89</sup> Avtalsrättsliga klausuler och principer gäller dock endast mellan avtalsparterna, och ger normalt sett inget skydd mot företag som står utanför avtalsförhållandet.

En sekretessklausul innebär att en anställd eller avtalspart under viss tid kan förbjudas avslöja eller utnyttja de företagshemligheter som han under anställningen eller i avtalsförhållandet tagit del av. Det är dock inte möjligt att begagna sig av en dylik klausul i syfte att uppnå ett evigt skydd och klausuler som saknar tidsgräns riskerar att jämkas enligt 36 § AvtL. När det gäller konkurrensklausuler, en mer omfattande "kusin" till sekretessklausulen, har dessa godtagits ur konkurrenssynpunkt med en varaktighet på två till tre år, i undantagsfall upp till fem år. Denna praxis har även fungerat som ett riktmärke för sekretessklausuler.<sup>90</sup> Det bör dock noteras att praxis grundar sig på en i dagsläget föråldrad syn på information och den hastighet med vilken denna minskar i värde. Klausuler på två till tre år torde i dagsläget vara oskäligt omfattande m.h.t. informationens snabba värdeminskning och en tid på månader istället för år förefaller mer rimlig.

---

<sup>88</sup> Bernitz m.fl., Immaterialrätt s. 250.

<sup>89</sup> Bernitz m.fl., Immaterialrätt s. 251.

<sup>90</sup> Angående tillämpningen av konkurrensrättslig praxis på avtal mellan näringsidkare och särskilt s.k. "bagatellavtal", se den inledande diskussionen under konkurrensrättsliga avsnittet.



### 4.2.3 Tillämpning på en e-marknadsplats

Går det då att anse den information som användarna av en e-marknadsplats lämnar ifrån sig vid registrering och handel på en e-marknadsplats som företagshemligheter, eller är det så att denna information skapas först i e-marknadsplatsens transaktionsregister? Svaret varierar sannolikt om man frågar en användare eller en ägare till en e-marknadsplats och beror även, till viss del, på den tekniska lösning som valts för e-marknadsplatsens funktion.

Sett ur en *användares* perspektiv utgör all information med anknytning till affärs- och driftförhållanden (som hålls hemlig och inte med lätthet kan erhållas någon annanstans ifrån) affärshemligheter. Detta innefattar som nämnts bl.a. kundlistor, individuella priser och rabattsystem, försäljningssiffror, produktionsnivåer, lämnade och mottagna anbud mm. För användaren är det ointressant var informationen sammanställs, så länge den kan skyddas.

För att bedöma hur informationen skall klassas kan det vara relevant att göra en jämförelse till hur det hela hade skett i en "traditionell" affärsrelation. Alla kunder, de individuella prissystem som tillämpas för varje affärsrelation, försäljningssiffror, produktionsnivåer och anbud är sådana uppgifter som stannar inom företagets väggar utom i avseende till den information som är aktuell vid varje individuell transaktion. Motparten är ju naturligt nog medveten om just de förhållanden som överenskommit med denne, men har i övrigt ingen möjlighet att bedöma företagets agerande. Ur användarens synpunkt borde inte det faktum att informationen lagras någon annanstans än inom användarens fysiska sfär påverka bedömningen av att informationen utgör användarens företagshemligheter.<sup>91</sup> Den har skapats genom användarens transaktioner vilka har skett med tillämpning av användarens och motpartens bedömningar av affärssituationen, grundat i de marknadsstrategier som vardera parten använder sig av. Detta argument skulle kunna stärkas av det faktum att FHL anses skydda både dokumenterade och odokumenterade företagshemligheter.

Ägaren till e-marknadsplatsen anser med största sannolikhet att all information som lagras i e-marknadsplatsen utgör dennes egendom, och därmed något som ägaren kan förfoga över på det sätt som denne finner lämpligast. Det är diskutabelt om informationen har något egentligt värde förrän den sammanställts i servern på e-marknadsplatsen och om den överhuvudtaget

---

<sup>91</sup> En kanske lite långsökt syn på det hela är att uppgifterna på servern skulle utgöra en del av användarföretagets "virtuella kontor" och därmed fortfarande finnas inom företaget.

går att skydda genom t.ex. FHL innan dess. I och med att samtliga rekvisit i FHL 1 § även är tillämpliga på e-marknadsplatsen torde ägaren anse informationen som en del av e-marknadsplatsens företagshemligheter (släpps vissa delar av informationen till andra e-marknadsplatser kan det vara möjligt att även ägaren drabbas negativt ur konkurrenssynpunkt).

Den lämpligaste lösningen ur detta perspektiv är att avgöra frågan genom dels ett sekretessavtal och dels ett avtal som klargör vem som skall vara ägare till informationen. Frågan om vad som händer om e-marknadsplatsen går i konkurs kvarstår dock. Kan ett konkursbo sälja transaktionsregistret till en tredje part efter det att e-marknadsplatsen gått i konkurs, trots att det finns ett sekretessavtal mellan användaren och ägaren?

#### **4.2.4 Om e-marknadsplatsen går i konkurs...**

Att i användarvillkoren reglera e-marknadsplatsens användande av användargenererad data ger användaren ett visst skydd mot att denna information sprids till konkurrenter. Men vad händer om e-marknadsplatsen går i konkurs? Med hänsyn till att många av e-marknadsplatserna satsar på expansion samtidigt som riskkapitalister blir försiktigare i sina investeringar känns frågan tämligen relevant. Det faktum att klausuler som stipulerar att informationen som samlas in i e-marknadsplatsens server utgör e-marknadsplatsens egendom gör inte saken mindre problematisk för de tidigare användarna.<sup>92</sup>

För att underlätta förståelsen görs ett exempel: Företag A och B har ett kommersiellt förhållande där B får del av A:s företagshemligheter och dessa lagras i en server hos B. Mellan A och B skrivs ett sekretessavtal med tre års utsträckning i tiden. B går i konkurs efter sex månader.

- Kan konkursboet sälja servern med företagshemligheter till företag C som är konkurrent till A, eller är konkursboet bundet av sekretessavtalet som upprättats mellan A och B?
- Vilken effekt har ett uttryckligt stadgande i avtalet mellan A och B att informationen utgör företag B:s egendom?

---

<sup>92</sup> Som kuriosum kan nämnas att samtliga immaterialrätter utom upphovsrätt kan ingå i konkurs.

Avtalet mellan A och B är obligationsrättsligt och konkursförvaltaren, som träder in i styrelsens ställe för att representera konkursboet, har inte större befogenheter än vad styrelsen hade. Konkursboet är dock inte skyldigt att fullgöra gäldenärens (Bolag B) avtal i samma utsträckning som gäldenären. Om boet väljer att inte fullgöra avtalet, kan fullgörelse- och skadeståndskrav inte riktas mot boet som sådant utan endast mot gäldenären. Anspråken som därigenom uppkommer blir vanliga konkursfordringar, vilka i de flesta konkurssituationer inte får någon utdelning alls.<sup>93</sup> Utan särskilda regleringar ligger alltså Bolag A illa till. Endast om boet efter att ha inträtt i avtalet vägrar prestera enligt avtalet, och vid inträdet ådragit sig massaansvar<sup>94</sup>, kan det föreligga en grund för att föra talan mot boet om skyldighet att fullgöra gäldenärens avtal. Jag bedömer dock inte den sistnämnda möjligheten som sannolik i de exempel som behandlas här.

Konkursboets beslut att fullfölja Bolag B:s avtalsförpliktelser beror inte i första hand på om förmåga finns eller inte, utan på konkursförvaltarens överväganden om hur boavvecklingen skall ske och på ingångna avtals relativa gynnsamhet ur konkursborgenärernas synvinkel. Vid en företagskonkurs grundar sig detta helt på affärsmässiga överväganden. En tänkbar lösning på frågan hur företagen bör reglera affärshemligheter är att i användarvillkoren inkludera en klausul som anger hur parterna skall bete sig inför en konkurs. Utgångspunkten i svensk rätt, även om ingen uttrycklig lagregel finns, är nämligen även i konkurssituationer att avtalsförhållanden som uppkommit före konkursen består om inte motparten (Bolag A) kan få det att upphöra eller om boet genom uppsägning kan få avtalet att upphöra för framtiden.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> Möller, Konkurs och kontrakt s. 33.

<sup>94</sup> Att boet tar på sig ett massaansvar innebär att boet som sådant blivit förpliktigt att fullgöra avtalet in natura, d.v.s. att boet primärt svarar för avtalsenlig fullgörelse. En sådan ställning uppkommer genom att boet, med inträdesrätt, tilltvingar sig en fortsättning av ett avtalsförhållande som gäldenären inlett före konkursen vilket alltså kan ske även utan motpartens samtycke. Detta medför även att medkontrahenten vid ett kontraktsbrott har ett massakrav på de anspråk som ett kontraktsbrott kan föranleda. Konkursboet behöver dock inte ställa säkerhet genom massaansvar, utan kan fullgöra gäldenärens avtal utan att sådant ansvar uppkommer. För mer information se Möller s. 31 ff. Massafordringarna berättigar till betalning innan borgenärer med fordringar mot gäldenären fått sin utdelning, Welamson, Konkurs s. 50 f.

<sup>95</sup> Möller, Konkurs och kontrakt s. 53.

Om det i användarvillkoren stadgas att användargenererad data skall utgöra Bolag B:s egendom<sup>96</sup> finns en möjlig lösning där både konkursborgenärerna och den solvente avtalsparten (Bolag A) framstår som vinnare. Det sista Bolag A vill är att sekretessavtalet mellan Bolag A och B förlorar sin verkan, vilket skulle bli följden om konkursboet säljer informationen vidare. Eftersom konkursboet alltid har rätt att utan ekonomisk massapåföljd vägra att fullgöra de av gäldenärens avtalsförpliktelser som saknar sakrättsligt skydd,<sup>97</sup> hamnar Bolag A lätt i en prekär situation om inte frågan reglerats.

Genom att i användarvillkoren införa en klausul som stadgar Bolag A:s *right of first refusal*, d.v.s. en rätt att i en konkurssituation först bli tillfrågad av konkursförvaltaren om de vill köpa tillbaka den information som relaterar till bolaget, kan konkursborgenärerna få in kapital till boet och Bolag A slipper riskera att informationen hamnar i orätta händer. Kan eller vill inte Bolag A betala den angivna summan står det därefter konkursboet fritt att vända sig till Bolag C (Bolag A:s konkurrent) för att se om de är intresserade. För att undvika problem bör en form av värderingsprincip för informationen införas i användarvillkoren. Priset som uppnås med hjälp av värderingsprincipen måste dock vara så pass högt att konkursboet inte, genom att sälja informationen till A, går miste om en betydligt större summa från företag C. Enligt de åsikter som framställs av Möller, som i sin tur hänvisar till en teori utvecklad av Munch, kan denna lösning vara genomförbar. Munchs huvudtes är att "avtal, som ställer endast boet (men inte gäldenären) sämre än vad annars skulle ha gällt enligt allmänna regler, inte behöver respekteras av boet. Från denna huvudregel skulle undantag bara tillåtas då det kan visas, att motparten har ett rimligt och lojalt intresse av att få göra gällande ett särvillkor mot boet."<sup>98</sup> Boet kan i detta läge endast bindas av de villkor som även skulle kunnat göras gällande mot gäldenären.

Utgör användargenererad data inte Bolag B:s egendom måste andra lösningar användas, t.ex. genom att Bolag A säkerställer separationsrätt i Bolag B:s konkurs.

---

<sup>96</sup> En sådan reglering är mycket vanligt förekommande i dagens användarvillkor för e-marknadsplatser och de utgör därför utgångspunkten för studien.

<sup>97</sup> Möller, Konkurs och kontrakt s. 58.

<sup>98</sup> Möller, Konkurs och kontrakt s. 61, med hänvisning till Munch, M, *Diskrimination af konkursbo*, Ugeskrift for raetsvesen 1981 B s. 167 f.

Exemplet som behandlats ovan går dock att komplicera ytterligare, t.ex. genom att beakta förekomsten av eventuella spegelservrar hos utländska solventa tjänsteleverantörer med identiska kopior av informationen. Detta faller dock utanför omfattningen för uppsatsen, då någon form av begränsning av utrymmestekniska skäl måste göras.

#### **4.2.5 Sammanfattning Användargenererad data**

- E-marknadsplatsens intresse kolliderar med användarnas krav då insamlandet och distributionen av användarnas data möjliggör transaktionerna, medan användarna önskar hålla affärsrelaterad data hemlig.
- Användandet av en e-marknadsplats genererar både direkt och indirekt information som lagras i e-marknadsplatsens server.
- Användargenererad data kan vara mycket värdefull för att analysera företags marknadsstrategier (även om värdet minskar i relation till informationens ålder). Detta medför att det är av största vikt att informationens behandlig regleras tydligt i användarvillkoren och att ägarförhållandena till denna information är glasklara.
- Dataskyddsdirektivet omfattar ej affärsrelaterad information, utan endast personrelaterad och skyddar därför inte informationsflödet mellan medlemsstaterna.
- Sekretessfrågor rörande användargenererad information blir särskilt problematiska vid en konkurs. Sannolikt kan problemen dock lösas genom att i användarvillkoren reglera parternas agerande i en framtida konkurs på ett sätt som kan accepteras av konkursförvaltaren.

## 5 SLUTSATSER

Användandet av elektroniska marknadsplatser i handeln mellan näringsidkare är inte, och kommer inte att vara problemfritt. Vi befinner oss fortfarande bara i början av utvecklingen av denna handelsmodell som kommer att ta många år att utarbeta och förbättra. Många företag har varit ivriga att "komma online" fort och förefaller, kanske i en släng av fartblindhet, ha missbedömt vikten av att faktiskt ta de juridiska konsekvenserna av B2B e-handel på allvar.

Principen om avtalsfrihet i kombination med principen om att avtal skall hållas kommer i flertalet fall göra att ingångna avtal, med tillhörande friskrivningar, kommer att kunna göras gällande i tvister. Detta har att göra med att man i praxis har ansett att en näringsidkare i mycket stor utsträckning skall vara medveten om de risker som kan förekomma och anpassa sitt beteende därefter.

Ur den *friskrivande partens synpunkt* bör dock större vikt läggas vid att göra friskrivningarna tydligare och mer preciserade än vad som är fallet i dag. Det faktum att friskrivning från uppsåt eller grov vårdslöshet som huvudregel inte accepteras bör noteras, trots att undantag finns. Ofta förefaller användandet av olika ansvarsbegränsningar vara mer lämpliga än totala friskrivningar då de ger avtalet ett mer balanserat intryck än annars. Det absolut bästa för ägaren är att snarast inkorporera olika former av riskreglering genom bl.a. försäkringsföretag, vilket medför att denne utåt sett (i användarvillkoren) åtar sig en större risk och därmed skapar större balans i avtalet, med kostnader som i slutändan fördelas på kunderna.

Ur *användarens synpunkt* bör beaktas att det förefaller lättare att påverka användarvillkoren på en e-marknadsplats innan avtal sluts, än att efter att ha accepterat dessa försöka få fram ändringar genom rättsliga processer. Olika former av påtryckningar i form av t.ex. joint statements har nämnts som möjlig utväg. En annan möjlighet är att försöka få till ett, åtminstone delvis, individuellt förhandlat avtal mellan användaren och ägaren. Detta är något som jag tror att vi kommer se mer av i framtiden då konkurrensen mellan e-marknadsplatserna hårdnar. Det förefaller dock inte omöjligt för en småföretagare att få avtal jämkade med hjälp av 36 § AvtL, trots att bägge parter är näringsidkare, och detta bör beaktas även av ägarna.

Konkurrensrättsligt är det viktigt att ta in tydliga regler för användandet av e-marknadsplatsen där konkurrensbegränsande beteenden förkastas, och användarna uppmuntras bedriva handel även med konkurrenter. Särskilt viktigt är det att med största möjliga tydlighet reglera användandet av användargenererad data, och äganderätten till denna. Det potentiella ekonomiska värdet hos denna information har diskuterats i uppsatsen och funnits vara mycket högt. Ur *ägarens perspektiv* handlar det om att säkra äganderätten och möjligheten att sälja informationen vidare (se även under användarperspektivet). Är e-marknadsplatsen liten (med avseende på ekonomisk omsättning) kan det vara så att användarvillkor som stipulerar konkurrensrättsligt tveksamma regleringar helt undkommer granskning om de uppfyller kriterierna för s.k. bagatellavtal.

Ur *användarens perspektiv* gäller det först och främst att se till så att företaget inte förlorar äganderätten till informationen. Frågan om vad som kan tänkas hända om e-marknadsplatsen går i konkurs har berörts i uppsatsen och som förslag på lösning har jag anfört två varianter. För det fall informationen ägs av e-marknadsplatsen skulle en form av *right of first refusal-klausul* kunna införas i användarvillkoren, vilket skulle medföra att användaren har bästa rätt att köpa tillbaks informationen vid en eventuell konkurs. Detta skulle till viss del gagna även konkursboet som därigenom kan generera relativt säkra intäkter till boet. Har äganderätten inte övergått måste någon form av sakrättsligt skydd för informationen söka uppnås.

En e-marknadsplats som reglerar riskfördelningen med försäkringar, använder mer balanserade och välskrivna avtal (utan stavfel och "svengelska"), uppmuntrar konkurrens och löser frågan med användardata på ett tillfredställande sätt har därmed markant förbättrat sina grundförutsättningar för att positionera sig i täten av utvecklingen.

# Litteraturförteckning

## Offentligt tryck:

SOU 1974:83 Generalklausul i förmögenhetsrätten

Regeringens proposition 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

## Doktrin:

Adlercreutz, A, *Avtalsrätt II*, 4.e uppl., Juristförlaget i Lund 1996.

Andenaes, M, *Kontraktsvilkår*, Oslo 1989.

Bernitz, U, *Standardavtalsrätt*, 6.e uppl., Norstedts Juridik 1993.

Bernitz, U, *Småföretagarskydd mot oskäliga avtalsvillkor, särskilt 36 § avtalslagen*, Festskrift till Sveriges advokatsamfund, Norstedts 1987.

Bernitz, Karnell, Pehrsson, Sundgren, *Immaterialrätt*, 6.e uppl., Stockholm 1998 (cit. Bernitz m.fl. Immaterialrätt).

Carlsson, Söderlind, Ulriksson, *Konkurrenslagen En kommentar*, Norstedts juridik 1999 (cit. Carlsson m.fl. Konkurrenslagen).

Hellner, J, *Speciell Avtalsrätt II, Kontraktetsrätt*, 2.a uppl., Juristförlaget 1993.

Hellström, P, *Exclusion Clauses-A comparative study*, Affärsjuridiska uppsatser, Uppsala 1993.

Håstad, T, *Den nya köprätten*, 4.e uppl., Iustus förlag 1996.

Jansson, I, *Den elektroniska marknadsplatsen. Avtals- köp- och bevisrättsliga aspekter*. IRI-rapport 1997:1.

Lindberg, A & Westman, D, *Praktisk IT-rätt*, 2.a uppl., Norstedts juridik 1999.

Lundmark, T, *Friskrivningsklausuler giltighet och räckvidd*, Iustus förlag 1996.

Means, G & Schneider, D, *MetaCapitalism*, New York 2000.

Welamson, L, *Konkurs*, 9.e uppl., Norstedts juridik 1997.

Von Post, C-R. *Studier kring 36§ avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, Jure 1999.

Yates, D & Hawkins, A..J, *Standard Business Contracts: exclusions and related devices*, London 1986.



### **Rapporter:**

Blackburn, P.A., *The B2B Opportunity: Creating advantage through e-marketplaces*, Boston Consulting Group, oktober 2000.

Favier, J, *Euro eMarketplaces Top Hype*, Forrester Report, maj 2000.

Favier, J, *eMarketplaces Face The Law*, Forrester Report, oktober 2000.

Federal Trade Commission, *Entering the 21<sup>st</sup> Century: Competition Policy in the World of B2B Electronic Marketplaces*, oktober 2000.

Kafka, S.J, *B2B Auctions Go Beyond Price*, Forrester Report, maj 2000.

Lancefield, D, *The regulatory hurdles ahead in B2B*, PriceWaterhouseCoopers, augusti 2000.

Prince, F, *B2B Information Warfare*, Forrester Report, maj 2000.

Roddy, D.J, *Online B2B Exchanges: The new economics of markets*, Deloitte Research 1999.

Rutstein, C, *Managing eMarketplace Risks*, Forrester Report, december 1999.

Rutstein, C, *Internet Transaction Services*, Forrester Report, april 2000.

Sanders, M.R, *Unraveling eMarketplace Deals*, Forrester Report, juli 2000.

Stanley, J, *The Internets Privacy Migraine*, Forrester Report, maj 2000.

### **E-marknadsplatser:**

[www.lcm.com](http://www.lcm.com) - holländsk e-marknadsplats för plastindustrin

[www.bizbuyer.com](http://www.bizbuyer.com) - amerikansk e-marknadsplats för små och medelstora företag

[www.buyenergyhere.com](http://www.buyenergyhere.com) - brittisk e-marknadsplats för energiföretag

[www.cargonow.com](http://www.cargonow.com) - svensk e-marknadsplats för transportindustrin

[www.chemweb.com](http://www.chemweb.com) - brittisk e-marknadsplats för kemikalieindustrin

[www.cheop.de](http://www.cheop.de) - tysk e-marknadsplats för informationsförsäljning

[www.covisint.com](http://www.covisint.com) - amerikansk e-marknadsplats för bilindustrin

[www.delego.com](http://www.delego.com) - svensk e-marknadsplats för transportavtal

[www.emax-trade.com](http://www.emax-trade.com) - italiensk e-marknadsplats för konsumtionsvaror

[www.gnx.com](http://www.gnx.com) - amerikansk e-marknadsplats för återförsäljare

[www.killerbiz.com](http://www.killerbiz.com) - amerikansk e-marknadsplats för små och medelstora företag

[www.latinb2b.com](http://www.latinb2b.com) - amerikansk/mexikansk e-marknadsplats

[www.mentoronline.se](http://www.mentoronline.se) - svensk e-marknadsplats för supervertikaler

[www.packagingcell.com](http://www.packagingcell.com) - brittisk e-marknadsplats för förpackningsindustrin

[www.packplanet.com](http://www.packplanet.com) - svensk e-marknadsplats för förpackningsindustrin

[www.paperx.com](http://www.paperx.com) - svensk e-marknadsplats för pappersindustrin

[www.petrocosm.com](http://www.petrocosm.com) - amerikansk e-marknadsplats för energisektorn

[www.steelscreen.com](http://www.steelscreen.com) - svensk e-marknadsplats för metallindustrin

### **Artiklar online:**

Greguras, Golobic, Mesa, Duncan, *Electronic Commerce: On-line Contract Issues*, [www.fenwick.com/pub/online\\_contracting.htm](http://www.fenwick.com/pub/online_contracting.htm) (senast besökt 2000-07-03).

Westermeister, J.T, *Using a Click-Wrap Agreement to Manage Business Risks*, [www.businesspowerlaw.com](http://www.businesspowerlaw.com), (senast besökt 2000-07-31).

Coleman, R.J, *Disclaimer Clauses: You May Not Be Protected*, [www.osler.com/publications/Technology/Tech\\_2.htm](http://www.osler.com/publications/Technology/Tech_2.htm), (senast besökt 2000-07-08).

Saliba, C, *Legal Questions Dog European B2B*, *E-Commerce Times*, [www.ecommercetimes.com/news/articles2000/001102-1.shtml](http://www.ecommercetimes.com/news/articles2000/001102-1.shtml), (senast besökt 2000-11-03).

### **Artiklar:**

Cullberg, M, *Fatty Acids Cartel*, *European Cartels. Student Reports 2000*, Lund, 2000.

Grönfors, K, *Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler*. Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland, 1988.

Hedlund, T, *E-marknadsplats kan bli dyrköpt fälla*, *Computer Sweden* 001120, sida 4.

### **Övrig litteratur:**

Friedman, T.L, *The Lexus and the olive tree*, New York 1999.

### **Intervjuer:**

Cullberg, Johannes, Management Consultant, Corporate Strategy, PricewaterhouseCoopers.

Steen, Roland, jurist, Kronofogdemyndigheten.

# Rättsfallsförteckning

NJA 1979 sida 483.

NJA 1980 sida 46.

MD 1985:16, *Göteborgs kommun*

MD 1995:33, *STIF*

*IFTRA Rules on Glass Containers* [1974] 2 C.M.L.R.. D 50.

*Fatty Acids* [1989] 4 C.M.L.R. 445.