



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Anna Ekström Ståhl

Avtalsparters ojämna förhandlingsstyrkor

En utredning av begreppet "underlägsen ställning" och
dess innebörd i kommersiella avtalsförhållanden

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Sacharias Votinius

Termin för examen: Period 1 VT2020

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte	9
1.3 Frågeställningar	10
1.4 Avgränsningar	10
1.5 Metod och material	11
1.5.1 Rättsdogmatik	11
1.5.2 Material	13
1.6 Forskningsläge	15
1.7 Disposition	16
2 RELEVANTA AVTALSÄTTSLIGA PRINCIPER	18
2.1 Kapitelinledning	18
2.2 Principen om avtalsfrihet	18
2.3 Principen om avtalsbundenhet	20
2.4 Skyddsprincipen	21
2.5 Ekvivalensprincipen	23
2.6 Lojalitetsprincipen	24
2.7 Vigilansprincipen	27
3 ALLMÄNT OM 36 § AVTL	29
3.1 Kapitelinledning	29
3.2 Allmänt om bestämmelsen	29
3.3 Bedömningen enligt 36 § AvtL	30

3.4	Partsförhållandets betydelse	33
3.4.1	Paragrafens tillämplighet på olika partskonstellationer	33
3.4.2	Formuleringsförslagen	35
3.5	Generalklausulens användning	37
4	ALLMÄNT OM AVLN	39
4.1	Kapitelinledning	39
4.2	Allmänt om lagen	39
4.3	Lagens förhållande till 36 § AvtL	41
5	SMÅFÖRETAGARE	42
5.1	Kapitelinledning	42
5.2	Kärnområdet	42
5.3	Kvantitativa mått och juridiska former	43
5.4	Bedömning utifrån ett relationsbegrepp	44
6	AVTALSPARTERNAS INBÖRDES STYRKEFÖRHÅLLANDE	46
6.1	Kapitelinledning	46
6.2	Avtalspartens relativa förmåga	46
6.3	Det reella förhandlingsutrymmet	47
6.4	Ekonomiska resurser	51
6.4.1	Ringa ekonomisk styrka	51
6.4.2	Den ekonomiska differensens obetydlighet	54
6.5	Kompetens	57
6.5.1	Kunskap och kompetens	57
6.5.2	Relevant informationstillgång och erfarenhet av den akutella situationen	60
6.5.3	Tillgång till juridisk expertis och oberoende rådgivning	61
6.5.4	Företrädare för parternas intressen	63
6.6	Marknadsposition och beroende	64
6.6.1	Affärsmässigt och ekonomiskt beroende	64
6.6.2	Dominerande ställning	66
6.6.3	Köparsidan, säljarsidan och marknadsgrupperingar	68
6.6.4	Standardavtal	69
6.6.5	Relationer med risk för otillbörligt inflytande	69
6.6.6	Förhållandet till kompetens och ekonomiska resurser	70
6.7	Övriga faktorer som kan påverka partsställningen	71
6.7.1	Övriga faktorer som kan påverka partsställningen	71
6.7.2	Anställningsliknande förhållande	71
6.7.3	Övriga personliga egenskaper	73

7	ANALYS OCH SLUTDISKUSSION	75
7.1	Kapitelinledning	75
7.2	Bedömningen av parternas styrkeförhållande	75
7.3	Småföretagare och konsumentliknande ställning	76
7.4	Faktorer av betydelse för bedömningen	77
7.5	Rättspraxis	79
7.6	Principernas genomslag	80
7.7	Sammanvägd bedömning	81
7.8	Avslutande slutsatser	82
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	83
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	87

Summary

The freedom of contract, the sanctity of contract and the principle of protection are three basic principles within the field of contract law. The freedom of contract includes the freedom to choose whether to contract or not, with whom to contract and on which terms to contract. The sanctity of contract means that once a contract has been agreed upon, the parties must honour their obligations under the contract, which is important from the perspective of predictability. The principle of protection aims to protect certain interests associated with an agreement. These interests are occasionally deemed worthy of protection resulting in exceptions from the principles of freedom of contract and sanctity of contract.

According to the second paragraph of Section 36 of the Contracts Act and the first paragraph of Section 2 of the Terms of Contract between Tradesmen Act, particular attention has to be paid to the need to protect those parties who hold an inferior bargaining position in the contractual relationship, upon determination of the unconscionability of the terms and conditions. However, the sections do not define the meaning of the term inferior bargaining position. The aim of this work is to examine the meaning of the already mentioned notion and this will be done through the traditional legal method. Through legal preparatory work, case law and legal doctrine, certain factors for the evaluation of the contractual inequality can be distinguished. The factors that mainly decide whether a party holds an inferior bargaining position are the party's financial strength, knowledge, market position and dependence.

Small businessmen are often considered having an inferior bargaining position. This is a result of often possessing limited financial resources and knowledge. Given that it is the constellation of the parties in the specific contractual relationship that is to be assessed, it is not only the typical small businessmen that can possess an inferior bargaining position.

With a starting point in the principles mentioned above, and the duty of good faith and the principle of vigilance, discussions can be conducted about the positions of the parties. A party that holds an inferior bargaining position, risks to enter into contracts without a real freedom of contract. In these scenarios, the requirement of duty of good faith can increase for the stronger party, who is not allowed to exploit its financial superiority. At the same time as the duty of good faith increases for the stronger party, the requirement of vigilance decreases for the party who holds an inferior bargaining position.

Sammanfattning

Principen om avtalsfrihet, principen om avtalsbundenhet och skyddsprincipen är tre principer som särskilt brukar framhållas inom det avtalsrättsliga området. Principen om avtalsfrihet innebär en frihet att själv avgöra om ett avtal ska ingås, vem avtalet ska ingås med och vad avtalsinnehållet ska vara. Principen om avtalsbundenhet innebär att avtal ska hållas, detta är viktigt ur ett förutsebarhetsperspektiv. Skyddsprincipens syfte är att skydda vissa intressen knutna till ett avtal. Dessa intressen är ibland så pass skyddsvärda att undantag från principerna om avtalsfrihet och avtalsbundenhet är berättigade.

Av 36 § andra stycket AvtL och 2 § första stycket AVLN framgår att det vid oskälighetsbedömningen av avtalsvillkor ska tas särskild hänsyn till behovet av skydd för part som intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet. Det framgår dock inte av lagtexten vad begreppet underlägsen ställning innebär. Denna framställning syftar till att undersöka innebörden av det nämnda begreppet. Detta görs med hjälp av den rättsdogmatiska metoden. Av lagförarbeten, rättspraxis och doktrin kan vissa faktorer för bedömningen av partsförhållandet urskiljas. De faktorer som främst avgör huruvida en part intar en underlägsen ställning eller inte är dennes ekonomi, kompetens, marknadsposition och beroende.

Småföretagare betraktas ofta vara underlägsna i olika avtalsförhållanden. Detta för att de vanligen har begränsade ekonomiska resurser och kompetens. Mot bakgrund av att det är parterna i det specifika avtalsförhållandet som ska bedömas är det dock inte bara typiska småföretagare som kan inta en underlägsen ställning.

Med avstamp i de ovan nämnda principerna samt lojalitetsprincipen och vigilansprincipen kan diskussioner föras om partsställningen. En part som intar en underlägsen ställning och har ett begränsat förhandlingsutrymme

riskerar att ingå avtal utan någon reell avtalsfrihet. I sådana situationer kan kravet på lojalitet öka på den starkare parten, som alltså inte i alla situationer får utnyttja exempelvis ett ekonomiskt överläge. Samtidigt som lojalitetsplikterna ökar för den starkare parten, minskar kraven på vigilans på den underlägsna avtalsparten.

Förord

Det är med stor förväntan jag skriver dessa inledande men samtidigt avslutande rader. Mina studier på juristprogrammet lider mot sitt slut och inom kort påbörjas ett nytt kapitel. Jag vill rikta ett kärleksfullt och varmt tack till min familj och mina närmsta vänner. Tack för att ni alltid hejar och tror på mig! Tack också till min handledare Sacharias Votinius för inspiration och stöd under detta arbetes gång.

Vilka fantastiska år juristprogrammet och Lund har bjudit på. Stundom har det dock varit bitterljuvt men nu minns jag bara det vackra!

Anna Ekström Ståhl

Lund, 23 maj 2020

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
AVLK	Lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden
AVLN	Lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare
AvtL	Lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BrB	Brottsbalk
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk Tidskrift
LAU	Lagen (1949:345) om rätten till arbetstagares uppfinningar
MD	Marknadsdomstolen
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
PMD	Patent- och marknadsdomstolen
Prop.	Proposition
SkbrL	Lagen (1936:81) om skuldebrev
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
URL	Lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Inom svensk avtalsrätt är principerna om avtalsfrihet och avtalsbundenhet grundläggande. Ett ingånget avtal är i regel bindande för parterna enligt principen *pacta sunt servanda*, vilket är latin för avtal ska hållas. Grundtanken bakom detta är att avtalsparterna anses vara ekonomiskt och socialt likställda och att de därmed kan tillvarata sina intressen själva.¹ Avtalsfriheten utgör en väsentlig del av marknadsekonomi och företagens frihet att avtala. Behovet av förutsebarhet i avtalsförhållanden medför att ingångna avtal inte kan brytas upp eller ej fullgöras hursomhelst, försiktighet med sådana åtgärder måste iakttas.²

Avtalsfriheten gäller dock inte utan inskränkningar. Detta visas bland annat genom att vissa avtal kräver bestämd form för att vara giltiga. Andra avtal kan enligt 3 kap. lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL) förklaras ogiltiga, bland annat på grund av att en avtalspart har utsatts för tvång eller svek. Äldre avtalsrätt utmärktes av stor restriktivitet vad gäller inskränkningar av avtalsfriheten. Detta synsätt har dock succesivt kommit att ändras. Särskilda regler till skydd för svagare avtalsparter har med tiden ansetts nödvändiga. En alltför långtgående avtalsfrihet kan missbrukas av en starkare avtalspart, i praktiken ofta genom att denne ensidigt utformar avtalsvillkor till sin egen fördel men som är till nackdel för motparten.³

Mot avtalsfriheten måste vägas vissa motstående intressen. För en enskild företagare kan avtalsfriheten framstå som tämligen illusorisk. Om det i en bransch tillämpas samma eller liknande standardavtal, saknas i praktiken valfrihet för företagaren. Företagaren har vanligtvis enbart små möjligheter

¹ Prop. 1975/76:81 s. 100.

² Bernitz, Köpmännens avtalsvillkor s. 6.

³ Prop. 1975/76:81 s. 10f och 101.

att anmärka och förhandla bort oskäligen villkor. Detta gör sig extra tydligt vid standardavtal. För att enskilda företagare och branschorganisationer ska kunna nå framgång inom området är det av grundläggande betydelse att lagstiftningen numera utgår från att både konsumenters och näringsidkares avtalsvillkor ska vara balanserade och skäligen.⁴ Det finns numera inom avtalsrätten en tydlig tendens och utveckling mot en mer materiellt inriktad prövning där frågan om avtals skälighet hamnar i centrum.⁵

AvtL:s viktigaste bestämmelse är 36 §. Stadgandet möjliggör jämkning av oskäligen avtalsvillkor. Lagrummet innebär således ett undantag från principen om avtalsbundenhet. Vid tillämpning av 36 § AvtL ska alla omständigheter och förhållanden som åberopas av parterna bedömas av domaren. En omständighet som kan medföra att ett avtal är oskäligt är avtalsparternas ojämna förhandlingsstyrka. Detta framgår av paragrafens andra stycke som stadgar att särskild hänsyn ska tas till behovet av skydd för konsumenter och avtalsparter med underlägsen ställning. Därmed kan bestämmelsen tillämpas till förmån för svagare parter.⁶

Lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare (AVLN) har i 2 § första stycket en liknande bestämmelse om hänsynen som ska tas till skyddsbehovet för part med underlägsen ställning. 36 § AvtL och AVLN utgör hörnstenarna för näringsidkare, vilka intar en underlägsen ställning i ett avtalsförhållande, att ordna till oskäligen avtalsvillkor.⁷

Möjligheterna för att vidta åtgärder mot oskäligen avtalsvillkor beror på vilken avtalsrelation det rör sig om. En första avtalsrelation är den mellan näringsidkare och konsument.⁸ Konsumenter anses per se inta en underlägsen ställning i förhållande till sin avtalspart. En konsument torde inte behöva styrka att den har varit i underläge, det är i så fall motparten som måste visa

⁴ Bernitz, Köpmännens avtalsvillkor s. 6.

⁵ Grönfors och Dotevall, Avtalslagen s. 258.

⁶ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 148–150.

⁷ Bernitz, Köpmännens avtalsvillkor s. 62 f.

⁸ Bernitz, Köpmännens avtalsvillkor s. 6 f.

skäl för att konsumenten faktiskt är att betrakta som jämbördig. Det finns även andra kategorier som typiskt sett anses inta en underlägsen ställning, såsom arbetstagare och hyresgäster.⁹ Ett annat avtalsförhållande är det som ingås mellan jämbördiga näringsidkare. En tredje kategori är avtalsförhållanden mellan näringsidkare där den ena parten intar en underlägsen ställning.¹⁰ Det är vid den sistnämnda kategorin som examensarbetet kommer att fokusera kring. Utöver de nämnda tre kan även privatpersoner ingå avtal mellan varandra.

1.2 Syfte

Syftet med detta examensarbete är att undersöka och utreda begreppet *underlägsen ställning* inom svensk allmän avtalsrätt och som återfinns i 36 § andra stycket AvtL och 2 § första stycket AVLN. Begreppet är inte definierat i lagtexten. Arbetets fokus kommer att ligga på avtalsförhållanden mellan näringsidkare där den ena parten intar en underlägsen ställning. Som ovan nämnts anses konsumenter per se inta en underlägsen ställning. Detta är inte fallet vad gäller näringsidkare. Arbetet ämnar således att utreda när en näringsidkare kan vara att betrakta som underlägsen gentemot sin motpart.

Uppsatsens syfte avses att uppnås genom att utreda vad begreppet *underlägsen ställning* innebär och vad som är avgörande vid bedömningen huruvida parterna är jämbördiga eller inte. För att genomföra denna undersökning kommer uppsatsen även att undersöka och analysera aktuella lagbestämmelser och principer som har ett samband med begreppet eller som har betydelse för bedömningen som görs.

⁹ Jansohn och Kjellin, Vad är oskäligt? s. 73.

¹⁰ Bernitz, Köpmännens avtalsvillkor s. 7.

1.3 Frågeställningar

För att uppfylla uppsatsens syfte kommer följande frågeställning att besvaras:

Vad menas med begreppet underlägsen ställning, det vill säga vilka faktorer tillmäts betydelse vid bedömningen?

1.4 Avgränsningar

Hur mycket det än finns att utreda inom avtalsrätten vad gäller (o)skälighet och jämkning, kommer uppsatsen inte att avhandla de bedömningar som sker utifrån dessa begrepp och funktioner. Framställningen är avgränsad till att utreda begreppet underlägsen ställning, som en faktor som spelar roll vid oskälighetsbedömningen. Oskälighetsbedömningen i sig kommer dock inte studeras djupare än till den grad det är väsentligt för uppsatsens syfte. Vidare kommer uppsatsen enbart att undersöka bedömningen som sker mellan näringsidkare och är därmed avgränsad från konsumentförhållandena. Även andra avtalskonstellationer såsom mellan hyresvärd och hyresgäst samt arbetsgivare och arbetstagare kommer att lämnas därhän.

Som framgår av uppsatsen syfte är det svensk allmän avtalsrätt som kommer att undersökas. Komparativa inslag kommer inte att ske. I begränsad omfattning kommer internationell rätt dock att presenteras, där det kan vara intressant ur ett jämförande perspektiv. Då det är underlägsen ställning inom svensk *allmän avtalsrätt* som kommer att undersökas, kommer andra rättsområden, såsom arbetsrätt och familjerätt, inte att utredas.

Vad gäller rättspraxis sker en avgränsning till domar från Högsta domstolen (HD) och Patent- och marknadsdomstolen (PMD, tidigare Marknadsdomstolen, MD).¹¹ Tingsrätts- och hovrättsavgöranden kommer inte att

¹¹ MD upphörde år 2016 och sedan dess handläggs målen av PMD. Se Marknadsdomstolen: Marknadsdomstolen upphör, <<http://www.marknadsdomstolen.se>>, besökt 2020-05-19.

studeras mot bakgrund av att det är HD:s domar som är prejudicerande och som därmed har ett högre rättskällevärde än domar från lägre instanser.

1.5 Metod och material

1.5.1 Rättsdogmatik

Detta är en rättsvetenskaplig uppsats som syftar till att utreda rättsordningens innehåll. För att göra denna undersökning kommer rättsdogmatisk metod att användas. Rättsdogmatikens uppgift är att fastställa gällande rätt. Denna uppgift har två sidor. Den ena sidan är att beskriva gällande rätt. Den andra sidan är att systematisera rätten. Systematiseringen, som går ut på att identifiera samband, likheter och principer, utgår från beskrivningen av gällande rätt. Därmed har de bägge sidorna ett nära samband.¹²

I detta arbete, som alltså syftar till att utreda innebörden av det lagfästa begreppet *underlägsen ställning*, kommer jag att undersöka argument, förklaringar och resonemang som har förts fram i lagförarbeten, praxis och doktrin. Genom att sedan jämföra, komplettera och nyansera källornas argument och resonemang kommer olika faktorer att kunna fastställas. Utifrån detta arbetssätt kommer därmed gällande rätt att beskrivas och systematiseras.

Den rättsdogmatiska metoden tar sin utgångspunkt i de allmänt accepterade rättskällorna och svaren sökes i lagstiftning, lagförarbeten, rättspraxis och litteratur.¹³ Rättskällevärdets olika element kommer att analyseras för att nå ett slutresultat som återspeglar den gällande rättens innehåll. Behandlingen kommer i likhet med den rättsvetenskapligt inriktade rättsdogmatiken, genomlysas av transparens och ett kritiskt förhållningssätt.¹⁴ De nämnda

¹² Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare s. 49.

¹³ Jareborg, SvJT 2004 s. 8; Kleineman, Juridiska Metodlära s. 21.

¹⁴ Kleineman, Juridiska Metodlära s. 26.

källorna lag, förarbeten, prejudikat och doktrin är per definition väsentliga för utredningen.¹⁵

Vad gäller doktrin är detta dels en källa till information om de vedertagna rättskällorna lagstiftning, lagförarbeten och rättspraxis, dels en form av rättskälla i egen rätt. Doktrinen både uttalar sig om normerna och är en norm i sig själv. Doktrinen ger vidare beskrivningar och gör systematiseringar av det rättsliga materialet. Dessa delar mynnar sedan ut i en sammanvägning. Annat material, såsom utländsk rätt, kan också användas för att berika analysen genom att presentera andra argument. En sådan källa utgör dock inte gällande rätt i Sverige och dess värde blir därmed i många fall marginellt i en rättsdogmatisk studie.¹⁶

Jan Kleineman menar att uttrycket *rättsdogmatik* kan uppfattas förunderligt då begreppet *dogmatisk* framstår som ett påstående om brist på öppenhet och flexibilitet i synsättet. Detta är inte lämpligt inom vetenskapliga discipliner. Enligt Kleineman måste man bortse från den missvisande språkliga kopplingen mellan rättsdogmatik och dogmatisk inställning, då rättsdogmatiken inte överhuvudtaget behöver vara dogmatisk.¹⁷

Nils Jareborg ser inte någon problematik med att ordet *dogmatik* används. Rättsdogmatiken associeras primärt med en rekonstruktion av gällande rätt och därmed även med vissa begränsningar på grund av maktutövning och beslutsfattande av lagstiftaren och domstolarna. Detta i sig hindrar dock inte att utövaren av den rättsdogmatiska argumentationen och metoden vidgar perspektivet och tittar utanför vad som är gällande rätt, i syfte att finna andra svar och nya lösningar. Rättsdogmatiken är dock systemintern och därmed får användaren normalt utgå från bundenheten till systemet.¹⁸

¹⁵ Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare s. 49.

¹⁶ Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare s. 19 och 49.

¹⁷ Kleineman, Juridiska Metodlära s. 26.

¹⁸ Jareborg, SvJT 2004 s. 4 f.

1.5.2 Material

De ovan beskrivna frågeställningarna kretsar kring gällande svensk rätt, det följer därmed naturligt att traditionella svenska rättskällor kommer att analyseras i enlighet med den rättsdogmatiska metoden. Begreppet *underlägsen ställning* återfinns i lagtexten och det är följaktligen där utgångspunkten för uppsatsen kommer att tas. De viktigaste lagrummen för uppsatsen är 36 § AvtL och 2 § AVLN. Nämnda lagrum och deras lagförarbetena kommer att undersökas. Rättsfall, i vilka frågan om underlägsen ställning föreläggat, kommer också att undersökas. Likaså kommer redogörelser och diskussioner i doktrin att studeras.

Enligt Christina Ramberg står det helt klart att förmögenhetsrätten, bortsett från konsumenträtten, främsta källa till utveckling är prejudikat från HD.¹⁹ Mikael Mellqvist är övertygad om att prejudikaten inom det förmögenhetsrättsliga området får allt större betydelse, detta utan att minska de andra rättskällornas betydelse. Prejudikatens ökade betydelse medför också att doktrinen betydelse som rättskälla ökar, då en av doktrinens främsta uppgifter är att kvalitetssäkra prejudikaten genom analyser och värderingar. Samtidigt är AvtL en fundamental rättskälla. HD:s prejudikat har därmed en kompletterande funktion genom att fylla ut luckor och precisera vaga begrepp.²⁰

Arbetet kommer att behandla rättspraxis från HD samt från PMD. Vad gäller förhållandet dessa två emellan är en allmän domstol vid sin civilrättsliga prövning av 36 § AvtL inte bunden av den marknadsrättsliga prövning som PMD har gjort. Om PMD finner att ett avtalsvillkor är oskäligt väger detta konstaterande ändå tungt vid en allmän domstolsprövning av 36 § AvtL. Det hör således till undantagen att en allmän domstol skulle frångå den bedömning som PMD redan har gjort. Det skulle kunna ske ifall speciella omständigheter i det enskilda fallet föreligger som gör fallet avvikande.²¹ Mot

¹⁹ Ramberg, SvJT 2017 s. 773.

²⁰ Mellqvist, SvJT 2017 s. 805.

²¹ Bernitz, Köpmännens avtalsvillkor s. 22 f.

bakgrund av att PMD:s bedömningar ändå väger tungt vid bedömningen utifrån 36 § AvtL, anser jag att det är av stor relevans att även dessa inkluderas i uppsatsen.

Frågan om underlägsen ställning har blivit sparsamt behandlad av HD i praxis.²² Likaså har AVLN enbart tillämpats i några få fall.²³ De prejudikat som finns på området kommer att presenteras och analyseras tematiskt. Rättsfallen har jag hittat genom att söka i rättsdatabaser och genom att undersöka vilka rättsfall som presenteras i de senaste utgåvorna av doktrinen. Underinstansernas praxis kommer inte att undersökas med motiveringen att det just är HD:s prejudikat som har betydelse för rättsutvecklingen och dessa rättsfall har därmed en högre dignitet.

En viktig del för framställningens utarbetande har varit juridisk doktrin. Beträffande uppsatsens andra kapitel har stor ledning sökts i doktrin för att presentera de principer som valts ut för uppsatsen. Några framstående verk som använts för detta är *Avtalsrätt I*, skriven av Axel Adlercreutz, Lars Gorton och Eva Lindell-Frantz, Bert Lehrbergs verk *Avtalsrättens grundelement*, Jan och Christina Rambergs *Allmän avtalsrätt*, *Avtalsrättens normer* författade av Lars Erik Taxell samt Jori Munukkas artikel *Lojalitetsplikten som rättsprincip*.

Vidare har Ulf Bernitz författat flera verk på området som varit till stor hjälp för detta examensarbete. De verk som lägger ett särskilt fokus på småföretagarskyddet bär titlarna *Köpmännens avtalsvillkor*, *Småföretagarskydd mot oskäligen avtalsvillkor*, *särskilt 36 § avtalslagen* och *Standardavtalsrätt*.

För utredning av begreppet *underlägsen ställning* har Andreas Norléns avhandling *Oskälighet och 36 § avtalslagen* samt Claes-Robert von Posts

²² Bernitz, Standardavtalsrätt s. 172.

²³ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 217.

avhandling *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden* varit till hjälp.

1.6 Forskningsläge

Det finns gediget med material att studera inom den allmänna avtalsrättens område. Utöver de verk som nämndes ovan inom materialpresentationen finns bland annat *Avtalslagen en kommentar*, vilken är författad av Kurt Grönfors och Rolf Dotevall.

Frågan om underlägsen ställning har i viss mån studerats och utretts tidigare. Bernitz har, som ovan nämnts, flertalet gånger studerat småföretagarnas ställning. Begreppet har även utretts i andra avhandlingar och verk. Dessa utredningar är i mångt och mycket kortfattade och inte alla gånger särskilt problematiserande. Detta är exempelvis fallet vad gäller Ramberg och Rambergs *Allmän avtalsrätt*. De tar upp området näringsidkare med underlägsen ställning i sitt verk, dock utan att ta frågeställningen till någon längregående utredning.

Norlén har i sin avhandling *Oskälighet och 36 § avtalslagen* infört ett avsnitt som utreder begreppet underlägsen ställning. I sin framställning skiljer Norlén dock inte alltid på konsument och näringsidkare, utan beskriver dessa tillsammans. Mycket av hans diskussion utgår från svaga näringsidkares likheter med konsumenternas ställning. Det är inte enbart denna likhet som går att studera på området, det finns även andra faktorer som är skyddsvärda som författaren inte nämner.

Därutöver finns von Posts tidigare nämnda avhandling *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*. Där finns ett avsnitt som särskilt fokuserar på begreppet underlägsen ställning. Denna undersökning har, utöver synpunktsdiskussion och slutsatser, tre delar: förarbetena, småföretagarskyddet och rättspraxis. Enligt min mening läggs för stort fokus på småföretagarna och detta leder till att andra aspekter såsom

relativitet kommer i skymundan. Därutöver är redogörelsen tämligen kortfattad och den saknar dels en pedagogisk uppställning av faktorerna som kan påverka bedömningen, dels en problematiserande diskussion kring faktorernas inbördes förhållande och ställning.

Mot bakgrund av den betydelse en näringsidkares underlägsna ställning kan ha, både vid en uppkommen tvist och vid en avtalsförhandling, och mot bakgrund av det faktum att begreppet återkommande nämns inom den juridiska doktrinen på området, dock utan någon större problematiserande utredning, anser jag att begreppet förtjänar att utförligare belysas och diskuteras.

1.7 Disposition

Uppsatsens inledningskapitel följs av ett avsnitt med relevanta avtalsrättsliga principer, nämligen principen om avtalsfrihet, principen om avtalsbundenhet, skyddsprincipen, ekvivalensprincipen, lojalitetsprincipen och vigilansprincipen. Dessa presenteras därför att de har ett nära samband med 36 § AvtL och AVLN och därför att det med resonemang utifrån dessa går att diskutera begreppet underlägsen ställnings betydelse. Principerna är också av betydelse för systematiseringen av begreppet underlägsen ställning. Argument utifrån och resonemang kring principerna kommer sedan att återkomma under arbetets fortsatta framställning.

Det tredje kapitel utgörs av en genomgång av 36 § AvtL. Det fjärde avsnittet ger en genomgång av AVLN i de delar som är relevanta för uppsatsens syfte. I det femte kapitlet undersöks begreppet småföretagare. Småföretagarbegreppet anser jag förtjänar ett eget avsnitt då småföretagarna är en grupp som särskilt avses skyddas med hjälp av lagstiftningen som kommer att utredas.

Därefter följer i examensarbetets sjätte kapitel en utredning av avtalsparternas styrkeförhållande och begreppet underlägsen ställning studeras här. Detta

kapitel är indelat utifrån de huvudfaktorer som går att urskilja ur begreppet. Huvudfaktorerna kommer att förklaras och utvecklas till ytterligare faktorer som kan spela roll.

Det sjunde och avslutande kapitlet utgörs av ett analys- och diskussionsavsnitt. Här diskuteras de olika faktorernas betydelse och hur dessa förhåller sig till varandra. De avtalsrättsliga principernas relevans för systematiseringen analyseras också. Analys och diskussion sker dock även löpande i förekommande fall genom uppsatsen i syfte att tillföra en mer nyanserad och lättillgänglig diskussion, i direkt anslutning till det som analyseras.

2 Relevanta avtalsrättsliga principer

2.1 Kapitelinledning

Avtalsrätten utmärks av tre centrala principer, nämligen principen om avtalsfrihet, principen om avtalsbundenhet och skyddsprincipen. Dessa principer genomsyrar hela avtalsrätten.²⁴ Principerna om avtalsfrihet och avtalsbundenhet utgör själva grundpelarna i svensk avtalsrätt. Dessa båda principer har dock sina begränsningar och står inte helt utan inskränkningar. Den strikta tanken att avtal alltid ska följas och upprätthållas enligt dess innehåll har med tiden mjukats upp.²⁵ Innan en redogörelse kommer ske av nämnda principer samt ekvivalensprincipen, lojalitetsprincipen och vigilansprincipen, ska först begreppet rättsprincip belysas.

Med principer åsyftas normativa utsagor, vars karaktärer är allmänna. De kan ses som uppmaningar att optimera vissa förhållanden. Rättsprincipers ställningar kan variera i rättsordningen. De principer som ger vägledning åt en domare härleds från lagregler eller rättspraxis. Sådana principer som går att utläsa ur lagregler väger tyngst, men även principer från rättspraxis och branschsedvana är av värde.²⁶

2.2 Principen om avtalsfrihet

Rätten för varje individ att fritt ingå avtal är en av de principer som avtalsrätten bygger på. Avtalsfriheten innebär att en individ har en omfattande självbestämmanderätt. Principen är uppbyggd av tre beståndsdelar. Först och främst får individen själv välja om den överhuvudtaget vill ingå avtal, eller om den vill avstå från detta. Vidare innefattar avtalsfriheten rätten att avgöra

²⁴ Taxell, Avtalsrättens normer s. 30.

²⁵ Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz, Avtalsrätt I s. 44 och 28.

²⁶ Grönfors och Dotevall, Avtalslagen s. 265 f.

med vem avtalet ska ingås. Den tredje beståndsdel är att parterna själva beslutar om avtalsinnehållet och därmed avgör vad avtalet ska omfatta.²⁷

Avtalsfriheten utgör en viktig del av marknadsekonomin.²⁸ Med hjälp av olika avtal kan medborgare välja hur de vill disponera över sina tillgångar. Det finns dock inskränkningar i principen om avtalsfrihet. Inskränkningarna motiveras av olika skyddsargument, bland annat argument om att skydda medborgares liv och hälsa och för att garantera dem möjligheter att på rimliga villkor kunna ingå avtal. Avtalsfriheten påverkas av allmänna värderingar och samhällsorganisationen.²⁹

Avtalsrätten har således aldrig varit total. Begränsningarna i såväl avtalsfriheten som i avtalsbundenheten har ökat i både antal och betydelse under det senaste seklet. Avtal med förpliktelser som hör till privatlivet anses i princip inte vara rättsligt genomdrivbara. När avtal har tillkommit i vissa kvalificerat otillbörliga situationer är de inte giltiga. Detsamma gäller för avtal som står i strid med lag eller goda seder. Det råder inte heller en absolut frihet att välja sin medkontrahent. Diskriminering av kunder är straffsanktionerat för all näringsverksamhet enligt 16 kap. 9 § brottsbalken (BrB). Därutöver kan det för vissa verksamheter, framförallt sådana som har en stor allmännyttig betydelse eller som har tillståndsplikt och en offentligt sanktionerad monopolställning, råda en kontraheringsplikt som gör att de är skyldiga att tillhandahålla allmänheten en särskild tjänst eller annan nyttighet. Avtalsfriheten är även begränsad genom tvingande regler som är till för att skydda konsumenter och andra svaga och underlägsna avtalsparter.³⁰

²⁷ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 33.

²⁸ Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz, Avtalsrätt I s. 28.

²⁹ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 36.

³⁰ Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s. 68 f.

2.3 Principen om avtalsbundenhet

En annan princip som är av grundläggande betydelse inom avtalsrätten är principen om avtalsbundenhet, *pacta sunt servanda*. Principen innebär att löften ska hållas och den konstruerar därmed en skyldighet för parterna att efterleva och förverkliga avtalet.³¹ Partsbindningsfunktionen är avtalets mest fundamentala uppgift. Partsbindningen gör att avtalet för parterna fungerar som ett instrument dels för att tillförsäkra sig vissa prestationer, dels för att göra tillitsväckande utfästelser i förhållande till motparten.³² Syftet med att parterna ingår ett avtal är naturligtvis att avtalet ska fullgöras och det är av stor vikt att en avtalspart kan känna sig säker på att medkontrahenten också kommer att fullgöra sin del av avtalet. Detta tryggas genom en rättsligt sanktionerad princip om avtalsbundenhet.³³

Anledningen till att principen intar den viktiga roll som den gör är att avtalsparterna måste kunna lita på att avtalet är bindande. Detta grundar sig i en allmän rättspolitisk synpunkt och utgör en grund för både lagstiftning och rättspraxis.³⁴ Avtalsbundenheten är även viktig för omsättningsintresset. Det är av väsentlig vikt för detta intresse att avtalsuppfyllelsen är förutsebar och att den på ett effektivt sätt kan säkras.³⁵

Principen härstammar från fundamentala regler för den mänskliga samvaron och förklaras ligga i avtalsparternas egna intressen. Principen tjänar även samhällsnyttan i stort. Det ter sig naturligt att principen om avtalsbundenhet upprätthålls genom rättsliga sanktioner. Måhända att ett samhälle skulle kunna klara sig utan en rättsligt sanktionerad avtalsbundenhet och istället förlita sig på icke-rättsliga faktorer, såsom socialt tryck. Att avtalsbundenheten är rättsligt sanktionerad ökar dock säkerheten då detta möjliggör för parterna att påkalla statligt ingripande. Säkerheten ökar också

³¹ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 33.

³² Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz, Avtalsrätt I s. 27 f.

³³ Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s. 69.

³⁴ Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz, Avtalsrätt I s. 44.

³⁵ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 35.

indirekt genom att den inverkar på parternas villighet att frivilligt fullgöra sina förpliktelser.³⁶ En förutsättning för acceptans av avtalets bindande verkan har traditionellt sett varit att avtalet bygger på frivillighet. Avtalsbundenheten kan ses som ett utflöde av en individs självbestämmande rätt. Därigenom har principen om avtalsbundenhet ansetts ofrånkomligt förknippad med en långtgående avtalsfrihet.³⁷

Principen om avtalsbundenhet spelar en särskilt viktig roll för svagare parter, vilka inte kan dra nytta av en fysisk, ekonomisk eller social överlägsenhet.³⁸

2.4 Skyddsprincipen

Både principen om avtalsfrihet och principen om avtalsbundenhet har sina inskränkningar. Det är bland annat parternas behov av ett visst skydd som motiverar undantagen.³⁹ Det är en generell rättspolitisk strävan att skydd erbjuds för intressen som kan höra ihop med avtal.⁴⁰ Äldre rätt utmärktes av en stor återhållsamhet gällande inskränkningar av avtalsfriheten. Restriktiviteten har dock mjuknats upp då det har ansetts behövligt med särskilda regler till skydd för svagare parter i avtalsförhållanden.⁴¹

De klassiska ogiltighetsgrunderna tillmäter inte skyddsprincipen någon större vikt. Det går i och för sig att påstå att en person som utsätts för exempelvis tvång eller svek intar en underlägsen ställning. Reglerna på detta område utgår emellertid inte från att vissa grupper har ett särskilt skyddsbehov, de tillämpas likadant oavsett vilken ställning den tvungne eller förledd intar.⁴²

Skyddsprincipen har en stark ställning i modern rätt. Den starka ställningen framgår av 36 § andra stycket AvtL som säger att särskild hänsyn ska tas till

³⁶ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 33–35.

³⁷ Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s. 67 f.

³⁸ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 34.

³⁹ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 36.

⁴⁰ Taxell, Avtalsrättens normer s. 39.

⁴¹ Prop. 1975/76:81 s. 10.

⁴² Svensson, Avtalsfrihet och rättvisa s. 235.

part som intar en underlägsen ställning. Skyddet påverkar kraven på lojalitet som ställs på den överlägsna parten och ansvaret för det egna handlandet som kan krävas av en underlägsen part. Skyddslagstiftningen utgår från tanken att vissa grupper på grund av oerfarenhet och kunskapsbrister inte har samma möjligheter som vissa andra att på ett informerat och rationellt sätt ingå avtal. Skyddsprincipen medverkar till att motverka dessa risker och till att stärka en underlägsen parts förhandlingsposition.⁴³

Det rör sig framförallt om parternas skydd i förhållande till varandra och skyddsprincipen har för parterna två inriktningar. Den ena sidan utgörs av avtalsbundenheten. Det är fundamentalt att garantera att avtalet kommer att bli förverkligat och att samverkan mellan parterna kommer att fungera i enlighet med avtalet. Avtalsbundenheten utgör på så sätt själva grundpelaren i partsskyddet och den skyddar alla avtalsparter. Var och en ska erhålla och utföra det den är förpliktad, men mer än så krävs inte. Från den här synvinkeln existerar inte något motsatsförhållande mellan avtalsbundenheten och behovet av skydd.⁴⁴

Den andra sidan utgörs av behovet av att ibland, helt eller delvis, befrias från avtalsbundenheten. En avtalsparts intresse av att befrias från avtalsbundenheten kan ibland vara så starkt att det berättigar rättsordningens stöd. Det är dock inte tillräckligt att en parts intressen skulle bli åsidosatt om avtalet fullgörs. En rättsligt relevant grund för att avtalsbundenheten ska upplösas måste vara för handen. Det kan exempelvis röra sig om ogiltighetsgrunder och oskäligen avtalsvillkor. Här uppstår en konflikt mellan avtalsbundenheten och partsskyddet. En avvägning mellan parternas intressen får här göras utifrån objektiva kriterier. Skyddsprincipen gäller för alla parter, dock vanligen för part i underläge.⁴⁵

⁴³ Svensson, Avtalsfrihet och rättvisa s. 235 och 239.

⁴⁴ Taxell, Avtalsrättens normer s. 39.

⁴⁵ Taxell, Avtalsrättens normer s. 40 f.

Skyddsprincipen med sina olika förgreningar, existerar som en röd tråd i hela avtalsrätten. Principen uppträder stundom i överensstämmelse med och stundom i motsättning till principen om avtalsbundenhet och avtalsfrihet.⁴⁶

2.5 Ekvivalensprincipen

Det existerar en grundläggande motsättning inom avtalsrätten. Visserligen är utgångspunkten att parterna själva bäst beslutar vilka avtal de vill ingå och att rättssystemet inte ska ingripa. Samtidigt existerar även tanken att avtal ska ha en viss balans och att de ska tillskriva parterna jämförbara prestationer. Den senare tanken, ekvivalenstanken, återfinns i 36 § AvtL som möjliggör jämkning och ogiltigförklaring av oskäligen avtal, trots av parterna frivilligt ingått avtalet.⁴⁷ Att det ska råda en jämvikt mellan avtalsparternas prestationer är en gammal idé vars ursprung återfinns i den romerska rätten.⁴⁸

Vad gäller avtalsrättsliga regler går det att se en skillnad på procedurrättvisa och substantiell rättvisa. Ett avtal som uppfyller kraven på procedurrättvisa kännetecknas av att det har blivit till på ett rättvist sätt, antingen för att ena parten avstått från vissa handlingar, såsom tvång och svek, eller för att parten i vissa fall hjälper motparten även om detta inte har överenskommit i avtalet, exempelvis på grund av en upplysningsplikt. För att avgöra om kravet på procedurrättvisa är uppfyllt ska särskilt beaktas om en avtalspart har avgivit sitt löfte genom frivillighet och att det har skett på ett rationellt och informerat sätt. Den substantiella rättvisan knyter däremot an till olika teorier om att parternas prestationer bör vara likvärdiga och ekvivalenta. Den senare nämnda rättvisan förutsätter att det inte finns något missförhållande mellan avtalsparternas prestationer.⁴⁹

⁴⁶ Taxell, Avtalsrättens normer s. 41.

⁴⁷ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 42.

⁴⁸ Dotevall, SvJT 2002 s. 446.

⁴⁹ Svensson, Avtalsfrihet och rättvisa s. 202 och 245.

Ekvivalensprincipen knyter an till tanken om substantiell rättvisa. Läran har dock under tidens gång blivit utsatt för kritik. Ett argument har varit att det inte går att fastställa ett rättvist pris, ett annat att avtalsfriheten kräver att parterna själva bestämmer prestationerna. Under 1900-talet återkom tanken att parternas prestationer ska vara skäliga, detta resulterade i skyddslagstiftning till förmån för svagare parter. Det som kännetecknar både den klassiska och den moderna läran är att bedömningen utgår från ifall det avtalade priset avviker ifrån det gängse priset på marknaden.⁵⁰

Ekvivalenstanken grundar sig i idén om att avtalsprestationerna innefattar objektiva värden som ska vara balanserade med varandra.⁵¹ När ett avtalsinnehålls skälighet ska bedömas är ett väsentligt rättviseargument därmed att det ska råda balans mellan parternas rättigheter och skyldigheter. Det är inte enbart värdet av prestationerna som avses. Visserligen är betalningen för en vara eller en tjänst ett viktigt kriterium för bedömningen, men även riskfördelning och andra avtalsförpliktelser är av betydelse.⁵² En friskrivning i ett köpeavtal kan vid första anblick te sig oskälig. Om det dock framkommer att klausulen blivit ingående förhandlad och är åtföljd av en prissänkning, är det naturligt att den ändå kan godkännas. Nackdelarna för köparen vägs upp av att varan får köpas till ett lägre pris, vilket medför att en jämvikt uppstår mellan parternas prestationer.⁵³

2.6 Lojalitetsprincipen

En utveckling som går att se inom förmögenhetsrätten är att tidigare dolusgrundade regler om hederlighet i stor utsträckning har kompletterats av culpgrundade regler om omtänksamhet visad gentemot motparten.

⁵⁰ Svensson, *Avtalsfrihet och rättvisa* s. 245 f.

⁵¹ Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt* s. 43.

⁵² Dotevall, *SvJT* 2002 s. 442 f.

⁵³ Svensson, *Avtalsfrihet och rättvisa* s. 253.

Lojalitetspliktens ställning har succesivt stärkts inom förmögenhetsrätten sedan mitten av 1900-talet.⁵⁴ Principen inryms i 36 § AvtL.⁵⁵

Avtalsparterna har lojalitetsförpliktelser gentemot varandra för att avtalsuppfyllelsen ska möjliggöras och underlättas. Detta sker med syftet att parterna genom ömsesidigt hjälpande ska få ut så mycket som möjligt av avtalet.⁵⁶ Lojalitetsplikten definieras ofta som en plikt att iaktta och tillvarata motpartens intressen.⁵⁷ Avtalet innebär inte att en part uteslutande ska tillvarata sitt eget intresse, utan den ska också vara lojal och hjälpa sin motpart. Grundidén är dock att en part först och främst ska tänka på sig själv, men där det inte kostar för mycket ska parten även agera aktivt till motpartens förmån.⁵⁸

Ramberg och Ramberg illustrerar detta genom två olika typer av avtalsbetraktelser. Ett sätt att betrakta ett avtal är att se avtalet som en paj som ska delas mellan två parter. Ju större del av pajen den ena parten får, desto mindre får den andra. Använder man denna synen på avtalet blir det märkligt att tala om lojalitet. Ett krav på den ena parten att vara snäll och dela med sig av pajen, innebär per automatik att läget även försämras för parten själv. Det andra sättet som går att använda för att betrakta ett avtal är att se det som en lyckotrappa. Många avtal eftersträvar att skapa ett mervärde för båda parterna. Innan avtalsslutet kanske den ena parten befinner sig på lyckosteg fyra och den andra på lyckosteg sju. Parterna kommer överens om att ingå ett avtal därför att båda två kommer att gynnas och hamna högre upp på lyckotrappan, förslagsvis steg åtta respektive tio. Genom att betrakta ett avtal som en lyckotrappa blir det mer naturligt med lojalitetsresonemang. Parterna är skyldiga att hjälpa varandra att ta sig högre upp på trappan, så länge detta inte medför att parten själv hamnar längre ner än var den stod innan hjälpåtgärden vidtogs.⁵⁹

⁵⁴ Munukka, SvJT 2010 s. på s. 837

⁵⁵ Grönfors och Dotevall, Avtalslagen s. 266.

⁵⁶ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 38.

⁵⁷ Munukka, SvJT 2010 s. 837.

⁵⁸ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 38 f.

⁵⁹ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 39.

Definitionen kan accepteras inom hela avtalsrätten, men den kan då i vissa fall vara alltför vag och i andra fall alltför omfattande. Lojalitetsnormen varierar beroende på avtalsförhållande och avtalstyp. Därutöver är den vanligen asymmetrisk, därigenom att kravet på ansträngningar som ställs på en part, kan vara högre än de som ställs på den andra parten.⁶⁰

Lojalitetsplikten står i nära relation till andra grundläggande begrepp inom avtalsrätten, däribland rättsmissbruk och skälighet. Genom den successiva expansionen har dessa närmast sig varandra och samtliga har karaktären av principer. Tillsammans utgör dessa tre komponenter i det större normkomplexet lojalitetskravet. Lojalitetsplikten, eller lojalitetskravet, går att uppfatta som en motståndare till avtalsfriheten. Lojalitetsprincipen är inte en princip som generellt intar rollen som den främsta principen, men den har kraft nog att slå igenom de första avtalsrättsliga principerna. En funktion lojalitetsplikten har är att den är en regulator, såsom en allmän avtalsrättslig proportionalitetsprincip och begränsare av avtalsfriheten. Detta gäller särskilt om avtalsfriheten ges den klassiska, strängt affärsmässiga tolkningen.⁶¹ Ramberg och Ramberg menar att lojalitetsplikten, som självständig grund, sällan ger något stadigt stöd. Principen fungerar snarare som ett stöd för tolkning av lagregler och avtal.⁶²

Ramberg har vidare anfört att HD indirekt tycks ha uttryckt att lojalitet inte utgör en självständig rättsgrund. Ramberg drar denna slutsats i en analys av rättsfallet NJA 2009 s. 672, *Malmbergsbagaren*. Tvisten rörde uppsägnings-tid vid långvariga samarbetsavtal. Slutsatsen dras mot bakgrund av att resonemang om lojalitet fick stort utrymme i hovrättens dom, men utelämnades helt i HD:s domskäl. Ramberg tolkar detta som att lojalitetsresonemangen är inbakade i bedömningen av rättsfallets kärnfråga och att lojalitetsargumentation inte skulle fylla någon självständig funktion. Ramberg tolkar HD:s tystnad i domen som en varning riktad mot både domare

⁶⁰ Munukka, SvJT 2010 s. 837.

⁶¹ Munukka, SvJT 2010 s. 839 och 843.

⁶² Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 40.

och ombud om att juridisk argumentation eller domskäl inte ska stödjas direkt på lojalitetsprincipen.⁶³

I nordisk rättsdoktrin råder det inte fullständig överenskommelse om vilka rättsliga fenomen som ska hänföras till lojalitetsplikten. Det finns hursomhelst ett kärnområde av lojalitetsförpliktelser.⁶⁴ En lojalitetsförpliktelse är skyldigheten att informera och hålla motparten underrättade om betydelsefulla händelser. Det kan exempelvis röra sig om information om när en transport beräknas ankomma. Informationsskyldigheten är ofta preciserad i avtalsklausuler, såsom leveransklausuler. Försummar en part att informera motparten kan det innebära att ett avtalsbrott har skett. För en del avtal finns det en upplysningsskyldighet, exempelvis vid försäkringsavtal. Försummelse att iaktta en upplysningsplikt kan innebära att försäkringskyddet försvinner. En part kan även vara skyldig att mer i detalj förklara för motparten vad en avtalad prestation går ut på, exempelvis en produkts användning och beskaffenhet. Om sådana förklaringar inte ges, kan avtalets innehåll fastställas till fördel för motparten och en tillämpning av 36 § AvtL kan bli aktuell.⁶⁵

En annan lojalitetsförpliktelse är att begränsa motpartens förlust. Om en part har råkat ut för en skada på grund av motpartens avtalsbrott, har parten en lojalitetsplikt att vidta rimliga åtgärder i syfte att begränsa sin egen skada. Här innefattas också bevaringsplikt och vårdplikt. Ytterligare en lojalitetsplikt är att iaktta sekretess och inte avslöja affärshemligheter och know-how.⁶⁶

2.7 Vigilansprincipen

Ett samhälleligt intresse är att avtalsparter är noggranna och varsamma. Denna tanke återspeglas i vigilansprincipen, som utgår från att parterna i eget

⁶³ Ramberg, SvJT 2010 s. 94 och 97.

⁶⁴ Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt s. 15.

⁶⁵ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 41.

⁶⁶ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 41 f.

intresse måste vara uppmärksamma och försiktiga vad gäller avtalets risker.⁶⁷ Enligt vigilansprincipen har varje avtalspart en skyldighet att på ett omsorgsfullt sätt ta tillvara sina egna intressen. Termen vigilans innebär just vaksamhet. En avtalspart som inte agerar i enlighet med vigilansprincipen, utan agerar på ett vårdslöst vis, löper risk att stå utan rättsordningens stöd för att i efterhand skydda sina intressen.⁶⁸

Ett vigilant agerande kan exempelvis vara att skaffa sig komplett information om vad ett avtal innebär. Regler om undersökningsplikt är ett utflöde av vigilansprincipen. I och med att principen innebär att en avtalspart ska tillvarata sina egna intressen, torde lojalitetsprincipen utgöra en motsats till vigilansprincipen. Om dessa två principer uppfattas som motsatspar kommer argumenten för lojalitetsprincipen samtidigt att bli argument mot vigilansprincipen. Norlén menar dock att detta synsätt skulle ge en avtalspart alltför långtgående möjligheter att dra nytta av medkontrahentens misstag med hänvisning till att motparten borde ha sett sig för noggrannare.⁶⁹

⁶⁷ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 43.

⁶⁸ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 212.

⁶⁹ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 213–215.

3 Allmänt om 36 § AvtL

3.1 Kapitelinledning

AvtL:s mest betydelsefulla paragraf är generalklausulen i 36 §. Bestämmelsen infördes i lagen år 1976.⁷⁰ 36 § AvtL blir flitigt åberopad i tvister som en grund för jämkning. Den möjligen största betydelsen för paragrafen är att den tillger en särskild roll åt flera grundläggande principer inom hela den svenska avtalsrätten. Mot bakgrund av att det går att finna generalklausuler inom andra rättsområden, t.ex. associationsrätten, betecknas vanligen 36 § AvtL som den allmänna avtalsrättsliga generalklausulen.⁷¹

Generalklausulens typiska egenskap är att den inte kan utgöra grunden för en regelrätt, formell subsumtion. Denna egenskap delar bestämmelsen med de rättsliga normer som kallas principer.⁷²

3.2 Allmänt om bestämmelsen

36 § AvtL består av fyra stycken. Det första stycket i paragrafen fastställer förutsättningarna för oskälighetsprövningen och rättsföljderna som kan följa. I det andra stycket markeras den särskilda hänsynen som ska tas till behovet av skydd för den som är konsument eller annars intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet. I det nästkommande stycket utvidgas tillämpningsområdet även till andra rättshandlingar, detta går hand i hand med rubriken för lagen, nämligen avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Det sista stycket hänvisar till lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (AVLK).⁷³ Jämkning enligt paragrafen kan ske i både utvidgande och inskränkande riktning. Bestämmelsen kan

⁷⁰ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 148.

⁷¹ Grönfors och Dotevall, Avtalslagen s. 255.

⁷² Grönfors och Dotevall, Avtalslagen s. 266.

⁷³ Grönfors och Dotevall, Avtalslagen s. 255.

användas för att jämka ett avtal antingen genom att ändra befintliga avtalsvillkor eller genom att skapa nya.⁷⁴ Avtal kan även lämnas helt utan avseende. Lagrummet innebär därmed ett undantag från principen om avtalsbundenhet. 36 § AvtL är ett exempel på modern lagstifnings-teknik där en samlad bedömning av flera faktorer ska göras och sammanvägas.⁷⁵

Syftet med paragrafen är inte bara att skydda konsumenter, utan till viss del även andra kategorier av avtalsparter. Detta framgår av att bestämmelsen ersatt flera andra generalklausuler för olika avtalstyper, vars målgrupper inte till största del varit inriktade på konsumentskydd. 36 § AvtL har ersatt bland annat den äldre 36 § AvtL om vitesjämkning, 8 § lagen (1936:81) om skuldebrev (SkbrL), 29 § lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL) och 9 § lagen (1949:345) om rätten till arbetstagares uppfinningar (LAU).⁷⁶ Det ligger i bestämmelsens natur att den är tvingande och inte går att avtala bort.⁷⁷

36 § AvtL innebär en vidsträckt möjlighet för domstolarna att ändra avtalsinnehåll och detta gör att en målkonflikt uppstår mellan denna möjlighet och principen om avtalsbundenhet. Konflikten är lösbar om det existerar en balans mellan principen om avtalsbundenhet och jämkningsmöjligheterna.⁷⁸

3.3 Bedömningen enligt 36 § AvtL

Vid avgörandet om ett avtalsvillkor är oskäligt görs en helhetsbedömning.⁷⁹ Ett specifikt avtalsvillkor kan inte ses isolerat, det måste bedömas utifrån

⁷⁴ Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s. 221.

⁷⁵ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 148.

⁷⁶ Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 121.

⁷⁷ SOU 1974:83 s. 194.

⁷⁸ Grönfors och Dotevall, Avtalslagen s. 299.

⁷⁹ Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s. 222.

avtalet i sin helhet.⁸⁰ Ett relevant rättvisebaserat argument vid bedömningen av skäligheten är att det ska råda en balans mellan avtalsparternas formulerade rättigheter och skyldigheter. Grundsatsen, den redan presenterade ekvivalensprincipen, utgör en materiell ordningsprincip vad gäller tillämpningen av generalklausulen.⁸¹

Alla de relevanta omständigheterna utgör kumulativa element. Lagtexten ger inte mer vägledning än så, men i förarbetena finns vissa riktlinjer som ska hjälpa domstolarna vid deras bedömning. Lehrberg menar att riktlinjerna i förarbetena är anmärkningsvärda. Han anser att det är av vikt att känna till syftet med den tillskapade regeln för att kunna tillämpa det intetsägande oskälighetsrekvisitet i 36 § AvtL. En sådan syftesangivelse saknas i förarbetena och mot bakgrund av det ges domstolarna makten att göra det de anser är berättigat när de anser att detta är berättigat.⁸²

Generalklausulen är på intet sätt tillkommen för att fungera som en slasktratt. Bernitz är av åsikten att ett åberopande av 36 § AvtL i en tvist utan motivering bör bedömas med skepticism. Lagförarbeten och praxis möjliggör för parter att bygga upp en välunderbyggd argumentation kring bestämmelsens tillämplighet. Från ett förutsebarhetsperspektiv menar Bernitz ändock att en bestämmelse med samma karaktär som generalklausulen alltid till viss del kommer att vara problematisk. Därför är det angeläget att tillämpningen så långt som möjligt sker konsekvent och att domstolarna avstår från att göra rent individualiserade bedömningar.⁸³

Utformningen av paragrafen ger dock domstolarna en relativt stor frihet vad gäller gränsdragningen för vad som är acceptabelt. Den praktiska betydelsen beror på hur långt domstolarna är villiga att gå vid tillämpningen av bestämmelsen. Vid prövningen av om jämkning ska ske måste en avvägning göras mellan olika bakomliggande intressen. Dels handlar det om den

⁸⁰ Prop.1975/76:81 s. 110.

⁸¹ Grönfors och Dotevall, Avtalslagen s. 260.

⁸² Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s. 222.

⁸³ Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 117.

klagande partens skyddsbehov, dels av intresset av att avtalet utgör en definitiv och förutsebar reglering.⁸⁴ Det går mot bakgrund av detta att se att flertalet av de tidigare i uppsatsen presenterade principerna aktualiseras. Att det är den klagande partens skyddsbehov som är av intresse visar att skyddsprincipen slår igenom. Det andra bakomliggande intresset, att avtal utför en förutsebar reglering, har med principen om avtalsbundenhet att göra. Som tidigare redogjordes för går denna princip att se som ett utslag för skyddsprincipen också, då en part ska kunna lita på och räkna med att ett avtal ska fullföljas. Detta i sig har ett eget skyddsvärde.

Stefan Lindskog är av åsikten att det i kommersiella förhållanden, jämfört med konsumentavtal, inte finns samma anledning att lägga fokus vid argument om avtalets inneboende värde. Ömkansargument har ingen naturlig plats i affärsförhållanden. Likaså är argument om att parterna har en moralisk plikt att fullgöra sina avtalsprestationer, utan värde. Det meningsfulla är att undersöka i vilken mån avtalsomständigheterna differerar från det marknadsideologiska idealet, det är då en jämkning kan tänkas ske.⁸⁵ Lindskog menar att jämkningsregeln inte har skapats för att tillförsäkra att avtal är moraliskt goda. Detta synsätt är tvunget att intas i ett rättssystem som lutar sig mot en markandsideologi.⁸⁶

Jag håller med Lindskog om att stort fokus ska läggas vid markandsidealet. Dock är inte argument om avtalets inneboende värde helt förkastade. Avtalsfriheten är en av avtalsrättens grundläggande principer, det är därför viktigt att avtalet har ingåtts på ett fritt och informerat vis, i enlighet med avtalsfriheten. Då avtalsingåendet till stor del grundar sig i avtalsfriheten anser jag att avtalet har ett inneboendevärde. Visserligen kan en avtalspart ingå ett avtal som slutar i en dålig affär. Ibland händer dock detta på grund av omständigheter som inte är acceptabla, förslagsvis därför att motparten inte har agerat lojalt. I dessa situationer är det viktigt att undersöka om det har

⁸⁴ Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz, Avtalsrätt I s. 333 f.

⁸⁵ Lindskog, Aftaleloven 100 år s. 327.

⁸⁶ Lindskog, JT 2005/06 s. 301.

existerat någon reell avtalsfrihet. Ett avtals inneboende värde ligger i att det ska vara uppbyggt av de grundläggande delarna. Varför detta skulle differera från situationen vad gäller konsumenter, är inte tillräckligt utvecklat.

Generalklausulens andra stycke är enligt Åsa Jansohn och Henrik Kjellin en resurs som många gånger glöms bort av part som önskar få ett avtal eller en annan rättshandling jämkad. Stadgandet om att särskild hänsyn ska tas till skyddsbehovet för underlägsen part påverkar skälighetsbedömningen. Det kan vara av stor betydelse för en tvists utgång om en part lyckas bevisa att den intar en underlägsen ställning.⁸⁷

3.4 Partsförhållandets betydelse

3.4.1 Paragrafens tillämplighet på olika partskonstellationer

Generalklausulen är tillämplig vid alla sorters avtal och den gäller oberoende av vilka som är avtalsparter.⁸⁸ Det mest väsentliga motivet bakom tillskapandet av 36 § AvtL var lagstiftarens vilja att stärka konsumentskyddet. Detta skulle ske genom en utökning av möjligheterna att jämka och åsidosätta avtalsvillkor i konsumentavtal.⁸⁹ Utökningen skulle få särskild betydelse som ett komplement till AVLK och en större parallellitet skulle åstadkommas mellan civilrättslig och näringsrättslig lagstiftning.⁹⁰

Vad gäller andra avtal, än sådana träffade mellan näringsidkare och konsumenter, ansågs det vara uppenbart att skälen för jämkning och åsidosättande av avtalsvillkor inte var lika starka som i ett avtal med en konsument. Detta konstaterande gjordes mot bakgrund av att parterna i affärsförhållanden många gånger ur ett ekonomiskt och kunskapsmässigt

⁸⁷ Jansohn och Kjellin, Vad är oskäligt? s. 74.

⁸⁸ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 150.

⁸⁹ Lehrberg, Avtalsrättens grundelement s. 224.

⁹⁰ Prop. 1975/76:81 s. 103.

perspektiv är jämställda. Utifrån ett sådant argument ansågs de ha större möjligheter att på egen hand tillvarata sina intressen vid avtalsingåenden.⁹¹

Förutsebarhet bedömdes vara av särskilt vikt i affärssammanhang, då det av förarbetena framgår att det är väsentligt att avtalsparter kan utgå från att ett ingånget avtal blir gällande för att på så sätt kunna få en överblick över konsekvenserna. Därutöver ingås avtal ofta näringsidkare emellan med ett medvetet risktagande. Trots det ovan anförda ansågs skäl finnas för att öka möjligheterna till jämkning av avtalsvillkor även vad gäller avtal mellan näringsidkare.⁹²

I första hand anfördes att en avtalspart i en näringsidkarrelation kan inta en underlägsen ställning. En mindre affärsidkare kan i vissa situationer vara tvungen att acceptera oförmånliga avtalsvillkor, utformade av motparten, för att ett avtal ska kunna komma till stånd. Därefter framhölls att avtalsvillkor även kan behöva jämkas av andra skäl än att den ena parten har utnyttjat sin överlägsenhet för att tillgodogöra sig fördelar på motpartens bekostnad. Ett avtalsvillkor kan likaså mellan jämställda parter vara utformat så att det ter sig orimligt att det ska upprätthållas strikt. I förarbetena bedömdes det därmed vara motiverat att även mellan näringsidkare kunna jämkas avtal. Hursomhelst ansågs det dock stå klart att generalklausulen skulle tillämpas med en väsentligt större försiktighet i affärsförhållanden än i konsumentförhållanden.⁹³ Att lägga märke till här är att uttalandet säger att generalklausulen ska tillämpas med större restriktivitet i affärsförhållanden än i konsumentförhållanden. Uttalandet säger inte att paragrafen i sig ska tillämpas restriktivt.

I kommersiella avtalsförhållanden är jämkningströskeln, det vill säga gränsen för vad som måste ha hänt för att en domstol ska ingripa i avtalsförhållandet, hög. Lindskog anser att jämkningströskeln generellt sett är mycket högre i

⁹¹ Prop. 1975/76:81 s. 104.

⁹² Prop. 1975/76:81 s. 104.

⁹³ Prop. 1975/76:81 s. 104 f.

kommersiella förhållanden än vad den är i konsumentförhållanden. Lindskog menar vidare att det inom ramen för kommersiella förhållanden finns skäl för att göra nyanseringar.⁹⁴

I förarbetena ansågs det vidare inte finnas någon anledning att utesluta avtal mellan privatpersoner från tillämpningen av generalklausulen. Avtal mellan privatpersoner löper alltid särskilda risker för att få andra utformningar och konsekvenser än vad parterna menat och förutsatt.⁹⁵

3.4.2 Formuleringsförslagen

En omredigering gjordes av formuleringen avseende den särskilda hänsynen som ska tas för part som intar en underlägsen ställning.⁹⁶ Lagförslaget i betänkandet hade avseende detta följande formulering:

”Vid prövningen skall särskild hänsyn tagas till om part är konsument eller intager annan liknande ställning gentemot andra parten.”⁹⁷

Propositionen, som är i överensstämmelse med den slutliga lagtexten, hade istället formuleringen:

”Vid prövning enligt första stycket skall särskild hänsyn tagas till behovet av skydd för den som i egenskap av konsument eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet.”⁹⁸

I betänkandet ansågs det inte vara nödvändigt att bestämt avgöra om en part var konsument i strikt mening eller inte, då den föreslagna lagtexten jämställde annan liknande ställning med konsument. Formuleringen bedömdes ge uttryck för generalklausulens uppgift att förstärka den konsumentskyddande lagstiftningen i fall där en part är underlägsen på ett sätt som liknar den ställning konsumenter har, utan att formellt falla under

⁹⁴ Lindskog, Aftaleloven 100 år s. 308 f.

⁹⁵ Prop. 1975/76:81 s. 105.

⁹⁶ Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 121.

⁹⁷ SOU 1974:83 s. 11.

⁹⁸ Prop. 1975/76:81 s. 2.

konsumentbegreppet.⁹⁹ I propositionen framgår uppfattningen att betänkandets lagförslag inte hade en lämplig utformning. Dels för att det kan uppstå problematik vid avgörandet av vilka näringsidkare som ska anses ha en ställning som liknar konsumenternas, dels för att det inte alltid är konsumenten som är den svagare parten i avtalsförhållandet.¹⁰⁰

För att komma till rätta med den alltför snäva formuleringen presenterades således istället en formulering som mer allmänt markerar att särskild hänsyn ska tas till parts underlägsna ställning.¹⁰¹ Det som motiverar att särskild hänsyn ska tas till en avtalspart är inte att avtalsparten tillhör en speciell kategori, utan att parten intar en underlägsen ställning i jämförelse med motparten, vilket också antogs ha varit utredningens uppfattning. Detta ansåg föredragande i likhet med flera remissinstanser.¹⁰² Det som främst åsyftades var småföretagare, upphovsmän, uppfinnare, arbetstagare och andra likartade personkategorier. Bernitz anser att lagstiftarens vilja att stärka småföretagarnas skydd mot oskäligen avtalsvillkor är något starkare uttryckt i propositionen än i betänkandet.¹⁰³ Kritiken mot betänkandet är befogad. Betänkandets formulering ger intryck av att kategoritillhörigheten är det avgörande. Formuleringen i propositionen gör det tydligare att det är den underlägsna ställningen som ska iakttas.

von Post är av åsikten att det skulle kunna vara passande att ändra formuleringen i 36 § andra stycket AvtL för att skapa ett mer aktivt skydd för småföretagarna. Lydelsen som han föreslår skulle innebära att ordet *småföretagare* sattes in efter ordet *konsument* i bestämmelsen:

”Vid prövning enligt första stycket skall särskild hänsyn tagas till behovet av skydd för den som i egenskap av konsument, småföretagare eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet.”¹⁰⁴

⁹⁹ SOU 1974:83 s. 197.

¹⁰⁰ Prop. 1975/76:81 s. 109.

¹⁰¹ Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 121 f.

¹⁰² Prop. 1975/76:81 s. 109.

¹⁰³ Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 122.

¹⁰⁴ von Post, Studier kring 36 § avtalslagen s. 114.

Till en sådan lagändring skulle det i motiven krävas en någorlunda tydligt utformad definition eller beskrivning av begreppet småföretagare. Ändringen skulle resultera i ett mer påtagligt skydd för denna stora kategori företagare. De som inte kvalificerar in som småföretagare skulle fortfarande kunna skyddas då faktisk underlägsen ställning fortfarande kan få relevans vid bedömningen. Enligt von Post skulle ändringen varken skada avtalsfriheten eller rättssäkerheten, förändringen skulle bara medföra en möjlighet att angripa klandervärda avtalsvillkor.¹⁰⁵

3.5 Generalklausulens användning

Ursprungligen var det huvudsakliga tillämpningsområdet för 36 § AvtL oskäligen konsumentavtal. Generalklausulens betydelse för avtal mellan näringsidkare och konsumenter har dock minskat då konsumentskyddet utökats och blivit starkare genom speciallagstiftning.¹⁰⁶ Norlén skriver i sin avhandling att konsumentskyddsaspekten inte tycks ha blivit så pass framträdande som ursprungligen förmodades bli fallet.¹⁰⁷ Vad gäller avtalsförhållanden mellan näringsidkare, framgår det flera gånger i motiven att generalklausulen måste tillämpas med större försiktighet och restriktivitet i dessa fall än i konsumentförhållanden.¹⁰⁸

Enligt Ramberg och Ramberg ska ytterst försiktighet iakttas vid tillämpningen av 36 § AvtL i konsumentavtal, mot bakgrund av EU-direktiv och praxis från EU-domstolen. De menar att 36 § AvtL numera främst spelar en roll för avtal mellan näringsidkare och för avtal mellan privatpersoner.¹⁰⁹ von Post konstaterar att möjligheterna till ingripande genom tillämpning av generalklausulen bör öka vid småföretagarförhållanden.¹¹⁰

¹⁰⁵ von Post, Studier kring 36 § avtalslagen s. 114.

¹⁰⁶ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 150 f.

¹⁰⁷ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 38.

¹⁰⁸ Prop. 1975/76:81 s. 105 och 108 f.

¹⁰⁹ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 151.

¹¹⁰ von Post, Studier kring 36 § avtalslagen s. 110.

Frågan om just underlägsen ställning är sparsamt behandlad i praxis. Bernitz skriver att HD inte har gett begreppet näringsidkare med underlägsen ställning några tydliga linjer. De avgörandena som finns är knutna till de specifika fallens förhållanden och de ger uttryck för HD:s försiktiga hållning. Bernitz anser att rättspraxis tydligare borde observera och erkänna positionen som underlägsna näringsidkare intar.¹¹¹

¹¹¹ Bernitz, Standardavtalsrätt s. 172.

4 Allmänt om AVLN

4.1 Kapitelinledning

AVLN innebär ytterligare en möjlighet att komma till rätta med oskäligen avtalsvillkor.¹¹² Det är en marknadsrättslig lag som främst syftar till att tillhandahålla småföretagare ett skydd mot oskäligen avtalsvillkor.¹¹³ Den marknadsrättsliga metoden innebär att ett ingripande kan ske när det är av allmänintresse.¹¹⁴ Lagen har enligt Bernitz enbart fått en liten betydelse.¹¹⁵

4.2 Allmänt om lagen

1 § AVLN stadgar att PMD får förbjuda en näringsidkare, som gentemot annan näringsidkare ställer upp oskäligen avtalsvillkor, från att fortsättningsvis uppställa samma eller väsentligen liknande villkor i likartade fall. Begreppet näringsidkare har i lagen betydelsen ”fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk natur”.¹¹⁶ Vidare får ett avtalsvillkor enligt 2 § andra stycket AVLN enbart förbjudas om det är motiverat utifrån allmän synpunkt. Därigenom markeras att lagen endast ska tillämpas på avtalsklausuler som finns i standardavtal eller som används i flertal liknande fall. Ett standardavtal består helt eller delvis av standardiserade villkor som har blivit formulerade i förväg. Dessa standardklausuler har således inte blivit individuellt framförhandlade. Om en tvist rör oskälighetsbedömningen i individuella fall ska den prövas av allmän domstol.¹¹⁷

Vid prövningen av om ett avtalsvillkor är att anse som oskäligt ska enligt 2 § första stycket AVLN, särskild hänsyn tas till behovet av skydd för underlägsen part. Det är detta stadgande som utmärker lagens karaktär av att

¹¹² Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz, Avtalsrätt I s. 332.

¹¹³ Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 110.

¹¹⁴ Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz, Avtalsrätt I s. 332.

¹¹⁵ Bernitz, Standardavtalsrätt s. 210.

¹¹⁶ SOU 1981:31 s. 104.

¹¹⁷ Bernitz, Standardavtalsrätt s.18 och 226.

i första hand förstärka de mindre företagarnas ställning.¹¹⁸ Ramberg och Ramberg menar att stadgandet är problematiskt i fall där en näringsidkare använder standardavtal i förhållande till flera olika avtalsparter. Vissa avtalsparter kan då vara jämnstarka och andra underlägsna. Bekymmer kan då uppstå eftersom ett förbud kan bli gällande även i avtal där avtalsparten som ålagts förbudet är underlägsen.¹¹⁹

I motiven diskuterades huruvida lagen skulle begränsas till att enbart gälla för småföretagare. För att detta skulle vara genomförbart skulle det dock krävas en tydlig definition av gruppen småföretagare. Detta ansågs kunna komplicera lagstiftningen och medföra en risk för godtycke. Ett annat argument mot begränsningen av lagens tillämpningsområde var att en parts skyddsbehov beror på hur pass underlägsen parten är i förhållande till motparten. Att låta lagens tillämpningsområde bestämmas utifrån parternas styrkerelationer ansågs bli alltför invecklat och något som inte rimligtvis kunde bli aktuellt.¹²⁰

AVLN har endast tillämpats i några få fall.¹²¹ Bernitz menar att denna småskaliga praxis är för liten för att några tydliga linjer ska kunna presenteras. Att lagens möjligheter inte utnyttjats kan bero på olika saker. Storföretagare har hävdat att lagen inte fyller något behov. Bernitz menar dock att detta inte kan vara den enda anledningen. Orsaken är nog snarare att de mindre företagarna och deras organisationer inte har lust eller kraft att driva målen. Hursomhelst kan AVLN, liksom 36 § AvtL, vara ett betydelsefullt förhandlingsargument vid branschföreningarnas förhandlingar i standardavtalsfrågor.¹²² Resonemanget är intressant. Att lagen inte skulle fylla något behov är inte troligt. Regleringen är preventiv och förbuden mot oskäliga villkor kan göra avtalssituationen bättre för avtalsparter i framtiden.

¹¹⁸ Prop. 1983/84:92 s. 8.

¹¹⁹ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 217.

¹²⁰ SOU 1981:31 s. 104 f.

¹²¹ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 217.

¹²² Bernitz, Standardavtalsrätt s. 227.

Däremot tror jag att de enskilda företagen kan sakna incitament att driva målen.

4.3 Lagens förhållande till 36 § AvtL

Det finns både samband och skillnader mellan AVLN och 36 § AvtL. Medan AVLN har en preventiv verkan, verkar 36 § AvtL reparativt. Sambandet mellan bestämmelserna markeras främst genom att särskild hänsyn, vid oskälighetsbedömningen, ska tas till behovet av skydd för underlägsen part. Jämfört med 36 § AvtL är tillämpningen av de materiella bedömningsprinciperna mer typiserad. Talerätten och sanktionerna skiljer sig också åt.¹²³

Under remissbehandlingen av AVLN framfördes synpunkter om att de möjligheter som ges i 36 § AvtL räcker för att rätta till missförhållanden. 36 § AvtL är dock tillämplig på individuella fall, och den kan inte i jämförelse med AVLN motverka oskäligen avtalsvillkor på ett generellt plan. Skyddet i 36 § AvtL ansågs inte vara tillräckligt. Generalklausulen täcker bara villkor i redan ingångna avtal. Dessutom ansågs det kunna antas att enskilda företag generellt sett är obenägna att driva en process i allmän domstol, detta då det finns en risk för att processen både blir tidskrävande och kostsam.¹²⁴

¹²³ Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 137.

¹²⁴ Prop. 1983/84:92 s. 9.

5 Småföretagare

5.1 Kapitelinledning

Småföretagare utgör en av de skyddsvärda kategorierna i 36 § andra stycket AvtL.¹²⁵ Att tillgodose denna grupp ett skydd är även ett av de bakomliggande syftena med regleringen i AVLN.¹²⁶ Småföretagarna är en kategori av näringsidkare som typiskt sett intar en underlägsen ställning.¹²⁷ En första fråga som går att ställa är vad som åsyftas med begreppet småföretagare i en civilrättslig kontext. I det följande kommer begreppet att utredas.

5.2 Kärnområdet

Kännetecknande för småföretag är att innehavarna har vissa områdesspecifika yrkeskunskaper. Därutöver har verksamheten ofta begränsade ekonomiska resurser. Ytterligare ett kännetecken är att möjligheterna att tillgodogöra sig information som är icke yrkesankuten men likväl relevant för företagandet, ofta är ringa. Det senare skulle kunna vara kunskaper inom juridik.¹²⁸

Begreppet småföretagare har ingen klar definition, men normalt hänför sig vissa kategorier till gruppen.¹²⁹ Kärnområdet omfattar bland annat mindre butiker, små reparationsrörelser, hantverkare, lantbrukare, fiskare och självständiga utövare av fria yrken. Till kärnområdet för typiska småföretagare, menar Bernitz att det knappast kan råda några menings-skiljaktigheter angående klassificeringen.¹³⁰

Till småföretagarförhållanden kan även nya verksamhetsformer räknas. Detta menar von Post och ger som exempel outsourcing, vilket skulle kunna vara

¹²⁵ Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 122.

¹²⁶ SOU 1981:31 s. 104.

¹²⁷ Jansohn och Kjellin, Vad är oskäligt? s. 74.

¹²⁸ von Post, Studier kring 36 § avtalslagen s. 114.

¹²⁹ Bernitz, Köpmännens avtalsvillkor s. 7.

¹³⁰ Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 119.

fallet där ett självständigt företag ansvarar för ett annat företags telefonväxel, någon annanstans än i detta företags lokaler. Företagens styrkepositioner måste givetvis också här beaktas.¹³¹ von Posts synpunkt om att även andra verksamhetsformer kan räknas till småföretagarförhållandena blir ännu mer legitim och stärks om tanken förs till digitaliseringens utveckling. Det går att tänka sig att det i takt med denna utveckling har uppstått nya verksamheter som skulle kunna klassas som typiska småföretag. Av detta följer att de i somliga avtalsituationer kan inta en underlägsen ställning.

5.3 Kvantitativa mått och juridiska former

Jämfört med konsument- och näringsidkarbegreppen har det alltså inte utformats något preciserat begrepp för småföretagare.¹³² I förarbetena till AVLN togs frågan upp huruvida tillämpningsområdet av lagen skulle begränsas gälla enbart för småföretagare. Det konstaterades att det i och för sig skulle gå att utforma lagen så att ingripande mot oskäligen avtalsvillkor enbart skulle vara möjligt om det använts mot en näringsidkare som tillhör gruppen småföretagare. För att detta skulle vara genomförbart skulle det dock krävas en tydlig definition av gruppen, exempelvis genom användandet av kriterier såsom balansräkning, årsomsättning eller antalet anställda. Denna typ av gränsdragning skulle hursomhelst riskera inslag av godtycke och komplicera regleringen. Att utforma tillämpningsområde utifrån parternas styrkerelationer skulle bli alldeles för invecklat och bedömdes vara något som inte kunde komma på fråga. Mot bakgrund av detta föreslogs inte någon formell begränsning till enbart vissa typer av näringsidkare, utan regleringen föreslogs gälla för näringsidkare i allmänhet.¹³³

Som anförts ovan i avsnitt 3.4.2 är von Post, vad gäller utformningen av 36 § AvtL, av åsikten att det möjligtvis skulle vara lämpligt att skriva in begreppet

¹³¹ von Post, Studier kring 36 § avtalslagen s. 110.

¹³² Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 118.

¹³³ SOU 1981:31 s. 104 f.

småföretagare i lagtexten för att åstadkomma ett mer aktivt skydd.¹³⁴ Bernitz menar däremot att det skulle vara förfelat att i en civilrättslig kontext försöka utveckla ett fast begrepp för småföretagare genom användande av kvantitativa kriterier, såsom årsomsättning och/eller antalet anställda. Det är snarare den omgivande ekonomiska miljön och de olika avtalsrelationerna som avgör om en näringsidkare kan anses vara i en småföretagarställning.¹³⁵ von Posts förslag, som alltså presenterades mer utförligt ovan, går att kritisera utifrån Bernitz ståndpunkt. Visserligen skulle det vara bra att föra in begreppet småföretagare i både 2 § första stycket AVLN och 36 § andra stycket AvtL för att tydligare markera denna gruppsskyddsbehov. Onekligen skulle dock bekymret att tydligt definiera gruppen småföretagare kvarstå och detta skulle därmed föra med sig en betydande risk för godtyckliga ställningstaganden. Därutöver skulle fokus återigen hamna på kategori-tillhörigheten, snarare än det aktuella avtalsförhållandet i sig.

Det är vidare svårt att söka ledning utifrån den juridiska form som verksamheten bedrivs under. Det går dock att anta att en näringsidkare som bedriver sin verksamhet under enskild firma i de flesta fall är en småföretagare. Detsamma gäller vanligtvis då verksamheten bedrivs som handelsbolag. Vad gäller handelsbolag måste dock uppmärksamhet fästas vid att de kan utöva verksamheter av vitt skilda slag. Även den som bedriver sin verksamhet i egen juridisk person kan i vissa fall vara att anse som småföretagare.¹³⁶

5.4 Bedömning utifrån ett relationsbegrepp

Även näringsidkare med större verksamhet kan i vissa situationer vara att klassificera som småföretagare. Detta kan vara fallet vad gäller näringsidkarens avtalsförhållanden med avtalsparter vars ekonomiska styrka

¹³⁴ von Post, Studier kring 36 § avtalslagen s. 115.

¹³⁵ Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 118.

¹³⁶ Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 118.

är väsentligt större, eller där det annars råder ett beroendeförhållande mellan parterna.¹³⁷

När småföretagaren då inte tillhör kärnområdet bör bedömningen av vem som i ett civilrättsligt sammanhang är att klassa som småföretagare göras utifrån ett relationsbegrepp. Då måste den omgivande ekonomiska kontexten samt avtalsförhållandets karaktär undersökas. Bernitz ger exemplet att ett verkstadsföretag med hundra anställda typiskt sett inte är ett småföretag. Om verkstadsföretagets verksamhet däremot skulle vara huvudsakligen inriktad på kontraktstillverkning som underleverantör till ett stort biltillverkningsföretag skulle verkstadsföretaget i denna relation utan tvivel anses vara ett småföretag. Det råder i den här typen av fall ett småföretagarförhållande i relationen. Här träffar den lagtekniska utformningen av 36 § AvtL rätt, då den tar särskild hänsyn till förekomsten av underlägsen ställning som en konsekvens av en tydligt märkbar skillnad mellan parternas ekonomiska storlek och styrka.¹³⁸

Bernitz menar att en slutsats inte bör dras om att begreppet småföretagare är oanvändbart och utan mening i ett civilrättsligt sammanhang. Tvärtom kan begreppet vara användbart, inte minst vid diskussioner om oskäligen avtalsvillkor. Det viktiga att komma ihåg är att utgångspunkten är relativitet och relationen och alltså inte ett fixat, kvantifierat begrepp. Företagares styrkeförhållanden är växlande beroende på den kommersiella relationen och situationen.¹³⁹

¹³⁷ Bernitz, Köpmännens avtalsvillkor s. 7.

¹³⁸ Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 119.

¹³⁹ Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s.118–121.

6 Avtalsparternas inbördes styrkeförhållande

6.1 Kapitelinledning

Som tidigare nämnts i uppsatsen är parternas inbördes styrkeförhållande något som ska bedömas vid jämkningen av oskäligen avtalsvillkor. Enligt 36 § andra stycket AvtL ska särskild hänsyn tas till behovet av skydd för part som intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet. Detsamma gäller enligt 2 § första stycket AVLN. En underlägsen part anses många gånger skyddsvärd och detta medför att undantag kan göras från principerna om avtalsfrihet och avtalsbundenhet.¹⁴⁰ Lagtexten ger inte någon definition av begreppet underlägsen ställning och det är därmed inte helt självklart vad som åsyftas med begreppet. I detta kapitel kommer en undersökning att göras av de faktorer som spelar roll vid bedömningen av parternas styrkeförhållande för att klargöra vad som är avgörande för om en part är att anse som underlägsen.

Närmast följer en presentation av avtalsparternas relativa förmåga, sedan av avtalsparternas reella förhandlingsutrymme. Därefter kommer faktorerna som tillmätts betydelse vid bedömning av underlägsen ställning att presenteras i delkapitelen *ekonomiska resurser, kompetens, beroende och marknadsposition* samt *övriga faktorer som kan påverka bedömningen*.

6.2 Avtalspartens relativa förmåga

Det är väsentligt att redan här nämna att det rör sig om ett företags relativa förmåga att hävda sig i en specifik avtalssituation. Att det rör sig om den relativa förmågan framgår redan av lagtexten som uttryckligen markerar att det är den underlägsna ställningen i avtalsförhållandet som ska beaktas. Ett

¹⁴⁰ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 36.

företag som generellt och objektivt sett uppfattas som starkt kan i vissa specifika situationer ändå vara att betrakta som underlägsen. Detta kan bero på att medkontrahenten generellt sett är ännu starkare eller har ett övertag på grund av andra faktorer.¹⁴¹ Därmed måste bedömningen av underlägsen ställning ske utifrån partsställningen i varje enskilt fall. Ett visst moment behöver således inte bedömas likadant i två olika situationer.¹⁴² Betoningen ska alltså läggas på underlägsenheten i avtalsförhållandet.¹⁴³ Detta går att jämföra med Bernitz resonemang om den relationsbaserade bedömningen av ett småföretagarförhållande i den specifika situationen.

Bernitz poängterar att ett enskilt företags styrkeförhållande till andra företag starkt kan variera beroende på vilken situation det rör sig om. Det går att se skillnad på ett företags kommersiella relationer avseende dess normala affärsförbindelser, såsom verksamhetens fortlöpande varuinköp, samt dess konsumentliknande relationer. De konsumentliknande relationerna aktualiseras i andra fall, exempelvis vid varuinköp och tjänstebeställningar som inte ligger inom den normala verksamheten. Det skulle kunna röra sig om ett bilinköp för verksamheten, eller ett avtal om renovering av affärslokalen.¹⁴⁴ Av förarbetena framgår att det inte är en specifik kategoritillhörighet som motiverar att särskild hänsyn ska tas till en svag avtalspart. Det avgörande är om parten intar en underlägsen ställning i förhållande till motparten.¹⁴⁵

6.3 Det reella förhandlingsutrymmet

En parts svaga förhandlingsposition kan medföra att det uppstår en obalans i avtalsförhållandet.¹⁴⁶ Begreppet underlägsen ställning går därmed att analyseras utifrån det reella förhandlingsutrymmet som en part har. Detta

¹⁴¹ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 276.

¹⁴² Jansohn och Kjellin, Vad är oskäligt? s. 70.

¹⁴³ Grönfors och Dotevall, Avtalslagen s. 292.

¹⁴⁴ Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 120.

¹⁴⁵ Prop. 1975/76:81 s. 109.

¹⁴⁶ Wilhelmsson, Social civilrätt s. 131.

knyter an till avtalsfrihetens grundidé. Ett konsensusavtal uppkommer, som namnet antyder, genom att parterna har nått konsensus. Dan Lindmark ifrågasätter hur verklig konsensus ska kunna åstadkommas när parternas styrkeförhållande gör att den ena parten helt saknar förhandlingsutrymme vid avtalsingåendet. Det lär enligt Lindmark särskilt vara i dessa situationer som rättsskyddets säkerhetsventiler behöver inträda för att justera obalansen.¹⁴⁷

I det praktiska rättslivet finns det många situationer där avtalsbindningen kommer till stånd, snarare genom diktat än genom verklig förhandling. Det rör sig här om *take it or leave it*-avtal, där den ena partens förhandlingsutrymme medför att denne enbart kan tacka ja eller nej till villkoren, som den andra parten presenterar. Typiska avtal som saknar reellt förhandlingsutrymme är datalicensavtal och IT-avtal. Likadant kan det vara för underleverantörer i förhållande till krävande beställare inom exempelvis fordons- och telecomindustrin, inkösvillkoren kan ofta vara fastställda centralt och gå långt i sina krav.¹⁴⁸

Ett annat exempel är leverantörer i förhållande till kommuner och landsting. I en sådan situation skulle en förhandling avseende villkoren i modellavtalen kunna stå i strid med upphandlingslagstiftningen. Leverantören blir inbjuden att delta i upphandlingen, men det rör sig sällan om någon verklig förhandling. Det är beställaren som ställer upp kraven och leverantören bidrar genom sin prissättning av det bestämda kontraktet. Även här kan det reella förhandlingsutrymmet begränsas till ett ja- eller nejsägande.¹⁴⁹

Även om den teoretiska valfriheten finns, kan verkligheten vara att den underlägsna avtalsparten inte har något val. Avtalsparten kanske måste acceptera avtalsvillkoren om denne ska kunna fortsätta att bedriva sin verksamhet. Oberoende av om det rör sig om ett litet eller ett stort företag, menar Lindmark att det som gör en part underlägsen är att denne saknar

¹⁴⁷ Lindmark, Avtalslagen 90 år s. 286 f.

¹⁴⁸ Lindmark, Avtalslagen 90 år s. 286 f.

¹⁴⁹ Lindmark, Avtalslagen 90 år s. 287.

möjligheter till reell förhandling och inte kan påverka villkoren för avtalet. Därmed anser Lindmark att utgångspunkten för bedömningen av om en part är underlägsen bör tas i det reella förhandlingsutrymmet.¹⁵⁰

Till sitt resonemang tillför Lindmark uppfattningen att enbart det faktum att en part på egen hand har kunnat diktera avtalsvillkoren, inte alltid medför att jämkning kommer att vara motiverat. Jämkningsmöjligheterna bör vara en kombination mellan ett faktiskt överläge och ett missbruk av detta konstaterade överläge som gör att en tydlig obalans uppstår mellan avtalsparternas rättigheter och skyldigheter. Lindmark drar en parallell mellan resonemanget om underlägsen ställning och konkurrensrättens regler om missbruk av dominerande ställning.¹⁵¹

I NJA 1992 s. 290, *Acard*, uttalade HD att parterna i ett franchiseavtal inte kan anses vara helt likställda. Domstolen anförde att det ligger i konceptets natur att franchisetagaren i vissa avseenden intar en underlägsen ställning. Franchisetagarens val är att antingen ingå avtalet på samma villkor som andra franchisetagare godtagit, eller att låta bli att ingå avtal överhuvudtaget. Därutöver är franchisetagarens ekonomiska resurser vanligen mer begränsade. Fallet, som gällde frågan huruvida en skiljeklausul kunde lämnas utan avseende, lämnades utan bifall av HD då skäl inte ansågs föreligga för att lämna skiljeklausulen utan avseende. HD anförde dock att ett annat ställningstagande skulle kunna vara påkallat i andra fall, exempelvis om avtalet skulle ha likheter med ett anställningsavtal eller om det skulle röra sig om en resurssvag franchisetagare som behöver samma skydd mot kostnadsriskerna med ett skiljeavtal som en konsument behöver.¹⁵²

Bernitz menar att HD:s ställningstagande i NJA 1992 s. 290 är diskutabelt.¹⁵³ Även von Post har diskuterat domen. Han anser att det i *Acard-fallet* förelåg en likartad situation vad gäller underlägsen ställning som den i *SAPA-fallet*,

¹⁵⁰ Lindmark, Avtalslagen 90 år s. 287.

¹⁵¹ Lindmark, Avtalslagen 90 år s. 287.

¹⁵² NJA 1992 s. 290 (på s. 298).

¹⁵³ Bernitz, Standardsavtalsrätt s. 204.

se mer om detta rättsfall i den fortsatta framställningen. von Post menar att *Acard*-domen därmed kanske kan innebära en skärpning av kraven för jämkning, i vart fall vad gäller skiljeklausuler. von Post fortsätter sitt resonemang med att näringsidkarbegreppet inte nyanseras, i domen fastslås bara att underlägsen ställning i vissa fall kan anses föreligga.¹⁵⁴ Enligt min mening skiljer sig dock omständigheterna åt i de båda rättsfallen.

Det reella förhandlingsutrymmet kan således elimineras av olika faktorer. Standardavtal, brist på ekonomiska resurser eller kunskap och beroendeställning kan medföra att en avtalspart inte har något reellt förhandlingsutrymme. Avsaknad av reellt förhandlingsutrymme kan medföra att parten berövas sin reella avtalsfrihet. En underlägsen avtalspart hamnar i ett svårare förhandlingsläge. Mot bakgrund av hur grundläggande avtalsfriheten är för avtalsrätten, går det att se betydelsen av att ett reellt förhandlingsutrymme finns.

Det går att urskilja vissa egenskaper och faktorer som kan vara av betydelse vid en avtalsparts förmåga att hävda sig i en avtalsförhandling. Norlén skiljer mellan ett företags egenskaper och situationsbaserade omständigheter. Till ett företags egenskaper hänförs kompetens, tillgång till ekonomiska resurser, beroendeställning och marknadsposition. Situationsbaserade omständigheter som kan påverka en avtalsparts ställning är tillgång till information, erfarenhet av den ifrågavarande situationen och möjligheten att utnyttja av motparten oberoende rådgivning.¹⁵⁵ Ramberg och Ramberg skriver att det inte först och främst är företagets storlek, omsättning, finansiella styrka och antal anställda som spelar roll vid bedömningen. Det avgörande är snarare om den ena parten med anledning av sin ställning, sina tekniska, ekonomiska och administrativa resurser och sin juridiska expertis har en överlägsen möjlighet att skapa fördelaktiga avtalsvillkor till sig själv.¹⁵⁶

¹⁵⁴ von Post, Studier kring 36 § avtalslagen s. 113.

¹⁵⁵ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 276 f.

¹⁵⁶ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 151.

6.4 Ekonomiska resurser

6.4.1 Ringa ekonomisk styrka

En part kan hamna i en underlägsen ställning på grund av sin tillgång till, eller snarare brist på, ekonomiska resurser.¹⁵⁷ Ett exempel på ett sådant avtalsförhållande är när en part är ett leveransföretag, vars ställning på marknaden är dominerande, och den andra parten är en lokal detaljhandlare med en liten omsättning.¹⁵⁸ Att den ekonomiska situationen är av betydelse framgår av flera röster i doktrinen. Thomas Wilhelmsson anser att en parts ringa ekonomiska styrka är en faktor som kan försvaga partens förmåga att tillvarata sina rättigheter vid en avtalsförhandling.¹⁵⁹ Dotevall menar att det i alla avtalsförhållanden kan krävas att en uppenbart ekonomiskt överlägsen part, inte utnyttjar detta övertag så att en obestridlig nackdel uppstår för medkontrahenten.¹⁶⁰ Även Kjellin och Jansohn poängterar den ekonomiska potentialens stora betydelse för avtalsförhållandet. De menar att en framstående skillnad mellan parternas resurser nästan per se kan innebära att den ekonomiskt svagare parten hamnar i en underlägsen ställning. Detta kan vara fallet då den ena avtalsparten är ett mycket stort bolag, t.ex. ett börsbolag.¹⁶¹

Dessa ståndpunkter går att analysera utifrån lojalitetsprincipen och vigilansprincipen. Att en uppenbart ekonomiskt överlägsen part inte ska utnyttja detta övertag går att se som en lojalitetsförpliktelse. Den starkare parten måste avstå från att göra något som i situationen skulle skada motparten alltför mycket. Samtidigt som kravet på lojalitet och omsorg ökar på den ekonomiskt starkare parten, minskar kravet på vigilans på den avtalspart som är i ett ekonomiskt underläge.

¹⁵⁷ SOU 1981:31 s. 97.

¹⁵⁸ Prop. 1983/84:92 s. 21.

¹⁵⁹ Wilhelmsson, Social civilrätt s. 131.

¹⁶⁰ Dotevall, SvJT 2002 s. 442.

¹⁶¹ Jansohn och Kjellin, Vad är oskäligt? s. 71.

Ett rättsfall där den svagare partens ekonomiska ställning var en av faktorerna som beaktades är NJA 1979 s. 666, *SAPA*. Rättsfallet berör frågan om en skiljeklausuls skälighet. Skiljeklausulen gav den starkare parten, Skandinaviska Aluminiumprofiler Aktiebolag (SAPA), en valmöjlighet mellan skiljeförfarande och rättegång vid allmän domstol. När en designer stämde SAPA vid Stockholms tingsrätt anförde SAPA att tvisten skulle avgöras genom skiljedom och att designerns talan skulle avvisas. HD ansåg i det aktuella fallet att klausulen skulle lämnas utan avseende enligt 36 § AvtL och att tingsrätten därmed skulle ta upp målet till prövning. I fallet konstaterade HD att det rörde sig om ett avtal mellan två näringsidkare vilka vid avtalets ingående inte hade intagit en jämbördig ställning. En av faktorerna som medförde att designern intog en underlägsen ställning var att hans ekonomiska möjligheter var begränsade.¹⁶² I fallet hänvisades även till andra omständigheter, vilka kommer att presenteras nedan i avsnitt 6.5.2 och 6.6.1. Skiljeklausuler är något som diskuterades särskilt i förarbetena. Där konstaterades att skiljeförfaranden vanligen för med sig stora kostnader. Detta kan göra att en underlägsen avtalspart avstår från att hänskjuta en tvist till prövning av skiljemän, även när den underlägsne avtalsparten har goda chanser att vinna.¹⁶³

Jansohn och Kjellin menar att NJA 1989 s. 346, *Pälsbolaget*, är ett exempel på när ett börsbolags starka ställning gjorde att motparten hamnade i ett underläge.¹⁶⁴ Tvisten, som rörde tolkning av villkor i ett försäkringsavtal och tillämpning av 36 § AvtL, uppstod efter att Rörstrands Päls Aktiebolag (Pälsbolaget) hade haft inbrott. Pälsbolaget hade en företagsförsäkring hos Hansa Företag Försäkringsaktiebolag (Hansa). Hansa bestred dock käromålet och menade att stölden som hade ägt rum inte hade gått till på ett sådant sätt att det omfattades av försäkringsvillkoret. HD ansåg i fallet att försäkringsvillkoren var tvungna att tolkas enligt ordalydelsen. Domstolen konstaterar dock utan någon motivering att pälshandlaren intog en

¹⁶² NJA 1979 s. 666 (på s. 666 f och 669 f).

¹⁶³ Prop. 1975/76:81 s. 146.

¹⁶⁴ Jansohn och Kjellin, Vad är oskäligt? s. 71.

underlägsen ställning gentemot Hansa. Det var emellertid inte mot bakgrund av detta som försäkringsvillkoren ansågs oskäligen, HD motiverade snarare sitt domslut med hänsynstagande till de speciella omständigheterna som förelåg i fallet.¹⁶⁵ Pälsbolagets underlägsna ställning ansågs inte ha varit tillräckligt underordnad.¹⁶⁶

Ett annat rättsfall där HD ansåg att begränsade tillgångar var en faktor som aktualiserade underlägsen ställning är NJA 1999 s. 408, *Skötselborgen*. I fallet aktualiserades frågan om jämkning av villkor i två småföretagares borgensåtagande. De båda hade tecknat borgen såsom för egen skuld för alla förpliktelser som kunde uppkomma för FastighetsAktiebolaget Ettan gentemot banken.¹⁶⁷ Formellt sett var de privatpersoner, men de gick i borgen i rollen som småföretagare.¹⁶⁸ Småföretagarna var genom ett annat helägt bolag, de enda ägarna till fastighetsbolaget. Något som i fallet manade till extra försiktighet vid tillämpningen av 36 § AvtL var att det var fråga om ett borgensåtagande som hade lämnats för en näringsverksamhet i aktiebolagsform, där de båda personerna var ensamma ägare med full insyn och med eget vinstintresse. HD betonade dock att omständigheten att båda var *småföretagare* med *begränsade resurser*, var något som skulle beaktas. I den egenskapen ansågs de inta en underlägsen ställning i förhållande till banken. Två justitieråd var dock skiljaktiga och ansåg att full betalningsskyldighet skulle åläggas borgensmännen.¹⁶⁹ De båda borgensmännens underlägsna ställning tillmättes hursomhelst betydelse i domen.¹⁷⁰

Norlén menar att HD:s uttalanden i *Skötselborgen* skulle kunna tolkas som att domstolen anser att redan det faktum att personerna hade begränsade ekonomiska tillgångar gjorde att de hamnade i en underlägsen ställning. Norlén anser dock att domen ska tolkas som att en person eller ett företag med begränsade tillgångar kan presumeras befinna sig i ett underläge vad gäller

¹⁶⁵ NJA 1989 s. 346 (på s. 346–348 och 354 f).

¹⁶⁶ von Post, Studier kring 36 § avtalslagen s. 112.

¹⁶⁷ NJA 1999 s. 408 (på s. 423 f).

¹⁶⁸ von Post, Studier kring 36 § avtalslagen s. 113.

¹⁶⁹ NJA 1999 s. 408 (på s. 423–425).

¹⁷⁰ von Post, Studier kring 36 § avtalslagen s. 113.

kompetens, måhända även i en beroendeställning. Därmed presumeras denna inta en underlägsen ställning i förhållande till en motkontrahent vars ekonomiska resurser är större. Presumtionen kan dock brytas, beroende på övriga omständigheter.¹⁷¹

6.4.2 Den ekonomiska differensens obetydlighet

Norlén menar däremot att det inte är själva tillgången till ekonomiska medel som är avgörande i sig. Det väsentliga är hur man valt att använda resurserna.¹⁷² Ett liknande resonemang förs av Ramberg och Ramberg. De menar att det inte främst är ett företags omsättning och finansiella styrka som är avgörande. Det avgörande är snarare att företaget på grund av sin ställning och genom bland annat sina ekonomiska resurser, har haft överlägsna möjligheter att utarbeta avtalsvillkoren till sin egen fördel.¹⁷³

Det kan visserligen förekomma situationer där bara vetskapen om att medkontrahenten har betydligt större ekonomiska resurser, kan vara skrämmande för en förhandlingspart. Den underlägsne parten hade kanske egentligen velat begära mer i förhandlingen, men blev tvungen att avstå på grund av medkontrahentens stora ekonomiska uthållighet. Den överlägsne avtalsparten kanske har tillräckligt med resurser för att skada den underlägsne parten, exempelvis genom att påbörja en konkurrerande verksamhet. Norlén hamnar i slutsatsen att det avgörande i förhandlingssituationen är kompetens och beroende, och inte mängden pengar. Han anför dock vidare att det finns vissa situationer där ett ekonomiskt under- eller överläge är av betydelse i sig.¹⁷⁴

Ett rättsfall som har en viss särställning inom området är NJA 1979 s. 483, *Bergman & Beving*.¹⁷⁵ Där var det bland annat fråga huruvida en

¹⁷¹ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 283.

¹⁷² Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 281.

¹⁷³ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt s. 151.

¹⁷⁴ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 281 f.

¹⁷⁵ Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 134.

friskrivningsklausul kunde jämkas. Avtalet gällde köp av elektroniska priskalkylatorer avsedda för användning i bensinpumpar. HD tog upp frågan huruvida köparen, Eklundbolaget, intog en underlägsen ställning i förhållande till säljaren, Bergmansbolaget. Eklundbolagets årsomsättning hade under perioden som högst uppgått till en miljon kronor, medan Bergmansbolagets årsomsättning var 100 miljoner kronor. HD ansåg dock att omständigheten att den ena parten i förhållande till den andra var ett litet företag, inte utgjorde något belägg för underlägsen ställning. Huruvida en part är underlägsen skulle istället avgöras utifrån den helhetsbedömning av avtalssituationen som enligt uttalandena i lagförarbetena till 36 § AvtL utgör grunden för prövningen huruvida ett avtalsvillkor ska anses vara oskäligt.¹⁷⁶

Bernitz menar att HD:s uttalande i *Bergman & Beving*, om tillvägagångssättet för bedömningen huruvida underlägsen ställning föreligger, inte är övertygande i den mån det ska tolkas som att bedömningen ska bakas in i oskälighetsprövningen. Förekomsten av underlägsen ställning ska, i enlighet med lagtexten och förarbetena, ses som ett kriterium som särskild ställning bör tas till, något som HD gjorde i NJA 1979 s. 666, *SAPA*. Vidare är Bernitz av uppfattningen att HD inte ansåg sig behöva ta ställning till huruvida underlägsen ställning förelåg, då domstolen kom fram till att villkoret inte var oskäligt. Enligt Bernitz tyder den avsevärda skillnaden mellan parternas ekonomiska styrka tillsammans med den omständigheten att Eklundbolaget antagligen hade små, kanske till och med obefintliga, möjligheter att påverka avtalsvillkorets utformning, på att Eklundbolaget intog en underlägsen ställning.¹⁷⁷ Kritiken som Bernitz framför är befogad. En eventuell förekomst av underlägsen ställning är en faktor i sig, som särskilt hänsyn ska tas till. Innan särskild hänsyn kan tas till detta, måste det utredas och konstateras att en underlägsen ställning föreligger.

I NJA 1984 s. 229, *Skandia*, var frågan huruvida ett villkor i en företagsförsäkring kunde lämnas utan avseende genom tillämpning av 36 §

¹⁷⁶ NJA 1979 s. 483 (på s. 483 och 513).

¹⁷⁷ Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 129.

AvtL. Avtalet var ingånget mellan en företagare, som drev en billackeringsrörelse, och försäkringsaktiebolaget Skandia. Verkstaden totalförstördes genom en brand och företagaren yrkade därmed att Skandia skulle förpliktas att utbetala försäkringsersättning. Villkoret, som tvisten gällde, reglerade att part vid tvist avseende värdet av skada på egendom vid begäran kunde hänskjuta skadevärderingen till skiljemän för avgörande.¹⁷⁸ Johnny Herre poängterar att företagarens ekonomiska ställning inte skiljde sig från en konsumentens ställning i någon beaktansvärd grad.¹⁷⁹

I domsmotiveringen till *Skandia* konstaterade HD att även om verksamhetsinnehavaren saknat möjlighet att motsätta sig skiljeklausulen i försäkringsvillkoren, kunde den dock inte anses vara oskälig, om inte hans *ekonomiska underlägsenhet* medförde att konstansriskerna i ett skiljeförfarande, jämfört med kostnadsriskerna vid en rättegång, medförde en annan bedömning. Bedömningen som gjordes var att företagaren även i en rättegång skulle riskera att få ersätta motpartens kostnader, inklusive kostnader för motpartens sakkunnigbevisning, i ett förfarande som i motsats till ett skiljeförfarande skulle kunna inbegripa prövning i ytterligare instanser. HD kom därmed fram till att skiljeklausulen rörande skadevärderingen inte borde lämnas utan avseende.¹⁸⁰

Bernitz är av åsikten att verkstadsinnehavaren i förhållande till Skandia var en småföretagare med underlägsen ställning. Han konstaterar dock att HD ansåg att skiljeförfarandet i fall som det aktuella kunde föra med sig väsentliga fördelar även för försäkringstagaren och att det inte var en nackdel från en kostnadsaspekt. Bernitz menar att det av *Bergman & Beving*- och *Skandia*-avgörandena framgår att stora skillnader i parternas ekonomiska styrka inte i sig utgör en indikation för att ett särskilt villkor är att anse vara oskäligt.¹⁸¹ Det är inte särskilt svårt att hålla med Bernitz om att underlägsen ställning förekom i både *Skandia* och *Bergman & Beving*. I

¹⁷⁸ NJA 1984 s. 229 (på s. 229).

¹⁷⁹ Herre, SvJT 2005 s. 601.

¹⁸⁰ NJA 1984 s. 229 (på s. 235).

¹⁸¹ Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 131 f. och 135.

Bergman & Beving sträckte sig den ekonomiska differensen från en omsättning på en miljon kronor till en omsättning på hundra miljoner kronor. Bergmansbolaget hade en hundra gånger större omsättning och detta borde räknas som ett uppenbart ekonomiskt överläge.

I MD 2010:12, *Frilansfotograferna*, yrkade Svenska Fotografers Förbund att MD skulle förbjuda Svenska 360 visningar Kommanditbolag (SE360) från att använda vissa avtalsvillkor. Som grund för detta anfördes bland annat att fotograferna intog en underlägsen ställning i avtalsförhållandet, då det rörde sig om fotografer med en jämförelsevis begränsad verksamhet som oftast bedrevs av egenföretagare med enskild firma. Nära hälften av medlemmarna hade en årlig inkomst under 250 000 kr och flera tvingades därmed ha bisysslor för att klara sig ekonomiskt. Domstolen fastslog dock att fastän frilansfotograferna typiskt sett kan betraktas som mindre företagare, var det inte visat att de typiskt sett intog en underlägsen ställning. Domstolen hade dessförinnan konstaterat att SE360 bedrev rikstäckande verksamhet som medelstor aktör bestående av ca 30 anställda.¹⁸²

6.5 Kompetens

6.5.1 Kunskap och kompetens

En avtalsparts bristande förmåga att ta till vara sina rättigheter vid avtalsförhandlingar, på grund av dålig sakkunskap, kan orsaka obalans i avtalsförhållandet.¹⁸³ Personalens kompetens är en faktor som då tillmäts betydelse. Det rör sig om att bedöma egenskaper såsom utbildning och erfarenhet, men även deras intellektuella förmåga och kunskaper i övrigt. Dotevall menar att den part som vid avtalets ingående har en uppenbar kunskapsmässig överlägsenhet, kan vara förpliktigad att inte utnyttja detta övertag till uppenbar nackdel för den andra parten.¹⁸⁴ Här går det återigen att

¹⁸² MD 2010:12.

¹⁸³ Wilhelmsson, Social civilrätt s. 131.

¹⁸⁴ Dotevall, SvJT 2002 s. 442.

se att den starkare parten tycks ha en slags lojalitetsförpliktelse att inte utnyttja detta övertag på bekostnad för en motpart som riskerar att hamna i ett underläge.

Norlén konstaterar att det ibland påstås att högre krav bör ställas på näringsidkare än på privatpersoner. Han är dock själv av åsikten att det snarare bör handa om hur mycket personen kan om affärer, det avgörande bör inte vara om det är en näringsidkare eller inte.¹⁸⁵ Norléns argumentation kring detta påminner om resonemanget i lagförarbetena om att det inte är en avtalsparts kategoritillhörighet som är av betydelse vid bedömningen av om underlägsen ställning förekommer.

Vidare menar Norlén att det på samma sätt inte kan vara utslagsgivande huruvida ett företag har goda ekonomiska resurser, utan huruvida företaget använt dessa ekonomiska medlen till att införskaffa sig överlägsen kompetens inom området för det aktuella avtalet. Som exempel ger Norlén en avtalsförhandling mellan en inkompetent miljonär och ett affärsgeni utan ekonomiska resurser. Han menar att det i exemplet skulle vara svårt att se varför miljonären skulle inta en överlägsen ställning.¹⁸⁶ Norlén har en poäng med sitt exempel, samtidigt som det är lite missvisande. Varför skulle en rik företagare inte skaffa sig kompetens inom det aktuella området? Det ter sig ganska troligt att en företagare med stora ekonomiska resurser införskaffar den kompetensen som krävs för att driva och utveckla sin verksamhet. Varför skulle ett affärsgeni stå utan ekonomiska tillgångar? Då ingen regel är utan undantag går det såklart föreställa sig situationer då detta skulle kunna uppstå. Måhända att geniet precis har avslutat sina studier, påbörjat sin karriär eller också är dennes sakkunskap inom området utmärkt men det ekonomiska tänkandet saknas.

NJA 1983 s. 332, *Remburs*, gällde jämkning av ett borgensåtagande, där banken ansågs ha intagit en överlägsen ställning i förhållande till en

¹⁸⁵ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 282.

¹⁸⁶ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 282 f.

klädimportör.¹⁸⁷ HD gjorde inte någon närmare precisering om varför banken ansågs inta en överlägsen ställning. Norlén menar att en viktig anledning rimligtvis måste vara att banken hade större kompetens gällande rättsliga och ekonomiska frågor.¹⁸⁸ I målet lämnade Svenska Bankföreningen ett yttrande om att borgensförbindelsen inte användes av någon annan medlemsbank än den aktuella banken i målet.¹⁸⁹ Norlén menar att klädimportören därmed hade kunnat vända sig till en annan bank för att på detta sätt få mer förmånliga villkor. Att klädimportören inte gjorde detta berodde enligt Norlén gissningsvis på bristande kompetens i form av affärsvana, förmåga att bedöma innebörden av villkoret och dess konsekvenser samt kännedom om borgensvillkor hos andra banker. Av detta drar han slutsatsen att det bör ha varit bankens överlägsna kompetens som gjorde att banken befann sig i ett överläge.¹⁹⁰

I engelsk doktrin diskuteras begreppet kognitiv asymmetri. En kognitiv asymmetri föreligger om det visas att det har funnits en signifikant risk att den ena parten inte var medveten om eller inte förstod innebörden av avtalsvillkoren. Asymmetrin kan uppstå antingen på grund av omständigheter kopplade till avtalsparten, såsom låg utbildning och brist på kunskap, eller på grund av omständigheter kopplade till avtalet, såsom att avtalet var svårförståeligt eller finstilt.¹⁹¹ Detta resonemang kan vara meningsfullt. Det följer naturligt att en kognitiv asymmetri kan försätta den okunnige parten i en underlägsen ställning. Även detta går att sätta in i en kontext med lojalitetsresonemang. Ju större asymmetrin är, desto mer lojalitet krävs från den starkare parten, samtidigt som kraven på vigilans sänks på den svagare parten.

¹⁸⁷ NJA 1938 s. 332 (på s. 338).

¹⁸⁸ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 282.

¹⁸⁹ NJA 1983 s. 332 (på s. 336 f).

¹⁹⁰ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 286.

¹⁹¹ Smith, Contract Theory s. 343 f.

6.5.2 Relevant informationstillgång och erfarenhet av den akutella situationen

Ett rättsfall som visar att avtalsparternas erfarenheter inom det aktuella området kan vara avgörande är det tidigare nämnda rättsfallet *SAPA*.¹⁹² HD skrev i domen att *SAPA* var ett etablerat företag som hade stor erfarenhet i affärsförhållanden, samtidigt som designern var oerfaren.¹⁹³ Om en part har gedigen sakkunskap och avtalsinnehållet är inom ett för avtalsparten välbekant område, är detta viktigt att beakta.¹⁹⁴ Även i rättsfallet *NJA 1987 s. 639, Österlen-Hus AB* nämns avsaknad av erfarenhet som en faktor i bedömningen av underlägsen ställning.¹⁹⁵ *Österlen-Hus AB* kommer att presenteras utförligare i avsnitt 6.6.1 och avsnitt 6.7.2.

Relevant informationstillgång och erfarenhet av den aktuella situationen, är faktorer som skulle kunna göra att en typiskt sett underlägsen part istället är att betrakta som överlägsen. En sådan situation kan uppkomma när företaget har tillgång till relevant information för bedömningen, som motparten inte har tillgång till och som inte heller är enkel att få till sitt förfogande. Detsamma kan inträffa om företaget har erfarenhet av den aktuella situationen och avtalets innehåll, medan motparten inte har det. I de exemplifierade situationerna menar Norlén att det går att säga att ”den underlägsne parten har situationsberoende överlägsen kompetens”.¹⁹⁶

Av förarbetena framgår att jämkning till fördel för en starkare part inte utesluts. Att jämkning vid ändrade förhållanden inte utesluts i sådana fall, beror på att det oftast inte torde vara aktuellt att kompensera på grund av den ena partens övermakt.¹⁹⁷ Norlén menar att uttalandet om *starkare part* får tolkas som *den typiskt sett starkare parten*. Han uppmärksammar att även om exemplet i propositionen rör jämkning på grund av senare inträffade

¹⁹² Jansohn och Kjellin, Vad är oskäligt? s. 71.

¹⁹³ *NJA 1979 s. 666* (på s. 670).

¹⁹⁴ Jansohn och Kjellin, Vad är oskäligt? s. 71.

¹⁹⁵ *NJA 1987 s. 639* (på s. 642).

¹⁹⁶ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 288.

¹⁹⁷ Prop. 1975/76:81 s. 127.

förhållanden, kan det likväl vara intressant vid andra diskussioner. När en part, som vanligtvis betraktas som underlägsen, på ett missbrukande sätt utnyttjat exklusiv information, kan situationer uppstå som leder till en obalans. I dessa fall kan det finnas skäl att jämka till förmån för den *annars* starkare parten. Företaget kan även i det aktuella fallet anses vara klandervärt mot bakgrund av lojalitetsprincipen. Det är, enkelt uttryckt, diskutabelt hur mycket en part är skyldig att upplysa sin motpart om vid avtalsförhandlingar. Ett dolöst förtigande och åsidosättande av en upplysningsplikt kan innebära ett lojalitetsbrott. Norlén menar att avtalets bindande verkan därmed kan ifrågasättas redan med hänvisning till detta.¹⁹⁸

6.5.3 Tillgång till juridisk expertis och oberoende rådgivning

Det krävs mycket för att avtalsvillkor mellan två storföretag, vilka båda har företräts av jurister under avtalsförhandlingarna, ska förklaras oskäligen.¹⁹⁹ Om en avtalspart däremot inte har haft tillgång till juridisk sakkunskap, är detta en faktor som kan göra att parten hamnar i en underlägsen ställning.²⁰⁰ Jansohn och Kjellin menar att förekomsten av juridisk rådgivning är en faktor som kan bedömas på skilda sätt i olika situationer. Om en part, i en annars jämställd avtalsrelation, företräds av en advokat vid förhandlingarna kan resultatet bli att den andra parten hamnar i en underlägsen ställning. Om det skulle vara en typiskt sett underlägsen part som får juridisk rådgivning vid avtalsförhandlingarna, kan detta göra att avtalsförhållandet istället blir jämbördigt.²⁰¹ Juridisk rådgivning är ett bra exempel på att en faktor kan skildras på olika sätt. Skildringen är beroende av från vilken parts perspektiv situationen betraktas. Det står hursomhelst klart att om en part får juridisk rådgivning är detta antagligen en faktor som stärker avtalspartens ställning.

¹⁹⁸ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 288 f.

¹⁹⁹ Bernitz, Köpmännens avtalsvillkor s. 32.

²⁰⁰ SOU 1981:31 s. 97.

²⁰¹ Jansohn och Kjellin, Vad är oskäligt? s. 70.

Även Norlén menar att en annars underlägsen part vid anlitaandet av oberoende rådgivning kan uppnå en jämbördig ställning. Det uppstår då en situation där uppdragsgivaren och uppdragstagaren rimligtvis får betraktas som en kompetensenhet. Norlén påpekar dock att sakkunnig rådgivning inte alltid botar underlägsenhet. Ett exempel på en situation där parten bibehåller sin underlägsna ställning är när motparten utnyttjar ett beroendeförhållande. Om det för en avtalspart enbart finns en tänkbar leverantör, som på grund av avtalspartens beroende påtvingat denne *take it or leave it-villkor*, går det att ifrågasätta om köparens tillgång till affärsjuridisk hjälp bör tillmätas betydelse. Det är här inte en kompetensbrist som skapar problematiken. Köparen, tillsammans med sin juridiska rådgivare, inser vad villkoren innebär. Köparen har i situationen, oberoende av juristhjälpen, inte någon annan leverantör att påbörja förhandlingar med, utan står i ett beroendeförhållande till avtalsparten.²⁰² Norléns resonemang om att en kompetensenhet uppstår är skarpt. Det ter sig naturligt att en uppdragsgivares och uppdragstagares kunskap räknas ihop. Mer om beroendeförhållanden presenteras senare i arbetet.

I avgörandet NJA 1986 s. 388, *Södra Skogsägarna*, var det fråga om jämkning av en skiljeklausul enligt 36 § AvtL. I fallet uppkom frågan huruvida Nils kunde anses ha intagit en underlägsen ställning i avtalsförhållandet. HD kom fram till att han inte intagit en underlägsen ställning. Motiveringen till detta var att Nils intresse var av kommersiell natur och att förlikningsavtalet hade kommit till efter grundliga förhandlingar där parterna hade varit företrädade av advokater. Det hade inte heller visats föreligga några andra förhållanden som talade för att Nils intog en så underlägsen ställning att skiljeklausulen skulle behöva lämnas utan avseende.²⁰³

Norlén menar att domen tydligt visar att HD tillmätte Nils kompetens, i form av advokathjälp, avsevärt större relevans än hans ekonomiska resurser. Enligt

²⁰² Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 289 f.

²⁰³ NJA 1986 s. 388 (på s. 388 och 391).

Norlén är det uppenbart att Södra skogsägarna hade väsentligt större ekonomiska resurser än den tidigare anställda Nils, detta gjorde dock inte att Nils ansågs inta en underlägsen ställning. Norlén menar att detta stödjer hans åsikt om att det som är avgörande i förhandlingssituationen är kompetensen och beroendet, inte mängden pengar. Att Nils ansåg att han befann sig i ett ekonomiskt underläge, var enligt HD inte relevant då han inte var att anse som kompetensmässigt underlägsen eftersom han hade advokathjälp.²⁰⁴ Skiljelinjen mellan denna kommersiella tvist och *SAPA*-fallet är enligt Bernitz att klausulen i det aktuella fallet var en del av ett individuellt framförhandlat avtal.²⁰⁵

6.5.4 Företrädare för parternas intressen

En annan faktor som förefaller vara av relevans vid bedömningen huruvida en part intar en underlägsen ställning när det rör sig om standardavtal är om dessa har blivit ensidigt utarbetade av företrädare för den ena partens intressen. HD skriver nämligen i domskälen i NJA 1979 s. 483, *Bergman & Beving*, att en viktig faktor vid bedömningen av balansen i ett avtalsförhållande, av den typ som var aktuell, är om standardvillkoren har utarbetats av ena partens företrädare, eller om både säljar- och köparintressena har haft företrädare närvarande vid utformningen av villkoren.²⁰⁶

Även denna faktor känns naturlig att kategorisera in under kompetens. Här går det också att använda kompetensenhetsresonemanget. Både säljare och köpare och deras respektive företrädare kan anses ha verkat aktivt tillsammans för sina intressen.

²⁰⁴ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 282 och 290.

²⁰⁵ Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 132.

²⁰⁶ NJA 1979 s. 483 (på s. 513).

6.6 Marknadsposition och beroende

6.6.1 Affärsmässigt och ekonomiskt beroende

En orsak till att en avtalspart kan ha en betydligt svagare ställning än motparten är att denne står i ett beroendeförhållande till medkontrahenten.²⁰⁷ Beroendeförhållandet kan vara både affärsmässigt och ekonomiskt. Att beroendeförhållanden är något som uppmärksammas i avtalsrättsliga sammanhang är redan bekant.²⁰⁸ 31 § AvtL definierar ocker som bland annat utnyttjande av någons beroendeställning.

Beroendefaktorn kan aktualiseras i fall där en avtalspart är starkt beroende av motparten för sin egen överlevnad. En beroendeställning kan uppkomma då en återförsäljare specialiserar sin försäljning och service på en särskild leverantörs specifika produkt.²⁰⁹ Kanske är rent av hela eller en väsentlig del av verksamheten inriktad på försäljning av motpartens produkter.²¹⁰ En beroendesituation kan också uppstå ifall en underentreprenör anpassar och inrättar sin verksamhet efter en specifik uppdragsgivares behov.²¹¹ En annan typsituation är långvariga avtalsförhållanden mellan leverantörer och deras distributörer. Distributörerna riskerar i denna typ av förhållanden att hamna i en beroendeställning på grund av att det ofta föreligger en ingående avtalsreglering för distributörernas verksamhet.²¹²

Det finns även vissa avtalsvillkor som ofta bidrar till att ett beroende uppstår. Bernitz listar upp flera sådana avtalsvillkor, däribland avtalsvillkor om inköpsförpliktelser, exklusivitet och uppdelning av områden. Likaså kan avtalsvillkor om uppsägningsrätt och förbud mot konkurrens leda till att ett beroendeförhållande skapas. Dessa avtalsvillkor kan då sätta distributörerna i ett beroendeförhållande till leverantören.²¹³

²⁰⁷ SOU 1981:31 s. 97.

²⁰⁸ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 283.

²⁰⁹ Prop. 1983/84:92 s. 21.

²¹⁰ SOU 1981:31 s. 97.

²¹¹ Prop. 1983/84:92 s. 21.

²¹² Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 119.

²¹³ Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 119.

Om en avtalspart befinner sig i ett tillstånd av nödvändighet, anses detta inom engelsk rätt vara en omständighet som kan påverka bedömningen av parternas jämbördighet. En sådan situation kan uppstå om avtalsparten är i behov av en speciell vara eller service och motparten är den enda möjliga personen eller företaget som kan tillhandahålla denna.²¹⁴ Utan att starta en djupgående diskussion kring detta ska det ändå uppmärksammas att uttryckssättet tillstånd av nödvändighet går att problematisera. Ett sådant tillstånd skulle kunna aktualiseras utan att ett beroendeförhållande föreligger. En avtalspart kan många gånger vara i behov av eller efterfråga en nödvändighet i form av en vara eller tjänst, som flera andra aktörer kan erbjuda. Om det dock bara finns en avtalspart som kan erbjuda varan eller tjänsten som efterfrågas, då skulle detta tillstånd av nödvändighet kunna vara att betrakta som en faktor som medför underlägsenhet.

Ett ekonomiskt beroende förelåg i rättsfallet NJA 1987 s. 639, *Österlen-Hus*, där HD kom fram till att en skiljeklausul var oskäligen. Skiljeklausulen fanns i ett avtal ingånget mellan Österlen-Hus AB och Ulla, i egenskap av näringsidkare. HD tog vid sin bedömning hänsyn till att Ulla vid avtalsingåendet huvudsakligen var hänvisad till agenturuppdraget för sin försörjning.²¹⁵ Sacharias Votinius menar att domstolen här tog ställning i frågan om vad som ska klassificeras som ett frivilligt löfte. I och för sig hade Österlen-Hus AB inte agerat genom några aktiva påtryckningar eller genom hot för att få igenom skiljeklausulen. Däremot går det att se att relevansen i HD:s argumentation ligger i att Ulla ändå inte hade någon valfrihet. Hon var i princip tvungen att ingå avtalet på bolagets villkor, då hon annars inte skulle kunna försörja sig.²¹⁶

Även i rättsfallet *SAPA* var beroende en faktor som spelade roll vid bedömningen av partsförhållandet. HD konstaterade i rättsfallet att designern var mån om att erhålla varorna som kontraktet avsåg och att det inte fanns

²¹⁴ Smith, *Contract Theory* s. 343.

²¹⁵ NJA 1987 s. 639 (på s. 642).

²¹⁶ Votinius, *Varandra som vänner och fiender* s. 243 f.

något annat svenskt företag som han kunde avtala med.²¹⁷ Det förelåg alltså ett affärsmässigt beroende här.

6.6.2 Dominerande ställning

Om ett företag intar en dominerande ställning kan detta medföra att motparten intar en underlägsen ställning. Detta framkommer i förarbetena till AVLN och illustreras genom samma exempel som angavs i avsnittet om ekonomiska resurser. Exemplet som ges är att en underlägsen ställning kan uppkomma när den ena parten är ett leveransföretag med dominerande ställning på marknaden, och den andra parten är en lokal detaljhandlare med en liten omsättning.²¹⁸

Ett fall där den ena avtalspartens dominerande ställning var avgörande är MD 1985:16, *Göteborgs kommun*. I målet kom MD fram till att en fastighetsägare intog en underlägsen ställning i avtalsförhållandet. Göteborgs Fastighetsägarförening yrkade att MD skulle förbjuda Göteborgs kommun vid vite att använda sig av ett visst avtalsvillkor om en rätt att ändra och göra tillägg i allmänna bestämmelser, i ett avtal som kommunen använde med fastighetsägare om leverans av fjärrvärme. MD konstaterade i målet att Göteborgs kommun var den helt dominerande fjärrvärmeleverantören i Göteborg. Därutöver medgav de statliga lånebestämmelserna en fastighetsägare små möjligheter att välja ett annat värmesystem än det som erbjöds av kommunen. Med anledning av en fastighetsägares beroende i förhållande till kommunen ansågs fastighetsägaren därför vara underlägsen.²¹⁹

Frågan om dominerande aktörer kom också upp i MD 2006:30, *Kompositörerna*, där underlägsen ställning inte ansågs föreligga. Där yrkade Föreningen Svenska Kompositörer av Populärmusik (SKAP) att MD skulle förbjuda TV4 Aktiebolag (TV4) från att använda ett visst avtalsvillkor.

²¹⁷ NJA 1979 s. 666 (på s. 670).

²¹⁸ Prop. 1983/84:92 s. 21.

²¹⁹ MD 1985:16.

Avtalsvillkoret innebar att upphovsmännen vid beställningsuppdrag skulle överlåta sina förlagsrättigheter till TV4 vid musikskapande åt Tv-bolaget. MD:s resonemang löd att oavsett om TV4 kunde anses vara en dominerande aktör eller inte, kunde det konstateras att bolaget var en betydelsefull aktör. Trots att upphovsmän allmänt sett kan betraktas som mindre företagare, menade MD dock att den förebringade utredningen i målet inte tydde på att upphovsmännen typiskt sett var underlägsna i förhållande till TV4, gällande det aktuella avtalet. En domare var dock skiljaktig och menade att förhållandena på den aktuella marknaden sammantaget gjorde att upphovsmännen typiskt sett intog en underlägsen ställning i förhållande till Tv-bolaget. Han menade att beställningsuppdragen hade en tämligen stor ekonomisk betydelse för många upphovsmän, även om de fråntogs sina förlagsrättigheter.²²⁰

Bernitz är kritisk till majoritetens bedömning i MD 2006:30 och har svårt att förstå hur MD resonerade angående underlägsen ställning. Enligt Bernitz är det uppenbart att kompositörer av beställningsmusik typiskt sett är småföretagare, ofta ensamföretagare vars ekonomiska erfarenhet är begränsade, medan TV4 är Sveriges ledande kommersiella Tv-kanal. Bernitz anser att detta i det närmaste framstår som ett typfall av underlägsen ställning. MD:s motivering är mager, möjligtvis är det skrivningen *förebringad utredning* som visar att domstolen ansåg att SKAP:s klaganden av de faktiska förhållandena varit otillräckliga.²²¹

I MD 2010:12, *Frilansfotograferna*, där underlägsen ställning inte ansågs föreligga, konstaterade domstolen att det på den aktuella marknaden fanns ett flertal andra aktörer. SE360 hade en marknadsandel på alldeles under 20 procent.²²²

²²⁰ MD 2006:30.

²²¹ Bernitz, NIR 2007 s. 509–511.

²²² MD 2010:12.

6.6.3 Köparsidan, säljarsidan och marknadsgrupperingar

I avtal mellan tillverkare, importörer eller grossister å ena sidan och detaljhandlare å andra sidan, är det framförallt köparsidan som missgynnas av eventuella oskäligen avtalsvillkor. Det är alltså vanligtvis köparsidan som är svagare. Det behöver dock inte alltid vara köparsidan som är den svagare parten i avtalsförhållandet mellan en leverantör och en detaljhandlare. Både enskilda detaljister och grupperingar av detaljister har många gånger en så pass stark ställning i förhållandet med sina leverantörer, att de ges möjlighet att uppställa oskäligen villkor.²²³ Detta framhåller även Bernitz med typfallet att en detaljhandlare vid inköp från olika leverantörer, ofta företräds av en inköpsorganisation. De grupperingar som finns inom detaljhandeln utgör vanligen den starkare parten i avtalsförhållanden med leverantörer.²²⁴ Detaljhandlare, som utgör ett mellanled mellan leverantörer och konsumenter, kan i vissa fall dock riskera att komma i kläm mellan dessa. Genom den förstärkning som skett av konsumentskyddet har detaljisterna kommit i ett svårare förhandlingsläge i förhållande till leverantörerna. Exempelvis kan inte eventuella friskrivningar från leverantörssidan vidareföras till konsumenterna.²²⁵

Stora varuhuskedjor bedriver en betydande del av Sveriges detaljhandel. Därutöver förekommer till stor del grupperingar inom dagligvaruhandeln som ger individuella företag en starkare position. Köpare som är mycket stora påtvingar vanligen sina villkor, i vart fall kan de på ett effektivt sätt hota om att avbryta fortsatta affärsförbindelser för att hindra att motpartens ensidigt utformade villkor används.²²⁶

Argumentationen här följer samma linjer som den ovan om kompetens och företrädare för parternas intressen. På samma sätt som en kompetensenhet kan

²²³ SOU 1981:31 s. 97 f.

²²⁴ Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 120.

²²⁵ SOU 1981:31 s. 98.

²²⁶ SOU 1981:31 s. 97 f.

stärka en avtalsparts ställning, kan partens ställning även förstärkas genom grupperingar och företrädare som gör att dennes marknadsposition stärks.

6.6.4 Standardavtal

Något som kan försvaga en avtalsparts marknadsposition är förekomsten av standardavtal.²²⁷ Enligt Bernitz har lagstiftaren lagt ett särskilt fokus på oskäligen villkor i standardavtal upprättade av ena parten.²²⁸ När stora företag tillämpar standardavtal gentemot ett betydande antal kunder och leverantörer blir utrymmet för förhandling vanligtvis ytterst litet för de enskilda kunderna och leverantörerna. Om det finns liknande företag i branschen använder de sig ofta av liknande standardavtal. Därmed existerar inte alternativet att vända sig till ett annat företag. Detta gör att kundens eller leverantörens marknadsposition blir svag. Med den svaga marknadspositionen kan det uppstå ett beroendeförhållande där Norlén menar att kunden eller leverantören till det stora företaget presumeras inta en underlägsen ställning. Föreligger vissa speciella omständigheter ska det dock inte uteslutas att presumtionen kan brytas i enskilda fall, något som dock verkar vara mycket svårt enligt Norlén.²²⁹

6.6.5 Relationer med risk för otillbörligt inflytande

Det finns en rad situationer där beroende kan föreligga. Exempel på situationer där otillbörligt inflytande kan förekomma är relationen mellan en advokat och en klient, relationen mellan en förvaltare av egendom och en förmånstagare samt relationen mellan en manager och en ung artist. I dessa förhållanden kan beroende och förtroende byggas upp. När transaktioner ska ske dessa parter emellan finns det en risk att relationen kommer att utnyttjas.²³⁰ En beroendeställning kan även förekomma i avtalsförhållandet mellan en huvudman och dennes agenter samt mellan en kommittent och

²²⁷ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 285.

²²⁸ Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 122.

²²⁹ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 285.

²³⁰ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 284 f.

dennes kommissionärer. Likaså kan beroende uppstå mellan en leverantör och dennes ensamåterförsäljare, exempelvis inom bilhandeln, samt mellan en franchisegivare och dennes franchisetagare.²³¹ Norlén menar att någon presumptionsregel inte bör uppställas om att ett otillbörligt inflytande alltid föreligger vid dessa situationer. Han anser att det är lämpligare att fästa avseende vid den specifika situationens kännetecken.²³² Norléns resonemang är relevant. En presumtion i dessa fall är antagligen att ta det för långt. Att fästa avseende vid de specifika omständigheterna i det aktuella fallet är i överensstämmelse med hur bedömningen av förekomsten av underlägsen ställning görs.

6.6.6 Förhållandet till kompetens och ekonomiska resurser

Norlén menar, som tidigare nämnts, att kompetens och beroende är faktorer som, jämfört med ekonomiska resurser, bör tillmätas större betydelse för förekomsten av under- och överlägsen ställning. Ett nära samband mellan bristen på ekonomiska medel och uppkomsten av en beroendeställning kan dock föreligga. En beroenderelation i ett affärssammanhang kan, som redan noterats, ta sig uttryck i *take it or leave it*-förhandlingar. I en sådan situation kan den överlägsna parten uppställa vissa krav som den underlägsna parten rent faktiskt måste godkänna för att ett avtal ska komma till stånd.²³³ En återförsäljare som är väsentligen beroende av sitt förhållande till en tillverkare kan stå utan valmöjligheter och i praktiken vara tvungen att acceptera tillverkarens villkor.²³⁴ Att parten måste godta villkoren och kraven innebär här att medkontrahenten visserligen har friheten att avstå från att ingå avtalet, men om den underlägsna parten vill ha det som avtalet avser har parten i praktiken inget val.²³⁵ Detta är ytterligare ett exempel på hur det reella

²³¹ Bernitz, Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 119.

²³² Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 284 f.

²³³ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 285.

²³⁴ SOU 1974:83 s. 110.

²³⁵ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 285.

förhandlingsutrymmet elimineras och med det även den verkliga avtalsfriheten.

6.7 Övriga faktorer som kan påverka partsställningen

6.7.1 Överraskningsmoment

Det går att föra fram argument om att en avtalspart, som får besök eller blir uppringd av en försäljare, typiskt sett är mindre förberedd på att tillvarata sina ekonomiska intressen, jämfört med om denne själv hade uppsökt en försäljare. Det är då själva överraskningsmomentet som kan ge upphov till att köparen försätts i ett underläge. Köparen kan i en sådan situation vara helt oförberedd på att få ett avtalsförslag presenterat för sig och ingå avtalet utan någon större eftertanke.²³⁶ Möjligheterna för att denna faktor ska påverka bedömningen av partsställningen ökar troligtvis om den förekommer i kombination med andra faktorer som gör avtalsparten svag, såsom bristande kunskap eller ringa ekonomiska resurser.

6.7.2 Anställningsliknande förhållande

En kategorikrets som allmänt sett anses inta en underlägsen ställning är arbetstagare. Detta har arbetsdomstolen (AD) fastslagit flertalet gånger.²³⁷ Arbetstagare är en grupp som faller utanför framställningen av det här arbetet. Det är dock relevant att kolla på situationen där de anställningsliknande förhållandena har gjort att en part har intagit en underlägsen ställning.

Detta var fallet i *Österlen-Hus AB* där HD kom fram till att en skiljeklausul var oskälig. I fallet konstaterade HD att avtalet skiljde sig avsevärt från ett avtal ingånget mellan jämställda näringsidkare. HD ansåg att det i det aktuella

²³⁶ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen s. 297.

²³⁷ Jansohn och Kjellin, Vad är oskäligt? s. 73. Se även AD 1986 nr 78 och AD 1994 nr 120.

fallet snarare fanns vissa likheter med ett anställningsförhållande. Faktorer som HD tog upp i sin bedömning var att Ulla vid det muntliga avtalsingåendet inte var näringsidkare och att det skriftliga kontraktet tillkom när hon för sin försörjning till största del var hänvisad till agenturen. Vidare saknade Ulla erfarenhet av den aktuella typen av avtal och hon hade inte tidigare bedrivit någon näringsverksamhet. Därutöver var hennes ställning obetydligt självständig i förhållande till bolaget, detta då bolaget stod på både hyreskontrakt och telefonabonnemang till lokalen där Ulla bedrev verksamheten.²³⁸

Ulla hade själv anfört att hon inte hade en chans ur ekonomisk synvinkel att bära kostnaderna för ett skiljeföranande och att hon vid avtalets ingående intog en underordnad ställning i förhållande till bolaget. Österlen-Hus AB framhöll att det var ett litet företag, med två delägare samt två till tre anställda och att bolaget sålde ett 30-tal småhusbyggsatser per år. Bolaget menade därmed att Ulla var en jämbördig avtalspart.²³⁹

Bernitz är av åsikten att en skiljedoms klausul kan antas vara oskäligen om den återfinns i ett avtal mellan näringsidkare där den ena parten intar en ställning som är så underlägsen att den till viss del liknar situationen för en anställd eller en konsument. I en sådan situation finns ett motsvarande behov för skydd mot kostnadsriskerna som en skiljedom för med sig.²⁴⁰

Votinius menar att samtliga ledamöter vid bedömningen i *Österlen-Hus*, utifrån den rättvisebaserande kontraktssyn som 36 § AvtL präglas av, enades om en dom som utgick från relationens reella karaktär och bortsåg från de formella beskrivningarna av relationens form, det vill säga benämningen agentförhållande. En argumentation av denna karaktär är en förutsättning för att 36 § AvtL ska kunna få ett egentligt innehåll. En rättvisebaserad avtalsyn

²³⁸ NJA 1987 s. 639 (på s. 642).

²³⁹ NJA 1987 s. 639 (på s. 641).

²⁴⁰ Bernitz, Köpmännens avtalsvillkor s. 51.

påbjuder just en argumentation som tar utgångspunkt i relationens verkliga karaktär.²⁴¹

von Post menar att HD fann skiljeklausulen oskälig dels för att Ulla intog en underlägsen ställning, dels för att vissa likheter med ett anställningsavtal var för handen.²⁴² Jag är snarare av åsikten att likheterna med ett anställningsavtal i sig var en av de faktorer som bidrog till att Ulla ansågs vara underlägsen. Ulla befann sig i en underlägsen ställning dels för att hon, som tidigare anförts, var ekonomiskt beroende av att ingå avtalet, dels för att hon intog en anställningsliknande ställning.

I rättsfallet med Österlen-Hus och Ulla syns också sambandet mellan lojalitet och vigilans. Ulla hade inte upptäckt eller förstått innebörden av skiljeklausulen. Österlen-Hus ville att detta skulle läggas henne till last. Detta blev emellertid inte fallet. Ullas underlägsna ställning gjorde att kravet på vigilans som ställdes på henne sänktes, medan kravet på lojalitet höjdes på Österlen-Hus. De hade behövt informera henne tydligare om innebörden av avtalsvillkoren.

6.7.3 Övriga personliga egenskaper

Utöver de faktorer som har tagits upp ovan kan det även finnas andra kännetecken hos en person som är relevanta för ställningstagandet huruvida parten är underlägsen eller inte. Personliga egenskaper som kan spela roll för bedömningen är en individs ålder, kön, hälsotillstånd och sociala position.²⁴³ Även en persons intellektuella förmåga bör kunna beaktas.²⁴⁴ Min tolkning är att dessa faktorer kan få en större relevans när näringsverksamheten inte bedrivs i egen juridisk person. Om det rör sig om en enskild näringsidkare känns det mer naturligt att dennes personliga egenskaper tillskrivs

²⁴¹ Votinius, *Varandra som vänner och fiender* s. 243 f.

²⁴² von Post, *Studier kring 36 § avtalslagen* s. 316.

²⁴³ Norlén, *Oskälighet och 36 § avtalslagen* s. 276 f.

²⁴⁴ Jansohn och Kjellin, *Vad är oskäligt?* s. 70.

verksamheten. Ålder och kön blir inte applicerbart på en juridisk person och blir därmed irrelevant om verksamheten bedrivs som exempelvis aktiebolag.

7 Analys och slutdiskussion

7.1 Kapitelinledning

Den avslutande delen av detta examensarbete består av en slutdiskussion kring begreppet underlägsen ställning. Här kommer presenterade faktorer, principer och argument att analyseras vidare. Kapitlet och arbetet avslutas sedan med några avslutande resultattankar.

7.2 Bedömningen av parternas styrkeförhållande

Bedömningen av parternas styrkeförhållande tar sin utgångspunkt i hur starka parterna är i förhållande till varandra. För att undersöka om en svagare avtalspart är underlägsen, måste dennes ställning jämföras med den starkare motpartens ställning. Underlägsen ställning är därmed ett relationsbegrepp. Bedömningen som sker enligt AVLN är dock mer typiserad än den som görs enligt 36 § AvtL. Rent teoretisk skulle detta kunna medföra att en avtalspart anses vara underlägsen vid en bedömning enligt 36 § andra stycket AvtL, men inte vid en typiserad bedömning enligt 2 § första stycket AVLN.

För att avgöra om en part har intagit en underlägsen ställning måste det reella förhandlingsutrymmet undersökas. Det reella förhandlingsutrymmet, som utgör något av en utgångspunkt för undersökningen av partsställningen, kan som konstaterats variera av olika anledningar. Den relevanta frågan som måste ställas när det reella förhandlingsutrymmet undersöks är huruvida det har existerat någon verklig avtalsfrihet för den svagare parten. Detta är avgörande för bedömningen av om det har funnits något faktiskt förhandlingsutrymme.

En slutsats som går att dra är att underlägsen ställning inte går att bedöma utifrån några fasta mått. En part kan i en avtalssituation vara att betrakta som

underlägsen, i en annan som jämbördig eller till och med överlägsen. Detta beror helt och hållet på avtalssituationen och vem som är avtalsmotpart och dennes styrka. I ett avtalsförhållande mellan en liten småföretagare och ett betydligt starkare bolag, klassificeras småföretagaren troligtvis som underlägsen. Om samma småföretagare ingår ett avtal med en annan typisk småföretagare är parterna med stor sannolikhet istället jämbördiga. Partskonstellationen blir därmed avgörande för relationsbegreppet underlägsen ställning där den svagare partens ställning jämförs med den starkare partens ställning.

7.3 Småföretagare och konsumentliknande ställning

Något som nämns återkommande i både förarbeten och doktrin är begreppet småföretagare. I likhet med begreppet underlägsen ställning saknar även begreppet småföretagare en klar definition med tydliga kriterier. Bedömningen av vem som är att betrakta som småföretagare kan därmed bli väldigt godtycklig. Trots att formuleringen småföretagare uteblev från lagtexten, spelar den en viktig roll. Det är sannolikt att begreppet underlägsen ställning ofta träffar denna kategori och när detta är fallet kan bedömningen möjligen bli enklare än om bedömningen rör någon som inte är en typisk småföretagare.

Det finns dock inget som säger att en småföretagare per automatik intar en underlägsen ställning. Om partskonstellationen består av en småföretagare, vars kompetens och ekonomiska resurser är begränsade, och ett stort bolag, kanske till och med ett börsbolag, skulle det vara en passande situation att argumentera för att småföretagaren intar en underlägsen ställning. En välarbetad argumentation skulle i ett sådant fall ha goda möjligheter till att utmytna i ett konstaterande om att en underlägsen ställning föreligger. Dessa fall är såklart inte okomplicerade, men desto mer komplicerat blir det dock när det inte rör sig om typiska småföretagare. I dessa situationer krävs det antagligen en betydligt skarp argumentation från den avtalspart som påstår

sig vara i underläge. Småföretagare må vara en av de kategorier som särskilt avsågs att skyddas med hjälp av regleringen och som ofta träffas av begreppet underlägsen ställning. Det är dock viktigt att komma ihåg att begreppet på intet sätt är begränsat till att enbart skydda denna kategori.

En annan kategori som nämns återkommande i både förarbeten och doktrin är konsumenter. I och med att konsumenterna har ett skyddsbehov, dras ibland paralleller till detta, exempelvis genom uttryck som konsumentliknande ställning. En näringsidkare kan i vissa situationer inta en konsumentliknande ställning, exempelvis för att det rör sig om en engångsaffär eller på grund av partens svaga ekonomiska ställning. Det är dock viktigt att inte fastna alltför mycket i ett sådant resonemang. Som konstaterats är det inte en viss kategoritillhörighet som är avgörande, varken om det rör sig om kategorin småföretagare eller en näringsidkare med konsumentliknande ställning. Det relevanta för bedömningen är den aktuella situationen och de omständigheter som ligger för handen.

7.4 Faktorer av betydelse för bedömningen

Även om bedömningen inte utgår från några fasta kriterier, går det dock att fastställa att det finns vissa faktorer som granskas vid bedömningen. Olika faktorer kan vara av olika relevans, det beror på situationen. En faktor som är av högsta relevans för den aktuella bedömningen, kan vara av mindre betydelse i nästa.

Att ekonomi är en faktor av betydelse lär det inte råda några större tvivel om. Det framgår både av förarbeten, doktrin och praxis att en parts ekonomiska resurser påverkar dennes ställning i avtalsförhållandet. Flera röster inom doktrin talar om ekonomins relevans. Norlén drar dock slutsatsen att kompetens och beroende är faktorer som spelar större roll än ekonomiska resurser. Det spelar ingen roll hur god ekonomi en avtalspart har, besitter denne inte kunskapen som krävs kanske ett avtal ingås vars villkor är oskäligen. Detta går dock att problematisera. Kan kravet på vigilans höjas på

en avtalspart som har större ekonomiska resurser än en med ringa tillgångar? Ett jakande svar på denna fråga skulle inte vara alltför överraskande. I en sådan situation går det att tycka att avtalsparten med god ekonomi borde ha anlitat en juridisk rådgivare, för att på så sätt förstärka sin kompetens.

Om det däremot rör sig om en situation där motparten företräds av en advokat och avtalsparten själv inte har någon företrädare eller rådgivare och dessutom står med begränsade resurser, kan argument läggas fram om att den senare nämnda har en underlägsen ställning. Att i enlighet med Norlén dra en slutsats kring att kompetens och beroende bör tillmätas större betydelse vid bedömningen, gör jag dock inte.

Marknadsposition och beroende går att se ur olika perspektiv och är av särskilt intresse. Ett beroende kan uppkomma i många olika situationer. Det kan rör sig om otillbörliga relationer, där den ena parten utnyttjar förtroendet för att sätta motparten i en beroendeställning. Det kan också handla om olika typer av avtalsförhållanden, exempelvis mellan leverantörer, specialiserade återförsäljare och detaljhandlare. Vidare kan ett beroende uppstå om en avtalspart intar en dominerande ställning. Beroende kan också uppstå som en konsekvens av stora grupperingar inom handeln och av en betydande användning av standardavtal som har försvagat en avtalsparts marknadssituation.

Det ligger nära till hands att dra slutsatsen att en avtalspart befinner sig i en underlägsen ställning om denne är en småföretagare som i jämförelse med motparten har både begränsad ekonomi och kompetens och dessutom befinner sig i ett beroendeförhållande. I den situationen finns det flera faktorer som tyder på att denne är underlägsen, vilket givetvis stärker argumentationen. Om faktorerna begränsad ekonomi och ringa kompetens plockas bort och beroendeförhållandet lämnas kvar i avtalsförhållandet, finns det dock mycket som talar för att parten som är i en beroendeställning även är underlägsen. I en sådan situation spelar det ingen roll hur storskalig ekonomi och kompetens avtalsparten har. Råder ett beroendeförhållande är

det troligt att avtalsparten saknar ett reellt förhandlingsutrymme och hamnar i en underlägsen ställning i den aktuella situationen.

7.5 Rättspraxis

Praxis inom området är inte särskilt storskalig och inte heller helt enhetlig. Bernitz är av åsikten att HD inte har konkretiserat begreppet näringsidkare med underlägsen ställning och att PMD:s praxis är för liten för att det ska vara möjligt att dra ut tydliga linjer. Med tanke på att bedömningarna som görs knyter an till faktorer i det enskilda fallet, är det egentligen inte förvånande att praxis inte har några tydliga konturer. Detta kan föra med sig en del svårigheter för att dra konkreta slutsatser om vad som väger tyngst och vad som är det mest väsentliga. Något som går att konstatera är dock att faktorerna i de enskilda fallen spelar roll, det går också att exemplifiera de faktorer som faktiskt har kommit upp till bedömning av domstolarna. Värt att upprepas är att PMD vid prövningarna enligt AVLN dock är mer inriktad på om parten typiskt sett kan anses underlägsen. Detta är naturligt med tanke på att det handlar om att förbjuda ett fortsatt användande av villkor som återfinns i ett standardavtal.

Mot bakgrund av att det för bedömningen inte finns några fasta mått, är det inte konstigt att domstolarna inte har givit begreppet en fastställd ram. Det är dock synd att HD och PMD inte har tagit upp frågan till bedömning oftare. Det är också synd att motiveringarna sällan har varit utförliga när frågan väl har aktualiserats. Utifrån den praxis som finns skulle jag dra slutsatsen att mönstret handlar om att se till de specifika faktorerna och undersöka vad som påverkar partsställningen i det enskilda fallet. Som tidigare redogjorts för i uppsatsen anser Bernitz att HD intar en försiktig hållning och att rättspraxis tydligare borde observera och bekänna den underlägsna ställning som småföretagare kan inta. Jag håller med honom om detta och anser att det är beklagligt att frågan inte har tagits upp fler gånger, särskilt tråkigt är det att det inte finns något färskare avgörande, då detta hade kunnat bringa ytterligare klarhet i frågan.

7.6 Principernas genomslag

Vad gäller de principer som har presenterats i uppsatsen, är alla aktuella för begreppet underlägsen ställning. En princip som får ett särskilt tydligt genomslag är skyddsprincipen. Att skyddsprincipen är relevant framgår redan av lagtexten, som just nämner att särskild hänsyn ska tas till behovet av skydd för part vars ställning är underlägsen. Jämkningsparagraferna genomsyras av skyddsprincipen och det ter sig klart att en avtalspart med underlägsen ställning särskilt kan behöva skyddas. Skyddet behövs för att avtalsfriheten ska kunna säkerställas. En ekonomiskt och kompetensmässigt underlägsen avtalspart riskerar att ingå avtal på ett oinformerat sätt. I sådana situationer kan avtalsbundenheten behöva ge vika för den reella avtalsfriheten.

Principen om avtalsfrihet är av stor vikt. Denna grundpelare för hela avtalsrätten gör att frågan huruvida det har existerat någon reell avtalsfrihet måste ställas. Om en avtalspart intar en underlägsen ställning och egentligen inte har något förhandlingsutrymme kan denne ha mist sin chans att ingå avtal med en verklig avtalsfrihet. Visserligen kvarstår en teoretisk frihet och valmöjlighet att inte acceptera anbudet, men i praktiken kan parten vara tvungen, exempelvis för att avtalet är avgörande för verksamhetens fortlevnad eller för att det inte finns någon annan leverantör att vända sig till. I sådana situationer finns det en risk för att det inte har existerat någon reell avtalsfrihet.

Principen om avtalsbundenhet, avtalsrättens andra grundpelare, finns också bakom skyddstänkarna för en underlägsen avtalspart. Denna princip kan därmed skydda en underlägsen part, om motparten utan giltig anledning skulle vilja dra sig ur avtalet. För att skydda en underlägsen part kan dock även avsteg från principen om avtalsbundenhet vara tvunget, detta är i vissa fall tvunget för att jämningsmöjligheterna enligt 36 § AvtL och 1 och 2 §§ AVLN ska kunna nyttjas och ges ett egentligt innehåll. Detta görs med utgångspunkt i avtalsrelationens verkliga karaktär, annars skulle inte avtalsfriheten få fullt genomslag.

Beträffande lojalitetsplikten och vigilansprincipen går det att se ett samband och mönster. Avtalsparterna måste agera i enlighet med dessa, men en fråga är vilka krav som principerna ställer på respektive part. Det är där sambandet och mönstret går att se. Kravet på lojalitet och omsorg blir högre på den starkare avtalsparten, samtidigt som kravet på vigilans som ställs på en underlägsen part blir lägre. Detta har exemplifierats tidigare i uppsatsen, framförallt i samband med att rättsfall har presenterats.

7.7 Sammanvägd bedömning

En tanke som är av relevans är att faktorerna har ett nära samband. Det ligger nära till hands att utgå från att en verksamhet med god ekonomi, även innehar god kompetens. När kompetens saknas finns ekonomiska resurser för att införskaffa ytterligare kompetens och rådgivning. Den faktorn som kanske sticker ut mest är beroendet. Om en part befinner sig i ett beroendeförhållande spelar det inte någon roll vilka ekonomiska resurser denne har, är det ett beroendeförhållande utan reellt förhandlingsutrymme saknas även den reella avtalsfriheten.

I och med att faktorerna har ett nära samband är det nog sällan just en specifik faktor som gör att en avtalspart hamnar i en underlägsen ställning. Mot bakgrund av att ett avtalsvillkor sällan ses isolerat vid oskälighetsbedömningen, är det sannolikt att faktorerna som kan ha relevans vid bedömningen av partsställningen, också ses till sin helhet. Därmed blir det en helhetsbedömning. En faktor som är avgörande i ett fall, kan vara av mindre relevans i ett annat fall, beroende på hur partsförhållandet ser ut.

Norlén däremot menar att kompetens och beroende är faktorer som bör tillmätas större betydelse vid bedömningen av partsstyrkan, jämfört med ekonomiska resurser. Jag delar inte Norléns slutsats. En svag ekonomisk ställning är något som tydligt kan indikera att en part befinner sig i en underlägsen ställning. Vidare kan svaga ekonomiska resurser även medföra ett underläge vad gäller kompetens och beroende.

Såsom rättsläget ser ut idag går faktorerna för bedömningen av underlägsen ställning troligen inte att rangordna. En slutsats om vilken av faktorerna som är den viktigaste för bedömningen går alltså inte att dra. Konstaterandet går emellertid att se som en slutsats i sig. Detta fastställande är föga förvånande, särskilt inte om en koppling görs till relevansen av det specifika avtalsförhållandet. Det är inte en viss kategorisering av avtalsförhållandet som är avgörande för om en part intar en underlägsen ställning, det är de specifika omständigheterna för varje fall som har betydelse för bedömningen. Det specifika avtalsförhållandet och parterna i detta är avgörande. Eftersom omständigheterna kan skilja sig åt i varje situation innebär det att en faktor som är avgörande i ett fall kan ha mindre relevans på grund av andra omständigheter i ett annat fall.

7.8 Avslutande slutsatser

Underlägsen ställning är ett levande begrepp som inte går att fastställa med hjälp av några fasta mått, bedömningen görs utifrån den specifika situationen. Fasta mått skulle vara ohållbart och motverka syftet med skyddet. En avtalspart kan vara underlägsen i ett avtalsförhållande, men inte i nästa och det är på detta vis begreppsregleringen syftar till att fungera. För att avgöra om en part är underlägsen måste olika faktorer, såsom ekonomi, kompetens, marknadsposition och beroende, undersökas.

En parts underlägsna ställning är en faktor som spelar roll vid oskälighetsbedömningen som i sin tur kan leda till jämkning. Det är därmed av relevans att uppmärksamma denna partsställning, både vid redan uppkomna tvister och vid avtalsförhandlingar.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

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

Prop. 1983/84:92 om avtalsvillkor mellan näringsidkare.

SOU 1974:83. Generalklausul i förmögenhetsrätten.

SOU 1981:31. Avtalsvillkor mellan näringsidkare: delbetänkande.

Litteratur

Adlercreutz, Axel och Gorton, Lars och Lindell-Frantz Eva: *Avtalsrätt I*.
Uppl. 14. Lund 2016.

Bernitz, Ulf: *Köpmännens avtalsvillkor*. Stockholm 1988.

Bernitz, Ulf: 'Möjligheterna att förbjuda oskäligen villkor i avtal om beställningsmusik. Kommentarer till MD 2006:30.' *NIR* 5/2007 s. 509–511.

Bernitz, Ulf: 'Småföretagarskydd mot oskäligen avtalsvillkor, särskilt 36 § avtalslagen.' I; Müllern, Mats och Lindskog, Stefan och Unger, Sven (red.), *Festskrift till Sveriges advokatsamfund: 1887–1987: Rättsvetenskapliga studier* s. 107–144. Stockholm 1987.

Bernitz, Ulf: *Standardavtalsrätt*. Uppl. 9. Stockholm 2018.

Dotevall, Rolf: 'Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal'.
SvJT 2002 s. 441–457.

Grönfors, Kurt och Dotevall, Rolf: *Avtalslagen: en kommentar*. Uppl. 5. Stockholm 2016.

Herre, Johnny: 'Svensk rättspraxis. Förmögenhetsrätt 1978–2004'. *SvJT* 2005 s. 549–800.

Jansohn, Åsa och Kjellin, Henrik: *Vad är oskäligt? : en analys av 36 § AvtL*. Lund 1990.

Jareborg, Nils: 'Rättsdogmatik som vetenskap.' *SvJT* 2004 s. 1–10.

Kleineman, Jan: 'Rättsdogmatisk metod.' I; Korling, Fredric och Zamboni Mauro (red.), *Juridisk metodlära* s. 21–45. Uppl. 2. Lund 2018.

Lehrberg, Bert: *Avtalsrättens grundelement*. Uppl. 2. Uppsala 2006.

Lindmark, Dan: 'Om jämkning i kommersiella avtal. NJA 1979 s. 483.' I; Flodgren, Boel och Gorton, Lars och Lindell-Frantz, Eva och Samuelsson, Per (red.), *Avtalslagen 90 år – Aktuell nordisk rättspraxis* s. 281–294. Stockholm 2005.

Lindskog, Stefan: 'Jämkning i kommersiella avtalsförhållanden'. I; Bryde Andersen, Mads och Flodgren, Boel och Giertsen, Johan (red.), *Aftaleloven 100 år: baggrund, status, udfordringer, fremtid. Vol. 1* s. 305–327. Köpenhamn 2015.

Lindskog, Stefan: 'Oskälighetsbegreppet i 36 § avtalslagen. Synpunkter på en doktorsavhandling.' *JT* Nr. 2 2005/06 s. 275–302.

Mellqvist, Mikael: 'Förmögenhetsrättsliga prejudikat – en nödvändig rättskälla.' *SvJT* 2017 s. 805–819.

Munukka, Jori: *Kontraktuell lojalitetsplikt*. Stockholm 2007.

Munukka, Jori: 'Lojalitetsplikten som rättsprincip.' *SvJT* 2010 s. 837–848.

Norlén, Andreas: *Oskälighet och 36 § avtalslagen*. Linköping 2004.

von Post, Claes-Robert: *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*. Stockholm 1999.

Ramberg, Christina: 'Prejudikat som rättskälla.' *SvJT* 2017 s. 773–782.

Ramberg, Christina: 'Uppsägningstid vid långvariga samarbetsavtal.' *SvJT* 2010 s. 94–98.

Ramberg, Jan och Ramberg, Christina: *Allmän avtalsrätt*. Uppl. 11. Stockholm 2019.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare ämne, material, metod och argumentation*. Uppl. 4. Stockholm 2018.

Smith, Stephen A: *Contract Theory*. Oxford 2004.

Svensson, Ola: *Avtalsfrihet och rättvisa: en rättsfilosofisk studie*. Lund 2012.

Taxell, Lars Erik: *Avtalsrättens normer: några riktlinjer*. Åbo 1987.

Votinius, Sacharias: *Varandra som vänner och fiender. En idékritisk undersökning om kontraktet och dess grund*. Stockholm 2004.

Wilhelmsson, Thomas: *Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontrakträttens allmänna läror*. Helsingfors 1987.

Övrigt

Marknadsdomstolen: Marknadsdomstolen upphör,

<<http://www.marknadsdomstolen.se>>, besökt 2020-05-19.

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1979 s. 483.

NJA 1979 s. 666.

NJA 1983 s. 332.

NJA 1984 s. 229.

NJA 1986 s. 388.

NJA 1987 s. 639.

NJA 1989 s. 346.

NJA 1992 s. 290.

NJA 1999 s. 408.

NJA 2009 s. 672.

Arbetsdomstolen

AD 1986 nr 78.

AD 1994 nr 120.

Marknadsdomstolen

MD 1985:16.

MD 2006:30.

MD 2010:12.