



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Pontus Fridén

Obotligt oskäligen avtalsvillkor

En studie om principiella ställningstaganden i rättspraxis beträffande särskilda avtalsklausultyper i ljuset av 36 § avtalslagen

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Jaakko Salminen

Termin: VT 2022

Innehållsförteckning

| | |
|--|-----------|
| Summary | 1 |
| Förkortningar | 4 |
| 1 Inledning | 5 |
| 1.1 Bakgrund | 5 |
| 1.2 Syfte och frågeställning..... | 6 |
| 1.3 Avgränsning..... | 6 |
| 1.4 Metod..... | 6 |
| 1.5 Material och forskningsläge | 7 |
| 1.6 Disposition..... | 8 |
| 2 36 § avtalslagen | 9 |
| 2.1 Allmänt om 36 § avtalslagen | 9 |
| 2.2 Avtalets innehåll..... | 11 |
| 2.3 Oskälighetsbedömningen..... | 11 |
| 3 Det civilrättsliga rättsläget vad gäller obotligt oskäliga avtalsvillkor enligt 36 § avtalslagen..... | 14 |
| 3.1 Principiella ställningstaganden..... | 14 |
| 3.2 Klausultyper | 15 |
| 3.2.1 Priset..... | 16 |
| 3.2.2 Ensam bestämmanderätt..... | 16 |
| 3.2.3 Automatisk förlängning | 19 |
| 3.2.4 Skiljeklausuler..... | 19 |
| 3.2.5 Villkor i strid mot lag eller god sed | 20 |
| 3.3. Klausulinriktad rättspraxis eller inte?..... | 21 |
| 3.4 Reflektioner | 25 |
| 4 Rättsfallstudie av NJA 2017 s. 113 | 27 |
| 4.1 Rättsläget före NJA 2017 s. 113 | 27 |
| 4.2 Bakgrunden till NJA 2017 s. 113..... | 27 |
| 4.3 Högsta domstolens bedömning | 28 |
| 4.4 Rättsläget efter NJA 2017 s. 113 | 29 |
| 5 Avslutande kommentarer | 31 |
| Käll- och litteraturförteckning | 33 |

Summary

In connection with the preparation of section 36 of the Swedish Contracts Act, different views were expressed as to how the courts' decisions should best be formulated in order to promote guidance and hence predictability in an otherwise indefinite general clause. Principally designed with the possibility of stamping contract terms as unreasonable in itself, it was argued in the law motives. Based on every case with its unique set of circumstances the some referral bodies, including the Law Council argued.

The thesis intends to investigate which approach is accurate according to the prevailing legal situation and then how contract terms that entail a significant disruption in the parties' mutual obligations and rights, should be assessed - in each individual case, or if they can be declared unreasonable on a general level. Based on the legal dogmatic method, recognized sources of law have been studied and involved in the reconstruction process of the legal system.

The essay showcases a reluctance in case law to label certain contract terms as incurably unreasonable. Yet, there is no complete lack of principled positions in general. Case law has over the years added important decisions to the legal matter in principle. Not least, it was clarified in NJA 2017 s. 113 that contract terms stipulating limitation of liability that transforms the consumer's principled right to sanction into a formality without practical value is unreasonable in itself.

Overall, however, case law has been accused of attaching too much importance to situational circumstances. And the above-mentioned statement in The Supreme Court is also the only case where The Supreme Court points out a condition to be unreasonable in itself. In normal cases, the circumstances of the individual case are governing. The law motives' far-reaching ambitions for a clause-oriented case law based on principled positions have thus, so far not been fully implemented.

In addition, problems with a purely binary application of principle-oriented rule are illustrated. The use of the sentences “unreasonable in itself” and

“generally unreasonable” in case law and the preparatory work is not entirely accurate in Swedish civil law.

Sammanfattning

I samband med framarbetandet av 36 § avtalslagen uttrycktes olika uppfattningar gällande hur domstolarnas avgöranden bäst bör utformas för att främja vägledning och förutsägbarhet i en annars obestämd generalklausul. Principiellt med möjlighet att stämpla villkor som oskäliga i sig framfördes i lagmotiven. Kausistiskt, baserat på omständigheterna i det enskilda fallet, menade flertalet remissinstanser, inklusive Lagrådet.

Uppsatsen ämnar utreda vilket synsätt som är förhärskande enligt rådande rättsläge och därpå hur avtalsvillkor som innebär en väsentlig rubbning i parternas sinsemellan skyldigheter och rättigheter, ska bedömas – i varje enskilt fall, eller förklaras oskäliga på ett generellt plan. Utredningen tar avstamp i den rättsdogmatiska metoden. Erkända rättskällor har studerats och involverats i rekonstrueringsprocessen.

Uppsatsen visar på obenägenhet i rättspraxis att stämpla vissa villkor som obotligt oskäliga. Men helt saknas inte principiella ställningstaganden i övrigt. Rättspraxis har under årens lopp tillfört rättsläget viktiga klargöranden. Inte minst klargjordes i NJA 2017 s. 113 att ansvarsbegränsning som omvandlar konsumentens principiella rätt till påföljd till en formalitet utan praktiskt värde är oskäligt i sig. Sammantaget har rättspraxis likväl anklagats för att tillmäta situationsunika omständigheter alltför stor vikt. Och ovan nämnda uttalande i HD är också det enda fallet där HD påtalar ett villkor vara oskäligt i sig. I normala fall är omständigheterna i det enskilda fallet styrande. Lagmotivens långtgående ambitioner om en klausulinriktad praxis baserad på principiella ställningstaganden har såtillvida ej till fullo fått genomslag.

Vidare åskådliggörs problem med renodlat binär tillämpning av en principorienterad regel. Användningen av formuleringarna ”oskäligt i sig”, ”oskäligt i och för sig”, ”generellt oskäligt” i rättspraxis och förarbetena visar sig därtill inte helt lyckat.

Förkortningar

| | |
|-------|--------------------------------|
| HD | Högsta domstolen |
| MD | Marknadsdomstolen |
| JT | Juridisk Tidskrift |
| Prop. | Proposition |
| SOU | Statens offentliga utredningar |
| SvJT | Svensk Juristtidning |
| NJA | Nytt Juridiskt Arkiv |

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Det civilrättsliga landskapet präglas av avtalsfrihet och principen pacta sunt servanda (avtal ska hållas). Principerna gäller inte undantagslöst. 36 § lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (hädanefter avtalslagen) utgör ett viktigt undantag till dessa principer.

Bestämmelsen är regelbundet aktuell, senast i ett pinfärskt avgörande som tillkommit under arbetets gång med uppsatsen, och inrymmer många teoretiska aspekter.¹ Inte minst utmanas de grundläggande principerna varpå avtalsrätten vilar. Kurt Grönfors uttalande ”En god affär ska fortfarande vara en god affär men inte en oskäligt god affär” är på samma gång allmänt upplysande men i specifika avseenden intetsägande, precis som 36 § avtalslagen kan påstås vara.²

Avtalsrätten anses på vissa håll utvecklas från formellt till materiellt betonad.³ Enligt traditionell avtalsrätt som den tar sig uttryck i avtalslagen är avtalsinnehållet, utom vad beträffar ockerstadgandet, inte av intresse. Dessa regler bygger istället på en formell syn på avtalet att det avgörande för avtalets giltighet är att avtalspart fått uttrycka sin vilja utan exempelvis påtryckningar.

Bakgrunden till uppsatsen är avsaknaden av tydlighet i hur avtalsvillkor som på ett fundamentalt sätt rubbar avtalsparternas inbördes rättigheter och skyldigheter, den objektiva ekvivalensen, oberoende andra omständigheter än det materiella innehållet villkoret har i sig, ska hanteras inom ramen för 36 § avtalslagen. Av intresse är också sådana villkor i den mån de påstås innebära en slags obotlig oskälighet; omöjlig att kompenseras ”botas” till icke-oskälighet. För klarhetens skull ska förtydligas att beteckningen obotligt oskäligt avtalsvillkor är författarens egna förslag på en samlingsterm synonymt med i rättspraxis, doktrin och förarbetena förekommande uttryck

¹ Högsta domstolen dom 2022-05-11 i mål T 3131-21.

² Se K. Grönfors & R. Dotevall (2010) s. 279.

³ Se R. Dotevall (2002) s. 441.

som villkor ”oskäligen i sig”, ”oskäligen i och för sig” och ”generellt oskäligt”. Förslaget indikerar bättre än nämnda uttryck att villkoret inte kan ”botas” genom den samlade helhetsbedömning som görs vid en tillämpning av 36 § avtalslagen.

1.2 Syfte och frågeställning

Uppsatsens övergripande syfte är att undersöka det civilrättsliga rättsläget vad gäller obotligt oskäligen avtalsvillkor och villkor oskäligen i sig vid tillämpning av 36 § avtalslagen. Till syftet knyts följande delfrågeställningar vilka besvaras under uppsatsens gång.

1. Ger rådande rättsläge stöd för en klausulinriktad bedömning och rättspraxis?
2. Är rådande rättsläge som det tar sig uttryck i rättspraxis förenligt med regelns ändamål?

1.3 Avgränsning

Avhandlingen avgränsas till 36 § avtalslagen, dess syfte och tillämpning i fråga om avtalsvillkor som oskäligen i sig. Innanför ramen faller Rådets direktiv 93/13/EEG om oskäligen villkor i konsumentavtal (hädanefter avtalsvillkorsdirektivet), lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare (hädanefter AVLN) och lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållande (hädanefter AVLK). Utanför intressesfären faller rättsföljden av 36 § avtalslagen, bestämmelsens formella aspekter och förhållandet till dold kontroll. Vidare fokuserar uppsatsen inte på något bestämt partsförhållande. I de avseenden partsförhållandet är viktigt understryks det löpande. Annat jämförelsematerial än avtalets innehåll kommer enbart beröras mer perifert.

1.4 Metod

Valet av juridisk metod för denna uppsats föll naturligt på den rättsdogmatiska. Den rättsdogmatiska metoden har gällande rätt för ögonen. Den förutsätter att gällande rätt kan beskrivas med hjälp av erkända rättskällor

– lagstiftning, rättspraxis, lagförarbete och i viss mån doktrin.⁴ Tillvägagångssättet präglas av fullständighet, transparens, förklaringsmodeller och kritiskt förhållningssätt.⁵

Metoden faller sig naturligt för uppsatsens ändamål eftersom den är ägnad att åstadkomma ett svar på hur en rättsregel ska uppfattas i en konkret kontext i spegelbilden av innehållet i gällande rätt. Vägen till lösningen erbjuds genom en rekonstruktion av rättssystemet. Hur principiella ställningstaganden beträffande särskilda avtalsvillkor inom ramen för 36 § avtalslagen ska förstås, vilken vikt sådana ska tillmätas och vilket utrymme gällande rätt medger detsamma, tillgängliggörs genom klarläggande av rättsläget, dvs. med en beskrivning av gällande rätt. Frågeställningen är ett tolkningsproblem och den rättsdogmatiska metoden en tolkningslära.⁶

En fördel med metoden är att normsystemet blir överblickbart. Det större perspektivet möjliggör att eventuella brister blottläggs genom logisk argumentation. Till rättsdogmatiken hör därvid att – när det är befogat – kritisera rättsläget.⁷

1.5 Material och forskningsläge

Upphovet till uppsatsens frågeställningar kan härledas till förarbetena, varför uttalandena däri tillsammans med lagtextens utformning utgör materialets utgångspunkt. Hur rättspraxis faktiskt utvecklats i förhållande därtill blir intressant för hur rättsläget ska uppfattas idag.

Mycket har skrivits om 36 § avtalslagen. Men en grundligare analys av uppsatsens frågeställningar saknas. Auktoriteter på rättsområdet såsom professorerna Bert Lehrberg, Jori Munukka, Ulf Bernitz och Rolf Dotevall har givits relativt stort utrymme. Tolkningen av rättsläget är nämligen centralt för att uppnå syftet med uppsatsen.

⁴ Se C. Dahlman m.fl. (2019) s. 68 ff.

⁵ Se J. Kleineman (2013) s. 25.

⁶ Ibid. s. 29.

⁷ Ibid. s. 35.

1.6 Disposition

Uppsatsen inleds med en översiktlig introduktion till 36 § avtalslagen och dess allmänna kontext. Följande underavsnitt dyker djupare i regelns konstruktion. Därefter följer en analys av rättsläget beträffande hur fundamentalt snedfördelade avtalsvillkor bedöms i rättspraxis och huruvida bedömningen är klausulinriktad eller inte. Presentationen kompletteras med en rättsfallsanalys som knyter an till föregående utredning. Marknadsrättsliga aspekter förekommer men har inte givits ett eget kapitel, utan behandlas löpande i de avsnitt det är relevant. Avslutningsvis avrundas uppsatsen med författarens avslutande kommentarer.

2 36 § avtalslagen

2.1 Allmänt om 36 § avtalslagen

36 § avtalslagen stadgar:

”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 skall gälla med oförändrat innehåll, får avtalet jämkas även i annat hänseende eller i sin helhet lämnas utan avseende.

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

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.”⁸

Avtalsrättens s.k stora generalklausul, 36 § avtalslagen, infördes 1976.⁹ Det primära syftet med tillkomsten av 36 § var att stärka konsumentskyddet.¹⁰ Vilket återspeglas i lagrummets andra stycke – särskild hänsyn tas till behovet av skydd för underlägsen avtalspart. Konsumentförhållanden är dock inte de enda partsförhållanden som kan underkastas en prövning. Huvudsakligen kan följande tre partskonstellationer utmejslas.

1. Jämbördiga parter i affärsförhållanden.
2. Ojämbördiga parter i affärsförhållanden, där ena näringsidkare intar en underlägsen ställning gentemot den andre.

⁸ Paragrafen citeras i sin lydelse enligt 36 § avtalslagen per tredje maj 2022.

⁹ Prop. 1975/76:81. 36 § avtalslagen fanns sedan tidigare, lagstiftningen förändrande dess innehåll.

¹⁰ Se prop. 1975/76:81 s. 25 ff., Munukka, avtalslag (1915:218) 36 §, avsnitt 3.1 Allmänt, Lexino 2020-08-28 (JUNO).

3. Ojämbördiga avtalsförhållanden mellan näringsidkare och konsument (konsumentförhållanden).¹¹

Ju högre upp på listan desto försiktigare ska rättstillämparen vara med att tillämpa generalklausulen. Och ju lägre desto större möjligheter erbjuds att ingripa.¹² Vad gäller standardavtal i konsumentförhållanden tillämpas 36 § avtalslagen parallellt med AVLK som implementerar det EU-rättsliga avtalsvillkorsdirektivet.¹³

Nyhetsvärdet i 36 § avtalslagen bestod i möjligheten att jämka oskäligen avtal och andra rättshandlingar, vilka som helst på förmögenhetsrättens område, och det på grund av *oskälighet*. Dessförinnan fanns generalklausuler utspridda i olika lagar med varierande rekvisit och tillämpningsräckvidd, varav den främsta föregångaren, 8 § skuldebrevslagen (1936:81), numera upphävd, ansågs vara en allmän obligationsrättslig princip och kunna tillämpas analogt på förmögenhetsrättens område.¹⁴ Jämförelsematerialet, dvs. i förhållande till vad villkoret ska anses oskäligt eller icke-oskäligt, skiljer sig åt. Bedömningen enligt 8 § skuldebrevslagen inriktades enbart på avtalets rent materiella innehåll, vilket utredningen såg som en stelhet i systemet.¹⁵ 36 § avtalslagen är emellertid också i första hand inriktad på avtalsvillkorens innehåll till gagn för stadga och förutsebarhet i rättstillämpningen.¹⁶

Bestämmelsens lydelse visar på två nödvändiga kriterier för dess tillämpning. Det första är oskälighetskravet. För det andra ska oskäligheten påvisas i ett avtalsvillkor.¹⁷ Tillämpningen ska ske mot bakgrund av en helhetsbedömning.¹⁸

¹¹ U. Bernitz (2018) s. 171 f.

¹² Se prop. 1975/76:81 s. 117, jfr NJA 1992 s. 782.

¹³ Se prop. 1994/95:17 och 36 § fjärde stycket.

¹⁴ Se prop. 1975/76:81 s. 11.

¹⁵ Se SOU 1974:83 s. 113.

¹⁶ Se A. Adlercreutz & B. Mulder (2021) s. 124.

¹⁷ Se J. Munukka, avtalslag (1915:218) 36 §, avsnitt 2.1 Jämknings vid oskälighet, Lexino 2020-08-28 (JUNO).

¹⁸ Se J. Ramberg & C. Ramberg (2016) s. 190, NJA 2017 s. 113 p. 30.

2.2 Avtalets innehåll

Ett avtalsvillkor kan vara oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll.¹⁹ Avtalsinnehållet utgör oskälighetsbedömningens första och främsta jämförelseobjekt.²⁰ Vid närmare eftertanke uppdagas här ett cirkelresonemang. Är avtalets villkor oskäligt så är avtalets innehåll oskäligt, och tvärtom. Vad sentensen egentligen innebär och om upphovsmännen varit medvetna om cirkelresonemanget är oklart. Antagligen hänger det samman med att lagstiftaren åsyftat markera särskilt innehållets centrala betydelse.²¹ Dessutom signaleras att utpekade villkor ska vägas mot avtalets samtliga villkor, då avtalets innehåll omfattar samtliga villkor.

Lagmotiven behandlar och exemplifierar visst avtalsinnehåll som riskerar göra avtalsvillkor oskäligt. Nämnvärt är ensam beslutanderätt, standardavtal utarbetade av överlägsen part, villkor i strid med lag och god sed, skiljeklausuler, missförhållande mellan parternas förmåner, stränga vitesklausuler.²² Några av dessa återkommer uppsatsen till under avsnitt 3.

2.3 Oskälighetsbedömningen

Det avgörande rekviritet i 36 § avtalslagen, begreppet oskälighet, är svårfångat. I ett försök att utröna innebörden ska några terminologiska och begreppsmässiga anmärkningar inledningsvis göras.

Det mest skäliga motsvarar inte motsatsen till oskälighet. För det andra kan konstateras att oskälighetströskeln på grund av de starka underliggande principerna avtalsfrihet och *pacta sunt servanda*, generellt är högt ställd.²³ För det tredje är oskälighet ett dynamiskt, relaterande begrepp. Det utgår från betraktelseobjektet – avtalsvillkoret – och relaterar alltid till något, *konkret* eller *abstrakt* jämförelsematerial.

¹⁹ 36 § första stycket, första meningen avtalslagen.

²⁰ Se prop. 1975/76:81 s. 118.

²¹ Se J. Kihlman (2021) s. 221.

²² Se prop. 1975/76:81 s. 118 f.

²³ Se J. Munukka, avtalslag (1915:218) 36 §, avsnitt 3.3.6 Oskälighetströskeln, Lexino 2020-08-28 (JUNO).

Konkret bedömning utgår från alla avtalsrelaterade omständigheter som de i lagtexten uppräknade förhållandena. Däribland omständigheter som på ett mer implicit sätt anknyter till avtalsvillkoret, inte minst rekvisitet ”omständigheterna i övrigt” som tillåter exempelvis partspraxis och sammankopplade avtal att flyta in i bedömningen. Dess yttersta gräns stipuleras av vilka omständigheter part har åberopat som grund för sin talan enligt 17 kap. 3 § rättegångsbalk (1942:740).

Till *abstrakt* bedömning hör att jämföra avtalsregleringen med dispositiv och tvingande rätt. Den abstrakta bedömningen är till sin natur också en materiell bedömning eftersom avtalsreglering jämförs med lagreglering och genomförs oberoende av formella faktorer. Det är den abstrakta bedömningens resultat man i första hand talar om när man talar om oskäligt villkor i och för sig.²⁴

Oskälighetsbedömningen är i en mening klausulinriktad. Oskäligheten måste kunna påvisas i en utpekad klausul. I brist på oskäligt avtalsvillkor saknas nämligen förutsättningar att alls tillämpa 36 § avtalslagen. Domstolen får inte pröva avtalets allmänna skälighet, däremot enligt dansk rätt som saknar ett avtalsvillkorsrekvisit.²⁵ Detta måste hållas isär från att domstolen ska pröva ett påstått oskäligt avtalsvillkor mot hela avtalet i en helhetsbedömning.

Först när villkoret jämförts i förhållande till relevant material nås slutet av tankeprocessen, dvs. ställningstagandet till huruvida villkoret är oskäligt eller inte. Den bedömningen är en ren rättsfråga.²⁶

Oskälighetsrekvisitet har kritiserats i doktrinen. Lehrberg finner oskälighetsrekvisitet intetsägande i avsaknad av både ett konkret syfte och fasta hållpunkter bakom regeln. Han synes tycka att regeln helt lämnas åt domarens skönsmässiga bedömning. Och att det primärt är anledningen till

²⁴ Se K. Grönfors & R. Dotevall, avtalslagen (11 sept. 2018, Juno), kommentaren till 36 § under rubriken 8. Allmänt om oskälighetsrekvisitet.

²⁵ Se danska aftalelovens 36 § ”En aftale kan ændres eller tilsidesættes helt eller delvis, hvis det vil være urimeligt [...]”.

²⁶ Se J. Kihlman (2021) s. 231.

att domstolarna uppmanas göra principiella ställningstaganden.²⁷ André är inne på samma spår och poängterar att man inte som utredningen förefaller ha gjort, bör använda ett i kontraktsrätten obeprövat begrepp oreflekterat utan att först ha definierat begreppets innebörd.²⁸

Det utpräglade konsumentskyddssyfte bakom regelns införande och förarbetets exemplifierande riktlinjer bör emellertid någorlunda vägleda domstolarna.²⁹ Att rekvisitet är oprecist avgränsat behöver inte heller vara negativt. Huruvida bestämmelsens utformning är lyckad eller misslyckad beror i grund och botten på vad lagstiftaren vill åstadkomma med regeln och vilka värden som prioriteras i en intressekonflikt. Tänkbart är att ett avgörande rekvisit i en generalklausul som till sin natur ska fånga mycket olikartade fall, bäst tillförs sin innebörd successivt i rättstillämpningen. Givet de i detta avsnitt inledande anmärkningarna beträffande rekvisitet som utarbetats i doktrin och praxis efter bestämmelsens införande, torde rekvisitet i vart fall inte längre anses helt sakna substans.

²⁷ Se B. Lehrberg (2020) s. 252 f.

²⁸ Se M. André (1986) SvJT s. 529.

²⁹ Se prop. 1975/76:81 s 118 ff.

3 Det civilrättsliga rättsläget vad gäller obotligt oskäligen avtalsvillkor enligt 36 § avtalslagen

3.1 Principiella ställningstaganden

Lagmotiven uppmanade domstolarna att vid tillämpningen av 36 § avtalslagen så långt möjligt utforma sin avgöranden med principiell prägel, och inte bara stanna vid en kausistisk bedömning utefter det konkreta fallet. Typbildning och vägledande riktlinjer efterfrågades. Förhoppningen var att det skulle leda till bättre stadga och förutsebarhet. Generalklausulen skulle ge verktygen att förutom i enskilda fallet jämka eller lämna villkor utan avseende, närmast i likhet med marknadsdomstolen på ett generellt plan också förklara vissa villkor som rättsligt oacceptabla i sig, och utveckla en s.k klausulinriktad praxis.³⁰

Det kan märkas en oro i lagmotiven att domstolarna skulle vara alltför återhållsamma i sin rättsbildande praxis. Parallellt erkändes att det många gånger är svårt att åstadkomma en generell bedömning, varom föredraganden gjorde följande belysande uttalande.

”Många typer av avtalsvillkor är sådana att bedömningen av deras skälighet utfaller olika, beroende på omständigheterna i det särskilda fallet”.³¹

Svårigheterna kan inte överdrivas. 36 § avtalslagen i sig tillåter ett mycket brett spektrum argument påverka bedömningen.

Lagmotivens ambitioner gick inte obemärkt förbi remissinstanserna. Lagrådet berörde vad benämns ”en nyhet”, att prövningen tillåts vidgas utanför in casu bedömningen och låta utmynna i att villkoret bedöms oskäligt i och för sig. I ganska korta ordalag ställde Lagrådet sig negativ till mer principiellt präglade avgöranden och föredrog kausistiskt inriktad bedömning, dvs. avgörandet syftar till en bedömning i varje enskilt fall. Det bör ankomma på lagstiftaren att införa särbestämmelser för att få bukt med önskade klausuler, dels ur effektivitetshänseende, dels ur principiell

³⁰ Se prop. 1975/76:81 s. 39, 111, 173.

³¹ Ibid. s. 111.

synpunkt, framhöll Lagrådet.³² Föredragande statsråd höll dock fast vid utredningens och propositionens hållning att rättstillämpningen anmodas till principiella ställningstaganden, annars riskerar förutsebarheten bli lidande.³³ Bernitz understryker att det är just synen på förutsebarhet som är den grundläggande skiljelinjen mellan de två lägren.³⁴

Nu har mer än 40 år förflutit. Fick någon ”rätt”? Finns ens något ”rätt”? Var är rättsläget idag? Sökandet efter svaren påbörjas i en undersökning av några beaktansvärda klausultyper. Listan över villkor är långt ifrån uttömmande. Endast ett urval för uppsatsens frågeställning intressanta villkor ska belysas.

3.2 Klausultyper

I förarbetena till 36 § avtalslagen analyseras ett antal avtalsvillkor utifrån den föreslagna utformningen av regeln.³⁵ Några av dessa kommer behandlas nedan under var sin underrubrik. Först ska några allmänna nedslag göras.

Munukka och Kihlman påpekar att oskälighetens upphov vanligtvis står att finna i något villkor, och om inte annat kan prisvillkoret hävdas vara oskäligt.³⁶ Villkoren ska dock inte ses isolerade. De ingår i en sammanhängande helhet.³⁷ Priset kan vara lågt satt eftersom garantin löper på kortare tid än vanligt. Tillämpningen av 36 § avtalslagen sker som bekant genom en helhetsbedömning.³⁸

Munukka och Kihlman förefaller mena att prisvillkoret kan användas i förespegling av oskälighet. Hävdas priset vara oskäligt, vilket som kommer framgå av avsnittet nedan sällan är befogat, har part eventuellt inträdesbiljetten till oskälighetsprövningen klar. Men det blir då i realiteten fråga om en mer allmän oskälighetsprövning av avtalet i paritet med dansk

³² Ibid. s. 165, jfr U. Bernitz (2018) s. 170.

³³ Se prop. 1975/76:81 s. 173.

³⁴ Se U. Bernitz (2018) s. 170.

³⁵ Se prop. 1975/76:81 s. 41 ff., s. 118 ff.

³⁶ Se Munukka, avtalslag (1915:218) 36 §, avsnitt 3.2.1 Villkor, Lexino 2020-08-28 (JUNO), J. Kihlman (2021) s. 220.

³⁷ Se prop. 1975/76:81 s. 40.

³⁸ Se avsnitt 2.1.

rätt, något som mot bakgrund av förarbetet och lagtextens betoning på avtalsvillkor, inte kan ha varit meningen.

3.2.1 Priset³⁹

Priset är generellt jämkningsbart med stöd av 36 § avtalslagen. Däremot är 36 § inte ämnad att reglera den allmänna prisnivån i samhället.⁴⁰ Alla avtalssituationer där köparen har betalat något över normalpris eller säljaren har sålt till underpris kvalificeras inte. Tvärtom lär i regel krävas en mycket kraftig avvikelse från marknadsmässigt pris, helst i långvarigt avtal till följd av oförutsedd utveckling såsom onormal inflation.⁴¹ Och enligt avtalsvillkorsdirektivets art. 4.2 är priset i konsumentavtal överhuvudtaget inte jämkningsbart såvitt klart och begripligt formulerat.⁴²

Över- eller underprissättning lär av sagda skäl, få betydelse främst som en av flera beståndsdelar i en sammanvävd helhetsvärdering. Inte som en självständig jämkningsgrund. Därför finns knappast utrymme att betrakta vissa prisvillkor som oskäligen i och för sig, även om exceptionella undantag inte kan uteslutas.

3.2.2 Ensam bestämmanderätt

Klausultypen ensam bestämmanderätt lägger ensidig rätt i ena avtalspartens hand att avgöra en hängande fråga, som t.ex. rätt att ändra avtalsvillkor, vem som ska vara bunden vid avtalet och hur länge eller avgöra om en såld produkt är felaktig.⁴³ Enligt förarbetena bör denna klausultyp kunna underkännas, särskilt om klausulen ingår i standardavtal i konsumentförhållande. Dock inte som oskäligen i sig utan att ha övervägt hur avtalet är utformat i övrigt.⁴⁴

³⁹ Med priset avses här vederlaget för en prestation, inte avtalsvillkor som påverkar priset exv. indexklausuler eller villkor om rätt att höja eller sänka priset.

⁴⁰ Se U. Bernitz (2018) s. 200, prop. 1975/76:81 s. 137.

⁴¹ Se C. Von Post (1999) s. 248, jfr RH 86:98, RH 86:112.

⁴² Direktivet har genomförts i lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden till vilken 36 § avtalslagen i fjärde stycket hänvisar.

⁴³ Se U. Bernitz (2018) s. 189.

⁴⁴ Se prop. 1975/76:81 s. 118, SOU 1974:83 s. 18, s. 150.

Klausultypen torde i princip alltid betecknas som oskälig när den placerar bestämmanderätten i viktiga hänseenden hos ena parten.⁴⁵

Rättspraxis tyder, i likhet med förarbetena och doktrin, på en generell negativ inställning till starkare parts ensamma bestämmanderätt gentemot underlägsen part. Bland annat synes det starkt ha påverkat utgången i NJA 1979 s. 666 och NJA 2009 s. 408.⁴⁶ I samma riktning talar hovrättsfallet RH 2006:67 som rörde ett konsumentavtal, där näringsidkaren förbehöll sig rätten att ändra i abonnemangsvillkoren. Hovrätten fällde följande intressanta uttalande.

”Hovrätten *saknar anledning* att i denna civilrättsliga tvist mellan Telia och M.R ta ställning till om villkoret [...] är oskäligt i sig. Hovrätten har att pröva om avtalsvillkoret är oskäligt så som det tillämpats av Telia i förhållande till M.R”.⁴⁷

Hovrätten distanserade sig från vad som annars skulle uppfattas som ett principiellt ställningstagande i fråga om villkoret som oskäligt i sig, en abstrakt materiell bedömning, dvs. en bedömning av villkorets innehåll jämfört med tvingande eller dispositiv rätt alternativt gott affärsskick. Istället inriktades bedömningen på en helhetsvärdering som utmynnade i att villkoret befanns oskäligt.

Vilken *anledning* som hade föranlett Hovrätten att göra ett principiellt ställningstagande vet bara rättens ledamöter själva. Förarbetena ger inga konkreta riktlinjer för när det är lämpligt. Inte heller rättspraxis ger svar. Hovrättens uttalanden legitimerar ändå på sätt och vis förarbetets allmänna hållning. Markeringen – avsaknaden av anledning i just den tvisten att ta ställning till om villkoret är oskäligt i sig, öppnar för att lyfta domskälen till en mer generell nivå i andra fall, vilka andra fall är emellertid oklart.

⁴⁵ Se A. Adlercreutz & B. Mulder (2021) s. 126.

⁴⁶ Angående NJA 2009 s. 408 se U. Bernitz (2018) s. 189. I NJA 1979 s. 666 tillade näringsidkaren sig en valfrihet i domstolsförfarande, denne kunde välja antingen allmän domstol eller skiljeförfarande. Bestämmanderätten torde ha varit väsentlig för målets utgång och kunna förklaras oskälig i och för sig. Om detta se J. Hellner, Högsta domstolen och avtalsrätten 1920-1989, s. 224.

⁴⁷ RH 2006:67 (min kursivering).

Klausultypen har också prövats i marknadsrättsliga sammanhang. Marknadsdomstolens (MD) samtliga ledamöter i MD 1985:16 fann ifrågasatt villkor i fallet ”principiellt felaktigt”. De skiljaktiga ledamöterna tillade reservationen att särskilda omständigheter medför en annan bedömning. Majoriteten berörde likaledes ett antal omständigheter som möjligen, om de varit uppfyllda, hade rättfärdigat villkoret. De närmare domskälen om omständigheterna i det enskilda fallet, kopplade till utlåtandet, antyder att MD anser villkoret *typiskt sett* oskäligt i sig och inte förbehållslöst oskäligt i sig. Vilken effekt detta och andra liknande mål från MD har på civilrättsliga mål i tillämpningen av 36 § avtalslagen är svårt att sia om, annat än att de allmänna domstolarna inte är bundna av MD:s praxis, men bör tillmäta den stor betydelse.⁴⁸ Högsta domstolen lyfte exempelvis fram MD:s rättspraxis och tillmätte den betydelse i NJA 2012 s. 776.⁴⁹

Efter avtalsvillkorsdirektivets tillkomst som implementeras dels i avtalsvillkorslagen, dels genom direktivkonform tolkning av 36 § avtalslagen i enlighet med direktivets generalklausul art. 3.1, ingår klausultypen i den s.k grå listan.⁵⁰ Villkor upptagna där, som förekommer i konsumentavtal ingångna utan individuell förhandling, presumeras oskäliga. Trots att listan formellt bara är vägledande förefaller HD tillmäta den avsevärd betydelse.⁵¹

Med hänsyn till nämnd rättspraxis samt betydelsen HD givit avtalsvillkorsdirektivet, finns kanske nu, mer än tidigare, *anledning*, att i åtminstone konsumentavtal utan föregående individuell förhandling om avtalsvillkoren, hålla villkoret ensidig bestämmanderätt i väsentliga avtalsavseenden såsom att ändra villkoren eller förbehålla sig rätten att bestämma om bevisningen motparten tillhandahåller räcker, för oskäligt i och för sig.

⁴⁸ Se prop. 1975/76:81 s. 26 f.

⁴⁹ Se NJA 2012 s. 776 p. 15 jfr p. 11.

⁵⁰ Se dels U. Bernitz (2018) s. 175, dels prop. 1994/95:17 s. 102 ff., 11 § lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, avtalsvillkorsdirektivet om oskäliga villkor i konsumentavtal, bilagan till art. 3.3. j), k) och m).

⁵¹ Se NJA 2017 s. 113 p. 45-47.

3.2.3 Automatisk förlängning

Villkor om automatisk förlängning av avtal kan under vissa omständigheter anses oskäligen. Sådana villkor anses däremot inte generellt oskäligen, ens i standardavtal i konsumentförhållande. Det lär krävas tillkommande försvårande faktorer som ligger näringsidkaren till last.⁵²

Villkor med automatisk förlängning som placerar sista dagen för konsumenten att invända mot förlängningen oskäligen tidigt, upptas i den s.k. grå listan, och presumeras vara oskäligen. Av betydelse blir att konsumenten informeras i rimlig tid om utgående abonnemang. I NJA 2012 s. 776, som gällde automatisk förlängning av gymabonnemang, informerades inte konsumenten på adekvat sätt, varför villkoret ansågs oskäligen.

Huruvida sista dagen för invändning placeras alltför tidigt och på vilket sätt informationen delges är avhängigt vad som framkommer i målet. I rådande rättsläge saknas därför stöd att stämpla dessa villkor som oskäligen i och för sig.

3.2.4 Skiljeklausuler

Åtskilligen skiljeklausuler har fallit under Högsta domstolens lupp sedan generalklausulens tillkomst.⁵³ HD har bedömt många vara oskäligen i avtal mellan näringsidkare och konsument.⁵⁴ Men tillåtit desamma i fall där konsumentens processuella kostnadsansvar begränsades respektive där den gentemot motparten underlägsne näringsidkaren fritt fått utse en skiljeman.⁵⁵

Betänkligheterna som kan invändas bottnar i de stora kostnaderna och processuella svårigheter förknippade med skiljeförfarandet. Det kan finnas goda anledningar att välja skiljeförfarandet framför allmän domstol i kommersiella affärsrelationer, exv. på grund av anonymiteten och

⁵² Se NJA 2012 s. 776 p. 6 och p. 8.

⁵³ Se C. Von Post (1999) s. 238 ff.; exv. NJA 1979 s. 666, 1981 s. 711, 510, 1984 s. 229, 1986 s. 388, 1987 s. 639, 1992 s. 143, och 1992 s. 290.

⁵⁴ Se exv. NJA 1981 s. 711, NJA 1982 s. 800.

⁵⁵ Se NJA 1983 s. 510 respektive NJA 1992 s. 143.

effektiviteten förfarandet erbjuder. I ojämberdiga relationer däremot, får underlägsen part allmänt svårt att hävda sitt rättsliga anspråk.

Numera råder emellertid förbud mot skiljeavtal i konsumentförhållanden när de ingåtts på förhand före tvist.⁵⁶ Således hörsammades Lagrådets yttrande i lagrådsremissen:

”[...] om lagstiftaren t.ex. vill åstadkomma en mera generell begränsning av skiljeförfarandets användning bör utvägen med speciella lagregler tillgripas.”⁵⁷

Det saknas alltså anledning att pröva oskäligheten i sig i konsumentavtal, förutom när de ingåtts sedan tvist uppstått. I jämbördiga situationer lär fördelarna ofta uppväga nackdelarna; de tillåts ibland och betraktas oskäligen ibland, men är knappast oskäligen i sig.⁵⁸

3.2.5 Villkor i strid mot lag eller god sed

Villkor i strid mot lag eller god sed (contra bonos mores) pekats tydligt ut av förarbetena som typexemplet på obotligt oskäligen villkor.⁵⁹ De är också generellt oskäligen enligt avtalsvillkorlagen.⁶⁰ Även kringgåendeförsök av tvingande rätt lär beaktas.⁶¹

Denna kategori av villkor synes tillhöra de mest klandervärda, var störst anledning finns att ingripa. Av dessa skäl finns anledning att anta, villkor i strid mot lag eller god sed vara oskäligen oavsett vilka omständigheter som föreligger i övrigt.⁶²

⁵⁶ Se 6 § lag (1999:116) om skiljeförfarande.

⁵⁷ Se prop. 1975/76:81 s. 166.

⁵⁸ Se NJA 1992 s. 290, särskilt yttrandet ”Huvudprincipen vid tillämpning av 36 § avtalslagen på skiljeklausuler får anses vara att sådana som regel står sig i avtal mellan näringsidkare, åtminstone om de är att anse som jämställda.”

⁵⁹ Se prop. 1975/76:81 s. 111, SOU 1974:83 s. 116.

⁶⁰ Se C. Ramberg & J. Ramberg (2016) s. 194.

⁶¹ Se SOU 1974:83 s. 18.

⁶² Se R. Dotevall & K. Grönfors, Avtalslagen (11 sept. 2018, Juno), kommentaren till 36 § under rubriken 19. Abstrakt bedömning: avvikelse från tvingande eller dispositiva rättsregler.

3.3. Klausulinriktad rättspraxis eller inte?

Fastslås villkor vara obotligt oskäligt eller oskäligt i sig, är det typexemplet på en abstrakt materiell bedömning, varför hänsyn varken tas till hur tillämpningen av villkoret faller ut in casu eller andra konkreta omkringliggande omständigheter som annars påverkar oskälighetsbedömningen.⁶³ Marknadsdomstolen företar sådana abstrakt materiella typbedömningar inom ramen för avtalsvillkorlagen.⁶⁴ Civilrättsligt gäller en fundamentalt annorlunda ordning.⁶⁵ Principiella ställningstaganden i en civilrättslig prövning kan inte komma till uttryck annat än genom domskälen som grundas på de unika omständigheterna i varje enskilt fall. Bedömningen är därigenom helhetsbaserad och individuellt avpassad efter omständigheterna.⁶⁶ Endast i sällsynta fall räcker en abstrakt bedömning avseende villkoret i sig.⁶⁷ Gång efter annan har HD närmat sig dithän genom formuleringarna ”villkoret är inte oskäligt i sig” och ”villkoret är inte generellt oskäligt”.⁶⁸ Bara en gång kan det motsatta noteras.⁶⁹

Föregångaren till 36 § avtalslagen, 8 § skuldebrevslagen, tog endast fasta på tillämpningen av villkoret i det enskilda fallet.⁷⁰ Det avsåg förarbetena att ändra på. 36 § skulle utformas som en tvåstegsbedömning så att den dels tillåter domstolarna, i samstämmighet med tysk rätt, stämpla villkor som oskäliga i och för sig, dels låter tillämpningen av villkoret i enskilda fallet avgöra. Skillnaden som då skulle föreligga mellan den svenska

⁶³ Jfr Ibid. under rubriken 8. Allmänt om oskälighetsrekvisitet.

⁶⁴ Se SOU 1974:83 s. 70, Prop 1971:15, s. 63. Den typen av bedömning är till skillnad från civilrättslig prövning framåtsyftande till skydd för ett kollektiv.

⁶⁵ Se prop. 1975/76:81 s. 21.

⁶⁶ Se J. Kihlman (2020) s. 220.

⁶⁷ Se R. Dotevall & K. Grönfors, Avtalslagen (11 sept. 2018, Juno), kommentaren till 36 § under rubriken 8. Allmänt om oskälighetsrekvisitet.

⁶⁸ NJA 1982 s. 613, NJA 1994 s. 130, NJA 2012 s. 776, Högsta domstolen dom 2022-05-11 i mål T 3131-21.

⁶⁹ Se avsnitt 4.3 och 4.4. Vad avser genomgången rättsfallsmaterial, se rättsfallsförteckningen.

⁷⁰ Se SOU 1974:83 s. 116.

generalklausulen och den danska som inte på samma sätt öppnar för första steget ansågs betydelsefull. Samtidigt förutsattes de allmänna domstolarna utföra mer nyanserade bedömningar än marknadsdomstolen.⁷¹

En del tyder på att verkligheten blev en annan än den ambition förarbetena framlade. Bernitz pekar på avsaknaden av klausulinriktad prövning i praxis, och menar närmast att klausulinriktningen är en fiktion. Han ifrågasätter om inte rättsläget därav blivit alltför statiskt och kausistiskt inriktat, inte rättsutvecklande genom principiella ställningstaganden som var avsikten.⁷² Emot detta ställs intresset av att undvika oönskad rättspraxispositivism som hindrar skälighetsstandarden från fullt genomslag.⁷³ Dock verkar delade meningar råda kring vad en klausulinriktad prövning är. En uppfattning är att redan lagtexten ger upphov till det på grund av avtalsvillkorsrekvisitet.⁷⁴ Och det är ju sant, att lydelsen i 36 § avtalslagen enligt en bokstavsenslig tolkning kräver åtminstone ett oskäligt avtalsvillkor. Saknas ett specifikt oskäligt villkor och är avtalet allmänt ändå oskäligt, bör istället förutsättningsläran tillgripas.⁷⁵

Bernitz talar om principiella ställningstaganden i rättspraxis, Adlercreutz och Mulder om utgångspunkten för prövningen. Oaktat skillnaden, existerar ett samband mellan de båda. Utredningens idé bakom utformningen med avtalsvillkorsrekvisitet som gör bedömningen med nödvändighet klausulinriktad, i betydelsen utgångspunkten för prövningen är att ett oskäligt villkor måste påvisas, var att främja en utveckling av klausulinriktad praxis och tillåta domstolarna att i första hand pröva villkoren i sig, i andra hand

⁷¹ SOU 1974:83 s. 16, 116, 118, 131, prop. 1975/76:81 s. 110 f. Angående dansk rätt se avsnitt 2.3.

⁷² Se U. Bernitz (2018) s. 206. Även C. Von Post poängterar avsaknaden av principiella ställningstaganden i C. Von Post (1999) s. 136.

⁷³ Dotevall & Grönfors, Avtalslagen (11 sept. 2018, Juno), kommentaren till 36 § under rubriken 8. Allmänt om oskälighetsrekvisitet.

⁷⁴ Se A. Adlercreutz & B. Mulder (2021) s. 124.

⁷⁵ Ang. tolkningen av 36 § utformning se NJA 1989 s. 614. Och ang. sambandet mellan förutsättningsläran och 36 § se Von post (1999) s. 286 ff.

pröva samtliga omständigheter i det enskilda fallet.⁷⁶ *Möjligheterna* till en sådan rättsutveckling vore antagligen snävare om, likt dansk rätt, avtalets allmänna skälighet prövades.

Kausistiska bedömningar är på samma gång oundvikligen nödvändiga i civilrättsliga tvister. Lagmotivens syfte måste emellertid ha varit att genom fall där omständigheterna inte är alldeles särpräglade, lyfta bedömningen till en generell nivå, så att vissa villkor med visst innehåll betraktas oskäliga per se. Det anförda vinner b.l.a. stöd i att förarbetet haft tysk rätt och deras klausulinriktade innehållskontroll för ögonen samt att föredraganden ansåg det möjligt att stämpla villkor som oskäliga i sig endast i sällsynta fall.⁷⁷

Lehrberg anser att strängt taget kan villkor t.om. anses oskäliga oaktat vad avtalet i övrigt än föreskriver.⁷⁸ Med det synsättet spelar det ingen roll hur förmånliga övriga villkor är gentemot den part som pekar ut ett villkor som oskäligt. Vissa villkor innebär då en sorts *obotlig oskälighet*; omöjlig att kompenseras (botas) till rimlig jämvikt. Måhända förekommer sådana villkor, exempelvis ansvarsbegränsningar som gör konsumentens principiella rätt till påföljd till en formalitet utan praktiskt värde eller villkor i strid mot lag eller god sed. Av ytterst vikt är dock alltjämt att oskälighetsbedömningen är en helhetsbedömning.⁷⁹ Domstolarna kan inte bortse från avtalets helhet blott för att ett villkor är exceptionellt graverande. Och att ett avtalsvillkor är oskäligt isolerat sett, dvs. ”i sig”, räcker då normalt inte. Dessutom kan ett avtalsvillkor svårligen anses ”oskäligt i sig” på förhand, eftersom själva prövningen enligt 36 § efter en helhetsbedömning landar i om villkoret är oskäligt eller inte. Man föregriper då resultatet. För att detta ska vara korrekt måste antingen det isolerade avtalsvillkoret ”i sig” anses oskäligt enligt en annan oskälighetsnorm än den 36 § ger uttryck för och därför inte avtalsrättsligt oskäligt, eller det finnas villkor som är så oskäliga att de under

⁷⁶ SOU 1974:83 s. 16.

⁷⁷ Se U. Bernitz (2018) s. 170, prop. 1975/76:81 s. 118.

⁷⁸ Se B. Lehrberg (2020) s. 255, jfr HD:s indirekta stöd för tolkningen i NJA 2017 s. 113 p. 28.

⁷⁹ NJA 1981 s. 711, NJA 1984 s. 280, NJA 1997 s. 524. K. Grönfors & R. Dotevall (2010) s. 245.

inga omständigheter kan botas genom avtalets övriga villkor (obotligt oskäligen). Problemet är att sistnämnda likväl måste avgöras i varje enskilt fall.

Lagrådet framhöll att avtalets omsättning och principen pacta sunt servanda gör att försiktighet påkallas och omständigheterna i varje enskilt fall förtjänar en nyanserad bedömning. Det är upp till lagstiftaren att införa mera generella begränsningar av vissa slags villkor, löd argumenten.⁸⁰ Även flertalet andra remissinstanser förhöll sig kritiska till i så lång utsträckning som möjligt ge avgörandena principiell innebörd. De ifrågasatte genomförbarheten, poängterade marknadsdomstolens redan etablerade roll som slår vakt om rimliga villkor och framhöll processuella problem så som att det endast borde vara möjligt via en fastställelsetalan.⁸¹

Domstolarna har hittills huvudsakligen efterlevt Lagrådets mer försiktiga hållning. Föga förvånande om man betänker de svårlösta problem som följer av lagmotivens ambitioner. HD har genom att uttala sig om vilka klausuler som inte faller inom området för villkor oskäligen i sig, snävat in detsamma för vilka klausuler som kan falla inom det, men inte uttryckligen uppdragit gränserna eller definierat områdets kärna, förutom i NJA 2017 s. 113 p. 46.

Har yttrande fällts om specifika klausul typer, så har det normalt skett med reservationer till omständigheter som kan förändra bedömningen. Visserligen kan somliga uttalanden ändå bringa värde i rättsutvecklingen och betecknas principiella. NJA 1994 s. 130 och NJA 1989 s. 614 ger vid handen generella uttalanden härom. I 1994 års fall fann HD att ett ansvarsbegränsande villkor motiverat av lojala avsikter gör att villkoret inte framstår som ett kringgåendeförsök av tvingande rätt och därmed inte oskäligen i sig. I 1989 års fall fastslogs villkor omöjliga att förverkliga vara något annat än oskäligen villkor. Rättstillämpningen har likväl kritiserats för att generellt ge omständigheterna utöver villkorets materiella innehåll väl stor roll, i strid med en ändamålstolkning av 36 § avtalslagen.⁸² Mot den bakgrunden bör

⁸⁰ Se prop. 1975/76:81 s. 165 f.

⁸¹ Ibid. s. 90 f.

⁸² Se U. Bernitz (2018) s. 206 f.

ståndpunkten att förarbets ambitioner om vägledande praxis långtifrån uppfyllts förstås, även om den som visats inte är obefintlig.⁸³

Förutsebarheten var som nämnts ett huvudargument för principiellt präglade avgöranden.⁸⁴ Högre förutsebarhetsgrad kan hävdas ha vunnits genom den omfattande praxisen. Emot kan anföras att varje prejudikat bidragit lite eller inget alls till vägledning på grund av stor hänsyn till omständigheterna i varje enskilt fall.

3.4 Reflektioner

De principiella ställningstagandena vad gäller särskilda klausultyper som oskäligen i sig har i stort sett uteblivit. Förvånande nog, poängterade Mathias André 1988.⁸⁵ Desto mindre förvånande sett till Lagrådets yttrande och de principiella problem som lyfts i uppsatsen. Högsta domstolens vägval inbegriper i och för sig viktiga klargörande ställningstaganden, ibland har formella aspekter vidrörts andra gånger materiella. Sällan kan däremot resonemangen hänföras till ett helt och hållet generellt plan, utan står och faller med de situationsunika omständigheterna i det enskilda målet. Klart medför det vägledande betydelse så till vida att framtida avtalsparter vet att en viss klausul under vissa omständigheter kan anses oskäligen. Automatisk förlängning av avtalet i konsumentförhållandet utgör ett exempel härpå.⁸⁶

Skillnaden på rättstillämpningen i underrätt och överrätt kan vara en källa till de problem förknippade med att stämpla villkor som obotligt oskäligen. Underrätt tillämpar lagen och rättskälreläran på situationsunika fakta i varje enskilt mål. Högsta domstolen kan genom prejudikat och principiella ställningstaganden påverka rättsläget i en viss riktning. HD:s praxis är inte bindande, men det ska till goda skäl att avvika från HD:s prejudikat, de är vägledande.⁸⁷ Anta att fråga om jämkning av ett visst villkor kommer upp till

⁸³ Se C. Von post (1999) s. 289.

⁸⁴ Prop. 1975/76:81 s. 116.

⁸⁵ Se M. André Strukturerna i 36 § avtalslagen s. 533.

⁸⁶ Se avsnitt 3.2.3.

⁸⁷ Se C. Dahlman m.fl. (2019) s. 70, 176 f.

prövning i HD, då kan HD i domskälen principiellt fastställa att villkoret är generellt oskäligt *och* samtidigt tillämpa 36 § avtalslagens avtalsvillkorsrekvisit i en helhetsbedömning. Effekten HD åstadkommer är därigenom dubbel. Problemet är att när liknande villkor sätts i prövning i underrätt, lär ofta ett eller annat motskäl förekomma. Detta är nära förknippat med den typiska egenskapen hos generalklausulen som en mer principorienterad norm än en binär regel, oförmögen till definitiva svar.⁸⁸ Att då påstå att ett villkor är oskäligt per se blir missvisande. Inget hindrar HD från att de facto inta den hållningen. Det är den skarpa retoriken som kan ifrågasättas.

⁸⁸ Se R. Dotevall & K. Grönfors, Avtalslagen (11 sept. 2018, Juno), kommentaren till 36 § under rubriken 8. Allmänt om oskälighetsrekvisitet, R. Dotevall (2002) s. 456.

4 Rättsfallstudie av NJA 2017 s. 113

4.1 Rättsläget före NJA 2017 s. 113

Före NJA 2017 s. 113, rådde utbredd enighet om att ansvarsbegränsning enligt svensk rättstradition inte kunde göras gällande, vare sig i konsumentavtal eller i kommersiella avtal, när utföraren förfarit grovt vårdslöst. Sådana villkor skulle vara antingen oskäligen i sig eller anses ogiltiga enligt allmänna rättsprinciper.⁸⁹

Marknadsdomstolen fann ansvarsbegränsning mellan näringsidkare bortfalla vid uppsåt eller grov oaktsamhet, och ej civilrättsligt bindande i såväl MD 1995:33 som MD 2005:10. Hovrätten prövade ett liknande fall år 2012, där köparna blev varse omfattande fuktskador i huset de förvärvat sedan de tillträtt fastigheten. Besiktningsmannen hade inte förfarit grovt vårdslöst, enligt Hovrätten, däremot vårdslöst. Men, av Hovrättens resonemang synes ansvarsbegränsning ha blivit satt åt sidan, skulle besiktningsmannen ha varit grovt vårdslös.⁹⁰ En mer nyanserad bedömning utifrån 36 § avtalslagen, gjordes i den uppmärksammade skiljedomen ProfilGruppen./KPMG (22-12-2010) som blev offentlig sedan den klandrats.⁹¹ I målet jämkades en ansvarsbegränsning sedan ena avtalsparten varit grovt vårdslös. Ansvarsbegränsningens vara eller icke-vara bara baserat på graden av vårdslöshetsgraden ansågs alltför binärt och osäkert. Skiljemännen löste skälighetsfrågan genom en helhetsvärdering enligt 36 § avtalslagen.⁹²

4.2 Bakgrunden till NJA 2017 s. 113

Upprinnelsen till tvisten var följande. Paret D.R och T.R förvärvade en villafastighet för nio miljoner kronor. Inför förvärvet besiktigades villan på

⁸⁹ Se U. Bernitz (2018) s. 207, J. Kihlman (2021) s. 220, prop. 1975/76:81 s. 144, NJA 2001 s. 269 p. 15 föredragandens yttrande.

⁹⁰ Svea hovrätts dom 2012-12-20 T 5152-12.

⁹¹ Svea hovrätts dom 2011-02-08 T 1085-11.

⁹² Lösningen vann medhåll av Christina Ramberg, se C. Ramberg (2010) s. 918 ff.

updrag av säljaren, en s.k överlåtelsebesiktning. Besiktningsmannen fann inga allvarliga fel. Besiktningsutlåtandet överläts mot betalning till köparen. Villan visade sig sedermera behäftad med kostsamma fel. En noggrannare besiktning hade visat på fel vad gäller våtrum, yttertak, fasader, fönsterbleck och ventilation. Kostnaderna för felen uppgick till 1 900 000 kr.

Till uppdragsbekräftelsen fogades allmänna villkor. Bland dessa fanns en ansvarsbegränsning i skadeståndsskyldigheten till maximalt 15 prisbasbelopp, i målet, dvs. 636 000 kr. Medan skadeståndsanspråket uppgick till 1 900 000 kr. Rättsfrågan var om ansvarsbegränsningen saknade verkan, därför att vårdslösheten varit grov.

4.3 Högsta domstolens bedömning

Högsta domstolen ansåg att rättsläget var osäkert gällande hur ansvarsbegränsningar bör hanteras när friskrivande part kan tillskrivas grov vårdslöshet och att det delvis berodde på 36 § avtalslagen.⁹³ Det konstaterades att frågan om villkoret ska gälla eller inte, ska bedömas enligt 36 § avtalslagen och inte enligt allmänna rättsprinciper. Utgångspunkten för värderingen i dessa fall är riskfördelningen mellan parterna. Frågan man bör ställa sig är om den ger uttryck för en skälig omfördelning givet de skyddsbehov som gör sig gällande.⁹⁴ Några faktiska begränsningar gällande vilka omständigheter som kan få betydelse finns inte.⁹⁵

HD konstaterar tidigt i domen att prövningen kan resultera i att ett avtalsvillkor är oskäligt i sig. Den prövningen bortser från omständigheter vid avtalets tillkomst.⁹⁶ Tolkningsvis bortses också från senare inträffade förhållanden och andra liknande omständighetsbaserade faktorer, sett till det villkor HD i domskälen sedermera faktiskt pekar ut som oskäligt i sig och att en sådan bedömning som nämnt är abstrakt materiell. Till den kategorin

⁹³ NJA 2017 s. 113 p.19-27.

⁹⁴ Ibid. p. 36.

⁹⁵ Ibid. p. 44. Detta korresponderar väl med 36 § som en principorienterad norm, jfr avsnitt 3.4.

⁹⁶ Ibid. P. 28-29.

omfattades inte ansvarsbegränsningen i fallet.⁹⁷ Däremot pekar HD ut ett villkor som ska anses oskäligt i sig. Uttalandet därom väcker särskilt intresse.

”Om en näringsidkare begränsar sitt ansvar så långt att en konsumentens principiella rätt till påföljd blir till en formalitet utan praktiskt värde måste villkoret, på det sätt som avses med exemplet i bilagan, anses vara i sig oskäligt.”⁹⁸

Beaktansvärt är att omständigheterna i enskilda fallet ändå inbjuds att bli styrande, eftersom frågan när en påföljd blir till en formalitet utan praktiskt värde blir beroende av övriga villkor och omständigheter. På så vis lindras de principiella problem med stämpling av villkor som lagts fram tidigare i uppsatsen.

4.4 Rättsläget efter NJA 2017 s. 113

Rättsfallet klargjorde att ansvarsbegränsningsvillkor inte per automatik faller bort vid grov vårdslöshet enligt allmänna rättsprinciper eller som ett villkor oskäligt i sig enligt 36 § avtalslagen. Bedömningen ska ske i varje situationsunikt fall. Sålunda kan det finnas fall där ansvarsbegränsningen ska upprätthållas trots påvisad grov vårdslöshet. HD förhåller sig i nämnda avseenden skeptisk till lämpligheten i att utveckla klausulinriktade bedömningar.⁹⁹ I samma riktning talar det pinfärska avgörandet från HD.¹⁰⁰ I annat hänseende, det om att definiera kärnområdet för automatisk oskälighet,¹⁰¹ har HD gått längre än förut och funnit ansvarsbegränsningar som omvandlar konsumentens principiella rätt till påföljd till en formalitet utan praktiskt värde oskäliga i sig. I resonemanget hänvisades till avtalsvillkorsdirektivets vägledande bilaga. HD tog i princip fasta på bilagans

⁹⁷ Ibid. p. 45-52.

⁹⁸ Ibid. p. 45

⁹⁹ Se U. Bernitz (2018) s. 207.

¹⁰⁰ Se Högsta domstolen dom 2022-05-11 i mål T 3131-21, särskilt p.36.

¹⁰¹ Jfr avsnitt 3.3.3.

formulering.¹⁰² En indikation på att fler villkor upptagna i listan framgent riskerar gå samma öde till mötes.

¹⁰² Bilagan bygger i sin tur delvis på en inspirationskälla till 36 § avtalslagen, nämligen tysk, innehållskontrollerande, rätt. Om detta, se Bernitz (2018) s. 174.

5 Avslutande kommentarer

Rådande rättsläge ger stöd för en klausulinriktad bedömning *i varje enskilt fall*. Lika starka belägg finns inte för en klausulinriktad rättspraxis. Det kan konstateras en obenägenhet i rättspraxis att stämpla vissa villkor som obotligt oskäligen, medan negationen *inte* regelbundet används framför. Rättsläget har således någorlunda klargjorts gällande vilka villkor som inte kan anses obotligt oskäligen. Villkor om automatisk förlängning i konsumentavtal, skiljeavtal mellan näringsidkare, villkor om att säljaren av fast egendom behåller handpenningen i den händelse köpet hävs på grund av avtalsbrott hos köparen, utgör alla exempel därpå. Därutöver finns exempel på generella uttalanden kring vilka omständigheter som tillmäts betydelse och vilka villkor det generellt finns anledning att vara negativ till. Rättspraxis har såtillvida tillfört rättsläget principiellt viktiga avgöranden. Men kritik har riktats mot att de fallen är för få jämfört med de fall där de enskilda omständigheterna varit styrande för domskälen. Sett till lagmotivens ambitioner har inte regelns ändamål fullt ut uppnåtts.

Befogenheten i kritiken beror på ens grundläggande syn på hur ändamålet med 36 § avtalslagen bäst uppnås och förutsebarheten bäst främjas. Å den ena sidan finns synen på generalklausulen som en principorienterad norm som sätter en skälighetsstandard, vartill tillämpningen bör vara öppen och alltid ske efter en avvägning från fall till fall, där visst mått av diskretion överlämnas till domaren. Å andra sidan finns synen på generalklausulen som en mer binär regel, vilken kan användas till att på förhand oskälighetsförklara visst avtalsinnehåll. Som understrukits i uppsatsen är denna skiljelinje i synsätt om förutsebarhet genomgående också i förarbetet.

Som diskuterats i avsnitt 3.3 är det något missvisande att tala om villkor som oskäligen i sig enligt 36 §. Förslagsvis kunde presumtioner uppställas och placera lokutionen *typiskt sett* (oskäligen) eller *i utgångspunkt* (oskäligen), så att inte viktiga detaljer i rättsförhållandet förbises. På så sätt indikeras att villkoret anses oskäligen om inte tillräckligt starka motskäl i det enskilda fallet presenteras, varigenom presumptionen bryts. Rättsutvecklingen skulle främjas härav. Skiljelinjen mellan marknadsrätt och civilrätt upprätthålls.

Avtalsfriheten undviks bli onödigt beskuren. Domstolarna kan minska sin återhållsamhet i fråga om uttalanden beträffande särskilda villkor och faktiskt i skarpa ordalag formulera sin inställning till vissa villkor utan risk för missförstånd, till förutsebarhetens gagn.

Käll- och litteraturförteckning

Källförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Proposition 1994/95:17, *Oskäliga avtalsvillkor m.m. Införlivande med svensk rätt av EG:s direktiv om oskäliga avtalsvillkor i konsumentförhållanden.*

Proposition 1975/76:81, *Om ändring i lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område 36 §.*

Proposition 1971:15, *med förslag till lag om förbud mot otillbörliga avtalsvillkor, m.m.*

Statens offentliga utredningar

SOU 1974:83, *Generalklausul i förmögenhetsrätten, Betänkande av generalklausulutredningen.*

Litteraturförteckning

Adlercreutz, Axel & Johann Mulder, Bernard (2021), *Avtal*, 15:e uppl. Norstedts juridik, Stockholm.

Bernitz, Ulf (2018), *Standardavtalsrätt*, 9:e uppl. Nordstedts juridik, Stockholm.

Dahlman, Christian & Wahlberg, Lena (red.) (2019), *Juridiska grundbegrepp*, 1:1 uppl. Studentlitteratur, Lund.

Grönfors, Kurst & Dotevall, Rolf (2010), *Avtalslagen : en kommentar*, 3:e uppl. Norstedts juridik, Stockholm.

Hellner, Jan & Hager, Richard & Persson, Annina H, *Speciell avtalsrätt 2*, 2:a häftet, Norstedts Juridik, Stockholm, 2011.

J. Hellner, *Högsta domstolen och avtalsrätten 1920-1989*, Högsta domsmakten i Sverige under 200 år, Del 2 Högsta domstolen och civilrätten, Institutet för rättshistorisk forskning, 17:e bandet, 1990.

Kihlman, Jon (2021), *Avtalslagen – En kommentar*, 1:1 uppl. JP Infonet, Stockholm.

Kleineman, Jan (2013) 'Rättsdogmatisk metod', i: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1:2 uppl. Studentlitteratur, Lund.

Lehrberg, Bert (2020), *Avtalsrättens grundelement*, 3:e uppl. lusté, Uppsala.

Ramberg, Christna & Ramberg, Jan (2016), 10:e uppl. Wolters Kluwer (Norstedts juridik), Stockholm.

Von post, Claes-Robert (1999), *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, 1:1 uppl. Jure, Stockholm.

Tidskrifter

André, Mathias, *Strukturer i 36 § avtalslagen*, SvJT 1986.

Dotevall, Rolf, *Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal*, SvJT 2002.

Ramberg, Christina, *skiljedom om jämkning av ansvarsbegränsning, reklamation, rådgivaransvar, skadeståndsberäkning och prisavdrag*, JT nr 4 2010/11.

Digitala källor

Lagkommentarer

Munukka, Jori avtalslag (1915:218) 36 §, Lexino 2020-08-28 (JUNO).

Grönfors, Kurt & Dotevall, Rolf, avtalslagen (11 sept. 2018, JUNO), kommentaren till 36 §.

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

Högsta domstolen dom 2022-05-11 i mål T 3131-21

NJA 2017 s. 113

NJA 2012 s. 776

NJA 2009 s. 408

NJA 1997 s. 524

NJA 1994 s. 130

NJA 1992 s. 782

NJA 1992 s. 290

NJA 1992 s. 143

NJA 1989 s. 614

NJA 1988 s. 230

NJA 1987 s. 639

NJA 1986 s. 388

NJA 1984 s. 280

NJA 1984 s. 229

NJA 1983 s. 510

NJA 1982 s. 800

NJA 1982 s. 613

NJA 1981 s. 711

NJA 1981 s. 510

NJA 1979 s. 666

Hovrätten

RH 2006:67

Svea hovrätts dom 2012-12-20 T 5152-12

Svea hovrätts dom 2011-02-08 T 1085-11

RH 86:112

RH 86:98

Marknadsdomstolen

MD 2005:10

MD 1995:33

MD 1985:16