

Oskälighetsbedömning enligt den avtalsrättsliga generalklausulen

36 § AvtL

Med fokus på senare inträffade förhållanden

Linnea Andersson

Handledare: Andrea Algård

Kandidatuppsats i handelsrätt

HARH13

HT21



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

Förord	5
Förkortningar	6
1. Inledning	7
1.1 Bakgrund.....	7
1.2 Syfte och frågeställning.....	8
1.3 Avgränsningar.....	8
1.4 Metod och material.....	8
1.5 Disposition.....	10
2. En introduktion till 36 § AvtL	11
2.1 Inledning.....	11
2.2 Avtalsrättsliga principer.....	12
2.2.1 Inledning.....	12
2.2.2 Lojalitetsprincipen.....	13
2.2.3 Ekvivalensprincipen.....	14
2.2.4 Vigilansprincipen.....	14
2.3 36 § AvtL.....	15
2.4 En introduktion till rekvisiten i 36 § AvtL.....	16
2.4.1 Inledning.....	16
2.4.2 “Avtlets innehåll”.....	17
2.4.3 “Omständigheterna vid avtalets tillkomst”.....	17
2.4.4 “Senare inträffade förhållanden”.....	18
2.4.5 “Omständigheterna i övrigt”.....	18
2.4.6 “Underlägsen ställning”.....	19
2.5 Sammanfattning [och slutsatser].....	20

3. Oskälighetsbedömningen och särskilt om senare inträffade förhållanden	21
3.1 Inledning.....	21
3.2 Oskälighetsbedömningen.....	22
3.2.1 Oskälighetsbedömningen gällande friskrivningsklausuler.....	24
3.3 Senare inträffade förhållanden.....	27
3.3.1 Inledning.....	27
3.3.2 Bedömningen av senare inträffade förhållanden enligt 36 § AvtL.....	28
3.4 Sammanfattning [och slutsatser].....	33
4. Sammanfattning och slutsatser	35
Käll- och litteraturförteckning	37
Rättsfallsförteckning	40

Summary

Section 36 of the Swedish Contracts Act is considered to be the most momentous regulation in the Contracts Act. The general clause gives the opportunity to adjust- or to disregard the agreement in whole. A contract can be adjusted if a circumstance, i.g. a changed circumstance, is assessed to be excessive.

The purpose of the essay is to research how to address the excessive matters in relation to section 36 of the Contracts Act, focusing on changed circumstances. The essay will narrate various factors of importance when assessing excessive matters according to section 36 of the Contracts Act to reach a conclusion. Narration of the possibilities to assess excessive matters regarding changed circumstances will also be presented.

Pacta sunt servanda, the principle that agreements must be kept, is up against the importance of a contract being fair and to have been emerged under circumstances that are not excessive. An assessment will be made with regard to the circumstances in every case individually. How to assess the excessive matters in practice is still a difficult question to answer. Since the origin of the general clause, section 36 of the Contracts Act is used when assessing the matter of changed circumstances.

Sammanfattning

Avtalslagens 36 § anses vara en av de mest betydelsefulla bestämmelserna i avtalslagen. Denna generalklausul öppnar upp möjligheten att jämka eller lämna ett avtal helt utan avseende. Ett avtal kan jämkas om en omständighet, som t.ex. ett senare inträffat förhållande, bedöms vara oskäligt.

Syftet med uppsatsen är att närmare utreda hur oskälighetsbedömningen enligt 36 § AvtL görs, med fokus på ändrade förhållanden. För att komma fram till en slutsats ska det redogöras för vilka faktorer som får betydelse vid oskälighetsbedömningen enligt 36 § AvtL. Det ska även redogöras för vilka möjligheter som finns att åberopa generalklausulen i fall av senare inträffade förhållanden.

Principen om avtalsbundenhet, pacta sunt servanda, ska vägas mot vikten av att avtal ska vara skäliga och tillkomma under rättvisa förhållanden. En bedömning ska göras i hänsyn till omständigheterna vid varje enskilt fall. Hur oskälighetsbedömningen ska ske i ett enskilt fall i praktiken är dock fortfarande svårt. Sedan tillkomsten av generalklausulen, använder man numera 36 § AvtL i fråga om ändrade förhållande.

Förord

Jag vill ägna ett tack åt den handelsrättsliga institutionen för alla värdefulla kurser ni försett mig med under de senaste terminerna. Jag vill även tacka till min handledare Andrea Algård för hennes vägledning och den inspiration hon gett mig att arbeta på uppsatsen. Hennes synpunkter har bidragit med stor hjälp i författandet av denna kandidatuppsats.

Malmö, december 2021

Linnea Andersson

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
HD	Högsta domstolen
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
Prop.	Proposition

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Pacta sunt servanda. Avtal ska hållas. Det är i alla fall vad den grundläggande principen inom avtalsrätten säger. Mot avtalsbundenheten står avtalsfriheten. Du som individ ska själv kunna bestämma om du vill ingå avtal, samt vad som ska avtalas och med vem. Principen om avtalsbundenhet kan verka självklar, samtidigt som dess konkreta innehåll är oklart. Principen går långt tillbaka i tiden. På den tid då man ansåg att rättsregler var givna av naturen, var avtalsbundenhet en grundläggande pelare. I och med samhällets utveckling, ses principen på ett mer modernt sätt, där avtalsparternas eget intresse och samhällsnyttan ligger i fokus. Ur ett rättsekonomiskt perspektiv är sanktionerad avtalsbundenhet positiv eftersom den ökar säkerheten. Transaktionskostnader minskar även till följd av effektivitet och förutsägbarhet. Samtidigt talar andra perspektiv för att inskränka principen om avtalsbundenhet. Däribland förekommer undantag från huvudprincipen, såsom *pacta non sunt semper servanda*, avtal behöver inte hållas under alla förhållanden.¹ Det är just kring undantagen som vi kan tala om avtalslagens 36 §, även kallad den stora generalklausulen inom avtalsrätten och avtalslagens kanske mest betydelsefulla bestämmelse. Där avtalsvillkor kan anses oskäligen och därmed jämkas eller helt lämnas utan avseende.²

Då det sker en prövning enligt 36 § AvtL ska en helhetsbedömning göras. En parts förutsättningar får betydelse även i de fall då förutsättningarna inte är avgörande i en situation. Skälighetsbedömningen ska vara objektiv. Balansen mellan parternas prestationer blir central vid skälighetsbedömningen, särskilt när det kommer till långvariga avtal. Den balans parterna bestämt, blir utgångspunkt vid en prövning enligt generalklausulen. Prövningen om jämkning eller om avtalets ska lämnas utan avseende sker i de fall då balansen rubbats. Avsikten med att jämka ett avtal är att återupprätta balansen.³

36 § AvtL listar en rad rekvisit, varav det ena ger möjlighet att jämka eller lämna ett avtalsvillkor utan avseende om villkoret är oskäligt med hänsyn till senare inträffade

¹ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 32-35

² Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 148

³ Dotevall, 2017, s. 249-250

förhållanden.⁴ Ändrade förhållanden är något som är högst aktuellt i dagens samhälle med den rådande Covid-19-pandemin. Pandemin är ett exempel på något som inte går att förutse. Men utgör den ett ändrat förhållande? Hade pandemin kunnat verka som en jämningsgrund i ett avtal och åberopas enligt 36 § AvtL? Vilka är ogiltighetsgrunderna och vad räknas egentligen som ett senare inträffat förhållande?

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med denna undersökning är att närmare utreda hur oskälighetsbedömningen enligt 36 § AvtL görs, med fokus på ändrade förhållanden.

För att uppfylla uppsatsens syfte ska följande frågeställningar besvaras:

- Vilka faktorer får betydelse vid oskälighetsbedömningen enligt 36 § AvtL?
- Vilka möjligheter finns att åberopa 36 § AvtL i fall av ändrade förhållanden?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsens ram avgränsas till att endast behandla svensk rätt, med undantag för vissa begränsade hänvisningar till internationella modellregler. Sedan införandet av generalklausulen har förutsättningsläran fått en mer begränsad betydelse, därmed utesluts förutsättningsläran ur denna uppsats. Samtliga rekvisit i 36 § AvtL kommer att tas upp, samtidigt som det kommer ske en fördjupande analys av rekvisitet "senare inträffade förhållanden". Övriga rekvisit kommer endast att diskuteras mer övergripande.

1.4 Metod och material

I denna uppsats kommer rättsdogmatisk metod att användas, eftersom syftet och frågeställningarna i uppsatsen syftar till att undersöka och analysera gällande rätt. Rättsdogmatiken är en traditionell rättsvetenskaplig metod, vilken har normativ betydelse för gällande rätt, de lege lata. Med rättsdogmatisk metod menas kortfattat en metod som innebär

⁴ Hädanefter används omväxlande "senare inträffade förhållanden" och "ändrade förhållanden" utan någon betydelseskilnad.

systematisering, samt tolkning, av gällande rätt.⁵ Som grund för metoden ligger juridiska rättsvetenskapliga arbeten, domstolsavgöranden och lagregler, vilka ska redovisas öppet. Det som bland annat karaktäriserar rättsdogmatiken är just faktorn att rättskällorna används för syftet att fastställa gällande rätt. Rättsdogmatiken verkar inom den gällande rättens ram. Metoden reglerar även vad som är acceptabel juridisk argumentation. Att systematisera och tolka är det som gör rättsvetenskapen vetenskaplig, vilket är centralt för metoden. Rättsdogmatiken bygger dessutom på ett antal grundantaganden, där bland annat materiell rättssäkerhet ingår.⁶ Rättsdogmatikens systematiserings- och tolkningsuppgift sker oftast med ett domarperspektiv som utgångspunkt, eftersom de frågor som besvaras är sådana som domare ställs inför. Om du strikt håller dig till den rättsdogmatiska metoden riskerar arbetet att bli alltför inskränkt och deskriptivt, då synen på rätten enligt metoden innebär att gällande rätt ska tillämpas som den är, oberoende av om utkomsten blir etisk eller inte.⁷ Samtidigt går vetenskap ut på att finna nya lösningar, det är därmed befogat inom rättsdogmatiken att även söka efter ideala lösningar.⁸ För det fall att vi i stället diskuterar hur lagen borde vara, de lege ferenda, hamnar vi utanför den strikta rättsdogmatiska metoden. För denna metod antyds att ett bättre namn är "rättsanalytisk metod" snarare än rättsdogmatisk metod. Därmed kan anses att det i undersökningen kommer användas den striktare rättsdogmatiska metoden i bredare bemärkelse, med infall av den metod som syftar på de lege ferenda.⁹

För att uppsatsens syfte ska uppnås med hjälp av den rättsdogmatiska metoden, har en rad material bidragit. Stort fokus har legat på avtalslagen, därtill propositionen¹⁰ och generalklausulutredningen¹¹. De internationella modellreglerna (UNIDROIT, PECL och DCFR) anser Ramberg & Ramberg ge en konkret vägledning och bör ses vid, då avtalslagen konkret inte vägleder oss för hur oskälighetsbedömningen ska göras.¹² Vidare menar Ramberg & Ramberg att dessa modellregler utgör rättskällor inom svensk rätt, eftersom Högsta domstolen refererar dessa återkommande i sina avgöranden. Herre är däremot inte lika övertygad som Ramberg & Ramberg över att den utländska rätten ska utgöra en rättskälla. Samtidigt som Herre också erkänner att den mer internationaliserade miljön bidrar till att utländskt material ska få större betydelse på det förmögensrättsliga området. Herre

⁵ Wahlgren, SvJT 2008, s. 299-300

⁶ Sandgren, Tfr 2005 s. 649-650

⁷ Olsen, SvJT 2004 s. 111-114, 116

⁸ Jareborg, SvJT 2004, s. 4

⁹ Sandgren, Tfr 2005 s. 655 f

¹⁰ Prop. 1975/76:81

¹¹ SOU 1974:83

¹² Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 221

betraktar däremot snarare den utländska rätten som en källa för inspiration och ett jämförelseunderlag.¹³

En rad litteratur har använts, bland annat *Allmän avtalsrätt* av Ramberg & Ramberg och *Avtal* av Dotevall, samt diverse festskrifter. Utöver litteraturen, har flertalet artiklar bidragit till undersökningen. Vidare har rättsfall analyserats för att ge en bredd till hur oskälighetsbedömningen görs. Utöver Högsta domstolens rättsfall har även en skiljedom analyserats.

Värdering av rättskällorna är en konstant i uppsatsen. Lagar och andra författningar rangordnas högst, men ibland kan lagstiftningen vara otydlig eller ofullständig. Vidare blir förarbeten av vikt då lagstiftningen ofta hålls kortfattad, men kan kompletteras genom att propositionen är ämnad att beskriva tillvägagångssättet i en uppkommen situation. Även rättspraxis, vilket är en central rättskälla, har en viktig kompletterande roll. De klargör grundläggande principer och tillämpar lagreglerna på specifika fall, vilket kan fungera som vägledning. Trots att den juridiska doktrinen är lägst rangordnad bidrar den till bearbetande av den aktuella rättsutvecklingen, lösningar utarbetas och en vidareutveckling sker.¹⁴ Därför förekommer diverse rättskällor i uppsatsen.

1.5 Disposition

Kapitel 2 - En introduktion till 36 § AvtL. Generalklausulen presenteras, rekvisiten redogörs för och avtalsrättsliga principer i koppling till 36 § tas upp.

Kapitel 3 - Oskälighetsbedömningen och särskilt om senare inträffade förhållanden. Direkt kopplat till uppsatsens syfte där frågeställningarna analyseras. Vad som ska beaktas i en oskälighetsbedömning och vad oskälighetsbedömningen tar hänsyn till. Senare inträffade förhållanden och oskälighetsbedömningen kring rekvisitet redogörs för och analyseras. Vidare analyseras rättsfall.

Kapitel 4 - Sammanfattning och slutsatser. Slutdiskussion där syftet uppnås och frågeställningarna besvaras.

¹³ Herre, 2018, s. 220-221

¹⁴ Bernitz, m.fl., 2020, s. 30-32

2. En introduktion till 36 § AvtL

2.1 Inledning

Den traditionella nordiska avtalsrätten bygger på tanken att parternas viljeförklaringar ska respekteras. Avtalslagens tillkomst skedde i en tid som var präglad av idén om den fria viljans betydelse för avtalet.¹⁵ Därmed har avtalsrätten i Norden har stort fokus på förhållandena i samband med avtalets ingående.¹⁶ Proceduren gällande avtalsslutet blir avgörande, eftersom ett viktigt syfte i avtalslagen beträffande de avtalsrättsliga reglerna och oskälighetsregleringen är att säkerställa att parterna haft möjlighet att uttrycka sin vilja fritt.¹⁷

Avtalslagens 36 § infördes år 1976. Bestämmelsen medger jämkning vid oskälighet och är principiellt hållen. Till skillnad från de kasuistiska bestämmelserna i 28-32 § AvtL, som har preciserade rekvisit, är 36 § AvtL en generalklausul. Numera är generella lagbestämmelser vanligare än de kasuistiska, vilka var mer förekommande vid tiden kring avtalslagens tillkomst. 36 § AvtL ger därmed uttryck för en modern lagstiftningsteknik, då många faktorer ska vägas in och en samlad bedömning göras. Oskäligheten bedöms med hänsynstagande till varje enskild situation, till skillnad från avtalslagens äldre kasuistiska bestämmelser där man behöver checka av rekvisiten för att bedöma bestämmelsens tillämplighet.¹⁸ Generalklausulen om oskäliga avtalsvillkor är den mest betydelsefulla bestämmelsen i avtalslagen, i alla fall enligt Ramberg & Ramberg. Genom bestämmelsen kan det bli möjligt att jämka ett avtalsvillkor eller helt lämna ett avtal utan avseende. Detta gäller i de fall avtalet innehåller villkor som är oskäliga med anledning av omständigheterna vid exempelvis senare inträffade förhållanden. 36 § AvtL är alltså ett undantag från huvudprincipen i avtalslagen, dvs. pacta sunt servanda, principen om att avtal ska hållas.¹⁹

Generalklausulen har en principorienterad och öppen standard, vilken bygger på bedömningen av skäligheten i ett avtal, eller av vissa avtalsvillkor. Möjligheten för jämkning

¹⁵ Dotevall, 2017, s. 240

¹⁶ Dotevall, 2017, s. 238

¹⁷ Dotevall, 2017, s. 240

¹⁸ Dotevall, 2017, s. 148-149

¹⁹ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 148

av avtalet med hjälp av 36 § AvtL på grund av avtalets innehåll har tidigare inte varit så stor, med undantag för avtal mellan konsument och näringsidkare, samt villkor i standardavtal.²⁰

Det centrala uttrycket i generalklausulen är oskälighet. Rättstillämparen får möjlighet att fokusera på det specifika i varje avtalsrelation. Det är svårt att uppställa en mer detaljerad generell tillämpbar formel för hur bedömningen ska göras, eftersom skälighetsbedömningen kan behöva göras i så många olika situationer. En alltför detaljerad anvisning om oskälighetsbedömningen skulle riskera att motverka funktionen för 36 § AvtL och göra den alldeles för strikt. Tolkningsmöjligheten i generalklausulen öppnar upp för en bedömning av varje enskilt fall, in casu. Skäliga villkor i en situation, kan därför bli oskäliga i en annan.²¹

Införandet av 36 § AvtL syftade på att ge domstolarna utökade möjligheter att ingripa i avtalsförhållanden. Idén med generalklausulen var att inte endast förhindra ett avtalsvillkor, utan att kunna ändra avtalets innehåll så att resultatet inte längre blir oskäligt. Domstolarna får förhållandevis stor frihet när det kommer till gränsdragningen för vad som kan accepteras.²² Vidare är syftet med generalklausulen är att stärka konsumenters och andra svagare avtalsparters rättsskydd. Den strängaste tillämpningen av klausulen påkallas av konsumenterskyddsbehovet. Däremot är det inte konstaterat att införandet av generalklausulen ska ha berott på att stärka konsumenters rättigheter. 36 § AvtL är snarare avsedd att i enlighet med välfärdsstatliga mål, låta samma rättsskydd som konsumentsskyddslagarna ger, också ges åt formellt jämbördiga parter.²³

2.2 Avtalsrättsliga principer

2.2.1 Inledning

Vad som menas med principer varierar. Ofta gör HD ingen skillnad mellan principer och rättsregler. Begreppet princip används då som beteckning på en utfyllande oskriven regel. Juridisk argumentation hänvisar ofta till dessa "principer".²⁴ Avtalsrätten präglas av olika principer, bland annat huvudprincipen: pacta sunt servanda, vilket betyder att avtal ska hållas. Generalklausulen i 36 § AvtL blir på så sätt ett undantag från den principen. Samtidigt som 36 § AvtL ger uttryck för ekvivalensprincipen och hjälper till att upprätthålla både

²⁰ Dotevall, 2017, s. 238

²¹ Dotevall, 2017, s. 240

²² Adlercreutz & Gorton, 2016, s. 332-333

²³ Votinius, 2005, s. 340-341; Prop. 1975/76:81, s. 108

²⁴ Nörlén & Ramberg, SvJT 2021, s. 373

lojalitetsprincipen och vigilansprincipen. Till bakgrund för generalklausulen och dess korta referens till oskälighet ligger nämligen metaprinciper om bland annat lojalitet, ekvivalens och vigilans.²⁵

2.2.2 Lojalitetsprincipen

I många avtal, särskilt sådana som gäller under en längre tid, har parterna lojalitetsförpliktelser gentemot varandra för att underlätta och möjliggöra en riktig uppfyllelse av avtal. Båda parter ska hjälpa varandra att få ut så mycket som möjligt av avtalet ifall det inte skadar en själv, så är åtminstone tanken.²⁶

Lojalitetsprincipen och idén om lojalitet är relativt nya. Normerna kring principen säger att en part är skyldig att iaktta motpartens intressen, och inom nordisk doktrin är man överens om lojalitetsplikten som en allmän princip vid sidan om lagbestämmelserna. I avtalslagen finns dock ingen bestämmelse kring lojalitet. Däremot är bestämmelserna i avtalslagen tänkta att främja en lojal samverkan avtalsparter emellan. Referenserna till lojalitet har ökat från Högsta domstolens (HD:s) sida under de senare åren, tidigare fanns det en större återhållsamhet. Lojalitetsprincipen fungerar mest som ett stöd till tolkningen av avtal och lagen.²⁷

En typ av lojalitetsförpliktelse handlar om information. Det finns en skyldighet inför att motparten blir underrättad om händelser av betydelse, exempelvis tiden för leverans av en vara. I vissa avtal har parterna upplysningsskyldighet. Vidare kan en part även ha skyldighet att förklara för dess motpart vad den avtalade prestationen går ut på. Genom detta fastställs innehållet i avtalet, vilket verkar som en fördel för den som vill åberopa 36 § AvtL.²⁸ Vidare blir lojalitetsprincipen relevant för tillämpningen av generalklausulen särskilt gällande fullgörandefasen, genom t.ex. egen skadebegränsning, underättelseplikt och upplysningsplikt. Lojalitetsprincipen tar främst sikte på agerandet vid avtalets tillkomst och senare inträffade förhållanden. För att koppla ändrade förhållanden med lojalitetsprincipen krävs att du finner att rekvisitet kan omfatta situationer då en part brutit mot en härledd plikt inom lojalitetsprincipens ramar.²⁹

²⁵ Norlén & Ramberg, SvJT 2021, s. 377

²⁶ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 38-39; Norlén, 2004, s. 244

²⁷ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 39-40

²⁸ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 41

²⁹ Norlén, 2004, s. 264-265

2.2.3 Ekvivalensprincipen

Ekvivalensprincipen grundar sig på tanken att avtalsprestationerna har objektiva värden som ska stå i balans till varandra. Problemet blir att dessa "riktiga" värden inte finns. Ekvivalensprincipen utmanades genom 1700-talets nationalekonomiska forskning om utbud och efterfrågan. Forskningen påvisade just att det inte går att tala om objektiva riktiga värden. Trots det finns idén om att ett avtal ska upprätthålla en viss balans kvar. Principen genomsyrar ett av de svåraste problemen i avtalsrätten. Problemet har att göra med att ta hänsyn till den ena partens egen förmåga att själv göra bedömningen av vad som är bäst och vilket värde ett avtal har för denne. Å andra sidan ska behovet att "hjälpa" avtalsparten att undvika effekterna av avtal som är oförmånliga tillgodoses.³⁰

Ekvivalens och balanserat utbyte mellan prestationerna är något som bygger på tanken om att ett avtal ska vara balanserat på så sätt att parterna i fråga ska få likvärdiga prestationer av varandra.³¹ På så sätt öppnar ekvivalensprincipen upp för 36 § AvtL genom att slå fast att trots parter frivilligt slutit ett avtal, kan avtalet anses oskäligt och därmed jämkas.³² Ekvivalensprincipen ska ses som en precisering av oskälighetsrekvisitet i generalklausulen, speciellt i de fall beträffande långvariga avtal. Ekvivalensprincipen är en del av värdegrunden för generalklausulen med tanke på rättrådigheten att sträva efter korrekta avvägningar. Ekvivalensprincipen knyter an till bedömningen om avtalets innehåll är skäligt eller inte. Principen knyter även an till bedömningen om ett avtal kan jämkas till följd av senare inträffade förhållande, ifall de ändrade förhållandena har orsakat en balansrubbing mellan parternas prestationer.³³

2.2.4 Vigilansprincipen

Parter ska tillvarata sina egna intressen enligt vigilansprincipen. Parterna tillvaratar sina intressen genom att förebygga problem, vara aktsamma, vaksamma och noggranna. Då parterna tillvaratar sina intressen är dem vigilanta. Parter är inte skyddsvärda då de struntar i att förebygga problem, är slarviga, obetänksamma eller oförsiktiga.³⁴ På samma värdegrund som att varje människa ansvarar för sina handlingar, vilar vigilansprincipen. Vidare bygger principen på att tänka innan man agerar.³⁵

³⁰ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 43

³¹ Dotevall, 2017, s. 250; Norlén, 2004, s. 229

³² Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 42

³³ Norlén, 2004, s. 255-256

³⁴ Norlén & Ramberg, SvJT 2021, s. 376; Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 43-44

³⁵ Norlén & Ramberg, SvJT 2021, s. 376

Vigilansprincipen är en princip som avhandlar att en part måste räkna med en tuff värld, och därmed i eget intresse måste vara uppmärksam på avtalets risker. Principen är relevant i bedömningen av 36 § AvtL gällande oskälighet, men även för att fastställa avtalets innehåll.³⁶ Huvudregeln lyder att den part som misstar sig om händelseutvecklingen ska bära konsekvenserna misstaget. Huvudregeln ligger i linje med vigilansprincipen, eftersom den som inte tänker sig för och beaktar avtalets risker, inte är skyddsvärd.³⁷

2.3 36 § AvtL

36 § AvtL lyder som följer:

36 § Avtalsvillkor får jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Har villkoret sådan betydelse för avtalet att det icke skäligen kan krävas att detta i övrigt ska gälla med oförändrat innehåll, får avtalet jämkas även i annat hänseende eller i sin helhet lämnas utan avseende.

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

Första och andra styckena äga motsvarande tillämpning i fråga om villkor vid annan rättshandling än avtal.

I fråga om jämkning av vissa avtalsvillkor i konsumentförhållanden gäller dessutom 11 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden. *Lag (1994:1513)*.³⁸

Generalklausulens uppbyggnad ser ut på följande sätt:

- 1) Oskälighetsbedömningen avser ett eller flera avtalsvillkor
- 2) Avtalsvillkoret ska vara oskäligt
- 3) Oskäligheten kan bero på: a) avtalets innehåll, b) omständigheter vid avtalets tillkomst, c) ändrade förhållande, eller d) övriga omständigheter
- 4) Då ett enskilt avtalsvillkor lämnas utan avseende, består avtalet i normalfallet i övrigt
- 5) Ett avtal kan jämkas så att det blir skäligt, avtalsvillkoret behöver därmed inte lämnas utan avseende
- 6) Hänsyn tas till parternas ställning i förhållande till varandra

³⁶ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 43-44

³⁷ Norlén & Ramberg, SvJT 2021, s. 377

³⁸ 36 § lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område

7) 36 § AvtL är även tillämplig på andra rättshandlingar än avtal (ex betalningsåtaganden)³⁹

Jämkning är inte detsamma som ogiltigförklaring. Jämkning är mer anpassningsbar. Med jämkning menas ofta att en förpliktelse minskar eller upphör. Men det kan även betyda att en förpliktelse ökas. Jämkning är inte avsedd att ges i bestraffande syfte, trots att den utgör en sanktion. Det är ett skäligt resultat som ska uppnås genom jämkning. När avtalet blir bestående vid jämkning, ska inte ska återgång av prestationer vanligen inte ske. Däremot ska prestationer återgå då ett avtal lämnas utan avseende.⁴⁰

Möjligheten att jämka eller åsidosätta avtalsvillkor har ökat genom införandet av 36 § AvtL. Detta gäller särskilt i konsumentrelationer. Rättsföljden kan också bli total ogiltighet, även om bestämmelsen främst riktar in sig på jämkning. Det framkommer enligt propositionen⁴¹ att det bör finnas full frihet för domstolarna att välja de lösningar som bäst tillgodoser parts yrkande, samt som är mest praktiska i förhållande till parts yrkande.⁴²

2.4 En introduktion till rekvisiten i 36 § AvtL

2.4.1 Inledning

Vikten av att beakta omständigheterna i varje enskilt fall, framhävs av bl.a. Norlén. Omständigheterna ska tas i beaktning i varje enskilt fall för att exempelvis kunna avgöra vilken princip som ska gå före en motstående princip i ett visst sammanhang. Det går inte att komma undan avvägningen inför varje enskild situation då det finns goda argument som talar för principerna. Att föreskriva en principens företräde framför en annan är därför inte ett alternativ. Det blir helt enkelt fråga om en helhetsbedömning där flera faktorer kan spela in och rekvisiten kan samspela med varandra.⁴³

³⁹ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 149-150

⁴⁰ Se Munukka, Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, 3 kap 36 §, Lexino 2020-08-28 (JUNO)

⁴¹ Prop. 1975/76:81 s. 109

⁴² Adlercreutz & Gorton, 2010, s. 109

⁴³ Norlén, 2004, s. 268

2.4.2 “Avtalets innehåll”

Avtalets innehåll ska beaktas. En viktig bedömningsfaktor utgörs av avtalets innehåll i förhållande till dispositiv rätt. Om avtalsinnehållet avviker från det resultat som skulle erhållas med dispositiva regler i hög grad, talar detta för oskälighet.⁴⁴ Avtalsvillkor som ger den ena parten rätt att med bindande verkan ensidigt fatta beslut i frågor som påverkar den andra parten, bör enligt utredningen betraktas som oskäliga i de flesta fall. Dessa villkor tillkommer ofta då en part har överlägsen ställning och makt att besluta gällande avtalets innehåll. Det finns en risk att denna part missbrukar sin beslutsrätt.⁴⁵ Prisklausuler där endast den ena parten kan fatta beslut vid t.ex. prishöjningar är exempelvis ett avtalsvillkor som är oskäligt. Det är dock inte en självklarhet att jämkning bör ske. I vissa fall kanske priset sattes lägre från början än vad det hade gjort utan en prisklausul. Jämknings bör däremot inte uteslutas.⁴⁶ Utredningen lyfter att hänsyn bör tas till proportionen mellan parterna och dess respektive förmåner när tillämpning av 36 § AvtL ska ske, fastställandet där är en viktig förutsättning för jämkning.⁴⁷ För det fall att ett obetydligt avtalsbrott leder till en sanktion av strängare slag, kan det bedömas oskäligt. Förhållandet mellan påföljd och kontraktsbrott kan alltså medföra att ett avtalsvillkor blir jämkat.⁴⁸ Utredningen framhåller vidare att klausuler kan komma att värderas som oskäliga.⁴⁹

2.4.3 “Omständigheterna vid avtalets tillkomst”

Om det vid avtalets tillkomst förekommit förfaranden som kan anses utgöra att avtalsvillkoret blir oskäligt, kan 36 § AvtL tillämpas. Generalklausulen täcker de fall där ogiltighetsreglerna (28-31 §§ AvtL, samt 33 § AtL) inte är tillämpliga. Men även om ett förfarande skulle vara hänförligt till ogiltighetsreglerna så kan 36 § AvtL ändå tillämpas, särskilt i de fall då en part vill jämka avtalet istället för att få avtalet helt ogiltigförklarat.⁵⁰ Utredningen förklarar vidare att andra omständigheter som kan leda till att 36 § AvtL tillämpas är då den ena parten fått till stånd ett avtal genom aggressivt uppträdande, tvång, överraskningstaktik eller annat missbruk av förhandlingsläget. Försättningsvis ingår även lämnande av missvisande uppgifter

⁴⁴ Se Manukka; Grönfors & Dotevall, 2010, s. 271 ff (JUNO)

⁴⁵ SOU 1974:83, s. 149

⁴⁶ SOU 1974:83, s. 150

⁴⁷ SOU 1974:83, s. 152

⁴⁸ SOU 1974:83, s. 153

⁴⁹ SOU 1974:83, s. 163

⁵⁰ SOU 1974:83, s. 134

(oberoende om det är genom uppsåt eller oaktsamhet) och samt förtigande av upplysningar som borde lämnats, som omständigheter.⁵¹

2.4.4 “Senare inträffade förhållanden”

“Senare inträffade förhållanden” är ett rekvisit som enligt lydelsen kan täcka parternas handlingar efter avtalsslutet. Vid tillfälle då oförutsedda händelser har lett till en rubbad balans mellan parter i fråga om prestation, anses rekvisitet uppfyllt enligt förarbetena. Vidare är det enligt utredningen tänkt att möjligheten att jämka avtal främst ska komma att användas i långvariga avtalsrelationer. Detta på grund av att utvecklingen ofta kan bli annorlunda än vad parterna kunnat förutse vid avtalets tillkomst. Även avtal som är avsedda att gälla för all framtid kan angripas genom 36 § AvtL.⁵² Vid bedömningen av en händelses betydelse, beaktas omständigheter med anknytning till parterna och dess handlingar. Exempelvis i sådana fall då en part som är drabbad av en negativ händelseutveckling hade kunnat förutse den.⁵³ Ändrade förhållanden utvecklas vidare i avsnitt 3.3.

2.4.5 “Omständigheterna i övrigt”

Principiellt kan vilken omständighet som helst åberopas, med stöd av rekvisitet “omständigheterna i övrigt”. Det centrala i frågan handlar om bedömningen av vilka omständigheter som är relevanta och ska bedömas.⁵⁴

Ett avtal eller ett avtalsvillkor som försöker kringgå tvingande lagbestämmelser, räknas som en omständighet som kan göra 36 § AvtL åberopad. Detta framkommer av utredningen. Något som däremot inte framkommer av utredningen är en vägledning för hur bedömningen för vad som kan anses vara ett försök till att kringgå en tvingande lagregel ska göras. Denna fråga lämnas åt domstolarnas prövning.⁵⁵ Då ett avtalsvillkor avviker från en dispositiv bestämmelse, ska bedömningen ske beroende på lagstiftningens karaktär.⁵⁶

⁵¹ SOU 1974:83, s. 132

⁵² SOU 1974:83, s. 156

⁵³ Norlén, 2004, s. 273

⁵⁴ Norlén, 2004, s. 35

⁵⁵ SOU 1974:83, s. 135

⁵⁶ SOU 1974:83, s. 137

Betydelsen av affärssed, affärsskick, branschpraxis och liknande hör även de till under “omständigheter i övrigt”. Oskälighet kan förekomma i de fall då något ligger utanför normen gällande denna typ av “gott affärsskick”. Men oskälighet kan föreligga även i de fall då branschpraxis överensstämmer med gott affärsskick.⁵⁷ Även diskriminering kan betraktas som en möjlig jämningsgrund.⁵⁸

Förhållandet mellan olika avtal är ett problemområde som också kan sammankopplas med “omständigheterna i övrigt”. Verkningarna för ett avtal kan vara beroende av att avtal med två eller flera parter på något vis är inbördes sammanlänkade. Helheten som avtalen utgör tillsammans ska tas i beaktning i dessa fall, för att på så vis kunna bedöma respektive rättigheter och skyldigheter parterna besitter. Ett avtalsvillkor kan alltså vara oskäligt när det sammanvägs med samtliga avtal, trots att det anses skäligt på egen hand. Samtidigt kan ett avtalsvillkor vara skäligt i anslutande avtal, och sedan oskäligt sett för sig.⁵⁹

2.4.6 “Underlägsen ställning”

Vid behov av skydd för den som är konsument eller på annat sätt intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet, ska särskild hänsyn tas.⁶⁰ Generalklausulen är inte begränsad att gälla i avtal mellan näringsidkare och konsument. Både småföretagare och andra företagare kan vara i behov av samma typ av skydd som konsumenter.⁶¹

Fallet NJA 1979 s. 483, gällde bedömningen av skäligheten av en omfattande friskrivningsklausul, där leverantören var ett börsnoterat aktiebolag och friskrivningsklausulen åberopades mot ett litet familjeföretag.⁶² HD kungjorde dock att trots att den ena parten är ett litet företag i jämförelse med motparten, betydde inte det att parten intog en underlägsen ställning. HD jämkade inte avtalet.⁶³

⁵⁷ SOU 1974:83, s. 145

⁵⁸ SOU 1974:83, s. 147

⁵⁹ SOU 1974:83, s. 158

⁶⁰ SOU 1974:83, s. 104

⁶¹ SOU 1974:83, s. 109

⁶² NJA 1979 s. 483

⁶³ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 151

2.5 Sammanfattning [och slutsatser]

36 § AvtL är ett undantag från huvudprincipen i avtalslagen om att avtal ska hållas. Möjligheten att jämka eller åsidosätta avtalsvillkor har ökat genom införandet av generalklausulen, som kan anses vara den mest betydelsefulla bestämmelsen i avtalslagen. Bestämmelsen medger jämkning vid oskälighet. Med jämkning menas ofta att en förpliktelse minskar eller upphör, men det kan även betyda en ökning eller höjning.

Införandet av 36 § AvtL syftade på att ge domstolarna utökade möjligheter att ingripa i avtalsförhållanden. Vidare är syftet med generalklausulen är att stärka konsumenters och andra svagare avtalsparter rättsskydd. Avtalsrätten präglas av olika principer. 36 § AvtL ger uttryck för ekvivalensprincipen och hjälper till att upprätthålla både lojalitetsprincipen och vigilansprincipen.

Det är svårt att uppställa en mer detaljerad generellt tillämpbar formel för hur bedömningen ska göras, eftersom oskälighetsbedömningen kan behöva göras i så många olika situationer. Det är däremot fastställt att avtalets innehåll ska beaktas, likaså omständigheterna vid avtalets tillkomst. "Senare inträffade förhållanden" är ett rekvisit som enligt lydelsen kan täcka parternas handlingar efter avtalsslutet. Principiellt kan vilken omständighet som helst åberopas, med stöd av rekvisitet "omständigheterna i övrigt". Särskild hänsyn ska även tas till ifall en part innehar underlägsen ställning. Det blir helt enkelt fråga om en helhetsbedömning där flera faktorer kan spela in och rekvisiten kan samspela med varandra.

3. Oskälighetsbedömningen och särskilt om senare inträffade förhållanden

3.1 Inledning

Begreppet “oskäligt” är det centrala rekviritet i 36 § AvtL. Men vilken rättslig betydelse har denna definition? Att tolka oskälighetsbegreppet helt objektivt är inte fullt möjligt, menar Nolé. Oskälighetsbedömningen görs av domstolarna i form av lämplighetsbedömningar i varje enskilt fall. Begreppet kan därför anses ha fått sitt innehåll genom domstolarnas tillämpning av 36 § AvtL. Trots domstolarna inte får någon direkt vägledning för hur generalklausulen bör tillämpas,⁶⁴ förväntas domstolarna ändå att så långt det är möjligt låta sina avgöranden få en principiell prägel så att prejudikatbildning underlättas.⁶⁵

Ett avtalsvillkor kan vara oskäligt även om motparten är i god tro, enligt 36 § AvtL. Vid oskälighetsbedömning enligt generalklausulen kan man vid en samlad bedömning ta hänsyn till exempelvis vem som orsakat misstaget, om en misstagspart med fog handlat i förlitan på avtalet, den grova vårdslösheten orsakad av misstagsparten, och även riskplaceringen med hänsyn taget till de de förhållanden misstaget avser. Huvudregeln är däremot att vardera part bär risken för sina egna misstag. Oskälighetsbedömningen ser olika ut beroende på vilken oskälighet det är fråga om. Ifall oskäligheten rör oskälighet i sig tillämpas den annorlunda än i fall av senare inträffade förhållanden exempelvis.⁶⁶

Det är inte ovanligt att det sker komplikationer i ett avtalsförhållande som beror på senare inträffade förhållanden. Det kan ske att avtalet ska tillämpas under omständigheter som inte förutsätts av parterna vid ingåendet av avtalet, på grund av att det skett ändrade förhållanden. Antingen har förhållandena ändrats och inträffat senare än vid avtalslutet. Eller har också parterna varit omedvetna om det senare inträffade förhållandet. Därmed har de inte beaktat att det ändrade förhållandet kan få betydelse för avtalet på ett sätt som inte överensstämmer med vad de utgick från vid avtalets ingående.⁶⁷

⁶⁴ Norlén, 2004, s. 92-93

⁶⁵ Adlercreutz & Gorton, 2016, s. 336

⁶⁶ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 152-153

⁶⁷ Adlercreutz & Gorton, 2010, s. 154

3.2 Oskälighetsbedömningen

Avtalslagen innehåller ett antal ogiltighetsgrunder som täcker vissa situationer. Ett sätt att skydda en part mot oskäligen avtalsvillkor är att jämka avtalsvillkoret med stöd av 36 § AvtL.⁶⁸ Generalklausulens praktiska betydelse är beroende av hur långt domstolarna är beredda att gå i sin tillämpning.⁶⁹ Vägledning för hur oskälighetsbedömningen enligt 36 § AvtL ska gå till, saknas i lagtexten. Däremot uppmanar andra stycket till att ta särskild hänsyn till part i underlägsen ställning. Förarbetena ger oss en viss vägledning. Hur oskälighetsbedömningen ska ske i ett enskilt fall i praktiken är däremot fortfarande svårt. Generalklausulen är inte avsedd att agera som ett verktyg för priskontroll. En säljare ska kunna sälja till högt marknadspris och en köpare ska kunna göra fynd, inom rimliga gränser. "En god affär skall fortfarande vara en god affär men inte en oskäligt god affär" menar Grönfors i sin kommentar till 36 § AvtL. I fall av överutnyttjande av ett fördelaktigt förhandlingsläge, kan avtalet jämkas. En helhetsbedömningen av parternas avtalade prestationerna är vad oskälighetsbedömningen grundar sig på.⁷⁰

Följande förhållanden (behandlas i avsnitt 2.4) ska beaktas i oskälighetsbedömningen:

- 1) Avtalets innehåll
- 2) omständigheterna vid avtalets tillkomst
- 3) senare inträffade förhållanden
- 4) omständigheterna i övrigt⁷¹

Vidare tar oskälighetsbedömningen hänsyn till:

- rättmätiga förväntningar
- offentligrättsliga regler
- ifall villkoret syftat till att kringgå tvingande lagregel
- ifall villkoret är avvikande från dispositiv rätt
- illojalitet
- medvetenhet om obalansen i avtalet
- ifall det strider mot gott affärsskick

⁶⁸ Adlercreutz & Gorton, 2016, s. 331

⁶⁹ Adlercreutz & Gorton, 2016, s. 334

⁷⁰ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 210

⁷¹ Adlercreutz & Gorton, 2016, s. 335

- riskallokering och parternas skyddsbehov
- ifall klausuler ger ena parten ett oacceptabelt övertag
- stränga påföljder⁷²

De rättmätiga förväntningar parterna har blir relevanta vid en oskälighetsbedömning. Dessa förväntningar sammanhänger nämligen med hur parterna agerat i tidigare avtal och vad som anses vara sedvänja i en bransch. Vidare spelar offentligrättsliga regler roll i fråga om oskälighetsbedömningen, även om de inte är direkt tillämpliga på situationen. Ett avtal som syftar att kringgå en tvingande lagregel kan vara oskäligt. Det blir relevant för oskälighetsbedömningen vad syftet med den tvingande regeln var, samt om syftet kränkts genom kringgåendet. Om ett villkor är avvikande från dispositiv rätt är det inte automatiskt oskäligt. Viss dispositiv rätt avviker från vad parter normalt betraktar som rimligt och förväntar sig. I de fall får dispositiv rätt mindre betydelse vid oskälighetsbedömningen, men är ändå en utgångspunkt eftersom den överensstämmer med samhällets rådande rättsuppfattning.⁷³ Avsikten är inte att göra en dispositiv bestämmelse tvingande. Avvikelsen kan däremot i vissa särskilda fall bedömas som oskälig. Även ett avtalsvillkor som överensstämmer med dispositiv eller tvingande rätt, kan enligt förarbetena jämkas eller helt lämnas utan avseende.⁷⁴

Vid oskälighetsbedömningen blir även illojalitet relevant. Exempelvis i de fall en part borde ha förebyggt en risk om missförstånd genom klargörande, kan det bli avgörande.⁷⁵ Vidare kan avtalsvillkor som strider mot gott affärsskick i en bransch vara oskäliga.⁷⁶ Precis som med dispositiv och tvingande rätt, kan ett allmänt väl förekommande villkor i branschen i det enskilda fallet ändå vara oskäligt.⁷⁷ Bedömning av riskallokeringen och parternas skyddsbehov på kommersiell nivå har betydelse för oskälighetsbedömningen.⁷⁸

NJA 2012 s. 776, avser en situation där en konsument som hade ett årskort på ett gym. Vidare innebar ett avtalsvillkor att gym-medlemskapet automatiskt förlängdes med ett år. Detta i fall då konsumenten i fråga inte sade upp avtalen en månad innan året tog slut. Konsumenten i fråga sade upp avtalet en vecka innan årets slut.⁷⁹ Frågan var om det var oskäligt att

⁷² Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 211-213

⁷³ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 210-211

⁷⁴ Adlercreutz & Gorton, 2016, s. 336

⁷⁵ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 212

⁷⁶ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 212

⁷⁷ Adlercreutz & Gorton, 2016, s. 336-337

⁷⁸ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 210-212

⁷⁹ NJA 2012 s. 776

konsumenten skulle bli bunden av avtalet i ytterligare ett år. HD grundade sin bedömning på faktorer såsom att konsumenten inte fått någon påminnelse om att hon hade behövt säga upp avtalet, att konsumenten inte fått några fördelar av att medlemskapet förlängdes, att det var dyrt, samt att förlängningstiden var lång. HD konstaterade sammantaget att den automatiska förlängningen av gymkortet var oskälig enligt 36 § AvtL.⁸⁰

Klausuler som ger den ena parten ett oacceptabelt övertag vid avtalstillämpningen anses oskäliga av HD. Exempel på när sådana oacceptabla övertag anses oskäliga, är när klausuler innebär att en part är ensidigt bunden av avtalet under obegränsad tid, samtidigt som motparten har full frihet att bestämma sin egen bundenhet av avtalet.⁸¹ Exempelvis finns det fall där den ena parten förbinder sig att betala hela den utfästa prestationen, i form av t.ex. hyra för återstående tid, trots den andra parten hävt avtalet.⁸² Även force majeure- eller hardshipklausuler kan anses oskäliga med grund för ovan nämnd situation.⁸³ En sträng påföljd, som exempelvis höga viten, som enbart är till för att skada motparten kan vara oskälig.⁸⁴

3.2.1 Oskälighetsbedömningen gällande friskrivningsklausuler

För det fall att en part var medveten om obalansen i samband med avtalsförhandlingarna, blir det av betydelse för oskälighetsbedömningen. Exempelvis när en oskälig friskrivningsklausul skrivs in i avtalet.⁸⁵

KPMG-fallet är ett skiljeförfarande där 36 § AvtL tillämpades. Skiljeförfarandet gällde en avtalsbestämmelse om ansvarsbegränsning.⁸⁶ En av Sveriges största revisionsbyråer, KPMG (konsulten) hade till uppgift att göra en finansiell due diligence av ett målbolag som uppdragsgivaren hade för avsikt att förvärva. Ersättningen som konsulten fick för uppdraget uppgick till ca 400 000 kr. Konsulten hade i uppdragsavtalet begränsat sitt skadeståndsansvar. Begränsningen innebar ett maxbelopp för skadestånd motsvarande det dubbla arvodet. Målbolaget förvärvades för ca 18 miljoner kr av uppdragsgivaren. Målbolaget förlorade dock hela sitt värde efter förvärvet till följd av ett borgensåtagande för ett utländskt dotterbolag.

⁸⁰ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 151

⁸¹ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 212-213

⁸² Adlercreutz & Gorton, 2016, s. 341

⁸³ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 213

⁸⁴ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 213; Adlercreutz & Gorton, 2016, s. 342

⁸⁵ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 212

⁸⁶ Svea hovrätt mål T 1085-11

Detta hade konsulten inte uppmärksammat. Vetskap om problemet i dotterbolaget fick uppdragsgivaren först 4 månader efter det att konsulten lämnat slutrapporten. Nio månader efter slutrapporten framställde uppdragsgivaren skadeståndsanspråk mot konsulten. Skadeståndsanspråket skedde en månad efter uppdragsgivaren fick klart för sig att borgensåtagandet borde ha uppmärksammats i slutrapporten.⁸⁷

Målbolaget gjorde gällande att den skadestånds begränsade friskrivningsklausulen inte skulle få åberopas med anledning av att konsulten agerat grovt vårdslöst och att jämkning av klausulen skulle ske enligt 36 § AvtL. Begreppet "grovt vårdslöshet", har skiljenämnden framfört att det finns delade meningar om. Samtliga omständigheter ska tas till hänsyn vid prövning om jämkning av friskrivningsklausul, menar skiljenämnden. En "rimlig" och proportionell riskavvägning är av vikt för skiljenämnden. Skiljenämnden framhöll framförallt följande till stöd för jämkning av friskrivningsklausulen. För det första: betydelsen av professionella aktörers intresse att skydda sig mot skador som kan uppstå som en följd av verksamhetens natur. Detta med stöd av att skiljenämnden inte ansåg konsulten ha ett befogat intresse att skydda sig mot denna typ av skador. För det andra: avtalsbalansen sätts åt sidan av den skadestånds begränsade friskrivningsklausulen, på så sätt att den urholkar kraven på konsultens prestation. Skiljenämnden diskuterade även att konsulten fråntagit målbolagets möjlighet att skydda sig från den uppkomna skadan, genom konsultbolagets avsaknad av försäkring. Skiljenämnden fann att skadestånds begränsningen inte var rimlig och jämkade den till 8 miljoner. Därmed uppgick ersättningen till att bli 20 gånger så stor som ersättningen, jämfört med den föregående 2 gånger så stor som ersättningen. Skiljenämnden ansåg att konsulten hade begått avtalsbrott genom vårdslös rådgivning, eftersom borgensåtagandet aldrig uppmärksammades.⁸⁸

Efter KPMG-avgörandet har ordföranden för skiljenämnden, Stefan Lindskog, diskuterat frågan om jämkning av kommersiella avtal i en artikel. Han anser att jämkning inte bör inriktas på villkoret i sig, utan på effekten av det oskäligen villkoret i avtalet. Villkor som är rimliga i en situation kan bli oskäligen i en annan. Enligt Lindskog ska jämkningen normalt ske enligt förutsättningarna i det marknadsidéologiska idealet, det vill säga så att effekten av villkoret blir detsamma som om avtalsinnehållet hade kommit till mellan fullt informerade parter.⁸⁹ Lindskog lyfter fram att parter, vilka drivs av egen nytta, ska få ingå avtal där deras

⁸⁷ Ramberg, C, JT 2010, s. 927 ff

⁸⁸ Ramberg, C, JT 2010, s. 927 ff

⁸⁹ Lindskog, 2015, s. 325

egna intressen bäst framkommer genom avtalet. Fullt informerade och rationellt handlande parter kommer inte behöva jämka avtal.⁹⁰ Här är det utopiska förutsättningar, menar Lindskog. Detta beror på att informationen ofta är asymmetrisk och ofullständig, vilket leder till att avtalsbalansen fallerar. Vidare förklarar Lindskog att det finns en avsaknad av värde på de affärsförhållanden där parterna har en moralisk plikt att stå för i ingångna avtal. I stället handlar det om i vilken mån omständigheterna kring avtalet avviker från det marknadsideologiska idealet. Om avvikelsen är tillräckligt påtaglig gällande kvalitet och kvantitet, bör ett korrigerande ingripande kunna ske. Trots tunn praxis på området, hävdar Lindskog att det inte finns stöd för att jämkning skulle vara utesluten, däremot att tröskeln torde satts högt. Enligt Lindskog förväntas framtida rättsutveckling luckras upp ytterligare gällande föreställningen om avtalets helgd i konsumentförhållande, vilket kan smitta av sig på de kommersiella förhållandena.⁹¹

I NJA 2017 s. 113 uttalade HD att “En viktig och generell utgångspunkt för bedömningen av om en ansvarsbegränsning är oskälig enligt generalklausulen är om den får anses ge uttryck för en rimlig eller skälig omfördelning av risken mellan parterna. Huruvida så är fallet beror främst på vilka skyddsbehov som gör sig gällande.”⁹²

Vidare i fallet om den övertagna överlåtelsebesiktningen, NJA 2017 s. 113, förklarade HD att 36 § AvtL är tillämplig då situationen inte kvalificerar sig för 28-33 §§ AvtL⁹³. De fall som inte omfattas av de speciella lagbestämmelsernas många tvingande skyddsregler, fångas upp av bestämmelsen. Bestämmelsen är på så vis en kompletterande lagregel. Till exempel kan ett informationsövertag vid avtalets ingående föranleda villkorsjämkning, i de fall då övertaget vid villkorsförhandlingen utnyttjats på ett sätt som är otillbörligt, även om det inte är fråga om svek eller annan ogiltighetsgrund.⁹⁴

Fallet handlade om en friskrivning i ett avtal om överlåtelsebesiktning vid försäljning av fast egendom. För att utföra överlåtelsebesiktningen hade säljaren anlitat en besiktningsman. Vid försäljningen övertog köparna rättigheterna som följde av besiktningen, och fick därför rättigheterna mot besiktningsmannen. Av kontraktet framgick att besiktningsmannen hade en begränsad skadeståndsskyldighet bestämd till 636 000 kr. Det framkom senare att det fanns skador på fastigheten med en uppskattad åtgärds kostnad om 1,8 miljoner kr. Köparna

⁹⁰ Lindskog, 2015, s. 326

⁹¹ Lindskog, 2015, s. 327

⁹² NJA 2017 s. 113

⁹³ NJA 2017 s. 113

⁹⁴ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 149

grundade sin talan på att besiktningsmannen hade handlat grovt vårdslöst. De anförde att den skadeståndsbegränsande friskrivningsklausulen skulle förklaras utan verkan. HD hade därmed att avgöra om friskrivningsklausulen kunde angripas på grund av besiktningsmannens vårdslöshet. Till en början anfördes att en part med befriande verkan inte skulle kunna friskriva sig från ansvar vid uppsåtligt handlande eller vid grov vårdslöshet. När det gällde friskrivningar vid grov vårdslöshet, bedömde HD att den grova vårdslösheten ska bedömas som en omständighet vid den samlade oskälighetsbedömningen enligt 36 § AvtL.⁹⁵ Även frågan om sedvänja och illojalitet fick betydelse för oskälighetsbedömningen i fallet om överlåtelsebesiktningen. I detta fall fick det betydelse att det var säljaren och inte köparen som anlitat besiktningsmannen. Genom att inte anlita en egen besiktningsman ansågs köparen inte ha gjort tillräckligt för att minska sin risk. Det faktum att säljaren, och inte köparen, var uppdragsgivare fick betydelse för helhetsbedömningen. Det konstaterades av HD att det inte fanns tillräckliga skäl för att jämka friskrivningsklausulen. Att HD uttryckte att en helhetsbedömning ska göras vid bedömningen öppnar upp för det enskilda fallets möjlighet till adekvat påföljd.⁹⁶

3.3 Senare inträffade förhållanden

3.3.1 Inledning

Huvudregeln, vilken uttalades i NJA 1985 s. 178, innebär att vardera part i avtalet själv bär risken för framtida händelseutveckling.⁹⁷ Denna huvudregel kan däremot bli oförmånlig. Huvudregeln innebär vidare att den part som misstar sig om händelseutvecklingen måste bära ansvaret. I alla fall gällande misstag rörande avtalets följder. Misstagen beror ofta på just händelseutvecklingen efter att ett avtal ingåtts. Detta ligger i linje med vigilansprincipen. Att varje avtal ska hållas fullt ut under alla möjliga förhållanden, oavsett vad som senare inträffar, är orimligt. Av den anledningen finns det undantag från huvudregeln om att avtal ska hållas.⁹⁸ Att avtalsekvivalensen rubbats i ett varaktigt avtalsförhållande på grund av senare inträffade förhållanden är en klassisk jämkningssituation.⁹⁹ Historiskt sett har det varit mycket svårt att få ett avtal jämkat eller ogiltigförklarat med ändrade förhållanden som grund. HD är i hög grad restriktiv gällande tillämpning på området. Sedan tillkomsten av generalklausulen, använder

⁹⁵ NJA 2017 s. 113

⁹⁶ Herre & Johansson, SvJT 2020, s. 855

⁹⁷ NJA 1985 s. 178

⁹⁸ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 220-221

⁹⁹ Lindskog, 2015, s. 319

man numera 36 § AvtL i fråga om ändrade förhållande. Om avtalsinnehållet framstår som oskäligt på grund av senare inträffade förhållanden kan avtalsvillkor jämkas eller helt lämnas utan avseende. Exempel på sådana senare inträffade förhållande kan vara: naturkatastrofer, krig, stark inflation, osv.¹⁰⁰

3.3.2 Bedömningen av senare inträffade förhållanden enligt 36 § AvtL

I 36 § AvtL framkommer det att avtalsvillkor, vilka blir oskäliga till följd av ändrade förhållanden, kan jämkas eller lämnas utan avseende. Det finns helt enkelt sådana undantagssituationer då rättslig relevans tillfaller ändrade förhållanden. Vägledningen för hur oskälighetsbedömningen i samband med ändrade förhållande ska gå till finner vi inte i avtalslagen. Däremot kan vi antagligen använda oss av UNIDROIT Principles 6.2.1-6.2.2, PECL 6:111, samt DCFR III-1:110. Dessa har av Ramberg & Ramberg ansetts stämma väl överens med svenska rättsprinciper, och kräver att:

1. Avtalsbalansen rubbats väsentligt; och
2. det inträffade var oförutsebart för den drabbade parten vid tiden för avtalets ingående; och
3. den drabbade parten vid avtalets ingående inte borde ha räknat med att händelsen kunde komma att inträffa; och
4. den drabbade parten inte borde ha förebyggt konsekvenserna av händelseutvecklingen; och
5. den drabbade parten saknade kontroll över händelseutvecklingen (endast UNIDROIT Principles); och att
6. avtalet är av sådan natur att risken för det som inträffat lämpligen bör bäras av motparten (trots huvudregeln att den drabbade parten själv står risken).¹⁰¹

Dessa kumulativa rekvisit innebär helt enkelt att inverkan på avtalet vid ett ändrat förhållande, måste vara stor. Vidare ska händelseutvecklingen vara oförutsedd vid den tid då avtalet ingåtts. En part är inte skyddsvärd om denne räknat med eller bort räknat med händelseutvecklingen, parten borde i sådana fall ha gjort ett förbehåll i avtalet eller på annat vis garderat sig. Risken för ändrade förhållanden är stor i långvariga avtalsförhållanden. Parterna får i sådana fall räkna med ändrade förhållanden, vilket leder till att möjligheterna att komma undan avtalsförpliktelseerna med stöd av oskälighet minskar. I långvariga avtal får

¹⁰⁰ Adlercreutz & Gorton, 2016, s. 328-329

¹⁰¹ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 221-222

man helt enkelt räkna med risken för att avtalet kan påverkas av exempelvis myndighetsbeslut eller inflation. För att återgå till huvudregeln om att vardera part bär risken för ändrade förhållanden, är denna regel starkare i långvariga avtalsförhållanden och svagare i kortvariga avtalsförhållanden.¹⁰² Men ofta är situationen som sådan att när ett senare inträffat förhållande rubbar avtalsekvivalensen på ett oförutsätt sett, är det en negativ ekonomisk effekt det handlar om, som inte skulle ha uppkommit utan avtalet. Därmed finns ingen ursprunglig riskbärare och det handlar inte om riskförskjutning. Lindskog menar att han i dessa fall har svårt att se jämkning komma i fråga, ifall det inte är ett speciellt undantagsfall. Något som kan få betydelse är om en risk, vilken är oförutsedd av båda parter, anses vara så stark och naturligt sammankopplad med en part att denne får bära konsekvenserna av en jämkning.¹⁰³

I NJA 1994 s. 359 behandlas frågan om en avtalsklausul till förmån för en fastighetsägare var oskäligen. Förmånen avsåg evig avgiftsbefrielse från avloppsavgifter till en kommun. Evighetsavtal är inte automatiskt oskäligen, enligt HD. I och för sig ansågs klausulen vara oskäligen enligt 36 § AvtL. Trots det jämkades inte klausulen, med anledning av att fastighetsägaren hävdade att den endast skulle gälla så länge som den avgiftsbefriade fysiska personen bodde i fastigheten. Två olika justitieråd ansåg att en avgiftsbefrielse under mer än 40 år är oskäligen.¹⁰⁴

NJA 1983 s. 385 gäller ett 49-årigt arrendeavtal ingånget år 1949, där arrendeavgiften var indexregistrerad och hade blivit alltför låg i förhållande till inflationen. Med stöd av 36 § AvtL anknöts arrendeavgiften istället till konsumentprisindex.¹⁰⁵ Fallet utgör ett exempel på jämkning med hänvisning till senare inträffade förhållanden, där avtalet skrevs om och en ny bestämmelse sattes istället för den äldre.¹⁰⁶

Fortsättningsvis är en part inte skyddsvärd ifall parten själv orsakat att den drabbats av händelseutvecklingen, dvs. parten själv hade kunnat råda över händelseutvecklingen. Att händelseutvecklingen ligger utanför den drabbade partens kontroll är därmed en förutsättning för oskälighet. I situationer då en part hade kunnat förebygga en skadeverkning av en händelse eller en händelse, faller den inom partens kontroll.¹⁰⁷

¹⁰² Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 222

¹⁰³ Lindskog, 2015, s. 321

¹⁰⁴ NJA 1994 s. 359

¹⁰⁵ NJA 1983 s. 385

¹⁰⁶ Adlercreutz & Gorton, 2016, s. 339

¹⁰⁷ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 223

För det fall att avtalet medför en liten fördel eller en oväntat stor börda för ena parten, har avtalsbalansen rubbats. Balansen har rubbats på ett sätt som parterna inte förutsett.¹⁰⁸ I de fall då avtalsbalansen är konstaterat rubbad, händelsen varit oförutsägbar, händelsen inte heller borde förutsetts och inte ligger inom den drabbade partens kontroll, gäller det att utreda huruvida avtalet innebär att risken för den negativa händelseutvecklingen ska överflyttas från den drabbade parten till motparten. I många fall innebär ett avtal ett risktagande som är medvetet, då ska inte 36 § AvtL åberopas för att ändra den riskdelning som är avtalad. Bara för att en händelse som riskplaceringen avser inträffar, betyder inte det att ett avtalsvillkor blir oskäligt när det tidigare varit skäligt.¹⁰⁹

I NJA 2016 s. 107 uttryckte HD att en emissionsgarant tar på sig risken för händelseutvecklingen fram till teckningstidens slut. Vidare anförde HD att garantin inte upphör att vara verksam i fall av en oväntad händelseutveckling.¹¹⁰

Det klassiska fallet av ändrade förhållande kan sägas vara inflation och starka prisfluktuationer. Sedan tillkomsten av 36 § AvtL har ett uttalat syfte varit att öka möjligheterna till jämkning. När det gäller jämkning av pris föranleder förarbetena att prisjämkning kan ske vid senare inträffade förhållanden som inte förutsetts av parterna. Vidare kan jämkning ske när en förutbestämd prissumma framstår som oskäligt låg mot bakgrund av den allmänna prisutvecklingen. Jämkning kan även ske i motsatt riktning, då ett pris kan anses vara oskäligt högt med bakgrund av den allmänna prisutveckling som skett.¹¹¹ Enligt förarbetena överlämnas frågan om hur långt ett oskäligt ansett pris bör jämkas, till rättstillämpningen. Frågan berör ifall det oskäligen priset ska jämkas till en nivå där det inte längre anses oskäligt eller till ett normalpris. Vid jämkningar på grund av pris- och penningvärdesförändringar torde en viss försiktighet komma att tas. Prishöjning bör hållas i underkant och prissänkning bör hållas i överkant. Ingreppet bör vara så pass begränsat att lagens syfte inte ersätts. Avsikten med 36 § AvtL är inte att fungera som ett medel för priskontroll.¹¹²

Vad gäller myndighetsbeslut och mellankommande lagstiftning, brukar parterna i långvariga avtal (ex entreprenadavtal) normalt reglera konsekvenserna av ny lagstiftning i avtalet. I förarbetena till generalklausulen beaktas ett speciellt problem. I de fall då ny lagstiftning gör

¹⁰⁸ Adlercreutz & Gorton, 2010, s. 164

¹⁰⁹ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 223

¹¹⁰ NJA 2016 s. 107

¹¹¹ Adlercreutz & Gorton, 2010, s. 161-162; Prop. 1975/76:81 s. 138, jfr SOU 1974:83 s. 164 f

¹¹² Adlercreutz & Gorton, 2010, s. 163; Prop. 1975/76:81 s. 138

tidigare avtalsvillkor olagliga, ges domstolarna befogenhet att genom bestämmelsen genomföra en revision av avtalet med hänsyn till den nya lagstiftningen. Viss försiktighet rekommenderas för att anpassa avtalsvillkor till ny lagstiftning.¹¹³

För det fall att man analyserar typen av avtal och möjligheterna för jämkning på grund av ändrade förhållanden, är det viktigt att skilja på avtal där parterna har motstående intressen och avtal med gemensamma mål för parterna. Däremot syftar alla avtal till att tillfredställa båda parter och till att komma till ett bättre läge än innan avtalets ingång. Trots att avtalsparter ibland har motstående intressen, kan fördelar ändå uppnås. Detta kan ske i köpsammanhang, där ena parten (säljaren) vill att priset ska sättas högt och den andra parten (köparen) lågt. I den typen av avtal med motstående intressen finns en riskfördelning mellan parterna. Att omfördela den på grund av ändrade förhållanden kan vara svårt menar Ramberg & Ramberg.¹¹⁴

I avtal där intresset i stället är gemensamt är möjligheten för jämkning av avtal på grund av oskälighet relativt stor. Exempel på sådana avtal med gemensamt intresse kan vara handelsagentur, där parternas gemensamma intresse är att öka försäljningen av varor. På grund av detta måste hänsyn tas till olika situationer när oskälighetsbedömningen görs, och anpassas beroende på om händelseutvecklingen avser motsatta eller gemensamma intressen. Det finns även avtal där intressena är en blandning av motstående och gemensamma, där ett exempel är i ett aktieägaravtal. I ett sådant avtal kan de motstående intressena ha att göra med rätten att bli representerad i styrelsen för målbolaget. Medan det gemensamma intresset kan innefatta målbolagets utveckling, vilket blir en fördel för inblandade parter. Om det är så att ändrade förhållande i dessa blandade avtal leder till att avtalsbalansen rubbas, behöver det säkerställas om det senare inträffade förhållandet är något som påverkar det gemensamma eller det motstående intresset. Detta behöver göras för att sedan kunna avgöra huruvida det är skäligt att avvika från huvudregeln om att vardera part bär risken för ändrade förhållanden.¹¹⁵

Att ett avtal innehåller klausuler om vad som gäller vid ändrade förhållanden är vanligt, speciellt i kommersiella avtal. Dessa klausuler ska vara generellt utformade.¹¹⁶ Force majeureklausuler finns till för att befria en part från dess skyldighet att prestera på den tid som är avtalad, eller för att befria en part från skadeståndsansvar som följd av dröjsmål. Att

¹¹³ Adlercreutz & Gorton, 2010, s. 163-164; Prop. 1975/75:81 s. 138, jfr SOU 1974:83 s. 157 f

¹¹⁴ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 225

¹¹⁵ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 225

¹¹⁶ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 226

precisera vad som menas med force majeure samt att klargöra rättsföljden av force majeure är av vikt vid klausulens utformning. Det ska tydligt framgå i vilka situationer force majeure kan komma att bli gällande, det går därmed inte att ange i avtalet att en part "reserverar sig för force majeure". Avtalets innehåll fastställs ofta i enlighet med den norm som gäller enligt dispositiv rätt i de fall det saknas stöd i branschpraxis/handelsbruk.¹¹⁷ Till skillnad från många lagar, riktar force majeure in sig på prestationsskyldighet snarare än skadeståndsskyldighet.¹¹⁸ Hardship-klausuler kan skydda båda parter mot en händelseutveckling av ofördelaktigt slag, då de behandlar situationer där det blivit ett ofördelaktigt ekonomiskt utfall. I vissa fall föreskrivs det i hardship-klausuler att en part vid ändrade förhållanden kan begära förhandlingar, med syftet att försöka komma fram till en lösning. Vid dessa typer av omförhandlingsklausuler gäller det att precisera vad för omständigheter som ska inträffa för att förhandlingsrätt ska bli aktuellt. Dessa typer av klausuler gällande ändrade förhållanden kan jämkas eller lämnas utan avseende ifall förutsättningarna enligt 36 § AvtL uppfylls.¹¹⁹

Det kan anses skäligt att lägga risken för ändrade förhållanden på den part som handlat felaktigt. När 36 § AvtL ska tillämpas blir frågan om en parts kännedom om motpartens syfte med avtalet, samt förutsättningar av betydelse. Det blir även en fråga om ond och god tro, på så vis att ifall en avtalspart insett att dess motpart handlat under felaktig förutsättning gällande framtida händelseutveckling, kan det bli fråga om att avtalet ska jämkas.¹²⁰

För att återgå till ond och god tro, ska det vid en oskälighetsbedömning enligt 36 § AvtL, beaktas om den berörda parten förutsåg eller bort förutse det inträffade. Vidare ska ställning tas till om det ändrade förhållandet, med hänsyn till effekten och effektens varaktighet, ifall den är av tillräcklig betydelse för att styrka ett ingrepp i avtalsförhållandet. Avgörande faktorer kan vara allt från de allmänna förhållandena som finns i samhället, klausuler, avtalstypen, avtalspersonerna eller avtalets uppbyggnad. Det är en skillnad i att avgöra riskfördelningen i ett avtal där en part är i underlägsen ställning, respektive där parterna är två likställiga näringsidkare. Det är möjligt att ta hänsyn till rättsekonomiska aspekter vid bedömningen, på så vis att risken för oförutsedda händelser kan placeras där den blir mest effektiv ur ett samhällsekonomiskt perspektiv.¹²¹

¹¹⁷ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 227

¹¹⁸ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 227-228

¹¹⁹ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 228-229

¹²⁰ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 225

¹²¹ Ramberg, J & Ramberg, C, 2019, s. 226

Fallet T 15520-20 avser två näringsidkare, Explore Åre AB och Aros Kapital AB. Parterna har ingått ett avtal om köp av ett evenemang. Aros Kapital AB beställde av Explore Åre AB en upplevelseaktivitet. Aros Kapital AB avbokade evenemanget den med hänvisning till den pågående pandemin. Explore Åre AB väckte talan mot Aros Kapital AB och yrkade på att den senare skulle bli betalningsskyldiga. Tingsrätten resonerade kring frågan om det finns skäl att jämka Aros Kapital AB:s betalningsskyldighet till noll enligt 36 § AvtL. Domstolen motiverade inte villkoret om avbokning inom arrangemangens bransch, som oskäligt i sig. Dock kunde inte risken för avbokningen övergå på avtalsparten, Explore Åre AB. Trots att de senare inträffade förhållandena - covid-19-pandemin, utgjorde en osäkerhet, hade Aros Kapital AB ställt in evenemanget innan rekommendationerna från Folkhälsomyndigheten och kunde därmed inte få betalningsskyldigheten jämkat till noll. Utfallet blev att Aros Kapital AB blev skyldig att, till Explore Åre AB, betala 12 038 kr inklusive mervärdesskatt.¹²²

3.4 Sammanfattning [och slutsatser]

Begreppet “oskäligt” är det centrala rekviritet i 36 § AvtL. Oskälighetsbedömningen görs av domstolarna i form av lämplighetsbedömningar i varje enskilt fall. Vägledning för hur oskälighetsbedömningen enligt 36 § AvtL ska gå till, saknas i lagtexten. Förarbetena ger oss däremot en viss vägledning. Hur oskälighetsbedömningen ska ske i ett enskilt fall i praktiken är dock fortfarande svårt. “En god affär skall fortfarande vara en god affär men inte en oskäligt god affär”.

Till förståelsen för generalklausulen bidrar rättsfall, och även skiljeförfaranden. Enskilda fall har skapat vägledning för hur oskälighetsbedömningen ska göras och exemplifierat olika konkreta situationer. KPMG-avgörandet medger att jämkning inte bör inriktas på villkoret i sig, utan på effekten av det oskäliga villkoret i avtalet. Villkor som är rimliga i en situation kan bli oskäliga i en annan. Då parter är fullt informerade och handlar rationellt kommer inte avtal behöva jämkas. I NJA 2017 s. 113 bedömde HD, när det gällde friskrivningar vid grov vårdslöshet, att den grova vårdslösheten ska bedömas som en omständighet vid den samlade oskälighetsbedömningen enligt 36 § AvtL. Att HD uttryckte att en helhetsbedömning ska göras vid bedömningen öppnar upp för det enskilda fallets möjlighet till adekvat påföljd.

¹²² T 15520-20

Sedan tillkomsten av generalklausulen, använder man numera 36 § AvtL i fråga om ändrade förhållande. Vägledningen för hur oskälighetsbedömningen ska gå till i fall av ändrade förhållanden kan vi hitta i UNIDROIT Principles 6.2.1-6.2.2, PECL 6:111, samt DCFR III-1:110. Dessa har Ramberg & Ramberg ansett stämma väl överens med svenska rättsprinciper.

Det klassiska fallet av ändrade förhållande kan sägas vara inflation och starka prisfluktuationer. Det kan anses skäligt att lägga risken för ändrade förhållanden på den part som handlat felaktigt. I fråga om ond och god tro, ska det vid en oskälighetsbedömning enligt 36 § AvtL, beaktas om den berörda parten förutsåg eller bort förutse det inträffade.

4. Sammanfattning och slutsatser

Sammanfattningsvis ska vi återgå till uppsatsens syfte och därmed besvara frågeställningarna. För att börja med vilka faktorer som får betydelse vid oskälighetsbedömningen enligt 36 § AvtL, kan konstateras att det i slutändan handlar om att bedömningen ska göras i hänsyn till omständigheterna i varje enskilt fall. Huvudregeln är att vardera part bär risken för sina egna misstag. Det som ska beaktas i oskälighetsbedömningen är avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Vidare tar oskälighetsbedömningen hänsyn till rättmätiga förväntningar, offentlighetsregler, ifall villkoret syftat till att kringgå tvingande lagregel, ifall villkoret är avvikande från dispositiv rätt, illojalitet, medvetenhet om obalansen i avtalet, ifall det strider mot gott affärsskick, riskallokering och parternas skyddsbehov, ifall klausuler ger ena parten ett oacceptabelt övertag, samt stränga påföljder.

Vägledning för hur oskälighetsbedömningen ska gå till saknas i lagtexten. Förarbetena ger oss däremot en viss vägledning. Men till förståelsen för generalklausulen bidrar rättsfall, och även skiljeförfaranden. Det finns enskilda fall som skapat vägledning för hur oskälighetsbedömningen enligt 36 § AvtL ska göras och exemplifierat olika konkreta situationer. NJA 2017 s. 113 har gett vägledning på flera punkter. Utöver att behandla frågan om skadeståndsbegränsande friskrivningsklausuler kan jämkas vid fall av grov vårdslöshet, finns utgångspunkter som illojalitet och sedvänja i fallet. KPMG-avgörandet medger att jämkning inte bör inriktas på villkoret i sig, utan på effekten av det oskäliga villkoret i avtalet. Vidare har det till följd av fallet konstaterats att villkor som är rimliga i en situation kan bli oskäliga i en annan.

Vidare berör uppsatsens andra frågeställning vilka möjligheter som finns att åberopa 36 § AvtL i fall av ändrade förhållanden. I 36 § AvtL framkommer det att avtalsvillkor, vilka blir oskäliga till följd av ändrade förhållanden, kan jämkas eller lämnas utan avseende. Att avtalsekvivalensen rubbats i ett varaktigt avtalsförhållande på grund av ändrade förhållanden är en klassisk jämkningssituation. Fortsatt är ett klassiskt ändrat förhållande inflation och starka prisfluktuationer. Vägledningen för hur oskälighetsbedömningen ska gå till i fall av ändrade förhållanden kan vi hitta i UNIDROIT Principles 6.2.1-6.2.2, PECL 6:111, samt

DCFR III-1:110. Dessa kumulativa rekvisit innebär att inverkan på avtalet vid ett ändrat förhållande måste vara stor. Vidare ska händelseutvecklingen vara oförutsedd vid den tid då avtalet ingåtts. Ramberg & Ramberg har ansett att dessa internationella modellregler stämmer väl överens med svenska rättsprinciper, samtidigt som Herre inte instämmer helt. Vidare blir rättsfall en viktig del för förståelsen om vilka möjligheter det finns att åberopa generalklausulen till följd av ändrade förhållanden. Huvudregeln kring ändrade förhållanden innebär att vardera part i avtalet själv bär risken för framtida händelseutveckling, vilket uttalades i NJA 1985 s. 178. För att koppla an till nutiden och den rådande covid-19-pandemin, kan det anses vara ett senare inträffat förhållande. Ett färskt fall (T 15520-20) exemplifierar nämligen pandemin som ett ändrat förhållande. Det kan anses skäligt att lägga risken för ändrade förhållanden på den part som handlat felaktigt. I fråga om ond och god tro, ska det vid en oskälighetsbedömning enligt 36 § AvtL, beaktas om den berörda parten förutsåg eller bort förutse det inträffade.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1975/76:81

Statens offentliga utredningar

SOU 1974:83 Generalklausul i förmögenhetsrätten

Litteratur

Adlercreutz, Axel och Gorton, Lars, *Avtalsrätt I*, 14 uppl., Juristförlaget, 2016 [cit. Adlercreutz & Gorton, 2016]

Adlercreutz, Axel och Gorton, Lars, *Avtalsrätt II*, 6 uppl., Juristförlaget, 2010. [cit. Adlercreutz & Gorton, 2010]

Bernitz, Ulf, Carlsson, Mia, Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine, Magnusson Sjöberg, Cecilia, Seipel, Peter, Warnling Conradson, Wiweka, Vogel, Hans-Heinrich, *Finna rätt: Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 15 uppl., Norstedts juridik, 2020 [cit. Bernitz, m.fl., 2020]

Dotevall, Rolf, *Avtal*, 1 uppl., Studentlitteratur AB, 2017 [cit. Dotevall, 2017]

Herre, Johnny, “Användningen av utländsk rätt i Högsta domstolen på det förmögenhetsrättsliga området”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2018, s. 203-221. [cit. Herre, 2018]

Lindskog, Stefan. *Jämkning i kommersiella avtalsförhållanden* i: Bryde Andersen, Mads, Flodgren, Boel och Giertsen, Johan (red.), *Aftaleloven 100 år: baggrund, status, udfordringer, fremtid*, 1 uppl., DJØF, 2015 [cit. Lindskog, 2015]

Ramberg, Jan och Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 11 uppl., Norstedts juridik, 2019 [cit. Ramberg, J & Ramberg, C, 2019]

Votinius, Sacharias. *Avtalslagens generalklausul och den rättvisebaserade kontraktsuppfattningen* i: Flodgren, Boel, Gorton, Lars, Lindell-Frantz, Eva och Samuelsson, Per (red.), *Avtalslagen 90 år: Aktuell nordisk rättspraxis*, 1 uppl., Norstedts juridik, 2005 [cit. Votinius, 2005]

Artiklar

Herre, Johnny och Johansson, Svante, "Svensk rättspraxis: Avtals- och obligationsrätt 2005-2019" I: *Svensk Juristtidning* 2020, s. 823-1070. [cit. Herre & Johansson, SvJT 2020]

Jareborg, Nils, "Rättsdogmatik som vetenskap" I: *SvJT* 2004 s. 1-10. [cit. Jareborg, SvJT 2004]

Norlén, Andreas och Ramberg, Christina, "Vigilansprincipen i förmögenhetsrätten" I: *SvJT* 2021 s. 373-382. [cit. Norlén & Ramberg, SvJT 2021]

Olsen, Lena, "Rättsvetenskapliga perspektiv" I: *SvJT* 2004 s. 105-145. [cit. Olsen, SvJT 2004]

Ramberg, Christina "Skiljedom om jämkning av ansvarsbegränsning, reklamation, rådgivaransvar, skadeståndsberäkning och prisavdrag". I: *Juridisk Tidskrift* 2010, s. 918-933. [cit. Ramberg, C, JT 2010]

Sandgren, Claes, Stockholms universitet, Juridiska fakulteten, Juridiska institutionen. (Svenska) Ingår i: *Tidsskrift för Rettsvetenskap, TjR*, 2005, Vol. 118, nr 4-5, s. 648-656. [cit. Sandgren, TjR 2005]

Wahlgren, Peter, "Syfte och nytta med rättsvetenskapliga arbeten" I: *SvJT* 2008, s. 293-303. [cit. Wahlgren, SvJT 2008]

Lagkommentarer

Munukka, Jori, Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, 3 kap 36 §, avsnitt 3.4 Rättsföljder, Lexino 2020-08-28 (JUNO)

Avhandlingar

Norlén, Andreas, 2004. "Oskälighet och 36 § avtalslagen". <https://juridikbok.se/books/pdf?url=14f895e6-fdfb-4dbb-a752-4d3d8e93f47d.pdf> [cit. Norlén, 2004]

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1979 s. 483

NJA 1985 s. 178

NJA 1994 s. 359

NJA 2012 s. 776

NJA 2016 s. 107

NJA 2017 s. 113

Skiljedom

T 1085-11

Tingsrätt

T 15520-20