



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Martin Broander

David mot Goliat

En analys av 33 § avtalslagens roll i förhållande
till 36 § avtalslagen

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Sacharias Votinius

Termin: VT24

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund.....	4
1.2 Syfte och frågeställningar	5
1.3 Avgränsningar	5
1.4 Metod.....	6
1.5 Material.....	7
1.6 Forskningsläget.....	8
1.7 Disposition.....	8
2 RÄTTSLÄGET	9
2.1 Om 33 § AvtL.....	9
2.1.1 Bakgrund och syfte.....	9
2.1.2 Utformning och tillämpningsområde	10
2.2 Om 36 § AvtL.....	13
2.2.1 Bakgrund och syfte.....	13
2.2.2 Utformning och tillämpningsområde	14
2.3 Tillämpningen av 33 § AvtL i rättspraxis från tiden efter införandet av 36 § AvtL.....	17
2.3.1 NJA 1986 s. 748	17
2.3.2 NJA 1989 s. 505	18
2.3.3 PMT 4156-21	20
3 ANALYS OCH SLUTSATSER.....	23
3.1 Jämförelse mellan 33 och 36 §§ AvtL	23
3.2 Analys av tillämpningen av 33 § AvtL i rättspraxis	24
3.3 Sammanfattande diskussion och slutsatser	26
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	28

Summary

Both section 33 and section 36 of the Swedish Contracts Act (1915:218) are general clauses which are a part of the field of contract law, but section 36 has a much greater scope of application. For this reason, section 33 has been described as redundant. However, in a recent judgement from the Patent and Market Court of Appeal section 33 was successfully used to force a gambling company to pay back the profits that they had made from a gambling addict. This poses the question whether the idea of section 33 being redundant might be wrong.

The purpose of this essay is to do a systematic legal investigation of what role and function section 33 has in relation to section 36. In accordance with this purpose, the main question that this essay seeks to answer is whether or not section 33 has an independent scope of application in comparison to section 36. To answer this question, the legal dogmatic method is used to investigate the current legal position using legislative history, court practice and legal literature. Considering that the legal position remains relatively unclear, the results are viewed from a critical perspective.

The results show that there at least exist situations where section 33 is the most appropriate to apply, since these situations fall within the narrower scope of application of section 33. These situations are at hand when one party has acted in such an immoral way during the conclusion of the contract that the contract should be completely annulled. However, this is not the same as saying that section 33 is the solely applicable rule in these situations. On the contrary, it is most likely that section 36, considering its larger scope of application, would also be applicable. This will remain unclear if the Supreme Court does not grant a review permit for an appeal against the judgement from the Patent and Market Court of Appeal. Regardless, the existence of section 33 is somewhat justified by its narrower scope of application focused on morality, and its unique relation to the specific invalidity rules in sections 28-31 of The Contracts Act.

Sammanfattning

33 och 36 §§ i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL) är båda generalklausuler som utgör en del av avtalsrättens ogiltighetsregler, men 36 § AvtL har ett betydligt större tillämpningsområde. Av detta skäl har 33 § AvtL beskrivits som i princip helt överflödig. Relativt nyligen kom dock en dom från PMÖD, där 33 § AvtL med framgång åberopades för att få ett spelbolag att betala tillbaka den vinst bolaget gjort på en person som var spelberoende. Detta väcker frågan om bilden av 33 § AvtL som överflödig inte riktigt stämmer.

Syftet med uppsatsen är därför att, ur ett rättssystematiskt perspektiv, undersöka vilken roll och funktion 33 § AvtL har i förhållande till 36 § AvtL. I enlighet med detta syfte är den övergripande frågeställning som uppsatsen söker svar på huruvida 33 § AvtL har ett självständigt tillämpningsområde i förhållande till 36 § AvtL. För att svara på frågan används den rättsdogmatiska metoden för att utreda rättsläget med hjälp av förarbeten, doktrin och den praxis som rör tillämpningen av 33 § AvtL från tiden efter införandet av 36 § AvtL. Med hänsyn till att rättsläget är relativt oklart intas ett kritiskt perspektiv gentemot resultatet av den rättsdogmatiska utredningen.

Uppsatsen kommer fram till att det åtminstone står klart att det finns situationer då 33 § AvtL är mer lämplig att tillämpa än 36 § AvtL, eftersom dessa situationer faller inom 33 § AvtL:s snävare tillämpningsområde. Sådana situationer föreligger då en part agerat så pass omoraliskt i samband med rättshandlingens tillkomst att rättshandlingen bör ogiltigförklaras i sin helhet. Däremot kan inte med säkerhet sägas att 33 § AvtL är ensamt tillämplig i dessa situationer, utan det är tvärt om mest troligt att också 36 § AvtL hade gått att tillämpa. Detta förblir dock oklart fram till att HD eventuellt beviljar prövningstillstånd till ett överklagande av PMÖD:s dom och förtydligar rättsläget. Oaktat detta har 33 § AvtL åtminstone en särpräglad roll inom dagens avtalsrätt dels genom sitt snävare tillämpningsområde med fokus på moraliskt handlande, dels genom sitt särskilda förhållande till de specifika ogiltighetsreglerna i 28-31 §§ AvtL.

Förkortningar

AvtL	Lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
HD	Högsta domstolen
PMD	Patent- och marknadsdomstolen
PMÖD	Patent- och marknadsöverdomstolen

1 Inledning

1.1 Bakgrund

En grundläggande princip inom avtalsrätten är den om *pacta sunt servanda* – avtal ska hållas. Men liksom de flesta principer har även denna princip undantag. Det finns situationer då lagstiftaren gjort bedömningen att avtal och andra rättshandlingar ska kunna ogiltigförklaras. Reglerna kring detta återfinns i tredje kapitlet i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL).

Vid AvtL:s tillkomst kunde rättshandlingar ogiltigförklaras dels genom de specifika ogiltighetsgrunderna i 28-31 §§ AvtL, dels genom den så kallade lilla generalklausulen i 33 § AvtL. Denna generalklausul gör det möjligt att helt ogiltigförklara en rättshandling vars åberopande står i strid med tro och heder. Tillämpningsområdet för paragrafen var och är fortfarande relativt snävt.¹ Därför infördes senare den så kallade stora generalklausulen, 36 § AvtL, i syfte att ge domstolarna större möjligheter att jämka eller helt åsidosätta oskäligen avtal och avtalsvillkor.² Det faktum att 36 § AvtL fyller en liknande funktion som 33 § AvtL, men samtidigt har ett betydligt större tillämpningsområde, har gjort att betydelsen av 33 § AvtL minskat. Inom doktrinen har till och med hävdats att 33 § AvtL i princip helt förlorat sin betydelse.³

Precis innan årsskiftet kom dock en ny dom från PMÖD där 33 § AvtL intog en central roll i domstolens bedömning.⁴ Käranden, som varit spelberoende, yrkade att det svarande spelbolaget skulle ersätta kärandens förluster på spelbolagets onlinekasino. Domstolen biföll delvis kärandens yrkande, med motiveringen att det skulle strida mot tro och heder enligt 33 § AvtL om spelbolaget skulle ha fått göra rättshandlingen gällande och därmed behålla vinsten

¹ SOU 1915:1 s. 134.

² Prop. 1975/76:81 s. 25; SOU 1974:83 s. 103.

³ Jfr Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz s. 303; Jfr Grönfors och Dotevall s. 425 f.

⁴ PMT 4156-21.

det gjort på att utnyttja kärandens spelberoende. Domen, vars utgång beskrivits som helt unik, har fått stor uppmärksamhet i media och har potential att förändra spelbranschen i grunden genom att ge upphov till liknande domar.⁵

Det faktum att 33 § AvtL plötsligt fått en så stor praktisk betydelse talar för att synen på paragrafen som näst intill överflödigt kanske inte riktigt stämmer. Det är därför aktuellt att undersöka 33 § AvtL:s roll i dagens avtalsrätt och huruvida paragrafen har ett självständigt tillämpningsområde i förhållande till 36 § AvtL.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med den här rättsvetenskapliga uppsatsen är att, ur ett rättsystematiskt perspektiv, undersöka vilken självständig roll och funktion 33 § AvtL har i dagens avtalsrätt i förhållande till 36 § AvtL. För att uppnå detta syfte ämnar uppsatsen besvara följande övergripande frågeställning, med tillhörande delfrågor:

- Har 33 § AvtL något självständigt tillämpningsområde i förhållande till 36 § AvtL?
 - Vilka likheter och skillnader finns mellan 33 § AvtL respektive 36 § AvtL vad gäller syfte, struktur och tillämpningsområde?
 - Hur har 33 § AvtL tillämpats i rättspraxis efter det att 36 § AvtL införts?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen är begränsad till att undersöka 33 § AvtL och 36 § AvtL. Eftersom frågeställningen rör tillämpningen av 33 § AvtL i förhållande till 36 § AvtL kommer paragrafernas respektive självständiga tillämpning endast undersökas i den utsträckning som krävs för att svara på frågan. Övriga avtalsrättsliga

⁵ Jfr Oscarsson; Jfr Boström.

ogiltighetsregler berörs endast i den utsträckning som är av intresse för förståelse av dessa två lagrum. Några andra generalklausuler kommer inte att diskuteras. Trots att avtalsrätten till stor del tillkommit genom samarbeten mellan nordiska jurister är denna uppsats begränsad till svensk rätt. Förutsättningsläran kommer inte att beröras eftersom den, fastän den kan härledas från förarbetena till 33 § AvtL, är att betrakta som en självständig lära och alltså inte utgör en del av 33 § AvtL.

1.4 Metod

I denna uppsats tillämpas den rättsdogmatiska metoden. Metoden syftar till att, utifrån principerna för användandet av de allmänt accepterade rättskällorna, rekonstruera innehållet i en viss rättsregel. Typiskt sett utgår den rättsdogmatiska metoden från ett konkret rättsligt problem som ska besvaras genom applicerandet av en rättsregel. Genom att analysera innehållet i de olika rättskällorna söks svaret på hur rättsregeln enligt gällande rätt ska tillämpas i det valda konkreta sammanhanget.⁶ En mer kärnfull beskrivning av metoden är att den helt enkelt går ut på att svara på frågan vad som är gällande rätt.⁷ Utöver detta finns möjligheten att använda sig av en mer kritiskt inriktad rättsdogmatik, för att kritiskt granska den gällande rätt som rekonstruerats genom rättsdogmatisk metod.⁸

Uppsatsen har ett rättssystematiskt perspektiv, vilket innebär att den undersöker vilken roll och funktion 33 § AvtL har inom dagens avtalsrätt i förhållande till 36 § AvtL. Med hjälp av rättsdogmatisk metod görs därför en rättssystematisk jämförelse mellan paragrafernas respektive syfte, utformning och tillämpningsområde med beaktande av den senaste praxisen på området. På så vis används rättsdogmatisk metod för att utreda rättsläget och söka svaret på uppsatsens övergripande frågeställning. Med tanke på framför allt förarbetenas ålder och bristen på praxis förblir dock rättsläget relativt oklart, varför ett kritiskt perspektiv intas gentemot resultatet av rättsutredningen.

⁶ Kleineman s. 21 ff.

⁷ Schelin s. 42.

⁸ Kleineman s. 35 f.

1.5 Material

Vad gäller urvalet av material används förarbetena till 33 § AvtL respektive 36 § AvtL som utgångspunkt för att undersöka paragrafernas respektive syfte, utformning och tillämpningsområde. Med tanke på förarbetenas höga position i den svenska rättskällehierarkin är detta en naturlig utgångspunkt i enlighet med rättsdogmatisk metod. Dock måste has i åtanke att förarbetena är relativt gamla, särskilt förarbetena till 33 § AvtL, varför de endast kan tjäna som utgångspunkt och behöver kompletteras.

När det kommer till att närmare förstå tillämpningsområdena för respektive paragraf är rättspraxis av stor vikt på grund av sitt starka rättskällevärde. Med hänsyn till frågeställningen är det endast den rättspraxis, från tidpunkten efter införandet av 36 § AvtL, där tillämpningen av 33 § AvtL utgör en av huvudfrågorna som undersöks i detalj. Endast tre sådana rättsfall finns. Dessa rättsfall analyseras med utgångspunkt i de delar som rör just tillämpningen av 33 § AvtL och 36 § AvtL i högsta instans. Övriga rättsfrågor i dessa rättsfall kommer endast att beskrivas i den utsträckning som krävs för att förstå de rättsliga resonemangen kring generalklausulerna. Övrig rättspraxis, det vill säga sådan som rör tillämpningen av 33 § AvtL från tiden innan 36 § AvtL:s införande eller den självständiga tillämpningen av 36 § AvtL, är inte direkt relevant för frågeställningen och används därför sparsamt och endast exemplifierande.

Trots att doktrin har ett relativt lågt rättskällevärde kan den ändå användas för att beskriva och ge en djupare förståelse för gällande rätt. Doktrin har därför använts för att komplettera förarbeten och praxis. Det bör här uppmärksammas att termen ”doktrin” kan ha olika innebörd. Ibland används den som synonym för all juridisk litteratur, medan den i andra fall avser endast särskilt inflytelserika rättsvetenskapliga verk.⁹ I denna uppsats används termen i dess förstnämnda betydelse, det vill säga som synonym för all juridisk litteratur.

⁹ Trolle Önnerfors och Wenander s. 55.

1.6 Forskningsläget

Den rättsvetenskapliga forskning som finns kring specifikt 33 och 36 §§ AvtL fokuserar mest på 36 § AvtL, vilken tenderar att beskrivas som en del avtalsrättens vidareutveckling. Exempel på akademiker som producerat forskning med fokus på 36 § AvtL och dess roll inom avtalsrätten är Sacharias Votinius,¹⁰ Andreas Norlén¹¹ samt Mathias André.¹² Bland den mindre omfattande och betydligt äldre rättsvetenskapliga forskning som fokuserar specifikt på 33 § AvtL kan särskilt nämnas Hjalmar Karlgren.¹³ Denna uppsats gör förhoppningsvis ett visserligen mycket litet men nischat bidrag till forskningsläget, genom att göra en rättssystematisk jämförelse mellan paragrafernas roller i den moderna avtalsrätten med hänsyn till den senaste praxisen.

1.7 Disposition

Efter detta första inledande kapitel följer uppsatsens andra kapitel, där rättsläget utreds genom att använda rättsdogmatisk metod. Först utreds 33 § AvtL:s syfte, utformning och tillämpning utifrån förarbeten, doktrin samt viss exemplifierande praxis. Därefter görs en motsvarande utredning av 36 § AvtL. I den sista delen av kapitel två undersöks den praxis som rör tillämpningen av 33 § AvtL från tidpunkten efter 36 § AvtL:s införande.

I uppsatsens tredje kapitel analyseras innehållet i kapitel två utifrån uppsatsens frågeställningar. Först görs en rättssystematisk jämförelse mellan 33 och 36 §§ AvtL vad gäller syfte, utformning och tillämpningsområde. Därefter analyseras tillämpningen av 33 § AvtL i de undersökta rättsfallen. Slutligen förs en sammanfattande diskussion kring 33 § AvtL:s eventuella självständiga tillämpningsområde i förhållande till 36 § AvtL, i enlighet med uppsatsens övergripande frågeställning.

¹⁰ Votinius (2005); Votinius (2022).

¹¹ Norlén.

¹² André.

¹³ Karlgren.

2 Rättsläget

2.1 Om 33 § AvtL

2.1.1 Bakgrund och syfte

För att kunna göra en jämförelse mellan 33 § AvtL och 36 § AvtL krävs först och främst kunskap om den äldre 33 § AvtL:s bakomliggande syfte, utformning och tillämpningsområde. I denna del undersöks därför detta utifrån i huvudsak förarbeten och doktrin.

Inledningsvis bör dock några för framställningen centrala begrepp definieras. Med god respektive ond tro menas huruvida en medkontrahent är omedveten respektive medveten om att det exempelvis föreligger ett fel vid tillkomsten av en rättshandling. Ett krav på god tro utgör alltså ett subjektivt rekvisit.¹⁴ När begreppet ogiltighet används i denna uppsats avses att en rättshandling i sin helhet inte kan göras gällande i enlighet med sitt innehåll eller med dess avsedda rättsverkningar, på grund av att något slags fel förelåg vid tidpunkten för rättshandlingens tillkomst.¹⁵ Sådana fel kan även göra att endast delar av rättshandlingen inte kan göras gällande och det är då i stället fråga om så kallad jämkning. Det bör dock förtydligas att även en jämkningsregel kan resultera i att en rättshandling åsidosätts i sin helhet.¹⁶

Syftet med införandet av 33 § AvtL var att förebygga att domstolarna skulle fatta felaktiga motsatsslut utifrån de mer specifika ogiltighetsreglerna i 28-31 §§ AvtL. Lagstiftaren såg en risk att domstolarna, i situationer då inga av de specifika ogiltighetsgrunderna var tillämpliga, skulle saknat möjlighet att ogiltigförklara en rättshandling och således varit tvungen att betrakta den som giltig. En sådan rättstillämpning ansågs strida mot syftet med den då nya avtalslagen, varför det genom 33 § AvtL gjordes möjligt för domstolarna att vid

¹⁴ Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz s. 47.

¹⁵ Jfr SOU 1915:1 s. 16; Jfr Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz s. 256 f.

¹⁶ Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz s. 260.

bedömningen av en rättshandlings eventuella ogiltighet beakta även andra omständigheter än de i lagen specifikt nämnda.¹⁷

2.1.2 Utformning och tillämpningsområde

När det kommer till utformningen av 33 § AvtL kan inledningsvis sägas att paragrafen på grund av sin vaga utformning definieras som en generalklausul. Inom doktrinen benämns den ibland som den lilla generalklausulen.¹⁸ Paragrafens utformning är sådan att den endast gäller parterna emellan och uteslutande omfattar omständigheterna vid rättshandlingens tillkomst,¹⁹ även om det sistnämnda visserligen inte varit helt oomstritt inom doktrinen.²⁰ Paragrafen är en ogiltighetsregel, vilket innebär att den endast kan användas för att ogiltigförklara en rättshandling i sin helhet.²¹ Det faktum att regelns rekvisit begränsar ogiltigheten gör att den beskrivits ha en försiktig utformning för en generalklausul.²²

33 § AvtL ställer upp två rekvisit för att rättsföljden ogiltighet ska inträda. Det första rekvisitet är att det vid rättshandlingens tillkomst förelegat särskilda omständigheter som gör att det skulle strida mot tro och heder att åberopa rättshandlingen med vetskap om dessa omständigheter. Detta rekvisit ska tolkas objektivt. Det avgörande är därmed huruvida dessa omständigheter rent faktiskt förelåg eller ej, och alltså inte huruvida den som åberopar rättshandlingen är medveten om det omoraliska i åberopandet eller ej.²³ I förarbetena avstods dock medvetet från att göra något allmänt uttalande om att rättshandlingar som är omoraliska endast av det skälet i sig alltid är ogiltiga. I stället sades att frågan huruvida ett åberopande skulle vara omoraliskt eller ej fick avgöras av domstolarna i det enskilda fallet.²⁴ Huruvida detta innebar en skyldighet för domstolarna att ta hänsyn till samhällets allmänna moraluppfattning i sitt dömande råder det olika uppfattningar om inom doktrinen. Att

¹⁷ SOU 1915:1 s. 133.

¹⁸ Jfr Grönfors och Dotevall s. 325.

¹⁹ Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz s. 298; Grönfors och Dotevall s. 327.

²⁰ Jfr Karlgren s. 226 f.

²¹ Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz s. 260.

²² Grönfors och Dotevall s. 325.

²³ SOU 1915:1 s. 133.

²⁴ SOU 1915:1 s. 120.

en sådan skyldighet föreligger har av Ussing argumenterats för genom bland annat en slags analog hänvisning till dansk rätt.²⁵ Motstående argumentation har av Karlgren förts med utgångspunkt i bland annat lagens ordalydelse, de svenska förarbetena och rättssäkerhetsskäl.²⁶ Klart är åtminstone att förarbetena ger stöd för domstolarna att välja att ta samhällsmoralen i beaktande.

Det andra rekvisitet är att den som åberopar rättshandlingen har, eller måste antas ha haft, vetskap om de omständigheter som gör att ett åberopande skulle strida mot tro och heder. Detta rekvisit är subjektivt och det är vid den enligt 39 § AvtL relevanta tidpunkten som personen ska ha haft, eller måste antagas ha haft, vetskap om de särskilda omständigheterna. Det faktum att rekvisitet är subjektivt får till följd att 33 § AvtL endast är tillämplig på dolöst handlande, vilket i detta avseende innebär ett snävare tillämpningsområde än de föregående ogiltighetsgrunderna.²⁷ Hur hög tröskeln är för att uppfylla detta subjektiva rekvisit har diskuterats inom doktrinen. Exempelvis är Ussing av uppfattningen att det är tillräckligt med insikt om att något fel föreligger för att detta subjektiva rekvisit ska vara uppfyllt.²⁸

I förarbetena gavs exempel på två olika typsituationer där lagrummets objektiva rekvisit är att anse som uppfyllt, det vill säga att rättshandlingens åberopande skulle strida mot tro och heder. Den första typsituationen var då den som företagit rättshandlingen av någon anledning, exempelvis kroppslig sjukdom, ålderdomssvagheter eller andra orsaker, saknat förmåga att inse rättshandlingens innebörd och konsekvenser. Om medkontrahenten hade insikt om detta vid rättshandlingens uppkomst och därefter ändå vill göra rättshandlingen gällande skulle ett sådant åberopande stå i strid mot tro och heder. Den andra typsituationen var då den part som vill göra rättshandlingen gällande på ett ohederligt sätt har utnyttjat medkontrahentens okunskap om vissa relevanta sakförhållanden. Dessa två typsituationer har därefter också blivit de

²⁵ Ussing s. 171 f.

²⁶ Karlgren s. 229 ff.

²⁷ Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz s. 299; Grönfors och Dotevall s. 330; Karlgren s. 226.

²⁸ Ussing s. 180.

vanligast förekommande situationerna då paragrafen framgångsrikt tillämpats i rättspraxis.²⁹

I förarbetena betonades att lagrummet, av rättssäkerhetsskäl, var avsett att tillämpas med försiktighet.³⁰ Domstolarna har därefter också tillämpat paragrafen restriktivt.³¹ Ett exempel från den relativt lilla praxis som finns är NJA 1943 s. 728, där 33 § AvtL användes för att ogiltigförklara ett avtal som ingåtts av en part med hämmad förståndsutveckling.

Det har ovan konstaterats att syftet med införandet av 33 § AvtL var att komplettera de specifika ogiltighetsgrunderna med en generalklausul, för att förhindra felaktiga motsatsslut. En mer djupgående jämförelse mellan 33 § och de specifika ogiltighetsgrunderna ligger bortom denna framställnings övergripande frågeställning, men att avsluta detta delkapitel med en kortfattad jämförelse kan ändå ge en större förståelse för 33 § AvtL:s tillämpningsområde.

De specifika ogiltighetsreglerna i 28-31 §§ AvtL kännetecknas av att de förutsätter ett kausalsamband mellan ogiltighetsgrunden och rättshandlingen samt dess innehåll. Detta krav ska vara uppfyllt vid tidpunkten för rättshandlingens tillkomst.³² En av de mest centrala skillnaderna mellan 33 § AvtL och de specifika ogiltighetsreglerna är att 33 § AvtL saknar det krav på orsaksamband som de specifika ogiltighetsreglerna föreskriver. För att 33 § AvtL ska bli tillämplig är det alltså tillräckligt att någon passivt utnyttjar en redan föreliggande situation, vilket innebär ett vidare tillämpningsområde än de specifika ogiltighetsgrunderna.³³

²⁹ Jfr Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz s. 301.

³⁰ SOU 1915:1 s. 134.

³¹ Jfr Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz s. 303; Jfr Grönfors och Dotevall s. 330 f.; Jfr Karlgren s. 254.

³² Adlercreutz, Gorton och Lindell Frantz s. 274; Ussing s. 122 f.

³³ Jfr Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz s. 302 f.

2.2 Om 36 § AvtL

2.2.1 Bakgrund och syfte

För att kunna göra en jämförelse mellan 33 § AvtL och 36 § AvtL krävs också kunskap om den yngre 36 § AvtL:s bakomliggande syfte, utformning och tillämpningsområde. I denna del undersöks därför detta utifrån i huvudsak förarbeten och doktrin.

36 § AvtL infördes i samband med en reformering av de tidigare civilrättsliga generalklausulerna. Denna reform hade som huvudsakligt syfte att utöka domstolarnas möjligheter att både jämka och ogiltigförklara avtalsvillkor som av olika anledningar skulle vara oskäligen att tillämpa i det enskilda fallet.³⁴ I detta sammanhang betonades också i förarbetena att de allmänna domstolarna vid tillämpningen av 36 § AvtL skulle vara fria att göra en egen bedömning med hänsyn till samtliga föreliggande omständigheter.³⁵ Överlag instämde remissinstanserna i att ett behov av en sådan reform förelåg, även om viss kritik mot den föreslagna generalklausulen förekom.³⁶

Särskilt lyftes fram behovet av konsumentskydd. Behovet av en ny generalklausul ansågs dock inte vara begränsat endast till konsumentskydd, utan det betonades att ett behov av jämkning också kunde föreligga för ett avtal mellan två näringsidkare respektive mellan två privatpersoner.³⁷ Men även om det är möjligt att tillämpa 36 § AvtL i ett förhållande mellan jämnstarka näringsidkare bör tillämpningen i sådana fall i regel vara restriktiv.³⁸

Något som sågs som en begränsning med det tidigare systemet med civilrättsliga generalklausuler var att det inte i tillräckligt hög grad gav domstolarna möjlighet att jämka en rättshandling med hänvisning till omständigheterna vid rättshandlingens tillkomst. Ogiltighetsreglerna å ena sidan, inräknat 33 § AvtL, tog endast sikte på omständigheterna vid rättshandlingens tillkomst.

³⁴ Prop. 1975/76:81 s. 25; SOU 1974:83 s. 103.

³⁵ Prop. 1975/76:81 s. 26 f.; SOU 1974:83 s. 106 ff.

³⁶ Prop. 1975/76:81 s. 58.

³⁷ Prop. 1975/76:81 s. 28 ff.; SOU 1974:83 s. 109 ff.

³⁸ Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz s. 333; Grönfors och Dotevall s. 353.

Jämkningsreglerna å andra sidan tog inte sikte på dessa omständigheter alls, utan endast på rättshandlingens innehåll och tillämpning. Av denna anledning infördes genom 36 § AvtL möjligheten att både jämka och helt åsidosätta ett avtal på grund av bland annat just omständigheterna vid avtalets tillkomst. Nytt var också att denna möjlighet nu även fanns då dessa omständigheter var hänförliga till särskilda avtalsvillkor och inte som tidigare, vid tillämpningen av 33 § AvtL, endast då de var hänförliga till avtalet som helhet. Det förtydligades dock också att dessa omständigheter även skulle tas hänsyn till på motsatt vis, så att de kunde göra ett avtalsvillkor som annars skulle ha ansetts vara oskäligt till att anses vara fullt giltigt.³⁹

2.2.2 Utformning och tillämpningsområde

36 § AvtL är tillämplig inom hela förmögenhetsrätten och ersatte de tidigare olika civilrättsliga generalklausulerna.⁴⁰ Förutsättning för att jämkning eller åsidosättande av ett avtalsvillkor, eller av någon annan rättshandling, ska kunna ske med stöd av 36 § AvtL är att avtalsvillkoret i fråga är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden eller omständigheterna i övrigt. Jämkning i paragrafens mening innebär att avtalet fortfarande tillämpas men med ett förändrat innehåll, medan ogiltighet i paragrafens mening innebär att avtalsinnehållet över huvud taget inte tillämpas.⁴¹

Vid en skälighetsbedömning av ett avtalsvillkor ska domstolen som utgångspunkt göra en helhetsbedömning av huruvida avtalsvillkoret är oskäligt med hänsyn till samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Det är också möjligt för domstolen att bedöma att avtalsvillkoret är oskäligt i sig självt.⁴² Av rättspraxis framgår dock att den sistnämnda möjligheten sällan utnyttjas, det är oftast tillämpningen av avtalsvillkoret i just det konkreta fallet som är avgörande för frågan om oskälighet.⁴³ I påföljdsvalet mellan jämkning respektive

³⁹ Prop. 1975/76:81 s. 32; SOU 1974:83 s. 113.

⁴⁰ Prop. 1975/76:81 s. 35 ff.; SOU 1974:83 s. 122.

⁴¹ Prop. 1975/76:81 s. 34; SOU 1974:83 s. 120 ff.

⁴² Prop. 1975/76:81 s. 34; SOU 1974:83 s. 116 f.

⁴³ Jfr Grönfors och Dotevall s. 362 f.; Jfr NJA 1955 s. 661; Jfr NJA 1992 s. 351; Jfr NJA 1993 s. 163; Jfr NJA 1994 s. 381.

ogiltighet står domstolarna fria att själva välja den bästa lösningen utifrån omständigheterna i det enskilda fallet samt parternas yrkanden.⁴⁴

I propositionen förespråkades visserligen ordvalet ”otillbörligt” i stället för ”oskäligt”, men valet föll till slut på det sistnämnda. För tydlighetens skull används i den här uppsatsen genomgående begreppet oskäligt, även i de fall då förarbetena använder begreppet otillbörligt. Valet av begreppet oskäligt understryker att en jämförelse alltid måste göras i oskälighetsbedömningen. Frågan huruvida ett visst avtalsvillkor är oskäligt ställs med andra ord alltid i förhållande till något annat.⁴⁵ André har dock kritiserat detta begreppsval med motiveringen att begreppet oskäligt saknar konkret innehåll, vilket han anser leder till en mindre förutsägbar rättstillämpning och sämre rättssäkerhet i jämförelse med 33 § AvtL:s mer konkret utformade rekvisit.⁴⁶

Det är också möjligt att lämna hela avtalet utan avseende, förutsatt att villkoret i fråga har sådan betydelse för avtalet att det inte skäligen kan krävas att avtalet i övrigt ska gälla med oförändrat innehåll. I detta sammanhang bör dock påminnas om att 36 § AvtL, som nämnts tidigare, i första hand är inriktad på bedömningen av skäligheten hos enskilda avtalsvillkor. För att ett avtal ska kunna lämnas helt utan avseende krävs också att någon av parterna yrkat på detta.⁴⁷

I förarbetena uppmärksammades att införandet av den nya generalklausulen skulle kunna minska rättstillämpningens förutsägbarhet och därmed utgöra ett hot mot rättssäkerheten. Som nämnts ovan gjordes dock inte något generellt uttalande om att en generalklausul ska tillämpas i undantagsfall och med försiktighet.⁴⁸ Tvärt om underströks, mot bakgrund av domstolarnas restriktiva tolkning av tidigare civilrättsliga generalklausuler, att det i och med införandet av 36 § AvtL fanns anledning för domstolarna att delvis frångå denna

⁴⁴ Prop. 1975/76:81 s. 35; SOU 1974:83 s. 121 f.

⁴⁵ Grönfors och Dotevall s. 358.

⁴⁶ André s. 527 ff.

⁴⁷ Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frants s. 334 f.

⁴⁸ Prop. 1975/76:81 s. 39.

traditionellt restriktiva hållning.⁴⁹ I stället betonades vikten av att skapa riktlinjer för paragrafens tillämpning och av att domstolarna i sin tillämpning av 36 § AvtL eftersträvar att skapa vägledande praxis.

Allt ansvar lämnades dock inte på domstolarna, utan viss vägledning för domstolarnas bedömning ställdes upp i förarbetena. Denna vägledning var i huvudsak generell till sin inriktning, snarare än fokuserad på specifika typer av avtalsvillkor, och inte avsedd att vara uttömmande. I samband med detta underströks att avtalsvillkor inte kan betraktas isolerade, utan måste sättas in i sitt rättsliga sammanhang.⁵⁰ Det framhävdes också att domstolarna vid jämkning bör eftersträva samma riskfördelning som parterna ursprungligen avsett att uppnå.⁵¹ Vägledningen i förarbetena får dock inte följas för strikt, utan bör endast ses som hjälpmedel vid skälighetsbedömningen.⁵² Ytterst är det domstolarna som, bland annat genom att väga intresset av den underlägsna partens skydd mot intresset av förutsägbarhet och rättssäkerhet, sätter gränserna för paragrafens tillämpningsområde.⁵³

Flera författare inom doktrinen har uppmärksammat att den utökade möjlighet till ogiltighetförklarande och jämkning som följer med 36 § AvtL kan sägas stå i konflikt med principen om *pacta sunt servanda*. Resultatet av denna konflikt har beskrivits som en slags förändring av synen på denna princip, på så vis att avtal fortfarande ska hållas men inte nödvändigtvis exakt i sin ursprungliga utformning.⁵⁴

En närliggande tanke har framförts av Votinius, som beskriver att ett av de mest utmärkande dragen hos 36 § AvtL är just paragrafens bakomliggande kontraktssyn. Övriga avtalsrättsliga ogiltighetsregler, inklusive 33 § AvtL, uppställer samtliga endast negativa förpliktelser i form av att en avtalspart ska underlåta att vidta vissa handlingar. 36 § AvtL föreskriver därutöver positiva skyldigheter, det vill säga krav på att handla på ett visst sätt. Detta sägs av

⁴⁹ Prop. 1975/76:81 s. 117.

⁵⁰ Prop. 1975/76:81 s. 39 f.

⁵¹ Prop. 1975/76:81 s. 88.

⁵² Jfr Grönfors och Dotevall s. 389.

⁵³ Jfr Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz s. 334.

⁵⁴ Grönfors och Dotevall s. 357 och s. 421.

Votinius spegla en modernare och mer rättvisebaserad kontraktssyn, som fokuserar på parternas jämbördighet och skyddet för den svagare parten. Den rättvisebaserade kontraktssynen beskrivs också innefatta en plikt för parterna att lojalt tillgodose varandras intressen utöver vad som endast framgår direkt av avtalets ordalydelse. Detta ställs i kontrast mot den klassiska kontraktssynen som beskrivs ha den striktare uppfattningen att avtal ska hållas i sin ursprungliga form och till nästan vilket pris som helst.⁵⁵

Slutligen har flera författare inom doktrinen påpekat att 36 § AvtL både har ett större tillämpningsområde och mindre restriktiva rekvisit än 33 § AvtL, varför den förstnämnda sägs kunna tränga ut den sistnämnda vad gäller rättsfrågor som ligger inom deras gemensamma tillämpningsområde. I detta sammanhang har också framförts att det ytterst är parternas utformning av sin respektive talan som avgör vilken av paragraferna som domstolarna kommer att tillämpa.⁵⁶

2.3 Tillämpningen av 33 § AvtL i rättspraxis från tiden efter införandet av 36 § AvtL

2.3.1 NJA 1986 s. 748

Rättsfallet NJA 1986 s. 748 handlade om en krock mellan två personbilar, där svaranden Per-Gunnar i direkt samband med kollisionen skrev under ett avtal om att han tog på sig hela ansvaret för skadorna som uppkommit på käranden Elis bil. Därefter vägrade dock svaranden att betala.

Käranden gick därför till domstol och yrkade på att svaranden skulle betala skadeståndsansättning. Som grund för detta åberopade käranden att det var svaranden som vållat olyckan genom sitt bristfälliga framförande av fordonet samt att svaranden var betalningsskyldig enligt avtalet han skrev på i samband med kollisionen. Svaranden bestred detta med motiveringen dels att han inte vållat någon skada, dels att något avtal över huvud taget inte slutits mellan

⁵⁵ Votinius (2022) s. 119 ff.

⁵⁶ Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz s. 303; Grönfors och Dotevall s. 425 f.

parterna. Om rätten skulle bedöma att ett sådant avtal visst slutits åberopade svaranden i andra hand att det, på grund av omständigheterna vid avtalets tillkomst, skulle strida mot tro och heder enligt 33 § AvtL att göra avtalet gällande gentemot honom.

Både tingsrätten och hovrätten gjorde bedömningen att ett åberopande av rättshandlingen skulle strida mot tro och heder enligt 33 § AvtL och avskog därför kärandens talan. Käranden överklagade därefter domen till HD.

HD kom, liksom underrätterna, fram till att det inte kunde styrkas att svaranden varit vållande till olyckan. HD kom också fram till att ett avtal med innebörden att svaranden ensidigt tog på sig ansvaret för olyckan slutits mellan parterna. HD prövade därefter åberopandet av 33 § AvtL. HD uppmärksammade här inledningsvis att olyckan inte gett upphov till några personskador utan endast till lindrigare fordonsskador. Domstolen ansåg därför att det inte fanns något som tydde på att svaranden, av chock eller liknande anledning, befunnit sig i ett sådant tillstånd att han inte kunde bedöma konsekvenserna av sitt rättshandlande. Vad gällde det faktum att svaranden inte kunnat styrkas vara vållande påpekade HD att polisutredning kring detta saknades, eftersom parterna inte tillkallade polis eftersom de löste situationen genom att ingå ett avtal. Av detta skäl ansåg HD att omständigheten att svaranden inte kunnat styrkas vara vållande saknade betydelse vid bedömningen av åberopandets stridande mot tro och heder. Slutligen konstaterade HD att det saknades övriga omständigheter vid rättshandlingens tillkomst som skulle kunna göra att ett åberopande av avtalet skulle strida mot tro och heder.

HD gjorde därför bedömningen att avtalet inte kunde ogiltigförklaras med stöd av 33 § AvtL, varför skadeståndsansvar ansågs föreligga för svaranden i enlighet med det undertecknade avtalet. HD biföll därför kärandens talan.

2.3.2 NJA 1989 s. 505

De bakomliggande omständigheterna för rättsfallet NJA 1989 s. 505 var att käranden Alf genom sitt aktiebolag hyrt en fastighet av svaranden AB Hotell Svea, som han därefter sagt upp. Käranden ansåg att svarandens handlande

efter uppsägningen gjort att han lidit skada, varför han väckte talan om att domstolen skulle förklara svaranden skadeståndsskyldig gentemot honom. Svaranden bestred käromålet.

Som grund för sitt yrkande åberopade käranden att parterna varit överens om att det alltid var käranden som mot slutet av varje hyresperiod skulle säga upp avtalet för att inleda nya förhandlingar om hyresvillkoren. Han hade formulerat sin skriftliga uppsägning på samma sätt som tidigare gånger och avsåg även denna gång att förhandla inför nästa hyresperiod, och alltså inte att säga upp avtalet. Käranden sa också detta muntligt vid överlämnande av uppsägningen. Käranden åberopade också ett styrelseprotokoll från svaranden som visade att svaranden kände till detta. Som andrahandsyrkande åberopade käranden att uppsägningen var ogiltig eftersom det skulle strida mot tro och heder enligt 33 § AvtL för svaranden att göra uppsägningen gällande mot honom, eftersom svaranden kände till att avsikten liksom tidigare varit att förhandla inför kommande hyresperiod och inte att säga upp avtalet. Svaranden å sin sida åberopade flera omständigheter som svaranden ansåg talade mot det av käranden åberopade.

Domen överklagades ända till HD, som fastställde hovrättens ogillande domen med skiljaktiga meningar kring motiveringen för detta. Majoriteten fäste vikt vid att en uppsägning av det slag som käranden undertecknat måste tolkas som ett ultimatum från hyresgästens sida, där hyresgästen gör klart att denne kommer att flytta om inte parterna kan enas om nya hyresvillkor och att hyresvärden i så fall måste hitta en ny hyresgäst. Det ansågs därför rimligt att svaranden verkligen utgått från att uppsägningen i slutändan skulle kunna leda till att käranden slutade vara hyresvärd. Majoriteten betonade också att käranden agerat i egenskap av näringsidkare och självmant valt denna riskabla förhandlingsstrategi. Av dessa skäl bedömde HD att det inte stod i strid mot tro och heder enligt 33 § AvtL för svaranden att åberopa uppsägningen gentemot käranden. HD ogillade därför kärandens yrkande.

2.3.3 PMT 4156-21

Bakgrunden till rättsfallet PMT 4156-21 var att käranden, P.L, under flera års tid hade varit kund hos svaranden, spelbolaget BML Group Ltd. Inledningsvis som vanlig kund och därefter som VIP-kund. Under hela kärandens period som kund skickade svaranden kontinuerligt direkt marknadsföring till käranden. Käranden omsatte mångmiljonbelopp på svarandens onlinekasino, men sa till slut upp sitt konto. En tid därefter blev käranden diagnosticerad som spelberoende.

I PMD yrkade käranden bland annat att svaranden skulle återbetala de pengar som käranden omsatt på spelbolagets onlinekasino, vilket svaranden bestred.

Som grund för sitt yrkande anförde käranden att den vinst som svaranden gjort på käranden saknade rättslig grund och därför var obehörig, varför vinsten skulle återgå till käranden. Att vinsten skulle vara obehörig motiverades bland annat med att det skulle strida mot 33 och 36 §§ AvtL om svaranden fick göra rättshandlingarna gällande gentemot käranden och därmed behålla vinsten. Käranden lyfte särskilt fram sin underlägsna ställning gentemot svaranden, att han på grund av sitt spelberoende inte varit i stånd att motstå marknadsföringen samt att svaranden med hänsyn till kärandens spelmönster borde ha förstått att han var spelberoende.

Mot detta invände svaranden att vinsten inte alls uppkommit på ett obehörigt sätt, eftersom käranden frivilligt valt att spela på svarandens onlinekasino. Svaranden påstod också att svaranden inte kände till att käranden var spelberoende och att käranden aldrig sagt att han inte ville ta emot någon marknadsföring. Svaranden framhävde också att de stängde ner kärandens konto på onlinekasinot direkt efter att han bett om det. Slutligen invände svaranden att parternas avtal inte stod i strid med varken 33 § AvtL eller 36 § AvtL.

PMD gjorde bedömningen att ett återopande av rättshandlingen inte stred mot tro och heder enligt 33 § AvtL och ogillade därför kärandens yrkande.

Käranden överklagade därefter domen till PMÖD. I samband med detta förtydligades att 33 och 36 §§ AvtL både åberopades som en del i påståendet om obehörig vinst och som en separat grund för yrkandet.

PMÖD prövade inledningsvis huruvida avtalen skulle ogiltigförklaras på grund av att det skulle strida mot tro och heder enligt 33 § AvtL att göra avtalen gällande gentemot käranden. Domstolen konstaterade inledningsvis att det saknades vägledande praxis för tillämpningen av 33 § AvtL i en sådan situation. Domstolen kom därefter fram till att det utifrån kärandens framförda bevisning stod klart att käranden var spelberoende. PMÖD gjorde sedan bedömningen att svaranden, utifrån kärandens spelmönster, hade vetskap om att käranden hade allvarliga spelproblem åtminstone från den tidpunkt då käranden blev VIP-kund på onlinekasinot. Domstolen ansåg att detta var tillräckligt för att svaranden skulle anses vara i ond tro enligt 33 § AvtL, något krav på kännedom om spelberoende i medicinsk mening ansågs ej nödvändigt. Enligt domstolen gick det dock inte att dra någon säker slutsats huruvida svaranden kände till detta tidigare än så.

Vad gällde själva marknadsföringen, det vill säga omständigheterna vid avtalens tillkomst, gjorde PMÖD bedömningen att den lockade till mer spelande på ett påträngande sätt, samt att den inte bara fortsatte efter det att svaranden fått kännedom om kärandens spelproblem utan därefter intensifierades. Ytterligare en försvårande omständighet för BML som domstolen lyfte fram var att den spelform som bolaget marknadsförde innebar en stor risk för att skapa ett spelberoende och dessutom var förbjuden i Sverige vid tidpunkten för marknadsföringen.

Utifrån dessa omständigheter gjorde PMÖD den sammantagna bedömningen att det, med hänsyn till omständigheterna vid rättshandlingarnas tillkomst, ansågs strida mot tro och heder enligt 33 § AvtL för svaranden att göra avtalen gällande gentemot käranden. Rättshandlingarna skulle därför betraktas som ogiltiga, med rättsföljden att parternas respektive prestationer i största möjliga mån skulle återgå. Svaranden förpliktigades därmed att återbetala mellanskillnaden mellan de belopp som käranden satt in respektive tagit ut på

onlinekasinot efter det att svaranden fått vetskap om kändens spelproblem. Vad gäller tiden före detta konstaterade domstolen kortfattat att det inte heller med stöd av 36 § AvtL gick att ogiltigförklara rättshandlingarna från denna tidpunkt. Sammantaget innebar alltså domen att PMÖD delvis biföll kändens yrkanden.

Av intresse är att PMÖD möjliggjorde överklagande till HD genom att inkludera en så kallad ventil, eftersom PMÖD ansåg att fallet rörde frågor av intresse för rättstillämpningens ledning. Svaranden BML Group Ltd har efter domen uttalat i media att bolaget avser att utnyttja detta och överklaga domen vidare till HD.⁵⁷ Om HD beviljar prövningstillstånd kan alltså den slutliga bedömningen bli en annan än vad som blev utfallet i PMÖD.

⁵⁷ Jfr Lindgren.

3 Analys och slutsatser

3.1 Jämförelse mellan 33 och 36 §§ AvtL

Utifrån den utredning av rättsläget som gjorts i föregående kapitel kan nu en analyserande jämförelse göras mellan 33 och 36 §§ AvtL avseende syfte, utformning och tillämpningsområde.

Inledningsvis kan konstateras att även om båda paragraferna är generalklausuler så infördes de inte med riktigt samma syften. 33 § AvtL var avsedd att komplettera de specifika ogiltighetsgrunderna i 3 kap. AvtL, genom att möjliggöra för domstolarna att fånga upp sådana situationer som inte faller in under någon av dessa regler men som ändå motiverar ett ogiltigförklarande av rättshandlingen. Paragrafen är dock försiktigt utformad och var uttryckligen avsedd att tillämpas restriktivt. På så vis kan 33 § AvtL:s syfte till stor del sägas ha varit att fylla en slags slasktrattsfunktion bland avtalsrättens ogiltighetsregler. 36 § AvtL hade i stället som uttryckligt syfte att utöka domstolarnas möjligheter att jämka och åsidosätta oskäligen avtal och avtalsvillkor. I enlighet med detta gjordes inget uttalande om att 36 § AvtL skulle tillämpas restriktivt, utan tvärt om ett uttalande om att domstolarnas tidigare restriktiva hållning till ogiltigförklarande av rättshandlingar borde ändras. Domstolarna gavs därmed en stor frihet att, utifrån viss vägledning i förarbetena, själva utforma de närmare reglerna för 36 § AvtL:s tillämpning.

När det kommer till paragrafernas utformning och tillämpningsområden ligger den kanske mest centrala skillnaden i att 33 § AvtL är en ogiltighetsregel som endast tar sikte på omständigheterna vid rättshandlingens tillkomst, medan 36 § AvtL är en jämningsregel som också tillåter hänsyn till andra faktorer än omständigheterna vid rättshandlingens tillkomst. 33 § AvtL är alltså begränsad på så vis att den endast kan användas för att ogiltigförklara en rättshandling i dess helhet, medan 36 § AvtL utöver detta också kan användas för att ändra både hela rättshandlingar och specifika avtalsvillkor genom jämkning. Av denna konstruktion följer alltså att 36 § AvtL kan användas inte bara för att uppnå alla de rättsliga resultat som 33 § AvtL kan användas för att uppnå, utan också betydligt fler.

Ytterligare en skillnad är att 33 § AvtL uppställer ett subjektivt krav på att ena parten genom sitt åberopande handlar i ond tro, medan något sådant krav inte uppställs av 36 § AvtL. För att jämka eller ogiltigförklara ett avtal med stöd av 36 § AvtL är det tillräckligt att avtalet och dess villkor som sådana är oskäligen, oavsett huruvida den part som vill göra rättshandlingen gällande är medveten om denna oskälighet eller ej. Detta kan relateras till 33 § AvtL:s fokus på huruvida ett visst handlande är moraliskt eller ej, vilket också återspelas i begreppsvalen. ”I strid mot tro och heder” är ett snävare begrepp än ”oskäligen”. Det förstnämnda har ett mer konkret innehåll fokuserat på omoraliskt handlande, medan det sistnämnda har ett mindre precist innehåll som i större utsträckning bestäms genom domstolarnas rättstillämpning.

Utifrån dessa skillnader i syften, utformning och tillämpningsområden kan slutligen urskönjas en skillnad i synen på avtalet som rättshandling. 33 § AvtL utgår, med sitt snävare och mer restriktiva tillämpningsområde, från att *pacta sunt servanda* går före det mesta; ett avtal ska hållas till sin ordalydelse, utom i vissa moraliskt förkastliga undantagssituationer då det helt ska ogiltigförklaras. 36 § AvtL lägger inte samma tyngdpunkt vid moral och att avtal ska hållas, utan fokuserar mer på jämvikten i partsrelationen och erbjuder en större flexibilitet kring valet av åtgärder.

3.2 Analys av tillämpningen av 33 § AvtL i rättspraxis

I denna del ska tillämpningen av 33 § AvtL i de ovan beskrivna rättsfallen analyseras. Här måste uppmärksammas att praxisen på området är fåtalig; från tiden efter 36 § AvtL:s införande finns endast tre rättsfall där tillämpningen av 33 § AvtL utgör en av huvudfrågorna. Det finns därför många situationer där 33 § AvtL kan tänkas bli tillämplig som saknar prejudicerande praxis, varför rättsläget är långt ifrån helt klart.

Av dessa tre rättsfall är det endast PMT 4156-21 där 33 § AvtL åberopats med framgångsrikt resultat. Det går att urskilja tre huvudsakliga faktorer som utmärkte detta fall i förhållande till de andra två och som alltså var avgörande

för att domstolen skulle anse paragrafen vara tillämplig. Den första faktorn var att yrkandet gick ut på att ogiltigförklara en rättshandling i sin helhet och inte endast vissa specifika avtalsvillkor. Den andra faktorn var att den påstådda ogiltigheten grundade sig på omständigheter vid avtalens tillkomst och alltså inte på avtalets innehåll i sig. Den tredje och sista faktorn var att dessa omständigheter innebar ett omoraliskt agerande från svarandens sida. Det kan vidare uppmärksammas att situationen i rättsfallet till viss del liknade en av de två typsituationerna då 33 § AvtL:s objektiva rekvisit är uppfyllt enligt förarbetena, nämligen den då en person av någon anledning haft nedsatt förmåga att förstå de rättsliga konsekvenserna av sitt handlande och motparten haft insikt om detta vid tidpunkten för rättshandlingens tillkomst.

Även i NJA 1986 s. 748 och NJA 1989 s. 505 handlade frågan om att åberopa en rättshandling i sin helhet samt att ogiltigheten sades vara hänförlig till omständigheter vid rättshandlingens tillkomst. Den huvudsakliga skillnaden mellan situationerna i dessa två rättsfall och den i PMT 4156-21 var att domstolen i det första två fallen inte ansåg att svaranden handlat direkt omoraliskt. Av detta kan slutsatsen dras att just ett omoraliskt handlande är något som utmärker tillämpningen av 33 § AvtL, vilket i enlighet med vad som sagts i föregående avsnitt också har stöd i förarbetena och doktrinen.

När det kommer till tillämpningen av 33 § AvtL mer specifikt i förhållande till 36 § AvtL ges dock inte mycket närmare vägledning. I PMT 4156-21 prövas 33 § AvtL först, och eftersom domstolen kommer fram till att paragrafen är tillämplig på tiden efter det att käranden blev VIP-kund saknas skäl att även pröva 36 § AvtL:s tillämplighet. Vad gäller tiden före detta ger domstolen inte heller någon djupare vägledning, utan konstaterar endast kortfattat att inte heller 36 § AvtL kan användas för att ogiltigförklara rättshandlingarna som tillkommit under denna tidpunkt. Detta är inte förvånande med tanke på 36 § AvtL:s större tillämpningsområde; om inte 33 § AvtL är tillämplig är antagligen inte 36 § AvtL heller det.

Gemensamt för både NJA 1986 s. 748 och NJA 1989 s. 505 är att endast 33 § AvtL åberopades, varför inte heller dessa rättsfall ger någon vägledning för

vad som utmärker 33 § AvtL:s tillämpning i förhållande till 36 § AvtL. Om kändena även hade åberopat 36 § AvtL hade domstolen kunnat pröva om åtminstone denna paragraf, med sitt större tillämpningsområde, var tillämplig.

3.3 Sammanfattande diskussion och slutsatser

Nu, när både en jämförelse mellan 33 § AvtL och 36 § AvtL har gjorts och tillämpningen av 33 § AvtL i senaste praxis har analyserats, kan uppsatsens övergripande frågeställning diskuteras; har 33 § AvtL ett självständigt tillämpningsområde i förhållande till 36 § AvtL?

På grund av framför allt förarbetenas ålder och bristen på vägledande praxis är rättsläget i stor utsträckning oklart, varför endast försiktiga slutsatser kan dras. Utifrån jämförelsen mellan paragraferna är det dock tydligt att 36 § AvtL har ett betydligt större tillämpningsområde än 33 § AvtL. Det framstår som att 36 § AvtL:s tillämpningsområde i princip helt omfattar också 33 § AvtL:s tillämpningsområde.

Utifrån domen i PMT 4156-21 kan slutsatsen dock dras att det finns situationer då 33 § AvtL åtminstone är mer lämplig att tillämpa än 36 § AvtL, nämligen då ena parten har handlat så omoraliskt vid rättshandlingens tillkomst att rättshandlingen bör ogiltigförklaras i sin helhet. I dessa situationer är 33 § AvtL mest lämplig att tillämpa, just på grund av att sådana situationer faller inom paragrafens snävare tillämpningsområde med tydligare betoning på omoraliskt handlande. Detta innebär dock inte att man kan gå så långt som att säga att 33 § AvtL är ensamt tillämplig i en sådan situation. Med tanke på 36 § AvtL:s mer omfattande tillämpningsområde är det tvärt om troligt att även denna paragraf är tillämplig i sådana situationer, om än inte med samma precision. Utan vägledande praxis går detta dock inte att veta helt säkert.

Sammanfattningsvis är svaret på frågeställningen alltså mest troligt nej, eller i bästa fall ett tveksamt kanske. Åtminstone går det att säga att 33 § AvtL är mest lämplig att tillämpa på sådana situationer som faller inom paragrafens snävare tillämpningsområde. Dock hade troligtvis 36 § AvtL också gått att

tillämpa på dessa situationer om endast denna paragraf åberopats, varför detta tillämpningsområde antagligen inte kan sägas vara exklusivt för 33 § AvtL. Med det sagt har ändå 33 § AvtL i viss utsträckning ett eget existensberättigande och en särpräglad roll i dagens avtalsrätt, om inte annat så åtminstone genom sitt snävare och specifikt moralinriktade tillämpningsområde samt genom sitt särskilda förhållande till de specifika ogiltighetsreglerna i 28-31 §§ AvtL.

Förhoppningsvis kommer HD att bevilja prövningstillstånd till ett eventuellt överklagande av PMT 4156-21, för att därefter komma med en dom som förtydligar rättsläget och möjliggör ett mer exakt svar på frågeställningen. Fram till dess bör den yrkesverksamma juristen ta det säkra före det osäkra och aldrig ensamt åberopa den lilla generalklausulen utan sällskap av sin storebror.

Käll- och litteraturförteckning

KÄLLOR

Tryckta källor

Offentligt tryck

SOU 1915:1 Lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

SOU 1974:83 Generalklausul i förmögenhetsrätten.

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

Rättsfall

Patent- och marknadsöverdomstolen

PMT 4156-21.

Högsta domstolen

NJA 1943 s. 728.

NJA 1955 s. 661.

NJA 1986 s. 748.

NJA 1989 s. 505.

NJA 1992 s. 351.

NJA 1993 s. 163.

NJA 1994 s. 381.

Övrigt

Boström, Towe: 'Professorn om Holknekts fall: Spelbranschen skakas om'. *Dagens industri*, 18 januari 2024. <https://www.dn.se/ekonomi/professorn-om-holknekts-fall-spelbranschen-skakas-om/> (besökt 2024-05-05).

Lindgren, Martin: 'Rådgivare: Smäll på hundratals miljoner väntar Betsson'. *Dagens Industri*, 21 december 2023. <https://www.di.se/nyheter/radgivare-small-pa-hundratals-miljoner-vantar-betsson/> (besökt 2024-05-08).

Oscarsson, Tea: 'Unik dom: Betsson tvingas betala tillbaka spelförluster'. *TV4 nyheterna*, 21 december 2023. <https://www.tv4.se/artikel/2ogeEu-jOOXbT7CqABKp0ee/per-mot-betsson-vinner-i-hoegsta-instans> (besökt 2024-05-08).

LITTERATUR

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

André, Mathias: 'Strukturer i 36 § avtalslagen' *SvJT* 1986 s. 526-549.

Grönfors, Kurt och Dotevall, Rolf: *Avtalslagen: En kommentar*. 6 uppl., Norstedts Juridik AB 2023.

Karlgren, Hjalmar: '33 § avtalslagen' *SvJT* 1933 s. 219-255.

Kleineman, Jan: 'Rättsdogmatisk metod', i: Nääv, Maria m.fl. (red.), *Juridisk metodlära*. 2 uppl., Studentlitteratur 2018 s. 21-46.

Norlén, Andreas: 'Oskälighet och 36 § avtalslagen'. Diss., Linköpings universitet, 2004.

Schelin, Johan: *Kritiska perspektiv på rätten*. Poseidon Förlag AB 2018.

Trolle Önnerfors, Elsa och Wenander, Henrik: *Att skriva rätt*. 3 uppl., Norstedts Juridik AB 2022.

Ussing, Henry: *Aftaler paa Formuerettens Omraade*. 3 uppl., Gads forlag 1950.

Votinius, Sacharias (2005): 'Avtalslagens generalklausul och den rättvisebaserade kontraktsuppfattningen', i: Flodgren, Boel m.fl. (red.), *Avtalslagen 90 år*. Norstedts Juridik AB 2005 s. 335-347.

Votinius, Sacharias (2022): 'Omtag för det oförutsedda: En modern syn på avtal ingångna under felaktiga förutsättningar.', i: Axhamn, Johan, Birgitta, Nyström och Svensson, Ola, *Ändrade förhållanden*. Norstedts Juridik AB 2022 s. 111-139.