



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Tommy Högh

Avtalad rätt att slutfakturera utan skyldighet att slutprestera?

Några civilrättsliga utgångspunkter med fokus på kommersiella tjänster

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ola Svensson

Termin för examen: HT2014

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1.1 Introduktion	5
1.2 Problemformulering och frågeställning	6
1.3 Syfte	7
1.4 Metod, material och forskningsläge	7
1.5 Avgränsningar	9
1.6 Disposition	9
2.1 Civilrättsliga kontrollmetoder	10
2.2 Marknadsrättsliga kontrollmetoder	11
3.1 Allmänt	13
3.2 Avtals tolkningens koppling till frågeställningen	14
3.3 Tolkningsmodeller	15
3.3.1 Partsriktad tolkning	16
3.3.1.1 En gemensam partsvilja	16
3.3.1.2 Dolusmodellen	17
3.3.1.3 Culpamodellen	18
3.3.2 Objektiviserad tolkning	19
3.3.2.1 Språkinriktad tolkning	19
3.3.2.2 Syftesinriktad tolkning	23
3.3.2.3 Norminriktad tolkning	24
3.3.2.4 Skälighetsinriktad tolkning	26
3.3.3 Särskilda tolkningsregler	28
3.3.3.1 Oklarhetsregeln	28
3.3.3.2 Minimiregeln	29
4.1 Allmänt	31
4.2 Inkorporeringsreglernas koppling till frågeställningen	31
4.3 Huvudprinciper om inkorporering av standardvillkor	32
5.1 Allmänt	35
5.2 Utfyllningsreglernas koppling till frågeställningen	35

5.3	Typiserad utfyllning	36
5.4	Individuell utfyllning	36
6.1	Allmänt	38
6.2	36 § avtalslagen	39
6.2.1	Avtalets innehåll	40
6.2.2	Omständigheterna vid avtalets tillkomst	42
6.2.3	Praxis	42
7.1	Utgångspunkter	49
7.2	Dold kontroll	49
7.2.1	Partsinriktad tolkning	49
7.2.2	Objektiverad tolkning	50
7.2.3	Särskilda tolkningsregler	52
7.2.4	Inkorporering av avtalsvillkor	53
7.2.5	Utfyllning av avtal	53
7.3	Öppen kontroll	54
7.3.1	Avtalets innehåll	55
7.3.2	Omständigheterna vid avtalets tillkomst	57
7.4	Sammanfattande slutsats	58
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	62
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	64

Summary

Agreements may, with certain exceptions, include basically anything. Each day enormous number of agreements are concluded and the most common type of agreement is probably the purchase agreement. Although this type of agreements generally have a similar content and purpose, i.e. the parties generally agree on one performance in kind and one in money, the design of agreements may vary. This of course includes the penalties that could be utilized by any of the parties in case of a breach of agreement.

The wording itself in the agreements may vary greatly even though several agreements with different wordings are supposed to have the same or similar legal content. This puts great demands on the courts to, in an actual and predictable manner, utilize the available resources to determine the actual content of each agreement. First after the content of the agreement is established it might be necessary to proceed with an assessment of unfairness if there is an imbalance in the agreement or if any other conditions raises concern. In this research paper I will highlight a contractual term which might entail that, under certain circumstances, a seller is entitled to claim payment without being obliged to perform his part of the agreement. This research paper is primarily focused on commercial agreements.

The reviewed contractual term is presumed to have the aim of providing a seller in an agreement on an ongoing provision of services the opportunity to invoice the buyer for the remaining of the agreed services not yet provided, nor will be provided, if the buyer delays in payment.

The review of the contractual term is performed in a general point of view, mainly because it is, according to me, not very interesting to narrow the field to relate to fully given circumstances. However, this leads to the fact that no specific conclusions can be made about the contractual term itself regarding neither interpretation nor unfairness in the individual case. Nevertheless I will highlight a number of circumstances that might affect the assessment of the individual case even if these circumstances will remain unclear. The review is mainly based on contractual interpretation, incorporation rules, rules for filling incomplete contracts and the assessment of unfairness according to 36 § avtalslagen. The research paper is based primarily on HD's cases, doctrine and legislative history and the paper aim to determine the more general guidelines that can be found and then examine how these guidelines might be applied to the given contractual term.

Sammanfattning

Avtal kan, med vissa undantag, omfatta i stort sett vad som helst. Varje dag ingås enormt många avtal och den vanligaste typen av avtal torde vara rena köpeavtal. Trots att denna typ av avtal generellt sett har ett liknande innehåll och ändamål, d.v.s. parterna avtalar i regel om en naturaprestation och en penningprestation, kan avtalens utformning variera. Detta inkluderar givetvis de påföljder som kan aktualiseras vid endera parts avtalsbrott.

Även själva lydelsen i avtalen kan variera trots att flera avtal med olika lydelse i praktiken är tänkta att ha samma eller liknande juridiska innehåll. Detta ställer stora krav på att domstolarna på ett konkret och förutsebart sätt nyttjar de medel som finns för att utröna varje avtals faktiska innehåll. Först när avtalets innehåll fastställts kan det bli aktuellt att gå vidare med en oskälighetsbedömning om det finns en obalans i avtalet eller på annat sätt framgår att något förhållande väcker betänkligheter. I uppsatsen uppmärksammas ett avtalsvillkor som kan innebära att en säljare under vissa omständigheter har rätt att kräva betalning utan att behöva prestera sin del av avtalet. Uppsatsen utgår främst från kommersiella avtal.

Den typ av avtalsvillkor som är föremål för granskning presumeras ha syftet att ge en säljare i ett avtal om löpande tillhandahållande av tjänster möjlighet att slutfakturera köparen för avtalade tjänster som ännu inte tillhandahållits och inte heller kommer att tillhandahållas för det fall att köparen fallit i dröjsmål med betalningen.

Granskningen av avtalsvillkoret genomförs på det mer allmänna planet främst eftersom det enligt mig inte är särskilt intressant att snäva in området till att avse fullt ut givna omständigheter. Detta leder emellertid till att inga konkreta slutsatser kan dras om varken avtalsvillkorets tolkning eller oskälighet i det enskilda fallet. Däremot uppmärksammas ett antal omständigheter som påverkar bedömningen i det enskilda fallet även om de i uppsatsen förblir oklara. Granskningen sker utifrån avtalstolkning, inkorporeringsregler, utfyllningsregler samt oskälighetsbedömningen enligt 36 § avtalslagen. Uppsatsens underlag består i första hand av HD:s praxis, doktrin och lagförarbeten. Ambitionen med uppsatsen är att ta fram de mer generella riktlinjer som kan utrönas för att sedan undersöka hur dessa riktlinjer kan appliceras på uppsatsens avtalsvillkor.

Förord

Nio terminer är i skrivande stund snart avklarade och tiden har gått ofattbart fort. Som så många andra före mig konstaterar jag att den absolut svåraste uppgiften under hela studietiden är att välja ett ämne för examensuppsatsen. Ett tack går ut till de som funnits som stöd under skrivandets gång.

Tommy Högh
Varberg 2014

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
AVLK	Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden
AVLN	Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare
CISG	1980 års UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods
DCFR	Draft Common Frame of Reference
Ds	Departementspromemoria
EU	Europeiska Unionen
HB	Handelsbalken
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
KO	Konsumentombudsmannen
MD	Marknadsdomstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NJA II	Nytt juridiskt arkiv avdelning II
Prop	Proposition
PECL	Principles of European Contract Law
SFS	Svensk författningssamling
TR	Tingsrätten
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law

1 Inledning

1.1 Introduktion

Hela den svenska civilrätten genomsyras av inskränkningar av principerna om avtalsfrihet och att ingångna avtal ska hållas.¹ I praktiken är detta nödvändigt då det inte är rimligt att varje ingått avtal ska stå fast under alla tänkbara omständigheter. Detta synsätt har präglat svensk rätt under lång tid men fick sig ett uppsving i samband med att 36 § lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område infördes 1976.²

Införandet av 36 § avtalslagen innebär att de svenska domstolarna har givits utvidgade möjligheter att begränsa principerna om avtalsfrihet och pacta sunt servanda genom att oskäligen avtalsvillkor kan jämkas eller lämnas utan avseende i något större utsträckning än tidigare.³

Man skulle kunna föra omfattande diskussioner huruvida inskränkningar av ovan nämnda principer är motiverade utifrån olika aspekter. Denna uppsats gör dock inte på något sätt anspråk på att föra en djup principiell diskussion huruvida så är fallet. Istället accepteras att denna typ av inskränkningar är ett faktum i svensk rätt och fokus ligger på det mer praktiska planet där en viss typ av avtalsvillkor granskas mot bakgrund av gällande rätt.

För att nå fram till en diskussion avseende 36 § avtalslagens tillämplighet på uppsatsens avtalsvillkor krävs dock att avtalsvillkoret genomgår avtalstolkningsprocessen eftersom avtalsvillkoret inte nödvändigtvis är klart och tydligt. Tanken med de flesta olika varianterna av avtalsvillkoret presumeras vara att en säljare, som framöver förutsätts vara den som upprättat avtalet, avser att ge sig själv möjlighet att kräva full ersättning för tjänster eller varor som inte längre tillhandahålls efter det att en köpare fallit i dröjsmål med betalning. För att förtydliga problematiken ges nedan ett exempel som den fortsatta framställningen har som utgångspunkt. Tanken är dock att uppsatsen ska kunna nyttjas på ett mer generellt plan och kunna appliceras på ett bredare område än endast i ett enskilt fall.

¹ Se t.ex. prop. 1975/76:81 s. 100 och Millqvist, Rättslig kontroll av borgensåtagande genom avtalstolkning, SvJT 1990 s. 254. Principen om att avtal ska hållas går under den allmänt vedertagna benämningen pacta sunt servanda. Peczenik benämner pacta sunt servanda som subsidiär gentemot tvingande lagstiftning som t.ex. konsumentköplagen. Oaktat hur man önskar beskriva principernas status i svensk rätt kommer alla typer av avsteg från principerna fortsättningsvis benämnas inskränkningar. Se Peczenik, Juridikens allmänna läror, SvJT 2005 s. 249.

² Lagen infördes genom SFS 1976:185 och benämns fortsättningsvis endast avtalslagen.

³ Att domstolarna genom 36 § avtalslagen fick ökade möjligheter att korrigera oskäligen avtalsvillkor ligger väl i linje med syftet med paragrafen. Det finns visserligen flera paragrafer som fungerar eller har fungerat som generalklausuler med liknande syften som 36 § avtalslagen men de präglas i viss mån av en stelhet som 36 § avtalslagen är tänkt att undvika, se t.ex. prop. 1975/76:81 s. 103.

En säljare erbjuder sina kunder att nyttja viss tjänst på internet mot en fast månadsbetalning. Tjänsten säljs som ett abonnemang med ett års bindningstid. En köpare tecknar avtal med säljaren men faller efter en tid i dröjsmål med betalningen. Säljaren avbryter då köparens tillgång till tjänsten samtidigt som köparen, enligt säljaren, omedelbart blir betalningsskyldig för den återstående avtalsperioden. Säljaren stödjer sig på ett avtalsvillkor som kan ha följande lydelse:

Säljaren förbehåller sig rätten att vid utebliven delbetalning 20 dagar efter förfallodagen slutfakturera köparen samt avbryta köparens tillgång till tjänsten.⁴

1.2 Problemformulering och frågeställning

Av naturliga skäl vill avtalsparter i näringslivet genomdriva så för var och en fördelaktiga avtal som möjligt. I svensk rätt finns dock gränser för hur långt en avtalspart kan gå vad gäller att tillskansa sig fördelaktiga avtal. Det är däremot ingen enkel uppgift att på ett kort och konkret sätt försöka utröna exakt var gränserna går. Införandet av 36 § avtalslagen kan måhända ha medfört viss vägledning om man beaktar den numera relativt omfattade praxis som existerar. Dock är i regel avgörandena mot bakgrund av 36 § avtalslagen färgade av omständigheterna i det enskilda fallet att det är svårt att till fullo lägga ett avgörande till grund för ett annat scenario där omständigheterna med största sannolikhet inte är fullt ut jämförbara. Det är dock ofta möjligt att utläsa mer generella riktlinjer ur praxis som möjligtvis är applicerbara på varierande omständigheter.

Den typ av avtalsvillkor som denna uppsats behandlar har, till skillnad från vissa avtalsvillkorstyper som t.ex. skiljeklausuler, inte givits något särskild benämning. Vidare är det också möjligt att föreställa sig otaliga variationer av avtalsvillkoret som kan vara mer eller mindre tydliga vilket medför att även avtalstolkning får en avgörande betydelse.

Om man försöker utläsa syftet med att nyttja denna typ av avtalsvillkor ligger det nära till hands att anta att de ska fungera dels som ett påtryckningsmedel, dels som ett normerat skadestånd vid avtalsbrott. Det kan inte uteslutas att avtalsvillkoret de facto ofta medför att den betalningsskyldiga parten faktiskt upprätthåller sin del av avtalet. Problem uppstår dock när så inte är fallet. Resultatet av avtalsvillkoret är, givet att avtalstolkningen medför att avtalsvillkoret ges den innebörden, att den naturapresterande parten befrias från att prestera samtidigt som den betalningsskyldiga parten blir tvingad att prestera i motsvarande mån som om denne aldrig fallit i dröjsmål med betalning. Vidare är risken för missbruk av avtalsvillkoret inte obetydlig. Det bör som regel teoretiskt sett innebära en fördel för den presterande parten att slippa prestera men ändå

⁴ Notera dock att detta är ett exempel på hur avtalsvillkoret kan utformas. Uppsatsen avser att fånga upp varierande lydelseer.

behålla sin fordran på den betalningsskyldiga parten. Att så är fallet innebär att det till viss del förtar incitamentet för den naturapresterande parten att medverka till att den betalningsskyldiga parten upprätthåller sin del av avtalet. Sammanfattningsvis bygger uppsatsen på följande frågeställning:

En säljare och en köpare ingår avtal om köp av viss löpande tjänst under en period.⁵ Den avtalade ersättningen är fast och ska betalas månadsvis oavsett om tjänsten nyttjats fullt ut eller ej.⁶ Köparen faller sedan i dröjsmål med en avtalad delbetalning. I avtalet finns ett avtalsvillkor som säljaren menar medför att det avtalsbrott som utebliven delbetalning innebär ger säljaren rätt att kräva full betalning för den återstående avtalsperioden samtidigt som avtalsvillkoret befriar säljaren från att prestera sin återstående del, d.v.s. att fortsätta att tillhandahålla tjänsten.

De huvudfrågor som uppstår är i huvudsak: (i) Hur ska avtalsvillkoret tolkas? (ii) Har avtalsvillkoret inkorporerats i avtalet? (iii) Innehåller avtalet några luckor på grund av avtalsvillkoret och som behöver fyllas ut? (iv) Är avtalsvillkoret oskäligt?

1.3 Syfte

Syftet med uppsatsen är att genomföra en praktisk redogörelse för hur en allmän domstol skulle kunna behandla den typ av avtalsvillkor som framgår av uppsatsens frågeställning. Tanken är att levandegöra de två olika kontrollmetoder som existerar inom den civilrättsliga prövningen och att identifiera omständigheter som kan antas få betydelse vid en eventuell framtida prövning av denna typ av avtalsvillkor.

1.4 Metod, material och forskningsläge

Uppsatsens syfte uppnås genom att analysera gällande rätt och applicera resultatet på frågeställningen. Huvuddelarna i uppsatsen kan delas upp i en deskriptiv del och en analytisk del med löpande återkoppling till frågeställningen. Tanken är inte att uppsatsen ska fungera som en traditionell rättsutredning för att utreda gällande rätt i ett givet fall utan ambitionen är att stanna på ett mer allmänt plan.

Utgångspunkten är att sedvanlig juridisk metod tillämpas genomgående och värdering av rättskällor sker i enlighet med den allmänt vedertagna rättskälleläran.⁷ Således står hierarkin enligt följande: (i) författning, (ii) förarbete, (iii) praxis och (iv) doktrin. Denna uppräkningsordning är dock inte helt tillfredställande då det finns ett antal övriga rättskällor som kan aktualiseras.

⁵ I den fortsatta framställningen är utgångspunkten att det rör sig om köp av tjänster men troligtvis kan resonemanget till stor del appliceras även på vissa typer av köp av varor.

⁶ Som ett förtydligande avseende betalningsskyldigheten kan här nämnas t.ex. tillgång till en internetbaserad tidsskrift som köparen debiteras för varje månad oavsett om köparen faktiskt läst tidsskriften eller ej.

⁷ Dahlman, Rätt och rättfärdigande, s. 23-24. Se även Hart, The Concept of Law, s. 103.

Avtalslagen har i doktrin jämförts med en ruin. Jämförelsen syftar till att belysa det faktum att lagen en gång i tiden fyllde sin funktion men att den numera endast täcker små fragment av avtalsrätten och att den blivit svårtillämpad i verkligheten. Avtalslagen är i stort sett den enda lag som blir direkt tillämplig för uppsatsens frågeställning och dess tillämpning är ofta svårbegriplig genom att endast läsa lagtexten. Härav skulle man kunna argumentera för att den hierarkiska uppställningen ovan bör justeras på så sätt att författning ska falla tillbaka till förmån för de övriga rättskällorna. Jag är dock inte beredd att sträcka mig så långt för trots att avtalslagen sällan kan tillämpas i praktiken anser jag det omöjligt att inte ge den högst rättskällevärde när den väl blir tillämplig.

Allmänna rättsprinciper faller till viss del utanför den hierarkiska uppräkningsordningen ovan.⁸ Ofta finns principerna kodifierade i lag men det ligger i principernas natur att de kan tillämpas utan att lagen som de finns kodifierade i blir direkt tillämplig.⁹ Det är svårt att ge dessa principer en fix position i rättskällehierarkin för principernas värdering och tillämplighet beror ofta på tvistens karaktär samt vilken princip som blir aktuell i det enskilda fallet.

Vidare kan man beakta parternas avtal som en s.a.s. privat rättskälla.¹⁰ Parterna skapar genom avtalet regler som styr deras mellanhavanden och inte sällan inkluderas påföljden vid avtalsbrott. Även avtalets ställning som rättskälla är svår att fastställa utan mer information om avtalets innehåll och omständigheterna i övrigt men som utgångspunkt kan man åtminstone säga att avtalet i normalfallet hamnar högt i hierarkin.

Det ska även framhållas att handelsbruk, partsbruk och branschpraxis kan vara relevanta rättskällor i det enskilda fallet. Eftersom uppsatsen avser mer generella aspekter och dessa typer av rättskällor är starkt hänförliga till omständigheterna i det enskilda fallet är detta dock inget som kan få betydelse för uppsatsens frågeställning.

Som tidigare påpekats föreligger det en påtaglig brist på lagstadgade bestämmelser när man rör sig inom den allmänna avtalsrätten. Det kan direkt konstateras att det är långt ifrån tillräckligt att endast beakta relevant lagstiftning på området. Således kommer materialet till största del bestå av förarbeten, praxis och doktrin.

Vad gäller forskningsläget kan det konstateras att det finns en stor mängd doktrin och praxis som behandlar avtalstolkning, inkorporering av avtalsvillkor, utfyllning samt 36 § avtalslagen och det råder i det stora hela relativt stor hur dessa olika moment går till. Tanken med uppsatsen är dock

⁸ Visserligen skulle allmänna rättsprinciper mycket väl kunna inkluderas i någon av de fyra uppräknade punkterna, i synnerhet inom praxis, men jag väljer ändå att generellt sett beakta allmänna rättsprinciper som något franskilt från uppräkningsordningen ovan.

⁹ Jfr. Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 22-23.

¹⁰ Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 24-25.

att snäva in på en viss typ av avtalsvillkor och samtidigt bibehålla en generellt hållen uppsats. Således hålls uppsatsen snäv i den mening att endast en typ av avtalsvillkor granskas och samtidigt generell då diskussionen inte ska vara beroende av för många givna omständigheter.

1.5 Avgränsningar

Som nämnts under 1.1 har avtalsvillkoret i praktiken givits en varierande utformning och förekommer under mycket varierande omständigheter. Med denna utgångspunkt ter det sig tämligen ointressant att stanna vid en viss ordalydelse eller vissa givna omständigheter.

Uppsatsen avgränsas till att endast avse avtalsförhållanden mellan näringsidkare. I övrigt är uppsatsens omfattning begränsat till vad som framgår av kapitelrubrikerna, d.v.s. avtalstolkning, inkorporering av avtalsvillkor, utfyllning av avtal samt oskälighet enligt 36 § avtalslagen.

Oskälighetsbedömningen avgränsas i sin tur till att avse endast omständigheterna vid avtalets tillkomst samt avtalets innehåll. Hänsyn tas således inte till övriga lagar och regler som skulle kunna aktualiseras i det enskilda fallet. Även den marknadsrättsliga regleringen avgränsas bort av rena utrymmesskäl. MD:s praxis kan, om än indirekt, få viss betydelse även i civilrättsliga tvister. MD:s praxis är inte på något sätt bindande för HD men HD synes tendera att följa MD:s praxis om de meddelat ett avgörande som är applicerbart på den civilrättsliga tvist som aktualiserats i HD.¹¹

Slutligen poängteras att uppsatsen har en nationell infallsvinkel vilket innebär att endast svensk rätt beaktas.

1.6 Disposition

Inledningsvis behandlas skillnaden mellan civilrättslig och marknadsrättslig kontroll av avtalsvillkor i kap. 2. I detta inkluderas skillnaden mellan dold och öppen kontroll. Kap. 3 behandlar avtalstolkningens huvuddrag. I kap. 4 behandlas de grundläggande kraven för att ett avtalsvillkor ska anses inkorporerat i avtalsförhållandet. Detta kapitel rör i huvudsak inkorporering av standardvillkor. Kap. 5 behandlar utfyllning av avtal. Det kan sägas att detta är en del av avtalstolkningen men i denna uppsats väljer jag att behandla utfyllning under ett separat avsnitt. I kap. 6 ges en översikt över generella riktlinjer för tillämpning av 36 § avtalslagen samt en relativt stor mängd avgöranden refereras. Kap. 7 innehåller uppsatsens analys och de slutsatser som kan dras.

¹¹ Se t.ex. NJA 2012 s. 776 nedan i avsnitt 6.2.3.

2 Kontrollmetoder av oskäligen avtalsvillkor

2.1 Civilrättsliga kontrollmetoder

Sveriges allmänna domstolar har givits ett antal universalverktyg för att kunna bedöma ett eller flera avtalsvillkor i det enskilda fallet. Dessa verktyg består främst av tolkning av avtal, utfyllning av avtal, inkorporering av avtalsvillkor samt en oskälighetsbedömning enligt 36 § avtalslagen.¹² Normalt delas dessa verktyg in i två kategorier, dold- respektive öppen kontroll.¹³ Dold kontroll innebär att domstolen använder sig av tolkning, utfyllning och/eller regler om inkorporering av avtalsvillkor för att motverka potentiellt oskäligen avtalsvillkor. Dold kontroll är utmärkande på så sätt det som huvudregel inte finns något uttryckligt lagstöd att falla tillbaka på. Domstolen använder sig istället av principer som utvecklats successivt genom praxis och doktrin.¹⁴ Undantaget från denna huvudregel är 10 § lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.¹⁵ Paragrafen stadgar att, i ett avtalsförhållande mellan en näringsidkare och en konsument, avtalsvillkor som inte varit föremål för individuell förhandling och som har en oklar innebörd tolkas till konsumentens förmån. I praktiken innebär 10 § AVLK endast att en princip inom den allmänna avtalstolkningens lära har kodifierats.¹⁶

Vidare innebär dold kontroll, i de fall där tvisten s.a.s. löses genom denna metod, att domstolen inte tar ställning till avtalsvillkorets eventuella oskälighet genom tillämpning av t.ex. 36 § avtalslagen. Tvisten i det enskilda fallet är ju löst genom att domstolen t.ex. anser att avtalsvillkoret aldrig inkorporerats i avtalet eller att villkoret är inkorporerat men domstolen tolkar villkorets innehåll på så sätt att avtalsvillkoret inte anses oskäligen vid en eventuell efterföljande oskälighetsprövning.¹⁷ Att så är fallet medför av naturligen skäl att många typer av avtalsvillkor aldrig genomgår en faktisk oskälighetsprövning.¹⁸ Detta är en otillfredsställande metod för den som önskar klarhet huruvida avtalsvillkoret klarar en oskälighetsprövning

¹² I doktrin inordnas normalt inkorporering av avtalsvillkor under avtalstolkningens momentet. Framöver kommer dock inkorporering av avtalsvillkor att behandlas för sig främst av pedagogiska och strukturella skäl.

¹³ Se t.ex. prop. 1975/76:81 s. 30.

¹⁴ Lehrberg, Avtalstolkning, s. 26.

¹⁵ Det kan diskuteras huruvida denna paragraf faktiskt är hänförligen till dold kontroll eller om den istället bör hänföras till öppen kontroll eftersom principen kodifierats. Frågan ter sig dock inte nödvändigen att utreda vidare i denna uppsats.

¹⁶ Se vidare avsnitt 3.3.3.1.

¹⁷ Detta blir särskilt tydligt under avsnitt 3.3.2.4 där det framgår att domstolarna inte sällan är benägna att väga in just skäligheten i avtalstolkningen.

¹⁸ Med faktisk oskälighetsprövning menas de fall då avtalsvillkoret inte genom avtalstolkning ges ett skäligen innehåll.

enligt 36 § avtalslagen.¹⁹ Olika former av dold kontroll behandlas vidare under avsnitt 3 och 4.

Alternativet till dold kontroll är att domstolen istället tillämpar öppen kontroll. Öppen kontroll innebär i första hand att domstolen tar avstamp i en uttrycklig lagbestämmelse som allt som oftast resulterar i att en bedömning görs enligt 36 § avtalslagen.²⁰ I förarbetena till 36 § avtalslagen framhävs vikten av att domstolarna ges utvidgade möjligheter att använda sig av öppen kontroll. Det läggs vikt vid att domstolarna så långt möjligt ska kunna undvika att genom olika mer eller mindre krystade tolkningsresonemang nå ett rimligt resultat i det enskilda fallet.²¹ Det får vidare anses vara av stor vikt för den rättsliga förutsebarheten att domstolarna utnyttjar möjligheten att tillämpa öppen kontroll så långt möjligt. Öppen kontroll behandlas vidare under avsnitt 5.

2.2 Marknadsrättsliga kontrollmetoder

I den öppna kontrollen brukar även den marknadsrättsliga prövningen av ett avtalsvillkor inkluderas.²² Den stora skillnaden mellan en civilrättslig och en marknadsrättslig prövning är att den civilrättsliga kontrollen är inriktad på en tvist i det enskilda fallet och ger s.a.s. direkt effekt på ett redan ingånget avtal. Den marknadsrättsliga kontrollen har ett mer framåtblickande perspektiv och innebär att en näringsidkare förbjuds, om nödvändigt vid vite, att i framtiden använda ett visst avtalsvillkor i förhållande till sina avtalsparter.²³ Med detta sagt ska det framhållas att en marknadsrättslig kontroll, till skillnad från den civilrättsliga, aldrig kan medföra direkta materiella ändringar av avtalsvillkoret, d.v.s. MD kan inte jämka avtalsvillkoret så att det blir skäligt. De enda alternativ som finns till buds för MD är att antingen meddela förbud eller att inte meddela förbud.²⁴

Bedömningen i MD utgår från 3 § AVLK och 1 § AVLN där den förstnämnda är den i praktiken absolut vanligaste. Att AVLK förekommer i betydligt större omfattning i MD:s praxis än AVLN kan bero på att näringsidkare inte har samma möjligheter att få hjälp att föra sin talan av andra än privat anlidade ombud. Konsumenter har möjlighet att vända sig till KO som har primär talerätt i MD. Om KO väljer att inte väcka talan i MD har en sammanslutning av konsumenter, näringsidkare eller löntagare subsidiär talerätt, se 4 § AVLK. En enskild konsument har således inte talerätt i MD.

För talerätt enligt AVLN krävs, till skillnad mot talerätt enligt AVLK, endast att ett avtalsvillkor använts i förhållandet mellan en näringsidkare

¹⁹ Jfr. Adlercreutz, Avtalsrätt II, s. 107.

²⁰ Jfr. prop. 1975/76:81 s. 103. Se även Adlercreutz, Avtalsrätt II, s. 108-109.

²¹ Prop. 1975/76:81 s. 103. Se även NJA 1980 s. 46 där HD indirekt konstaterar att öppen kontroll är att föredra framför dold kontroll.

²² Prop. 1975/76:81 s. 30.

²³ Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 142.

²⁴ Se prop. 1983/84:92 s. 17-18 och NJA II 1994 s. 754-755.

och dess motpart. Även en sammanslutning av näringsidkare eller annan sammanslutning som har ett befogat intresse av att företräda näringsidkare har talerätt, se 3 § AVLN.

Ett förbud enligt AVLK eller AVLN har som nämnts ingen civilrättslig effekt på ingångna avtal och förbudet gäller från och med att MD meddelat dom. Ett avgörande från MD har inte heller rättskraft på samma sätt som ett civilrättsligt avgörande. Samma avtalsvillkor kan prövas på nytt om det är motiverat med hänsyn till ändrade förhållanden eller något annat särskilt skäl motiverar en ny prövning, se 5 § AVLK och 4 § AVLN. Det är dock troligt att en dom från MD där ett visst avtalsvillkor förbjuds medför någon form av presumtion för oskälighet vid en civilrättslig prövning av samma avtalsvillkor.²⁵

Trots att det får anses relativt enkelt att få ett avtalsvillkor prövat i marknadsdomstolen både enligt AVLK och AVLN är troligen de marknadsrättsliga reglernas viktigaste funktion snarare att ha en preventiv effekt än att gå in och förbjuda avtalsvillkor i det enskilda fallet. Reglerna möjliggör att oönskade avtalsvillkor stoppas utan att det nödvändigtvis måste föreligga en bakomliggande civilrättslig tvist.

Den fortsatta framställningen har som tidigare framhävts endast det civilrättsliga perspektivet i fokus, närmare bestämt det förmögenhetsrättsliga, varför de marknadsrättsliga kontrollmetoderna inte utvecklas vidare.

²⁵ Jfr. NJA 2012 s. 776 under avsnitt 6.2.3.

3 Avtalstolkning

3.1 Allmänt

Principerna om avtalsfrihet och pacta sunt servanda utgör stor del av fundamentet för hela den svenska avtalsrätten.²⁶ Att det råder avtalsfrihet innebär att utgångspunkten är att en part ska ha rätt att fritt välja om denne över huvud taget vill ingå avtal, med vem denne vill ingå avtal och vad avtalets innehåll i så fall ska bestå av.²⁷ Pacta sunt servanda medför att om två parter utnyttjat sin avtalsfrihet på så sätt att de ingått avtal med visst innehåll så ska avtalet hållas. Detta är dock, som nämnts i kap. 1, endast huvudregler och som alla andra huvudregler finns det undantag.²⁸

Teoretiskt sett uppkommer inget bindande avtal förrän korresponderande viljeförklaringar uppstår mellan parterna, jfr. 1 kap. 1 och 6 §§ avtalslagen.²⁹ I praktiken är det dock inte ovanligt att parterna vid tidpunkten för avtalets ingående är av uppfattningen att deras viljeförklaringar korresponderar fullt ut men att det senare inträffar något som de inte förutsett vid tidpunkten för avtalets ingående och som medför att parterna får olika uppfattning om avtalets innehåll.³⁰ När så är fallet innebär det att bägge parter är överens om att avtal kommit till stånd men de är inte överens om avtalets innehåll.³¹ Kan parterna inte själva komma fram till en lösning kan de som bekant få tvisten prövad i allmän domstol. Domstolen kan då behöva ta ställning till avtalets innehåll genom avtalstolkning och för detta finns ett antal olika modeller som utbildats i praxis och doktrin. Eftersom avtal av naturliga skäl ofta är starkt präglade av omständigheterna i det enskilda fallet är det nödvändigt att det finns relativt stor flexibilitet för domstolen att kunna ta hänsyn till samtliga omständigheter utöver avtalets ordalydelse för att nå fram till ett rimligt resultat. Att så är fallet medför att det är svårt att på ett konkret sätt fastslå en exakt systematisering för hur en domstol ska gå till väga i varje enskilt fall vid tolkningen av ett avtals innehåll. Detta avspeglas i den juridiska doktrinen genom att ett antal författare föreslagit olika modeller och systematiseringar för avtalstolkning men ingen modell har till fullo kunnat

²⁶ Lehrberg, Avtalstolkning, s. 11-12 och Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 27.

²⁷ Lehrberg, Avtalstolkning, s. 11 och Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 27.

²⁸ Angående inskränkningar av pacta sunt servanda se t.ex. Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 29.

²⁹ Se även Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt I, s. 53 och Lehrberg, Avtalstolkning, s. 14

³⁰ Det ska nämnas att tidpunkten för ett avtals ingående inte alltid är given på förhand. I praktiken ingås många avtal på andra sätt än genom att ett anbud lämnas och anbudsgivaren återfår en ren accept från mottagaren av anbudet. För olika synpunkter på när avtal ingås i vissa fall jfr. t.ex. Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta, 5 kap. med Calissendorff, Recension av Kurt Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta – några synpunkter, JT 1993-94, s. 236-241. Vidare är inte heller t.ex. den legala acceptfristen som framgår av 3, 5 och 8 §§ avtalslagen alltid helt glasklar. Frågan avseende när ett avtal de facto uppstår är dock inget som ska behandlas vidare i denna uppsats.

³¹ Lehrberg, Avtalstolkning, s. 14.

fastslås som den enda rätta.³² Man torde snarare kunna säga att, med anledning av de svårigheter som nämns ovan, de flesta är eniga om att det inte är möjligt att skapa en generell modell för avtalstolkning som lämpar sig för att tillämpas på alla typer av avtal.³³ Det är dock ytterst otillfredsställande att nöja sig med förklaringar så som t.ex. ”black-box-metoden” som Huser framfört och som i korthet innebär att avtalstolkningen sker genom att information matas in i en svart låda och ut kommer ett färdigt tolkningsresultat utan att någon vet vad som hände i lådan.³⁴

I det följande görs inga anspråk på att ställa upp en heltäckande systematisering av avtalstolkning i svensk rätt men för att få en så klar bild som möjligt över hur de olika tolkningsmodellerna fungerar i praktiken presenteras ett antal generella riktlinjer för avtalstolkning som går att utstaka. Modellerna tenderar dock att överlappa varandra och allt som oftast behöver domstolen ta hänsyn till ett antal olika aspekter samtidigt för att nå ett rimligt resultat. Detta innebär att det är endast i sällsynta fall som en domstol tillämpar endast en av de nedan presenterade tolkningsmodellerna.³⁵

3.2 Avtalstolkningens koppling till frågeställningen

Avtalstolkning har direkt koppling till uppsatsens frågeställning eftersom det aktuella avtalsvillkoret kan ges en relativt varierande utformning och avtalstolkning blir då en nödvändig del av den avtalsrättsliga bedömningen. Enligt min mening är det inte lämpligt att utgå från att avtalsvillkoret alltid är tillräckligt tydligt för att det ska vara möjligt att direkt genomföra en oskälighetsbedömning enl. 36 § avtalslagen. För att återkoppla till det givna exemplet under avsnitt 1 på hur avtalsvillkoret skulle kunna se ut kan det direkt konstateras att om ordet ”avbryts” istället ersätts med ordet ”spärras” finns det möjlighet att avtalstolkning ger avtalsvillkoret en annan innebörd än vad säljaren presumeras ha åsyftat. Det kan argumenteras för att när något spärras innebär detta att det är underförstått att spärren lyfts så fort motparten fullgör sin prestation och således till viss del läker sitt avtalsbrott.

Vidare kan avtalsvillkoret vara formulerat så att det endast ger en rätt för säljaren att slutfakturera utan att specificera vilket belopp som avses. Om så är fallet kan det vara ett alternativ att genom avtalstolkning lösa oklarheten vad gäller slutfaktureringen.

³² Se t.ex. Heidbrink som i en artikel i SvJT kritiskt granskat ett antal författares olika uppfattningar rörande avtals ingående. Heidbrink, Avtals uppkomst – dags att se bortom avtalslagen, SvJT 2007 s. 673.

³³ Många författare har uppmärksammat detta problem i samband med att de behandlat ämnet. Se Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 143 med vidare hänvisningar.

³⁴ Denna förklaring är givetvis provokativ av Huser men liknelsen är inte helt utan grund. För vidare läsning om ”black-box-metoden” se Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 143 med vidare hänvisning.

³⁵ Jfr. Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt II, s. 45.

Oklarheten förstärks vidare om parternas avtal inte föreskriver vad som sker med avtalet efter det att avtalsvillkoret aktualiserats. Innebär avtalsvillkoret i praktiken att avtalet hävs i kombination med ett normerat skadestånd på grund av avtalsbrott eller existerar det framöver som ett ensidigt förpliktande avtal?

En ytterligare aspekt att beakta är huruvida avtalsvillkoret innebär att den eventuella bakomliggande dispositiva rätten avtalats bort. Detta blir särskilt tydligt när det är fråga om löpande leverans av varor och köplagen (1990:931) blir den primära bakomliggande dispositiva rätten. Har säljaren rätt att t.ex. kräva skadestånd enligt 57 § köplagen?

Det presumeras framöver att bägge parter strävar efter att avtalsvillkoret tolkas så fördelaktigt som möjligt för respektive part.

3.3 Tolkningsmodeller

I praktiken torde de flesta verksamma jurister, när de ställs inför ett avtalsrättsligt problem, i första hand efterfråga någon form av skriftlig avtalshandling. Det ska dock belysas att en skriftlig avtalshandling inte är det enda rättsfaktum av betydelse när en domstol ska bedöma ett avtals innehåll genom avtalstolkning. Kan man t.ex. påvisa att en gemensam partsvilja förelåg vid tidpunkten för avtalets ingående och partsviljan inte på ett korrekt sätt har återgivits i den skriftliga handlingen ges denna vilja av naturliga skäl högre dignitet än det skriftliga avtalet oaktat om den går stick i stäv med avtalshandlingens ordalydelse.³⁶ Att i efterhand påvisa en gemensam partsvilja som skiljer från den skriftliga avtalshandlingen kan dock vara en mycket svår uppgift, i synnerhet mot bakgrund av det faktum att en skriftlig avtalshandling i regel ges en stark bevisverkan.³⁷ Det torde således vara relativt sällan som det faktiskt blir aktuellt att argumentera kring att en gemensam partsvilja förelegat som avviker från avtalshandlingens ordalydelse.³⁸ Detta innebär i sin tur troligtvis att en rättslig diskussion avseende en sådan partsvilja sällan anses motiverad om inte särskilda omständigheter i det enskilda fallet föranleder annat. Effekten av detta blir att den hierarkiska ordning som presenteras nedan i vissa fall inte återspeglar verkligheten eftersom det andra momentet ofta behandlas som om det vore det första. Trots att så är fallet kan det vara av pedagogisk betydelse att presentera den hierarkiska ordning så som den fungerar i teorin snarare än dess funktion och tillämpning i praktiken.

I doktrin synes de flesta författare vara överens om att avtalstolkning kan delas in i tre huvudsakliga moment med en inbördes hierarkisk ordning. Det första steget kallas partsinriktad tolkning. I detta första steg beaktar domstolen den gemensamma partsavsikten samt de så kallade dolus- och

³⁶ Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 83, Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 128 och Lehrberg, Avtalstolkning, s. 43.

³⁷ Se t.ex. Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt II, s. 57-59 och Lehrberg, Avtalstolkning, s. 37-38.

³⁸ Jfr. Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 128.

culpamodellerna. Signifikant för detta steg är att tolkningen sker mot bakgrund av subjektiva omständigheter som anknyter direkt till avtalsparternas subjektiva uppfattning av avtalets innehåll.³⁹

Det andra steget kallas objektiverad tolkning. Som namnet antyder tas här hänsyn till objektivt verifierbar data där utgångspunkten är innehållet i avtalshandlingen.

Sista steget kallas särskilda tolkningsregler. Man skulle kunna kalla dessa regler för någon form av hjälpreglar som domstolen kan falla tillbaka på för det fall att ingen tillfredställande lösning kan uppnås genom de tidigare stegen.⁴⁰

Dessa tre steg har inte givits någon enhetlig benämning i varken praxis eller doktrin.⁴¹ Varje steg har i sin tur flera skilda tolkningsmoment som inte heller de givits någon enhetlig benämning i doktrin. Dessa tolkningsmoment har generellt sett inte någon tydlig inbördes hierarkisk ordning sinsemellan. I den fortsatta framställningen används utan vidare motivering de benämningar som framgår ovan.

3.3.1 Partsinriktad tolkning

3.3.1.1 En gemensam partsvilja

Som framgått i tidigare avsnitt är det i svensk rätt närmast en självklarhet att huvudregeln fortfarande är att avtalsparter själva disponerar över huruvida de över huvud taget vill ingå avtal samt vad som i så fall ska vara avtalsinnehåll. Det har även tidigare framgått att denna huvudregel är försedd med en mängd undantag. Undantagen har dock ingen större relevans i detta avsnitt varför utgångspunkten fortsättningsvis är att parternas avtalsförhållande inte faller under något undantag från avtalsfriheten.

Ett avtal uppkommer när två avtalsparter avger korresponderande viljeförklaringar. Viljeförklaringen ger uttryck för att en part har en faktiskt vilja att bli bunden av ett avtal med visst innehåll. Innehållet måste då framgå ur själva viljeförklaringen eftersom partens vilja endast är något som existerar i dennes huvud innan viljan på något sätt kommuniceras med en tänkt avtalspart. Det är alltså avtalsparternas vilja så som den är vid tidpunkten för avtalsslutet som ger avtalet dess innehåll. Lyckas endera part visa på att en viss gemensam partsvilja förelåg vid avtalsslutet ges denna företräde framför alla andra tolkningsmodeller.⁴²

³⁹ Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 39.

⁴⁰ Jfr. Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt II*, s. 111 om oklarhetsregelns ställning.

⁴¹ Att enhetliga benämningar saknas gäller i princip hela läran om avtalstolkning inklusive utfyllning. Se Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt II*, s. 17.

⁴² Se t.ex. NJA 2013 s. 271 och NJA 2007 s. 35.

Att försöka lösa en avtalsrättslig tvist genom att använda sig av den gemensamma partsviljan ter sig dock ofta resultatlös.⁴³ Som nämnts under avsnitt 3.1 är det vanligt att situationer uppkommer som parterna helt enkelt inte förutsett vid avtalets ingående vilket innebär att vid tidpunkten för avtalets ingående fanns det ingen gemensam partsvilja som rörde den senare uppkomna situationen. Vidare uppkommer en besvärlig bevissituation när endera part ska bevisa sitt påstående om att en gemensam partsvilja om ett visst avtalsinnehåll faktiskt existerade vid avtalsslutet. Det är inte heller uteslutet att ett avtal uppkommit trots att det faktiskt aldrig förelåg någon gemensam partsvilja. Har avtalet redan fullgjorts, alternativt fullgörelse har påbörjats, kan bägge parter vara överens om att ett avtal som sådant föreligger men det visar sig att de redan från start sett olika på avtalets innehåll. Rent teoretiskt kan i dessa fall påstås ett avtal aldrig ingåtts eftersom att korresponderande viljeförklaringar inte avgivits. Detta är dock inget som per automatik medför att avtalet är en nullitet.

Vissa författare menar att sökandet efter den gemensamma partsviljan för att lösa en uppkommen tvist endast är en juridisk fiktion som inte går att applicera på verkligheten.⁴⁴ Det är enkelt att förstå varför det kan tyckas orealistiskt att i efterhand försöka fastslå en subjektiv partsvilja men trots detta är sökandet efter en gemensam partsvilja något som fortfarande, om än dock i något begränsad omfattning, fortgår i både praxis och doktrin.⁴⁵

I praktiken ingås flertalet av de avtal där uppsatsens avtalsvillkor figurerar per telefon. Näringsidkare som typiskt sett ingår avtal per telefon tenderar att spela in samtalen för att förebygga framtida tvister. När så är fallet är det fullt tänkbart att det vore möjligt att ur samtalsinspelningen finna argument både för och emot att en gemensam partsvilja förelåg vid tidpunkten för avtalets ingående, givetvis beroende på vad som diskuteras under samtalet.

3.3.1.2 Dolusmodellen

I 6 § 1 st. avtalslagen stadgas att som huvudregel ska en oren accept ska ses som avslag av ett anbud i förening med att den tidigare tilltänkta acceptanten framför ett nytt anbud till den tidigare anbudsgivaren. 6 § 2 st. avtalslagen ställer upp ett undantag från denna huvudregel, nämligen att för det fall att den tidigare acceptanten anser att accepten är ren och den tidigare anbudsgivaren måste inse detta uppstår avtal i enlighet med den rena accepten om inte anbudsgivaren reklamerar utan oskäligt uppehåll.⁴⁶

I både praxis och doktrin har 6 § 2 st. avtalslagen upphöjts till att även gälla situationer som faller utanför dess direkta ordalydelse. Man talar om att

⁴³ Adlercreutz och Gorton är av uppfattningen att domstolarna blir allt mindre benägna än tidigare att förankra ett avgörande i den gemensamma partsviljan. Se Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt II*, s. 21.

⁴⁴ Se t.ex. Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 128.

⁴⁵ Se t.ex. HovR för övre Norrlands dom av den 30 juni 2014 i mål T 939-13, HovR för västra Sveriges dom av den 22 januari 2014 i mål T 5226-12 och Ingvarsson, *Till stöd för stödbrev*, SvJT 2013 s. 267.

⁴⁶ Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 49 och Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 156.

paragrafen upphöjts till en allmän rättsgrundsats.⁴⁷ För avtalstolkningens del innebär detta att en modell har utbildats som medför att, om förutsättningarna är uppfyllda, ett avtal tolkas i enlighet med den godtroende avtalspartens uppfattning så som den kommit till uttryck.⁴⁸

Denna tolkningsmodell motiveras av ett flertal skäl. Bland annat anses den ondtröende avtalsparten omfattas av en klargörandeplikt, d.v.s. en skyldighet att medverka till att medkontrahenten lyfts ur sin villfarelse avseende sin uppfattning om avtalets innehåll.⁴⁹ Att så är fallet skapar incitament för parter som avser ingå avtal att vara tydliga vad de anser att avtalets innehåll ska bestå av. Inte heller anses den ontoende parten vara mer skyddsvärd än om denne faktiskt haft samma uppfattning av avtalets innehåll som den godtroende parten samtidigt som den godtroende parten inte anses mindre skyddsvärd för att denne, omedvetet, inte delar den ontoende partens uppfattning om avtalets innehåll.⁵⁰

Dolusmodellen har stöd i praxis och doktrin och får sägas vara en erkänd modell för avtalstolkning.⁵¹ Det ska dock påpekas att betydelsen av dolusmodellens existens inte bör överskattas. Denna modell är, i likhet med avsnitt 3.2.1.1, starkt beroende av subjektiva rekvisit. Detta innebär att även här uppstår svåra processuella problem i form av att den part som har bevisbördan ska visa att medkontrahenten agerat dolöst vid avtalets ingående genom att denne insett eller måste insett medkontrahentens villfarelse.

3.3.1.3 Culpamodellen

Culpamodellens eventuella status som en självständig generell tolkningsmodell vid avtalstolkning är betydligt mer omdiskuterad i den juridiska doktrinen än de tidigare avsnitt som rör partsinriktad tolkning.⁵² Som namnet antyder är culpamodellen en s.a.s. strängare regel än dolusmodellen. Dolusmodellen förutsätter att faktisk insikt förelåg vid avtalsslutet, alternativt att faktisk insikt måste föreläggas. Culpamodellen går ett steg längre och innebär, förenklat, att man stannar vid att en part endast borde ha insett sin motparts uppfattning om avtalsinnehållet för att bli

⁴⁷ Lehrberg menar att paragrafen fått vidsträckt analogisk tillämplighet, se Lehrberg, Avtalstolkning, s. 50.

⁴⁸ Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 156. Jfr. även CISG art. 8.1, DCFR II-8:101(2), PECL 5.101(2) och UNIDROIT Principles art. 4.2(1).

⁴⁹ Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt II, s. 134.

⁵⁰ Lehrberg, Avtalstolkning, s. 50.

⁵¹ Olika resonemang som anknyter till dolöst agerande görs i t.ex. NJA 1948 s. 620, NJA 1951 s. 282, NJA 1955 s. 247, NJA 1971 s. 216, NJA 1980 s. 46, NJA 1997 s. 307, NJA 1997 s. 382 och NJA 2012 s. 3.

⁵² För olika resonemang om huruvida culpamodellen ens existerar som en självständig generell tolkningsmodell och vad den i så fall innebär se t.ex. Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt II, s. 134-137, Lehrberg, Avtalstolkning, s. 58-62 och Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 158-159, samtliga med vidare hänvisningar. Se även NJA 1960 s. 586, NJA 1969 s. 409, NJA 1986 s. 596 och NJA 2012 s. 3

bunden av motpartens uppfattning. Vidare kan culpöst agerande i vissa fall bli aktuellt att beakta vid tillämpning av oklarhetsregeln.⁵³

Med beaktande av att den juridiska doktrinen är så pass spretande vad gäller culpamodellens innehåll och tillämpningsområde samt att endast ett fåtal relevanta rättsfall från HD finns att tillgå finns anser jag det omotiverat att på djupet analysera en eventuell culpamodells självständiga existens och exakta innehåll mot bakgrund av uppsatsens syfte och frågeställning.⁵⁴ Klart är dock att culpamodellen är en aspekt som inte bör utelämnas helt vid tolkning av avtal.

3.3.2 Objektiviserad tolkning

3.3.2.1 Språkinriktad tolkning

Under avsnitt 3.3 konstateras att en teoretisk genomgång av avtalstolkning inte alltid avspeglar hur förfarandet går till rent praktiskt. I första hand utgår troligtvis verksamma jurister som regel från avtalshandlingen⁵⁵ som sådan när de ska försöka utröna avtalets innehåll. Den språkinriktade tolkningen innebär att utgångspunkten är avtalshandlingens ordalydelse. Att så är fallet har troligtvis sin grund i rent praktiska överväganden samt att avtalshandlingen utgör ett starkt bevismedel för att dess ordalydelse avspeglar den gemensamma partsviljan så som den såg ut vid avtalets ingående.⁵⁶ Vidare är tanken att den objektiverade tolkningen ska avspegla avtalets innehåll så som det uppfattas av en utomstående betraktare.⁵⁷ Det är således naturligt att den objektiverade tolkningen inleds med språkinriktad tolkning.

Utgångspunkten vid språkinriktad tolkning är att man utgår från textens normala språkliga betydelse. Detta synsätt blir särskilt tydligt genom NJA 2007 s. 35 där HD fastslår att "[i]ngen av parterna har åberopat någon omständighet till ledning för deras uppfattning om uttryckets innebörd när avtalet ingicks. Tolkningen får därför avgöras utifrån avtalets lydelse i

⁵³ Se vidare avsnitt 3.3.3.1.

⁵⁴ För olika resonemang avseende culpamodellens existens och innehåll jfr. t.ex. Fohlin, Schmidt och Lehrberg. Fohlin förespråkar en självständig culpamodell, Schmidt förespråkar en graderad culpabedömning och Lehrberg är skeptisk till att en självständig culpamodell i den partsinriktade tolkningen ens existerar utan menar att culpa snarare är en faktor som beaktas vid tillämpningen av den s.k. oklarhetsregeln. Se Fohlin, Avtalstolkning, s. 88, Schmidt, Typfall partsavsikt och culpa. Riktlinjer för avtalstolkning, SvJT 1959 s. 508-520 och Lehrberg, Avtalstolkning, s. 59 och 188.

⁵⁵ Avtalshandlingen är inte alltid nödvändigtvis skriftlig. Avtalshandlingen syftar här till den eller de handlingar, skriftliga som muntliga, där parternas viljeförklaringar kommit till uttryck.

⁵⁶ Avtalshandlingens bevisstyrka är självfallet beroende av omständigheterna i övrigt men man kan med relativt stor säkerhet konstatera att ordalydelsen i skriftliga avtalshandlingar generellt sett får större genomslagskraft än muntliga p.g.a. dels svårigheten att över huvud taget bevisa vad som sagt, dels att muntligt språk över lag inte är lika exakt som skriftligt språk. Se Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 144.

⁵⁷ Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 86.

objektiv mening, med utgångspunkt från textens normala språkliga betydelse”.

Den språkinriktade tolkningen inkluderar dels vilka ord som används för att uttrycka något och dess tänkbara betydelser, dels meningsbyggnaden i varje mening och stycke. Uttryck som härstammar ur en viss bransch presumeras ge uttryck för vad som generellt menas med uttrycket i respektive bransch.⁵⁸ Detta inkluderar att uttryck med juridisk innebörd presumeras tolkas så som de tolkas rättsligt. Vidare gäller även att tekniska uttryck presumeras tolkas så som de tolkas i respektive bransch som avtalet faller inom.⁵⁹

För det fall att ett uttryck används på mer än ett ställe i avtalshandlingen presumeras uttrycket genomgående ha samma innebörd. Detta gäller naturligtvis i synnerhet om avtalshandlingen innehåller en definition av det uttryck som tolkas.

Språkinriktad tolkning innebär att språkvetenskapliga överväganden som regel hamnar i förgrunden snarare än rent juridiska överväganden. Vidare tar den språkinriktade tolkningen även hänsyn till att ett avtal bör tolkas som ett sammanhängande system. Detta innebär att ett visst avtalsvillkor tolkas i sin kontext, d.v.s. det tolkas mot bakgrund av andra villkor i avtalet samt avtalet i sin helhet. Presumtionen är att inget villkor i ett avtal är överflödigt.⁶⁰ Nedan följer ett urval från HD:s praxis där språkinriktad tolkning fått särskild uppmärksamhet.

NJA 2013 s. 271. HD fastslår att ”[o]m någon gemensam partsavsikt inte kan anses föreligga och det inte heller finns några omständigheter vid sidan av avtalstexten som kan klargöra hur parterna uppfattade ett omtvistat standardvillkor, bör tolkningen inriktas på villkorets ordalydelse”. Vidare uttalade HD att ”[d]enna tolkning av 5 § 4 [AB 92] vinner stöd av sammanhanget och övriga bestämmelser i AB 92. Det är alltså utan tvekan av stor betydelse hur avtalsvillkoret formulerats samt placerats.

NJA 1987 s. 553. G.C. och L.A. ingick avtal om köp av monteringsfärdigt småhus med Began-Hus AB i mars 1983. Då köpet inte fullbordades väckte Began-Hus AB talan mot G.C. och L.A. och yrkade att de skulle förpliktigas att utge skadestånd till Began-Hus AB. G.C. och L.A. bestred käromålet.

G.C. och L.A. var sambor och köpte huset för gemensamt bruk. I köpeavtalet hade de allmänna leveransbestämmelserna AL 74 inkorporerats. Bestämmelserna innehöll ett avtalsvillkor som innebar att för det fall upplösning av köparens eller köparnas äktenskap inträffade hade köparna rätt att häva avtalet under vissa ytterligare förutsättningar. G.C. och L.A.:s

⁵⁸ Om däremot ett uttryck kan tolkas på ett sätt enligt vanligt språkbruk och ett annat enligt branschens språkbruk krävs det som regel att bägge avtalsparter är verksamma inom den bransch som avses för att uttrycket ska ges det innehåll som branschens språkbruk påkallar.

⁵⁹ Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 87.

⁶⁰ Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 87, Lehrberg, Avtalstolkning, s. 99 och Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 155. Se även NJA 1992 s. 403.

samboförhållande upphörde innan köpet hann genomföras i sin helhet och köparna åberopade då klausulen om hävningsrätt med hänvisning till att upplösande av samboförhållande i sammanhanget skulle jämföras med upplösning av äktenskap. HD konstaterade inledningsvis att ingendera av parterna åberopat några omständigheter som medför att partsinriktad tolkning går att tillämpa och således går HD vidare till den objektiverade tolkningen. HD fortsätter genom att fastslå att "[u]ttrycket upplösning av äktenskap är som sådant klart och entydigt. Varken den rättsliga reglering som har förekommit hittills rörande sambor eller gängse uttryckssätt i andra sammanhang ger stöd för att analogivis in tolka [sic!] samboförhållanden i uttrycket." HD tolkade således klausulen mot bakgrund av dels rättsliga definitioner, dels allmänt språkbruk och kom till slutsatsen att ingetdera kunde medföra att den mer vidsträckt tolkning som köparna gjorde gällande accepterades.⁶¹ Avgörandet belyser det faktum att även vidsträckt tolkning är möjliga men för att accepteras behöver tolkningen troligtvis förankras i något närliggande sammanhang. Uppsatsens avtalsvillkor innehåller regelmässigt ett antal uttryck som det skulle kunna föras liknande diskussioner kring, t.ex. hur *slutfakturera* ska tolkas.

NJA 1990 s. 24. SAB och HB ingick ett entreprenadavtal 1983 som baserades på AB 72. Avtalet avsåg renovering av ett antal fastigheter. SAB väckte talan mot HB och yrkade att HB skulle förpliktas att utge ränta på den kredit som SAB beviljat HB och som avsåg betalning av kostnader för index, ändrings- och tilläggsarbeten samt mervärdesskatt. I tvisten var det ostridigt att denna ersättning skulle erläggas men det var oklart från vilken tidpunkt ränta skulle börja löpa. I avtalet stadgades att ränta skulle börja löpa "från och med nionde dagen efter det att samtliga arbeten enligt detta avtal utförts" och, vad gäller mervärdesskatten, "från och med den dag då entreprenören senast har att betala mervärdesskatten till Länsstyrelsen med hänsyn till den tidpunkt då samtliga arbeten utförts". Frågan som följde var vad som avsågs med uttrycket *samtliga arbeten*.

HD beaktade hur samtliga arbeten tolkas enligt allmänt språkbruk för att därefter undersöka huruvida uttrycket kunde ges en annan tolkning mot bakgrund av branschpraxis eller avtalets innehåll i övrigt. Tolkningen mot bakgrund av allmänt språkbruk gav vid handen att samtliga arbeten hänföra sig till hela den arbetsprestation som entreprenören åtagit sig att utföra.

HD fortsatte tolkningen genom att hänsyn togs till att AB 72 anknöt vissa rättsverkningar till slutbesiktningen. Rättsverkningarna knöts dock till slutbesiktningen genom att ett annat uttryck än samtliga arbeten användes och anförde att det vore naturligt att använda en liknande formulering om samma tidpunkt avsågs. Detta i synnerhet då ett avtal enligt HD bör ses som en sammanhängande enhet.

Avslutningsvis konstaterade HD att tolkning enligt allmänt språkbruk inte gav ett orimligt resultat och övervägande skäl talade för att uttrycket ska

⁶¹ Notera att om tvisten tagits upp till prövning i dag hade troligtvis 37 § Konsumentköplagen (1990:932) kunnat tillämpas.

tolkas i enlighet med sin betydelse enligt allmänt språkbruk.⁶² Avgörandet visar att allmänt språkbruk återigen gavs stor vikt och det förelåg inte tillräckliga skäl för att avvika från det. Vidare belyser avgörandet att hänsyn tas till övriga delar av avtalet. För uppsatsens avtalsvillkor är det som framgått tidigare oklart vad avtalet består av utöver det aktuella avtalsvillkoret. Det är dock av vikt att man i varje enskilt fall undersöker avtalet i sin helhet för att se om det finns bestämmelser som på något sätt anknyter till avtalsvillkoret och beaktar att dessa andra bestämmelser kan påverka avtalsvilkorets tolkning.

NJA 2006 s. 53. Ö.W. genomförde en tillbyggnad på sin villafastighet. Under byggnationens gång uppstod frätskador på Ö.W.:s knän genom långvarig kontakt med betong som inte hade brunnit färdigt och som således hade frätande egenskaper.

Vid tillfället för skadans uppkomst omfattades Ö.W. av en olycksfallsförsäkring hos Trygg-Hansa. Enligt villkoren i försäkringsavtalet ersatte Trygg-Hansa skada som uppkommit på grund av olycksfall som drabbat den försäkrade ofrivilligt genom plötslig yttre händelse. Då Trygg-Hansa nekade försäkringsersättning med anledning av att den aktuella händelsen inte omfattas av olycksfallsförsäkringen väckte Ö.W. talan mot Trygg-Hansa och yrkade att få ett visst belopp utbetalat.

HD:s bedömning mynnade ut i att uttrycken *ofrivilligt*, *plötslig* och *yttre händelse* tolkades. Vid tolkning av uttrycket ofrivilligt tog HD hjälp av straffrättens likgiltighetsuppsåt. Det ter sig således som att legala definitioner kan ge vägledning vid avtalstolkning även genom att avtalsvilkorets innebörd endast liknar ett uttryck som finns rättsligt definierat. Detta indikerar att för det fall inspiration söks i legala definitioner är det inte tillräckligt att beakta bakomliggande dispositiv rätt utan det är nödvändigt att inta ett bredare perspektiv.

NJA 2007 s. 35. LBAB anlätades av MAS som totalentreprenör avseende byggnation av sex byggnader. LBAB anlätade i sin tur FBAB som sidoentreprenör för att upprätta ritningar avseende byggnaderna. Mellan LBAB och FBAB utgjorde ABK 96 avtalsinnehåll.

Efter att byggnaderna var färdigställda uppmärksammades vissa fel med takens konstruktion. LBAB hade uppfört byggnaderna i enlighet med de ritningar som FBAB utformat och med anledning av detta väckte LBAB talan mot FBAB och yrkade skadestånd på grund av att ritningarna var orsaken till att byggnationen blev felaktig. Då FBAB invänt att skadeståndsanspråket inte framställdes i rätt tid enligt 96 § 6.8 ABK 96 togs denna fråga upp till mellandom.

HD konstaterade att frågan huruvida skadeståndsanspråket framställdes i rätt tid är beroende av hur uttrycket *skadan upptäcks* tolkas. Tolkningen ska

⁶² Notera här att HD, genom att ta ställning till resultatets rimlighet, genomförde en slags skälighetsbedömning. Se vidare avsnitt 3.2.2.4.

enligt HD utgå från lydelsen av uttrycket i objektiv mening där uttryckets allmänna språkliga betydelse är utgångspunkten. HD uttalade vidare att "[v]id tolkningen skall avtalet ses som en sammanhängande enhet och det aktuella avtalsvillkoret läsas i samband med övriga villkor i avtalet".

Med beaktande av ovan refererade fall står det klart att den objektiverade tolkningen är efterställd den partsinriktade tolkningen. Vidare ter det sig uppenbart att HD lägger stor vikt vid ordalydelsen i det aktuella avtalsvillkoret både sett isolerat men även sett i sin kontext. Tolkningen av ordalydelsen synes presumeras följa allmänt språkbruk men möjlighet att argumentera för att denna presumtion ska frångås i det enskilda fallet verkar alltid finnas. Tolkning av ordalydelsen i det kontextuella perspektivet synes få störst genomslagskraft när det rör sig om avtalsvillkor där en viss struktur kan utläsas i avtalet. Typfallet när strukturella avtal föreligger bör vara när mer standardiserade avtalsvillkor används som upprättats av t.ex. olika branschorganisationer.

3.3.2.2 Syftesinriktad tolkning

Det ter sig uppenbart att i stort sett varje avtal som ingås har ett högre syfte att uppfylla än just ingåendet av själva avtalet. Avtal är t.ex. ett sätt att få någon att utföra en prestation i utbyte mot en annan prestation. Det får således sägas att utbytet av prestationer som regel är själva syftet och inte avtalet som sådant. Mot bakgrund av detta är det naturligt att avtalets syfte tas i beaktande av den domstol som fått i uppgift att tolka avtalets innehåll och att den tolkning som bäst stämmer överens med syftet ges företräde.⁶³

Det förekommer att ett avtals syfte preciseras i en ingress till avtalshandlingen, i något annat dokument som inkorporeras i avtalsförhållandet, framgår av rubriker och dylikt eller att syftet helt enkelt är uppenbart. När så är fallet har domstolen en konkret utgångspunkt för de fall syftet kan tänkas påverka avtalstolkningen. Om däremot avtalets syfte inte återspeglas på detta sätt får avtalets syfte försöka utrönas så gott det går mot bakgrund av den övriga information som finns att tillgå i det enskilda fallet.

Vidare kan omständigheterna vara så att avtalets huvudsakliga syfte som sådant står klart men ett visst avtalsvillkors syfte fortfarande är oklart. I sådant fall gäller i princip samma som ovan, d.v.s. domstolen får försöka utröna avtalsvillkorets syfte med hjälp av omständigheterna i det enskilda fallet.

I NJA 1991 s. 319 uttalade HD att tolkning av parternas avtal måste utgå från "den språkliga utformningen av klausulerna, dessas rättsliga bakgrund och allmänna syfte samt det sammanhang i vilket de förekommer".

⁶³ Lehrberg, Avtalstolkning, s. 112.

Än tydligare uttalade sig HD i NJA 1998 s. 364 där det konstateras att "[f]ör det sistnämnda tolkningsalternativet talar spärrförbindelsens uppenbara syfte att tjäna som säkerhet för leverantören".

Även i NJA 2001 s. 750 uttalade HD att när ett försäkringsvillkor tolkas "har man emellertid att ta hänsyn till, utöver ordalydelsen, klausulens syfte, försäkringens och kundkretsens art, traditioner i fråga om formulering, anslutning till lagens uttryckssätt, gängse praxis osv."

Det ligger nära till hands att anta att avtalsvillkorets syfte är att täcka den skada som säljaren åsamkas vid avtalsbrott i likhet med ett rent normerat skadestånd. Säljaren kan t.ex. ha begränsade möjligheter att tillhandahålla den aktuella tjänsten till någon annan kund antingen på grund av materiella hinder i sin kapacitet eller genom att avtalet medför att tjänsten endast tillhandahålls till ett begränsat antal kunder. Även andra anledningar kan givetvis förekomma. Det är således fullt tänkbart att säljaren lider en inte obetydlig skada för det fall att en kund inte erlägger betalning i rätt tid. Det är givetvis också av betydelse huruvida det endast handlar om en något försenad betalning eller en utebliven betalning i sin helhet.

Om däremot syftet med avtalsvillkoret snarare är en form av bestraffning för att köparen bryter avtalet blir det svårare att argumentera för att avtalsvillkorets syfte bör upprätthållas av rättsordningen. Det måste anses allmänt känt att avtalsvillkor med bestraffningssyfte inte accepteras i svensk civilrätt.

3.3.2.3 Norminriktad tolkning

Den norminriktade tolkningen innebär att ett oklart avtalsvillkor tolkas med beaktande av bakgrundsrätten och i förekommande fall även mot bakgrund av partsbruk och sedvänja. En förutsättning, som i samtliga delar av avtalstolkningen, är således att ett oklart avtalsvillkor finns i avtalet. Detta förhållande ska inte förväxlas med utfyllning av avtal som innebär att domstolen fyller ut eventuella luckor i avtalet med främst dispositiv rätt.⁶⁴ Trots att bakgrundsrätten kan anses ha sin främsta betydelse vid utfyllning av avtal är den även ett faktum som beaktas även vid avtalstolkningen.⁶⁵

Norminriktad tolkning kan vara svårt att särskilja från reglerna om utfyllning och minimiregeln.⁶⁶ I detta avsnitt ligger det möjligtvis närmare till hands att jämföra norminriktad tolkning med den språkinriktade tolkningen, i synnerhet vad gäller att juridiska uttryck presumeras tolkas enligt dess rättsliga innebörd.

I praktiken har norminriktad tolkning troligtvis sin främsta betydelse om den språkliga- och syftesinriktade tolkningen inte löser tolkningsproblemet. Bakgrundsrätten presumeras som regel vara ändamålsinriktad, d.v.s. lämplig

⁶⁴ Se vidare avsnitt 5.

⁶⁵ Lehrberg, Avtalstolkning, s. 147.

⁶⁶ Se avsnitt 5 avseende utfyllning av avtal och avsnitt 3.3.3.2 avseende minimiregeln.

för att uppnå syftet med avtalet, vilket medför att en tolkning enligt närliggande rätt generellt sett får anses ligga i linje med avtalets syfte om omständigheterna i det enskilda fallet inte föranleder annat.⁶⁷

HD jämförde i NJA 1987 s. 553 den omtvistade avtalsklausulen med bakgrundsretten och i NJA 1989 s. 269 tolkades ett avtalsvillkor i ett borgensavtal mot bakgrund av allmänna borgensrättsliga principer.⁶⁸

I NJA 1998 s.3 tolkades en viss lämnad garanti mot bakgrund av bilavgaslagen (1986:1386) och 1987 års bilavgasförordning.

Norminriktad tolkning får vidare stor betydelse när motstridiga bestämmelser införts i avtalet. Kan inte motstridigheterna lösas med sedvanliga rättsliga prioritetsregler⁶⁹ får den part som argumenterar för att avtalet ska tolkas på så sätt att tolkningen ligger i linje med bakgrundsretten en fördel främst med anledning av att motparten, som är av motsatt uppfattning, inte tillräckligt tydligt klargjort att parterna varit överens om att frånga bakgrundsrettens bestämmelser.⁷⁰ Ett exempel på motstridiga uppgifter som skulle kunna aktualiseras i ett avtal som innehåller den typ av avtalsvillkor som uppsatsen behandlar skulle kunna vara att ett avtalsvillkor som innebär att parterna endast har rätt att häva avtalet om någondera gjort sig skyldig till ett väsentligt avtalsbrott.

Ofta är det inte helt okomplicerat att avgöra vad som de facto utgör bakgrundsrett i det enskilda fallet. Detta problem återkommer även avseende utfyllning av avtal. I svensk rätt existerar t.ex. ingen lagstiftning avseende kommersiella tjänster. Det kan ifrågasättas huruvida den närliggande köplagen alltid är en lämplig bakomliggande reglering när det gäller kommersiella tjänster. Hade den varit fullt ut lämplig borde lagstiftaren rimligtvis tillsett att lagen även omfattar tjänster i sin ordalydelse. Detta är ett problem som återkommer även vad gäller utfyllning av avtal som rör kommersiella tjänster och det finns mig veterligen ingen klar lösning på problemet. Utgångspunkten får dock antas vara att köplagen står som en mall i de fall den inte är direkt olämplig. Den bör i vissa fall kunna kompletteras med allmänt kända standardavtal som t.ex. AB 04 samt givetvis allmänna rättsprinciper. Exempelvis innebär principen zug-um-zug att betalning erläggs först i samband med att naturaprestationen utförs vilket skulle kunna appliceras på uppsatsens avtalsvillkor. Genom att hänvisa till nämnda princip kan det dels argumenteras för att säljaren inte har rätt att slutfakturera över huvud taget, dels för att om den rätten ändå skulle finnas skulle det innebära att i samband med betalning ska tjänsten återaktiveras.

⁶⁷ Grönfors, *Tolkning av fraktavtal*, s. 46.

⁶⁸ Se avsnitt 3.3.2.1.

⁶⁹ T.ex. att skrivet går före tryckt. Se vidare Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 202.

⁷⁰ Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 151 och Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 157-158.

3.3.2.4 Skälighetsinriktad tolkning

En rimlig utgångspunkt i de flesta avtalsförhållanden bör vara att parterna eftersträvat ekvivalens mellan parternas prestationer. På så sätt skulle man kunna säga att ett avtal presumeras vara skäligt enligt denna ekvivalensprincip, i synnerhet vad gäller avtal mellan näringsidkare.⁷¹ För det fall att domstolen har att tolka ett avtal eller ett avtalsvillkor som å ena sidan kan tolkas så det får ett skäligt innehåll och å andra sidan tolkas så det får ett oskäligt innehåll har domstolen möjlighet att välja det förstnämnda alternativet inom ramen för avtalstolkningen. Troligtvis tenderar domstolar att regelmässigt välja ett skäligt tolkningsalternativ framför ett oskäligt.⁷² Sagda innebär att ett avtal eller avtalsvillkor i så fall genomgår en skälighetsprövning inom ramen för avtalstolkningen, d.v.s. genom dold kontroll. Detta innebär som sagt att skäligheten prövas utan stöd i lag. Skälighetsprövning genom avtalstolkning visar på stora likheter med en oskälighetsbedömning enligt 36 § avtalslagen.⁷³

Alternativet till ovan är att domstolen väljer den tolkning som medför att avtalet eller avtalsvillkoret möjligtvis inte är skäligt och istället gör en oskälighetsbedömning enligt 36 § avtalslagen, d.v.s. genom öppen kontroll.

I NJA 1983 s. 865 tydliggörs sambandet mellan en skälighetsprövning inom avtalstolkningsramen och en oskälighetsprövning enligt 36 § avtalslagen. I avgörandet hade en kommun sålt en fastighet med en 50-årig villabyggnad. Huset var enligt försäljningsannonsen *nyrenoverat och moderniserat*. Inom ramen för renoveringen hade nytt golv lagts på villans undervåning. I köpekontraktet hade kommunen infört en friskrivningsklausul som innebar att ”[f]astigheten överlåtes i det skick den nu befinner sig. Köparen har beretts tillfälle att utföra noggrann besiktning och förklarar sig i anledning härav avstå från all rätt att klandra köpet eller yrka nedsättning av köpeskilling under återopande av att mark eller byggnad skulle avvika från vad som utfästs eller haft anledning räkna med vid köpet”. Efter att köpet genomförts visade det sig att golvbjälklaget under det nylagda golvet var svårt skadat av insektsangrepp och röta.

HD konstaterade att avtalsvillkoret inte kunde tolkas på annat sätt än att säljaren friskrivit sig från denna typ av skada men fortsatte med att fastslå att avtalsvillkoret var oskäligt med hänsyn till omständigheterna och lämnade således avtalsvillkoret utan avseende genom tillämpning av 36 § avtalslagen. Det synes emellertid framgå mellan raderna att HD beaktat skälighetsaspekten även vid avtalstolkningen men friskrivningsklausulen var troligen för tydligt formulerad för att det skulle varit lämpligt att ge den någon annan innebörd än vad HD slutligen gjorde. Avgörandet visar att trots att skälighetsinriktad tolkning och oskälighetsbedömningen enligt 36 § avtalslagen i många avseenden är identiska kan de fortfarande leda till olika

⁷¹ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen, s. 219-229 och Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 165 och 171.

⁷² Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 165.

⁷³ Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt II, s. 109-110.

resultat. Avgörandet visar vidare att HD inte är beredda att gå hur långt som helst vid tolkningen av en viss ordalydelse. Detta innebär att för det fall att säljaren som nyttjar uppsatsens avtalsvillkor formulerar detta tillräckligt tydligt är det enda återstående alternativet att angripa avtalsvillkoret med hjälp av 36 § avtalslagen.

I NJA 2005 s. 142 var frågan huruvida en leasegivare var skyldig att sänka sina leasingavgifter om det marknadsmässiga ränteläget sjönk. I leasingavtalet fanns en klausul där det framgick att "[s]kulle ränteläget ändras på marknad där leasegivaren finansierar sin verksamhet äger han i motsvarande mån ändra angiven leasingavgift". Klausulen innebar att leasegivaren gavs en ensam bestämmanderätt över när avgifterna skulle justeras. Leasegivaren synes haft för avsikt att tillämpa denna klausul endast om ränteläget höjdes, alternativt underlåta att sänka fullt ut som ränteläget förändrades till leasetagarens fördel. Leasetagaren anförde att leasegivaren skulle förpliktas att sänka leasingavgiften i motsvarande mån som föranleddes av om ränteläget istället sjönk. HD instämde i denna bedömning och konstaterade att trots att leasegivaren, enligt klausulens lydelse, hade ensam bestämmanderätt över när förändringar av ränteläget skulle medföra justeringar i leasingavtalet förelåg en skyldighet att tillämpa klausulen på ett lojalt och konsekvent sätt. Även här tyder HD:s resonemang på att allmänna skälighetsaspekter lades till grund för sin tolkning av klausulens lydelse.

I NJA 1990 s. 24 konstaterade HD att en viss tolkning inte gav ett "orimligt resultat" vilket kan tolkas som att HD genomfört en skälighetsprövning inom ramen för avtalstolkningen.⁷⁴ Vidare konstaterade HD i NJA 2001 s. 750 att "[m]an får också pröva vad som är en förnuftig och rimlig ordning".⁷⁵

Sammantaget kan det konstateras att trots att det inte alltid framgår uttryckligen i HD:s domskäl att skäligheten varit en faktor som HD beaktat framstår det som relativt klart att HD inte sällan haft ett skäligt avtalsinnehåll som mål när de utformat domskälen.⁷⁶ Frågan huruvida uppsatsens avtalsvillkor påverkas av den skälighetsinriktade tolkningen beror främst på om avtalsvillkoret inte kan anses skäligt om det står sig i enlighet med säljarens uppfattning. Svaret på denna fråga är inte given eftersom det synes bero av så många faktorer i det enskilda fallet. Visar det sig att det de facto är skäligt att en säljare använder sig av denna typ av avtalsvillkor bör rimligtvis inte den skälighetsinriktade tolkningen ge avtalsvillkoret en annan innebörd om inte avtalsvillkoret utformats på så sätt att någon annan innebörd kan anses ligga närmare till hands.

⁷⁴ Se vidare avsnitt 3.3.2.1.

⁷⁵ Se även avsnitt 3.3.2.2.

⁷⁶ Se även NJA 1991 s. 319.

3.3.3 Särskilda tolkningsregler

3.3.3.1 Oklarhetsregeln

De särskilda tolkningsreglerna är inte i sig själva verktyg för att tolka ett specifikt ord eller avtalsvillkor utan är snarare att benämna som hjälpregler för domstolen när den partsinriktade och den objektiverade tolkningen inte räcker för att nå en lösning.⁷⁷ Detta kommer till uttryck i bland annat NJA 2001 s. 750 där HD framhåller att ”[f]örst om något resultat inte kan uppnås vid en sådan prövning [en prövning enligt den objektiverade tolkningen] har man anledning att falla tillbaka på andra, mera generella tolkningsprinciper, såsom den s.k. oklarhetsregeln”.

Oklarhetsregeln har starkt historiskt fäste i svensk rätt och hör till de mer omskrivna metoderna för att fastställa ett avtals innehåll.⁷⁸ Den historiska innebörden av oklarhetsregeln har varit att ett oklart avtal eller avtalsvillkor tolkas till nackdel för den part som utformat avtalet eller avtalsvillkoret – in dubio contra stipulatorem.⁷⁹ Oklarhetsregeln har diskuterats relativt flitigt i doktrin och det har framförts tankar om att regeln numera utvecklats till att ett oklart avtal eller ett oklart avtalsvillkor främst tolkas till nackdel gentemot den som bär skuld till oklarheten eller åtminstone haft bäst förutsättningar att undanröja oklarheten.⁸⁰ Detta innebär i praktiken att ansvaret för att undanröja oklarheten inte nödvändigtvis hamnar på den som författat avtalet om motparten haft lättare att förutse den situation som medfört att oklarhet uppstått. Lehrberg menar att både den traditionella oklarhetsregeln och den senare utvecklade oklarhetsregeln existerar parallellt. Han anför att dessa två regler kan sammanfattas på så sätt att ”[t]olkningen sker till nackdel för den part som haft skuld till en oklarhet eller haft bäst möjlighet att avvärja oklarheten. När det inte föreligger någon egentlig brist hos en avtalsklausul eller det inte kan antas att den ene haft större möjlighet att avvärja bristen än den andra, tolkas klausulen till nackdel för den part som avfattat eller tillhandahållit den”.⁸¹

Även Adlercreutz och Gorton är av liknande uppfattning som Lehrberg. De uttrycker oklarhetens innehåll på så sätt ”[...] att vid tvekan om en avtalsbestämmelses innebörd denna skall tolkas till nackdel för den part som formulerat den eller varifrån den emanerar. Oklarheten drabbar den som har haft störst möjlighet att avvärja den”.⁸²

⁷⁷ Det råder delade meningar huruvida dessas regler lämpligen bör kategoriseras som hjälpregler. Adlercreutz & Gorton menar t.ex. att oklarhetsregeln tidigare existerade som en hjälpregel men att den nu fått en mera självständig betydelse i.o.m. införandet av 10 § AVLK. Ramberg & Ramberg synes dock vara mer positivt inställda till att reglerna kategoriseras som hjälpregler. Se Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt II*, s. 111 och Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 166-167.

⁷⁸ Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt II*, s. 110.

⁷⁹ Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt II*, s. 111, Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 171 och Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 166.

⁸⁰ Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt II*, s. 110 och Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 171-172.

⁸¹ Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 172.

⁸² Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt II*, s. 111.

Det kan ifrågasättas huruvida det är fullt korrekt att formulera oklarhetsregeln på så sätt tolkningen görs till nackdel för den som antingen haft bäst möjlighet att avvärja oklarheten eller har avfattet eller tillhandahållit avtalet. Enligt min mening kan oklarhetsregeln istället formuleras på så sätt att tolkningen ska ske till fördel för den som haft sämre möjlighet att avvärja oklarheten eller den som inte har avfattet eller tillhandahållit avtalet. Huruvida detta de facto spelar någon större roll i praktiken låter jag vara osagt.⁸³

I viss doktrin förespråkas att en allmän oklarhetsregel spelat ut sin roll i svensk rätt.⁸⁴ Till stöd för detta anförs ofta NJA 2010 s. 416 där HD konstaterar att "[t]illämpningsområdet för den av tingsrätten använda oklarhetsregeln anses generellt vara begränsat. [...] Det finns i förevarande fall – där den avtalade skyldigheten i sig varit klar men den uppkomna situationen åtminstone inte uttryckligen reglerats – anledning att sätta i fråga om förutsättningar för en tillämpning av oklarhetsregeln förelegat."

Med beaktande av ovan synes det för närvarande relativt oklart huruvida en allmän oklarhetsregel fortfarande existerar i svensk rätt. Bernitz menar att utgången i NJA 2010 s. 629 ligger klart i linje med oklarhetsregeln trots att HD inte uttryckligen åberopat den.⁸⁵ Enligt min mening bör NJA 2010 s. 416 således inte tolkas på så sätt att avgörandet bekräftar att en allmän oklarhetsregel till fullo spelat ut sin roll. Det kan dock möjligtvis tolkas på så sätt att regelns betydelse som allmän tolkningsregel är på nedgång, alternativt att HD endast försöker bekräfta att regeln på senare tid de facto inte haft någon nämnvärd betydelse trots att den är vanligt förekommande i avgöranden från underrätterna.⁸⁶

En särskild variant av oklarhetsregeln finns, till skillnad från avtalstolkningen i övrigt, lagfäst i 10 § AVLK.⁸⁷ Denna lagfästa variant av oklarhetsregeln gäller endast under förutsättning att det rör sig om ett förhållande mellan näringsidkare och konsument och att avtalsvillkoret inte varit föremål för individuell förhandling, d.v.s. det rör sig om standardvillkor. När dessa rekvisit är för handen ska det oklara avtalsvillkoret tolkas till konsumentens förmån.

3.3.3.2 Minimiregeln

Minimiregeln innebär i korthet att för det fall oklarhet uppstår om en prestations omfång ska den minst betungande tolkningen för den förpliktade parten ges företräde. Detta torde som regel syfta på naturagälldenären i

⁸³ Jfr. utformningen av 10 § AVLK.

⁸⁴ Se t.ex. Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 167 och Grönfors & Dotevall, Avtalslagen (20 oktober 2014, www.nj.se/zeteo), kommentar till 36 § under rubriken Förhållandet till vedertagna principer för avtalstolkning.

⁸⁵ Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 98.

⁸⁶ Ramberg & Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 167.

⁸⁷ Se avsnitt 2.1.

avtalsförhållandet eftersom betalningsförpliktelser sällan anses oklara.⁸⁸ Minimiregeln är helt klart mer lämpad för avtalsförhållanden där en ensidig förpliktelse stadgas eftersom motpartens intresse att få sin tolkning igenom kan anses mindre skyddsvärd. Regeln bör dock även i ensidiga avtalsförhållanden tillämpas restriktivt.⁸⁹

⁸⁸ Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt II, s. 114.

⁸⁹ Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 101 med vidare hänvisningar.

4 Inkorporering av avtalsvillkor

4.1 Allmänt

Å ena sidan kan sägas att för att det över huvud taget ska vara nödvändigt att tolka ett visst avtalsvillkor måste avtalsvillkoret vara inkorporerat i avtalsförhållandet. Å andra sidan kan inkorporerandet av avtalsvillkoret bero av avtalsvilkorets innehåll eftersom det ställs olika krav på inkorporeringen om det t.ex. rör sig om s.a.s. sedvanliga allmänna villkor eller överraskande och/eller betungande klausuler.⁹⁰ Det kan således återigen konstateras att den process som avtalstolkning och reglerna om inkorporering innebär överlappar varandra till viss del. Trots denna problematik kan det vara en lämplig utgångspunkt att i praktiken först ställa sig frågan om avtalsvillkoret allmänt sett synes vara inkorporerat för att sedan gå vidare till avtalstolkning och avsluta med att återigen kontrollera, baserat på resultatet av avtalstolkningen, om avtalsvillkoret fortfarande kan anses inkorporerat i avtalsförhållandet.

Diskussioner avseende inkorporering av avtalsvillkor torde nästan uteslutande röra avtalsförhållanden där åtminstone ena parten åberopar att vissa standardvillkor inkorporerats i avtalsförhållandet. Har avtalet i sin helhet framarbetats genom diskussioner fram och tillbaka mellan parterna framstår det som onaturligt att endera part i ett senare skede anför att de framförhandlade villkoren inte införlivats i avtalet. Även om detta scenario inte är fullt otänkbart eller att olika varianter av det möjligtvis kan tänkas förekomma kommer den fortsatta framställningen i huvudsak fokusera på inkorporering av standardavtal.

4.2 Inkorporeringsreglernas koppling till frågeställningen

Som framgår ovan är det i varje enskilt fall nödvändigt att tidigt i processens gång ställa sig frågan huruvida avtalsvillkoret inkorporerats i avtalet eller inte. Domstolen kan i vissa fall lösa tvisten genom att konstatera att avtalsvillkoret aldrig inkorporerats i avtalet. Om så är fallet genomgår avtalsvillkoret aldrig den fullständiga materiella prövning som kan vara önskvärd för den som söker svar som sträcker sig längre än till det enskilda fallet. Det ligger således av naturliga skäl i första hand, med beaktande av uppsatsens frågeställning, i säljarens intresse att se till att avtalsvillkoret inkorporeras i avtalet.

⁹⁰ Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 64-67.

4.3 Huvudprinciper om inkorporering av standardvillkor

Utgångspunkten för att standardvillkor ska utgöra avtalsinnehåll i det enskilda fallet är att standardvillkoren bringats till motpartens kännedom innan avtalet ingås.⁹¹ Inkorporering av standardvillkor följer inte av lag utan det är i huvudsak HD:s praxis som är vägledande för hur principerna om inkorporering av standardavtal har utvecklats successivt.⁹²

Huvudprinciperna om inkorporering av standardvillkor torde vara något strängare i vissa avseende om det rör sig om ett konsumentförhållande.⁹³

Nedan presenteras ett antal viktiga rättsfall där flera huvudprinciper inom inkorporering av standardavtal kommer till uttryck.

I NJA 2011 s. 600, som rör ett förhållande mellan en näringsidkare och en konsument, uttalar HD att ”[v]arken avtalslagen eller annan lagstiftning anger vad som fordras för att ett standardvillkor ska anses införlivat med det enskilda avtalet och därmed utgöra en del av parternas avtal. Huvudregeln anses vara att standardvillkor måste bringas till motpartens kännedom före avtalsslutet för att bli en del av avtalet”.⁹⁴

I samma rättsfall slår HD även fast att avtalet kräver en tydlig hänvisning, en s.k. referensklausul, till standardvillkoren för det fall att de inte sammanförts med de individuellt framförhandlade villkoren. Att en referensklausul finns intagen i det individuellt framförhandlade villkoren innebär dock inte per automatik att standardvillkoren inkorporerats i avtalsförhållandet. Motparten ska även ges tillfälle att enkelt kunna ta del av standardvillkoren innan avtal sluts.⁹⁵

NJA 1980 s. 46 rör en tvist avseende ett kommersiellt avtal mellan en lastbilscentral och en byggnadsfirma. Avtalet förhandlades muntligen mellan parterna. Fråga uppkom huruvida en skiljeklausul i standardvillkoren AB 72 kunde åberopas av byggnadsfirman när lastbilscentralen väckte talan mot byggnadsbolaget vid allmän domstol.

Byggnadsfirman hade genom brev, innan lastbilscentralen börjat utföra sin prestation men efter att de muntliga förhandlingarna avslutats, uppmärksammat lastbilcentralen på att de ansåg att standardvillkoren AB 72 skulle gälla mellan parterna. Lastbilscentralen invände inte mot brevet och påbörjade utförandet av sin prestation innan tvist uppstod. HD konstaterade att trots att ingen kopia av AB 72 hade översänts till motparten ansågs standardvillkoren inkorporerade i avtalsförhållandet. Detta främst med anledning av att lastbilscentralen påbörjade utförandet av sin prestation utan att framställa någon invändning till byggfirman. HD ansåg det vidare ha

⁹¹ Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 57.

⁹² Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 62.

⁹³ Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 64. Jfr. dock s. 57-58.

⁹⁴ Jfr. även DCFR II.-9:103(1).

⁹⁵ Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 63. Jfr. resonemanget nedan i NJA 1980 s. 46.

varit enkelt för lastbilscentralen att skaffa sig vetskap om vilka bestämmelser som AB 72 innehöll. HD framhöll även att en skiljeklausul i kommersiella förhållanden inte kan anses vara en betungande klausul. Avgörandet synes ha förändrat rättsläget med beaktande av att tidigare avgöranden, NJA 1949 s. 609 och NJA 1969 s. 285, i stort sett ställt upp ett krav på att standardvillkor måste tillställas motparten för att kunna bli del av avtalet.

I NJA 2007 s. 962 anlidade två makar en besiktningsman för att utföra en överlåtelsebesiktning av en fastighet. Avtalet ingicks per telefon och kort efter telefonsamtalet översände besiktningsmannen en orderbekräftelse som endast innehöll information om tid och plats för uppdragets utförande. Besiktningsmannen utförde besiktningen och i besiktningsutlåtandet som efter utfört uppdrag överlämnades till makarna framgick att reklamation mot besiktningen skulle ske inom två år och att om så inte gjordes gick rätten till eventuell ersättning för felaktigt utfört uppdrag förlorad.

HD konstaterade att efter att ett avtal av denna typ, som var av inte helt okomplicerad karaktär, ingås utan att någon diskussion förevarit avseende avtalets innehåll har beställaren i allmänhet anledning att räkna med att villkoren kommer att preciseras i nära anslutning till beställningen av uppdraget men innan uppdraget utförs. Om makarna i avgörandet då inte ansåg sig bundna av dessa senare preciserade villkor ankom det på dem att klargöra detta för besiktningsmannen. Således kunde, enligt HD, den orderbekräftelse som skickades till makarna ha innehållit vissa villkor för uppdragets utförande som i så fall hade blivit del av avtalet om makarna inte invände. Så var dock inte fallet utan villkoren framkom först i besiktningsutlåtandet. HD konstaterade att villkoren i besiktningsutlåtandet inte kunde anses ha blivit en del av avtalets innehåll eftersom det tillställdes makarna efter uppdraget utförts. Således kunde besiktningsmannens invändning om att den avtalade tidsbegränsningen för reklamation passerat inte göras gällande.

I NJA 1979 s. 491 uppkom frågan huruvida en indexklausul blivit inkorporerad i ett avtal om köp av ett monteringsfärdigt hus mellan en näringsidkare och en konsument. I köpekontraktet fanns en referensklausul med innebörden att ”Sveriges Trähusfabrikers Riksförbunds Allmänna leveransbestämmelser” skulle tillämpas på avtalet. Bland dessa allmänna leveransbestämmelser fanns en indexklausul som i detta fall innebar att köpesumman ökade drastiskt mellan tidpunkten för avtalets ingående och tidpunkten för betalning. Näringsidkaren lyckades inte visa att konsumenten erhållit ett exemplar av dessa standardvillkor i samband med avtalets ingående. Frågan blev då om indexklausulen blivit avtalsinnehåll redan genom hänvisningen i köpekontraktet. Konsumenten bestred att så var fallet. HD konstaterade inledningsvis att det rör sig om ett köp mellan näringsidkare och konsument och påtalade samtidigt att en affär av förevarande slag regelmässigt är en engångsföreteelse för en konsument och affären är av stor ekonomisk betydelse för densamme. Vidare fortsatte HD genom att fastslå att indexklausulen i detta fall var att se som ett tyngande

villkor och att allmänt sett är indexklausuler att se som ett överraskande villkor för genomsnittskonsumenten vid denna typ av köp. Vidare hade indexklausulen placerats under rubriken ”Normer för kundservice” vilket ytterligare stärkte bilden av att villkoret var oväntat. Med beaktande av detta ansåg HD att indexklausulen aldrig blivit inkorporerad i avtalet.

Sammanfattningsvis kan konstateras att som huvudregel ska standardvillkor tillställas motparten innan avtal ingås. Undantag kan finnas åtminstone om det hänvisas till standardvillkoren i avtalshandlingen eller på annat sätt och standardvillkoren är lättillgängliga och avtals prestationen utförs utan att någon invändning framställs mot standardvillkoren, alternativt om avtalet är av inte helt okomplicerad karaktär och en precisering kan förväntas i nära anslutning till avtalets ingående men innan prestationen utförs. Vidare ska oväntade, överraskande eller betungande villkor särskilt bringas till motpartens kännedom, alternativt att motparten kände till eller bort känna till villkoret, för att bli avtalsinnehåll.⁹⁶

I praktiken har det inte varit ovanligt att avtal, där uppsatsens typ av avtalsvillkor aktualiserats, ingåtts genom att en potentiell köpare besöker säljarens hemsida där denne lämnar kontaktuppgifter för att sedan bli uppringd av säljaren för att sluta avtalet per telefon. Standardvillkoren har då funnits tillgängliga på säljarens hemsida samt hänvisats till i säljsamtalet genom en muntlig referensklausul. Frågan huruvida standardvillkoren inkorporerats genom att detta förfarande tillämpats är inte helt given så till vida inte standardvillkoren diskuterats i telefonsamtalet. Har de diskuterats i telefonsamtalet torde det vara svårt att argumentera för att standardvillkoren inte inkorporerats i avtalsförhållandet. Standardvillkoren har visserligen inte tillställts köparen men å andra sidan har köparen uppenbarligen besökt hemsidan där standardvillkoren finns enkelt tillgängliga. Det kan här bli av stor betydelse huruvida säljaren tillställt köparen standardvillkoren i samband med orderbekräftelsen samt var i standardvillkoren det aktuella avtalsvillkoret placerats.

⁹⁶ Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 68-72.

5 Utfyllning av avtal

5.1 Allmänt

Under avsnitt 3 och 4 har i grova drag behandlats hur svenska domstolar går till väga vid fastställandet av ett avtals innehåll. Utfyllning av avtal blir huvudsakligen aktuellt först när avtalets innehåll fastställts och man kan konstatera att avtalets innehåll är ofullständigt. Trots detta kan det vara problematiskt att dra en skarp gräns mellan fastställande av ett avtals innehåll och utfyllning av ett ofullständigt avtal.⁹⁷ Vidare kan det också vara så att parterna medvetet skapat luckor i avtalet. Anledningen till detta kan vara t.ex. att parterna avsett att avtalet ska kompletteras genom utfyllning, eller att parterna avsett att ett utelämnande av t.ex. skadeståndsrättsliga avtalsvillkor ska innebära att skadestånd som påföljd är ett uteslutet alternativ för någon av parterna. Givetvis kan anledningen även vara så enkel att luckan i avtalet uppstått av misstag. Det ska slutligen påpekas att oskälighetsbedömningen enl. 36 § avtalslagen kan skapa luckor i ett avtal som annars inte bedömts ha några luckor i sig genom att ett avtalsvillkor jämkas eller lämnas utan avseende. Utfyllning kan alltså även bli aktuellt så sent som efter oskälighetsbedömningen.

Av pedagogiska skäl väljer jag, i likhet med flertalet författare i doktrin, att dela upp utfyllning av avtal i två delar, typiserad utfyllning och individuell utfyllning. Inte heller denna uppdelning har givits enhetlig benämning i doktrin.

5.2 Utfyllningsreglernas koppling till frågeställningen

I avsnitt 3 påpekas det faktum att det finns en risk att det råder oklarhet om vad efterverkningarna blir av att avtalsvillkoret triggas. Man kan bl.a. tänka sig att avtalsvillkoret innebär att tjänsten avbryts tillfälligt eller permanent beroende på avtalstolkningens resultat. Det föreligger således en uppenbar risk för att avtalet innehåller medvetna eller omedvetna luckor i denna del och således är utfyllning en aspekt som aktualiseras vid bedömningen.

⁹⁷ Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt II, s. 17. Se även NJA 1987 s. 553 där det kan argumenteras för att HD fört visst resonemang huruvida utfyllning av avtalet skulle göras genom avtalstolkning. Det kan således inte uteslutas att avtalstolkning kan ha en utfyllande verkan trots att det fortfarande faller under ramen för avtalstolkningen.

5.3 Typiserad utfyllning

Den typiserade utfyllningen har vissa likheter med den norminriktade tolkningen på så sätt att intryck hämtas från bakomliggande rättsregler, allmänna rättsgrundsatser, partsbruk och sedvänja.⁹⁸

Typiserad utfyllning utgår i första hand från tvingande rättsregler. Det ligger i sakens natur att varje avtal som faller under tvingande rättsreglers tillämpningsområde utfylls med dessa oavsett om avtalet som sådant innehåller några luckor eller ej.⁹⁹

Vidare kan typiserad utfyllning bli aktuellt om det finns bakomliggande dispositiv rätt, partsbruk, sedvänja eller allmänna rättsgrundsatser. Domstolen strävar efter att kategorisera vilken typ av avtal som är föremål för tvist. Först när avtalet kategoriserats så långt det är möjligt blir det aktuellt att söka efter bakomliggande rättsregler. Bakomliggande dispositiv rätt behöver inte nödvändigtvis vara sådan att den vore direkt tillämplig på den aktuella avtalstypen utan det är även möjligt att analogivis fylla ut ett avtal med närliggande dispositiv rätt som anses lämplig i det enskilda fallet.¹⁰⁰

I NJA 2009 s. 672 uppstod frågan huruvida två näringsidkare i ett avtalsförhållande om återförsäljning var skyldiga att gentemot varandra att iaktta uppsägningstid när samarbetet abrupt avslutades av den ena parten. HD fastslår inledningsvis att ingen av parterna visat att något avtalats avseende uppsägningstid och att svensk rätt inte innehåller någon direkt tillämplig lag. När HD sedan tog ställning till frågan om hur den utfyllande rätten skulle konstrueras togs hänsyn till både närliggande nationell rätt i form av lag (1991:351) om handelsagentur och den internationella artikelsamlingen DCFR. Således genomförde HD en typiserad utfyllning av parternas avtal och fastslog att uppsägningstiden i detta fall var tre månader.

Som framgått under avsnitt 3.3.2.3 uppstår ibland frågan vad som egentligen utgör bakomliggande dispositiv rätt. Den dispositiva rätten avseende kommersiella tjänster kan jämföras med ovan refererat fall på så sätt att inga direkta regler som avser varken återförsäljning eller kommersiella tjänster existerar. När så är fallet kan arbetet med att finna bakomliggande dispositiv rätt jämföras med ett pussel där domstolen skapar sig en helhetsbild genom att söka inspiration i lagar och regler som helt enkelt bedöms lämpliga trots att reglerna egentligen avser något helt annat.

5.4 Individuell utfyllning

Eftersom många avtal är väldigt präglade av omständigheterna i det enskilda fallet kan det uppstå situationer då en typiserad utfyllning kan te sig

⁹⁸ Se avsnitt 3.3.2.3.

⁹⁹ Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt II, s. 21.

¹⁰⁰ Lehrberg, Avtalsolkning, s. 210. Se även NJA 2009 s. 672 nedan.

olämplig. Detta gäller främst då bakomliggande rättsregler antingen är direkt olämpliga i det enskilda fallet eller om bakomliggande rättsregler helt enkelt saknas. Domstolen har då möjlighet att fylla ut avtalet med avtalsvillkor som lämpar sig i det enskilda fallet och som då kan grundas på speciella omständigheter för den aktuella avtalsituationen.¹⁰¹ Så skulle kunna vara fallet avseende kommersiella tjänster då det, till skillnad från NJA 2009 s. 672, kan vara svårt att finna någon närliggande reglering som är lämplig utöver köplagen. Köplagen har tidigare konstaterats inte direkt lämplig att tillämpas på tjänster i alla avseenden.

När individuell utfyllning blir aktuellt är det viktigt att domstolen försöker utröna främst avtalets syfte för att på så sätt finna en lämplig reglering i det enskilda fallet.¹⁰² Av uppenbara skäl är avgöranden där ett avtal genomgått individuell utfyllning dels relativt sällsynta, dels inte direkt lämpliga att söka vägledning av då de är så präglade av omständigheterna i det enskilda fallet. Det är således vanskligt att försöka dra några mer generella slutsatser om individuell utfyllning genom att beakta praxis.

¹⁰¹ Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt II, s. 29.

¹⁰² Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt II, s. 29.

6 Oskälighetsbedömning

6.1 Allmänt

Tidigare avsnitt har behandlat förfarandet för att fastställa vad som egentligen är ett avtals innehåll. När parterna i ett avtalsförhållande är oense om vad som avtalats är det nödvändigt att fastställa avtalsinnehållet innan oskälighet ens är en faktor som kan beaktas vid den rättsliga prövningen.¹⁰³ Det är ju omöjligt att avgöra om oskälighet föreligger när det avtal eller avtalsvillkors innebörd, som ligger till grund för den eventuella oskäligheten, inte har klarlagts. Detta gäller enligt min mening även avtal och avtalsvillkor som direkt kan konstateras vara klara och tydliga eftersom det fortfarande krävs någon slags summarisk avtalstolkningsprocess för att göra detta konstaterande. Denna summariska avtalstolkningsprocess framställs emellertid huvudsakligen inte speciellt tydligt i domstolarnas domskäl.

Detta avsnitt tar främst sikte på den oskälighetsbedömning som kan göras inom ramen för generalklausulen i 36 § avtalslagen.¹⁰⁴ Som nämnts i inledningskapitlet innebär 36 § avtalslagen att domstolarna har givits utvidgade möjligheter att jämka eller lämna ett visst avtalsvillkor utan avseende. Paragrafen ger även domstolarna möjlighet att lämna ett avtal utan avseende i sin helhet om det anses nödvändigt. Betydelsen av införandet av 36 § avtalslagen ska dock inte överdrivas. Domstolarna kunde även tidigare åsidosätta eller jämka avtalsvillkor enligt allmänna rättsprinciper samt andra, mindre omfattande, generalklausuler.¹⁰⁵ Enligt min mening verkar lagstiftaren snarare haft en ambition att genomdriva en attitydförändring hos domstolarna genom att införa 36 § avtalslagen än att paragrafen skulle innebära en revolutionerande förändring av rättsläget.¹⁰⁶ Det kan hävdas att paragrafen har medfört att det har blivit lättare att motivera inskränkningar av principen om pacta sunt servanda.

36 § avtalslagen har varit föremål för otaliga diskussioner i doktrin. Från ena hållet framhävs t.ex. att förutsebarheten och rättssäkerheten får kliva tillbaka medan det från andra hållet framhävs att paragrafen medför betydande fördelar i det enskilda fallet genom att domstolen ges så pass fria

¹⁰³ Med undantag för den skälighetsprövning som synes kunna genomföras inom ramen för avtalstolkningen, se avsnitt 3.3.2.4.

¹⁰⁴ Framställningens fokus ligger endast på förmögenhetsrättsliga avtal men det ska i sammanhanget noteras att 36 § avtalslagens tillämplighet följer avtalslagen i övrigt. Den kan således tillämpas på även andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område och möjligen finns det utrymme att genom analog tillämpning tillämpa paragrafen på även andra rättsområden t.ex. familjerätten, jfr. prop. 1975/76:81 s. 112-114.

¹⁰⁵ Se t.ex. NJA 1948 s. 138 och den inte längre gällande 8 § lag (1936:81) om skuldebrev. Se även Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt I, s. 309.

¹⁰⁶ Jfr. prop. 1975/76:81 s. 101-106.

tyglar.¹⁰⁷ De flesta författare synes dock accepterat att 36 § avtalslagen och den lagstiftningsmetod som ligger bakom paragrafen är här för att stanna. Detta medför att den för denna uppsats intressanta diskussionen inte landar i paragrafens vara eller inte vara utan snarare i hur den bör tolkas och tillämpas.

6.2 36 § avtalslagen

Som paragrafens lydelse antyder är oskälighetsbedömningen i första hand klausulinriktad, d.v.s. fokus ska som utgångspunkt ligga på avtalsvillkoret som är föremål för oskälighetsbedömningen sett isolerat från övriga delar av avtalet.¹⁰⁸ Att så är fallet utesluter emellertid inte att hänsyn tas till övriga delar av avtalet för det fall detta anses lämpligt. I förarbetena poängteras att det tvärtom är viktigt att en helhetsbedömning görs i varje enskilt fall vilket i praktiken innebär att det i princip är nödvändigt att låta övriga delar av avtalet få åtminstone viss betydelse.¹⁰⁹ Det är vidare inte heller meningen att 36 § avtalslagen ska användas för att skapa ett skäligt resultat i varje enskilt fall. Man brukar säga att en god affär ska få vara en god affär, men inte en oskäligt god affär.¹¹⁰

Paragrafens första stycke är dess absolut viktigaste eftersom återstående stycken kan sägas endast röra specialfall av första stycket. Med hänsyn till uppsatsens frågeställning blir tredje och fjärde stycket av mindre betydelse och dessa kommer således inte kommenteras alls i det följande.

Med beaktande av paragrafens andra stycke står det klart att dess primära syfte är att skydda konsumenter gentemot näringsidkare.¹¹¹ Enligt andra styckets lydelse framgår dock att en underlägsen ställning även kan föreligga på andra sätt än genom att ena parten är näringsidkare och andra konsument. Det kan t.ex. röra sig om ett avtal mellan en småföretagare och ett stort företag. Paragrafen är således inte på något sätt begränsad till att bara vara tillämplig på konsumentförhållande utan det är fullt möjligt att tillämpa paragrafen på rent kommersiella avtal och avtal mellan privatpersoner.

Oskälighetsbedömningen ska enligt paragrafens första stycke i praktiken göras med hänsyn taget till, kort sagt, allt. För att försöka skapa viss struktur kan paragrafen lämpligen delas in i fyra olika delar där första delen avser avtalets innehåll, andra delen avser omständigheterna vid avtalets tillkomst, tredje delen avser senare inträffade förhållanden och fjärde delen avser omständigheterna i övrigt.

¹⁰⁷ Se t.ex. André som provokativt hävdar att paragrafen är en antilagstiftning utan rekvisit, ändamål och mönster. M. André, *Strukturer i 36 § avtalslagen*, SvJT 1986 s. 526.

¹⁰⁸ Norlén, *Oskälighet och 36 § avtalslagen*, s. 29 och prop. 1975/76:81 s. 106 samt 136.

¹⁰⁹ Prop. 1975/76:81 s. 106 samt 136.

¹¹⁰ Grönfors & Dotevall, *Avtalslagen* (28 oktober 2014, www.nj.se/zeteo), kommentar till 36 § under rubriken *Rättsföljderna: jämkning*. Se även Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt I*, s. 316 och Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 171.

¹¹¹ Jfr. Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt I*, s. 312.

Trots den avgränsning som presenterats ovan är det ett omfattande arbete att försöka strukturera upp generella slutsatser för hur oskälighetsbedömningen går till i praktiken. Mot bakgrund av detta samt uppsatsens frågeställning kommer även tredje och fjärde delen enligt indelningen ovan att få underordnad uppmärksamhet i denna uppsats till förmån för första och andra delen. Senare inträffade förhållanden anser jag är allt för beroende av det enskilda fallet och det finns enligt mig inte mycket generella slutsatser att dra som kan appliceras på andra fall än där de förekommit i praxis. Vad gäller omständigheterna i övrigt är denna del så öppet hållen att i praktiken vad som helst kan få betydelse om det påkallas i det enskilda fallet. Det ska dock slutligen påpekas att, i likhet med avtalstolkningen, det är svårt att dra skarpa skiljelinjer mellan de olika delarna vilket innebär att viss överlappning är svår att undvika.

6.2.1 Avtalets innehåll

Det förefaller naturligt att utgångspunkten för oskälighetsbedömningen blir innehållet i det avtalsvillkor som är föremål för behandling. Som tidigare konstaterats är bedömningen ofta beroende av avtalets övriga delar för att en helhetsbedömning ska låta sig genomföras. I detta avseende kan möjligtvis andra delar av avtalet antingen innebära att den missgynnade parten, sett ur det aktuella avtalsvillkorets synvinkel, kompenseras på annat sätt eller tvärtom, d.v.s. andra delar av avtalet förstärker oskäligheten i det aktuella avtalsvillkoret.¹¹² Detta skulle kunna sammanfattas med att ekvivalensprincipen ges en framskjuten betydelse vid oskälighetsbedömningen mot bakgrund av avtalets innehåll.¹¹³ Om då avtalsvillkoret inledningsvis ger sken av att ekvivalens mellan parterna inte råder kan övriga delar av avtalet möjligtvis påvisa annat. Kan en rimlig ekvivalens påvisas får det ses som ett argument emot att 36 § avtalslagen tillämpas i det enskilda fallet.

I förarbetena till 36 § avtalslagen framhålls särskilt att avtalsvillkor som medför ensam bestämmanderätt för ena parten avseende något förhållande är ett typexempel på avtalsvillkor som skulle kunna jämkas eller lämnas utan avseende. Som exempel nämns avtalsvillkor som innebär en oändligt lång acceptfrist, prispåförändringsklausuler som endast förankras i ena partens godtyckliga vilja, vissa typer av force-majeureklausuler samt en rätt för en säljare att ensidigt avgöra om en såld vara är felaktig eller inte.¹¹⁴

När avtalad påföljd för visst avtalsbrott är oskäligt sträng kan det finnas skäl för domstolen att ingripa. Förarbetena betonar att om det inte föreligger rimlig proportion mellan avtalsbrott och avtalad påföljd uppstår anledning

¹¹² Prop. 1975/76:81 s. 118 samt 136.

¹¹³ Prop. 1975/76:81 s. 118-119. Notera dock att 11 § lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden stadgar att om ekvivalens uppkommer på grund av senare ändrade förhållanden får inte detta beaktas till konsumentens nackdel i förhållanden mellan näringsidkare och konsument.

¹¹⁴ Prop. 1975/76:81 s. 118.

att eventuellt tillämpa 36 § avtalslagen. Som ett konkret exempel nämns det fall att hävningsrätt uppstår för ena parten när motparten gjort sig skyldig till ett oväsentligt avtalsbrott som inte inneburit allvarligare skada för den enligt avtalsvillkoret hävningsberättigade parten.¹¹⁵ Enligt allmänna rättsprinciper föreligger proportionalitet vad gäller frågan om hävning som utgångspunkt först när ett väsentligt avtalsbrott är för handen. Ytterligare exempel är normerat skadestånd eller vitesklausuler som föreskriver ett omotiverat högt skadestånd eller vite i förhållande till det avtalsbrott som inträffat.¹¹⁶

En annan typ av avtalsvillkor som också kan anses skapa en skevhet i avtalets balans är avtalsvillkor som innebär ansvarsbegränsningar för ena parten. Denna typ av avtalsvillkor kan formuleras till att fungera både indirekt och direkt. Ett exempel på en indirekt ansvarsbegränsning är, som antyds ovan, när en säljare ensidigt avgör om dennes levererade vara är behäftad med fel. Om så vore fallet kan det te sig så att det aldrig blir aktuellt med någon påföljd för fel i varan och således blir effekten att säljaren indirekt friskrivit sig från ansvar i denna del. Direkt ansvarsfriskrivning kan vara att ena parten helt eller delvis befrias från skadeståndsskyldighet vid avtalsbrott. Villkor av denna mer direkta karaktär synes inte sällan användas och har vid upprepade tillfällen varit föremål för diskussion både i praxis och doktrin.¹¹⁷ Avtalsvillkor om normerat skadestånd eller vite kan sorteras även under frågan om oskäligen ansvarsbegränsningar. I motsats till ovan kan normerat skadestånd eller vite i stället sättas oskäligt lågt i förhållande till den skada som avtalsbrottet inneburit.¹¹⁸

Ett ytterligare avtalsvillkor som fått särskild uppmärksamhet är skiljeklausuler. Skiljeklausuler har prövats i relativt många fall och har avsett både rent kommersiella avtal och avtal mellan näringsidkare och konsument.¹¹⁹ Numera regleras skiljeklausuler mellan näringsidkare och konsument i lag (1996:116) om skiljeförfarande. Lagen stadgar i 6 § att som utgångspunkt är skiljeklausuler inte tillämpliga i denna typ av partskonstellation.¹²⁰

Det är emellertid vanskligt att dra slutsatsen att ovan nämnda villkor alltid är oskäligen per se. Återigen poängteras vikten av en helhetsbedömning och exempel på viktiga faktorer som påverkar bedömningen kan vara bl.a. parternas styrkeförhållanden samt om avtalsvillkoret återfinns i ett avtal som gemensamt och noggrant upprättats av parterna eller om det i stället återfinns i ett ensidigt upprättat standardavtal.¹²¹

¹¹⁵ Prop. 1975/76:81 s. 119.

¹¹⁶ Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt I, s. 316-317.

¹¹⁷ Se t.ex. Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt I, s. 315 och NJA 1983 s. 865.

¹¹⁸ Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt I, s. 316-317.

¹¹⁹ Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt I, s. 314.

¹²⁰ Således bör bl. a. NJA 1983 s. 510 och NJA 1986 s. 388 läsas och tolkas med viss försiktighet.

¹²¹ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen, s. 38.

6.2.2 Omständigheterna vid avtalets tillkomst

36 § avtalslagen erbjuder domstolarna möjlighet att ta hänsyn till omständigheter som föregått avtalet på ett helt annat sätt än vad övriga regler i avtalslagen gör.¹²² Det krävs således inte att omständigheterna är så speciella att 28-32 §§ avtalslagen ska vara tillämpliga för att 36 § ska kunna nyttjas. I förarbetena anförs att exempel på omständigheter som kan vägas in i bedömningen kan vara aggressivt uppträdande, överraskningstaktiker, skillnad i styrkeförhållande mellan parterna och den starkare har genom otillbörliga metoder påverkat den svagare parten, lämnande av oriktiga uppgifter trots att god tro förelåg, medvetet eller omedvetet utnyttjat den svagare partens svagheter eller annat missbruk av förhandlingsläget.¹²³

Vidare har samtliga övriga bestämmelser i avtalslagen där möjlighet finns att ta hänsyn till omständigheterna vid avtalets tillkomst endast ogiltighet som rättsföljd. 36 § avtalslagen erbjuder som tidigare konstaterats en värdefull möjlighet att i stället jämka ett avtal på grund av nämnda omständigheter om det anses lämpligare i det enskilda fallet. Det är enkelt att föreställa sig vissa situationer när den förfördelade kan ha ett berättigat intresse av att avtalet inte lämnas utan avseende utan istället att jämkning genomförs.

6.2.3 Praxis

En generalklausul av sådant slag som 36 § avtalslagen kräver ett relativt stort antal avgöranden innan bestämmelsen kan ges ett mera konkret och förutsebart innehåll.¹²⁴ I det följande presenteras ett antal utvalda avgöranden till vägledning för klausulens tillämpning.

NJA 1979 s. 666. CG och SAPA hade träffat avtal om tillverkning av aluminiumprofiler. Tvist uppstod och CG yrkade ersättning för avtalsbrott i allmän domstol. SAPA invände mot domstolens behörighet att pröva tvisten då parterna avtalat om att tvist med anledning av avtalet ska ”avgöras enligt svensk lag efter säljarens val av svensk allmän domstol eller genom skiljedom enligt lag”. Frågan som blev föremål för prövning var således om denna skiljeklausul med ensam bestämmanderätt för SAPA kunde åberopas som grund för att talan skulle avvisas.

CG hade designat profilerna och begärde in offerter från de två svenska bolag som hade möjlighet att producera dessa. Endast bolaget SAPA lämnade en offert. På baksidan av offerten och orderbekräftelsen fanns de allmänna försäljnings- och leveransvillkoren förtryckta. I dessa bestämmelser fanns skiljeklausulen intagen. Klausulen diskuterades aldrig mellan parterna vid avtalets ingående.

¹²² Prop. 1975/76:81 s. 125-126.

¹²³ Prop. 1975/76:81 s. 125-126.

¹²⁴ Adlercreutz & Gorton, Avtalsrätt I, s. 314.

HD anförde att det som regel finns en risk att skiljeklausuler kan hindra en ekonomiskt svagare part att få sin rätt prövad och att detta i sig skulle kunna innebära att skiljeklausulen bedöms vara oskäligen i sig. En ytterligare omständighet som talade för att skiljeklausulens oskälighet var att skiljeklausulen innebar en ensam bestämmanderätt för SAPA. HD konstaterar vidare att bägge parter är näringsidkare vilket i sig inte utan vidare innebär att de får anses att de intar jämbördig ställning. HD ansåg att det stod klart att CG hade begränsade ekonomiska resurser, var oerfaren vad gäller denna typ av handelsavtal samt att CG inte hade någon annan leverantör att vända sig till för att erhålla dessa aluminiumprofiler och således var att se som en svagare part än SAPA. Med allt detta beaktat ansåg HD det förklarligt att CG inte reflekterat över vad skiljeklausulen skulle kunna få för konsekvenser och lämnade skiljeklausulen utan avseende.

Ett av de allra första avgörandena från HD där 36 § avtalslagen tillämpades var alltså i ett förhållande mellan näringsidkare. Det skulle kunna anföras att näringsidkare presumeras vara jämbördiga om inte omständigheterna i det enskilda fallet talar emot det.¹²⁵ I detta fall bröts presumptionen och avtalsvillkoret lämnades utan avseende. Mot bakgrund av vad som uttalats i förarbetena avseende avtalsvillkor som medför ensam bestämmanderätt för ena parten kan det dock anmärkas att HD inte uttalat sig så tydligt om detta förhållande som förarbetena synes förespråka.¹²⁶ HD:s avgörande ger inga tecken på att denna typ av avtalsvillkor skulle vara att se som oskäligen i sig själva, vilket absolut hade varit ett tänkbart alternativ mot bakgrund av förarbetena. I teorin skulle de flesta omständigheter som förelåg i avgörandet, exempelvis bristen på leverantörer, mycket väl kunna föreligga i ett avtalsförhållande där uppsatsens avtalsvillkor inkorporerats och tala för en obalans i parternas styrkeförhållande.

NJA 1982 s. 613. Ett avtal om köp av fastighet hade upprättats mellan B och R som innebar att B sålde en fastighet till R. I avtalet fanns en bestämmelse som innebar att om köparen inte fullgjorde sina åtaganden gavs säljaren rätt att häva köpet och behålla handpenningen samt erhålla ett ytterligare belopp om handpenningen inte täckte säljarens skada. R erlade ingen del av handpenningen varför B hävde köpet och yrkade att R skulle förpliktas att betala handpenningen samt visst överskjutande belopp.

R invände bland annat att det vore oskäligt att hon förpliktigas att erlægga hela handpenningen samt överskjutande belopp med motiveringen att B förmått R att underteckna avtalet innan R fått erforderliga lånelöften från banken. Lånet från banken uteblev sedermera för R och hon meddelade B omgående om att så var fallet. HD konstaterar att handpenning som sådan och dess förbrukning när köpet inte blir av är en vanlig företeelse vid köp av fastigheter och detta inte är oskäligt i sig. Avtalets tillkomst präglades dock av B:s brådska att få till ett avtal samt att anledningen till att handpenningen aldrig erlades uteslutande var hänförligt till R:s uteblivna lån. R:s meddelande om att inget banklån erhöles lämnades till B i nära anslutning

¹²⁵ Jfr. NJA 1992 s. 290 nedan.

¹²⁶ Se avsnitt 6.2.1 med vidare hänvisningar.

till avtalets undertecknande. Med beaktande av dessa omständigheter jämkade HD R:s betalningsskyldighet till drygt hälften av den ursprungliga handpenningen.

Förbrukande av handpenning är en form av normerat skadestånd som köparen kan bli skyldig att erlægga om inte köpet genomförs och anledningen till detta är hänförligt till köparen. Avgörandet fastslår alltså att förbrukning av handpenning vid fastighetsköp inte är ett avtalsvillkor som medför oskälighet i för sig. Dock bör anledningen till handpennigens förbrukande undersökas i varje enskilt fall. Detta resonemang kan enligt mig troligtvis utsträckas till att inte endast gälla normerat skadestånd vid just fastighetsöverlåtelser utan även till normerade skadestånd i allmänhet, d.v.s. viss proportionalitet bör föreligga mellan anledningen till avtalsbrottet, avtalsbrottets grad av allvarlighet och det normerade skadeståndets storlek. Detta innebär i sin tur att det finns en möjlighet att, vad gäller uppsatsens avtalsvillkor, det slutfakturerade beloppets storlek granskas mot bakgrund av anledningen till att slutfakturering aktualiserades. Som synes blir i så fall varje avgörande än mer in casu-betonat eftersom det slutfakturerade beloppet kan variera kraftigt och även anledningen till slutfaktureringen kan variera. Det är inte otänkbart att slutfaktureringen knyts till någon annan omständighet än just utebliven eller försenad delbetalning.

NJA 1983 s. 865. Avgörandet rör köp av fastighet mellan två privatpersoner och en kommun. I köpeavtalet intogs en friskrivningsklausul som bedömdes oskäligen av HD. Avgörandet refereras ovan under avsnitt 3.3.2.4.

NJA 1987 s. 639. ÖHAB och UL ingick avtal avseende handelsagentur där ÖHAB gav UL rätt att som ensam handelsagent sälja monteringsfärdiga hus till kunder i vissa delar av Skåne. UL väckte talan mot ÖHAB med anledning av bl.a. utebliven provision. ÖHAB invände att talan skulle avvisas då parternas avtal innehöll en skiljeklausul som stadgade att samtliga tvister avseende avtalet skulle prövas av skiljemän.

Frågan blev huruvida skiljeklausulen skulle lämnas utan avseende genom tillämpning av 36 § avtalslagen. HD påpekade att jämkning av skiljeklausuler i avtal mellan jämbördiga näringsidkare som regel inte låter sig göras. Skiljeklausulen hade givits en framträdande placering i avtalet och UL hade de facto tecknat avtalet i egenskap av näringsidkare. HD konstaterade att UL var hänvisad till ÖHAB för sin försörjning, saknade erfarenhet av den aktuella avtalstypen och intog inte en särskilt självständig ställning. UL var vid tidpunkten för handelsavtalets ingående att jämföras med en konsument snarare än en näringsidkare och avtalet påvisade stora likheter med ett anställningsförhållande. Mot bakgrund härav ansågs skiljeklausulen oskäligen och HD lämnade den utan avseende.

Avgörandet visar vikten av att hänsyn tas till respektive parts skyddsbehov. Trots att bägge avtalsparter de facto är näringsidkare krävs en helhetsbedömning av parternas styrkeförhållande i varje enskilt fall. Det kan inte uteslutas att en köpare som tecknar avtal med en säljare om löpande

tillhandahållande av tjänster intar en betydligt svagare ställning och är beroende av säljarens tjänster i den utsträckning att köparens verksamhet står och faller med deras ingångna avtal.

NJA 1992 s. 290. Ett franchiseavtal ingicks mellan AS och LL där AS var franchisegivare och LL franchisetagare. AS sade efter en tid upp avtalet och LL väckte då talan mot AS och yrkade skadestånd. AS invände att talan skulle avvisas då franchiseavtalet innehöll en skiljeklausul.

HD fastslog att huvudprincipen är att en skiljeklausul står sig i ett förhållande mellan två jämbördiga näringsidkare. Franchisetagare intar dock av naturliga skäl ofta en något underlägsen ställning gentemot franchisegivaren och franchisetagarens resurser är ofta begränsade. Avtal om franchising är dock av utpräglad kommersiell natur och som regel är det endast affärsmässiga överväganden som styr avtalsparternas handlande. Vidare är det en vanlig företeelse att en skiljeklausul inkorporeras i avtal om franchising. Således menar HD att trots den underlägsna ställningen för både franchisetagare i allmänhet och LL i detta fall finns det inte tillräckliga skäl för att lämna skiljeklausulen utan avseende. HD stängde emellertid inte dörren helt för att jämkning av en skiljeklausul i ett franchiseavtal. För det fall att omständigheterna istället talat för t.ex. att LL skulle bedömts vara i en mer konsumentliknande ställning, i likhet med NJA 1987 s. 639, kan jämkning genom tillämpning av 36 § avtalslagen fortfarande vara aktuellt.

Avgörandet visar vissa likheter med NJA 1987 s. 639. Avgörande i NJA 1992 s. 290 torde dock varit att LL inte kunde anses vara i en lika utpräglad beroende ställning som var fallet i 1987-års fall. HD tog i 1987-års fall inte ställning till huruvida det är vanligt med skiljeklausuler i avtal om handelsagentur men frågan är om inte så är fallet. Det faktum att HD tar hänsyn till vilka avtalsvillkor som typiskt sett inkluderas i vissa typer av avtal innebär möjligtvis att uppsatsens avtalsvillkor enklare skulle kunna accepteras om det med tiden blir mer allmänt förekommande. För det fall att man jämför uppsatsens avtalsvillkor med avtalsvillkor om normerade skadestånd torde det redan nu vara vanligt förekommande i många olika avtalstyper då normerade skadestånd i sig är relativt vanligt förekommande.

NJA 1997 s. 524. CO och MO gick i borgen så som för egen skuld för LA avseende ett leasingavtal för en lastbil som ingicks mellan LA och EFAB med LA som leasingtagare och EFAB som leasinggivare. På grund av att LA underlät att erlagga leasingavgifter enligt avtal sade EFAB upp avtalet och återtog lastbilen. Vid tidpunkten för återtagandet hade lastbilens värde drastiskt minskat till en dryg åttondel av värdet vid avtalets ingående dels på grund av vanvård, dels konjunkturförändringar. I leasingavtalet fanns en normerad skadeståndsklausul som innebar att leasingtagaren, och således även CO och MO, var skyldig att erlagga 75 % av de återstående leasingavgifterna vid tidpunkten för uppsägning. EFAB väckte talan och yrkade att LA, CO och MO solidariskt skulle erlagga detta belopp jämte avtalad ränta. Skadeståndet jämkades i TR och EFAB överklagade till HovR som gav bolaget rätt till full ersättning. CO överklagade HovR:s dom och

anförde att det vore oskäligt för henne att utge skadestånd i enlighet med avtalet.

HD konstaterade inledningsvis att villkoret om skadestånd inte kunde anses oskäligt i sig och att det låg på CO att visa att det medförde ett oskäligt resultat i just hennes fall. CO anförde att hon inte blev fullt ut informerad om innebörden av hennes borgensåtagande och att borgensmännen inte utgjorde en betryggande säkerhet för krediten som leasingavtalet innebar. HD hämtade viss vägledning från finansinspektionens allmänna råd där det framgick att i de fall då en fysisk person går i borgen för ett kommersiellt avtal ställs det höga krav på att borgensförbindelsen medför en betryggande säkerhet samt att den fysiska personen tydligt informeras om borgensförbindelsens innebörd.¹²⁷ Vidare ansågs skadeståndsklausulen ha en undångömd placering i leasingavtalet och det kunde svårligen förutses att den skulle medföra så stora konsekvenser. HD jämkade därav ansvaret till en dryg åttondel av det yrkade beloppet.

Avgörandet visar återigen att vid tillämpning av 36 § avtalslagen tas stor hänsyn till den som anses inneha en skyddsvärd ställning. Det ställs alltså stora krav på näringsidkaren att vara tydlig och lojal när denna typ av avtal ingås. Avgörandet visar även att denna typ av normerade skadeståndsklausuler de facto inte är oskäliga i sig själva utan oskäligheten är starkt kopplad till partskonstellationen och parternas agerande i det enskilda fallet.¹²⁸ Skadeståndsklausulen visar stora likheter med uppsatsens avtalsvillkor med den skillnad att det i grunden endast rörde 75 % av återstående avgifter och inte, som i uppsatsens avtalsvillkor, 100 % av återstående belopp. HD synes lagt stor vikt vid att det var svårt att förutse att borgensförbindelsen skulle medföra så stora ekonomiska konsekvenser eftersom lastbilen stod som säkerhet. Samma resonemang kan troligen inte föras kring uppsatsens avtalsvillkor då det svårligen kan argumenteras för att den som läser avtalsvillkoret inte inser eller borde inse de ekonomiska konsekvenserna.

NJA 2007 s. 962. Avgörandet behandlar dels inkorporering av standardvillkor, dels en oskälighetsbedömning av en friskrivningsklausul. Frågan gällande oskälighet var huruvida en besiktningsman i avtal om överlåtelsebesiktning gentemot en konsument kunde, genom en friskrivningsklausul, få sitt skadeståndsansvar preskriberat då två år förflutit från uppdragets slutförande. Konsumenten hade inte framfört någon reklamation under dessa två år. HD undersökte likartade preskriptionsbestämmelser i närliggande tvingande konsumentlagstiftning och trots att denna lagstiftning föreskrev en treårig preskriptionstid ansågs den avtalade tvååriga preskriptionstiden inte oskälig. HD menade att det kunde antas att en köpare av en fastighet i allmänhet relativt snabbt

¹²⁷ Notera att de allmänna råden tillkom efter det att leasingavtalet ingicks. Trots detta ansåg HD att det var lämpligt att hämta inspiration från dessa.

¹²⁸ Jfr. dock RH 2001:44 där ett liknande avtalsvillkor lämnades utan avseende med hänsyn till omständigheterna vid avtalets ingående. Tvisten var dock i detta fall mellan näringsidkare.

upptäcker de fel som en besiktningsman bort upptäckt vid en överlåtelsebesiktning. Vad gäller frågan om inkorporering av standardvillkor se avsnitt 4.2 där fallet refererats avseende denna fråga.

Mot bakgrund av avgörandet kan det konstateras att trots det faktum att mycket närliggande lagstiftning finns att tillgå och att frågan däri reglerats är det inget som automatiskt medför oskälighet för de fall då lagstiftningen inte är direkt tillämplig. Återigen framhålls att hänsyn ska tas till samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Avgörandet kan användas som ett argument emot att avtalsvillkoret ska anses oskäligt även om närliggande reglering återfinns och som avviker från avtalsvillkoret.

NJA 2012 s. 776. AH och RCKB ingick avtal som gav AH rätt att träna i RCKB:s anläggning under ett år. Enligt ett avtalsvillkor skulle avtalet automatiskt förlängas med ett år om inte AH sade upp avtalet skriftligen senast en månad innan avtalstidens utgång. AH sade upp avtalet fem dagar för sent och således krävde RCKB AH på betalning för ytterligare ett år. AH erlade viss betalning och väckte sedan talan mot RCKB för att återfå erlagd summa samt befrias från att erlagga resterande belopp.

AH gjorde gällande att avtalsvillkoret som innebär automatisk förlängning med ett år om inte uppsägning skett enligt ovan var oskäligt och därför skulle lämnas utan avseende eller jämkas. RCKB gjorde gällande att avtalet var bindande enligt ordalydelsen. Inledningsvis konstaterade HD att inga generella bestämmelser som reglerar avtalsvillkor med automatisk förlängning av avtal finns i svensk rätt och frågan skulle således prövas med hjälp av 36 § avtalslagen. Ett villkor om automatisk förlängning var inte att se som oskäligt i sig. Tvärtom ansåg HD att det i vissa fall kan ligga i konsumentens intresse att avtal förlängs automatiskt, t.ex. vad gäller försäkringar. HD tog vidare hjälp av rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal. Till detta direktiv finns en inte uttömmande lista på avtalsvillkor som typiskt sett kan anses oskäliga. En av punkterna i listan stadgar att automatisk förlängning av ett avtal med bestämd varaktighet kan anses oskäligt om sista dagen för konsumenten att förhindra automatisk förlängning ligger oskäligt tidigt in i avtalsperioden. Vidare beaktades även ett avgörande från MD, MD 2005:34, som handlade om ett digitalt TV-abonnemang men där principfrågan var snarlik. I det fallet fann MD att samma typ av automatisk förlängning och samma tidsgräns för uppsägning som i HD:s fall var oskälig om inte näringsidkaren tydligt och i god tid påminde konsumenten om att uppsägning måste ske för att avtalet inte skulle förnyas. HD tog vidare hänsyn till avbeställningsrätten enligt 42 § konsumenttjänstlagen (1985:716) och även en departementspromemoria, Ds 2012:31, App to date – Konsumenternas rättsliga ställning när varor och tjänster betalas via telefonräkningen, m.m. där det föreslagits att näringsidkaren ska erläggas skyldighet att alltid påminna konsumenten om möjligheterna till uppsägning.¹²⁹

¹²⁹ Departementspromemorian har utmynnat i prop. 2013/14:242 och sedermera lag (2014:1449) om konsumentskydd vid automatisk avtalsförlängning.

HD fastslog att i detta fall låg det endast i RCKB:s intresse att avtalet förnyades automatiskt samt att det allmänt sett var enkelt att glömma av att säga upp ett avtal av aktuellt slag i rätt tid. Fråga uppstod även huruvida AH faktiskt erhållit en påminnelse om kravet på uppsägning. RCKB gjorde gällande att en datorskärm i träningslokalen påminner samtliga tränande om att så är fallet. Detta ansågs dock inte nå upp till kraven på tydlighet och information avseende konsekvenserna av utebliven uppsägning. Vidare innebar den automatiska förlängningen en inte obetydlig ekonomisk belastning för AH. Mot bakgrund av samtliga omständigheter bedömdes avtalsvillkoret vara oskäligt och lämnades utan avseende.

Avgörandet synes inte särskilt relevant för uppsatsens avtalsvillkor vid första anblick men skulle kunna bli en faktor som beaktas för det fall att det rör sig om ett avtal som förnyats automatiskt. Det uppstår en något märklig situation om en köpare t.ex. betalar enligt avtal under hela den ursprungliga avtalsperioden och avtalet sedan förnyas automatiskt med en ny avtalsperiod. Köparen kan vara mer eller mindre medveten om att så sker och efter en tid kräver säljaren köparen på hela den nya avtalsperiodens sammanlagda belopp utan att presterat. Till oskälighetsbedömningen tillkommer då, utöver avtalsvilkorets redan kontroversiella utformning, även det faktum att avtalet eventuellt förnyats på tveksamma grunder.

7 Analys och slutsats

7.1 Utgångspunkter

Som framgått under avsnitt 2 har Sveriges allmänna domstolar givits två olika kontrollmetoder för att ta sig an avtalsvillkor som kan anses oskäliga. Den dolda kontrollen innebär att domstolen använder sig av avtalstolkning, utfyllning samt inkorporeringsregler och den öppna kontrollen innebär att domstolen bedömer avtalsvillkoret med hjälp av i huvudsak 36 § avtalslagen. I vissa fall kan situationer uppstå där både dold och öppen kontroll uttryckligen nyttjas i samma tvist, se t.ex. NJA 1983 s. 865.

Enligt min mening är det omöjligt att genomföra öppen kontroll utan att först, om än i vissa fall ytterst översiktligt, ha genomfört den dolda kontrollen, förutsatt att inte parterna är helt överens om avtalets innehåll. Detta innebär således att dold kontroll alltid genomförs och öppen kontroll blir beroende av resultatet av den dolda kontrollen. Av denna anledning anser jag det nödvändigt att bägge kontrollmetoder beaktas även i analysen.

7.2 Dold kontroll

Avtalstolkning, inkorporering av avtalsvillkor och utfyllning är som framgått en viktig del av den avtalsrättsliga bedömningen av uppsatsens frågeställning. Analysen avser i denna del behandla ett antal faktorer som kan påverka utfallet av det behandlade avtalsvillkoret.

7.2.1 Partsinriktad tolkning

Den gemensamma partsviljan är den tolkningsmodell som har företräde framför alla andra tolkningsmodeller, se NJA 2013 s. 271. Kan säljaren visa att köparen varit införstådd med vilket innehåll säljaren lagt i avtalsvillkoret finns det inte utrymme för domstolen att låta avtalsvillkoret få annat innehåll än det säljaren påstår.

Kan däremot köparen visa att säljaren *insåg* att köparen vid avtalstidpunkten missuppfattat avtalsvillkoret kan köparen göra gällande att säljaren agerat dolöst som inte klargjort för köparen hur säljaren ser på avtalsvillkorets innebörd. För det fall köparen lyckas med detta kan domstolen genom tillämpning av dolusmodellen ge avtalsvillkoret det innehåll som köparen uppfattade vid avtalets ingående. Eftersom avtalsvillkoret till sin natur i många fall kan medföra ett märkligt resultat är det min bestämda uppfattning att det ligger en relativt långtgående klargörandeplikt på säljaren för att inte köparens uppfattning ska ges företräde.

Ett liknande resonemang kan föras mot bakgrund av den omdiskuterade culpamodellen med den skillnaden att köparen endast behöver visa att

säljaren *borde insett* att köparen vid tidpunkten för avtalets ingående gav avtalsvillkoret en annan innebörd än vad säljaren gjorde. Enligt mig är det inte möjligt att finna några mer generella riktlinjer avseende den partsinriktade tolkningen eftersom den bygger på rent subjektiva rekvisit. Som tidigare konstaterats är det dock ingen omöjlighet att argumentera för en gemensam partsvilja i synnerhet om avtalsförhandlingarna finns inspelade. Om avtalet ingåtts per telefon är det inte ovanligt att en inspelning faktiskt finns att tillgå. Det kan således i vissa fall vara en aning överdrivet att tala om att den gemensamma partsviljan alltid är en juridisk fiktion som inte går att tillämpa i praktiken. Givetvis ställer en argumentation kring den gemensamma partsviljan stora krav på den bevisning som åberopas och det är antagligen rimligt att anta att inspelade avtalsförhandlingar som regel har svårt att uppfylla beviskravet.

7.2.2 Objektiverad tolkning

Genom objektiverad tolkning är tanken att partsviljan kan avspeglas så som den såg ut för en utomstående betraktare vid tidpunkten för avtalets ingående. Således hamnar fokus här i första hand på avtalsvillkorets direkta ordalydelse i den mening att ordalydelsen tolkas mot bakgrund av de objektiverade tolkningsmodellerna, se t.ex. NJA 2007 s. 35 och NJA 2013 s. 271.¹³⁰ Eftersom framställningen inte är inriktad på ett enskilt fall blir det omöjligt att ta ställning till frågor som är beroende av övriga omständigheter, t.ex. resterande avtalsvillkor som kan finnas mellan parterna. Många av dessa faktorer ska ändå lyftas fram till diskussion även om ingen ställning kan tas. Frågorna som är mer inriktade på avtalsvillkoret som sådant och vad det är som triggar avtalsvillkoret, vilka rättigheter och skyldigheter det ger säljaren och köparen samt vad som sker efter att avtalsvillkoret triggas.

I det givna exemplet under avsnitt 1.1 kan det först konstateras att det ska handla om en utebliven *delbetalning*. Detta förutsätter att avtalet innehåller skriftlig information om delbetalning alternativt att det på annat sätt går att visa att delbetalning överenskommit samt till vilket belopp. Om det istället rör sig om månatliga separata köp rör det sig över huvud taget inte om någon delbetalning och avtalsvillkoret triggas aldrig. Avtalsvillkoret i sig bör dock vara ett tecken på att det rör sig om en avtalad delbetalning. I NJA 1987 s. 553 var HD restriktiva med att tolka ett uttryckt avtalsvillkor extensivt till att omfatta annat än vad dess direkta ordalydelse gav för handen.

Vidare uppstår frågan vilket belopp det är som säljaren har möjlighet att *slutfakturera* köparen. Finns det inget i avtalet som föreskriver annat bör enligt mig det totala återstående avtalsbeloppet vara det största belopp som kan krävas med hjälp av avtalsvillkoret oavsett om man ser avtalsvillkoret som ett normerat skadestånd, schabloniserat vite eller endast en fortsättning

¹³⁰ För resonemang avseende skälighet hänvisas i huvudsak till avsnitt 7.3 då skälighetsbedömningen inom ramen för avtalstolkningen visar stora likheter med oskälighetsbedömningen enligt 36 § avtalslagen.

av parternas avtal. Detta följer av att avtalsvillkoret inte innehåller något skadevisningsrekvisit. Frågan är då om det är det totala återstående beloppet som aktualiseras eller om det är ett lägre belopp. För att få svar på denna fråga måste begreppet slutfakturera genomgå avtalstolkning. Resultatet av tolkningen kan skilja sig åt beroende dels på vilken typ av vara eller tjänst det är frågan om samt omständigheterna i övrigt. Kan någon ledning hämtas i avtalets uppbyggnad och systematik eller finns det rent av definierat i avtalet vad slutfakturera innebär? Generellt kan det troligtvis konstateras att säljaren utan större problem kan kräva åtminstone ett belopp som täcker de utgifter som avtalet inneburit för säljaren så att denne går skadeslös. Säljaren kan alltså använda sin lidna skada som ett argument för att beloppet är skäligt trots att skada inte är ett rekvisit i avtalsvillkoret. I vissa fall kan det mycket väl vara så att säljarens skada överstiger avtalets totala belopp. Detta kan vara fallet om säljaren av andra än rent ekonomiska skäl ingått avtalet, t.ex. med syftet att knyta till sig en viktig kund eller på annat sätt ser ett större syfte med avtalet än att göra en vinst i det enskilda fallet.

Det största problemet som avtalsvillkoret möter är troligtvis innebörden av att tjänsten *avbryts*. Även ordet *avbryts* måste i det enskilda fallet genomgå avtalstolkning då det kan anses oklart i sitt sammanhang. Fråga blir då om innebörden blir att tillgång till tjänsten avslutas permanent eller om det endast är fråga om ett tillfälligt uppehåll fram till dess delbetalning eller fullbetalning erläggs och avtalsbrottet på så sätt till viss del läks av köparen. Om *avbryts* istället ersatts med *spärras* ligger det möjligtvis än närmare till hands att argumentera för att en delbetalning eller fullbetalning medför återaktiverande av köparens tillgång till tjänsten. Om istället ordet *avslutas* används kan det troligtvis argumenteras för att tjänsten inte återaktiveras genom att köparen erlägger den eller de upplupna försenade delbetalningarna eller full betalning. I NJA 1990 s. 24 var frågan hur *samtliga arbeten* skulle tolkas. HD konstaterade att allmänt språkbruk ska ligga till grund för tolkningen och uttalade enligt mig på så sätt att allmänt språkbruk kan presumeras vara den tolkning som gäller om inte särskilda skäl talar för att presumtionen ska brytas.¹³¹ Samma resonemang bör gå att applicera på det avtalsvillkor som uppsatsen behandlar. Det kan således vara av väsentlig betydelse vilket ord som används i detta avseende. Troligtvis lägger de flesta inte samma innebörd i orden *avbryta*, *avsluta*, *spärra*, *frysa*, *avsluta* etc. om de söker definiera orden. Enligt min mening är tolkningen av denna del av avtalsvillkoret av stor betydelse både för skälighetsbedömningen inom ramen för avtalstolkningen och oskälighetsbedömningen enligt 36 § avtalslagen.

Säljaren har givetvis betydligt mindre uppförsbacke i skälighetsbedömningen om avtalsvillkoret konstateras innebära en skyldighet för säljaren att återaktivera köparens tillgång till tjänsten i samband med att förfallna delbetalningar erläggs. Om så är fallet innebär avtalsvillkoret i praktiken endast en förändring av betalningsvillkoren och inte av tjänsten som sådan, bortsett från frågan huruvida köparens tillgång

¹³¹ Det kan röra sig om t.ex. legala definitioner som anses lämpligare än dess betydelse enl. allmänt språkbruk, jfr. NJA 2006 s. 53.

till tjänsten ska förlängas i motsvarande mån som köparen inte haft tillgång till tjänsten. Om tjänsten ska förlängas i motsvarande mån, och således troligtvis bättre uppfylla ekvivalensprincipen i detta avseende, blir dröjsmålsränta den i praktiken enda påföljden för köparens avtalsbrott förutsatt att detta avtalsvillkor är den enda aktuella påföljden. I så fall rör det sig över huvud taget inte om något skadestånd. Här uppkommer även frågan huruvida det kan, i enlighet med NJA 2001 s. 750, anses vara en förnuftig och rimlig reglering om köparen ska ha möjlighet att underlåta att erlagga betalning under lång tid för att senare erlagga betalning och återfå tillgång till tjänsten under lika lång tid som om köparen aldrig begått avtalsbrott. Om försenad delbetalning som utgångspunkt ses som ett mindre allvarligt avtalsbrott så kommer dock utebliven delbetalning förr eller senare behöva betraktas som ett väsentligt avtalsbrott och ge säljaren, möjligen genom utfyllning med hjälp av allmänna avtalsrättsliga principer, hävningsrätt. I annat fall står säljaren med ett avtal som, om inget annat framkommit, tvingar säljaren att eventuellt långt senare tillhandahålla en tjänst som säljaren kanske inte längre har faktiska möjligheter att genomföra.

Avtalsvillkoret blir givetvis tydligare om säljaren förtydligar det dels genom att komplettera med ett specificerande av avbrytandet i tid, t.ex. *avbryts permanent* eller *fram till dess upplupen delbetalning erlagts*, dels specificera hur tiden som tjänsten inte varit tillgänglig för köparen ska behandlas. Det ska emellertid inte hållas för uteslutet att säljaren medvetet väljer att formulera avtalsvillkoret otydligt av marknadsmässiga skäl. Troligtvis blir det svårare att sälja tjänsterna om avtalsvillkoret klart och tydligt specificerar att ett i sammanhanget mindre allvarligt avtalsbrott medför den stränga effekten att köparen blir betalningsskyldig utan att erhålla någon motprestation från och med avtalsvillkorets triggande.

7.2.3 Särskilda tolkningsregler

Som framgått tidigare synes de särskilda tolkningsreglerna aktualiseras först efter att den objektiverade tolkningen konstaterats inte medföra ett tillfredställande resultat, NJA 2001 s. 750. Om de särskilda tolkningsreglerna skulle bli aktuella att tillämpa på avtalsvillkoret torde oklarhetsregeln i stort sett uteslutande medföra att avtalsvillkoret tolkas till fördel för köparen. Säljaren har genom standardvillkor om inte författat så åtminstone förebringat avtalsvillkoret och det är svårt att föreställa sig att köparen skulle haft bättre möjligheter än säljaren att förutse och undanröja oklarheten. Även minimiregeln synes ligga säljaren till last eftersom dess tillämplighet i första hand är ensidigt förpliktande avtal. Det föreligger en risk för att avtalsvillkoret får den effekten att parternas avtal omvandlas till ett ensidigt förpliktande avtal efter det att avtalsvillkoret triggats. I sådana fall ska den minst betungande tolkningen av avtalsvillkoret väljas. Exakt vad detta innebär i det enskilda fallet beror givetvis på vilka tolkningsalternativ av avtalsvillkoret som aktualiseras.

7.2.4 Inkorporering av avtalsvillkor

Ett standardavtal måste först och främst bringas till motpartens kännedom för att utgöra avtalsinnehåll. Enl. NJA 2011 s. 600, som visserligen rör ett konsumentförhållande, måste avtalshandlingen innehålla en tydlig referens till standardvillkoren om de inte sammanförts med de individuellt avtalade avtalsvillkoren. Slutligen ska motparten även ges tillfälle att enkelt ta del av standardvillkoren innan avtal sluts. Trots att det ställs något högre krav på tydlighet för inkorporering av standardvillkor i konsumentförhållanden kan troligtvis de grundläggande principerna i den praxis som avser konsumentförhållanden även appliceras på näringsidkarförhållanden.

Troligtvis kan det uteslutas att köparen enkelt skulle kunna ta del av standardvillkoren på annat sätt än att de tillhandahålls av säljaren. Det synes enligt HD endast kunna läggas en aktivitetsplikt på köparen om standardavtalet är av mer allmänt känd karaktär som t.ex. AB 72, jfr. NJA 1980 s. 46. Det kan dock uppkomma tveksamma fall och ett exempel finns givet i avsnitt 4.3.

Av betydelse för uppsatsens frågeställning är vidare det faktum att högre krav ställs på oväntade, överraskande eller betungande avtalsvillkor för att de ska anses inkorporerade i avtalet. Dessa ska som huvudregel särskilt bringas till motpartens kännedom. Huruvida avtalsvillkoret uppfyller någon av dessa tre kriterier beror på delvis på resultatet av avtalstolkningen. Det kan konstateras att det föreligger risk för att avtalsvillkoret kommer anses uppfylla åtminstone något av dessa kriterier vilket är fullt tillräckligt för att huvudregeln ovan ska aktualiseras.

För det fall avtalsvillkoret anses oväntat, överraskande eller betungande blir den viktigaste faktorn var i standardvillkoren som avtalsvillkoret är placerat samt hur säljaren presenterat standardvillkoren för köparen. Har villkoret medvetet givits en ologisk placering i standardavtalet eller är det på något annat sätt placerat och utformat på ett sätt som är ägnat att förvillna köparen? I NJA 1979 s. 491 hade en betungande klausul givits en något undandömd placering i standardvillkoren och detta var en av faktorerna som ledde till att HD ansåg att avtalsvillkoret aldrig inkorporerats i avtalet. Det är således av betydelse hur parterna agerat vid tidpunkten för avtalets ingående samt hur avtalshandlingen utformats. Har säljaren fullgjort den eventuella klargörandeplikt som kan åläggas denne?

7.2.5 Utfyllning av avtal

Reglerna om utfyllning kan bli aktuella beroende på vilket resultat som avtalstolkningen, inkorporeringsreglerna och även oskälighetsbedömningen enligt 36 § avtalslagen ger för handen. Utfyllningen är även starkt beroende av vad som framgår av övriga avtalsvillkor. Finns det andra bestämmelser som reglerar påföljden vid endera parts avtalsbrott är det möjligt att avtalet inte innehåller några luckor som behöver fyllas ut. Alternativt kan domstolen komma fram till att dispositiv rätt inte avtalats bort i vissa delar

och det på så sätt kan konstateras att dessa delar alltid varit avtalsinnehåll och utfyllning är således inte nödvändigt.

Om det omskrivna avtalsvillkoret är det enda villkor som reglerar påföljden vid avtalsbrott och det finns luckor i avtalet kan det bli aktuellt att fylla ut avtalet med andra regler om påföljd, t.ex. under vissa förutsättningar ge respektive part hävningsrätt om ett väsentligt avtalsbrott är för handen.¹³² Samma sak gäller givetvis även om det finns andra avtalsvillkor som reglerar påföljden vid avtalsbrott men dessa inte är möjliga att tillämpa i det enskilda fallet vilket kan medföra samma effekt, d.v.s. att avtalet innehåller en lucka som behöver fyllas ut.

Troligtvis kommer en domstol vara benägen att åtminstone fylla ut avtalet med en hävningsrätt som triggas av ett väsentligt avtalsbrott eftersom detta anses vara en allmän avtalsrättslig princip och således utgör bakomliggande dispositiv rätt.¹³³ Vad som är ett väsentligt avtalsbrott blir även det beroende av omständigheterna i det enskilda fallet, men generellt sett bör utebliven eller försenad betalning åtminstone i sinom tid innebära ett väsentligt avtalsbrott. Ett problem som uppstår är huruvida säljaren kan utfå visst skadestånd på grund av köparens avtalsbrott. Frågan är då om det aktuella avtalsvillkorets syfte var just att kompensera säljaren för köparens avtalsbrott. Avtalsvillkoret uppfyller inte längre syftet om avtalsvillkoret ges den innebörden att återaktivering ska ske och tidsförlusten ska kompenseras genom att köparen ges förlängd tillgång till tjänsten. Således uppstår frågan om säljaren har möjlighet att kräva ersättning på annat sätt än genom avtalsvillkoret eller om säljaren får nöja sig med att kräva lagstadgad eller avtalad dröjsmålsränta.

Huruvida domstolen bör fylla ut avtalet genom typiserad eller individuell utfyllning låter jag vara osagt. Detta beror på omständigheterna i det enskilda fallet. Det är givetvis fördelaktigt om domstolen genomför typiserad utfyllning då det i större utsträckning kan tjäna som vägledning för framtida tvister. Det är emellertid problematiskt att kommersiella tjänster inte lagreglerats över huvud taget och allt för vidlyftiga analogier kan inte heller anses önskvärdt. Således finns det argument för bägge olika typer av utfyllning. Denna typ av avtalsvillkor, eller åtminstone dess utformning, kan möjligtvis anses relativt främmande för svensk rätt och det är möjligt att det medför att individuell utfyllning bedöms vara lämpligare i det enskilda fallet.

7.3 Öppen kontroll

Den öppna kontrollen avser i detta sammanhang en analys av rättsläget mot bakgrund av 36 § avtalslagen. Uppsatsen utgår från att ingen information finns om övriga delar av parternas avtal. Inte heller förutsätts någon av de

¹³² Jfr. 39 och 54 §§ köplagen.

¹³³ Se avsnitt 3.3.2.3 avseende problematiken med att uttröna vad som utgör bakomliggande dispositiv rätt.

olika tolkningsversionerna av avtalsvillkoret vara den korrekta. Trots detta kan ett antal viktiga aspekter lyftas fram. Den kan dock poängteras att den mest intressanta oskälighetbedömningen följer enligt mig av att avtalsvillkoret ges det innehåll att det medför en rätt för säljaren att permanent avsluta köparens tillgång till tjänsten samt bibehåller rätten att kräva full betalning av köparen. Av denna anledning kommer den fortsatta analysen präglas av denna tolkning.

7.3.1 Avtalets innehåll

Att en bedömning genomförs med beaktande av avtalets innehåll innebär bl.a. att ställning tas till huruvida det föreligger åtminstone viss balans mellan de avtalade prestationerna. Av betydelse för denna bedömning blir även de avtalade påföljder som endera parts avtalsbrott ger upphov till. Det kan alltså råda balans mellan parternas avtalade prestationer som sådana men råda obalans mellan de avtalade påföljderna vid avtalsbrott. När så är fallet bör det leda till att det anses råda obalans i hela avtalsförhållandet trots att de avtalade påföljderna troligtvis sällan aktualiseras eftersom merparten av ingångna avtal i näringslivet troligtvis efterlevs av bägge parter.

Avtalsvillkor som innebär en ren ensam bestämmanderätt för ena parten presumeras troligen vara oskäliga i och för sig. Avtalsvillkoret i uppsatsen synes dock inte sorteras in under denna typ av avtalsvillkor oaktat vilken tolkning som ges företräde. Säljaren har inte ensam bestämmanderätt i den mening att denne när som helst under parternas avtalsförhållande kan vägra att tillhandahålla tjänsten efter eget godtycke. Avtalsvillkoret triggas trots allt av att köparen begår ett avtalsbrott genom att inte erlægga delbetalning i rätt tid. Ett scenario när det skulle kunna tänkas föreligga ensam bestämmanderätt genom avtalsvillkoret skulle kunna vara om avtalsvillkoret triggas på subjektiva grunder hänförliga till säljaren som t.ex. att säljaren förbehåller sig rätten att trigga avtalsvillkoret om avtalet inte längre bedöms lönsamt för säljaren och bedömningen sker på säljarens subjektiva åsikter. På så sätt skulle säljaren godtyckligt kunna trigga avtalsvillkoret. Om så är fallet skulle detta tala starkt för att jämkning genom 36 § avtalslagen bör genomföras.

Ett exempel på HD:s stränga syn på avtalsvillkor som ger ena parten ensam bestämmanderätt över något förhållande är NJA 1979 s. 666. I fallet avsåg säljaren ge sig själv, genom standardvillkor, rätt att välja huruvida tvister mellan parterna skulle prövas av skiljedomstol eller allmän domstol. Notera dock att HD inte förklarade avtalsvillkoret oskäligt i och för sig utan anknöt avtalsvillkoret till omständigheterna i övrigt vid sin oskälighetsbedömning.¹³⁴

Oskäligt sträng avtalad påföljd vid avtalsbrott kan medföra att skäl för jämkning föreligger. Ett avtalsvillkor som innebär att ett oväsentligt avtalsbrott medför hävningsrätt för motparten används som typexempel på

¹³⁴ Se avsnitt 6.2.3.

när påföljden är oskäligt sträng. Enligt min mening kan avtalsvillkoret som är föremål för granskning visa stora likheter med denna typ av avtalsvillkor, givetvis beroende på resultatet av avtalstolkningen. För det fall avtalsvillkoret tolkas helt enligt säljarens uppfattning innebär det att avtalsvillkoret kan medföra en strängare påföljd än det ovan givna exemplet. Köparens betalningsskyldighet kvarstår ju trots att säljarens prestationsskyldighet upphör. Situationen skulle kunna jämföras med att säljaren häver avtalet och kräver skadestånd, vilket inte bör anses oskäligt i och för sig. Skillnaden kan bli att säljaren inte behöver visa att denne lidit någon skada samt att det belopp som då motsvarar skadeståndet riskerar att bli oskäligt högt, i synnerhet om avtalsvillkoret triggas tidigt in i en lång avtalsperiod och avtalet betingar ett högt sammanlagt värde.

Frågan huruvida påföljden är oskäligt sträng kan bero av en mängd olika faktorer. Det kan ifrågasättas huruvida bägge parter är införstådda med att det är väsentligt att betalning erläggs i tid av köparen. Om detta tydligt poängterats innan avtalsslutandet och det har en rimlig förklaring bör enligt mig en sen eller utebliven delbetalning mycket väl kunna anses vara ett väsentligt avtalsbrott. Vidare kan även avtalets löptid vara en viktig faktor. Om avtalet har lång löptid och den sena betalningen inte uppstår förrän i slutet av avtalsperioden kan det argumenteras för att påföljden inte är särskilt sträng i rena belopp. Om t.ex. avtalet löper i 36 månader med månadsvis betalning och betalning uteblir först månad 35 innebär det att köparen endast tvingas betala en eller två månader utan att erhålla någon motprestation, vilket inte kan anses särskilt mycket sett i relation till hela avtalet under förutsättning att delbetalningarna är av liknande storlek eller till och med lägre mot slutet av avtalsperioden. Om däremot den uteblivna betalningen uppstår tidigt i avtalsperioden kan situationen bli annorlunda. Frågan är om det är lämpligt att en domstol ska behöva genomföra denna typ av gränsdragningar om skäligheten står och faller beroende på dessa omständigheter. I NJA 1982 s. 613 genomförde HD emellertid en avgränsning som skulle kunna anses jämförbar. I avgörandet, som rörde förverkande av handpenning vid fastighetsköp, fastslår HD att anledningen till handpenningens förverkande och ett eventuellt utökat skadeståndsansvar ska undersökas i varje enskilt fall.¹³⁵

I NJA 1997 s. 524 konstaterades att ett avtalsvillkor som innebar att 75 procent av återstående leasingavgifter skulle erläggas för det fall leasingavtalet sades upp i förtid inte var att se som oskäligt i och för sig.¹³⁶ Detta avtalsvillkor visar stora likheter med uppsatsens avtalsvillkor och talar alltså till viss del för att uppsatsens avtalsvillkor inte bör bedömas som oskäligt i och för sig. Viktiga omständigheter i fallet var dock enligt mig det faktum att leasinggivaren kunde påvisa att de lidit en skada samt att det inte rörde sig om 100 procents ersättning.¹³⁷ Över lag kan det troligtvis

¹³⁵ Se avsnitt 6.2.3.

¹³⁶ Ett avtalsvillkor som i stort sett var identiskt med det i NJA 1997 s. 524 ansågs inte heller oskäligt i och för sig i RH 2001:44.

¹³⁷ Se avsnitt 6.2.3.

konstateras att avtalsvillkor om normerade skadestånd vid avtalsbrott generellt sett accepteras i svensk rätt.

Trots att uppsatsen inte uttryckligen tar hänsyn till övriga avtalsvillkor som kan tänkas existera mellan parterna kan det vara intressant att kort belysa det fall då avtalet innehåller en automatisk förlängning. I NJA 2012 s. 776 bedömdes en automatisk förlängning med 12 månader vara oskäligt gentemot en konsument.¹³⁸ HD ställde i fallet upp relativt stränga kvar på näringsidkaren för att automatisk förlängning inte skulle anses oskäligt. Fallet är troligtvis inte direkt applicerbart på förhållanden mellan näringsidkare men ett avtalsvillkor om automatisk förnyelse kan troligtvis få betydelse om det kombineras med uppsatsens avtalsvillkor. Det föreligger troligtvis starkare skäl för jämkning av uppsatsens avtalsvillkor om det rör sig om en tvist som uppstått i samband med att avtalet förlängts utan att köparen agerat och utan att det uttryckligen låg i köparens intresse att avtalet förlängdes.

Sammantaget kan det nu konstateras att det finns argument både för och emot att avtalsvillkoret jämkas eller lämnas utan avseende mot bakgrund av avtalets innehåll. Vad gäller de övriga resultat som avtalstolkningen kan medföra synes behovet av jämkning inte göras sig lika påtagligt. För att ta tydligare ställning i frågan behöver dock hänsyn tas till det enskilda fallet, 36 § avtalslagen präglas ju av just omständigheterna i det enskilda fallet om inte avtalsvillkoret fastslås vara oskäligt i och för sig.

7.3.2 Omständigheterna vid avtalets tillkomst

Ett avtal eller ett enskilt avtalsvillkor kan anses oskäligt med hänsyn till omständigheterna vid avtalets tillkomst trots att oskälighet inte nödvändigtvis föreligger med hänsyn sett till avtalets innehåll.

Den kanske vanligaste omständighet som kan vara av betydelse för bedömningen är parternas styrkeförhållande. 36 § avtalslagen stadgar uttryckligen att hänsyn ska tas till den part som intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet. Det är således inte begränsat till att endast avse konsumentförhållanden utan även vid rent kommersiella avtal kan styrkeförhållandet ges betydelse. Inte heller specificeras vidare vad underlägsen ställning de facto innebär. För att anknyta till uppsatsens avtalsvillkor kan det som exempel nämnas det förhållande att om köparen är väldigt beroende av att den tjänst som avtalet avser på så sätt att den är väsentlig för köparens verksamhet skulle det kunna vara ett tecken på att köparen befinner sig i en underlägsen ställning. Den underlägsna ställningen förstärks vidare om det är svårt att erhålla tjänsten på annat håll, jfr. t.ex. NJA 1979 s. 666.

Det kan givetvis vara så att säljaren är lika beroende av att avtal kommer till stånd som köparen vilket skulle jämna ut styrkeförhållandet i detta avseende

¹³⁸ Se avsnitt 6.2.3.

men om så inte är fallet föreligger möjligtvis en viss skevhet i förhandlingsläget. Om säljaren på ett otillbörligt sätt utnyttjat sitt överläge i förhandlingarna föreligger goda möjligheter för att tillämpa 36 § avtalslagen även om avtalets innehåll och avtalsvillkoret inte bedöms oskäligt i och för sig.

Vidare kan mer allmänna skillnader i parternas styrkeförhållande också ges betydelse. Om t.ex. köparen genom att införskaffa tjänsten av säljaren vill utforska en ny marknad som denne endast har begränsad kunskap om medan säljaren är väl inarbetad på denna marknad kan köparen anses inta en underlägsen ställning. Även parternas faktiska storlek kan ges betydelse. Är köparen en enskild näringsidkare och säljaren ett större aktiebolag kan det redan av detta faktum i vissa fall föreligga skevhet i styrkeförhållandet. Även detta är dock till viss mån beroende av omständigheterna i det enskilda fallet, den enskilda näringsidkaren kan t.ex. vara expert på området vilket till och med skulle kunna sätta denne i en överlägsen ställning trots att säljarens organisation som sådan är markant större och ekonomiskt starkare än köparens. I NJA 1987 s. 639 bedömdes den ena avtalspartens ställning vara så svag att, trots att denne var näringsidkare, dennes ställning var att jämställa med en konsument.

Man skulle sammanfattningsvis kunna konstatera att domstolarna ställer krav på att parterna agerar lojalt och i enlighet någon form av god affärssed när avtal ingås. Om någon av parterna på något sätt börjar utnyttja förhandlingsläget krävs det inte speciellt stora övertramp för att det ska vara möjligt att angripa avtalsvillkor eller avtalet i sin helhet med hjälp av 36 § avtalslagen trots att det rör ett kommersiellt avtalsförhållande.

7.4 Sammanfattande slutsats

Det kan återigen konstaterats att det är svårt att genomföra en bedömning och nå ett konkret resultat utan att ha kunskap om omständigheterna i varje enskilt fall. I stort sett samtliga moment som beskrivits och analyserats är till stor del starkt knutna till omständigheterna i det enskilda fallet.

Så långt kan dock sägas att det är inte helt klart att avtalsvillkoret ges den tolkning som, enligt uppsatsens premisser, gynnar säljaren bäst. Vidare är oskälighetsbedömningen av naturliga skäl starkt beroende på vilket innehåll som avtalstolkningen ger avtalsvillkoret. Förhoppningsvis har uppsatsen lyckats uppmärksamma flertalet vanliga omständigheter som får betydelse i det enskilda fallet. Man skulle kunna se på avtalsvillkoret som en skala där säljarens tolkningsversion står på vänstra sidan och köparens på den högra sidan och på skalan ska avtalstolkningen placeras. Avtalstolkningens placering på skalan lägger grunden för den efterföljande oskälighetsbedömningen. Ju längre åt vänster som avtalstolkningen landar, desto svårare blir oskälighetsbedömningen sett ur säljarens perspektiv.

Som tidigare nämnts kan frågan uppstå om oskäligheten är beroende av hur lång tid som avtalet efterlevts och avtalsvillkoret således inte triggats. Detta

eftersom ersättningens storlek är beroende av den återstående avtalsperiodens längd. Vidare kan även den skada som säljaren eventuellt lider också vara beroende av tidsaspekten om det ställs krav på att säljaren måste visa skada. Så som avtalsvillkoret är utformat torde emellertid så inte vara fallet eftersom hela syftet med normerade skadestånd ofta är att skadevisningsrekvisitet ska kunna undvikas. Det kan dock inte uteslutas att avtalsvillkoret skulle kunna utformas så att ersättning ska utgå med 100 procent av återstående månadsbetalningar eller något annat belopp om det kan motiveras, t.ex. genom att visa skada.¹³⁹ Det kan vidare ligga i bägge parter intresse att istället utforma avtalsvillkoret på detta sätt. Säljaren kanske kan anta att denne lider en skada vid avtalsbrott som överstiger hela den avtalade ersättningen och kan då ha ett intresse av att ha möjlighet att kräva ett högre belopp i vissa fall. Detta ger vidare köparen möjlighet att invända och argumentera för ett lägre belopp än det normerade skadeståndet. Givetvis vore det säkraste ur juridisk synvinkel vara att skadeståndet knyts till ett rent skadevisningsrekvisit utan några normerade belopp. Det torde vara allmänt känt att som utgångspunkt ska den part som begår avtalsbrott ersätta motparten den skada som denne lider på grund av avtalsbrottet enligt det positiva kontraktsintresset om inget annat avtalats. Problemet med denna typ av skadeståndsvillkor är att det möjligtvis tenderar att skapa rättsprocesser som annars hade kunnat undvikas genom att endast hänvisa till ett normerat skadestånd som kan tillämpas betydligt enklare.

Som tidigare påtalats ställs det krav på att parterna agerar lojalt och enligt god affärssed. Genom att tillse att bägge parter är helt införstådda i avtalets innehåll, inklusive påföljder vid avtalsbrott, förebygger parterna troligtvis många framtida tvister genom att eliminera merparten av de problem som kan uppstå och som är hänförliga till parterna.¹⁴⁰ Det synes dock vara så att marknadsmässiga överväganden ofta ges förtur framför rent juridiska överväganden. Säljaren kanske inte ser det ekonomiskt motiverat att lägga tid på att verkligen se till att köparen har full insikt i avtalets villkor. Enligt egen erfarenhet kan det också vara så att säljaren inte vill att köparen ska få full insikt eftersom det kan påverka säljarens försäljningsresultat negativt. En köpare blir kanske misstänksam om för mycket tid läggs på att diskutera påföljder vid avtalsbrott och väljer att sluta avtal med någon annan som inte uppmärksammar denne på avtalets påföljder. Avtalet kan alltså bli svårare att sälja in för säljaren vilket då medför att denne istället väljer att inte diskutera vissa avtalsvillkor. Att så är fallet kan tyckas märkligt för den som i första hand sysslar med juridik men näringslivet drivs i första hand av marknadsmässiga överväganden och det juridiska verkar enligt mig inte sällan få stå tillbaka till viss del om dessa två aspekter krockar med varandra. Enligt egen erfarenhet är det inte ovanligt att de företag som nyttjar villkor av det slag som uppsatsen behandlar väljer att inte processa de ärenden där avtalsvillkoret uppmärksammas och det kan antas att

¹³⁹ Liknande utformning hade ett avtalsvillkor i NJA 1992 s. 728.

¹⁴⁰ Risken för att en domstol bedömer avtalsvillkoret som oskäligt i och för sig, d.v.s. utan att ta hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, är som utgångspunkt inget som parterna själva kan påverka och är således en risk som är svår att förebygga.

avtalsvillkoret blir föremål för prövning i domstol. Säljarna försöker enligt mig ofta hamna i någon slags gråzon där klar och tydlig information ges om de mer sedvanliga avtalsvillkoren medan de avtalsvillkor som kan anses något kontroversiella inte omnämns förrän triggandet av dessa avtalsvillkor är ett faktum. Att förfara på detta sätt ligger givetvis säljaren juridiskt sett till last men om säljaren på förhand vet att denne inte avser processa tvister där avtalsvillkoret uppmärksammas eller riskerar att uppmärksammas bör detta egentligen inte vara ett problem för denne. Troligen så har många köpare inte den juridiska kunskapen att det t.ex. föreligger viss informationsplikt om oväntade, betungande eller överraskande avtalsvillkor för att de ska utgöra avtalsinnehåll utan väljer istället att utgå från att hela standardavtalet utgör avtalsinnehåll och betalar i enlighet med vad säljaren kräver.

För att återgå till den juridiska bedömningen av avtalsvillkoret anser jag att detta trots allt inte bör bedömas oskäligt i och för sig, främst på grund av likheterna med normerade skadestånd. Avtalsvillkoret kan visserligen anses vara märkligt formulerat och frågan kan ställas varför inte en sedvanlig klausul om normerat skadestånd inte nyttjas istället. Detta är dock inget som väger så tungt att avtalsvillkoret lämpligen bör anses oskäligt i och för sig. Oskäligheten ska bedömas på just oskäligheten av resultatet som följer en tillämpning av avtalsvillkoret och inte på avtalsvillkorets utformning och lämplighet som sådan. Vad gäller oskälighetsbedömningen i det enskilda fallet anser jag att denna är allt för beroende av omständigheterna i det enskilda fallet för att ge ett generellt svar.

Vidare anser jag att det medför än mer oklarhet att kommersiella tjänster inte lagreglerats i svensk rätt. De lege ferenda menar jag att det möjligtvis vore lämpligt att, på samma sätt som i konsumentförhållanden, skapa en lagstiftning som avser köp av tjänster och en som avser köp av varor. Kommersiella köp av varor regleras som bekant i köplagen för det fall parterna inte överenskommit om annat. Genom motsvarande reglering för kommersiella tjänster skapar man åtminstone en modell som kan användas som utgångspunkt när tvister av detta slag är föremål för rättslig prövning. Alternativet för just denna typ av avtalsvillkor vore möjligen att lagreglera inomobligatoriskt skadestånd på ett mer allmänt plan vilket enligt mig troligen inte är praktiskt genomförbart i svensk rätt.

Trots att uppsatsen inte ger några konkreta svar på hur bedömningen kan komma att göras i det enskilda fallet bör den åtminstone kunna nyttjas som ett hjälpmedel för att identifiera ett antal omständigheter som får betydelse vid en rättslig prövning av det aktuella avtalsvillkoret.

Det kan slutligen konstateras att det är högst önskvärt att en eventuell framtida tvist avseende denna typ av avtalsvillkor löses genom öppen kontroll om det inte är direkt olämpligt, främst för att förbättra den rättsliga förutsebarheten. I de flesta fall ser jag inte några större fördelar för domstolarna att genom mer eller mindre krystade resonemang försöka lösa

tvister genom dold kontroll när det i stort sett alltid är möjligt att istället genomföra öppen kontroll och nå samma slutsats.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Avtalsrätt I, trettonde upplagan, Juristförlaget i Lund, 2011.

Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, Avtalsrätt II, sjätte upplagan, Juristförlaget i Lund, 2010.

André, Mathias, Strukturer i 36 § avtalslagen, SvJT 1986 s. 526.

Bernitz, Ulf, Standardavtalsrätt, åttonde upplagan, Norstedts Juridik AB, 2013.

Calissendorff, Gotthard, Recension av Kurt Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta – några synpunkter, JT 1993-94, s. 236-241.

Dahlman, Christian, Rätt och rättfärdigande – En tematisk introduktion till allmän rättslära, andra upplagan, Studentlitteratur 2011.

Fohlin, Paolo, Avtalsstolkning, Iustus Förlag AB, 1989.

Grönfors, Kurt, Avtalsgrundande rättsfakta, Nerenius & Santéus förlag AB, 1993.

Grönfors, Kurt, Dotevall, Rolf, Avtalslagen, En kommentar, fjärde upplagan, Norstedts Juridik AB, 2014.

Grönfors, Kurt, Tolkning av fraktavtal, Sjurättsföreningen i Göteborg, Skrifter 67, Akademiförlaget, 1989.

Hart, H.L.A., The Concept of Law, andra upplagan, Oxford University Press 1994.

Heidbrink, Jakob, Avtals uppkomst – dags att se bortom avtalslagen, SvJT 2007 s. 673.

Ingvarsson, Torbjörn, Till stöd för stödbrev, SvJT 2013 s. 266.

Lehrberg, Bert, Avtalsstolkning, femte upplagan, Institutet för Bank- och Affärsjuridik AB, 2009.

Millqvist, Göran, Rättslig kontroll av borgensåtagande genom avtalsstolkning, SvJT 1990 s. 254

Norlén, Andreas, Oskälighet och 36 § avtalslagen, Avdelningen för rätt och rättsfilosofi, Linköpings universitet, 2004.

Peczenik, Aleksander, Juridikens allmänna läror. SvJT 2005 s. 249

Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, Allmän avtalsrätt, nionde upplagan, Norstedts Juridik AB, 2014.

Schmidt, Folke, Typfall partsavsikt och culpa. Riktlinjer för avtalsstolkning, SvJT 1959 s. 508-520.

Offentligt tryck

Ds 2012:31, App to date – Konsumenternas rättsliga ställning när varor och tjänster betalas via telefonräkningen, m.m.

NJA II 1994 s. 748. (NJA II 1994:23)

Prop. 1975/76:81 – Med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m.m.

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

Prop. 2013/14:242 – Ett stärkt konsumentskydd vid automatisk avtalsförlängning.

Rättsfallsförteckning

Hovrätt

RH 2001:44.

HovR för västra Sveriges dom av den 22 januari 2014 i mål T 5226-12.

HovR för övre Norrlands dom av den 30 juni 2014 i mål T 939-13.

Högsta domstolen

NJA 1948 s. 138.

NJA 1948 s. 620.

NJA 1949 s. 609.

NJA 1951 s. 282.

NJA 1955 s. 247.

NJA 1960 s. 586.

NJA 1969 s. 285.

NJA 1969 s. 409.

NJA 1971 s. 216.

NJA 1979 s. 491.

NJA 1979 s. 666.

NJA 1980 s. 46.

NJA 1982 s. 613.

NJA 1983 s. 510.

NJA 1983 s. 865.

NJA 1986 s. 388.

NJA 1986 s. 596.

NJA 1987 s. 553.

NJA 1987 s. 639.

NJA 1989 s. 269.

NJA 1990 s. 24.

NJA 1991 s. 319.

NJA 1992 s. 290.

NJA 1992 s. 403.

NJA 1992 s. 728.

NJA 1997 s. 307.

NJA 1997 s. 382.

NJA 1997 s. 524.

NJA 1998 s. 3.

NJA 1998 s. 364.

NJA 2001 s. 750.

NJA 2005 s. 142.

NJA 2006 s. 53.

NJA 2007 s. 35.

NJA 2007 s. 962.

NJA 2009 s. 672.

NJA 2010 s. 416.

NJA 2010 s. 629.

NJA 2011 s. 600.

NJA 2012 s. 3.

NJA 2012 s. 776.

NJA 2013 s. 271.

Marknadsdomstolen

MD 2005:34