



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Per Möller

# Oskälighet

Examensarbete  
20 poäng

Patrik Lindskoug

Förmögenhetsrätt, Civilrätt, Avtalsrätt, Komparativ rätt

VT 2007

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>3</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>4</b>
1.1 Bakgrund	4
1.2 Frågeställning	5
1.3 Syfte	5
1.4 Avgränsning	6
1.5 Metod och material	6
1.6 Disposition	7
<b>2 ARBETET MED EN EUROPEISK CIVILLAG</b>	<b>8</b>
2.1 Inledning	8
2.2 Politiska initiativ	8
2.2.1 Europaparlamentet och Europeiska rådet	8
2.2.2 Kommissionen	9
2.3 Privata initiativ	11
2.3.1 Lando-kommissionen och PECL	11
2.3.2 The Study Group for a European Civil Code	13
2.3.3 Övriga privata initiativ	14
<b>3 ALLMÄNT OM HANTERING AV OSKÄLIGA AVTALSVILLKOR<sup>15</sup></b>	
<b>4 36 § AVTL</b>	<b>17</b>
4.1 Allmänt	17
4.2 Tillämpningsområde och övergångsbestämmelser	18
4.3 Avtalsvillkor	19
4.4 Avtalets innehåll	19
4.5 Omständigheter vid avtalets tillkomst	21
4.6 Senare inträffade förhållanden	22

<b>4.7</b>	<b>Omständigheter i övrigt</b>	<b>23</b>
<b>4.8</b>	<b>Underlägsen ställning</b>	<b>25</b>
<b>4.9</b>	<b>Rättsföljder</b>	<b>26</b>
4.9.1	Jämkning av det aktuella villkoret	26
4.9.2	Villkoret lämnas utan avseende	27
4.9.3	Jämkning av avtalet i annat hänseende och möjligheten att ogiltigförklara hela avtalet	27
<b>5</b>	<b>OSKÄLIGHET I ENGELSK RÄTT</b>	<b>29</b>
<b>5.1</b>	<b>Inledning</b>	<b>29</b>
<b>5.2</b>	<b>Omständigheter vid avtalets tillkomst</b>	<b>29</b>
<b>5.3</b>	<b>Avtalets innehåll</b>	<b>29</b>
5.3.1	Allmänt	29
5.3.2	Tillämpningsområde	30
5.3.3	Tillämpning av UCTA	31
5.3.4	Skälighetsprövningen	32
5.3.5	Rättsverkningar	34
<b>5.4</b>	<b>Ändrade förhållanden</b>	<b>35</b>
<b>6</b>	<b>OSKÄLIGHET I TYSK RÄTT</b>	<b>36</b>
<b>6.1</b>	<b>Inledning</b>	<b>36</b>
<b>6.2</b>	<b>Avtalets innehåll</b>	<b>36</b>
6.2.1	§§ 305-310	36
6.2.1.1	Tillämpningsområde	36
6.2.1.2	Innehållskontroll	37
6.2.1.3	Särskilt om friskrivningsklausuler	41
6.2.1.4	Rättsföljder	42
6.2.2	§ 138 och § 242	43
<b>6.3</b>	<b>Ändrade omständigheter</b>	<b>43</b>
<b>7</b>	<b>OSKÄLIGHET I PECL</b>	<b>45</b>
<b>7.1</b>	<b>Inledning</b>	<b>45</b>
<b>7.2</b>	<b>Allmänt om oskälighet i PECL</b>	<b>45</b>
<b>7.3</b>	<b>Omständigheter vid avtalets tillkomst</b>	<b>46</b>
<b>7.4</b>	<b>Avtalets innehåll</b>	<b>47</b>
<b>7.5</b>	<b>Ändrade förhållanden</b>	<b>49</b>
<b>8</b>	<b>ANALYS</b>	<b>51</b>
<b>8.1</b>	<b>Inledning</b>	<b>51</b>

<b>8.2</b>	<b>Fallösning</b>	<b>51</b>
8.2.1	Den svenska lösningen	51
8.2.1.1	Allmänt	51
8.2.1.2	Domstolens bedömning	51
8.2.1.3	Kommentar	53
8.2.2	Den engelska lösningen	53
8.2.2.1	Allmänt	53
8.2.2.2	Reglernas tillämplighet	53
8.2.2.3	Prövning av villkorets skälighet	53
8.2.3	Den tyska lösningen	55
8.2.3.1	Allmänt	55
8.2.3.2	Reglernas tillämplighet	55
8.2.3.3	Prövning av villkorets skälighet	55
8.2.4	Kommentarer till fallösningen	56
<b>8.3</b>	<b>Kommentarer till införande av PECL</b>	<b>58</b>
8.3.1	Allmänt	58
8.3.2	Tillämpningen av PECL	58
8.3.3	Förändringar vid antagande av PECL	59
<b>8.4</b>	<b>Avslutande synpunkter</b>	<b>61</b>
<b>BILAGA A</b>		<b>63</b>
<b>BILAGA B</b>		<b>64</b>
<b>BILAGA C</b>		<b>69</b>
<b>BILAGA D</b>		<b>75</b>
<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>		<b>77</b>
<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>		<b>81</b>

# Summary

At present time legal experts within the EU are debating whether civil law should be harmonized through a European Civil Code. The Lando Commission has presented a draft, Principles of European Contract Law (PECL), on which harmonisation regarding the general law of contracts may be based.

In this thesis rules regarding unfair terms in Swedish, English and German law and PECL are presented. In applying these rules on a case I hope to illustrate similarities and differences between the legal systems.

PECL contains a number of rules regarding unfair terms. These rules are applicable in different situations and represent different ways to approach unfair terms. PECL has rules that are applicable on the case in question. There is no case law or specific comments attached to PECL which makes it hard to foresee which circumstances a court would choose to pay regard to.

It is hard to pass judgement on which way to approach unfair terms that is the most effective. Still, I have chosen to consider whether PECL approaches unfair terms in a more effective way than 36 § avtalslagen. This evaluation is made in the light of the presentation of the English and German law.

Noticeable is that the Swedish 36 § avtalslagen is applicable on every term, while the English rules are applicable only on exemption clauses and the German rules are applicable only on terms that have not been individually negotiated.

While the term in the case studied was both that was not individually negotiated and at the same time an exemption clause all the rules were applicable. Similarities were found regarding circumstances that the courts might pay regard to. The greatest difference between the legal systems seems to be the way to approach unfair terms. Due to these differences, (unfair) terms might sometimes not be tried by the courts in both England and Germany. Also the possible legal consequences in the present case differed. Under 36 § avtalslagen it would be possible to modify the term, which would not be possible under the relevant English and German rules. In German law though, it is possible to modify terms if it is a question of circumstances having been changed.

# Sammanfattning

En intressant fråga som just nu debatteras av jurister inom EU är huruvida civilrätten bör harmoniseras genom en europeisk civillag. Lando-kommissionen har utarbetat ett förslag, Principles of European Contract Law (PECL), till grund för en harmonisering av den allmänna avtalsrätten.

I uppsatsen presenteras regler i svensk, engelsk och tysk rätt samt PECL som rör oskäliga avtalsvillkor. De presenterade reglerna tillämpas därefter på ett fall för att illustrera likheter och skillnader mellan rättsordningarna.

När det gäller PECL finns ett antal regler som berör oskäliga avtalsvillkor. De olika reglerna har olika tillämpningsområde och representerar olika angreppssätt på oskäliga villkor. Falllösningen visar att PECL har regler som är tillämpliga. Det saknas dock praxis och kommentarer i PECL för att kunna avgöra vilka omständigheter som en domstol skulle beakta i det aktuella fallet.

Det är svårt att uttala sig om vilket angreppssätt på oskäliga avtalsvillkor som är mest effektivt. Uppsatsen behandlar dock frågan om lösningen i PECL kan vara en bättre lösning än den svenska, efter att redogörelsen för engelsk och tysk rätt öppnat sinnet även för andra lösningar.

När det gäller de nationella reglerna är det värt att notera att den svenska regeln 36 § avtalslagen är tillämplig på samtliga villkor, medan de tyska reglerna endast är tillämpliga på standardavtal och de engelska reglerna endast på friskrivningsklausuler.

I falllösningen är det fråga om både ett standardavtal och en friskrivningsklausul. Då samtliga regler är tillämpliga kan likheter skönjas vad gäller omständigheter som domstolen kan beakta. Den största skillnaden synes ligga i hur man angriper oskäliga villkor. Detta resulterar i att villkors skälighet i vissa fall inte kan domstolsprövas i varken engelsk och tysk rätt. Möjliga rättsföljder i det aktuella fallet skiljer sig också åt mellan länderna. Enligt 36 § avtalslagen skulle det vara möjligt att jämka villkoret, vilket inte vore möjligt enligt de aktuella engelska och tyska reglerna. Tysk rätt medger dock modifiering av villkor om det är fråga om ändrade omständigheter.

# Förkortningar

AGBG	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AVLK	Lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden
AvtL	Avtalslagen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980
Ed	editor
FTSA	Festschrift till Sveriges advokatsamfund
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms Universitet
KO	konsumentombudsmannen
KOM	Kommissionens meddelande
lb.	pound; skålpund
LJ	Lord Justice
MD	Marknadsdomstolen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning I
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
PECL	Principles of European Contract Law
Prop.	proposition
QB	Queen's Bench
RH	Rättsfall från hovrätterna
SFS	Svensk författningssamling
SGECC	The Study Group for a European Civil Code
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
UCTA	Unfair Contract Terms Act 1977
UTCCR	The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1999
Unidroit	International Institute for the Unification of Private Law

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Lagstiftning på EU-nivå var en del av paketet när Sverige gick med i EU. Lagstiftning som skall skapa, främja och upprätthålla den fria inre marknaden är en viktig del av samarbetet. Vad som händer inom unionen är något man som svensk jurist bör känna till eftersom det påverkar svensk rätt. Än så länge sker lagstiftningen sektorsvis och det är inte på alla civilrättsliga områden som det finns övergripande lagstiftning.

Ett ytterligare steg skulle vara ett införande av en europeisk civillag. Under flera år har det debatterats om en sådan bör införas. Frågan är på inga sätt okontroversiell och debatten har gått varm. Håstad har i en artikel inför Nordiska Juristmötet 2002 belyst diskussionen om en europeisk civillag. Här endast ett urval av argumenten som han behandlade<sup>1</sup>:

- Minskade transaktionskostnader och en effektivisering av den inre marknaden.
- Abstraktion kontra skandinavisk realism
- Förstening kontra utveckling
- Behovet av en prejudikatsinstans

Denna framställning skall inte närmare presentera argument för och emot en europeisk civillag. Istället skall Principles of European Contract Law (nedan PECL) behandlas som om de skulle antas som europeisk civillag i dess nuvarande form och tjäna som underlag för jämförelse och diskussion.

Det kan tyckas avlägset med en europeisk civillag, men det finns flera skäl för dagens jurister att intressera sig för utvecklingen på området. Det är lätt att tycka att detta uteslutande är en akademisk fråga. Dock kommer praktikerna till syvende og sidst ändå att bli berörda och möjligheten att påverka finns nu, men kanske inte när (om) en europeisk civillag träder i kraft. Om inte annat kan det vara utvecklande att följa diskussionen då det ger en positiv ”bieffekt” i form av kunskap om andra europeiska länders civilrättsliga lagstiftning.

Förhoppningsvis skall läsaren av denna framställning också ”drabbas” av denna bieffekt. Att behandla hela civilrätten är dock inte möjligt. Istället har regler mot oskäliga villkor valts som fokus. Framställningen bjuder läsaren på gällande rätt i Sverige, England och Tyskland samt relevanta regler i PECL.

---

<sup>1</sup> Se Håstad, s. 358 ff. Det finns mycket skrivet om argument för och emot en europeisk civillag. Ett exempel är S. Grundmann and J. Stuyck (eds.), An Academic Green Paper.



## 1.2 Frågeställning

Idag föreligger det skillnader mellan olika länders lösningar när det gäller regler mot oskäligen villkor. Det är därför intressant att ställa frågan: Hur skiljer sig de olika ländernas lösningar på en avtalstvist som rör oskäligen avtalsvillkor? För att underlätta svaret på denna fråga tillämpas reglerna i denna uppsats på ett verkligt fall. Att använda ett verkligt fall har många fördelar. Förutom att verklighetsförankringen vittnar om att sakomständigheterna verkligen kan föreligga, har fallet prövats av svensk domstol och gör att "gissningar" om hur en svensk domstol skulle avgöra frågan kan undvikas. Det i denna framställning valda fall, NJA 1979 s. 493, behandlade en avtalstvist mellan två näringsidkare. Det ena företaget, Eklundbolaget (nedan kallat A), hade en årsomsättning på cirka 1 miljon kronor medan motparten, Bergmanbolaget (nedan kallat B), hade en årsomsättning på cirka 100 miljoner kronor. A köpte "apparater" av B som skulle kopplas till bensinpumpar för att beräkna pris på tankad bensin. Apparaterna beräknade dock priset fel på grund av olika konstruktions- och materialfel. Standardvillkoren IM 72 reglerade avtalsförhållandet. I dessa återfanns punkt 30 med följande lydelse:

*Utöver vad som föreskrivs i punkt 21 har säljaren intet ansvar för fel, även om de beror på orsak, som förelåg innan risken för godsets förstörelse övergick på köparen. Säljaren är icke skyldig att till köparen utge någon som helst ersättning vare sig för personskada, skada på egendom, som icke omfattas av avtalet, utebliven vinst eller annan förlust eller indirekt skada, såvida det icke framgår av omständigheterna i fallet, att säljaren själv gjort sig skyldig till grov vårdslöshet.*

Säljaren B ansåg sig ha begränsat sitt skadeståndsansvar enligt denna punkt. Köparen A ansåg att denna punkt borde vara att anse som oskäligen. Bedömningen av klausulens skälighet skall inte diskuteras närmare här. Läsaren bör dock ha följande tre omständigheter i åtanke vid den fortsatta läsningen; det var ett avtal mellan två näringsidkare, villkoret begränsade säljarens ansvar, villkoret var ett standardvillkor.

Förhoppningen är alltså att falllösningen skall bistå med svar på den ovan ställda frågan; Hur skiljer sig de olika ländernas lösningar på en avtalstvist som rör oskäligen avtalsvillkor? Utifrån dessa svar är det för denna uppsats också intressant att ställa en följdfråga: Hur skulle reglerna i PECL tillämpas på motsvarande fall? Denna fråga är det, som framgår av uppsatsens senare avsnitt, betydligt svårare att besvara. Det är dock intressant att diskutera en eventuell tillämpning av reglerna utifrån likheter och skillnader med framförallt de svenska men även de engelska och tyska reglerna.

## 1.3 Syfte

I denna uppsats skall likheter och skillnader avseende regler om oskäligen avtalsvillkor i svensk, engelsk och tysk rätt samt relevanta regler i PECL påvisas. Utifrån de likheter och skillnader som påvisas med hjälp av

fallösningen skall eventuella problem med införande av PECL:s regler mot oskäligen avtalsvillkor diskuteras.

## 1.4 Avgränsning

Diskussionen för och emot en europeisk civillag berörs inte i denna uppsats. Ett par påpekanden görs, men diskussionen är så intressant och omfattande att den ensam skulle kunna utgöra underlag för en studie av motsvarande omfattning som förevarande.

När oskälighet diskuteras fokuseras ofta på konsumenter och skyddet för svagare parter. I denna uppsats är istället avtal mellan näringsidkare i fokus. Regler som rör konsumentrelationer behandlas bara i den utsträckning de belyser kommersiella förhållanden.

Regler kring avtalsslutande kan vara av vikt för huruvida ett villkor överhuvudtaget blivit del av ett avtal. Regler av denna karaktär behandlas dock inte i framställningen. Istället förutsätts att ett ifrågasatt villkor har blivit del av avtalet.

På grund av uppsatsens begränsade omfattning har framställningen begränsats till att omfatta engelsk och tysk rätt som jämförelsematerial då dessa är inflytelserika rättsordningar. När det gäller dessa rättsordningar behandlas främst Unfair Contract Terms Act och §§ 305-310 BGB. Dessa utgör de övergripande regler som är återkommande i diskussionen avseende regler mot oskäligen villkor i engelsk och tysk rätt. Att uttömmande behandla regler mot oskäligen villkor, och till exempel behandla särregleringar, låter sig inte göra i en uppsats av denna omfattning. Regler i engelsk och tysk rätt som mer påminner om avtalslagens §§ 28-31 och 33 behandlas endast mycket kortfattat. Att behandla Unfair Contract Terms Act och §§ 305-310 BGB såsom de övergripande reglerna mot oskäligen villkor anser författaren vara såväl lämpligt som tillräckligt för att illustrera de dominerande tankebanorna på detta område i varje rättsordning. Utifrån detta kan relevanta jämförelser göras.

## 1.5 Metod och material

Sedvanlig juridisk metod har tillämpats för att utröna vad som är gällande rätt inom varje område. Dessa slutsatser ligger sedan till grund för komparativa kommentarer. Efter att relevanta regler inom varje rättsordning utretts valdes ett lämpligt rättsfall för att tjäna som exempel. Rättsfallet valdes så att samtliga rättsordningars regler var tillämpliga. Detta föranleder kommentarer huruvida ett annat utfall hade erhållits om ett annat fall hade valts, och dessa återfinns i avsnitt 8.2.4. Fallösningen har möjliggjort uppsatsens komparativa kommentarer och kommentarer kring konsekvenserna av ett införande av de i PECL relevanta reglerna, som avslutar uppsatsen.

Det kan påpekas att PECL bygger på komparationer av framför allt EU-medlemsländernas regler. Däri ingår alltså utredningar av de nationella reglerna. Det kan då tyckas överflödigt att i denna framställning göra en utredning av tre av de bakomliggande rättsordningarna. Fördelen med att utförligare belysa två inflytelserika rättsordningar parallellt med svensk rätt är att det ger ett bra underlag för att förbättra den svenske juristens förståelse för PECL som eventuell framtida civillag. Noterna som finns i PECL ger förvisso en bra överblick över reglernas bakgrund, men de är inte särskilt utförliga. Detta arbete vänder sig främst till den svenske juristen och de avslutande kommentarerna om PECL är främst ur den svenske juristen synvinkel.

När det gäller material vilar avsnittet om den svenska rätten till stor del på förarbetena, men även von Posts avhandling har fått en framträdande roll. I delen om den tyska rätten har lagtext och framför allt Staudingers lagkommentar varit vägledande. Läroböcker har också bistått med översiktliga förklaringar. I delen om engelsk rätt har lagtext samt flera sekundärkällor av likvärdig dignitet använts och givit tillräckligt djup i framställningen. När det gäller PECL finns inte så många fördjupande kommentarer i den svenska litteraturen, men främst Håstads kommentarer har beaktats.<sup>2</sup>

Några ingående studier av rättsfall har inte gjorts trots att sådana är av vikt för samtliga rättsområden. Genom att beakta rättsfall som återkommer i flera källor har de principer de givit upphov till ändå beaktats. I framställningen återfinns därför inte några längre referat av rättsfall. Rättsfall finns dock angivna som stöd för gällande rätt, men också för att underlätta för läsaren som önskar göra fördjupade studier. Detta gäller för samtliga behandlade rättsområden.

## 1.6 Disposition

Uppsatsen inleds med två kapitel som introducerar läsaren i arbetet med en europeisk civillag samt allmänt om regler om oskäligen villkor. Därefter presenteras ländernas respektive regler och PECL i var sitt kapitel. Det avslutande kapitlet innehåller falllösning utifrån de presenterade reglerna, komparativa kommentarer och avslutande synpunkter.

---

<sup>2</sup> Bland övriga som har kommenterat reglerna i PECL återfinns C. Ramberg och Bernitz som också refereras nedan. Håstad har dock varit utförligast i sina kommentarer, framförallt avseende regler mot oskäligen avtalsvillkor.

# 2 Arbetet med en europeisk civillag

## 2.1 Inledning

Initiativ för en europeisk civillag finns både på den klassiska politiska arenan men tas även inom privata projekt. Det finns dock en klar skillnad mellan de privata och de politiska initiativen. De politiska initiativen har inte inneburit något direkt arbete med materiella regler. De har istället inneburit välkomnande av utredningar och initierande av en diskussion om möjligheterna till utformande av en gemensam civillag och vilka former en sådan skulle få. De privata initiativen är däremot inriktade på att finna gemensamma grunder och principer inom civilrätten och utifrån detta utforma optimala regler i en europeisk civillag. Det är tydligt att frågan om lämpligheten i att harmonisera civilrätten är en "het potatis". Deltagarna i diskussionen är många.

Nedan skall initiativ på väg mot en europeisk civillag kort beskrivas. De politiska initiativen och de privata initiativen belyses i var sin del.

## 2.2 Politiska initiativ

### 2.2.1 Europaparlamentet och Europeiska rådet

Europaparlamentet talade tidigt om vikten av harmonisering av europeisk privaträttslig lagstiftning. Detta uttrycktes i två resolutioner 1989 respektive 1994. Där sades att det krävs harmonisering på vissa områden av privaträtten för att fullborda den inre marknaden. Parlamentet ansåg att det effektivaste sättet att uppnå sådan harmonisering skulle vara att samla större grenar av privaträtten i en europeisk civillag. På så sätt skulle man uppfylla de gemenskapsrättsliga kraven som ställs på en inre marknad utan inre gränser.<sup>3</sup> Även 2000 önskade Europaparlamentet att kommissionen skulle utreda möjligheterna till en mer långtgående harmonisering av civilrätten.<sup>4</sup>

Även Europeiska rådet har uttalat att en utredning av möjligheterna till ökad harmonisering av civilrätten är viktig. Efter toppmötet i Tammerfors uttalades att man önskade "en övergripande undersökning om behovet av en tillnärmning av medlemsstaternas civilrättsliga lagstiftning för att undanröja hinder mot smidigt fungerande civilrättsliga förfaranden när detta är nödvändigt"<sup>5</sup>. Uttalandet gjordes som ett led i skapandet av "ett område

---

<sup>3</sup> KOM (2001) 398, s. 4 (hänvisar till EUT 1989 C 158/400; EUT 1994 C 205/518.)

<sup>4</sup> EUT 2000 C 377/323, s. 326, punkt 28.

<sup>5</sup> Europeiska rådet i Tammerfors, Ordförandeskapets slutsatser, p. 39.

med frihet, säkerhet och rättvisa” som föreskrivs i artikel 61.1 EG-fördraget. Uttalandet gav frågan om ökad harmonisering större politisk tyngd.<sup>6</sup>

## 2.2.2 Kommissionen

Kommissionen har också varit aktiv och genom meddelanden försökt initiera och styra arbetet med en harmonisering. Två viktiga dokument från kommissionen är ”Grönboken av 2001”<sup>7</sup> och ”Handlingsplanen av 2003”<sup>8</sup>.

- *Grönboken av 2001*

Kommissionen ville med Grönboken samla in information på området och skapa bredd i debatten och önskade därför kommentarer från konsumenter, näringsliv, yrkesorganisationer, offentliga förvaltningar och institutioner, den akademiska världen och övriga som var intresserade av att delta i debatten om och i vilken utsträckning avtalsrätten behöver harmoniseras. I meddelandet inkluderas i princip alla förmögenhetsrättsliga rättsområden som har koppling till avtalsrätten och kan ha betydelse för den gemensamma marknaden. Områden som dock utesluts är familje- och arbetsrätt som anses ha komplexa partsförhållanden och därmed väcka andra frågor.<sup>9</sup>

Eftersom kommissionen önskade en debatt tog den upp ett antal frågor som borde utredas och pekade särskilt på ett antal förhållanden som kan skapa problem och ineffektivitet på marknaden.<sup>10</sup> Kommissionen gav dock inte själv några färdiga lösningar eftersom den eftersträvade en fri debatt. Ett antal alternativa lösningar presenterades dock för att komma till rätta med eventuella problem. Listan ansågs inte uttömmande och kommissionen kunde tänka sig lösningar som utgör kombinationer och varianter av de fyra huvudförslagen. Följande föreslogs:

1. Inga gemenskapsåtgärder vidtas. Man litar istället på marknads styrka att hitta lösningar på de hinder som skapar effektivitetsbrister.<sup>11</sup>
2. Genom stöd till olika projekt skall man främja en utveckling mot gemensamma avtalsrättsliga principer och på så sätt uppnå ökad konvergens av medlemstaternas lagstiftning.<sup>12</sup>
3. Förbättring av kvaliteten på befintlig gemenskapslagstiftning genom att man bygger vidare på det som finns, åtgärdar bristande samstämmighet samt förtydligar och förenklar det befintliga.<sup>13</sup>
4. Antagande av ny heltäckande lagstiftning på EG-nivå. Detta förslag innefattar ett antal olika lösningar. Kommissionen diskuterar lämpligt instrument och lyfter fram för- och nackdelar med både

---

<sup>6</sup> Bernitz, s. 503.

<sup>7</sup> KOM (2001) 398.

<sup>8</sup> KOM (2003) 68.

<sup>9</sup> KOM (2001) 398, s. 6 f.

<sup>10</sup> KOM (2001) 398, s. 8 ff.

<sup>11</sup> KOM (2001) 398, s. 13 f.

<sup>12</sup> KOM (2001) 398, s. 14 f.

<sup>13</sup> KOM (2001) 398, s. 15 f.

direktiv och förordning. Vidare diskuteras hur bindande ett sådant instrument skulle vara.<sup>14</sup>

Efter att ha presenterat sina förslag som endast skulle utgöra utgångspunkter hoppades kommissionen få in många och konkreta synpunkter från olika håll med bland annat beskrivningar av verklighetsanknutna problem och hinder som företag upplevt i sin, framförallt gränsöverskridande, verksamhet samt förslag på lämpliga lösningar på problemet.<sup>15</sup>

- *Handlingsplanen av 2003*

Handlingsplanen är en uppföljning av Grönboken där kommissionen vill föra arbetet vidare och på nytt få in synpunkter, nu på de förslag som presenteras i handlingsplanen. Kommissionen avser att upprätthålla samrådsförfarandet, då det anses nödvändigt med engagemang från flera håll för möjliggöra ett slutresultat som kan passa alla berörda.<sup>16</sup>

Kommissionen presenterar, utifrån svaren på Grönboken, identifierade problemområden samt förslag på hur arbetet med att åtgärda problem skall fortskrida, vilket kortfattat kommer att presenteras här.<sup>17</sup>

Kommissionens angreppssätt på problemet i Handlingsplanen skiljer sig en del från Grönbokens fyra uppräknade förslag. I Handlingsplanen föreslås att en blandning av icke-lagstadgade och lagstadgade åtgärder skall vidtas. Detta kan göras inom det befintliga sektorspecifika lagstiftningsarbetet. Förbättringar av befintlig och framtida lagstiftning inom gemenskapen ser Kommissionen som en nyckelåtgärd. Ett led i detta arbete skulle vara att arbeta fram en gemensam referensram som skall fastställa gemensamma principer och gemensam terminologi på området för europeisk avtalsrätt. Referensramen skulle komma till användning såväl vid förbättringsarbete med den befintliga lagstiftningen, som kommissionen framhåller som mycket viktigt, som vid arbete med ny gemenskapslagstiftning. Förhoppningen är att referensramen skall användas även vid nationell lagstiftning och på så sätt också verka utjämnande när det gäller skillnader i de nationella lagstiftningarna. Kommissionen påpekar att Handlingsplanen inte har till syfte att närmare bestämma referensramens innehåll utan hänvisar istället till att den ska skapas genom forskning.<sup>18</sup>

Kommissionens inställning till en europeisk civillag behandlas i slutet av Handlingsplanen. Ett införande av en europeisk civillag i enlighet med förslag fyra i Grönboken har då tonats ner. Kommissionen framför att när det gäller icke-sektorspecifika åtgärder är ett frivilligt instrument ett alternativ. Instrumentet skulle alltså kunna väljas av parterna och regleras av deras avtal. Formerna för införandet kan enligt Kommissionen ske antingen

---

<sup>14</sup> KOM (2001) 398, s. 17.

<sup>15</sup> KOM (2001) 398, s. 18.

<sup>16</sup> KOM (2003) 68, s. 5 f.

<sup>17</sup> Läsare med intresse av problem beskrivna i detalj hänvisas till bilagan till KOM (2003) 68 där de inkomna svaren till Grönboken presenteras.

<sup>18</sup> KOM (2003) 68, s. 15 ff.

på EU-nivå genom förordning eller genom en rekommendation och existera parallellt med nationell lagstiftning. Instrumentet skulle kunna vara tillämpligt på alla transnationella avtal eller endast på de där parterna genom lagvalsklausul beslutar att tillämpa instrumentet. Instrumentet beskrivs alltså som en frivillig europeisk civillag.<sup>19</sup>

## 2.3 Privata initiativ

Intresset för en europeisk civillag har funnits länge och flera privata initiativ till forskning har tagits. Forskargrupper bestående av framträdande jurister från flera olika länder har bedrivit studier för att presentera förslag och underlag för en europeisk civillag. Dessa forskargrupper har finansierats på olika sätt. Vissa har fått ekonomiskt stöd av EU-kommissionen, men det är intressant att konstatera att alla är fristående från EU-institutionerna. Arbetet följer alltså ingen politisk agenda presenterad av EU-institutionerna utan är framförallt av akademisk karaktär. Nedan följer en redogörelse som utförligare presenterar Lando-kommissionen medan några andra projekt endast kort kommer att omnämnas.

### 2.3.1 Lando-kommissionen och PECL

The Commission on European contract law, ofta kallad Lando-kommissionen efter grundaren Ole Lando, inledde i början av 1980-talet ett arbete för att ta fram ett underlag för en enhetlig europeisk kontraktsrätt.<sup>20</sup> Lando-kommissionen bestod av främst akademiskt verksamma jurister från samtliga dåvarande medlemmar i EG och i takt med att nya medlemsländer tillkom utsågs nya representanter.<sup>21</sup> Vissa av medlemmarna hade tidigare deltagit i arbetet med CISG och även UNIDROIT.<sup>22</sup> Lando-kommissionens arbete, till viss del finansierat av EU-kommissionen, ledde fram till de så kallade "Principles of European Contract Law" (PECL).<sup>23</sup>

Ändamålet med PECL var att undanröja skillnader i nationell lagstiftning som hindrar effektiv gränsöverskridande handel och erbjuda tillämpning av regler med enhetlig tillämpning över gränserna. Reglerna skulle genom användningen bli mer bekanta för användarna än de olika nationella lagarna.<sup>24</sup> PECL skulle skapa harmonisering och åstadkomma en välfungerande europeisk marknad utan de hinder som skillnader i nationell lagstiftning medför. Avsaknaden av enhetlighet när det gäller avtalsrätten inom Europa skulle alltså avhjälpas med PECL.

PECL skulle kunna användas av EU vid harmonisering inom unionen, men skulle även kunna ha fler användningsområden. Principerna skulle kunna ses som ett första steg mot en europeisk civillag. Dessutom ska parter i olika

---

<sup>19</sup> KOM (2003) 68, s. 24 f.

<sup>20</sup> Håstad, s. 342.

<sup>21</sup> PECL, s. xi ff.

<sup>22</sup> Beale, s. 180 f.

<sup>23</sup> PECL, s. xv f.

<sup>24</sup> PECL, s. xxi.

medlemsländer kunna välja neutrala regler som är ett uttryck för den bästa lösningen inom Europa. Genom att parterna gör en uttrycklig hänvisning till PECL kan reglerna bli tillämpliga på avtalet. Även i fall där hänvisningar görs till *lex mercatoria*, ”general principles of law”, ”internationally accepted principles” eller annan liknande hänvisning skall PECL kunna tillämpas av skiljedomare eftersom de kan anses vara ett uttryck för handelsrättsliga sedvanor. Detta skulle underlätta för skiljemän som på grund av att skiljeavgöranden ofta är sekretessbelagda har svårt att grunda sedvanor och praxis på tidigare avgjorda fall.<sup>25</sup> PECL skulle även kunna fungera som en brygga mellan civil law och common law genom att sammanjämka deras olika rättsliga filosofier. Eftersom PECL kan sägas utgöra en gemensam kärna av de europeiska systemen bör de kunna användas av domare när den nationella lagen inte reglerar fallet, samt av lagstiftaren när lagstiftning skall reformeras. Det ovan anförda medför alltså att PECL kan användas direkt av avtalsparter och skiljemän, men även som underlag för en mer långsiktig harmonisering och förändring av lagstiftning inom Europa.<sup>26</sup>

PECL omfattar allmän avtalsrätt och behandlar inte några specifika avtalstyper. Även om specifika konsumenträttsliga regler inte finns med så är avsikten inte att begränsa tillämpningen till rent kommersiella förhållanden.<sup>27</sup> PECL spänner över ett vidare område jämfört med vad vi i svensk rätt generellt förknippar med allmän avtalsrätt och innehåller även regler som vi helt saknar i svensk lag. Bland annat finns det regler om avtalstolkning, kontraktsbrott och följder av kontraktsbrott.<sup>28</sup>

Lando-kommissionen har i arbetet med PECL gjort komparativa undersökningar av medlemsländernas regler, men även tittat på regler utanför Europa, för att hitta den bästa lösningen på problemen.<sup>29</sup> Inspiration har hämtats från bland annat CISG och UNIDROIT Principles. Framtagandet av PECL visar att skillnaderna mellan olika europeiska länders avtals- och obligationsrätt inte är så stora om man studerar enskilda regler konkret och resultatinriktat.<sup>30</sup>

PECL är indelat i kapitel med ett antal artiklar. Varje artikel följs av förklaringar av tillämpningen vilken i sin tur illustreras med exempel. Därtill anges källorna till regeln och en kort beskrivning av de olika medlemsstaternas regler på området presenteras.<sup>31</sup> Innehållet i PECL skall inte presenteras närmre här utan regler av särskild vikt för detta arbete kommer att belysas i senare delar av arbetet.

---

<sup>25</sup> Lando, s. 655.

<sup>26</sup> PECL, s. xxiii f. se även PECL Artikel 1:101 för PECL:s formulering av tillämplighet.

<sup>27</sup> PECL, s. xxv.

<sup>28</sup> C. Ramberg, s. 462 f.

<sup>29</sup> PECL, s. xxv f.

<sup>30</sup> Bernitz, s. 505.

<sup>31</sup> PECL, s. xxvi.



## 2.3.2 The Study Group for a European Civil Code

The Study Group for a European Civil Code (nedan SGECC) är en grupp som under ledning av professor von Bar gör ett liknande, om än mer omfattande, arbete än det Lando-kommissionen gjorde. Gruppen består av ett hundratal akademiker fördelade på ett antal olika arbetsgrupper. Ett antal av medlemmarna var även med i Lando-kommissionen, vilket har underlättat arbetet. Arbetsgruppernas arbete resulterar i lagtextförslag som presenteras för en koordinationskommitté som granskar och avgör om förslagen kan godkännas. Varje arbetsgrupp leds av en professor som till sin hjälp har ett antal doktorander. Sverige är representerat av Bill Dufwa, Johnny Herre, Torgny Håstad, Jan Kleineman, Christina Ramberg och Jan Ramberg.<sup>32</sup>

von Bar uttrycker vikten av två grundinställningar till gruppens arbete. För det första måste tanken på en europeisk civillag som slutmål tas på allvar. Utesluts detta som mål kan inte ett tillräckligt kvalitativt arbete presteras. För det andra så är det viktigt att man inte från början tar ett svartvitt beslut om ja eller nej till en europeisk civillag. En sådan inställning skulle göra att flera alternativa användningsområden av ”slutprodukten” riskerar att inte behandlas. Det viktiga är att gruppen skapar en intellektuell och psykologisk atmosfär där man låter arbetet utmynna i de naturliga lösningarna utan att sätta press på de länder som inte anser att det är tid för en gemensam europeisk lagstiftning.<sup>33</sup>

SGECC:s arbete skall leda fram till ett ”Restatement” över europeisk civilrätt. Det ska påpekas att SGECC inte har några politiska motiv eller mål att nå. SGECC vill bidra med ett underlag för en senare politisk diskussion om vilken nivå och form harmoniseringen skall få. Genom komparativa studier av medlemsländernas lagstiftning skall man undersöka i vilken utsträckning rättsordningarnas olika regler kan sammanställas och presenteras som gemensamma legala principer. Viktigt är att texternas funktionalitet kan stödjas av akademisk konsensus med hänsyn till de olika ”deltagande” jurisdiktionernas rättstraditioner.<sup>34</sup>

Omfånget av det SGECC:s slutliga ”Restatement” kommer, som nämnts tidigare, att vara större än PECL:s. Tanken är att följande skall omfattas:

1. Obligationsrätt
  - allmän avtalsrätt
  - speciell avtalsrätt
  - utomobligatoriska regler
2. Regler om lös egendom<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> C. Ramberg, s. 460 f. och von Bar, A Civil Code for Europe, s. 5 f.

<sup>33</sup> von Bar, s. 143.

<sup>34</sup> <http://www.sgecc.net/pages/en/introduction/100.aims.htm>.

<sup>35</sup> <http://www.sgecc.net/pages/en/introduction/101.scope.htm>.

SGECC genomför arbetet fortlöpande, och i takt med att de olika arbetsgrupperna blir klara med områdena publiceras resultaten på SGECC:s hemsida. På denna finner man de tidigare publikationerna och hänvisningar och beskrivningar om vad grupper för tillfället gör.<sup>36</sup>

### 2.3.3 Övriga privata initiativ

Det finns även andra projekt som i varierande utsträckning behandlar frågan om en europeisk civillag. Bland dessa kan nämnas The Common Core of the European Private Law (även kallat Trentoprojektet) som utifrån ”questionnaires”, som besvaras av experter från olika länder, illustrerar olika länders lösningar.<sup>37</sup> Även ”Paviagruppen” har publicerat material i ämnet.<sup>38</sup>

The International Institute for the Unification of Private Law, mer känt som UNIDROIT, är en organisation som utforskar behovet och metoder för modernisering, harmonisering och samordning regler som rör internationell handel.<sup>39</sup> Arbetet är inte begränsat till europeiska förhållanden. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts är en av gruppens publikationer.<sup>40</sup> En publikation som har många likheter med PECL både sett till upplägg och innehåll. Vissa artiklar är i princip likalydande.

---

<sup>36</sup> [www.sgecc.net](http://www.sgecc.net).

<sup>37</sup> <http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/home.html>.

<sup>38</sup> <http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it/>

<sup>39</sup> <http://www.unidroit.org/english/presentation/main.htm>

<sup>40</sup> <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>

### 3 Allmänt om hantering av oskäligen avtalsvillkor

Det finns olika sätt att angripa oskäligen avtalsvillkor. Hellner talar om tre olika angreppssätt för att komma till rätta med oskäligen villkor. För det första kan man rikta in sig mot standardavtalsvillkor. Dessa har nämligen ofta varit mycket oskäligen. För det andra kan konsumentskyddande regler antas, det vill säga konsumenter skyddas mot att näringsidkare använder sig av oskäligen villkor i avtalsförhållanden med konsumenter. För det tredje kan man rikta in sig mot avtalsinnehåll och särskilda klausuler som ofta är oskäligen, till exempel friskrivningsklausuler.<sup>41</sup>

Hellner påpekar också att det inte går att komma åt alla oskäligen villkor med ett av de tre angreppssätten. Det finns oskäligen villkor som inte är standardavtalsvillkor utan "individuella". Oskäligen villkor förekommer i förhållanden som inte är en näringsidkare/konsument-relation. Friskrivningsklausuler representerar bara en av flera typer av klausuler som kan vara oskäligen. Samtidigt kommer även skäligen villkor att omfattas av angreppssätten. I alla tre fallen finns det villkor som är fullt skäligen och användbara. Att utan urskiljning begränsa användandet skulle alltså kunna ge oönskade resultat.<sup>42</sup>

Kontroll av oskäligen avtalsvillkor kan alltså ske på olika sätt. De flesta sätten utgör någon form av avtalskontroll. Man brukar då skilja på direkt och indirekt kontroll. Direkt kontroll kan vara att man kräver godkännande i förväg för användande av standardavtal eller att man åsidosätter oskäligen villkor. Indirekt kontroll utgörs av att man använder sig av tolkningsregler och regler för avtalsslutande. Exempel på detta är oklarhetsregeln (tolkning contra proferentem) och särskilda krav för att göra ofördelaktigen villkor del av avtal.<sup>43</sup>

Hellner menar att det i svensk rätt ges uttryck för de tre olika angreppssätten som tillsammans utgör välintegrerade metoder av direkt kontroll.<sup>44</sup> Adlercreutz talar istället om tre metoder i svensk rätt för att komma till rätta med oskäligen avtalsvillkor. Han talar om tolkningsmetoden, civilrättsligen regler om jämkning av oskäligen avtalsvillkor och förbudsmetoden även kallad marknadsrättslig metod.<sup>45</sup> Några av reglerna som riktar sig mot oskäligen avtalsvillkor är 36 § AvtL, konsumentskyddande lagstiftning och avtalsvillkorlagarna.

---

<sup>41</sup> Law and the Weaker Party/Hellner, s. 81.

<sup>42</sup> Law and the Weaker Party/Hellner, s. 81.

<sup>43</sup> Law and the Weaker Party/Hellner, s. 82.

<sup>44</sup> Law and the Weaker Party/Hellner, s. 82.

<sup>45</sup> Adlercreutz, s. 298 f. Han bortser då från tvingande lagstiftning som begränsar avtalsfriheten och tar istället bara upp metoder av mer övergripande natur

I engelsk rätt finns the Unfair Contract Terms Act 1977. Tillämpningsområdet för denna lag är trots dess namn ganska snävt, den omfattar i princip bara friskrivningsklausuler.<sup>46</sup> För att implementera Rådets direktiv 93/13/EEG om oskäliga villkor i konsumentavtal infördes 1994 Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation. Denna är tillämplig på villkor i standardavtal i konsumentförhållanden som avser varor och tjänster. Utöver detta finns i England en motsvarighet till konsumentombudsmannen som utövar en form av kontroll i ett första led; the Director-General of Fair Trading. Utifrån Fair trading act 1973, ska denne producera ”uppförandekoder” för att skydda konsumenters intressen. Att följa koden är dock frivilligt. Director-General har ingen officiell makt att godkänna avtal, men övervakar följandet av uppförandekoderna. Denne har också möjlighet att föra talan mot fysiska och juridiska personer i the Restrictive Practices Court, om någon upprepade gånger bryter mot straff- och civilrättsliga regler till skydd för konsumenterna.<sup>47</sup> Villkor som inte omfattas av ovan nämnda regleringar kan möjligtvis fångas upp av andra regler om till exempel konkurrensbegränsning, viten eller tvång.<sup>48</sup>

I tysk rätt infördes 1976 lagen AGBG, numera inkorporerad i BGB §§ 305-310. Dessa regler är tillämpliga på standardavtal. En anpassning gjordes av AGBG 1996 för att stärka konsumentskyddet i enlighet med Rådets direktiv 93/13/EEG. Dessa regler medgav en något bredare användning än endast mot villkor i standardavtal i konsumentrelationer. I tysk rätt saknas en tydlig administrativ kontroll motsvarande den som KO och Director-General utgör. Vissa domar av kartellmyndigheten registreras dock vilket i viss mån kan ses som en motsvarighet. Utöver dessa finns två generalklausuler av intresse i § 138 och § 242 BGB<sup>49</sup>

Den fortsatta framställningen kommer att presentera de för uppsatsen mest relevanta reglerna kring oskälighet i respektive land samt motsvarande regler av intresse i PECL. I svensk rätt ligger fokus på 36 § AvtL, i engelsk rätt på the Unfair Contract Terms Act 1977 och i tysk rätt på §§ 305-310 BGB.

---

<sup>46</sup> Law and the Weaker Party/Reynolds, s. 97.

<sup>47</sup> Law and the Weaker Party/Reynolds, s. 101 f.

<sup>48</sup> Law and the Weaker Party/Reynolds, s. 97 f.

<sup>49</sup> Adlercreutz, Introduktion till komparativ och internationell avtalsrätt, s. 44.

## 4 36 § AvtL

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

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

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

### 4.1 Allmänt

Detta kapitel handlar om 36 § AvtL, generalklausulen i förmögenhetsrätten, som enligt Grönfors kanske är AvtL:s mest betydelsefulla bestämmelse.<sup>50</sup> Efter en första genomläsning av paragrafen är det lätt att instämma i von Posts påpekande att det inte är helt enkelt att bilda sig en uppfattning om när och hur den ska tillämpas.<sup>51</sup> I doktrin finns det olika sätt att ta sig an problemet och åskådliggöra tillämpningen. von Post har i sin avhandling gjort en sammanställning av olika författares ”lösningsscheman”.<sup>52</sup> I Bilaga A återfinns von Posts lösningsschema som ger *en* bra översikt. Förhoppningen är att läsaren med hjälp av von Posts lösningsmodell ovan och redogörelsen nedan skall ha skapat sig en bra bild av hur paragrafen skall tillämpas och innebörden av och avvägningarna i varje del.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Grönfors, s. 218.

<sup>51</sup> von Post, s. 30 och 35.

<sup>52</sup> Se von Post s. 35 ff.

<sup>53</sup> När det gäller 36 § avtalslagens struktur har den av ett par författare kritiserats som innehållslös och sagts sakna rekvisit. Lehrberg menar att oskälighetsnormens substans inte framkommer i lagtexten och att även förarbetenas riktlinjer utgör substanslös exemplifiering, Lehrberg, s. 222 ff. André uttalar att ”36 § avtalslagen helt enkelt saknar rekvisit” och menar att det skapar osäkerhet kring hur tillämpningen kommer att ske och att parterna inte vet vilka skäl och omständigheter som kan bli avgörande, André, s. 427 och 546. Ramberg/Ramberg menar att det finns för- och nackdelar med att endast ange generella bedömningsgrunder istället för preciserade rekvisit. Preciserade rekvisit gör det lätt att förutse när ingrepp får ske i avtalsförhållandet medan man riskerar att kanske utelämna en situation där ett ingrepp är motiverat. Ett försök att uttömmande reglera samtliga fall och utesluta ett ingrepp i avtalet utanför det lagreglerade område, skulle göra regleringen omständlig och det skulle ställa höga krav på lagstiftarens fantasi och förutseende, Rambergs, s. 68.

Den följande framställningen syftar till att ge en beskrivning av när generalklausulen skall tillämpas och hur varje del av paragrafen skall beaktas av domstolen. Grönfors påpekar att oskälighet är ett relationsbegrepp som kräver en jämförelse. Vägledning för hur domstolarna skall göra jämförelsen, vad som särskilt skall beaktas och läggas i vågskålarna för och emot, finns i förarbetena. De yttre begränsningarna utgörs givetvis av de processrättsliga reglerna.<sup>54</sup> I förarbetena påpekas att det inte är en uttömmande uppräkningslista och att det bara är en viss ledning vid tillämpningen och att man givetvis måste ta hänsyn till att förhållanden och värderingar utvecklas och ändras med tiden.<sup>55</sup>

Den fortsatta framställningen baserar sig i stort på det kronologiska förloppet i en eventuell tvist. När är klausulen tillämplig, vilka avvägningar görs i tillämpningen och vilka är de möjliga rättsföljderna av en tillämpning? Framställningen tar endast upp några exempel ur relevant praxis i varje del.

## 4.2 Tillämpningsområde och övergångsbestämmelser

Precis som 3 kap. AvtL i övrigt är generalklausulen tillämplig inom hela förmögenhetsrätten. Klausulen kan tillämpas på avtal oavsett partskonstellation. Dessutom kan generalklausulen tillämpas på andra rättshandlingar än avtal, till exempel villkor som ingår i en faktura.<sup>56</sup> Bestämmelsen är tvingande för parterna.<sup>57</sup> Enligt övergångsbestämmelserna ska klausulen tillämpas även på avtal (rättshandlingar) som ingåtts före ikraftträdandet.<sup>58</sup> Ett exempel på retroaktiv tillämpning av generalklausulen är NJA 1994 s. 359.

I propositionen uttalades att tidigare generalklausuler tillämpats restriktivt av domstolarna. Vidare uttalas ”att den nya generalklausulen ger anledning till en ny attityd i hithörande frågor från domstolarnas sida”.<sup>59</sup> Tillämpningen kan medföra en prövning om villkoret är oskäligt i sig eller oskäligt i det enskilda fallet. I förarbetena uttrycktes en förhoppning om att det i stor utsträckning skulle ske en generell villkorsbedömning som skulle kunna ge en vägledande praxis, samtidigt som det påtalades att en helhetsbedömning i det enskilda fallet måste göras. Det finns dock inget avgörande från HD eller hovrätterna där ett villkor funnits oskäligt i sig och HD uttalar sig sällan generellt.<sup>60</sup>

---

<sup>54</sup> Grönfors, s. 223 f.

<sup>55</sup> Se SOU 1974:83, s. 132 samt Prop. 1975/76:81, s. 166.

<sup>56</sup> von Post, s. 30 f. samt SOU 1974:83, s. 198.

<sup>57</sup> SOU 1974:83, s. 194.

<sup>58</sup> SFS 1976:185.

<sup>59</sup> Prop. 1975/76:81 s. 117.

<sup>60</sup> Prop. 1975/76:81, s. 106 och 111 samt von Post, s. 31 och 97 f.

Paragrafens fjärde stycke begränsar tillämpningen i konsumentförhållanden. AVLK skall tillämpas och i denna lag, 11 § 2st, finns en begränsning som medför att ändrade förhållanden, som gör ett tidigare oskäligt villkor skäligt, inte till konsumentens nackdel, får hindra jämkning.

### 4.3 Avtalsvillkor

Generalklausulen tar sikte på ett oskäligt villkor och inte hela avtalet. Den är klausulinriktad. I förarbetena uttalas att denna lösning valts för att det ska medföra större stadga i rättstillämpningen. Vid prövningen av om villkoret är oskäligt skall man dock göra en helhetsbedömning och alltså ta hänsyn till alla föreliggande omständigheter.<sup>61</sup> HD gjorde i NJA 1988 s. 230, avseende skäligheten av villkoret, ”en samlad bedömning av omständigheterna i målet”. När hänsyn tas till de samlade omständigheterna kan ett villkor som i och för sig framstår som hårt uppvägas av avtalets övriga innehåll, till exempel ett fördelaktigt pris.<sup>62</sup> Oskäligheten skall alltså framkomma i ett villkor, men Ramberg/Ramberg menar att om man hittar ett oskäligt avtalsvillkor så öppnas möjligheten att med hjälp av 36 § AvtL jämka avtalet i övrigt.<sup>63</sup>

### 4.4 Avtalets innehåll

Lagtextens första relationspunkt som domstolen skall ta hänsyn till är avtalets innehåll. Detta är en omfattande jämförelsepunkt och det finns i utredningen dels ett antal abstrakta och dels några mer konkreta jämförelsepunkter. Här behandlas de abstrakta först.

Vid en bedömning av ett avtals innehåll kan domstolen ta följande hänsyn:

- Villkor som är försök till kringgående av tvingande regler bör kunna jämkas. För jämkning krävs utöver försöket att kringgå lagstiftningen att villkoret är oskäligt.<sup>64</sup>
- Analogi från tvingande regler från andra områden samt värderingar och principer till grund för dessa, bör kunna ge vägledning i skälighetsbedömningen.<sup>65</sup>
- Praxis från MD och KO bör kunna ge vägledning.<sup>66</sup>
- Hänsyn kan tas till dispositiva regler, framförallt de som är att betrakta som direkta rättspolitiska ställningstagande av lagstiftaren.<sup>67</sup> Dispositiva regler får dock inte få så stor vikt att de i praktiken övergår till att bli tvingande.<sup>68</sup> Grönfors har med

---

<sup>61</sup> Prop. 1975/76:81 s. 106.

<sup>62</sup> Adlercreutz, s. 299. Mer om hur hänsyn till olika omständigheter skall tas nedan.

<sup>63</sup> Rambergs, s. 177.

<sup>64</sup> SOU 1974:83, s. 134 f. och prop. 1975/76:81, s. 121.

<sup>65</sup> SOU 1974:83, s. 135 f. och prop. 1975/76:81, s. 122.

<sup>66</sup> SOU 1974:83, s. 137. och prop. 1975/76:81, s. 122.

<sup>67</sup> SOU 1974:83, s. 137 ff.

<sup>68</sup> Prop. 1975/76:81, s. 123 f.

anledning av detta hänsyn uttryckt att det numera också finns halvtvingande regler.<sup>69</sup>

Det kan påpekas att det faktum att ett villkor överensstämmer med en rättsregel inte utesluter att det jämkas.<sup>70</sup>

I utredningen ges också andra exempel på vad i avtals innehåll och dess tillämpning som kan beaktas. Nedan ges en överblick av några av dessa mer konkreta omständigheter med angivande av rättsfall där grunden har prövats. Utredningen tar bland annat upp följande omständigheter:

- *Avgörande lagt i överlägsen parts hand.* Ett villkor bör inte på otillbörligt sätt ge ena parten ensidig rätt att avgöra om rättsfakta föreligger, till exempel huruvida det föreligger fel i vara. Även prisklausuler där det slutliga avgörandet om förändring läggs i ena partens hand tas upp.<sup>71</sup>
- *Förmånerna på ömse sidor.* Hänsyn bör kunna tas till förhållandet mellan värdet av förmåner på ömse sidor. Att ta sådan hänsyn borde vara en viktig förutsättning för att kunna jämka köpeskilling, hyra osv. Vid bedömningen skall man dock inte bara ta hänsyn till huvudprestationerna, utan även titta på sådant som rättsföljderna vid kontraktsbrott och om det i sådant fall åligger den svagare parten betydande skyldigheter bör jämkning kunna komma i fråga.<sup>72</sup> I propositionen påpekar föredraganden att inte alla avtal skall jämkas på grund av att avtalet inte har en rättvis avvägning mellan parterna och att det givetvis gäller särskilt i rena affärsförhållanden där det ofta ingår ett visst mått av medvetet risktagande av någon eller båda parter.<sup>73</sup>
- *Förhållandet mellan kontraktsbrott och påföljd.* Inom förmögenhetsrätten har lagstiftaren på flera ställen uttryckt önskan om att det ska råda jämvikt mellan kontraktsbrott och påföljd. Ett lindrigt kontraktsbrott bör därför inte medföra en sträng påföljd. Utredningen talar om att det bör finnas ett krav på väsentlighet.<sup>74</sup> Huruvida ett villkor som åsidosätter krav på väsentlighet skulle vara grund för jämkning i kommersiella förhållanden berörs inte av utredningen.<sup>75</sup> I propositionen uttalar föredraganden att jämkning bör kunna ske om ett oväsentligt kontraktsbrott, som inte medför någon beaktansvärd skada för motparten, åberopas för att häva avtalet eller kräva ut ett högt vite.<sup>76</sup>

---

<sup>69</sup> Grönfors, s. 254 f.

<sup>70</sup> SOU 1974:83, s. 140 ff. och prop. 1975/76:81, s. 124 f.

<sup>71</sup> SOU 1974:83, s. 149 ff., se även NJA 1994 s. 712.

<sup>72</sup> SOU 1974:83, s. 152 f.

<sup>73</sup> Prop. 1975/76:81, s. 119, se även NJA 1983 s. 332.

<sup>74</sup> SOU 1974:83, s. 153 ff.

<sup>75</sup> von Post, s. 154 f.

<sup>76</sup> Prop. 1975/76:81, s. 119, se även NJA 1992 s. 782 där minoriteten ville jämka på bl.a. denna grund.



- *Missbruk av rättighet.* Detta kan innebära att en part utnyttjar en rätt på sin sida för att åsamka motparten skada eller förtret. Att utkräva en påföljd för ett mindre kontraktsbrott som hämnd för tidigare handlingsätt kan också vara att missbruka en rättighet.<sup>77</sup>

## 4.5 Omständigheter vid avtalets tillkomst

Den andra referenspunkten som lagtexten anger är omständigheter vid avtalets tillkomst. Ogiltighetsreglerna i §§ 28-31 och 33 AvtL tar alla hänsyn enbart till omständigheter vid avtalets tillkomst. Även vid tillämpningen av 36 § AvtL lagen kan alltså hänsyn tas till omständigheter vid avtalets tillkomst. Utredningen menar att det kan göras särskilt i de fall där omständigheterna har anknytning till ett visst ifrågasatt villkor. Vidare anför utredningen att 36 § bör kunna tillämpas på fall där omständigheterna inte är sådana att 31 eller 33 §§ är tillämpliga.<sup>78</sup>

Utredningen tar upp ett antal omständigheter, vanligast förekommande i avtalsförhållanden mellan näringsidkare och konsument, som bör kunna beaktas.

- Part använder sig av överraskningsteknik, aggressivt beteende eller annat missbruk av förhandlingsläget för att få till stånd avtalet.
- En överlägsen part har lämnat missvisande uppgifter eller undanhållit information som motparten har bort få del av.
- Omständigheter på den svagare partens sida bör enligt utredningen också kunna beaktas, till exempel om parten har bristande språkkunskaper.
- Felaktiga eller vilseledande uppgifter som en överlägsen part lämnar bör kunna beaktas även om det är fritt från klander, till exempel att denne är i god tro avseende uppgiften.
- Att part lämnar uppgifter om sitt framtida handlande enligt sina avsikter, men på grund av yttre omständigheter, som parten inte har räknat med, handlar denne på annat sätt.

Omständigheter vid avtals ingående bör även kunna beaktas vid avtal mellan näringsidkare. Att en part avviker från sina tidigare uttalade avsikter tas särskilt upp som fall där utfallet bör bli detsamma.<sup>79</sup>

En ökad möjlighet till jämkning och åsidosättande bör enligt utredningen också kunna komma till användning när omständigheter som gör §§ 28-31 och 33 tillämpliga föreligger. Istället för ogiltighet kan det i många fall vara en fördel om part istället för ogiltighet kan yrka att avtalet skall jämkas. Ett exempel är att om ett lån tas till ockerränta kan parten yrka på att räntan jämkas på grund av omständigheter vid avtalets tillkomst istället för att

<sup>77</sup> Enligt von Post saknas (till och med år 1999) fall som anknyter till grunden. Vid framställandet av detta arbete fann författaren inte heller något fall som prövat denna grund.

<sup>78</sup> SOU 1974:83, s. 132.

<sup>79</sup> SOU 1974:83, s. 132 ff.

låneavtalet ogiltigförklaras enligt ockerbestämmelsen.<sup>80</sup> Denna ökade möjlighet till val av en nyanserad påföljd framhåller föredraganden som lika viktig som att det blir en ökad möjlighet att beakta omständigheter vid avtalets tillkomst jämfört med avtalslagens övriga ogiltighetsgrunder.<sup>81</sup>

I praxis har hänsyn tagits till omständigheter vid avtalets ingående. I NJA 1982 s. 613 fann HD (avseende fast egendom) att förhållandena vid köpekontraktets tillkomst präglades av ena partens brådska att få fram ett köpeavtal och att motparten därför skrev på avtalet. Avtalet jämkades. Enligt von Post har hänsyn tagits till omständigheter vid avtalets tillkomst även i kommersiella avtal. Han anser dock att det inte finns något avgörande från HD som har låtit sådan omständighet vara den avgörande grunden, utan att det utöver omständigheten vid avtalets tillkomst har funnits fler omständigheter som har talat för jämkning. Däremot menar han att man i ett hovrättsavgörande, RH 88:110, tagit hänsyn till parts nöd och därför åsidosatt ett villkor. von Post menar alltså att omständigheter vid avtalets tillkomst beaktats som en av flera vid bedömningen och att omständigheten endast i fall med en exceptionell situation kan få självständig betydelse.<sup>82</sup>

## 4.6 Senare inträffade förhållanden

Vid bedömningen av oskäligheten har domstolen även möjlighet att ta hänsyn till ändrade förhållanden. I både utredningen och propositionen framhålls att sådan hänsyn blir vanligast att ta när det handlar om långvariga avtal och att korrigerings bör kunna ske till förmån även för en part som vid avtalets ingående var överlägsen. Föredraganden påpekar i propositionen att det inte är varje förändring av förhållandena vid avtalets ingående som skall kunna åberopas för jämkning utan att det är viktigt att villkoret med hänsyn till de ändrade förhållandena framstår som oskäligt.<sup>83</sup>

Huruvida ett avtal bör jämkas när ett förhållande ändras hänger också ihop med parternas möjlighet att överblicka framtida skeenden. Utredningen påpekar att om ovisshet rådde om visst förhållande och det fanns inslag av spekulation från båda parterna kan det vara ett skäl mot jämkning till förmån för den part som ”drabbats” av det förändrade förhållandet.<sup>84</sup> Föredraganden påpekar också att det talar mot jämkning om parterna avtalat om vem som ska ta på sig risken för en förändring, särskilt om den som tagit på sig ansvaret dessutom kompenserats i andra villkor. Samtidigt framhålls att konsumenter kan ha svårare att förutse framtida konsekvenser och att det trots avtal om riskfördelning kan finnas skäl för jämkning.<sup>85</sup>

Förhållandet mellan generalklausulen och den så kallade förutsättningsläran behandlas i både utredningen och propositionen. Utredningen menar att

---

<sup>80</sup> SOU 1974:83, s. 133.

<sup>81</sup> Prop. 1975/76:81, s. 126.

<sup>82</sup> von Post, s. 159 f., se även övriga hänvisningar till rättsfall på anförda sidor.

<sup>83</sup> SOU 1974:83, s. 156 och Prop. 1975/76:81, s. 127.

<sup>84</sup> SOU 1974:83, s. 156.

<sup>85</sup> Prop. 1975/76:81, s. 127.

generalklausulen inte bör användas istället för förutsättningsläran vid bristande förutsättningar eftersom förutsättningsläran bygger på andra rättsliga överväganden.<sup>86</sup> Föredraganden instämmer i princip, men tillägger att införandet av generalklausulen bör medföra att förutsättningsläran får en mer begränsad betydelse än tidigare.<sup>87</sup>

Att förändringar i lagstiftningen påverkar parternas avtalsförhållande bör enligt förarbetena också kunna beaktas. Det påpekas dock att en sådan tillämpning av generalklausulen kräver försiktighet.<sup>88</sup>

von Post tar upp NJA 1979 s. 731, NJA 1983 s. 385 och NJA 1994 s. 359 som fall med jämkning på denna grund. De tidigare fallen jämkade prisregleringsklausuler där utvecklingen var sådan att full kompensation för det förändrade penningvärdet inte erhöles och klausulerna alltså inte fyllde sitt syfte.<sup>89</sup>

## 4.7 Omständigheter i övrigt

Av de sista referenspunkterna anger lagtexten den uppsamlade lokutionen ”omständigheter i övrigt”. Även om tidigare referenspunkter inte kunnat beläggas med uttömmande riktlinjer i förarbetena är det med anledning av formuleringen i detta fall omöjligt att uttömmande förutse och vägleda vad som är lämpligt för domstolen att beakta. Här skall kort redogöras för ett urval av ”omständigheter i övrigt” som utredningen anser att domstolen *kan* ta hänsyn till i sin bedömning av oskäligheten samt föredragandens anmärkningar.<sup>90</sup> Före denna redogörelse skall det dock redan här påpekas att det är viktigt att domstolen ser till det enskilda fallet och beaktar de i det enskilda fallet relevanta omständigheterna.

I affärsförhållanden mellan två parter är det inte ovanligt att det uppstått en praxis som står i strid med en korrekt tillämpning av avtalsvillkor och är förmånligare för den underlägsne parten. Då part avstår sin rätt på detta sätt, så kallad kulans, och det uppstår en partspraxis bör detta kunna beaktas av domstolarna för att en underlägsen part inte skall utelämnas till motpartens godtycke. Det bör således vara lämpligt att med stöd av generalklausulen kunna sätta ett villkor åtsidan om den överlägsne parten hävdar att villkorens lydelse bör tillämpas oavsett vedertagen praxis.<sup>91</sup> Även en fördelaktig praxis som en näringsidkare har mot sina kunder kan tala för jämkning om han utan godtagbara skäl avviker från denna. Avvikelsen och

<sup>86</sup> SOU 1974:83, s. 157.

<sup>87</sup> Prop. 1975/76:81, s. 128. Se von Post kap. 13 och Lehrberg, s. 153 ff. för mer om förhållandet mellan förutsättningsläran och 36 § AvtL.

<sup>88</sup> SOU 1974:83, s. 157 f, Prop 1975/76:81, s. 128.

<sup>89</sup> Grönfors anför NJA 1989 s. 346, det så kallade pälsfallet, som exempel på ett fall där HD tagit hänsyn till ”senare inträffade omständigheter”. Fallet innehöll dock mycket speciella omständigheter och von Post menar att fallet istället bör ses som ett fall där ”omständigheter i övrigt” varit avgörande, se von Post s. 177 ff.

<sup>90</sup> von Post redogör i sin framställning för samtliga omständigheter som utredningen redogör för utan att hänföra till någon av de tidigare nämnda omständigheterna.

<sup>91</sup> SOU 1974:83, s. 145.

inte den striktare tillämpningen skulle i så fall vara grunden för jämkning.<sup>92</sup> I anslutning till denna diskussion anför von Post att det är troligt att effekten av att man nyttjar en för den underlägsne parten mer fördelaktig praxis inte inses i det praktiska rättslivet och att den rådande uppfattningen där är att det är möjligt att när som helst återgå eller övergå till strikt avtalstillämpning.<sup>93</sup>

Det som vid en utredning kan anses utgöra god sed i en bransch bör vara av stor vikt. Domstolarna har då särskilt starka skäl att åsidosätta ett villkor som strider mot sådan sed. Därför framhålls nyttan av att inhämta yttranden från organisationer som med sakkunskap kan uttala sig om branschpraxis.<sup>94</sup> Föredraganden påpekar dock att villkor som överensstämmer med vad som anses vara gott affärsskick inom en bransch inte nödvändigtvis behöver godtas. Ensidigt gynnande kan ändå föreligga.<sup>95</sup>

Även diskriminering diskuteras av utredningen. Skillnaden mot föregående situationer är att det i dessa fall gjorts skillnad mellan olika kategorier på grunder som inte anses godtagbara. Exempel på detta kan vara att olika pris tillämpas eller att likalydande bestämmelser tillämpas på olika sätt på grund av olikheter hos motparterna beträffande kön, ålder, etnicitet, nationalitet, och så vidare. Att skillnader görs på ekonomiska grunder, till exempel för att en skillnad i kostnad mellan kunder föreligger anses inte vara diskriminerande. Diskriminering bör enligt utredningen kunna åberopas som grund för jämkning.<sup>96</sup>

En annan omständighet som domstolen kan ta hänsyn till är hur olika avtal påverkar varandra. Utredning går igenom tre olika situationer: sammankoppling av avtal, förhållandet mellan avtal i olika led och tredje mans intressen. Sammankoppling av avtal innebär att man vid bedömningen av ett villkor i ett av avtalen beaktar flera avtal med nära anknytning som har ingåtts av parterna. Enligt utredningen får man göra en helhetsbedömning av parternas avtalsförhållande.<sup>97</sup> Avtal i flera led berör särskilt detaljister som, framförallt i sista ledet, kan var bundna av tvingande regler. Vid bedömning av ett villkor, framförallt mot tidigare led, bör hänsyn tas till avtal i senare led. Utredningens uppfattning är dock att hänsyn till tredje man inte bör påverka bedömningen.<sup>98</sup>

---

<sup>92</sup> SOU 1974:83, s. 146. Denna punkt kritiserades av vissa remissinstanser. Föredraganden delade dock utredningens inställning men påtalade att det kunde föreligga omständigheter i det särskilda fallet som kunde göra det godtagbart att frångå sin generösa praxis. Ett exempel är att part normalt väljer att inte åberopa sanktionsbestämmelser men i visst fall gör den gällande, detta behöver inte vara oskäligt. Avviker näringsidkare dock från generösare praxis mot en part mot vilken han tidigare tillämpat den generösare praxisen gör skälen för jämkning sig i hög grad gällande, se Prop. 1975/76:81, s. 120.

<sup>93</sup> von Post, s. 173.

<sup>94</sup> SOU 1974:83, s. 146.

<sup>95</sup> Prop. 1975/76:81, s. 120.

<sup>96</sup> SOU 1974:83, s. 147 f.

<sup>97</sup> SOU 1974:83, s. 158 f.

<sup>98</sup> SOU 1974:83, s. 160 f.

## 4.8 Underlägsen ställning

I generalklausulens andra stycke anges att domstolen särskilt skall beakta styrkeförhållandet mellan parterna. Särskild hänsyn skall tas till om en part intar ställning som konsument eller om någon ”eljest intar underlägsen ställning”. Det skall dock påpekas att detta är *ett* av de hänsyn domstolen skall ta i sin helhetsbedömning. Generalklausulen har inte begränsats till enbart partsförhållanden med en underlägsen part, utan kan tillämpas även på avtal mellan jämnstarka parter. Avgörande blir då istället övriga skäl för och emot en jämkning.<sup>99</sup>

Utredningen behandlade konsumentskyddet ingående och vikten av att åstadkomma ett sådant genom generalklausulen.<sup>100</sup> I propositionen påpekades att partsförhållandena ofta är unika och att en näringsidkare ibland kan inta en ställning som inte nämnvärt skiljer sig från en konsument och att konsumenter till och med kan vara den starkare parten. Därför måste den underlägsna ställningen avgöras från fall till fall. En fördel med den slutliga skrivningen, ”eljest intar underlägsen ställning”, är att det inte heller behöver avgöras huruvida parten uppfyller samtliga kriterier för att vara konsument (eller annan liknande kategori) utan att hänsyn alltid tas till relevant underlägsen ställning.<sup>101</sup>

Bernitz genomförde tio år efter införandet av generalklausulen en undersökning av hur skyddet mot oskäligen avtalsvillkor ser ut för småföretagare. Hans slutsats var att det är bräckligt och att förarbetenas intentioner, att en näringsidkare som intar underlägsen ställning skulle ha en lägre tröskel för jämkning än mellan jämbördiga näringsidkare, inte fått något större genomslag<sup>102</sup>. von Post finner i sin genomgång av praxis gällande näringsidkares underlägsna ställning att argumentet ofta åberopas. Han menar att även om det inte i sig är en tillräcklig omständighet, utan att det är nödvändigt att andra omständigheter som talar för oskälighet föreligger, kan det vara ”tungan på vågen”.<sup>103</sup> HD har bl.a. i fallen NJA 1979 s. 666, NJA 1987 s. 639 och NJA 1999 s. 408 tagit hänsyn till att underlägsen ställning har förelegat. Efter sin rättsfallsgenomgång finner von Post det troligt att rekvisitet underlägsen ställning kommer att få ökad betydelse i framtiden när det gäller avtalsförhållanden mellan näringsidkare och att det torde ha klargjorts att även juridiska personer kan inta relevant underlägsen ställning.<sup>104</sup>

---

<sup>99</sup> Grönfors, s. 238 f.

<sup>100</sup> SOU 1974:83, s. 104 ff.

<sup>101</sup> Prop. 1975/76:81, s. 117 och 137.

<sup>102</sup> Bernitz i FTSA, s. 141.

<sup>103</sup> von Post, s. 111.

<sup>104</sup> von Post, s. 113 ff. Att von Post inte uttalar sig med större säkerhet bör bero på att det inte går att avgöra vilken vikt underlägsen ställning har fått i jämförelse med övriga omständigheter i fallen samt att det saknas HD avgöranden. MD:s avgöranden 1985:16 och 1995:33 bör enligt von Post få betydelse, men några definitiva formulerade slutsatser dristar han sig inte till.

## 4.9 Rättsföljder

Ovan har de hänsyn domstolen skall väga mot varandra för att bedöma om ett villkor är oskäligt redovisats. Det har ovan talats om att skäl talar för jämkning eller för åsidosättande av villkoret. Även möjligheten att återopa ogiltighet med stöd av generalklausulen jämfört med övriga ogiltighetsregler har berörts.

Generalklausulens lydelse gör det möjligt att urskilja ett antal olika rättsföljder. Möjligheterna är en jämkning av det aktuella villkoret, åsidosättande av villkoret, jämkning av avtalet i annat hänseende och möjlighet att ogiltigförklara hela avtalet. Utredningen anser att ingen av lösningarna bör ha företräde som normallösning.<sup>105</sup> Fördelarna med respektive lösning diskuteras i propositionen. Föredraganden uttalar dock att det kan vara naturligt för domstolarna att i första hand söka jämka avtalsvillkor för att på så sätt undvika att en olämplig dispositiv regel träder in istället.<sup>106</sup>

### 4.9.1 Jämkning av det aktuella villkoret

Jämkning av ett villkor innebär som regel att ett villkor tillämpas men med ett annat innehåll. Enligt utredningen är detta en lämplig påföljd då klausulen ofta tillämpas på en oförutsedd situation. Nedsättning av viten eller skadeståndsbelopp, förlängning av frister eller tider för avtalets giltighet tas av utredningen upp som exempel på typer av jämkning som kan aktualiseras.<sup>107</sup>

Hur ett villkor kan jämkas är en viktig fråga. Utredningen anser att det är viktigt att domstolarna har full frihet att välja de lösningar som är mest praktiska och bäst tillgodoser parts yrkande.<sup>108</sup> Domstolen är dock begränsad av parternas yrkanden. von Post påtalar vikten av att en part som egentligen vill få ett villkor åsidosatt, tydliggör i sitt yrkande att denne även kan tänka sig att det jämkas. Lämpligen görs det genom att de två rättsföljderna anförs som första- och andrahandsyrkanden.<sup>109</sup> I vilken utsträckning villkoret kan jämkas lämnar föredraganden till rättstillämpningen att avgöra.<sup>110</sup> Grönfors menar att jämkning kan ske så långt att förändringar inte slår igenom oskäligt tungt för den ena parten samtidigt som motparten gör en alltmer lysande affär på den förres bekostnad. Riskfördelningen skall inte i efterhand fördelas jämnt. ”En god affär skall fortfarande vara en god affär, men inte en oskäligt god affär.”<sup>111</sup>

---

<sup>105</sup> SOU 1974:83, s. 120 ff.

<sup>106</sup> Prop. 1975/76:81, s. 110.

<sup>107</sup> SOU 1974:83, s. 120 f.

<sup>108</sup> SOU 1974:83, s. 121.

<sup>109</sup> von Post, s. 253.

<sup>110</sup> Prop. 1975/76:81, s. 138 f. Uttalandet görs angående jämkning av priset men von Post ger det generell giltighet.

<sup>111</sup> Grönfors, s. 246.

I sin genomgång menar von Post att jämkning har skett utifrån att minsta möjliga ingrepp ska göras för att undanröja oskäligheten i avtalet. Till stöd för detta anför han HD:s domskäl i NJA 1979 s. 731 och NJA 1983 s. 385.

### **4.9.2 Villkoret lämnas utan avseende**

Väljer en domstol att lämna ett eller flera villkor utan avseende innebär det att avtalet skall läsas som om villkoret eller villkoren inte var en del av avtalet.<sup>112</sup> Utredningen uttalade att med den tänkta ökade friheten att tillämpa generalklausulen som reformen avsåg kunde det inte uteslutas att det också skulle medföra att utrymmet skulle bli större än tidigare för att helt bortse från villkor.<sup>113</sup> Enligt von Post är detta det vanligaste ingreppet med stöd av generalklausulen.<sup>114</sup>

### **4.9.3 Jämkning av avtalet i annat hänseende och möjligheten att ogiltigförklara hela avtalet**

Domstolen kan vidta åtgärder i andra delar av avtalet än det aktuella oskäligen villkoret. Andra villkor kan jämkas så att oskäligheten inte längre kvarstår. Utredningen tar upp exemplet att om en förfalloklausul anses oskäligen kan inte bara förutsättningarna för dess utfall ändras, utan man bör också kunna göra ändringar i betalningsplanen. När det är flera delar i ett avtal som samverkar menar utredningen att de lämpligaste åtgärderna bör vidtas av domstolen och att det oskäligen villkoret ibland får kvarstå medan ingrepp görs i andra delar i avtalet för att undanröja oskäligheten. De villkor som jämkas får dock inte vara av sådan betydelse att ”det inte skäligen kan fordras att avtalet i övrigt skall gälla med oförändrat innehåll”.<sup>115</sup>

Om ett villkor är oskäligt och det inte är möjligt eller lämpligt att göra en uppdelning anser utredningen att det bör kunna medföra att avtalet i sin helhet ogiltigförklaras. Att avtal förklaras ogiltigt i sin helhet borde vara vanligast efter yrkande av den part som hävdar villkorets oskälighet, men utredningen anser att det inte bör uteslutas att det i vissa fall skulle kunna göras på svarandens yrkande, även om denna användning bör ske med stor försiktighet.<sup>116</sup> Utredningen ger ett exempel på en situation där hela avtalet kan ogiltigförklaras. Har den överlägsna parten betingat sig så stora friheter vid fullgörandet av sin prestation att avtalet blir värdelöst för den underlägsna parten och det inte på ett rimligt sätt går att precisera den överlägsna partens prestation, på ett för den underlägsna parten godtagbart sätt, kan ogiltighet vara den enda lösningen.<sup>117</sup>

---

<sup>112</sup> Grönfors, s. 245.

<sup>113</sup> SOU 1974:83, s. 121.

<sup>114</sup> von Post, s. 256 f. där han anför ett antal fall där villkor lämnats utan avseende.

<sup>115</sup> SOU 1974:83, s. 197.

<sup>116</sup> SOU 1974:83, s. 121.

<sup>117</sup> SOU 1974:83, s. 197 f.

Vid sin genomgång av praxis har von Post inte funnit något renodlat fall där avtalet jämkats i andra delar än det aktuella villkoret. I två fall, NJA 1983 s. 385 och NJA 1994 s. 359, har HD dock tagit in nya komponenter avseende prisregleringar i avtalen. I det förra fallet byttes index och hela avtalet indexerades och i det senare tog HD bort avgiftsfrihet och införde en begränsad avgiftsfrihet. von Post påpekar också att man kan se det som att det endast var fråga om jämkning av det aktuella villkoret. När det gäller ogiltigförklarande av hela avtal med stöd av generalklausulen finns det enligt von Post inga sådana fall.<sup>118</sup> von Post anser att rättsföljderna i praxis är i överensstämmelse med motiven.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> von Post, s. 258.

<sup>119</sup> von Post, s. 260. I RH 2002:17 anförde dock rättens skiljaktiga ledamöter att ”förutsättningar förelåg att med stöd av 36 § avtalslagen ogiltigförklara Siteks utfästelse”.



# 5 Oskälighet i engelsk rätt

## 5.1 Inledning

I detta avsnitt skall oskälighet i engelsk rätt avhandlas. Fokus ligger på Unfair Contract Terms Act 1977 som är av särskilt intresse för denna framställning. Framställningen skall även kort presentera andra regler som behandlar oskäliga villkor. Kapitlet är uppdelat i avsnitt som påminner om kapitlet om svensk rätt.

## 5.2 Omständigheter vid avtalets tillkomst

När det gäller omständigheter vid avtalets tillkomst finns institut i engelsk rätt som förvisso påminner mest om AvtL 28 – 31 §§. Bland dessa märks "the doctrine of undue influence" (otillbörlig påverkan) och "the doctrine of unconscionable bargains". "Undue influence" handlar om att en person som har haft ett sådant förtroligt förhållande med en motpart att personen har haft möjlighet att förmå motparten att ingå ett avtal som parten annars inte skulle ha ingått. "The doctrine of unconscionable bargains" medger möjlighet att komma åt oskäliga avtal om en part samvetslöst utnyttjar motpartens fattigdom och okunnighet för att köpa egendom av den fattige och okunnige personen till ett betydligt lägre pris än det egentliga värdet har den svagare parten rätt häva avtalet. Den senare är dock en gammal princip som inte används så mycket av domstolarna.<sup>120</sup>

## 5.3 Avtalets innehåll

### 5.3.1 Allmänt

I engelsk rätt finns två viktiga lagar mot oskäliga villkor som tar hänsyn till avtalets innehåll. Dessa är "Unfair Contract Terms Act 1977" (nedan UCTA) och "The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999" (UTCCR). Den senare kommer inte att presenteras närmare här på grund av dess begränsning till konsumentrelationer. Det pågår en diskussion om huruvida de båda lagarna skall sammanföras till en för att undanröja överlappningen och på så sätt förenkla tillämpningen.<sup>121</sup> I UCTA finner man inslag av Hellners tre angreppssätt mot oskäliga villkor som presenterats tidigare. Det mest framträdande är dock kontrollen av särskilda klausuler, nämligen friskrivningsklausuler. Nedan följer en genomgång av lagen.<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> Se Atiyah, s. 283 ff och 308 ff. för mer om "undue influence" och "unconscionability".

<sup>121</sup> Atiyah, s. 313.

<sup>122</sup> UCTA återfinns i bilaga B. Lagens andra del är endast tillämplig i Skottland och berörs inte i framställningen nedan.

Det kan redan här påpekas att de engelska domarna inte drar sig för att uttala sig generellt om lämpligheten i att med hjälp av lagen ingripa i kommersiella förhållanden. Viss skepsis har uttalats av domare som menar att UCTA spelar en mycket viktig roll för skyddet av utsatta konsumenter, men att viss restriktivitet bör råda när det gäller avtalsrelationer mellan två näringsidkare. I uttalandena har givits uttryck för att ingripande endast skall ske om det är fråga om klart utnyttjande eller ett villkor som är så oskäligt att det inte har kunnat förstås eller beaktas.<sup>123</sup>

### 5.3.2 Tillämpningsområde

Titeln ”Unfair Contract Terms Act 1977” är något missvisande, den är både för vid och för smal. Dess tillämpningsområde är begränsat till klausuler som friar från eller begränsar ansvar, nedan benämnda friskrivningsklausuler. Denna begränsning av tillämpningsområdet medför att det kommer att finnas klausuler som är oskäliga men som inte omfattas.<sup>124</sup> Vissa viktiga avtalstyper har också exkluderats från lagens tillämpningsområde. Bland flera återfinns till exempel försäkringsavtal och avtal avseende fast egendom.<sup>125</sup> Titeln är för snäv såtillvida att lagen är tillämplig inte endast på avtal utan även på utomobligatoriska upplysningar och varningar (”non-contractual notice”), till exempel skyltar i parker och offentliga byggnader som begränsar ansvaret för skador.<sup>126</sup>

Lagen är tillämplig på såväl konsumentrelationer som näringsidkarrelationer.<sup>127</sup> Lagens tillämpning har dock begränsats till att endast avse ”näringsidkaransvar” (”business liability”). Skadan skall alltså ha uppstått till följd av näringsverksamhet. Det avgörande är alltså att den ena parten har ingått avtalet i egenskap av näringsidkare eller att skadan orsakats när näringsidkaren utfört en åtgärd i sin näringsverksamhet. Av denna begränsning följer att privata avtal inte omfattas av lagen eftersom åtminstone ena partens agerande måste vara ett led i dennes näringsverksamhet.<sup>128</sup>

Lagen tar sikte på villkor som begränsar ansvaret. Tillämpningsområdet är inte begränsat till enbart ”klassiska” friskrivningsklausuler utan skall

---

<sup>123</sup> Se uttalande av *Tuckey LJ i Granville Oil & Chemicals Ltd v Davis Turner (2003)* och *Chadwick LJ i Watford Electronics Ltd v Sanderson CFL Ltd (2001)*. Den senare uttalar: ”Unless satisfied that one party has, in effect, taken unfair advantage of the other – or that term is so unreasonable that it cannot properly have been understood or considered – the court should not interfere.”

<sup>124</sup> Law and the Weaker Party/Reynolds, s. 97 f.

<sup>125</sup> Se UCTA, Schedule 1 för samtliga undantagna avtalstyper. Det finns ofta annan lagstiftning mot friskrivningsklausuler för de avtalstyper som undantagits. I konsumentrelationer fångar också UTCCR upp fler klausuler, se Anson s. 186 f.

<sup>126</sup> Whincup, s. 168.

<sup>127</sup> Det kan dock påpekas att regleringarna ofta tar hänsyn till huruvida det är en konsumentrelation eller näringsidkarrelation. Lagen gör ingen tydlig uppdelning utan hänsynen görs i varje enskild paragraf. De särskilda reglerna, ofta förmånligare, i konsumentrelationer behandlas endast för att belysa reglerna som gäller mellan näringsidkare.

<sup>128</sup> Se UCTA section 1(3) även Thomson, s. 15 f. och Treitel, s. 227.

omfatta alla villkor som har en liknande effekt genom att de försvårar ansvarsutkrävande. Det kan till exempel vara villkor som ställer upp en kort tidsfrist för ansvarsutkrävande eller fråntar motparten rätten att innehålla betalning med anledning av en motfordran.<sup>129</sup>

### 5.3.3 Tillämpning av UCTA

Lagen tar alltså sikte på villkor som avser att begränsa ersättningsskyldigheten helt eller delvis. Friskskrivningsklausuler är i vissa fall helt förbjudna enligt UCTA, medan andra kan vara acceptabla om de klarar en skälighetsprövning, ”the ’reasonableness’ test”.

På UCTA:s ”svarta lista” över förbjudna klausuler finns ett antal situationer.<sup>130</sup> I section (paragraf) 2(1) stadgas att ansvar för dödsfall eller personskada inte kan begränsas om det föreligger oaktsamhet (”negligence”).<sup>131</sup> Det är vid köp (”sale of goods”) och avbetalningsköp (”hire-purchase”) inte möjligt att friskriva sig från ansvar för att ha sålt eller tillhandahållit produkter med inskränkningar i äganderätten, enligt section 6(1), eller defekta produkter, enligt section 6(2). Detsamma gäller vid andra avtal avseende tillhandahållande av produkter enligt section 7(2).<sup>132</sup> Sections 6(2) och 7(2) är begränsade till ”konsumentrelationer” men det är av intresse att notera att konsumentbegreppet i UCTA inte kräver att personen är en privatperson. En näringsidkare kan också inta position som ”konsument” om köpet ligger utanför dennes egentliga näringsverksamhet, section 12(1).<sup>133</sup>

De friskskrivningsklausuler som inte tas upp på den ”svarta listan” hamnar på den ”grå listan” och är alltså acceptabla om de klarar skälighetsprövningen. Det finns tre olika kategorier av klausuler som måste genomgå skälighetsprövningen för att bli gällande. Den första är klausuler som begränsar ansvaret för oaktsamhet för andra förluster än för dödsfall eller personskador, det vill säga ansvar för egendomsskador och ren

---

<sup>129</sup> UCTA section 13, se även Anson, s. 188.

<sup>130</sup> Whincup fördelar klausulerna mellan en svart och en grå lista, se s. 168.

<sup>131</sup> Begreppet negligence definieras i section 1(1). Det föreligger om det görs avsteg från en skyldighet, som uppstått genom ett uttryckligt eller underförstått villkor, att visa skälig omsorg (”reasonable care”) eller skälig skicklighet (”reasonable skill”) i uppfyllandet av kontraktet, eller en skyldighet enligt common law att visa skälig omsorg och skälig skicklighet eller skyldigheten till omsorg under ”Occupier’s Liability Acts 1957 and 1984” se Anson, s. 190.

<sup>132</sup> I 6(1) och (2) hänvisas numer till underförstådda villkor (”implied terms”) som inkorporeras i avtalet enligt Sale of Goods Act 1979.

<sup>133</sup> O’Sullivan, s. 193 f. I *R&B Custom Brokers v United Dominions Trust (1988)* fann domstolen att en köpare (småföretagare) av en bil för användning både privat och i tjänsten inte var i dennes näringsverksamhet eftersom det var ett sällanköp och inte ett i verksamheten integrerat köp. Se även Furmston som menar att det är mycket som talar för att slutsatsen i fallet är felaktig, s. 191. I *Stevenson v Rogers (1999)* ansågs en fiskare som sålde sin båt, tillika företagets enda tillgång, agera inom sin näringsverksamhet. Se även Treitel, s. 231 angående friskskrivning från produktansvar och ansvar för farliga produkter (”dangerous goods”) enligt Consumer Protection Act 1987. Jfr ovan angående lokutionen ”i egenskap av konsument eller eljest intager en underlägsen ställning”, avsnitt 4.8.

förmögenhetsskada<sup>134</sup>, section 2(2). Den andra kategorin är friskrivningsklausuler i avtal rörande köp och avbetalningsköp, section 6(3), och vid andra avtal avseende tillhandahållande av produkter, section 7(3), i de fall där motparten inte agerar i egenskap av konsument. Det är enligt dessa sections inte möjligt att begränsa ansvaret för kontraktsbrott avseende varans beskaffenhet. Även 7(4) fångar upp de avtalsförhållanden som inte faller under (3) men som rör bland annat äganderättens övergång, såsom hyra och pant.<sup>135</sup> Den tredje kategorin är friskrivningsklausuler som begränsar ansvar för kontraktsbrott, section 3. Section 3 gäller klausuler dels i konsumentavtal och dels i avtal mellan näringsidkare om villkoret ingås på motpartens standardvillkor.<sup>136</sup>

Enligt 3(2)(a) är det inte möjligt att begränsa ansvar för eget kontraktsbrott. Det är enligt 3(2)(b)(i) och (ii) inte möjligt att kräva att man skall vara berättigad att prestera något som avviker väsentligt från det som skäligen förväntas av motparten eller att ha rätt att inte prestera alls. Friskrivningsklausuler som begränsar ansvaret i någon av ovanstående situationer är bara möjliga så långt som de är skäliga enligt skälighetsprövningen.

Ingrepp i avtalsförhållanden mellan näringsidkare skapar alltid viss osäkerhet och oförutsebarhet i kommersiella relationer. Detta gäller särskilt när ingreppet är beroende av ett något luddigt begrepp som skälighet ("reasonableness"). Skälighetsprövningen skall behandlas nedan.

### 5.3.4 Skälighetsprövningen

Avgörande för en del friskrivningsklausuler är alltså ett skälighetstest. I UCTA finns olika riktlinjer för skälighetsbedömningen. Sådana återfinns bland annat i section 11 och Schedule 2 och dessa ska belysas mer ingående nedan.

Skälighetsbedömningen skall göras utifrån den tidpunkt då avtalet slöts. I section 11(1) stadgas att det är utifrån omständigheterna, som var, eller skäligen borde ha varit, kända eller borde ha tagits i beaktande av parterna när avtalet slöts, som skall beaktas. Utifrån dessa skall det anses ha varit rättvist och skäligt att göra villkoret till en del av avtalet. Skälighetsbedömningen skall alltså inte utgå från vad som var känt när ersättningsskyldighet uppstått och det är endast omständigheter som varit kända för båda parterna vid tidpunkten för avtalsslutet som är av intresse.<sup>137</sup> I 11(2) hänvisas till Schedule 2 och de riktlinjer som finns där. Dessa är främst avsedda att vara behjälpliga vid bedömningen av klausuler som faller

---

<sup>134</sup> O'Sullivan, s. 195. (property damage and pure economic loss)

<sup>135</sup> Treitel, s. 233 f.

<sup>136</sup> Vad som är att anse som standardvillkor har prövats i *British Fermentation Products v Compare Reavell* (1999) och *Watford Electronics Ltd v Sanderson CFL Ltd* (2001), för mer om dessa fall se O'Sullivan, s. 195 f. för ytterligare om diskussionen om vad som är att anse som standardvillkor se även Anson, s.192 f.

<sup>137</sup> Treitel, s. 236 och Anson, s. 194.

under section 6 eller 7, men tendensen har varit att domstolarna har tagit hänsyn till dessa även rörande andra klausuler. Uppräkningen av riktlinjer i Schedule 2 skall inte heller anses vara uttömmande.<sup>138</sup> I section 11(5) stadgas att bevisbördan ligger på den som hävdar att en klausul är skälig.

Section 11(4) anger två relevanta omständigheterna om ansvaret har begränsats till ett visst belopp. Hänsyn skall särskilt tas till följande förhållanden:

- a) De resurser som skulle kunna förväntas vara tillgängliga för syftet att svara för uppkommet ansvar för den part som försökt begränsa sitt ansvar, och
- b) i vilken utsträckning denne kunde ha skyddat sig genom försäkring.

Att ena parten till lägre kostnad kan försäkra sig och dessutom sprida denna kostnad på flera kunder var av vikt i *Smith v Eric S Bush (1989)*<sup>139</sup> där fastighetsvärderaren lätt kunde ha försäkrat sig. I *Monarch Airlines v London Luton Airport Ltd (1998)* var det av stor vikt att parterna planerat sina försäkringar utifrån flygplatsens friskrivning från ansvar och således ansågs klausulen skälig.

Schedule 2 ställer upp följande relevanta faktorer vid skälighetsbedömningen;

- a) Den relativa styrkan mellan parternas förhandlingspositioner.
- b) Huruvida kunden gavs incitament att godta villkoret eller hade någon möjlighet att ingå ett liknande avtal med andra personer utan att behöva acceptera ett liknande villkor.
- c) Huruvida parten kände till, eller borde ha känt till, villkoret och dess omfattning, med hänsyn bland annat till handelsbruk eller partspraxis.
- d) Om ett villkor exkluderar eller begränsar ansvaret om ett förhållande inte efterlevs, huruvida det var skäligt vid tiden för avtalet att tro att det var möjligt att efterleva förhållandet.
- e) Huruvida godset tillverkades eller anpassades efter köparens beställning.<sup>140</sup>

I sin framställning tar O'Sullivan upp även följande faktorer som vanligt förekommande vid bedömningar av skälighet:

- Om villkoret var tydligt formulerat.

---

<sup>138</sup> O'Sullivan, s. 197 och Atiyah, s. 315. Den senare menar att alla riktlinjer som ges i UCTA och som enligt lydelsen endast skall gälla för vissa typer av klausuler, troligtvis kommer att få en vidare tillämpning av domstolen då de ska beakta alla relevanta omständigheter vid avtalets tillkomst.

<sup>139</sup> Se t.ex. Whincup, s. 169 f. för mer om fallet.

<sup>140</sup> Furmston påpekar att det är oklart om faktumet att godset har specialtillverkats talar för eller emot oskälighet, se s. 193.

- Om villkoret var standard eller ovanligt inom branschen/på marknaden.
- Vilka svarandens återstående skyldigheter enligt avtalet är.
- Om ansvaret vore oproportionerligt i avsaknad av klausulen.
- Om ansvaret exkluderats eller bara begränsats något.<sup>141</sup>

Domstolen ska alltså ta flera olika hänsyn. Omständigheterna kan tala både för och emot skälighet och det blir många gånger upp till domstolen att se vilken skäl som väger tyngst i varje enskilt fall. Ett fall, ansett som ett av de ledande, som illustrerar vägningen av omständigheter mot varandra är *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v. Finney Lock Seeds Ltd (1983)*. Svaranden var här en sädesleverantör som skulle förse en bonde med 30lb. utsäde. I avtalet fanns en friskrivningsklausul som begränsade ansvaret till priset på utsädet. Utsädet som levererades visade sig vara av annat slag än det avtalade och av dålig kvalitet och skörden misslyckades. Käranden yrkade på en stor ersättning, £61,000. House of Lords ansåg att det fanns faktorer som talade både för och emot att klausulen skulle anses vara skälig. För klausulens skälighet talade att säden hade varit väldigt billig (£201) i förhållande till storleken på den krävda ersättningen, att klausulen inte uteslöt ansvar helt och hållet samt att bonden var medveten om klausulen som var tydligt formulerad. Andra omständigheter talade dock för att klausulen var oskälig. Dessa var att parterna inte var jämnstarka, att klausulen inte hade varit uppe för förhandling och att klausulen, som förvisso var standard i branschen, sällan gjordes gällande av leverantörer. Det senare sågs som ett underförstått erkännande av branschen att det var en oskälig klausul. Omständigheterna som talade för oskälighet vägde enligt domstolen tyngre.<sup>142</sup>

Fallet ovan är ett exempel på att klausuler kan anses vara oskäliga även i näringsidkarförhållanden trots att vissa domare, som nämnts ovan i avsnitt 5.3.1, anser att det bör ske restriktivt.

### 5.3.5 Rättsverkningar

När en domstol väljer att ingripa mot en friskrivningsklausul är det enbart möjligt för dem att förklara den utan verkan. Domstolen har alltså ingen möjlighet att skriva om ett villkor eller ersätta en beloppsbegränsning med ett belopp som domstolen anser skäligt.<sup>143</sup> Ett villkor kan dock vara utan effekt endast i vissa delar. Gäller friskrivningen ansvar för alla kontraktsbrott i ett köp är klausulen utan verkan i de delar som UCTA inte medger att man friskriver sig. Klausulen kan dock ha verkan i de delar UCTA medger ansvarsbegränsning, under förutsättning att dessa delar klarar skälighetsprövningen. Detta följer av att UCTA inte förklarar

<sup>141</sup> O'Sullivan, s. 197.

<sup>142</sup> O'Sullivan påpekar att det även togs hänsyn till svarandens agerande efter avtalsslutet, men att fallet avgjordes innan UCTA trädde i kraft och att parternas beteende efter avtalsslut inte längre får beaktas, O'Sullivan s. 198.

<sup>143</sup> Anson, s. 199.

klausulen överksam som sådan utan att man inte kan begränsa sitt ansvar med hänvisning till den ("by reference").<sup>144</sup>

UCTA anger således följden att klausulen är giltig endast i de delar den klarar skälighetsbedömningen och ogiltig i de delar den inte klarar skälighetsbedömningen. Därmed ges domstolen möjligheten att betrakta ett enskilt villkor som ett som egentligen består av flera delar och domstolen kan bedöma skäligheten för vardera del och göra endast de oskäliga överksamma.<sup>145</sup> Det har dock inte ansetts möjligt för domstolen att stryka enskilda ord i klausulen.<sup>146</sup>

## 5.4 Ändrade förhållanden

När det gäller ändrade förhållanden medger engelsk rätt att en person befrias från sina skyldigheter under "the doctrine of frustration". Denna princip har dock en begränsad tillämpning. Det är inte tillräckligt att ett ändrat förhållande gör att avtalet blir ofördelaktigare för en part. Inte heller är det tillräckligt att en person som skulle ha gjort en vinst i slutänden gör en förlust, för att parten skall slippa prestera. För att principen skall kunna åberopas skall det vara fråga om så allvarliga och fundamentalt ändrade förhållanden att genomdrivandet av avtalet egentligen kan ses som att man uppfyller ett annat avtal än det som parterna ingick.<sup>147</sup>

---

<sup>144</sup> Treitel, s. 235.

<sup>145</sup> Se Treitel, s. 235 f.

<sup>146</sup> *Stewart Gill v. Horatio Myer & Co. Ltd (1992) QB 600.*

<sup>147</sup> Anson, s. 8. För mer om "frustration" se även nämnda framställnings kapitel 14.

# 6 Oskälighet i tysk rätt

## 6.1 Inledning

I detta avsnitt skall oskälighet i tysk rätt behandlas. Framställningens fokus ligger på §§ 305-310 BGB (tidigare AGBG, numera inkorporerad i BGB) och på avtalets innehåll som är av störst intresse för framställningen. Ytterligare ett par regler av intresse skall dock presenteras.<sup>148</sup> Samtliga paragrafhänvisningar nedan avser BGB.

## 6.2 Avtalets innehåll

### 6.2.1 §§ 305-310

Det regelkomplex som är av störst intresse när det gäller oskälighet är §§ 305-310. Reglernas tillämpning är begränsad till standardvillkor. Alla paragrafer är inte heller av lika stort intresse. Det är endast ett fåtal av bestämmelserna som avser en bedömning av ett villkors skälighet. Dessa skall belysas mer ingående nedan. Ett antal av övriga regler är dock av intresse för förståelsen av reglernas tillämpningsområde och tillämpning. Dessa skall därför kort beskrivas.<sup>149</sup>

Av de angreppssätt på oskäliga villkor som Hellner presenterat är det alltså inriktning mot standardvillkor som märks tydligast, samtidigt finns dock också en vilja att ge större skydd för konsumenterna. De regler som berör konsumentskyddet behandlas dock endast i de fall de är av intresse för belysning av tillämpningen i näringsidkarrelationer.

#### 6.2.1.1 Tillämpningsområde

Reglerna är, som nämnts i avsnittet ovan, endast tillämpliga på standardavtal. Standardavtal definieras i § 305 I 1 och avser "förformulerade" avtalsvillkor som en part, användaren ("Verwender"), tillhandahåller motparten vid avtalsslutet.<sup>150</sup> Vilken form villkoren har spelar ingen roll. Det viktiga är att de är färdiga att användas vid avtalsslutet

---

<sup>148</sup> Läsaren kan observera att det inte finns någon rubrik "Omständigheter vid avtalets tillkomst" i detta kapitel. Tysk rätt saknar inte regler om detta, se t.ex. nedan om ockerparagrafen. Dock har de regler (framförallt §§ 138 och 242) som skulle kunna hänföras till denna rubrik en närmre koppling till avtalets innehåll. Det kan också påpekas att omständigheter som ligger före avtalsslut också kan beaktas när det gäller frågan om huruvida ett villkor blivit en del av avtalet. Här förutsätts dock att villkoret blivit en del av avtalet. De regler som tas upp återfinns i bilaga C. Det kan också påpekas att en hänvisning som § 305 I 1 avser paragraf 305 stycke ett, del ett vilket följer lagens återgivande i bilagan.

<sup>149</sup> Tolkningsregler och, som ovan nämnts, reglerna om villkors inkorporering i ett avtal behandlas inte i denna framställning.

<sup>150</sup> Det kan påpekas att det också finns vissa tillägg avseende tillämpningsområdet i § 310, dessa är av störst intresse när det gäller konsumenter men i § 310 IV anges att reglerna inte är tillämpliga på t.ex. arvs- och familjerätt.



och är avsedda att användas flera gånger. Huruvida de verkligen används flera gånger spelar dock ingen roll; avsikten är det avgörande.<sup>151</sup>

Det är värt att notera att det av lagtexten framgår att villkor som har varit föremål för förhandling mellan parterna inte är standardvillkor enligt lagens mening. För att ett villkor skall anses ha blivit individuellt förhandlat skall motparten dock ha haft en reell möjlighet att påverka innehållet i villkoret.<sup>152</sup>

### 6.2.1.2 Innehållskontroll

När det har konstaterats att det föreligger ett standardvillkor och reglerna är tillämpliga måste villkoret klara den innehållskontroll som finns i §§ 307-309. Dessa regler utgör alltså tillsammans en inskränkning i avtalsfriheten.<sup>153</sup> Nedan följer en genomgång av utgångspunkterna för innehållskontrollen och vilka hänsyn som skall tas.

Innehållskontrollen följer inte lagrummens inbördes ordning. Kontrollen bör ta sin start i § 307 III 1 där det stadgas att kontroll endast skall ske av de standardvillkor som innebär tillägg till eller avvikelser från rättsregler i BGB. Därför omfattas till exempel inte villkor som rör de huvudsakliga prestationerna och priset.<sup>154</sup>

Innan man prövar villkorets giltighet enligt § 307 I och II bör man också kontrollera om villkoret omfattas av § 309 eller § 308, i nämnda ordning. Dessa paragrafer har nämligen var sin lista på klausuler som anses oskäligen. De paragrafer som räknas upp i § 309 är i sig oskäligen - denna uppräknings kallas den "svarta listan" - medan klausuler på den "grå listan" i § 308 ofta är oskäligen, men kan klara en skälighetsbedömning.<sup>155</sup> Några exempel på klausuler som återfinns på svarta listan är villkor som medger prishöjning med kort varsel, prestationsvägran med flera. På den grå listan återfinns villkor som reglerar acceptfrist, uppsägning med flera. Det skall påpekas att dessa båda listor enligt lagtextens lydelse endast skall tillämpas i konsumentrelationer, § 310 I 1. § 310 I 2 stadgar dock att listorna kan beaktas vid en bedömning enligt § 307 om hänsyn tas till handelsbruk/branschpraxis. I Staudinger påpekas dock att listorna inte kan få någon direkt verkan men de kan presumera (Indizwirkung) oskälighet tills motsatsen är visad. Samtidigt kan denna presumtionsverkan inte schablonmässigt göras gällande. Intressen och handelsbruk kan tala såväl för som emot att ett villkor på listorna skall få presumtionsverkan i kommersiella relationer. Innebörden och betydelsen av varje klausulförbud

---

<sup>151</sup> Köhler, s. 271. Att en parts avsikt att använda villkoren flera gånger är tillräckligt har slagits fast av BGH (BGH NJW 1997, 135). Det är dock nödvändigt att avsikten är att använda villkoren minst tre gånger (BGH NJW 2002, 138).

<sup>152</sup> Köhler, s. 272. (BGH NJW 2000, 1110)

<sup>153</sup> Markesinis m.fl. s. 178.

<sup>154</sup> Köhler, s. 279.

<sup>155</sup> Jfr ovan om engelsk rätts "svarta" och "grå" lista, 5.3.3.

måste trots allt avgöras utifrån de speciella omständigheterna för varje form av näringsverksamhet/bransch.<sup>156</sup>

Omfattas villkoret inte av §§ 308-309 så kan ett villkor alltså ändå anses oskäligt enligt § 307, generalklausulen. § 307 I 1 stadgar att ett villkor som i strid mot ”tro och heder” (Treu und Glauben) medför en oskälig nackdel för motparten är utan verkan. Stadgandet att det skall stå i strid med tro och heder kan anses följa av standardvillkorens acceptering. Eftersom tillåtandet av standardvillkor lägger avtalets slutgiltiga utformning helt och hållet hos ena parten är det en rimlig konsekvens att denna också i viss utsträckning måste ta hänsyn till motpartens intressen. Har den som upprättat standardvillkoren missbrukat förtroendet och ensidigt gynnat sina intressen har denne alltså agerat i strid med tro och heder.<sup>157</sup>

Utgångspunkten för huruvida en nackdel föreligger är hur parternas rättsförhållande skulle ha varit utan den ifrågasatta klausulen. Jämförelsematerialet utgörs då av övriga regler i ”standardvillkorsrätten”, övriga BGB och alla rättsregler och rättsprinciper som kan vara av värde. För att oskälighet skall anses föreligga måste nackdelen vara betydande. Däremot är det irrelevant huruvida användaren av standardvillkoret får en fördel av villkoret, det är tillräckligt att det föreligger en nackdel för motparten. En motsvarande fördel behöver helt enkelt inte existera eller så kan den tillkomma tredje man.<sup>158</sup> Båda parternas intressen vid avtalsslutet skall dock beaktas och det är därför av särskilt intresse huruvida motparten har tilldelats fördelar i andra delar av avtalet för att kompensera för en nackdel. För att en fördel för motparten skall kunna beaktas måste den dock dels vara sakligt sammanhängande med nackdelen så att den kan anses reglera samma fråga och dels vara av sådan vikt att den kan anses vara både tillräcklig och lämplig kompensation.<sup>159</sup>

Bedömningen av ett villkor bör relatera till en genomsnittskund och inte till det enskilda fallet. Tar inte den aktuella klausulen hänsyn till ett typiskt intresse hos målgruppen för villkoret är den utan verkan (unwirksam). En sådan övergripande syn utesluter alltså hänsyn till personliga omständigheter som till exempel partens erfarenhet av affärsverksamhet. Inte heller verkningar av klausulen i det enskilda fallet skall beaktas. Det är endast de verkningar och följder som generellt blir aktuella av villkoret som skall beaktas. Är bedömningen att villkoret generellt är oskäligt spelar det heller ingen roll om den oskäliga verkningen eller följden av någon anledning inte aktualiserats i det enskilda fallet.<sup>160</sup>

---

<sup>156</sup> Staudinger/Coester, s. 193 f. och 217 ff. Enligt Markesinis m.fl. har domstolarna låtit listorna få så stor betydelse även i kommersiella relationer att det i princip bara är undantagsvis som klausuler som faller under §§ 308-309 upprätthålls i näringsidkarrelationer, s. 177. En så långtgående förbehållslös verkan i kommersiella relationer har inte beskrivits i övrig litteratur.

<sup>157</sup> Staudinger/Coester, s. 255 f.

<sup>158</sup> Staudinger/Coester, s. 252 ff. och 266.

<sup>159</sup> Staudinger/Coester, s. 255 och 269 f.

<sup>160</sup> Staudinger/Coester, s. 260 f.

Det framgår inte av lagtexten vilka omständigheter som är relevanta att beakta vid skälighetsbedömningen. I lagkommentaren tas dock ett antal intressen och förhållanden upp, som domstolen generellt har att ta hänsyn till samt ett antal vanligare jämförelsegrunder som har utkristalliserat sig i praxis. I det följande skall ett antal av dessa presenteras.

När ett villkor ifrågasätts åberopar användaren ofta det så kallade prisargumentet. Användaren hävdar att priset antingen har sänkts för att kompensera en nackdel för motparten eller hade behövt höjas om klausulen inte vore en del av avtalet. Att tillåta användandet av en sådan kompensation har ansetts vara olämpligt såväl i praxis som i litteraturen och skulle kunna riskera att göra innehållskontrollen tandlös.<sup>161</sup> Det finns dock ett antal undantag från detta. Ett exempel är att motparten erbjuds att välja mellan olika alternativ där pris och risk tydligt korresponderar. Kunden kan då själv utvärdera alternativen och se skillnader i riskåtagande och pris. Alternativen måste dock vara beräknade på ett korrekt sätt och de dyrare alternativen får inte vara så saltade att motparten inte reellt har några alternativ.<sup>162</sup>

Vid en första anblick kan ett enskilt villkor framstå som godtagbart. Villkoret skall dock bedömas i ljuset av avtalet i sin helhet och då framstå som oskäligt. Oskäligheten kan framkomma genom att olika villkor som var för sig är godtagbara skapar en oskälig effekt genom att de samverkar och förstärker varandra (s.k. ”Summierung”). Samtliga samverkande klausuler är då överksamma. För att hänsyn skall tas till flera klausulers förstärkande effekt så skall de ha ett inre saksammanhang (innere Sachzusammenhangs). Att de var för sig skulle ha kunnat vara del av avtalet skall inte beaktas. Domstolen kan inte heller välja vilka/vilket villkor som skall vara giltigt. Valet skulle inte vara förutsägbart för avtalsparterna.<sup>163</sup>

En jämförelse mellan villkoret och etablerade standarder, såsom till exempel handelsbruk, kan ge ledning i oskälighetsbedömningen. Står ett villkor i strid med dessa talar det för oskälighet. Att det föreligger en för kunder fördelaktig praxis kan också medföra en ”avtalsskyldighet” för näringsidkaren. Det bör påpekas att ett villkors överensstämmelse med en branschstandard, eller att villkoret är vanligt förekommande, inte utgör en skälighetspresumtion.<sup>164</sup> Resonemangen i den tyska litteraturen påminner här om dem som anförts i avsnittet om den svenska rätten, se avsnitt 4.7.

Det har ovan påpekats att båda parternas intressen skall beaktas. Användaren kan ha intressen som rättfärdigar användningen av ett betungande villkor. Ett typexempel är intresset av att rationalisera sitt avtalsslutande, i syften att förenkla eller att sänka kostnader. Även andra intressen som allmänna ekonomiska eller vetenskapliga aspekter är dock

---

<sup>161</sup> Staudinger/Coester, s. 271 ff. Att ett tillåtande av prisargumentet kan riskera att utarma innehållskontrollen följer av BGH NJW 1993, 2442, 2444.

<sup>162</sup> Staudinger/Coester, s. 273 ff.

<sup>163</sup> Staudinger/Coester, s. 275. I vissa fall kan det dock finnas uttryckligt lagstöd för att tillåta vissa förstärkande klausuler.

<sup>164</sup> Staudinger/Coester, s. 282 f.

relevanta. Användarens intressen måste givetvis - oavsett om de i viss mån är rättfärdigande - vägas mot motpartens.<sup>165</sup>

När ett villkor granskas kan det alltså finnas intressen som förklarar och till viss del rättfärdigar dess existens. Vid bedömningen skall dock även nödvändigheten och proportionaliteten av villkoret beaktas. Ett villkor får inte vara mer betungande för motparten än vad som krävs för att uppnå det berättigade intresset hos användaren.<sup>166</sup>

I tidigare kapitel har riskfördelningens betydelse berörts. Riskfördelningen är central vid avtalsslut och diskuteras ingående i den tyska rätten. Eftersom riskfördelningen intar en så central roll är det inte förvånande att den som upprättar standardvillkor försöker att göra villkoren så fördelaktiga som möjligt i denna del. Fördelningen av riskerna är därför något som bör beaktas vid bedömningen av en klausuls skälighet. Att ge några generella riktlinjer för hur fördelningen skall beaktas är dock svårt eftersom risken kan vara knuten till olika förhållanden och olika delar av ett avtal. I vissa fall finns uttryckliga regler i BGB som till exempel § 307 II 2 (mer om denna nedan) där vissa plikter inte kan avtalas bort. Detta medför alltså att parterna i dessa fall inte själva kan riskfördela. Vid beaktandet av riskfördelningen aktualiseras ett par frågor. Vem har lättast att vidta åtgärder för att minska riskerna? Vilken av parterna kan man, utifrån omständigheterna, kräva försäkras sig mot oundvikliga risker? Till vems sfär skall risken hänföras? Den senare frågan utgör den så kallade "sfärtanken" som i och för sig inte legat till grund för lagreglerna. Det är emellertid relevant att utreda om en riskförskjutning gör ett villkor oskäligt. Riskfördelning förekommer som en beaktansvärd omständighet i praxis. BGH har till exempel funnit att det är oskäligt - i fallet förklarades klausulen överksam - att en oljeleverantör friskriver sig från ansvar för översvämmande av en tank, eftersom risken låg i leverantörens tekniska personals (bristfälliga) kunnande mer än hos kunden. Sfärtanken illustreras också tydligt av att villkor som lägger risken på kunden för en säljares regelvidriga användning av ett kreditkort ansetts oskäliga. Kunden måste lämna ifrån sig kortet för att kunna genomföra transaktionen och har ingen möjlighet att övervaka säljarens användning. Förvisso har inte heller kortutställaren någon möjlighet att kontrollera säljaren, men kortutställaren får räkna sina avtalspartners (säljarna) till sin risksfär.<sup>167</sup>

När det gäller skälighetsbedömningen och de intressen som generellt bör beaktas och som förekommit i praxis skall endast ett par tillägg göras. Vissa intressen har befunnits irrelevanta för bedömningen och bland dessa återfinns tredjemansintressen och samhällseliga intressen.<sup>168</sup> Det kan också påpekas att den relevanta tidpunkten för bedömningen är tiden för avtalsslutet.<sup>169</sup> När det gäller bevisbördan åligger det den som hävdar att ett

---

<sup>165</sup> Staudinger/Coester, s. 284 f.

<sup>166</sup> Staudinger/Coester, s. 286.

<sup>167</sup> Se BGH NJW 1971, 1036 samt BGH BB 1984, 1897, 1898.

<sup>168</sup> Staudinger/Coester, s. 277 ff.

<sup>169</sup> Staudinger/Coester, s. 257.

villkor är oskäligt att visa och åberopa de omständigheter som gör villkoret oskäligt.<sup>170</sup>

Ovan har innebörden av det vida stadgandet i § 307 I 1 belysts med hjälp av riktlinjer som följer av lagkommentaren och praxis. Utöver detta bör det påpekas att stadgandet också till viss del konkretiseras i § 307 I 2 och II 1 och 2. Utifrån dessa lagrum hänför Medicus villkor till tre grupper som utifrån sitt innehåll indikerar oskälighet:<sup>171</sup>

1. Villkor som avviker från rättssystemets väsentliga grundtankar. (§ 307 II 1)
2. Villkor som inskränker rättigheter och skyldigheter mellan parterna, som följer av avtalets natur (så kallade "Kardinalpflichten"<sup>172</sup>), på ett sådant sätt att avtalets ändamål inte kan uppnås. (§ 307 II 2)
3. Villkor som är otydliga. Otydligheten kan utgöra en nackdel för motparten genom att den till exempel inte vet sina rättigheter vid en tvist. (§ 307 I 2)

De två första grupperna bör kommenteras något ytterligare. Dessa skall enligt lagtexten användas när det uppstår tvivel om huruvida en oskälighet föreligger. Lagtextens tillägg att de skall ge vägledning vid tvivel (im Zweifel) har aktualiserat en diskussion om regelns tillämpning. Det råder olika åsikter om reglerna skall ha verkan av en presumtion och i så fall av vilken styrka. Möjligen innebär det endast en indikation för oskälighet. Det kan också anses utgöra en (förtida) kodifikation av en förmodad praxis i frånvaro av ett stycke som II.<sup>173</sup>

### 6.2.1.3 Särskilt om friskrivningsklausuler

När det gäller friskrivningsklausuler är det precis som för andra klausuler svårt att säga om villkoret är oskäligt eller ej. Klausulens utformning och den avtalssituation den ingår i spelar stor roll. I denna del skall dock ett försök till ett par generella riktmärken belysas.<sup>174</sup>

Generellt är det enligt § 307 som en friskrivningsklausul skall prövas. De båda listorna med oskäliga villkor i konsumentrelationer kan dock ha betydelse även för kommersiella relationer. När det gäller friskrivningsklausuler är det främst § 309 Nr 7-8 som är av intresse. I Staudinger framhålls att friskrivning för "lättare" oaktsamhet (leichter Fahrlässigkeit) är tillåtet så länge det inte är friskrivning från kropps- eller hälsoskada. Villkoret får inte heller innebära friskrivning från skada till följd

---

<sup>170</sup> Staudinger/Coester, s. 258.

<sup>171</sup> Medicus, s. 169.

<sup>172</sup> Som exempel på en Kardinalpflicht tar Medicus upp plikten att hålla rätt (nödvändiga) låga temperatur vid kylförvaring av kött.

<sup>173</sup> För mer om diskussionen kring styckets innebörd se Staudinger/Coester, s. 318 ff.

<sup>174</sup> Det är inte helt enkelt att bilda sig en övergripande bild av friskrivningsklausuler vid studier av Staudinger/Coester. Ett konkret konstaterande kan senare i framställningen begränsas eller sägas bero på vissa omständigheter. Är läsaren intresserad av en viss klausul bör läsaren utöver denna generella framställning söka praxis och mer specifika uttalanden kring den aktuella situationen.

av avtalets väsentliga plikter. Det får inte heller innebära en för motparten oskälig riskfördelning. För den senare bedömningen skall möjligheten till försäkring och vem som enligt branschsedan bör försäkra sig beaktas. För att inte försvåra försäkringsmöjligheterna är det viktigt att klausulen är mycket tydlig. När det däremot gäller friskrivning från dödsfall, kroppsskada eller grovt vållande är det inte tillåtet i konsumentrelationer enligt § 309 Nr 7. Denna indikerar/presumerar alltså att det inte heller skulle vara tillåtet i kommersiella relationer. Praxis har också gett stöd för att näringsidkare inte kan friskriva sig från uppsåtligt eller grovt oaktsamt handlande. Numer har BGH dock som utgångspunkt att det i kommersiella fall i det enskilda fallet kan vara tillåtet med villkor i strid mot § 309 Nr 7b.

Vid bedömningen om en friskrivning från grov såväl som ”lättare” oaktsamhet är riskfördelningen viktig. Framstår riskfördelningen som skälig med hänsyn till handelsbruk, branschsedlig riskfördelning och parternas omfattande försäkringsskydd kan undantag medges. Omständigheterna i det enskilda fallet blir avgörande. För mer om riskfördelning se ovan 6.2.1.2.<sup>175</sup>

#### 6.2.1.4 Rättsföljder

Följden av att ett villkor, i strid mot Treu und Glauben, anses medföra en oskälig nackdel för motparten är, som ovan nämnts, att villkoret är overksam (unwirksam), § 307. Enligt § 306 I är resterande delar av avtalet fortfarande verksamma. Att låta hela avtalet falla på grund av det oskäliga villkoret anses inte vara en lämplig följd när det gäller standardvillkor, eftersom motparten då skulle stå helt utan avtalsrättigheter. § 306 ställer därför upp möjligheten för avtalet att bestå.<sup>176</sup>

§ 306 II stadgar att gällande rättsregler, härledda såväl från tvingande som dispositiv rätt som rättspraxis ersätter de villkor som förklarats overksamma. Att avtalet består med dessa ersättande regler kan dock leda till att parter drabbas av olägenhet. Drabbas part oskäligt hårt stadgar § 306 III att avtalet i sin helhet är overksam. Det är dock naturligt att det är oftare är användaren av standardvillkoren som drabbas av de reglerna som har ersatt de oskäliga, än motparten. De ersättande reglerna innebär generellt en försämring för användaren, vilket han får acceptera. Försämringen måste innebära en fundamental förändring för användaren för att kunna beaktas enligt § 306 III.<sup>177</sup>

Domstolen skall alltså utreda vilka regler som skall ersätta de oskäliga villkoren. Domstolen får inte jämka villkoren till vad som kan anses vara skäligt. Detta förbud att reducera klausulens giltighet kallas ”Verbot der ’geltungserhaltende Reduktion’”. Det anses inte vara domstolens uppgift att genom omtolkning av villkoret finna en annan (begränsad) innebörd av klausulen och på så sätt låta villkoret vara gällande i den utsträckning det skulle vara skäligt.<sup>178</sup> En sådan möjlighet skulle innebära att användaren

---

<sup>175</sup> Staudinger/Coester, s. 417 f.

<sup>176</sup> Palandt/Heinrichs, s. 414.

<sup>177</sup> Palandt/Heinrichs, s. 415.

<sup>178</sup> BGH NJW 1986, 1610, 1612

aldrig riskerar mer än att få ett oskäligt villkor nedsatt i omfattning till mer än vad som skulle kunna anses skäligt. Jämkning skulle alltså innebära att risken med införandet av sådana villkor minskar för användaren. Förbud mot sådan omtolkning ligger alltså i linje med lagens preventiva ändamål att hålla standardavtal fria från oskäliga klausuler. Förbudet hindrar dock inte att villkoret delas upp i en överksam del och en verksam del om detta är möjligt utifrån klausulens innehåll och formulering.<sup>179</sup>

## 6.2.2 § 138 och § 242

Utöver generalklausulen i § 307 finns det i BGB två andra generalklausuler som är av intresse för denna framställning. Båda är dock subsidiära till § 307 som betraktas som *lex specialis* i förhållande till de båda andra generalklausulerna. Villkor som inte träffas av § 307 kan alltså prövas av de andra generalklausulerna.<sup>180</sup>

§ 242 är en långtgående generalklausul som stadgar att parterna är skyldiga att handla i enlighet med tro och heder (*Treu und Glauben*) med hänsyn till vad handelsbruket kräver. § 242 stod som mall för § 307 och reglerna kring oskäliga standardvillkor har sitt ursprung i praxis till följd av en tillämpning av § 242. Även efter tillkomsten av reglerna kring standardvillkor har § 242 tillämpats på villkor som inte träffas av § 307.<sup>181</sup>

Även § 138 är av intresse. Denna rör rättshandlingar i strid med goda seder (*die guten Sitten*). En sådan rättshandling är en nullitet ("ist nichtig"). Vid bedömningen av ett villkor kan hänsyn tas till såväl villkorets innehåll som parts agerande såsom utnyttjande av motparten. Goda seder är en vag formulering. Någon närmre precisering medges inte här, men nämnas kan att utgångspunkten skall tas i allmänt vedertagna värdegrundsatser (jfr. *ordre public* och *public policy*).<sup>182</sup>

## 6.3 Ändrade omständigheter

Under § 242 utvecklades en lära som tog hänsyn till ändrade omständigheter, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*.<sup>183</sup> Denna kodifierades

---

<sup>179</sup> Köhler, s. 280.

<sup>180</sup> Palandt/Heinrichs, s. 417 f.

<sup>181</sup> Markesinis m.fl., s. 130 ff. § 242 är en mycket omskriven paragraf med anledning av de många rättsprinciper som härletts ur denna, t.ex. en lojalitetsplikt mellan parterna. För en överblick av rättsregler med ursprung i § 242 och tillämpningen av paragrafen rekommenderas nämnda framställnings kapitel 3.2 samt Zimmermann/Whitaker, s. 18 ff.

<sup>182</sup> Köhler, s. 227 ff. Det kan påpekas att § 138 består av två delar, där den andra delen innehåller en form av konkretisering av första stycket. Den andra delen motsvarar vad vi i svensk rätt känner som ocker, denna regel skall inte beskrivas närmare här.

<sup>183</sup> "Bortfall av avtalsförutsättning", författarens översättning. Även kallad *Störung der Geschäftsgrundlage*. En viss distinktion görs i tysk rätt mot innehållskontroll. En avtalsförutsättning är inte en del av avtalsinnehållet och det som enligt avtalslydelsen är avtalsinnehåll kan inte vara en avtalsförutsättning. Det kan också påpekas att avtalstolkning har företräde framför § 313, se Palandt/Grüneberg, s. 502.

2002 genom att den infördes i § 313. Rättsregeln har sin förklaring i den häftiga inflation som drabbade Tyskland efter första världskriget.<sup>184</sup>

Regeln tar hänsyn till omständigheter som inträffar efter avtalsslutet och påverkar de grundläggande förutsättningarna för avtalet. Det skall vara fråga om en oförutsägbar omständighet med en sådan väsentlig påverkan att avtalet inte skulle ha ingåtts, åtminstone inte med samma innehåll, om den senare inträffade omständigheten kunde ha förutsetts. En bedömning av vem av parterna som bör bära risken för den ändrade omständigheten får då göras. Likheter med den svenska förutsättningsläran såväl som 36 § AvtL kan således skönjas.<sup>185</sup>

Intressant är att domstolen kan ändra i ett avtal vars grundläggande förutsättningar har förfelats på grund av en senare inträffad omständighet. En ändring i avtalet kan då göras för att avtalet, utifrån de nya förhållandena, skall vara skäligt för båda parterna. Hänsyn måste alltså tas till båda parternas intressen. Ingreppet i avtalet bör vara så litet som möjligt. I vissa fall är det dock inte möjligt att genomföra ändringar så avtalet blir skäligt för båda parter. Att upprätthålla avtalet i sådana fall vore oskäligt och drabbade parten har då rätt att frånträda avtalet.<sup>186</sup>

---

<sup>184</sup> För mer om regelns bakgrund, se Markesinis s. 326 ff.

<sup>185</sup> Palandt/Grüneberg, s. 502 ff. För ett praktiskt exempel hänvisas till Zimmermann/Whitaker, s. 557 f. Fallösningen avsåg äldre rätt, men kodifieringen avsåg dock inte att åstadkomma en förändring av rättsläget och fallösningen ger bra bild av tillämpningen.

<sup>186</sup> Palandt/Grüneberg, s. 506 f.



# 7 Oskälighet i PECL

## 7.1 Inledning

Här skall ett urval av de artiklar i PECL som behandlar oskälighet presenteras. Det görs utifrån de riktlinjer som angetts för deras tillämpning i kommentarerna i anslutning till artiklarna. De som är mest intressanta för att belysa likheter och skillnader med 36 § AvtL samt är av intresse för det, i uppsatsens inledning, presenterade fallet tas upp. Då det nedan talas om Principerna är det PECL som avses.

## 7.2 Allmänt om oskälighet i PECL

I artikel 1:201 stadgas en grundprincip som gäller för hela PECL. ”Good faith and fair dealing” skall genomsyra hela avtalsförhållandet. Såväl avtalslut, prestation och genomdrivande av parternas skyldigheter under avtalet som utövande av rättigheter under avtalet skall ske i enlighet med principen. Principen finns uttryckt i ett antal artiklar<sup>187</sup>, men skall gälla för samtliga artiklar, och principen har företräde framför andra regler om tillämpningen av dessa skulle leda till ett orättvist resultat. Avsikten är att principen skall skapa en standard av ”decency, fairness and reasonableness” i kommersiella transaktioner. Oavsett vad avtalet mellan parterna stadgar ålägger principen parterna en lojalitetsplikt. Detta återspeglas bland annat i att en part är skyldig att begränsa den skada som kan orsakas av kontraktsbrott av motparten. Det kan påpekas att ”good faith” presumeras och att bevisbördan alltså ligger på parten som hävdar motsatsen. Principen är därtill tvingande för parterna och utgör en inskränkning av avtalsfriheten som PECL bygger på.<sup>188</sup>

”Good faith” innebär ungefär ärlighet och rättvist uppsåt (”fairness in mind”), vilket är subjektivt. Denna tanke åskådliggörs till exempel av att det inte ska vara möjligt att genomdriva en rättighet utan att det ger någon vinst, när avsikten endast är att skada motparten. ”Fair dealing” utgör ett objektivi test om part upprätthåller rättvisa i verkligheten (”fairness in fact”).<sup>189</sup>

Artikel 1:302 anger utgångspunkterna för skälighetsbedömningen enligt PECL. Hänsyn skall tas till vad personer som handlar i enlighet med good faith skulle ha tyckt var skäligt (reasonable) om de var i samma situation.

---

<sup>187</sup> Se bl.a. artiklarna 2:301 och 6:102.

<sup>188</sup> PECL I and II, s. 113 ff. I artikel 1:102 framgår det att PECL bygger på avtalsfrihet utom i de fall principen om ”good faith and fair dealing” eller andra tvingande regler i PECL stadgar något annat. Att principen inskränker avtalsfriheten framgår också av kommentarerna till artikel 1:201, se bl.a. not 2. Håstad menar att det är tydligt att tysk rätt har fått stor genomslagskraft i artikel 1:201, Håstad, s. 345 f. Han påpekar också att det inte är säkert att en tysk domstol skulle tillämpa PECL:s princip på samma sätt som till exempel en engelska domstol om det inte fanns en överordnad domstol, se mer avsnitt 8.2.

<sup>189</sup> PECL I and II, s. 113 f.

Även avtalets natur och syfte, omständigheterna i fallet och handelsbruk eller branschpraxis skall vägas in. I kommentaren till artikeln påpekas var uttrycket används i PECL och för vilka bedömningar det är särskilt viktigt. Några närmare preciseringar än att samtliga relevanta faktorer skall beaktas och en upprepning av de i artikeln angivna hänsynen görs inte i kommentarerna.<sup>190</sup>

I noten till artikeln anges att artikeln ger uttryck för en gemensam kärna (common core) i medlemstaternas rättsystem men att det inte finns någon lagbestämmelse av samma slag. Det påpekas dock att den engelska Unfair Contract Terms Act 1977 hänvisar till ”requirements of reasonableness” och vad som är ”fair and reasonable”. 36 § AvtL tas upp som ett exempel där några av de motsvarande kriterierna finns.<sup>191</sup>

### 7.3 Omständigheter vid avtalets tillkomst

Artikel 4:109 behandlar de fall där omständigheter vid avtalets tillkomst givit upphov till en obalans i avtalet som kan ge part rätt att frånträda avtalet. För att artikeln skall vara tillämplig skall avtalet ge ena parten en oskälig förmån (”excessive benefit”) och det skall ha förekommit ett orättfärdigt utnyttjande. På den missgynnade partens yrkande kan avtalet då hävas eller modifieras. Avtalets tillkomst skall ha präglats av utnyttjande av svaghet, oförmåga eller nöd på den utnyttjades sida. Dessa svagheter hos motparten skall ha varit kända för parten som vinner fördelen.<sup>192</sup>

I kommentarerna till artikeln beskrivs följaktligen utnyttjandet närmast som det som i svensk rätt återfinns i ockerparagrafen.<sup>193</sup> Intressant är dock att det påpekas att det alltid innebär ett större eller mindre risktagande att göra affärer, särskilt i affärlivet. Beror ett avtals ensidighet på den förfördelade partens risktagande och förlorande skall artikeln inte kunna tillämpas. Avtalet har då inte varit oskäligt när det ingicks även om det för ena parten visat sig bli en dålig affär.<sup>194</sup>

Något som är av intresse för denna framställning är att artikelns andra och tredje del medger alternativ till ogiltigförklarande av avtalet. Dessa delar medger en möjlighet att på endera partens begäran låta avtalet ha fortsatt giltighet, men att domstolen ersätter de oskäliga villkoren med skäliga villkor. Rätten att yrka på fortsatt giltighet tillkommer således även den som tidigare hade fördelen, eftersom det skulle kunna bli orättvist på andra hållet om avtalet ogiltigförklaras helt och hållet. Önskan om fortsatt giltighet skall dock meddelas motparten direkt. Detta skall ha skett innan parten som önskat häva har vidtagit någon åtgärd i förlitan på sin hävning. Oberoende

---

<sup>190</sup> PECL I and II, s. 127.

<sup>191</sup> PECL I and II, s. 128.

<sup>192</sup> PECL I and II, s. 261 ff.

<sup>193</sup> Artikel 4:109 kallas av Håstad för ockerparagrafen men är, som framgår av framställningen, trots detta av visst intresse för denna framställning, se Håstad, s. 352 fotnot 26.

<sup>194</sup> PECL I and II, s. 263.

av vilken part som önskar modifiera avtalet, så ska modifiering framför total ogiltighet ske endast i de fall det utifrån omständigheterna är en lämplig åtgärd. I fråga om påföljder visar artikelns alltså upp en flexibilitet som påminner om 36 § AvtL:s. Det kan slutligen också påpekas att det inte är möjligt att avtala bort rättsföljderna av 4:109.<sup>195</sup>

## 7.4 Avtalets innehåll

Artikel 4:110 ger rätt att häva ett oskäligt villkor som inte förhandlats individuellt mellan parterna. Vid bedömningen av oskäligheten skall en helhetsbedömning av avtalet göras. Därtill skall prestationens form och omständigheterna vid avtalets tillkomst beaktas.

Rådets direktiv 93/13/EEG har inspirerat denna artikel. Tillämpningsområdet för denna artikel är dock vidare. Den omfattar även avtal mellan privatpersoner och avtal mellan näringsidkare. En annan skillnad är att artikeln inte har någon motsvarande uppräkningslista av klausuler som anses oskäliga. På grund av mångfalden av kommersiella kontrakt är det mycket svårt att lista klausuler som *per se* är att anse som oskäliga i näringsidkarrelationer. Trots avsaknaden av en dylik lista bör domarna ha rätt att hämta inspiration i den lista som återfinns i rådets direktiv. Listan kan vara särskilt användbar när det gäller avtal mellan en mindre och en större näringsidkare. Eftersom en lista saknas och klausulen i sig är öppen är det ofta svårt att, utan prejudikat, direkt säga om ett villkor är oskäligt.<sup>196</sup>

Artikelns andra del hindrar tillämpningen i vissa fall. Artikeln är inte tillämplig på ett villkor som reglerar det huvudsakliga föremålet för avtalet om det är lättbegripligt. Vid en bedömning av skäligheten får en domare eller skiljeman inte heller ta hänsyn till priset. Denna andra del av artikeln ska tolkas strikt. Villkor som tillåter ena parten att höja priset, omfattas därför av första delen av artikeln eftersom det inte direkt behandlar priset.<sup>197</sup>

I kommentaren påpekas att det kan framstå som att artiklarna 4:109 och 4:110 har något gemensamt. De hanterar dock olika situationer. Artikel 4:109 handlar om att ena parten utnyttjar motpartens svåra situation. Den artikeln täcker situationer där priset, andra väsentliga delar av avtalet eller ett allmänt förhållande är orimligt på annat sätt. Artikel 4:110 berör endast vad som i huvudsak är allmänna villkor och inte priset. Den gäller också en väldigt vanlig situation; att en av parterna har skrivit avtalet i förväg.<sup>198</sup>

En viktig fråga för tillämpningen av artikel 4:110 är alltså när ett villkor skall anses individuellt förhandlat ("individually negotiated"). Ett villkor anses ha förhandlats fram individuellt när förhandlingar mellan parterna uttryckligen har berört det. En sådan förhandling kan mynna ut i att ett av

---

<sup>195</sup> PECL I and II, s. 263.

<sup>196</sup> PECL I and II, s. 266 ff. Den omnämnda listan återfinns som bilaga till direktivet.

<sup>197</sup> PECL I and II, s. 269.

<sup>198</sup> PECL I and II, s. 269.

ena parten föreslaget villkor ändras eller stryks. Det kan också resultera i att ett villkor förblir oförändrat. Huruvida ett villkor ska anses ha blivit förhandlats fram individuellt är något som måste avgöras *in casu*. Exempelvis anses ett generellt avtalsvillkor som används i ett antal avtal oftast inte ha förhandlats fram individuellt. Ett handskrivet villkor i ett unikt avtal kommer oftast att betraktas som individuellt framförhandlat, men omständigheter i det enskilda fallet kan komma att leda till en annan bedömning.<sup>199</sup>

Att det föreligger en betydande obalans mellan parternas rättigheter och skyldigheter är nödvändigt för att artikeln ska vara tillämplig. Obalansen kan vara antingen av ekonomisk eller av legal karaktär. I det förra fallet är de ekonomiska konsekvenserna otillbörliga för motparten. I det senare anses ett villkor skapa obalans om det ger ena parten rättigheter men inte den andra ("mirror image rule").<sup>200</sup>

Om ett villkor bedöms som oskäligt enligt artikel 4:110 så är det utan verkan. Resten av avtalet kan emellertid vara fortsätta gällande om det är möjligt och lämpligt. Kan avtalet inte "överleva" efter uteslutande av det oskäliga villkoret så hävs hela avtalet.<sup>201</sup>

Håstad anför att "regeln om jämkning av oskäliga avtalsvillkor synes snäv". Han menar att det finns en fara i att jämningsbestämmelsen undantar alla individuellt förhandlade avtal från jämkning. En sådan tillämpning av 4:110 skulle enligt Håstad kunna innebära att en mindre företagare kan klara sig bättre om han utan förhandling accepterar storföretagets standardvillkor, vilka då alltså kan jämkas, än om han skulle företa en förhandling om bättre villkor och misslyckas. Håstad anför att det är en möjlig tolkning att det endast är avtal där den svagare sidan har haft synbart inflytande som skall anses ha förhandlats fram individuellt. En sådan tolkning skulle, enligt Håstad, innebära att regeln inte skulle skilja sig märkbart från nordisk rätt.<sup>202</sup> I sin kritiska genomgång konstaterar Håstad dock att regeln i allt väsentligt överensstämmer med Rådets direktiv 93/13/EEG. Han undrar dock om det snäva tillämpningsområdet kan ha sin förklaring i en engelsk skepsis mot en för vid reglering, medan tyskarna "släppt igenom" densamma eftersom de litar på att generalklausulen om "good faith and fair dealing" skall komplettera jämningsbestämmelsen på samma sätt som deras "Treu und Glauben" skulle kunna.<sup>203</sup>

Under PECL är parterna fria att avtala även om följderna av att avtalet inte uppfylls. De kan särskilt begränsa eller exkludera de åtgärder som annars skulle vara möjliga. I artikel 8:109 begränsas dock denna möjlighet i vissa

---

<sup>199</sup> PECL I and II, s. 269.

<sup>200</sup> PECL I and II, s. 269.

<sup>201</sup> PECL I and II, s. 268 ff. Hur partiell hävning kan ske behandlas i PECL 4:116.

<sup>202</sup> I Håstads genomgång av reglerna i PECL inför det Nordiska juristmötet är delen om 4:110 förhållandevis oklar, hans kritiska inställning framgår dock, se Håstad s. 352. Något tydligare blir det i referatet efter mötet, se Håstad II s. 37.

<sup>203</sup> Håstad, s. 352.

fall. Artikelns tillämpning är begränsad till de fall där det finns en skyldighet att prestera och att ansvaret för en brist i denna del på något sätt begränsats. Artikelns förbud inte att sådana begränsningar görs utan träder endast in där det skulle strida mot good faith and fair dealing att åberopa klausulen. Klausulen har en allmän lydelse och även om det oftast handlar om begränsning av ansvar för skador är den även tillämplig på andra åtgärder vid bristande uppfyllelse som till exempel hävning och prisreduktion. Är artikel 8:109 tillämplig kan det aktuella villkoret förklaras överksamt.<sup>204</sup>

Det finns paralleller med tidigare beskrivna artikeln 4:110. Den tillämpas på oskäligen villkor som inte har förhandlats mellan parterna. Den gemensamma nämnan är här en hänvisning till good faith and fair dealing. I kommentaren till artikel 8:109 framhålls att artikel 4:110 avser att pröva om omständigheterna gjorde att det stred mot good faith and fair dealing att ta med villkoret i avtalet medan artikel 8:109 är begränsad till att avse endast villkor som begränsar ansvaret, samtidigt som den träffar även villkor som blivit individuellt förhandlade. Det är enligt artikel 8:109 åberopandet av villkoret som skall anses strida mot good faith and fair dealing. Att en part medvetet åsidosätter andra villkor i avtalet kan göra att det strider mot good faith and fair dealing att åberopa ansvarsbegränsningen. Bedömningen enligt artikel 8:109 är dock inte lika sträng som den enligt artikel 4:110. Det kan strida mot good faith and fair dealing att ta med en vid ansvarsbegränsning enligt artikel 4:110 om villkoret inte varit föremål för förhandling trots att det med tillämpning av artikel 8:109 inte skulle strida mot good faith and fair dealing att åberopa villkoret under de inträffade omständigheterna.<sup>205</sup>

Även om ett villkor inte skulle kunna angripas med artikel 4:110 skulle det under vissa speciella omständigheter kunna anses strida mot good faith and fair dealing att åberopa en ansvarsbegränsning. Har till exempel den felande parten inte gjort mer än marginella eftergifter i förhandlingarna och motparten tvingats acceptera kan artikel 8:109 tillämpas.<sup>206</sup>

## 7.5 Ändrade förhållanden

Artikel 6:111 behandlar ogiltighet eller jämkning vid ändrade förhållanden. Huvudregeln som anges i första punkten är att parten skall fullgöra avtalet trots att ändrade förhållanden gör fullgörandet mer betungande, oavsett om det beror på att det har blivit mindre värt eller mer kostsamt. Andra punkten medger dock vissa undantag. Blir fullgörandet oskäligt betungande ("excessively onerous") är parterna tvungna att inleda förhandlingar om en ändring av avtalet på grund av det ändrade förhållandet, förutsatt att a) det skett efter kontraktsslut, b) möjligheten till ändrade omständigheter inte var sådan att den skäligen kunde ha tagits i beräkning vid avtalsslutet, och c)

---

<sup>204</sup> PECL I and II, s. 385 ff.

<sup>205</sup> PECL I and II, s. 386 f.

<sup>206</sup> PECL I and II, s. 387 f.

riskerna för den ändrade omständigheten inte var sådan, med hänsyn till avtalet, att den drabbade parten kan anses behöva bära den. Så kan till exempel vara fallet om en uttrycklig fördelning av riskerna för en framtida händelse görs i avtalet eller avtalet är spekulativt.<sup>207</sup> Något inte en uppgörelse av parterna kan en domstol häva eller jämka avtalet. Skyldigheten att förhandla är sanktionerad med skadestånd.

Det skulle kunna argumenteras att en strikt tillämpning av alla avtal skulle ge incitament för parterna att vara noggrannare vid avtalslut. I kommentaren till artikeln anförs att erfarenheten dock visar att parter inte alltid är så försiktiga och att det ibland är mycket svårt att införa villkor som reglerar alla situationer och förutse alla möjliga framtida scenarier. Att kräva att allt skall regleras uttryckligen kan därför vara opraktiskt. Samtidigt så hindrar PECL:s dispositiva regler inte parterna att föra in vilka ändrade omständigheter som inte ska påverka avtalets villkor.<sup>208</sup>

Oavsett parternas regleringar är det bara i exceptionella fall som förhandlingar skall behöva inledas. Att en affär visats sig bli en dålig sådan för ena parten är inte tillräckligt för att ge utrymme för jämkning eller hävning. I kommentaren påpekas därför de högre kraven på att prestationen blivit betydligt mer betungande och att det skall sätta parten i en svår ekonomisk situation att prestera och att de i artikelns andra del stadgade rekvisiten är uppfyllda. Däremot är det inte ett krav att det är omöjligt att prestera. Detta omfattas istället av artikel 8:108.<sup>209</sup>

För att artikel 6:111 skall bli tillämplig skall det ha uppstått en kraftig obalans i avtalsförhållandet samtidigt som det är fråga om ändrade förhållanden som gör att parten förvisso kan prestera enligt kontraktet men att det skulle ske till orimligt höga kostnader. Viss obalans är alltså inte tillräckligt. Ett exempel på ändrade omständigheter som medför oskälig belastning (excessive onerosity) är att ökade kostnader uppstår för part på grund av att Suezkanalen stängs och fartygen skulle tvingas runt Godahoppssudden. Även att ett av parterna valt prisindex kollapsar på oförutsett vis och gör motprestationen värdelös tas upp som exempel.<sup>210</sup>

Domstolar bör göra allt för att parterna skall lyckas i sina förhandlingar. Ett ingripande av domstolen i avtalsförhållandet skall ses som en sista utväg för att inte skapa osäkerhet i förtroendet för avtalsförhållandet. En jämkning skall vara avsedd att återställa balansen i avtalet genom att utifrån omständigheterna fördela de extra kostnaderna rättvist. Jämkningsen kan avse olika klausuler, men domstolen får inte skriva om hela avtalet. Skulle en omskrivning av avtalet krävas för att komma till rätta med förhållandet måste domstolen istället häva avtalet.<sup>211</sup>

---

<sup>207</sup> PECL I and II, s. 326.

<sup>208</sup> PECL I and II, s. 323 f.

<sup>209</sup> PECL I and II, s. 324.

<sup>210</sup> PECL I and II, s. 324 f.

<sup>211</sup> PECL I and II, s. 326 f.

# 8 Analys

## 8.1 Inledning

Detta avslutande kapitel är nedan indelat i tre delar. Första skall illustreras tillämpningen av de tidigare beskrivna nationella reglerna. Därefter presenteras en utifrån framställningen rimlig uppskattning av hur en tillämpning av PECL:s regler skulle se ut samt kommentarer till dessa regler kring oskälighet i en eventuellt framtida europeisk civillag. Sist följer författarens avslutande synpunkter.

## 8.2 Fallösning

För att illustrera tillämpningen av de presenterade regleringarna i svensk, tysk och engelsk rätt skall nu det i inledningen presenterade fallet tjäna som exempel. Till grund för avsnittet om svensk rätt ligger HD:s avgörande. Därefter belyses tillämpningen av övriga rättsystems viktigaste regler. I dessa delar kan det påpekas att det är svårt, för att inte säga omöjligt, att sja om hur en engelsk eller tysk domstol skulle bedöma och vikta omständigheter. Framställningen skall dock peka på ett antal omständigheter i fallet som troligen skulle erkännas som relevanta. När det gäller tillämpningen av PECL hänvisas läsaren till avsnitt 8.3.2 nedan.

I inledningen presenterades fallet NJA 1979 s. 493. Här följer en kort repetition av omständigheterna: Det var ett avtal mellan två näringsidkare. Föremålet för domstolens bedömning var ett standardvillkor, vilket innebar en friskrivning från ansvar. Till detta kan tilläggas att det ovan citerade villkoret av HD tolkades som att säljaren begränsade sitt ansvar såtillvida att denne inte svarade för indirekta skador om denne inte gjort sig skyldig till grov vårdslöshet.<sup>212</sup> Framställningen redogör nedan för respektive rättsordnings lösning.

### 8.2.1 Den svenska lösningen

#### 8.2.1.1 Allmänt

I denna del är det fråga om att tillämpa 36 § AvtL som är tillämplig på alla avtalsvillkor. Här redogörs först för HD:s bedömning av fallet och därefter följer kommentarer kring omständigheterna som beaktades.

#### 8.2.1.2 Domstolens bedömning

I sitt avgörande började HD med att konstatera att det var fråga om ett avtalsförhållande med två näringsidkare och att konsumentskyddsaspekter inte utan vidare är gällande under sådana omständigheter, men att man

---

<sup>212</sup> Enligt Håstad var HD:s tolkning av villkoret felaktig se Håstad, Den nya köprätten, s. 129 f.

enligt 36 § AvtL kan ta hänsyn till en parts underlägsna ställning. Att företag A är ett litet företag i förhållande till B är i sig dock inte belägg för att relevant underlägsen ställning föreligger, utan en helhetsbedömning måste göras. För att utreda huruvida A intagit en relevant underlägsen ställning diskuterade domstolen ett antal omständigheter som kunde påverka balansen i avtalsförhållandet och göra villkoret oskäligt.<sup>213</sup>

I sin undersökning av avtalsbalansen började HD med att undersöka huruvida standardavtalet tog hänsyn till både säljar- och köparintressen, hur villkoret förhöll sig till de dispositiva reglerna och vilka skäl det fanns för en sådan begränsning av ansvaret. Utredningen gav vid handen att villkoret tillgodosåg intressen på båda sidor och dessutom hade stor spridning. Villkoret avvek i en del till fördel för köparen och nackdel för säljaren, men i en annan del till fördel för säljaren och nackdel för köparen. Det fanns dessutom skäl för användandet av en sådan begränsning såsom möjligheten att beakta risker vid prissättning och den större möjligheten för köparen att försäkra sig mot följdförluster. Utifrån dessa förutsättningar fann HD att klausulen inte gynnade säljaren på ett oskäligt sätt. Eftersom A dock var ett litet företag kunde vissa konsumenträttsliga aspekter vara av vikt och HD beaktade därför även konsumentköplagens regler.

I denna del fann HD att de då gällande konsumenträttsliga reglerna inte hindrade ett villkor som det i punkt 30 i ett konsumentförhållande och detta bör enligt HD medföra att i de fall det förekommer ett sådant villkor mellan näringsidkare skall det finnas tungt vägande skäl för att det skall anses vara oskäligt att tillämpa det. HD anförde att detta följer av att det i avtalsrelationer finns ett visst mått av medvetet risktagande från endera eller båda parter sida och hänvisade till propositionen.

En snedfördelning i riskfördelningen skulle ändå kunna tala för oskälighet. Vid undersökningen av riskfördelningen fann HD att parterna hade goda avtalsförbindelser sedan ett antal år och var väl bekanta med förutsättningarna för avtalet. Båda hade ett stort intresse av att få ut produkten på marknaden. Köparen, A, var medveten om att säljaren i princip var en mellanhand, att produkten i fråga var nyutvecklad och att säljaren var beroende av sin tillverkare för avhjälpande av eventuella problem med maskinen som kunde uppstå i början. Mot bakgrund av avtalsrelationen i sin helhet fann HD därför att riskfördelningen inte innebar någon snedbelastning.

Efter att ha gjort dessa bedömningar fann HD därför att de framlagda skälen inte medförde att en tillämpning av friskrivningsklausulen i punkt 30 skulle vara oskälig.<sup>214</sup> Om domstolen skulle ha kommit fram till motsatt slut skulle den kunnat såväl jämka villkoret som lämna det utan avseende.

---

<sup>213</sup> HD:s diskussion om villkorets skälighet börjar på sidan 513 i fallet. I fallet talar HD om tillämpningen är obillig eller otillbörlig. I framställningen nedan används oskäligt istället.

<sup>214</sup> Rättsfallet har diskuterats flitigt i doktrin. Här skall inte diskuteras huruvida utgången var rätt eller fel eller lämpligt. För en översikt av kommentarer i doktrin hänvisas till von Post, s. 225 ff. Här skall istället HD:s tillvägagångssätt kommenteras.



### **8.2.1.3 Kommentar**

I sin bedömning tar HD hänsyn till flera olika omständigheter och beaktar även hur de påverkar varandra. HD uttalar dessutom att det är viktigt att en omständighet som talar i ena eller andra riktningen måste ses i ljuset av hela avtalssituationen.

Omständigheterna som HD beaktade återfinns i framställningen om svensk rätt i kapitel fyra. HD kopplar samman omständigheter som är placerade under kapitlets olika avsnitt utifrån hur de samverkar i det aktuella fallet. Författarens kategorisering, precis som andra kategoriseringar och lösningsscheman i doktrin, erbjuder alltså en bra översikt över omständigheter som kan beaktas. Samtidigt visar fallet att läsaren inte får glömma att det är viktigt att se hur omständigheter under olika rubriker samverkar. Även omständigheter som inte tas upp i förarbeten eller doktrin kan vara av värde. Praktikern kan alltså finna stor hjälp i kategoriseringar och lösningsscheman när det gäller regelns tillämpning och omständigheter att beakta, men måste själv försöka göra en bedömning av vad som kan vara relevant att beakta i det förhandenvarande fallet. Det är så domstolen kommer att göra.

Det framstår också som att HD inte i för stor utsträckning vill bryta ut en fråga utan hela tiden ser till omständigheter som samverkar och påverkar varandra. Till exempel tycks många frågor utredas med hänsyn till att det eventuellt finns stöd för att lägga större vikt vid dessa om hänsyn tas till A:s tillsynes underlägsna ställning. Något konkret uttalande för eller mot underlägsen ställning blir dock inte riktigt aktuellt eftersom utredningen i de flesta delar inte talar för oskälighet, inte ens om det hade varit fråga om ett konsumentförhållande. Riskfördelningen beaktas uttryckligen, men HD gör snarare en generell bedömning av riskfördelningen än besvarar de frågor angående riskfördelningen som presenterades i kapitlet om tysk rätt.

## **8.2.2 Den engelska lösningen**

### **8.2.2.1 Allmänt**

Till skillnad från den svenska lösningen så är det här lämpligt att först inleda med att kort kontrollera reglernas tillämplighet på fallet. Därefter följer författarens bedömning av vilka omständigheter som det är troligt att en engelsk domstol skulle beakta.

### **8.2.2.2 Reglernas tillämplighet**

För att UCTA skall vara tillämplig skall det vara fråga om ett villkor som friar från eller begränsar ansvaret. I fallet är det fråga om ett villkor som begränsar ansvaret och reglerna är alltså tillämpliga. Några undantag från reglernas tillämplighet är inte aktuella.

### **8.2.2.3 Prövning av villkorets skälighet**

För det första bör det undersökas om det föreligger ett villkor som finns på den svarta listan. Enligt denna kan man inte, som i fallet, friskriva sig från

personskada om det föreligger oaktsamhet, section 2(1). Personskada var ingen tvistefråga i fallet, men det kan påpekas att det vore troligt att denna del av villkoret skulle vara utan verkan. Något annat förbud aktualiseras inte.

Den grå listan kan dock medföra att villkoret måste klara skälighetsprövningen. Här kan man märka att flera bestämmelser i UCTA kan vara tillämpliga på samma relation. Såväl section 2(2) som 3(2) eller 6(3) skulle kunna vara tillämpliga. Eftersom det var fråga om ett köp där godset var behäftat med fel och friskrivningen från ansvaret fanns i ett standardvillkor ligger det kanske närmast tillhands att tillämpa 3(2) eller 6(3). Oavsett vilken bestämmelse som används leder de till skälighetsprövningen, vilken skall belysas nedan.<sup>215</sup>

I kapitlet om engelsk rätt presenterades ett antal hänsyn i punktform, se ovan avsnitt 5.3.4. Bland dessa kan man finna vägledning för bedömning av villkoret i det aktuella fallet.

För skälighet talade att villkoret var ett resultat av förhandlingar mellan intresseorganisationer med både köparens och säljarens bästa för ögonen. Detta talar för att köparen borde vara medveten om villkoret samt att det inom den branschen borde vara standard. Säljaren hade också fortfarande kvar skyldigheten att avhjälpa felet. För oskälighet talade att villkoret inte var helt tydligt formulerat. Det är tveksamt om parten hade möjlighet att ingå ett liknande avtal med andra personer utan att behöva acceptera ett liknande avtal. Säljaren friskrev sig från all indirekt skada.

Försäkringsmöjligheter omnämns i UCTA endast när det gäller begränsning av ansvaret, men domstolen synes ha friheten att beakta omständigheten även i detta fall. Eftersom köparen troligtvis har större möjligheter att överblicka och försäkra sig mot följdförluster borde det vara köparen som har lättast att försäkra sig mot förlusten. Riskfördelningen har viss anknytning till försäkringsmöjligheten och det kan ju påpekas att säljaren i detta fall borde kunna försäkra sig mot skadeståndsskyldighet som eventuella fel i varan åsamkar köparen. Dock var det fråga om vidaredistribution och köparen borde därför på ett bättre sätt ha kunnat skydda sig genom försäkring.

Ovan har det förvisso framkommit ett par omständigheter som talat både för och emot skälighet. Utan att kunna förutse en engelsk domstols avvägning så framstår det som att skälen för att låta villkoret passera skälighetstestet väger över. Framförallt om man gör bedömningen i ljuset av en viss motsträvighet hos domarna att ingripa i kommersiella avtalsförhållanden. Tyngre skäl för oskälighet torde nog ha krävts för överksamhet. Skulle

---

<sup>215</sup> Det kan påpekas att framställningen inte närmare utreder frågan, till viss del beroende på att underlaget när det gäller val av bestämmelse vid överlappning är knapphändig. Möjligen skulle en utredning av vilka regler som grunden för ansvaret ligger närmast kunna ge vägledning. En sådan utredning skulle dock inte gynna framställningen nämnvärt då det oavsett resultat leder över till skälighetsprövningen.

domstolen trots allt finna att villkoret var skäligt skulle den ha möjligheten att förklara det överksamt.

## 8.2.3 Den tyska lösningen

### 8.2.3.1 Allmänt

Precis som för avsnittet om den engelska lösningen är det här lämpligt att kontrollera reglernas tillämplighet på fallet. Även här följs denna kontroll av författarens bedömning av vilka omständigheter som det är troligt att en tysk domstol skulle beakta.

### 8.2.3.2 Reglernas tillämplighet

Denna del begränsas till att avse en tillämpning av §§ 305 –310 BGB.<sup>216</sup> Det framgår inte tydligt av det verkliga fallet på vems initiativ som IM 72 har blivit en del av avtalet. I denna del förutsätts det att det är säljaren B som tagit initiativet. I så fall blir de aktuella reglerna tillämpliga, vilket följer av § 305. Detta är fallet då det är fråga om ett i förväg formulerat villkor som tillhandahålls av parten och är avsett att användas flera gånger. Det spelar ingen roll att det är en branschorganisation som ställt upp villkoret. Det viktiga är vem som önskat tillämpa villkoren i avtalsförhållandet.<sup>217</sup> Då reglerna blir tillämpliga måste villkoret klara innehållskontrollen.

### 8.2.3.3 Prövning av villkorets skälighet

I denna del är det endast möjligt att ge en bild av de omständigheter som det enligt praxis och lagkommentaren och doktrin är troligt att domstolen skulle lägga vikt vid. Vilken vikt de skulle lägga vid dem och hur en avvägning mellan två intressen skulle ha gjorts är dock svårt att förutse.

När det gäller friskrivningsklausuler i avtal mellan näringsidkare skall dessa generellt prövas enligt § 307. Det har dock påpekats ovan att § 309 kan indikera oskälighet. För bedömningen av klausulen är det viktigt att konstatera att den inte är gällande om grov vårdslöshet ligger säljaren till last. § 309 skulle kunna presumera att den del av klausulen som friskriver säljaren från ansvar för personskada ej skulle vara verksam. I fallet har dock köparen lidit ekonomisk skada.

När det gäller innehållskontrollen enligt § 307 kan följande anföras. En utredning av gällande rätt utan det aktuella villkoret skulle fungera som jämförelsematerial. Vad denna skulle leda fram till skall inte behandlas här. Troligt är att hänsyn skulle tas, precis som den svenska domstolen gjorde, till huruvida olika delar avviker till fördel för motparten och en annan för användaren och dessa hade ett nära samband. Huruvida domstolen skulle låta övrig konsumenträtt ligga till grund för ett analogt skydd för företag

---

<sup>216</sup> När det gäller en eventuell tillämpning av t.ex. § 242 BGB kan man tänka sig att hänsynen är snarlika då de här genomgångna reglerna har sitt ursprung i denna regel.

<sup>217</sup> Ett standardvillkor som är upprättat av samtliga berörda intressenter på marknaden anses fortfarande som förformulerat, se Staudinger/Schlosser, s. 28 f.

framkommer inte, åtminstone inte uttalat, i doktrinen. Domstolen skulle dock kunna göra bedömningen att företag av A:s storlek i förhållande till B generellt är av samma skyddsvärde som konsumenter, något som kanske är mindre troligt. Hänsynstagande till A:s underlägsna ställning som en individuell omständighet får dock inte tas. Om villkoret, liksom i svensk rätt, skulle anses tillåtet i konsumentförhållanden, är det dock troligt att detta starkt skulle tala för att företag, om än med underlägsen ställning, skulle behöva tåla ett sådant villkor.

Något som troligen skulle vara tungt vägande vid den tyska bedömningen är riskfördelningen. Likt den svenska domstolens bedömning kan det dock anföras flera skäl som talar för den riskfördelning som villkoren medförde. Det är troligt att denna var vanligt förekommande i branschen: i princip borde riskfördelningen med hänsyn till villkorets spridning och dess tillkomst betraktas som branschsed. Bakgrunden till riskfördelningen skulle också vara ett för användaren berättigande intresse för användandet av villkoret. Trots att risken skulle sägas vara att hänföra mer till säljaren och hans varor, skulle det alltså kunna anses föreligga berättigande skäl för att låta villkoret vara gällande. Då stor vikt synes läggas vid handelsbruk och sedvänjor vad det gäller riskfördelningen skulle detta tillsammans med en utredning av gällande rätt kunna vara avgörande för det tyska utfallet. Skulle domstolen anse att villkoret var oskäligt skulle den kunna förklara villkoret överksamt.

## 8.2.4 Kommentarer till falllösningen

Förhoppningsvis har läsaren fått en bild av hur det presenterade fallet skulle angripas med respektive regler. Kanske tycker läsaren att fallet tycks konstruerat för att passa precis denna uppsats. Att HD hade vetskap om denna framställning vid tiden för avgörandet kan dock starkt betvivlas. Därmed inte sagt att fallet inte noga valts ut och att det har särdrag som gör att det passar bra in i denna framställning för att belysa de olika reglerna. Med anledning av detta kan några påpekanden vara på sin plats.

När det gäller reglernas tillämplighet kan följande påpekas. Generalklausulen i 36 § AvtL träffar alla avtalsvillkor oavsett form. Så är ju dock inte fallet i den engelska eller den tyska regleringen. För engelsk rätt är det för reglernas tillämplighet nödvändigt att det är en friskrivningsklausul. Det kan dock påpekas att det för en tillämpning av section 3 UCTA även krävs att det är ett standardvillkor. För att de tyska reglerna skall vara tillämpliga är det nödvändigt att det är ett standardvillkor. I annat fall är §§ 305-310 BGB inte tillämpliga.

Reglernas olika ”krav” för tillämplighet speglar de av Hellner beskrivna angreppssätten som dominerar regleringarna. I detta fall träffas villkoret potentiellt av samtliga regler, men man ser att de olika angreppssätten gör att reglerna med lite ändrade omständigheter inte skulle vara tillämpliga. Säg till exempel att avtalsvillkoret förhandlats fram individuellt. Då hade de tyska reglerna respektive section 3 UCTA inte längre varit tillämpliga. Hade

det inte heller varit fråga om en ansvarsbegränsning hade även övriga UCTA fallit bort. Ensam kvar hade 36 § AvtL funnits kvar. Dessa ändrade förutsättningar kan framstå som ett sätt att framhålla den svenska lösningen som överlägsen de övriga. Detta är dock inte avsikten. För det första kan det inte uteslutas att ett annat fall inte skulle kunna fångas upp av andra regler i övriga länder. Här har till exempel inte några särregleringar för särskilda avtalstyper tagits upp. Vidare skulle till exempel den tyska generalklausulen § 242 BGB kunna fånga upp ett villkor i en annan situation. Att finna alla särregleringar i engelsk och tysk rätt som kan beröra oskäligen villkor låter sig inte göra i en framställning av denna storlek. Att villkor faller utanför kontrollen i dessa länder är dock möjligt, vilket alltså inte är fallet med den svenska regleringen. Luckorna i tysk och engelsk rätt kan vara ett uttryck för att principen om att avtal skall hållas fått en mer framträdande roll i lagstiftningen och att villkor i flera situationer därför inte skall falla under domstolskontrollen. I svensk rätt har denna avvägning istället överlämnats till domstolen.

När det gäller själva bedömningen av vad som är att anse som oskäligt har ovan pekats på svårigheterna att uttala sig om domstolarnas eventuella utslag. Några kommentarer om vilka omständigheter som brukar lyftas fram är dock på sin plats.

Det finns likheter mellan vilka omständigheter som beaktas i de olika länderna. Underlägsen ställning återfinns till exempel som en omständighet att beakta i samtliga regleringar. När det gäller tysk rätt beaktas det dock inte om det är en partsomständighet, det vill säga om parten är oerfaren beaktas detta inte om det inte är ett signum för det grupp parten kan placeras i. För att beakta omständigheten måste den alltså tillskrivas en skyddsvärd grupp, vilket till exempel "små" näringsidkare skulle kunna anses utgöra. I engelsk rätt framhålls att parternas förhandlingsposition skall beaktas.

I detta fall skulle även riskfördelningen kunna vara högst relevant för utgången i målet i samtliga länder. Även branschpraxis framstår som en viktig del av bedömningen i alla länder. Såväl svensk som tysk rätt framhäver vikten av en jämförelse med de dispositiva reglerna, medan det i engelsk rätt endast i viss utsträckning talas om huruvida ansvaret i avsaknad av villkoret skulle vara oproportionerligt.

Ser man till andra situationer försvaras paralleller när det gäller förhållandet svensk/tysk rätt och engelsk rätt eftersom de engelska reglerna endast är tillämpliga på friskrivningsklausuler som aktualiserar en viss typ av frågor. När det gäller tysk rätt präglas dessa omständigheter av att de är tillämpliga endast på standardvillkor och användarens lojalitet mot det förtroende denne tillerkänts. Svensk och tysk rätt synes dock ha fler likheter i diskussionen om vilka omständigheter som bör beaktas.

Reglernas tillämplighet styr alltså till viss del vilka omständigheter som blir mest aktuella att beakta det enskilda fallet. En liknande påverkan får tidpunkten för oskälighet. I de tyska och engelska reglerna är den relevanta

tidpunkten avtalsslutet, medan någon sådan begränsning inte finns i 36 § AvtL. Senare inträffade och ändrade omständigheter kan beaktas som en del av helhetsbedömningen av avtalssituationen. Ändrade omständigheter kan alltså tas i beaktande som en omständighet bland flera. För ändrade förhållanden får man i engelsk och tysk rätt istället åberopa andra regler än de "allmänna" om oskäligen villkor. I dessa fall handlar det om att de ändrade omständigheterna är grunden för oskälighet och det synes vara större krav på förändringen för att oskälighet som grund för ogiltighet skall föreligga.<sup>218</sup>

När det gäller rättsföljder kan man påpeka att domstolarna i det aktuella fallet hade haft olika möjligheter. Den svenska domstolen kunde till exempel ha jämkat villkoret. Övriga regler medger dock bara möjlighet att förklara villkoret överksamt. I tysk rätt skulle dock andra gällande regler ersätta det överksamma villkoret i avtalet. I tysk rätt finns också möjlighet att modifiera villkoret om det är fråga om ändrade omständigheter.

## **8.3 Kommentarer till införande av PECL**

### **8.3.1 Allmänt**

Vi har ovan sett hur fallet skulle ha avgjorts i svensk, engelsk och tysk rätt. Här skall en eventuell tillämpning av PECL kommenteras. Efter dessa kommentarer följer en jämförelse med dagens svenska regler. Det kan påpekas att det till och med är svårare att förutsäga en framtida tillämpning av PECL än av engelsk och tysk rätt eftersom det saknas såväl utförliga anvisningar i kommentarerna som en prejudikatsskapande instans för vägledning genom praxis. En kort belysning av en trolig tillämpning skall dock presenteras även för PECL.

### **8.3.2 Tillämpningen av PECL**

När det gäller PECL är det två regler som är av intresse, nämligen artiklarna 4:110 och 8:109. Den förstnämnda är tillämplig på standardvillkor som medför en obalans medan den senare är tillämplig på friskrivningsklausuler. Båda reglerna kan alltså tillämpas på fallet.

Vid en tillämpning av 4:110 skall en helhetsbedömning av avtalet göras och det skall då anses ha varit oskäligt att göra villkoret till en del av avtalet. Det saknas belysande exempel i kommentaren till artikeln såväl som prejudicerande rättsfall (av naturliga skäl) avseende vilka omständigheter som särskilt skall beaktas. Förvisso hänvisas till möjligheten att beakta klausulerna på listan med skäligen villkor i Rådets direktiv 93/13/EEG när

---

<sup>218</sup> När det gäller PECL får man tillämpa artikel 6:111 som också berör ändrade omständigheter som grund för oskälighet. Ramberg/Ramberg konstaterar angående den svenska regelns omfattning att det är ovanligt utanför Norden att i en och samma bestämmelse behandla bestämmelser om avtals ingående, avtalsinnehåll och ändrade förhållanden i en och samma bestämmelse, Rambergs s. 68.

det är ett avtal mellan en ”större” och ”mindre” näringsidkare. Några kommentarer om artikelns tillämpning på fallet skulle trots detta endast utgöra rena spekulationer, färgade av framställningen i övrigt, varför dessa lämnas därhän.

För en tillämpning av artikel 8:109 krävs att själva åberopandet av klausulen skulle vara att anse som stridande mot good faith and fair dealing. Även i denna del har man bara ett antal korta exempel till vägledning. Förvisso hänvisas också till 4:110, men detta ger inte större vägledning som ovan konstaterats. Det kan dock påpekas att exemplen som återfinns i kommentaren till artikeln till stor del handlar om att den felande parten agerar på ett direkt klandervärt sätt och ändå åberopar friskrivningen. Sådant handlande var det inte riktigt fråga om i det aktuella fallet.

Skulle en prövning leda fram till att villkoret var oskäligt skulle domstolen kunna förklara villkoret overksam.

### **8.3.3 Förändringar vid antagande av PECL**

När det gäller reglernas tillämpning kan man se att PECL:s regler har olika krav för tillämplighet. Om man som ovan ändrar omständigheterna lite ser man att tillämpning av artikel 4:110 inte vore möjlig om det inte var ett standardvillkor. Artikel 8:109 skulle fortfarande vara tillämplig på individuellt förhandlade villkor. Vore det dock inte en friskrivningsklausul skulle artikel 8:109 inte vara tillämplig medan artikel 4:110 skulle kunna vara tillämplig. Skulle det vara varken ett standardvillkor eller en friskrivningsklausul synes villkoret inte träffas av PECL.

PECL kan alltså anses innehålla inslag av Hellners olika angreppssätt. Att uttala sig om vilket av de olika nationella systemens eller PECL:s angreppssätt på oskäliga villkor som är effektivast är svårt. Givetvis har varje lösning sina fördelar och det är inte en enkel uppgift att avgöra om en lösning skapar bättre förutsättningar på marknaden. Antalet osäkra variabler är flera, bland annat är det i princip omöjligt att mäta reglernas förhindrande av oskäliga villkor i siffror. Frågan är dock om PECL:s reglering mot oskäliga villkor kan anses utgöra en bättre reglering än den svenska, nu när beskrivningar av tysk och engelsk rätt öppnat sinnet även för andra lösningar.

När det gäller reglernas tillämpning kan man som ovan se att 36 § AvtL träffar alla villkor utan att lämna några luckor i tillämpningen. PECL utgår från en generell princip om good faith and fair dealing och har därefter olika regleringar för olika situationer med oskäliga villkor. Ovan anfördes Håstads kritik om att en viktig grupp av avtalsvillkor skulle kunna falla utanför PECL:s kontroll, nämligen sådana villkor som förhandlats individuellt (se ovan om artikel 4:110). Detta skulle utgöra en signifikant skillnad mot svensk rätt. Någon större skillnad skulle dock inte uppstå om man, som Håstad anför, i begreppet ”individuellt förhandlat” tog hänsyn till om den svagare parten haft någon reell möjlighet att påverka

avtalsinnehållet. Ett sådant hänsyn ingår i de tyska reglerna, se ovan 6.2.1.1. Även övriga regler mot oskäligen villkor i PECL skulle begränsa denna skillnad. Frågan är alltså om reglernas omfattning och tillämpning skiljer sig så mycket från vad som är gällande rätt i Sverige idag.<sup>219</sup> I den mån det skulle vara så att vissa villkor faller utanför PECL:s kontroll får det antas vara ett uttryck för att PECL i högre grad upprätthåller principen att avtal skall hållas, precis som engelsk och tysk rätt. Det kan också sägas vara ett uttryck för ett högre krav på de avtalsslutande parterna att skydda sina intressen än vad svensk rätt gör. Det kan dock vara så att kravet är lika högt i svensk rätt och att detta krav upprätthålls av domstolen. Skillnaden är att dörren inte är stängd för prövning enligt lagtextens lydelse i svensk rätt utan att prövningen överläts till domstolen.

PECL har alltså en annan systematik än svensk rätt med flera regler mot oskäligen villkor istället för en generalklausul som 36 § AvtL. Att denna ordning skulle vara översiktlig eller omöjlig att ta till sig för svenska jurister framstår som osannolikt. Något som den svenske juristen dock behöver hålla i minnet är att alla villkor inte nödvändigtvis behöver klara någon form av skälighetsprövning. Något av följande måste vara för handen;

- Obalans i avtalet som beror på ett utnyttjande av den drabbade parten vid avtalsslutet.
- Villkoret är ett standardvillkor och villkoret berör inte den huvudsakliga prestationen.<sup>220</sup>
- En friskrivningsklausul och åberopandet av klausulen står i strid med good faith and fair dealing.
- Ett ändrat förhållande som gör fullgörandet enligt villkoren oskäligt betungande.

Det kan tyckas att tillämpningen av PECL ovan inte angav några konkreta omständigheter i fallet att beakta vid oskälighetsbedömningen. Denna uppfattning är korrekt. Att ange sådana omständigheter skulle som ovan påpekats endast utgöra gissningar. När man har studerat tre av de bakomliggande rättsystemens regler har förståelsen för de föreslagna reglerna, PECL, dock ökat. Ovan har inte några större skillnader när det gäller bedömningar påvisats utan det finns flera omständigheter som återfinns i samtliga länder. Istället ligger skillnaderna i hur man har angripit oskäligen villkor och därigenom omfattningen av reglernas tillämpning. Skulle några gissningar göras när det gäller omständigheter att beakta, trots blinkande varningslampor, så skulle de göras i linje med de omständigheter som beaktats i såväl svensk, engelsk och tysk rätt. Eftersom PECL:s regler bygger på vad som anses vara en gemensam kärna (common core) i

---

<sup>219</sup> I de kommentarer som gjorts i doktrin kring PECL framhålls ofta, visserligen ofta i relativt generella ordalag för hela PECL, att reglerna i PECL inte nämnvärt skiljer sig mot de nordiska, se t.ex. C. Ramberg, s. 463.

<sup>220</sup> Juristen bör dock också hålla i minnet att det kan vara så att villkor som varit uppe till diskussion inte nödvändigtvis skulle anses individuellt förhandlade i enlighet med Håstads resonemang.



civilrätten bör även gemensamma drag i de omständigheterna som beaktas i de nationella domstolarna ge stöd för en kvalificerad gissning att dessa omständigheter också utgör en gemensam kärna. Denna gemensamma kärna borde alltså kunna ge vägledning för oskälighetsbedömningen. Bristen på vägledning i praxis har dock belysts av Håstad.

Håstad påpekar att det kan bli ett problem att hitta en bra form för prejudikatsbildningen. Vilken instans skall bistå med vägledningen och utvecklingen av reglerna? Håstad anför ett par olika alternativ. Prejudikatbildningen kan överlåtas till de nationella domstolarna med tillägget att övriga länders högsta instansers avgöranden skall beaktas. Ett europeiskt Law Institute kan skapas med uppgift att följa den nationella rättsbildningen och därigenom föreslå tillägg och preciseringar till PECL som sedan beslutas om i enlighet med beslutsordningen enligt EU-fördraget. Den Europeiska domstolen i Luxemburg kan ansvara för prejudikatsbildningen. Håstad framför dock flera problem med dessa olika ordningar, däribland problem med enhetlighet såväl mellan olika länders avgöranden såväl som i en eventuell, mycket stor, första instans i Europeiska domstolen. Håstad menar därför att prejudikatsbildningen är en problematisk fråga eftersom PECL i början behöver fyllas ut på i princip alla punkter.<sup>221</sup>

När det gäller rättsföljder erbjuder generalklausulen i 36 § AvtL domstolen en stor flexibilitet att bestämma lämpliga följder vid oskälighet; villkoret kan jämkas eller lämnas utan avseende eller så kan avtalet jämkas i andra delar och möjligheten finns att i vissa fall ogiltigförklara hela avtalet. Bernitz menar att denna flexibilitet gör att 36 § AvtL är ett exempel på en modernare och smidigare lösning vid oskäliga villkor jämfört med en annars stel syn på ogiltighetsverkningar i icke-nordiska europeiska länder. Det kan påpekas att av de behandlade reglerna så ger PECL samma jämningsmöjlighet endast i artiklarna 4:109 och 6:111. I ljuset av detta skulle det kanske framstå som märkligt att en av svensk avtalsrätts mer moderna regleringar inte får större genomslagskraft samtidigt som det framstår som en stor förändring jämfört med de följder som återfinns i engelsk och tysk rätt.<sup>222</sup>

## 8.4 Avslutande synpunkter

Denna framställning har fokuserat på oskäliga villkor och alltså bara behandlat en mycket liten del av PECL, som skulle kunna utgöra underlag för en europeisk civillag. Att utifrån detta uttala sig om det är lämpligt att införa en europeisk civillag skulle vara absurt. Uttalanden om de föreslagna reglernas för- och nackdelar skulle kräva jämförelser av hela civilrätten. En slutlig bedömning av reglernas materiella innehåll ligger också långt fram i tiden. Det saknas en definitiv tidsplan för ett eventuellt införande.

---

<sup>221</sup> Håstad, s. 362 f.

<sup>222</sup> Bernitz, s. 517, där han konstaterar att svensk avtals- och obligationsrätt i övrigt framstår närmast såsom föråldrad i jämförelse med PECL.

Fördelar och nackdelar med ett införande av en europeisk civillag kan dock diskuteras utan hänsyn till de föreslagna reglernas innehåll. Istället är det rättspolitiska, rättsekonomiska och praktiska frågor som präglar den debatten. Några av de framträdande frågornas existens har påpekats i uppsatsens inledning, men någon närmre genomgång av debatten har inte gjorts. Att slutgiltigt diskutera det materiella innehållet i reglerna blir inte aktuellt innan ett beslut om införande av en europeisk civillag har fattats. Den allmänna inställningen i den nordiska debatten är dock att det oavsett om det i framtiden blir en europeisk civillag, så är det viktigt för nordiska jurister att nu aktivt delta i utformandet av reglerna som ligger till grund för förslagen till europeisk civillag. Skälen för detta är många. Författaren kan här instämma i en ofta åberopad anledning, nämligen att det om inte annat är oerhört lärorikt att ta del av de färdiga förslagen och arbetsgången. Noterna till PECL är verkligen en bra källa när det gäller att bilda sig en uppfattning om vad som gäller i andra länder inom ett område. Därmed inte sagt att man finner en komplett rättsutredning i noterna. Att denna framställnings tillkomst har underlättats av dessa är dock något som kan intygas.

När det gäller komparativa undersökningar anför Bogdan ett antal intressanta användningsområden. Däribland märks bättre förståelse för de egna rättsreglerna samt rättsharmonisering. Att detta arbete har ökat författarens förståelse för och öppnat nya synsätt på de svenska reglerna råder det inget tvivel om. Att göra ett liknande komparativt arbete (om än mindre omfattande) som Lando-kommissionen gjort för att nå fram till PECL har också varit nyttigt. Denna framställnings utredning av engelsk och tysk rätt kommer inte att ligga till grund för en harmonisering. Genom en fördjupning i olika länders rättsområden har förståelsen för en pågående harmonisering dock ökat.<sup>223</sup>

Avslutningsvis kan författaren därför rekommendera andra jurister att intressera sig för det arbete mot en europeisk civilrätt som pågår. Det är inte nödvändigt att man anser att det är en lockande tanke och arbetar för dess införande. Insikterna är nödvändiga för att kunna driva teser både för och emot. Oavsett målet med intresset menar författaren att kunskap och insikter om den svenska rätten såväl som om andra länders regleringar hela tiden smyger sig på. Dessa insikter bör vara till hjälp för arbete inom Sverige och nödvändiga för den som siktar på att arbeta internationellt i Europa.

---

<sup>223</sup> Se Bogdan avsnitt 2.2 och 2.4.

# Bilaga A

von Post "lösningsschema"<sup>224</sup>:

" I. Beakta omständigheterna vid avtalets tillkomst

II. Beakta avtalsinnehållet

1. Försök till kringgående av tvingande regler.
2. Tag hänsyn till värderingar och principer som lagts till grund för tvingande lagstiftning på närliggande områden.
3. MD:s och KO:s praxis.
4. Tag hänsyn till dispositiva regler, som är uttryck för rättspolitiska bedömningar.
5. Det är även möjligt att jämka villkor som överensstämmer med lag
6. Tag hänsyn till administrativa regler t ex inom bank eller försäkring.

Beakta härutöver i avtalsinnehållet

1. Avgörande lagt i ena partens hand
2. Förhållandet mellan värde och förmåner på ömse sidor.
3. Förhållandet mellan kontraktsbrott och påföljd.
4. Missbruk av rättighet.

III. Ändrade förhållanden

1. Långvariga avtal.
2. Äldre villkor stridande mot principer i ny lagstiftning

IV. Omständigheter i övrigt

1. God sed.
2. Parts praxis.
3. Diskriminering.
4. Avtalsrelationer till tredje man, ex detaljist – grossist.
5. Övrigt som kan anses relevant

V. Tag särskild hänsyn till underlägsen ställning"

---

<sup>224</sup> von Post, s. 34 f.

# Bilaga B

## Unfair Contract Terms Act 1977 1977 CHAPTER 50

An Act to impose further limits on the extent to which under the law of England and Wales and Northern Ireland civil liability for breach of contract, or for negligence or other breach of duty, can be avoided by means of contract terms and otherwise, and under the law of Scotland civil liability can be avoided by means of contract terms.

[26th October 1977]

### PART I AMENDMENT OF LAW FOR ENGLAND AND WALES AND NORTHERN IRELAND *Introductory*

#### 1.— Scope of Part I.

(1) For the purposes of this Part of this Act, "negligence" means the breach—

- (a) of any obligation, arising from the express or implied terms of a contract, to take reasonable care or exercise reasonable skill in the performance of the contract;
- (b) of any common law duty to take reasonable care or exercise reasonable skill (but not any stricter duty);
- (c) of the common duty of care imposed by the Occupiers' Liability Act 1957 or the Occupiers' Liability Act (Northern Ireland) 1957.

(2) This Part of this Act is subject to Part III; and in relation to contracts, the operation of sections 2 to 4 and 7 is subject to the exceptions made by Schedule 1.

(3) In the case of both contract and tort, sections 2 to 7 apply (except where the contrary is stated in section 6(4)) only to business liability, that is liability for breach of obligations or duties arising—

- (a) from things done or to be done by a person in the course of a business (whether his own business or another's); or
- (b) from the occupation of premises used for business purposes of the occupier; and references to liability are to be read accordingly [ but liability of an occupier of premises for breach of an obligation or duty towards a person obtaining access to the premises for recreational or educational purposes, being liability for loss or damage suffered by reason of the dangerous state of the premises, is not a business liability of the occupier unless granting that person such access for the purposes concerned falls within the business purposes of the occupier]<sup>225</sup>.

(4) In relation to any breach of duty or obligation, it is immaterial for any purpose of this Part of this Act whether the breach was inadvertent or intentional, or whether liability for it arises directly or vicariously.

*Avoidance of liability for negligence, breach of contract, etc.*

#### 2.— Negligence liability.

(1) A person cannot by reference to any contract term or to a notice given to persons generally or to particular persons exclude or restrict his liability for death or personal injury resulting from negligence.

(2) In the case of other loss or damage, a person cannot so exclude or restrict his liability for negligence except in so far as the term or notice satisfies the requirement of reasonableness.

(3) Where a contract term or notice purports to exclude or restrict liability for negligence a person's agreement to or awareness of it is not of itself to be taken as indicating his voluntary acceptance of any risk.

#### 3.— Liability arising in contract.

(1) This section applies as between contracting parties where one of them deals as consumer or on the other's written standard terms of business.

---

<sup>225</sup> Words inserted by Occupiers' Liability Act 1984 (c.3), s. 2 and by the Occupiers' Liability (Northern Ireland) Order 1987 S.I. 1987/1280 (N.I. 15), art. 4

- (2) As against that party, the other cannot by reference to any contract term—
- (a) when himself in breach of contract, exclude or restrict any liability of his in respect of the breach; or
  - (b) claim to be entitled—
    - (i) to render a contractual performance substantially different from that which was reasonably expected of him, or
    - (ii) in respect of the whole or any part of his contractual obligation, to render no performance at all,
- except in so far as (in any of the cases mentioned above in this subsection) the contract term satisfies the requirement of reasonableness.

#### **4.— Unreasonable indemnity clauses.**

(1) A person dealing as consumer cannot by reference to any contract term be made to indemnify another person (whether a party to the contract or not) in respect of liability that may be incurred by the other for negligence or breach of contract, except in so far as the contract term satisfies the requirement of reasonableness.

- (2) This section applies whether the liability in question—
- (a) is directly that of the person to be indemnified or is incurred by him vicariously;
  - (b) is to the person dealing as consumer or to someone else.

#### *Liability arising from sale or supply of goods*

#### **5.— “Guarantee” of consumer goods.**

(1) In the case of goods of a type ordinarily supplied for private use or consumption, where loss or damage—

- (a) arises from the goods proving defective while in consumer use; and
- (b) results from the negligence of a person concerned in the manufacture or distribution of the goods,

liability for the loss or damage cannot be excluded or restricted by reference to any contract term or notice contained in or operating by reference to a guarantee of the goods.

- (2) For these purposes—
- (a) goods are to be regarded as “in consumer use” when a person is using them, or has them in his possession for use, otherwise than exclusively for the purposes of a business; and
  - (b) anything in writing is a guarantee if it contains or purports to contain some promise or assurance (however worded or presented) that defects will be made good by complete or partial replacement, or by repair, monetary compensation or otherwise.

(3) This section does not apply as between the parties to a contract under or in pursuance of which possession or ownership of the goods passed.

#### **6.— Sale and hire-purchase.**

(1) Liability for breach of the obligations arising from—

- (a) [section 12 of the Sale of Goods Act 1979]<sup>226</sup> (seller's implied undertakings as to title, etc.);
- (b) section 8 of the Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 (the corresponding thing in relation to hire-purchase),

cannot be excluded or restricted by reference to any contract term.

(2) As against a person dealing as consumer, liability for breach of the obligations arising from—

- (a) [section 13, 14 or 15 of the 1979 Act]<sup>227</sup> (seller's implied undertakings as to conformity of goods with description or sample, or as to their quality or fitness for a particular purpose);
- (b) section 9, 10 or 11 of the 1973 Act (the corresponding things in relation to hire-purchase),

cannot be excluded or restricted by reference to any contract term.

---

<sup>226</sup> Words substituted by Sale of Goods Act 1979 (c.54), ss. 62, 63, Sch. 2 para. 19(a)

<sup>227</sup> Words substituted by Sale of Goods Act 1979 (c.54), ss. 62, 63, Sch. 2 para. 19(b)

(3) As against a person dealing otherwise than as consumer, the liability specified in subsection (2) above can be excluded or restricted by reference to a contract term, but only in so far as the term satisfies the requirement of reasonableness.

(4) The liabilities referred to in this section are not only the business liabilities defined by section 1(3), but include those arising under any contract of sale of goods or hire-purchase agreement.

#### **7.— Miscellaneous contracts under which goods pass.**

(1) Where the possession or ownership of goods passes under or in pursuance of a contract not governed by the law of sale of goods or hire-purchase, subsections (2) to (4) below apply as regards the effect (if any) to be given to contract terms excluding or restricting liability for breach of obligation arising by implication of law from the nature of the contract.

(2) As against a person dealing as consumer, liability in respect of the goods' correspondence with description or sample, or their quality or fitness for any particular purpose, cannot be excluded or restricted by reference to any such term.

(3) As against a person dealing otherwise than as consumer, that liability can be excluded or restricted by reference to such a term, but only in so far as the term satisfies the requirement of reasonableness.

(3A) Liability for breach of the obligations arising under section 2 of the Supply of Goods and Services Act 1982 (implied terms about title etc. in certain contracts for the transfer of the property in goods) cannot be excluded or restricted by reference to any such term.

(4) Liability in respect of—

(a) the right to transfer ownership of the goods, or give possession; or

(b) the assurance of quiet possession to a person taking goods in pursuance of the contract,

cannot (in a case to which subsection (3A) above does not apply) be excluded or restricted by reference to any such term except in so far as the term satisfies the requirement of reasonableness.

(5) [...] <sup>228</sup>

#### *Other provisions about contracts*

8. [...] <sup>229</sup>

#### **9.— (här utesluten)**

#### **10.— (här utesluten)**

#### *Explanatory provisions*

#### **11.— The "reasonableness" test.**

(1) In relation to a contract term, the requirement of reasonableness for the purposes of this Part of this Act, section 3 of the Misrepresentation Act 1967 and section 3 of the Misrepresentation Act (Northern Ireland) 1967 is that the term shall have been a fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made.

(2) In determining for the purposes of section 6 or 7 above whether a contract term satisfies the requirement of reasonableness, regard shall be had in particular to the matters specified in Schedule 2 to this Act; but this subsection does not prevent the court or arbitrator from holding, in accordance with any rule of law, that a term which purports to exclude or restrict any relevant liability is not a term of the contract.

(3) In relation to a notice (not being a notice having contractual effect), the requirement of reasonableness under this Act is that it should be fair and reasonable to allow reliance on it, having regard to all the circumstances obtaining when the liability arose or (but for the notice) would have arisen.

---

<sup>228</sup> repealed by Regulatory Reform (Trading Stamps) Order 2005/871 Sch. 1 para. 1

<sup>229</sup> Substitutes new s. 3 in Misrepresentation Act 1967 (c. 7) and Misrepresentation Act (Northern Ireland) 1967 (c.14)

(4) Where by reference to a contract term or notice a person seeks to restrict liability to a specified sum of money, and the question arises (under this or any other Act) whether the term or notice satisfies the requirement of reasonableness, regard shall be had in particular (but without prejudice to subsection (2) above in the case of contract terms) to—

- (a) the resources which he could expect to be available to him for the purpose of meeting the liability should it arise; and
- (b) how far it was open to him to cover himself by insurance.

(5) It is for those claiming that a contract term or notice satisfies the requirement of reasonableness to show that it does.

**12.— “Dealing as consumer”.**

(1) A party to a contract “deals as consumer” in relation to another party if—

- (a) he neither makes the contract in the course of a business nor holds himself out as doing so; and
- (b) the other party does make the contract in the course of a business; and
- (c) in the case of a contract governed by the law of sale of goods or hire-purchase, or by section 7 of this Act, the goods passing under or in pursuance of the contract are of a type ordinarily supplied for private use or consumption.

(1A) But if the first party mentioned in subsection (1) is an individual paragraph (c) of that subsection must be ignored.

[ (2) But the buyer is not in any circumstances to be regarded as dealing as consumer—

- (a) if he is an individual and the goods are second hand goods sold at public auction at which individuals have the opportunity of attending the sale in person;
- (b) if he is not an individual and the goods are sold by auction or by competitive tender.]<sup>230</sup>

(3) Subject to this, it is for those claiming that a party does not deal as consumer to show that he does not.

**13.— Varieties of exemption clause.**

(1) To the extent that this Part of this Act prevents the exclusion or restriction of any liability it also prevents—

- (a) making the liability or its enforcement subject to restrictive or onerous conditions;
- (b) excluding or restricting any right or remedy in respect of the liability, or subjecting a person to any prejudice in consequence of his pursuing any such right or remedy;
- (c) excluding or restricting rules of evidence or procedure;

and (to that extent) sections 2 and 5 to 7 also prevent excluding or restricting liability by reference to terms and notices which exclude or restrict the relevant obligation or duty.

(2) But an agreement in writing to submit present or future differences to arbitration is not to be treated under this Part of this Act as excluding or restricting any liability.

**14.— (här utesluten)**

**PART II  
AMENDMENT OF LAW FOR SCOTLAND  
(här utesluten)**

**PART III  
PROVISIONS APPLYING TO WHOLE OF UNITED KINGDOM  
(här utesluten)**

**SCHEDULE 1  
SCOPE OF SECTIONS 2 TO 4 AND 7**

**Section 1(2)**

**1.**

Sections 2 to 4 of this Act do not extend to—

- (a) any contract of insurance (including a contract to pay an annuity on human life);

---

<sup>230</sup> substituted by Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002/3045 Reg. 14(3)

- (b) any contract so far as it relates to the creation or transfer of an interest in land, or to the termination of such an interest, whether by extinction, merger, surrender, forfeiture or otherwise;
- (c) any contract so far as it relates to the creation or transfer of a right or interest in any patent, trade mark, copyright [or design right]<sup>231</sup>, registered design, technical or commercial information or other intellectual property, or relates to the termination of any such right or interest;
- (d) any contract so far as it relates—
  - (i) to the formation or dissolution of a company (which means any body corporate or unincorporated association and includes a partnership), or
  - (ii) to its constitution or the rights or obligations of its corporators or members;
- (e) any contract so far as it relates to the creation or transfer of securities or of any right or interest in securities.

**2.**

Section 2(1) extends to—

- (a) any contract of marine salvage or towage;
- (b) any charterparty of a ship or hovercraft; and
- (c) any contract for the carriage of goods by ship or hovercraft;

but subject to this sections 2 to 4 and 7 do not extend to any such contract except in favour of a person dealing as consumer.

**3.**

Where goods are carried by ship or hovercraft in pursuance of a contract which either—

- (a) specifies that as the means of carriage over part of the journey to be covered, or
  - (b) makes no provision as to the means of carriage and does not exclude that means,
- then sections 2(2), 3 and 4 do not, except in favour of a person dealing as consumer, extend to the contract as it operates for and in relation to the carriage of the goods by that means.

**4.**

Section 2(1) and (2) do not extend to a contract of employment, except in favour of the employee.

**5.**

Section 2(1) does not affect the validity of any discharge and indemnity given by a person, on or in connection with an award to him of compensation for pneumoconiosis attributable to employment in the coal industry, in respect of any further claim arising from his contracting that disease.

**SCHEDULE 2**  
**“GUIDELINES” FOR APPLICATION OF REASONABLENESS TEST**  
**Sections 11(2) and 24(2)**

The matters to which regard is to be had in particular for the purposes of sections 6(3), 7(3) and (4), 20 and 21 are any of the following which appear to be relevant—

- (a) the strength of the bargaining positions of the parties relative to each other, taking into account (among other things) alternative means by which the customer's requirements could have been met;
- (b) whether the customer received an inducement to agree to the term, or in accepting it had an opportunity of entering into a similar contract with other persons, but without having to accept a similar term;
- (c) whether the customer knew or ought reasonably to have known of the existence and extent of the term (having regard, among other things, to any custom of the trade and any previous course of dealing between the parties);
- (d) where the term excludes or restricts any relevant liability if some condition is not complied with, whether it was reasonable at the time of the contract to expect that compliance with that condition would be practicable;
- (e) whether the goods were manufactured, processed or adapted to the special order of the customer.

**SCHEDULE 3 [...]**<sup>232</sup>  
**SCHEDULE 4 [...]**<sup>233</sup>

<sup>231</sup> Words inserted by Copyright, Designs and Patents Act 1988 (c.48), s. 303(1), Sch. 7 para. 24.

<sup>232</sup> Entry amending Sale of Goods Act 1893 (56 & 57 Vict. c.71), ss. 55(1), 62(1) repealed by Sale of Goods Act 1979 (c.54), s. 62, Sch. 3. Entry amending Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 (c.13), s. 14(1) repealed in part by Statute Law (Repeals) Act 1981 (c.19), Sch. Pt. XII



# Bilaga C

## **§ 138 Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher**

(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

(2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.

---

## **§ 242 Leistung nach Treu und Glauben**

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

---

## **Abschnitt 2**

### **Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen \*)**

\*)

Amtlicher Hinweis:

Dieser Abschnitt dient auch der Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. EG Nr. L 95 S. 29).

### **§ 305 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag**

(1) 1Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. 2Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. 3Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.

(2) Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dann Bestandteil eines Vertrags, wenn der Verwender bei Vertragsschluss

1. die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses auf sie hinweist und
2. der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise, die auch eine für den Verwender erkennbare körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei angemessen berücksichtigt, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen,

und wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist.

(3) Die Vertragsparteien können für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften die Geltung bestimmter Allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Beachtung der in Absatz 2 bezeichneten Erfordernisse im Voraus vereinbaren.

### **§ 305a Einbeziehung in besonderen Fällen (här utesluten)**

### **§ 305b Vorrang der Individualabrede**

---

<sup>233</sup> Specifies enactments repealed by s. 31(4)

(här utesluten)

**§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln  
(här utesluten)**

**§ 306 Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit**

(1) Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam.

(2) Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften.

(3) Der Vertrag ist unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde.

**§ 306a Umgehungsverbot  
(här utesluten)**

**§ 307 Inhaltskontrolle**

(1) 1Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. 2Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder
2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

(3) 1Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. 2Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein.

**§ 308 Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit**

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam

1. (Annahme- und Leistungsfrist)  
eine Bestimmung, durch die sich der Verwender unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots oder die Erbringung einer Leistung vorbehält; ausgenommen hiervon ist der Vorbehalt, erst nach Ablauf der Widerrufs- oder Rückgabefrist nach § 355 Abs. 1 und 2 und § 356 zu leisten;
2. (Nachfrist)  
eine Bestimmung, durch die sich der Verwender für die von ihm zu bewirkende Leistung abweichend von Rechtsvorschriften eine unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Nachfrist vorbehält;
3. (Rücktrittsvorbehalt)  
die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, sich ohne sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu lösen; dies gilt nicht für Dauerschuldverhältnisse;
4. (Änderungsvorbehalt)  
die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die

- Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist;
5. (Fingierte Erklärungen)
 

eine Bestimmung, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, es sei denn, dass

    - a) dem Vertragspartner eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt ist und
    - b) der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen;

dies gilt nicht für Verträge, in die Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen insgesamt einbezogen ist;
  6. (Fiktion des Zugangs)
 

eine Bestimmung, die vorsieht, dass eine Erklärung des Verwenders von besonderer Bedeutung dem anderen Vertragsteil als zugegangen gilt;
  7. (Abwicklung von Verträgen)
 

eine Bestimmung, nach der der Verwender für den Fall, dass eine Vertragspartei vom Vertrag zurücktritt oder den Vertrag kündigt,

    - a) eine unangemessen hohe Vergütung für die Nutzung oder den Gebrauch einer Sache oder eines Rechts oder für erbrachte Leistungen oder
    - b) einen unangemessen hohen Ersatz von Aufwendungen verlangen kann;
  8. (Nichtverfügbarkeit der Leistung)
 

die nach Nummer 3 zulässige Vereinbarung eines Vorbehalts des Verwenders, sich von der Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrags bei Nichtverfügbarkeit der Leistung zu lösen, wenn sich der Verwender nicht verpflichtet,

    - a) den Vertragspartner unverzüglich über die Nichtverfügbarkeit zu informieren und
    - b) Gegenleistungen des Vertragspartners unverzüglich zu erstatten.

### **§ 309 Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit**

Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam

1. (Kurzfristige Preiserhöhungen)
 

eine Bestimmung, welche die Erhöhung des Entgelts für Waren oder Leistungen vorsieht, die innerhalb von vier Monaten nach Vertragsschluss geliefert oder erbracht werden sollen; dies gilt nicht bei Waren oder Leistungen, die im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen geliefert oder erbracht werden;
2. (Leistungsverweigerungsrechte)
 

eine Bestimmung, durch die

  - a) das Leistungsverweigerungsrecht, das dem Vertragspartner des Verwenders nach § 320 zusteht, ausgeschlossen oder eingeschränkt wird oder
  - b) ein dem Vertragspartner des Verwenders zustehendes Zurückbehaltungsrecht, soweit es auf demselben Vertragsverhältnis beruht, ausgeschlossen oder eingeschränkt, insbesondere von der Anerkennung von Mängeln durch den Verwender abhängig gemacht wird;
3. (Aufrechnungsverbot)
 

eine Bestimmung, durch die dem Vertragspartner des Verwenders die Befugnis genommen wird, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen;
4. (Mahnung, Fristsetzung)
 

eine Bestimmung, durch die der Verwender von der gesetzlichen Obliegenheit freigestellt wird, den anderen Vertragsteil zu mahnen oder ihm eine Frist für die Leistung oder Nacherfüllung zu setzen;

5. (Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen)
 

die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz oder Ersatz einer Wertminderung, wenn

  - a) die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigt oder
  - b) dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale;
6. (Vertragsstrafe)
 

eine Bestimmung, durch die dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme oder verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzugs oder für den Fall, dass der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird;
7. (Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und bei grobem Verschulden)
  - a) (Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit)
 

ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen;
  - b) (Grobes Verschulden)
 

ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für sonstige Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen;

die Buchstaben a und b gelten nicht für Haftungsbeschränkungen in den nach Maßgabe des Personenbeförderungsgesetzes genehmigten Beförderungsbedingungen und Tarifvorschriften der Straßenbahnen, Obusse und Kraftfahrzeuge im Linienverkehr, soweit sie nicht zum Nachteil des Fahrgastes von der Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Obusverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 27. Februar 1970 abweichen; Buchstabe b gilt nicht für Haftungsbeschränkungen für staatlich genehmigte Lotterie- oder Ausspielverträge;
8. (Sonstige Haftungsausschlüsse bei Pflichtverletzung)
  - a) (Ausschluss des Rechts, sich vom Vertrag zu lösen)
 

eine Bestimmung, die bei einer vom Verwender zu vertretenden, nicht in einem Mangel der Kaufsache oder des Werkes bestehenden Pflichtverletzung das Recht des anderen Vertragsteils, sich vom Vertrag zu lösen, ausschließt oder einschränkt; dies gilt nicht für die in der Nummer 7 bezeichneten Beförderungsbedingungen und Tarifvorschriften unter den dort genannten Voraussetzungen;
  - b) (Mängel)
 

eine Bestimmung, durch die bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen

    - aa) (Ausschluss und Verweisung auf Dritte)
 

die Ansprüche gegen den Verwender wegen eines Mangels insgesamt oder bezüglich einzelner Teile ausgeschlossen, auf die Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte beschränkt oder von der vorherigen gerichtlichen Inanspruchnahme Dritter abhängig gemacht werden;
    - bb) (Beschränkung auf Nacherfüllung)
 

die Ansprüche gegen den Verwender insgesamt oder bezüglich einzelner Teile auf ein Recht auf Nacherfüllung beschränkt werden, sofern dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich das Recht vorbehalten wird, bei Fehlschlagen der Nacherfüllung zu mindern oder, wenn nicht eine Bauleistung Gegenstand der Mängelhaftung ist, nach seiner Wahl vom Vertrag zurückzutreten;

- cc) (Aufwendungen bei Nacherfüllung)  
die Verpflichtung des Verwenders ausgeschlossen oder beschränkt wird, die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen;
  - dd) (Vorenthalten der Nacherfüllung)  
der Verwender die Nacherfüllung von der vorherigen Zahlung des vollständigen Entgelts oder eines unter Berücksichtigung des Mangels unverhältnismäßig hohen Teils des Entgelts abhängig macht;
  - ee) (Ausschlussfrist für Mängelanzeige)  
der Verwender dem anderen Vertragsteil für die Anzeige nicht offensichtlicher Mängel eine Ausschlussfrist setzt, die kürzer ist als die nach dem Doppelbuchstaben ff zulässige Frist;
  - ff) (Erleichterung der Verjährung)  
die Verjährung von Ansprüchen gegen den Verwender wegen eines Mangels in den Fällen des § 438 Abs. 1 Nr. 2 und des § 634a Abs. 1 Nr. 2 erleichtert oder in den sonstigen Fällen eine weniger als ein Jahr betragende Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn erreicht wird; dies gilt nicht für Verträge, in die Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen insgesamt einbezogen ist;
9. (Laufzeit bei Dauerschuldverhältnissen)  
bei einem Vertragsverhältnis, das die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen durch den Verwender zum Gegenstand hat,
    - a) eine den anderen Vertragsteil länger als zwei Jahre bindende Laufzeit des Vertrags,
    - b) eine den anderen Vertragsteil bindende stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses um jeweils mehr als ein Jahr oder
    - c) zu Lasten des anderen Vertragsteils eine längere Kündigungsfrist als drei Monate vor Ablauf der zunächst vorgesehenen oder stillschweigend verlängerten Vertragsdauer;  
dies gilt nicht für Verträge über die Lieferung als zusammengehörig verkaufter Sachen, für Versicherungsverträge sowie für Verträge zwischen den Inhabern urheberrechtlicher Rechte und Ansprüche und Verwertungsgesellschaften im Sinne des Gesetzes über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten;
  10. (Wechsel des Vertragspartners)  
eine Bestimmung, wonach bei Kauf-, Dienst- oder Werkverträgen ein Dritter anstelle des Verwenders in die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten eintritt oder eintreten kann, es sei denn, in der Bestimmung wird
    - a) der Dritte namentlich bezeichnet oder
    - b) dem anderen Vertragsteil das Recht eingeräumt, sich vom Vertrag zu lösen;
  11. (Haftung des Abschlussvertreters)  
eine Bestimmung, durch die der Verwender einem Vertreter, der den Vertrag für den anderen Vertragsteil abschließt,
    - a) ohne hierauf gerichtete ausdrückliche und gesonderte Erklärung eine eigene Haftung oder Einstandspflicht oder
    - b) im Falle vollmachtsloser Vertretung eine über § 179 hinausgehende Haftung auferlegt;
  12. (Beweislast)  
eine Bestimmung, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert, insbesondere indem er
    - a) diesem die Beweislast für Umstände auferlegt, die im Verantwortungsbereich des Verwenders liegen, oder
    - b) den anderen Vertragsteil bestimmte Tatsachen bestätigen lässt;

Buchstabe b gilt nicht für Empfangsbekanntnisse, die gesondert unterschrieben oder mit einer gesonderten qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind;

13. (Form von Anzeigen und Erklärungen)

eine Bestimmung, durch die Anzeigen oder Erklärungen, die dem Verwender oder einem Dritten gegenüber abzugeben sind, an eine strengere Form als die Schriftform oder an besondere Zugangserfordernisse gebunden werden.

### **§ 310 Anwendungsbereich**

(1) 1§ 305 Abs. 2 und 3 und die §§ 308 und 309 finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. 2§ 307 Abs. 1 und 2 findet in den Fällen des Satzes 1 auch insoweit Anwendung, als dies zur Unwirksamkeit von in den §§ 308 und 309 genannten Vertragsbestimmungen führt; auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen.

(2) 1Die §§ 308 und 309 finden keine Anwendung auf Verträge der Elektrizitäts-, Gas-, Fernwärme- und Wasserversorgungsunternehmen über die Versorgung von Sonderabnehmern mit elektrischer Energie, Gas, Fernwärme und Wasser aus dem Versorgungsnetz, soweit die Versorgungsbedingungen nicht zum Nachteil der Abnehmer von Verordnungen über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung von Tariffkunden mit elektrischer Energie, Gas, Fernwärme und Wasser abweichen. 2Satz 1 gilt entsprechend für Verträge über die Entsorgung von Abwasser.

(3) Bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbraucherverträge) finden die Vorschriften dieses Abschnitts mit folgenden Maßgaben Anwendung:

14. Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden;
15. § 305c Abs. 2 und die §§ 306 und 307 bis 309 dieses Gesetzes sowie Artikel 29a des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche finden auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann Anwendung, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte;
16. bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und 2 sind auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen.

(4) 1Dieser Abschnitt findet keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts sowie auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen. 2Bei der Anwendung auf Arbeitsverträge sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen; § 305 Abs. 2 und 3 ist nicht anzuwenden. 3Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen stehen Rechtsvorschriften im Sinne von § 307 Abs. 3 gleich.

# Bilaga D

## THE PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW<sup>234</sup>

Prepared by the Commission on European Contract  
Law  
1999 text in English

### **Article 1:201: Good Faith and Fair Dealing**

- (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing.
- (2) The parties may not exclude or limit this duty.

### **Article 1:302: Reasonableness**

Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case, and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account.

### **Article 4:109: Excessive Benefit or Unfair Advantage**

- (1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract:
  - (a) it was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and
  - (b) the other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit.
- (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been followed.
- (3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for excessive benefit or unfair advantage, provided that this party informs the party who gave the notice promptly after receiving it and before that party has acted in reliance on it.

### **Article 4:110: Unfair Terms not Individually Negotiated**

---

<sup>234</sup> De artiklar som presenteras här är hämtade från följande hemsida. Endast de artiklar som utförligt presenteras i framställningen återges här. Eventuella rubriker har uteslutits. [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/PECL%20engelsk/engelsk\\_partI\\_og\\_II.htm](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm)

(1) A party may avoid a term which has not been individually negotiated if, contrary to the requirements of good faith and fair dealing, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract to the detriment of that party, taking into account the nature of the performance to be rendered under the contract, all the other terms of the contract and the circumstances at the time the contract was concluded.

(2) This Article does not apply to:

- (a) a term which defines the main subject matter of the contract, provided the term is in plain and intelligible language; or to
- (b) the adequacy in value of one party's obligations compared to the value of the obligations of the other party.

#### **Article 6:111: Change of Circumstances**

(1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished.

(2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that:

- (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract,
- (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and
- (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.

(3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may:

- (a) end the contract at a date and on terms to be determined by the court ; or
- (b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances.

In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing.

#### **Article 8:109: Clause Excluding or Restricting Remedies**

Remedies for non-performance may be excluded or restricted unless it would be contrary to good faith and fair dealing to invoke the exclusion or restriction.



# Käll- och litteraturförteckning

## Tryckt material

Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, 12 u, Juristförlaget i Lund 2005 (citeras Adlercreutz)

Adlercreutz, Axel; Hatzidaki-Dahlström, Lea, *Introduktion till komparativ och internationell avtalsrätt*, 2 u, Handelsrättslig skriftserie NR 15, Institutionen för handelsrätt- Lunds universitet, Studentlitteratur 2003 (cit: Adlercreutz, Komparativ och internationell avtalsrätt)

André, Mathias, "Strukturer i 36 § avtalslagen", SvJT 1986, s. 526-548

von Bar, Christian, "A Civil Code for Europe", JT 2001-02, s. 3-14 (citeras von Bar, A Civil Code for Europe)

von Bar, Christian, "Paving the Way forward with Principles of European Private Law", i An Academic Green Paper on European Contract Law, S. Grundmann and J. Stuyck (eds.), Kluwer Law international, 2002, s. 137-145 (citeras von Bar)

Bassenge, Peter; m.fl, *Palandt- Bürgerliches Gesetzbuch*, 66 u, Verlag C. H. Beck 2007 (citeras Palandt/författare)

Beale, Hugh, "Towards a Law of Contract for Europe: the Work of the Commission on European Contract Law", i National and European Law on the Threshold to the Single Market, Günter Wick (ed.), Peter Lang, 1993 (citeras Beale)

Beatson, J., *Anson's Law of Contract*, 28 u, Oxford University Press 2002 (citeras Anson)

Bernitz, Ulf, "En europeiskt civillag?", JT 2003-04 s. 503-521

Bernitz, Ulf, "Småföretagarskydd mot oskäligen avtalsvillkor, särskilt 36 § avtalslagen", Festskrift till Sveriges advokatsamfund 1887-1987, Norstedts Förlag 1987, s.107-143. (citeras Bernitz i FTSA)

Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, 2 u, Norstedts Juridik AB, 2003

Furmston, M P, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 13 u, Butterworths 2000

Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, Fritzes förlag 1995

Hellner, Jan; Johansson, Svante, *Skadeståndsrätt*, 6 u, Norstedts Juridik AB 2000 (citeras Hellner, Skadeståndsrätt)

Hellner, Jan; m.fl., *Speciell avtalsrätt II- Kontraktsrätt*, 4 u, 2 häftet. Allmänna ämnen, Nordstedts Juridik AB 2006 (citeras Hellner)

Håstad, Torgny, ”*En europeisk civillag och den nordiska kontraktsrätten*”, NJM 2002 del I, s. 341-366

Håstad, Torgny ”*En europeisk civillag och den nordiska kontraktsrätten*”, NJM 2002 del II, s. 37-52 (Citeras Håstad II)

Håstad, Torgny, *Den nya köprätten*, 5u, Iustus förlag. 2003 (citeras Håstad, Den nya köprätten)

Köhler, Helmut, *BGB – Allgemeiner Teil*, 28 u, Juristische Kurz-Lehrbücher, Verlag C.H. Beck 2004

Kötz, Hein, *European Contract Law, Vol 1; Formation, Validity, and Content of Contracts; Contract and Third Parties*, Oxford University Press 1997

Lando, Ole, “*European Contract Law*”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 31 No. 4, 1983, s. 653-659 (citeras Lando)

Lando, Ole; Beale, Hugh (eds.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, 2000 (citeras PECL)

Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, 2 u, I.B.A. Institut för Bank- och Affärsjuridik AB 2006

Markesinis, Basil S; Unberath, Hannes; Johnston, Angus, *The German Law of Contract- A Comparative Treatise*, 2 u, Hart Publishing 2006 (citeras Markesinis m.fl.)

Martinek, Michael (red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 305-310; UklaG (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen), Sellier – Gruyter 2006 (citeras Staudinger/författare)

Medicus, Dieter, *Allgemeiner Teil des BGB- Ein Lehrbuch*, 8 u, C. F. Müller Verlag 2002

Neal, Alan C. (ed.), *Law and the Weaker Party- An Anglo-Swedish Comparative Study, Volume 1 The Swedish Experience*, Professional Books Ltd. 1981(citeras Law and the Weaker Party/författare)

Norlén, Andreas, *Oskälighet och 36 § avtalslagen*, Avdelningen för rätt och rättsfilosofi, Linköpings universitet 2004

O'Sullivan, Janet; Hilliard, Jonathan, *The Law of Contract*, 2 u, Oxford University Press 2006

von Post, Claes-Robert, *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, Juridiska institutionen, Stockholms universitet, Jure AB 1999

Ramberg, Christina, "Mot en gemensam europeisk civillagstiftning", SvJT 2004 s. 459-474 (citeras C. Ramberg)

Ramberg, Jan; Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 7 u, Norstedts Juridik AB 2007 (citeras Rambergs)

Smith, Stephen A., *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6 u, Oxford University Press 2005 (citeras Atiyah)

Thompson, Peter K. J., *Unfair Contract Terms Act 1977*, Butterworths 1978

Treitel, Guenter, *The Law of Contract*, 10 u, Sweet & Maxwell 1999

Whincup, Michael H., *Contract Law and Practise- The English System and Continental Comparisons*, 3 u, Kluwer Law International 1996

Zimmermann, Reinhard; Whittaker, Simon (eds.), *Good faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000

### **Offentligt tryck**

SOU 1974:83 Generalklausul i förmögenhetsrätten

Prop. 1971:15

Prop. 1975/76:81

Prop. 1983/84:92

### **EG-rättsligt material**

Kom (2001) 398 Meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet om europeisk avtalsrätt, [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/sv/com/2001/com2001\\_0398sv01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/sv/com/2001/com2001_0398sv01.pdf) (2007-10-01)

Kom (2003) 68 Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och Rådet, En mer samordnad europeisk avtalsrätt, En handlingsplan, [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/sv/com/2003/com2003\\_0068sv01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/sv/com/2003/com2003_0068sv01.pdf) (2007-10-01)

EUT 1989 C 158/400 (Resolution A2-157/89)

EUT 1994 C 205/518 (Resolution A3-0329/94).

EUT 2000 C 377/323, [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/sv/oj/2000/c\\_377/c\\_37720001229sv03230329.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/sv/oj/2000/c_377/c_37720001229sv03230329.pdf). (2007-10-01)

Europeiska rådet i Tammerfors, Ordförandeskapets slutsatser, [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/sv/ec/00200-r1.s9.htm](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/sv/ec/00200-r1.s9.htm) (2007-10-01)

### **Elektroniska källor**

PECL

[http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/index.html](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/index.html) (2007-10-01)

SGECC

<http://www.sgecc.net/> (2007-10-01)

<http://www.sgecc.net/pages/en/introduction/100.aims.htm> (2007-10-01)

<http://www.sgecc.net/pages/en/introduction/101.scope.htm> (2007-10-01)

UNIDROIT

[www.unidroit.org](http://www.unidroit.org) (2007-10-01)

<http://www.unidroit.org/english/presentation/main.htm> (2007-10-01)

<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm> (2007-10-01)

# Rättsfallsförteckning

## **Svenska rättsfall**

NJA 1979 s. 666  
NJA 1979 s. 731  
NJA 1982 s. 613  
NJA 1983 s. 332  
NJA 1983 s. 385  
NJA 1987 s. 639  
NJA 1988 s. 230  
NJA 1989 s. 346  
NJA 1992 s. 782  
NJA 1994 s. 359  
NJA 1994 s. 712  
NJA 1999 s. 408

MD 1985:16

MD 1995:33

RH 88:110

RH 2002:17

## **Engelska fall**

*George Mitchell (Chesterhall) Ltd v. Finney Lock Seeds Ltd (1983).*

*R&B Custom Brokers v United Dominions Trust (1988)*

*Smith v Eric S Bush (1989)*

*Stewart Gill v. Horatio Myer & Co. Ltd (1992) QB 600*

*Monarch Airlines v London Luton Airport Ltd (1998)*

*Stevenson v Rogers (1999)*

*British Fermentation Products v Compare Reavell (1999)*

*Watford Electronics Ltd v Sanderson CFL Ltd (2001)*

*Chadwick LJ i Watford Electronics Ltd v Sanderson CFL Ltd (2001)*

*Tuckey LJ i Granville Oil & Chemicals Ltd v Davis Turner (2003)*

## **Tyska fall**

BGH NJW 1971, 1036

BGH NJW 1993, 2442, 2444

BGH NJW 1997, 135

BGH NJW 2000, 1110

BGH NJW 2002, 138

BGH BB 1984, 1897, 1898