



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Anna Önnebo

Avtalsrätt

- en studie om dess bakomliggande principer och
legitima inskränkningar

Examensarbete
20 poäng

Ola Svensson

Förmögenhetsrätt

HT 2003

Innehåll

FÖRORD	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Presentation av ämnet	4
1.2 Definition av begreppet princip	5
1.3 Syfte samt avgränsningar	6
1.4 Metod, material och disposition	6
2 AVTALSFRIHET OCH AVTALSBUNDENHET	7
2.1 Inledning	7
2.2 Avtalsfrihet	7
2.3 Avtalsbundenhet	8
2.4 Regler som krävs för att skapa och upprätthålla dessa principer	8
2.5 Otillbörliga förfaranden vid avtalets ingående	9
2.6 Övriga inskränkningar	13
2.7 Formell och faktisk avtalsfrihet	15
2.8 Sammanfattande kommentarer	15
3 SKYDD FÖR PARTERNA	17
3.1 Inledning	17
3.2 Principen om skydd för parterna	17
3.3 Principen om ekvivalens och principen om skälighet	18
3.4 Principen om lojalitet	24
3.5 Sammanfattande kommentarer	26
4 RÄTTSSÄKERHET	27

4.1	Inledning	27
4.2	Rättssäkerhet	27
4.3	Flexibilitet eller stabilitet?	30
4.4	Sammanfattande kommentarer	31
5	EKONOMISK EFFEKTIVITET	33
5.1	Inledning	33
5.2	Rättsekonomiska aspekter	33
5.3	Sammanfattande kommentarer	36
6	SAMMANFATTANDE ANALYS	37
	BILAGA A	44
	LITTERATURFÖRTECKNING	46

Förord

Jag är för evigt tacksam för alla råd och det stöd jag fått av min underbara pojkvän, Tobias Salomonsson. Dessutom vill jag tacka min familj, främst mina föräldrar, min syster och mina svärföräldrar.

Vidare är jag tacksam för den handledning jag fått av min handledare Ola Svensson.

Jag vill även tacka jur. kand. Josefin Robertsson, fil. mag. Jenny Henrichson och jur.kand. Laila Johansson för korrekturläsning.

Malmö den 7:e november 2003

Anna Önnebo

Sammanfattning

Det finns många grundvärden som kännetecknar en demokratisk rättsstat. Avtalsfrihet, avtalsbundenhet och skydd för parter är grundläggande men det finns även andra principer såsom principen om lojalitet och principen om ekvivalens. Samtidigt bör rättssäkerhet och förutsebarheten upprätthållas enligt demokratins mönster. Förutsebarheten kan motiveras med att den skapar ordning och stabilitet. Samtidigt tillgodoses medborgarnas intresse och allas likhet inför lagen. Rättssäkerhet medför att näringslivets aktörer kan utöva en effektiv handel och ingå bindande avtal eftersom de litar på att lagreglerna följs av domstolar.

Det som kan diskuteras är huruvida dessa principer korresponderar med varandra och när det är motiverat att inskränka sådana principer. Att avtalsbundenhet inte upprätthålls om avtal tillkommit genom tvång, enligt 28 § AvtL är självklart men att avtalsbundenhet inskränks p.g.a. att det ej råder balans i avtalsförhållandet är mer diskuterat. Idag har användningen av generalklausuler och andra flexibla normer ökat. I lagtext förekommer därför termer som skälig, rimligt, etc. Dessa termer är oftast vaga till innebörden och de konkretiseras först när de står i relation med andra ord, som exempelvis skälig tid, etc. Det har resulterat i att lagstiftningen blir flexibel och att domstolen kan beakta faktorer som lagstiftaren inte kunnat förutse. Generalklausulen 36 § AvtL har exempelvis tillkommit för att skydda den svagare parten i ett avtalsförhållande. Den skyddar emellertid även jämbördiga parter. Dessutom har en persons möjlighet att handla rationellt beaktats.

Vidare saknar konsumenter och andra svagare parter ofta praktisk möjlighet att förhandla om individuella villkor eftersom det inte är kostandseffektivt att samla in och jämföra olika standardvillkor. Då användning av standardavtal ofta förekommer vid avtalsförhållanden kan en rättslig kontroll vara motiverad.

Förkortningar

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AVLK	Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden
AVLN	Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare
AvtL	
Avtalslagen	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Tyskland)
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980)
EG	Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska unionen
FB	Föräldrabalk (1949:381)
FHL	Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter
HagL	Lag (1991:351) om handelsargentur
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk Tidskrift
JFT	Tidskrift utgiven av den Juridiska föreningen i Finland
KKL	Konsumentköplag (1990:932)
KöpL	Köplag (1990:931)
MD	Marknadsdomstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
PECL	Principles of European Contract Law
Prop.	Proposition
SvJT	Svensk Jurist Tidning
SOU	Statens Offentliga Utredningar
TfR	Tidskrift for Rettsvitenskap
UCC	Uniform Commercial Code (USA)

1 Inledning

1.1 Presentation av ämnet

De nordiska länderna har demokrati, vilket innebär att makten tillhör och utgår från folket, ett s.k. folkstyre. Statsmakten som är utsedd av folket har rätt att stifta lagar för rättsskapande, styrande, förvaltande och dömande funktioner. Inom demokratin finns vissa principer som utgör grunden för dess ideologi.

Ett av dem är *frihet*, vilket innefattar frånvaro av tvång och inskränkningar i handlingsfrihet. Andra grundläggande värden är *jämlikhet* och *solidaritet* som ger varje människa samma egenvärde. Dessa värden innebär att alla skall behandlas lika oavsett person, kön, grupptillhörighet, religion, etc. Inom demokratin är även *trygghet*, d.v.s. ett skydd för medborgarna i relation till staten och dess maktutövning, en viktig grund. Enligt Taxell kan demokratins värden frihet och jämlikhet inte förverkligas utan effektiv trygghet för medborgarna.¹

Vidare skall rättsstaten tillgodose medborgarnas *rättssäkerhet och förutsebarhet*, vilken innefattar allas likhet inför lagen. Dessutom finns det privaträttsliga principer såsom *avtalsfrihet*, *avtalsbundenhet* och principer som ligger till grund för en oskälighetsbedömning, etc.² Det finns dock begränsningar i dessa principer och avgörandet ligger hos lagstiftaren. Inskränkningar är nödvändiga eftersom den enskilda individen måste ses i relation till andra människor. Då kan konflikter uppstå som medför att intresseavvägningar måste ske.³

Under 1800-talet och i början av 1900-talet fanns de centrala rättsprinciperna i europeisk rätt nedtecknade i lag, se exempelvis Bürgerliches Gesetzbuch, BGB, som tillkom år 1900. Det medförde rättssäkerhet för medborgarna, eftersom principerna var väl beprövade av domsväsendet.⁴

Även idag vilar rätten på olika principer. Den del av rätten som skall diskuteras i denna framställning är avtalsrätten som bl.a. genomsyras av principer om *Avtalsfrihet*, *avtalsbundenhet* och *skydd för parterna*. Det finns även andra principer, såsom *lojalitet*, *ekvivalens*, *välfärd* och *rättvisa*, vilka har sina rötter i demokratins värden. Dessa olika principer kolliderar

¹ Taxell, Lars Erik, *Avtalsrätt, Bakgrund, sammanfattning, utblick*, Stockholm, 1997, s. 17-18, 32.

² Peczenik, *Juridikens teori och metod*, Göteborg, 1995, (1), 75-77.

³ Peczenik, a.a. 1995 (1), 11-16, Taxell, a.a. 1997, s. 17.

⁴ Hellner, Jan, *Lagstiftning och forskning inom den centrala förmögenhetsrätten*, SvJT 1988:3/4, 168-180.

ibland. Principerna måste därför vägas mot varandra och jämkas samman för att avgöra vilken av dem som skall upprätthållas i det enskilda fallet. Att det finns inskränkningar i principen om avtalsbundenhet vad gäller avtal som ingåtts genom tvång eller svek är det inte många som reflekterar över. Hur omfattande inskränkningarna bör vara råder det dock delade meningar om.

Det finns även andra grundläggande värden inom avtalsrätten, såsom ekonomiska principer. Dessa aspekter bör också beaktas vid en avtalsrättslig tvist för att öka välbstånd och välfärd. En annan princip som bör beaktas inom avtalsrätten är *rättssäkerhet* eftersom vagt utformade regler kan komma att medföra godtyckliga bedömningar och hota rättssäkerheten.

1.2 Definition av begreppet princip

Vad är då en princip?

En princip är en norm som ger vägledning och bör följas.⁵ Taxell skriver följande:

”En *rättsprincip* – med avseende på avtal – utgör en generellt formulerad och förenklad sammanfattning av fakta, argument och överväganden och bedömningar.”⁶

För att förstå innebörden av en princip ytterligare bör en jämförelse med betydelsen av en regel göras. En regel skall i motsats till en princip följas och utgör ett definitivt skäl för eller emot en viss lösning.⁷ En princip kan emellertid vara bindande men de behöver inte alltid tillämpas. Anledningen till det är att olika principer kan strida mot varandra, vilket medför att de måste sammanjämkas eller att någon av principerna får företräde. Denna intresseavvägning skall emellertid avgöra från fall till fall.⁸

Beträffande rangordningen av principer väger de principer tyngst som kan utläsas ur en lagregel, men även principer som har accepterats i rättspraxis eller i branschsedvana har ett värde. Därmed kan det ses som att en rättsprincip utgör en uppfattning om rättvisa och bygger på den positiva rätten.⁹ Rättspolitiskt är det även av stor vikt att de förankras i lag och dess förarbeten.¹⁰ Det finns olika åsikter rörande principers existens och hur de kan motiveras. Rättsprinciper, enligt Taxell, gynnar rättsutvecklingen och medför att lagstiftningen inte blir alltför ensidig. Det är dessutom omöjligt att i detalj reglera alla typer av avtal som finns. Vissa situationer lämnas

⁵ Simmonds, Nigel E, *Juridiska principfrågor, Rättvisa gällande rätt och rättigheter*, Göteborg, 1996, s. 103-105.

⁶ Taxell, a.a. 1997, s. 63-64.

⁷ Dotevall, Rolf, *Ekvivalensprincipen och jämkning av ett långvarigt avtal*, SvJT 2002, 441-457.

⁸ Simmonds, a.a. s. 103-105.

⁹ Dotevall, a.a. 2002 s. 441-446.

¹⁰ Taxell, Lars Erik, *Avtalsrättes normer*, Åbo, 1987, s. 31.

därför oreglerade och eftersom det, vid en domstolsbedömning, behövs något att ”luta sig tillbaka på” används ofta en rättsprincip. Ibland kan även vissa regleringar behöva modifieras för att hitta en medelväg. Rättsprinciper är i det avseendet viktigt. När en rättsprincip uttrycks i lag har den konkretiserats, vilket medför ökad betydelse vid en bedömning.¹¹ Det finns emellertid olika slags rättsprinciper. Vissa principer, såsom *jämlikhetsprinciperna* och *frihetsprinciperna*, är att ses som ideal medan andra vedertagna rättsprinciper, såsom avtalsfrihet, snarare är utgångspunkter för juridiskt resonemang och för bedömningen av olika avtalsrättsliga frågor.¹²

1.3 Syfte samt avgränsningar

Uppsatsens syfte är att undersöka de bakomliggande principerna till avtalsrätten och se hur de förhåller sig till varandra. Dessutom diskuteras inskränkningar i de grundläggande principer och hur begränsningarna motiveras. Undersökningen utgår från svensk rätt men även annan rätt diskuteras.

1.4 Metod, material och disposition

I uppsatsen behandlas både svensk och internationell doktrin som rör avtalsrätten och dess utveckling. I uppsatsen finns ingen fullständig rättsfallsutredning utan rättsfall har endast använts för att se hur de grundläggande rättsprinciperna och deras inskränkningar har konkretiserats i domstolarnas tillämpning. I framställningen presenteras först bakomliggande principer till avtalsrätten. Sedan diskuteras behovet av rättssäkerhet inom avtalsrätten. Därefter behandlas rättsekonomiska argument som innehåller både rättspolitiska och rättspositivistiska inslag (någon skarp skiljelinje dem emellan dras emellertid inte). Slutligen analyseras och sammanfattas synpunkter rörande de bakomliggande principerna till avtalsrätten och hur de förhåller sig till varandra.

¹¹ Taxell, a.a. 1997, s. 63-64.

¹² Klami, Tapani, Hannu, kommentar av Alexander Peczenik, *Rättsnormer*, Kristianstad, 1987, TfR, 1987, s. 1023-1025, se även Peczenik, Alexander, *Juridikens teori och metod*, Göteborg, 1995 (1) s. 75-77.

2 Avtalsfrihet och Avtalsbundenhet

2.1 Inledning

Det finns tre principer som genomsyrar avtalsrätten; *avtalsfrihet*, *avtalsbundenhet* (*pacta sunt servanda*) samt *skydd för parterna*. Principer är, som tidigare nämnts, inte bindande utan utgör riktlinjer för lagstiftning och rättstillämpning. Dessa riktlinjer kan brytas om det finns sakligt grundade skäl.¹³

I detta kapitel skall principerna om avtalsfrihet och avtalsbundenhet diskuteras. Vidare analyseras om det är berättigat att inskränka dessa principer och i så fall hur dessa begränsningar bör ske.

2.2 Avtalsfrihet

Demokrati bygger, som ovan anförts, på olika grundbegrepp. *Avtalsfrihet* är ett av dem. Detta begrepp ger uttryck för individens frihet, enligt demokratins mönster och är en nödvändig faktor för en fungerande marknadsekonomi.¹⁴

Avtalsfrihet och dess inskränkningar har länge varit och är fortfarande mycket omdebatterad. Under 1800-talet utgjorde principen ett rättsligt begrepp och användes till större del av advokater. Avtalsfrihet började som ett ekonomiskt- och politiskt ideal med rötter i personlig frihet och religionsfrihet. Under denna tid framhölls avtalsfrihet av vänsterrörelserna och var starkt förknippat med demokrati medan avtalsfriheten idag förespråkas av högerviden ideologi och samröret med demokratin är svagare.¹⁵

Förr ansågs frihet vara motsatsen till begreppet slav. Personen var fri från fruktan och kunde se andra människor i ögonen.¹⁶ Idag bedöms inte frihet utifrån en persons legala status eller karaktär utan definitionen måste ses utifrån vad personen är fri från och fri att göra.¹⁷ Taxell delar in avtalsfrihet i tre delar. Den första innefattar en frihet för människor att ingå eller att avstå ifrån att avtala. Den andra ger människor möjlighet att välja med vem

¹³ Se t.ex. Taxell, a.a. 1997, s. 18-19 och Taxell, a.a. 1987, s. 32-42.

¹⁴ Ett system med fritt utbyte av varor och tjänster, tillgång och efterfrågan samt fri konkurrens.

¹⁵ Atiyah, P.S, *Freedom of Contract and the New right*, JT, 1989/90, s. 601-604.

¹⁶ Feinberg, Joel, *Social Philosophy, The Concept of Freedom*, Prentice-Hall Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1973, s. 5-19.

¹⁷ Feinberg, a.a., s. 12-14.

de ska ingå avtal och den tredje delen innebär att parterna själva kan bestämma vad avtalet skall innehålla.¹⁸

2.3 Avtalsbundenhet

En annan princip inom avtalsrätten är *avtalsbundenhet*, *pacta sunt servanda*, vilket innebär att ett avtal är bindande för båda parter. Denna bundenhet gäller för hela avtalet och till dess att förpliktelseerna enligt avtalet fullgjorts. Avtalsbundenhet medför även en skyldighet för parterna att föga sig efter de påföljder som kan inträda vid eventuella avtalsbrott eller andra avvikelser från avtalet.

Vidare är även avtalsbundenhet nödvändig för att upprätthålla rättssäkerhet och för en fungerande marknadsekonomi. Anledningen är att avtalsbundenhet medför en säkerhet för parterna att det ömsesidiga avtal som ingåtts kommer att slutföras. Dessutom medför principen att parterna kan utarbeta ekonomiska kalkyler.¹⁹

2.4 Regler som krävs för att skapa och upprätthålla dessa principer

För att förstå innebörden av avtalsfrihet och avtalsbundenhet bör först definitionen av ett avtal klargöras. Taxell skriver följande:

”[...] avtalet är en rättsligt reglerad samverkan mellan parterna i syfte att nå resultat i överensstämmelse med avtalets innehåll, denna samverkan har en formell grund i ett giltigt avtal, dess innehåll eller materiella sida regleras av rättsliga normer och principer samt påverkas av olikartade bedömningsfaktorer.”²⁰

Vidare måste det finnas regler som skapar och upprätthåller dessa principer. Strömholm skriver att fyra element bör vara uppfyllda. För det första måste det finnas en accepterad princip om att människor i form av rättssubjekt ”*självständigt och frivilligt förplikta kan (binda) sig själva och en motpart.*”²¹ 1 § Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, AvtL, föreskriver att ett avtal bindande genom att parterna utväxlar anbud och accept som innehåller samstämmiga viljeförklaringar. Denna paragraf är ett uttryck för den s.k. löftesprincipen, vilken innebär att rättshandlingarna är bindande var för sig.²² För det andra skall det vara ”*principiellt tillåtet och praktiskt möjligt att sluta avtal och efterleva dem.*” För det tredje medför avtalsfrihet och avtalsbundenhet en

¹⁸ Taxell, a.a. 1997, s. 36.

¹⁹ Taxell, a.a. 1997, s. 39.

²⁰ Taxell, a.a. 1997, s. 45.

²¹ Strömholm, Stig, Avtalsfrihetens komponenter, Ett analysförsök, Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887-1987, Stockholm 1987, s. 531-550.

²² 1 § AvtL, Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, 11: e upplagan, Lund, 2000.

frihet, vilken innefattar frihet från ett offentligt ingripande och ett anspråk på offentligt agerande, vilket innefattar att parter som ingår avtal har något form av *rättsligt skydd*, d.v.s. att avtalsbrott blir sanktionerade. Slutligen krävs att ”*den rättsliga sanktionens form*” uppenbarligen inte är likgiltig. Det innebär att om en part bryter sin del av avtalet genom att avtalsförpliktelsen exempelvis inte fullgörs i tid medför det att denna part är förpliktigad att istället ersätta sin motpart för uppkommen skada.²³ I exempelvis 27 § Köplag (1990:931), KöpL, har köparen rätt till ersättning för den skada han lider om säljaren inte kan visa att dröjsmålet beror på hinder utanför säljarens kontroll.

2.5 Otillbörliga förfaranden vid avtalets ingående

Huvudregeln är, som ovan anförts, att avtal skall hållas men om en av parterna t.ex. tvingats av sin motpart att ingå avtalet är detta ogiltigt. Avtalsfriheten och avtalsbundenheten är inte och har aldrig varit absolut. Äldre rätt har dock präglats av stor restriktivitet när det gäller begränsningar av avtalsfriheten. De senaste decennierna har antalet tvingande rättsregler och skyddet för svagare part ökat och därmed har avtalsfriheten successivt begränsats.²⁴

I 1924 års lag om verkan av avtal som slutits under påverkan av en psykisk störning föreskrivs att en part som är psykisk störd inte kan ingå ett bindande avtal trots motpartens goda tro. Begränsning av liknande slag finns även i *Föräldrabalk (1949:381)*, FB, 11 kap där det stadgas att vissa avtal blir ogiltiga om de ingåtts av person som har förvaltare. I kapitel 3 i avtalslagen 28-33 §§ finns även begränsningar i form av ogiltighetsbestämmelser. Dessa bestämmelser ger domstolen möjlighet att angripa en rättshandling som tillkommit genom tvång, svikligt förledande, ocker, förvanskning eller om det strider mot tro och heder.²⁵

I 28 § AvtL behandlas råntvång som föreskriver att ett avtal som har ingåtts genom att en person blivit tvingad eller hotad anses ogiltigt. Den lindrigare formen av tvång finns stadgad i 29 § AvtL. Om en person genom utpressning tvingas att ingå ett avtal kan det anses som ogiltigt enligt denna paragraf. Ett avtal kan även förklaras ogiltigt om det uppkommit genom svek enligt 30 § AvtL. Här krävs emellertid att medkontrahenten genom svikligt förledande och ond tro framkallat rättshandlingen. I 31 § AvtL, även kallad ockerparagrafen, kan ett avtal ogiltigförklaras om en parts prestation står i *uppenbart missförhållande* till motprestationen och om parten begagnat sig av medkontrahentens *trångmål, oförstånd, lättsinne eller beroendeställning*. Ett avtal kan även ogiltigförklaras om det föreligger

²³ Strömholm, Stig, a.a. s. 533.

²⁴ Grönfors, Kurt, *Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler*, JFT, 1988, s. 317-321, Prop. 1975/75: 81, s. 11, se vidare 28 § AvtL.

²⁵ 28-33 §§ AvtL.

ett förklaringsmisstag²⁶ eller en förvanskning enligt 32 § AvtL. Det finns dessutom två generalklausuler i denna lag, vilka medför att ett avtal kan förklaras ogiltigt. I 33 § AvtL stadgas att avtal som strider mot tro och heder kan vara ogiltigt. Regeln tillämpas främst då part p.g.a. omständigheterna vid avtalets ingående satt honom ”ur stånd att klart bedöma handlingens innebörd och följder.” Vad som innefattas är personer som lider av lindrigare psykiska defekter. Vidare används paragrafen om motparten ”på ett ohederligt sätt begagnat sig av den handlandes obekantskap med vissa faktiska förhållanden.” 33 § AvtL fungerar därmed som en komplettering till de ovan beskrivna reglerna.²⁷ I fallet NJA 1986 s 786, *Bilkrocken*, åberopades 33 § AvtL för att ogiltigförklara en förbindelse som undertecknats i samband med en bilkrock. Underinstanserna ansåg att 33 § AvtL var tillämplig medan HD inte fann det utrett att den som undertecknat förbindelsen befann sig i chock eller sådant tillstånd att han inte klart kunde bedöma situationen.

Generalklausulen 36 § AvtL gör det också möjligt att angripa ett avtal då omständigheterna inte är så utpräglade som situationerna i 28-33 §§ AvtL. En avtalspart kan påverkas att ingå avtal genom aggressivt uppträdande, överraskningstaktik eller att motpart på annat sätt missbrukar förhandlingsläget. Generalklausulen 36 § AvtL kan därmed också ses som ett komplement till de övriga paragraferna.²⁸

För att främja en persons avtalsfrihet är det viktigt att öka hans/hennes valmöjligheter samt att förmå personen att handla som en rationell individ vid ingående av avtal. En person kan emellertid handla oplanerat och därför tillämpas bl.a. jämkningsregler som 36 § AvtL. Det är därför av stor vikt att det finns regler som möjliggör för en part att undvika att bli bunden av ett avtal p.g.a. ogenomtänkta val och viljesvagheter, vilket kan anses utgöra en del i ett ökat skydd för en persons avtalsfrihet.²⁹ Bevisbördan ligger emellertid på den som vill inskränka på avtalsfriheten.³⁰

En jämförelse med common law visar att det pågår samma diskussion om undantag från avtalsbundenhet. Eisenberg skriver om *the Bargain Principle* och anför följande

“[...] the common law rule that, in the absence of a traditional defense relating to the quality of consent (such as duress, incapability misrepresentation or mutual mistake), the court will enforce a bargain

²⁶ Vid förklaringsmisstag krävs att motparten var i ond tro för ogiltighet.

²⁷ 28-33 §§ AvtL, Adlercreutz, a.a. s. 264-269.

²⁸ Prop. 1975/1976:81, 118-129.

²⁹ Se 28-33 §§ AvtL, Svensson, a.a. s. 5, 19-21.

³⁰ Aulstad, Johan Greger, *Forholdet mellom legalitetsprincippet og princippet om avtalefrihet- illustrert ved avtaler som gjør unntak fra forurensnings forbudet i forurensingloven paragraf 7*, Förvaltningsrättslig tidskrift, 2002: 3/4, s. 229-265.

according to its terms with the object putting a bargain-promisee in as good a position as if the bargain had been performed." ³¹

The Bargain principle kan motiveras med att den medför effektivitet och skäliga avtal på marknaden. Denna princip kan emellertid endast upprätthållas om båda parterna är välinformerade, rationella och om avtalet ej ingåtts till följd av tvång. Därför finns det undantag från denna princip. En begränsning är principen om *Unconscionability*, d.v.s. principen om orimlighet, vilken finns nedtecknad i lag, 2-302 UCC och i § 208 i "the Restatement (Second) of Contracts" från år 1979. Principen om Unconscionability innebär att ett avtal som förefaller orimligt är att anse som ogiltigt.³²

Eisenberg tar upp exemplet med den desperata resenären. Antag att denna kör i öknen med sin bil och kör på en sten. Bilen förstörs, han har ingen radio (så att han kan anropa hjälp) och lite vatten, vilket innebär att om han inte blir räddad så dör han. Nästa dag kör en annan man förbi. Den desperata mannen ber om hjälp och han kan få hjälp om han betalar 1/3 av sin förmögenhet. Den desperata mannen ser att han inte har något val (förutom att välja att avlida i öknen) och går med på avtalet. När de väl är framme vägrar den desperata mannen att hålla avtalet. I ett fall som detta anser Eisenberg att ett avtal bör ej hållas eftersom betalningen är att anse som orimlig. Vid en jämförelse med svensk rätt är fallet med den desperata resenären ett typiskt exempel på ocker enligt 31 § AvtL, vilket medför att ett sådant avtal är ogiltigt.

Det finns även andra undantag, vilken kan jämföras med 33 § och 36 § AvtL. Ett av dem är *Unfair Persuasion*, vilket innebär att om någon blir övertalad att ingå avtal kan detta avtal anses som ogiltigt. En nybliven änka som fortfarande sörjer, kan exempelvis bli övertalad att betala sin makes skuld fastän makarna sedan tidigare har kommit överens om att ha delad ekonomi med enskild egendom. Då änkan inte är vid sina sinnes fulla bruk vid avtalstillfället kan avtalet ogiltigförklaras. Anledningen är att avtalet inte ingåtts av änkans fria vilja utan har ingåtts p.g.a. att köparen övertalat änkan. Inte heller kan ett sådant avtal anses vara ekonomiskt effektivt, eftersom det inte finns ekonomiska skäl att uppmuntra sådant bedrägligt beteende.³³

I internationella principer, såsom Unidroit Principles art 6.2.1 och PECL Art. 6:111 (1), gäller att part får stå för sina egna risker och att principen om avtalsbundenhet bör upprätthållas för att part skall kunna lita på att motparten håller sitt löfte. Det finns dock undantag i Unidroit Principles och i PECL betonas att undantag kan ske om:

³¹ Eisenberg, Melvin, Anron, *The Bargain Principle and its Limits*, Harvard Law review, volume 95, no. 4 (1982), s. 741-802.

³² Eisenberg, a.a. s. 741-802.

³³ Eisenberg, a.a. s. 741-802.

1. avtalsbalansen är väsentligen rubbad,
2. situationen var oförutsebar för den drabbade vid avtalsslutet,
3. det inträffade var utom parts kontroll,
4. samt att risken inte bör falla på den drabbade parten.

Vid ändrade förhållanden måste effekterna av den uppkomna situationen vara sådan att det ej uppmärksammas av parterna under avtalsslutet.³⁴

I nordisk rätt har det länge funnits metoder för att jämka eller för att förklara ett avtal ogiltigt. I svensk rätt har förutsättningsläran spelat en stor roll.³⁵ Denna lära innebär i korthet att ett avtal bedöms vara ogiltigt om en parts förutsättning är fel eller oriktig och om den har varit väsentlig eller bestämmande för parten. Sådan förutsättning måste även ha varit synlig för medparten och domstolen skall vid en objektiv bedömning utreda om risken för den oriktiga eller bristande förutsättningen bör ligga på medkontrahenten.³⁶ En nackdel med denna doktrin är att en subjektiv bedömning resulterar i godtycklighet och spekulationer.³⁷

I fallet NJA 1985 s 178, *Kalmarvarv*, skriver HD att förutsättningsläran ofta tillämpas då båda parter har utgått ifrån en gemensam förutsättning som sedan har visat sig vara felaktig. I fallet anförde HD att huvudregeln är att parter själv får bära risken för egna förutsättningar. Domstolen fann emellertid att det fanns grund för undantag från denna huvudregel, eftersom köparen invaggat säljaren i en falsk trygghet och därmed försvagat säljarens incitament att själva undersöka om förutsättningen verkligen förelåg. I ett annat fall, NJA 1989 s 614, *SPP*, anför HD att syftet med att tillämpa förutsättningsläran är att befria en part från en förpliktelse som han åtagit sig p.g.a. felaktiga förutsättningar.³⁸

Skillnaden mellan 36 § AvtL och förutsättningsläran är att den senare används för att precisera skälighetsstandarderna. Vid tillämpningen av generalklausulen är avtalsbalansen även av vikt vid en skälighetsbedömning.³⁹ Det finns delade meningar angående förutsättningslärans tillämpning. I fallet *Kalmarvarv*-fallet framhöll HD att om en part åberopar ogiltighet bör i första hand förutsättningsläran tillämpas. J. och C. Ramberg framhåller dock att när generalklausulen är tillämplig finns det ingen anledning att tillämpa läran.⁴⁰ Denna uppfattning stöds av NJA 1996 s 410, *Friherren*, där HD förklarar att förutsättningsläran skall ses som ett komplement till ogiltighetsgrunderna i avtalslagen.

³⁴ Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 6: e upplagan, Stockholm, 2003, s. 236-237.

³⁵ Dotevall, a.a. 2002, s. 441-446.

³⁶ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, 6:e upplagan, Stockholm, 1993, s. 77-78.

³⁷ Dotevall, a.a. 2002, s. 441-446.

³⁸ NJA 1985 s 178, *Kalmarvarv*, NJA 1989 s 614, *SPP*.

³⁹ Dotevall, a.a. 2002, s. 441-446.

⁴⁰ Ramberg, J. och C. a.a. 2003, s. 164.

Principen om *omöjlighet* är en annan inskränkning i principen om att avtal skall hållas. Denna medger att part inte förpliktas prestera det omöjliga. 23 § KöpL stadgar att säljaren inte är skyldig att fullfölja köpet om det föreligger ett hinder som han inte kan övervinna. Därmed är inte sagt att en part som utfäster omöjliga förpliktelser alltid slipper undan att betala skadestånd. J. och C. Ramberg anser att principen är besvärlig eftersom det är självklart att en part inte behöver uppfylla något som är omöjligt samtidigt som principen inte anger grund till varför en part kan slippa att betala ersättning.⁴¹ De flesta avtalsförpliktelser går emellertid oftast att fullgöra om vissa upppoffringar (acceptans av kostnader, faror, etc.) görs men en part skall inte behöva prestera bortom offergränsen.⁴² Händelser som på ett påtagligt sätt försvårar avtalsuppfyllelse kallas *force majeure*. Det kan vara händelser som är orsakade av krig, naturkatastrofer och snabba ändringar i penningvärde etc. Vidare finns regler som kontrollansvar. I exempelvis 27 § KöpL föreskrives att köparen har rätt till skadestånd för den skada han lider p.g.a. säljarens dröjsmål om inte säljaren kan visa att det ligger utanför hans kontroll.

2.6 Övriga inskränknigar

En annan typ av inskränkning i avtalsfriheten är kontraheringsplikt, d.v.s. då det föreligger en skyldighet för part att ingå avtal, vilket motverkar bl.a. diskriminering. Svensson förklarar detta med ett exempel. Om det finns regler som stadgar att en person inte får diskrimineras p.g.a. sin hudfärg medför det att personens faktiska möjligheter ökar. En sådan regel kan rättfärdigas med att detta är nödvändigt för att skydda part som kan bli illa behandlad.⁴³ Avtalsfriheten kan även inskränkas genom avtal mellan parterna, exempelvis genom ett konkurrensavtal, om det finns behov av att hindra någon av parterna från att ingå avtal med tredje man.⁴⁴

Det finns även begränsningar inom marknadsrättens område. I t.ex. 4 § Marknadsföringslag (1995:450) stadgas att marknadsföring skall överensstämma med *god marknadsföring sed.*⁴⁵ Vidare finns det begränsningar angående en offentlig upphandling. I 4 § lag (1992: 1528) om offentlig upphandling föreskrivs att en upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och att upphandlingen skall genomförs affärsmässigt.⁴⁶

⁴¹ Ramberg, J. och C. a.a. 2003, s. 235, se även Unidroit Principels Art 3.2.1 och PECL Art. 6:111(1).

⁴² Den gräns part inte rimligen skall behöva passera för att uppfylla avtalsförpliktelsen.

⁴³ Svensson, *Avtalsfrihet, Marknadsekonomi, Rättvisa*, [http://www.jur.lu.se/Internet/Utbildning/kurser/JCA804.nsf/\(public.web.object\)/3FE8184A2CD3C721C1256C25002E679F,2003-05-02](http://www.jur.lu.se/Internet/Utbildning/kurser/JCA804.nsf/(public.web.object)/3FE8184A2CD3C721C1256C25002E679F,2003-05-02), Lund, 2003, s. 65-66.

⁴⁴ Taxell, a.a. 1987, s. 30-42.

⁴⁵ 4 § Marknadsföringslag (1995:450).

⁴⁶ 4 § Lag (1992:1528) om offentlig upphandling.

Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, AVLK, är en lag som både är av civilrättslig och marknadsrättslig natur. AVLK ger Marknadsdomstolen, MD, möjlighet att förbjuda näringsidkare från att fortsättningsvis använda ett visst oskäligt avtalsvillkor. Vad som menas med oskäliga villkor anges dock ej, men det finns vissa typfall att gå efter. Avtalsvillkor som strider mot tvingande lag anses generellt vara oskäliga, eftersom de vilseleder konsumenten beträffande personens rättsliga situation. Genom detta tas s.k. ”går det så går det klausuler” bort. Vid bedömningen om ett avtalsvillkor som avviker från dispositiv rätt är att anse som oskäligt kan vägledning hämtas ur förarbetena till AVLK från år 1971. Lagen ändrades på 1990-talet i enlighet med EG-direktivet om oskäliga avtalsvillkor i konsumentavtal. Direktivet stadgar att ett avtalsvillkor kan vara otillbörligt mot konsumenten om det med avvikelse från dispositiva rättsregler ger näringsidkaren en fördel som tar ifrån konsumenten en rättighet och därigenom medför missförhållanden mellan parternas förmåner enligt avtalet.⁴⁷ Vidare tillkom år 1984 lagen om avtalsvillkor mellan näringsidkare, AVLN, vars syfte är att skydda småföretagare mot ensidigt upprättade oskäliga avtalsvillkor.⁴⁸

Gränsen mellan tvingande- och dispositiva regler kan tyckas lätt att urskilja men så är inte fallet, enligt Grönfors. Han menar att det finns olika typer av tvingande regler. De vanligaste är de regler som inte kan avtalas bort vid tiden före avtalsinträdet men som kan vara dispositiva vid ett senare skede, d.v.s. att de blir dispositiva genom att parterna förlikas vid ett kontraktsbrott.⁴⁹ Idag ökar antalet tvingade rättsregler och önskan om ett stärkt konsumentskydd har varit starkt bidragande till denna utveckling. Många är kritiska till denna utveckling och menar att det inte finns något utrymme för självbestämmande. Grönfors anser dock att det fortfarande finns utrymme för självbestämmande men att utformningen av avtalet blir föremål för domstolens intresseavvägningar.⁵⁰ Strömholm är av liknade uppfattning och anför att:

”Konkurrensen om köparna på marknaden förutsätter för att fungera att det råder avtalsfrihet. Friheten för säljare och köpare att träffa avtal om priset framstår härvid i regel som särskilt betydelsefullt. Avtalsfrihet är emellertid, lika väl som näringsfrihet, ett begrepp med många komponenter och friheten kan inte tänkas obegränsad.”⁵¹

I vissa fall behövs avtalsfriheten inskränkas p.g.a. politiska- och sociala skäl medan andra avtal kan förklaras ogiltiga med hänvisning till vad som förfarit mellan parterna. Strömholm, drar paralleller till konkurrensfriheten, vilken också begränsas då åtgärder anses otillbörliga.⁵² Trots att det finns

⁴⁷ Ramberg, J. och C. a.a. 2003, s. 156-157, se vidare i Rådets direktiv 93/137EEG av den 5 april om oskäliga villkor i konsumentavtal.

⁴⁸ Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare.

⁴⁹ Grönfors, a.a. 1988, s. 317-321.

⁵⁰ Grönfors, a.a. 1988, s. 317-321.

⁵¹ Strömholm, a.a. s. 531.

⁵² Strömholm, a.a. s. 531-537, se exempelvis 1§ Marknadsföringslagen (1995:450)

begränsningar i denna frihet gäller den fortfarande som huvudregel och skall därför följas så långt som det är möjligt.⁵³

2.7 Formell och faktisk avtalsfrihet

Enligt den juridiska doktrinen associeras avtalsfrihet främst med frånvaron av olika juridiska hinder vid ett avtalsslut. Svensson kallar denna avtalsfrihet för *formell avtalsfrihet*. Han skiljer mellan denna sorts frihet och vad han kallar för *faktisk avtalsfrihet*. Den senare innefattar en persons faktiska möjlighet att ingå eller att avstå ifrån att ingå ett avtal.⁵⁴ För att konkretisera detta skall ett exempel anföras: Antag att en person vill köpa en bil. Denne person är myndig och det finns inga andra legala hinder som hindrar ett eventuellt bilköp, såsom ogiltighetsregler eller formkrav. När dessa krav är för handen är den formella avtalsfriheten uppfylld. Om personen i fråga emellertid är arbetslös och inte har några besparingar är den faktiska avtalsfriheten inte uppfylld. Anledningen till detta är att han/hon inte har råd att köpa någon bil och att han/ hon troligtvis inte kan få ett lån.

2.8 Sammanfattande kommentarer

Avtalsrätten bygger bl.a. på principer om avtalsfrihet och avtalsbundenhet. Avtalsfrihet innefattar en möjlighet för personen att ingå avtal eller avstå ifrån att avtala. Vidare kan personen ifråga själv välja vem han/hon vill ingå avtal med och på vilket sätt detta skall ske. Dessutom har individen frihet att bestämma vilket innehåll avtalet skall ges. Avtalsfrihet medför inte endast en frihet från ett offentligt ingripande utan också ett anspråk på offentligt agerande. Avtalsfrihet medför säkerhet för parter, vilket resulterar i en effektiv handel. Avtalsbundenhet innebär att avtalet är bindande tills prestationer och motprestationer, enligt avtalet, är uppfyllda. Denna princip kan också förknippas med ekonomisk effektivt och rättssäkerhet eftersom den medför förutsebarhet, vilket resulterar i ekonomiska vinster.

För att upprätthålla dessa principer måste fyra delar vara uppfyllda skriver Strömholm. För det första måste en människa frivilligt och självständigt kunna binda sig själv och en medkontrahent genom ett avtal. För det andra måste det vara praktiskt möjligt att sluta avtal. För det tredje medför avtalsfrihet och avtalsbundenhet inte bara frihet från ett offentligt ingripande utan också ett anspråk om offentligt agerande, vilket innebär att parter som bryter ett avtal blir sanktionerade. Slutligen krävs att denna sanktion inte är likgiltig och att den part som bryter ett avtal är förpliktad att ersätta sin motpart för uppkommen skada.

Äldre rätt har präglats av stor restriktivitet vad gäller inskränkningar i avtalsfriheten eftersom rätten byggde på liberala idéer. Under de senaste

⁵³ Prop. 1975/76: 81, s. 116-117.

⁵⁴ Svensson, a.a. s.33-38.

decennierna har dock antalet tvingade regler ökat och successivt har avtalsfriheten begränsats. Det finns dels civilrättsliga begränsningar dels marknadsrättsliga. Vad gäller civilrättsliga regler ger 28-33 §§ AvtL exempelvis domstolen möjlighet att angripa en rättshandling som på grund av omständigheter vid dess tillkomst kan anses som ogiltig. 36 § AvtL ger domstolen möjlighet att korrigera ett avtal även då omständigheterna inte är så utpräglade som dessa. En avtalspart kan påverkas att ingå avtal genom aggressivt uppträdande, överraskningstaktik eller på annat sätt genom missbruk av förhandlingsläget. Generalklausulen 36 § AvtL kan på detta sätt ses som ett komplement till de övriga paragraferna i kapitel 3 avtalslagen och därmed är jämkning och ogiltighet alternativa rättsverkningar.

Praxis har sedan 36 § avtalslagens ikraftträdande varit mager när det gäller avtal mellan två näringsidkare, men samtidigt har domstolen i praxis rörande konsumentskydd framhållit att bedömningarna inte utesluter att sådant avtal kan vara ogiltigt även i ett rent kommersiellt förhållande. Bedömningen måste ske utifrån det enskilda fallet. Trenden att skydda svagare part har resulterat i marknadsrättsliga lagar, som exempelvis avtalsvillkorslagarna, vilka skyddar svagare part mot att motparten i framtiden använder sig av oskäligen avtalsvillkor. Vidare har förutsättningsläran använts i stor utsträckning. En nackdel med denna är dock att dess tillämpning kan medföra godtycklighet vid en domstolsbedömning.

Inskränkningar i avtalsfrihet och avtalsbundenhet kan motiveras med stöd av principer om skydd och lojalitet, med intresse att skydda den svagare parten i ett avtalsförhållande. Vidare kan en inskränkning vara befogad om balansen mellan parternas förpliktelser avsevärt rubbas. Det är här principen om skydd för parterna, ekvivalens och lojalitet slår igenom, vilket skall diskuteras i följande kapitel.

3 Skydd för parterna

3.1 Inledning

I detta kapitel skall den tredje principen skydd för parterna diskuteras. Anledningen till att denna princip får ett separat kapitel är att principen i vissa fall inskränker både avtalsfrihet och avtalsbundenhet. Närbesläktad med principen om skydd för parterna är *principen om ekvivalens*. Denna princip bygger på att det skall finnas en balans mellan parternas prestationer och motprestationer. Vidare är principen om lojalitet en princip som skyddar part, vilken innebär att en part inte får driva ensidiga intressen utan att ta hänsyn till motpartens intresse utan måste vara lojal mot sin medkontrahent.

3.2 Principen om skydd för parterna

Kontraktetsrätt styrs av den formella rationaliteten som innefattar formella rollbegrepp, vilket innebär att avtalsrätten inte tar hänsyn till parternas sociala ställning ute på marknaden. Avtalsrätten har emellertid utvecklats och en materialisering av rätten har skett, d.v.s. från form relaterad lagstiftning till innehållsorienterad. 36 § AvtL till skillnad från de klassiska ogiltighetsreglerna 28-33 §§ AvtL tar nämligen sikte på avtalets innehåll istället för att enbart inrikta sig på att undersöka hur avtalet tillkom. I och med denna utveckling har *principen om skydd för parterna* växt fram.⁵⁵ Enligt Taxell kan principen delas upp i två delar, dels principen om avtalsbundenhet, vilken ger skydd åt alla parter, dels skyddet för svagare part, vilket kan medföra en konflikt mellan avtalsbundenhet och skydd för svagare part. Denna konflikt avgörs genom en intresseavvägning, enligt objektiva kriterier, så att ingen av parterna favoriseras.⁵⁶

Det är av vikt att skilja mellan olika typer av roller som skall skyddas. Wilhelmsson urskiljer tre roller; *formella skyddsroller, funktionsrelaterade roller och personrelaterade roller*. Den första innebär att lagstiftaren speciellt skyddar part då ett avtalsförhållande är uppenbart missgynnade p.g.a. av ena partens förhandlingsposition.⁵⁷ Vad gäller funktionsrelaterade roller tar lagstiftaren hänsyn till vilken funktion parten har på marknaden, exempelvis att part är konsument. Beträffande den sista rollen fäster

⁵⁵ Wilhelmsson, Thomas, *Social rätt, Om behovsorienterade element i kontraktetsrättens allmänna läror*, Helsinki, 1987, s. 51-57, Sandgren, Claes, *Utvecklingstendenser inom avtalsrätten*, i Utveckling inom avtalsrätten, Red, Sandgren, Claes, Angered, 1993, s. 89-136, jfr. Pecenic, a.a. 1995 (1), s. 11-16.

⁵⁶ Taxell, a.a. 1987, s. 39-42.

⁵⁷ Lag (1981:1361) om hemförsäljning är ett typiskt exempel på sådan skyddslagstiftning.

lagstiftaren avseende vid partens olika egenskaper, såsom sakkunskap, ekonomisk styrka, etc.⁵⁸

Vid kommersiella avtal skall avtalsbundenhet upprätthållas, så långt som det är möjligt. Detta medför att skydd för parterna får en undanskymd roll men för den skull är det inte ovidkommande utan den kan framträda vid en avtalskonflikt t.ex. om en part intar en underlägsen ställning. Att ingå ett avtal medför risker för båda parter men det finns gränser för riskområdet, d.v.s. offergränsen.⁵⁹

Skydd för parterna kan komma i konflikt med avtalsbundenhet. Huvudregeln är, som ovan anförts, att avtal skall hållas men om en av parterna t.ex. tvingats av sin motpart att ingå avtalet är detta ogiltigt. Det är här skydd för parterna kommer in. I ett avtal som tillkommit genom tvång är det uppenbart att avtalet är ogiltigt men i andra typer av fall är bedömningen mer osäker.

En bedömning av om ett avtal skall lämnas utan avseende eller ej måste dock avgöras utifrån det enskilda fallet. Skydd för parterna är därmed till för att ge skydd åt svagare part men båda parternas intressen måste vägas mot varandra. Denna princip kan emellertid rättfärdigas med stöd av andra principer eftersom skydd för parterna, vilken innefattar principen om skälighet, har en stark koppling till principen om ekvivalens,⁶⁰ vilken upprätthåller balans mellan avtalsparterna.

3.3 Principen om ekvivalens och principen om skälighet

Rättsprinciper kan sägas bidra till utvecklingen av rätten och med denna utveckling uppstår fler principer som skall beaktas av domstolen. Som en konsekvens av skydd för parterna *har principen om skälighet och jämviktsprincipen*, även *kallad principen om ekvivalens*, framkommit. Principen om skälighet betyder i korthet att lagstiftaren och domstolarna undviker lösningar som är oskäligen för någon av parterna eller för dem båda. Denna grundidé har länge funnits i nordisk rätt och den har successivt utvecklats regler om verkan av oskäligen avtalsvillkor. Principen om skälighet kan ses som ett uttryck för den allmänna principen om skydd för parterna, då denna ger skydd till svagare part. Skälighet är även relevant då det föreligger obalans mellan parterna. Vid en skälighetsbedömning skall parternas intresse beaktas och vägas mot varandra. Skälighet mäts i stor omfattning med ledning av hur långtgående anspråk som ställs på parternas agerande samt hur omfattande ingrepp parterna rätteligen bör tåla. Ibland kan det även finnas skäl att ha en skälighetsbedömning då parterna är

⁵⁸ Wilhelmsson, a.a. s. 57-65.

⁵⁹ Taxell, a.a. 1997, s. 73.

⁶⁰ Taxell, a.a. 1997, s. 65.

jämnstarka. Det kan speciellt vara motiverat då avtalsbalansen orsakats av ändrade förhållanden.⁶¹

Vidare finns det ett behov och underlag för principen om ekvivalens. Anledningen till detta är att det behövs riktlinjer för hur rättstillämparen bör utjämna och korrigera rubbningar i avtalsbalansen. Taxell skriver följande:

”Många avtalskonflikter har sin grund i att det råder obalans mellan parterna - med avseende på ekonomiska styrkepositioner, personliga kvalifikationer, en parts beroendeställning gentemot sin motpart etc.”⁶²

Därmed är det av vikt att sträva efter en princip som korresponderar både med principen om skälighet och principen om skydd för parterna samt bygger på demokratins jämlikhetstanke.⁶³

Det finns emellertid motsättningar inom avtalsrätten med utgångspunkt i liberalismen. På den ena sidan finns principer om att *en god karl reder sig själv* och principen om avtalsbundenhet. På andra sidan finns idén om att avtal bygger på byte och att parterna ingår avtalet i syfte att erhålla jämförbara prestationer av varandra, d.v.s. att det finns en balans (ekvivalens eller rättvisa) mellan prestationerna enligt ett avtal.⁶⁴ Som ovan anförts utgör principen om ekvivalens en idé om att det vid ett ömsesidigt avtalsförhållande skall råda jämvikt mellan prestation och motprestation. Denna princip har sina rötter i den romerskrättsliga principen om *Laesio enormis*, vilken innebär att ett köpeavtal förklaras ogiltigt om köpeskillingen understiger hälften av värdet av den sålda varan. Under medeltiden var rättvisa ett centralt begrepp och varje avtal skulle präglas av balans. Denna syn betonades bl.a. av Tomas av Aquino och den synes även överrensstämma med naturrätten.⁶⁵

I Code Civil finns även en typ av oskälighetsbedömning och i §§ 934 samt 935 i den österrikiska Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, ABGB, återfinns den romerska principen som medför båda parter rätt att häva avtalet om värdet av en prestation överstiger värdet av en motprestation med mer än hälften. Vid utformningen av Bürgerliches Gesetzbuch, BGB, avböjdes en sådan jämviktsregel och istället tillkom § 138 i BGB. I paragrafens andra stycke föreskrivs exempelvis att ett avtal kan förklaras ogiltigt om part utnyttjat motpartens svagheter eller på annat sätt tillskansat sig fördelar som står i uppenbart missförhållande till motprestationen. Sverige finns också regler om ocker, se 31 § AvtL, vilken också har sina rötter i principen om *Laesio enormis*. Den romerskrättsliga principen har nu utvecklats och har blivit ett rättviseargument. I denna lever idén kvar om att ett avtal skall vara balanserat mellan å ena sidan en parts rättigheter och

⁶¹ Taxell, a.a. 1997, s. 65-67.

⁶² Taxell, a.a. 1997, s. 66.

⁶³ Taxell, a.a. 1997, s. 66-67.

⁶⁴ Ramberg, J. och C. a.a. 2003, s. 149.

⁶⁵ Dotevall, a.a. 2002, s. 441-446.

å andra sidan en parts skyldigheter.⁶⁶ Avtalsbalans är ett centralt begrepp och det framgår av artikel 3 i EG-direktivet om oskäliga avtalsvillkor i konsumentförhållande. Direktivet omfattar alla former av avtal som inte har varit föremål för individuell förhandling och om ett sådant avtal resulterar i en betydlig obalans mellan parternas förpliktelser är villkoret att anse som oskäligt och därmed ej bindande för konsumenten. I direktivets bilaga finns en villkorslista över avtalsvillkor som kan anses vara oskäliga. Denna s.k. grå lista är enligt direktivet art. 3.3 endast vägledande och den är inte en uttömmande.⁶⁷ Artikel 3 har nu införlivats i Svensk rätt och kan utläsas i 11 § lagen om avtalsvillor i konsumentförhållande. Som ovan anförts, är syftet med denna lag att skydda underlägsen part mot avtalsvillkor som ensidigt gynnar motparten på den underlägsna partens bekostnad.⁶⁸ I lagen om avtalsvillkor mellan näringsidkare finns en liknande bestämmelser. 1 § AVLN föreskriver att om ett avtalsvillkor bedöms som oskäligt kan MD förbjuda fortsatt användning av ett sådant avtalsvillkor.

Vid bedömningen om ett avtal är oskäligt betonas att hänsyn skall tagas till hur avtalet är utformat. Det finns exempelvis avtalsvillkor som är uppenbart diskriminerande men som tillåts eftersom den missgynnade parten kompenseras genom andra villkor i avtalet.⁶⁹ Vissa avtalsvillkor är alltid i riskzonen för jämkning. I förarbetena till 36 § avtalslagen diskuteras olika klausuler som bestämmelsen är tillämplig på. Beträffande pris- och indexklausuler anser utredningen att 36 § AvtL främst bör användas vid jämkning av pris vid ett långvarigt avtal. Vidare kan ett pris beaktas som oskäligt både i konsument- och rena affärsförhållanden.⁷⁰ Det är emellertid av vikt att belysa att generalklausulen inte skall användas som medel för en allmän priskontroll.⁷¹

Förfalloklausuler, vilka ofta förekommer i standardavtal, används för att säkra den överlägsna partens intresse. Ett sådant missbruk vill lagstiftaren förhindra, vilket kan göras med stöd av bl.a. 36 § AvtL och 1-3 §§ AVLK.⁷² På liknande sätt anses vitesklausuler kunna medföra tillämpning av generalklausulen 36 § AvtL. Främmande rättssystem skiljer på villkor som föreskriver vite och villkor som innefattar en förhandsuppskattning av framtida skadestånd. I propositionen till avtalslagen anses det emellertid att denna linje inte behöver dras då både skadestånd och vite är påtryckningsmedel för att garantera ersättning vid eventuell förlust.⁷³ Vidare bör bedömning av förverkandeklausuler ske efter liknade riktlinjer som vitesklausuler. Förverkandeklausuler skiljer sig dock lite från vanliga

⁶⁶ Dotevall, a.a. 2002, s. 441-446.

⁶⁷ Se Rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april om oskäliga villkor i konsumentavtal art. 3 och Prop. 1994/1995: 17, *Oskäliga avtalsvillkor m.m. Införlivande med svensk rätt av EG:s direktiv om oskäliga avtalsvillkor i konsumentförhållanden*, s. 47 och 92.

⁶⁸ Lag (1994.1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.

⁶⁹ Prop. 1975/1976: 81, s. 118-119.

⁷⁰ SOU 1974: 83, s. 164-167.

⁷¹ Prop. 1975/1976: 81, s. 135-147.

⁷² Prop. 1975/1976: 81, s. 135-147, se även Prop. 1994/1995:17, s. 96.

⁷³ Prop. 1975/1976: 81, s. 135-147.

vitesklausuler och därför kan bedömningen bli annorlunda men de principiella synpunkterna torde vara desamma.⁷⁴

Beträffande skiljeklausuler har de i praxis ofta bedömts som betungande och oskäligen. Fallet NJA 1981 s 711, *Kvissberg & Bäckström*, handlar om ett skiljeavtal mellan konsument och näringsidkare. HD skriver i sin motivering att sådana avtal ofta väcker betänkligheter eftersom kostnaderna för ett skiljeförfarande utgör en tung börda för en konsument, som i regel är den ekonomiskt svagare parten. Vidare betonas att ersättning till skiljemän inte omfattas av rättshjälpsystemet. Mot bakgrund härav anser HD att skiljeklausulen mellan de berörda parterna är att anse som oskäligen. Idag stadgas i 6 § Lag (1999:116) om skiljeförfarande att i en tvist mellan en näringsidkare och en konsument kan ett ”skiljeavtal inte göras gällande om det träffats innan tvisten uppstod”. Nerep menar att bedömningen torde vara densamma även om rör sig om ett rent kommersiellt avtal. I flera fall har nämligen ett skiljeavtal som träffats mellan näringsidkare lämnats utan avseende med stöd av generalklausulen.⁷⁵ En skiljeklausul i en avtalsrelation mellan näringsidkare och konsument eller småföretagare, vars ekonomiska ställning liknar en konsuments, anses ofta tyngande och kan därför vara oskäligen. Det är en konsekvens av att skiljeförfarande medför höga kostnader och att svagare parts rättigheter inte hade kunnat prövas om skiljeklausulen ansetts vara skäligen.⁷⁶ I fallet NJA 1979 s 666, *SAPA*, åsidosattes en klausul mellan två näringsidkare eftersom denna gav ena parten möjlighet att själv välja mellan domstols- och skiljeförfarande. I fallet NJA 1987 s 639, *Österlen-Hus AB*, kom domstolen fram till liknande domslut. Här rörde det sig om giltigheten av en skiljeklausul mellan två näringsidkare. HD bedömde klausulen som oskäligen eftersom ena parten var att anse som underlägsen och att vissa paralleller kunde dras till ett anställningsförhållande.

I amerikansk rätt finns regler om att ett avtal är att anse som ogiltigt om det råder obalans mellan parterna i ett avtalsförhållande, *Unconscionable*, vilket motsvarar skälighetsstandarden i nordisk och kontinentaleuropeisk rätt. I amerikansk praxis har jämlikhetsargumentet framhållits och *Unconscionable* är indelat i två element, dels den processuella, vilken syftar till förhållandena vid avtalets ingående, dels den substantiella som avser avtalsinnehållet.⁷⁷

En paragraf som anses ge uttryck för principen om ekvivalens är 36 § AvtL. Vid en oskälighetsbedömning kan dels en objektiv prövning, dels en subjektiv prövning ske. En objektiv prövning kan dock vara praktiskt svårt att genomföra, då domstolen måste finna en objektiv måttstock, som exempelvis ett gängse marknadspris på en vara eller på en tjänst. Domstolen

⁷⁴ SOU 1974: 83, s. 173-174.

⁷⁵ Nerep, Erik, *Skiljeavtalets särställning i svensk avtalsrätt*, Festskrift till Advokatsamfundet 1887-1987, Stockholm, 1997, s. 435-439, NJA 1979 s 666, *SAPA*, och NJA 1987 s 639, *Österlen-Hus AB*.

⁷⁶ Nerep, a.a. s. 435-439, NJA 1981 s 711, *Kvissberg & Bäckström*.

⁷⁷ Dotevall, a.a. 2002, s. 441-446.

utgår från den balans som parterna kommit fram till vid avtalslutet. Denna bör bibehållas under hela avtalstiden. I rättsfallet NJA 1983 s 385, *Höstvete*, rörde det sig om ett 49-årigt arrende med en avgift som följde priset på höstvete. Ägaren av fastigheten ville höja arrendet och anförde att det index parterna valt inte förändrades som en vanlig indexklausul och därför borde jämkas. Arrendatorn motsade sig höjning. Domstolen fann att parternas gemensamma förutsättning var att index för höstvete skulle avspegla ett vanligt index. När så inte skedde jämkades arrendet med stöd av 36 § AvtL, vilket medförde att parterna i fortsättningen skulle tillämpa ett index som återspeglade deras gemensamma förutsättning.

Vidare betonas, i lagförarbetena, att 36 § AvtL skall kunna användas för att jämka långvariga avtal där förhållandena har förändrats så att villkor får verkningar som ingen av parterna kunnat förutse. Denna utgör då utgångspunkten för en omförhandling parterna emellan.⁷⁸

Dessutom skall domstolen ta hänsyn till hur villkoret fungerar i den aktuella situationen samtidigt som domstolen måste bedöma hur det kan komma att verka i framtiden.⁷⁹ Om alla obalanserade avtal skulle jämkas hade det resulterat i stor rättsosäkerhet och parterna skulle tvingas att utforma avtalet i detalj. Praktiska hinder talar därför för att den uppkomna obalansen bör vara mycket omfattande innan jämkning kan komma att ske.⁸⁰ För att ett avtal skall kunna ändras krävs vidare att händelsen inte kunnat förutses av den drabbade parten. Ett långvarigt avtal medför ett medvetet risktagande vad gäller exempelvis pris, världssituationen, etc. och då kan part inte med stöd av 36 § AvtL ändra avtalet.⁸¹ Dessutom bör hänsyn tas till rättsekonomiska aspekter vid en skälighetsbedömning för att se var det är mest effektivt att placera risken vid oförutsedda händelser.⁸² Om en part själv är ansvarig för de ändrade förhållandena och inget är reglerat i avtalet kan detta inverka på bedömningen vid en skälighetsbedömning.⁸³ Sammanfattningsvis kan anföras att det krävs att förhållandena ändrats väsentligt för att 36 § AvtL skall vara tillämplig.

Vid tillämpning av 36 § AvtL är det av vikt att förstå innebörden av begreppet oskäligt. Ett avtalsvillkor som bedöms som oskäligt i ett avtalsförhållande behöver inte nödvändigtvis vara det i ett annat. I bestämmelsen står dock att den skyddar konsument eller en part som är att anse som underlägsen sin motpart men det finns inget som hindrar att paragrafen även tillämpas mellan jämbördiga parter.⁸⁴

⁷⁸ Bernitz, Ulf, *Småföretagskydd mot oskäliga avtalsvillkor, särskilt 36 § avtalslagen*, Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887-1987, Stockholm 1987, s. 107-143.

⁷⁹ SOU 1974: 83, s. 131.

⁸⁰ Dotevall, a.a. 2002, s. 454.

⁸¹ Ramberg, J. och C. a.a. 2003, s. 238.

⁸² Wilhelmson, Trine-Lise, *Aftaleloven § 36 och ekonomisk effektivitet*, TFR 1995, s.1-246, se vidare kapitel 5, om hur 36 § AvtL kan rättfärdigas med stöd av ekonomisk effektivitet.

⁸³ Ramberg, J. och C. a.a. 2003, s. 243.

⁸⁴ Dotevall, a.a. 2002, s. 441-446.

Jansohn och Kjellin diskuterar innebörden av rekvisitet ”oskäligt”. De menar att begreppet är vagt och har en mycket vid innebörd. För att förstå innebörden diskuteras oskäligt först utifrån en ren bokstavstolkning. Vid en jämförelse med dess motsats skäligt, konstateras att ett avtalsförhållande som är skäligt är jämlikt eller rättvist. Detta resulterar i att motsatsen torde innebära att förhållandet är obalanserat, de anser att ”ordet oskäligt indikerar en obalans som inte är etiskt godtagbar.”⁸⁵

Det är emellertid svårt att fastställa en konkret definition utifrån enbart denna tolkning. Därför diskuteras begreppet utifrån en teleologisk tolkning, d.v.s. det bakomliggande syftet och ändamålet med begreppet undersöks. Syftet med 36 § AvtL är att skydda svagare part samt att förhindra nackdelarna med en alltför omfattande avtalsfrihet. Inte heller denna tolkning ger ökad förståelse. Därmed återstår att beakta rättskällorna och se om detta ger någon vägledning. I NJA 1986 s 332, *Remburs*, handlade det om bedömningen av skäligheten hos en borgensförbindelse i samband med en remburs. HD fann att ena parten hade ensam beslutanderätt, att den andra parten hade betagits sin rätt att påkalla fel, att villkoret avvek från rättspraxis, att den part som utformat villkoret var att anse som överlägsen part och att villkoret ej diskuterats närmare av parterna. Därmed gjordes en helhetsbedömning och HD kom fram till att villkoret i borgensförbindelsen var oskäligt med hänsyn till omständigheterna vid avtalets tillkomst. Detta är ett av de fall som ger vägledning om vad som kan vägas in i domstolens bedömning. Den slutsats som kan dras av fallet är att skäligheten hos ett avtalsvillkor kan hänföras till två grupper. Det finns omständigheter som medför obalans i ett avtal, s.k. *konstituerande omständigheter*. Dessutom kan domstolen beakta *påverkade omständigheter*, såsom att part intar en underlägsen ställning.⁸⁶

En jämförelse med Unidroit Principles visar att jämkning endast bör tillämpas om obalansen blivit så omfattande att den allvarligt skadar, se art 3.10. European Principles har valt en annan lösning. Art 6.111 (2) föreskriver att om ett avtal som blir ”excessively onerous because of a change of circumstance”, så skall parterna omförhandla avtalet, om dessa händelser inte kunde förutses av någon part. I både Unidroit Principles samt European Principles krävs att det uppstått en kraftig obalans mellan skyldigheter och rättigheter för att jämkning skall kunna ske.⁸⁷

36 § AvtL och principen om ekvivalens kan, som ovan anförts, ibland medföra konflikt med principen om avtalsbundenhet. Trots att denna bestämmelse inskränker på en av de grundläggande principerna till avtalsrätten är det motiverat att göra en intresseavvägning mellan principen om ekvivalens och avtalsbundenhet eftersom balans mellan avtalsparter bör

⁸⁵ Jansohn, Å. Kjellin, K. *Vad är oskäligt? : en analys av 36 § avtalslagen*, Handelsrättslig skriftserie nr 1101-7236;2, Lund 1990, s. 39-45.

⁸⁶ Jansohn, Kjellin, a.a. s. 39-45.

⁸⁷ Dotevall, a.a. 2002, s. 441-456.

upprätthållas. 36 § AvtL skall emellertid inte ses som en allmän priskontroll och en helhetsbedömning bör göras i det enskilda fallet.

3.4 Principen om lojalitet

Inom avtalsrätten finns andra principer som är grundläggande, en princip som är närliggande till skydd för parterna är *principen om lojalitet*. Denna princip anses vara en allmän rättsgrundsats men den finns även uttryckligen stadgad i lagregler, se t.ex. 5 § Lag (1991:351) om handelsargentur, HagL. Principen om lojalitet innebär att en part inte får driva ensidiga intressen utan att ta hänsyn till motpartens intresse. Om en konflikt mellan parterna uppstår bör en intresseavvägning ske för att finna en lösning.⁸⁸ Utgångspunkten är att vid ett avtal mellan en fackman och en lekman skall fackmannen handla lojalt och beakta även motpartens intressen.⁸⁹ Vid långvariga avtal är det även av betydande vikt att lojalitetsplikt föreligger mellan parterna, speciellt om avtalet syftar till att nå ett gemensamt mål och om en intressegemenskap har uppkommit.⁹⁰

Enligt Nicander innefattar principen om lojalitet olika typer av plikter som skall uppfyllas i ett avtalsförhållande. Det kan röra sig om *informationsplikt*, även kallad *upplysningsplikt*, vilken medför att part måste upplysa sin motpart om exempelvis skadliga effekter av en produkt.⁹¹ Om inte information ges kan det anses strida mot tro och heder enligt 33 § AvtL. Enligt Hultmark föreligger en omfattande upplysningsplikt vid avtals ingående. De omständigheter som beaktas är vad motparten har för typiska förväntningar och de förväntningarna anses vara mycket omfattande.⁹² Upplysningsplikten finns reglerad i olika lagar. I t.ex. 19 § KöpL regleras upplysningsplikten beträffande försäljning av vara i befintligt skick. I 17 § Konsumentköplag (1990:932), KKL, stadgas en uttrycklig upplysningsplikt för säljaren eftersom konsument anses som svagare part. Vidare har informationsplikten uppmärksamats i flera rättsfall. I fallet NJA 1948 s 728 rörde det sig om en bilförsäljning. Säljaren ansågs ha handlat i strid mot tro och heder eftersom han sålde bilen till ett kraftigt överpris till hans förståndshandikappade bekant. Lojalitetsplikt innefattar även *tystnadsplikt* mellan parter, speciellt om ena parten har patent på sin produkt eller om ett företag är skyddat enligt Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter, FHL.⁹³

Ur ekonomiskt perspektiv behöver dock inte en person alltid dela med sig av den information denne innehar eftersom att det kostar pengar och tid att

⁸⁸ Nicander, H. *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållandet*, JT 1992/93, s. 31-46.

⁸⁹ Taxell, a.a. 1997, s. 66, se även Wilhelmsson, a.a. s. 60-65.

⁹⁰ Dotevall, a.a. 2002, s. 441-456, se vidare RH 1990:14.

⁹¹ Nicander, a.a. s. 31-46.

⁹² Hultmark, Christina, *UPPLYSNINGSPLIKT vid ingående av avtal*, Juristförlaget, Stockholm, 1993, s. 45 och 78-79.

⁹³ Nicander, a.a. s. 31-46.

skaffa sådan information. Om en person betalt för att få viss information s.k. *produktiv information* behöver inte denna part dela med sig av sin information. Kronmann anser att detta kan motiveras med stöd av sin modifierade paretoprincip, vilken innebär att de parter som innehar information endast behöver lämna den ifrån sig om det kan medföra en fördel för motparten. (Kronmann anser dock att svagare part skall ses som en grupp). För att förklara vad Kronmann menar tas ett exempel upp. Antag att A äger en bit mark. Denna som innehåller rikligt med värdefulla mineraler, vilket A inte vet om. B som är geolog upptäcker att marken är värdefull och ger ett bud men avslöjar inte den information han innehar. A godtar anbudet och ett avtal ingås. Den fråga som kan ställas är då om en köpare som innehar mer information än säljare är tvungen att dela med sig av informationen. Kronmann skriver att sådan upplysningsplikt inte är stadgad i lag, vilket kan rättfärdigas med att om B varit tvungen att dela med sig av sin information hade det hindrat B från att göra vinst på sin investering. Vidare hade ett sådant tvång motverkat framtida investeringar, vilket medfört att geologisk information gått förlorad. Dessutom kommer ett sådant tvång att medföra mer skada än nytta för säljarna. Anledningen till detta är att priset som säljarna betalar för olja och aluminium kommer att öka eftersom incitamenten att investera har försvagats.⁹⁴

Cooter och Ulen betonar att det finns olika typer av information. Det finns dels *offentlig information* dels *privat information*. Offentlig information innebär att båda parterna har all information om varandras förhandlingsförmåga och uppgifter om det parterna skall avtala om. Att informationen är offentlig underlättar parternas förhandlingar. Antag att det rör sig om exempelvis försäljning av en vattenmelon. Då det inte finns mycket information att veta om en vattenmelon kommer denna förhandling och detta avtal att bli enkel och medföra lite transaktionskostnader. Privat information innebär att en av parterna innehar information den andra inte har.⁹⁵ Privat information ger parter incitament att byta varor och tjänster eftersom ekonomisk effektivitet ökar då kunskap och kontroll över resurserna är förenade. Antag exempelvis att det handlar om ett bilköp. Säljaren tror att det är en vanlig gammal bil, vilken han inte värderar särskilt högt. Köparen däremot vet att bilen är en mycket dyr klassiker. Samtidigt vet köparen om att säljaren innehar denna felaktiga information om bilen, vilket gör att informationen är ensidig. Trots att informationen är ensidig kan avtalet rättfärdigas eftersom kunskap och kontroll förenas, vilket ökar den ekonomiska effektiviteten. Köparen kommer i detta fall nämligen underhålla bilen och bevara dess värde. Vidare bör köparen belönas genom att göra en vinst då han/hon lagt ner mycket tid och pengar i sitt sökande att finna rätt säljare.⁹⁶

⁹⁴ Kronmann, Anthony. T. *Contract Law and distributive Justice*, Yale Law Journal 89 (198) s. 472-510, se även Wilhelmsson, a.a. s. 60-65.

⁹⁵ Cooter, Robert, Ulen, Thomas, *Law and Economics*, 3: e upplagan, 2000, s. 88-90.

⁹⁶ Cooter, Ulen, a.a. 271-272.

Principen om lojalitet kan även medföra konflikt med principen om avtalsbundenhet eftersom en part inte får uppföra sig hur som helst gentemot sin motpart utan måste handla lojalt. Om principen om lojalitet inte iakttas kan det medföra att ett avtal blir ogiltigt.⁹⁷ Inte heller korresponderar alltid principen om lojalitet med avtalsfrihet. I 33 § stadgas exempelvis att ett avtal som strider mot tro och heder kan ogiltigförklaras. En princip om lojalitet kan emellertid rättfärdigas genom att den skapar trygghet för parter, vilka är underlägsna kunskapsmässigt. Det kan t.o.m. anföras att om detta skydd inte skulle finnas skulle vissa personer inte ens våga ingå avtal.

3.5 Sammanfattande kommentarer

Principen om ekvivalens och skydd är en konsekvens av att välfärdsstatens värderingar successivt förändrats, vilket har resulterat i att avtalsrätten påverkats av sociala värderingar. Som ovan anförts, tillämpas skydd för parterna oftast då en part intar en underlägsen ställning men vid en oskälighetsbedömning vägs objektiva kriterier mot varandra och ingen av parterna får favoriseras. Principen om ekvivalens tillämpas då det ej råder jämvikt mellan parternas förpliktelser. Vid ett långvarigt avtal är det svårt att förutse alla de händelser som kan rubba balansen och därmed kan en tillämpning av principen om ekvivalens bli extra aktuell vid dessa avtalsförhållanden. Principen om ekvivalens får stor betydelse vid tillämpningen av 36 § AvtL. Det finns ytterligare några principer som bör beaktas vid avtalsförhållanden, speciellt av kommersiell natur, som kommer till uttryck i avtalsrätten. Principen om lojalitet är av särskilt vikt när parter ingått ett långvarigt avtal. Den medför ett skydd för parterna som gör att de vågar lita på varandra. Principen om lojalitet innefattar bl.a. en upplysningsplikt, vilken innebär att en part i vissa situationer skall dela med sig av sin information. Att undanhålla något för sin medpart kan exempelvis strida mot tro och heder enligt 33 § AvtL. Det finns emellertid olika sorters information. Offentlig information och privat information.

Principen om lojalitet kan inskränka på avtalsfrihet och avtalsbundenhet. Dessa inskränkningar kan emellertid rättfärdigas med stöd av att det behövs skydd för parter och att det behövs trygghet i avtalsförhållanden. Vidare kan en inskränkning vara befogad om balansen mellan parternas förpliktelser avsevärt rubbas.

Det finns emellertid andra värden som avtalsrätten vilar på. I följande kapitel presenteras rättssäkerhet som också är en grundläggande princip inom demokratin.

⁹⁷ Nicander, a.a. s. 31-46.

4 Rättssäkerhet

4.1 Inledning

Demokrati innehåller vissa grundläggande värden. Som ovan anfört är rättssäkerhet ett av dem, vilket innebär att även denna princip är betydelsefull och bör beaktas inom avtalsrätten. Införandet av 36 § AvtL var och är fortfarande mycket omdebatterad. Många befarade att rättsäkerheten och förutsebarheten skulle komma i skymundan eftersom generalklausuler ofta är allmänt hållna samtidigt som det ofta saknas klara riktlinjer beträffande dess tillämpning i lagtext och förarbeten, vilket kan medföra att parter behandlas olika.

I detta kapitel diskuteras rättssäkerhets aspekter. Vidare analyseras om bl.a. 36 § AvtL kan rättfärdigas trots att denna inskränker förutsebarheten.

4.2 Rättssäkerhet

Rättssäkerhet utgör ett av demokratins grundvärden. Den innebär att rättsstaten skall tillgodose allas likhet inför lagen.⁹⁸ Ett viktigt element inom rättssäkerheten är *förutsebarhet*, d.v.s. att en part i förväg kan få kännedom om de konsekvenser som uppstår om parten i fråga handlar på visst sätt.⁹⁹ Förutsebarheten kan motiveras med att den gör det lättare för en medborgare att planera sina rättsliga handlingar, den bygger på ett etiskt resonemang, den skapar ordning och stabilitet. Förutsebarhet medför även att näringslivets aktörer kan utöva en effektiv handel och ingå bindande avtal eftersom de litar på att lagreglerna följs av domstolarna.¹⁰⁰ Ett annat element inom rättssäkerhet är *rättsskydd*, vilket innefattar det skydd som enskilda människor, grupper och organisationer ges genom rättsnormer och rättstillämpning. Detta har ett preventivt syfte som innebär att normer sätter gränser och ger människor information om hur de skall handla. Rättsskyddet är även repressivt och medför att människor kan få gottgörelse om deras rättigheter kränkts.¹⁰¹

Generalklausuler ger domstolarna möjlighet att ta hänsyn till parterns behov eftersom dessa är flexibla. Redan vid införandet av 33 § AvtL¹⁰² befarade emellertid kritiker att generalsklausuler skulle medföra problem vad det gäller förutsebarheten. Denna diskussion fortsatte vid införandet av 36 §

⁹⁸ Peczenik, Alexander, *Vad är rätt? Om demokrati, Rättssäkerhet, Etik och juridisk argumentation*, upplaga 1:1, Göteborg, 1995, (2).s. 46, Taxell, a.a. 1997, s. 24-25.

⁹⁹ Taxell, a.a. 1997, s. 25.

¹⁰⁰ Peczenik, 1995, (2), a.a. s. 89-98.

¹⁰¹ Taxell, a.a. 1997, s. 25.

¹⁰² Den andra generalklausulen i 3 kap avtalslagen som stadgar att ett avtal kan ogiltigförklaras om det strider mot tro och heder.

AvtL.¹⁰³ Öppna regler medför att de resursstarka parterna får större möjlighet att missbruka reglerna för att tillgodose sina syften.¹⁰⁴

Det negativa med en sådan flexibel regel som 36 § är att förutsebarhet minskar eftersom det inte är lätt att överblicka de ekonomiska konsekvenserna av ett avtal och eftersom det inte med säkerhet går att förutse utgången av en tvist.¹⁰⁵ Förutsebarheten får emellertid ge vika, eftersom en oskälighetsbedömning skall ske utifrån varje enskilt fall.

Det finns två sätt att se begreppet rättssäkerhet på. Begreppet kan dels ses som ett upprätthållande av förutsebarhet, som innefattar att parterna vet vad bedömningen av en konflikt blir om de handlar på ett visst sätt, dels rättssäkerhet, vilken innefattar skydd för svagare part. Förutsebarhet innebär emellertid inte bara att utgången i en konkret tvist skall sammanfalla med tidigare liknande avgöranden utan också att andra typer av förväntningar hos parterna skall kunna mötas. Dessa värderingar grundas på branschpraxis och överensstämmar med vad som kan betecknas som normalt beteende bland vissa grupper eller inom ett visst geografiskt område.¹⁰⁶ I motiven anses inte att en tillämpning av bestämmelsen kommer att minska rättssäkerheten, tvärtom kommer dess tillämpning att medföra en ökad rättssäkerhet, genom att hindra oskäliga villkor som kan missbrukas av överlägsen part. Villkor som gynnar starkare part kan nämligen motverkas med stöd av generalklausulen för att en svagare part inte skall bli rättslös. Inte heller är det förenligt med ett rättssäkerhetsintresse att upprätthålla villkor som medför att en part gynnas på motpartens bekostnad.¹⁰⁷ Motiven utgår därmed ifrån ett rättssäkerhetsbegrepp som betonar skydd för svagare part.

André är mycket kritisk till generalklausulens existens och anser att den är för öppen. Vidare ges varken klara riktlinjer i lag eller förarbeten hur den skall tillämpas. Han menar att ”36 § avtalslagen är en mycket lösligt konstruerad generalklausul.”¹⁰⁸ Anledningen till detta är för att det inte finns några direkta rekvisit, utan lagstiftaren har använt sig av ordet oskäligt, vilken har en mycket vag innebörd och därmed kan fyllas med innehåll av varierande slag. Vidare finner André att det inte finns några syften bakom bestämmelsen. Utifrån förarbetena konstaterar han att begreppet inte har konkretiserats och att innehållet hålls öppet, därmed förstärks osäkerheten om dess innebörd. Frånvaron av riktlinjer för hur domstolar kommer att bedöma ett avtalsvillkor medför dessutom att förutsebarheten minskar och 36 § AvtL gör det svårare än tidigare att

¹⁰³ Ramberg, Jan, *Avtalsskrivaren och 36 § avtalslagen*, Festskrift till Advokatsamfund, 1887-1987, Stockholm, 1987, s. 508-511.

¹⁰⁴ Wilhelmsson, a.a. s.68-71

¹⁰⁵ SOU 1974: 83 s. 126-129, von Post, Claes-Robert, *36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, Stockholm, 1999, s. 118.

¹⁰⁶ Dotevall, a.a. 2002, s. 441-446.

¹⁰⁷ SOU 1974: 83 s. 126-129, 131.

¹⁰⁸ André, M. *Strukturer i 36 § avtalslagen*, SvJT, 1986, s. 526-531 och s.542-548.

fastställa rättsläget.¹⁰⁹ Bernitz, i motsats till André, anser därmed att det går att utläsa vissa centrala principer och att 36 § däremot inte är att anse som innehållslös. Vidare kommer även rättspraxis att successivt bli mer omfattande och stabiliserad.¹¹⁰

Riktlinjer har ställts även upp i motiven till paragrafen och praxis på området ger viss vägledning. Domstolen kan vidare utgå ifrån vad som är att anse som normalt i liknande avtalsituationer och anvisning kan hämtas från avtalsvillkorslagarna och MD:s praxis. Dessutom kan anvisningar hämtas från Unidroit Principels art 6.2.1 och 6.2.2 samt Principles of European Contract Law, PECL, art 6:111, trots att de inte är att anse som svensk rätt.¹¹¹ En annan svårighet med tillämpningen av lagrummet är hur stor avvikelse som skall vara för handen för att ett avtalsvillkor skall anses ha passerat oskälighetsgränsen. Denna osäkerhet är dock inte ny utan har alltid funnits och har inte nämnvärt förvärrats av införandet av 36 § AvtL.¹¹² En allt för detaljskriven reglering är inget att rekommendera men Ramberg anser att en allt för generell reglering medför problem för domarna att avgöra hur en tvist skall bedömas. 36 § ger dock incitament för parter att utforma klara och genomtänkta avtal.¹¹³

Bernitz skriver att lagstiftaren bör vara varsam med att införa tvingande regler i avtalsförhållande mellan näringsidkare eftersom detta lätt kan få en stelbent reglering som effekt. En regel, såsom generalklausulen, är lämpligare att tillämpa eftersom den är mer flexibel och mindre ingripande. Han anser dock att det skulle vara fördelaktigt att, liksom Finland, ha en representativt sammansatt bedömningsnämnd inom näringslivet som beaktar och tar ställning till frågor om oskäligen avtalsvillkor. Ett sådant organ bör ha en vägledande roll och utarbetar riktlinjer för tillämpningen av 36 § AvtL samt avtalsvillkorslagarna.¹¹⁴ Samtidigt skulle förutsebarheten öka om konsensus i bedömningsgrunderna förelåg.¹¹⁵

¹⁰⁹ André, a.a. s. 526-531 och 542-548.

¹¹⁰ Bernitz, a.a., s. 83-84.

¹¹¹ Unidroit Principes är baserad på internationellt handelsbruk och nationella avtalsrättsliga lagar. Vidare bygger den på United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980), CISG. Dess syfte är att finna lösningar vid avtalskonflikter och den innehåller artiklar om hur avtal skall tolkas, vilket gynnar och underlättar internationell handel, se vidare Hultmark, (numera Ramberg) Christina, *Internationaliseringen av avtalsrätt- Unidroit Principles of international Commercial Contracts*, JT 1995/96:3, s. 655-674. Principles of European Contract Law har tillkommit på initiativ av Europeiska kommissionen, se Ramberg, J. och C. a.a. 2003 s. 148.

¹¹² Ramberg J. och C. a.a. 2003, s. 148-150, Ramberg, a.a. 1987, s. 511-512.

¹¹³ Ramberg, a.a. 1987, s. 512-515.

¹¹⁴ Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare, Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållande.

¹¹⁵ Ramberg, a.a. 1987, s. 512-515.

4.3 Flexibilitet eller stabilitet?

Den egeiska skolan är läran om en utopi med fullständiga lagar. Denna hade störst genomslag då Napoleon regerade i Frankrike. Läran var kritisk mot att det, vid den tiden, inte fanns någon lagstiftning och att lagstiftaravsikterna inte var entydiga. Detta var början på en diskussion om ovissheten i rättssystemets innehåll och denna ovisshet måste övervinnas på något sätt. Peczenick analyserar denna spänning mellan stabilitet och flexibilitet och menar att domstolen måste försöka hitta ett jämviktsläge emellan dem. Å ena sidan måste det finnas flexibilitet för att garantera kontinuitet i samhällets utveckling. Å andra sidan medför stabilitet att rättssäkerhet och förutsebarhet upprätthålls. Idag är denna balans ett av den moderna rättens huvudproblem eftersom det är svårt att samtidigt tillfredställa den formella likheten inför lagen och den materiella rättvisan. Tillkomsten av 36 § AvtL är ett försök av lagstiftaren att finna en sådan jämvikt. Tack vare denna kan lagstiftaren undvika en alltför detaljerad reglering men ändå täcka många typfall och göra det möjligt för domaren att beakta den materiella rättvisan. Det är dock av vikt att inte framhålla principen om skälighet och den materiella rättvisan för mycket, eftersom detta kan medföra att förutsebarheten och den normala avtalsmekanismen går förlorad. Alla avtal kan exempelvis inte bedömas oskäliga.¹¹⁶

Förutsebarhet måste, som ovan anförts, sammanjämkas med andra etiska grundvärderingar. Anledningen till detta är att medborgarna skall få ett tillräckligt skydd då de ingår avtal. Därmed är inte heller avtalsfriheten absolut, utan endast ett mål som kan begränsas för att anpassa lagstiftningen till den snabba utvecklingen i vårt samhälle. Därför måste de dispositiva och klara reglerna inom avtalsrätten kompletteras med bestämmelser som generalklausulen 36 § avtalslagen.¹¹⁷

Enligt Dotevall är utrymmet för domarens privata värdeuppfattning emellertid begränsad, eftersom syftet med en tvist är att sträva efter samstämmighet mellan parterna. Dessutom måste domstolen för att vinna acceptans, skapa någorlunda förutsebarhet och därmed hämta vägledning från den positiva rätten. Vanliga lagregler syftar till att täcka vissa typsituationer, medan 36 § AvtL ger domaren möjlighet att ta fasta på individuella situationer. Öppenheten i denna bestämmelse gör att den blir flexibel, vilket är viktigt då attityder och branschpraxis varierar både i tid och beroende på geografisk placering.¹¹⁸

Hydén skriver att det finns ett samband mellan det ekonomiska systemet och avtalsrätten eftersom det finns en allmän strävan att främja den ekonomiska effektiviteten. För att generera ekonomisk effektivitet tillhandahålls instrument och redskap (såsom exempelvis juridisk person). Vidare fastställs spelregler och begränsningar formuleras genom regler om

¹¹⁶ Peczenick, 1995 (2) a.a. s. 43-50, 411-422.

¹¹⁷ Peczenick, a.a. 1995, (2), s. 89-98.

¹¹⁸ Dotevall, a.a. 2002, s. 441-446.

ogiltighet. Dessutom föreslås i en nationalekonomisk rapport¹¹⁹ att avtalsfriheten och det ekonomiska systemet bör regleras för att upprätthålla en effektiv marknadsekonomi. Statlig intervention behövs för att rättvist omfördela kostnader och för att främja vissa intressen eller politiska mål. Exempelvis behövs reglering för att motverka missförhållanden i ett avtalsförhållande, för att stödja svagare part samt för att kontrollera och skapa spelregler för att uppnå effektiv konkurrens.¹²⁰ Dess syfte att korrigera marknaden har medfört förändringar i den rättsliga bedömningen. Hydén är kritisk och anför följande:

”Den traditionella rättsnormens uppbyggnad i ett rättsfakta- och ett rättsföljdsled har bytts ut mot en angivelse av vilka intressen som skall vägas in i det rättsliga beslutet”.¹²¹

Dessutom saknas det ofta riktlinjer i förarbetena och det finns inte förutsättningar för att rättsområdet skall kunna stabiliseras och finna vägledning genom prejudikat. Det är en konsekvens av att det finns en öppen uttalad ambition att inte vilja låsa rättsutvecklingen genom prejudikat, vilket skulle hindra utvecklingen och den flexibilitet som eftersträvas. Flexibiliteten är avsedd att tillvarata svagare intressen men Hydén anser att detta har fått motsatt effekt. Han anför följande:

” I realiteten visar det sig emellertid att flexibiliteten utnyttjas av det starkare intresset på marknaden till att nå optimala fördelar för egen del, så lite eller så intetsägande intervention som möjligt i den egna aktiviteten såvida inte interventionen också medför fördelar för egen del.”¹²²

4.4 Sammanfattande kommentarer

Rättssäkerhetsbegreppet omfattar ett förutsebarhetskrav, som utgör ett av demokratins grundvärden. Förutsebarheten kan motiveras, eftersom den gör det lättare för en medborgare att förutse sina rättsliga handlingar, den bygger på ett etiskt resonemang, den skapar ordning och stabilitet. Samtidigt tillgodoses medborgarnas intresse och allas likhet inför lagen. Rättssäkerhet medför att näringslivets aktörer kan utöva en effektiv handel och ingå bindande avtal. Anledningen är att de litar på att lagreglerna följs av domstolar. Det finns dock regler som begränsar rättssäkerheten och därmed förutsebarheten.

Idag har användningen av generalklausuler och andra flexibla normer ökat. I lagtext förekommer därför termer som skälig, rimligt, etc. Dessa termer är oftast vaga till innebörden och de konkretiseras först när de står i relation

¹¹⁹ Se Ds Fi 1986:15, *Regleringar och teknisk utveckling*.

¹²⁰ Hydén, Håkan, *Rättssociologi som rättsvetenskap*, Lund, 1998, s. 47-53.

¹²¹ Hydén, a.a. s. 51.

¹²² Hydén, a.a. s. 51.

med andra ord, som exempelvis skälig tid, etc. Detta har resulterat i att lagstiftningen blir flexibel och att domstolen kan beakta faktorer som lagstiftaren inte kunnat förutse. Generalklausulen 36 § AvtL har tillkommit för att skydda den svagare parten i ett avtalsförhållande. Den skyddar emellertid även jämbördiga parter. Dessutom har en persons möjlighet att handla rationellt beaktats.

Många kritiserar 36 § AvtL och menar att den medför rättsosäkerhet, eftersom det inte finns några klara riktlinjer för hur dess tillämpning skall ske. Vidare har den kritiserats för att oskälighetsbegreppet är svårt att definiera. I rättspraxis kan domstolen emellertid hämta vägledning. Vidare systematiseras skälighetsstandaren för att få fram typfall. Dessa typsituationer bör dock användas med försiktighet, då dess användning kan motverka den öppenhet 36 § AvtL står för.

5 Ekonomisk effektivitet

5.1 Inledning

I detta kapitel presenteras olika rättsekonomiska idéer, vilka genomsyrar och påverkar avtalsrätten. Vidare analyseras om ekonomisk teori kan ge vägledning i hur en avtalsrättslig tvist kan bedömas och hur denna teori kan användas för att rättfärdiga inskränkningar i exempelvis avtalsfrihet.

5.2 Rättsekonomiska aspekter

Nationalekonomer betonar *paretoeffektivitet*, även kallad paretoöverlägsenhet, och värderar den individuella friheten högt. Frihet anses främja paretoeffektivitet och medför att lagen bör värdesätta de resultat som bäst överensstämmer med individens frivilliga val.¹²³ Det är dock av vikt att skilja mellan paretoöverlägsenhet och *partooptimalitet*. Att en resursfördelning är paretoöverlägsen innebär att båda parter tjänar på affären. Antag att A innehar en bok han/hon värderar till 100kr. B anser att boken är värd 200 kr. Om B köper boken av A för 150 kr är avtalet paretoöverlägset eftersom båda tjänar 50 kr. Paretooptimalitet däremot betyder att det inte finns en resursfördelning där någon får det bättre utan att någon annan får det sämre. I detta läge har inte parterna behov av att ingå ytterligare avtal.¹²⁴

Trebilcock är av liknade åsikt och anser att välfärd kan mätas med hjälp av Paretoeffektivitet. Paretooptimalitet kan endast föreligga om det råder fri konkurrens, fullständigt informationsflöde, inga transaktionskostnader, etc.¹²⁵ Svensson skriver att ”enbart om betingelserna för den perfekta marknaden är uppfyllda leder formell avtalsfrihet till partooptimalitet.”¹²⁶

Som ovan anförts finns många begränsningar av avtalsfrihet och avtalsbundenhet. Många av dem är allmänt accepterade eftersom ingen anser att ett avtal skall genomföras om det tillkommit genom tvång, svek eller ocker. Beträffande inskränkningar såsom 33 § och 36 § AvtL är emellertid mer omdebatterade.

¹²³ Cooter, Ulen, a.a. s.222.

¹²⁴ Dufwenberg, Martin, Lundholm, Michael, *Rättvisa*, i Lundholm, Michael (red): Tillämpad mikroekonomi, Lund, 2000, s.13, se även Cooter, Robert, Ulen, Thomas, *Law and Economics*, 3:e upplagan, Addison-Wesly Longman Inc. 2000, s. 10-12 och Svensson, a.a. 43-44.

¹²⁵ Trebilcock, M.J. *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, 1993, s. 147-163, Benson, Peter, *The Theory of Contract Law*, New Essays, Ed. Benson, Peter, s. 1-18

¹²⁶ Svensson. a.a. s. 37.

Kötz anser att 36 § AvtL kan rättfärdigas med stöd av ekonomisk teori och att denna teori kan ligga till grund för hur en avtalsrättslig konflikt skall lösas. Kötz uppställer två huvudfrågor för att visa att hans teori fungerar. Först diskuterar han huruvida det är ekonomiskt försvarbart att ha en sådan bestämmelse som 36 § AvtL. Vidare analyserar han om det utifrån ekonomiska faktorer kan avgöras vad som är oskäligt.¹²⁷

Idag är standardavtal vanligt förekommande. Ofta är det en starkare part som har sammanställt standardavtalet och då svagare part är i behov av varan eller tjänsten så diskuteras ej avtalsvillkoren. Anledningen till detta kan vara att den starkare parten innehar monopol på marknaden eller att konkurrenter använder sig av liknande avtal. En annan anledning, enligt Kötz, är att det inte är ekonomiskt lönsamt för exempelvis en konsument att förhandla sig till bättre villkor. Han nämner ett exempel där en kund lämnar in kläder för kemtvätt. Denna kund kommer troligtvis inte att diskutera de gällande villkoren för att förhandla om bättre villkor. Detta är inte en konsekvens av att motparten är överlägsen i avtalsförhållandet utan därför att en sådan diskussion rörande avtalet skulle öka transaktionskostnaderna.

Som huvudregel anser ekonomer att avtalsfrihet bör upprätthållas. Ekonomisk teori framhåller emellertid att avtalsfrihet endast kan leda till att den ekonomiska effektiviteten maximeras om vissa faktorer är för handen. Ett av de element som uppställs är att avtalet skall ha ingåtts av välinformerade och rationella parter, vilket rättfärdigar regler som ogiltigförklarar avtal som tillkommit t.ex. genom svek eller utnyttjade av annans lättsinne eller oerfarenhet. Ett annat element som bör vara uppfyllt är frånvaron av monopol eller parter som på annat sätt missbrukar sin ställning på marknaden. Att lagstifta mot missbruk av dominerande ställning kan också motiveras med stöd av ekonomisk teori. Även ogiltighet på grund av tvång eller utnyttjande av annans trångmål eller beroende ställning hindrar utövandet av otillbörlig avtalsmakt. Vidare bör inskränkning av avtalsfrihet ske om transaktionskostnader hindrar part att förhandla, exempelvis då det finns ett ensidigt upprättat standardavtal. Som ovan anförts, ökar transaktionskostnader för part som vill förhandla om bättre villkor än de villkor som står i standardavtalet. Som en konsekvens av detta godtar många parter standardavtal trots att villkoren i avtalet är oskäliga. Svaret på den första frågan blir därför att trots att 36 § AvtL inskränker avtalsfrihet så är det ekonomiskt försvarbart att ibland justera oskäliga avtal eller avtalsvillkor.¹²⁸

Vad gäller den andra frågan utgår Kötz ifrån att transaktionskostnaderna är noll. Utifrån en hypotetisk fråga undersöks hur parterna hade fördelat riskerna om avtalet hade ingåtts i en idealistisk värld där transaktionskostnaderna varit noll. Man tittar exempelvis på vem av parterna som till lägst kostnad kan förebygga en skada eller vem av parterna som är den bästa försäkringsgivaren. Utifrån detta svar bör en jämförelse

¹²⁷ Kötz, H. *Unfair Exemption Clauses An Economic Analysis*, SvJT, 1987, s. 473-480.

¹²⁸ Kötz, a.a. s. 473-480.

ske med hur avtalet ser ut i realiteten. Om det uppstått en diskrepans mellan det verkliga avtalet och det hypotetiska är avtalet att anse som oskäligt och avtalet kan bedömas som oskäligt. Den slutsats som kan dras är att trots att 36 § är vag så blir inte domstolsbedömningen godtycklig då domstolen har denna formel att följa. Därmed, anser Kötz, att domstolen utifrån ekonomiska aspekter kan avgöra om ett avtal är oskäligt eller ej.¹²⁹

Wilhelmsen skriver också om 36 § AvtL och analyserar hur denna påverkas av ekonomiska faktorer. Hennes tes är att nordisk rättspraxis på förmögenhetsområdet i stort sett överrensstämmer med kravet på ekonomisk effektivitet. Hon, liksom Kötz, anser att bestämmelsen kan rättfärdigas med stöd av ekonomisk teori. Trots att tesen inte med all säkerhet, kan styrkas anser hon att domstolarna, utifrån sin analys, bör beakta ekonomisk effektivitet vid en rimlighetsbedömning. Wilhelmsen anser nämligen att det finns praxis som påvisar att ekonomisk effektivitet eftersträvas.¹³⁰ En skiljeklausul i en avtalsrelation mellan näringsidkare och konsument eller småföretagare, vars ekonomiska ställning liknar en konsuments, anses ofta tyngande och är därför oskälig, enligt 36 § AvtL. Det är en konsekvens av att skiljeförfarande medför höga kostnader och att svagare parts rättigheter inte hade kunnat prövas om skiljeklausulen ansetts vara skälig. Samtidigt kan en sådan bedömning motiveras med stöd av ekonomiska aspekter, eftersom det i en perfekt värld inte skulle ha funnits ett avtal som medförde att parts rättigheter inte kan prövas. I fallet NJA 1979 s 666, *SAPA*. åsidosattes en klausul mellan två näringsidkare. Anledningen till åsidosättandet av klausulen var bl.a. att ena parten var ny på marknaden och ansågs inta en underlägsen ställning. Vidare hade motparten möjlighet att själv välja mellan domstols- och skiljeförfarande.¹³¹

Vid en jämförelse med doktrinen om *Unconscionability* kan anföras att även denna motiveras av ekonomiska faktorer, som att sänka transaktionskostnader. Denna princip kan motiveras med stöd av ekonomisk teori eftersom den skyddar mot bedrägeri, tvång och inkompetens utan att uppställa hårda rekvisit för att den skall vara tillämplig. Vidare är dess styrka att den är flexibel och därmed kan anpassas till olika typer av avtalsituationer samt rättsutvecklingen. Trots denna öppenhet anses transaktionskostnaderna, vid en tillämpning av *Unconscionability*, bli lägre än när det krävs bevis för att det föreligger bedrägeri eller tvång. För att denna flexibilitet inte skall missbrukas måste emellertid riktlinjer uppställas.¹³²

¹²⁹ Kötz, a.a. s. 473-480.

¹³⁰ Wilhelmsen, a.a. s.50, 214-233

¹³¹ Wilhelmsen, a.a. s.50, 214-233, Nerep, Erik, Skiljeavtalets särställning I svensk avtalsrätt, Festskrift till Advokatsamfundet 1887-1987, Stockholm, 1997, s. 389-445, NJA 1981 s 711, *Kvissberg & Bäckström*.

¹³² Epstein, Richard, A. *Unconscionability: A Critical Reprisal*, i Kronman, Anthony, T. Posner, Richard, A., (ed), *The Economics of Contract Law*, Boston and Toronto, 1979, s. 93-100.

5.3 Sammanfattande kommentarer

Enligt rättsekonomisk teori bör avtalsfrihet och avtalsbundenhet upprätthållas, så långt som det är möjligt. Anledningen till detta är att det medför att transaktionskostnaderna minskar och att en effektiv handel upprätthålls.

Kötz och Wilhelmsen diskuterar dock de ekonomiska argumenten utifrån en annan synvinkel. De undersöker om avtalsfrihet kan inskränkas med stöd av ekonomisk teori och anser att ett avtal som ingåtts genom t.ex. tvång, svek eller ocker är inte att anse som ekonomiskt effektivt eftersom ett sådant avtal inte hade ingåtts i en perfekt värld. Därmed är det bättre att ett sådant avtal bedöms ogiltigt eller jämkas om betingelserna för en fungerande marknad inte är uppfyllda. På så sätt främjas ekonomisk effektivitet och transaktionskostnaderna blir lägre.

Vidare saknar konsumenter och andra svagare parter ofta praktisk möjlighet att förhandla om individuella villkor eftersom det inte är kostandseffektivt att samla in och jämföra olika standardvillkor. Då användning av standardavtal ofta förekommer vid avtalsförhållanden kan en rättslig kontroll, såsom 36 § AvtL vara motiverad. Denna bestämmelse kan då rättfärdigas med stöd av ekonomiska argument. Sammanfattningsvis kan anföras att många anser att rättsekonomisk teori kan anföras som stöd för en lagregel som 36 § AvtL.

6 Sammanfattande analys

Det finns många principer som förknippas en demokratisk rättsstat. Frihet, jämlikhet och solidaritet är några av de grundläggande principer som denna ideologi vilar på. Vidare är rättssäkerhet, skydd och trygghet viktiga principer eftersom dessa medför säkerhet för medborgarna.

En princip innebär att den utgör vägledning för hur domstolarna bör bedöma olika fall och den ses som en informationskälla för hur parterna bör handla i ett avtalsförhållande. För att utreda innebörden av en princip bör en jämförelse med en regel ske. En regel *skall* följas och kan inte strida mot andra regel. En princip däremot *bör* följas men ibland kan olika principer strida mot varandra och då måste en intresseavvägning ske. Det är omöjligt att reglera i detalj och principer medför därmed att rättsutvecklingen gynnas. Det finns emellertid olika sorters principer. De principer som väger tyngs är de som uttryckligen finns nedtecknade i lagtext.

Inom privaträtten är principen om avtalsfrihet och om avtalsbundenhet grundläggande principer. Dessa är emellertid inte absoluta utan de kan begränsas eftersom medborgarna skall kunna leva relativt friktionsfritt och att samhället skall fungera effektivt.

Avtalsfrihet, avtalsbundenhet och skydd för parterna är tre principer som ligger till grund för hela förmögenhetsrätten. Avtalsfrihet en nödvändig faktor för en fungerande marknadsekonomi, eftersom principen medför en effektiv handel. Det finns många sätt att definiera avtalsfrihet. I korthet innebär denna princip att en person är fri att avtala och fri från att inte ingå ett avtal. Enligt den juridiska doktrinen associeras avtalsfrihet främst med frånvaron av olika juridiska hinder vid ett avtalsslut, vilket Svensson kallar formell avtalsfrihet. Denna bör skiljas från faktisk avtalsfrihet, vilket innefattar en persons faktiska möjlighet att ingå eller att avstå ifrån att ingå ett avtal.

Äldre rätt präglades av stor restriktivitet när det gällde begränsningar av avtalsfriheten. Idag ökar antalet tvingade rättsregler och skyddet för svagare part har ökat. Därmed har avtalsfriheten begränsats. 36 § AvtL anses vara en sådan inskränkning eftersom den kan medföra att hela avtal eller avtalsvillkor är oskäligen och därför kan jämkas eller helt åsidosättas. Många är kritiska och menar att det inte finns något utrymme för självbestämmande. Grönfors anser dock att det fortfarande finns utrymme för självbestämmande men att utformningen av avtalet kan bli föremål för domstolens prövning. Strömholm har liknande åsikt och jämför avtalsfrihetens begränsningar med konkurrensfrihet som också är begränsad när ett företags åtgärder är att anse som otillbörliga. Trots att det finns begränsningar i avtalsfriheten gäller den fortfarande som huvudregel och skall därför respekteras.

Vidare måste avtalsfriheten begränsas för att skydda svagare part och detta kan motiveras med att det är viktigare att skydda en svagare part än att ge starkare part obegränsad avtalsfrihet. För att öka en persons faktiska avtalsfrihet är det dessutom av vikt att öka en parts valmöjligheter samt att förmå personen att handla som en rationell individ vid ett avtalsförhållande. En rationell person kan emellertid i det särskilda fallet handla irrationellt och därför behövs 36 § AvtL för att korrigera detta irrationella beteende. Det är därför av stor vikt att det finns regler som ogiltigförklarar avtal som ingåtts som en konsekvens av viljesvaghet eller tvång.

Den andra principen är avtalsbundenhet, vilket innebär att ett avtal är bindande. Inte heller denna princip är oinskränkt. Då ett avtal ingås skapas en ekonomisk relation mellan parternas förpliktelser och om denna balans i hög grad rubbas kan ett avtal åsidosättas. Rättsäkerheten kräver emellertid att avtalet så långt som det är möjligt skall förbli bindande. 36 § AvtL står därmed i konflikt med principen om avtalsbundenhet. Inskränkning av avtalsbundenheten kan emellertid rättfärdigas med stöd av ekonomisk teori. Eisenberg, som skriver om common law, anför att ett avtal bör ogiltigförklaras om det ingåtts när en av parterna är i nöd eller trångmål, vilket kan jämföras med ockerparagrafen 31 § AvtL. Anledningen är att ett sådant avtal ofta medför att avtalsvillkor i avtalet är oskäligen och att ett sådant avtal aldrig skulle ha ingåtts i en perfekt värld utan transaktionskostnader, full information osv. Vidare bör avtal som har ingåtts genom att part blir övertalad att skriva under medföra ogiltighet eftersom inte heller ett sådant avtal är ekonomiskt försvarbart. I svensk rätt finns regler om avtal som ingåtts under sådana omständigheter i 36 § AvtL.

Den tredje principen är skydd för parterna. Vid avtalsrubbing gäller som huvudregel att avtal skall hållas men i avtalskonflikter träder den allmänna principen om skydd för parterna in. Anledningen är att det finns en allmän rättspolitisk strävan att skydda part som ingår ett avtal. Vidare kan denna princip stödjas med stöd av bl.a. principen om lojalitet, vilket också är ett grundläggande värde inom avtalsrätten. Principen om lojalitet kan även medföra att avtalsbundenhet får stå tillbaka eftersom lojalitet innefattar en plikt för parter att uppträda på ett visst sätt och att tillgodose motpartens intressen. Exempelvis omfattar lojalitet en plikt att ge information till sin motpart. Enligt ekonomisk teori är detta emellertid inte alltid ekonomiskt försvarbart eftersom det kostar mycket tid och pengar att skaffa information. Enligt Kronmann bör informationsplikten upprätthållas endast då den medför en fördel för motparten. Detta kan motiveras med att om en köpare, vilken innehar mer information om varan än säljaren gör, är skyldig att dela med sig av sin information kan det resultera i att köparen inte gör någon vinst på sin investering. Vidare hade ett sådant tvång motverkat framtida investeringar, vilket kommer att medföra att produktiv information kommer att gå förlorad. Dessutom kommer priset för råvaror som säljaren behöver för att tillgodogöra sig sin vara att öka och därmed kommer sådan information att medföra mer skada än nytta för säljarna.

Vid rent kommersiella avtal är huvudregeln att avtal skall hållas för att upprätthålla rättsäkerhet och förutsebarhet inom handeln. Skydd för parterna får därmed en undanskymd roll men för den skull är den inte oväsentlig utan den framträder vid en avtalskonflikt. Vid en konflikt har parterna behov av skydd för att tvisten skall bedömas på bästa sätt. Om en part intar en underlägsen ställning kommer principen om skydd för parterna väl till uttryck och det är motiverat att använda skälighetsbedömningar. Att ingå ett kommersiellt avtal medför risker för båda parter men det finns gränser för hur stora risker en part måste ta.

Det finns vidare vissa principer inom avtalsrätten som omfattas av principen om skydd för parterna såsom principen om skälighet och principen om ekvivalens. Skälighet mäts i stor omfattning med ledning av hur långtgående anspråk som ställs på parternas agerande samt hur omfattande ingrepp parterna rätteligen bör tåla. Ibland kan det även finnas skäl att beakta principen om skälighet trots att parterna är jämlika eftersom ändrade förhållanden kan medföra att avtalsbalansen rubbats. Principen om ekvivalens korrigerar även denna obalans mellan parterna och ger riktlinjer för hur domstolen bör bedöma denna. Problemet är aktuellt både i rättstillämpning och normgivning och strävanden efter en jämviktsprincip korresponderar både med principen om skälighet och principen om skydd för parterna samt bygger på demokratins jämlikhetstanke.

36 § AvtL ger uttryck för principen om ekvivalens genom att framhålla att avtal kan vara oskäliga trots att parterna frivilligt slutit avtalet. Ett argument vid en oskälighetsbedömning är att rättvisa skall upprätthållas och att det därmed skall råda balans mellan avtalsparternas förpliktelser. En obalans kan ha uppstått redan vid avtalets ingående men kan även inträda senare. Alla obalanserade avtal kan emellertid inte jämkas eftersom detta skulle medföra stor rättsosäkerhet och parterna skulle tvingas att i detalj utforma avtalet. Obalansen bör därför vara mycket omfattande innan jämkning kan komma att ske. För att ett avtal skall kunna ändras krävs vidare att händelsen inte kunnat förutses av den drabbade parten. Att ingå avtal medför ett medvetet risktagande. Dessa risker omfattas ej av 36 § AvtL. Om en part själv är ansvarig för de ändrade förhållandena och inget är reglerat i avtalet kan detta inverka på skälighetsbedömningen. Principen om ekvivalens kan också anses vara en begränsning av principen om avtalsbundenhet, vilket kan rättfärdigas med stöd av att en sådan princip upprätthåller den balans som finns på den perfekta marknaden. Om denna balans rubbas är det därmed inte ekonomiskt försvarbart att principen om avtalsbundenhet inte kan inskränkas.

Jag anser att avtalsrätten bör vara öppen och dynamisk utan att sambandet med det förflutna bryts. Bakomliggande principer är lika relevanta idag som de var förr. Därmed präglas rätten av demokratins värderingar med respekt för den enskilda människan, kravet på rättsäkerhet samt ett skydd för marknadsekonomin. Samtidigt måste rätten följa utvecklingen i samhället och detta kräver att avtalsfriheten måste inskränkas p.g.a. ett utökat skydd för konsument eller part som är att anse som underlägsen. Svenssons

resonemang om att det är bättre att öka den faktiska avtalsfriheten än att ge överlägsen part oinskränkt avtalsfrihet är logisk, enligt min åsikt. Att ge redan starkare part ännu mer försprång skulle vara orimligt.

Det finns många åsikter rörande tillämpning av generalklausuler. Vid dess tillkomst ansåg kritiker att rättssäkerheten skulle komma i skymundan, eftersom dessa bestämmelser inte är klart definierade i lag eller förarbeten. Rättsäkerhet innefattar ett förutsebarhetskrav, som utgör ett av demokratins grundvärden. Upprätthållandet av förutsebarheten kan motiveras med att medborgare lättare kan förutse sina rättsliga handlingar. Den bygger dessutom på ett etiskt resonemang och den skapar ordning och stabilitet. Samtidigt uppfylls medborgarnas intressen och allas likhet inför lagen. Rättsäkerheten medför att näringslivets aktörer kan utöva en effektiv handel och ingå bindande avtal. De litar på att lagreglerna följs av domstolar. Redan vid införandet av 33 § AvtL befarade kritiker att generalsklausuler skulle medföra problem vad det gäller förutsebarheten och kritiken fortsatte vid tillkomsten av 36 § AvtL. I uppsatsen har kritik framförts och det är främst dess vaghet och begreppet oskäligt som har medfört problem. Den som är mest negativ är André. Han anser att eftersom det inte finns några riktlinjer blir bestämmelsen för flexibel och öppen, vilket medför att paragrafen tillämpas godtyckligt av domstolarna. Andra teoretiker är mindre negativa. I lagförarbetena förutsågs detta problem men enligt propositionen får förutsebarheten stå tillbaka för skyddet av en svagare part eftersom förutsebarheten måste sammanjämkas med andra etiska grundvärderingar. Bernitz är också positiv till att det finns regler som 36 § AvtL och anför att lagstiftaren bör vara varsam med att införa tvingande regler i avtalsförhållande mellan näringsidkare eftersom detta lätt kan leda till en stelbent reglering. En regel är lämpligare att tillämpa eftersom den är mer flexibel och mindre ingripande.

Peczenick diskuterar spänningen mellan stabilitet och flexibilitet och menar att domstolen måste försöka hitta ett jämviktsläge dem emellan. Flexibiliteten garanterar kontinuitet i samhällets utveckling medan stabilitet medför rättssäkerhet och förutsebarhet. Tillkomsten av 36 § AvtL är ett försök av lagstiftaren att finna en balans och jämvikt mellan stabilitet/förutsebarhet och flexibilitet. Tack vare denna kan lagstiftaren undvika en alltför detaljerad reglerig men ändå täcka många typfall och göra det möjligt för domaren att beakta den materiella rättvisan. Det är dock av vikt att inte framhålla principen om skälighet och den materiella rättvisan för mycket, eftersom detta kan medföra att förutsebarheten och den normala avtalsmekanismen går förlorad. Ett exempel på detta är om alla avtal skulle bedömas oskäliga och därmed kunna jämkas eller lämnas utan avseende. Taxell är av liknade åsikt och anser att ändrade förhållanden kan medföra att en part är i starkt behov av rättsskydd. 36 § AvtL kan tillämpas för att upprätta balans mellan parterna men en bedömning skall ske i det enskilda fallet. Därför är det inte omöjligt att utforma en generell doktrin om ändrade förhållandens inverkan på avtalsbundenhet då det inte finns någon definitiv lösning.

Det negativa med 36 § AvtL är, som ovan anförts, att förutsebarheten får vika vid en oskälighetsbedömning eftersom prövningen skall ske utifrån varje enskilt fall. Det finns två sätt att se begreppet rättssäkerhet på. För det första kan begreppet ses som ett upprätthållande av förutsebarhet, vilket innefattar att parterna vet vad bedömningen av en konflikt blir om de handlar på ett visst sätt. För det andra innefattar rättssäkerhet skydd för svagare part. Förutsebarhet innebär emellertid inte bara att utgången i en konkret tvist skall sammanfalla med tidigare liknande avgöranden utan också att andra typer av förväntningar hos parterna skall kunna mötas. Dessa värderingar grundas på branschpraxis och överensstämmen med vad som kan betecknas som normalt beteende bland vissa grupper eller inom ett visst geografiskt område. Rättssäkerhet och förutsebarhet kan därmed innefatta både förutsebarhet, som medför allas likhet inför lagen, vilken innefattar att parterna vet vad bedömningen av en konflikt blir om de handlar på ett visst sätt och skydd åt svagare part.

Trots att tillämpningen av generalklausulen 36 § AvtL är öppen måste domstolen hålla sig inom vissa ramar. I förarbeten och rättspraxis finns vägledning och riktlinjer. De typfall som finns bör emellertid användas med försiktighet eftersom dess bruk kan motverka den öppenhet bestämmelsen står för. Anvisningar kan även hämtas från avtalsvillkorlagarna och dess förarbeten. Dessutom kan en jämförelse ske med utländska principer som exempelvis Unidroit Principles och Principles of European Contract Law. Vidare kommer inte tillämpning av 36 § AvtL att minska rättssäkerheten, tvärtom kommer den att medföra en ökad rättssäkerhet för svagare, genom att hindra oskäligen villkor som kan komma att missbrukas av överlägsen part och därmed gynna en part på motpartens bekostnad. Villkor som gynnar starkare part kan nämligen motverkas med stöd av generalklausulen för att en svagare part inte skall bli rättslös. Förutsebarheten kommer emellertid i skymundan och Hydén betonar att eftersom det inte finns tillräckligt med riktlinjer finns det inte förutsättningar för att stabilitet skall uppnås. Därmed får 36 § AvtL en motsatt effekt, eftersom de svagares skydd blir ännu svagare.

En annan svårighet med tillämpningen av lagrummet är hur begreppet oskäligt skall definieras och hur stor avvikelse som skall vara för handen för att ett avtalsvillkor skall anses ha passerat oskälighetsgränsen. Jansohn och Kjellin analyserar begreppet och kommer fram till att det har en vag innebörd. De jämför därför med betydelsen av skäligt, som innebär att ett avtal är jämlikt eller rättvist. Detta medför att dess motsats, d.v.s. oskäligt pekar på en tydlig obalans som inte är etiskt godtagbar. Vidare diskuteras begreppet utifrån en teleologisk tolkning och de finner att syftet med generalklausulen är att skydda svagare part samt att förhindra nackdelarna med en alltför omfattande avtalsfrihet. Inte heller denna tolkning ger en glasklar tolkning av innebörden, så de utreder även betydelsen utifrån rättskällorna. Den slutsats som kan dras av praxis är att skäligheten hos ett avtalsvillkor kan hänföras till två grupper. Det som beaktas är konstituerande omständigheter som medför obalans i ett avtal. Vidare beaktas påverkade omständigheter, såsom att part intar en underlägsen

ställning. Sammanfattningsvis kan det anföras att begreppet oskäligt bedöms utifrån olika faktorer som vägs samman och värderas i en helhetsbedömning.

Jag har under studien av 36 § AvtL sett att det ofta kan vara svårt att avgöra hur utgången av ett fall kommer att bli, vilket resulterar i att förutsebarhet får stå tillbaka. Enligt min åsikt är det emellertid motiverat att inskränka förutsebarhet eftersom bestämmelsen skyddar svagare part i ett avtalsförhållande. Vidare tror jag att tillämpningen av flexibla regler, såsom 36 § AvtL, kommer att bli stabilare ju längre tid bestämmelsen används och trenden att skydda underlägsna part kommer att fortsätta.

I ekonomisk teori förespråkas upprätthållandet av avtalsfrihet och avtalsbundenhet eftersom dessa principer gynnar ekonomisk handel och rättssäkerhet på marknaden. Ibland måste dessa principer emellertid inskränkas. Att avtalsfrihet och avtalsbundenhet inskränks för att avtalet tillkommit t.ex. genom tvång anses okontroversiellt. Att dessa principer skall begränsas p.g.a. att avtal tillkommit genom att en part har blivit övertalad och överraskad att ingå avtal, är däremot mer omdebatterat.

Det finns många åsikter rörande 36 § AvtL vara eller inte vara och det finns därmed två motpoler rörande allmänna avtalsvillkor och kontrollen över dessa. Den ena åsikten är att avtalsfrihet är en nödvändighet för avtalsrättens utveckling. Den andra är att avtalen generellt sett gynnar den överlägsna parten i ett avtalsförhållande, vilket medför att det finns ett behov av kontroll. Kötz och Wilhelmsen anser att 36 § varken begränsar avtalsfrihet eller ekonomisk effektivitet på ett negativt sätt, utan att bestämmelsen till och med kan rättfärdigas utifrån ekonomiska aspekter. Avtalsfrihet medför endast ekonomisk effektivitet om vissa faktorer är för handen. För det första skall ett avtal ha ingåtts av rationella parter. Detta är ett skäl till att en bestämmelse som 36 § AvtL kan legitimeras utifrån ekonomiska aspekter. För det andra skall fri konkurrens råda med frånvaron av parter som missbrukar sin dominerande ställning på marknaden. För det tredje krävs att parterna är välinformerade. Kötz menar att även detta ger stöd för generalklausulen 36 § AvtL existens, eftersom denna bestämmelse hindrar part att utnyttja sin ställning samtidigt som svagare motpart skyddas. För det fjärde uppnås endast ekonomisk effektivitet om avtal har ingåtts utan hinder. Transaktionskostnader kan exempelvis hindra part att förhandla om det finns ett färdigt standardavtal eftersom det kostar mer än det smakar att förhandla om bättre avtalsvillkor. Detta resulterar i att många parter godtar standardavtal trots att villkor i avtalet är oskäliga. Svaret på den första frågan blir därför att trots att 36 § AvtL inskränker avtalsfrihet så är det ekonomiskt försvarbart att ibland justera oskäliga avtal eller avtalsvillkor.

Rättsekonomiska aspekter bör även beaktas vid en skälighetsbedömning för att se var det är mest effektivt att placera risken vid oförutsedda händelser. Jag vill betona att konsumenter och andra svagare parter ofta saknar praktisk möjlighet att förhandla om individuella villkor eftersom det inte är kostandseffektivt att samla in och jämföra olika standardvillkor. Då

användning av standardavtal förekommer mycket ofta vid avtalsförhållanden kan en rättslig kontroll vara motiverad.

Sammanfattningsvis kan anföras att det finns grundläggande principer inom avtalsrätten men de är inte absoluta utan måste vägas mot varandra för att uppnå ett rättvist resultat. Att det finns inskränkningar i avtalsfrihet och avtalsbundenhet anser jag är av godo för både rättsutvecklingen och marknaden eftersom inskränkningar hindrar uppkomst av otillbörligt handlande och upprätthåller effektiv konkurrens. I framtiden kommer svensk avtalsrätt att bli mer påverkad av internationella regler och dess principer, eftersom enhetlighet inom den Europeiska Unionen, EU, eftersträvas. Därmed kommer även internationella principer att få större genomslagskraft när avtal ingås i framtiden. Unidroit Principles täcker exempelvis in stora delar av de problem som kan uppstå i avtalsrätten där svensk rätt saknar reglering eller konkreta riktlinjer i förarbeten och praxis saknas.

Bilaga A

SFS_1915:218

Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område

3 kap. Om rättshandlingars ogiltighet

28 § Rättshandling, den någon blivit rättsstridigt tvungen att företaga, vare, där tvånget utövats genom våld å person eller genom hot, som innebär trängande fara, icke gällande mot den tvungne.

Har tvånget utövats av annan än den, gent emot vilken rättshandlingen företogs, och var denne i god tro, åligger det dock den tvungne, där han vill mot honom åberopa tvånget, att utan oskäligt uppehåll efter det tvånget upphörde giva honom meddelande därom vid äventyr, om sådant underlåtes, att rättshandlingen varder gällande.

29 § Rättshandling, den någon utan användande av sådana tvångsmedel, som

i 28 § avses, rättsstridigt tvungit en annan att företaga, vare ej gällande mot den tvungne, där den, gentemot vilken rättshandlingen företogs, själv utövat tvånget eller ock insett eller bort inse, att rättshandlingen framkallats genom rättsstridigt tvång från annans sida.

30 § Där den, gent emot vilken en rättshandling företagits, framkallat densamma genom svikligt förledande eller ock insett eller bort inse, att den, som företog rättshandlingen, blivit svikligen förledd därtill av annan, vare rättshandlingen icke gällande mot den förledd.

Har den, gentemot vilken rättshandlingen företogs, svikligen uppgivit eller förtegat omständigheter, som kunna antagas vara av betydelse för rättshandlingen, skall han anses hava därigenom framkallat densamma, såframt det ej visas, att det svikliga förfarandet icke inverkat å rättshandlingen.

31 § Har någon begagnat sig av annans trångmål, oförstånd, lättsinne eller beroende ställning till att taga eller betinga sig förmåner, vilka stå i uppenbart missförhållande till det vederlag, som må hava blivit erlagt eller utfäst, eller för vilka något vederlag icke skall utgå, vare rättshandling, som sålunda tillkommit, icke gällande mot den förfördelade.

Lag samma vare, där sådant otillbörligt förfarande, som i första stycket avses, ligger annan till last än den, gent emot vilken rättshandlingen företogs, och denne ägde eller bort äga kunskap därom.

Om avtal rörande bärgning gälle vad särskilt är stadgat. Lag (1987:329).

32 § Den, som avgivit en viljeförklaring, vilken i följd av felskrivning eller annat misstag å hans sida fått annat innehåll än åsyftat varit, vare icke bunden av viljeförklaringens innehåll, där den, till vilken förklaringen är riktad, insåg eller bort inse misstaget.

Varder en avgiven viljeförklaring, som befordras genom telegram eller framföres muntligen genom bud, till följd av fel vid telegraferingen eller oriktigt återgivande genom budet till innehållet förvanskad, vare avsändaren, ändå att mottagaren var i god tro, icke bunden av förklaringen i det skick den framkommit. Vill avsändaren av anledning som nu sagts icke låta förklaringen gälla, åligger det honom dock att giva mottagaren meddelande därom utan oskäligt uppehåll efter det förvanskningen kommit till hans kunskap; underlåter han det, och var mottagaren i god tro, vare förklaringen gällande sådan den framkommit.

33 § Rättshandling, som eljest vore att såsom giltig anse, må ej göras gällande, där omständigheterna vid dess tillkomst voro sådana, att det skulle strida mot tro och heder att med vetskap om dem åberopa rättshandlingen, och den, gentemot vilken rättshandlingen företogs, måste antagas hava ägt sådan vetskap.

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

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

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

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

Litteraturförteckning

Litteratur

- Adlercreutz, Axel, Avtalsrätt I, 11: e upplagan, Juristförlaget, studentlitteratur, Lund, 2000.
- Bernitz, Ulf, Standardavtalsrätt, 6: e upplagan, Marknadsrättsförlaget AB, Juristförlaget JF AB, Stockholm, 1993.
- Benson, Peter, The Theory of Contract Law, New Essays, Ed. Benson, Peter, University of Toronto, Cambridge Press, 2001.
- Cooter, Robert, Ulen, Thomas, Law and Economics, 3: e upplagan, Addison-Wesley Longman Inc. 2000.
- Dufwenberg, Martin, Lundholm, Michael Rättvisa, i Lundholm, Michael (red): Tillämpad mikroekonomi, Författarna och studentlitteratur, Lund 2000.
- Hultmark, Christina, UPPLYSNINGSPLIKT vid ingående av avtal, Juristförlaget, Stockholm, 1993.
- Hydén, Håkan, Rättssociologi som rättsvetenskap, Sociologiska institutionen, Lunds universitet, 1998.
- Peczenik, Alexander Juridikens teori och metod, Fritzes Förlag AB, Graphic Systems, Göteborg, 1995, (1).
- Peczenik, Alexander Vad är rätt? Om demokrati, Rättssäkerhet, Etik och juridisk argumentation, upplaga 1:1, Fritzes Förlag AB, Graphic Systems, Göteborg, 1995, (2).
- Ramberg, Jan, Ramberg, Christina Allmän avtalsrätt, 6: e upplagan, 2002 författarna och Norstedts Juridik AB Elanders Gotab, Stockholm, 2003.
- Taxell, Lars Erik Avtalsrättens normer, Åbo Akademiens förlag, Åbo, 1987.

- Taxell, Lars Erik Avtalsrätt, Bakgrund, sammanfattning, utblick, Juristförlaget, Norstedts Tryckeri AB, Stockholm, 1997.
- Simmonds, Nigel E,
och Juridiska principfrågor, Rättvisa gällande rätt rättigheter, Norstedts juridik, Graphic Systems, AB, Göteborg, 1996.
- von Post, Claes-Robert Avhandling: Studier kring avtalslagens 36 § med inriktning på kommersiella för hållanden, Förlag Claes-Robert von Post och Jure AB, Elanders Gotab, Stockholm 1999.
- Wilhelmsson, Thomas, Social rätt, Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror, Helsinki, 1987.
-

Artiklar

- André, M, Strukturer i 36 § avtalslagen, SvJT, 1986, s. 526-531 och s. 542-548.
- Atiyah, P.S. Freedom of Contract and the New Right, JT 1989/90:5, 601-625.
- Aulstad, Johan Greger, Forholdet mellom legalitetsprincippet og princippet om avtalesfrihet- illustrert ved avtaler som gjør unntak fra forurensnings forbudet i forurensingloven paragraf 7, Förvaltningsrättslig tidskrift, 2002: 3/4, s. 229- 265.
- Bernitz, Ulf, Småföretagarskydd mot oskäligen avtalsvillkor, särskilt 36 § avtalslagen, Festschrift till Sveriges Advokatsamfund 1887-1987, Stockholm 1987, s. 107-143.
- Dotevall, Rolf, Ekvivalensprincipen och jämkning av ett långvarigt avtal, SvJT 2002, 441-457.
- Eisenberg, Melvin,
Anron, The Bargain Principle and its Limits, Harvard Law review, volume 95, no. 4 (1982), s. 741.
- Epstein, Richard, A., Unconscionability: A Critical Reappraisal, i Kronmann, Anthony, T. Posner, Richard, A., (Ed), The Economics of Contract Law, Boston and Toronto, 1979, Little Brown and Company, s. 93-100.

- Feinberg, Joel, Jersey, Social Philosophy, i The Concept of Freedom, Prentice-Hall Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1973, s. 5-19.
- Grönfors, Kurt, Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler, JFT, 1988, s. 317-321.
- Hellner, Jan, Lagstiftning och forskning inom den centrala förmögenhetsrätten, SvJT 1988:3/4, s. 168-180.
- Jansohn, Åsa, Kjellin, Henrik, Vad är oskäligt? : en analys av 36 § avtalslagen, Handelsrättslig skriftserie nr 1101-7236;2, Institutionen för Handelsrätt, Juristförlaget, Lund, 1990, s. 39-45.
- Klami, Tapani, Hannu, kommentar av Alexander Peczenik, Rättsnormer, Kristianstad, 1987, TfR, 1987, s. 1023-1025.
- Kronmann, Anthony. T. Contract Law and distributive Justice, Yale Law Journal 89 (198) s. 472-510.
- Kötz, H, Unfair Exemption Clauses An Economic Analysis, SvJT, 1987, s. 473-480.
- Nerep, Erik, *Skiljeavtalets särställning i svensk avtalsrätt*, Festskrift till Advokatsamfundet 1887-1987, Stockholm, 1997, s. 435-439.
- Nicander, H. Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållandet, JT 1992/93, s. 31-46.
- Ramberg, Jan, Avtalsskrivaren och 36 § avtalslagen, Festskrift till Advokatsamfund, 1887-, 1987, Stockholm, 1987, s. 503-515.
- Wilhelmsen, Trine Lise, TfR Aftaleloven § 36 och ekonomisk effektivitet, 1995, s. 1-245.
- Strömholm, Stig, Avtalsfrihetens komponenter - Ett analysförsök, Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887-1987, Stockholm 1987, 531-550.
- Sandgren, Claes, Utvecklingstendenser inom avtalsrätten, i Utveckling inom avtalsrätten, Red, Sandgren, Claes, Norstedts juridik, Fritzes AB, Graphic Systems Angered, 1993.

Svensson, Ola, Avtalsfrihet, Marknadsekonomi, Rättvisa, [http://www.jur.lu.se/Internet/Utbildning/kurser/JCA804.nsf/\(public.web.object\)/3FE8184A2CD3C721C1256C25002E679F,2003-05-02](http://www.jur.lu.se/Internet/Utbildning/kurser/JCA804.nsf/(public.web.object)/3FE8184A2CD3C721C1256C25002E679F,2003-05-02), Lund, 2003, s. 1-127.

Trebilcock, M. J. The Limits of Freedom of Contract, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, 1993, s. 147-163

Offentligt tryck

Ds Fi 1986:15, Regleringar och teknisk utveckling.

Prop. 1994/1995: 17 Oskäliga avtalsvillkor m.m. Införlivande med svensk rätt av EG:s direktiv om oskäliga avtalsvillkor i konsumentförhållanden.

Prop. 1975/76: 81, Förslag till Lag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrätten.

SOU 1974: 83, Generalklausulen i förmögenhetsrätten, Betänkandet av Generalklausulutredningen, LiberTryck, Stockholm, 1974.

Rättsfallsförteckning

NJA

1948 s 728

1979 s 666 *SAPA.*

1981 s 711 *Kvissberg & Bäckström.*

1983 s 385 *Höstvete.*

1985 s 178 *Kalmarvarv.*

1986 s 332 *Remburs.*

1987 s 639 *Österlen-Hus AB.*

1989 s 614 *SPP.*

Lagstiftning och internationella principer

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch.

Bürgerliches Gesetzbuch (Tyskland).

Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

Köplag (1990:931)

Lag (1981:1361) om hemförsäljning.

Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare.

Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter.

Lag (1991:351) om handelsagentur.

Lag (1992:1528) om offentlig upphandling.

Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.

Lag (1999:116) om skiljeförfaranden.

Marknadsföringslag (1995:450).

Principles of European Contract Law.

Rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april om oskäliga villkor i konsumentavtal.

Uniform Commercial Code (USA)

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980)