



JURIDISKA FAKULTETEN

vid Lunds universitet

Monika Vitos

Oskäliga avtalsvillkor i svensk rätt

Krävs det ytterligare harmonisering med Avtalsvillkorsdirektivet?

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Sacharias Votinius

Termin för examen: Period 1 VT 2022

INNEHÅLL

SUMMARY	4
SAMMANFATTNING	6
FÖRORD	8
FÖRKORTNINGAR	9
1 INLEDNING	10
1.1 Bakgrund	10
1.2 Syfte och frågeställningar	10
1.3 Metod	12
1.4 Material	13
1.5 Avgränsning	15
1.6 Forskningsläge	16
1.7 Disposition	17
2 EU-RÄTTEN	18
2.1 Lagstiftningen inom EU	18
2.2 EU-domstolen	20
2.3 Företrädesrätt	21
2.4 EU-konformitet	22
3 AVTALSVILLKORSDIREKTIVET	24
3.1 Tillämpning och syfte	24

3.2	Kriterier för oskälighet	26
3.2.1	Kravet på god sed	26
3.2.2	En betydande obalans i partsställningen	29
3.3	Den vägledande listan	30
3.4	Vad blir följderna av oskäliga avtalsvillkor?	32
3.4.1	Ogiltighet	32
3.4.2	Ersättning av oskäliga avtalsvillkor	33
3.4.3	Jämkning	34
4	OSKÄLIGHET ENLIGT SVENSK RÄTT	37
4.1	36§ AvtL och AVLK	37
4.2	Kriterier för oskälighet	38
4.3	Konsekvenser av oskälighet	41
4.3.1	Ogiltighet	42
4.3.2	Jämkning	42
4.4	Införlivandet av direktivet	42
4.4.1	Omständigheter som uppkommit efter avtalets tillkomst	44
4.4.2	Följderna av oskälighet	44
4.5	Den vägledande listan	46
5	DISKUSSION	48
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	55
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	58

Summary

The Unfair Contract Terms Directive was adopted by the EU in 1993 with the aim of creating a consumer protection within contractual relations with suppliers but also to harmonize the legislation within the member states.

This thesis aims to analyze the need of further harmonization within Swedish contractual law and the directive, regarding unfair contract terms.

The fulfilling of the aim includes a comparative analysis of both legal systems, particularly considering the aspect of the possibility of adjusting unfair contract terms.

The basis for the analysis is the Unfair Contract Terms Directive. The method for analysis is therefore an EU-legal method, that acknowledges EU law as an autonomous legal order. This method is described as teleological and purpose oriented.

Regarding Swedish law, a legal dogmatic method has been used, which aims to determine and define the law, using sources as doctrine, case law and legal regulations.

The Unfair Contract Terms Directive constitutes the main focus of analysis considering EU law. Regarding Swedish law, Section 36 of the Contracts Act is the primary source of analysis.

The conclusion of the analysis shows that the main differences in application of the law is the possibility of adjusting unfair contract terms as legal consequence.

Swedish law constitutes a high level of consumer protection in particular, and of the weaker party in general, which ensures a protection stronger than the directive.

The application of the Swedish contract law in accordance with the Directive is therefore a necessity to maintain this level of consumer protection.

The thesis also discusses the incorporation of the ambiguity rule. Regarding the requirements of clarity and transparency established in the Directive, it can be stated that Swedish contract law already withholds high demands in this matter, even though the translation isn't literal.

In summary, the thesis states that the consumer protection within Swedish contractual law is stronger than the requirements of the Directive in several aspects.

Sammanfattning

EU-direktivet om oskäligen avtalsvillkor (Avtalsvillkorsdirektivet 93/13/EEG) infördes 1993 med syftet att skapa ett minimiskydd för konsumenterna i avtalsförhållanden med näringsidkare och harmonisera lagstiftningen bland medlemsstaterna.

Uppsatsen syftar till att analysera behovet av en ökad harmonisering mellan svensk rätt och EU-rätt avseende oskäligen avtalsvillkor i standardavtal mellan konsument och näringsidkare.

Syftet innefattar en jämförande analys av gällande rätt enligt de båda rättsordningarna, med särskilt fokus på möjligheten till jämkning av oskäligen avtalsvillkor.

Då utgångspunkten för min analys är avtalsvillkorsdirektivet, tillämpas en EU-rättslig metod. Detta för att tillerkänna synen på EU-rätten som en autonom rättsordning med dess egna rättskällehierarki. Den EU-rättsliga tolkningsmetoden beskrivs som teleologisk med en starkt ändamålsorienterad orientering.

Vidare tillämpas en rättsdogmatisk metod avseende den nationella rätten. Metoden syftar till att fastställa gällande rätt genom att analysera de relevanta beståndsdelarna enligt rättskälleläran.

Eftersom uppsatsens syfte och fokus innefattar såväl svensk rätt som EU-rätt, utgör båda grunden för materialet. Ur EU-rättslig synpunkt är avtalsvillkorsdirektivet den huvudsakliga utgångspunkten, medan uppsatsen grundar sig på 36§ AvtL och AVLK avseende svensk rätt.

Slutsatserna av teorin utvisar i första hand skillnader i rättstillämpningen gällande framför allt rättsföljdenjämknig.

Det går att konstatera att Sverige har ett relativt högt skydd för svagare parter i avtalsförhållanden och på flera punkter ger den svenska rätten ett högre skydd än vad minimidirektivet kräver. Att tillämpa en direktivkonform tolkning av bestämmelserna kring jämkning är därför en nödvändighet för att fortsatt upprätthålla denna grad av skydd och uppfylla kravet på en harmoniserad rättstillämpning.

Uppsatsen diskuterar bland annat även införlivandet av oklarhetsregeln. Beträffande direktivets krav på tydlighet och transparens, anser jag att våra avtalsrättsliga principer i hög grad reglerar detta krav, även om implementeringen av bestämmelsen inte har skett i enlighet med direktivets ordalydelse.

Sammanfattningsvis konstateras att det svenska avtalsrättsliga skyddet för den svagare parten ur flera aspekter är starkare än direktivets minimikrav och kan rentav vara ett föredöme för EU-skyddet ur vissa aspekter.

Förord

Jag vill tacka min handledare, Sacharias, för värdefulla råd och uppmuntran till ett självständigt förhållningssätt.

Jag vill tacka kurskamraterna för stödet och de givande diskussionerna. Tack till fakulteten för den inspirerande andan och kunskapen.

Jag vill tacka mina föräldrar för att Ni har möjliggjort mina studier med allt Ert stöd. Tack Levente för arbetet, stödet och uppmuntran.

Till storleken minst, men i allting störst – tack Abel för att du har stått ut med din studerande mamma.

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
AVLK	Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden
COM	European Commission
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EU	Europeiska unionen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
HD	Högsta domstolen
KO	Konsumentombudsmannen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

EU-direktivet om oskäligen avtalsvillkor (Avtalsvillkorsdirektivet 93/13/EEG) infördes 1993 med syftet att skapa ett minimiskydd för konsumenterna i avtalsförhållanden med näringsidkare. Direktivet syftar även till att harmonisera lagstiftningen bland medlemsstaterna och därmed säkerställa dess genomslagskraft. Direktivet tar sikte på de avtal som inte förhandlats fram individuellt, det vi i Sverige kallar standardavtal och fastställer vad som kännetecknar oskäligen avtalsvillkor samt vad följderna av sådana villkor ska vara.

De senaste årtiondena resulterat i en drastisk utveckling vad gäller EU-domstolens praxis. Direktivet har tydliggjorts på flera punkter genom ett stort antal förhandsavgöranden.

EU-domstolen har härigenom tolkat och tydliggjort direktivets bestämmelser om vad som kännetecknar ett oskäligt avtalsvillkor samt vad följderna av sådana villkor ska vara.

Sedan framväxten av EU-domstolens förtydligande praxis har även en svensk juridisk diskussion vuxit fram i vilken den svenska avtalsrättens direktivkonformitet ifrågasätts.¹ Denna debatt kräver allt mer ett ställningstagande i den svenska rättstillämpningen.

¹ Se Bernitz, Svensson m.fl.

Denna uppsats syftar därför till att bidra till ämnet genom att förtydliga hur gällande rätt ser ut enligt de båda rättsordningarna och analysera vilka avvikelser som eventuellt föreligger i svensk avtalsrätt i förhållande till direktivet.

Den huvudsakliga frågan som denna uppsats utreder, är om den svenska avtalsrätten behöver genomgå en justering för att uppfylla kraven i direktivet och därmed leva upp till skyldigheten att ha en direktivkonform rättstillämpning.

1.2 Syfte och frågeställningar

Det övergripande syftet är att analysera behovet av en ökad harmonisering mellan svensk rätt och EU-rätt avseende oskäliga avtalsvillkor i standardavtal mellan konsument och näringsidkare.

Syftet innefattar en jämförande analys av gällande rätt enligt de båda rättsordningarna, med särskilt fokus på möjligheten till jämkning av oskäliga avtalsvillkor.

För att uppfylla uppsatsens syfte, söks svaren på följande frågeställningar;

-Vad är gällande rätt avseende jämkning av oskäliga avtalsvillkor enligt 36§ AvtL och AVLK respektive Avtalsvillkorsdirektivet?

-Överensstämmer tillämpningen av 36§ AvtL och AVLK med avtalsvillkorsdirektivet?

-Krävs det en anpassning av 36§ AvtL och AVLK för att uppnå en harmonisering med avtalsvillkorsdirektivet?

1.3 Metod

Då utgångspunkten för min analys är avtalsvillkorsdirektivet, tillämpas en EU-rättslig metod. Detta för att tillerkänna synen på EU-rätten som en autonom rättsordning med dess egna rättskällehierarki.²

Hettne beskriver den EU-rättsliga metoden som den rättsliga metodik och de tolkningsmetoder som används av EU-domstolen, och som också måste användas av de nationella domstolar och myndigheter som ska tillämpa EU-rätten.³

Vidare beskriver Hettne EU-domstolens tolkningsmetod som teleologisk med en starkt ändamålsorienterad orientering. En ändamålsenlig tolkning inom EU-rätten bygger på att tolka de konkreta rättsreglerna utifrån deras syfte i de fall där lydelsen är oklar.⁴

Han nämner tre huvudsakliga syften med den teleologiska metoden inom EU-rätten. Den första är att främja syftet med en bestämmelse. Den andra är att motverka orimliga konsekvenser av att tolka unionsrätten bokstavligt, vilket kan innebära en större frihet vid tolkningen. Det tredje syftet är att fylla eventuella luckor som skulle finnas i unionslagstiftningen.⁵

Jag har tolkat och analyserat de artiklar ur direktivet som är relevanta för mitt syfte och mina frågeställningar. Till stöd för att tolka direktivet och dess tillämpning, har jag utgått ifrån EU-domstolens rättspraxis.

² Nääv & Zamboni (2018) s. 109.

³ Hettne & Otken (2011) s. 21

⁴ Ibid s. 36

⁵ Ibid s. 168

Utöver detta tillämpas en rättsdogmatisk metod vid granskningen av den nationella rätten. Den rättsdogmatiska metoden används till att fastställa gällande rätt genom att analysera de relevanta beståndsdelarna enligt rättskälleläran. Dessa är huvudsakligen lagar, förarbeten, praxis och doktrin.⁶

I analysen av hur gällande rätt ser ut avseende oskäligen avtalsvillkor, har dessa rättskällor granskats och utgör därmed grunden för uppsatsens analys av den nationella rätten.

Utgångspunkten är 36§ AvtL och AVLK, eftersom det är dessa som är relevanta för granskningen av implementeringen av direktivet.

Ett viktigt bidrag till granskningen av den nationella rätten är praxis ifrån HD, som tydliggör resonemanget i den svenska rättstillämpningen. Domarna från HD är viktiga för diskussionen även ur en principiell synpunkt, då de är vägledande och säger något om den framtida rättstillämpningen.

Den rättsdogmatiska metoden används inte enbart ur ett deskriptivt syfte utan möjliggör även ett kritiskt förhållningssätt. Eftersom mitt syfte inte enbart är att presentera gällande rätt utan även att diskutera och eventuellt kritisera denna, kan detta göras inom ramen för den rättsdogmatiska metoden.⁷

1.4 Material

Eftersom uppsatsens syfte och fokus innefattar såväl svensk rätt som EU-rätt, utgör båda grunden för materialet. Ur EU-rättslig synpunkt är avtalsvillkorsdirektivet den

⁶ Nääv & Zamboni (2018) s. 21

⁷ Ibid s. 40

huvudsakliga utgångspunkten, medan uppsatsen grundar sig på 36§ AvtL och AVLK avseende svensk rätt.

För att tolka tillämpningen av avtalsvillkorsdirektivet, används även EU-kommissionens vägledning.

Utöver lagstiftning används även förarbeten, praxis och doktrin för att analysera och diskutera rättstillämpningen.

Utgångspunkten för valet av material är således de artiklar i avtalsvillkorsdirektivet som är relevanta för att visa på vad som ska vara gällande rätt avseende oskäligen avtalsvillkor i medlemsstaterna.

Materialet som används för att i jämförande syfte beskriva hur den svenska rättstillämpningen ser ut är i huvudsak avtalslagen samt avtalsvillkorslagen. 36§ AvtL är den generalklausul som reglerar oskäligen avtalsvillkor och behöver därför vara den rättskälla som ligger till grund för den jämförande analysen.

Avtalsvillkorslagens 10-13§§ representerar i sin tur implementeringen av direktivet i svensk rätt och utgör därför en naturlig rättskälla som är relevant för analysen.

För att kunna utföra en djupare analys av syftet med lagstiftningen och den tilltänkta tillämpningen utgör även förarbeten ett viktigt bidrag till materialet. Framförallt propositionerna är relevanta för att förstå hur lagarna ska tillämpas.

Ett antal rättsfall tas upp i uppsatsen för att belysa principer som är viktiga exempel för syftet och frågeställningarnas besvarande. Dessa exempel är praxis från EU-domstolen och rättsfall från HD.

Urvalet har baserats på de rättsfall som särskilt diskuterar och tydliggör de frågor som uppsatsen vill belysa. Ett exempel på detta är fallet *Gutiérrez Naranjo* i vilket EU-domstolen förtydliga kriterierna för ett oskäligt avtalsvillkor och vad

konsekvenserna av ett sådant är.⁸

Svenska rättsfall omnämns i den mån materialet bidrar till diskussionen och kan tolkas som en relevant vägvisare för hur den svenska rättstillämpningen ser ut. Ett sådant centralt rättsfall är NJA 2017 s. 113 vilket både har diskuterats och kritiserats frekvent och därmed utgör ett belysande exempel för debatten.

Den doktrin som slutligen använts består av både vetenskapliga artiklar och böcker. De artiklar som har valts är framförallt de som är centrala för diskussionen.

1.5 Avgränsningar

Eftersom avtalsvillkorsdirektivet innefattar en omfattande reglering, behöver området avgränsas inom ramen för uppsatsen.

Enbart den civilrättsliga bedömningen utgör fokus inom ramen för analysen.

Direktivet har även processrättsligt innehåll, vilket bland annat reglerar domstolens skyldighet att agera ex officio.⁹ Denna processrättsliga aspekt ligger dock utanför uppsatsens intresseområde och kommer inte att analyseras.

Dels innefattar syftet en generell jämförelse av vad som utgör oskäligen avtalsvillkor, samt vad rättsföljderna för oskäligen avtalsvillkor är. Dels görs en avgränsning där jämkning av oskäligen avtalsvillkor och oklarhetsregeln särskilt diskuteras.

⁸ C-308/15 Gutiérrez Naranjo, EU:C:2016:980

⁹ Jfr Heuman (2006/07) s. 62

Diskussionen syftar slutligen till att föras de lege ferenda och diskuterar inte enbart skillnader i rättstillämpningen utan även tänkbara konsekvenser och möjligheter av en ökad harmonisering.

1.6 Forskningsläge

Vid antagandet av avtalsvillkorsdirektivet har inga anpassningar av svensk rättstillämpning skett. EU-domstolens rättspraxis har under de gångna åren utvisat en tillämpning som väckt frågor gällande den svenska rättstillämpningen. Svensk doktrin på området är trots detta summarisk.

Av den rättspraxis som följt direktivet har diskussioner initierats på europeisk nivå. Hans Micklitz har en aktiv roll inom den europeiska konsumenträttens område, varför artikeln *The Court and Sleeping Beauty: The Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)* av Micklitz och Reich utgör en naturlig utgångspunkt för uppsatsen.

Nationellt har en diskussion initierats kring nödvändigheten av förändringar i den svenska rättstillämpningen. Det kanske viktigaste initiativet är Bernitz *Oklarhetsregeln och oskäliga avtalsvillkor: ny rättsutveckling för konsumentavtal*, vilket även är en utgångspunkt för diskussionen i denna uppsats.

Inte minst utgör även Svenssons artikel *View of the Unfair Contract Terms directive* en utgångspunkt för diskussionen om behovet av ökad harmonisering.

Diskussionen kommer att utgå från ovan nämnda författares ståndpunkter, där jag bland annat instämmer i Bernitz och Svenssons konstaterande om en nödvändig harmonisering avseende jämkning som rättsföljd, men där jag även ifrågasätter och

diskuterar Bernitz synpunkter på den svenska avtalsrättens behov av ytterligare harmonisering gällande oklarhetsregeln.

1.7 Disposition

Efter uppsatsens inledande kapitel, innehåller det andra kapitlet en redogörelse av EU-rätten, dess position och rättskraft. Denna genomgång lägger grunden för att förstå vikten av ett samspel mellan EU-rätten och den nationella rätten, men även för att klargöra förutsättningarna för en direktivkonform rättstillämpning i Sverige.

Genomgången av själva avtalsvillkorsdirektivet görs separat i det tredje kapitlet.

Innehållet i direktivet redogörs för i den mån det är relevant för frågeställningen.

Vidare görs en genomgång av den svenska rätten, 36§ AvtL och AVLK, i det fjärde kapitlet, där paragrafernas tillämplighet och innehåll diskuteras.

Det avslutande kapitlet innehåller en sammantagen diskussion av den genomgångna teorin där egna synpunkter och reflektioner sammanfattar uppsatsen.

2 EU-rätten

2.1 Lagstiftning inom EU

För att skapa en sammanfattande förståelse för EU-rättens ställning, är det nödvändigt att redogöra för den s.k. primärrätten, vilken utgörs av det Fördragsverk som sätter ramarna för befogenheter, verksamhet och beslutsordning inom EU. Detta består av *Unionsfördraget*, *Funktionsfördraget* samt *Rättighetsstadgan*.

Detta ramverk är vad som reglerar de grundläggande principerna inom EU-rätten och har därför den högsta placeringen i hierarkin.¹⁰

Utifrån detta ramverk föreligger en kompetens att lagstifta och skapa rätt inom EU, vilket benämns *sekundärrätten*. Denna utgör ett omfattande regelverk som är gemensamt för medlemsstaterna. Det är Funktionsfördraget som ger EU rätt att skapa för medlemsstaterna bindande rätt, vilket resulterar i så kallade rättsakter i form av *förordningar*, *direktiv* och *beslut*.¹¹

Enligt Funktionsfördraget är EU:s rättsakter obligatoriska för medlemsstaterna att inkorporera i den nationella rätten och det är därför upp till medlemsstaterna att vidta alla nödvändiga lagstiftningsåtgärder för att uppfylla detta. De rättsakter som utgör sekundärrätten och slutligen offentliggörs är motiverade av och hänvisar till de bakomliggande förslag eller yttranden som initierade lagstiftningen. Således föreligger ett grundläggande krav på såväl beslutsprocessen som på

¹⁰ Bernitz & Kjellgren (2014) s. 47

¹¹ Ibid (2014) s 54

beslutsbefogenheten redan på EU-nivå, men även ett införandekrav för medlemsstaterna.¹²

Direktiv har en utmärkande karaktär i bemärkelsen att de riktar sig till medlemsstaterna och inte till enskilda. Syftet med direktiven är att medlemsstaterna inom en viss tid ska uppnå vissa resultat inom ramen för sin nationella lagstiftning. Det krävs således en implementering i den nationella lagstiftningen för att uppnå det utsatta resultatet, emellertid får medlemsstaterna själva göra bedömningen av vilket tillvägagångssätt eller vilken metod som är mest lämplig med utgångspunkt i strukturen på den nationella lagstiftningen. Det utmärkande kravet är således att den nationella rätten ska överensstämma med direktivens innehåll på ett korrekt och lojalt sätt.¹³

Det kan även föreligga en situation där medlemsstatens befintliga lagstiftning redan överensstämmer med det resultat som direktiven föreskriver och att det därmed råder så kallad *normharmoni*. Även i dessa fall är kraven på korrekthet och lojalitet strikta, vilket innebär att direktivens minimikrav på innehållet uppnås i den nationella lagstiftningen.¹⁴

Tidsgränsen för införandet av direktivens innehåll är vanligen 1-2 år. Det är vanligt att medlemsstaterna släpar efter med införlivandet i den nationella rätten.

Detta kan medföra problem som även påverkar enskilda i medlemsstaterna, då gällande direktiv inte har införlivats i tid eller inte har införlivats till fullo inom den givna tidsramen.

I praktiken gör sig medlemsstaterna skyldiga till fördragsbrott i fall där direktiven

¹² Ibid s. 55

¹³ Ibid s. 56

¹⁴ Ibid s. 57

inte har införlivats i tid eller inte har införlivats i sin helhet. Detta kan i sin tur resultera i att EU-domstolen på initiativ av Kommissionen sanktionerar medlemsstaterna med kännbara ekonomiska påföljder.¹⁵

Det grundläggande syftet med direktiven är att harmonisera lagstiftningen mellan medlemsländerna, vilket kan ske i olika stor utsträckning. Exempelvis finns så kallade *fullharmoniseringsdirektiv* vilket styr lagstiftningen i detalj och innebär att den nationella rätten varken får under- eller överskrida de givna normerna. Ett annat exempel är så kallade *minimidirektiv* vilka anger en lägsta grad av införande, men där det även finns en acceptans för en mer långtgående lagstiftning på nationell nivå.¹⁶

2.2 EU-domstolen

Europeiska unionens domstol, eller EU-domstolen, har en framträdande ställning inom EU och har som huvudsakligt syfte att säkerställa att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av fördragen (artikel 19.1 FEU). EU-domstolen har således en självständig roll som inte enbart avser enskilda fördragsbestämmelser eller sekundärrätt, utan även allmänna rättsprinciper.¹⁷

Vad gäller tillämpningen av direktiv, brukar denna konkretiseras i form av EU-domstolens förhandsavgöranden. Eftersom det är EU-domstolen som har tolkningsföreträde av primär- och sekundärrätten, kan nationella domstolar begära

¹⁵ C-478/99 Kommissionen mot Sverige, EU:C:2002:66

¹⁶ Ibid s. 57

¹⁷ Nyström (2017) s. 31

dessa förhandsavgöranden med syftet att förtydliga rättstillämpningen. Dessa klargöranden av rättstillämpningen är i sin tur bindande för medlemsstaterna.¹⁸

Det är även EU-domstolen som behandlar mål där kommissionen för talan mot en medlemsstat på grund av fördragsbrott.¹⁹

2.3 Företrädesrätt

Då EU-rättsliga bestämmelser kan komma i konflikt med nationella lagar, kan någon av rättsordningarna behöva ge vika för den andra. Frågan om vilken rättsordning som har företräde framför den andra kan vara komplex, men huvudsakligen reglerar Lissabonfördraget att EU-rätten har företräde framför den nationella rätten.²⁰

Men redan innan denna företrädesrätt reglerades i Lissabonfördraget, har EU-domstolen fastställt denna princip genom ett antal, numera klassiska, rättsfall vilka tydliggjorde EU-rättens företräde framför nationell rätt. Ett exempel på detta är rättsfallet *Costa mot Enel*, i vilket EU-domstolen klargör att medlemsstaterna har en skyldighet att följa fördragen, i det enskilda rättsfallet var det Romfördraget, som en integrerad del i den egna rättsordningen.

I målet fick EU-domstolen en förfrågan från en italiensk medborgare, som motsatte sig nationaliseringen av ett italienskt elbolag på grund av hans aktieinnehav i företaget när det blev en del av det statliga bolaget Enel. Han vägrade att betala sin elräkning och hävdade att nationaliseringen stred mot EU-rätten eftersom det innebar ett statligt ingrepp på den gemensamma marknaden.

¹⁸ Bernitz & Kjellgren (2014) s. 60

¹⁹ Ibid s. 61

²⁰ Melin och Lindskog (2017) s. 347

Den italienska regeringen framhävde i sammanhanget att en privatperson inte kunde åberopa EU-rätten eftersom klagomålet handlade om bestämmelser i en nationell lag.

Domstolen dömde till regeringens fördel, eftersom den aktuella EU-rättsliga bestämmelsen fastställer att endast kommissionen har behörighet att framföra klagomål till domstolen. Emellertid dömde EU-domstolen ändå till den italienska regeringens nackdel, de då menar att även om den nationella lagen föreskrev något annat, så är det EU-rätten som äger företräde. Därmed hade domstolen lagt grunden för den rättspraxis som blev företrädesprincipen. I domen fastställs;

”Till skillnad från vanliga internationella fördrag infördes genom EEG-fördraget en särskild rättsordning som införlivades i medlemsstaternas rättssystem när fördraget trädde i kraft och som är bindande för deras domstolar.”²¹

Ett annat rättsfall värt att nämna är *Van Gend en Loos* i vilket följande formuleras;

”...Därigenom har staterna, fastän inom begränsade områden, inskränkt sina suveräna rättigheter och skapat ett regelverk som är tillämpligt på deras medborgare och på dem själva.”

EU-rätten har således företräde framför nationell rätt, även nationella grundlagar.

Om så inte vore fallet, skulle det inte råda harmoni mellan medlemsstaternas lagstiftning och EU-rätten skulle inte få den genomslagskraft för vilket syfte den skapades.²²

²¹Costa mot Enel 6-64, EU:C:1964:66

²² Bernitz & Kjellgren (2014) s. 101

För Sveriges del har EU-rättens genomslag säkerställts genom en särskild lag, *lag med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen*, den så kallade EU-lagen (SFS 1994:1500). Formuleringen i denna lag fastställer att beslut som fattas inom EU ska ha samma rättsliga verkan som inom EU:s övriga medlemsstater. Även rättsakterna innefattas i denna lag och således omfattar bestämmelserna även sekundärrätten. I och med införandet av EU-lagen, står det klart att EU-rätten är tillämplig i Sverige och att inga ytterligare regleringar av EU-rättens införlivande och tillämpning är nödvändig.²³

2.4 EU-konformitet

EU:s medlemsstater har en skyldighet att tolka den nationella rätten i ljuset av unionsrätten så långt det är möjligt. Denna tillämpning av de nationella lagarna kallas EU-konform tolkning och visar sig vanligast genom så kallad direktivkonform tolkning, då svenska domstolar söker vägledning i EU-direktivens syfte. Denna skyldighet framgår av art. 4.3 i fördraget om Europeiska unionen (FEU) och är en del av den lojalitetsprincip som artikeln innefattar.²⁴

I praktiken innebär detta att svenska domstolar ska tillämpa EU-rätten i den svenska lagstiftningen så långt det är möjligt, både vad gäller införlivade direktiv och övrig nationell rätt. Detta kan göras då det finns utrymme för att tillämpa direktivet inom ramen för den nationella lagens ordalydelse. Emellertid har nationella domstolar ingen skyldighet att tolka de nationella lagarna *contra legem*, det vill säga mot lagen. Om en sådan tolkning står i klar strid med den faktiska ordalydelsen, ska nationella

²³ Ibid (2014) s. 110

²⁴ Reich m.fl. (2014) s. 44

domstolar bortse helt ifrån bestämmelsen och istället tillämpa direktivet i sin helhet.²⁵

²⁵ Bernitz & Kjellgren (2014) s. 126

3 Avtalsvillkorsdirektivet

3.1 Tillämpning och syfte

Rådets direktiv 93/13/EEG (Avtalsvillkorsdirektivet, hädanefter direktivet) infördes med flertalet syften. Huvudsakligen ämnar direktivet främja harmoniseringen mellan medlemsstaterna avseende oskäliga avtalsvillkor, eftersom det förelåg skillnader mellan medlemsstaternas lagstiftning. En sådan harmonisering får i sin tur en konkurrensfrämjande effekt, då varor och tjänster på den inre marknaden stimuleras.²⁶

Ett annat huvudsakligt syfte är att skydda konsumenten i avtalsförhållanden med en näringsidkare, eftersom det kan råda skilda styrkeförhållanden dem emellan. En konsument förväntas inte ha samma grad av kunskap och erfarenhet som en näringsidkare och betraktas därför som underlägsen i partsförhållandet.²⁷

Direktivet har således två syften, dels att främja den inre marknaden genom harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning, dels att skydda konsumenten mot oskäliga avtalsvillkor gentemot näringsidkare med en avskräckande verkan. Värt att nämna är att direktivet är ett så kallat minimidirektiv och möjliggör därmed för medlemsstaterna att införa och tillämpa strängare krav än vad direktivet fastställer.²⁸

Avseende partsförhållandet definierar direktivet vem som är att betrakta som näringsidkare respektive konsument. Konsumenten är en fysisk person som handlar

²⁶ Rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal

²⁷ Se direktivet art. 1

²⁸ Se direktivet art. 8

för ändamål som faller utanför dennes näring eller yrke avseende avtal som faller inom direktivets tillämpningsområde. Näringsidkaren är en fysisk eller juridisk person som i samband med avtal som omfattas av direktivet handlar för ändamål som har samband med hans näring eller yrkesverksamhet, oavsett om den är offentlig eller privat.²⁹

Avseende avtalstyperna framgår att direktivet är tillämpligt på alla avtalstyper mellan näringsidkare och konsument som avser köp av varor och tjänster inom samtliga näringsområden. Detta innebär emellertid att vissa typer av avtal, såsom arvsrättsliga och övriga familjerättsliga avtal, upprättande av bolag och liknande inte omfattas direkt av direktivet. Detta hindrar emellertid inte analoga tillämpningar.³⁰

Ett annat krav för direktivets tillämplighet är att det aktuella avtal svillkoret inte har varit föremål för individuell förhandling utan utgör vad vi i svensk rätt kallar standardavtal. Om avtalets ingående har föregåtts av förhandling mellan konsumenten och näringsidkaren, är direktivet inte direkt tillämpligt, även om avtalsvillkoret i sig är oskäligt. Inte heller denna avgränsning utesluter dock analogier.³¹

Om ett avtalsvillkor har varit föremål för individuell förhandling och därmed inte omfattas direkt av direktivet, kan övriga avtalsvillkor i avtalet fortfarande utgöra standardvillkor och därmed falla under direktivets tillämpning. En samlad

²⁹ Se direktivet art. 2

³⁰ Rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal

³¹ Se direktivet art. 3.2

bedömning avgör i det fallet huruvida resterande avtalsinnehåll är att bedöma som ett standardavtal.³²

Vid näringsidkarens påstående om att föregående individuella förhandlingar har skett, bär denne bevisbördan för detta.³³

3.2 Kriterier för oskälighet

För att ett avtalsvillkor ska betraktas som oskäligt, föreligger två kriterier. Det ena är att avtalsvillkoret ska strida mot god sed, det andra är att det ska innebära en betydande obalans för konsumenten avseende rättigheter och skyldigheter till följd av avtalsvillkoret.³⁴

EU-domstolen har uttryckt att processen för denna bedömning sker i två steg. I ett första led avgör domstolen om kravet för god sed är uppfyllt. I det andra steget avser bedömningen huruvida det råder en betydande obalans mellan parterna.³⁵

3.2.1 Kravet på god sed

En grundläggande del av kravet på att näringsidkaren ska handla enligt god sed är att tillämpa ett språk som är tydligt och begripligt. Det innebär att ett avtalsvillkor ska vara formulerat på ett klart och förståeligt sätt. För konsumentens del är detta viktigt

³² Se direktivet art. 3.2.2

³³ Se direktivet art. 3.2.3

³⁴ Se direktivet art. 3.1

³⁵ C-186/16 Andriuc

inte enbart ur språklig synpunkt, men även för att sin helhet förstå vilka konsekvenser ett avtalsvillkor för med sig.³⁶

Faktorer som påverkar bedömningen av huruvida ett avtalsvillkor är tydligt och begripligt, är exempelvis hur innehållet har presenterats för konsumenten, under vilka förhållanden detta gjorts, om konsumenten har kunnat ta del av avtalsvillkoret i förväg men naturligtvis också språkliga aspekter såsom villkorets ordalydelse.³⁷

Emellertid utgör inte bristen på klarhet i ett avtalsvillkor tillräcklig grund för oskälighet per automatik. Det är snarare en bidragande faktor som i praxis ofta väger tungt i bedömningen av huruvida ett villkor är oskäligt.³⁸

EU-domstolen behandlar bedömningen om tydlighet bland annat i målet *Kásler*.³⁹ Fallet rör en privatperson i Ungern som tagit ett in-teckningslån i utländsk valuta, schweizerfranc, i en ungersk bank. Tvisten rörde huruvida återbetalning av ränta skulle ske i den utländska valutans säljkurs eller köpkurs, något som inte framgick av villkoren men fick signifikanta konsekvenser för konsumenten.

EU-domstolen menar i domen att kravet på tydlighet och transparens inte begränsas till rent språkliga formuleringar, utan att konsumenten behöver ha en verklig och konkret förståelse för konsekvenserna av avtalsvillkoret.

Med tanke på att konsumenten befinner sig i en underlägsen ställning avseende kunskapsnivån, behöver konkret information framgå av villkoren rörande funktionen

³⁶ C-186/16 *Andriciuc*, EU:C:2017:703 punkterna 44 och 45

³⁷ COM (2019) 5325 final s. 27

³⁸ Se exempelvis C-472/10 *Invitel*, EU:C:2012:242 punkt 28 och punkt 1 i domslutet.

³⁹ C-26/13 *Kásler*, EU:C:2014:282.

av utländsk valutaväxling och dess konsekvenser.⁴⁰

Bristande klarhet har fastställts av EU-kommissionen som en faktor som signalerar oskälighet i avtalsvillkor där konsumentens insikt i konsekvenserna av ett villkor är bristande eller i de fall då näringsidkaren vilseleder konsumenten genom oklara avtalsvillkor.⁴¹

Artikel 5 i direktivet fastställer också en princip om konsekvensen av ett oklart formulerat avtalsvillkor, nämligen att den ska tolkas på det sätt som är mest gynnsamt för konsumenten.⁴²

Vidare förklarar skäl 16 i direktivet det krav som ålägger näringsidkaren att handla i enlighet med god sed gentemot konsumenten. Detta uppfylls genom att näringsidkaren handlar lojalt gentemot konsumenten och tar dennes legitima intressen i beaktande.

Kravet på att handla i enlighet med god sed konkretiseras i praxis och exemplifieras genom att näringsidkaren särskilt ska ta hänsyn till de skillnader i styrkeförhållanden som kan råda mellan näringsidkaren och konsumenten. Vid skilda styrkeförhållanden, är det av särskild vikt att näringsidkaren iakttar konsumentens intressen och agerar lojalt.

Huruvida näringsidkaren har handlat lojalt, bedöms i det enskilda fallet. Bland annat ser domstolen till hur en konsument rimligen skulle ha ställt sig till ett avtalsvillkor,

⁴⁰ C-26/13, Kásler m.fl., EU:C:2014:282

⁴¹ COM (2019) 5325 final s. 39

⁴² Se direktivet art. 5

om detta hade varit individuellt framförhandlat. En objektiv bedömning utgör således en del av prövningen.⁴³

3.2.2 En betydande obalans i partsställningen

I bedömningen av om det finns en betydande obalans mellan parternas rättigheter och skyldigheter är det huvudsakligen den dispositiva rätten som styr. EU-domstolen har nämligen fastställt att det primärt är den nationella rätten som ska ligga till grund för bedömningen. Därmed ska dispositiv rätt tillämpas vid exempelvis avsaknad av ett avtalsvillkor, för att avgöra om parterna har en signifikant obalans avseende partsställningen. Syftet med detta är att avgöra om konsumentens ställning är missgynnsam i förhållande till den nationella konsumenträtten.⁴⁴

Det behöver inte röra sig om utpräglat ekonomiska konsekvenser för att en obalans som uppstår till konsumentens nackdel ska betraktas som betydande. EU-domstolen har fastställt att det är tillräckligt att en allvarlig underminering har skett.

Domstolen fastställer i målet *Constructora Principado* att de nationella domstolarna inte enbart ska se till de ekonomiska konsekvenserna för konsumenten, utan menar att en allvarlig underminering kan visa sig i faktorer såsom att konsumenten begränsas i att utöva sina rättigheter eller att konsumenten föreskrivs ytterligare förpliktelser som inte föreskrivs i nationell rätt.⁴⁵

Detta innebär att de nationella domstolarna har möjlighet att tolka avtalsvillkor som

⁴³ Micklitz och Reich (2014) s. 790

⁴⁴ C-226/12 *Constructora Principado SA v José Ignacio Menéndez Álvarez*, C-186/16 *Andriuc*

⁴⁵ C-226/12 *Constructora Principado SA v José Ignacio Menéndez Álvarez*

oskäligen i fler fall än om tolkningen baserades enbart på bedömningen av de ekonomiska konsekvenserna för konsumenten.⁴⁶

Emellertid är det inte enbart dispositiva lagregler som kan vara riktlinje i bedömningen av ett avtalsvillkors oskälighet. Exempelvis vid avsaknad av dispositiv rätt, krävs det andra utgångspunkter. Enligt EU-kommissionen kan en sådan bedömning grunda sig i huruvida rimliga och rättvisa affärsmetoder har tillämpats av näringsidkaren.⁴⁷

3.3 Den vägledande listan

Artikel 3.3 i direktivet refererar till en bilaga, innehållande en lista med exempel på oskäligen avtalsvillkor. Den brukar kallas ”den grå listan” och som namnet indikerar är innehållet avsett att vara en vägledning. Listan är således inte uttömmande, utan innehåller sjutton exempel på avtalsvillkor som kan vara oskäligen.⁴⁸

EU-domstolen har framhållit att exemplen i listan inte per automatik är att betrakta som oskäligen villkor utan avses vara vägledande exempel, samt att andra villkor som inte finns omnämnda i den vägledande listan likväl kan vara oskäligen.⁴⁹

I Sverige talar Bernitz om de sjutton exemplen som olika grupper som kan delas in i fyra områden. En grupp innefattar friskrivningsklausuler som är oskäligt långtgående. En annan grupp är de villkor där konsumentens och näringsidkarens

⁴⁶ Svensson (2020)

⁴⁷ COM (2019) 5325 final s. 33–35

⁴⁸ Jfr Ramberg och Ramberg (2019) s. 213–214.

⁴⁹ C-478/99 Kommissionen mot Sverige, EU:C:2002:66 punkterna 20 och 22

förpliktelser inte står i proportion till varandra. Den tredje gruppen utgörs av de villkor som lägger en oskälig börda på konsumenten genom dennes förpliktelser. Den sista gruppen menar Bernitz utgörs av avtalsvillkor där det råder en obalans på grund av näringsidkarens ensidiga rätt att påverka och besluta om uppsägning av avtalet eller övriga viktiga villkor.⁵⁰

Det är nödvändigt att implementera den vägledande listan, likväl som direktivets övriga delar, i nationell rätt. Emellertid har EU-domstolen framhållit att det inte är tvingande att listan införlivas direkt i den nationella lagstiftningen. De nödvändiga aspekterna av den vägledande listans tillämpning är att allmänheten ska kunna ta del av den samt att lagmotiven hänvisar till listan.⁵¹

Frågan blev aktuell för Sveriges del då Avtalsvillkorslagen inte innehåller den vägledande listan, utan tas upp i lagmotiven som en vägledning.⁵² Detta är något som Sverige fått kritik för i en fördragsbrotttalan, då kommissionen menar att listan behöver införlivas i lag och att det inte räcker att omnämna den i förarbetena.

EU-domstolen godtog emellertid förklaringen om förarbetenas starka ställning inom nordisk rätt och avvisade därför talan.⁵³

Även Bernitz instämde i kommissionens kritik och menar att det hade varit naturligt ur en klarhetsaspekt att bilagera den vägledande listan till lagtexten.⁵⁴

Ett nationellt rättsfall som exemplifierar tillämpningen av den vägledande listan är NJA 2012 s. 776. Fallet berör en automatisk förlängning av en konsuments

⁵⁰ Bernitz (2018) s. 179–180

⁵¹ C-478/99 Kommissionen mot Sverige, EU:C:2002:66

⁵² Prop. 1994/95:17 s. 49

⁵³ C-478/99 Kommissionen mot Sverige

⁵⁴ Bernitz (2003) s. 157

gymmedlemskap vilket utan förtydligande eller påminnelse förlängs med ett år per automatik. HD konstaterar i domen att villkoret om automatisk förlängning är oskälighet med hänvisning till punkt h i den vägledande listan.⁵⁵

3.4 Vad blir följderna av oskäliga avtalsvillkor?

EU-domstolen har utarbetat en omfattande praxis sedan tillkomsten av direktivet. Ett större antal rättsfall utvisar en allt tydligare gränsdragning i tillämpningen, då tydliga krav ställs på medlemsstaternas ställningstagande till bedömningen av oskäliga avtalsvillkor.⁵⁶

3.4.1 Ogiltighet

EU-domstolen har fastställt konsekvenserna av oskäliga avtalsvillkor återkommande i sin rättspraxis. Den principiella utgångspunkten är att ett oskäligt avtalsvillkor inte är bindande för konsumenten. Däremot ska avtalets övriga delar vara fortsatt giltiga om det är möjligt.⁵⁷

Exempel på rättsfall där EU-domstolen har fastställt praxis angående oskäliga avtalsvilkors ogiltighet är *Gutiérrez Naranjo*. Fallet handlar om hypotekslån vilket konsumenten tagit, innehållande ett villkor om räntegolv. Domstolen konstaterar i sin

⁵⁵ NJA 2012 s. 776

⁵⁶ Bernitz (2019)

⁵⁷ Se art. 6.1 i direktivet

dom att det oskäligen avtalsvillkorets ogiltigförklaring ska innebära att konsumenten ska försättas i samma situation som om villkoret inte funnits.⁵⁸

I det fall då avtalet inte kan bestå utan det ogiltiga avtalsvillkoret, har den nationella domstolen möjlighet att ogiltigförklara hela avtalet. Följderna av detta är att avtalet blir ogiltigt i sin helhet.⁵⁹

3.4.2 Ersättning av oskäligen avtalsvillkor

Att ogiltigförklara hela avtalet på grund av att ett eller flera avtalsvillkor är oskäligen kan medföra negativa konsekvenser för konsumenten. Exempelvis kan hela beloppet förfalla till betalning i ett kreditavtal om hela avtalet ogiltigförklaras på grund av ett oskäligt avtalsvillkor.⁶⁰ För att undvika detta kan domstolen ersätta det oskäligen avtalsvillkoret med dispositiv rätt.⁶¹

EU-domstolen framhåller bland annat i mål *C-26/13, Kásler* att domstolen i sådana fall kan tillämpa nationell rätt som en utfyllnadsregel, med syftet att skapa en ökad jämvikt mellan parternas styrkeförhållanden.⁶²

Ett exempel på en sådan utfyllnad kan vara att ett oskäligt räntevillkor ersätts med marknadsränta, istället för att ogiltigförklara hela avtalet.⁶³

⁵⁸ C-154/15, C-307/15 och C-308/15 Gutiérrez Naranjo, EU:C:2016:980 punkt 61

⁵⁹ C-397/11 Jörös, EU:C:2013:340 punkt 47.

⁶⁰ COM (2019) 5325 final s. 47

⁶¹ Bernitz 2019

⁶² C-26/13, Kásler, EU:C:2014:282

⁶³ Mål C-421/14, Banco Primus, EU:C:2017:60, se domslutet

Om ett avtalsvillkors oskälighet istället beror på dess otydlighet och avtalsinnehållet bedöms som oklart, ska det istället tolkas på det sätt som är mest gynnsamt för konsumenten.⁶⁴

3.4.3 Jämkning

Utgångspunkten för frågan om jämkning är artikel 6.1 i direktivet. Artikel 6.1 säger att oskäliga avtalsvillkor inte är bindande för konsumenten och att dessa ska ogiltigförklaras om avtalet kan bestå utan dem.

Även av EU-domstolens praxis framgår att jämkning av oskäliga avtalsvillkor inte är tillåtet. Bernitz ger exempel på ett axplock av rättsfall där EU-domstolen förtydligat förbudet mot jämkning,⁶⁵ varav han menar att de mest grundläggande rättsfallet är mål C-618/10, *Banco Español de Crédito*.⁶⁶

Fallet rörde ett konsumentkreditavtal där domstolen ställde sig frågande till möjligheten att jämka en oskäligt hög dröjsmålsränta. EU-domstolens svar i fallet var att artikel 6.1 i direktivet fastslår att nationella domstolar inte har behörighet att jämka oskäliga avtalsvillkor. Villkoret ska istället inte tillämpas utan ogiltigförklaras i sin helhet. I punkt 69 i domen anförde EU-domstolen;

För det fall en nationell domstol skulle ha möjlighet att ändra innehållet i oskäliga villkor i [konsument]avtal kunde detta ... äventyra förverkligandet av det långsiktiga syftet med artikel 7.... En sådan möjlighet skulle nämligen motverka den

⁶⁴ Se direktivet art. 5

⁶⁵ Bernitz 2019

⁶⁶ C-618/10, *Banco Español de Crédito* EU:C:2012:349

avskräckande effekt det har på näringsidkarna att sådana oskäliga villkor helt enkelt inte kan tillämpas gentemot konsumenterna, ... eftersom näringsidkarna skulle vara benägna att använda villkoren med vetskap om att även om de skulle ogiltigförklaras så skulle den nationella domstolen kunna utfylla avtalet i nödvändig utsträckning på ett sådant sätt att deras intressen tillvaratogs.

EU-domstolen lyfter här fram ett av de huvudsakliga syftena med att inte tillåta jämkning, nämligen att det avskräckande syftet skulle undermineras och att konsumentens intressen därmed inte skulle tillvaratas.

Rättsföljden ska enligt EU-domstolen istället bli att domstolen tillämpar en utfyllnad med dispositiv rätt.⁶⁷

Ytterligare ett rättsfall där EU-domstolen förtydligar vilket tillvägagångssätt som de nationella domstolarna ska tillämpa, är mål C-488/11, *Brusse*.⁶⁸ Fallet rör ett hyresavtal med standardvillkor gällande en bostadslägenhet.

Den holländska domstolen som inkommit med förfrågan till EU-domstolen ställde sig undrande till möjligheten att jämka ett oskäligt vite som regleras i avtalet. Även i detta fall förklarar EU-domstolen att om vitet är oskäligt, ska villkoret som reglerar detta ogiltigförklaras och därmed inte tillämpas. Jämkning får således inte ske och vitesklausulen ska undanröjas i sin helhet.⁶⁹

Även i det tidigare omnämnda fallet *Naranjo* konstaterar EU-domstolen att ett oskäligt avtalsvillkor inte ska jämkas, utan ses som att ”det aldrig har existerat” och därmed inte ha någon bindande verkan för konsumenten. Denna princip, så kallad

⁶⁷ C-618/10, Banco Español de Crédito

⁶⁸ C-488/ 11, *Brusse* EU:C:2013:341

⁶⁹ C-488/ 11, *Brusse* EU:C:2013:341 p. 60

ogiltighet ex tunc, för med sig att konsumenten försätts i samma situation som om villkoret inte hade funnits.⁷⁰

EU-domstolens praxis fastställer således det tydliga budskapet att oskäliga avtalsvillkor inte får jämkas till skälighet, utan ska antingen lämnas utan hänseende och därmed utelämnas helt ur avtalet. Detta för med sig att konsumenten försätts i samma situation som om villkoret aldrig hade förelegat.

Om avtalet inte får bäring utan att regleras i den aktuella punkten, får nationella domstolar ersätta eller fylla ut villkoret med dispositiv rätt.

Oavsett vilken tillämpning som krävs, är jämkning inte ett alternativ enligt direktivet. Syftet med att inte tillåta jämkning av oskäliga avtalsvillkor är att upprätthålla den avskräckande effekten och försäkra direktivets genomslagskraft.⁷¹

⁷⁰ C-154/15 m.fl., *Naranjo*, EU:C:2016:980

⁷¹ Bernitz (2019)

4 Oskälighet enligt svensk rätt

4.1 36§ AvtL

Den svenska avtalsrätten bygger på avtalsfrihet, det vill säga att var och en är fri att ingå avtal med vem den vill. Även löftet om att hålla dessa avtal, principen om *pacta sunt servanda* utgör en grundsten för detta.⁷² Detta innebär emellertid inte att avtalsbundenheten gäller till varje pris.

Som framgår av den svenska avtalslagens 28–33§§, finns ett antal ogiltighetsgrunder enligt vilka ett avtal kan angripas. Dessa är exempelvis ogiltighet på grund av tvång, ocker och svek.

Utöver dessa bestämmelser tillämpas den mest omfattande paragrafen för oskälighet – 36§ AvtL. Paragrafen utgör en generalklausul som inte enbart är gällande i konsumentförhållanden, utan tillämpas generellt då oskälighet i avtalsförhållanden uppstår.⁷³

Tillämpligheten av 36§ AvtL är något omdiskuterad. Dess funktion som generalklausul kan tolkas som vag i bemärkelsen att det är svårt att se syftet bakom den. En av rösterna för detta synsätt är André, som menar att det inte finns några strukturer till grund för 36§ och att ett överblickbart mönster saknas.⁷⁴

Bernitz motsätter sig detta förhållningssätt och menar att generalklausulens övergripande syfte är tydligt, nämligen att skydda den underlägsna parten i avtalsförhållandet, oavsett om denne agerar i egenskap av konsument, privatperson

⁷² Bernitz (2018) s. 162

⁷³ Ramberg & Ramberg (2019) s. 151

⁷⁴ André (1986) s. 546

eller näringsidkare.⁷⁵ Detta skyddsbehov för en svagare part i underlägsen ställning konstateras även i paragrafens andra stycke.

Lagen gör inget närmare konstaterande av vad som utmärker en sådan underlägsen ställning, utan lämnar bedömningen öppen för en intuitiv tolkning.⁷⁶ Riktlinjer enligt praxis har pekat på underlägsenhet i ekonomiskt eller kunskapsmässigt hänseende.⁷⁷

Klart är att generalklausulen möjliggör en bred tillämpning ur flera aspekter. Den redan nämnda partsställningen innebär att 36§ kan tillämpas inte enbart i konsumentavtal, utan likväl på avtal mellan näringsidkare och mellan privatpersoner. Även gällande avtalstyperna är paragrafen generös. Tredje stycket reglerar att inte enbart standardavtal omfattas utan övriga kommersiella avtal och rättshandlingar, såsom fullmakter och fakturor.⁷⁸

4.2 Kriterier för oskälighet

Då domstolen använder övriga paragrafer i avtalslagen, tillämpas rekvisiten i tur och ordning. Generalklausulen kräver på grund av sin generella karaktär snarare en helhetsbedömning av alla relevanta omständigheter. Aspekter som domstolen tar hänsyn till i bedömningen är avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt.⁷⁹

⁷⁵ Bernitz (2018) s. 171

⁷⁶ Ramberg och Ramberg s. 177

⁷⁷ NJA II 1976 s. 246

⁷⁸ Bernitz (2018) s. 168–169

⁷⁹ Ramberg och Ramberg (2019) s. 149

Bedömningen följer därför inte heller den struktur som tillämpas vid avtalslagens övriga innehåll utan styrs snarare av allmänna avtalsrättsliga principer. Dessa är bland annat principerna om vilja, tillit, lojalitet, ekvivalens, förutsebarhet och vigilans. Omständigheter som strider mot dessa principer kan således utgöra grund för oskälighet.⁸⁰

En av utgångspunkterna i skälighetsbedömningen är avtalets innehåll. Av lagmotiven framgår att det finns en del exempel på avtalsvillkor som i många fall är att betrakta som oskäliga. Exempel på detta är när den ena parten har en ensidig beslutanderätt i vissa frågor, till exempel prisindexklausuler vars villkor enbart regleras av den ena parten.

Ytterligare en viktig aspekt att lyfta i sammanhanget, vilket också framgår av lagmotiven, är att de exempel som tagits fram inte per automatik utgör oskälighet, utan påverkas av avtalsinnehållet i övrigt. Exempel på detta är om parten kompenseras för ofördelaktiga avtalsvillkor genom andra fördelar som väger upp till detta. Även styrkeförhållandet parterna emellan är klart relevant i sammanhanget.⁸¹

En viktig referenspunkt i tillämpningen av generalklausulen är omständigheterna i det enskilda fallet. Det är nämligen inte syftet med 36§ att den ska detaljstyra bedömningen eller utgöra en allmängiltig lista på oskäliga avtalsvillkor.⁸² Samma avtalsvillkor kan nämligen vara skäligt eller oskäligt, beroende på omständigheter,

⁸⁰ Ramberg och Ramberg (2019) s. 154

⁸¹ Prop. 1975/76:81 s. 118

⁸² Prop. 1975/76:81 s. 166

såsom styrkeförhållandet parterna emellan, i det enskilda fallet.⁸³

Ytterligare en nödvändig utgångspunkt i bedömningen är dispositiv rätt. Vid avsaknad av reglerade villkor i ett avtal, kan detta behöva fyllas ut med den dispositiva rätten, men även villkor som avviker markant från den dispositiva rätten kan tolkas som oskäliga. Emellertid kan en sådan slutsats inte dras per automatik, eftersom all avvikelse från dispositiv rätt inte är oskälig, utan ytterligare omständigheter som talar för detta krävs.⁸⁴

Man kan se på den dispositiva rätten snarare som en vägledning för vad som är en allmänt accepterad rättsuppfattning i samhället. Om det exempelvis råder obalans i styrkeförhållandet mellan parterna, kan denna vägledning spegla ett oskäligt förhållande.⁸⁵

Omständigheterna vid avtalets tillkomst är ytterligare en aspekt som spelar in i skälighetsbedömningen. I huvudsak är det principerna om omsorg och lojalitet som påverkar bedömningen i detta skede. Parterna förväntas agera lojalt, utan att tillämpa otillbörliga eller aggressiva metoder.

HD förklarar i enlighet med skyddsprincipen att hänsyn ska tas till om en part *”har fått avtal till stånd genom aggressivt uppträdande, överraskningstaktik eller annat missbruk av förhandlingsläget.”*⁸⁶

⁸³ Ramberg och Ramberg (2019) s. 149

⁸⁴ Bernitz (2018) s. 183

⁸⁵ Ramberg och Ramberg (2019) s. 211

⁸⁶ NJA II 1976 s. 267

Slutligen tar den svenska rätten även hänsyn till senare inträffade förhållanden i skälighetsbedömningen. Ur denna synpunkt ser domstolen till omständigheter som ändrats eller inträffat efter avtalets ingående, då balansen mellan parterna har rubbats.⁸⁷ Det kan exempelvis röra sig om ett pris som blivit dyrare än beräknat, avtal som inte har fått den effekt som förväntats eller att syftet med avtalet inte har kunnat förverkligas.⁸⁸

Omständigheter som uppstår efter avtalsslutet bedöms dock enligt Ramberg restriktivt, då det behöver vägas mot att varje part har ett eget ansvar för konsekvenserna av att ingå avtal i enlighet med vigilansprincipen.⁸⁹

4.3 Konsekvenser av oskälighet

Enligt den svenska avtalsrätten kan oskäliga avtalsvillkor få olika följder. Ett oskäligt avtalsvillkor kan lämnas utan avseende, vilket innebär att villkoret ogiltigförklaras.

Ett oskäligt villkor kan även jämkas till skälighet, då domstolen kan jämna ut ett obalanserat avtalsinnehåll så att avtalet i övrigt kan bestå.

Slutligen kan avtalet även ogiltigförklaras i sin helhet av domstolen.⁹⁰

⁸⁷ Wilhelmsson (1992) s. 148

⁸⁸ NJA II 1976 s. 268

⁸⁹ Ramberg och Ramberg (2019) s. 220

⁹⁰ Bernitz (2018) s. 174-175

4.3.1 Ogiltighet

Generalklausulen talar om att ett enskilt avtalsvillkor kan lämnas utan avseende.

Begreppets innebörd kan tolkas som något oklart⁹¹ men Bernitz menar att

konsekvensen av att avtalsvillkoret lämnas utan avseende är att det blir ogiltigt.

Avtalets innehåll kan även i sin helhet bedömas som oskäligt och därmed lämnas

utan avseende, det vill säga ogiltigförklaras, i sin helhet.⁹²

4.3.2 Jämkning

Jämkning enligt 36§ kan ses som en sorts partiell ogiltigförklaring, vilken syftar till att avtalet ska bestå, medan endast vissa obalanserade avtalsvillkor ska jämnas ut.

Detta kan förekomma när det är mer fördelaktigt för parterna att avtalet inte ska hävas, utan enbart justeras till ett mer skäligt innehåll.

Ramberg menar att strävan med jämkning är att den ska ske restriktivt, det vill säga att ingreppet ska vara så litet som möjligt. Föremål för jämkning kan exempelvis vara villkor som pris eller vite, vilket kan jämkas uppåt eller neråt.⁹³

4.4 Införlivandet av direktivet

Avtalsvillkorsdirektivet har införlivats i svensk rätt genom 36§ AvtL och genom

Avtalsvillkorslagen (AVLK).⁹⁴

⁹¹ Ramberg och Ramberg (2019) s. 157

⁹² Bernitz (2018) s. 174-175

⁹³ Ramberg och Ramberg (2019) s. 156-157

⁹⁴ Bernitz (2019) s. 679

Den svenska rätten ska täcka direktivets tillämpningsområde, men eftersom det är ett minimidirektiv är ett strängare konsumentskydd tillåtet.⁹⁵ Bernitz beskriver att principerna i 36§ AvtL är generella och kompletteras med direktivets detaljerade normer.⁹⁶

Kravet på god sed och betydande obalans som regleras i direktivet, återfinns i 11§ 3 st. i AVLK. Här stadgas att avtalets övriga innehåll ska bestå även om ett avtalsvillkor som strider mot god sed och utgörs av en betydande obalans, jämkas eller lämnas utan avseende.

Konsumentskyddet mot oklarhet återfinns i 10§ AVLK, där det framgår att ett otydligt avtalsvillkor ska tolkas till konsumentens förmån i enlighet med direktivet. Principen om transparens vilken framgår av artikel 5 i direktivet, och som talar för att avtalsvillkoren behöver vara klara och tydliga, presenteras i 10§ AVKL. Enligt paragrafen ska oklara avtalsvillkor tolkas till konsumentens förmån.

Det fastställs i 11§ AVLK att det finns två begränsningar i tillämpningen av 36§ AvtL när det gäller standardavtal, det vill säga avtal som inte varit föremål för individuell förhandling. Dessa två begränsningar enligt 11§ andra och tredje stycket AVLK är omständigheter som inträffat efter avtalets tillkomst och rättsföljderna av att ett avtalsvillkor är oskäligt.

⁹⁵ Prop. 1994/95:17 s. 103

⁹⁶ Bernitz (2018) s. 177–178

4.4.1 Omständigheter som uppkommit efter avtalets tillkomst

En av begränsningarna i tillämpningen av 36§ AvtL framgår av 11§ andra stycket AVLK och innebär att omständigheter som inträffat efter avtalets tillkomst inte får betraktas till konsumentens nackdel. Emellertid säger paragrafen att omständigheter som inträffat efter avtalets tillkomst får betraktas till konsumentens fördel.

Eftersom artikel 4.1 i direktivet inte tar senare omständigheter som inträffar efter att avtalet ingåtts i beaktande, lyfts detta villkor fram i svensk rätt som ett högre rättsskydd för konsumenten än vad direktivet föreskriver.

4.4.2 Följderna av oskälighet

11§ tredje stycket AVLK behandlar rättsföljderna av att ett avtalsvillkor bedöms som oskäligt. Det framgår av paragrafen att rättsföljderna, jämkning eller att lämnas utan avseende, enligt huvudregel innebär att avtalet i övrigt ska bestå. Detta är i sin tur tillämpligt om tre kriterier är uppfyllda.

De två första känner vi igen ifrån direktivet, nämligen att villkoret ska strida mot god sed och att villkoret ska vara till betydande nackdel för konsumenten. Det tredje kriteriet är adderat av den svenska rätten och innebär att avtalet i övrigt ska bestå, bortsett från det oskäliga avtalsvillkoret, om konsumenten uttryckligen begär detta och om avtalet kan bestå i sig självt utan övriga ändringar.

Något som däremot diskuterats alltmer i takt med att EU-domstolens praxis har utvecklats är rättsföljderna enligt den svenska rätten.

Möjligheten till jämkning enligt 36§ AvtL utgör en källa till debatt, initierad av främst Bernitz, som menar att det inte är hållbart att svensk rättspraxis inte tar EU-domstolens praxis i beaktande. Genom att tillämpa möjligheten till jämkning av oskäligen avtalsvillkor, lever den svenska rätten inte upp till skyldigheten att tillämpa den nationella rätten direktivkonformt.

EU-domstolens förtydligande praxis har därmed inte fått det genomslag i den svenska rätten som det sig bör.⁹⁷

Även Svensson delar ståndpunkten att den svenska rättens tillämpning av jämkning som rättsföljd, tyder på en missvisande tolkning av direktivet. En direktivkonform tolkning skulle kräva att ett avtalsvillkor lämnas utan avseende och utrymme för jämkning finns således inte.⁹⁸

Det omdiskuterade rättsfallet NJA 2017 s. 113 exemplifierar tillämpningen av rättsföljderna av oskäligen avtalsvillkor i HD.

Fallet behandlar möjligheterna till skadestånd för en otillräckligt utförd fastighetsbesiktning i ett konsumentförhållande. Det aktuella avtalsvillkoret som bedömdes begränsade skadeståndet till ett visst belopp, vilket konsumenten menade var oskäligt.

Av den bedömning som HD resonerar kring i domskälen, framkommer att omständigheterna inte talar för oskälighet i tillräckligt hög grad för att avtalsvillkoret ska jämkas enligt 36§ AvtL, trots att avtalet är ett standardavtal mellan näringsidkare och konsument.

⁹⁷ Bernitz (2018) s. 182

⁹⁸ Svensson (2020) s. 29

HD underlåter i domskälen inte enbart att tillämpa en direktivkonform bedömning, utan fastställer även i sitt uttalande att jämkning hade kunnat vara en möjlig rättsföljd.⁹⁹

Med anledning av domen har rättsläget diskuterats i doktrin.

Svensson poängterar vikten av att HD borde ha tillämpat en direktivkonform tolkning i fallet och därmed fastställt principer om hur den svenska rättstillämpningen ska se ut i dessa fall.¹⁰⁰

Bernitz delar denna ståndpunkt och menar att HD i och med sin dom visar att de inte har förstått syftet med den rätta tillämpningen av direktivet.¹⁰¹

Munukka framhåller för den framtida rättstillämpningen att HD inte bör diskutera jämkning som en möjlig rättsföljd överhuvudtaget, eftersom detta inte är förenligt med vad direktivet säger.¹⁰²

4.5 Den vägledande listan

Då direktivet implementerades i svensk rätt gjordes bedömningen att det inte var nödvändigt att bilagera ”den grå listan” till lagtexten. Listan blev enbart omdiskuterad i förarbetena, där det konstaterades att de listade villkorstyperna redan var allmänt behandlade som oskäligen enligt den svenska rätten, likväl inom som utanför det konsumenträttsliga området.¹⁰³

Bernitz menar att det hade varit mer fördelaktigt att ta in den grå listan som en bilaga till lagtexten, eftersom det hade blivit både tydligare och mer informativt att ha en

⁹⁹ NJA 2017 s. 113

¹⁰⁰ Svensson (2020) s. 294

¹⁰¹ Bernitz (2019) s. 696

¹⁰² Munukka (2018) s. 405

¹⁰³ Prop. 1994/95:17 s. 49, 95

lista att tillgå. Risken med att listan inte tagits med som en bilaga, menar Bernitz, är att den kan förbises i den praktiska rättstillämpningen.¹⁰⁴

Sverige har fått kritik av EU-kommissionen i form av en fördragsbrottstalan hos EU-domstolen för underlåtenheten att implementera bilagan i lagtexten. Emellertid gjorde EU-domstolen bedömningen att Sverige har gjort ett godkänt införlivande av listan. Dels för att den i praktiken behöver följas direktivkonformt oavsett, dels för att förarbetenas ställning i svensk rätt är så pass betydande att de presumtioner om oskälighet som konstateras i motiven indirekt utgör ett implementerande av listan.¹⁰⁵

Även Bernitz menar att de exempel på oskäliga avtalsvillkor som listan innehåller ska presumeras vara oskäliga, så länge det inte finns försvarbara skäl till att de används.¹⁰⁶

Ett svenskt rättsfall som lyfter frågan om avtalsvillkoren i den grå listan handlar om automatisk förnyelse av ett årskort på ett gym. HD konstaterar i fallet att avtalsvillkoret om automatisk förnyelse är oskäligt i enlighet med punkt h i den grå listan. Motiveringar för detta är avtalets långa löptid och avsaknad av påminnelse om förnyelsen för konsumentens del och resulterar i att avtalsvillkoret, det vill säga förnyelsen, lämnas utan avseende.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Bernitz (2019)

¹⁰⁵ C-478/99 Kommissionen mot Sverige, EU:C:2002:66

¹⁰⁶ Bernitz (2018) s. 178

¹⁰⁷ NJA 2012 s. 776

5 Diskussion

För att analysera den samlade teorin vill jag återgå till mina frågeställningar och sammanfattningsvis diskutera dessa med uppsatsens syfte som utgångspunkt.

Vad är gällande rätt avseende jämkning av oskäligen avtalsvillkor enligt 36§ AvtL och AVLK respektive Avtalsvillkorsdirektivet?

De skillnader i rättstillämpningen som träder fram i doktrin och i den juridiska debatten är framför allt rättsföljden jämkning.

Möjligheten till jämkning enligt 36§ som föreligger enligt svensk avtalsrätt är tillämplig på individuellt förhandlade avtal samt avtal mellan näringsidkare, då dessa inte omfattas av direktivet. Det innebär att jämkning som rättsföljd i de avtalsförhållanden som föregåtts av förhandling mellan parterna är tillåten inom ramen för den svenska rätten och står inte i strid med direktivets bestämmelser. Emellertid innehåller även 11§ 3 st AVLK samma möjlighet till jämkning, trots att denna paragraf reglerar sådana avtalsförhållanden som faller inom direktivets tillämpningsområde.

Även praxis från HD styrker uppfattningen om att jämkning är en möjlig rättsföljd av oskäligen avtalsvillkor, vilket exemplifierats i NJA 2017 s 113. I domen för domstolen ett resonemang som inte enbart strider mot direktivets tillämpning genom att inte tillämpa det konsumentskydd som föreskrivs, utan uttryckligen skapar utrymme för att jämka oskäligen avtalsvillkor i standardavtal.

En sådan rättstillämpning står i strid med den rättspraxis som EU-domstolen producerat under de gångna årtiondena. Kritiken mot dessa skillnader i rättstillämpningen, som redogjorts för i avsnitt 4.3.2 är därför högst befogad ur flera

synpunkter.

Den mest grundläggande anledningen är det förpliktigande som varje medlemsstat, däribland även Sverige, har åtagit sig. Nämligen att följa EU-rättens krav på implementering av EU-rätten och därigenom verka för att den svenska rätten ska bidra till de gemensamma mål och syften som är utsatta. En förutsättning för EU-rättens genomslag är att varje medlemsstat agerar i enlighet med denna överenskommelse.

Som det framgår av metodavsnittet är den EU-rättsliga metoden ändamålsenlig, vilket innebär att gällande rätt ska tolkas så att syftet med den förverkligas. En relevant fundering är således vad syftet med frågan om jämkning är.

EU-domstolen har framfört tydliga resonemang i den praxis som behandlat frågan om jämkning och även budskapet är tydligt. Det är framförallt den avskräckande effekten som är nödvändig för att direktivet ska få det genomslag vilket det syftar till. Det är strävan efter att avskräcka näringsidkare på den europeiska marknaden från att tillämpa oskäliga avtalsvillkor som talar starkt emot jämkning som en rättsföljd, då denna effekt riskerar att utebli om rättsföljden enbart blir en justering av avtalet. För att uppnå det effektiva konsumentskydd som direktivet strävar efter, är det nödvändigt med en tydlig rättstillämpning även i Sverige.

Det går att konstatera att Sverige har ett relativt högt skydd för svagare parter i avtalsförhållanden och på flera punkter ger den svenska rätten ett högre skydd än vad minimidirektivet kräver. Att tillämpa en direktivkonform tolkning av bestämmelserna kring jämkning är därför en nödvändighet för att fortsatt upprätthålla denna grad av skydd.

Överensstämmer tillämpningen av 36§ AvtL och AVLK med avtalsvillkorsdirektivet?

Sett till rättstillämpningen enligt de båda rättsordningarna, fanns det stora likheter i direktivets innehåll och hur generalklausulen tillämpades i Sverige redan innan implementeringen av direktivet.

De kriterier som direktivet ställt upp för fastställandet av oskälighet, finns även implementerade i svensk rätt, vilket framgår av AVLK. Kraven på ett agerande i strid med god sed och en betydande obalans mellan parterna är ställda inom båda rättsordningarna.

Avseende skyddet för den svagare parten kan man konstatera att Sverige har ställt upp ett högre skydd än vad direktivet kräver, då den svenska rätten inte tillämpar lagstiftningen på enbart konsumentförhållanden, utan kan tillerkänna obalans i partsställningen även i andra konstellationer.

Även det faktum att svensk rätt tar senare inträffade omständigheter i beaktande visar att Sverige har ett högre rättsskydd på området än vad direktivet föreskriver.

Under kommande avsnitt diskuteras olika aspekter av implementeringen av direktivet.

Oklarhetsregeln

Som redovisats i uppsatsens avsnitt 3.2.1, reglerar direktivet kravet på tydlighet och begriplighet i två led. Dels krävs en tydlig och transparent formulering, vilket inte bara är ett krav på grammatisk korrekthet utan ett konkret möjliggörande av

konsumentens verkliga förståelse för avtalsvilkorets konsekvenser.

Dels tillämpas en tolkning som är den mest gynnsamma för konsumenten, om ett avtalsvillkor skulle visa sig vara otydligt formulerat.

I AVLK återfinns inte en till fullo överensstämmande formulering. 10§ återger förvisso att ett oklart formulerat villkor ska tolkas till konsumentens förmån. Frågan är om detta är en direktivkonformt införlivande av bestämmelsen?

Bernitz menar att det råder stora skillnader i formuleringarna, och framhäver att de nationella domstolarna är skyldiga att göra en direktivkonform tolkning, även om kravet på tydlighet och transparens inte framgår av ordalydelsen i 10§ AVLK.¹⁰⁸

Beträffande kraven på tydlighet och transparens enligt artikel 5 i direktivet, anser jag att våra avtalsrättsliga principer (se avsnitt 4.2) om tillit, lojalitet, ekvivalens och förutsebarhet i hög grad reglerar detta krav, även om implementeringen av bestämmelsen inte har skett i enlighet med direktivets ordalydelse.

Synen på överraskande och betungande avtalsvillkor som oskäligen är väl befäst i den svenska avtalsrätten¹⁰⁹, inte enbart när parten i målet är konsument utan i alla fall där partsställningen inte är balanserad. Praxis utvisar att de nationella domstolarna tolkar oklara avtalsvillkor på det sätt som är mest gynnsamt för konsumenten.

Som tidigare nämnts är skyddet av den svagare parten i avtalsförhållanden relativt starkt i den svenska avtalsrätten, varför jag anser att ett sådant tydlighetskrav redan finns.

Emellertid anser jag att formuleringen av 10§ AVLK inte är optimal, då den inte uttrycker samma långtgående synsätt av tolkningen som direktivet avser. En tolkning som är till förmån för konsumenten stämmer inte nödvändigtvis överens med den

¹⁰⁸ Bernitz (2019) Oklarhetsregeln och oskäligen avtalsvillkor Svjt/2019/682

¹⁰⁹ Se NJA 1989 s. 346

tolkning som är den mest gynnsamma. Direktivets syfte med formuleringen riskerar därför att inte få den genomslagskraft som var avsedd. Ur tydlighetssynpunkt hade en formulering enligt ordalydelsen varit till fördel.

Vidare instämmer jag i att det står klart att artikel 5 i direktivet, som fastställer att avtalsvillkoret behöver formuleras klart och tydligt, inte har implementerats i AVTL. Även om de svenska domstolarna är skyldiga att beakta kravet på tydlighet, hade den svenska implementeringen kunnat vinna på att formulera detta krav i AVTL. Detta för att konkretisera och tydligt fastställa att de nationella domstolarna är skyldiga att ha denna aspekt i beaktande inom ramen för lojalitetsplikten.

Krävs det en anpassning av 36§ AvtL och AVLK för att uppnå en harmonisering med avtalsvillkorsdirektivet?

De svenska domstolarna har ända sedan tillkomsten av 36§ AvtL haft utrymme för att ogiltigförklara oskäligen avtalsvillkor. Det som kanske allra tydligast förstärker denna möjlighet är det faktum att generalklausulen inte enbart innefattar standardavtal utan även individuellt framförhandlade avtal.

Detta är viktigt att poängtera, eftersom det starka skydd som den svenska avtalslagen har för svagare parter tyder på en medvetenhet som kanske rentav föregår direktivets. Det har konstaterats att den svenska avtalsrätten redan innan implementeringen av direktivet har haft en god grund att stå på gällande skyddet av den svagare parten i allmänhet och gällande konsumentskyddet i synnerhet. 36§ AvtL ger således ett omfattande skydd och ett brett tolkningsutrymme som inte är att förringa.

Trots att generalklausulen täckte direktivets tillämpningsområde till stora delar vid

implementeringen, gjordes vissa justeringar. Exempel på detta är 11 § AVLK som fastställer att senare inträffade förhållanden inte får tolkas till konsumentens nackdel (se avsnitt 4.4.1).

Lagen formulerar dessa tilläggsbestämmelser som begränsningar, men frågan är om de verkligen bör tolkas som sådana. Det faktum att den svenska avtalsrätten utökar konsumentskyddet som direktivet omfattar, och skapar ytterligare möjlighet för domstolarna att skydda den svagare parten, bör snarare ses som en utökning än en begränsning.

Personligen tolkar jag implementeringen av direktivet som en balansgång mellan att skapa en nationell lagstiftning som på ett konkret och tydligt sätt återspeglar direktivets innehåll, samtidigt som den svenska rätten ska återspegla syftet med direktivet ur ändamålssynpunkt.

De nationella domstolarna får inte misstolka direktivet, exempelvis avseende jämkning som rättsföljd, och därmed riskera att motverka det gemensamma syftet.

Samtidigt bör man inte glömma att medlemsstaterna inte är detaljstyrda i implementeringen av EU-rätten, utan är fria att införliva den så att ändamålet uppfylls.

Jag anser därför att det vore fel att förringa skyddsprincipen som råder i svensk avtalsrätt utan att se till helheten som det svenska konsumentskyddet faktiskt innefattar. Kanske är det inte nödvändigtvis en bokstavstolkning som skapar det bästa skyddet mot oskäliga avtalsvillkor för den svagare parten, utan en generalklausul som präglas av allmänna avtalsrättsliga principer, vilka tolkas i ljuset av EU-rätten.

Det har diskuterats huruvida direktivet verkligen bör begränsas till standardavtal och inte innefatta avtal som föregåtts av individuell förhandling.¹¹⁰

Som bekant finns inte en sådan åtskillnad i 36§ AvtL.

Svensson poängterar att även om det kan framstå som naturligt att i första hand kontrollera ensidigt upprättade avtal, även kan finnas ett syfte med att innefatta individuellt framförhandlade avtal.¹¹¹

Han menar att det dels kan vara svårt att dra en skarp linje mellan vilka villkor som faktiskt har förhandlats mellan parterna och vilka villkor som utgör så kallade standardvillkor, då den svagare parten kan vara i behov av ett likvärdigt skydd i båda situationerna.

Dels lyfter han det faktum att individuella förhandlingar inte alltid sker på ett rättvist och balanserat sätt, utan att erfarna försäljare i många fall tillämpar aggressiva metoder för att få till ett avtalsslut, vilket en svagare part inte alltid har insikt i.¹¹²

Detta är en viktig aspekt att belysa, framförallt om man vill göra en ändamålsenlig tolkning av direktivet. Genom att utesluta individuellt framförhandlade avtalsvillkor ur direktivets omfattning riskerar syftet med direktivet att förfelas, nämligen att många avtalssituationer uppstår där den svagare parten inte får ett effektivt rättsskydd, enbart på grund av att avtalet föregåtts av en förhandling.

Detta är enligt mig en nödvändig synpunkt att ha i beaktande inför en kommande revidering av direktivet där den svenska avtalsrätten kan vara ett föredöme för formuleringen av en skyddsprincip mot den svagare avtalsparten i samtliga avtalsförhållanden.

¹¹⁰ Jansen s. 967

¹¹¹ Svensson (2020) s. 34

¹¹² Ibid s 35

Källförteckning

TRYCKTA KÄLLOR

SVERIGE

Propositioner

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

Prop. 1994/95:17 Oskäligen avtalsvillkor m.m. Införlivande med svensk rätt av EG:s direktiv om oskäligen avtalsvillkor i konsumentförhållanden.

EUROPEISKA UNIONEN

Europeiska kommissionen

Commission notice, Guidance on the interpretation and application of

Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair contract terms in consumer contracts, COM (2019) 5325 final.

LITTERATUR

André, Mathias (1986), 'Strukturer i 36 § avtalslagen', i: *Svensk*

Juristtidning s. 526–548.

Bernitz, Ulf (2003), 'Till frågan om lagförarbetens position: en oförbindande direktivbilaga angående oskäliga avtalsvillkor kunde införlivas genom förarbetsuttalanden', i: *Europarättslig tidskrift* s. 155–159.

Bernitz, Ulf (2018), *Standardavtalsrätt*, 9 uppl. Norstedts Juridik.

Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders (2018), *Europarättens grunder*, 6 uppl. Norstedts Juridik.

Bernitz, Ulf (2019), 'Oklarhetsregeln och oskäliga avtalsvillkor: ny rättsutveckling för konsumentavtal', i: *Svensk Juristtidning* s. 679–699.

Hettne och Otken (2011), *EU-rättslig metod, teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Nordstedts Juridik.

Heuman, Lars (2006/2007) 'Officialprövning eller åberopsskyldighet vid tillämpning av preklusionsregler?' i *Juridisk Tidskrift* s. 57–70.

Jansen N, (2018) 'Unfair Contract Terms' i *Jansen N and Zimmermann R* (eds), *Commentaries on European Contract Laws* (Oxford University Press 2018) (n 6) s. 967.

Melin, Mats och Lindskog, Stefan (2017), 'Domstolarnas oberoende behöver stärkas', i: *Svensk Juristtidning* s. 345–356.

Micklitz, Hans-W. och Reich, Norbert (2014), 'The Court and Sleeping Beauty: the Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)', i: *Common Market Law Review* s. 771–808.

Munukka, Jori (2017/18), '36 § avtalslagen som universalverktyg mot friskrivningar och ansvarsbegränsningar', i *Juridisk Tidskrift* s. 393–414.

Nyström, Birgitta (2017), *EU och arbetsrätten*, Nordstedts Juridik.

Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (2018), *Juridisk metodlära*, 2 uppl. Studentlitteratur.

Ramberg, Jan och Ramberg, Christina (2019), *Allmän avtalsrätt*, 11 uppl. Norstedts Juridik.

Reich, Norbert m.fl. (2014), *European Consumer Law*, 2 uppl. Intersentia.

Svensson, Ola (2020) The Unfair Contract Terms Directive: Meaning and further development, i *Nordic Journal of European Law* Issue 2020(2).

Wilhelmsson, Thomas (1992), *Critical Studies in Private Law: A Treatise on Need-Rational Principles in Modern Law*. Springer.

Rättsfallsförteckning

SVERIGE

NJA II 1976 s. 246

NJA II 1976 s. 267

NJA II 1976 s. 268

NJA 2012 s. 776

NJA 2017 s. 113

EUROPEISKA UNIONEN

6-64 *Costa mot Enel* EU:C:1964:66

C-478/99 *Kommissionen mot Sverige*, EU:C:2002:66.

C-472/10 *Invitel*, EU:C:2012:242.

C-618/10 *Banco Español de Crédito*, EU:C:2012:349.

C-397/11 *Jörös*, EU:C:2013:340.

C-488/11 *Asbeek Brusse*, EU:C:2013:341.

C-226/12 *Constructora Principado*, EU:C:2014:10.

C-26/13 *Kásler*, EU:C:2014:282.

C-421/14 *Banco Primus*, EU:C:2017:60.

C-154/15, C-307/15 och C-308/15 *Gutiérrez Naranjo*, EU:C:2016:980.

C-186/16 *Andriiciuc*, EU:C:2017:703.