

Standardvillkor

En avtalsrättslig studie med fokus på införlivande och skälighet

Rasmus Svensson



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Affärsjuridisk kandidatkurs med examensarbete
i handelsrätt vid Lunds universitet, 15 HP

HARH01

VT19

Handledare Niklas Arvidsson

Sammanfattning

Det förekommer kommersiella standardavtal och konsumentstandardavtal. Införlivandet av standardvillkor saknar lagstiftning i både hänseenden. Högsta domstolens avgöranden är därför den primära rättskällan för utvecklingen. Konsumentavtal omfattas däremot av tvingande lagstiftning som har till syfte att skydda konsumenter från oskäligen avtalsvillkor. Standardavtalsrätten är central utgångspunkt för svenska näringsidkare. Även om standardavtal är central utgångspunkt och används frekvent uppstår det rättsliga frågor i båda perspektiven. Huvudregeln är att standardvillkor ska bringas motpartens kännedom före avtalsslutet för att utgöra en del av avtalet. Ett avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling anses inte utgöra en del av det individuella avtalet, undantagsvis att näringsidkaren vidtagit skäligen åtgärder för att uppmärksamma konsumenten om villkoren före avtalets ingående. Klausuler i standardvillkoren som anses vara av karaktären oväntade, överraskande och särskilt tyngande påtas näringsidkaren strängare krav.

Ett standardavtalsvillkor anses vara oskäligt om det inte har varit föremål för individuell förhandling, om det i strid med kravet på god sed medför en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet och är till nackdel för konsumenten. Europeiska domstolen har satt vägledningen för hur nationell domstol ska avgöra uppkomna tvister gällande oskäligen avtalsvillkor. Avtalsvillkor som anses vara oskäligen ska enligt EU-domstolen lämnas utan avseende och får därmed inte jämkas med utfyllnadsregler enligt dispositiv rätt.

Abstract

There are commercial standard contracts and consumer standard agreements. The incorporation of standard terms lacks legislation in both respects. The ruling of the Supreme Court is therefore the primary source of law for development. Consumer contracts, on the other hand, are covered by mandatory legislation whose purpose is to protect consumers from unfair contract terms. The standard contract law is a central starting point for Swedish traders. Although standard contracts are central and often used, legal issues arise in both perspectives. The main rule is that standard terms must be brought to the party's knowledge before the conclusion of the agreement in order to form part of the agreement. A contractual term that has not been subject to individual negotiation is not considered to be part of the individual agreement, except that the trader has taken reasonable measures to alert the consumer to the conditions prior to the conclusion of the agreement. Clauses in the standard terms that are considered by the character unexpected, surprising and especially burdensome are imposed on the trader stricter requirements.

A standard contractual condition considered to be unfair if it has not been subject to individual negotiation, if, contrary to the requirement of good practice, it entails a significant imbalance in the parties rights and obligations under the agreement and is to the detriment of the consumer. The European Court of Justice has provided guidance on how national courts should settle disputes arising from unfair contract terms. Contract terms that are considered unfair shall, according to the European Court of Justice, be left out of respect and may therefore not be adjusted with supplementary rules according to the applicable law.

Förord

Genom uppsatsens skrivande har jag blivit ställd inför stora motgångar, långa dagar och sena kvällar, oro inför inlämningar och med ständig stress. Det som har hjälpt mig ur knipan är mina studiekamrater som har pushat mig vilket jag är tacksam för och uppskattar den vänskap som har såtts fram. Uppsatsen handlar enbart inte om att prestera utanför sina gränser, det är andra faktorer som spelar roll, det är samhörigheten, gemenskapen och tillvaron.

Jag kommer inte från en akademisk familj. Varken familj eller släkt har erhållit högre utbildning än gymnasienivå. Det har varit en bidragande faktor att prestera utöver mina förutsättningar. Däremot har de varit oerhört stöttande och hjälp till i den mån det har varit möjligt, ett stort tack till min familj och släkt. Sist men inte minst ett tack till min handledare Niklas Arvidsson. Arvidsson nöjer sig inte med mediokert arbete, vilket har varit svårt att ställa sig till men väldigt utmanade att sträcka sig till hans förväntningar. Ett stort tack!

Innehållsförteckning

Sammanfattning	1
Abstract	2
Förord	3
1. Inledning	7
1.1 Bakgrund.....	7
1.2 Historisk bakgrund.....	8
1.3 Syfte.....	9
1.4 Metod och material.....	10
1.5 Avgränsningar.....	11
1.6 Forskningsläge.....	11
1.7 Disposition.....	12
2. Standardavtalsvillkor	14
2.1 Inledning.....	14
2.2 Definition av standardavtal.....	14
2.3 Standardavtalsvillkor som är ensidigt upprättade.....	15
2.4 Generella standardvillkor.....	16
3. Vad är avtalets innehåll?	18
3.1 Inledning.....	18
3.2 Avtalets ingående.....	18
3.3 Omständigheter kring avtalets ingående.....	18
3.4 Vilka standardvillkor blir en del av avtalet?.....	19
3.4.1 Kojafallet.....	21
3.4.2 Frevik Consultfallet.....	21
3.4.3 Maskinagentursfallet.....	22
4. Konsumentavtal	24
4.1 Inledning.....	24
4.2 Konsumentförhållanden.....	24
4.3 Avtalsvillkorlagen.....	25
4.4 Oklarhetsregeln.....	26
4.4.1 Nationell oklarhetsregel.....	26
4.4.2 EU-rättslig oklarhetsregel.....	27
4.5 Elektronisk handel.....	27
4.6 Konkludent handlande.....	28
5. Särskilda standardavtalsvillkor	30
5.1 Inledning.....	30
5.2 Särskilda klausuler som anses vara "betungande".....	30

5.3 Överraskande eller oväntade avtalsvillkor	30
5.4 Tyngande avtalsvillkor.....	32
6. Oskäligen avtalsvillkor	35
6.1 Inledning.....	35
6.2 Historisk bakgrund	35
6.3 Den svenska generalklausulens tillämpningsområde	35
6.4 Avtalsvillkorsdirektivet om oskäligen avtalsvillkor.....	36
6.5 Konflikten mellan direktivet och generalklausulen 36 § avtalslagen	37
6.5.1 Banco Espanol de Crédito.....	38
6.5.2 Brusse.....	38
6.6 Ex officio	39
7. Standardvillkor som sedvänja	40
7.1 Inledning.....	40
7.2 Allmän om sedvänja	40
7.3 Partsbruk mellan två avtalsparter	40
7.4 Handelsbruk.....	42
7.5 Branschpraxis.....	43
8. Analys	44
9. Slutsats.....	48
Käll- och litteraturförteckning.....	50
Rättsfallförteckning.....	52

Förkortningar

Avtalsvillkorsdirektivet	Rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäligen villkor i konsumentavtal
Avtalslagen	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område
Avtalsvillkorslagen	Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden
DCFR	Draft Common Frame of Reference
EU	Europeiska Unionen
EUD	Europeiska domstolen
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
PECL	Principles of European Contract Law
PICC	Unidroit Principles of International Commercial Contract
Tandvårdsfallet	NJA 2011 s. 600

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Standardavtalsrätten är i avsaknad av en lagstiftning gällande införlivande av standardvillkor. Rättsläget utvecklas genom Högsta domstolen (HD) och Europeiska domstolens (EUD) rättspraxis som primärkälla samt uttalanden av internationella organisationer. Standardavtal anses som lagstiftning för kommersiella aktörer men även praxis utbildat mellan parterna, partsbruk, handelsbruk eller annan sedvänja får högre position i hierarkin än lagstiftning enligt 3 § Köplagen (1990:931). Risken för interna konflikter elimineras dock inte om vad avtalets innehåll egentligen består av. HD:s och EUD:s rättspraxis har klarlagt rättsläget till stor del, däremot finns det en viss problematik som kvarstår och saknar vägledning.

Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållande (avtalsvillkorslagen) förändrade rättsläget för den konsumenträttsliga standardavtalsrätten med Rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäligen villkor i konsumentförhållanden (avtalsvillkorsdirektivet) till bakgrund. Företag kunde inte längre upprätta ensidiga standardavtal som däri innehöll avtalsvillkor som skapade obalans i parternas rättigheter och skyldigheter med oskäligen avtalsvillkor. Dessvärre förhindrade det inte företagen subtilt söka smyga på avtalsvillkor i standardavtalstexten. Huvudregeln är att näringsidkaren måste bringa motparten kännedom om standardvillkoren senast före avtalets ingående för att bli en del av avtalet. Villkor som inte har varit föremål för individuell förhandling krävs att näringsidkaren vidtagit skäligen åtgärder för att uppmärksamma konsumenten senast i samband med avtalets ingående.¹ Däremot följer det av rättspraxis att konsumenten faktiskt inte behöver ta del av standardvillkoren för de ska anses utgöra en del av det individuella avtalet.²

Konsumenter i allmänhet är inte medvetna om att det förekommer flera olika typer standardavtal. Handel över internet omfattas av standardavtal, en konsument beställer produkter online och kryssar i rutan ”Accepterar du villkoren?”. Därmed förbinder konsumenten sig till säljarens standardvillkor utan ens ha läst dem. Konsumenten kör in på en allmän parkering och uppmärksammar skylten som indikerar vilka tider betalning sker ingår du avtal, konsumenten köper enkelbiljett och stiger på tåget ingår denne avtal. Alla andra övriga standardvillkor som

¹ NJA 2011 s. 600, domskäl 8.

² NJA 1978 s. 432, jfr även NJA 2011 s. 600.

konsumenten inte blir upplyst om, i vilken utsträckning omfattar konsumentens anbud företagets standardvillkor. Blir konsumenten bunden av samtliga standardvillkor eller endast dem som konsumenten har tagit del av. Det är vanligt förekommande att parterna inte tar sin tid att läsa och förstå avtalstexten. Därför ligger grundproblemet om standardvillkor blir en del avtalet när de inte omfattas av någon gemensam partsvilja.

Näringsidkare som bedriver näringsverksamhet inom en viss bransch förutsätts besitta den kunskap som standardavtal innebär. Kommersiella aktörer har upprättat gemensamma standardavtal som fördelar åtaganden och risker i syfte att minska transaktionskostnader. I entreprenadbranschen dominerar allmänna bestämmelser för byggnad- anläggnings- och installationsentreprenader (AB04). Väljer en näringsidkare att transportera gods över internationellt vatten kan nordiskt speditörsförbunds allmänna bestämmelser tillämpas (NSAB). Näringsidkare kan även välja att använda sig av internationella bestämmelser/riktlinjer som Incoterms³ när det gäller att fördela riskerna vid transport. I konsumentavtal är konsumentens förmåga med möjlighet påverka avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling begränsad. På så sätt skiljer sig de ensidigt upprättade standardavtalen från de gemensamma. Viktigt att uppmärksamma är standardavtalsrätten saknar lagstiftning för hur standardavtal eller standardavtalsvillkor anses vara införlivad till det enskilda avtalet. HD:s och EUD:s rättspraxis är därmed i första hand avgörande för nationell rättsutveckling.⁴

1.2 Historisk bakgrund

I samband med industrialiseringen i början av 1900-talet utvecklades formulärrätten, formulärrätten var ett relativt nytt ämnesområde som ständigt växte och satte sin markör främst hos kommersiella avtalsparter. Det föranledde att storföretagen fick mer utrymme att själva formulera standardvillkor och avvika från den dispositiva rätten till en viss utsträckning. Innan avtalsvillkorslagen trädde i kraft kompletterades Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område (avtalslagen) med en generalklausul. Generalklausulen huvudsakliga syfte var att jämka eller lämna avtalsvillkor utan avseende om villkoren ansågs vara oskäligen i förhållande till avtalets karaktär. I övrigt kunde företagen helt

³ Incoterms, annat ord för Internationel Commercial Terms. Täcker alla ansvarsområden, risker och kostnader som är inblandade vid transport av varor, omfattar tex EX Work, DAP - Deliviered At Place och DDP - Deliviered Duty Paid.

⁴ Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, nionde uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2018, s. 17.

eller delvis genom avtal kan avvika från lagens bestämmelser genom praxis som har utbildats genom parterna eller av handelsbruk eller annan sedvänja enligt 3 § köplagen. Det skedde genom sammanslutningar med olika organisationer och myndigheter inom den branschen näringsidkaren bedrev sin verksamhet. Det påverkade småföretagen negativt att de klassades som konsumenter där deras möjlighet att påverka standardvillkoren. Till slut blev deras enda alternativ att acceptera storföretagens standardvillkor som var till nackdel eller över huvud taget inte ens ingå i en avtalsförhållande. Konsekvensen av detta resulterade att formulärrätten ansågs utgöra ett missbruk av den dispositiva rätten.⁵

Den kommersiella sektorn gav därigenom en underförstådd uppmuntran till företag som ingår avtal med konsumenter att också själva utforma ensidiga standardavtal som innehöll villkor som är till deras fördel. De ensidiga upprättade standardavtal utformades självmant av näringsidkaren alternativt av en organisation eller en finansiär som företräder näringsidkaren.⁶ Avtalsinnehållet innehåller dels villkor som var färdigt upprättade och dels villkor som avtalsparterna ska förhandla om. Den enskilda konsumenten som anses vara ännu mer svagare i förhållande till småföretagare blev allt mer begränsad när det kom till att omförhandla eller påverka avtalsvillkor. Ovan nämnda problematik resulterade i att lagstiftarna var angelägna att upprätta en lagstiftning som skyddar vardera part gentemot standardvillkor som försatte motparten i en underlägsen ställning.

1.3 Syfte

Uppsatsen primära syfte är att analysera gällande rätt dels i fråga om införlivande av standardvillkor, och dels skäligheten av avtalsvillkor. Den frågan som ligger närmast är alltså vad som krävs för att standardvillkor ska anses utgöra en del av ett individuellt avtalsförhållande. Ett villkor som inte har införlivats med det individuella avtalet är därmed inte bindande och kan inte grunda några rättigheter och skyldigheter mellan parterna. Huvudfrågans område väcker följande delfrågor:

- I. En sådan är om samma regler gäller för alla typer av standardvillkor eller om vissa typer av villkor kräver skärpta införlivandekrav.

⁵ Prop. 1971:15 ff.

⁶ Bernitz, (2018), s. 20.

- II. Finns det någon större distinktion mellan kommersiella avtal och konsumentavtal och skiljer de mellan olika slags avtalsvillkor beroende på vad de innehåller?
- III. Avtalsvillkor som klassas som överraskande, betungande och oväntade påstås ha särskilda krav för införlivande och vad innebär dessa krav när ett villkor anses vara ”betungande”?
- IV. En ytterligare fråga som väcks kan vara sådan om det finns märkvärdig skillnad hur HD och EUD tillämpar generalklausulen enligt direktivet och avtalslagen.
- V. Samt även om kan det även sträcka sig att standardvillkor kan införlivas genom sedvänja och i så fall under vilka förutsättningar?

1.4 Metod och material

Uppsatsen kommer att använda sig av rättsdogmatisk metod. Rättsdogmatiken bygger på konceptet att rekonstruera gällande rätt med utgångspunkt i en tolkning och analys av de allmänt accepterade rättskällorna.⁷ Det material som används i uppsatsen härstammar från lagstiftning, rättspraxis, förarbeten och juridisk litteratur i form av böcker och artiklar.

Uppsatsen kommer även att använda sig av ett antal centrala internationella modellagar nämligen Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC), Principles of European Contract Law (PECL) och Draft Common Frame of Reference (DCFR). Trots att dessa källor inte utgör rättskällor i svensk rätt, bidrar de till att kasta ljus över problemområdet och tillhandahåller i viss mån även förslag till lösningar av frågor som saknar entydiga svar. Med beaktning av EU-rättsliga källor tillämpas EU-rättslig metod. EUD:s och Tribunalens rättspraxis är således bindande och rättstillämparen är skyldig att rätta sig efter dem.⁸ Det följer av den EU-rättsliga rangordningen att EU:s praxis utgör primärrätt. Den EU-rättsliga metoden kommer således integrera med hänseende till att unionsrätt finns etablerat för konsumentavtal, dessvärre inte för kommersiella avtal.

⁷ Nääv, Maria & Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, andra uppl., Författarna och Studentlitteratur AB, Lund, 2018, s. 21.

⁸ Hettne, J & Otken Eriksson, I, *EU-rättslig metod, teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, andra uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2011, s. 40.

Den internationella lagstiftning som är aktuell för uppsatsen gällande konsumentavtal är avtalsvillkorsdirektivet. Direktivet kommer således ha en fundamental utgångspunkt gällande avtalsvillkor i konsumentavtal och nationell lagstiftning är avtalsvillkorslagen. För att besvara frågan om det finns någon skillnad hur domstolarna tillämpar generalklausulerna kommer EUD:s rättspraxis användas i uppsatsen, dessvärre inte stor utsträckning utan endast för att klargöra rättsläget.

Införlivandet av standardvillkor saknar lagreglering. Därför är Högsta domstolens och, vad gäller konsumentavtal, EU-domstolens avgöranden den primära rättskällan för utvecklingen av rättsområdet. Ett centralt svenskt avgörande är NJA 2011 s. 600, tandvårdsfallet som har satt den senaste vägledningen huruvida införlivandet av standardvillkor ska göras i både kommersiella- och konsumentförhållanden. Det avgörandet kommer således ha fundamental utgångspunkt genom uppsatsen men även rättsfall inom samma tillämpningsområde kommer beaktas och analyseras. Ämnet är högt upplyst inom den juridiska litteraturen. Boken Standardavtalsrätt skriven av Ulf Bernitz kommer ha en central utgångspunkt med hänsyn till att den behandlar uppsatsens syfte. Standardavtalsrätten är även uppbyggd på allmän avtalsrättslig lära och med det kommer avtalsrättslig litteratur tas med, skrivna av professorer på akademisk nivå som tex. Christina Ramberg, Rolf Dotevall, Bert Lerhberg, Kurt Grönfors och Axel Adlercreutz. Materialet tillhandahåller information som gäller generellt för standardavtalsrätten.

1.5 Avgränsningar

Uppsatsen avgränsar sig från att den inte fokuserar på individuellt framförhandlande avtalsvillkor. En ytterligare avgränsning har gjorts att uppsatsen inte genomför en rättslig utredning huruvida ett avtalsvillkor anses vara oskäligt eller inte. Uppsatsen förutsätter redan att villkoret är oskäligt i förhållande till avtalets karaktär och tyngden läggs på domstolens tillvägagångssätt för ett avgörande. Fokus ligger på svensk rätt. I linje med det har uppsatsen inte gjort någon vidare jämförelse med övrig nordisk rätt eller andra rättsordningar. Eftersom unionsrätten är en del av svensk rätt har jag beaktat den vid analysen av de frågor den påverkar.

1.6 Forskningsläge

Lagstiftning finns inte reglerat för hur standardvillkor blir en del av avtalet, istället förekommer det avgöranden från HD och EUD, samt riktlinjer på internationell nivå som har satt vägledning

för utvecklingen. Den akademiska biten för uppsatsskrivande rörande införlivande av standardvillkor är väldigt snäv. Den internationella standardavtalsrätten utvecklas ständigt och eftersom lagreglering saknas även där för allt annat än konsumentavtal drivs rättsutvecklingen framåt av EUD. Med hänsyn till avsaknaden av lagreglering gällande ämnet föreligger det ett visst nyhetsvärde i uppsatsen att sammanställa gällande rätt och de allmänna principer domstolarna har uttalat sig om. Forskningsläget gällande skäligheten av ett avtalsvillkor förekommer i stor utsträckning genom olika rättskällor som lagstiftning, rättspraxis, förarbeten och juridisk litteratur. Däremot vilken typ av åtgärd domstolen använder sig av är ifrågasatt av rättsvetenskaperna. Inom det fältet förekommer några få avgöranden från EUD samt artiklar av Ulf Bernitz, Rolf Dotevall, Christina Ramberg som behandlar rättsfrågan. Denna typen av fråga har också ett relativt stort nyhetsvärde eftersom den nationella domstolen inte riktigt har följt EUD:s vägledning i fråga om jämkning eller åsidosättande av avtalsvillkor.

1.7 Disposition

Det inledande kapitlet tar upp avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling. Det är till syfte att fånga läsarens intresse samt förklara innebörden av ett avtalsvillkor som finns i ensidigt upprättade standardavtal. Ensidiga upprättade standardavtal är den dominerande avtalstypen när konsumenter ingår avtal med en näringsidkare. Utredningen behövs i den mån för att besvara en bråkdel av min huvudfråga. För att uppnå uppsatsens syfte måste vi även förklara för läsaren vilka är förutsättningarna för att standardvillkor över huvud taget ska utgöra en del av avtalet. Det framkommer i kapitel tre. Den grundläggande principen för att ett standardvillkor ska utgöra en del av det individuella avtalet är ett avtal har ingåtts mellan två parter enligt nationell avtalsrätt. Innan huvudkapitlet där utredningen sker enligt frågeställningen måste väsentlig information tillhandahållas gällande konsumentavtal i standardavtalsrättsligt perspektiv samt vilka skydd konsumenterna utöver näringsidkaren omfattas av. Det kommer framgå i kapitel 4.

I kapitel fem kommer läsaren erhålla stor mängd information som besvarar uppsatsens syfte. Inledandevis i kapitlet anges beskrivning på avtalsvillkor som påtas näringsidkaren strängade krav att uppmärksamma konsumenten senast före avtalets ingående. Längre ned i kapitlet anges olika rättsfall som berör uppsatsens syfte. Där kommer läsaren förstå de krav utöver skäliga åtgärder en näringsidkare måste vidta. Kapitel sex hänger ihop med föregående kapitel till viss mån. Kapitlet förutsätter ett avtalsvillkor har blivit en del av det individuella avtalet men

sedrmera utvisat sig vara oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll. Kapitlet kommer inte förklara skäligheten av avtalsvillkoret utan endast upplysa läsaren vilka påföljder som aktualiseras, vilket är jämkning alternativ lämnas utan avseende. Kapitel sju i uppsatsen kommer besvara en av delfrågorna. Huruvida standardvillkor i fråga kan anses utgöra sedvänja mellan parterna. I kapitlet kommer rättsfall uppmärksammas som ger vägledning huruvida standardvillkor i fråga kan utgöra en del av avtalet utan ens parterna behöver hänvisa till dem innan avtalets ingående. I sista kapitlet, kapitel åtta kommer en analys genomföras med utgångspunkt i NJA 2011 s.600.

2. Standardavtalsvillkor

2.1 Inledning

Kapitel två har till syfte att utreda rättsläget och förstå kontexten av standardvillkor samt innebörden av ett standardavtal. Ett standardvillkor är något som har tagits ur tomta intet utan standardvillkor har sitt ursprung från avtalsvillkorsdirektivet som har harmoniserat nationell lagstiftning. Avtalsvillkorslagen tar sikte på avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling.

2.2 Definition av standardavtal

Begreppet standardavtal är inte definierat i lagtext och avtalsvillkorslagen använder uttryckligen inte begreppet standardavtal. Däremot tas det i beaktning på avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling.⁹ Avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling och har med avsikt att användas upprepade gånger benämns som standardavtal eftersom avtalsvillkoren förekommer främst i avtal med förtryckta kontraktsformulär.¹⁰ Svensk definition av standardavtal framgår inte eftersom nationell lagstiftning är harmoniserad av EU och därigenom ska tolkas i enlighet av EU-rätten, vilket föranleder att EU:s definition är den primära definitionen. Den EU-rättsliga definitionen för standardavtal anges i avtalsvillkorsdirektivet och är följande:

*”Det ska alltid anses att ett avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling om det har utarbetats i förväg och konsumenten därför inte har haft möjlighet att påverka villkorets innehåll; detta gäller särskilt i samband med i förväg formulerade standardavtal”.*¹¹

Bernitz har i sin bok Standardavtalsrätt genom modellag från PECL definierat begreppet standardavtal. PECL:s definition för standardavtal är följande:

”sådana avtal som helt eller delvis ingås i förväg formulerade avtalsvillkor, som är avsedda att tillämpas likartat i ett större antal konkreta avtalssituationer av viss art i vilka

⁹ Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, tionde uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2016, s. 150.

¹⁰ Se prop. 1994/95:17 s. 100.

¹¹ Avtalsvillkorsdirektivet art 3.2.

åtminstone den ena avtalsparten växlar, och som såvitt gäller dessa villkor inte har blivit föremål för individuell förhandling.”¹²

Standardformulären är väldigt omfattande med bestämmelser och går under benämningen allmänna leverans- eller bestämmelser, allmänna avtalsvillkor, normalkontrakt eller liknande. Standardavtalen förkortas oftast tex med AB, allmänna bestämmelser tillsammans med vilket år avtalet trycktes. Det är vanligt att standardvillkoren finns i en särskild handling som finns tillgängligt för parterna. En tydlig hänvisning ska finnas om standardvillkoren finns på baksidan eller i bifogad handling.¹³ Standardvillkoren kan även finnas på företagets webbplats som avtalsparten hänvisar till eller tagit in en broschyr som finns tillgängligt i företagets affärslokaler. Kärnan med standardavtal är att avtalsförhållandet mellan parterna till stor del redan regleras i förväg med formulerade standardvillkor.¹⁴

2.3 Standardavtalsvillkor som är ensidigt upprättade

I praktiken går avtalsvillkor under benämningen standardavtalsvillkor som härstammar från avtalsvillkorsdirektivet artikel 3.2. Det är alltså avtalsvillkor som är utformade i förväg, har inte varit föremål för individuell förhandling, där konsumenten inte har haft möjlighet att påverka villkorets innehåll och har med avsikt att användas upprepade gånger. Beroende på vilken typ av avtal parterna har kommit överens om avgör typen av standardvillkor. I de gemensamma upprättade standardavtalen är åtaganden och riskerna jämt fördelat mellan parterna, i den mån en part inte erhåller en mer överlägsen ställning än sin medkontrahent¹⁵. I konsumentavtal är näringsidkaren angelägen att friskriva eller begränsa sitt ansvar gentemot köparen med olika typer av standardvillkor. Dessa villkor kan även gå under benämningen avtalsklausuler. En klausul innebär ett specifikt avtalsvillkor som är sedvanligt hos olika typer av näringsidkare, tex friskrivning-, skiljedoms eller force majeureklausul.

Avtalsdokumenten som näringsidkaren tillställer köparen innehåller dels färdiga standardvillkor, dels standardvillkor som parterna förhandlar individuellt om. Till de individuellt förhandlade villkoren fyller köparen i vilken slags vara eller tjänst köper avser, när

¹² Se Principles of European Contract Law Art. 2:209 (3).

¹³ NJA 2011 s. 600, domskäl 9.

¹⁴ Bernitz, (2018), s. 18.

¹⁵ Medkontrahent är en juridisk term för avtalspart.

köparen vill ha varan levererad, prisets storlek och personuppgifter. Till de färdiga standardvillkoren tas bestämmelser in från dispositiv rätt som reglerar näringsidkaren ansvar vilka påföljder konsumenten kan åberopa. Näringsidkaren kan även upprätta egna avtalsvillkor som förstärker näringsidkaren ställning genom att begränsa köparens rättigheter. Avtalsvillkoren som inte har varit föremål för individuell förhandling tenderar att förstärka näringsidkarens ställning och genom standardvillkorens karaktär är villkoren inte förhandlingsbara. Det sätts en markör att den starkare avtalsparten i avtalsförhållandet oftast vägrar avvika från sina egna upprättade standardvillkor. I egenskap av konsument förhandlas inte priset med återförsäljaren angående fastpriset för ett abonnemang, med en bank angående deras borgenslån eller med ett försäkringsbolag. Utan där ställs konsumenten inför två alternativ vilket är ”take it or leave it”.¹⁶

2.4 Generella standardvillkor

Typen av avtalsvillkor avgörs beroende på vilken bransch näringsidkaren bedriver sin verksamhet i. Inom vissa branscher där näringsidkaren ska transportera varor en längre sträcka är det vanligt att upprätta en force majeureklausul som innebär att näringsidkaren befrias från skadeståndsansvar om leveransen blir försenad på grund av omständigheter utanför säljarens kontroll. Friskrivningsklausulerna gäller varor eller tjänster beskaffenhet, alltså friskrivningar för fel i varan eller tjänsten eller dröjsmål med att utföra sina förpliktelser gällande leverans. I samband med friskrivningar gällande betalningsskyldigheter är näringsidkaren angelägen att begränsa skadeståndansvaret genom upprätta beloppsgränser eller beräkningsmetoder för skadeståndets storlek. Friskrivningar som begränsar köparens tidsfrist att reklamera och möjligheten till att göra anspråk genom preskription förekommer i kommersiella såväl konsumentförhållanden.¹⁷

En annan variant av klausul i kommersiella avtal som används frekvent är skiljedomsklausul. Skiljedomsklausulen innebär att om en tvist uppstår mellan två parter är allmän domstol inte behörig att pröva saken i fråga. Tvisten ska avgöras genom ett skiljeförfarande där parterna själva väljer det institut som anses vara behöriga. Stockholms Handelskammars skiljedomsinstitut¹⁸ (SCC) är väldigt attraktivt för kommersiella parter att hänvisa till med anledning att ett skiljeförfarande ger ett snabbare avslut än allmän domstol med anledning att

¹⁶ Bernitz, (2018), s. 17 ff.

¹⁷ Bernitz, (2018), s. 112.

¹⁸ <https://sccinstitute.se/tvistlosning/> - Hämtad 2019-05-12.

parterna kan återgå till sin kärnverksamhet. Det ger även parterna större inflytande att själva påverka processen med att selektivt välja vilka personer som ska avgöra tvisten för deras räkning.

3. Vad är avtalets innehåll?

3.1 Inledning

Kommande kapitel har syfte till att utreda rättsläget om vad som ingår i avtalet. Två avtalsparter som är oense om avtalets innehåll kan föranleda till domstol eller skiljeförfarande. En part kan ensidigt inte tillägga eller omarbota standardvillkor efter avtalets ingående. Vill en part komplettera innehållet måste det vara före eller i samband med avtalets ingående. Är parterna däremot överens att komplettera ett standardvillkor tar parternas gemensamma partsavsikt över.

3.2 Avtalets ingående

Nationell avtalsrätt bygger på anbud- och acceptmodellen, dvs. löftesprincipen som innebär att anbudsgivaren är bunden av sitt ensidiga anbud under den tidsfrist som anges. Tidsfristen kan vara bestämt i förväg enligt 2 § avtalslagen eller om svaret är muntligt ska anges omedelbart enligt 3 § andra stycket. Det som krävs för ett avtal ska komma till stånd är att anbudet och accepten stämmer överens, det går under benämningen spegelbildsprincipen. Anbudsgivaren blir bunden av sitt anbud enligt 1 § avtalslagen och detsamma gäller accepten på anbudet om det sker i enlighet med 2–9 §§ avtalslagen.¹⁹ Under förutsättningen att ingen återkallelse har kommit anbudsgivaren till handa innan anbudsgivaren tar del av accepten.²⁰ Bindande verkan kan inte uppstå om acceptanten avviker från 2–9 §§ avtalslagen. Avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling, om de ska utgöra en del av det individuella avtalet, måste standardvillkoren komma till motpartens kännedom senast före avtalets ingående.²¹

3.3 Omständigheter kring avtalets ingående

Det som föranleder tvister är frågan när ett avtal anses ha kommit till stånd mellan två parter. Förhandlingar kan pågå under en längre tid och parterna kan ligga på olika stadier med förutsättningarna att avtalet redan har slutits. Det blir en s.k. gråzon, ibland kan en part förutsätta att avtalet har slutits i samband med dokumentationen som har bifogats över till motparten utan underskrift, eller i samband med en orderbekräftelse eller en faktura. Därför är tidpunkten avgörande för vad avtalets innehåller består av. I avfärdingsfiltersfallet²² som var

¹⁹ Lehrberg, B, *Avtalstolkning*, femte uppl., Institutet för bank- och affärsjuridik AB, Uppsala, 2009, s. 13–14.

²⁰ Munukka, J, *Sent införlivande av avtalsvillkor*, Festskrift till Ronny Hagelberg, 2016, s. 139.

²¹ NJA 2011 s. 600, domskäl 8.

²² NJA 1962 s. 270.

mellan en näringsidkare och en konsument. Konsumenten blev inte bunden av anbudet genom sin underlåtenhet att reklamera mot bekräftelsen. HovR ansåg att konsumenten blev bunden genom sin underlåtenhet i den mån att konsumenten inte kunnat bevisa att avtal inte hade kommit till stånd. Däremot går HD en annan väg och konstaterar att konsumenten inte har blivit bunden genom underlåtenhet att inte reklamera samt HD förklarar att inget konkluderat handlande har skett å konsumentens vägnar.

Vad HD inte belyser i rättsfallet är att näringsidkaren utbjöd annonser i ortspressen, som visar sig att vara 9 § avtalslagen. Det meddelande som bestämmelsen ger upphov till betecknas som en uppfordran att avge ett anbud och anbudet enligt lagens bestämmelse anser inte vara bindande.²³ Det åligger näringsidkaren i kommersiella avtalsförhållanden att bevisa innehållet i bekräftelsens inte gäller mellan parterna. Konsumenter måste uppmana till något utöver bekräftelsen och underlåtenheten, tex åtagande, prestation eller intresse att vilja ingå avtal.²⁴ Enligt nationell rätt har en part ingen skyldighet gentemot sin avtalspart att underrätta om denne inte längre har avsikt att förhandla vidare. Huvudregeln är således att underlåtenhet inte kan medföra avtalsrättsliga verkningar. Däremot finns det undantag i 4 §, 6 § andra stycket och 9 § avtalslagen, dock är det problematiskt att framhäva avtalsbundenhet på grund av underlåtenhet. Ju mer illojalt en part agerar att förhålla sig passiv, desto större risk att utge civilrättsliga påföljder.²⁵ Det finns flera sätt att ingå bindande avtal med rättslig verkan. Det kan vara genom underskrift på en köpehandling när det kommer till fastighetsköp²⁶ eller genom den ena parten fullgör sin prestation gentemot näringsidkaren att genom t.ex. parkera sin bil på parkeringsplatsen, dvs. konkluderat handlande gör sig personen bunden.²⁷

3.4 Vilka standardvillkor blir en del av avtalet?

Innehållet i ett avtal kan inte omfatta något utöver vad parterna har avtalat om. Därför måste den part som vill tillägga avtalsvillkor senast eller i samband hänvisa till dem innan avtalets ingående. Det krävs ett samtycke av motparten om den andra parten ensidigt vill tillfoga eller

²³ Munukka, Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område, 9 §, avd 3.1, Lexino, hämtad 2019-05-06.

²⁴ Adlercreutz, A & Gorton, L, *Avtalsrätt II*, sjätte uppl., Juristförlaget i Lund, 2013, s. 93.

²⁵ Ramberg, (2016), s 111.

²⁶ Gäller speciella regler när fastighetsköp aktualiseras, dvs. *formkrav* (en köpehandling upprättas med underskrift av både säljaren och köparen), se 4:1 § Jordabalken, se även 23 § MBL.

²⁷ Benämns även som *konsensualavtal*, ingås oftast genom agerade med underförstådd mening t.ex. sätta sig i väntrummet hos tandläkaren förväntas parten ingå avtal med tandvårdscentralen.

omarbeta ett standardvillkor. I samband med avtalets ingående, finns det en referensklausul som i sin tur hänvisar till standardvillkor blir den utan inskränkningar en del av avtalets innehåll.²⁸ Det finns olika sätt att införliva standardvillkoren till avtalets helhet. Huvudregeln är att standardvillkor ska uttryckligen finnas med i texten och därigenom förutsätts motparten ha tagit del av villkoren, eller näringsidkaren vidtagit skäligen åtgärder för att uppmärksamma konsumenten.²⁹ Är den ena avtalsparten en konsument är kravet på tydlighet högre för näringsidkare eftersom näringsidkaren förutsätts vara en erfaren kommersiell aktör.³⁰ Utgångspunkten för standardvillkor ska bli en del av parternas innehåll är att villkoren finns med i avtalets helhet, en part kan ha gjort en referens³¹ till standardvillkoren utan att standardavtalet finns med i avtalets helhet eller i den mån en part typiskt sätt kan förvänta sig att motparten använder standardvillkor.³² Väljer näringsidkaren att sammansluta standardvillkoren tillsammans med de individuellt förhandlade villkoren i samma text anses det vara tillräckligt för att standardvillkoren ska utgöra en del av det individuella avtalet.³³

Det framgår varken av avtalslagen eller annan lagstiftning huruvida reglerna för införlivandet görs gällande mellan parterna utan förtroendet åläggs till de allmänna rättsprinciper som har fastställts genom HD:s rättspraxis. Dessvärre omfattar inte HD:s rättspraxis alla typer av avtal men tillkomsten av succesiva domstolsavgöranden har klarlagt rättsläget väsentligt.³⁴ Däremot ställs det inget krav på konsumenten att faktiskt tagit del av villkoren i praktiken enligt HD.³⁵ Utgångspunkten är för att standardvillkor ska anses vara införlivat i avtalsinnehållet är att standardvillkoren bringas motpartens kännedom före avtalsslutet.³⁶ Har ett avtal kommit till stånd mellan två parter kan standardvillkor inte införlivas efter avtalsslutet, något som har fastställts genom Koja-fallet³⁷.

²⁸ Dotevall, R, (2017), s. 138, se även Ramberg, (2016), s. 157.

²⁹ NJA 2011 s. 600, domskäl 8.

³⁰ Bernitz, (2018), s. 62.

³¹ I NJA 2000 s. 462 SAS, beföringsvillkoren som en hänvisning gjorts på biljetten har kunnat tillhandahållits vid en enkel förfrågan hos SAS biljettkontor.

³² Ramberg, (2016), s. 155.

³³ NJA 2011 s. 600, domskäl 9.

³⁴ Bernitz, (2018), s. 62.

³⁵ Grönfors, K & Dotevall, R, *Avtalslagen, en kommentar*, femte uppl., Institutet för Bank- och Affärsjuridik, Uppsala, 2016, s. 86.

³⁶ NJA 2011 s. 600, domskäl 8, jfr även Bernitz, (2018), s. 56.

³⁷ NJA 1970 s. 478.

3.4.1 Kojafallet

En tvist huruvida när avtalet egentligen slöts mellan två parter. I förhandlingsstadiet kom aldrig force majeureklausulen upp på tal. När parterna skulle påbörja att prestera kunde säljaren inte leverera enligt avtalet och blev därmed ersättningsskyldig gentemot köparen. Rättsfrågan i rättsfallet var om en part ensidigt kan tillföra standardvillkor efter avtalets ingående. Vad som framgår av HD:s resonemang är såtillvida Koja har antagit att avtal har kommit till stånd den 17 april genom telegram samt en telegrafisk bekräftelse samma dag. Säljaren tillfogade en slutgiltig bekräftelse till köparen som däri innehöll en klausul i form av en force majeure för utebliven leverans som kom till handa den 29 april. Koja underlät att reklamera friskrivningsklausulen till säljaren och HD:s majoritet ansåg att avtalet redan hade slutits den 17 april genom telefonutväxlingar. Däremot ansåg HD:s minoritet att avtalet hade kommit till stånd den 29 april i stället för den 17 april. Därigenom hade Koja inte gjort sig bunden till force majeureklausulen genom underlåtenhet. Med det sagda råder det inte enlighet i HD huruvida bedömningen görs för hur standardvillkor i anslutning till eller efter avtalets ingående tillfogas. Hade domslutet varit annorlunda om säljaren i samband med telefonutväxlingarna nämnt force majeureklausulen och Koja därefter inte hade gjort någon invändning, hade det resulterat att force majeureklausulen hade utgjort en del av det individuella avtalet.

Muntliga avtal ingås frekvent i den kommersiella sektorn och i samband med det upprättas oftast bekräftelsehandlingar. Som är en rutinåtgärd i syfte att underlätta i framtiden oklarhet och eventuella missförstånd om avtalet och dess innehåll. Det kan sträcka sig så pass långt att en skriftlig avtalshandling upprättas med underskrift men det förutsätter inte avgörandet för bundenhet mellan parterna.³⁸ Vilket gör det problematiskt för parterna att faktiskt konstatera vad som ingår i avtalets innehåll. Huvudregeln för standardvillkor ska anses vara införlivad i avtalsinnehållet måste standardvillkoren bringas motparten kännedom före avtalets ingående anses vara en del av avtalet.³⁹ Därför är tidpunkten för avtalets ingående den avgörande punkten. Ett belysande rättsfall som konstaterar huvudregeln är Frevik Consultfallet⁴⁰.

3.4.2 Frevik Consultfallet

Frevik åtager sig uppdrag att göra en överlåtelsebesiktning av en fastighet som beställarna anser att köpa. HD:s konstaterar att beställningen skedde över telefon mellan parterna och det var

³⁸ Adlercreutz, A & Gorton, L, (2013), s. 89.

³⁹ NJA 2011 s. 600, domskäl 8.

⁴⁰ NJA 2007 s. 962.

ostridigt att Frevik skulle lämna en skriftlig orderbekräftelse. Orderbekräftelsen innehöll däremot inte någon precisering av avtalsinnehållet utan endast en bekräftelse på tid och plats för utförandet. Efter utförandet var klart erhöll makarna ett besiktningsutlåtande som det omtalade standardvillkoret fanns i. Makarna hade inte kunnat räkna med att efter uppdragets utförande skulle erhålla standardvillkor som Frevik önskade att ha med i avtalet. Hade standardvillkoren framförts i nära samband med uppdragets beställning och om köparna inte velat bli bundna av villkoren, haft möjlighet att reklamera.

Christina Ramberg belyser särskilt i sin artikel JT Nr 3 2007/08 gällande inkorporeringen av standardavtal och skillnaden mellan näringsidkare och konsument. I kommersiella förhållanden uttalar HD att näringsidkare har med anledning att förvänta sig att det ska tillkomma allmänna villkor för det specifika uppdraget. Till skillnad från konsumentavtal där en sådan anledning inte finns att förvänta sig. Ramberg belyser särskilt att underlåtenheten att göra invändningar får allt mindre betydelse ju längre tid villkoren framkommer efter avtalets ingående.⁴¹ En avtalspart är inte skyldig att betala i efterhand om parterna inte har kommit överens. Standardvillkor som generellt dyker upp i efterhand i en handling som saknar samband till avtalets normala innehåll, kan inte utgöra en del av avtalets. Det kan även förekomma i konsumentavtal där standardvillkor förlagts inuti varan som konsumenten inte hade kunnat förväntat sig med och tar faktiskt del standardvillkoren när varan packas upp.⁴²

3.4.3 Maskinagentursfallet

I maskinagenturs-fallet⁴³ ansåg HD att skiljedoms klausulen inte utgjorde en del av avtalet. Orderbekräftelsen som skickades efter avtalets ingående innehöll ett exemplar på motpartens allmänna leveransbestämmelser som däri befann sig en skiljedoms klausul. Att avtalsvillkoret bringades motparten efter avtalets ingående innebär att parten därmed inte blir bunden av standardvillkoren. Däremot var domen skiljaktig då övriga justitieråd ansåg näringsidkaren som bedrev maskinagenturen insett eller borde inse att motpartens allmänna leveransvillkor gällde. Rättsläget tog en annan riktning av Lastbilscentral-målet⁴⁴ där båda parter var näringsidkare som hänvisade till sina respektive standardavtal. HD kommer fram till att eftersom inga invändningar framfördes under de muntliga förhandlingarna och lastbilcentralen påbörjade

⁴¹ Ramberg, Christina, *Inkorporering av standardavtal*, JT nr 3 2007/08 s. 717 ff.

⁴² Bernitz, (2018), s. 85.

⁴³ NJA 1949 s. 609.

⁴⁴ NJA 1980 s. 46.

presteras blev de bundna av företagets allmänna bestämmelser som innehöll en skiljedomsklausul. HD lägger fram att entreprenören hade avsikt att inte binda sig utan sitt standardavtal och lastbilscentralen borde ha insett detta. HD upplyser även fram två viktiga principer, dels att båda parter var näringsidkare med respektive standardavtal, vilket gjorde lastbilscentralens åberopande osannolikt att de inte kände till motpartens standardavtal när de enkelt kunde söka information om detta, och dels att skiljedomsklausuler inte längre kan anses vara överraskande, oväntade eller betungade i kommersiella förhållanden.

4. Konsumentavtal

4.1 Inledning

Kommande kapitel ska klargöra rättsläget varför konsumenter omfattas av ett mer förstärkt skydd än näringsidkare. Ett direktiv på europeisk nivå implementerades år 1994 som har förstärkt konsumenternas skydd inom medlemsstaterna. Det föranleder att konsumenter anses vara en svagare part och ingår avtal med en underlägsen ställning. Det förutsätts även att konsumenter inte är väl införstådda att olika typer av avtalsvillkor förekommer i olika typer av standardavtal.

4.2 Konsumentförhållanden

Som nämns föregående finns det två typer av standardavtal, gemensamt och ensidigt upprättade standardavtal. De gemensamma standardavtalen förekommer inom den kommersiella sektorn. De ensidigt upprättade standardavtalen förekommer hos företag som ingår konsumentavtal. Mellan dessa två typer av standardavtal finns det en skillnad huruvida den andra partens rättsliga skydd. Konsumenter omfattas av ett betydligt starkare skydd än näringsidkare eftersom konsumenter anses vara svagare. Därigenom avtalsvillkor som strider mot tvingande lagstiftning som är till nackdel för konsumenten är utan verkan mot denne, under förutsättningen inget annat anges i lagen.⁴⁵ Därför har lagstiftarna utformat tvingande lagstiftning som gör det inte möjligt för näringsidkare att kringgå bestämmelserna och försätta konsumenter i sämre position än utgångspunkten. Däremot finns det inget som hindrar näringsidkaren från att komma överens om avtalsvillkor som är mer förmånliga för konsumenten.⁴⁶ För att falla innanför definitionen konsument måste personen omfattas innanför den senaste konsumentdefinitionen som anges i avtalsvillkorsdirektivet när det gäller oskäligen avtalsvillkor i konsumentförhållanden. Definitionen lyder följande att konsumenten är en fysisk person som i samband med avtal handlar för ändamål som faller utanför hans näring eller yrke.⁴⁷

Rolf Dotevall förklarar definitionen av konsument enligt avtalsvillkorsdirektivet. Det läggs inte någorlunda stor vikt på andra omständigheter än avtalsparternas ställning, om de handlar för

⁴⁵ Lagutskottets betänkande, 1989/90:LU35 s. 12.

⁴⁶ Prop. 1989/90:89 s. 25.

⁴⁷ Avtalsvillkorsdirektivet art 2 b.

ändamål som rör deras närings- eller yrkesverksamhet eller inte. Det ligger till grund för konsumenten har typiskt en underlägsen ställning och saknar förmåga i förhandling- och informationsnivå. Vilket kan föranleda att konsumenter godkänner villkor som motparten ensidigt har upprättat utan möjlighet att påverka villkorets innehåll. Direktivet som fundamental punkt ska tillämpas på alla typer av avtal som sluts mellan en näringsidkare och konsument.⁴⁸ Därför har definitionen konsument enligt direktivet erhållit en extensiv tolkning för att skydda samtliga konsumenter i förhållande gentemot näringsidkare.

4.3 Avtalsvillkorslagen

Tidigare relationer mellan näringsidkare och konsumenter hade näringsidkare betydligt större frihet att friskriva eller begränsa sitt ansvar gentemot konsumenter. Konsumenternas rättigheter att åberopa påföljder vid fel i varan eller tjänsten var ytterst minimerad. Näringsidkaren kunde även kräva av konsumenten att bekosta transport till deras affärslokaler för reparation och dylikt. Situationer förekom även där konsumenterna blev bundna av undertecknandet av ordersedeln men säljaren förblev fri förrän köparen tillställt en skriftlig bekräftelse. Storföretagen bildade organisationer och därigenom tog större inflytande över det ekonomiska livet. Storföretagen hade då möjlighet att själva bestämma avtalsvillkoren för de enskilda avtalen. Den enskilde köparens möjlighet att påverka avtalsförhållandena begränsades avsevärt och kom i gråzonen, deras enda alternativ var att acceptera standardvillkoren eller avstå från köpet. Tidigare hade de dispositiva rättsreglerna som byggts upp genom lag och rättspraxis tappat sin verkan och blivit ersatt med formulärrätten. Det föranledde att formulärrätten klassades som ett slags av missbruk av avtalsfriheten inom den kommersiella sektorn där storföretagen skaffade sig ett otillbörligt övertag i förhållande till småföretagen. Alternativet till att förhindra storföretag att utnyttja småföretagare var att tillgripa en lagstiftning med civil- och näringsrättslig natur. Där både småföretag och konsumenter erhåller ett betydligt högre skydd än tidigare.⁴⁹

Avtalsvillkor i konsumentavtal som anses vara oskäligen aktualiserar avtalsvillkorslagen. Syftet med avtalsvillkorslagen är att förbättra det konsumenträttsliga skyddet när det gäller utformningen av standardvillkor. Avtalsvillkorslagen blir direkt tillämplig när en näringsidkare sluter avtal med en konsument och använder villkor vid erbjudandet av en tjänst eller vara där

⁴⁸ Dotevall, *europaisk avtalsrätt i EU-domstolens praxis*, Festskrift till Göran Millqvist, s 223.

⁴⁹ Prop. 1971:15, s. 13 ff.

ändamålet med användningen är enskilt bruk.⁵⁰ Standardvillkor i konsumentförhållanden omfattas av tvingande lagstiftning som inte kan frångås genom avtal. Det har i syfte att skydda den svagare parten, därför avtalsvillkor som strider mot tvingande lagstiftning saknar därmed rättslig verkan mot denne och avtalsvillkoret blir därmed ogiltigt men det befintliga avtalet består som även gäller kommersiella avtal.⁵¹

4.4 Oklarhetsregeln

Oklarhetsregeln är en generell tolkningsmetod som domstolar sällan använder vid tvister. Den innebär grundläggande att en part som upprättat ett avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling på ett oklart och obegripligt sätt får stå sitt kasst och det ska tolkas till konsumentens förmån. Som nämnts tidigare har avtalsvillkorsdirektivet implementerats till nationell rätt genom avtalsvillkorlagen. När direktiv från EU införlivas till nationell rätt följer det av allmän princip att de svenska lagbestämmelserna ska tolkas i ljuset av direktivet

4.4.1 Nationell oklarhetsregel

Tolkningsmetoden innebär att en näringsidkare som har utformat ett avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling är oklar ska villkoret tolkas till konsumentens fördel, 10 § avtalsvillkorlagen. Hävdar näringsidkaren att ett villkor har varit föremål för individuell förhandling har denne bevisbördan för sitt påstående.⁵² Metoden kan således inte aktualiseras om parternas gemensamma partsvikt kan fastställas. Samt om ordalydelsen endast öppnar utrymme för endast en tolkning. Medför avtalsvillkoret en annan innebörd än vad ordalydelsen ger aktualiseras oklarhetsregeln. Vid en samlad bedömning av samtliga tolkningsdata som är oklar ska tolkningsmetoden appliceras och villkoret ska tolkas till konsumentens förmån.⁵³ Det står klart att oklarhetsregeln inte är tillämplig på avtalsvillkor som har varit föremål för individuell förhandling, i de fallen gäller andra tolkningsregler. Det kan vara i sådana fall när konsumenten själv utformar avtalsvillkoret. Oklarhetsregeln kan tillämpas på avtalsvillkor som har inget formkrav, dvs det kan även användas på ett uttalande eller tillägg som görs muntligen och andra situationer där omständigheterna föranleder oklarhet.⁵⁴

⁵⁰ Prop. 1975/76:81 s. 21.

⁵¹ Bernitz, (2018), s. 122, se även Hellner, (1993), s. 91.

⁵² Bernitz, Ulf, *svensk standardavtalsrätt och EGDirektivet om avtalsvillkor*, SvJT 1995 s. 630.

⁵³ Prop. 1994/95:17 s 100 ff.

⁵⁴ Prop. 1994/95:17 s. 51, se även Bernitz, SvJT 1995 s. 631.

4.4.2 EU-rättslig oklarhetsregel

Det råder en distinktion mellan oklarhetsregeln i nationell rätt och med EU-rätt. Svensk rätt tar sikte på ett särskilt avtalsvillkor som är otydligt och oklart formulerat i avtalstexten och den ska tolkas till konsumentens fördel. EUD har genom sin rättspraxis klarlagt synsättet huruvida oklarhetsregeln ska tolkas enligt EU-rättslig metod. Utöver kraven att avtalsvillkoren ska vara formellt och grammatiskt tydliga enligt nationell rätt ska de även vara transparenta för konsumenten. Kravet på transparent grundar sig i att konsumenten typiskt rätt befinner sig i en underlägsen ställning gentemot näringsidkaren i fråga om informationsnivå. Därför ska konsumenten ha möjlighet att ta del av och förstå villkoren och vad de innebär före avtalsslutet. EUD sätter därför ett högre krav på näringsidkarna att strukturera avtalstexten att den inte blir svårläst och brista i transparens, eller utformningen däri villkorens konsekvenser inte blivit tillräckligt klargjorda för konsumenten. Denna vägledning för hur oklarhetsregeln ska tillämpas gäller endast avtalsvillkor i konsumentavtal.⁵⁵

4.5 Elektronisk handel

Det traditionella⁵⁶ tillvägagångssättet för konsumtion har förändrats väsentligt i samband med lanseringen av internet. Majoriteten av företag idag använder sig av en hemsida och erbjuder kunder att ingå avtal elektroniskt. År 2017 gjordes en omsättning på ca 67 miljarder kronor, vilket är en ökning på 16 % i jämförelse med år 2016.⁵⁷ Utvecklingen har också inneburit en starkt utökad användning av ensidigt upprättade standardavtalsvillkor. Standardavtalen har till syfte att minimera transaktionskostnader och effektiviserar handeln jämfört med om företagen istället hade varit tvungna att förhandla med kunderna om köp av varor eller tjänster. Vanligtvis består avtalsinnehållet av dels färdig upprättade standardvillkor, dels individuellt förhandlade avtalsvillkor. I större utsträckning när en konsument ingår avtal med en näringsidkare genom att bruka deras webbplats ingår konsumenterna ett distansavtal. Lag (2005:59) om distansavtal och avtals utanför affärslokaler blir direkt tillämplig när konsumenterna ingår avtal elektroniskt. Det följer av rättspraxis att motparten inte faktiskt behöver ta del av standardvillkoren.⁵⁸ Vilket i teorin är orealistiskt, därför har uttalanden skett att konsumenten utan svårigheter kan ta del

⁵⁵ Bernitz, *Oklarhetsregeln och oskäligen avtalsvillkor: ny rättsutveckling för konsumentavtal*, SvJT 25-04-2019.

⁵⁶ Tre olika sätt att ingå ett avtal på som är juridiskt bindande mellan parterna om deras rättigheter och skyldigheter gentemot varandra: konsensualavta, formavtal och realavtal.

⁵⁷ <http://www.chandel.se/Nu-omsatter-svensk-e-handel-67-miljarder-kronor.11985.html> - Hämtad 2019-04-01.

⁵⁸ NJA 2011 s. 600, domskäl 9.

av villkoren senast i samband med avtalsslutet. Därför uppmanas konsumenten innan avtalsslutet att kryssa i rutan som är avsedd att parten har blivit informerad om villkoren och därigenom accepterat. I distansavtalslagen innehåller det bestämmelser som näringsidkaren måste beakta i samband med ingångna avtal med konsumenter. Det involverar särskild information och konsumenten ska tillställas informationen på ett tydligt och begripligt sätt.⁵⁹

4.6 Konkludent handlande

Som nämns föregående kan avtal ingås med konsumentens faktiskt handlande, att ens prestation uppmanar till ett avtalsslut. I sådana situationer kan konsumenten inte faktiskt ta del av standardvillkoren senast vid avtalets ingående. Återigen ställs det krav på näringsidkaren vidtagit skäligen åtgärder till att uppmärksamma konsumenten om villkoren eller ge anledning att vara medveten om villkoren.⁶⁰ Dessa situationer är mest förekommande inom kollektivtrafiken och anslag på allmänna skyltar. I Parkab-fallet⁶¹ där en konsument använder Parkab allmänna parkeringsområde med avsikt att endast avlasta sitt fordon och inte parkera. Parkabs skylt uppmanade endast avgift för parkering och därigenom ansåg bilföraren inte vara bunden av avtalet och slippa utge avgift för parkering. HD konstaterade att konsumenten inte blev bunden av Parkab standardvillkor eftersom genom den vaga beskrivningen på skylten inte uppmärksammade konsumenten genom skäligen åtgärder att avgift även avsåg av- och pålastning av gods. För att Parkab eventuellt skulle omfattas av skäligen åtgärder hade de på sin skylt givit en hänvisning att 2 § vägtrafikkungörelsen inte tillämpades inom parkeringens område. Det åligger näringsidkarna genom tidigare praxis att kravet på synlighet och tydlighet ställs strängare krav.⁶² Tydlighetskravet omfattar att det rimligen inte kan uppstå ett missförstånd å konsumentens vägnar.⁶³

En konsument blev bunden genom Göteborgs Spårvagns⁶⁴ allmänna resebestämmelser. Taxan för överträdelse hade tillkännagetts genom annonsering och anslag i Göteborg stad. En spårvagnsresenär påsteg spårvagnen och precis innan avstigning slängt sin biljett när kontrollanter utförde biljettkontroll. HD förpliktade resenären att utge Göteborgs Spårvagn

⁵⁹ Bernitz, (2018), s. 65 f.

⁶⁰ NJA 2011 s. 600, domskäl 10.

⁶¹ NJA 1981 s. 323.

⁶² RH 2009:31.

⁶³ Flodgren, Boel, *Felparkeringsrätt - hellre fälla än fria*, s. 64.

⁶⁴ NJA 1973 s. 674.

kontroll- och expeditonsavgift. Detta rättsfall följde principen att Göteborgs Spårvagn hade tillkännagetts deras allmänna resevillkor, genom annonsering och anslag i allmänheten och konsumenten förväntades ha tagit del av dem. Var denna annonsering och anslag har getts är inte beskrivet, vilket kan innefatta i den lokala tidningen, skyltar, anslag och annonsering i radio eller tv. Vilket ålägger konsumenterna ett relativt stort ansvar att vara uppmärksam i samhället vilka regler som gäller för olika branscher.

5. Särskilda standardavtalsvillkor

5.1 Inledning

Kapitel fem har till syfte att redogöra för och utreda klausuler i standardvillkor som omfattas med strängare krav. Avtalsklausulerna som omfattas av den klassificeringen tenderar att försätta köparen i ekonomiska situationer. En konsument som avtalspart i förhållande till en näringsidkare har en underlägsen ställning och kan, med möjlighet inte påverka avtalsvillkoren. Utöver kraven som ställs på avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling tillkommer det strängare krav på klausuler i standardvillkoren som näringsidkaren måste vidta för att uppmärksamma konsumenten. Klausulerna kan även gå under benämningen avtalsvillkor.

5.2 Särskilda klausuler som anses vara ”betungande”

Klausuler en part använder i olika sammanhang kan omfattas av karaktären överraskande, oväntade eller tyngande. Avtalsvillkoren med strängare krav förekommer mestadels i konsumentavtal. Det följer av att konsumenter har en tendens att inte besitta någorlunda djupare kunskap och att avtalsvillkoren försätter konsumenterna i ekonomiska svårigheter. Däremot görs det en distinktion mellan oväntade, överraskande och tyngande avtalsvillkor. Det skiljer sig genom att sätta motparten i underlägsen ställning genom ansvarsbegränsningar respektive avtalsvillkor som dyker upp som förpliktar motparten med olika tilläggskostnader. För ett avtalsvillkor ska anses vara oväntade eller överraskande är att villkoret genom sin ovanlighet framstår som oväntade eller överraskande i den specifika avtalssituationen.⁶⁵ Bernitz hävdar att distinktionen mellan oväntade och överraskande avtalsvillkor är diffusa och det finns ingen direkt precisering mellan dem men ett försök görs i litteraturen. Tyngande avtalsvillkor är sådana avtalsvillkor som försätter eller belastar avtalsparten i ekonomiska svårigheter.

5.3 Överraskande eller oväntade avtalsvillkor

Överraskande eller oväntade avtalsvillkor görs det ingen större distinktion på. Bernitz har försökt kartlägga begreppen genom att dela in avtalstyperna två i olika kategorier. Överraskande avtalsvillkor är vanligt förekommande när olika tilläggsförpliktelser åläggs motparten tex med kompletteringsköp eller någon typ av obligatorisk service. Den andra typen

⁶⁵ Bernitz, (2018), s. 73.

är oväntade som kan vara sådana villkor som finns undagömt i avtalstexten med undanskymd placering som avtalsparten försöker smyga på den andra genom vilseledande rubrik, understruken placering i formuläret, med särskilt finstilt text eller avtalsvillkoret befinner sig gömd på ett företags webbplats.⁶⁶

Adriaresor-fallet⁶⁷ gav en vägledning för överraskande och oväntade avtalsvillkor. Rättsfallet var innan avtalsvillkorsdirektivet tillkom nationell rätt som förstärkte konsumenternas skydd gentemot näringsidkare. I Adrias allmänna resevillkor innehöll det ett villkor som förpliktade resenären att kontakta reseledaren dagen innan hemfärd om resenären avvek från gruppen under resans gång. Personen i fråga gjorde detta och hörde aldrig av sig till reseledaren dagen innan hemfärd. Flygplanet hade ändrat avgångstid och resenären missade denna vilket gjorde att resenären fick ta ett reguljärt flygplan hem. HD uttalade att Adriaresors standardvillkor fanns tillgängligt i näringsidkarens affärslokaler vid tidpunkten för avtalets ingående förutsätter det att researrangören anses vara berättigad att resenären har tagit del av standardvillkoren före avtalets ingående. Under förutsättningarna det inte finns särskilda anledningar föreligger att motta motsatsen. Den principen lever kvar även idag genom tandvårdsfallet att konsumenten inte faktiskt behöver ta del av standardvillkoren för att utgöra en del av avtalet.

Sedermera tog rättsläget en annan riktning med beaktning av avtalsvillkorsdirektivet som harmoniserade nationell lagstiftning med ett förstärkt konsumentskydd. Riktlinjer som PICC, PECL och DCFR⁶⁸ tog domstolen med i sin bedömning vid uppkomna tvister angående införlivande av oväntade, överraskande och tyngande avtalsvillkor. Tandvårdsfallet⁶⁹ var det rättsfall som satte den senaste vägledning gällande införlivandet med avtalsvillkor. Tidigare räckte det att företagen hade sina standardvillkor i affärslokalerna då näringsidkarna med fog kunde förutsätta att konsumenterna hade tagit faktiskt del av avtalsvillkoren om ingen särskild anledning föreligger att anta motsatsen.⁷⁰ HD står fast vid sitt uttalande att det inte krävs att avtalsparten behöver ta faktiskt del av standardvillkoren.⁷¹

⁶⁶ Bernitz, (2018), s. 73.

⁶⁷ NJA 1978 s. 432.

⁶⁸ I tandvårdsfallet hänvisar HD till DCFR allmänna riktlinjer med näringsidkarens skyldighet att vidta skäligen åtgärder när överraskande, oväntade eller betungande avtalsvillkor aktualiseras, se art II.-9:103 (1).

⁶⁹ NJA 2011 s. 600.

⁷⁰ NJA 1978 s. 432.

⁷¹ Bernitz, Ulf, JT Nr 3 2011/12 s. 717 ff.

I tandvårdsfallet uttalade HD att standardvillkor måste bringas till motpartens kännedom före avtalsslutet för att bli en del av avtalet. Avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling, som konsumenten inte med möjlighet att påverka, krävs det att näringsidkaren vidtagit skäligen åtgärder för att uppmärksamma konsumenten om dem senast i samband med avtalets ingående. Strängare krav krävs i fråga om oväntade, överraskande och särskilt tyngande klausuler i standardavtal. I tandvårdsfallet ansåg HD att Karolinska Institutet inte har vidtagit skäligen åtgärder för att uppmärksamma konsumenten om deras allmänna bestämmelser. På baksidan av avtalsdokumentet fanns Karolinska Institutets allmänna bestämmelser och vad som har konstaterat sen tidigare krävs det en tydlig hänvisning, en s.k. referensklausul på avtalsdokumentets framsida för att uppmärksamma konsumenten. Vad HD ansåg att vara överraskande eller oväntat avtalsvillkor i detta fall var att patienten genomgick en tandvårdsbehandling som innebar en montering av en bro i underkäken. Utförandet av tandläkaren ansågs att vara fel i befattning och patienten hävdade att reparation skulle genomföras. För att Karolinska Institutet skulle ersätta omgörningsarbetet stod det i deras allmänna bestämmelser att full betalning först ska erläggas för den ursprungliga tjänsten. Vilket i enlighet av HD:s uttalande utgjorde ett överraskande eller oväntat moment för konsumenten med tanke på konsumenttjänstlagens bestämmelser kan konsumenten hålla inne sin prestation till tjänsten är fullbordad.

5.4 Tyngande avtalsvillkor

Ett tyngande avtalsvillkor brukar oftast placera motparten i ekonomiska svårigheter. I Löövefallet⁷² som involverade en skiljedomsklausul i avtalet mellan en näringsidkare och en enskild firma. Hade tvisten lösts genom skiljedom och motparten förlorat och därmed ersatt motparten samt skiljemännens ersättning respektive arvode hade den förlorande parten hamnat i ekonomisk svårighet. Även med risken att aldrig kunnat ta sig ur knipan och eventuellt hamnat i konkurs. Vad som ingår i domstolens bedömning huruvida ett avtalsvillkor kan anses vara tyngande beaktas flera aspekter. Det kan vara företagets ekonomiska förutsättningar, är motparten en juridisk person, har företaget rätt till statlig rättshjälp, tvisteföremålets värde eller företagets rättsskydds försäkring.

⁷² RH 2012:8.

För att förstå hur ett tyngande avtalsvillkor sätter motparten i ett avsevärt ogynnsammare ställning gentemot sin part har HD genom Index-fallet⁷³ lagt en vägledning. HD har till skäl för sin bedömning lagt fram att det gäller köp och köpeavtalet avser material till ett monteringsfärdigt hus. Det brukar oftast betraktas som en engångsföreteelse för den enskilde. Köpet är mellan en näringsidkare och konsument och tvisten rör sig om en indexklausul⁷⁴. Det inte kan förväntas att konsumenter har kännedom om vilka avtalsvillkor som normalt brukar ingå i avtal av speciella fall. Medans näringsidkaren bedriver näringsverksamhet som ständigt säljer produkter till konsumenter eller till andra näringsidkare. Näringsidkaren som önskar sig att införliva ett särskilt avfattade standardvillkor åligger ansvaret honom att uppmärksamma konsumenten i samband med avtalsförhandlingarna. HD belyser att villkoret anses vara särskilt viktigt avtalsvillkor eftersom avtalet innehåller en indexklausul utan förbehåll för prisändringar.

När motparten inte har kännedom av avtalsvillkoren krävs det alltså ett översändande från säljarsidan som gör det enkelt för köparen att ta del av avtalsvillkoren.⁷⁵ HD i sin bedömning konstaterar att indexklausulen skulle påföra en markant förhöjning av köpesumman, med ungefär 41 % mellan maj till juli och därigenom klassificeras avtalsvillkoret som ett tyngande. Indexklausulen befann sig även i ett särskilt avsnitt i de allmänna leveransbestämmelserna som i huvudsak endast innehåller föreskrifter om leveranstid och leveranssätt. Övrig reglering beträffande leveransen av det beställda materialet med utan någon förtydligande markering eller understrykning. Med beaktning av behovet med konsumentskydd ställs det högre krav på klargörande av tyngande avtalsvillkor när näringsidkare sluter avtal med konsumenter än vid avtal mellan näringsidkare. Innebörden av tyngande standardvillkor som mestadels förekommer i ensidigt upprättade standardavtal är sådana avtalsklausuler som ställer motparten i ett betydligt ogynnsammare läge än vad som hade varit fallet enligt dispositiv rätt.⁷⁶ PICC anger en vägledning för tyngande standardvillkor. Avtalsvillkoret ska alltså vara av en sådan

⁷³ NJA 1979 s. 401.

⁷⁴ Ett standardvillkor som innebär att priser justeras varje år utifrån ett index, vilket förutsätter att priserna stämmer överens med det aktuella prisläget, vanligt förekommande inom lokalhyror.

⁷⁵ Hellner, J, *Kommersiell avtalsrätt*, fjärde uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2002, s. 48.

⁷⁶ Bernitz, (2018), s. 70 ff.

karaktär att motparten med rimlighet inte hade kunnat förväntat sig avtalsvillkoret ska gälla såvida motparten inte uttryckligen har accepterat det.⁷⁷

⁷⁷ UNIDRIOT Principles Art. 2.1.20 s. 69 - "Standard terms of such character that the other party could not reasonably have expected it".

6. Oskäligen avtalsvillkor

6.1 Inledning

Har en avtalspart upprättat ett avtalsvillkor som anses vara oskäligt i förhållande till avtalets karaktär kan domstolen med stöd av generalklausulen tillämpa 36 § avtalslagen. Generalklausulen kan användas i två olika avseenden, jämkning av ett avtalsvillkor alternativt avtalsvillkoret lämnas utan avseende. I grund och botten ligger principen att en helhetsbedömning ska utföras av den domstol som anses vara behörig att pröva frågan i sak.⁷⁸ För att tillämpningen ska ske av generalklausulen förutsätts ett rekvisit vara uppfyllt, oskälighet eller avtalsvillkoret ger upphov till oskäligheten.⁷⁹ Avtalsvillkorsdirektivet generalklausul anges i artikel 3.1 som anges att ett avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling ska anses vara oskäligt om det i strid med kravet på god sed medför en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet nackdel till konsumenten.

6.2 Historisk bakgrund

Innan tillkomsten av generalklausulen behandlade endast avtalslagen bestämmelser om avtalets ogiltighet enligt 28–31 §§ avtalslagen. Tillämpningen av dessa bestämmelser är relativt snäva av domstolen eftersom nationell avtalsrätt följer principen pacta sunt servanda, att avtal ska hållas och vill därmed inte ogiltighetsförklara allt för många avtal. Avtalslagen innehåller däremot en liten generalklausul i 33 § avtalslagen. Generalklausulen avser ogiltighetstalan under förutsättningen om rättshandlingen har stridit mot tro eller heder. Ordalydelsen av den lilla generalklausulen reglerar endast omständigheter vid rättshandlingen tillkomst och tar inte hänsyn till omständigheter efter avtalets ingående vilket generalklausulen i 36 § numera tar hänsyn till.⁸⁰

6.3 Den svenska generalklausulens tillämpningsområde

För att generalklausulen i 36 § avtalslagen över huvud taget ska bli gällande mellan två parter måste ett avtal ha ingåtts. Generalklausulens tillämpningsområde omfattas av en väsentlig bred

⁷⁸ Ramberg, (2016), s. 190.

⁷⁹ Munukka, Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område 36 §, avd 3.2.1 Lexino 2019-05-15.

⁸⁰ Bernitz, (2018), s. 164 ff.

räckvidd som involverar alla förmögenhetsrättsliga frågor.⁸¹ Generalklausulen ska alltså tillämpas på alla typer av förmögenhetsrättsliga rättshandlingar oavsett om det rör sig om fast eller lös egendom, fordringar eller tjänster. Även immaterialrättsliga, associationsrättsliga såväl arbetsrättsliga rättshandlingar omfattas av generalklausulens tillämpningsområde.⁸² Viktigt att poängtera är att avgörandet inte tar hänsyn om det är ett konsumentavtal utan bedömningen ligger således om parten gentemot sin motpart intar en underlägsen ställning eller om parterna är någorlunda jämbördiga.⁸³ Generalklausulen innebär att domstolen kan jämka eller lämna utan avseende olika avtalsvillkor. Avtalsvillkorets innehåll är inte det enda som tas i beaktning utan även avtalsvillkorets verkningar. Avtalsvillkoret behöver inte anses vara oskäligt mellan två kommersiella parter, utan samma avtalsvillkor kan anses vara oskäligt i konsumentförhållanden. Därför är domstolen benägna att göra en helhetsbedömning huruvida avtalsvillkoret påverkar parterna i det enskilda rättsförhållandet.⁸⁴

6.4 Avtalsvillkorsdirektivet om oskäliga avtalsvillkor

Generalklausulen enligt avtalsvillkorsdirektivet lyder att ett villkor alltid ska anses vara oskäligt om det i strid med kravet på god sed medför en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet till nackdel för konsumenten.⁸⁵ Oskäliga avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling regleras även i artikel 3.1 och artikel 3.3 hänvisar avtalsvillkorsdirektivet, som är en icke uttömmande lista till avtalsvillkor som presumeras vara oskäliga. Avtalsvillkoren blir oskäliga i den mån det föreligger särskilda omständigheter som gör avtalstypen i det särskilda fallet oskäligt, förutsatt att avtalsvillkoret inte har varit föremål för individuell förhandling.⁸⁶ Det är allt från friskrivningar, avtalsvillkor som begränsar konsumentens rättigheter till att näringsidkaren ensidigt kan ändra avtalsinnehållet.⁸⁷ Villkorslistan är däremot inte uttömmande vilket innebär att tolka villkorslistan motsatsvis är inte möjligt.⁸⁸ HD valde genom Rehab Centerfallet⁸⁹ att lämna ett avtalsvillkor utan avseende

⁸¹ Bernitz, (2018), s. 168.

⁸² Prop. 1975/76:81 s. 112.

⁸³ Prop. 1975/76:81 s. 117.

⁸⁴ Munukka, Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område 36 §, avd 2.1 Lexino 2019-05-15.

⁸⁵ Avtalsvillkorsdirektivet art 3.1, se även SvJT 1995 s. 631.

⁸⁶ Bernitz, (2018), s 178.

⁸⁷ Avtalsvillkorsdirektivet art 3.3.

⁸⁸ Bernitz, (2018), s. 180.

⁸⁹ NJA 2012 s. 766.

med stöd av generalklausulen i 36 § avtalslagen. Ett gym i sina standardvillkor tillämpade ett villkor att avtalet automatiskt förlängdes med en period på ett år om konsumenten inte skriftligt sade upp det senast en månad innan avtalstidens utgång. Villkor om automatisk förlängning finns reglerat i avtalsvillkorsdirektivet, mer specifikt punkt h och med detta till bakgrund ansåg HD att avtalsvillkoret oskäligt och därmed lämnas utan avseende.

6.5 Konflikten mellan direktivet och generalklausulen 36 § avtalslagen

Det råder konflikt mellan avtalsvillkorsdirektivet generalklausul och generalklausulen i 36 § avtalslagen. Enligt artikel 4.1 tar avtalsvillkorsdirektivet sikte på typen av vara eller tjänst, alla omständigheter i samband med avtalets ingående och övriga villkor i avtalet och i något annat avtal som det är beroende av. Därigenom har EUD framfört att bedömningen ska ske av samtliga villkor i avtalet. Den nationella generalklausulen i 36 § avtalslagen ska rymmas innanför generalklausulen i avtalsvillkorsdirektivet och den praxis EUD senare har utvecklat. Generalklausulens bedömningsgrunder i 36 § avtalslagen ska därmed kompletteras med direktivets generalklausul att standardvillkor i konsumentavtal ska anses vara oskäligt om det ”i strid med kravet på god sed medför en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet till nackdel för konsumenten”.⁹⁰

Nationellt synsätt på generalklausulen är följande om ett villkor i ett konsumentavtal anses vara oskäligt enligt 36 § avtalslagen kan villkoret jämkas eller lämnas utan avseende. Sverige och övriga Norden var angelägna att behålla denna metod och åsidosätta EUD:s regler. Generalklausulen i 36 § avtalslagen ska således rymmas innanför avtalsvillkorsdirektivet och EUD:s rättspraxis. Däremot skrivs det i artikel 6.1 i direktivet att oskäliga villkor inte är bindande för konsumenten och att avtalet ska förbli bindande mellan parterna på samma grunder, förutsatt att avtalet kan bestå utan de oskäliga villkoren. Vilket ger den nationella domstolen en solklar uppmaning att avtalsvillkor som anses vara oskäligt ska lämnas utan avseende och därmed inte jämkas.

⁹⁰ Bernitz, *Oklarhetsregeln och oskäliga avtalsvillkor: ny rättsutveckling för konsumentavtal*, SvJT 25-04-2019.

6.5.1 Banco Espanol de Crédito

I Banco Espanol de Crédito⁹¹ punkt 69 uttalar sig EUD att om en nationell domstol har befogenheten att ändra innehållet i ett befintligt avtal mellan näringsidkare och konsument äventyrar det avtalsvillkorsdirektivet artikel 7.1⁹². Möjligheten till jämkning av avtalsvillkor ger näringsidkare motsatt effekt till avskräckning som föranleder att näringsidkare med vetskap kan använda samma villkor i andra avtal med endast risken att villkoret jämkas men näringsidkaren intressen består. I punkt 70 förklarar EUD vidare att en sådan möjlighet för den nationella domstolen att jämka leder inte till ett gemensamt skydd för konsumenter inom medlemsstaterna.

6.5.2 Brusse

Samma rättsliga fråga aktualiserades i Brussefallet⁹³ där tvisten gällde ett hyresavtal av en bostadslägenhet. Den holländska domstolen lade upp frågan om jämkning var ett alternativ enligt ett stadgande i holländska civillagen. EUD gör densamma bedömning som i Banco Espanol de Crédito och i punkt 58 hänvisar tillbaka till avtalsvillkorsdirektivet artikel 7.1, att jämkning inte medför den avskräckande effekt på näringsidkare att i framtiden använda samma villkor. Har en nationell domstol möjlighet att ändra innehållet i oskäliga villkor, skulle det enligt EUD äventyrliga det långsiktiga syftet med artikel 7 i direktivet.

Sammanfattningsvis får nationell domstol inte ersätta ett villkor som anses vara oskäligt med ett annat villkor som bedöms vara skäligt, eller jämka oskäliga villkor till att de blir skäliga. Utgångspunkten är att villkoret inte får ändras. Villkoret ska helt lämnas utan avseende och bedömas vara ogiltigt. Nationell domstol får dock ersätta ett avtalsvillkor som är oskäligt enligt utfyllnadsregeln, att tillämpa dispositiv rätt i syfte att åstadkomma jämvikt mellan parterna och därigenom undvika för konsumenten ogynnsamma konsekvenser att avtalet i sig blir ogiltigt.⁹⁴ Vad som är viktigt att uppmärksamma är huruvida nationell domstol följer EUD:s rättspraxis i fråga om att avtalsvillkor som anses vara oskäliga ska lämnas utan avseende istället för jämkas. Ett relativt nytt rättsfall är Besiktningsfallet⁹⁵ som tar upp frågan om en ansvarsbegränsning är

⁹¹ C-618/10.

⁹² Medlemsstaterna ska se till att det i konsumenternas och konkurrenternas intresse finns lämpliga och effektiva medel för att hindra fortsatt användning av oskäliga villkor i avtal som näringsidkare sluter med konsumenter.

⁹³ C-488/11.

⁹⁴ Bernitz, SvJT 25-04-2019.

⁹⁵ NJA 2017 s. 133.

skäligt med ett 15 prisbasbelopp. Skadeståndet hade uppgått till 1,9 mkr och genom besiktningsmannens klausul begränsat skadeståndet till 636 000 kr, alltså en utebliven skada på 1,2 mkr. HD kommer till slutsatsen att villkoret inte ansågs vara oskäligt i förhållande till avtalets helhet. Till skillnad från ovannämnda avgöranden går HD direkt till jämkningsfrågan och avviker från avtalsvillkorsdirektivet artikel 7.1 att domstolen med jämkning skulle äventyrliga det långsiktiga syftet att avskräcka näringsidkarna att i framtiden använda snarlika avtalsvillkor. Det diffusa i avgörandet är således att HD uppmärksammar direktivet om oskäliga avtalsvillkor i konsumentförhållanden, vilket indikerar att HD är väl införstådda hur EUD har avgjort sina tidigare domar gällande oskäliga avtalsvillkor. HD valde istället för att jämka avtalsvillkoret ansåg HD att villkoret var skäligt.

6.6 Ex officio

Genom Banco Espanol de Crédito och Brusse har EUD konstaterat att jämkning av avtalsvillkor inte längre ska förekomma. Avtalsvillkor ska lämnas utan avseende enligt avtalsvillkorsdirektivet artikel 7.1 i syfte att skapa ett gemensamt skydd för konsumenter. Näringsidkare inom EU:s gränser ska därigenom avskräckas att använda oskäliga villkor som är nackdel till konsumenterna och i framtiden använda samma villkor i framtida avtal. Det har lett att EUD har slagit fast att nationella domstolar är skyldiga att självmant ingripa om avtalsvillkor är oskäliga. Det betyder att den nationella domstolen utan förfrågan av konsumenterna självmant pröva om ett standardvillkor i konsumentavtal är oskäligt, även fast konsumenterna inte har yrkat på det i domstol. Det ligger till grund för att konsumenter inte känner till sina rättigheter. Konsumenten har dock rättigheten att avstå göra gällande att ett villkor är oskäligt efter domstolen har upplyst konsumenten om det. Denna oskälighetsbedömning EUD har fastställt ska de nationella domstolarna beakta i alla avseenden, dock går det emot tvingande lagstiftning som finns i Rättegångsbalken (1942:740) (RB). 17:3 § RB reglerar att domstolen är endast behörig att pröva de frågor parterna yrkar på. Har en part av misstag framställt ett annat yrkande får domstolen inte korrigera dennes misstag.⁹⁶

⁹⁶ Bernitz, SvJT 25-04-2019.

7. Standardvillkor som sedvänja

7.1 Inledning

I följande kapitel kommer en rättslig utredning göras huruvida standardvillkor enligt sin karaktär kan utgöra sedvänja. Sedvänja är en juridisk term inom den kommersiella sektorn som innebär att företag i samma bransch inte behöver åberopa standardavtal eller avtalsvillkor i deras avtalsförhandling. Eftersom standardavtalet eller villkoren är så inarbetat mellan två specifika parter eller inom branschen att det är uppenbart mellan parterna att standardvillkoren ska gälla. Kapitlet kommer försöka utreda rättsläget under vilka förutsättningar sedvänja förekommer när avtalsinnehållet inte är fastställt.

7.2 Allmän om sedvänja

Ett eller flera standardvillkor kan anses utgöra sedvänja mellan olika parter. Begreppet sedvänja omfattar även begreppen partsbruk, handelsbruk och branschpraxis. Det finns olika kategorier inom avtalsfriheten⁹⁷ men för att förstå innebörden sedvänja måste de först klarläggas. Grundpunkten i den dispositiva rätten är att inte bara avtal medför rättsliga verkningar utan även sedvänja eller andra handlingssätt ger samma effekt. Avtalslagen är uppbyggd på följande sätt och ger uttryck på hur avtal kommer till stånd i samspel med vilja och tillit. Avtalslagens bestämmelser är inte uttömmande som medför att det möjligt att tolka lagen e contrario⁹⁸. Det följer att avtal kan komma till stånd på andra sätt än vad lagen anger och eftersom det inte finns reglerat i lag huruvida handelsbruk, partsbruk eller branschpraxis ska formuleras eller komma till stånd är rättsläget ännu ej klarlagt.⁹⁹

7.3 Partsbruk mellan två avtalsparter

Partsbruk avser ett förhållande mellan två specifika parter som ingår avtal med jämna mellanrum. Deras speciella avtalstyp är etablerat sen tidigare inom en viss affärssektor och kretsen med aktörer är inte alltför snäv.¹⁰⁰ Utgör standardvillkor partsbruk kan det bli en del av

⁹⁷ Inom de områden det råder dispositiv rätt kan parterna själva avvika från lagens bestämmelser som benämns handelsbruk eller partsbruk, sedvänja eller branschpraxis som har företräde framför lagens dispositiva regler, se 1 § andra stycket avtalslagen, 3 § köplagen och 2 § tredje stycket kommissionslagen, Ramberg, (2016), s. 28.

⁹⁸ En tolkningsmetod enligt den juridiska rättsläran, innebär i helhet att en motsatstolkning av lagstiftning görs.

⁹⁹ Ramberg, (2016), s. 85.

¹⁰⁰ Munukka, Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område 1 §, Lexino 2019-04-17.

avtalsinnehållet och representerar standardvillkoren en allmän kutym inom branschen utgör det samma effekt. Men huvudregeln följer genom rättspraxis att hänvisning sker till standardvillkoren och det torde vara tillräckligt när medkontrahenten har tillgång till villkoren med utan svårighet ta del av dem före avtals slutet.¹⁰¹ Det framgår av fotografifallet¹⁰² att partsbruk mellan två parter kan etableras genom enstaka avtalstillfällen, dock under vissa förutsättningar. De första avtalen ingicks under tiden Lag (1960:730) om fotografisk bild, (numera upphävd) var aktuell och det tredje och sista avtalet ingicks när lagen om fotografisk bild hade upphävts och överförts till upphovsrättslagen. I avtalet mellan parterna fanns ingen bestämmelse huruvida användarrättens omfattning var reglerat utan vad som fanns reglerat var timarvodering och ersättning. Med det sagda konstaterar HD att de senare avtalen inte innehöll några begränsningar av användarrätten vilket som är, enligt domstolens bedömning partsbruk.

General Motors-fallet¹⁰³ är ett belysande rättsfall huruvida en näringsidkare blir bunden av motpartens allmänna bestämmelser genom partsbruk. General Motors har sen tidigare fraktat fordon med fraktfartyget Edvard och under en transport skadades två av dessa fordon och General Motors yrkade domstolen att förplikta Edvard utge ersättning för liden skada. Avtalet hade inte upprättats i skriftlig form och i konossementet fanns det en friskrivningsklausul. HD framförde att eftersom General Motors tidigare har sänt styckegods och använt ifrågavarande konossementformulär måste ha antagit godkänt förbehållet om ansvarsfrihet. Senare när olyckshändelsen aktualiseras kunde inte General Motors åberopa skadestånd med tanke att det ingångna avtalet därmed är gällande mellan General Motors och Edvard. Det framgår dock inte av rättsfallet hur många tillfällen General Motors har fraktat styckegods via Edvard men förutsättning torde vara att partsbruket aktualiseras i den mån parterna inte behöver ta del av varandras standardvillkor.

I NJA 1948 s. 620 konstaterade HD att det ursprungliga priset mellan två parter även skulle gälla vid senare affärer. Köparen hade beställt 90 000 rundkubikfot virke mot en betalning för 8 öre rundkubikfot vid första tillfället. Köparen återkom och beställde 126 923 rundkubikfot virke utan pris fastställdes. Säljaren yrkade att ett pris skulle utge 10 öre rundkubikfot. HD konstaterade att säljaren måste ha insett att köparen utgått att sågningen mot en ersättning av 8

¹⁰¹ Lehrberg, (2009), s. 70.

¹⁰² NJA 2004 s. 363.

¹⁰³ NJA 1933 s 260.

öre för rundkubikfot. Säljaren blev enligt HD:s mening bunden av tidigare affärer och partsbruk utgick emellan dem. Domstolen generellt har en vidsträckt tolkning av partsbruk. Fallet tog plats mellan 1944–1945 första köpet och år 1946 återkom köparen med en ny beställning. Domstolen åberopade partsbruk mellan parterna vid andra tillfället. Detsamma utfall aktualiserades i fotografifallet, vid tredje tillfället åberopade domstolen partsbruk mellan parterna när avtalsinnehållet inte kunde fastställas med en viss bestämmelse.

7.4 Handelsbruk

Handelsbruk menas med en sådan sedvänja som omfattar handlingsmönstret inom affärlivet tex hur vägning av material görs, mätning, märkning eller annan kontroll av varor. Handelsbruket omfattas oftast en viss specifik bransch hur företagen förhåller sig till varandra med lastning- och lossning vid en hamn. Vad som kan utgöra handelsbruk inom en specifik bransch kan såväl yttranden av bransch- eller yrkesorganisationer, andra sakkunniga organ eller myndigheter med specialkompetens.¹⁰⁴ Sedvänjan tar alltså över dispositiv rätt men tvingande rättsregler går det inte att avvika från i sitt avtal.¹⁰⁵ I sydkraftsfallet¹⁰⁶ uttalar HD att ett standardvillkor som används allmänt är inte detsamma som att det föreligger ett handelsbruk och därmed kan det inte anses vara bindande mellan parterna. Men utfyllnad av ofullständiga viljeförklaringar görs med hjälp av komplettering med dispositiv rätt, regler som är naturliga för avtalstypen, kutymor och allmänna grundsatser.

Huvudregeln i svensk rätt är att standardvillkor inte betraktas som handelsbruk. Huvudregeln har dock undantag på hur standardvillkor kan bli en del av avtalet genom handelsbruk. Det kan vara standardvillkor under förutsättningen som under en längre tid har tillämpats frekvent av stora företag och som senare har blivit utgångspunkten för avtalets ingående. Standardvillkor kan bli en del av avtalet genom handelsbruk eller annan sedvänja även om standardvillkoren inte har blivit refererad till.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Bernitz, (2018), s. 42 f.

¹⁰⁵ Bernitz, (2018), s. 41.

¹⁰⁶ NJA 1999 s. 629.

¹⁰⁷ Dotevall, (2017), s. 143.

7.5 Branschpraxis

Det kan förekomma inom vissa branscher att standardvillkor införlivas till avtalsinnehållet genom branschpraxis. Att det är så vanligt förekommande inom branschen att som avtalspart inte behöver uppmärksamma motparten att avtalsvillkoren ska gälla. Ett belysande rättsfall är leasingavtalsfallet¹⁰⁸ där ett leasingföretags allmänna bestämmelser utgör en del av avtalet utan att hänvisa till dem. HD fastställer att inom leasingbranschen är det sedvanligt att leasingavtal omfattas av formkrav och bindande löften om ingående avtal görs i skriftlig form. Situationen i fallet var ett företag skulle förvärva ett konkursbo med befintliga leasingavtal som skulle överlåtas till förvärvaren och denna överenskommelsen gjordes i muntlig form via telefon. Leasingföretagets huvudkontor var etablerat i Stockholm med flera kontor nationellt, men platschefen på de olika kontoren omfattades inte av den sedvänja att cheferna kunde självständigt ingå avtal för leasingföretagets räkning, eller att lämna bindande utfästelser om ingående av sådana avtal.

Om standardvillkor utgör sedvänja mellan parterna måste sedvänjan avtalas bort innan avtalets ingående. Det måste parten tydligt visa att den inte vill vara bunden av motpartens sedvänja eller partsbruk. I uppkomna tvister är det inte förutsägbart att rättstillämparna har kännedom om vad just den sedvänjan innebär även om den är bindande mellan parterna. Däremot den part som åberopar att sedvänjan ska gälla har därmed ansvaret att framhäva sedvänjans karaktär.¹⁰⁹ Har parterna använt standardvillkoren tidigare eller de är allmänt kända inom branschen behöver inte anbudsparten tillstålla motparten standardvillkoren för att bli gällande. Även om motparten faktiskt tagit del av villkoren eller känner till innehållet men utan svårighet att enkelt ta del av dem.¹¹⁰

¹⁰⁸ NJA 1992 s. 168.

¹⁰⁹ Manukka, Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område 1 §, Lexino 2019-04-24.

¹¹⁰ Munukka, Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område, 6 §, Lexino, avdelning 2.3, hämtad 2019-05-02.

8. Analys

Den primära rättskällan för införlivande av standardvillkor i svensk rätt är NJA 2011 s. 600. Den kartlägger rättsläget att varken avtalslagen eller annan lagstiftning anger huruvida standardvillkor införlivas till det enskilda avtalet. Ett standardvillkor är som tidigare redogjorts, ett avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling enligt artikel 3.2 i avtalsvillkorsdirektivet. Huvudregeln är således att standardvillkoren måste bringas till motpartens kännedom senast före avtalslutet för att bli en del av avtalet. Har standardvillkoren inte bringats motpartens kännedom kan de bli en del av avtalet endast om näringsidkaren vidtar skäligen åtgärder senast i samband med avtalets ingående. Rättsfallen som åberopas genom uppsatsen har inte uttryckligen angett vad skäligen åtgärder innebär. Vad som fordras av rättsfallen och av den juridiska litteraturen är att sammanförs standardvillkoren tillsammans med de individuellt förhandlade villkoren i samma text ska det anses det vara tillräckligt. Är standardvillkoren emellertid trycka på baksidan av avtalsdokumentet krävs det tydlig hänvisning på dokumentets framsida. Det krävs även en tydlig hänvisning bland de individuellt förhandlade villkoren om standardvillkoren finns i en bifogad fil. Uppfylls några av dessa kraven utgör villkoren en del av det enskilda avtalet.

Efter en utförlig analys av tandvårdsfallet är rättsläget oklart till huruvida standardvillkor införlivas till avtalets helhet. Ett standardvillkors definition enligt avtalsvillkorsdirektivet som uttryckligen inte används, däremot HD använder sig av, är ett avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling, om det har utarbetats i förväg och konsumenten därför inte haft möjlighet att påverka villkorets innehåll. Enligt tandvårdsfallet krävs det av näringsidkaren att bringa motparten kännedom före avtalets ingående för ett standardvillkor ska utgöra en del av avtalet. Vidare i fallet uttalar HD att ett villkor som inte har varit föremål för individuell förhandling, alltså villkor som konsumenten inte har beretts möjlighet att påverka, dvs. ett standardvillkor krävs det av näringsidkaren att vidta skäligen åtgärder på dem senast i samband med avtalsingåendet. Betyder ordalydelsen bringa motparten kännedom samma innebörd som vidtagit skäligen åtgärder? Ett standardvillkor är ett avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling enligt avtalsvillkorsdirektivet.

Domstolen uttalar sig inte om ”rekvisiten” är kumulativa, alternativa eller uttömmande, vilket torde innebära att HD har en extensiv bedömning för hur standardvillkor införlivas, dvs. det finns fler sätt att standardvillkor införlivas än de som anges i rättsfallet. Vilket bör vara högst

vara sannolikt, med hänsyn till avtalslagens uppbyggnad reglerar den specifika fall hur avtal ingås, fullmakter och hur avtal ogiltighetsförklaras. Begreppet skäligen åtgärder indikerar inte ett specifikt fall utan begreppet omfattas med en extensiv tolkning. Där får varje rättsfall, med full beaktning med alla omständigheter som är i samband med avtalet tas med i hänsyn till för att avgöra om näringsidkaren har uppfyllt vidtagit skäligen åtgärder i det specifika fallet, för att uppmärksamma konsumenten. Slutsatsen av vad som uppfattas är att HD uttalar sig om är generella regler och principer som gäller i allmänhet, både i kommersiella respektive konsumentavtal.

Utfallet av huvudfrågan som har styrt uppsatsen är följande att undantaget i huvudregeln inte vidare ges en förklaring vad skäligen åtgärder innebär. Den förklaringen HD ger i tandvårdsfallet är således att näringsidkaren inte har vidtagit skäligen åtgärder för att uppmärksamma konsumenten med förekomsten av standardvillkor. Med detta som har framförts är rättsläget såtillvida oklart gällande vidtagit skäligen åtgärder. Varje ny omständighet kring införlivandet av standardvillkor som bringas bidrar till att fylla de luckor som ännu inte har blivit klarlagda av rättspraxis. Utgångspunkten enligt det senaste avgörandet berättar endast en bråkdel men förutsättningen torde vara att ge motparten anledning att vara medveten om förekomsten av standardvillkor. I Rehab Centerfallet tvistar inte parterna om standardvillkoret inte utgör en del av det enskilda avtalet utan om avtalsvillkoret är oskäligt. Nu blev utfallet att avtalsvillkoret ansågs vara oskäligt. Frågan är hur domstolen hade avgjort om rättsfrågan var införlivande. I tvisten var det ostridigt mellan parterna att konsumenten kunde med möjlighet, faktiskt tagit del av information angående konsumentens avtalsinnehåll på en bildskärm vid receptionen i lokalen. Om avtalsvillkoret hade ansetts varit skäligt, hade bildskärmarna fallit innanför begreppet skäligen åtgärder om konsumenten hade yrkat på det. Dessvärre yrkar inte konsumenten att standardvillkoren inte har blivit införlivade till avtalets innehåll.

Att näringsidkare påtas strängare krav i fråga om oväntade, överraskande och särskilt tyngande klausuler i standardvillkor fastställdes genom föregående rättsfall i punkt 9. Vad är det som gör klausulerna "betungande"? En av flera slutsatser kan vara således det är omöjligt i förväg ha kännedom om klausuler omfattas av "betungande". Ett tydligt exempel är Indexfallet där priset ändrades markant med 41 % under några månader. Tvisten berörde dock ett konsumentavtal och konsumenten hade ingen kännedom om att indexklausulen förekom som en klausul i standardvillkoren. Bortsett från att det är en konsument och inte har någon vidare kännedom om klausulen är det således omöjligt att veta i förväg om en indexklausul medför ekonomiska

svårigheter. Hur kan då en part vidta krav utöver skäliga åtgärder som ställs för ”betungande” villkor. En slutsats gällande ”betungande” avtalsvillkor är således att villkoret inte klassas som ”betungande” innan avtalets ingående utan det är omständigheterna kring avtalssituationen som uppstår därefter. Indexklausulen behöver nödvändigtvis inte ansetts vara tyngande under förutsättningen marknadspriset inte hade förändrats markant från den tidpunkten avtalet ingick till prestation skulle ske. Näringsidkarna får tänka ur ett konsumenträttsligt perspektiv och bedöma om villkoret kan anses vara ”betungande” om villkoret hade varit emot dem själva.

Utifrån vad EUD har konstaterat och deras rättspraxis är att oskäliga avtalsvillkor inte ska jämkas med nedsättning, villkoren ska lämnas utan avseende med hänsyn till artikel 7.1 i avtalsvillkorsdirektivet. Medlemsstater som ansluter sig till EU åtar sig förpliktelser att följa de vägledningar som sätts. Nationella domstolen tenderar att åsidosätta detta, tex genom besiktningsfallet. Tvisten berör ett villkor som begränsar besiktningsmannens skadeståndsansvar. HD utgör en rättslig utredning och beaktar endast jämkning, att nedsätta prisbasbeloppet i sina domskäl, när flera rättsfall från EUD sätter kravet att oskäliga avtalsvillkor som framställs i avtalet ska lämnas utan avseende. Nationell domstol kan däremot ersätta det oskäliga avtalsvillkoret med vad som gäller enligt utfyllnadsregel i nationell rätt, alltså ersätta villkoret med dispositiv rätt och därigenom ge avtalet jämvikt. Dock diskuterar HD endast frågan om att jämka prisbasbeloppet i besiktningsfallet och tar inte ens upp diskussionen att lämna avtalsvillkoret utan avseende. Uppsatsen har inte berört fler rättsfall än ett angående hur domstolen resonerar gällande jämkningen. Det senaste avgörandet torde väga mest. Vad som låg till bakgrund varför HD inte diskuterade jämkningen att lämna villkoret utan avseende förklaras inte. Däremot har Bernitz i sin artikel *”Oklarhetsregeln och oskäliga avtalsvillkor: ny rättsutveckling för konsumentavtal”* stannat inför slutsatsen att HD använder sig av restriktiv bedömning vid användandet vid standardvillkor som anses vara oskäliga. Efter en utförlig jämförelse av EU-rättspraxis och HD-avgörandet kommer uppsatsens slutsats falla innanför Bernitz teori. Nationell domstol inom norden föredrar hellre att jämka avtalsvillkor än att lämna villkoren utan avseende. En faktor kan vara att nationell avtalsrätt är byggd på den erkända principen att avtal ska hållas (*pacta sunt servanda*) och till största möjlighet inte avvika från den. En åtgärd kan vara att upprätta lagstiftning alternativt ett direktiv som förpliktar de nationella domstolarna att följa EUD:s rättspraxis.

Rättegångsbalken är av tvingande karaktär och rättspraxis från EUD fastställer att nationell domstol måste genomföra ett ex officio-prövning vid konsumentavtal. Direktiv som utformas

av EU uppmanar medlemsstaterna att implementera direktiven inom en viss tid till nationell rätt. Därefter är direktiven direkt gällande i samtliga medlemsstater. När väl ett direktiv har implementerats ska den nationella rätten tolkas i ljuset av direktivet. Gällande ex officio-prövningen är det inte fastställt genom direktiv utan genom rättspraxis och skälighetsbedömningen inskränker på nationell rätt. 17:3 § RB begränsar domstolens rätt att pröva frågor som parterna inte åberopar, domstolen får heller inte korrigera misstag. Det mest upplysta avgörandet är besiktningsfallet där HD inte för diskussion kring att lämna villkoret utan avseende utan att jämka villkoret med nedsättning. Däremot tar Rehab Centerfallet upp diskussionen om oskäliga avtalsvillkor enligt den gråa villkorslistan, mer specifikt punkt h. Om HD går så pass långt att resonera kring avtalsvillkorsdirektivet torde HD vara insatt i EUD:s senare rättspraxis eftersom Rehab Centerfallet skedde år 2012. HD finner att villkoret i rättsfallet är oskäligt men inte till bakgrund av EUD:s rättspraxis. En slutsats kan således vara att nationell domstol inte ser EUD:s rättspraxis med samma tyngd som direktiv och kan därmed åsidosätta vägledningen. Vad EU kan göra för att motverka de nationella domstolarnas tillvägagångssätt är att upprätta ett direktiv med bestämmelser som tvingar nationella domstolar att genomföra ex officio-prövningen för att säkerställa ett gemensamt konsumentskydd för alla medlemsstater.

9. Slutsats

Huvudregeln för att standardvillkor ska anses ha blivit införlivat till det enskilda avtalet är att näringsidkaren måste bringa motparten kännedom om standardvillkoren senast före avtalets ingående för att uppmärksamma konsumenten. Avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling, som konsumenten inte har beretts möjlighet att påverka, krävs att näringsidkaren vidtagit skäligen åtgärder senast i samband med avtalets ingående. Högsta domstolen har uttalat sig att reglerna inte gäller några specifika standardvillkor. Vilket innebär att huvudregeln är generell för kommersiella- och konsumentavtal. När oväntade, överraskande och särskilt tyngande klausuler förekommer i standardvillkoren omfattas näringsidkarna av ett strängare krav än vid standardvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling. Där krävs som sagt att näringsidkaren vidtagit skäligen åtgärder. Vad som ger upphov till ”betungande” fastställs inte vid avtalets ingående utan det är hur klausulen utspelar sig över tid. Huruvida det finns någorlunda skillnad i kommersiella- och konsumentavtal föreligger till grund att konsumenter omfattas av tvingande lagstiftning. Avtalsvillkor som strider mot tvingande lagstiftning och är till nackdel för konsumenten är därmed utan verkan. I kommersiella avtalsförhållanden har aktörerna den dispositiva rätten att åvila sig till. I de gemensamt upprättade standardavtalen är åtaganden och riskerna jämt fördelat. Sedan finns det standardvillkor som är mer förekommande i kommersiella avtal än i konsumentavtal och dessa typer är force majeure och skiljedomsklausuler.

Generalklausulen enligt avtalsvillkorsdirektivet reglerar att avtalsvillkoret är oskäligt om det är i strid mot kravet på god sed och medför en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet till nackdel för konsumenten. Generalklausulen i 36 § avtalslagen tar sikte på avtalsvillkor är oskäliga med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheter vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheter i övrigt. Båda generalklausulerna kan tillämpas på alla sorter av förmögenhetsrättsliga frågor men skillnaden ligger att nationell domstol väljer att jämka avtalsvillkor med nedsättning istället för att lämna avtalsvillkoret utan avseende. Vilket EUD har fastställt genom rättspraxis i syfte att åstadkomma ett effektivt skydd för konsumenter inom EU:s gränser i enlighet med avtalsvillkorsdirektivet artikel 7.1.

Sedvänja är ett vidsträckt begrepp inom den juridiska rättsvetenskapen. Begreppet omfattar partsbruk, handelsbruk, branschpraxis och annan sedvänja som har utbildats mellan parterna, 3 § köplagen. Sedvänjan omfattas inte av något formkrav utan sedvänja kan aktualiseras i flera

olika fall. HD har fastställt genom rättspraxis att partsbruk kan uppstå genom enstaka tillfällen. I NJA 1948 s. 620 fastställde domstolen partsbruk mellan parterna andra gången parterna ingick avtal med varandra. I fotografifallet tillämpade domstolen partsbruk vid tredje tillfället avtalet mellan parterna. I General Motorsfallet uppgav aldrig HD hur många tillfällen parterna hade ingått avtal men även där konstaterade domstolen partsbruk. Standardvillkor kan utgöra handelsbruk under förutsättningen villkoren används frekvent av stora företag och sedan blir utgångspunkten för avtalets ingående. Standardvillkor kan utgöra branschpraxis i den mån att standardvillkoren är så pass inarbetade och utgör kutym där parterna förutsätter att villkoren ingår i avtalsinnehållet.

Käll- och litteraturförteckning

Offentliga tryck

Prop. 2001/02:134

Prop. 1994/95:17

Prop. 1989/90:89

Prop. 1975/76:81

Prop. 1973:138

Prop. 1971:15

Laguskottets betänkande 1989/90:LU35

Litteratur

Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars, *Avtalsrätt*, sjätte uppl., Juristförlaget i Lund, 2013

Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, nionde uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2018

Dotevall, Rolf, *Avtal*, första uppl., Studentlitteratur i Lund, 2017

Grönfors, Kurt & Dotevall, Rolf, *Avtalslagen, en kommentar*, femte uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2016

Festskrift till Ronny Hagelberg, Författarna och Jure Förlag AB, Stockholm, 2016

Festskrift till Göran Millqvist, Författarna och Jure Förlag AB, Stockholm, 2019

Hellner, Jan, *Kommersiell avtalsrätt*, fjärde uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2012

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod, teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, andra uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2011

Kihlman, Köplag (1990:931) 3 §, Lexino 2019-04-12

Lerhberg, Bert, *Avtalstolkning*, femte uppl., Institutet för Bank- och Affärsjuridik, Uppsala, 2016

Munukka, Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område 1 §, Lexino 2019-04-24

Munukka, Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område 1 §, Lexino 2019-04-12

Munukka, Lag (1915:218) om avtal på andra rättshandlingar på förmögenhetens område 6 §, Lexino 2019-05-02

Munukka, Lag (1915:218) om avtal på andra rättshandlingar på förmögenhetens område 9 §, Lexino 2019-05-06

Munukka, Lag (1915:218) om avtal på andra rättshandlingar på förmögenhetens område 36 §, Lexino, avd 2.1 2019-05-15

Munukka, Lag (1915:218) om avtal på andra rättshandlingar på förmögenhetens område 36 §, Lexino, avd 3.2.1 2019-05-15

Nääv, Maria & Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, andra uppl., Författarna och Studentlitteratur AB, Lund, 2018

Ramberg, Christina & Ramberg, Jan, *Avtalsrätt*, tionde uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2016

Artiklar

Bernitz, Ulf, *Oklarhetsregeln om oskäligen avtalsvillkor; ny rättsutveckling för konsumentavtal*, SvJT 25-05-2019

Bernitz, Ulf, JT Nr 3 2011/12

Bernitz, Ulf, *svensk standardavtalsrätt och EGDirektivet om avtalsvillkor*, SvJT 1995

Flodgren, Boel, *Felparkeringsrätt - hellre fälla än fria?* JT Net 2018–19. s 48

Ramberg, Christina, *Inkorporering av standardavtal*, JT Nr 3 2007/08

Internetkällor

Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut, <https://sccinstitute.se/tvistlosning/> - Hämtad 2019-05-12

<http://www.ehandel.se/Nu-omsatter-svensk-e-handel-67-miljarder-kronor,11985.html> -

Hämtad 2019-04-01

Rättsfallförteckning

Högsta domstolen

NJA 1933 s. 260

NJA 1949 s. 609

NJA 1973 s. 674

NJA 1978 s. 432

NJA 1979 s. 401

NJA 1980 s. 46

NJA 1981 s. 323

NJA 1992 s. 168

NJA 1998 s. 448

NJA 1999 s. 629

NJA 2000 s. 462

NJA 2004 s. 363

NJA 2011 s. 600

NJA 2012 s. 776

Hovrätten

RH 2009:31

RH 2012:8