



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Tommie Ekblad

Clickwrap och Point-and-click

Att ingå avtal och införliva standardvillkor
genom elektroniska klick

Examensarbete
30 högskolepoäng

Henrik Norinder

Förmögenhetsrätt

Termin 9

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Introduktion	4
1.2 Syfte och frågeställning	4
1.3 Metod och material	5
1.4 Avgränsning	6
1.5 Tidigare forskning	7
1.6 Disposition	7
2 STANDARDAVTAL OCH WRAP-FENOMENEN	9
2.1 Introduktion	9
2.2 Standardavtalens elementia	9
2.2.1 Definition	9
2.2.2 Avfattarens betydelse	11
2.2.3 Syften, funktioner och problem	12
2.3 "Wrapping" och standardvillkor	14
2.3.1 Inledning	14
2.3.2 Shrinkwrap	14
2.3.3 Wrapping i elektronisk miljö	15
3 SLUTANDE AV AVTAL	18
3.1 Introduktion	18
3.2 Avtalsslut och elektroniska viljeförklaringar	18
3.2.1 Avtalsslagens modell	18
3.2.1.1 Teoretisk bakgrund	18
3.2.1.2 Räckvidd och begränsningar	20
3.2.2 Elektroniska avtalsslut	22
3.2.2.1 Avtalsslut liknande Avtalsslagens modell	22
3.2.2.2 Automatiserade avtalsslut	24
4 AVTALSSLUT GENOM KLICK-METODER	27

4.1	Introduktion	27
4.2	Point-and-click	27
4.2.1	Avtalsrättslig bundenhet	27
4.2.2	Inverkande lagstiftning	29
4.2.2.1	Marknadsföringslagen	29
4.2.2.2	E-handelslagen	31
4.2.2.3	Distans- och hemförsäljningslagen	32
4.3	Clickwrap	33
4.3.1	Tillämplig lagstiftning	33
4.3.2	Partsförhållandet	35
4.3.3	Avtalsrättslig bundenhet	36
4.3.3.1	Utgångspunkter	36
4.3.3.2	Avtalsrättsliga konstruktioner	37
4.3.3.3	Avtalsverkan	38
5	INKORPORERING GENOM TRADITIONELLA AVTALSFORMER	41
5.1	Introduktion	41
5.1.1	Allmänna utgångspunkter	41
5.1.2	Den fortsatta framställningen	42
5.2	Motpartens kännedom om standardvillkoren	44
5.3	Inkorporeringsmetoder och införlivande i allmänhet	45
5.3.1	Infogande och referens	45
5.3.2	Standardvillkoren har inte uppmärksamrats	50
5.3.2.1	Uttunnade former av avtalsslut	50
5.3.2.2	Handelsbruk och partsbruk	52
5.4	Oväntade, överraskande och särskilt tyngande standardvillkor	54
5.4.1	Innebörd	54
5.4.2	Krav för inkorporering	55
5.5	Avtalstidpunktens relevans	58
6	INKORPORERING GENOM KLICK-METODER	61
6.1	Introduktion	61
6.2	Point-and-click-avtal	61
6.2.1	Inkorporering i allmänhet	61
6.2.2	Oväntade, överraskande och särskilt tyngande klausuler	65
6.3	Clickwrap	67
6.3.1	Godkännande av clickwrap-villkoren som avtalstidpunkt	67
6.3.2	Förvärvet av det fysiska mediet som avtalstidpunkt	68
7	AVSLUTANDE KOMMENTARER	72
7.1	Kan bundenhet tillskapas?	72

7.2	Blir standardvillkoren införlivade?	73
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	75
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	79

Summary

The essay examines whether or not utilization of clickwrap and point-and-click agreements can give rise to legal obligations according to Swedish law. Both methods seek to incorporate and bind users to standardized terms through a “click” without giving any opportunity to negotiate the terms. They are contracts of adhesion, unilaterally put forward and dictated by one of the parties.

For a standard agreement to be binding in a particular case it's generally required for there a) to actually be an agreement and b) that the terms themselves have been made part of it. The investigated methods are consequently analyzed with the basis of these two aspects.

A *point-and-click agreement* is that specific part of an Internet contract form, found on a website, where the standard terms for the transaction are agreed to through a separate “click”.

The general consensus is that agreements concluded on the Internet are valid even though the theoretical basis is somewhat disputed. Specific problems also arise when applying some of the principles from traditional contract law on the new environment. Internet agreements can, of course, also be concluded using standard terms. Point-and-click makes for a strong approval of these general conditions and can consequently, if combined with other necessary measures, be used to incorporate more or less any terms.

If a user is required to give his or her consent to certain terms when installing computer software the potential result is a *clickwrap agreement*. If the conditions of the “license”, presented on the screen, are not accepted the software can generally not be installed.

In this essay the scope of the investigation has been limited to situations where the software itself is found on a physical entity, typically bought in a store. Despite this the general reasoning can, when the situation is similar, often be applied in the same way when the software is bought on the internet or through other channels.

When the clickwrap agreement is initiated the physical entity has typically already been bought and paid for. Because of this it is questionable whether or not the “approval” of the terms and conditions, when installing the software at a later stage, leads to a binding agreement. It is the *situation* that creates controversy, not the method itself. I personally suggest that each clickwrap agreement is analyzed with the principle of “freedom of contract” in mind. The buyers’ insight and possibility to return to status quo (if he doesn’t want to agree to the terms), among other circumstances, should then be weighed into this assessment.

Sammanfattning

I framställningen behandlas frågan om clickwrap och point-and-click kan användas för att tillskapa bundenhet vid vissa *standardiserade* villkor enligt svensk rätt. Förfarandena innebär att en användare genom ett elektroniskt ”klick” godkänner vissa standardiserade avtalsvillkor utan reell möjlighet att omförhandla dem. De utgör därför typexempel på *anslutningsavtal* där utbudaren dikterar villkoren.

För att ett standardavtal ska bli bindande i ett enskilt fall krävs i allmänhet a) att ett avtalsförhållande uppstått och b) att villkoren införlivats i detta förhållande. Metoderna har följaktligen analyserats med dessa båda aspekter som utgångspunkt.

En *point-and-click*-ruta är delen av ett avtalsformulär på en internethemsida där det standardavtal som ska gälla för transaktionen godkänns genom ett ”särskilt klick”.

Att avtal kan slutas på internet råder det allmän konsensus kring även om den teoretiska grunden varierar något och vissa problem möter när traditionella regler tillämpas på avtalen. I sådana avtal kan självklart även standardvillkor införlivas om förhållandena är dem rätta. Point-and-click-metoden innebär ett starkt godkännande av standardvillkoren och kan följaktligen, i kombination med andra åtgärder, användas för att införliva i princip vilka villkor som helst.

Clickwrap-avtal definieras i arbetet som resultatet av ett godkännande som avkrävs en användare vid installation av ett datorprogram. Accepteras inte villkoren kan mjukvaran i regel inte heller installeras.

Framställningen har begränsats till situationer då datorprogrammet återfinns på ett fysiskt medium som användaren köpt i en butik. Det generella resonemanget kan dock, när förhållandena är desamma, användas även när mjukvaran förvärvats över internet eller på annat sätt.

I det läge clickwrap-avtalet initieras har köparen redan betalat för produkten varför bundenhet vid villkoren kan ifrågasättas oavsett att användaren ”godkänt” villkoren på ett sätt liknande det vid point-and-click. Det är således inte främst metoden utan *situationen* som är kontroversiell. I uppsatsen förespråkas att en analys utifrån principen om avtalsfrihet företas i varje enskilt fall där bl.a. köparens insikt och möjlighet att frånga köpet om denne inte vill godkänna villkoren bör beaktas.

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
AVLK	Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DHL	Distans- och hemförsäljningslag (2005:59)
EDI	Electronic Data Interchange
EHL	Lag (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster
EULA	End-User License Agreement
PECL	Principles of European Contract Law
UNIDROIT	UNIDROIT Principles of international commercial contracts
UNCITRAL	UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce
KKL	Konsumentköplag (1990:932)
Köpl	Köplag (1990:931)
KO	Konsumentombudsmannen
MFL	Marknadsföringslag (2008:486)
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

1 Inledning

1.1 Introduktion

Vad är egentligen ett avtal? En fråga som kan tyckas basal men nu, mer än någonsin, ställs på sin spets i och med de allt enklare avtalsförfaranden som utvecklas och nyttjas i det praktiska livet. I den elektroniska världen är ett avtalsslut många gånger inte mer än några enstaka klick bort. Dessa ”avtal” är dessutom ofta problematiska att placera i och inordna under Avtalslagens modell för avtalsslut. En effekt av detta och den ökande mängden masstransaktioner är att nya förklaringsmodeller måste sökas.

När masstransaktionerna går snabbare och tilltar i antal ökar också behovet av *standardiserade villkor*. Det finns en önskan hos de näringsidkare som erbjuder avtalen att rationalisera och styra den stora mängden transaktioner inte bara till utbud och pris utan även villkorsmässigt. Eftersom dessa standardvillkor också måste *införlivas* i de enskilt avtalsförhållandena för att bli gällande är en logisk följd att också detta införlivande blir föremål för förenklingar: och så föddes ”wrapping” genom elektroniska klick.

På marknaden finns en uppsjö av situationer då ”klick” på olika sätt påstås ge upphov till bindande avtalsverkningar men knappt någon betydande rättspraxis. Annalkande uppgifter för både domstolar och rättsvetenskapsmän är därför att klargöra och erbjuda *lösningar* på de nya problem som uppstår, men också att presentera förslag på hur *möjligheterna* med klick-avtal kan tas till vara.

1.2 Syfte och frågeställning

I mitt arbete har jag valt att utreda två särskilda klick-metoder benämnda *clickwrap* och *point-and-click* samt dessas möjlighet att tillskapa inomobligatorisk *bundenhet* vid standardvillkor. Denna redogörelse måste i sin tur delas upp i två underkategorier. För att ett standardavtal ska vara bindande i ett enskilt avtalsförhållande krävs nämligen dels att det förfarande som använts kan tillskapa *avtalsrättslig bundenhet*, dels att standardavtalet blivit inkorporerat och utgör *avtalsinnehåll*.

Att sambehandla *clickwrap* och *point-and-click* är i många avseenden som att jämföra ”högt” med ”lågt” men fyller ett viktigt syfte, De flesta är nämligen överens om att godkännande av standardvillkor *på internet* medelst klickrutor, d.v.s. *point-and-click*, kan medföra avtalsrättslig bundenhet vid dem. *Clickwrap*-förfarandena ges istället mycket blandade omdömen, främst eftersom de initieras först *vid installation* av mjukvara som användaren redan betalat för. Genom att sambehandla de två förfarandesätten, peka på avgörande moment för bundenhet samt studera

rättspraxis avser jag nå närmare svaret på varför ett "klick" medför rättslig bundenhet i en situation men inte i en annan.

Den frågeställning jag arbetat med kan sammanfattas som:

1. Medför de förfaranden i vilka point-and-click och clickwrap ingår att *avtalsrättslig bundenhet* uppstår?
2. Kan point-and-click och clickwrap användas för att *införliva standardvillkor* och med vilka begränsningar?

Viktigt att beakta är också de *tvingande rättsregler* och *marknadsrättsliga* bestämmelser som påverkar hur elektroniska avtal sluts och initieras. I syfte att ge läsaren ökad förståelse för de avtalsformer som uppsatsen behandlar kommer dessa också att beröras i viss, mindre, utsträckning. Detta för att påvisa det faktum att inget problem kan ses från endast ett rättsligt perspektiv.

1.3 Metod och material

Eftersom framställningen tar sikte på att redogöra för gällande rätt har sedvanlig juridisk metod använts. Detta innebär att lagtext, rättspraxis, förarbeten och doktrin konsulterats. Eftersom arbetet *dels* söker besvara frågan om avtalsrättslig bundenhet, *dels* om clickwrap och point-and-click kan införliva standardvillkor har framställningen fått två urskiljbara delar (3-4 och 5-6) som sedan sammanfattas i en avslutande diskussion (7). Korsvis referenser förekommer dock i stor utsträckning i syfte att underlätta förståelsen för hur de olika delarna hänger ihop.

Som vid många avtalsrättsliga spörsmål finns mycket lite lagtext att tillgå varför stor tonvikt kommit att ligga vid Högsta Domstolens rättspraxis samt tolkningen av denna i doktrinen. Eftersom domstolsavgöranden *helt* saknas avseende just clickwrap och point-and-click har först allmänna principer från rättspraxis avseende traditionell rätt sökts urfasats (3 och 5). Tillämpligheten av dessa på de särskilda företeelserna har därefter undersökts varvid en sådan applikation diskuteras och problematiseras (4 och 6).

I inspirerande syfte har även internationell rätt studerats i relativt stor utsträckning. Detta inbegriper naturligtvis de EU-rättsliga primärkällorna men även internationell soft law. Utländsk rättspraxis avseende de särskilda klick-förfarandena har också i viss mån beaktats för att ge framställningen en ytterligare dimension. Dessa internationella aspekter beaktas fortlöpande under behandlingen av svensk rätt men har inte blivit föremål för något särskilt avsnitt i framställningen.

1.4 Avgränsning

Framställningen har som nämnts begränsats till de särskilda förfarandena clickwrap och point-and-click varför ett stort antal klick-metoder, såsom exempelvis webwrap, hamnar utanför. En heltäckande utredning av alla situationer då klick-konstruktioner används i avtalsammanhang låter sig naturligtvis inte göras inom ramen för ett arbete av denna storlek. De två metoder som utreds har valts då de uppvisar *likheter* som gör dem lämpliga för samtidig beskrivning men samtidigt har *skillnader* som ger upphov till olikartade bedömningar.

Vad särskilt avser clickwrap har redogörelsen i princip begränsats till sådana clickwrap-villkor som återfinns på *fysiska medier*. Sådana clickwrap-avtal som återfinns på mjukvara som *nedladdats* från internet lämnas således i huvudsak utanför. Detta beror på att det genom internet erbjuds en otalig mängd andra avtals- och affärsmodeller för distributören. För att inte förvirra läsaren hålls resonemanget därför till de fysiska medierna men är *i allt väsentligt* applicerbart även på nedladdad programvara när förfarandesättet är detsamma.

Arbetet tar som nämnts sikte på frågan om förfarandena kan medföra avtalsrättsliga förpliktelser. Detta medför att enbart Avtalslagens regler om *bundenhet* blir föremål för beskrivning medan tillämpligheten av övriga regler lämnats därhän. Eftersom uppsatsen ämnar beskriva det *svenska* rättsläget hamnar också frågor om jurisdiktion och lagval utanför.

Typiska villkor i de standardavtal som beskrivs kommer i viss utsträckning presenteras men framställningen är inte i första hand villkorsinriktad. Målsättningen är istället att redogöra för *allmänna* principer kring bundenhet varefter det rättsliga resonemanget får nyanseras i det enskilda fallet. Denna avgränsning bygger på en önskan om att framställningen ska kunna användas som ledning i mer än några enstaka specialfall: inget avtalsförhållande är nämligen det andra likt.

Eftersom bundenhetsfrågan angrips från en mer allmän nivå och en direkt villkorsanalys inte företas kommer jag dessutom att hålla mig till den *dolda* domstolskontrollen medan den mycket viktiga *öppna* kontrollen med 36§ AvtL i spetsen lämnas utanför.¹ Denna aspekt uppmärksammas emellertid vid upprepade tillfällen och får inte glömmas bort.

Det ska slutligen observeras att min redogörelse för inverkan av lagstiftning på intet sätt syftar till att vara heltäckande utan bara att orientera läsaren något i regelverket. Eftersom uppsatsen ämnar redogöra för den avtalsrättsliga bundenhetsfrågan faller en utförligare analys av andra inverkan av regelverk utanför arbetets huvudfokus.

¹ Den icke insatte läsaren finner en förklaring av dessa båda begrepp nedan (5.1.1)

1.5 Tidigare forskning

En beskrivning av den teoretiska problematiken och lösningarna för elektroniska avtalsslut har blivit föremål för ett flertal framställningar av (dåvarande) Hultmark.² En grundlig genomgång av IT-rätten har också författats av Lindberg och Westman.³ Utöver dessa specialframställningar har främst avtalsrättsliga standardverk av bl.a. Adlercreutz, Bernitz, Lehrberg, Ramberg och Grönfors använts som grund för mitt arbete.⁴

Vad särskilt gäller *clickwrap*-avtal finns det egentligen bara en enda artikel, författad av Pawlo, som tar ett mer *allmänt* grepp kring fenomenet och dess förmåga att tillskapa bundenhet.⁵ I övrigt finns i princip bara spridda uttalanden i den nordiska avtals- och immaterialrättsliga doktrinen att tillgå.

Intresset för *point-and-click* och internetavtal i allmänhet har emellertid varit betydligt större. De kommenteras regelmässigt både i avtalsrättslig standardlitteratur och statliga utredningar.⁶

1.6 Disposition

I nästkommande avsnitt, uppsatsens andra kapitel, redogörs främst för grundläggande *terminologiska* frågor. I en första del genomgås och definieras begreppet ”standardavtal” varefter de olika klick-metoderna presenteras.

I det tredje kapitlet genomgås de allmänna reglerna för *ingående av avtal*. Först presenteras Avtalslagens allmänna modell med anbud och accept samt den teoretiska bakgrunden varefter den allmänna giltigheten av elektroniska avtalsslut problematiseras.

Den bakgrund som lades i kapitel tre appliceras sedan i uppsatsens fjärde kapitel. Frågan om *avtalsrättslig bundenhet* kan uppstå genom klick-avtal problematiseras och analyseras varvid det också finns anledning att ta upp de *inverkande lagregler* som finns.

I kapitel fem utreds vilka regler som enligt rättspraxis uppställs för inkorporering av standardavtal ur ett allmänt perspektiv med fokus på kännedom, avtalstidpunkt och införlivandemetod.

I det sjätte kapitlet undersöks vilka implikationer det i femte kapitlet utredda rättsläget har för *clickwrap* och *point-and-click*-metoderna. Här återkopplas och problematiseras även de i kapitel tre och fyra berörda reglerna om avtals ingående.

² Se särskilt Hultmark, *Elektronisk handel och avtalsrätt*

³ Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*

⁴ Adlercreutz, *Avtalsrätt I-II*, Bernitz, *Standardavtalsrätt*, Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement* samt *Avtalstolkning*, Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, Grönfors och Dotevall, *Avtalslagen: en kommentar*, m.fl.

⁵ Pawlo, NIR 1999, s. 140-156.

⁶ Utöver verken i not 4 kan ex. SOU 2005:20 nämnas.

Kapitel sju avslutar framställningen och sammanfattar de slutsatser som framkommit i arbetet. Det finns då anledning att återknyta till syftet och besvara frågeställningen i den mån detta är möjligt.

2 Standardavtal och wrap-fenomenen

2.1 Introduktion

I den följande framställningen används begrepp som ofta ges något olika innebörd beroende på vem som nyttjar dem. Det finns därför anledning att i detta första kapitel särskilt adressera vissa terminologiska frågor. Först beskrivs begreppet ”standardavtal” varvid frågor om hur sådana generellt kategoriseras samt allmänna syften bakom dem tas upp (2.2). Därefter tas de särskilda clickwrap och point-and-click-metoderna upp (2.3). I anslutning till detta beskrivs också dessas grundläggande uppbyggnad samt det bakomliggande syftet med dem.

2.2 Standardavtalens elementia

2.2.1 Definition

Begreppet ”standardavtal” har i avtalsrätten stor betydelse vid avgränsning av en särskild typ av avtalsvillkor. Rent språkligt innebär termen naturligtvis bara att avtalstexten är standardiserad och används för flera avtal, men den *rättsliga* innebörden är, som ska visas, en annan.⁷

Någon legaldefinition av begreppet finns inte att tillgå i svensk lagstiftning. Det närmaste man kommer är i den på EU-direktiv byggande AVLK.⁸ Lagen, som innehåller både civil- och marknadsrättsliga bestämmelser, tillämpas när näringsidkare erbjuder ”nyttigheter” till konsumenter (1§1st). De civilrättsliga 10-11§§ AVLK är enligt lagen tillämpliga på avtalsvillkor som *inte* varit föremål för ”*individuell förhandling*”. I det bakomliggande EU-direktivet stipuleras i artikel 3 att ett villkor aldrig ska anses ha varit föremål för individuell förhandling om det: ”*utarbetats i förväg och konsumenten därför inte har haft möjlighet att påverka villkorets innehåll; detta gäller särskilt i samband med i förväg formulerade standardavtal*”

Direktivet gör alltså skillnad mellan villkor som utarbetats i förväg ”i allmänhet” och sådana som återfinns i standardavtal i synnerhet. Att en bestämmelse inte blivit föremål för individuell förhandling är därför, enligt direktivets synsätt, en *nödvändig* men *inte tillräcklig* förutsättning för att klassificeras som ett ”standardvillkor”. Denna åtskillnad inflöt emellertid

⁷ Ramberg, *Allmän Avtalsrätt* s. 137, se även *Avtalslagen 2010*, 7.7 (1).

⁸ Dir. 93/13/EEG.

aldrig i den svenska implementeringen av direktivet. I AVLK förekommer därför begreppet ”standardavtal” inte över huvud taget.⁹

Även om uttrycket ”standardavtal” förekommer i rättspraxis har det aldrig uttryckligen definierats där.¹⁰ Svenska rättskällor lämnar som konsekvens termen odefinierad varför en annan källa behövs för att fastställa begreppets innebörd. Utgångspunkten i doktrinen har ofta varit att studera internationell *soft law*. Dessa icke-bindande rättskällor utgör allmänna försök att beskriva internationell handelsrätt (från vilken svensk rätt naturligtvis kan avvika) varför de kan ge viss vägledning och inspiration.¹¹

I UNIDROIT beskrivs standardvillkor som “...provisions which are prepared in advance for general and repeated use by one party and which are actually used without negotiation with the other party”.¹² I DCFR anges den snarlika definitionen: “...terms which have been formulated in advance for several transactions involving different parties, and which have not been individually negotiated by the parties”.¹³ PECL, vilken DCFR i stora drag bygger på anger en ytterligare definition snarlik de två citerade.¹⁴

Ett mönster utkristalliseras fort ur dessa internationella rättskällor: standardvillkor beskrivs som villkor som *utformats på förhand* i syfte att användas i *mer än en avtalssituation* och *inte individuellt förhandlats* mellan avtalsparterna.¹⁵

Denna definition är också den som vanligtvis förespråkas i svensk doktrin.¹⁶ I rättspraxis har emellanåt också *antytts* att denna, eller en väldigt snarlik, terminologi används.¹⁷ I den följande framställningen utgås därför från definitionen enligt internationell rätt. Någon illusion om att detta medför en skarp gräns mot andra avtalsvillkor ska emellertid inte inpräntas. Ett typexempel på gränsfall är då på förhand utformade klausuler diskuteras mellan parterna innan de används i deras avtal (har de då ”individuellt” avtalats eller är de fortfarande standardvillkor?). Sådana gränsdragningsfrågor är förvisso intressanta men inte relevanta för uppsatsens ämnesområde varför de också lämnats därhän.

I praktiken återfinns standardvillkor ofta *tryckta* på ett *särskilt avtalsdokument*.¹⁸ Dessa faktorer utgör, som visats, emellertid inte kriterier för att ett villkor ska betraktas som ett ”standardvillkor”. Även enskilda klausuler och sådana som presenteras elektroniskt kan således omfattas.

⁹ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 170, detta medför enligt honom att direktivets tillämpningsområde ”inte fullt ut täcks” av den svenska implementeringslagen.

¹⁰ Se ex. NJA 2011 s. 600 där både ”standardvillkor” och ”allmänna villkor” nämns

¹¹ Jfr Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 28 som ålägger dem ett särskilt högt värde.

¹² Art. 2.1.19 (2).

¹³ Art. II. – 1:109.

¹⁴ Art. 2:209(3).

¹⁵ Skillnaden mot att, likt i AVLK, enbart uppställa kravet att villkoren inte individuellt förhandlats är väl i de flesta fall närmast ytlig eftersom det oftast innebär att övriga villkor uppfylls men har ändå en funktion.

¹⁶ Se ex. Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 15f. och Ramberg och *Avtalslagen 2010*, 7.7 (1).

¹⁷ Se ex. NJA 1980 s. 46 och terminologin ”tryckta allmänna villkor” samt 2011 s. 600.

¹⁸ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 15.

Villkoren kan också förekomma *tillsammans med* individuellt förhandlade sådana utan att falla utanför definitionen. Detta innebär dock ett avsevärt försvårande av bevisningen (se dock 12§ AVLK ovan).¹⁹

2.2.2 Avfattarens betydelse

Standardvillkorens *avfattare* är, enligt den ovan (2.2.1) presenterade definitionen, helt irrelevant för dessas status av ”standardavtal”.²⁰ Avfattaren har emellertid ofta stor betydelse för *villkorens utformning*, d.v.s. hur de ser ut och för vilkendera parten de är mest förmånliga.

I praktiken är det fråga om två huvudvarianter av upphovsmän. Det första slaget är då endera avtalsparten eller en organisation denne tillhör ensamt utformat villkoren, s.k. *ensidigt upprättade standardvillkor*.²¹ Alternativet är att de *upprättats gemensamt* av de avtalsslutande parterna eller organisationer dessa tillhör. Resultatet kallas då *agreed documents*.²²

Som läsaren säkert insett kännetecknas ensidigt upprättade standardavtal i stor utsträckning av bättre villkor för den som utformat dem och sämre för dennes motpart. Att villkoren utformats gemensamt innebär dock, precis som vid individuellt förhandlade villkor, självklart inte att de är balanserade eftersom de ofta präglas av parternas inbördes styrkeförhållande.²³ Normalt brukar det emellertid kunna utgå från att parternas inbördes intressen är balanserade eller åtminstone *mer* balanserade i dessa standardavtal.²⁴

En alldeles särskild form av ”agreed documents” utgörs av de standardavtal KO framförhandlar med representanter för näringslivet å konsumenternas vägnar.²⁵ Dessa åtnjuter inte något särskilt rättsligt skydd men drar ändå näringslivets representanter till förhandlingsborden.²⁶ Detta beror på att KO enligt AVLK kan föra talan om (och, i fall som inte är av större vikt självständigt meddela) *förbud* inför Marknadsdomstolen.²⁷ Det ska dock noteras att förhandlingsutrymmet är betydligt mindre än normalt p.g.a. den omfattande tvingande konsumentskyddslagstiftningen.²⁸

¹⁹ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 15, i sammanhanget bör också bevisregeln i den ovan uppmärksammade 12§ AVLK uppmärksammas.

²⁰ Oavsett att UNIDROIT Art. 2.1.19 (2) kan tyckas antyda det spelar detta ingen roll, se <http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.international.commercial.contracts.principles.1994.commented/2.19.html>.

²¹ Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 18.

²² Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 18 och Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 140.

²³ Bernitz, SvJT 1972 s. 404.

²⁴ Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 140.

²⁵ *Ibid.*, s. 140.

²⁶ Se NJA 1979 s. 401 samt Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 169 och 174.

²⁷ 4§, 7§ 1st AVLK, se 3§ AVLK angående kriterierna för att utfärda förbud.

²⁸ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 19.

2.2.3 Syften, funktioner och problem

Ett avtal innebär att ett förhållande regleras parterna emellan. Om någonting lämnas oreglerat i avtalet kommer detta emellertid att ”fyllas ut” med regler från den dispositiva rätten.²⁹ Ett grundläggande syfte med många standardavtal är att sådan utfyllnad inte ska kunna ske – den dispositiva rätten ska, så att säga, helt ”avtalas bort”. Parterna vill av någon anledning uppnå en reglering som avviker från den i dispositiv rätt.³⁰

Den huvudsakliga fördelen med att använda standardvillkor istället för individuellt framförhandlade sådana för att avtala bort dispositiv rätt är de stora *transaktionskostnader* som annars uppkommer.³¹ Att förhandla om varje enskilt avtalsvillkor vid samtliga avtalstillfällen kostar, helt enkelt, pengar och gör avtalen mindre lönsamma. Det finns alltså ett *rationaliseringssyfte* bakom standardvillkorens användning.

Standardavtalen verkar rationaliserade även på ett annat sätt, nämligen då rättsläget enligt dispositiv rätt av någon anledning är oklart. Genom att reglera vad som ska gälla parterna emellan får standardavtalen då ett slags *klargörandefunktion*.³² Klassiska exempel utgör avtal om tjänster mellan näringsidkare och upplåtelseavtal för vilka allmän lagstiftning saknas. Utgången i ett eventuellt domstolsavgörande blir i dessa fall svår att förutse.³³ Som kontrast kan det i standardavtalen upptas en utförlig reglering av vad som ska gälla i varje situation.

Om ovanstående var *de enda* anledningarna till standardavtalens existens skulle dock, rent teoretiskt, dispositiv rätt medföra att standardavtalen försvann om den var ”perfekt”.³⁴ Det säger dock sig själv att en lagstiftning som täcker och passar alla avtalstyper på ett sätt som gör standardavtalen överflödiga är en utopi. Detta särskilt eftersom nya avtalsfält uppkommer hela tiden. Lagstiftaren skulle, tvärt emot den metod som idag används, tvingas förekomma utvecklingen med regleringar (eller i vart fall vara tidigt ute med en sådan) för att göra en sådan ”perfekt” dispositiv lagstiftning till verklighet. I praktiken uppkommer istället nya standardavtal samtidigt med varje nytt fält varefter lagstiftaren ingriper efter behov.³⁵ Detta möjliggörs av de allmänna skyddsregler som finns i den *dolda och öppna kontrollen* av standardvillkoren (se nedan 5.1.2).

Den främsta *nackdelen* med standardavtalen är i princip densamma som den huvudsakliga *fördelen*: avtalsparterna bestämmer själva vad som ska gälla.³⁶

²⁹ Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 12.

³⁰ Det är exempelvis vanligt att påföljderna för fel och dröjsmål i KöpL, särskilt skadeståndet, avtalas bort, se Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 23 & 157 samt Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 18.

³¹ Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 138 och Skogh, *Marknadens villkor*, s. 25.

³² Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 20f.

³³ Se nedan 4.3.1 ang. upplåtelser och Hellner, *Speciell Avtalsrätt II*, s. 26ff och 85 om problematiken samt tjänster mellan näringsidkare, i konsumentförhållanden finns KTJL.

³⁴ Jfr Skogh, *Marknadens villkor*, s. 26ff.

³⁵ Se Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 23 och ex. prop. 1989/90:89, s. 25 angående KKL.

³⁶ Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 18, Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 23f.

Avtalsfrihet kan naturligtvis användas både för att skapa balanserade och obalanserade avtal. Standardavtalen ökar denna inbyggda möjlighet att tillskansa sig fördelar på motpartens bekostnad. Främst drabbas svaga avtalsparter, typiskt sett konsumenter och små näringsidkare.³⁷

Ett härmed sammanhängande problem är att många *inte läser* vad som står i standardavtalen utan bara studerar faktorer som priset.³⁸ Detta får som konsekvens att näringsidkare kan göra stora ansvarsfriskrivningar i ett standardavtal bara de sänker kostnaden, d.v.s. det den potentielle motparten studerar och jämför.

Eftersom det i många branscher används ett och samma standardavtal vid nästan samtliga avtalsslut blir effekten ibland att dessa avtal verkar i det närmaste *normerande* inom sin bransch.³⁹ Branschavtalen blir ett slags självreglering jämförlig med bakomliggande dispositiv rätt. Generellt använda branschavtal kan vara ett sätt att få alla i en bransch att konkurrera på samma villkor och öka jämförbarheten. Effekten kan emellertid också bli att sådana standardavtal verkar konkurrenshämmande eller fastställer för motparten sämre villkor.⁴⁰

Det är mot ovanstående bakgrund inte direkt underligt att lagstiftaren ingripit med tvingande rättsregler och att särskilda regler för inkorporering av standardavtal utbildats i rättspraxis. Dessa regler kommer att behandlas i senare delar av framställningen. Först ska dock clickwrap och point-and-click-begreppen samt de centrala hållpunkterna för dessa presenteras i uppsatsens nästa avsnitt.

³⁷ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 24.

³⁸ *Ibid.*, s. 60.

³⁹ Jfr *Ibid.*, s. 30ff.

⁴⁰ *Ibid.*, s. 22.

2.3 ”Wrapping” och standardvillkor

2.3.1 Inledning

Ett standardavtal blir inte del av ett enskilt avtal enbart i kraft av sin existens utan måste också på något sätt *införlivas* i detta. Vad som krävs för att detta ska ske med avtalsrättsligt bindande verkan kommer utförligt redogöras för nedan (5-6) varför diskussionen här undanvaras.

I det följande görs istället en terminologisk utläggning om de särskilda *metoderna* för införlivande. Eftersom de *elektroniska* klick-metoderna härstammar från institutet ”*shrinkwrap*” behandlas först detta något (2.3.2). När de elektroniska upplagorna därefter genomgås finns det också anledning att utpeka de generella problem som står i fokus för den efterföljande utredningen (2.3.3).

2.3.2 Shrinkwrap

Fenomenet ”shrinkwrap” eller, rakt översatt, ”krympplast” innebär att en tunn plastfilm krymps utanpå och förseglar en produkt. Eftersom plasten är genomskinlig går dock varan fortfarande att se och text innanför plastfilmen att läsa. Detta har i standardavtals-sammanhang nyttjats för att utveckla en särskild form av ”avtalsförfarande”.

Shrinkwrap-metoden innebär att tillverkaren av en produkt lägger ett slags ”varningstext” innanför en plastfilm som omsluter produkten. Av texten framgår att om plasten bryts binder sig den som gjort detta vid vissa villkor.⁴¹

Det finns sedan olika varianter på denna metod. Ofta konfronteras köparen inte av ”avtalsförslaget” förrän efter att produkten öppnats varpå ”innehållet” i sin tur slagits in.⁴² Ibland går samtliga standardvillkor att läsa innanför plasten, ibland framgår bara ett fåtal medan resten bilagts inuti förpackningen.⁴³ I vissa versioner, såsom det sistnämnda fallet, går det alltså inte ens att läsa vad man binder sig vid förrän efter att detta redan påstås ha gjorts (såvida villkoren inte går att ta del av på annat sätt).⁴⁴

Normalt ingår också ett slags ”ångerrätt” som ett led i shrinkwrap-modellen. Om den som köpt produkten inte vill acceptera villkoren erbjuds nämligen i regel pengarna tillbaka såvida plasten inte brutits.⁴⁵

Shrinkwrap-avtalen används främst för att möjliggöra försäljning av mjukvara (d.v.s. datorprogram och liknande produkter) genom mellanmän

⁴¹ Hultmark, *Elektronisk handel och avtalsrätt*, s. 72, Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 280 m.fl.

⁴² Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 54.

⁴³ Morgan och Burden, *Morgan and Stedman on Computer Contracts*, s. 84f., Andersen, *Grundläggande aftaleret*, s. 356.

⁴⁴ Hultmark, JT 1998/99, s. 83, Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 54.

⁴⁵ Morgan och Burden, *Morgan and Stedman on Computer Contracts*, s. 84f., Andersen, *Grundläggande aftaleret*, s. 356.

men ändå binda den som senare förvärvar och använder sig av produkten (slutanvändaren) vid särskilda villkor för nyttjandet.⁴⁶ Slutanvändaren köper mjukvara på ett fysiskt medium av en försäljare på vissa villkor och binder sig sedan, genom att förpackningen bryts, potentiellt vid ytterligare *licensvillkor*.⁴⁷ Förfaringssättet begagnas emellertid även i andra situationer, exempelvis vid förenklade avtalsslut per telefon där säljaren vill ha möjlighet att tillfoga sina standardvillkor men det vore tämligen omständigt att muntligen läsa upp dem för den potentielle kunden.⁴⁸

Eftersom det saknas möjlighet att använda produkten inuti förpackningen utan att bryta den förseglade plasten utgör shrinkwrap-avtalen vad som i svensk rätt kallas ”*anslutningsavtal*” eller ”*take it or leave it*”-avtal.⁴⁹ Den som köpt produkten har nämligen inte någon reell möjlighet att förhandla om villkorens utformning. Förvärvaren påtvingas istället en ”accept” av dem om denne vill använda sin köpta produkt. Att standardvillkoren åläggs på detta sätt ökar naturligtvis risken för missbruk, särskilt när de som i dessa fall ofta utformats ensidigt (jfr diskussionen ovan 2.2.2).⁵⁰

2.3.3 Wrapping i elektronisk miljö

När framställningar som hanterar *elektroniska* ”wrap”-förfaranden studeras framgår det relativt snabbt att det saknas en gemensam terminologi. Vad ”clickwrap” och ”point-and-click” är för någonting varierar med andra ord från källa till källa även om vissa mönster dock naturligtvis kan utläsas. För att mitt arbete ska kunna sättas i något som helst sammanhang måste därför först någonting sägas om den terminologi *jag* använt.⁵¹

En vanlig uppfattning är att begreppet ”clickwrap” ska ses som ett allmänt samlingsbegrepp för standardvillkor som godkänns genom elektroniska klick (emellanåt även avgränsat till sådana införlivanden genom ”klick” som görs online).⁵² Denna terminologi är dock, enligt mig, mindre lyckad eftersom den är tämligen oprecis. Det finns nämligen *många* situationer då ett elektroniskt klick kan tänkas utgöra ett godkännande av något slag.

Istället bör beaktas att *clickwrap*-metoden är en direkt vidareutveckling av shrinkwrap samt den mer bokstavliga betydelsen av begreppet: genom ett ”klick” bryts en elektronisk förseglning av en produkt. De situationer som avses är därför här samma som vid typfallet för shrinkwrap. Det är fråga om fall då någon har upphovsrätt till mjukvara och vill sälja denna på ett *fysiskt medium* genom en återförsäljare men samtidigt ålägga slutanvändaren vissa *licensvillkor*. Detta görs, istället för när plasten bryts, genom att förvärvaren

⁴⁶ Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 381.

⁴⁷ Jfr engelskans End User License Agreement, Marotta-Wurgler, JLS 2009, nr. 38, s. 309.

⁴⁸ Hultmark, JT 1998/99, s. 83f.

⁴⁹ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 16f.

⁵⁰ Ett svenskt standardavtal av denna typ är EDEL 98K, se Rosén, *Upphovsrättens avtal*, 3u., s. 262f.

⁵¹ Jag betecknar i princip avtalen på samma sätt som i Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 381.

⁵² Se ex. Pawlo, NIR 1999, s. 141 och 146.

tvingas ”acceptera” licensvillkoren i samband med *installationen* av mjukvaran.⁵³ Om förvärvaren av produkten *inte* vill acceptera villkoren går det inte att slutföra installationen och därmed inte heller att använda produkten på det sätt köparen tänkt. Likt vid shrinkwrap finns därför i regel en ”ångerrätt” som ger köparen möjlighet att bli kompenserad om denne inte vill acceptera villkoren.⁵⁴

Själva villkoren innehåller i regel *restriktioner* för användning och vidareöverlåtelse av den förvärvade mjukvaran samt ansvarsfriskrivningar för upphovsmannen.⁵⁵ Även klausuler som *utvidgar* slutförvärvarens rätt, såsom exempelvis en rätt att installera programmet på fler datorer än enligt URL, är dock vanliga.⁵⁶

Ett clickwrap-avtal kan även initieras vid installation av sådan mjukvara som köps och nedladdas via internet. Som nämndes i avgränsningen (1.4) lämnas denna situation *i huvudsak* utanför framställningen som alltså tar sikte på clickwrap-avtal på ett förvärvat *fysiskt medium*.

Det bör dock uppmärksammas att en rad andra affärsmodeller möjliggörs när hela förfarandet sker via internet. Upphovsrättsinnehavaren kan exempelvis själv ingå försäljningsavtalet och ta betalt för mjukvaran först *efter* att köparen accepterat licensvillkoren. Denne slipper därmed konstruktionen med ”ångerrätt” för den som inte vill godkänna dem. Köpet kan alltså *villkoras* eller avtalsbundenheten hållas svävande intill punkten för godkännande – ett förhållande som avsevärt förenklar den rättsliga bedömningen (jfr 4.3.3.2).⁵⁷

Många doktrinförfattare väljer att hänföra det jag betecknar ”clickwrap” under ”shrinkwrap” eftersom omständigheterna är så likartade.⁵⁸ Enligt min mening finns det emellertid, som framgår nedan (4.3.3), anledning att separera termerna av en rad skäl, däribland hur själva ”godkännandet” sker i de båda förfarandena.

Vad gäller internetavtal i allmänhet finns det en uppsjö av avtalsformer där ”klick” används för inkorporering av standardvillkor. Vid avtal om köp och tjänster som sluts direkt i webbläsaren har också vissa särskilda handelsmönster uppstått. Införlivande av standardvillkor i sådana avtal görs ofta medelst det som i denna framställning benämns ”*point-and-click*”. Metoden innebär att den som beställer varor eller tjänster måste acceptera utbudarens allmänna villkor för avtalet genom ett särskilt klick och först därefter kan lägga sin beställning.⁵⁹ Notera att point-and-click, olikt clickwrap, alltså utgör en *del* av ett avtalsförfarande och inte ensamt avser tillskapa avtalsrättslig bundenhet (mer om detta nedan 4.2.1 och 6.2.1).

⁵³ Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 381.

⁵⁴ *Ibid.*, s. 381.

⁵⁵ Marotta-Wurgler, JLS 2009, nr. 38, s. 326f.

⁵⁶ Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 381f., se 12§2st 2p URL ang. förbud mot kopiering för privat bruk samt 26g§ URL ang. rätt att ta säkerhetskopior.

⁵⁷ Se Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 109 ang. suspensiva villkor och Hultmark, JT 1998/99, s. 84 för dylika resonemang.

⁵⁸ Se ex. Pawlo, NIR 1999, s. 141 och 146., som verkar antyda en sådan uppfattning.

⁵⁹ Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 86.

Som läsaren kanske noterat kan point-and-click och clickwrap i princip förekomma inom loppet av samma avtal. Vid beställning av ett fysiskt medium innehållande viss mjukvara på internet konfronteras beställaren först av allmänna villkor *för beställningen*. När produkten sedan anländer finns det, på skivan, villkor *för användandet* som måste accepteras för att mjukvaran ska kunna installeras och användas.

Gemensamt för clickwrap och point-and-click-metoden är att de båda avser införliva villkor som ”*utformats på förhand för att användas i mer än en avtalsituation och inte individuellt förhandlats mellan parterna*”, d.v.s. standardvillkor, i ett enskilt avtal.⁶⁰ Att det inte handlar om tryckta villkor ändrar, som ovan nämnts (2.2.1), inte detta förhållande. En ytterligare gemensam nämnare är att det inte finns några egentliga möjligheter till omförhandling av villkoren. Det är fråga om *anslutningsavtal* där motparten har att välja mellan ”ja” eller ”nej”.⁶¹

Det finns naturligtvis många sätt att både *presentera* och *acceptera* villkoren på. Hur detta görs påverkar, som klargörs nedan (6.2), också bundenheten vid dem. Till att börja med kan studeras hur själva ”godkännandet” avges. Ett tydligt exempel är att det finns två separata knappar, en för acceptering av avtalsvillkoren och en för avböjande.⁶² Det kan också presenteras en klickruta vari motparten, genom ifyllande, godkänner och binder sig vid avtalsvillkoren.⁶³ Sådana klickrutor kan sedan vara antingen *ifyllda på förhand* eller behöva *ifyllas särskilt av användaren*, en faktor som också kan tänkas påverka den avtalsrättsliga bedömningen (se 6.2.1).

Själva villkoren kan presenteras direkt i samband med rutan eller knappen de accepteras med men också finnas tillgängliga genom hänvisning i en hypertextlänk eller på annat sätt. Hur tydlig presentationen är påverkar naturligtvis också införlivandebedömningen (6.2.1).

I kommande avsnitt ska undersökas om, och i så fall hur, dessa särskilda metoder ger upphov till avtalsrättsliga förpliktelser. Som uppmärksammades ovan (1.6) utreds i det följande först frågan om *avtalsbundenhet* i två kapitel (3-4) varefter fokus flyttas till de särskilda reglerna för införlivande av standardavtal och *avtalsinnehåll* (5-6).

⁶⁰ Se Hultmark, *Elektronisk handel och avtalsrätt*, s. 72, jfr ang. definitionen ovan 2.2.1.

⁶¹ Jfr Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 16f.

⁶² Pawlo, NIR 1999, s. 146.

⁶³ Hultmark, *Elektronisk handel och avtalsrätt*, s. 72.

3 Slutande av avtal

3.1 Introduktion

Avtalsslut regleras i Sverige i ”Lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område” från 1915. Denna har inte genomgått någon större förändring sedan 1976 varför det säger sig självt att lagen inte innehåller någon specialbestämmelse om elektroniska avtalsslut.⁶⁴ Det har emellertid i flera utredningar konstaterats att Avtalslagen *kan* tillämpas även på dessa avtal.⁶⁵

I det följande genomgås därför först lagens modell för avtalsslut och sådant som eventuellt faller utanför den (3.2.1). I anslutning till detta undersöks sedan elektroniska avtalsslut samt problematiken kring och lösningarna för dessa (3.2.2). I nästa kapitel utreds sedan implikationerna för de i uppsatsen centrala avtalsformerna varvid andra relevanta faktorer för dessas förmåga att åstadkomma bundenhet uppmärksammas (4).

3.2 Avtalsslut och elektroniska viljeförklaringar

3.2.1 Avtalslagens modell

3.2.1.1 Teoretisk bakgrund

Av Avtalslagens 1§1st framgår att ett *avtal* sluts genom utbytande av två *rättshandlingar* benämnda *anbud* och *accept*. Utgångspunkten, som dock inte alltid kan upprätthållas i praktiken, är att fullständig överensstämmelse också ska föreligga mellan dessa två handlingar (jfr 6§ AvtL).⁶⁶ Hur anbud och accept ska utbytas, när bundenhet uppstår vid dem samt andra spörsmål kring avtalsslut medelst lagens modell för ingående av avtal är det som regleras i Avtalslagens första kapitel (1-9§§). Det säger dock sig självt att *alla* typer av och spörsmål kring avtalsslut inte kan uttömmande regleras med enbart nio paragrafer.

Avtalslagens *övriga* bestämmelser är emellertid inte bara tillämpliga på anbud och accept utan, som framgår redan av lagens rubrik, även på andra *rättshandlingar*. Bland dessa återfinns också helt ensidiga förfaranden som exempelvis fullmakter.⁶⁷ Utöver tillämpningen på rättshandlingar finns det dessutom vidsträckt möjligheter att tillämpa Avtalslagen analogt, bl.a. på

⁶⁴ Hultmark, *Elektronisk handel och avtalsrätt*, s. 15.

⁶⁵ Se främst SOU 1996:40, s. 119ff var till bl.a. SOU 1999:106, s. 43 och SOU 2005:20, s. 143 hänvisar.

⁶⁶ Se Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 113 om s.k. *dold dissens*.

⁶⁷ Se AvtL 2 kap.

så kallade ”oegentliga rättshandlingar” (jfr nedan).⁶⁸ Lagstiftningens tillämpningsområde är således vidsträckt men, som ska diskuteras i nästkommande avsnitt, naturligtvis inte hur brett som helst.

Begreppet ”rättshandling” definieras i motiven som ”en viljeförklaring med syfte att grundlägga, förändra eller upphäva ett rättsförhållande”.⁶⁹ Det bör dock uppmärksammas att det i termen också ligger ett antal andra förutsättningar, däribland att den som företar en sådan måste ha s.k. *rättshandlingsförmåga*.⁷⁰ Motivuttalandet om rättshandlingens definition ger emellertid, som synes, inte något entydigt svar på innebörden utan lanserar istället den nya termen ”viljeförklaring”. En sådan kan i sin tur, något förenklat, sammanfattas som en *vilja* eller avsikt att framkalla en viss *rättsverkan* som på något sätt *uttryckts* så att den kan uppfattas av motparten.⁷¹

Eftersom Avtalslagens modell för avtalsslut i förlängningen bygger på två sammanfallande viljeförklaringar brukar det sägas att den uttrycker principen om bundenhet vid hos avtalsparterna samstämmiga viljor.⁷² Själva viljeförklaringen är emellertid någonting annat än *viljan* hos den som avgivit den (jfr definitionen ovan). I många fall, exempelvis vid införlivande av standardavtal som inte lästs igenom, accepteras exempelvis en *uttunnad* form av vilja till förmån för den uttryckliga förklaringen (se nedan 5.2).

Från viljan och ”uttrycket” (viljeförklaringen) brukar man också särskilja det s.k. ”intrycket”, d.v.s. hur mottagaren av en viljeförklaring uppfattar den. En till detta anknytande tanke är att mottagaren ska kunna hysa viss *tillit* till viljeförklaringen, ett synsätt som också influerats i Avtalslagen genom ”*löftesprincipen*”.⁷³ Denna innebär att en viljeförklaring som kommit till adressatens kännedom är bindande för avgivaren under viss ”frist”.⁷⁴

Till viljan, tilliten och viljeförklaringen finns det i sin tur anslutande teorier som ämnar förklara och redogöra för vilkendera som ska väga tyngst vid diverse avtalsrättsliga spörsmål.⁷⁵ En redogörelse för dessa faller emellertid utanför min relativt pragmatiska redogörelse. Jag har valt att istället fokusera på de krav som framgår av Avtalslagen och praxis samt de förklaringsmodeller för avtalsbundenheten som framlagts i doktrinen för att utreda huruvida avtal kan ingås medelst elektroniska medel i allmänhet och klick-metoder i synnerhet.

Det kan på liknande sätt problematiseras vad som *egentligen* ska anses ligga i begreppen rättshandling och viljeförklaring samt skillnaden dem emellan.⁷⁶ Terminologin och den faktiska betydelsen är nämligen, som

⁶⁸ Svensson, *Viljeförklaringen och dess innehåll*, s. 18

⁶⁹ Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 20 som citerar kommittébetänkandet.

⁷⁰ Jfr *ibid.*, s. 119f.

⁷¹ *Ibid.*, s. 20.

⁷² Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 82.

⁷³ Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 13, se ex. 1§1st AvtL och principen om bindande anbud.

⁷⁴ Grönfors och Dotevall, *Avtalslagen: en kommentar* (Zeteo), kom. till 1§, rubrik 8.

⁷⁵ Se ex. Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 34f. för schematisk beskrivning av viljeteorin, tillitsteorin och förklaringssteorin.

⁷⁶ Lehrberg, *Avtalsrättens grunder*, s. 63 anser t.o.m. begreppen vara i princip synonyma.

framgår av doktrinen, allt annat än klar. Även sådana diskussioner har jag valt att här utelämnat till förmån för de många specialframställningar som finns kring ämnet.⁷⁷

3.2.1.2 Räckvidd och begränsningar

Avtalslagen är, likt all lagstiftning, en produkt av sin tid och därför också utformad med samtida avtalsformer i åtanke. Anbud/accept-modellen tar, med anledning av detta, *sikte på* köp eller försäljning på distans genom telegram- eller brevväxling.⁷⁸ Någon *begränsning* av lagens modell för avtalsslut görs emellertid inte till dessa medium, den är tvärt om helt teknikneutral i sitt uttryckssätt.⁷⁹

Även muntliga avtalsslut omfattas av och regleras i lagen, bl.a. genom en särskild bestämmelse i 3§2st AvtL. Lagstiftaren har även i detta stadgande nyttjat termen ”anbud” och använder alltså samma terminologi för muntliga som skriftliga avtalsslut.⁸⁰

Att lagmodellen inte, i strikt mening, omsluter samtliga former av avtalsslut råder det dock, enligt allmän konsensus, inga tvivel om.⁸¹ En annan sak är att olika doktrinförfattare vill dra avtalslagens modell olika långt när dessa avvikande avtalsformer ska införlivas i det avtalsrättsliga systemet.⁸² Några exempel på avtalsformer som framkallar kontrovers eftersom de inte enkelt låter sig inordnas i Avtalslagens modell är de ”*gemensamma avtalssluten*” (fall då ingendera parten kan konstateras vara anbudsgivare), avtalsslut genom *konkludent realhandlande* (bundenhet p.g.a. uppträdande) samt avtal som konsekvens av *passivitet*.⁸³

Vid bedömning av dessa ”alternativa” avtalsmetoder bör till att börja med uppmärksammas att Avtalslagens 2-9§§, enligt dess 1§2st, är *dispositiva* och bara gäller såvida inte ”*annat följer av anbudet eller svaret eller av handelsbruk eller annan sedvänja*”. Parterna kan alltså, paradoxalt nog, avtala om att andra regler än de i lagen ska gälla avseende *deras* avtalsslut och detsamma kan bli fallet även p.g.a. en sedvänja med sådant innehåll.

Doktrinen kan härefter indelas i olika läger där vart och ett söker förklara varför avtal kommit till stånd trots att lagmodellen inte använts. I det följande ska två, i stor utsträckning motstående, uppfattningar av rättsläget presenteras. Utöver dessa finns det dock naturligtvis en hel uppsjö av förklaringsmodeller som inte genomgås. Urvalet har baserats dels på att modellerna har många förespråkare, dels på att de i någon mening utgör

⁷⁷ Se Heidbrink, SvJT 2007 s. 673ff samt Svensson, *Viljeförklaringen och dess innehåll*, s. 8ff för allmänna problematiseranden.

⁷⁸ Grönfors och Dotevall, *Avtalslagen: en kommentar* (Zeteo), kom. till 1§, rubrik 15.

⁷⁹ SOU 2005:20, s. 143.

⁸⁰ Jfr Grönfors och Dotevall, *Avtalslagen: en kommentar* (Zeteo), kom. till 1§, rubrik 17

⁸¹ Se ex. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 47, Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 81ff. m.fl.

⁸² Se Heidbrink, SvJT 2007 s. 673ff med beskrivning av Grönfors och Lehrberg, jfr Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 47.

⁸³ Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 47 samt Grönfors och Dotevall, *Avtalslagen: en kommentar* (Zeteo), kom. till 1§, rubrik 15-19.

”ytterligheter” vid förklaring av rättsläget varför de uppställer den ram inom vilken de flesta doktrinförfattare håller sig.

Först ska nämnas den gren av doktrinen som förespråkar att Avtalslagens viljeförklaringsmodell kan och ska utsträckas tämligen långt (om än inte hur långt som helst).⁸⁴ Uppfattningen har en företrädare i Lehrberg som ser avtalsbundenhet genom passivitet, konkludent handlande och liknande som ”hypotetiska” eller ”konstruerade” viljeförklaringar. Dessa förfaranden ska alltså ”tolkas” som att en vilja förklarats genom dem.⁸⁵

En kritik som kan framföras mot detta sätt att resonera är att begreppet ”viljeförklaring” förlorar en potentiell fastare innebörd varför termen också blir mindre användbar i rättsliga bedömningar (jfr definitionen ovan).

På motstående sida finner vi en av Grönfors introducerad uppfattning. Enligt honom krävs det en helt annan förklaringsmodell för avtalsbundenheten.⁸⁶ Han har istället förfäktat en modell byggande på s.k. ”allmänna rättsfakta” innebärande att avtal medförs av vissa föreliggande faktorer.⁸⁷ Viljeförklaringarna anbud och accept är i sin tur bara *exempel* på sådana fakta. Avtalsverkan uppkommer enligt resonemanget som ”sanktion” till följd av faktorerna istället för att ”härledas” ur viljeförklaringar.⁸⁸ En stor fördel med modellen är att man undkommer resonemang kring ”hypotetiska” eller ”konstruerade” partsviljor. Den stora nackdelen är emellertid att det inte finns någon sammanställning över samtliga ”allmänna rättsfakta” som kan medföra bundenhet varför hela teorin är något ”lös i kanterna”.⁸⁹

Vad gäller rättspraxis kan konstateras att Högsta Domstolen använt sig av anbud–accept–modellen som förklaringsmetod på ett tämligen långtgående sätt i vissa fall. Här kan bl.a. uppmärksammas NJA 1981 s. 323 som gällde parkeringsavgift för nyttjande av parkeringsplats. Domstolen yttrade i fallet att: ”Systemet med avtalsgrundade parkeringsavgifter bygger på tanken att bilföraren genom att utnyttja parkeringsplatsen accepterar de villkor och bestämmelser som är anslagna där” samt att ”[d]enna konstruktion har godtagits i rättspraxis”. Rätten använde alltså ordet ”accept” avseende avtalsslut medelst faktiskt handlande.⁹⁰

Rättsfallet kan måhända tolkas som att uppfattningen om hypotetiska viljeförklaringar är korrekt eftersom ordet ”accept”, starkt kopplat till viljeförklaringen, användes. Många vill emellertid tona ned betydelsen av ordets användning i fallet.⁹¹ Resonemanget bör dessutom förhållas till de många rättsfall där avtalsbundenhet av Högsta Domstolen ansetts föreligga

⁸⁴ Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement*, s. 98.

⁸⁵ *Ibid.*, s. 102ff.

⁸⁶ Se ex. Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 126., och SOU 1996:40 s. 121f.

⁸⁷ Grönfors och Dotevall, *Avtalslagen: en kommentar* (Zeteo), kom. till 1§, rubrik 19.

⁸⁸ Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 126.

⁸⁹ Heidbrink, SvJT 2007 s. 682.

⁹⁰ Det uppställdes emellertid också ett krav på att avtalsvillkoren var tydligt utformade som inte uppfylldes av de anslagna villkoren varför avgift ändå inte utgick.

⁹¹ Se bl.a. Grönfors och Dotevall, *Avtalslagen: en kommentar* (Zeteo), kom. till 1§, rubrik 18, samt Svensson, *Viljeförklaringen och dess innehåll*, s. 18.

p.g.a. konkludent handlande och passivitet *utan* att varken orden anbud, accept eller viljeförklaring använts.⁹² Det kan då anses ligga närmare till hands att anse avtalsbundenhet uppstånden p.g.a. vissa ”avtalsfakta”.

Att söka klargöra rättsläget mellan dessa två uppfattningar är naturligtvis inte alldeles enkelt. I viss utsträckning är dock skillnaden enligt mig inte annat än terminologisk. Båda perspektiven tittar, väldigt förenklat, på ett antal *faktorer* som sedan antingen medför att en ”hypotetisk viljeförklaring” eller ”avtalsgrundande rättsfakta” föreligger varefter avtalsbundenhet uppstår som följd.

Har parterna inte *avtalat* om någon alternativ metod för avtalsslut måste enligt Avtalslagen *handelsbruk*, och rättspraxis, studeras för att få vägledning kring huruvida ett avtal uppstått (1§3st AvtL). Utanför Avtalslagens modell uppstår således bundenhet egentligen beroende på hur sådan enligt bruket (vilka faktorer som ska behöva föreligga) anses uppstå. Även inom anbud–accept–modellen är emellertid ett slags ”handelsbruk” relevant. Vad som utgör en viljeförklaring är nämligen inte begränsat till vissa ord, gester eller medium utan beror av parternas förståelse och vad som ”typiskt sett” avses med ett förfarande.⁹³ Är de inblandade införstådda med att viljeförklaringar avges på ett visst sätt anses en sådan också avtalsrättsligt föreligga.⁹⁴

Med anledning av detta blir det relevanta, som kommer klargöras i nästa kapitel, också att studera hur parterna ser på klick–metoderna: uppfattas det som att avtal kan ingås medelst sådana skulle förmodligen en domstol också sluta sig till det.

3.2.2 Elektroniska avtalsslut

3.2.2.1 Avtalsslut liknande Avtalslagens modell

Den eventuella ”problematik” som finns kring elektroniska avtalsslut ligger i egentlig mening i termen ”viljeförklaring” d.v.s. det *uttryck* för någons *vilja* att sluta avtal som krävs för rättshandlingarna anbud och accept. Den protest som gjorts är att datorer och andra maskiner inte kan ha ”viljor” utan sådana skulle, enligt resonemanget, vara förbehållna människor.⁹⁵ Synsättet utgår alltså från att *datorerna*, inte människan som skriver in meddelandet, är både avsändare och meddelare.

Som rent allmän invändning är argumentationen, enligt min uppfattning, snarare ett slags provokation än ett rättsligt ifrågasättande – alla är nämligen helt överens om att avtal kan ingås medelst datorer och andra maskiner (exempelvis biljettautomater).⁹⁶ Att propagera för någonting annat blir i det

⁹² NJA 1961 s. 658, 1977s. 25, även Svensson, *Viljeförklaringen och dess innehåll*, s. 17f.

⁹³ Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 20f., Hultmark, *Elektronisk handel och avtalsrätt*, s. 23, Svensson, *Viljeförklaringen och dess innehåll*, s. 8.

⁹⁴ Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 20f.

⁹⁵ Ohlsson, JT 1997-98, s. 1292f.

⁹⁶ Se ex. Hultmark, *Elektronisk handel och avtalsrätt*, s. 23 samt Svensson, *Viljeförklaringen och dess innehåll*, s. 17f.

närmaste absurt med tanke på det stora antalet sådana avtal som ingås och genomförs på dylika sätt varje dag.⁹⁷

Av E-handelsdirektivets artikel 9 framgår att samtliga EU:s medlemsstater ska se till att deras rättssystem tillåter elektroniska avtalsslut.⁹⁸ Artikeln medförde ingen åtgärd i Avtalslagen och diskuterades inte heller vid implementeringen av direktivet. Eftersom Sverige är skyldigt att följa rättsakten är det svårt att tolka avsaknaden av handlande på annat sätt än att lagstiftaren ansåg elektroniska avtalsslut vara möjliga redan sedan innan.⁹⁹ En annan sak är att, precis som vid vanliga avtalsslut, inte *alla* avtal som sluts elektroniskt blir bindande eftersom vissa krav uppställs (jfr ovan 3.2.1).¹⁰⁰ Den rättsvetenskapliga uppgiften är, som konsekvens, att förklara *vilka* förfaranden som medför avtalsrättslig bundenhet samt *varför*.

Att även förklaringar gjorda på en dator kan vara regelrätta viljeförklaringar (d.v.s. ett uttryck för en vilja att framkalla en rättsverkan som kan uppfattas av motparten) är, mot bakgrund av min utläggning ovan 3.2.1, egentligen ganska självklart. Avtalslagen är teknikneutral och något *allmänt* lagstadgat formkrav för anbud och accepter finns inte varför några hinder inte uppställs varken i själva lagtexten eller i begreppens definition som sådan.¹⁰¹

Ett elektroniskt medel mycket liknande brev och telegram, vilka Avtalslagen tar särskilt sikte på, är *elektronisk post*. Sådana meddelanden har också, i linje med Avtalslagens teknikneutralitet, ansetts kunna användas för avtalsslut i ett Hovrättsfall.¹⁰² Uppfattningen att lagstiftningen, likt i e-postfallet, ska tillämpas på samma sätt avseende moderna som traditionella avtalsformer om de fyller samma funktion brukar benämnas ”*funktionell ekvivalens*”. Principen innebär att ”diskriminering” inte ska ske på den grunden att kommunikationen skett på ett annat medium varför också *samma rättsverkningar* ska inträda.¹⁰³ Metoden förespråkas framför allt i modellagen UNCITRAL.¹⁰⁴

Mot bakgrund av det ovanstående kan det konstateras att viljeförklaringar kan avges elektroniskt. Som klargjorts är emellertid en viktig del av en viljeförklaring att avgivaren *vill framkalla en rättsverkan* (jfr ovan 3.2.1.1). Detta förhållande måste alltid problematiseras när nya former av avtalsslut framkommer. En central del är nämligen att den som avger förklaringen uppfattar situationen som att förfarandet kan medföra en rättsverkan: ”*bruket*” måste vara att handlandet medför ett avtal.¹⁰⁵ Det är främst i denna del som problem potentiellt uppstår eftersom de elektroniska avtalsformerna

⁹⁷ Sju av tio svenska konsumenter handlade någonting elektroniskt under första kvartalet 2012, <http://www.hui.se/statistik-rapporter/index-och-barometrar/e-barometern>, Q1 2012

⁹⁸ Dir. 2000/31/EG, se i Seipel, *Juridik och IT*, s. 214 för kommentar.

⁹⁹ Dock skedde vissa andra ändringar, se prop. 2001/02:150, s. 78ff.

¹⁰⁰ Hultmark, *Elektronisk handel och avtalsrätt*, s. 23.

¹⁰¹ SOU 2005:20, s. 143.

¹⁰² Svea hovrätt, mål nr T 5406-04.

¹⁰³ Hultmark, *Elektronisk handel och avtalsrätt*, s. 21.

¹⁰⁴ Se särskilt artikel 5 UNCITRAL samt Hultmark, *Elektronisk handel och avtalsrätt* s.

21f.

¹⁰⁵ Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 20f.

är nyare och därmed kan sägas sakna samma stadga som de traditionella sådana.¹⁰⁶ Till detta spørsmål finns det därför anledning att återkomma till.

Sammanfattningsvis är alltså ett elektroniskt meddelande som kan jämföras med ett traditionellt anbud eller motsvarande accept också att beteckna som en viljeförklaring. Någon kontrovers föreligger inte eftersom förfarandet faller inom Avtalslagens modell (jfr 3.2.1).

När den ena, eller båda, parterna *automatiskt* avger elektroniska meddelanden aktualiseras emellertid nya frågeställningar såsom om Avtalslagens modell lämnats, huruvida bundenhet över huvud taget kan uppstå samt hur ska denna i så fall förklaras. Dessa frågor diskuteras något i nästkommande avsnitt.

3.2.2.2 Automatiserade avtalsslut

Ovanstående (3.2.2.1) resonemang är, som nämnts, främst tillämpliga avseende avtalsslut där avtalet ingås medelst ”enklare” former av meddelanden mellan parterna. Det står då klart att människan författat och *avsänt* meddelandet medan datorn endast *levererat* det varför proceduren faller under den lagstadgade anbud–accept–modellen. En omdiskuterad fråga är emellertid vad som ska gälla för s.k. *automatiska processer* där en eller båda parter utformat program som gör avtalsslutet helt automatiskt från dennes sida.

Här kan först inställningen i UNCITRAL:s modellag anmärkas. Uppfattningen däri är att ett elektroniskt meddelande ska *anses* sänt av den fysiske personen även när det rent faktiskt sänts automatiskt av ett system denne programmerat eller fått programmerat åt sig. Modellagen presenterar således lösningen på frågan om avtalsbundenhet, d.v.s. att sådan inträder, men inte *anledningen* till denna.¹⁰⁷

De som tyr sig till Avtalslagens viljeförklaringsmodell resonerar, vad gäller elektroniska avtalsslut, oftast kring hur viljeförklaringen ska *härledas* från den fysiska personen, någonting som ju är betydligt enklare när datorn bara skickar iväg det meddelande denne precis författat.¹⁰⁸ Förespråkare av metoden med ”allmänna rättsfakta” anser istället, som exemplifieras nedan, att Avtalslagens viljeförklaringsmodell *lämnats* varför andra förklaringar måste sökas.¹⁰⁹

En mer långtgående form av automatiserade avtal är de som involverar s.k. EDI. Datorer programmeras då att automatiskt lägga, motta och acceptera beställningar å parternas vägnar varför mänsklig inblandning *helt* saknas vid de enskilda avtalssluten dem emellan.¹¹⁰ I dessa fall finns emellertid i regel ett *ramavtal* som anger att avtalsslut ska ske på det beskrivna sättet i varje

¹⁰⁶ Hultmark, *Elektronisk handel och avtalsrätt*, s. 23.

¹⁰⁷ UNCITRAL, artikel 13.2 (b).

¹⁰⁸ Ohlsson, JT 1997-98, s. 1294f.

¹⁰⁹ SOU 1996:40, s. 121f.

¹¹⁰ SOU 1996:40, s. 120f.

enskit fall.¹¹¹ Ett enkelt förklaringsätt är därför att anse parterna ha utnyttjat Avtalslagens dispositivitet och *avtalat* om att framtida avtalsslut ska ske på visst sätt (se 1§3st AvtL samt diskussionen ovan 3.2.1.2). Att på detta sätt avtala om en egen metod för avtalsslut kan naturligtvis alltid göras.¹¹² När något sådant övergripande avtal inte finns måste emellertid andra förklaringsmodeller eftersökas.

Förespråkare av att även automatiskt avgivna elektroniska meddelanden kan utgöra *viljeförklaringar* har tagit fram en rad olika motiveringar för hur detta ska teoretiskt förklaras (d.v.s. trots att datorn saknar ”vilja”). Den numera förhärskande uppfattningen är att ”viljan” härleds från programmeringen och sättandet i bruk av ett system som självständigt avger sådana förklaringar. Enkelt uttryckt innebär de inprogrammerade premisserna för avgivande av viljeförklaringar att datorn *indirekt* ger uttryck för en fysisk persons vilja.¹¹³

Detta synsätt, likt tidigare sådana, har emellertid inbyggda problem vad gäller exempelvis *felaktigt* avgivna meddelanden och dessas status av viljeförklaringar. Rent logiskt borde dessa inte klassas som viljeförklaringar eftersom de inte kan härledas från en ”vilja” men i praktiken är det svårt att avgöra om ett elektroniskt meddelande avsänts i enlighet med en bakomliggande avsikt eller ej.¹¹⁴

Förespråkare av modeller med avtal som sanktion till följd av avtalsgrundande rättsfakta (se 3.2.1.2) använder sig dock, givetvis, av andra argumentationslinjer för att förklara automatiska avtalsslut. I SOU 1996:40 talas det exempelvis om ”*situationer då de praktiska behoven har framtingat avtalsverkningar, trots att en viljeförklaring i traditionell mening inte längre föreligger*”.¹¹⁵ De automatiska anbuden och accepterna blir enligt resonemanget bindande eftersom förfaringssättet *syftar* till bindande överenskommelser.¹¹⁶

Bådadera synsätten har naturligtvis ett antal ytterligare varianter som här av utrymmesskäl lämnas utanför. Bägge sätten att resonera: utifrån avtalslagens modell eller inte, kan emellertid kritiseras för att vara i någon mån pragmatiska. Särskilt uppfattningen ”framtingade avtalsverkningar” är, likt UNCITRAL:s lösning, ett slags baklängesresonemang som bara förklarar att bundenhet föreligger utan att ange någon allmänt tillämplig regel som kan användas i nya situationer.¹¹⁷

Här bör åter igen diskussionen kring handelsbruk (3.2.1.2) uppmärksammas. Förklaringsmodellerna faller nämligen i stor utsträckning tillbaka på just detta. Det blir därför centralt att studera marknadens

¹¹¹ Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 37.

¹¹² *Ibid.*, s. 69 och Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 101f.

¹¹³ Hultmark, *Elektronisk handel och avtalsrätt*, s. 26 och Ohlsson, JT 1997-98, s. 1294.

¹¹⁴ *Ibid.*, s. 26.

¹¹⁵ SOU 1996:40, s. 121f.

¹¹⁶ *Ibid.*, s. 121f., Grönfors och Dotevall, *Avtalslagen: en kommentar* (Zeteo), kom. till 1§, rubrik 8, där hänvisning också görs till artikel 2.1.1 UNIDROIT, Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt* s. 74.

¹¹⁷ Se ex. Heidbrink, SvJT 2007 s. 673ff.

”rättsuppfattning” för att avgöra huruvida bundenhet föreligger i en särskild situation. Finns det en utbredd medvetenhet kring att en viss metod används i ”syfte” att åstadkomma avtal är det också mycket sannolikt att domstolen, även om denna inte *binds* av ett sådant bruk, tillerkänner den sådana verkningar.¹¹⁸

¹¹⁸ Hultmark, *Elektronisk handel och avtalsrätt*, s. 24 som anger fler kriterier såsom löftets typ, parternas ställning och rättshandlingens innehåll, Heidbrink, SvJT 2007 s. 706 samt Andersen, *IT-retten*, s. 823.

4 Avtalsslut genom klickmetoder

4.1 Introduktion

I föregående kapitel klargjordes att avtal kan slutas med elektroniska medel och att även *automatiska* meddelanden från en dator kan kvalificeras som en rättshandling (3.2.2.2). I detta kapitel ska istället en fördjupande diskussion föras kring de avtalsformer i vilka point-and-click (4.2) och clickwrap (4.3) utgör del. I anslutning till detta finns det även anledning att uppmärksamma vissa särskilda lagregler som anknyter till avtalsformerna, detta framför allt vad gäller de internetavtal i vilka point-and-click förekommer (4.2.2).

4.2 Point-and-click¹¹⁹

4.2.1 Avtalsrättslig bundenhet

Vid avtalsslut genom en hemsida på internet där kunden, en konsument eller näringsidkare, lägger beställningar liknar själva *beställningen* i allt väsentligt en sådan viljeförklaring som omfattas av Avtalslagens modell (jfr 3.2.2.1). Den förklaring som avsänds från hemsidans tillhandahållare avges emellertid i regel automatiskt av en mottagande dator enligt förprogrammerade instruktioner vid varje enskilt avtalsslut.¹²⁰ Förfarandet innebär alltså ett slags *kombination* av en förprogrammerad rättshandling och en självständigt avgiven sådan.

Den allmänna uppfattningen är att avtal som slutits på detta sätt också är bindande oavsett att något olika teoretiskt perspektiv anläggs.¹²¹ Bundenheten framgår inte minst av att det finns lagregler och rättspraxis som tar särskilt sikte på dessa avtal (se nedan 4.2.2).¹²² Även bruket på marknaden kan emellertid omnämnas: det är nämligen idag allmänt känt och ansett att bindande avtal kan uppkomma genom handel på internetsidor.¹²³

Det ska dock noteras att det inte är en eventuell point-and-click-del av ett internetavtal som medför dess bindande verkan. En sådan ruta används nämligen för att stärka bundenheten *vid standardvillkoren*, inte för att sluta själva avtalet. Dessa ingår emellertid som ett led i de avtal som här behandlas.¹²⁴

¹¹⁹ Avsnittets rubrik har pedagogiskt syfte och beror på att det sammanhänger med senare 6.2

¹²⁰ Heidbrink, SvJT 2007 s. 673.

¹²¹ Se ex. Waltré och Hedbäck, Ny Juridik 1:11, s. 22 i det följande används likt i den framställningen Avtalslagens terminologi med anbud och accept.

¹²² Se framställningen om MFL, EHL och DHL nedan 4.2.2.

¹²³ Se ex. SOU 2005:20, s. 143f.

¹²⁴ Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 86.

En annan sak är att inte vilket förfarande som helst kan medföra avtalsbundenhet för den enskilde utan att vissa krav måste uppställas på hemsidans utformning och sättet för beställning. Sådana krav uppställs främst genom de *marknadsrättsliga* regler som genomgås något nedan (4.2.2) men även civilrättsliga begränsningar finns naturligtvis. En ofta förespråkad uppfattning är att det bör kunna ställas relativt höga krav på att användargränssnittet på hemsidan är *tydligt* så att beställaren förstår att dennes agerande medför avtalsbundenhet, ett förhållande som ligger väl i linje med att en *rättsföljdsvilja* ska finnas (3.2.1.1).¹²⁵ Det har också anförts att det, likt enligt marknadsrätten, krävs mer än ett enda klick för att en giltig bindandeförklaring ska föreligga.¹²⁶ I brist på klagörande rättspraxis kan dock ingen av dessa teser bekräftas. Värt att nämna i sammanhanget är att det också, för att införliva standardvillkor, ska tydligt framgå vilka villkor som avses gälla för avtalet. Detta kommer ingående behandlas nedan (5-6) varför det i detta sammanhang lämnats därhän.

Utöver det ovan nämnda måste meningsutbytena också uppfylla de allmänna kraven på rättshandlingar. För att ett förfarande ska innebära ett "anbud" krävs det att handlingen är tillräckligt konkret för att omedelbart kunna ligga till grund för en accept *och* att den har inriktning på en bestämd adressat.¹²⁷ Är handlingen förvisso tillräckligt preciserad för att grundlägga en accept men det framgår att avsändaren inte anser sig bunden är det emellertid bara fråga om en "uppfordran" att avge anbud (9§ AvtL). Sådana grundar dock i sin tur en *aktivitetsplikt* om de ger upphov till ett anbud från mottagaren.¹²⁸ När fråga är om "till allmänheten" (d.v.s. utan bestämd adressat) riktade erbjudanden, exempelvis i annonser etc., är det emellertid bara fråga om ett *utbud* som inte medför någon bundenhet för avgivaren över huvud taget (förfarandet konstituerar inte en rättshandling).¹²⁹

Eftersom en hemsida och dess avtalsformulär riktar sig till allmänheten är en vanlig, men i praxis oprövad, uppfattning att de erbjudanden som återfinns på sådana *inte* utgör anbud eller uppfordran utan endast ett *utbud*.¹³⁰ Konsekvensen av synsättet blir att beställaren försätts i anbudsgivarpositionen.¹³¹ *Avtalsslutet* sker därför inte genom "beställningen" utan när den bakom hemsidan *accepterar* anbudet (eftersom passivitet inte medför bundenhet vid utbud).¹³² Hur situationen ska tolkas får dock naturligtvis bedömas i varje enskilt fall.

¹²⁵ Se bl.a. SOU 2005:20, s. 144 och Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 71.

¹²⁶ Se nedan 4.2.2.1, även Andersen, *IT-retten*, s. 823 ang. dansk rätt.

¹²⁷ Grönfors, *Avtalslagen*, 3u., s. 51, Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 54f.

¹²⁸ Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 75f.

¹²⁹ *Ibid.*, s. 54f.

¹³⁰ Se dock ARN 2001-4889 som bekräftar tesen, se även ex. Waltré och Hedbäck, Ny Juridik 1:11, s. 22 och Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 71.

¹³¹ Detta innebär princip möjlighet för hemsidans ägare att tillföra standardvillkor i sin "accept" som då blir oren. Jfr 6§2st AvtL

¹³² Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 54, not. avbeställningsmöjligheten för konsumenterna i 37 & 41§3st KKL och 42-44§§ KTjL.

Oavsett att en svarsplikt möjligtvis inte föreligger enligt Avtalslagen måste emellertid en bekräftelse av att beställningen mottagits avsändas enligt marknadsrättsliga regler (se 4.2.2).¹³³ Även övriga marknadsmässiga krav måste studeras för att skönja en helhet bakom avtalsformen. De centrala reglerna i MFL och EHL studeras därför något i det följande (4.2.2.1 och 4.2.2.2). Vid utformande av villkoren för transaktionerna måste dessutom den *tvångande lagstiftningen* konsulteras och beaktas. Avseende konsumentavtal har avtalsfriheten i stor omfattning beskrivits av sådan tvångande rätt i exempelvis KKL och KTjL. Dessa berörs något nedan angående clickwrap (4.3.1) men förutsätts i övrigt vara kända för läsaren. I DHL finns ytterligare tvångande regler som, p.g.a. sin stora inverkan på avtalslut via internet, dock kommer översiktligt presenteras något i det följande (4.2.2.3).

4.2.2 Inverkande lagstiftning

4.2.2.1 Marknadsföringslagen

I MFL regleras hur näringsidkare ska förfara vid *marknadsföring*, ett i lagen vidsträckt begrepp (3§5st MFL), och efterfrågande av produkter i sin näringsverksamhet (2§ MFL). Lagstiftningen är huvudsakligen uppbyggd kring tre *generalklausuler*. Den första förbjuder marknadsföring i strid med ”*god marknadsföringssed*” vilket inbegriper ”*god affärssed och andra vedertagna normer*” för att skydda konsumenter och näringsidkare vid marknadsföring (5§ och 3§3st MFL). Med detta avses främst utomrättsliga branschkloder och andra egenåtgärder i näringslivet men även Konsumentverkets föreskrifter och riktlinjer samt Marknadsdomstolens praxis omfattas.¹³⁴ Enligt ”*lagstridighetsprincipen*” är även sådan marknadsföring som strider mot annan lag i strid med god marknadsföringssed.¹³⁵

Generalklausulen i 7§ MFL förbjuder i sin tur *aggressiv marknadsföring*, d.v.s. sådan marknadsföring som innefattar trakasserier, tvång, fysiskt våld, hot eller dylikt (2st). I 8§ MFL förbjuds *vilseledande marknadsföring* vilket definieras i 9-10 samt 12-17§§ MFL. Det som omfattas är främst olika former av desinformation och utebliven information från näringsidkaren.¹³⁶

Det finns *ingen civilrättslig sanktion* i lagens påföljds katalog varför agerande i strid mot den inte heller påverkar den avtalsrättsliga bundenheten i det enskilda fallet. Reglerna är emellertid mycket viktiga i praktiken eftersom de *monetära* konsekvenser det får att inte följa dem gör att de uppmärksammas (notera dessutom 36§ AvtL).

Marknadsdomstolen kan dock utfärda *förbud* mot det särskilda förfarandet (23§ MFL). För detta krävs, utöver att beteendet strider mot någon av generalklausulerna, att marknadsföringen är *otillbörlig* vilket innebär att den

¹³³ 12§1st EHL, notera dock 14§ och dess 2st (inte tvångande gentemot näringsidkare).

¹³⁴ Gerhard och Norinder, *Marknadsrättens grunder*, s. 20f.

¹³⁵ *Ibid.*, s. 21.

¹³⁶ Se 10, 13-17§§ samt 9§, 10§3st 12§ MFL.

påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.¹³⁷ För aggressiv och vilseledande marknadsföring finns dessutom en tillhörande *svart lista* med åtgärder som alltid är att se som otillbörliga.¹³⁸

Utöver förbud kan även åläggande om att utlämna väsentlig information utfärdas (23§ MFL).¹³⁹ Båda dessa sanktioner ska dessutom alltid förenas med vite om det inte är obehövligt av särskilda skäl (26§ MFL).

Vad särskilt gäller modeller för avtalsslut på internet har det i ett flertal avgöranden befasts som Marknadsdomstolens uppfattning att *Svenska Postorderföreningens Branschregler* ska användas som vägledning för vad som utgör *god marknadsföringssed*.¹⁴⁰ Enligt dessa branschregler ska avtalsslutet ske genom en *tre-stegsmodell* vari köparen i *första steget* markerar sitt köpintresse med ett ”särskilt klick”. I *steg två* ska det sedan ges enkel möjlighet att läsa igenom detaljerna i beställningen och avtalsvillkoren vilket därefter ska bekräftas med ett klick. I ett *tredje steg* ska slutligen beställningen bekräftas och avtalsvillkoren accepteras genom ett tredje klick.¹⁴¹

Branschreglerna har av domstolen använts som stöd bl.a. för att underkänna *negativ avtalsbindning*, d.v.s. avtal som sluts utan att någon rättshandling vidtagits.¹⁴² I fallet var fråga om beställning av en flygresa där det i sista ledet av beställningen fanns möjlighet att göra tillval. Dessa hade automatiskt markerats som del av beställningen i en särskild ”ja”-ruta i avtalsformuläret varför konsumenten var tvungen att kryssa i ”nej”-rutorna för att inte ingå avtal om dem. Eftersom köparen, alltså, inte själv ”markerat sitt köpintresse” (jfr steg ett ovan) för tillvalen var förfarandet inte förenligt med *god marknadsföringssed*. Förstärkande skäl var att en annons om hyrbilar lagts in mellan totalpriset och tillvalen samt att de rubricerades som ”rekommenderade tilläggsprodukter”.¹⁴³

Vad gäller point-and-click-rutor bör även de nordiska konsumentombudsmännens ståndpunkt uppmärksammas. Deras uppfattning är nämligen att standardvillkoren måste *aktivt* accepteras genom att exempelvis

¹³⁷ 6§, 7§3st samt 8§1st MFL, Notera att marknadsföring i strid med god marknadsföringssed samt aggressiv marknadsföring också måste i *märkbar mån* påverka eller sannolikt påverka, se även 23 & 28§§ MFL.

¹³⁸ 7§4st samt 8§2st MFL, se dir. 2005/29/EG, bilaga I, listan finns även intagen i det separata tillkännagivandet SFS 2008:487.

¹³⁹ Notera även rätten till skadestånd för den som drabbas av överträdelse av förbud, 37§ MFL, och möjligheten att ålägga marknadsstörningsavgift om näringsidkarens handlande var uppsåtligt eller oaktsamt, 29-30§§ MFL.

¹⁴⁰ MD 2004:5, 2004:18, 2009:32, se Waltré och Hedbäck, Ny Juridik 1:11, s. 22ff. för en bra redogörelse.

¹⁴¹ Svensk Distanshandels Branschregler, punkt 5.2, notera att de inte använder benämningen ”klick”. Detta har dock konsekvent gjorts i Marknadsdomstolen (se not 140).

¹⁴² Sådan är inte heller civilrättsligt möjlig, se Ramberg, *Allmän Avtalsrätt* s. 116., not även 12§ MFL.

¹⁴³ MD 2009:32.

en ruta markeras för att förfarandet ska vara i enlighet med god marknadsföringssed. Denna ruta får *inte* vara ifylld på förhand.¹⁴⁴

Huruvida denna deras *uppfattning* av rättsläget är korrekt eller inte är svårbedömt. Sannolikheten att KO för talan enligt en ståndpunkt denne varit med och utformat får emellertid uppfattas som hög varför försiktighet kan anses vara befogad.¹⁴⁵

4.2.2.2 E-handelslagen

EHL är tillämplig på ”informationssamhällets tjänster” samt påbörjande och utförande av dessa (1§1st EHL). Med detta avses sådana ”tjänster” som *vanligtvis utförs mot ersättning samt tillhandahålls på distans på elektronisk väg och på individuell begäran* av en tjänstemottagare (2§1st EHL). Denna definition omfattar sådana avtalsslut på hemsidor som här behandlas.¹⁴⁶

När EHL är tillämplig åläggs tjänsteleverantören att utge viss allmän information om bl.a. pris, namn och e-postadress *vid tillhandahållande* av informationssamhällets tjänster (8-9§§ EHL).

Vissa särskilda krav uppställs också när *beställningar* görs från tjänsteleverantören (10-14§§ EHL). Till att börja med ska det finnas ”lämpliga och effektiva” tekniska hjälpmedel som möjliggör upptäckande och tillrättande av inmatningsfel. Tjänsteleverantören ska även *bekräfta* de beställningar som görs på hemsidan utan onödigt dröjsmål. Mottagaren ska också ges information om de tekniska steg som krävs för ingående av avtal på ett ”klart och otvetydigt sätt” innan beställning sker. Detta innebär bl.a. att information ska ges om det ovan beskrivna *trestegsförfarandet* (4.2.2.2).¹⁴⁷

Ovan nämnda krav är *tvingande i konsumentförhållanden* men kan frångås genom *avtal* i andra fall (14§2st EHL). Oavsett partsförhållandet måste dock villkoren för ett ingånget avtal *alltid tillgängliggöras* för kunden så att denne kan spara och återskapa dem (13§ EHL).

Följer inte tjänsteleverantören ovan nämnda regler blir MFL och dess sanktionskatalog tillämplig (15§ EHL). Det finns alltså inte heller här någon *civilrättslig* påföljd men väl möjlighet att ålägga leverantören att utge information eller tillhandahålla tekniska hjälpmedel samt förbjuda förfarandet om det anses otillbörligt (jfr ovan 4.2.2.2).¹⁴⁸

¹⁴⁴ Nordiska konsumentombudsmännens ståndpunkt om handel och marknadsföring på internet, s. 2 samt art. 6.1.7.

¹⁴⁵ Ibid. samt Waltré och Hedbäck, Ny Juridik 1:11, s. 23f.

¹⁴⁶ Prop. 2001/02:150, s. 18, det berörs inte i varken i propositionen, dir. 2000/31/EG eller dir. 98/48/EG huruvida ett clickwrap-förfarande kan falla under lagens hägn. Svaret beror till viss del på den fråga min framställning tar sikte på att besvara och lämnas därför därhän.

¹⁴⁷ Jfr Svensk Distanshandels Branschregler, punkt 5.2 samt Waltré och Hedbäck, Ny Juridik 1:11, s. 22f.

¹⁴⁸ Se 24-25§§ MFL, förbudsföreläggande möjliggörs eftersom förfarandet innebär vilseledande marknadsföring, 8 & 23§§ MFL.

4.2.2.3 Distans- och hemförsäljningslagen

DHL innehåller regler som är *tvingande till konsumentens förmån* när denne ingår avtal med en näringsidkare på distans eller vid hemförsäljning (1 kap. 3§ DHL).¹⁴⁹ Sådan försäljning på internet som här behandlas benämns i lagen *distansavtal* och regleras huvudsakligen i dess andra kapitel om över- och upplåtelse av lös egendom samt utförande av tjänster åt konsumenter (2 kap. 1§1st DHL).¹⁵⁰

Näringsidkaren åläggs enligt lagen att ge konsumenten viss *information* innan avtalsslutet (2 kap. 6§ DHL) och att översända en *bekräftelse* av avtalet i ”*varaktig form*” när avtalet väl slutits.¹⁵¹ Även denna bekräftelse ska innehålla viss i lagen specificerad information till konsumenten (2 kap. 7§ DHL). Påföljden för att inte rätta sig efter dessa krav är, precis som i EHL, att MFL och dess påföljds katalog blir tillämplig (2 kap. 8§ DHL). Detta innebär i sin tur att informationsföreläggande och förbud kan utfärdas.¹⁵²

DHL har emellertid även en *civilrättslig* dimension. Konsumenten har nämligen rätt att frånträda distansavtalet inom 14 dagar från det att en särskild *ångerfrist* börjar löpa (2 kap. 9§ DHL). Fristen är i första hand kopplad till då näringsidkaren *fullgör* sin del av avtalet men börjar inte löpa förrän sådan *information* som ska översändas efter att avtalet ingåtts kommit konsumenten till handa (2 kap. 7§ och 10§1st DHL). Informations- skyldigheten har alltså, utöver ovan nämnda marknadsrättsliga bestämmelser, även en civilrättslig ”sanktion” för näringsidkaren. För att utöva ångerrätten måste emellertid varan också vara i väsentligen oförändrat skick (2 kap. 12§ DHL). Ångerrätten har dock försetts med en yttre begränsning i tiden trots att informationen från näringsidkaren uteblir (2 kap. 11§ DHL). I annat fall hade nämligen avtalsbundenheten kunnat förbli svävande i all oändlighet.

I sammanhanget kan uppmärksammas att ångerrätt aldrig gäller för ”*förseglad ljud- eller bildupptagning eller ett förseglat datorprogram*” om förseglingen brutits (2 kap. 4§3p DHL).¹⁵³ Som konsekvens har konsumenten aldrig någon lagstadgad ångerrätt när en shrinkwrap-inslagen vara uppackats. Detta förhållande har emellertid ingenting med den *civilrättsliga giltigheten* av shrinkwrap-avtal att göra utan avser bara lagens tillämplighet.¹⁵⁴ Om ett datorprogram som köpts på ett fysiskt medium

¹⁴⁹ Se Håstad, *Den nya köprätten*, s. 234f för den närmare innebörden av detta begrepp.

¹⁵⁰ Av prop. 2004/05:13, s. 27 framgår explicit att lagen är tillämplig på internetavtal.

¹⁵¹ Se närmare Waltré och Hedbäck, *Ny Juridik* 1:11, s. 32f.

¹⁵² Även skadestånd kan utgå men inte marknadsstörningsavgift, se 2 kap. 8§ DHL med hänvisning till 23-24, 26 samt 37§§ MFL.

¹⁵³ Även teknisk plombering omfattas, undantaget diskuterades inte direkt i varken propositionen (prop. 2004/05:13) eller bakomliggande direktivet.

¹⁵⁴ Andersen, *IT-retten* s. 908.

förseglats och denna plombering måste brytas för att kunna installera och få tillgång till ett clickwrap-avtal gäller följaktligen detsamma för dessa.¹⁵⁵

4.3 Clickwrap

4.3.1 Tillämplig lagstiftning

Frågan om tillämplig lag vid förvärv av datorprogram, både på fysiskt medium och annars, är tämligen svårbesvarad. En konsekvens av detta är att även avtalsfrihetens utsträckning blir oklar. Vid köp av datorprogram på en fysisk bärare, exempelvis en skiva, ligger grundproblemet i att det är *informationen* och *funktionen* på skivan som köparen vill åt medan denne i affären eller annars betalar för det *fysiska mediet* informationen lagras på.¹⁵⁶ Det har med anledning av detta ofta diskuterats huruvida förvärvet av det fysiska exemplaret ska bedömas som ett *köp* av en lös sak, d.v.s. ett rörligt fysiskt föremål, eller *upplåtelse* av en upphovsrättslig licens (en mer begränsad rätt än äganderätt).¹⁵⁷

Om fråga är om ett *köp* blir KKL och KöpL tillämpliga medan allmänna rättsregler saknas för *upplåtelser*.¹⁵⁸ Eftersom KöpL är *dispositiv* uppställer denna emellertid inget hinder för att parterna avtalar om att annat ska gälla (3§ KöpL). KKL är dock i stor utsträckning *tvingande* till konsumentens förmån varför den potentiellt beskär avtalsfriheten (3§1st KKL). Viktigt att uppmärksamma är dock att KKL och KöpL bara reglerar frågor kring *själva förvärvet*, däribland exempelvis varans leveranstidpunkt, funktion och skick. *I övrigt* står det dock parterna fritt att, även i konsumentförhållanden, avtala om vilka villkor som ska gälla.¹⁵⁹

Oavsett om förvärvet av den fysiska bäraren klassificeras som ett köp eller en upplåtelse har tillverkaren (i regel) *upphovsrätt* till datorprogrammet som finns därpå (1§1st 2p URL). Denna innebär i sin tur en rad inskränkningar i förvärvarens rätt att förfoga över programmet.¹⁶⁰ Att ett fysiskt exemplar innehållande verket överlåtits innebär naturligtvis inte att själva upphovsrätten övergått (27§1st URL) varför denna fortfarande måste respekteras. Förvärvarens rätt att disponera över det upphovsrättsligt

¹⁵⁵ Huruvida lagen kan tillämpas *självständigt* på ett ev. clickwrap-avtal beror på om detta anses ingånget på "distans", 1 kap. 2§1st DHL, vilket inte diskuteras här, upplåtelse av immaterialrätter omfattas i vart fall av lagen, 2 kap. 1§1st DHL.

¹⁵⁶ Se bl.a. Levin, *Immaterialrätt & sakrätt*, s. 265ff, Torvund, *Kontraksregulering – IT-kontrakter*, s. 23.

¹⁵⁷ Se Hellner & Ramberg, *Speciell avtalsrätt I*, s. 39f. ang. definitionerna och särskilt SOU 1999:106, s. 67ff. samt Levin, *Immaterialrätt & sakrätt*, s. 266f. ang. diskussionen.

¹⁵⁸ Levin, *Immaterialrätt & sakrätt*, s. 266f. och Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 271, det förs ofta diskussioner om en analog tillämpning av KöpL på upplåtelser.

¹⁵⁹ Levin, *Immaterialrätt & sakrätt*, s. 266 samt Bernitz, Karnell, m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s. 95f.

¹⁶⁰ Ds. 2007:29, s. 302.

skyddade kan emellertid både *utvidgas* och *inskränkas* genom avtal, en högrelevant faktor i de förhållanden som här står i fokus.¹⁶¹

För datorprogram finns en rad *särskilda* bestämmelser införda i 26g-h§§ URL (en vanlig uppfattning är att dessa faktiskt infördes just för att reducera antalet shrinkwrap och clickwrap-licenser).¹⁶² I reglerna fastslås en *tvingande* rätt för den som ”förvärvat rätt att använda” programmet att göra säkerhetskopior av det, studera dess funktion och genom dekompileering åstadkomma samverkansförmåga med ett annat program.¹⁶³ Därutöver ges användaren rätt att ändra i datorprogrammet för att kunna använda det för sitt avsedda ändamål samt vidta rättelser av det. Dessa rättigheter kan emellertid *inskränkas genom avtal*.¹⁶⁴

Vad som krävs för att användaren ska ha ”förvärvat rätt” att använda datorprogrammet och därmed åtnjuta dessa befogenheter klagörs, i här relevant avseende, inte i det bakomliggande direktivet.¹⁶⁵ I doktrinen har dock uttryckssättet uppfattats som inbegripande sådana köp av mjukvara över disk som här behandlas varför reglerna alltså bör bli tillämpliga. Även förvärv och leverans av datorprogram via internet borde omfattas.¹⁶⁶

För att återvända till klassificeringsfrågan kan det uppmärksammas att förvärv av *tomma* skivor naturligtvis innebär ett köp av en lös sak eftersom de är rörliga fysiska föremål.¹⁶⁷ En vanlig uppfattning är, i linje med detta, att även förvärv av fysiska upplagor innehållande upphovsrättsligt skyddad information ska betraktas som ett köp av lös sak, i vart fall när fråga (som här) är om *standardprogramvara* som inte anpassats efter motpartens önskemål.¹⁶⁸ Viss kontrovers avseende klassificeringen finns emellertid och rättsläget är knappast klarlagt. Det är inte omöjligt, och av en del förespråkare, att en domstol skulle betrakta avtalet som upplåtelse av en licens.¹⁶⁹ Detta anses också vara den ståndpunkt *leverantörerna* av mjukvaran intar.¹⁷⁰

Eftersom clickwrap-avtalen *inte* söker reglera själva förvärvet av det fysiska mediet utan villkoren för *nyttjandet* av det upphovsrättsligt skyddade blir emellertid frågan mindre relevant för den aspekt som här undersöks: clickwrap-förfarandet söker inte avtala bort de köprättsliga reglerna (jfr ovan 2.3.3).¹⁷¹ Som utgångspunkt råder således avtalsfrihet med bl.a. ovan nämnda inskränkningar i URL på det område som här behandlas.

¹⁶¹ Bernitz, Karnell, m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s. 96.

¹⁶² Se ex. Rosén, *Upphovsrättens avtal*, 3u., s. 266 samt Andersen, *IT-retten*, s. 909.

¹⁶³ 26g§2,4 & 5st samt 26h§ URL, se närmare om innebörden samt begreppen bl.a. Rosén, *Upphovsrättens avtal*, 2u., s. 208ff.

¹⁶⁴ 26g§1st URL samt 6st é contrario.

¹⁶⁵ Dir. 91/250/EEG.

¹⁶⁶ Rosén, *Upphovsrättens avtal*, 2u., s. 209.

¹⁶⁷ Jfr Håstad, *Den nya Köprätten*, 5u, s. 232.

¹⁶⁸ SOU 1996:106, s. 69, se även Ds.2007:29, s. 302 och Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 413.

¹⁶⁹ Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 372f.

¹⁷⁰ Synsättet är naturligt eftersom det ökar deras avtalsfrihet och produkten då inte satts på marknaden enl. 19§ URL, Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 372f och 413.

¹⁷¹ Se Marotta-Wurgler, JLS 2009, nr. 38, s. 309ff.

4.3.2 Partsförhållandet

Nästa centrala fråga är mellan vilka *parter* ett clickwrap-avtal ska anses ingånget om det medför bundenhet. Frågan är mer komplicerad än den verkar och ska därför här benämnas upp något.

Först måste uppmärksammas att en leverantör inte kan binda ”slutförvärvaren” av produkten i ett avtal med återförsäljaren. Sådana *förpliktigande* tredjemansavtal är nämligen ogiltiga enligt svensk rätt.¹⁷² Däremot kan de avtala om att återförsäljaren ska uppställa vissa *krav för försäljningen* gentemot denne tredje man.¹⁷³ Inte heller detta binder i sig slutförvärvaren men det avtal återförsäljaren som *resultat* ingår med denne blir naturligtvis bindande. Villkoren blir dock då gällande mellan *återförsäljaren* och förvärvaren, d.v.s. inte i förhållande till upphovsmannen själv.¹⁷⁴

När en leverantör använder sig av clickwrap är fråga emellertid om en annan situation. Det finns flera argument för att betrakta ett sådant avtal, om det skulle tillerkännas *självständig* giltighet (jfr nedan 4.3.3.3), som gällande mellan den slutlige köparen och upphovsmannen istället för med återförsäljaren. Detta främst eftersom någon upphovsrätt inte över- eller upplåtits till säljaren av det fysiska mediet. Återförsäljaren förvärvar nämligen normalt bara en rätt att sälja fysiska kopior innehållande datorprogrammet.¹⁷⁵ Detta innebär också att säljaren inte självständigt kan ge förvärvaren en utvidgad rätt i förhållande till URL: det kan bara den med upphovsrätt till datorprogrammet göra.¹⁷⁶

Förhållandet synliggörs ytterligare av att varje säljare får sätta sitt eget pris men aldrig kan ändra på innehållet i själva kopian och, därmed, inte heller det *licensavtal* som finns därpå. Redan av termen ”licensavtal” (jfr. engelska EULA) framgår att *upphovsmannen* också uppfattar sig själv som ”part” i förhållande till slutförvärvaren: det är nämligen denne som kan upplåta licenser till sitt upphovsrättsligt skyddade verk.¹⁷⁷

I linje med det ovanstående står det, enligt min mening, klart att om clickwrap-avtalet *i sig* medför att avtal uppstår (4.3.3.3) gäller detta mellan upphovsmannen (licensgivaren) och slutförvärvaren (licenstagaren). Att clickwrap-avtalet återfinns på den förvärvade skivan innebär dock att det, i

¹⁷² Se ex. NJA 1997 s. 44 och Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 138.

¹⁷³ Det måste dock beaktas att det finns *konkurrensrättsliga* begränsningar för sådana förfaranden, se närmare Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 49ff angående detta.

¹⁷⁴ Jfr NJA 1939 s. 592 och 1949 s. 645 samt Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 52 angående presumptionen för att avtal ingås för egen räkning, se även nedan 4.3.3.1.

¹⁷⁵ KOM(2001)786 slutlig, punkt (115).

¹⁷⁶ Se 27-28§§ URL samt Bernitz, Karnell, m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s. 96.

¹⁷⁷ Rosén, *Upphovsrättens avtal*, 3u., s. 87f., att göra det utomobligatoriska förhållandet inomobligatoriskt har dock många fördelar för leverantören varför dennes uppfattning naturligtvis inte bör ”tas på orden”, se Grönfors och Dotevall, *Avtalslagen: en kommentar* (Zeteo), kom. till 1§, rubrik 8.

någon mening, är ”avhängigt” förvärvet. Som klargörs nedan bör detta också påverka huruvida ett bindande avtal över huvud taget kan uppkomma genom förfarandet (4.3.3.3).

Om själva köpet av återförsäljaren *villkoras* av standardvillkoren som finns i clickwrap-avtalet blir dock naturligtvis denne som utgångspunkt part i förhållande till förvärvaren (se mer om detta nästa avsnitt 4.3.3.1).

4.3.3 Avtalsrättslig bundenhet

4.3.3.1 Utgångspunkter

Ett clickwrap-förfarande innebär, precis som vid internetavtal med point-and-click (4.2.1), att den ena parten så att säga ”självständigt” avger en förklaring genom ett särskilt klick medan motpartens bindandeförklaring avges genom en automatisk process, här en på ett fysiskt medium inprogrammerad förklaring.¹⁷⁸ Det är alltså fråga om en *kombination* av en förprogrammerad och en självständigt företagen handling. Ett antal beaktansvärda skillnader finns emellertid. Den viktigaste av dessa är att clickwrap-processen inte initieras förrän efter det att betalning av det fysiska mediet, skivan, redan *erlagts*. I detta avseende uppvisas istället stor likhet med förfadern shrinkwrap.

Vad gäller just shrinkwrap-fenomenet hänvisas ofta till två äldre svenska avgöranden om *påskrifter*.¹⁷⁹ I båda fallen var fråga om ett förbehåll som av tillverkaren *tryckts på en vara*: i det första en bok, i det andra en grammofonskiva. Varan hade senare förvärvats *från en återförsäljare* (d.v.s. inte direkt från tillverkaren) varefter köparen agerat i strid med påskriften. Högsta Domstolen konstaterade i domarna att en påskrift inte *i sig* berättigade tillverkaren att åberopa ett förbehåll mot köparen. I grammofonskivfallet hade tillverkaren till och med meddelat köparen om förbehållet *innan* köpet men inte heller detta ansågs räcka för att binda denne vid det. Eftersom villkoret inte gjorts gällande som en *förutsättning* för köpet hade en sådan förpliktelse inte uppstått för förvärvaren (jfr ovan 4.3.2).

Upphovsrättsutredningen uttalade, i ovanstående rättsfalls anda, att inte heller *shrinkwrap-påskrifter* binder köparen av en produkt, ”*dvs. konstituerar inte något avtalsförhållande*”. För att rättsligt binda krävs istället att denne ”*i samband med förvärvet görs uppmärksam på villkoret och kan anses ha accepterat det*”. Dyliga ”påskrifter” och avtalsvillkor kan dessutom *aldrig* bli bindande gentemot en tredje man (d.v.s. en person utanför det obligationsrättsliga förhållandet).¹⁸⁰

Den självklara *utgångspunkten* för den slutsats som dras av rättsfallen i utredningen och doktrinen är att det inte är möjligt att *ensidigt* åstadkomma, eller införa ytterligare villkor i, ett avtalsförhållande, d.v.s. i praktiken en

¹⁷⁸ Jfr ovan 4.2.1 och Heidbrink, SvJT 2007 s. 673.

¹⁷⁹ NJA 1939 s. 592 och 1949 s. 645.

¹⁸⁰ SOU 1985:51, s. 102, se även prop. 1988/89:85, s. 14.

påminnelse om kravet på *ömsesidighet* för att ingå och ändra avtal (jfr ovan 3.2.1.1).¹⁸¹ Parallellen från rättsfallen till *shrinkwrap* som görs i utredningen och ofta upprepats är att metoden inte kan tillskapa bundenhet då sådan påstås uppstå genom brytande av plasten *enligt en påskrift*.¹⁸²

En del författare drar denna tes än längre och anlägger ett liknande perspektiv även på clickwrap-avtal. Villkoren ses, som Rosén uttrycker det, som *ensidiga påbud* ”såvida man inte kan påvisa förekomsten av ett verkligt avtal som en följd av konsensus kontraherande parter emellan”.¹⁸³

Viktigt att uppmärksamma är dock att det inte är *själva standardavtalen* som uppfattas som mer ”ensidiga” än vanligt utan den *metod* med vilken någon söker göra dem bindande i det enskilda fallet. Hur balanserade villkoren är beror fortfarande, som ovan klargjorts, på avfattaren (2.2.2).¹⁸⁴

4.3.3.2 Avtalsrättsliga konstruktioner

Efter de föregående avsnitten (4.2 och 4.3.3.1) kan konstateras att det finns flera tillvägagångssätt för att binda slutförvärvaren vid standardvillkor för datorprogrammet.

Återförsäljaren kan till att börja med göra villkoren till en *förutsättning för förvärvet* av det fysiska mediet, något som även kan göras *underförstått*. Det finns i denna situation definitivt ett avtal att införliva villkoren i varför problematiken främst blir om villkoren *inkorporerats*. Denna fråga behandlas därför närmare först i ett senare kapitel (5.3.2.).

Utöver ovanstående tillvägagångssätt kan förvärvsavtalet göras *suspensivt implicit villkorat* av att förvärvaren i ett senare skede ingår även clickwrap-avtalet.¹⁸⁵ Detta kan naturligtvis även göras *explicit* men det hör förmodligen till ovanligheterna eftersom ett ”köp över disk” normalt är av tämligen enkel natur.¹⁸⁶ Det kan slutligen också resoneras om att clickwrap-avtalet tillskapar bundenhet mellan upphovsmannen och slutförvärvaren *oavsett* att förvärvet inte på något sätt hålls svävande intill denna punkt.

Nyssnämnda alternativ utgår från att clickwrap-förfarandet i sig *tillskapar* avtalsrättslig bundenhet och står därför i centrum för kommande avsnitt (4.3.3.3). Här ska dock först något sägas om sannolikheten att endera förhållandet föreligger.

Vad först gäller frågan om förvärvsavtalet kan anses *implicit villkorat* av att clickwrap-avtalet senare tillträds finns det visst argumentationsutrymme i svensk rätt. Eftersom Avtalslagens modell för avtalsslut är dispositiv (1§2st AvtL) i förhållande till *handelsbruk* (och partsbruk) finns det, i vart fall i

¹⁸¹ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s.52f och 75f samt *Otillbörligt ingripande i avtalsförhållande*, s. 55f.

¹⁸² Se ex. Torvund, *Kontraktregulering – IT-kontrakter*, s. 23, Bernitz, Karnell, m.fl., *Immateriellrätt och otillbörlig konkurrens*, s. 78., Andersen, *IT-retten*, s. 907.

¹⁸³ Rosén, *Upphovsrättens avtal*, 3u., s. 266.

¹⁸⁴ En studie företagen av Marotta-Wurgler, JLS 2009, nr. 38, s. 309ff., visade att sådana licensavtal som ålades *efter* själva förvärvet i allmänhet var ungefär lika balanserade som sådana som presenterats *innan* det.

¹⁸⁵ Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 109.

¹⁸⁶ Nørager-Nielsen, *Edb-kontrakter*, s. 348.

kommersiella förhållanden (jfr nedan 5.3.2.2), möjlighet att argumentera för att ett sådant uppstått.¹⁸⁷ I doktrinen har det uttalats att det numera är ”allmänt känt” att ytterligare villkor tillkommer efter förvärv av mjukvara på ett fysiskt medium.¹⁸⁸ Detta kan anses tala för att en sådan särskilt avtalsordning enligt bruket tillämpas.

Om ett sådant bruk *inte* anses föreligga eller inte är bindande i det enskilda fallet finns det emellertid betydligt mindre utrymme att anse förvärvet vara villkorat av att clickwrap-villkoren senare godkänns. Det vore enligt mig då tämligen vanskligt att betrakta *samtliga* köp av mjukvara på fysiska medium som *implicit* villkorade av clickwrap-avtal. Själva förvärvet är nämligen, som påpekats, typiskt sett ett tämligen enkelt avtal som ingås på samma sätt som vilket köp som helst. Det är svårt att motivera varför just dessa förvärv (till skillnad från andra) ska betraktas som villkorade.¹⁸⁹ En annan sak är att ett villkorande kan anses föreligga *i ett enskilt fall*, exempelvis för att det gjorts *uttryckligt* (jfr ovan).

I sammanhanget kan dock uppmärksammas att det i *utländsk* rättspraxis emellanåt anlagts ett perspektiv om att förvärv av mjukvara på fysiska medium kan anses ”villkorade” på ett mer långtgående sätt.¹⁹⁰ Rättsfallen har naturligtvis ingen bäring på svensk rätt men visar att det trots allt är *möjligt* att resonera så.¹⁹¹

Om förvärvet inte ses som villkorat enligt ovan finns emellertid, som nämnts, fortfarande möjligheten att *ändå* anse clickwrap-avtalet ge upphov till ett avtal mellan upphovsmannen och förvärvaren. *Skillnaden* blir att det fås två olika avtalstidpunkter: en för förvärvet och en för clickwrap-avtalet. Hålls förvärvet svävande infaller dessa istället *samtidigt*. I nästkommande avsnitt ska det uppmärksammas hur detta förhållande, enligt mig, bör påverka giltigheten.

Oavsett om förvärvsavtalet skulle ses som *implicit villkorat* av clickwrap-avtalet eller de uppfattas som två separata avtalstillfällen krävs det, för att ett inomobligatoriskt förhållande ska uppstå mellan upphovsmannen och licenstagaren, att clickwrap-avtalet rent faktiskt medför *avtalsbundenhet*. Huruvida så kan bli fallet ska därför utredas i det följande.

4.3.3.3 Avtalsverkan

För att clickwrap-villkoren ska bli bindande direkt mellan upphovsmannen (licensgivaren) och förvärvaren av det fysiska mediet (licenstagaren) krävs att förhållandet dem emellan görs *inomobligatoriskt*. Detta sker, som

¹⁸⁷ Jfr Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 95.

¹⁸⁸ Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 381f.

¹⁸⁹ Nørager-Nielsen, *Edb-kontrakter*, s. 348 och se Collins, W.Va. Law. Rev., nr. 111 s. 544. I rättspraxis jfr ex. NJA 2010 s. 559 där en *utvidgad*, inte inskränkt, rätt i förhållande till upphovsmannen ansågs implicit föreligga.

¹⁹⁰ Se bl.a. det skotska avgörandet Beta Computers (Europe) Ltd v. Adobe Systems (Europe) Ltd. och Hill v. Gateway 2000 samt Hultmark JT 1998/99, s. 83f.

¹⁹¹ Pawlo, NIR 1999, s. 148ff.

påpekats, dock inte genom själva köpet där istället återförsäljaren är part (4.3.2). Den centrala frågan blir istället huruvida clickwrap-avtalet *i sig* ger upphov till avtalsbundenhet. För att så ska vara fallet måste naturligtvis, till att börja med, de sedvanliga kraven för sådan uppfyllas.¹⁹² Häribland kan anmärkas att det bör *tydligt* framgå för slutförvärvaren att licensgivaren anser att ett godkännande av villkoren medför avtalsrättslig bundenhet dem emellan (se 4.2.1).

Som tidigare klargjorts är frågan om ett särskilt ”uttryck” kan medföra avtalsrättslig bundenhet i någon mån avhängig hur detta typiskt sett uppfattas (något formkrav finns inte, 3.2). Betraktar de inblandade sig normalt sett som bundna utgör detta också ett gott argument för bundenhet (se bl.a. 3.2.1.2 och 3.2.2.2 ovan).

I detta sammanhang bör det uppmärksammas att förklaringarna vid clickwrap utbyts på ett sätt som i allt väsentligt liknar det vid internetavtal och point-and-click. Det senare förfarandet kan, som konstaterats, också användas för att åstadkomma bindande avtal (4.2.1). Som konsekvens har de flesta också någon gång ingått ett bindande avtal, på standardiserade villkor, genom ”klick”.¹⁹³ På grund av dessa *likheter* finns det, enligt mig, också goda möjligheter att hävda ett *bruk* i handeln med innebörd att bindande rättshandlingar kan utbytas genom clickwrap. Användarens *agerande*, d.v.s. att klicka för godkännande, bör alltså kunna utgöra ett sådant *uttryck* som medför avtalsrättslig bundenhet (jfr 3.2.1.1).¹⁹⁴

Problematiken kan istället hänföras till den *situation* uttrycket avges i. När clickwrap-avtalet initieras, varvid villkoren presenteras, har nämligen förvärvet av det fysiska mediet redan *fullbordats*.¹⁹⁵

Att standardavtalet i regel presenteras på skärmen i samband med att själva clickwrap-avtalet ingås innebär förstås att man i detta *senare* skede kan tala om en vilja att acceptera villkoren, i vart fall en uttunnad sådan (se närmare 5.2). Clickwrap-förfarandet är dock som påpekats avhängigt förvärvet av det redan betalade fysiska mediet (4.3.2). Frågan blir, mot denna bakgrund, om godkännandet vid installationen ska klassificeras som en *överenskommelse* eller bara ett försök att *ensidigt* ålägga förvärvaren ytterligare villkor (jfr ovan 4.3.3.1).

En central princip i svensk rätt är den om *avtalsfrihet*. Denna innefattar bl.a. en rätt att välja *om* avtal över huvud taget ska ingås.¹⁹⁶ I linje med denna princip måste det också *tydligt* framgå (se 4.2.1) för användaren att dennes godkännande medför ett avtal *och* att denne har ett *val* för att bundenhet över huvud taget ska komma på tal. Ett godkännande avgivet av någon som redan tror sig vara bunden eller inte ha rätt att välja är naturligtvis inte

¹⁹² Se Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 119ff. och jfr. ovan 3.2.1.1.

¹⁹³ Sju av tio svenska konsumenter handlade någonting elektroniskt under första kvartalet 2012, <http://www.hui.se/statistik-rapporter/index-och-barometrar/e-barometern>, Q1 2012

¹⁹⁴ Se Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 20f, Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 381f och Pawlo, NIR 1999, s. 151 samt 154f.

¹⁹⁵ Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 381f.

¹⁹⁶ Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement*, s. 51f.

mycket värt (det saknas då avsikt att uppnå rättslig bundenhet, jfr 3.2.1.1).¹⁹⁷

Finns ingen *reell* möjlighet att låta prestationerna för förvärvet av det fysiska mediet gå åter blir det *särskilt* svårt att tala om en vilja att ingå och acceptera clickwrap-avtalet: förvärvaren kan då bara välja mellan att godkänna villkoren eller inneha en värdelös produkt. Denne hamnar i princip i en tvångsliknande situation näraliggande Avtalslagens ogiltighetsregler och dess 36§.¹⁹⁸ Ett rimligt antagande är därför att möjlighet att återgå till status quo måste finnas för att kunna beakta clickwrap-avtalet just som ett bindande avtal. Dylika resonemang har även förts i utländska domstolsavgöranden där wrap-villkor varit föremål för prövning.¹⁹⁹

Enligt min mening bör *större* sannolikhet för bundenhet också föreligga om förvärvsavtalet anses vara suspensivt, *villkorat* av clickwrap-avtalet (4.3.3.2).²⁰⁰ Denna uppfattning grundas på att förvärvaren då försätts i en position där denne klart har att antingen *acceptera* eller *avfärda*: dennes *vilja* blir bestämmande för om båda avtalen, förvärvet och licensieringen, ska bli slutliga eller inte.

Frågan om clickwrap *i sig* medför avtalsbundenhet är dock som läsaren förstår svår att generellt besvara men ett argumentationsutrymme kan, enligt mig, definitivt skönjas. I doktrinen har också anförts att domstolen, vid en eventuell prövning, bör ta hänsyn till den *ökade kunskapen* hos köparna och den *praktiska nyttan* av avtalsformen.²⁰¹ Det finns förmodligen över huvud taget anledning att studera clickwrap-avtalen mindre kategoriskt än som ofta slentrianmässigt görs. Det lämpligaste är naturligtvis att göra en nyanserad helhetsbedömning i varje enskilt fall med utgångspunkt i principen om *avtalsfrihet*.²⁰²

Att bundenhet potentiellt *kan* uppnås med metoden innebär emellertid inte att villkoren kategoriskt accepteras som avtalsinnehåll. Standardvillkoren måste också passera den *öppna* och *dolda kontroll* som tillämpas i svensk rätt (se 5.1.2). Den möjlighet att "rätta till" obalanser i avtalet som däri erbjuds kan, måhända, också ses som ett argument för en liberalare bedömning i den ovanstående frågan om avtalsverkan.

I nästkommande kapitel ska redogöras för hur den *dolda kontrollen* tillgår enligt svensk rätt (5) och vilka implikationer den har för de i framställningen behandlade avtalsformerna (6). Det finns därefter anledning att återkomma till den här presenterade problematiken i den avslutande diskussionen (7).

¹⁹⁷ Se Adlercreutz I s. 122.

¹⁹⁸ Jfr även 33§ AvtL.

¹⁹⁹ Se ProCD v. Zeidenberg samt kommentar i Pawlo, NIR 1999, s. 149f.

²⁰⁰ Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 109.

²⁰¹ Pawlo, NIR 1999, s. 151.

²⁰² *Ibid.*, s. 154f.

5 Inkorporering genom traditionella avtalsformer

5.1 Introduktion

5.1.1 Allmänna utgångspunkter

I tidigare avsnitt har klargjorts att villkor som presenteras i clickwrap och point-and-click-avtal faller under definitionen för ”standardavtal”. Det har också utretts huruvida dessa tekniker kan användas för *avtalslut* varefter ramarna för den avtalsfrihet som finns uppmärksammas något. För att knyta ihop säcken, och dessa slutsatser, blir nästa fråga om standardvillkoren också kan bli *del av avtalet* genom dylika förfaranden.

Det måste noteras att frågan om *avtal slutits* alltså inte är synonym med den om *standardvillkoren inkorporerats*. När domstolen frågar sig om inkorporering skett är det centrala konstaterandet inte att ”avtal föreligger” utan fastställandet av ett *avtalsinnehåll*.²⁰³ Frågeställningen är således avhängig den om avtalslut, eftersom den inte över huvud taget aktualiseras om något avtal inte ingåtts, men i egentlig mening separat. Distinktionen mellan de två prövningarna blir emellertid lätt glidande (jfr nedan 6.3).²⁰⁴ Vad gäller klick-avtalen är exempelvis samtliga avtalsvillkor standardvillkor varför effekten av att dessa inte inkorporerats är densamma som att något avtal inte ingåtts. Handelsbruk och dispositiv rätt får fylla ut ett eventuellt förhållande mellan parterna.²⁰⁵ Trots att *effekten* alltså blir densamma är *orsaken* dock, som ska visas nedan, av stor betydelse.

Det ska uppmärksammas att ett ”införlivande” (synonymt med ”inkorporering”) i princip tar sikte på avtalets *lydelse* varför en avvikande *gemensam partsvilja* skulle ges företräde.²⁰⁶ Sådant som *individuellt avtals* har också företräde framför standardvillkor.²⁰⁷ Eftersom det här är fråga om avtal som erbjuds i ett *anslutningsavtal* saknas det emellertid regelmässigt utrymme att tala om både avvikande individuella villkor och en gemensam vilja.²⁰⁸ Sådana resonemang lämnas därför också utanför i det följande.

Några rättsregler om standardavtals inkorporering i avtalet finns inte att tillgå.²⁰⁹ De *krav* som i rättspraxis uppställts för inkorporering i avtalet har

²⁰³ Hultmark, *Standardavtal och avtalsinnehåll*, s. 459.

²⁰⁴ Grönfors, *Avtalslagen*, 3u., s. 68f., Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 13ff.

²⁰⁵ Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 281.

²⁰⁶ Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 43.

²⁰⁷ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 85.

²⁰⁸ Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 69f.

²⁰⁹ Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 132.

som konsekvens också tillkommit där.²¹⁰ Enligt allmän uppfattning har reglerna skapats av domstolarna i syfte att *bortse* från vissa villkor och därmed motverka ensidiga bestämmelser i standardavtalen.²¹¹ Denna domstolskontroll kallas i doktrinen ”*dold kontroll*”, ett epitet till vilket man i allmänhet också hänför *borttolkning* av avtalsvillkor.²¹² Begreppet ska ses i förhållande till institutet ”*öppen kontroll*” bestående i möjligheten att med stöd av lag eller allmänna rättsprinciper *uttryckligen* åsidosätta eller jämka villkor i standardavtal.²¹³ Under begreppet hänförs därför åsidosättande p.g.a. *tvingande lagstiftning* och *Avtalsvillkorlagarna* men även den, i förhållande till framställningen, mycket viktiga möjligheten till *jämkning* av *avtalsinnehåll* medelst 36§ AvtL.²¹⁴

Skillnaden mellan de två kontrolltyperna är, som framgått, att den dolda avser frågan om huruvida ett villkor över huvud taget blivit avtalsinnehåll (inkorporerats) medan den öppna istället tar sikte på villkor som de facto införlivats i ett avtal och sedan potentiellt bortser från det.²¹⁵

I detta kapitel och framställningen i stort fokuseras på den dolda kontrollen (1.4). Samtliga avgöranden på området måste dock ses i ljuset av 36§ AvtL och förhållas till dess tillkomst 1976. Vid domstolsprövningar *innan* dess inträde fanns inte denna allmänna jämningsmöjlighet varför den dolda kontrollen utgjorde den enda möjligheten att åstadkomma ett mer balanserat avtal (om inte någon särskild jämningsbestämmelse eller tvingande bestämmelse fanns avseende avtalstypen). På samma sätt har praxis tillkommen *efter* 36§ AvtL tenderat att röra sig *mer* mot öppen kontroll än tidigare.²¹⁶ Ett antal författare förespråkar dessutom att den dolda kontrollen bör försvinna, eller i vart fall nedtonas, med anledning av paragrafens tillkomst.²¹⁷ Som ska redovisas nedan har den dock knappast förlorat sin betydelse.²¹⁸

5.1.2 Den fortsatta framställningen

De krav som av domstolarna uppställs för införlivande av standardvillkor i ett individuellt avtal indelas i princip i två nivåer i rättspraxis. Den första av dessa tar sikte på frågan om standardavtalet inkorporerats ”*i allmänhet*”. Kraven för införlivande på denna nivå har i rättspraxis satts relativt lågt men måste naturligtvis differentieras beroende på förutsättningarna i det enskilda fallet.²¹⁹

²¹⁰ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 27f.

²¹¹ *Ibid.*, s. 28 och Grönfors, *Avtalslagen*, 3u., s. 66.

²¹² *Ibid.*, s. 28 och *ibid.*, 3u., s. 66.

²¹³ Bernitz, SvJT 1972 s. 404f.

²¹⁴ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 28 & Grönfors, *Avtalslagen*, 3u., s. 66 och Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 107f.

²¹⁵ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 28.

²¹⁶ NJA 1980 s. 46.

²¹⁷ Ex. Grönfors, *Avtalslagen*, 3u., s. 66 och Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 84.

²¹⁸ Se ex. det purfäriska NJA 2011 s. 600.

²¹⁹ Bernitz, SvJT 1972 s. 421.

Att resonera om inkorporering av ”hela” avtalet eller standardvillkoren ”i allmänhet” blir förvisso sällan meningsfullt eftersom en rättslig tvist i regel gäller frågan om ett *särskilt* villkor inkorporerats och inte avtalet som helhet.²²⁰ Har den ålagde parten inget att invända mot villkoren i standardavtalet uppkommer nämligen ingen tvist.²²¹ Det finns ändå en poäng med att särskilja ”allmän” inkorporering eftersom nästa prövningsnivå innebär en studie av det *enskilda villkoret*. Det som domstolen då frågar sig är om villkoret är *oväntat*, *överraskande* eller *särskilt tyngande* för den ene avtalsparten.²²² Om så befinns vara fallet ställs kraven för inkorporering nämligen *högre* än för standardavtalets inkorporering ”i allmänhet” (se nedan 5.4.2).

Vad som krävs för inkorporering måste i sin tur förhållas till existerande *metoder* för införlivande. Eftersom Avtalslagen varken uppställer något generellt formkrav för avtalslut eller reglerar inkorporeringsfrågan finns det i praktiken en uppsjö tillvägagångssätt för att inkorporera standardvillkor.²²³ De ansatser till kategorisering av dessa metoder som gjorts i doktrinen är av varierande slag och saknar gemensam övergripande terminologi.²²⁴ I min framställning förhåller jag mig därför relativt självständigt till problematiken och använder ett tvådelat upplägg. Detta innebär att situationer då någon form av *införlivandeåtgärd*, såsom ett tillfogande (infogande eller bifogande) eller en referens vidtagits behandlas i ett första avsnitt (5.3.1). Därefter genomgås mer ”lösa” former av införlivande där motparten *inte uppmärksammas* om villkoren men ändå kan tänkas bli bunden av dem (5.3.2).

I det följande redogörs först för det allmänna kravet på *kännedom* om standardvillkoren (5.2) varefter fokus flyttas till de ovan beskrivna *metoderna för införlivande* (5.3). Dessa inledande avsnitt behandlar emellertid *bara* det som benämnts ”allmän inkorporering” medan införlivande av *oväntade*, *överraskande* och *särskilt tyngande klausuler* av framställningstekniska skäl lämnats till ett särskilt kapitel (5.4). En viktig fråga som, p.g.a. sin magnitud och vikt för uppsatsens kärnfråga, också behandlas separat är *vid vilken tidpunkt* införlivandet ska ske för att få bindande verkan (5.5).

Efter denna allmänna presentation av rättsläget kommer sedan i ett separat kapitel (6) undersökas vilka implikationer detta har för de i rättspraxis oprovade *klick-avtalen* i synnerhet.

²²⁰ Hultmark, *Standardavtal och avtalsinnehåll*, s. 460 och Hellner, *Kommersiell avtalsrätt*, s. 49.

²²¹ Hellner, *Kommersiell avtalsrätt*, s. 49, jfr även 6§2st AvtL.

²²² Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 60.

²²³ Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 132., Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 76. samt se (5.3.1).

²²⁴ Se ex. Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 141f., Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 58ff., Hellner, *Kommersiell avtalsrätt*, s. 47f., Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 75 m.fl.

5.2 Motpartens kännedom om standardvillkoren

Ett centralt krav för inkorporering av standardvillkor är att dessa ska ha kommit *till motpartens kännedom*. Som antytts ovan och framgår av hela institutet ”avtal” måste den som ingår ett sådant *kunna ta del av de villkor avtalet ingås på*. Konstaterandet är egentligen självklart och kan enkelt sammankopplas med den ovan (3.2.1.1) beskrivna svenska *viljeförklaringsmodellen*: en part kan inte ha *vilja* att ingå avtal på villkor denne inte har någon som helst vetskap om.²²⁵

Härmed slutar dock utopin och verkligheten tar vid. Vad gäller just standardavtal är det nämligen vid många avtalstyper vanligare att motparten *inte* läser igenom dem än att så faktiskt sker.²²⁶ Det kan till och med så att den som vill införa villkoren i avtalet inte ens själv är medveten om vad de innebär.²²⁷ Hur detta problem ska lösas har blivit föremål för mycket diskussioner och är dessutom en av anledningarna till vår flora av tvingande konsumentskyddslagstiftning.²²⁸ Det är också i detta ljus Högsta Domstolens praxis om genomläsning av standardavtal måste ses. Som utgångspunkt uppställs nämligen *inget krav* på att motparten *faktiskt* läst igenom standardvillkoren för att inkorporera dessa utan bara att denne *haft möjlighet* att göra det.²²⁹ Om ett krav på genomläsning för inkorporering hade tillämpats i varje fall hade motparten kunnat undgå bundenhet på grund av sin egen underlåtenhet, ett önskat scenario naturligtvis. Istället uppkommer dock problem vid tillämpning av viljeförklaringsmodellerna: hur kan en person anses ha vilja att binda sig vid villkor denne aldrig läst?²³⁰ Den metod som använts i praxis innebär alltså att en form av ”uttunnad” vilja fått accepteras.²³¹

Vad gäller *överraskande, oväntade* och *särskilt tyngande* standardvillkor har det dock, som kommer visas, ansetts att andra regler ska gälla. Vid sådana binds nämligen motparten som utgångspunkt *inte* trots sin ovetskap varför ansvaret att uppmärksamma villkoren alltså övervältras på den som vill införliva dem (se nedan 5.4).

Motparten ska alltså ges möjlighet att ta del av standardvillkoren. Detta innebär i sin tur att de måste *tillgängliggjorts* för denne men detta är inte ensamt tillräckligt för införlivande. Standardvillkoren måste också bli en *del av det individuella avtalet*, ”lydelsen”, på något sätt (jfr dock nedan 5.3.2.2).²³²

²²⁵ Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 139.

²²⁶ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 60.

²²⁷ En potentiell effekt bl.a. av att en näringsidkare är med i en branschorganisation som ålägger sina medlemmar att tillämpa standardavtalet, jfr Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 53.

²²⁸ Jfr Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 139.

²²⁹ NJA 1978 s. 432, NJA 2011 s. 600 m.fl., se ex. Grönfors, *Avtalslagen*, 3u., s. 66f. i doktrinen.

²³⁰ Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 139.

²³¹ Grönfors, *Avtalslagen*, 3u., s. 66.

²³² Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 69f.

Vilka krav som då uppställs beror, som ovan nämnts, (5.1.2) på vilken *införlivandemetod* som använts. Eftersom dessa också medför olika grader av *synliggörande* av villkoren och, därmed, bringande av dem till motpartens kännedom går de två kriterierna emellertid in i varandra något. I görligaste mån söker jag dock upprätthålla en särskild skillnad mellan tillgängliggörande- och lydelsekriteriet nedan.

Det ska också uppmärksammas att kraven för införlivande naturligtvis varierar med sådant som rättshandlingens art, parternas ställning och, naturligtvis, villkorens innehåll.²³³ Det som presenteras nedan är alltså *generella regler* som sedan måste anpassas och nyanseras efter det aktuella avtalsförhållandet.²³⁴ Inkorporeringsfrågan är nämligen, i grund och botten, ett särskild slag av fastställande av avtalets ”lydelse” (jfr 5.1.1).²³⁵

5.3 Inkorporeringsmetoder och införlivande i allmänhet

5.3.1 Infogande och referens

Som rubriken antyder behandlas här de situationer då en avtalspart söker införliva standardvillkor genom att införliva dessa direkt i avtalet självt eller på något sätt referera till dem. Som ovan påpekats avser diskussionen här enbart ”allmän” inkorporering medan införlivande av *oväntade*, *överraskande* och *särskilt tyngande* klausuler behandlas först i ett senare avsnitt (5.4).

Om standardvillkoren sammanblandats med och ingår i samma avtalshandling som individuellt förhandlade villkor, d.v.s. *infogats* i den, anses de i regel införlivade när avtalet ingås. Detta i doktrinen sedan länge förespråkade förhållande grundas inte ursprungligen på något enskilt rättsfall utan på att motparten i dessa situationer haft *möjlighet att ta del av villkoren på ett enkelt sätt* och att denne genom ingående av avtalet, mer eller mindre, *uttryckligen accepterar villkoren*.²³⁶ Högsta Domstolen har också nyligen bekräftat synsättet med hänvisning till just dessa doktrinuttalanden.²³⁷

En svårare fråga är vad som ska krävas för införlivande när standardvillkoren *inte* infogats bland de individuellt förhandlade villkoren. Utgångspunkten är då att en *referens* till villkoren ska finnas i avtalet för att de ska bli inkorporerade (till denna huvudregel finns det dock undantag, se nedan 5.3.2).²³⁸ I doktrinen har sedan länge förespråkats att denna

²³³ Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 84.

²³⁴ Bernitz SvJT 1972 s. 421.

²³⁵ Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 69.

²³⁶ Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 142.

²³⁷ NJA 2011 s. 600.

²³⁸ Se ex. NJA 1980 s. 46 och 2000 s. 462 samt Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 48.

hänvisning också måste vara ”tydlig”.²³⁹ Att så är fallet får också anses logiskt eftersom motparten i annat fall inte ”möjliggörs” att ta del av standardvillkoren, d.v.s. ett av grundkraven för inkorporering uppfylls inte (jfr 5.2). Förstår den ena parten inte att den andre söker införliva ett standardavtal blir referensen, så att säga, betänkelig ur ett vilje-perspektiv. I senare rättspraxis har även Högsta Domstolen påtalat att hänvisningar varit och måste vara ”tydliga” men någon explicit redogörelse för vad som ligger i detta krav har egentligen aldrig gjorts. Det är därför också svårt att precisera själva innebörden av rekvisitet.²⁴⁰

För att kontrastera kan uppmärksammas att Högsta Domstolen bl.a. accepterat en *indirekt* hänvisning till ett standardavtal såsom gällande i ett särskilt fall.²⁴¹ Fråga var i situationen om ett avtal mellan en entreprenör och en enskild i vilket det stod att ”*arbetet ska utföras enligt [...] avtal mellan entreprenören och kommunen*”. I det senare avtalet fanns i sin tur en hänvisning till ett standardavtal som domstolen, därför, ansåg tillämpligt mellan den enskilde och entreprenören.

Eftersom en läsare som *bara* läser hänvisningen i avtalet mellan entreprenören och den enskilde omöjligt kan dra slutsatsen att ett standardavtal blir tillämpligt kan det enligt mig ifrågasättas om den kan kallas ”tydlig”. Det måste dock här uppmärksammas att det var den enskilde, inte entreprenören, som åberopade en bestämmelse i standardavtalet. Domstolen uttalade att den enskilde hade rätt att åberopa sig på standardavtalet: ”[s]ärskilt med hänsyn till att bolaget självt slutit det för *entreprenaden grundläggande avtal vartill kontraktet hänvisar*”.

Slutsatsen som får dras är att hänvisningen *och* bolagets förmodade insikt *tillsammans* medförde bundenheten och att domslutet därför troligtvis hade blivit ett annat om bolaget hade åberopat villkoret istället för individen. En förvisso otydlig hänvisning verkar således kunna *avhjälpas* genom insikt. Detta ligger väl i linje med ett partsviljeresonemang och den nyansering som måste göras i det enskilda fallet när inkorporeringsfrågor behandlas (5.1.1). Även i annan rättspraxis antyds att sådan insikt avhjälper ett annars otillräckligt införlivande.²⁴²

Ett mer generellt sätt att uppfatta tydlighetskravet är att hänvisningen ska gå att förstå och inte vara undangömd vilket även beaktas vid bedömningen av huruvida ett standardvillkor är ”oväntat” (jfr nedan 5.4.1).²⁴³ Konsekvensen är i så fall att en ”tydlig” hänvisning fyller dubbla syften. Enligt min mening är detta ett logiskt sätt att se på kravet som också i viss mån stöds av uttalanden i rättspraxis.²⁴⁴

²³⁹ Se ex. Bernitz, SvJT 1972 s. 421, begreppet och kravet på ”tydlighet” härstammar förmodligen från att en friskrivning, för att bli gällande, måste vara detta, se ex. NJA 1975 s. 545.

²⁴⁰ Se särskilt NJA 2000 s. 462 och 2011 s. 600.

²⁴¹ NJA 1984 s. 795.

²⁴² Se ex. NJA 1979 s. 401.

²⁴³ Se NJA 1979 s. 401 och NJA 1980 s. 46.

²⁴⁴ Se ex. NJA 1980 s. 46 där det uttalas att hänvisningen ”*inte givits någon undanskymd plats utan fått samma maskinskrivna utformning som övrig text i det tämligen kortfattade brevet*”, se även NJA 1979 s. 401.

När den som *hänvisar* till standardvillkoren också *bifogat* dem till avtalet krävs som utgångspunkt bara att hänvisningen är tydlig för att inkorporering ska anses ha skett.²⁴⁵ Motparten har i dessa situationer fått *möjlighet att ta del av villkoren på ett enkelt sätt* vilket i regel är tillräckligt för bundenhet vid dem.²⁴⁶ Gränsen mellan bifogande och *infogande* (jfr ovan), och därmed frågan om en hänvisning krävs i en given situation, är emellertid inte alltid helt enkel att dra.²⁴⁷ Om standardvillkoren finns på baksidan av ett dokument med individuellt framförhandlade villkor på framsidan krävs exempelvis, enligt ett rättsfall, att en ”tydlig hänvisning” gjorts på framsidan.²⁴⁸ Eftersom ett hänvisningskrav uppställdes valde domstolen i praktiken att behandla standardvillkoren på baksidan som ”bifogade” – inte infogade – villkor. Även i tidigare rättspraxis avseende en parkeringsbiljett har en friskrivningsklausul på baksidan accepterats som giltig p.g.a. en hänvisning på framsidan.²⁴⁹ Dessa båda rättsfall får anses tala för att bedömningen av huruvida villkor är ”infogade” företas restriktivt.

Gränsdragningen mellan rena ”infoganden” och ”bifoganden” är särskilt intressant p.g.a. den risk för ”sammanblandning” av individuella villkor och standardvillkor som uppkommer när de senare infogas i en individuell avtalstext (jfr ovan 2.2.1).²⁵⁰

Som ovan antytts är en referens i regel tillräcklig för införlivande om det är möjligt att *ta del av standardvillkoren utan svårighet*.²⁵¹ Detta tillhandahållandekrav anses, som beskrivits ovan, utan vidare uppfyllt när villkoren bifogats till eller infogats i avtalet – d.v.s. *tillställts* motparten. Vad som krävs för att villkoren ska anses tillhandahållna *i andra fall* är emellertid inte helt enkelt att precisera och varierar dessutom med avtalssituationen, standardavtalets *vanlighet* och *tillgänglighet* samt *partsförhållandet*.²⁵²

Vad gäller partsrelationen bör NJA 1980 s. 46 särskilt uppmärksammas. Fallet gällde ett avtal mellan två jämbördiga näringsidkare där endast en hänvisning till, inget tillställande av, standardavtalet gjorts i det individuella avtalet. Högsta Domstolen ansåg standardavtalet vara införlivat och anmärkte i domskälen på möjligheten för motparten att ”*genom telefonförfrågan hos andra parten eller den egna branschorganisationen erhålla önskade upplysningar*” om standardavtalets innehåll, d.v.s. ett åläggande för näringsidkaren att själv ta reda på vad motparten sökte

²⁴⁵ NJA 2011 s. 600.

²⁴⁶ Se ex. NJA 1978 s. 432, 2011 s. 600 och Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 60.

²⁴⁷ Not ex. Hovrättsfallet Ö 672-11 som enligt mig gör en underlig tolkning, i fallet var fråga om en hänvisning till ett icke-bifogat dokument, Hovrätten ansåg standardvillkoret vara sammanfogat med de individuellt förhandlade villkoren genom hänvisningen.

²⁴⁸ NJA 2011, s. 600, i doktrinen se Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 58.

²⁴⁹ NJA 1971 s. 36 och Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 84.

²⁵⁰ Hultmark, *Standardavtal och avtalsinnehåll*, s. 459, J. Ramberg, och *Standardavtal och avtalsinnehåll – några reflektioner med anledning av NJA 1980 s. 46*, s. 448, och Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 17.

²⁵¹ Se bl.a. NJA 1980 s. 46 och 2000 s. 462 samt HovR, Ö 3074-07 där principen framgår. Notera även Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 142 och Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 59 i doktrinen.

²⁵² Bernitz, *Standardavtalsrätt*, SvJT 1972 s. 421 och Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 142.

införliva för villkor genom hänvisningen. De åtgärder domstolen föreslog är emellertid, i vart fall vad gäller branschorganisationer (jfr 2.2.2), relativt specifika för förhållanden mellan näringsidkare och har därför också mindre bäring på konsumentförhållanden.²⁵³ Att även konsumenter har en plikt att själva sätta sig in i standardvillkoren följer emellertid redan av att något krav på ”faktisk genomläsning” inte uppställs vid ”allmän” inkorporering.²⁵⁴

Näringsidkare åläggs dock i allmänhet en *större* börda än konsumenter vad gäller uppmärksamhet, aktivitet och genomläsning av standardavtal i samband med avtalsslut.²⁵⁵ Att så är fallet även avseende inkorporering av standardavtal har också explicit uttalats i ett Hovrättsavgörande.²⁵⁶ I Högsta Domstolen finns inget motsvarande explicit utlåtande men väl flera i denna riktning.²⁵⁷ Det finns dock skäl att även differentiera kraven beroende av vilken näringsidkaren är.²⁵⁸ Exempelvis kan nämnas att en utländsk avtalspart kan ha svårare att få del av svenska standardvillkor än en inhemsk varför en högre grad av tillgängliggörande kan krävas.²⁵⁹

Av äldre rättspraxis framgår att en hänvisning till (utan tillställelse av) standardvillkoren kan vara tillräcklig även i ett konsumentförhållande varför också konsumenter åläggs viss skyldighet att själva inhämta och ta del av dem.²⁶⁰ Här måste dock en reservation för Högsta Domstolens uttalande i NJA 2011 s. 600 göras eftersom rättsläget *möjligtvis* är på ändringsväg i detta avseende. Domstolen framhöll att näringsidkaren, för inkorporering, måste vidta ”*skäliga åtgärder för att uppmärksamma*” konsumenten om standardvillkoren om denne inte ”*annars haft anledning att vara medveten*” om dem. I anslutning till uttalandet hänvisade domstolen till en artikel i DCFR vari formuleringen ”skäliga åtgärder” mynnar. Hänvisningen avsåg bara artikelns *första* stycke medan dess *tredje* stycke, som är avhängigt det första vid tillämpningen, lämnades okommenterat. I stycke tre stadgas att en referens *inte* (ensamt) innebär att skäliga åtgärder vidtagits. En *långtgående* tolkning av domstolens uppmärksammande skulle således innebära att detta var förhållandet även enligt svensk rätt.²⁶¹

Det är självklart mycket osannolikt att rätten avsåg åsidosätta äldre rättspraxis genom denna indirekta hänvisning. Att domstolen i sin efterföljande utläggning om gällande rätt uppmärksammade avtalsslut genom ”faktiskt handlande” som en situation då villkoren inte behöver tillställas konsumenten men i övrigt bara beskriver ”bifogandefall” är

²⁵³ Se Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 79 för resonemang i denna riktning.

²⁵⁴ Se ovan 5.2 samt ex. NJA 1978 s. 432.

²⁵⁵ Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 139, Bernitz, SvJT 1972 s. 422.

²⁵⁶ Hovrättens beslut, Ö 3074-07.

²⁵⁷ Jfr ex. NJA 1979 s. 401 med 1980 s. 46, se även NJA 2011 s. 600 och uttalandet att ”*skäliga åtgärder för att uppmärksamma*” konsumenten krävs.

²⁵⁸ Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 139.

²⁵⁹ Detta framgår implicit av NJA 1980 s. 46.

²⁶⁰ Se NJA 2000 s. 462 och RH 1984:146 samt Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 59. Jfr dock Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 79.

²⁶¹ Notera att fallet avsåg ett konsumentförhållande, artikeln saknar emellertid sådan inskränkning.

emellertid något underligt.²⁶² Domstolens referens är därför *möjligtvis* en fingervisning om vad som komma skall.²⁶³ Vissa doktrinförfattare tolkar dessutom ett rättsfall från 1997 på liknande sätt. Fallet gällde förvisso tillämpning av 36§ AvtL men anses av dem antyda att en hänvisning inte ensamt räcker för införlivande utan att ett ”aktivt uppmärksammande” i linje med riktlinjerna i nämnda DCFR–artikel också krävs.²⁶⁴

Oavsett partsförhållandet så måste *någon* form av *tillgängliggörande* av standardvillkoren göras för att de ska anses införlivade genom enbart en referens i det individuella avtalet. Motparten ska ges *möjlighet* att utan svårighet ta del av dem.²⁶⁵

I praxis har bl.a. en hänvisning på en flygbiljett medfört inkorporering när standardvillkoren fanns tillgängliga på flygbolagets biljettkontor.²⁶⁶ Om villkoren finns åtkomliga i företagets *affärslokaler* lär således en referens i regel räcka för inkorporering, i vart fall när avtalet sluts där.²⁶⁷ En näraliggande form av tillgängliggörande som i doktrinen ansetts tillräckligt och har indirekt stöd i rättspraxis är att standardavtalet återfinns i företagets broschyrer eller kataloger.²⁶⁸ Intressant i sammanhanget är också frågan om, som ofta förespråkats, ett tillräckligt tillgängliggörande skett när standardavtalet läggs upp på företagets webbsida.²⁶⁹ Det kan exempelvis resoneras om att hemsidan ska betraktas som företagets ”affärslokal”, i vart fall när avtalet sluts på internet. Till detta förhållande finns det anledning att återkomma nedan (6.2.2).

För att sammanfatta rättsläget är det *säkraste* för den som vill göra gällande standardvillkor att tillstålla motparten en upplaga av dessa och *tydligt* hänvisa till denna i det individuella avtalet. Enbart en hänvisning är emellertid som utgångspunkt tillräcklig för allmän inkorporering så länge villkoren tillhandahålls på ett sätt som gör att de är enkla att ta del av om motparten önskar det. Är ett alternativt tillhandahållande inte möjligt får emellertid villkoren, helt enkelt, tillställas motparten för att kunna inkorporeras.

I nästkommande avsnitt ska situationer då inte ens en hänvisning till standardvillkoren gjorts i det individuella avtalet behandlas. Som ska visas får då ett något annorlunda synsätt anläggas på inkorporeringsfrågan.

²⁶² NJA 1981 s. 323 och NJA 1973 s. 674.

²⁶³ Jfr. dock sista stycket i NJA 2011 s. 600 där det antyds att inte ens hänvisning alltid behövs, se även Ramberg, SvJT 2010, s. 94ff med hänvisning till NJA 2009 s. 672.

²⁶⁴ NJA 1997 s. 524, Grönfors och Dotevall, *Avtalslagen: en kommentar* (Zeteo), kom. till 1§, rubrik 20, se även Ramberg, *Avtalslagen 2010*, 7.7(2), kommentaren.

²⁶⁵ Se NJA 1978, s. 432 angående ”uppfattningen”, se ex. Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 84 i övrigt.

²⁶⁶ NJA 2000 s. 462, jfr även NJA 1978 s. 432.

²⁶⁷ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 59, s. Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 142.

²⁶⁸ *Ibid.*, s. 59, se även NJA 1978 s. 432 som visserligen rörde ett fall där någon hänvisning inte gjorts och broschyren fanns i affärslokalen men väl i någon mån ändå kan åberopas.

²⁶⁹ *Ibid.*, s. 59, s. Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 142.

5.3.2 Standardvillkoren har inte uppmärksammats

Som rubriken antyder behandlas här huruvida inkorporering kan ske utan att varken infogande, bifogande eller hänvisning till standardvillkoren skett och motparten *dessutom* inte blivit direkt uppmärksammat om dem på annat sätt. Trots att en hänvisning förvisso inte *uttryckligen* skett kan avtalet faktiskt ändå, på grund av omständigheterna, i vissa situationer anses ingånget på standardiserade villkor.

Först behandlas fall då en hänvisning inte krävs p.g.a. att avtalet slutits i ”uttunnad” form (5.3.2.1). Därefter uppmärksammas situationer då standardvillkoren påverkar avtalsförhållandet med anledning av dessas tidigare bruk (5.3.2.2).²⁷⁰

5.3.2.1 Uttunnade former av avtalsslut

Ett vägledande fall där en uppsättning standardvillkor ansågs inkorporerade i ett enskilt avtal utan att de uppmärksammats är det mycket omdiskuterade NJA 1978 s. 432. Avtalet, ingånget mellan en näringsidkare och en konsument, avsåg en charterresa. Standardvillkoren fanns intagna i en programbroschyr avseende resan men flygbolaget hade varken tillställt (infogat eller bifogat), hänvisat till eller annars uppmärksammat konsumenten om broschyren. Att villkoren skulle finnas just där föreskrevs dock i de allmänna resevillkor som framförhandlats mellan branschorganisationen och KO avseende dylika resor.²⁷¹ Högsta Domstolen påtalade att konsumenterna numera ”i allmänhet är medvetna om förekomsten av allmänna resevillkor i branschen” p.g.a. den stora mängden resor som företas. Arrangören fick anses berättigad att förutsätta att resenären tagit del av programbroschyren innan denne beställde en resa om inte ”särskild anledning” fanns att anta motsatsen. Ansvaret att ta del av villkoren ålåg alltså konsumenten själv. Undantag sades emellertid gälla för ”överraskande och för resenären tyngande bestämmelser” (varom mer nedan 5.4.2).

Rättsfallet saknar, p.g.a. efterkommande lagstiftning, betydelse på sitt eget fält men det *generella* resonemanget kan användas på andra rättsområden.²⁷² Det centrala är att avtalet i fallet ansågs ingånget på de allmänna villkoren trots att konsumenten *inte uppmärksammats* om dem och någon införlivandeåtgärd över huvud taget inte vidtagits. Näringsidkarens plikt reducerades i princip till att *tillgängliggöra* villkoren.²⁷³

Ett frågetecken som naturligtvis bör uppställas är hur den ökade konsumentskyddssyn som sedan 1978 kommit att genomsyra lagstiftning och praxis ska påverka den generella tillämpningen av principerna i

²⁷⁰ Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 81.

²⁷¹ Det omtvistade villkoret kom emellertid inte från branschavtalet utan var bolagets egna, ett förhållande rätten dock inte kommenterade, Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 60.

²⁷² Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 61 med hänvisning till Grobgeld, SvJT 2006 s. 961 ang.

ARN:s anslutande rättspraxis.

²⁷³ Hellner, *Kommersiell avtalsrätt*, s. 48.

rättsfallet på konsumentförhållanden.²⁷⁴ Förmodligen blir en framtida tillämpning av principerna i fallet mer restriktiv i konsumentförhållanden än mellan jämbördiga näringsidkare.²⁷⁵

I doktrinen talas, utöver 1978 års fall, även om andra former av ”uttunnade avtalsslut” där införlivande kan ske utan en explicit referens. Typexemplet utgörs av fall då någon per telefon beställer en vara eller tjänst av en näringsidkare. Eftersom ett sådant telefonsamtal i regel bara behandlar de centrala avtalsförpliktelseerna kan det anses och antas att avtalet i övrigt, *underförstått*, underkastas villkoren i motpartens standardavtal.²⁷⁶ Vad gäller exempelvis försäkringsavtal har denna uppfattning sedan länge förespråkats, mycket eftersom försäkringstagaren inte kan uppnå några andra villkor p.g.a. tvingande offentligrättslig lagstiftning och villkorens höga standardiseringsgrad i branschen.²⁷⁷ Av samma skäl har avtal med banker också ofta nämnts.²⁷⁸ Vissa författare anser ”regeln” vara begränsad just till vissa branscher, då särskilt de under offentlig kontroll med väldigt standardiserade villkor.²⁷⁹ Andra menar att den inte har någon som helst begränsning till särskilda fält.²⁸⁰ Det har anförts att när standardvillkoren, på bekräftelsestadiet, väl tillställs bör kunden ha möjlighet att *frigöra* sig om denne reklamerar, ett enligt mig rimligt resonemang.²⁸¹

Oavsett uppfattning måste dock en förutsättning vara att standardvillkoren går att ta del av på ett enkelt sätt (5.2). Om även oväntade och särskilt tyngande villkor kan införlivas (jfr 5.4.2) är oklart och har besvarats nekande i viss doktrin.²⁸²

I *någon* utsträckning finns det förmodligen en dylik princip även om dess innehåll är oklart. Detta framgår särskilt av nedan (5.5) beskrivna NJA 2007 s. 962 vari Högsta Domstolen öppnade upp för senare tillkomna standardvillkor vid beställning av besiktning utlåtande per telefon.

I sammanhanget ska också uppmärksammas de fall då avtal ingås genom *faktiskt handlande* varför någon ”avtalshandling” att hämta en lydelse ifrån inte existerar. Ovan har klargjorts att avtal om parkering ingås genom att bilförare nyttjar en tillhandahållen parkeringsplats (3.2.1.2). Genom utnyttjandet accepteras och inkorporeras också de standardvillkor som av parkeringsbolaget anslagits på parkeringsplatsen ”*om de anslagna villkoren är så tydligt utformade att de inte rimligen kan missförstås*”.²⁸³ I det rättsfall

²⁷⁴ Se Grobgeld, SvJT 2006 s. 962 vari påpekas att konsumentskyddsaspekter är mer framträdande idag, jfr även NJA 2011 s. 600.

²⁷⁵ Se Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 84 där differentieringen uppmärksammas.

²⁷⁶ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 61.

²⁷⁷ Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 81f. med hänvisning till Hellner, *Försäkringsrätt*, 2 uppl., s. 70, se även Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 61.

²⁷⁸ Hellner, *Kommersiell avtalsrätt*, s. 48.

²⁷⁹ Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 128.

²⁸⁰ Hultmark, JT 1998/99, s. 84.

²⁸¹ Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 83.

²⁸² Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 128f., Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 61.

²⁸³ NJA 1981 s. 323.

denna princip kom till uttryck var villkoren emellertid inte tillräckligt tydligt utformade varför något avtal inte ansågs ingånget.²⁸⁴

Ett annat exempel från rättspraxis är åläggande av avgift p.g.a. ”färd” med spårvagn.²⁸⁵ Spårvagnsavgifter hade fastslagits i enlighet med rättsregler på området och därefter tillkännagivits genom *tidningsannonser* och *anslag*.²⁸⁶ Eftersom personen i fråga färdades med spårvagnen utan giltig biljett ansågs denne också skyldig att utge de avgifter som fastslagits för detta. Högsta Domstolen, olik Tingsrätten, resonerade dock egentligen inte kring ”avtalsbundenhet”. I doktrinen tolkas rättsfallet och situationen trots det ofta som ett exempel på ”avtal genom faktiskt handlande”.²⁸⁷ *Tillgängliggörandet*, och därmed inkorporeringen, sker, om tolkningen är korrekt, genom tidningsannonserna och anslagen. Resande med spårvagn innebär då att avtal om sådan färd slutits på de standardiserade villkor som fastslagits av myndigheten.

5.3.2.2 Handelsbruk och partsbruk

Avslutningsvis ska något också sägas om möjligheten till inkorporering genom handels- och partsbruk. Som ovan påpekats (2.2.3) får vissa standardavtal mycket vid spridning inom sin bransch. Effekten när alla som verkar på samma område använder sig av samma villkor blir att dessa får en i det närmaste *normerade* ställning inom detta särskilda fält och blir ett slags självreglering jämförlig med bakomliggande dispositiv rätt.

Det är i denna anda som det i doktrinen ibland hävdats att sådana standardavtal som fått en *särskilt* stark etablering inom en bransch också ska anses *avspegla* ett *handelsbruk* (notera att de alltså inte *i sig* utgör en särskilt etablerad sedvana).²⁸⁸ Om så också anses vara fallet blir effekten att villkoren kan anses inkorporerade i nya avtal trots att avtalsparterna inte hänvisat till dem. Detsamma gäller även om ett *partsbruk* anses föreligga.²⁸⁹

En part behöver, i princip, *inte* ha kännedom om en sedvana för att bindas av den eftersom bedömningen sker objektivt.²⁹⁰ Som framgår av Avtals- och Köplagen är en sedvana dessutom *överordnad* dispositiv rätt.²⁹¹ Vissa doktrinförfattare anser emellertid att det inte räcker med att konstatera att ett handelsbruk föreligger för att åsidosätta dispositiv lagstiftning. Istället förespråkas en kontroll av huruvida bruket är olämpligt eller ensidigt innan dispositiv rätt kan åsidosättas.²⁹² Tvingande rättsregler och sådant som,

²⁸⁴ På skyltarna stod det att avgift skulle betalas vid ”parkering” vilket enligt bolaget skulle förstås som varje utnyttjande av platserna, enligt allmänna trafikregler hade personen i fråga emellertid bara ”stannat”.

²⁸⁵ NJA 1973 s. 674.

²⁸⁶ Vad som avses med ”anslag” klargörs inte i domskälen, det får antas att det innebär någon form av skyltning vid biljettautomaterna.

²⁸⁷ Se ex. Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 83f. och Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 62.

²⁸⁸ En, i vårt fall tidigare, stark företrädare för denna uppfattning var J. Ramberg, *Standardavtal*, s. 16.

²⁸⁹ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 41 samt Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 81.

²⁹⁰ Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 23f.

²⁹¹ AvtL 1§2st samt KöpL 3§.

²⁹² Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 24 med hänvisningar.

explicit eller implicit, avtalats har emellertid alltid företräde framför en eventuellt föreliggande sedvana.²⁹³

Synsättet att *hela* standardavtal skulle avspegla handelsbruk stöds inte av svensk rättspraxis och har i stor utsträckning övergivits även i doktrinen.²⁹⁴ Anledningen är att det uppställts höga krav för att anse ett "handelsbruk" föreligga vilket har att göra med att ett sådant undantränger dispositiv rätt.²⁹⁵ En annan sak är att *enskilda villkor* i standardavtalen emellanåt ansetts reflektera en sådan sedvana.²⁹⁶ Argumentet "handelsbruk" åberopas dock även i detta sammanhang betydligt oftare än det anses föreligga.²⁹⁷

En svårbesvarad fråga är om handelsbruk över huvud taget kan uppstå i förhållande till konsumenter.²⁹⁸ Även om så skulle anses vara fallet bör bedömningen i vart fall bli mer restriktiv.²⁹⁹ En bred tillämpning av ett standardavtal gentemot konsumenter bör, i vart fall, inte kunna ge upphov till ett handelsbruk.³⁰⁰

Högsta Domstolen är dock betydligt liberalare vid bedömningar av huruvida *partsbruk* föreligger, d.v.s. praxis som utbildats mellan två parter avseende en viss typ av avtal. Nya avtal mellan parterna avseende samma avtalsområde betraktas ofta som slutna på samma villkor som tidigare såvida inget annat sagts.³⁰¹ Partsbruket utgör därför ett slags mellanting mellan vad som kan anses "implicit avtalat" och utfyllande sedvana.³⁰² Om parterna uttryckligen avtalat i strid med tidigare partsbruk ges dock naturligtvis det uttryckliga innehållet företräde.³⁰³

²⁹³ Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 25.

²⁹⁴ Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 143, se dock Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 37, som anser Incoterms utgöra internationellt handelsbruk.

²⁹⁵ Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 29, se även Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 43 ang. bevisningen om handelsbruk, domstolen anses numera ha rätt att pröva föreliggandet självständigt.

²⁹⁶ Se NJA 1998 s. 448 vari fråga var om försäkringsersättning skulle utgå, notera att båda parter företräddes av väl invigda personer vid förhandlingarna, se Ramberg, *Avtalslagen 2010*, 7.7(2), kommentaren.

²⁹⁷ Se ex. NJA 1985 s. 397 II, notera dock att vad som är brukligt i handeln, trots att det inte anses tillräckligt fast för att utgöra en sedvana, på olika sätt påverka *tolkningen* av ett avtal, Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 143.

²⁹⁸ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 43 anser ex. inte detta, se även NJA 1985 s. 397 II.

²⁹⁹ Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 81.

³⁰⁰ Se ex. Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 43 och 57.

³⁰¹ Se ex. NJA 1933 s. 260 och 1948 s. 620 samt Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 43 och 62, notera att *han* begränsar sig till näringsidkare.

³⁰² Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 25.

³⁰³ *Ibid.*, s. 74.

5.4 Öväntade, överraskande och särskilt tyngande standardvillkor

5.4.1 Innebörd

Vad som avses med oväntade, överraskande och särskilt tyngande standardavtalsklausuler kan egentligen inte uttalas rent allmänt eftersom bedömningen är avhängig förutsättningarna i respektive fall.³⁰⁴ Det som är betungande och överraskande i ett avtalsförhållande är inte nödvändigtvis det i ett annat. Vissa villkor kan emellertid utpekas såsom liggande i riskzonen ”i allmänhet” och generella resonemang från Högsta Domstolens domar lyftas fram.

Vid bedömningen tas till att börja med stor hänsyn till vilka parterna är och *ställningen* dem emellan – d.v.s. om de är jämlika eller endera är underordnad den andre. Den typiskt underordnade parten är naturligtvis en konsument men även näringsidkare, särskild mindre sådana, kan inta en sådan ställning.³⁰⁵ I rättspraxis har det vid en affär av *engångskaraktär* med *stor ekonomisk räckvidd* för en konsument ansetts att, mot bakgrund av gällande värderingar avseende konsumentskydd, ”*tämligen stränga krav*” måste ställas för att införliva ett villkor ”av ifrågavarande slag”.³⁰⁶ Slutsatsen som normalt dras av rättsfallet är att bedömningen av huruvida ett villkor är tyngande eller oväntat blir hårdare vid affärer av stor ekonomisk räckvidd för en konsument.³⁰⁷ Det är emellertid, trots formuleringen, inte omöjligt och ofta förespråkade att samma synsätt kan anläggas även i andra partsförhållanden, särskilt då i förhållande till små näringsidkare.³⁰⁸ En annan tänkbar tolkning av rättsfallet är att själva *klargörandeplikten* (se mer nedan 5.4.2) för sådana klausuler skärps ytterligare när affären är av engångskaraktär för konsumenten.

Villkor som betecknas ”*särskilt tyngande*” är typiskt sett sådana klausuler som ställer den ena avtalsparten i ett väsentligt ogynnsammare läge än enligt dispositiv rätt.³⁰⁹ Det är möjligt, men inte bekräftat, att också avvikelser från sedvanliga villkor inom branschen kan beaktas på samma sätt.³¹⁰ Någon form av ”jämförelsenorm” krävs i vart fall för att konstatera att en klausul är *särskilt tyngande*. Typexemplen på sådana villkor är vidsträckta friskrivningsklausuler men även exempelvis indexklausuler har ansetts ha denna karaktär.³¹¹

³⁰⁴ Waltré och Hedbäck, Ny Juridik 1:11, s. 35, Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 63f.

³⁰⁵ I doktrinen se bl.a. Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 84, i praxis ex. bedömningen i NJA 1980 s. 46 och RH 1989:1, jfr även 36§2st AvtL samt DCFR art. II.-9403-405 och 408.

³⁰⁶ NJA 1979 s. 401.

³⁰⁷ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 64, se även, SvJT 1972 s. 427f för samma uppfattning innan rättsfallet.

³⁰⁸ *Ibid.* s. 64.

³⁰⁹ *Ibid.*, s. 64.

³¹⁰ Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 76., Hultmark, *Standardavtal och avtalsinnehåll*, s. 463.

³¹¹ Se NJA 1979 s. 401 (indexklausul) samt *implicit* 1975 s. 545 (friskrivningsklausul), notera Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 64 i doktrinen.

Definitionen *oväntade* standardavtalsbestämmelse ligger redan i begreppet självt. Vad som är ”oväntat” måste nämligen förhållas till någonting, d.v.s. vad som är ”väntat” i den förevarande avtalssituationen.³¹² Vilka förväntningar motparten har i avtalssituationen är naturligtvis beroende av dennes *erfarenhet* av branschen och, därmed, partsförhållandet – en konsument eller småföretagare har andra förväntningar än en näringsidkare med mångårig erfarenhet.³¹³

En särskild form av ”oväntade” klausuler utgör de som är *överbaskande* p.g.a. sin ovanlighet eller dylikt. Sådana villkor får ofta utgöra en egen kategori eftersom begreppet ”oväntad” också innefattar sådana klausuler som på olika sett blivit *undångömda*, exempelvis genom sin placering (typiskt sett under en missvisande rubrik eller i marginalen), hur de skrivits eller med vilken stil.³¹⁴ Hur en *hänvisning* till ett standardavtal utformats i det individuella avtalet kan också påverka vad motparten ”väntar” sig att finna för typ av villkor i standardavtalet.³¹⁵ I praxis har exempelvis en indexklausul ansetts ”oväntad” bl.a. eftersom näringsidkaren hänvisat till standardavtalet den återfanns i som ”*Allmänna leveransbestämmelser. Normer för kundservice*”.³¹⁶

I sammanhanget kan också påpekas att det i UNIDROIT Principles förordas att bedömningen av huruvida en klausul är oväntad ska göras utifrån dess ”*inhåll, språk och presentation*”.³¹⁷ En relativt bra sammanfattning av även svensk rätt.

5.4.2 Krav för inkorporering

Vad gäller oväntade, överraskande och särskilt tyngande standardvillkor har det, som nämnts, i praxis ansetts behöva ställas vissa särskilda, *strängare*, krav för att inkorporering i avtalet ska ha skett.³¹⁸

Redan efter detta konstaterande möter man dock, vid beskrivande av rättsläget, på patrull. Viss osäkerhet råder nämligen, enligt Bernitz, kring huruvida villkoret måste vara *både* tyngande *och* oväntat eller om det är tillräckligt att det är endera för de ökade kravens inträde.³¹⁹ Eftersom Högsta Domstolen i vissa avgöranden bara diskuterat *ett* av kriterierna finns det visst *indirekt* stöd för en uppfatta villkoren som alternativa men inget

³¹² Se NJA 1978 s. 432 och Waltré och Hedbäck, Ny Juridik 1:11, s. 35.

³¹³ Jfr. Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 66.

³¹⁴ NJA 1970 s. 478, NJA 1979 s. 401, Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 66f., notera även Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 78f med hänvisning till NJA 1949 s. 609 och 1969 s. 285.

³¹⁵ NJA 1979 s. 401.

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ UNIDROIT Principles, artikel 2.1.20 (2).

³¹⁸ I rättspraxis se NJA 2011 s. 600, 2007 s. 962, 2000 s. 462, 1980 s. 46, 1979 s. 401, 1978 s. 432, 1975 s. 545, m.fl.

³¹⁹ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 64, jfr Ramberg, *Avtalslagen 2010*, 7.7 (3) där det står ”och” medan ordet ”eller” används i kommentaren, även Hellner, *Kommersiell Avtalsrätt*, s. 48 är något otydlig med uttrycket ”*betungande eller eljest oväntade*”, jfr även Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 76ff.

direkt sådant.³²⁰ Det största frågetecknet är egentligen ett obiter dictum-uttalande där domstolen framhöll att ett ”åsidosättande” möjligtvis kan ske av en ”insmugen” bestämmelse om den *också* är särskilt betungande vilket alltså implicerar att rekvisiten är kumulativa.³²¹ Rättsläget är sammanfattningsvis något oklart.

Inte heller vad som *krävs* för införlivande av oväntade, överraskande och särskilt tyngande villkor är klarlagt i svensk rättspraxis. Något som definitivt står klart är dock att en referensklausul *inte ensam* (d.v.s. något infogande eller bifogande har inte gjorts) kan införliva sådana villkor oavsett att villkoren hålls tillgängliga.³²² Det står på samma sätt klart att de inte kan införlivas vid sådana ”uttunnade avtalsformer” där inte ens en hänvisning, utan *bara* ett tillgänggörande, är för handen (de situationer som beskrevs i avsnitt 5.3.2 ovan).³²³ Vad som rent faktiskt ska krävas är emellertid, i brist på rättspraxis, svårt att precisera. Klart är i vart fall att, som Adlercreutz uttrycker det, ”ett högre mått av effektivt tillkännagivande” (synbarhet) än för sedvanliga villkor krävs.³²⁴

I NJA 1979 s. 401 uttalas av Högsta Domstolen att en konsument *inte* hade tillställts ett exemplar av standardvillkoren och att *någon annan* omständighet som gav ”grund för antagande att [konsumenten] *ändock* kände till den i leveransbestämmelserna intagna indexklausulen” inte hade framkommit. Motsatsvis kan uttalandet läsas som att ett tillställande, d.v.s. ett infogande eller bifogande, av standardvillkoren hade gett ”grund för antagandet” att konsumenten kände till klausulen.³²⁵

Någon klagande rättspraxis avseende huruvida ett sådant tillställande sedan *räcker* för inkorporering eller ytterligare framhållande av villkoret därutöver krävs finns inte. Som Hellner skriver måste kanske förhållandena också klargöras ”*på ett mer direkt sätt*”.³²⁶ Ramberg uppfattar rättsläget som att villkoren måste både ”*framhållas särskilt*” och ”*uttryckligen godtas*” för införlivade.³²⁷ Bernitz ser istället kraven som differentierade. Tyngande villkor måste enligt honom antingen bringas till motpartens kännedom *eller* redan kännas *eller bort* kännas till av denne. Oväntade eller överraskande klausuler måste i sin tur ”klart accepteras” (ett krav han inte uppställer för tyngande villkor) för att inkorporeras.³²⁸

Det är alltså både möjligt och troligt att ytterligare krav utöver tillställande av villkoren uppställs för införlivande.³²⁹ I sammanhanget kan NJA 1978 s. 432 också uppmärksammas. I fallet uttalades att motparten inte måste ha

³²⁰ Se Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 64 som hänvisar till NJA 2007 s. 962.

³²¹ NJA 1975 s. 545.

³²² NJA 1979 s. 401 och RH 1989:1.

³²³ NJA 1978 s. 432.

³²⁴ Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 76 och 84.

³²⁵ Visst stöd kan också sökas i de äldre NJA 1949 s. 609 och 1969 s. 285 även om dessas rättskällevärde är oklart p.g.a. NJA 1980 s. 46, se ex. Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 78f.

³²⁶ Hellner, *Kommersiell avtalsrätt*, s. 48.

³²⁷ Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 142, samt Avtalslagen 2010 art. 7.7 (3).

³²⁸ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 64ff.

³²⁹ Se även ex. Grönfors, *Avtalslagen*, 3u., s. 67, och formuleringen ”högre” krav.

”faktiskt” tagit del av villkoren för inkorporering men att *undantag* i detta avseende måste uppställas vad gäller överraskande och tyngande bestämmelser. Ett så långtgående krav som att *faktisk* vetskap och insikt ska säkerställas hos motparten är dock sällan ens praktiskt möjligt att uppnå.³³⁰ Enligt mig blir det därför också vanskligt att tolka yttrandet motsatsvis.

Inspiration kan i viss utsträckning hämtas från UNIDROIT vari uppställs kravet att *oväntade* och *överraskande* standardvillkor måste ”*uttryckligen accepteras*” för att bli införlivande i avtalet.³³¹ Huruvida en motsvarande regel gäller även enligt svensk rätt är, i brist på rättspraxis, oklart men förespråkas i en del doktrin.³³² Vissa författare vill till och med utsträcka kravet till *särskilt tyngande* klausuler trots att UNIDROIT inte innehåller något motsvarande stadgande avseende sådana.³³³

Ur bevishänseende är en dylik bestämmelse naturligtvis smidig eftersom den hänger väl samman med hur det bevisas att medkontrahenten tagit del av villkoret. Kravet är rimligt också i den bemärkelsen att motparten vid uttrycklig accept får anses haft ”vilja” att acceptera just de aktuella bestämmelserna (jfr 3.2, och resonemanget kring avtals *ingående*).³³⁴

Krävs en ”uttrycklig accept” enligt svensk rätt bör *inte* enbart ett tillställande av bestämmelserna till motparten vara tillräckligt för inkorporering. Det är emellertid svårt att precisera vad ett ”uttryckligt” godkännande innebär. Enligt min mening borde redan det förhållandet att en överraskande eller annars oväntad klausul tillräckligt *framhålls* för motparten förta dess karaktär av ”oväntad” (det går knappast att hävda att ett innehåll man känner till är ”oväntat”). Vad som avses med en ”uttrycklig” accept kan därför möjligtvis sammanfattas som ett avtalsingående gjort på dessa premisser. När medparten ingår avtalet med (förmodad) vetskap om villkoren råder det nämligen inga tvivel om att det finns ”vilja” att binda sig vid dem.

Som läsaren förstått är det svårt att uttala sig generellt kring hur ”framhållandet” av klausulerna ska göras för att de ska bli bindande. Självklart kan motparten muntligen eller annars uttryckligen uppmärksammas på dem men andra vägar *bör*, eftersom avtalsfrihet råder, också stå öppna. Ett annat förhållande skulle innebära en avsevärd nackdel för de elektroniska avtalen (jfr funktionell ekvivalens, 3.2.2.1).

En speciell, och för klick-avtalen högrelevant, fråga är hur svensk rätt förhåller sig till att tyngande och/eller oväntade klausuler ”*särskilt markeras*” i standardavtalet på olika sätt, exempelvis genom fet stil, avvikande färg eller användande av enbart versaler. Viktigt att notera är att

³³⁰ Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 140.

³³¹ UNIDROIT, artikel 2.1.20 (1): No term contained in standard terms which is of such a character that the other party could not reasonably have expected it, is effective unless it has been expressly accepted by that party.

³³² Se främst Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 67 och Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 142.

³³³ Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 142, samt *Avtalslagen 2010*, artikel 7.7 (3).

³³⁴ Jfr Ramberg, *Standardavtal och avtalsinnehåll – några reflektioner med anledning av NJA 1980 s. 46*, s. 449.

det (som precis antydde) aldrig finns något *krav* på sådan särskild markering, detta är en *metod* som kan användas för att framhålla och klargöra vissa villkor. Sättet att tillkännage villkoren har sin bakgrund i avtal anpassade efter common law-systemet och är oprövat i svensk rätt.³³⁵

Ramberg anser att sådana markeringar kan vara tillräckliga för att uppfylla kravet på införlivande av oväntade och särskilt tyngande klausuler om motparten sedan uttryckligen accepterar dessa.³³⁶ Detta stämmer förmodligen i allt väsentligt men en nyanserad bedömning måste naturligtvis, som alltid, göras i varje enskilt fall. Det finns anledning att återkomma till diskussionen kring dylika tillkännagivanden nedan (6.2). Härnäst ska emellertid någonting sägas om *avtalstidpunkten* och dess betydelse för införlivande av standardvillkor.

5.5 Avtalstidpunktens relevans

Ett förhållande som medvetet lämnats utanför ovanstående framställning om införlivande av standardvillkor är det om *avtalstidpunktens relevans*. Frågeställningen är nämligen högrelevant för möjligheten att inkorporera genom klick-avtal varför den förtjänar att lyftas fram i ett separat avsnitt.

Ett ofta citerat och upprepat mantra är det av Bernitz uttalade att standardvillkoren måste bringas till motpartens kännedom *före eller i anslutning till avtalsslutet* för att bli del av avtalet.³³⁷ Tanken är att avtalet ”fixeras” vid avtalsslutet och att parterna efter detta stadium måste *komma överens* om en ändring för att den ska inträda. En ensidig hänvisning till ett standardavtal kan, därefter, inte medföra bundenhet vid det.³³⁸

Resonemanget är naturligtvis en rimlig *utgångspunkt* men även Bernitz själv erkänner att det ofta kan vara svårt att avgöra *när* avtalsslutet faktiskt sker även om han håller fast vid dess betydelse.³³⁹ Svårigheterna framgår särskilt av NJA 1970 s. 478 vari en beställning av abachitträ gjorts per telefon. Efter samtalet översändes per beställarens önskemål en bekräftelse med telegram vari säljaren angivit att ”slutlig bekräftelse följer”. När den ”slutliga” bekräftelsen sedan anlände 12 dagar senare hade säljaren tillfogat den sina standardvillkor, däribland en friskrivning, varom tvisten handlade.

Domstolen löste frågan om bundenhet vid villkoren genom att konstatera att telefonsamtalet, eftersom parterna då kom överens om de centrala förpliktelserna i avtalet, *gett beställaren uppfattningen* att avtal kom till stånd den dagen och att uttrycket ”slutlig bekräftelse följer” av denne kunde uppfattas som en ”rutinmässig erinran”. Eftersom telegrammet inte tillräckligt *klargjorde* att leverantören avsåg binda sig först genom den slutliga bekräftelsen var beställaren i villfarelse. Denne hade p.g.a. förloppet *haft fog* för sin uppfattning att avtal träffats 12 dagar tidigare utan förbehåll.

³³⁵ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 65 för beskrivning av angloamerikansk rätt

³³⁶ Hultmark, JT 1998/99, s. 85f.

³³⁷ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 58 och ex. Ds 2007:29, s. 287 och NJA 2011 s. 600.

³³⁸ *Ibid.*, s. 75f., notera även NJA 2007 s. 962 och analysen nedan.

³³⁹ *Ibid.*, s. 76.

Friskrivningen skulle därför inte gälla ”[ä]ven om köpeavtalet får anses ingånget först genom att [beställaren] mottog [den slutliga bekräftelsen]”.

Bernitz tolkar 1970 års fall som att Högsta Domstolen ansåg avtal uppkomma genom telefonsamtalet och telegrammet. Villkoren blev inte bindande eftersom de tillfogats *efter avtalsslutet*.³⁴⁰ Grönfors är inne på samma spår och uppfattar det som att leverantören inte lyckats avtala om en särskild förhandlingsordning varför bundenhet uppstod tidigare än denne avsett.³⁴¹ Adlercreutz anser emellertid inte att någon avtalstidpunkt fastställdes över huvud taget. Han öppnar också för att Högsta Domstolen kan ha nekat inkorporering eftersom rätten ansåg det omtvistade villkoret vara *oväntat* i den förevarande avtalsituationen och inte ”tillkännagivits” tillräckligt (5.4).³⁴² Hellner drar slutsatsen att om en part får ett meddelande innehållande standardvillkor från motparten och *inser* att denne inte ansett sig bli bunden förrän genom meddelandet (d.v.s. som i rättsfallet men med insikt hos motparten) för att vara på den säkra sidan bör reagera om denne inte vill bli bunden av villkoren. Om motparten anser avtal redan vara ingånget vid översändandet har villkoren dock inte någon verkan.³⁴³

Dessa olikartade uppfattningar *samt* att justitieråden fördelade sig 2-2-1 i avgörandet (ordföranden fick utslagsröst) bekräftar, minst sagt, att det kan vara svårt att avgöra när och på vilka villkor ett avtal faktiskt slutits.³⁴⁴

Nämnavert är även NJA 2007 s. 962 vari fråga var om en beställning av *besiktningensutlåtande* inför ett husköp. Högsta Domstolen konstaterade att eftersom tjänsten beställdes *per telefon* utan föregående diskussioner mellan parterna och *inte var av helt okomplicerad karaktär* fanns det anledning för beställaren att vänta sig att uppdragets utförande skulle komma att *närmare preciseras* efter samtalet. Om standardvillkoren hade översänts eller på annat sätt meddelats ”*i nära anslutning till beställningen*” av uppdraget samt *innan det fullgjorts* hade en beställare som inte önskade bli bunden vid dem varit tvungen att *klargöra* detta för leverantören för att undgå bundenhet. I fallet hade emellertid standardvillkoren översänts efter att den beställda tjänsten fullgjorts varför bundenhet vid dem inte uppstod.³⁴⁵

Ramberg tolkar 2007 års rättsfall tillsammans med NJA 1980 s. 46 och drar slutsatsen att det viktiga för standardavtals införlivande ”*när man har anledning att vänta sig allmänna villkor*” inte är när avtalet slöts utan *när prestationerna utförs*.³⁴⁶ Tillfogas standardvillkor under denna period medför utebliven protest, d.v.s. passivitet, enligt henne bundenhet vid dem.

³⁴⁰ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 76.

³⁴¹ *Ibid.*, s. 61f.

³⁴² Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 77f.. som alltså gör tolkningen att ”slutlig bekräftelse följer” kan vara en *hänvisning* i inkorporeringssammanhang.

³⁴³ Hellner, *Kommersiell avtalsrätt*, s. 49f.

³⁴⁴ Notera också att de två minoriteterna drog olika slutsatser kring avtalsslutet, Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 77f.

³⁴⁵ Det kan diskuteras om uttalandet om vad som i annat fall ”skulle gällt” är obiter dictum eller inte, jfr Ramberg, JT 2007/08, nr 3, s. 722.

³⁴⁶ Ramberg, JT 2007/08, nr 3, s. 722.

Hon anser inte ens tillståndet behöva ske ”i nära anslutning” till avtalsslutet eftersom den delen av domen enligt henne utgör obiter dictum.

I 1980 års rättsfall hade, dagen efter ett muntligt sammanträde om avtal, ett beställningsbrev innehållande en hänvisning till ett välkänt standardavtal översänts. Den mottagande leverantören påbörjade därefter arbetet utan någon invändning varefter tvist om huruvida standardavtalet blivit inkorporerat uppstod. Enligt Högsta Domstolen *måste* leverantören, oavsett att denne uppfattat det som att ”slutligt avtal” kom till stånd vid det muntliga sammanträdet, *ha insett* att beställaren ansåg sig bunden först genom beställningsbrevet när detta mottogs. Genom att inte invända mot brevet och istället påbörja arbetet *fick avtal anses träffat* i enlighet med brevets lydelse.³⁴⁷

Rambers analys är förvisso tilltalande men betänkligheter finns definitivt. Till att börja med ses Högsta Domstolens uttalande i 1980 års fall ofta som ett uttryck för att *avtalsverkan* enligt brevets lydelse uppkom p.g.a. vissa i fallet föreliggande rekvisit.³⁴⁸ Detta innebär att en *ny avtalstidpunkt* fastslås varför standardvillkoren faktiskt tillställts ”innan avtalsslutet” och någon särskild regel för efterkommande villkor inte blir nödvändig.

I 2007 års fall kan däremot resoneras om en ”avtalspreciseringsfas”. Domstolens uttalanden kan emellertid också ses som att telefonsamtalet inte bör uppfattas som ”avtalstidpunkt” eftersom ytterligare villkor för tjänsten uppenbarligen finns i de flesta fall (det kan exempelvis ses som ett *villkorat* avtal eller uppskjutet avtalsslut, jfr även diskussionen ovan 4.3.3.2).³⁴⁹ Efter fullgörandet saknar motparten emellertid möjlighet att ”backa ur” varför avtalstidpunkten då definitivt passerats.

Oavsett hur rättsfallen ska uppfattas kan det konstateras att Bernitz grundtes inte bör dras för långt. Det är nämligen helt klart så att sådant som sker efter avtalsslutet kan påverka dess innehåll, då särskilt tolkningen av avtalsförhållandet.³⁵⁰ Parterna kan dessutom, som framgått, disponera över avtalet om de så önskar *men* det är naturligtvis betydligt svårare efter att bundenhet väl uppstått.³⁵¹

³⁴⁷ Det nämns inte någonting om att leverantören ”hade anledning att vänta sig allmänna villkor” i domskälen. Ramberg bygger istället sin uppfattning på domstolens uttalande om att standardvillkor är ”vanligt förekommande” vid entreprenadavtal.

³⁴⁸ Se ex. Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 79 och 96, se även fallet självt där det påtalas att Lastbilcentralen måste insett avsändarens avvikande uppfattning om avtalsslutet men inte protesterat (passivitet) utan istället påbörjat arbetet (konkludent handlande).

³⁴⁹ Jfr Hultmark, JT 1998/99, s. 83f., d.v.s. Rambers egna artikel.

³⁵⁰ Se ex. Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 133ff., särskilt s. 144.

³⁵¹ *Ibid.*, s. 134 och Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 76f. m.fl.

6 Inkorporering genom klick-metoder

6.1 Introduktion

Hur ska då ovanstående rättsläge avseende traditionella avtalsformer överföras och tillämpas på elektroniska avtalsslut där införlivande sker genom ”klick”?

Eftersom inkorporering inte är lagreglerat är det naturligtvis *möjligt* för Högsta Domstolen att anta en helt annan approach till de klick-avtal som här ska behandlas än avseende traditionella avtalsformer.³⁵² Naturligtvis måste också, i vart fall *vissa*, anpassningar alltid göras för nya former av avtalsslut.³⁵³ I det nedanstående presenteras dock rättsläget utifrån de principer som i rättspraxis utbildats avseende införlivande av standardavtal i allmänhet. De alternativa lösningar som, särskilt avseende internethandel, finns företrädda i doktrin och utredningar kommer emellertid också att presenteras och diskuteras.

6.2 Point-and-click-avtal

6.2.1 Inkorporering i allmänhet

Av den ovanstående presentationen har kraven som i rättspraxis uppställts för införlivande av standardvillkor framgått. I sin grundläggande form kan dessa sammanfattas som att villkoren ska ha: *uppmärksammas*, vid *rätt tidpunkt*, så att *motparten fått kännedom* om dem. Något krav på faktisk genomläsning uppställs inte men standardavtalet ska ha *tillgängliggjorts* så att medkontrahenten haft möjlighet att ta del av det.

Utifrån dessa hållpunkter görs här en undersökning av hur villkor som återfinns i avtalsformulär på internet ska bedömas ur ett införlivandeperspektiv, ett i dagsläget oprövat förhållande i svensk rätt. Utredningen begränsas dock till situationer då någon form av *införlivandeåtgärd* vidtagits (d.v.s. minst en hänvisning) i samband med avtalsslutet varför de särskilda situationer som beskrevs i avsnitt (5.3.2) lämnas därhän.³⁵⁴

Vid avtalsslut på internet står det, till att börja med, klart att *avtalstidpunkten* inte vållar några problem. Som beskrivits (2.3.3) vidtas nämligen införlivandeåtgärden, varvid villkoren uppmärksammas, regelmässigt *innan* avtalet sluts varför något behov av ”specialregler” för införlivande av senare tillkomna villkor inte heller uppstår.³⁵⁵

³⁵² Hultmark, *Elektronisk handel och avtalsrätt*, s. 13.

³⁵³ Jfr ex. Hultmark, JT 1998/99, s. 87ff.

³⁵⁴ Resonemanget i avsnitt (6.3.2) om clickwrap kan emellertid då uppmärksammas.

³⁵⁵ Hultmark, *Elektronisk handel och avtalsrätt*, s. 72.

Ett vanligt sätt att hänvisa till standardvillkor på internet är att de görs tillgängliga genom en *länk*.³⁵⁶ Detta gör naturligtvis inte villkoren ”infogade” (särskilt med tanke på att den bedömningen är restriktiv, 5.3.1) eftersom de återfinns på en annan sida än de avtalsspecifika. Länken får istället behandlas som en *hänvisning* till standardavtalet och måste, som sådan, också uppfylla det krav på *tydlighet* som sammanhänger med sådana (5.3.1). Som beskrevs ovan är det dock inte helt klart vad detta tydlighetskrav innebär. Länken bör i vart fall inte ges en undanskymd plats eller finstilt text utan tydligt framträda på sidan. Detta särskilt eftersom dessa faktorer beaktas vid bedömningen av huruvida villkoren i standardavtalet är ”oväntade” (5.4.1).

I SOU 2005:20 uttalades att en referensklausul måste vara *särskilt* tydligt utformad när hänvisningen görs i IT-miljö.³⁵⁷ Uppfattningen, som anförts även av tidigare utredningar, bygger i huvudsak på att det är *enkelt* och *möjligt* att tydligt uppmärksamma om standardvillkor på en hemsida.³⁵⁸ Mot bakgrund av resonemanget i exempelvis NJA 2007 s. 962, där *förenklade* beställningar per telefon innebar att kravet på hänvisning *minskade*, är det inte omöjligt att Högsta Domstolen också skulle anta en sådan argumentationslinje.³⁵⁹ Något *direkt* rättsligt stöd finns emellertid inte för uppfattningen.

I DCFR stadgas att om ett avtalsslut skett elektroniskt får avtalsvillkor som inte individuellt förhandlats ej åberopas gentemot motparten med mindre de *tillgängliggjorts* för denne i *textform*.³⁶⁰ Ett krav på tillgängliggörande gäller, som beskrivits, även enligt svensk rättspraxis avseende standardavtalsinkorporering (5.2). I konsumentförhållanden bör även bl.a. informationskravet i 2 kap. 6-7 §§ DHL uppmärksammas (se ovan 4.2.2.3).³⁶¹

Eftersom en *länk* genom ett enkelt klick tar användaren vidare till standardvillkoren blir dessa, till skillnad från vid en hänvisning på exempelvis ett papper, direkt *tillgängliggjorda* för motparten. Det går därför, enligt mig, att argumentera för att standardvillkoren bör behandlas som ”tillställda” redan genom en fungerande länk i avtalsformuläret (d.v.s. att jämställa med ”bifogade”).³⁶² Att en domstol skulle komma till denna slutsats är emellertid långt ifrån säkert (jfr även nedan 6.2.2).

På motsvarande sätt bör det naturliga synsättet vara att villkoren *inte* anses tillställda när hemsidans ägare bara hänvisat utan att länka till dem. Möjlighet finns dock i dessa fall att tillgängliggöra villkoren på annat sätt

³⁵⁶ Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 86.

³⁵⁷ SOU 2005:20, s. 145.

³⁵⁸ SOU 1999:106, s. 64f.

³⁵⁹ Jfr även Hultmark, JT 1998/99, s. 84.

³⁶⁰ DCFR, II. – 9:103 (2).

³⁶¹ Dessa krav på information innan avtalsslutet bör kunna uppfyllas med en länk, se Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 59., se även övriga krav ovan 4.2.2

³⁶² Jfr ex. NJA 2011 s. 600, som konsekvens bör länkar också vara tillräckliga för inkorporering *oavsett* om enbart en hänvisning ska anses tillräcklig i förhållande till konsumenterna eller ej (jfr 5.3.1).

och att de således ändå blir bindande (i vart fall i förhållande till näringsidkare, jfr 5.3.1).³⁶³

Som ovan uppmärksammats har det inte uppställts något krav på ”faktisk genomläsning” av standardvillkoren för införlivande i svensk rättspraxis. Det väsentliga för bundenhet har istället ansetts vara *möjligheten* att ta del av villkoren innan avtalsslutet (5.2).

Den allmänna uppfattningen är att samma förhållande bör vara utgångspunkten även i den situation som här diskuteras.³⁶⁴ Vid elektroniska avtalsslut finns emellertid *möjlighet* att konfrontera användaren med villkoren och tvinga denne att spendera viss tid på sidan med villkoren, scrolla igenom dem eller liknande innan denne tillåts acceptera. Dyliga procedurer ökar naturligtvis sannolikheten för att standardavtalet genomlästs och förstås av motparten varför det också kan vara ett användbart medel för ett sådant *särskilt* framhållande som krävs för inkorporering av oväntade och särskilt tyngande klausuler (se nedan 6.2.2).

Att kräva att ovan nämnda procedurer används vid *samtliga* internetavtal kan naturligtvis te sig lockande p.g.a. hur ”billigt och enkelt” det är.³⁶⁵ Enligt min mening vore det emellertid tämligen otympligt att vid varje liten transaktion påtvinga motparten sådan ”genomläsning”. Konsumenter läser förvisso, precis som vid vardagstransaktioner företagna på ”traditionell” väg, ofta inte igenom villkoren men kan ofta förlita sig på skyddsreglerna i den tvingande rätten (KKL, KTjL, DHL, EHL m.fl.). Näringsidkare åläggs, å sin sida, ett högre krav på uppmärksamhet och genomläsning av standardavtal varför det inte heller för dessa finns något särskilt skyddsintresse som motiverar en särreglering där beställaren ”tvingas” titta på villkoren. Det vore, helt enkelt, marknadsmässigt omotiverat att ålägga ett sådant krav.³⁶⁶

Sammanfattningsvis anser jag att en länk till standardvillkoren i regel uppfyller de allmänna krav på hänvisning, uppmärksammande och tillgänglighet som i traditionell rätt uppställs för inkorporering.

Eftersom Högsta Domstolen inte är bunden vid sin tidigare praxis är det, mot bakgrund av de snabba avtalssluten och möjligheten att tydligt framhålla villkoren till låg kostnad, inte *säkert* att ovanstående perspektiv kommer anammas i praxis.³⁶⁷ Det är inte omöjligt att högre krav för införlivande skulle uppställas vid internetavtal. Enligt min mening vore emellertid underkännande av länkning, vilket får ses som en *bättre* teknik än sådana hänvisningar som accepterats i traditionell rätt, som metod för inkorporering ett synnerligen omotiverat avsteg från tidigare rättspraxis.

³⁶³ Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 59 anser detta vara tillräckligt vid point-and-click.

³⁶⁴ Se exempelvis Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 58 eller http://www.konsumentverket.se/Tema_ehandeln/Fore-kop/Las-villkoren/

³⁶⁵ Jfr. ex. SOU 1999:106, s. 64f.

³⁶⁶ Jfr. Hultmark, JT 1998/99, s. 86.

³⁶⁷ SOU 1999:106, 64f. och Hultmark, *Elektronisk handel och avtalsrätt*, s. 13.

Det är i detta sammanhang point-and-click, d.v.s. att standardvillkoren *godkänns* genom en särskilt klick-ruta, bör ses. Att villkoren accepteras på detta sätt gör naturligtvis inte *i sig* att de blivit tillgängliggjorda för motparten. Detta får fortfarande ske genom en länk, direkt i avtalsformuläret eller på annat sätt. Det som sker är istället att det avtalsrättsliga *samtycket* till standardavtalet förstärks och *motpartens kännedom* om villkoren tillförsäkras (jfr 5.2).

Ramberg och Ramberg rekommenderar att en hemsida ”för säkerhets skull” bör utformas så att motparten måste *aktivt* acceptera standardavtalet genom att ”*klicka i en särskild OK-ruta*”, detta eftersom det saknas rättspraxis kring huruvida en länk i sig själv är tillräcklig för inkorporering.³⁶⁸ Deras rekommendation återfinns även hos andra författare och bygger förmodligen på uppfattningen att godkännandet innebär en ”uttrycklig accept” av villkoren. Klicket kan anses bekräfta att motparten blivit tillräckligt uppmärksam på att avtalet ingås på vissa standardiserade villkor.³⁶⁹ *Skäliga åtgärder för att uppmärksamma* beställaren om standardavtalet har, med andra ord, företagits.³⁷⁰ Det vanliga är därför också att point-and-click-rutor används i praktiken.³⁷¹

Det har ofta ifrågasatts om en *på förhand ifylld* point-and-click-ruta kan civilrättsligt binda en beställare vid standardvillkor. Som ovan anfördes är automatiskt ifyllda klickrutor synnerligen tveksamma ur ett *marknadsrättsligt* perspektiv men detta hindrar inte att de anses *civilrättsligt* bindande (4.2.2.1).³⁷²

Enligt mig bör en på förhand ifylld klickruta i princip ”bortses” från i införlivandesammanhang. Förekommer rutan bredvid en länk bör följaktligen bara länken beaktas. Uppfattningen bygger på att en avmarkering av rutan inte fyller någon funktion eftersom avtalsformuläret då inte tillåter att beställningen genomförs.³⁷³ Klickrutan tilldrar, på sin höjd, bara ytterligare uppmärksamhet.³⁷⁴ Eftersom en hänvisning eller länk enligt min uppfattning kan vara tillräcklig *i sig* ser jag emellertid inget hinder för att civilrättslig bundenhet vid standardvillkoren uppstår. Detta förutsatt att inte *högre* krav uppställs i framtida praxis (jfr även nedan 6.2.2).

Eftersom mycket talar för att redan en länk är tillräcklig för införlivande av standardvillkor och point-and-click-metoden dessutom innebär ett *särskilt godkännande* kan denna med allra största sannolikhet användas för att införliva standardvillkor. Så bör vara fallet oavsett om villkoren presenteras

³⁶⁸ Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 142.

³⁶⁹ Se ex. Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 59, Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 86, Jfr UNIDROIT Principles, artikel 2.1.20 (1) samt diskussionen ovan 5.4.2.

³⁷⁰ Jfr DCFR art. II.9:103 (1), NJA 2011 s. 600 samt diskussionen ovan 5.3.1.

³⁷¹ Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 82.

³⁷² Se även 3§ PUL samt Waltré och Hedbäck, *Ny Juridik* 1:11, s. 24 med hänvisningar

³⁷³ *Ibid.*, s. 24.

³⁷⁴ Jfr dock *tillval* där avtalet kan ingås trots avmarkering, dessa behandlas emellertid inte i framställningen, se även ovan 4.2.2.1.

direkt på skärmen eller i en länk med en anslutande klick- eller dialogruta där godkännandet sker (jfr dock nedan 6.2.2).³⁷⁵

När standardvillkoren innehåller oväntade, överraskande eller särskilt tyngande klausuler måste emellertid, precis som i rättspraxis avseende traditionell rätt, ett annat perspektiv än det ovanstående anläggas på införlivande frågan. Huruvida ett införlivande av sådana villkor kan ske medelst point-and-click diskuteras därför något i nästkommande avsnitt.

6.2.2 Oväntade, överraskande och särskilt tyngande klausuler

Det har tidigare klargjorts att även oväntade, överraskande och särskilt tyngande klausuler kan införlivas i ett enskilt avtal men att det då uppställs *högre* krav. Som framgått av ovanstående redogörelse av rättspraxis (5.4.2) är det emellertid tämligen oklart vad som ens ”i allmänhet” ska krävas varför det, som konsekvens, också är svårt att precisera vad som ska gälla för internetavtalen i synnerhet.

Några allmänna hållpunkter vad gäller införlivande kan dock uppmärksammas. Som tidigare klargjorts krävs förmodligen att villkoren *tillställts* motparten kombinerat med någon form av *effektivt tillkännagivande*. Oväntade villkor kräver troligtvis också ett *uttryckligt godkännande* för införlivande medan särskilt tyngande klausuler åtminstone bör ha framhållits för motparten på ett mer direkt sätt för att bli gällande (5.4.2).

Som klargjordes i föregående avsnitt används point-and-click-rutor för att framtvunga ”uttryckliga godkännanden” av standardavtal. Samma metod kan också användas för att framtvunga godkännanden av enskilda kontroversiella klausuler.³⁷⁶ Som ovan påpekats innebär emellertid inte detta ”godkännande” att villkoren *tillställts* (infogats eller bifogats) motparten varför även ett sådant måste göras.

Som ovan anfördes (6.2.1) anser jag att genom *länkar* tillgängliggjorda villkor bör kunna betraktas som ”tillställda” motparten. Skulle detta befinnas vara riktigt kan sådana användas även för att införliva här diskuterade klausuler.

Vilken inställning en domstol skulle inta är emellertid tämligen osäkert. Det kan också, som ovan (6.2.1) problematiserats, tänkas att en domstol skulle uppställa *högre* krav vid internetavtal än enligt tidigare rättspraxis. I just detta avseende kan det förmodligen också anses relativt motiverat

³⁷⁵ Jfr Bernitz, *Standardavtalsrätt*, s. 59.

³⁷⁶ Hultmark, *Elektronisk handel och avtalsrätt*, s. 74 samt Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 86

eftersom det är så enkelt att presentera klausulerna ”direkt” för motparten.³⁷⁷

Då det dessutom är tämligen osäkert vad som över huvud taget krävs för att ett tillräckligt ”effektivt tillkännagivande” av villkoren ska vara för handen bör oväntade och tyngande klausuler, enligt mig, inte förläggas i länkat material. Min rekommendation är istället att villkoren presenteras direkt på skärmen i samband med avtalslutet.

Hur rigoröst villkoren sedan rent faktiskt måste framhållas är en svårare fråga att besvara. Det finns över huvud taget vidsträckta möjligheter att billigt tydliggöra och framhålla avtalsinnehåll för motparten i elektronisk miljö. Som påpekats i doktrinen bör dock kraven inte ställas så högt att fördelarna med internethandeln förtas utan de avkrävda åtgärderna bör vara marknadsföringsmässigt realistiska.³⁷⁸

I praktiken är det vanligt att klausulerna skrivs ut i versaler för att tilldra uppmärksamhet.³⁷⁹ Exempel på andra framhållanden som tagits upp i doktrinen är att villkoren markeras med särskild färg eller ljudeffekter. Metoderna innebär att klausulerna ”sticker ut” mer men det finns också längre gående förslag. Exempel på dylika är att villkoren görs interaktiva eller förklaras av en röst samt den ovan nämnda lösningen att villkoren måste scrollas igenom innan godkännande (6.2.1).³⁸⁰

I brist på klagörande rättspraxis kan egentligen bara konstateras att ”desto mer klart det är att motparten tagit del av och accepterat villkoret, desto högre sannolikhet att det av domstol skulle anses införlivat”. Precis som bedömningen av huruvida en klausul över huvud taget är oväntad eller särskilt tyngande sker även prövningen av dess införlivande i det enskilda fallet.³⁸¹

Personligen anser jag att om användaren konfronteras av och måste godkänna här avsedda klausuler med särskilda klick så bör bundenhet vid dem i princip alltid uppstå. Eftersom villkoren presenterats på motpartens skärm och sedan accepterats av denne bör det krävas mycket, exempelvis att innehållet och utformningen är tämligen otydliga eller synnerligen betungande, för att neka införlivande.³⁸² I detta sammanhang bör även den dolda kontrollen och 36§ AvtL uppmärksammas. Eftersom en sådan efterhandskontroll är möjlig finns det, enligt mig, också anledning att tillåta åtminstone viss flexibilitet i införlivandeprocessen.³⁸³

³⁷⁷ SOU 1999:106, 64f. och Hultmark, *Elektronisk handel och avtalsrätt*, s. 13.

³⁷⁸ Hultmark, JT 1998/99, s. 86.

³⁷⁹ Pawlo, NIR 1999, s. 153f.

³⁸⁰ Hultmark, JT 1998/99, s. 85.

³⁸¹ Bernitz, SvJT 1972 s. 421 och Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 84.

³⁸² Se ex. Hultmark, *Elektronisk handel och avtalsrätt*, s. 74, Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 86 och SOU 2005:20, s. 145 för liknande uppfattning.

³⁸³ Hultmark, *Elektronisk handel och avtalsrätt*, s. 74.

6.3 Clickwrap

Det har i ett tidigare avsnitt uppmärksammats att frågan om *avtalslut* principiellt är frånskiljd den om *avtalets innehåll* (5.1.1). Av framställningen har emellertid framgått att dessa två frågor, vad gäller clickwrap, har en stark koppling till varandra. Svårigheten att bestämma om clickwrap-villkoren blir bindande bottnar nämligen till stor del i problemet med att fastställa den relevanta *avtalstidpunkten* (4.3.3 och 5.5).

I det följande utgås från de tänkbara möjligheter för bundenhet vid standardvillkoren som presenterades ovan (4.3.2). Först genomgås inkorporeringsfrågan utifrån perspektivet att clickwrap-förfarandet medför avtalsrättslig bundenhet (6.3.1). Därefter presenteras olika möjligheter att, om så *inte* befinns vara fallet, ändå anse standardvillkoren utgöra avtalsinnehåll (6.3.2). Efter detta sägs sedan i ett särskilt kapitel några avslutande ord kring framställningen och vilken ståndpunkt som bör intas till avtalsformen (7).

6.3.1 Godkännande av clickwrap-villkoren som avtalstidpunkt

Som klargjorts ovan (4.3.3.3) är det svårt att avgöra huruvida clickwrap-förfaranden typiskt sett ger upphov till ett avtalsförhållande eller inte. Om ett sådant avtal anses föreligga bör det emellertid betraktas som ingånget mellan upphovsmannen och förvärvaren av det fysiska mediet (4.3.2). I detta avsnitt ska sägas något om införlivande frågan utifrån dessa premisser.

De grundläggande kraven för införlivande av standardvillkor är att motparten *uppmärksammats* och *fått kännedom* om dem *innan avtalsslutet* samt att villkoren finns *tillgängliga* för genomläsning om denne önskar det.

Clickwrap-avtalet presenteras, som konstaterats (2.3.3), typiskt sett för användaren på skärmen vid installation av mjukvaran. Eftersom avtalet, enligt här anlagt perspektiv, inte ingås förrän användaren genom klicket avger sitt godkännande har den för införlivandebedömningen relevanta *avtalstidpunkten* inte passerats vid detta tillfälle. Till följd av detta försätts upphovsmannen i en mycket förmånlig position.³⁸⁴ Det finns i princip lika goda möjligheter att uppfylla de krav som enligt traditionell rätt uppställs för införlivande som vid ett typiskt internetavtal (för en närmare redogörelse och allmän problematisering hänvisas därför till den ovanstående framställningen (6.2)).

Från denna utgångspunkt måste dock naturligtvis en nyansering göras med anledning av den speciella situation villkoren åläggs och framkommer i. Det kan bl.a. tänkas att bundenheten påverkas av hur själva förvärvet skett och om det anses slutligt vid en tidigare punkt eller inte (se ovan 4.3.3.2

³⁸⁴ Jfr. Collins, W.Va. Law. Rev., nr. 111 s. 544.

angående villkorade och icke-villkorade förvärv). Ett exempel på detta är att om förvärvet sker via internet då det, i vart fall om förvärvet görs direkt från upphovsmannen, kan argumenteras för att utbudaren redan "haft sin chans" att ålägga motparten standardvillkor.³⁸⁵ En differentiering måste, som läsaren förstår, över huvud taget göras utefter det enskilda avtalsförhållandet.

Rent principiellt finns det emellertid inga hinder mot införlivande av standardvillkoren. Även *oväntade* och *särskilt tyngande* klausuler bör som utgångspunkt kunna inkorporeras om kraven på tillställelse och effektivt tillkännagivande är uppfyllda (5.4.2). På samma sätt som vid point-and-click bör också särskilda "klick" kunna användas för att avge godkännanden av sådana "kontroversiella" klausuler (se närmare ovan 6.2.2).

Ett varningens finger bör väl emellertid höjas i detta sammanhang. Det är exempelvis inte omöjligt att Högsta Domstolen skulle anse att oväntade och särskilt tyngande klausuler, p.g.a. situationen, inte kan införlivas över huvud taget.³⁸⁶ I brist på klargörande rättspraxis är det dock svårt att annat än spekulera. Möjligheten att *jämka* eller bortse från villkor medelst 36§ AvtL med avseende på den *situation* de tillkom i bör emellertid också uppmärksammas.

Om clickwrap-förfarandet anses medföra avtalsbundenhet finns det alltså, sammanfattningsvis, också goda möjligheter att införliva däri ingående villkor. En bedömning av huruvida detta skett i ett särskilt fall kräver emellertid, som alltid, en studie av det enskilda avtalsförhållandet.

I nästa avsnitt ska redogöras för den alternativa situationen att clickwrap-förfarandet *inte* i sig anses medföra avtalsverkan. Som ska visas måste då också ett annat rättsligt perspektiv anläggas på hela införlivande-bedömningen.

6.3.2 Förvärvet av det fysiska mediet som avtalstidpunkt

Vad ska gälla då gälla om clickwrap-förfarandet *inte* medför något avtalsförhållande? Som ovan beskrivits (4.3.2) finns det i denna situation inte något *inomobligatoriskt* förhållande mellan upphovsmannen och förvärvaren av det fysiska mediet. Om upphovsmannen vill införliva och åberopa sig på clickwrap-villkoren möter denne därför ett stort problem: det finns inget avtalsförhållande att införliva villkoren i.

Det enda avtal man här har att förhålla sig till är istället *förvärvsavtalet* mellan återförsäljaren och slutförvärvaren.³⁸⁷ Den relevanta *avtalstidpunkten* är följaktligen då förvärvet av det fysiska mediet företogs. I

³⁸⁵ Jfr Hultmark, Konsumentskydd på internet, s. 84 som anför liknande synpunkter kring shrinkwrap där även förvärvsavtalet beror av att standardvillkoren godkänns.

³⁸⁶ Jfr Andersen, *IT-retten*, s. 907ff och nästa avsnitt.

³⁸⁷ Se ovan 4.3.2 och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 52.

det följande presenteras möjligheterna för återförsäljaren att ålägga villkor gentemot förvärvaren varefter, avslutningsvis, de implikationer detta har för upphovsmannen redogörs.

Här bör omedelbart uppmärksammas att själva införlivandet, om ett sådant blir aktuellt, sker redan *vid förvärvet* och inte vid det senare godkännandet i clickwrap-förfarandet. Detta beror på att clickwrap-operationen med här anlagt perspektiv inte flyttar fram avtalstidpunkten (se 4.3.3.2–4.3.3.3). Presentationen och godkännandet av villkoren vid installationen fyller istället en mer *indirekt* roll som ”uppmärksammande” eller ”bekräftelse” av vad som potentiellt redan avtalats (jfr den *direkta* rollen som avtalshandling ovan 6.3.1).

Själva förvärvsavtalet *fullgörs* genom att prestationerna, d.v.s. betalning och tillställelse av föremålet, utbyts.³⁸⁸ Detta innebär att både *avtalstidpunkten* och *fullgörelsen* passerats när clickwrap-förfarandet initieras. Som konsekvens bör inte Rambergs tolkning av Högsta Domstolens uttalande i NJA 2007 s. 962 kunna användas för att anse villkoren införlivade (detta även bortsett från att avtalet där slutits per telefon). Vid en sådan förespråkad *avtalspreciseringsfas* (5.5) krävs det nämligen att villkoren tillställts *innan fullgörelsen*.

Som tidigare anförts (5.3.1) är det naturligtvis möjligt att *hänvisa* till villkoren vid förvärvet och, på så sätt, införliva dem i det om standardavtalet finns *tillgängligt* ifall motparten vill ta del av det innan köpet.

Det finns exempel i utländsk rättspraxis där en *påskrift* på produktförpackningen om att ytterligare villkor finns på insidan betraktats just som en hänvisning till villkoren.³⁸⁹ Högsta Domstolen har dock, som nämnts, intagit positionen att påskrifter inte blir bindande avtalsinnehåll med mindre de gjorts till en förutsättning för köpet.³⁹⁰ Detta gör det också svårt att inta någon annan ställning än att en hänvisning som tryckts på själva produktpaketet inte räcker för att införliva villkoren.

Konsekvensen av det sagda är att en hänvisning eller annan införlivandeåtgärd måste vara mer uttrycklig för att göras gällande mot förvärvaren. Vid sådana enkla ”köp över disk” som utgör föremålet för denna framställning är detta naturligtvis tämligen ovanligt.³⁹¹

En annan potentiell väg för åberopande är att clickwrap-villkoren anses avspegla ett *handelsbruk*. Som ovan nämnts (5.3.2.2) finns det emellertid i princip inga standardavtal som i sin helhet avspeglar ett sådant bruk. Även vad gäller enstaka villkor är bedömningen restriktiv. Eftersom villkoren i den här aktuella situationen dessutom åläggs ensidigt utgör detta därför knappast en tillförlitlig lösning ens i enstaka fall (se närmare 5.3.2.2).

³⁸⁸ Jfr 6§2st och 10§ KöpL och 5-6§§ KKL m.fl. paragrafer samt Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 381f.

³⁸⁹ Se ex. *ProCD v. Zeidenberg*.

³⁹⁰ NJA 1939 s. 592 och 1949 s. 645 samt ovan 4.3.3.1.

³⁹¹ Jfr. Nørager-Nielsen, *Edb-kontrakter*, s. 348.

Den, i princip, enda möjlighet som återstår efter det ovanstående är att clickwrap-villkoren ses som *underförstått avtalsinnehåll*. I NJA 1978 s. 432 påtalades att kunderna ”i allmänhet var medvetna om förekomsten av allmänna resevillkor”. Researrangören ansågs därför berättigad förutsätta att en resenär tagit del av de allmänna villkoren om inte *särskild anledning* fanns att anta motsatsen. Som klargjorts avkrävdes inget uppmärksammande eller någon införlivandeåtgärd utan arrangörens plikt reducerades till att genom ett *tillgängliggörande* ge kunden *möjlighet* att ta del av villkoren innan avtalsslutet (se närmare 5.3.2.1).

I viss doktrin har förespråkats att principerna från detta rättsfall kan tillämpas på shrinkwrap-förfaranden varvid det samtidigt implicerats att samma resonemang kan användas avseende clickwrap.³⁹² Argumentet är att eftersom de flesta känner till villkorens existens bör ett effektivt *tillgängliggörande*, exempelvis i affärslokalen eller på en hemsida, kunna medföra bundenhet vid dem. Precis som i 1978 års fall kan emellertid *oväntade och särskilt tyngande klausuler* inte införlivas genom en sådan underförstådd hänvisning.³⁹³

En svaghet med *alla* ovanstående alternativ är emellertid, som inledningsvis nämndes, själva *partsförhållandet*. Eftersom upphovsmannen inte är part i förvärsavtalet mellan återförsäljaren och slutförvärvaren (4.3.2) kan denne nämligen, som utgångspunkt, inte åberopa sig på detta avtal (jfr dock nedan).³⁹⁴ Ingetdera av de ovanstående alternativen bör, enligt min uppfattning, heller kunna *medföra* att ett rättsförhållande uppstår *direkt* mellan upphovsmannen och slutförvärvaren. I 1978 års rättsfall var exempelvis fråga om villkor som ansågs implicit avtalade, *införlivade, parterna emellan* – inte i förhållande till en tredje part. Samma resonemang kan skönjas även i Högsta Domstolens uttalanden om påskrifter.³⁹⁵ Det krävs helt enkelt ett avtal för att införliva standardvillkor.

Det enda som kan tänkas innebära att ett avtal sluts direkt mellan upphovsmannen och slutförvärvaren i de situationer som beskrivits är, enligt min mening, just clickwrap-förfarandet.

Mellan upphovsmannen och slutförvärvaren blir ovan nämnda doktrinuttalanden om ”underförstått avtalsinnehåll” följaktligen bara aktuella i den mycket speciella situationen då villkoren för clickwrap-licensen inte presenteras på skärmen i samband med installationen (jfr ovan 2.3.3 och 6.3.1, se även 2.3.2 om shrinkwrap där villkoren ofta presenteras först efter att avtalet påstås vara ingånget). I normala fall presenteras nämligen villkoren för användaren på skärmen innan avtalstidpunkten varför konstruktionen inte blir nödvändig.

³⁹² Se Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 382f, jfr även Andersen, *IT-retten*, s. 907ff, särskilt s. 910 för ett liknande perspektiv, dock avseende dansk rätt utan rättsfallet. Notera dock att ingendera författaren *uttryckligen* tar ställning för synsättet avseende clickwrap. Enligt mig kan de flesta av betänkligheterna anföras även mot shrinkwrap.

³⁹³ Lindberg och Westman, *Praktisk IT-rätt*, s. 382f.

³⁹⁴ Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 139.

³⁹⁵ NJA 1939 s. 592 och 1949 s. 645.

En annan sak är att villkoren kan anses underförstått avtalade mellan återförsäljaren och förvärvaren i enlighet med 1978 års rättsfall. För mig förefaller detta dock konstlat eftersom det i regel är upphovsmannen, inte återförsäljaren, som avser ingå avtal med slutförvärvaren.

Om villkoren, enligt något av ovanstående alternativ, anses införlivade mellan återförsäljaren och slutförvärvaren genom förvärvsavtalet finns det dock vissa möjligheter för upphovsmannen att åberopa sig på dem.

Om ett bakomliggande avtal mellan upphovsmannen och säljaren ger den senare rätt och skyldighet att avtala på detta sätt i förhållande till upphovsrätten kan detta också vara en smidig lösning (jfr 4.3.2). I avtalet kan då den rätt återförsäljaren sedan får i förhållande till kunden överlåtas till upphovsmannen varför förhållandet i allt väsentligt blir detsamma som om dessa faktiskt ingått avtal direkt med varandra.³⁹⁶ Förvärvarens rätt kommer emellertid fortfarande att gälla mot återförsäljaren vilket, naturligtvis, får anses problematiskt.³⁹⁷

Ett annat alternativ är att upphovsmannen själv tar på sig rollen som återförsäljare och ser till att binda sig direkt mot slutförvärvaren. Eftersom själva syftet med clickwrap är att kunna sälja mjukvara genom återförsäljare försvinner emellertid då hela poängen med avtalsformen (se 2.3.3).

³⁹⁶ Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 52 och Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 140f.

³⁹⁷ Se ex. Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 140f.

7 Avslutande kommentarer

7.1 Kan bundenhet tillskapas?

Som framgått av den ovanstående framställningen är det i princip möjligt att åstadkomma avtalsbundenhet både genom att självständigt avge en elektronisk förklaring eller att programmera en dator att automatiskt göra det. Hur avtalsbundenheten ska *förklaras* råder det emellertid, i brist på klargörande rättspraxis, en teoretisk diskussion om.

Någonting som dock *kan* konstateras är att den allmänna uppfattningen av ett förfarande, oavsett bakomliggande förklaring, blir central för frågan om bundenhet: ser ”parterna” sig typiskt sett som bundna är detta ett gott argument för att en metod kan användas för att sluta bindande avtal.

Avtalsslut på internet är i sammanhanget föga kontroversiella: det står tämligen klart att avtalsrättslig bundenhet kan tillskapas via hemsidor. Point-and-click-delen av ett sådant förfarande utgör dock inte i sig anledningen till *avtalsverkan* utan är en metod för att stärka bundenheten vid standardvillkoren.

Hur ett avtalsslut på internet ska tillgå styrs till stor del av marknadsrättsliga regler, främst i MFL, EHL och DHL, som hemsidans ägare måste uppmärksamma. Häribland kan nämnas att hemsidan ska, för att vara förenlig med god marknadsföringssed, vara utformad så att *tre steg* måste genomgå för att sluta avtal. Avtalsvillkoren måste också tillgängliggöras för kunden så att denne kan spara och återskapa dem (13§ EHL). Det är dessutom tveksamt om *automatiskt ifyllda* point-and-click-rutor är tillåtna enligt MFL.

De marknadsrättsliga reglerna påverkar dock i princip inte den civilrättsliga bundenheten i ett enskilt fall. I förhållande till konsumenter finns emellertid tvingande civilrättsliga regler i DHL som, ifall kraven på information inte uppfylls, håller avtalsbundenheten svävande under en ångerfrist.

Clickwrap-avtalen påminner mycket om internetavtalen till förfarandesättet. Även här ingås avtal genom att användaren på något sätt ”klickar” för att visa sitt samtycke. Min uppfattning är, med dessa likheter i åtanke, att några rent objektiva hinder inte möter mot att tillskapa avtalsbundenhet genom att vid en installationsprocess ”klicka” för godkännande. En central fråga är emellertid om klicket även i denna situation *enligt bruket* uppfattas som ett bindande godkännande. Besvaras detta jakande finns det dock, enligt mig, ingen motiverad anledning att göra skillnad mellan ”klick och klick”.

Huvudproblemet med clickwrap är istället att villkoren åläggs först *efter* att förvärvet av den fysiska produkten redan fullbordats. Det är därför tveksamt om en domstol skulle anse ett avtal ingånget mellan upphovsmannen och förvärvaren av produkten genom clickwrap-förfarandet. Det är också svårt

att generellt säga hur förhållandet till förvärvsavtalet i så fall ska beaktas. Möjligheten till *dold* och *öppen kontroll* av ett eventuellt avtal kan dock potentiellt ses som argument för att inte vara för hård med att anse avtal uppståendet.

Om förvärvaren *förstår* att upphovsmannen genom clickwrap-förfarandet söker ge upphov till avtal dem emellan, ges ett *verkligt val* mellan att ingå och inte ingå avtalet samt har *möjlighet att återgå till status quo* finns det förmodligen utrymme för att anse bundenhet uppstånden. En analys måste här göras i det enskilda fallet med principen om avtalsfrihet i åtanke.

7.2 Blir standardvillkoren införlivade?

Avtalslagen innehåller inga regler om inkorporering av standardvillkor men Högsta Domstolen har i sin praxis utbildat allmänna krav för sådant införlivande. De allmänna regler som uppställts i rättspraxis måste emellertid alltid differentieras beroende på den föreliggande avtalssituationen.

Rättsläget kan i allt väsentligt sammanfattas som att standardvillkoren måste ha *uppmärksamats* för motparten *innan avtalslutet* så att denne *fått kännedom* om dem. Något krav på faktisk genomläsning av villkoren uppställs inte men de ska ha *tillgängliggjorts* så att det funnits möjlighet att ta del av dem.

I de rättsfall som finns har fråga uteslutande varit om traditionella avtalsformer. Min uppfattning är emellertid att Högsta Domstolen bör låta rättsläget vara så sammanhängande som möjligt så länge inte lagstiftaren uttrycker andra intentioner. Samma principer bör därför, med viss anpassning, kunna användas även avseende elektroniska avtalsslut.

I traditionell rätt har en *hänvisning* till standardvillkoren som gjorts innan avtalsslutet i regel ansetts tillräcklig för att införliva dem om villkoren funnits lätt tillgängliga för motparten. Min uppfattning är därför att en *länk* till standardvillkoren i internetmiljö bör vara mer än tillräcklig för införlivande på samma premisser.

Point-and-click kan användas för att framtvunga ett ytterligare godkännande av standardavtalet i allmänhet och mer ”kontroversiella” klausuler i synnerhet. Klickrutan *i sig* är emellertid inte en tillräcklig åtgärd för införlivande eftersom den inte tillgängliggör villkoren. Denna måste därför kombineras med att villkoren görs tillgängliga, exempelvis genom en länk, för att bundenhet ska tillskapas. Eftersom en sådan länk i sig självt bör räcka för införlivande är dock min uppfattning att en klickruta inte *behövs* för att införliva sedvanliga standardvillkor utan då bara utgör en förstärkande bundenhetsfaktor.

Förhållandet är emellertid ett annat när standardavtalet innehåller oväntade, överraskande och särskilt tyngande klausuler. Dessa kräver nämligen ett särskilt effektivt tillkännagivande för att införlivas i avtalet. Vad som rent faktiskt krävs är över huvud taget oklart men en hänvisning kan, i vart fall,

inte ensamt införliva sådana villkor. Bedömningen av huruvida en länk, som utgör ett slags mellanting mellan att ”hänvisa” och ”bifoga” villkor, är tillräcklig för införlivande blir därför svår.

Om villkoren direkt framgår för användaren på skärmen och ”uttryckligen accepteras” genom ett point-and-click-förfarande bör detta dock tämligen regelmässigt vara tillräckligt för införlivande. Detta kan sedan kombineras med olika former av framhållanden såsom avvikande färg eller användande av enbart versaler för att ytterligare höja sannolikheten för inkorporering. Klart står i vart fall att bundenhet, om övriga förhållanden är dem rätta, kan tillskapas medelst point-and-click avseende i princip vilka standardvillkor som helst.

Huruvida ett clickwrap-förfarande kan användas för införlivande av standardvillkor beror i allt väsentligt på om metoden i sig tillskapar avtalsrättslig bundenhet mellan upphovsmannen och förvärvaren eller ej. Detta avgör nämligen vilken *avtals tidpunkt* som ska beaktas vid införlivandebedömningen, något som sammanhänger med att standardvillkoren måste tillgängliggöras och bringas till motpartens kännedom *innan avtalsslutet*.

Anses clickwrap-förfarandet tillskapa bundenhet är det med största sannolikhet också möjligt att ”införliva” standardvillkor på samma sätt som vid avtalsslut på internet. Upphovsmannen ges då chansen att presentera villkoren på skärmen innan avtalet sluts varför problem i regel inte uppstår. Vid införlivandebedömningen bör dock det mycket speciella avtalsförhållandet och det föregående köpet naturligtvis beaktas. Värt att notera är också att avtalsfriheten i viss mån begränsas av 26g-h§§ URL. Möjligheten att *jämka* avtalet med 36§ AvtL, vari ”omständigheterna vid avtalets tillkomst” beaktas, måste naturligtvis också has i åtanke.

Om ett avtalsförhållande *inte* anses uppstå mellan upphovsmannen och förvärvaren blir ett införlivande dock svårforcerat. Eftersom något avtalsförhållande då inte föreligger mellan upphovsmannen och förvärvaren finns det nämligen inte något avtal mellan dem att införliva villkoren i. Hänvisningar och liknande vid förvärvsavtalet bör inte kunna ändra på detta.

Det alternativ som finns är därför att villkoren blivit avtalsinnehåll mellan återförsäljaren och förvärvaren. Föreligger en bakomliggande avtalskonstruktion mellan upphovsmannen och säljaren kan detta också utgöra en framkomlig, om än snårig, väg. Ett problem med ett sådant upplägg är dock att förvärvarens *rättigheter* fortfarande gäller mot återförsäljaren.

Det är, sammanfattningsvis, svårt att binda förvärvaren vid villkoren om ett rättsförhållande mellan upphovsmannen och förvärvaren inte tillskapas genom clickwrap-förfarandet.

Käll- och litteraturförteckning

Svenskt offentligt tryck

SOU 1985:51 – *Upphovsrätt och datorteknik*
SOU 1996:40 – *Elektronisk dokumenthantering*
SOU 1999:106 – *Konsumenter och IT - en utredning om datorer, handel och marknadsföring*
SOU 2005:20 – *Konsumentskydd vid modemkapning*

Prop. 1988/89:85 – *Om upphovsrätt och datorer*
Prop. 1989/90:89 – *Om ny konsumentköplag*
Prop. 2001/02:150 – *Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster, m.m.*
Prop. 2004/05:13 – *Distans- och hemförsäljningslag m.m.*

Ds. 2007:29 – *Musik och film på Internet – hot eller möjlighet?*

Europeiska Unionens offentliga tryck

Dir. 91/250/EEG – *Rättsligt skydd för datorprogram*
Dir. 93/13/EEG – *Oskäligen villkor i konsumentavtal*
Dir. 98/48/EG – *Ändring av direktiv 98/34/EG om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter*
Dir. 2000/31/EG – *Direktiv om elektronisk handel*
Dir. 2005/29/EG – *Direktiv om otillbörliga affärsmetoder*

KOM(2001)786 slutlig. – *Kommissionens utvärderingsrapport om gruppundantagsförordning nr 240/96 om avtal om tekniköverföring - Avtal om tekniköverföring enligt artikel 81, Bryssel, 20.12.2001*

Litteratur

Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, 12:e uppl., Juristförlaget, Lund 2002.

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

Andersen, Mads Bryde, *Grundläggande aftaleret*, 3:e uppl., Gjellerup, Gylling 2008.

Andersen, Mads Bryde, *IT-retten*, 2:a uppl., Gads Forlag, Köpenhamn 2005.

Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, 7:e uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2008.

Bernitz, Ulf, *Otillbörligt ingripande i avtalsförhållande*, Festskrift till Lars Welamsson, s. 54-70, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 1988.

Bernitz, Ulf, Karnell, Gunnar, Pehrson, Lars och Sandgren, Claes, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 11:e uppl., Handelsbolaget Immaterialt rättsskydd, Stockholm 2009.

Gerhard, Peter och Norinder, Henrik, *Marknadsrättens grunder*, Gleerups, Malmö 2009.

Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, Nerenius & Santéus, Stockholm 1993

Grönfors, Kurt och Dotevall, Rolf, *Avtalslagen: en kommentar*, 4:e uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2010

Hellner, Jan, *Kommersiell avtalsrätt*, 4:e uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm 1993

Hellner, Jan, Hager, Richard, Persson, Annina, *Speciell Avtalsrätt II Kontraktsrätt Första häftet Särskilda avtal*, 4:e uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2005

Hellner, Jan, *Försäkringsrätt*, 2:a uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm 1965

Hellner & Ramberg, *Speciell avtalsrätt I: Köprätt*, 2:a uppl., Juristförlaget, Stockholm 1991

Hultmark, Christina, *Elektronisk handel och avtalsrätt*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1998.

Hultmark, Christina, *Standardavtal och avtalsinnehåll*, Ån dog rett Festskrift til Stuevold Lassen på 70-årsdagen 19 august 1997, Universitetsforlaget, Oslo 1997

Håstad, Torgny, *Den nya Köprätten*, 5:e uppl., Iustus Förlag, Uppsala 2003

Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, Institutet för Bank- och affärsjuridik AB, Uppsala 2004.

Lehrberg, Bert, *Avtalstolkning*, 5:e uppl., Institutet för Bank- och affärsjuridik AB, Tallinn 2009.

Levin, Marianne, *Immaterialrätt & sakrätt*, Nordstedts Juridik AB, Vällingby 2007.

Lindberg, Agne och Westman, Daniel, *Praktisk IT-rätt*, 2:a uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2000.

Morgan, Richard och Burden, Kit, *Morgan and Stedman on Computer Contracts*, 6:e uppl., Sweet & Maxwell, London 2001

Nørager-Nielsen, Jacob, *Edb-kontrakter*, G.E.C Gads Forlag, Köpenhamn 1987

Olsson, Mårten, *Ny förklaringsmodell för elektroniskt genererade avtal?*, Juridisk tidskrift 1997-98, s. 1292-1297.

Ramberg, Jan och Ramberg, Christina, *Allmän Avtalsrätt*, 8:e uppl., Nordstedts Juridik AB, Vällingby 2010

Ramberg, Jan, *Standardavtal och avtalsinnehåll – några reflektioner med anledning av NJA 1980 s. 46*, Avtalslagen 90 år, s. 447-452, Nordstedts Juridik AB, 2005.

Ramberg, Jan *Standardavtal – med kommentar till 1994 års avtalsvillkorlag*, Juristförlaget, Stockholm 1995

Rosén, Jan, *Upphovsrättens avtal: Regler för upphovsmäns, artisters, fonogram- film- och databasproducenters radio- och TV-bolags samt fotografers avtal*, 2:a uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm 1998.

Rosén, Jan, *Upphovsrättens avtal: Regler för upphovsmäns, artisters, fonogram- film- och databasproducenters radio- och TV-bolags samt fotografers avtal*, 3:e uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2006.

Seipel, Peter, *Juridik och IT – Introduktion till rättsinformatiken*, 8:e uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2004

Skogh, Göran, *Marknadens villkor*, Timbro Samhällsdebatt Stockholm 1982

Svensson, *Viljeförklaringen och dess innehåll*, Nerenius & Santéus förlag, Stockholm 1996

Torvund, Olav, *Kontraksregulering – IT-kontrakter*, Tano Aschehoug, Oslo 1997

Wagle, Anders, Mediaas och Ødegaard, Magnus, *Opphavsrett i en digital verden*, 2:a uppl., Cappelen Akademisk Forlag, Oslo 1997

Artiklar

Collins, David, *Shrinkwrap, Clickwrap and other software license agreements: litigating a digital pig in a poke in West Virginia*, West Virginia Law Review, nr 111, 2009, s. 531

Marotta-Wurgler, Florencia, *Are “pay now, terms later” contracts worse for buyers? Evidence from software license agreements*, Journal of legal studies, nr 38, 2009, s. 309

Grobgeld, *Allmänna reklamationsnämndens praxis om paketresor*, Svensk Juristtidning, 2006 s. 961-976.

Heidbrink, Jakob, *Avtals uppkomst – dags att se bortom avtalslagen*, Svensk Juristtidning, 2007 s. 673-708.

Hultmark, Christina, *Konsumentskydd på Internet- rättsekonomiska synpunkter*, Juridisk Tidskrift 1998-99, s. 80-89.

Pawlo, Mikael, *Shrinkwrap- och Clickwrap-avtal i svensk och internationell rätt*, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd 1999, s. 140-156.

Ramberg, Christina, *Inkorporering av standardavtal*, Juridisk Tidskrift 2007/08, nr 3, s. 717-723.

Waltré, Jenni och Hedbäck, Julia, *Konsumentavtalsvillkor på Internet*, Ny Juridik 2011, nr 1, s. 21-43

Övrigt

Ramberg, Christina, *Avtalslagen 2010*, (Hämtad 2012-05-21, från www.avtalslagen2010.se)

Svensk Distanshandels Branschregler (Hämtade 2012-05-21, från www.distanshandel.se)

Nordiska konsumentombudsmännens ståndpunkt om handel och marknadsföring på internet (Hämtad 2012-05-21, från <http://www.konsumentverket.se/Nyheter/Pressmeddelanden/Pressmeddelanden-2010/Sa-far-marknadsforing-pa-internet-ga-till-i-Norden/>)

Konsumentombudsmännens rekommendation för e-handel, (Hämtad 2012-05-21, från http://www.konsumentverket.se/Tema_ehandel/Fore-kop/Las-villkoren/)

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, official commentary (Hämtad 2012-05-21, från <http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.international.commercial.contracts.principles.1994.commented/2.19.html>)

HUI Research, E-barometern Q1 2012, (Hämtad 2012-05-21, från [http://www.hui.se/statistik-rapporter/index-och-barometrar/e-barometern,Q1 2012](http://www.hui.se/statistik-rapporter/index-och-barometrar/e-barometern,Q1%2012))

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1933 s. 260
NJÄ 1939 s. 592
NJÄ 1948 s. 620
NJÄ 1949 s. 609
NJÄ 1949 s. 645
NJÄ 1961 s. 658
NJÄ 1969 s. 285
NJÄ 1970 s. 478
NJÄ 1971 s. 36
NJÄ 1973 s. 674
NJÄ 1975 s. 545
NJÄ 1977s. 25
NJÄ 1978 s. 432
NJÄ 1979 s. 401
NJÄ 1980 s. 46
NJÄ 1981 s. 323
NJÄ 1984 s. 795
NJÄ 1985 s. 397 II
NJÄ 1997 s. 44
NJÄ 1997 s. 524
NJÄ 1998 s. 448
NJÄ 2000 s. 462
NJÄ 2007 s. 962
NJÄ 2009 s. 672
NJÄ 2010 s. 559
NJÄ 2011 s. 600

Hovrätt

HovR, mål nr T 5406-04
HovR, mål nr Ö 672-11
HovR, mål nr Ö 3074-07

RH 1984:146
RH 1989:1

Marknadsdomstolen

MD 2004:5
MD 2004:18,
MD 2009:32

Allmänna Reklamationsnämnden

ARN 2001-4889

Utländsk rättspraxis

Beta Computers (Europe) Ltd v. Adobe Systems (Europe) Ltd
Outer House, 1996 SLT 604, 1996 SCLR 587.

Hill v. Gateway 2000, 105 F.3d 1147 (7th Cir. 1997).

ProCD v. Zeidenberg, 89 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).