



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Elin Brännström

# Underdog

- en avtalsrättslig analys av underlägsen ställning

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats  
Kandidatuppsats på juristprogrammet  
15 högskolepoäng

Handledare: Sacharias Votinius  
Termin: VT 2016

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>3</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>4</b>
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställning	5
1.3 Avgränsning	5
1.4 Metod och material	6
1.5 Forskningsläge	6
1.6 Disposition	7
<b>2 BAKOMLIGGANDE AVTALSÄTTSLIGA PRINCIPER</b>	<b>8</b>
2.1 Avtalsbundenhet	8
2.2 Avtalsfrihet	8
2.3 Skyddsprincipen	9
2.4 Sammanfattning	11
<b>3 BEDÖMNINGEN AV STYRKEFÖRHÅLLET</b>	<b>12</b>
3.1 Inledning	12
3.2 Finansiell styrka	12
3.3 Kunskap och erfarenhet	15
3.4 Förhandlingsstyrka	16

3.5	Självständig ställning i förhållande till motparten	18
3.6	Marknadsställning	19
3.7	Typ av rättssubjekt	20
3.8	Tillgång till juridisk expertis	22
3.9	Sammanfattning	22
<b>4</b>	<b>RÄTTSEKONOMISKT PERSPEKTIV</b>	<b>24</b>
4.1	Inledning	24
4.2	Marknadsteori, Pareto-optimalitet och Kaldor-Hicks kriterium	24
4.3	Transaktionskostnadsteori	25
<b>5</b>	<b>ANALYS</b>	<b>27</b>
5.1	Styrkeförhållandet	27
5.2	Rättsekonomisk analys	30
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>33</b>
	Offentligt tryck	33
	Litteratur	33
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>35</b>

# Summary

The essay begins with a short presentation of three basic principles of contract law: the sanctity of contract, the freedom of contract and the principle of protection. Whereas the principles of sanctity and freedom of contract are definitely fundamental to contract law, situations sometimes occur that require deviation from these principles – for the protection of a weaker party for example. This constitutes the principle of protection. The identity of the party protected by this principle vary from one situation to another, although normally the law primarily protects weaker parties who assume an inferior position vis-à-vis its counterpart.

Subsequently, Swedish legal sources are examined for the reason of investigating the factors are taken into account in the evaluation of contractual inequality. Seven factors are identified as frequently occurring in the evaluation a party's relative position of strength: financial strength, knowledge and experience, bargaining power, independence from the counterpart, market position, type of legal entity and finally, access to legal counsel.

In a concluding chapter it is shown that these seven factors can in fact be compiled into three, which seem to be the primary basis of the consideration of a party's inferiority. These three are financial strength, knowledge and experience and market position. Lastly, a microeconomic approach is used to analyze the findings and explain the consideration of inequality in contracts with microeconomic theory.

# Sammanfattning

Uppsatsen tar avstamp i tre avtalsrättsliga principer: avtalsbundenheten, avtalsfriheten och skyddsprincipen. Med utgångspunkt i de grundläggande principerna om avtalsbundenhet och avtalsfrihet konstateras att det trots allt medges avsteg från dessa i vissa fall, till förmån för skyddsbehövande avtalsparter - det är detta som är skyddsprincipen. Vem som skyddas av denna princip varierar från situation till situation, men ofta är det en avtalspart som av en eller annan anledning befinner sig i en underlägsen ställning gentemot sin motpart.

Av denna anledning undersöks svenska rättskällor för att ta reda på vilka faktorer som vägs in i bedömningen av en avtalsparts ställning som över- eller underlägsen motparten. Sju faktorer identifieras som vanligt förekommande i bedömningarna: finansiell styrka, kunskap och erfarenhet, förhandlingsstyrka, självständig ställning i förhållande till motparten, marknadsställning, typ av rättssubjekt och slutligen, tillgång till juridisk expertis.

I analyskapitlet kokas slutligen dessa sju faktorer ned till tre, som tycks utgöra grunden för de hänsyn som tas till en parts relativa styrka, nämligen finansiell styrka, kunskap och erfarenhet samt marknadsställning. Dessa faktorer analyseras även ur ett ekonomiskt perspektiv där anledningen till att just dessa hänsyn tas förklaras med hjälp av mikroekonomisk teoribildning.

# Förkortningar

AVLN	Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
HD	Högsta domstolen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv I
Prop.	Proposition
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Den allmänna svenska avtalsrätten bygger på en idé om två rationella, jämbördiga parter som kan tillvarata sina egna intressen lika väl.<sup>1</sup> I verkligheten ser det dock inte alltid, om än någonsin, ut så. Denna ojämlikhet leder till att statsapparaten på olika sätt går in och skyddar den svagare parten. Typexemplet på en sådan svagare part är konsumenterna, som idag skyddas av olika typer av lagstiftning, förebyggande åtgärder och t o m har en egen ombudsman (Konsumentombudsmannen) som ska bevaka gruppens intressen.<sup>2</sup>

En grundläggande utgångspunkt inom avtalsrätt är att avtal ska hållas. En annan är avtalsfrihet. Intresset att skydda vissa grupper, exempelvis konsumenter, men även mindre näringsidkare o dyl., genom jämkning eller ogiltigförklaring av avtal kan lätt kollidera med intresset av att upprätthålla ingångna avtal och därmed värna om parternas rättssäkerhet. En annan typ av skyddslagstiftning är tvingande lag likt konsumentköplagen. Å andra sidan utgör sådan lagstiftning en inskränkning i parternas avtalsfrihet, även om det visserligen då är förutsebart vad som gäller.

Med dessa utgångspunkter i åtanke är det naturligt att ställa sig frågan vad som egentligen är så pass skyddsvärt att det motiverar avsteg från avtalsbundenhet och avtalsfrihet; Vilka argument läggs fram för att motivera sådana avsteg? Till förmån för vem eller vilka görs de?

---

<sup>1</sup> Prop. 1975/76:81 s. 100.

<sup>2</sup> Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 40ff.

## 1.2 Syfte och frågeställning

I en sund avtalsrelation mellan jämbördiga parter är det naturligt att det sällan finns anledning att göra avsteg från avtalsfrihet och –bundenhet.<sup>3</sup> Sådana avsteg kan dock göras när det finns ett behov att skydda en part som framstår som den svagare i förhållandet. Syftet med denna framställning är att ge en bild av hur svensk rätt ser på avtalsrelationer mellan parter som inte är jämbördiga.

Det första ledet i en sådan bedömning består i att avgöra huruvida avtalsparterna faktiskt är ojämbördiga. Med denna framställning ämnar jag undersöka hur man i svensk rätt avgör om en avtalspart är över- eller underlägsen sin motpart. Vilka faktorer tas med i bedömningen? Vilka argument förs fram?

Den frågeställning som jag avser att besvara är alltså följande:

- Hur avgörs om en avtalspart intar en över- eller underlägsen ställning i förhållande till sin motpart?

## 1.3 Avgränsning

En intressant fråga som uppstår när man studerar material som behandlar frågor avtalsfrihet och avtalsbundenhet och avsteg därifrån, är hur man avgör vad som är skäligt, eller rättvist, i varje fall. Denna fråga, hur intressant den än må vara, måste tyvärr lämnas därhän i detta arbete på grund av tids- och platsbrist.

I fokus för min framställning är den allmänna avtalsrätten, varför speciella avtalstyper som t ex anställningsavtal och hyresavtal lämnas därhän.

---

<sup>3</sup> Prop. 1975/76:81 s. 39.



## 1.4 Metod och material

I huvuddelen av mitt arbete har jag använt mig av en rättsdogmatisk metod – dvs analyserat innehållet i vedertagna rättskällor för att fastställa i gällande rätt.<sup>4</sup>

Jag kommer alltså att undersöka argument och resonemang som förs fram i framför allt lagförarbeten, rättspraxis och doktrin. På grund av den nordiska rättsgemenskapen som gör sig tydligt gällande på avtalsrättens område<sup>5</sup> har jag även använt mig av doktrin från andra nordiska länder.

I ett flertal fall har jag behövt söka mig till äldre förarbeten än de som avser nu gällande skyddslagstiftning. De principiella aspekterna kring olika gruppers skyddsbehov tas inte upp i samma utsträckning i de mer moderna arbetena, som till stor del bygger vidare på de äldre.

Det är svårt att hitta relevant praxis från högre instanser som behandlar just bedömningen av parternas inbördes styrkeförhållande.<sup>6</sup> Ett par tongivande fall från Högsta domstolen finns dock med för att belysa rättskipningens bedömning.

För min rättsekonomiska utveckling har jag använt mig av läroböcker i rättsekonomi och en analyserande artikel om avtalsrätten ur ett rättsekonomiskt perspektiv. Jag gör inte anspråk på att ge någon fullständig eller fördjupande bild av de ekonomiska teorier jag presenterar; syftet har varit att ge en kortfattad bild av de teorier jag funnit intressanta för min analys.

## 1.5 Forskningsläge

Jag har inte funnit någon framställning som specifikt behandlar frågan om bedömningen av parts underlägsna ställning, samtidigt är detta något som

---

<sup>4</sup> Kleineman, *Rättsdogmatisk metod*, s. 26.

<sup>5</sup> Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 41.

<sup>6</sup> Bernitz, *Småföretagarskydd mot oskäligen avtalsvillkor*, s. 134.

ofta berörs i samband med exempelvis jämkning av avtal och frågor om småföretagarskydd.

Mycket forskning som kretsar kring tillämpningen av 36 § avtalslagen och oskälighetsbedömningen. I många av dessa arbeten berörs också parts underlägsna ställning, eftersom detta enligt lagtexten är en faktor som ska tas med i bedömningen av ett avtalsvillkors oskälighet.

## **1.6 Disposition**

Min framställning inleds med en kortare bakgrund där jag redogör för de bakomliggande avtalsrättsliga principer som har bäring på den fortsatta framställningen.

Först och främst kommer min framställning att behandla vilka faktorer som tas i beaktande vid bedömningen av parternas styrkeförhållande. Detta görs i kapitel tre.

I kapitel fyra kommer jag att behandla ett par ekonomiska teorier som sedan tas upp i min analys av rättsläget.

I ett avslutande analyskapitel kommer jag till slut att sammanställa och dra slutsatser kring de faktorer som ligger till grund för bedömningen.

## 2 Bakomliggande avtalsrättsliga principer

### 2.1 Avtalsbundenhet

Den mest grundläggande funktionen hos ett avtal är att binda parterna. Principen om *pacta sunt servanda*, att avtal ska hållas, är sedan länge en fundamental del av en fungerande marknadsekonomi.<sup>7</sup>

Att denna princip gäller som huvudregel, och att restriktivitet är påkallad vid avsteg från den, visas bland annat av fallet *Bergman & Beving* från 1979. Fallet handlar om ett stort företag som i ett avtal med en mindre näringsidkare friskrivit sig från ansvar för de relativt omfattande skador som den mindre näringsidkaren sedermera drabbades av till följd av storföretagets avtalsbrott.<sup>8</sup> Domen har tolkats som att principen om avtalsbundenhet står sig mycket stark, i alla fall i kommersiella förhållanden, trots att utfallet i det enskilda fallet kan te sig materiellt orättvist.<sup>9</sup>

Att avtal ska hållas är viktigt med hänsyn till parternas rättssäkerhet, och är nödvändigt för att all avtalsbaserad verksamhet över huvud taget ska fungera.<sup>10</sup>

### 2.2 Avtalsfrihet

Grundsynen inom avtalsrätten är att avtal ingås mellan två, både socialt och ekonomiskt, jämbördiga parter.<sup>11</sup> En vidsträckt avtalsfrihet är sedan länge utgångspunkten på förmögenhetsrättens område.<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 22ff.

<sup>8</sup> NJA 1979 s. 483.

<sup>9</sup> Lindmark, *Om jämkning av kommersiella avtal*, s. 282f.

<sup>10</sup> Taxell, *Sociala drag i avtalsrätten*, s. 526.

<sup>11</sup> Prop. 1971:15 s. 58.

<sup>12</sup> Prop. 1971:15 s. 6.

Avtalsfriheten kan sägas ha tre beståndsdelar; dels friheten att välja att ingå avtal eller att avstå, dels friheten att välja på vilket sätt avtalet ska ingås, och slutligen även på vilka villkor avtalet ingås – dvs vilket innehåll avtalet ska ges. Dessa friheter åvilar var och en, i alla fall som utgångspunkt.<sup>13</sup>

Från denna utgångspunkt har lagstiftare och rättsväsende ogärna gjort undantag. Exempelvis undersöktes i utredningen till lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare, AVLN, möjligheten att genom tvingande civilrättslig lagstiftning reglera avtalsparternas rättigheter och skyldigheter. Utredningen kom dock till slutsatsen att detta skulle innebära ett för stort ingrepp i parternas avtalsfrihet, i varje fall i kommersiella förhållanden – som ju var de som behandlades i utredningen. Slutsatsen blev att staten inte borde ingripa mer än genom att motverka avtalsvillkor som är att beteckna som oskäligen. Den civilrättsliga regleringen av sådana villkor fanns redan då i 36 § i lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, AvtL. Utredningen ansåg att denna bestämmelse borde kompletteras av en marknadsrättslig reglering för att möjliggöra förbud mot framtida användning av det oskäligen avtalsvillkoret.<sup>14</sup>

## 2.3 Skyddsprincipen

Vid sidan om de grundläggande principerna om avtalsfrihet och avtalsbundenhet som behandlats ovan finns en tredje princip, som riskerar att komma i konflikt med de två förra; nämligen skyddsprincipen. Skyddsprincipen öppnar för att göra avsteg från avtalsbundenheten, t ex att låta en part befrias från sina skyldigheter enligt avtalet och från avtalsfriheten genom att stämpla vissa villkor som otillåtna. Det behöver inte alls vara en socialt utsatt part som skyddas, istället görs en helhetsbedömning av styrkeförhållandet i den enskilda avtalsrelationen.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Taxell, *Avtalsrättens normer*, s. 32.

<sup>14</sup> Prop. 1983/84:92 s. 31.

<sup>15</sup> Taxell, *Sociala drag i avtalsrätten*, s. 526f.

Fram till 1970-talet var den övervägande majoriteten av avtalsrättslig lagstiftning, som t ex köplagen (1905 års köplag, 1905:38), författad i huvudsak med tanke på kommersiella förhållanden. Med ökande privatkonsumtion till följd av ekonomisk och teknisk utveckling ökade dock behovet av skydd för konsumenterna. Näringsidkare hade i allt större utsträckning börjat använda ensidigt utformade standardavtal och formulär för att göra avsteg från den dispositiva köprätten, till sin egen fördel och konsumentens nackdel. En genomgång av standardavtal från slutet av 1960-talet visade att det fanns vanligt förekommande villkor i standardavtal som knappast hade accepterats av jämbördiga parter i en förhandlingssituation, men som likväl användes flitigt i konsumentrelationer.<sup>16</sup>

I och med detta behov tillkom under 1970-talet (och även senare) flera lagar som inskränkte avtalsbundenheten och/eller avtalsfriheten. Bland annat hemförsäljningslagen (1971:238), konsumentköplagen (1973:877) och avtalsvillkorslagen (1971:112) kan nämnas i detta sammanhang.<sup>17</sup>

Avtalsrätten alltså har sedan ett tag tillbaka utvecklats från en liberalistisk syn på avtalsfrihet där avtalet ska hållas – så länge ingenting otillbörligt skett vid avtalets ingående – mot ett större fokus på avtalets materiella innehålls skälighet.<sup>18</sup>

I och med att skyddsprincipen ofta innebär ett avsteg från de grundläggande principerna om avtalsbundenhet och avtalsfrihet har det i svensk rätt ansetts krävas ett reellt behov av skydd för att aktualisera skyddslagstiftning. Om parterna själva kan hantera den problematik som kan uppstå är det onödigt byråkratiskt och ekonomiskt oförsvarligt att lagstifta i frågan. Samtidigt bör samhället eftersträva en balans i styrkeförhållandet mellan avtalsparter i allmänhet och skapa förutsättningar för så givande samarbeten som möjligt.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Prop. 1971:15 s. 58f.

<sup>17</sup> Prop. 1975/76:81 s. 10f.

<sup>18</sup> Dotevall, *Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal*, SvJT 2002 s. 441.

<sup>19</sup> Prop. 2005/06:98 s. 13; Ds 2004:55 s. 139.

## 2.4 Sammanfattning

Sammanfattningsvis är avtalsbundenhet och avtalsfrihet grundläggande principer i svensk avtalsrätt. Lagstiftare och rättsväsende gör ogärna avsteg från dessa principer, om det inte är mycket angeläget. En typ av angelägen anledning att göra avsteg är skyddsbehov för en underlägsen avtalspart. Hänsynen till sådana skyddsbehov konstituerar skyddsprincipen. Denna kommer till uttryck i olika typer av skyddslagstiftning, framför allt konsumentskyddslagar, men liknande skydd finns i viss mån även för näringsidkare exempelvis i AVLN och 36 § AvtL.

# 3 Bedömningen av styrkeförhållandet

## 3.1 Inledning

Som jag beskrivit i kapitel två vilar grunden i den svenska avtalsrätten på principerna om avtalsfrihet och avtalsbundenhet. Avsteg kan dock göras med hänvisning till ett skyddsbehov hos den ena parten på grund av dennes underlägsna ställning i förhållande till sin motpart. Vad är det då som kan göra att ett sådant skyddsbehov aktualiseras? Hur bedöms egentligen avtalsparternas inbördes styrkeförhållande?

I den helhetsbedömning som görs vägs en rad faktorer in som sammantaget kan leda till bedömningen att avsteg från de grundläggande principerna är motiverade – eller inte. I detta kapitel kommer jag att ta upp de faktorer som svenska rättskällor har funnit relevanta för bedömningen av en parts eventuellt underlägsna ställning.

## 3.2 Finansiell styrka

I början av 1970-talet påbörjades genomgripande arbeten med att stärka konsumenternas rättsställning. En del i detta var avtalsvillkorslagen, lag om förbud mot oskäligen avtalsvillkor (1971:112), en marknadsrättslig reglering genom vilken en näringsidkare kunde förbjudas att använda ett visst villkor i avtal med konsumenter. I förarbetena diskuterades den tilltänkta lagens tillämplighet. Departementschefen anförde i propositionen att det mest angelägna var att skydda just konsumenter i deras affärer med näringsidkare, då näringsidkaren står på säljarsidan och konsumenten på köparsidan. Han då ansåg att det förelåg ett skyddsbehov av social karaktär, främst där den överlägsna (näringsidkar-)parten hade betydligt större ekonomisk kapacitet än sin motpart. Med hjälp av denna ekonomiska kapa-

citet kunde näringsidkaren genomdriva villkor som skapade en orimlig obalans mellan rättigheter och skyldigheter i avtalet.<sup>20</sup> Departementschefen anförde vidare att samma missförhållande visserligen kunde göra sig gällande även i kommersiella förhållanden där parterna var mycket olika finansiellt starka, men menade att det i sådana fall fanns stor möjlighet för den svagare parten att ta tillvara sin rätt med hjälp av exempelvis branschorganisationer.<sup>21</sup>

Förslaget ledde alltså inte till att den första avtalsvillkorlagen gjordes tillämplig på kommersiella förhållanden, men ett par år senare tillkom om lag om avtalsvillkor mellan näringsidkare, AVLN, som kom att fylla denna funktion.<sup>22</sup>

Ett par år senare i utredningen *Franchising* från 1987 utreddes behovet av en lag om franchising. Denna utredning påtalade att mindre näringsidkare intar en underlägsen ställning och inte sällan kan känna sig tvingade att acceptera vissa avtalsvillkor för att överhuvudtaget få till stånd ett avtal över huvud taget.<sup>23</sup>

Skiljeklausuler anses sedan länge vara oskäligen i konsumentförhållanden. Det som framför allt framhållits som anledning till detta ställningstagande är skiljeförfarandets kostsamhet och den typiska konsumentens ekonomiska underlägsenhet.<sup>24</sup> Här är uppenbarligen den ekonomiska styrkan avgörande för bedömningen.

I ojämberdiga näringsidkarrelationer kan det uppstå ett behov av skydd, och speciellt skyddsvärda anses småföretagare vara. Begreppet småföretagare kan innefatta självständiga yrkesutövare och hantverkare, bönder, butiks-innehavare m.fl., men också större näringsidkare vars avtalsparter har betydligt större ekonomisk styrka. Även kommersiella relationer där en av parterna står i ett beroendeförhållande till sin avtalspart kan räknas in i

---

<sup>20</sup> Prop. 1971:15 s. 68f.

<sup>21</sup> Prop. 1971:15 s. 68.

<sup>22</sup> Prop. 1983/84:92 s. 7f.

<sup>23</sup> SOU 1987:17 s. 83.

<sup>24</sup> NJA 1981 s. 711; prop. 1975/76:81 s. 147.



begreppet småföretagare så som skyddsvärd grupp.<sup>25</sup> AVLN kom till just med tanke på småföretagares skyddsbehov, men lagen gavs allmän tillämpning på näringsidkarförhållanden eftersom det visade sig svårt att på ett rimligt sätt avgränsa begreppet småföretagare.<sup>26</sup> Det skulle inte vara ändamålsenligt att försöka fastställa ett småföretagarbegrepp på grundval av kvantitativa kriterier så som årsomsättning eller antal anställda, eftersom skyddsintresset inte beror på dessa absoluta tal, utan snarare på den omgivande ekonomiska miljön och förhållandet mellan avtalsparterna ifråga.<sup>27</sup>

Samma slutsats drog Högsta domstolen i fallet *Bergman & Beving*<sup>28</sup>. HD uttalade att det faktum att den ena parten är ett litet företag jämfört med sin avtalspart inte i sig innebär att den mindre intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet. Av betydelse för utfallet i just detta fall kan dock ha varit att avtalet ifråga, ett standardavtal av typen *agreed document*<sup>29</sup>, tagits fram gemensamt av jämstarka branschorganisationer på köpar- respektive säljar- sidan.<sup>30</sup> Angående detta fall menar dock Bernitz att det mindre bolaget just på grund av dess litenhet haft inga eller mycket ringa möjlighet att påverka garantivillkorens utformning, och därför borde ansetts inta en underlägsen ställning.<sup>31</sup>

Föredraganden i propositionen till 36 § AvtL ansåg dock att näringsidkare generellt är jämställda på ett ekonomiskt och kunskapsmässigt plan, och därmed kapabla att tillvarata sina egna intressen väl nog utan hjälp från domstolar.<sup>32</sup>

---

<sup>25</sup> Bernitz, *Köpmännens avtalsvillkor*, s. 7.

<sup>26</sup> Bernitz, *Köpmännens avtalsvillkor*, s. 14.

<sup>27</sup> Bernitz, *Småföretagarskydd mot oskäligen avtalsvillkor*, s. 118.

<sup>28</sup> Se ovan under 2.1.

<sup>29</sup> För förklaring av begreppet, se Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s.18f.

<sup>30</sup> NJA 1979 s. 483.

<sup>31</sup> Bernitz, *Småföretagarskydd mot oskäligen avtalsvillkor*, s. 129.

<sup>32</sup> Prop. 1975/76:81 s. 104.

### 3.3 Kunskap och erfarenhet

I propositionen till den första konsumentköplagen (1973:877) från början av 1970-talet skrevs det bland annat att konsumenterna ofta ”av okunnighet eller oföretagsamhet”<sup>33</sup> kunde uppleva svårigheter att ta tillvara sin rätt gentemot en avtalspart som, så vitt jag förstår det, alltså förväntas ha ett övertag vad gäller kunskap och företagsamhet. Det betonades i propositionen att sådana okunniga eller oföretagsamma köpare har ett behov av skydd, som tvingande konsumentlagstiftning, för att inte missgynnas i förhållande till bättre lottade köpare.<sup>34</sup>

I propositionen till den första avtalsvillkorslagen (1971:112), anförde departementschefen att näringsidkare typiskt sett har större möjlighet att överblicka konsekvenserna av ett ingånget avtal än en konsument har i sin privata konsumtion, till följd av näringsidkarens branschkunskap.<sup>35</sup>

I fallet med franchiseförhållanden framhölls i propositionen till lag om franchisegivares informationsskyldighet (2006:484) att franchisegivaren ensam har tillgång till relevant information om franchisesystemet. På grund av omfattande sekretessbestämmelser, och vikten av att franchisegivare och –tagare utåt sett uppfattas som en enhet, ligger det i franchisekonceptets natur att en potentiell franchisetagare kan ha mycket svårt att på egen hand ta reda på all den information som hen anser sig behöva för att ingå avtal. Dessutom torde i stort sett alla franchisegivare ha betydligt större erfarenhet och kunskap om branschen, och konsten att driva näringsverksamhet överhuvudtaget, än sina avtalsmotparter franchisetagarna. Även franchise-tagarnas underlägsenhet vad gäller resurser och inflytande över franchise-idén gör dem underlägsna franchisegivarna.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Prop. 1973:138 s. 31.

<sup>34</sup> Prop. 1973:138 s. 31.

<sup>35</sup> Prop. 1971:15 s. 68.

<sup>36</sup> Prop. 2005/06:98 s. 13; Ds 2004:55 s. 145f.

### 3.4 Förhandlingsstyrka

I många fall där parterna i ett avtalsförhållande är ojämbördiga lägger den starkare parten fram ett avtalsförslag som inte är förhandlingsbart. Till denna typ hör självklart standardavtal och formulär, men det kan även röra sig om andra typer av avtal som läggs fram med ett ”take it or leave it” från den starkare parten.<sup>37</sup>

Konsensualavtalets och avtalsfrihetens grundidé bygger på avtalet som en överenskommelse mellan två parter som är överens. I stor omfattning är dock många avtalstyper inte förhandlingsbara. Ett tydligt exempel på detta är datalicensavtalen som man accepterar genom att klicka i en ruta på datorskärmen, eller stora beställares dikterade villkor gentemot sina underleverantörer på den globala marknaden. Även i upphandlingssituationer ställs leverantören inför ett *fait accompli* vad gäller upphandlingsvillkoren. Visserligen innebär avtalsfriheten också att den som inte har möjlighet att påverka avtalets innehåll trots allt har möjlighet att avstå från att alls ingå avtal, men säkerligen kan det ofta sluta i ett val mellan att ingå avtal på de dikterade villkoren eller att lägga ned sin verksamhet helt och hållet. Enligt Lindmark bör man därför bedöma begreppet ”underlägsen ställning” snarast i förhållande till det faktiska förhandlingsutrymme som funnits.<sup>38</sup>

I propositionen till den första konsumentköplagen från början av 1970-talet påtalades att den då gällande allmänna köplagen (1905-års köplag, 1905:38) i sig gav goda rättigheter till köparen, även i egenskap av konsument, men att det faktum att lagen var dispositiv gjorde att konsumenter som köpare kom i en sämre ställning då näringsidkande säljare i hög utsträckning använde sig av icke-förhandlingsbara standardavtal och formulär för att avtala bort köplagens regler. Det var framför allt mot denna typ av förfaranden som konsumenterna behövde skyddas.<sup>39</sup> Propositionen till 36 §

---

<sup>37</sup> Bernitz, *Köpmännens avtalsvillkor*, s. 4.

<sup>38</sup> Lindmark, *Om jämkning av kommersiella avtal*, s. 286ff.

<sup>39</sup> Prop. 1973:138 s. 28f.

AvtL gör gällande att samma sak kan drabba näringsidkare, som alltså kunde vara i behov av samma skydd.<sup>40</sup>

I sitt remissvar till förslaget till den första avtalsvillkorlagen (1971:112) påpekade Sveriges Advokatsamfund att även om avtalsfriheten är en grundläggande princip på förmögenhetsrättens område som måste värnas, så kan man inte tillåta att en part p.g.a. sin överlägsna förhandlingsposition utnyttjar sin motparts svagare ställning i hur hög grad som helst. Advokatsamfundet var av den mening att det bör finnas legala möjligheter för rättsordningen att ingripa i sådana fall av missbruk, och att denna möjlighet ska utgöras av civilrättslig lagstiftning snarare än marknadsrättslig.<sup>41</sup> Även Advokatsamfundet tycks alltså ha fäst stor vikt vid själva förhandlingspositionen.

I början av 1970-talet publicerades hemförsäljningsutredningen, som så småningom skulle resultera i den första hemförsäljningslagen (1971:238). I utredningen argumenterades det för att konsumenter skulle vara extra skyddsvärda vid hemförsäljning. Det sades bl. a. att en köpare som beger sig till ett varuhus eller på liknande sätt aktivt söker upp försäljaren är mer kapabel att göra en självständig bedömning av köpet och dess ekonomiska konsekvenser än om det tvärt om är försäljaren som söker upp konsumenten. Köparen i ett varuhus ansågs också ha haft möjlighet att i förväg skaffa sig mer kunskap om produkten, varför hen skulle befinna sig i en bättre förhandlingsposition rent kunskapsmässigt, enligt utredningen. Det påpekades även att köparen kunde lockas att köpa varan bara för att få ut försäljaren ur sitt hem, speciellt då många av hemförsäljningsvarorna säljs på kredit – vilket gör det särskilt enkelt att ingå avtal om köpet.<sup>42</sup> Det påpekades vidare att samma situation kunde uppstå då försäljare uppsöker exempelvis hantverkare och lantbrukare, dvs mindre näringsidkare, i deras hem för att sälja varor som ska användas i näringsverksamheten. Här konstaterade utredningen dock att det, eftersom det handlar om handelsköp,

---

<sup>40</sup> Prop. 1975/76:81 s. 29.

<sup>41</sup> Prop. 1971:15 s. 32.

<sup>42</sup> SOU 1970:35 s. 25f.

typiskt sett inte föreligger samma psykologiska faktorer som gör köparen underlägsen i en konsumenthemförsäljningssituation.<sup>43</sup> Någon närmare förklaring till varför handelsköp inte skulle vara utsatta för samma psykologiska påverkan ges inte.

Slutligen kan även en part som normalt inte intar en småföretagarposition (dvs en underlägsen position) i avtal som rör den löpande verksamheten mycket väl göra det när det handlar om andra, mer ovanliga, typer av avtal som ska slutas. Näringsidkaren kan då mycket väl inta en närmast konsumentliknande position i förhållande till sin avtalspart.<sup>44</sup>

### **3.5 Självtändig ställning i förhållande till motparten**

Ett typexempel på en underlägsen ställning är att en part är ett stort industri-företag och motparten är en mindre verkstad vars verksamhet är helt beroende av industriföretagets beställningar. Detta exempel ska illustrera sådana avtalsförhållanden där den ena parten (den underlägsna) för sin fortsatta existens i stort sett är beroende av att affärerna med motparten löper på, vilket gör att den underlägsne kan känna sig tvingad att acceptera sämre avtalsvillkor än den annars gjort.<sup>45</sup>

Klausuler i avtal som t ex ger en leverantör en ensidig rätt att ändra pris eller leveransvillkor anges ofta som typexempel på villkor som kan angripas som oskäligen, bland annat med hänvisning till leverantören som ”starkare part”.<sup>46</sup> Vad som åsyftas med ”starkare” är inte givet, men i min mening kan det tänkas betyda att köparen typiskt sett är beroende av leveranser från leverantören för att lyckas med sin verksamhet – dvs den svagare parten befinner sig i ett beroendeförhållande till den starkare.

---

<sup>43</sup> SOU 1970:35 s. 30.

<sup>44</sup> Bernitz, *Småföretagarskydd mot oskäligen avtalsvillkor*, s. 120f.

<sup>45</sup> Prop. 1983/84:92 s. 21; SOU 1981:31 s. 97.

<sup>46</sup> Bernitz, *Köpmännens avtalsvillkor*, s. 34.

Som typexempel på företagsrelationer som konstituerar småföretagarrelationer (dvs underlägsen ställning) har i litteraturen nämnts relationen mellan en leverantör och dennes nät av distributörer. Även i mellanmansrelationer så som kommissionsförhållanden, agentförhållanden och franchiseavtal uppstår typiskt sett ojämna styrkeförhållanden.<sup>47</sup>

Vid utredningen inför 2006 års lag om franchisegivares informationsskyldighet inhämtades åsikter från bl. a. Franchisetagarnas riksorganisation. Organisationen var av den mening att franchisetagare i stort sett alltid befinner sig i en underlägsen ställning gentemot sin avtalspart, franchisegivaren, på grund av en rad faktorer; avtalen är utformade av franchisegivaren ensam, franchisegivarens kontrollanter och revisorer har ofta en ensidig rätt att när som helst kontrollera franchisetagarens verksamhet, lokaler hyrs ofta i andra hand av franchisetagaren – med franchisegivaren som förstahandshyresgäst, osv. Dessutom är franchisetagaren ofta bunden av franchisegivarens direktiv i fråga om sortiment, priser, kampanjer etc. Sammantaget innebär detta att franchisetagaren befinner sig i en beroendeställning till franchisegivaren på ett sätt som inte är normalt för en självständig företagare.<sup>48</sup> Värt att påpeka är dock att organisationen som framför dessa åsikter är en branschorganisation som har att bevaka sina medlemmars, dvs franchisetagarnas, intresse i första hand.

### **3.6 Marknadsställning**

En näringsidkande part som befinner sig i detaljistledet av distributionen, dvs som befinner sig mellan leverantör och konsument, kan lätt hamna i kläm mellan tvingande konsumentlagstiftning som binder honom gentemot sina avtalsparter i konsumentledet och mindre välavvägda avtal med leverantörer. I sådana fall kan avtalsvillkor som normalt sett är godtagbara mellan näringsidkare bli oskäligt betungande eftersom detaljisten tvingas

---

<sup>47</sup> Bernitz, *Småföretagarskydd mot oskäliga avtalsvillkor*, s. 119f.

<sup>48</sup> Ds 2004:55 s. 105f.

tillämpa betydligt mer generösa villkor gentemot nästa led, konsumentledet.<sup>49</sup>

Utredningen *Avtalsvillkor mellan näringsidkare* utredde bland annat just denna problematik. Utredarna pekade på att det typiskt sett är köparsidan som är i underlägsen ställning i sådana förhållanden – men långt ifrån alltid. Framför allt stora kedjor i detaljistledet, exempelvis dagligvarukedjorna, har mycket starka förhandlingspositioner i förhållande till sina leverantörer.<sup>50</sup> Detta menar även Bernitz, som påpekar att detaljister vid första anblick kan framstå som typiskt sett underlägsna sina leverantörer, men i och med att detaljisten kan företrädas av en stark branschorganisation eller t o m tillhöra en kedja som i sig intar en överlägsen position i förhållande till sina leverantörer är detaljisten inte nödvändigtvis underlägsen.<sup>51</sup>

Även i propositionen till AVLN påpekades att lagen tillkom framför allt som ett skydd för näringsidkare i underlägsen ställning, vilket tolkas som att den ska skydda mindre näringsidkare.<sup>52</sup> Som exempel gavs att den överlägsna parten är ett leverantörsföretag med dominerande ställning, och den andra en lokal detaljist med liten omsättning.<sup>53</sup> Här anges alltså både marknadsställningen och den finansiella styrkan som faktorer vilka kan tas med i bedömningen.

### 3.7 Typ av rättssubjekt

Högsta domstolen avgjorde 1992 ett fall som handlade om en skiljeklausul i ett franchiseavtal. Franchisetagaren, en fysisk person som även ingått franchiseavtalet med franchisegivaren i egenskap av sådan, hävdade att det faktum att han ingått avtalet som fysisk person och inte genom ett bolag visade på att han intagit en underlägsen ställning gentemot sin motpart. HD

---

<sup>49</sup> Prop. 1973:138 s. 122.

<sup>50</sup> SOU 1981:31 s. 97f.

<sup>51</sup> Bernitz, *Småföretagarskydd mot oskäligen avtalsvillkor*, s. 120.

<sup>52</sup> Prop. 1983/84:92 s. 8.

<sup>53</sup> Prop. 1983/84:92 s. 21.

konstaterade dock att franchiseförhållanden typiskt sett var ojämbördiga och att franchisetagarens underlägsna ställning inte i sig kunde leda till en jämkning av skiljeklausulen i fråga. HD uttalade vidare att det möjligtvis kan komma på fråga att jämka skiljeklausuler även i näringsidkarförhållanden, om den underlägsne näringsidkaren är så resurssvag att hans situation är att jämställa med en konsument.<sup>54</sup> Intressant att påpeka är dock att HD inte i sina domskäl tar upp det faktum att franchiseavtalet ingåtts med en fysisk person. Tydligen var detta inte tillräckligt för att jämställa situationen med ett konsumentförhållande.

Samma typ av resonemang står att finna i betänkandet *Avtalsvillkor mellan näringsidkare*. Där tog utredarna upp ett antal typiska avtalsvillkor som *kan* anses oskäligen i näringsidkarförhållanden. En av dessa villkorstyper var skiljeklausuler, angående vilka utredningen konstaterade att de *kan* vara oskäligen framför allt mot näringsidkare som driver sin verksamhet som enskild firma och har små ekonomiska resurser. Det nämndes vidare att skiljeklausuler gentemot en näringsidkare som driver sin verksamhet i egenskap av juridisk person som inte har rätt till rättshjälp knappast kan anses oskäligt betungande.<sup>55</sup>

Det kan alltså inte avgöras om en näringsidkare är att anse som småföretagare (och i underlägsen ställning) enbart genom att se till vilken juridisk form näringsverksamheten bedrivs under. Trots detta är verksamhet som drivs under enskild firma eller handelsbolag typiskt sett mer småskalig. Aktiebolagsformen är dock så utbredd att en stor del av de företag som i allmänt tal skulle karaktäriseras som småföretag bedrivs i aktiebolagsform, även om flertalet stora bolag också bedrivs på det sättet.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> NJA 1992 s. 290.

<sup>55</sup> SOU 1981:31 s. 93.

<sup>56</sup> Bernitz, *Småföretagarskydd mot oskäligen avtalsvillkor*, s. 118f.



### 3.8 Tillgång till juridisk expertis

Föga förvånande torde det sällan finnas anledning att tillämpa 36 § AvtL på avtal mellan två storföretag som företräts av jurister på båda sidor vid avtalsförhandlingarna.<sup>57</sup> Å andra sidan kan det finnas utrymme att ta hänsyn till att en part saknat tillgång till juridisk rådgivning i saken då en eventuell underlägsen ställning ska utredas. Detta togs upp i utredningen *Avtalsvillkor mellan näringsidkare*, där utredarna konstaterade att en parts svagare ställning kan bero på en rad faktorer som ekonomisk styrka och beroendeförhållanden, men även tillgång till juridisk rådgivning i saken.<sup>58</sup>

I ett fall från 1986 ansåg Högsta domstolen att en skiljeklausul mellan näringsidkare *inte* var att anse som oskälig. Bland annat nämns i domskälen det faktum att båda parter vid avtalsförhandlingarna var företrädade av jurister.<sup>59</sup> Huruvida utfallet blivit annorlunda om ena parten inte företräts av jurister går naturligtvis inte att veta, men att förhållandet nämns i domskälen tyder i min mening på att det inte är utan betydelse för bedömningen.

Även i utredningen *Franchise* från slutet av 1980-talet påtalades att franchisetagarna i allmänhet intar en svagare ställning är franchisegivaren, i många avseenden men inte minst på grund av att franchisegivaren till skillnad från franchisetagaren oftast har tillgång till juridisk expertis.<sup>60</sup>

### 3.9 Sammanfattning

Sammanfattningsvis konstaterar jag att det finns en rad faktorer som vägs in i bedömningen av en parts ställning relativt sin avtalspart. Det förefaller variera från fall till fall vilka faktorer som bedöms vara relevanta. Finansiell styrka är en faktor som så gott som alltid tas med i bedömningen, tätt följt av faktorn kunskap och erfarenhet. I många fall nämns som typexempel på

---

<sup>57</sup> Bernitz, *Köpmännens avtalsvillkor*, s. 32.

<sup>58</sup> SOU 1981:31 s. 97.

<sup>59</sup> NJA 1986 s. 388.

<sup>60</sup> SOU 1987:17 s. 176.

en svagare avtalspart en konsument eller småföretagare, men varför just dessa grupper är typiskt sett underlägsna tycks bero på en flera av de ovan listade faktorerna sammantaget.

# 4 Rättsekonomiskt perspektiv

## 4.1 Inledning

Avtal är ett av de främsta verktygen för den ekonomiska utvecklingen. Både överlåtelser och upplåtelser som köp och hyra å ena sidan och olika samverkansformer och rättsförhållanden som bolagsbildningar och anställningar å andra sidan bygger på avtal. Den ekonomiska transaktionen, dvs utbytet av prestationer, är det mest centrala i avtalet.<sup>61</sup>

Avtalsrätten har traditionellt sett analyserats ur ett ekonomiskt perspektiv framför allt med utgångspunkt i en marknadsteori. På senare tid har dock även andra teorier uppmärksammas som ekonomiska teorier med bäring på avtalsrättsliga problem. Dessa är ofta mer avancerade och krävande för analys än marknadsteorin, som dock har kritiserats för att ge en förenklad bild den ekonomiska aspekten.<sup>62</sup> Ett exempel på en sådan är transaktionskostnadsteorin, som behandlas nedan.

## 4.2 Marknadsteori, Pareto-optimalitet och Kaldor-Hicks kriterium

Marknadsteorin grundar sin analys i ett rationellt beteende hos marknadens aktörer. Var och en förväntas agera på det sätt som maximerar egennyttan. På avtalsplanet förväntas parterna ingå avtal på så sätt att båda parter maximerar sin egennyttan. Teorin bygger på att ingen part, i alla fall om all information finns tillgänglig, skulle välja att ingå ett avtal som innebär en värdeminskning för sig själv. Detta skulle vara ett irrationellt beteende.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 15.

<sup>62</sup> Wilhelmsen, *Aftaleloven § 36 og økonomisk effektivitet*, TfR 1995 s. 29.

<sup>63</sup> Bastidas Venegas, *Rättsekonomi*, s. 176ff.

Idealet är ett s.k. Pareto-optimalt avtal, dvs ett ”win-win-avtal”. Med Pareto-optimalitet avses det läge där det är omöjligt att förändra fördelningen på så sätt att en part får mer utan att den andra får mindre. Alltså, båda parter får så ut så mycket som möjligt av situationen utan att ta av varandra. Bedömningen bygger naturligtvis på parternas egen värdering av nyttan de får genom transaktionen.<sup>64</sup>

I praktiken är väldigt få transaktioner Pareto-optimala - nästan allt som sker gynnar vissa och missgynnar andra. En annan väg för att bedöma den ekonomiska effektiviteten av en transaktion, även om den inte är Pareto-optimal, är Kaldor-Hicks kriterium. Detta innebär att om den totala samhällsnyttan ökar så är resultatet ekonomiskt effektivt, även om enstaka aktörers nytta minskar.<sup>65</sup>

En perfekt marknad av enbart Pareto-optimala avtal är orealistisk, men det finns ändå ett värde i teorin eftersom man kan analysera de faktorer som typiskt sett stör den ”perfekta marknaden”. Inom ekonomisk marknadsteori urskiljs fyra faktorer som typiskt sett stör denna perfekta marknad: monopol och stark marknadsposition, externa effekter (dvs effekter för andra än avtalsparterna), allmännyttan och asymmetriskt informationsläge. Alla dessa faktorer kan leda till att de positiva effekterna av transaktioner som företas inte optimeras, utan snedfördelas mellan parterna på ett sätt som inte är Pareto-optimalt.<sup>66</sup>

### 4.3 Transaktionskostnadsteori

En annan mikroekonomisk teori, transaktionskostnadsteorin, fokuserar precis som det låter, på kostnaden för de olika transaktioner som företas på marknaden. Teorin bygger i korthet på att om kostnaderna förknippade med en transaktion blir för höga minskar nyttan för aktören, som då kommer att välja att inte fullfölja transaktionen trots att det hade ökat den totala

---

<sup>64</sup> Cooter & Ulen, *Law & Economics*, s. 12.

<sup>65</sup> Skogh & Lane, *Äganderätten i Sverige: en lärobok i rättsekonomi*, s. 55f.

<sup>66</sup> Cooter & Ulen, *Law & Economics*, s. 40ff.

välståndet på sikt. Transaktionskostnadsteorin bygger även på att aktörerna agerar med begränsad rationalitet, ofta till följd av bristfällig information.<sup>67</sup>

Bara att nyttan ökar för en aktör är alltså inte tillräckligt för att en transaktion ska bli av. Det finns olika typer av transaktionskostnader. Vissa uppstår före transaktionen, t ex kostnader för att undersöka potentiella motparter och förhandla avtal, andra uppstår efter transaktionen som t ex kostnader för kontroll och beivrande av avtalsbrott. Om parterna har tillgång till all relevant information och kan lita på varandra minskar transaktionskostnaderna.<sup>68</sup>

Transaktionskostnadsteorin innebär också att aktörer hellre väljer att interagera med motparter som de redan har en relation till. De inledande kostnaderna för att undersöka motparten och därefter för att kontrollera denne blir helt enkelt inte lika höga om man interagerar med någon som det redan finns en etablerad relation till. Dessutom har parter i sådana relationer mer att vinna på ärlighet och öppenhet, vilket minskar kontrollkostnaderna.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> Bastidas Venegas, *Rättsekonomi*, s. 187ff.

<sup>68</sup> Skogh & Lane, *Äganderätten i Sverige: en lärobok i rättsekonomi*, s. 58ff.

<sup>69</sup> Skogh & Lane, *Äganderätten i Sverige: en lärobok i rättsekonomi*, s. 58ff.

# 5 Analys

## 5.1 Styrkeförhållandet

I mitt arbete har jag funnit att det finns ett flertal faktorer som tas upp till grund för bedömningen av hur styrkeförhållandet i en avtalsrelation ser ut. Dessa faktorer kan i min mening primärt ordnas under sju stycken kategorier, vilket jag även gjort i kapitel tre.

Det överlägset vanligast använda kriteriet för bedömningen verkar vara finansiell styrka. Detta tas upp både som argument för konsumentskydd och som kriterium för att bedöma en näringsidkares över- eller underlägsna ställning. Stark ekonomi tas ofta upp i samband med bedömningen av skiljeklausuler. Skiljeförfaranden kan bli mycket kostsamma, och då är det naturligt att ta med en parts ekonomiska möjlighet att påkalla ett sådant i bedömningen av klausulens eventuella oskälighet.

Vad gäller konsumentskydd har jag vidare funnit att ett viktigt återkommande argument för sådant skydd är näringsidkarnas övertag i fråga om kunskap och erfarenhet. Detta är naturligtvis en generalisering - samtliga näringsidkare har knappast mer kunskap och erfarenhet än samtliga konsumenter. Utredningarna som gjorts i saken tycks dock ha slutit sig till att konsumenten typiskt sett vet mindre dels om varan ifråga (om vi tar exemplet köp), dels om sina rättigheter enligt lag och avtal samt hur hen bäst tar tillvara sin rätt om något skulle gå snett.

Samma generalisering har inte gjorts när det gäller näringsidkare. Uttalanden om skyddsbehovet hos näringsidkare som saknar erforderlig kunskap står visserligen att finna på ett fåtal ställen, framför allt i de utredningar om franchiseförhållanden som jag har studerat – men på det stora hela är bristande kunskap och erfarenhet inte ett argument som används frekvent för att motivera skydd för näringsidkare. Tvärt om poängteras ofta vikten av att inte tumma på principerna om avtalsbundenhet och avtalsfrihet, vilket innebär att en okunnig näringsidkare själv bär risken

för sin egen bristande kunskap – till skillnad från vad som gäller för en konsument.

Samma argument som ovan skulle kunna appliceras även på konsumentförhållanden. I min mening skulle det dock inte ge upphov till lika starka incitament för konsumenten att hålla sig väl informerad, som för näringsidkaren. Näringsidkaren agerar typiskt sett i en specifik bransch och kan kosta på sig att skaffa sig nödvändig kunskap om denna, medan konsumenten agerar på en rad skilda fronter och omöjligt kan skaffa sig samma kunskap och erfarenhet på samtliga dessa fronter som en näringsidkande, specialiserad motpart. Många av konsumentens avtal, speciellt köp, kretsar dessutom kring vardagliga inköp som präglas av mycket lite eftertanke. För att konsumenten inte ska berövas sin rätt i dessa (och andra) fall är det lämpligt att statsapparaten träder in med lagstiftning som skyddar konsumenten.

Att konsumenter och även näringsidkare kan ha olika skyddsbehov i olika situationer har påpekats i flera av mina källor. Bland annat skriver Bernitz<sup>70</sup> att näringsidkare som inte intar en skyddsvärd småföretagarposition i sin dagliga verksamhet mycket väl kan inta en sådan när det handlar om avtal och rättshandlingar som är mer atypiska för verksamheten. Kanske menar han med detta att näringsidkaren i dessa fall saknar den erforderliga kunskapen och erfarenheten, och att detta skapar en underlägsen ställning i just det fallet.

Även konsumenters skyddsbehov varierar mellan olika situationer. Exempelvis nådde hemförsäljningsutredningen den i min mening något märkliga slutsatsen att konsumenter som handlade i varuhus kunde förutsättas vara mer pålästa och därmed ha en bättre förhandlingsposition än konsumenter som handlar av en försäljare som sökt upp dem i hemmet. Jag tycker att det kan ifrågasättas dels hur mycket mer kunskap en konsument faktiskt skaffar sig bara för att hen beger sig till ett varuhus, dels hur mycket förhandlingsutrymme som någonsin finns för konsumenten att utnyttja –

---

<sup>70</sup> Se avsnitt 3.3.

både i varuhus och vid hemförsäljning. Måhända har dessa förhållanden ändrats sedan utredningen skrevs i början på 1970-talet dock. Trots min kritiska hållning till utredningens uttalanden är jag av den åsikten att det finns en mening med att ge särskilt skydd till konsumenter vid distans- och hemförsäljning. Anledningen till detta större skyddsbehov är dock enligt mig inte själva platsen för försäljning utan snarare andra förhållanden, såsom de kreditmöjligheter som ofta finns tillgängliga vid distansköp och som kan göra det svårt att i köpögonblicket avgöra de ekonomiska konsekvenserna av köpet.

Särskilt märklig förefaller hemförsäljningsutredningens slutsats om att samma psykologiska övertag som tydligen gör sig gällande för konsumenter i hemförsäljningssituationer inte alls gör sig gällande för mindre näringsidkare i samma situation. Om nu problematiken med hemförsäljning består framför allt i platsen för försäljning och i det att det är säljaren som söker upp köparen och inte tvärt om, så borde precis samma hänsyn rimligen göra sig gällande i alla fall i förhållande till mindre näringsidkare. Även om det i utredningen inte skrivs uttryckligen kan jag dock tänka mig att det även här handlar om kunskap och erfarenhet. Näringsidkarna förutsätts helt enkelt besitta en viss kunskap om sin verksamhet och det material etc. som kan behövas för att driva verksamheten, vilket alltså konsumenten typiskt sett inte har hunnit skaffa sig i en hemförsäljningssituation.

Faktorerna tillgång till juridisk expertis och förhandlingsstyrka kan egentligen kokas ned till att handla om kunskap och finansiell styrka. Om man har god kunskap och erfarenhet har man i regel också en god förhandlingsposition, och om man har tillgång till juridisk expertis har man ju tillgång till ytterligare kunskaper och erfarenheter som man inte själv behärskar. För att skaffa sig juridisk expertis kan det dock krävas en del finansiella muskler, varför även faktorn ekonomisk styrka spelar in. Det samma gäller förstås förhandlingsstyrka som kan bero på mycket, men som ofta kan härledas till ekonomisk styrka. Även ett beroendeförhållande (dvs självständighet i förhållande till motparten) innebär i slutändan bristande ekonomisk styrka. Om den underlägsne har tillräckligt god ekonomi för att



kunna kosta på sig att eventuellt förlora affärsrelationen till den överlägsne så uppstår heller inte något beroendeförhållande.

De två återstående faktorer jag identifierat, marknadsställning och typ av rättssubjekt har framför allt bäring på bedömningen av näringsidkande parter. Även dessa kan i mycket återkopplas till finansiell styrka och kunskap; enskilda näringsidkare har typiskt sett mindre ekonomisk förmåga än stora aktiebolag, även om det inte nödvändigtvis är så – vilket även påpekas av Bernitz<sup>71</sup>. I praxis har HD dessutom visat sig ovillig att ge formen för verksamheten någon avgörande betydelse för bedömningen av parternas styrkeförhållande.

Angående marknadsställning är det i viss mån annorlunda. Det torde vara ett rimligt antagande att näringsidkare med stark marknadsställning även har en god ekonomisk förmåga, vilket förmodligen inte ska tolkas motsatsvis som att näringsidkare med svagare marknadsställning nödvändigtvis har sämre ekonomi. Överlag framstår dock denna faktor som något mer självständig i förhållande till den finansiella styrkan och kunskapsfaktorn än övriga faktorer. I min mening kan inte marknadsställning helt och hållet kopplas till varken finansiell styrka eller kunskapsövertag.

Sammanfattningsvis kan faktorerna som tas upp i bedömningen av en avtalsparts över- eller underlägsna ställning kopplas till antingen ekonomisk styrka, kunskap och erfarenhet (eller brist på det) eller marknadsställning. Bedömningen som görs är dock en helhetsbedömning som tar hänsyn till en eller flera av dessa faktorer.

## 5.2 Rättsekonomisk analys

Mitt arbete pekar alltså ut de grundläggande faktorerna för över- eller underlägsen ställning som finansiell styrka, kunskap och erfarenhet samt slutligen marknadsställning. Det är synnerligen intressant hur dessa faktorer korrelerar med de marknadsstörande faktorer som läggs fram av den

---

<sup>71</sup> Se avsnitt 3.7.

marknadsekonomiska teorin<sup>72</sup>, då framför allt starka marknadsställningar och informationsassymetri. Dessa marknadsstörande faktorer är sådana som helst ska undanröjas för att få en så väl fungerande marknad som möjligt. Många av de avsteg som görs från principerna om avtalsbundenhet och avtalsfrihet för att skydda en svagare part görs alltså på så sätt att de lindrar effekterna av marknadsstörande faktorer som starka marknadsställningar och informationsassymetri.

Den återstående faktorn som avtalsrätten alltså pekar ut som betydelsefull för bedömningen av styrkeförhållandet är finansiell styrka. Detta är i sig inte ett problem som stör marknaden enligt den marknadsekonomiska teorin. Här kan man i min mening istället tillämpa transaktionskostnadsteorin. Om kostnaden för en transaktion är hög får detta större konsekvenser för den som inte har så stor ekonomisk förmåga. En mindre näringsidkare som utsatts för avtalsbrott står kanske inför valet att påkalla ett skiljeförfarande, och försättas i konkurs om utfallet går honom emot, eller att helt enkelt ta kostnaden för avtalsbrottet men fortsätta med sin verksamhet. Om transaktionskostnaden för tvisten vore noll skulle valet troligtvis se annorlunda ut, likaså om näringsidkaren kunnat stå risken för att förlora skiljeförfarandet utan att behöva oroa sig för sin fortsatta försörjning. Genom att ta hänsyn till den mindre näringsidkarens begränsade ekonomi förtas något av effekten av den höga transaktionskostnaden – och problematiken begränsas därmed.

När domstolar jämkar avtal eller förbjuder oskäligen avtalsvillkor förändras parternas situation på så sätt att den ena (starkare) får det sämre men den andra (svagare) får det bättre. Denna förändring är med andra ord inte Pareto-optimal<sup>73</sup>. En förutsättning för att jämkning ska ske är dock att fördelningen av resurser ursprungligen inte var Pareto-optimal; hade den varit det hade det knappast funnits varken anledning eller vilja att jämka avtalet. Istället anser jag att man bör bedöma jämkningens möjlighet utifrån Kaldor-Hicks kriterium – ökar den totala samhällsnyttan av att oskäligen

---

<sup>72</sup> Se avsnitt 4.2.

<sup>73</sup> Se avsnitt 4.2.

avtal jämkas? Svaret torde enligt min mening vara ja. Även om jämkningen i det enskilda fallet inte skulle leda till en ökning av den totala nyttan så kommer domarnas prejudicerande verkan, och bara medvetenheten om att möjligheten finns, att leda till att aktörer drar sig från att använda oskäligen avtal – vilket i längden påverkar marknaden och samhällsnyttan i positiv riktning.

Sammanfattningsvis kan två av de faktorer tas med i bedömningen av underlägsen ställning förklaras med att de motverkar sådant som typiskt sett hindrar en marknadsekonomi från att fungera optimalt. Den tredje faktorn som jag identifierat kan istället förklaras med att den lindrar de negativa effekter som kan uppstå på marknaden till följd av allt för höga transaktionskostnader.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

### Propositioner

Prop. 1971:15 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om förbud mot otillbörliga avtalsvillkor, m.m.

Prop. 1973:138 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till konsumentköplag, m.m.

Prop. 1975/76:81 om ändring i lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 36 §

Prop. 1983/84:92 om avtalsvillkor mellan näringsidkare

Prop. 2005/06:98 Förstärkt skydd för franchisetagare

### Utredningsbetänkanden

SOU 1970:35 Hemförsäljning – rätt att frånträda hemförsäljnings- och abonnemangsavtal

SOU 1981:31 Avtalsvillkor mellan näringsidkare – delbetänkande av konsumentköpsutredningen

SOU 1987:17 Franchising – betänkande från franchiseutredningen.

Ds 2004:55 Upplyst franchising

## Litteratur

Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt*, Juridiska fören., Lund, 12 uppl., 2002

Bastidas Venegas, Vladimir, "Rättsekonomi", i: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013

- Bernitz, Ulf, *Köpmännens avtalsvillkor*, Köpmannaförbundet, Stockholm, 1988
- Bernitz, Ulf, 'Småföretagarskydd mot oskäligen avtalsvillkor', i: *Festskrift till Sveriges advokatsamfund: 1887-1987 : rättsvetenskapliga studier*, Norstedt, Stockholm, 1987
- Cooter, Robert & Ulen, Thomas, *Law and economics*, 3rd ed., Addison-Wesley, Reading, Mass., 2000
- Dotevall, Rolf, 'Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal', *SvJT*, 2002, häfte 5, s. 441 – 457.
- Kleineman, Jan, 'Rättsdogmatisk metod', i: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013
- Lindmark, Dan, 'Om jämkning av kommersiella avtal', i: Flodgren, Boel (red.) (2005). *Avtalslagen 90 år: aktuell nordisk rättspraxis*. 1. uppl. Stockholm: Norstedts juridik, s. 281-295
- Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 8., [rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010
- Skogh, Göran & Lane, Jan-Erik, *Äganderätten i Sverige: en lärobok i rättsekonomi*, 2., [omarb.] uppl., SNS (Studieförb. Näringsliv och samhälle), Stockholm, 2000
- Taxell, Lars Erik, *Avtalsrättens normer: några riktlinjer*, Akad., Åbo, 1987
- Taxell, Lars Erik, 'Sociala drag i avtalsrätten', i: Grönfors, Kurt, Brækhus, Sjur & Falkanger, Thor (red.), *Lov, dom og bok: festskrift til Sjur Brækhus 19 juni 1988*, Universitetsforl., Oslo, 1988
- Wilhelmsen, Trine-Lise, 'Aftaleloven og økonomisk effektivitet', *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1995, s. 1-246

# Rättsfallsförteckning

## Högsta domstolen

NJA 1979 s. 483

NJA 1981 s. 711

NJA 1986 s. 388

NJA 1992 s. 290