

Juridiska institutionen

Examensarbete höstterminen 2012

Jämkning av ansvarsbegränsande klausuler i kommersiella förhållanden

En analys av ansvarsbegränsningen i FAR:s allmänna villkor för rådgivningstjänster

Christian Bengtsson

Handledare: Ingmar Svensson

Examinator:



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Innehållsförteckning

Innehållsförteckning	2
1. Inledning	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och problemformulering	4
1.3 Metod och material	5
1.3.1 Metod	5
1.3.2 Material	6
1.4 Avgränsningar	6
1.5 Disposition	7
2 Teoretisk Bakgrund	8
2.1 Inledning	8
2.2 Avtal ska hållas	8
2.3 Utveckling mot ekvivalens	10
3. Klausultypen i dess rättsliga sammanhang	12
3.1 Likhet med standardavtal	12
3.2 Föremål för individuell förhandling	13
3.3 Syftet med standardavtal	14
3.4 Fördelar och nackdelar med standardavtal	15
4. Generalklausulen och skälighetsbedömningen	17
4.1 Förarbeten och begrepp	17
4.2 Generalklausulens uppbyggnad	17
4.2.1 Paragrafens innehåll	17
4.2.2 Tillämpningsområde	18
4.3 Närmare om skälighetsbedömningen	18
4.3.1 Inledande anmärkningar	18
4.3.2 Metoder för att bedöma skäligheten i en avtalsklausul	19
5. Avtalets innehåll	23
5.1 Allmänt om betydelsen av avtalets innehåll	23
5.2 Giltigheten av ansvarsfriskrivningar och ansvarsbegränsningar	24
5.2.1 Allmänt om giltigheten av ansvarsfriskrivningar	24

5.2.2 Ansvarsbegränsningar	26
5.2.3 Särskilt om rådgivares ansvarsbegränsningar	26
5.2.4 Parallell till avtalsvitet.....	27
5.2.5 Friskrivning från culpa och dolus	29
6. Begreppet underlägsen ställning	32
6.1 Begreppet underlägsen ställning och dess betydelse i kommersiella förhållanden	32
6.2 Praxis beträffande begreppet underlägsen ställning.....	34
7. Övriga omständigheter	36
7.1 Betydelsen av god tro hos den jämkningssökande.....	36
7.2 Vikten av att kunna förutse konsekvenserna av ett avtal	36
7.3 Betydelsen av ansvarsförsäkring på konsultbyråns sida	37
8. Draft Common Frame of Reference.....	39
9. Rättsekonomiska synpunkter	41
10. Analys.....	43
11. Källförteckning	47
11.1 Offentligt tryck.....	47
11.2 Praxis.....	47
11.3 Böcker	47
11.4 Artiklar	49
11.5 Websidor	49

1. Inledning

1.1 Bakgrund

På den svenska rådgivningsmarknaden huserar ett antal större konsultbyråer vilka tillhandahåller rådgivningstjänster av olika slag. En av dessa konsultbyråer var involverad i en uppmärksammas skiljedom som blev offentlig till följd av att den klandrades.¹

Bakgrunden till skiljedomen var att en av Sveriges största konsultbyråer hade åtagit sig att göra en finansiell due diligence av ett målbolag som konsultbyråns uppdragsgivare hade för avsikt att förvärva. Konsultbyrån fick 400 000 kr i ersättning för uppdraget. I det avtal som slöts beträffande uppdraget begränsade konsultbyrån sitt skadeståndsansvar till maximalt dubbla arvodet. Avtalet innehöll således en ansvarsbegränsning med takbelopp.

Efter att konsultbyrån undersökt målbolaget gick uppdragsgivaren vidare och förvärvade målbolaget för cirka 18 miljoner kronor. Kort efter förvärvet förlorade målbolaget hela sitt värde på grund av ett borgensåtagande för ett utländskt bolag. Konsultbyrån hade missat att uppmärksamma detta borgensåtagande. Uppdragsgivaren förlorade cirka 18 miljoner och revisionsbyrån hade begränsat sin skadeståndsskyldighet till dubbla arvodet, d.v.s. 800 000 kr.

1.2 Syfte och problemformulering

Utan att med säkerhet veta vilka villkor som tillämpades i det ovan beskrivna fallet kan det emellertid konstateras att en liknande ansvarsbegränsande klausul återfinns i FAR:s standardavtalsliknande dokument allmänna villkor för rådgivningstjänster version 2011.1. I dokumentets klausul 13.5 stadgas att uppdragstagarens maximala ansvar ska vara det högsta av två gånger arvodet och tio prisbasbelopp.

¹ Svea hovrätt T 1085-11.

Mot bakgrund av att avtalets materiella, snarare än formella, riktighet på senare tid har fått större betydelse i svensk rätt och med hänsyn till att konsultbyråerna ofta intar en överlägsen ställning vad gäller både storlek och kunskap, finner jag det intressant att undersöka hur den aktuella klausultypen kan tänkas fara vid en skälighetsprövning med stöd av 36§ avtalslagen.

Det primära syftet med uppsatsen är således att undersöka hur den aktuella klausultypen skulle kunna tänkas bli bedömda vid en skälighetsprövning med stöd av 36 § avtalslagen. För att kunna uppnå det primära syftet kommer jag att fokusera på ett antal underliggande punkter och frågeställningar. För det första avser jag att beskriva FAR:s allmänna villkor och klausultypen i sitt rättsliga sammanhang. För det andra kommer jag att undersöka vilka rättsliga argument och ställningstaganden som kan tänkas spela in vid en prövning med stöd av 36 § avtalslagen. För det tredje kommer jag att göra en analys i syfte att bedöma klausultypens skälighet.

1.3 Metod och material

1.3.1 Metod

Mitt tillvägagångssätt kan i stor utsträckning liknas vid det som brukar kallas traditionell juridisk metod. Således har jag beaktat relevanta förarbeten, doktrin samt praxis. Eftersom praxis beträffande 36 § avtalslagen i kommersiella förhållanden är relativt knapphändig har förarbeten och doktrin låtit ta större plats i framställningen.

Något bör vidare sägas om det angreppssätt som anlagts beträffande uppsatsen. Undersökningen är i stor utsträckning kopplad till det specifika avtal som nämns inledningsvis i uppsatsen. För att inte framställningen ska riskera att bli för snäv har jag i görligaste mån försökt inrymma den aktuella klausultypen och inte enbart den specifika klausulen.

1.3.2 Material

Trots att 36 § avtalslagen har funnits i flera decennier finns det mig veterligen relativt få heltäckande arbeten som behandlar området. Paragrafen behandlas dock tämligen utförligt i Grönfors och Dotevalls kommentar till avtalslagen. I övrigt berörs 36 § avtalslagen i de flesta auktoritativa standardverk på avtalsrättens område. Vidare finns det två avhandlingar på området, dels Norléns arbete ”Oskälighet och 36 § avtalslagen”, dels Von Posts arbete ”Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på kommersiella förhållanden”. Det senare arbetet har varit värdefullt i den mån att det behandlar 36 § avtalslagen ur ett perspektiv som är särskilt intressant för denna uppsats.

Von Posts arbete har ett antal år på nacken vilket kan anses vara en brist i sammanhanget. Nyare arbeten refererar emellertid tillbaka till Von Posts varför det fortfarande får anses vara relevant.² För att bredda framställningen har jag i största möjliga utsträckning försökt använda mig av andra författares framställningar i senaste upplaga.

Källhänvisningen kan i vissa avsnitt upplevas som något ensidig. Jag upplever emellertid att detta mestadels förekommer i sådana partier där informationen inte är särskilt kontroversiell. För mig förefaller det onödigt att leta upp sekundära källor för att styrka något okontroversiellt endast för sakens skull.

1.4 Avgränsningar

Den här framställningen fokuserar framförallt på kommersiella förhållanden. I vissa fall kan emellertid intressanta argument hämtas från s.k. konsumentförhållanden. Detta gäller särskilt då styrkeförhållandet mellan de kommersiella parterna liknar förhållandet mellan en näringsidkare och en konsument.

Vid undersökningen av skälighetsbedömningen har jag förutsatt att själva avtalsslutet varit korrekt varför förekomsten av ogiltighetsgrunder såsom tvång, svek, ocker eller liknande har

² Se exempelvis Grönfors och Dotevall, Avtalslagen. Ramberg och Ramberg, Allmän Avtalsrätt. Bernitz, Standardavtalsrätt.

fått minimalt utrymme i uppsatsen. Som medel för jämkning har uteslutande 36 § avtalslagen behandlats. Uppsatsen är inte heller i någon större utsträckning komparativ. Således har främst de inhemska rättskällorna använts även om vissa internationella civilrättsliga kodifikationer berörs i korthet. Av utrymmesskäl kan något anspråk på fullständighet beträffande de omständigheter som kan komma att bli relevanta för skälighetsbedömningen inte göras.

1.5 Disposition

Närmast efter detta inledande kapitel följer en kort teoretisk bakgrund till ämnesvalet. Denna bakgrund kretsar främst kring principen om att avtal ska hållas kontra utvecklingen mot att avtalets skälighet kommit att få större betydelse inom avtalsrätten. Efter den teoretiska bakgrunden görs en ansats att förklara klausultypens rättsliga ställning, främst med inriktning på standardavtalsrätten. Framställningen övergår sedan till att behandla arbetets kärna, d.v.s. 36 § avtalslagen och vilka olika omständigheter som kan tänkas bli relevanta i en skälighetsbedömning. Arbetet avslutas med en analys av klausultypens skälighet.

2 Teoretisk Bakgrund

2.1 Inledning

Redan tidigt under juristutbildningen introducerades principen om att avtal ska hållas (lat. *pacta sunt servanda*).³ Det är emellertid inte särskilt svårt att förlika sig med tanken att det finns omständigheter som kan göra att principen bör frångås. Sådana omständigheter har även identifierats av lagstiftaren och föranlett viss lagstiftning. Här avses närmast ogiltighetsgrunderna i avtalslagens 3 kap. Samtliga dessa paragrafer tar sikte på omständigheterna vid själva avtalsslutet. Den rättsregel som spelar huvudrollen i denna framställning, 36 § avtalslagen, har en något annorlunda utformning då den medger att avtal som tillkommit efter att båda parter fått uttrycka sin fria vilja utan inverkan av någon av de ovan nämnda ogiltighetsgrunderna, kan komma att åsidosättas efter en s.k. skälighetsbedömning.

För det fall att 36 § avtalslagen tillämpas på ett avtal där parterna fått uttrycka sin fria vilja kan det anses mer kontroversiellt att frångå principen om att avtal skall hållas. Avtalsrätten vilar trots allt på principerna om rätten för var och en att fritt ingå avtal och skyldigheten för avtalsparterna att infria avtalet, avtalsbundenhet om man så vill.

2.2 Avtal ska hållas

Dotevall skriver att: ”I en avtalsrätt som helt präglas av tanken på avtalsfrihet spelar det ingen roll om köparen har betalt ett kraftigt överpris för varan eller om säljaren får ett uppenbart underpris, utan friheten att välja under vilka villkor som avtalet ska ingås förhindrar en avtalskorrigerig utan parternas samtycke med syfte att skapa balans mellan prestationerna.”⁴

Så länge omständigheterna vid avtalsslutet inte indikerar någon otillbörlighet spelar det ingen roll vad parterna avtalat. Avtalet ska hållas. Avtalsrättens syfte är här att tillförsäkra avtalsparterna skydd mot otillbörliga omständigheter som skulle kunna föreligga vid avtalets

³ Hellner m.fl., Speciell avtalsrätt 2, 1 häftet, s. 28.

⁴ Dotevall, SvJT 2002, s. 441.

ingående. Så länge parterna haft möjlighet att uttrycka sin fria vilja utan påtryckning, utnyttjande av trångmål, svek eller andra omständigheter som kunnat förhindra detta ska avtalet stå fast.⁵

Kärnan i avtalsfriheten är att personer själva ska kunna avgöra om de vill ingå avtal, med vem och vad avtalet ska innehålla. I nära anslutning till principen om avtalsfrihet återfinns principen om avtalsbundenhet, vilken ska borga för att parterna uppfyller sina respektive delar av avtalet. Det yttersta medlet för att driva igenom ett avtal är domstolarna. I slutändan kan en avtalspart tvingas uppfylla sin del av avtalet genom s.k. tvångsexekution.⁶

Det finns olika förklaringsmodeller till hur och varför avtalsbundenhet uppkommer. När naturrätten var på modet ansågs principen om löftets bindande kraft vara en regel starkt förankrad i det moraliska samvetet. Sedan övergick man till förklaringar i linje med att det tjänade samhällsnyttan. Oavsett bakomliggande skäl har det genom åren alltid varit naturligt att upprätthålla dessa principer genom rättsliga sanktioner.⁷

För att kunna leva sida vid sida i ett ordnat samhälle är det av yttersta vikt att hålla löften, såväl i privatlivet som i kommersiella sammanhang. Möjligheten att begagna tvångsmedel för att genomdriva ett avtal ökar säkerheten och bidrar möjligen indirekt till att öka avtalsparternas benägenhet att hålla sina löften. Principen är dessutom synnerligen viktig för personer i samhället som inte kan lita till sin fysiska, ekonomiska eller sociala överlägsenhet för att göra sin rätt gällande.⁸

Principen om avtalsfrihet blir särskilt viktig i kommersiella sammanhang där aktörerna ofta är beroende av att avtal fullgörs för att kunna fullgöra andra förpliktelser gentemot flera andra parter. I sammanhanget brukar det talas om ett s.k. omsättningsintresse. Det ligger i kommersiella parter intresse att varor och tjänster kan traderas utan alltför stora osäkerhetsmoment.⁹

⁵ Grönfors och Dotevall, Avtalslagen, s. 240.

⁶ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 30.

⁷ A a, s. 30.

⁸ A a, s. 30.

⁹ Gorton och Samuelsson, Studier i rättsekonomi, s. 77 f.

2.3 Utveckling mot ekvivalens

En tydlig tendens är att avtalsrätten utvecklas i riktning mot att bli mer materiellt inriktad. Konsekvensen härav är att balansen mellan parternas prestationer blir viktig för att avgöra om ett avtal är skäligt.¹⁰ Tanken om avtalets skälighet kommer ursprungligen från den romerskrättsliga principen om *laesio enormis*. Denna princip stadgade att ett köpeavtal kunde ogiltigförklaras om köpeskillingen understeg hälften av värdet på det köpta godset.¹¹

Problemet då, som nu, var att fastställa vad som utgjorde det ”rätta priset” eller skäliga priset.¹² 36 § avtalslagen, även kallad generalklausulen, är ett medel för att åstadkomma materiell rättvisa i avtal som många gånger ingåtts under korrekta omständigheter, men som på något vis fått ett olyckligt resultat. I brytpunkten mellan utvecklingen mot ekvivalens och principen om att avtal ska hållas spelar 36 § en intressant roll, särskilt i kommersiella förhållanden.

Att införa en rättsregel av den karaktär som 36 § Avtalslagen besitter, d.v.s. en möjlighet för domstolarna att korrigera avtalsinnehåll, innebär onekligen en inskränkning av avtalsfriheten. Grönfors och Dotevall hävdar att det uppstår en s.k. målkonflikt. En sådan konflikt kan endast lösas genom att balansera principerna mot varandra. Det måste alltså ske en kompromiss mellan de två ytterligheterna.¹³

En riktlinje är att skälighetsbedömningen bör resultera i samma riskfördelning som parterna hade för ögonen när de ingick avtal med varandra. Detta eftersom parterna exempelvis kan ha baserat sin försäkringstäckning på denna riskfördelning.¹⁴ Vidare bör det beaktas att avtal mellan kommersiella parter ofta innehåller ett inslag av medvetet risktagande.¹⁵

¹⁰ Dotevall, SvJT 2002, s. 441.

¹¹ A a, s. 447.

¹² Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 176.

¹³ Grönfors och Dotevall, Avtalslagen, s. 279.

¹⁴ A a, s. 280.

¹⁵ A a, s. 281.

Sammanfattningsvis kan det sägas att efter 36 § avtalslagens tillkomst bör det råda balans mellan principen om avtalsbundenhet och jämningsmöjligheterna.¹⁶

¹⁶ A a, s. 281.

3. Klausultypen i dess rättsliga sammanhang

Det avtal vari den klausul jag valt att undersöka återfinns är FAR:s allmänna villkor för rådgivningstjänster. För den fortsatta framställningen finner jag det lämpligt att försöka placera avtalet och klausulen i ett rättsligt sammanhang.

3.1 Likhet med standardavtal

FAR:s allmänna villkor för rådgivningstjänster uppvisar många likheter med vad som brukar benämnas standardavtal. Sådana avtal kan variera i omfattning och ambitionsnivå men förekommer ofta i särskilda standardformulär.¹⁷ Karaktäristiskt för standardavtalen är att de vanligen har formen av ett dokument där det endast för parterna återstår att fylla i individuellt överenskomna villkor samt sina namn eller firmor.¹⁸

Definitionen av standardavtal inrymmer emellertid långt fler typer av dokument.¹⁹ Förutom tryckta standardformulär kan även standardiserade klausuler som är upptagna i andra handlingar, t.ex. ordersedlar, orderbekräftelser, fakturor eller biljetter, eller som framgår av skyltar eller anslag, definieras som standardavtal. Ett gemensamt drag för standardavtal är att avtalsförhållandet parterna emellan till viss del regleras av i förväg formulerade villkor, s.k. standardklausuler. Sådana villkor har i regel inte varit föremål för individuell förhandling, vilket även är definitionen för standardavtal enligt EU:s direktiv om oskäliga avtalsvillkor. I direktivet stadgas att:

*”Standardavtal kan definieras såsom sådana avtal, som helt eller delvis ingås enligt i förväg formulerade standardiserade villkor, avsedda att tillämpas likartat i ett större antal konkreta avtalssituationer av viss art i vilka åtminstone den ena avtalsparten växlar, och som såvitt gäller dessa villkor inte blivit föremål för individuell förhandling.”*²⁰

¹⁷ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 137.

¹⁸ Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 15.

¹⁹ Göranson, Kolliderande standardavtal, s. 15.

²⁰ Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 15 f.

Nära standardavtal återfinns s.k. modellkontrakt. Dessa avtal är upprättade av exempelvis branschorganisationer i syfte att utnyttjas av organisationens medlemmar när de ingår en viss typ av avtal.²¹ FAR:s allmänna villkor uppvisar många likheter med standardavtal eller standardavtalsliknande dokument, varför de principer och metoder som vanligen tillämpas beträffande standardavtal också kan vinna viss tillämpning för denna typ av avtal.

3.2 Föremål för individuell förhandling

Det kan ibland vara oklart huruvida ett särskilt avtalsvillkor varit föremål för individuell förhandling. På konsumentområdet gäller principen att en näringsidkare som hävdar att ett standardvillkor varit föremål för individuell förhandling har bevisbördan för det.²² Något som är vanligt inom standardavtalsrätten är att den starkare avtalsparten, exempelvis den stora konsultbyrån, konsekvent vägrar att frångå sina standardiserade villkor till förmån för individuellt förhandlade villkor. Motparten lämnas då med ett val att godta standardvillkoren som helhet eller att inte alls acceptera erbjudandet.

Rent principiellt kan det argumenteras för att det är upp till var och en att bestämma på vilka villkor man vill ingå avtal. Det skulle exempelvis vara möjligt att ställa olika aktörer mot varandra för att se vilken konsultbyrå som erbjuder godtagbara villkor. Har man således valt att acceptera villkoren ska avtalet hållas. Med ett standardavtal från FAR, vilket det inte är alltför osannolikt att många aktörer i rådgivningsbranschen tillämpar, kan det emellertid tänkas att det finns någon slags underförstådd konsensus om att alla rådgivare ska ha ett visst förhållningssätt till ansvarsbegränsande klausuler. I ett sådant fall är förhandlingsutrymmet tämligen begränsat och uppdragsgivarna får, för det fall att de vill nyttja konsulttjänsten, godta att ansvarsbegränsningen är utformad på konsultbyråns villkor. Vid mer omfattande konsulttjänster som endast ett fåtal konsultbyråer har kapacitet att hantera ställs förhållandet kanske än mer på sin spets eftersom urvalet av byråer blir snävt.

För att lyfta fram en annan bransch och därmed presentera ett exempel där denna ”take it or leave it-ordning” i stor utsträckning råder kan bank- och försäkringsbranscherna nämnas. Det

²¹ Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 16.

²² Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 139.

är ytterst ovanligt att man förhandlar med sin bank om exempelvis de allmänna villkoren för ett borgenslån eller med försäkringsbolaget om försäkringsvillkoren.²³

Om ett avtalsvillkor inte varit föremål för individuell förhandling kan det tänkas inverka på skälighetsbedömning.²⁴ En tämligen grundläggande princip vid avtalstolkning är att utgångspunkten ska vara den gemensamma partsavsikten.²⁵ Denna princip är emellertid inte särskilt lämplig vid tolkning av allmänna villkor i standardavtal. De allmänna avtalsvillkoren ägnas här vanligen inte någon större uppmärksamhet varför det i regel saknas underlag för att fastställa den gemensamma partsavsikten. Motsatsvis bör det kunna få betydelse om standardavtalsvillkoret faktiskt varit föremål för individuell förhandling mellan parterna. Detta får anses gälla särskilt om parterna förhandlingsvägen kommit fram till att ansvarsbegränsningen är skälig mot bakgrund av avtalet i övrigt.²⁶

3.3 Syftet med standardavtal

Syftet med standardavtal är allt som oftast att åstadkomma en förändring av riskfördelningen mellan parterna jämfört med vad som skulle ha gällt enligt dispositiva rättsregler. Det är knappast särskilt kontroversiellt att avtalsvägen åsidosätta dispositiva regler såsom exempelvis köplagen. Att göra så kan vara påkallat med hänsyn till den specifika avtalssituation som råder och innebär inget annat än utnyttjandet den avtalsfrihet som står till buds. Det finns emellertid en risk att sådana ensidigt upprättade standardavtal utnyttjas som instrument för att åstadkomma en för den överlägsna parten särskilt gynnsam situation, vilket kan få problematiska konsekvenser för den motpart som tvingats acceptera de villkor som den överlägsne parten funnit lämpliga.²⁷

Justeringen av riskfördelningen jämfört med dispositiv rätt sker främst genom s.k. friskrivningsklausuler. Genom standardavtalet friskriver sig ena parten från, eller begränsar sitt ansvar gentemot, vad som annars skulle åvilat denne enligt dispositiv rätt. Klausul 13.5 i

²³ Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 16.

²⁴ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 139.

²⁵ A a, s. 139.

²⁶ A a, s. 139.

²⁷ Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 21.

FAR:s allmänna villkor för rådgivningstjänster är ett vanligt exempel på den teknik som används för att förskjuta riskfördelningen. Genom denna klausul begränsas ansvaret i och med den relativt snävt satta beloppsgränsen två gånger arvudet.²⁸ Fördelen för den som begränsar sitt ansvar är att denne får bättre överblick över omfattningen av de ekonomiska risker som avtalet medför. Begränsningen kan emellertid bli väldigt betungande för motparten och emellanåt vara på gränsen till oskälig.²⁹

3.4 Fördelar och nackdelar med standardavtal

Det finns både positiva och negativa effekter med standardavtal. Det underlättar givetvis avtalsuppgörelser om villkoren är givna på förhand. Standardavtalen medför även i viss mån ökad förutsebarhet och en möjlighet att anpassa avtalsriskerna.³⁰ I de fall standardavtalet är särskilt utbyggt och omfattande, framstår det ofta som lättare att anpassa till nya behov samt ändrade ekonomiska och internationella förhållanden, än vad dispositiv lagstiftning gör.³¹

Standardavtalets nackdelar kretsar främst kring den riskförskjutning till den starkare avtalspartens förmån som ofta sker. Det finns en risk att den av samhället utformade dispositiva rätten som i stort får anses representera en balanserad avvägning mellan olika intressen ersätts av standardavtal som är mindre välbalanserade. Detta gäller särskilt beträffande konsumenter men även småföretag och företag i underlägsen ställning.³²

Det finns ett flertal olika metoder som kan användas för att komma tillrätta med sådana standardavtal som alltför ensidigt gynnar den starkare avtalsparten. En sådan metod är domstolskontroll. Det finns två typer av domstolskontroll. Dold kontroll föreligger när domstolen är restriktiv i sin benägenhet att godta att standardavtalsklausulen ska anses vara införlivad i parternas avtal. Fokusområdet för denna uppsats är emellertid den andra varianten, s.k. öppen kontroll, där främst 36 § avtalslagen brukas för att åsidosätta eller jämka

²⁸ Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 21f.

²⁹ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 137.

³⁰ Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 23.

³¹ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 138.

³² Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 23f.

alltför ensidigt utformade avtalsvillkor.³³ Den senare metoden har i vissa fall har föredragits av HD.³⁴

³³ Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 28.

³⁴ Kleineman, JT 1989/90, s. 106.

4. Generalklausulen och skälighetsbedömningen

I följande avsnitt behandlas det medel som möjliggör för domstolen att på ett nyanserat sätt förändra eller åsidosätta avtalsvillkor som på ett eller annat sätt hamnat på oskälighetens brant.

4.1 Förarbeten och begrepp

Paragrafen trädde i kraft den 1 juli 1976 och föregicks av Generalklausulsutredningens betänkande Generalklausul i förmögenhetsrätten (SOU 1974:83) samt proposition 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhets område, m.m. Inledningsvis bör härtill något sägs om hur propositionen och betänkande förhåller sig till varandra.

Under författandet av denna uppsats upptäckte jag det ofta refereras till ”proposition”, ”utredningen”, ”generalklausulsutredningen” samt ”betänkandet”. För både min egen och läsarens förståelse ska det här nämnas något om hur förarbetena förhåller sig till varandra. Betänkandet, utredningen och generalklausulsutredningen åsyftar en och samma sak, nämligen SOU 1974:83. Vid en studie av förarbetena till 36 § avtalslagen rekommenderar Grönfors och Dotevall att utgångspunkten tas i propositionen för att se vilka ståndpunkter som slutligen antogs, medan SOU 1974:83 med fördel kan konsulteras på grundval av dess mer innehållsrika utredning med tillhörande kommentarer.

4.2 Generalklausulens uppbyggnad

4.2.1 Paragrafens innehåll

En prövning med stöd av 36 § avtalslagen kan avse ett eller flera avtalsvillkor samt avtalet i sin helhet. Ett avtalsvillkor kan antingen vara oskäligt i sig, omständigheterna vid avtalets tillkomst, p.g.a. senare inträffade förhållanden eller omständigheterna i övrigt. Skulle ett specifikt avtalsvillkor jämkas eller förklaras ogiltigt består i normalfallet avtalet i övrigt. Avtalslagens 36 § tar även hänsyn till parternas inbördes styrkeförhållanden.³⁵

³⁵ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 176 f.

4.2.2 Tillämpningsområde

Generalklausulen är i princip tillämplig inom hela förmögenhetsrättens område och kan således tillämpas på de flesta typer av avtal, däribland FAR:s allmänna villkor för rådgivningstjänster. Regeln är tillämplig såväl i konsumentförhållanden som i kommersiella förhållanden. Med 36 § avtalslagen är det möjligt att beakta ett brett spektrum av omständigheter. Denna ordning ger rättstillämparen en frihet att beakta alla åberopade omständigheter som han eller hon finner betydelsefulla.³⁶

Beträffande kommersiella parter är paragrafen främst aktuell då det råder bristande jämvikt mellan parterna, d.v.s. när någon av avtalsparterna intar en underlägsen ställning. Begreppet underlägsen ställning kan emellertid vara svårt att definiera när det rör sig om två kommersiella avtalsparter. Även om företagens inbördes storleksförhållande absolut kan vara relevant, är omständigheter såsom att den ena parten på grund av sina tekniska, ekonomiska, administrativa och juridiska kunskaper har haft möjlighet att utforma avtalsvillkoren till sin fördel mer intressanta i sammanhanget. Det verkar alltså finnas en överhängande skyldighet för den som är ekonomiskt eller kunskapsmässigt överlägsen att inte utnyttja sitt övertag till uppenbar nackdel för motparten.³⁷ Det är dock inte per automatik oskäligt att utnyttja ett fördelaktigt förhandlingsläge. Oavsett vilken sida en part intar i en avtalsförhandling ska det vara möjligt att göra en god affär.³⁸

4.3 Närmare om skälighetsbedömningen

4.3.1 Inledande anmärkningar

Generalklausulen präglas av en vaghet som skiljer den från de flesta andra lagregler. En specifik avtalsklausul kan bedömas som oskälig i ett visst avtalsförhållande men inte i ett

³⁶ A a, s. 175, Von Post, Studier kring 36 § avtalslagen, s. 30.

³⁷ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 177.

³⁸ A a, s. 179.

annat. Som 36 § avtalslagen är utformad kan konkreta slutsatser om hur domstolen kan tänkas bedöma oskäligheten svårligen dras.³⁹

För att inte skälighetsbedömningen ska bli godtycklig är det viktigt att skapa riktlinjer för bedömningen.⁴⁰ Viss ledning kan givetvis hämtas från förarbetena men det kan ofta vara svårt att i praktiken förutse utfallet i en skälighetsbedömning. En jämförelse mellan den avtalsklausul som är föremål för domstolsprövning och något annat, något som anses vara ”normalt” måste göras. Bedömningen flyttas således från vad som är skäligt avtalsinnehåll till vad som anses vara normalt handelsbruk, eller vad som framgår av olika lagbestämmelser. I de fall där det inte finns något att jämföra avtalsklausulen mot finns heller inget säkert underlag för att bedöma en avtalsklausuls skälighet.⁴¹

4.3.2 Metoder för att bedöma skäligheten i en avtalsklausul

I det följande har jag för avsikt att lyfta fram ett antal omständigheter som är av särskild betydelse för uppsatsens syfte. Dessa omständigheter bildar en slags metod som kan användas för att fylla den något diffusa skälighetsstandard som återfinns i 36 § avtalslagen med innehåll. Tanken är att diskutera vilken inverkan respektive omständighet kan få för den ovan diskuterade klausulens giltighet samt om flera omständigheter i förening talar för eller emot att klausulen ska anses som skälig eller ej.

Vanligtvis konsulterar den bevandrade rättstillämparen förarbeten samt praxis när denne vill bemästra en svårtolkad rättsregel. Eftersom praxis, inte minst i kommersiella förhållanden, är relativt sparsmakad vad gäller 36 § avtalslagen får rättstillämparen, för att nå någon slags visshet om hur utfallet kan tänkas bli i en tvist med 36 § avtalslagen i huvudrollen, snarare lita till förarbetena samt diverse andra källor och metoder. I utredningen framkommer att rättstillämparen bl.a. bör kunna söka vägledning i de värderingar och principer som legat till grund för diverse lagregler.⁴²

³⁹ A a, s. 179.

⁴⁰ Grönfors och Dotevall, Avtalslagen, s. 240 f f.

⁴¹ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 180.

⁴² Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 148.

En riktlinje för att bedöma skäligheten är vad som skulle ha gällt mellan parterna om ingenting hade avtalats, d.v.s. dispositiv rätt. Till den dispositiva rätten hänförs främst köplagen och fast rättspraxis. Ett varningens finger höjs dock för att per automatik utgå från att avtalsvillkor som avviker från dispositiv rätt är att anse som oskäliga. Det krävs oftast fler omständigheter för att ett avtal ska korsa gränsen till oskälighetens rike.⁴³

En annan omständighet som kan få betydelse är tvingande lagstiftning. För det fall att en avtalsklausul strider mot tvingande bestämmelser är de i regel att anse som oskäliga. Även sådana villkor vars syfte är att söka kringgå tvingande lagstiftning riskerar att stämpas som oskäliga. En tredje omständighet av betydelse är praxis enligt avtalsvillkorlagarna, exempelvis avgöranden från marknadsdomstolen. Det är emellertid viktigt att poängtera att avtalsklausuler som är ogiltiga i konsumentavtal ofta är giltiga i kommersiella förhållanden. Det kan dock bli aktuellt att tillämpa 36 § AvtL när partsställningen i det kommersiella fallet liknar det konsumenträttsliga vad gäller styrkeförhållande och skyddsbehov.⁴⁴

Vidare finns det anledning att säga något om betydelsen av gott affärsskick. Lagtexten i 36 § AvtL saknar visserligen en hänvisning till gott affärsskick. Detta var ett medvetet val från lagstiftaren vars åsikt, åtminstone när lagen tillkom, var att ett avtalsvillkor inte per automatik blir skäligt på den grunden att det förekommer ofta. Icke desto mindre kan det finnas skäl att bedöma ett avtal som strider mot gott affärsskick som oskäligt.⁴⁵

Generalklausulen har funktionen av en rättslig standard vars innehåll uttolkas genom s.k. ”god sed-normer” på olika rättsområden. Beträffande dessa ”god sed-normer” finns det flertalet sådana lagstaganden i svensk rätt som påbjuder näringsidkare att iaktta god sed. Exempelvis ska fastighetsmäklare iaktta god fastighetsmäklarsed, och rådgivare iaktta god rådgivningssed. Exemplet behöver emellertid inte stanna vid dessa. Liknande standarder finns inom flertalet andra områden. Varje avvikelse från god sed är knappast lagstridigt men eftersom de anses sätta en standard för vad som är ett korrekt beteende kan det finnas anledning att bedöma avtalsvillkor som avviker från denna standard som oskäliga, särskilt när

⁴³ A a, s. 148.

⁴⁴ A a, s. 149, Grönfors och Dotevall, Avtalslagen, s. 272.

⁴⁵ Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 150.

avvikelsen är påtaglig.⁴⁶ Enligt motiven till avtalslagen bör en näringsidkare vara bunden av sin egen praxis. För det fall att en näringsidkare utan godtagbar anledning avviker från sin interna praxis gentemot en kund kan det finnas anledning att bedöma det som oskäligt.⁴⁷

Enligt generalklausulens syften och utformning bör sådana situationer där det råder en ojämn fördelning mellan parternas förmåner eller rättsställning särskilt beaktas vid en oskälighetsbedömning. Även om domstolen bör vara restriktiv med att ingripa i kommersiella förhållanden mellan jämbördiga parter kan det förekomma situationer där det råder stor ojämlikhet mellan parternas rättsställning vilket kan komma att beaktas som oskäligt. Ett exempel är avtal som ger en av parterna ensam beslutanderätt. En härtill närliggande princip är att det bör krävas att kontraktsbrott och påföljd står i rimlig proportion till varandra. Skulle en part exempelvis utnyttja ett oväsentligt kontraktsbrott till att häva avtalet talar mycket för att det utgör en oskälig handling.⁴⁸

Det får anses finnas ett visst utrymme att exempelvis tillämpa konsumentköplagen analogivis på ett fall där konsumentköplagen inte i formell mening är tillämplig men där ena avtalspartens skyddsbehov liknar det som förutsätts i konsumentköplagen.⁴⁹ Vid beaktande av syftet bakom konsumentskyddet känns det tämligen naturligt att det borde gå att tillämpa även mellan kommersiella parter där styrkeförhållandet påminner om det som avses i i nyss nämnda lag. Således bör det inte vara helt uteslutet med en analog tillämpning även om man måste komma ihåg att det förmodligen endast blir aktuellt i väldigt få fall. I propositionen nämns även att det krävs noggrann analys av de skäl som ligger bakom de tvingande reglernas utformning och att domstolarna inte bör medverka till en allt för omfattande utvidgning av dessa reglers tillämpningsområde.⁵⁰

Således går här att argumentera för att det finns visst utrymme för framförallt småföretagare att hämta stöd i konsumentköplagen vid en tillämpning av 36 § avtalslagen. Sådant torde kunna ske framförallt i situationer där småföretagare är utsatta för väldigt tyngande villkor.

⁴⁶ A a, s. 150.

⁴⁷ Prop. 1975/76:81 s. 120 f.

⁴⁸ Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 153.

⁴⁹ Von Post, Studier kring 36 § avtalslagen, s. 141.

⁵⁰ A a, s. 141.

Som ett exempel nämns att generalklausulen bör kunna tillämpas när ett villkor begränsar rätten till skadestånd från leverantör i de fall detaljisten själv drabbas av skadestånd till följd av tvingande lagstiftning i konsumentköplagen.⁵¹

Ytterligare en intressant aspekt beträffande skälighetsbedömningen är om, och i vilken utsträckning, dispositiva rättsregler kan komma att inverka. De dispositiva rättsregler som avses är främst köplagen samt skadeståndslagen. Eftersom de dispositiva reglerna är just dispositiva är det nog tämligen svårt att som enda grund för jämkning luta sig mot en dispositiv lagregel.⁵²

Även om utgångspunkten möjligen är att inta en restriktiv hållning till dispositiva reglers inverkan på skälighetsbedömningen är det emellertid intressant att undersöka huruvida de syften och motiv som ligger bakom tillkomsten av en dispositiv rättsregel tillsammans med andra omständigheter kan vara den droppe som får bägaren att rinna över till den jämkningssökandes favör. Vid tillämpningen av generalklausulen kan det således finnas ett värde i att jämföra avtalet med innehållet i andra lagbestämmelser. För det fall att ett avtalsvillkor strider mot en tvingande bestämmelse eller avviker från en dispositiv regel finns det anledning att anta att avtalet kan komma att bedömas som oskäligt. Det bör dock påpekas att ett villkor kan komma att jämkas även om det överensstämmer med en tvingande eller dispositiv bestämmelse.⁵³

⁵¹ Von Post, Studier kring 36 § avtalslagen, s. 141.

⁵² A a, s. 149.

⁵³ Grönfors och Dotevall, Avtalslagen, s. 271.

5. Avtalets innehåll

Hittills har metoden för att tolka skälighetsstandarden i 36 § avtalslagen beskrivits i tämligen ytliga ordalag. Fortsättningsvis kommer framställningen mer djuplodande belysa ett antal omständigheter som får anses kunna ha inverkan på skälighetsbedömningen.

För att 36 § avtalslagen ska aktualiseras krävs det rimligtvis att något i avtalets innehåll föranleder missnöje hos den part som sedan söker jämkning med stöd av nyss nämnda paragraf. Dispositionsmissigt har jag valt att inleda med att redogöra för vilken betydelse avtalets innehåll kan tänkas få för skälighetsbedömningen.

5.1 Allmänt om betydelsen av avtalets innehåll

Som första referenspunkt för rättstillämparen anges i 36 § avtalslagen att hänsyn ska tas till avtalets innehåll. I förarbetena anges att den konkreta bedömningen av avtalets innehåll utgör en central del vid tillämpningen av 36 § avtalslagen.⁵⁴ Bedömningen är vansklig eftersom en avtalsklausul kan komma att bedömas som oskälig i ett visst sammanhang men inte i ett annat. Följaktligen kan ett villkor som är till uppenbar nackdel för ena parten och mot bakgrund därav bör betraktas som oskäligt ändå befinnas acceptabelt. Vid tillämpningen av 36 § avtalslagen påkallas därför en typ av nyanserad bedömning som görs från fall till fall.⁵⁵

När en bedömning av avtalets innehåll görs bör det inte enbart fokuseras på avtalets huvudprestationer, d.v.s. vad vardera parten erhåller om allt flyter på normalt. Det är även viktigt att beakta vilka följder som kan tänkas inträda vid ett eventuellt kontraktsbrott. Skulle exempelvis en underlägsen part ådra sig väldigt betungande skyldigheter eller förlora förmåner som denne annars skulle vara berättigad till, bör villkoret kunna jämkas.⁵⁶

I förarbetena till 36 § avtalslagen ges exempel på villkor som normalt kan uppfattas som oskäliga. Oskäliga villkor kan bl.a. vara sådana som ger den ena avtalsparten ensamt

⁵⁴ Grönfors och Dotevall, Avtalslagen, s. 252.

⁵⁵ A a, s. 252.

⁵⁶ Von Post, Studier kring 36 § avtalslagen, s. 153 f.

inflytande i avtalsförhållandet. Föreligger det en påtaglig obalans mellan parternas prestationer enligt avtalet kan det finnas skäl att jämka.⁵⁷

I utredningen diskuteras även förhållandet mellan kontraktsbrott och påföljd. Det finns flera exempel i den förmögenhetsrättsliga lagstiftningen där lagstiftaren eftersträvar en jämvikt mellan kontraktsbrott och påföljd. Ett exempel är huvudprincipen om att ett kontraktsbrott måste vara väsentligt för att motparten ska få lov att häva avtalet.⁵⁸ Som tidigare nämnts ska en part inte kunna åberopa lindriga kontraktsbrott som grund för att häva. Med anledning därav bör det finnas visst utrymme att tillämpa 36 § avtalslagen på villkor som strider mot principen om väsentlighet.⁵⁹

Vad gäller förmånerna å ömse sidor avtalet bör det vid tillämpningen av 36 § avtalslagen kunna tas hänsyn till vilka värden avtalsparternas förmåner enligt avtalet besitter. Detta blir särskilt intressant att beakta då det finns ytterligare omständigheter än just bristande proportionalitet i avtalet som talar för jämkning, t.ex. att ena parten utnyttjat sin överlägsna ställning eller motpartens okunnighet.⁶⁰

5.2 Giltigheten av ansvarsfriskrivningar och ansvarsbegränsningar

5.2.1 Allmänt om giltigheten av ansvarsfriskrivningar

Det finns ett antal olika varianter av friskrivningsklausuler på den svenska marknaden. Nedan har jag för avsikt att resonera kring de viktigaste klausultyperna. Det kan till en början göras en uppdelning mellan villkor där en part helt friskriver sig från ansvar för en prestations beskaffenhet, villkor där en part friskriver sig från skadeståndsskyldighet och villkor där en part begränsar sitt ansvar till ett visst högsta belopp.⁶¹

⁵⁷ Grönfors och Dotevall, Avtalslagen, s. 252 f.

⁵⁸ Von Post, Studier kring 36 § avtalslagen, s. 154.

⁵⁹ A a, s. 154 f.

⁶⁰ A a, s. 153.

⁶¹ A a, s. 204. Elfström, Rådgivarens professionsansvar, s. 172.

Vad gäller definitionerna av respektive typ av ansvarsfriskrivning kan det i korta ordalag konstateras att en ansvarsfriskrivning drabbar själva ansvarsgrunden, t.ex. en friskrivning från vårdslöshet.⁶² En ansvarsbegränsning är avsedd att påverka ersättnings nivå eller omfattning. Med detta i ryggen inser läsaren att den klausul som är föremål för granskning i denna uppsats närmast liknar en typ av ansvarsbegränsning.

Friskrivningars giltighet har diskuterats på flera håll i den samlade juridiska doktrinen. Oftast stannar redogörelsen vid att det inte går att friskriva sig från grov culpa eller uppsåt. Som skäl härför anges i allmänhet vad som stadgas i 36 § avtalslagen och ibland görs även en hänvisning till praxis från HD.⁶³ Även om det mestadels verkar vara allmänt accepterat att det inte går att friskriva sig från vårdslöshet och uppsåt har det på sina håll framförts åsikter och argument i motsatt riktning. Ramberg och Ramberg resonerar exempelvis kring möjligheten att upprätthålla en friskrivning från vårdslöshet eller uppsåt i de fall parterna önskat fördela riskerna på ett sätt som gör det möjligt för den part som har det bästa försäkringsskyddet att bära riskerna.⁶⁴ Det förespråkas en mer nyanserad bedömning än att dra gränsen för tillåtliga ansvarsfriskrivningar vid försummelse eller uppsåt, vilket möjligen är ett argument som talar för att det finns ett utrymme att jämka dylika klausuler.⁶⁵ Von Post menar emellertid att det i utredningen inte görs något ställningstagande angående i vilken utsträckning generalklausulen bör kunna tillämpas på ansvarsfriskrivningar. Som ett skäl anger han att ett ställningstagande på området möjligen skulle innebära att man indirekt tog ställning beträffande näringslivets standardavtalsregleringar vilka ofta innehåller dylika ansvarsfriskrivningar. Detta skulle förmodligen vid tidpunkten för generalklausulens tillkomst ha uppfattats som något kontroversiellt. Slutsatsen mot bakgrund av vad som stadgas i utredningen angående ansvarsfriskrivningar är att man bör göra en nyanserad bedömning från fall till fall. Detta skulle kunna innebära att det kan komma att inverka om den skadelidande inte haft någon möjlighet att skydda sig genom försäkring.⁶⁶

⁶² Von Post, Studier kring 36 § avtalslagen, s. 205.

⁶³ Se exempelvis Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 212 ff och Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 155 ff.

⁶⁴ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 215.

⁶⁵ Von Post, Studier kring 36 § avtalslagen, s. 206.

⁶⁶ A a, s. 208. C. Ramberg, JT 2010/11, s. 930.

5.2.2 Ansvarsbegränsningar

En särskild typ av ansvarsfriskrivning är den s.k. ansvarsbegränsningen. Enligt utredningen kan ansvarsbegränsningar bli föremål för jämkning men det är svårt att veta när dessa kan angripas med stöd av 36 § avtalslagen.⁶⁷ Vid uppsåt och grov vårdslöshet talar mycket för att ansvarsbegränsningar bör kunna åsidosättas. I övrigt efterfrågas här en nyanserad bedömning av villkoren. Det är givetvis så att en parts intresse av att kunna överblicka vilken skadeståndsskyldighet som kan tänkas åläggas honom eller henne måste beaktas liksom även betydelsen av vilka möjligheter till försäkring som står till buds.⁶⁸ Just försäkringar kommer beröras i ett senare avsnitt.

Ansvarsbegränsningar som är anknutna till storleken av det vederlag som den ansvarige erhållit, exempelvis frakten för en transport eller storleken på ett arvode, bör kanske betraktas med viss misstro. Sådana ansvarsbegränsningar kan ofta ge helt olika resultat för vardera part och en ansvarsbegränsning får generellt anses vara mer rimlig desto större vederlaget är i förhållande till den enskilda förlusten.⁶⁹ Detta är även en åsikt som har framförts av Hellner som anser att det bör finnas möjlighet att friskriva sig från grov culpa och uppsåt i vissa fall, särskilt om godsets värde är högt i förhållande till vad frakten kostar.⁷⁰

5.2.3 Särskilt om rådgivares ansvarsbegränsningar

Det hävdas att försäkringsbolag, advokater och revisorer inte bör kunna friskriva sig för vårdslöshet alls. Dock påpekas att frågan måste prövas mot bakgrund av föreliggande omständigheter. Således kan det beaktas om det exempelvis skett en uppgörelse i det enskilda fallet eller om uppdragets karaktär i sig påkallar en friskrivning.⁷¹

Det är viktigt för en rådgivare att överväga de åtgärder som står till buds för att begränsa sitt ansvar. För det fall att en rådgivare väljer att begränsa sitt ansvar med hjälp av en

⁶⁷ Von Post, Studier kring 36 § avtalslagen, s. 209.

⁶⁸ A a, s. 209.

⁶⁹ A a, s. 209.

⁷⁰ Hellner, JT 1998/99 s. 157.

⁷¹ Von Post, Studier kring 36 § avtalslagen, s. 206.

avtalsklausul är frågan vad som kan tänkas vara tillåtet. Rättsläget härom torde vara relativt oklart eftersom det saknas utförlig praxis på området. I NJA 1987 s. 692 gjordes emellertid vissa uttalanden i riktning mot att HD inte ställer sig helt främmande till rådgivares friskrivningar. Det uttalades att skadeståndsskyldigheten för den som yrkesmässigt åtar sig fastighetsvärderingar kan inträda mot såväl uppdragsgivaren som mot tredje man ”såvida inte förbehåll om frihet från sådant ansvar gjorts i intyget”. Slutsatsen får närmast anses vara att om friskrivningar kan få rättsverkan mot tredje man måste de även kunna få verkan mot uppdragsgivaren.⁷²

Det får anses vara allmänt känt att friskrivningar inte får vara allt för generella då den i sådant fall kan komma att jämkas med stöd av 36 § avtalslagen. Det går vidare att diskutera värdet av en sådan beloppsmässig ansvarsbegränsning som den i FAR:s allmänna villkor då sådana friskrivningar framstår som tämligen osäkra.⁷³ Det har hävdats att friskrivningar eller andra liknande ansvarsbegränsningar inte är den lämpligaste vägen för en vårdslös rådgivare att skydda sig från ett alltför omfattande skadeståndsansvar. Det anges att risken att sådana friskrivningsklausuler underkänns med stöd av 36 § AvtL är påtaglig vilket det alltför osäker för den rådgivare som vill skydda sig mot betungande skadeståndsanspråk att begagna sig av friskrivningsklausuler. Kleineman anser exempelvis att det förmodligen är bäst att låta försäkringen vara det avgörande för hur rådgivare bör skydda sina intressen.⁷⁴

5.2.4 Parallell till avtalsvitet

Inledningsvis ska några anmärkningar göras om skillnaden mellan viten och skadestånd. Fördelen med vitet är i allmänhet att den skadelidande inte på samma sätt som i samband med skadestånd behöver visa att skada inträffat, att skadan kan anses orsakad av den skadeståndsskyldige, att skadan berott av omständigheter för vilken den skadeståndsskyldige svarar samt skadans storlek för att erhålla ersättning. Bevisläget är många gånger inte lika strikt i samband med avtalsvitet.⁷⁵

⁷² Kleineman, SvJT 1998 s 205.

⁷³ A a, s 205.

⁷⁴ A a, s 205 f.

⁷⁵ Gorton och Samuelsson, Studier i rättsekonomi, s. 82 f.

Även om klausul 13.5 i formell mening närmast liknar en ansvarsbegränsande skadeståndsklausul finns det emellertid vissa likheter med vitesklausulen. Jag har därför valt att nedan redogöra för vissa synpunkter kring vitesklausulen som åtminstone kan tänkas få viss bäring beträffande ansvarsbegränsande klausuler. Enligt Von Post bör bl.a. det som sägs i förarbetena till den gamla 36 § avtalslagen om det hänsynstagande som bör göras till kontraktsbrottets karaktär samt den ekonomiska förlusten i relation till vitesbeloppet även ha relevans sedan den nya generalklausulen införts.⁷⁶ Olsen framför att de omständigheter som har betydelse för gamla 36 § om jämkning av vite i all väsentlighet ska behålla sin giltighet.⁷⁷ Vad som gäller framöver får anses vara att domstolen får större frihet att jämka dylika klausuler med 36 § avtalslagen i dess nuvarande lydelse.⁷⁸

I samband med den gamla 36 § avtalslagen angavs bl.a. att det fick anses föreligga en viss risk att vitesbeloppet sätts till den överlägsna partens fördel. Konsekvensen kan bli att det till den överlägsne partens favör satta vitesbeloppet drabbar den underlägsna parten otillbörligt. Tydligt finns det en tanke om att sådana standardiserade ersättningar någorlunda ska stå i paritet med uppkommen förlust.⁷⁹

En typ av klausul som ligger nära vitesklausulen är s.k. normaliserad ersättning. Denna klausultyp har till syfte att ge en förutbestämd ersättning för en viss typ av förlust. Ett parallellt syfte sägs även vara att begränsa möjligheten att tvist uppstår kring ersättningsfrågan.⁸⁰ Beträffande normaliserad ersättning bör hänsyn i allmänhet tas till om förlusten för en part klart understiger det avtalade normaliserade ersättningsbeloppet. Om ersättningen på ett klart sätt avviker från en förlust eller ett positivt kontraktsintresse bör jämkning kunna ske.⁸¹ Vidare anses det finnas möjlighet att jämka mycket lågt satta viten. Detta borde gälla även för normaliserade ersättningar. Det påpekas emellertid att man bör beakta att i kommersiella förhållanden ersättningen kan vara lågt satt med hänsyn till affärens speciella karaktär.⁸² Olsen framför dock att jämkning av vitesbelopp mellan näringsidkare

⁷⁶ Von Post, Studier kring 36 § avtalslagen, s. 199.

⁷⁷ Olsen, Ersättningsklausuler, s. 120.

⁷⁸ Von Post, Studier kring 36 § avtalslagen, s. 199.

⁷⁹ Olsen, Ersättningsklausuler, s. 120.

⁸⁰ A a, s. 38.

⁸¹ A a, s. 120.

⁸² Von Post, Studier kring 36 § avtalslagen, s. 199.

sällan blir aktuellt om det inte föreligger någon ytterligare omständighet såsom exempelvis skillnad i parternas styrkepositioner.⁸³

Om ett avtalsvite med råge överstiger vad som är brukligt i branschen bör jämkning kunna ske. Om det dessutom föreligger ytterligare jämningsgrunder såsom underlägsen ställning ökar sannolikheten för jämkning. Slutsatsen får anses stanna vid att belopp som påtagligt överstiger vad som är vanligt förekommande bör kunna försvaras för att inte riskera att bli ifrågasatt med 36 § avtalslagen. Ett sätt att försvara ett vitesbelopp är att man kan visa att parterna särskilt diskuterat och enats om vitesbeloppets storlek.⁸⁴

5.2.5 Friskrivning från culpa och dolus

HD har stundom kommenterat giltigheten av friskrivningar mot culpa och dolus. HD anger ofta 36 § avtalslagen eller allmänna avtalsrättsliga principer som stöd i sin bedömning av klausulernas giltighet. I förarbetena till 36 § avtalslagen stadgas det visserligen att bestämmelsen är tillämplig på situationer där friskrivning från vårdslöshet gjorts. Med detta sagt är det inte nödvändigtvis så att varje typ av friskrivning ska anses vara oskälig. I propositionen stadgas att ”en part i princip inte bör kunna friskriva sig från ansvar på grund av uppsåt eller grov vårdslöshet”.⁸⁵ Här lämnas alltså utrymme för att i vissa fall upprätthålla en friskrivning mot uppsåt eller grov vårdslöshet. En av dessa omständigheter kan som tidigare nämnts vara om parterna medvetet fördelat riskerna åt ett visst håll mot bakgrund av parternas samlade försäkringsskydd.

Den viktigaste domen på området synes vara NJA 1998 s. 390. Målet handlade om giltigheten av en friskrivning med en tillhörande ansvarsbegränsning i ett fall där anställda på skadevållarens sida uppsåtligen hade tillfogat skada. I fallet hade anställda på skadevållarens sida uppsåtligen orsakat skada genom stöld av diamanter under en transport. Frågan var om den mellan parterna avtalade ansvarsbegränsningen skulle upprätthållas eller om den skadelidande skulle ersättas för hela sin förlust. HD ansåg att det var oskäligt att friskriva sig från ansvar när den ansvarige eller någon på dennes sida uppsåtligen orsakat skadan. Som

⁸³ Olsen, Ersättningsklausuler, s. 121.

⁸⁴ Von Post, Studier kring 36 § avtalslagen, s. 200.

⁸⁵ Prop. 1975/76:81 s. 144.

skäl anförde HD allmänna principer inom avtalsrätten om att det inte går att friskriva sig från ansvar vid grov vårdslöshet eller försummelse. Det görs dock ett förbehåll i domen för situationer där friskrivningar har skett baserat på parternas sammantagna försäkringssituation.

Denna dom har emellertid kritiserats av bl.a. Hellner som anser att det bör finnas möjlighet att friskriva sig från grov culpa och uppsåt i vissa fall, särskilt om godsets värde är högt i förhållande till vad frakten kostar.⁸⁶ Bernitz skriver emellertid att det är en okodifierad rättsprincip i svensk civilrätt att man inte kan med rättslig verkan friskriva sig från ansvar för skada som man vållat uppsåtligen eller genom grov vårdslöshet. Som anledning härför anför att rättsordningen finner det olämpligt att en part ska kunna undgå ansvar för uppsåtligt eller grovt vårdslöst handlande eftersom det skulle kunna leda till parten låter bli att vara aktsam.⁸⁷ Bernitz representerar en vanlig uppfattning medan Hellners argument är intressant i den bemärkelsen att det öppnar för en mer nyanserad bedömning vilket jag finner önskvärt.

Som ovan angivits har det stundom framförts åsikter om att friskrivningsklausuler emellanåt bör kunna upprätthållas även vid grov vårdslöshet eller uppsåt. En situation där det kan anses finnas skäl att till varje pris upprätthålla en friskrivningsklausul är då parterna inbördes ordnat sitt försäkringsskydd att stämma överens med friskrivningen.⁸⁸ Det får anses vara ekonomiskt försvarbart att den som har möjlighet att teckna den förmånligaste försäkringen ska kunna bära ansvaret, något som borde leda till lägre transaktionskostnader.

Om en part som har svårt att teckna en bra försäkring tvingas teckna försäkring p.g.a. att en friskrivning kan komma att åsidosättas med stöd av 36 § avtalslagen riskerar kostnaden för båda parter i slutändan att bli dyrare. Ett annat undantag kan vara att parter borde få friskriva sig från grov vårdslöshet och uppsåt försåvitt parterna medvetet velat fördela sina risker på detta sätt. Detta får anses vara ett viktigt undantag på grundval av att vissa affärer inte kan genomföras om parterna inte kan fördela sina risker.

Sammanfattningsvis kan det sägas att friskrivningar inte är att rekommendera vad gäller skada som är vållad uppsåtligen eller av grov vårdslöshet. Det finns vissa situationer där

⁸⁶ Hellner, JT 1998/99, s. 157.

⁸⁷ Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 96.

⁸⁸ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 215.

sådana friskrivningar skulle kunna tänkas upprätthållas av rättsordningen även om HD i princip ställt sig negativ till fenomenet. I övriga fall är friskrivningar som utgångspunkt godtagbara om de inte medför att en parts krav på ersättning helt omöjliggörs. Skulle en konsult således friskriva sig på ett sådant sätt att den skadedrabbade varken kan få ersättning från konsulten eller konsultens försäkring kanske en sådan friskrivning kan komma att bli föremål för jämkning eller åsidosättande enligt 36 § avtalslagen.⁸⁹

⁸⁹ Von Post, Studier kring 36 § avtalslagen, s. 208.

6. Begreppet underlägsen ställning

6.1 Begreppet underlägsen ställning och dess betydelse i kommersiella förhållanden

Begreppet underlägsen ställning verkar fungera som en väg in i 36 § avtalslagens rike även om det är viktigt att poängtera att det ofta krävs någon ytterligare omständighet. Det underlättar förmodligen för den jämkningssökande om denne befinner sig i underlägsen ställning. Utgångspunkten får anses vara att begreppet underlägsen ställning främst är avsett som ett skydd för konsument gentemot näringsidkare.⁹⁰ Tanken är således att 36 § avtalslagen ska kunna tillämpas mer generöst i de fall när den ena parten ”i egenskap av konsument eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet”.

Två huvudkategorier av avtalsrelationer kan identifieras, varav den senare är särskilt intressant för denna framställning.⁹¹ Den första avtalsrelationen är den mellan näringsidkare och konsument. Ett av generalklausulens huvudsyften är att komplettera det civilrättsliga konsumentskydd som återfinns i konsumentskyddslagarna. Här anses domstolen åtnjuta relativt stort utrymme att tillämpa 36 § avtalslagen. Av större intresse för denna framställning är emellertid avtalsförhållanden där näringsidkare figurerar på sidor av avtalet och där den ena parten intar en underlägsen ställning. Den underlägsna parten har sällan möjlighet att påverka avtalsvillkoren i någon större utsträckning och det rör sig ofta om standardavtal.⁹²

Eftersom det verkar finnas visst utrymme för domstolen att beakta att en part befinner sig i underlägsen ställning finns det ett värde i att försöka skapa ramar kring begreppet näringsidkare i underlägsen ställning, ibland även kallade småföretagare. I praxis återfinns emellertid inte någon tydlig definition av begreppet näringsidkare med underlägsen ställning. Enligt Von Post är det knappast lämpligt att försöka definiera begreppet utifrån kvantitativa kriterier, såsom t.ex. årsomsättning eller antalet anställda. Av förståeliga skäl är det inte

⁹⁰ Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 138.

⁹¹ A a, s. 143 f.

⁹² A a, s. 143 f.

heller lämpligt att söka definiera begreppet småföretagare utifrån vilken bolagsform företaget bedrivs i då det knappast säger något konkret om företags ställning.⁹³

Ett mer lämpligt sätt att definiera begreppet småföretagare är att utgå från vilken styrkeposition den mindre företagaren har i avtalsförhållandet. Som exempel nämns att ett verkstadsföretag med flera hundra anställda kan vara att anse som småföretagare i förhållande till en stor biltillverkare. Bernitz kallar förhållandet för ett småföretagarförhållande. Exemplet med biltillverkaren och verkstadsföretaget är väl förvisso fortfarande relevant. I denna uppsats berörs emellertid större konsultbyråer och deras förhållande till sina motparter. Även om det inte framgår uttryckligen i de framställningar jag tagit del av, kan det inte anses vara alltför långsökt att det många gånger föreligger ett småföretagarförhållande mellan stora revisionsbyråer och deras motparter.⁹⁴ Argumentet stöds även av Von Post som anger att alla typer av näringsidkare kan befinna sig i underlägsen ställning, vilket motsatsvis torde innebära att alla typer av näringsidkare kan befinna sig i överlägsen ställning.⁹⁵

Som ett ytterligare argument kan nämnas att Ramberg och Ramberg lanserar en definition i riktning mot att underlägsen ställning närmast bör ta sin utgångspunkt i att ena parten på grund av sin ställning och sina tekniska, ekonomiska, administrativa eller juridiska överlägsenhet haft möjlighet att utforma avtalsvillkoren till sin fördel.⁹⁶ Detta uttalande är synnerligen intressant mot bakgrund av den ställning som många stora konsultbyråer får anses inta i förhållande till sina motparter. Det får anses vara ovanligt att någon kan mäta sig med den ekonomiska, administrativa och juridiska expertis som konsultbyråerna besitter. Utan att övertolka Ramberg & Ramberg måste det ändå anses vara ett argument för att konsultbyråer ofta får anses inta en överlägsen ställning gentemot sina motparter vilket i förlängningen kan få inverkan på ansvarsbegränsande klausuler likt klausul 13.5 i FAR:s allmänna villkor för rådgivningstjänster.

⁹³ Von Post, Studier kring 36 § avtalslagen, s. 113.

⁹⁴ A a, s. 110 f.

⁹⁵ A a, s. 113.

⁹⁶ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 178.

6.2 Praxis beträffande begreppet underlägsen ställning

För att ytterligare söka definiera betydelsen av att en part befunnit sig i underlägsen ställning vid avtalets ingående har jag nu för avsikt att vända mig till praxis. Inledningsvis kan det sägas att praxis kring 36 § avtalslagen inte är särskilt omfattande. Om sökkriterierna ytterligare snävas in genom att endast beakta praxis där tvisten varit mellan näringsidkare på båda sidor om avtalet återstår endast ett fåtal fall av intresse för denna framställning.

HD har icke desto mindre vid ett par tillfällen yttrat sig om begreppet underlägsen ställning, vilket är av vikt eftersom 36 § avtalslagen ofta åberopas som argument för att få till stånd en jämkning av ett avtal.⁹⁷ För att nå framgång med en talan grundad på 36 § avtalslagen verkar det vara fördelaktigt för den som begär att ett avtal ska jämkas att denne innehar en skyddsvärd position i förhållande till motparten. Förutom underlägsen ställning verkar det emellertid krävas någon ytterligare omständighet för att jämkning ska komma till stånd.⁹⁸

I NJA 1979 s. 483 var en omfattande friskrivning som är vanligt förekommande i standardavtal föremål för prövning enligt 36 § avtalslagen. I fallet åberopade ett börsnoterat aktiebolag friskrivningsklausulen mot ett litet familjeföretag. HD upprätthöll friskrivningen med motiveringen att ”Den omständigheten, att den ena parten, såsom i förevarande fall, är ett i jämförelse med den andra parten litet företag, utgör emellertid inte i och för sig något belägg för att parten intar en underlägsen ställning”. Det finns argument i rättsfallet som talar för att en restriktiv inställning till ingrepp med stöd av 36 § avtalslagen bör finnas när avtalet är i linje med sedvanliga och välgrundade normer. Är så fallet spelar det ingen roll om avtalet i det enskilda fallet drabbar den ena avtalsparten hårt.⁹⁹

I NJA 1989 s. 346 rörde det sig om en tvist mellan två näringsidkare. Ett pälsbolag hade försäkrat sig genom en s.k. inbrottsförsäkring men vägrades ersättning av försäkringsbolaget när pälsar till ett betydande värde hade tillgripits. Sannolikt hade pälsarna tillgripits av någon

⁹⁷ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 178.

⁹⁸ Von Post, Studier kring 36 § avtalslagen, s. 111 f. med tillhörande noter.

⁹⁹ A a, s. 178.

som hade berett sig tillträde till pälslagret med hjälp av nycklar som kopierats från de nycklar som fanns hos det bevakningsföretag som pälsbolaget på försäkringsbolagets inrådan anlitat. I försäkringsvillkoren stod det att försäkringen gällde inbrott vilket det i formell mening inte var frågan om eftersom förövarna berett sig tillträde med hjälp av bevakningsbolagets nycklar. HD tillämpade 36 § avtalslagen och gav pälsbolaget rätt till ersättning trots att det inte var fråga om inbrott. Rättsfallet har emellertid kritiserats i doktrinen och bör inte kunna läggas till grund för antagande att 36 § avtalslagen ska kunna användas för avtalskorrigering när en av parterna är förtjänt av domstolens medömkan.¹⁰⁰

I NJA 1992 s. 782 nekade HD:s majoritet en part möjligheten att tillämpa 36 § avtalslagen i ett fall då en försäkringstagare betalat försäkringspremien för sent. Även det fall att pengarna inkom till försäkringsbolaget samma dag som försäkringsfallet spelade ingen roll då försäkringsvillkoren föreskrev att försäkringsskyddet trädde i kraft första dagen efter att premien betalats.¹⁰¹

För egen del anser jag att rättsfallen ligger i linje med den formella synen på avtalsrätten, d.v.s. att avtal ska hållas såvida inte någon potentiell ogiltighetsgrund förekommit vid själva avtalsslutet. Rättsfallen har emellertid ett antal år på nacken. Frågan är vad domstolen skulle komma fram till om samma fall prövades idag. Inledningsvis i uppsatsen konstaterades att utvecklingen i avtalsrätten går i riktning mot större fokus på materiell rättvisa. Detta är möjligen något som i dagsläget skulle kunna föranleda en dom i motsatt riktning, åtminstone i de fall där jämkning förvägrats den jämkningssökande parten.

¹⁰⁰ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 178.

¹⁰¹ A a, s. 178.

7. Övriga omständigheter

7.1 Betydelsen av god tro hos den jämkningssökande

En fråga som uppstått under arbetet med denna uppsats är huruvida det krävs att den som söker jämkning vid avtalets ingående var i god tro om den åberopade jämkningsgrunden. Frågan verkar inte ha behandlats i förarbetena.¹⁰² Vid tillämpning av 36 § avtalslagen måste helhetsbedömning göras varför omständigheten att en part varit i ond tro om en jämkningsgrund vid avtalets ingående borde kunna inverka på skälighetsbedömningen. En parallell kan göras till ogiltighetsreglerna i avtalslagens 3 kap. I dessa rättsregler förutsätts ond tro hos avtalsparten för att denne ska anses ha brutit mot reglerna. Enligt 36 § avtalslagen förutsätts inte ond tro på samma sätt även om det säkerligen är något som kan få betydelse. När domaren gör en bedömning av oskäligheten i ett avtal borde det nog beaktas om avtalsparten som söker jämkning ingått avtalet med ”öppna ögon” och av ”fri vilja” som Von Post uttrycker det.¹⁰³ Det är även något som antyds av Lehrberg som framför att den som åberopar en omständighet som han kände till vid avtalets ingående i regel inte har någon bristande förutsättning.¹⁰⁴

7.2 Vikten av att kunna förutse konsekvenserna av ett avtal

Att kunna förutse resultatet av sitt handlande är en viktig rättssäkerhetsfråga. Det är emellertid svårt att uppnå förutsebarhet i svåra fall. Eftersom många fall som rör tillämpningen av 36 § avtalslagen får anses vara sådana ”svåra fall” kan det vara svårt att upprätthålla förutsebarheten.¹⁰⁵

Vid införandet av 36 § avtalslagen framfördes från flera håll oro beträffande 36 § avtalslagens inverkan på avtalsparters möjlighet att förutse konsekvenserna av sitt

¹⁰² Von Post, Studier kring 36 § avtalslagen, s. 158.

¹⁰³ A a, s. 159.

¹⁰⁴ Lehrberg, Förutsättningsläran, s. 295 f.

¹⁰⁵ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen, s. 167 f.

handlande.¹⁰⁶ I propositionen bemöts denna oro till viss del med att förutsebarhet är ett viktigt mål för rättstillämpningen, men att det även finns andra mål som måste beaktas, till exempel att skydda avtalsparter från oskäligen avtal. Detta till trots verkar det inte råda några tvivel om att principen om förutsebarhet måste beaktas vid en bedömning om ett avtal ska jämkas eller inte.¹⁰⁷

7.3 Betydelsen av ansvarsförsäkring på konsultbyråns sida

Bland rådgivare, som t.ex. advokater och revisorer, är det mer eller mindre obligatoriskt att inneha en ansvarsförsäkring. För bl.a. revisorer och advokater är det till och med lagstadgat.¹⁰⁸ En större revisionsbyrå bör till och med ha en ansvarsförsäkring som motsvarar det bästa som marknaden kan erbjuda. Om uppdragstagaren innehar en sådan försäkring, vilket man får ta för givet att revisionsbyråerna har, finns det enligt Kleineman ingen anledning att jämka det ansvar som kan drabba uppdragstagaren med mindre än att det föreligger medvällande på den skadelidandes sida.¹⁰⁹

Kleinemans utgångspunkt vad gäller bedömningen av när jämkning kan ske med hänsyn till tillgängliga försäkringsmöjligheter tar sin utgångspunkt i att rådgivaren, såvida denne inte agerat grovt oaktsamt, inte ska förhindras att fortsätta sin verksamhet p.g.a. skadeståndets storlek. Det är dock upp till rådgivaren att försöka motverka denna risk genom att se till att denne har en lämplig ansvarsförsäkring. Med en ansvarsförsäkring i ryggen kan det argumenteras för att det inte finns något oskäligt skadestånd så länge skadan täcks av ansvarsförsäkringen.¹¹⁰ För egen del kan jag acceptera Kleinemans inställning. Jag ser emellertid ett problem i den bemärkelsen att transaktionskostnaderna ökar då försäkringspremierna lär fördyras för det fall att ansvarsbegränsningar regelmässigt åsidosätts på grundval av att rådgivare har goda ansvarsförsäkringar.

¹⁰⁶ Prop. 1975/76: 81, s. 65.

¹⁰⁷ Norlén, Oskälighet och 36 § avtalslagen, s. 168.

¹⁰⁸ C. Ramberg, SvJT 2010, s. 148.

¹⁰⁹ Kleineman, SvJT 1998 s 206.

¹¹⁰ A a, s. 208.

Även om Kleineman främst åsyftar de jämningsregler som återfinns i skadeståndslagen finns emellertid visst värde i den argumentation som förs även för situationen att rådgivaren begränsat sitt skadeståndsansvar till två gånger arvodet. Mot bakgrund av att det ofta finns skäl att fylla ut skälighetsnormen i 36 § avtalslagen med att hämta innehåll från andra lagregler kan det finnas ett värde i att titta på ett motivuttalande till 6 kap. 2 § skadeståndslagen där det konstateras att om det finns en skadeförsäkring som täcker skadan borde jämkning i normalfallet inte komma ifråga. Att förekomsten av ansvarsförsäkring på rådgivarens sida är en intressant aspekt för skälighetsbedömningen verkar det inte råda något tvivel om.¹¹¹

Det verkar således finnas argument för att ansvarsbegränsningar endast ska vara giltiga till den del de överstiger den ansvarsförsäkring som rådgivaren innehar. För att återknyta till rådgivare i allmänhet, och de stora konsultbyråerna i synnerhet, skulle det i sådant fall finnas väldigt få situationer där det skulle vara skäligt att jämka ett skadestånd som täcks av ansvarsförsäkringen, vilket de flesta skador får anses göra.¹¹²

¹¹¹ C. Ramberg, JT 2010/11, s. 930.

¹¹² Kleineman, SvJT 1998 s 208. C. Ramberg, JT 2010/11, s. 930.

8. Draft Common Frame of Reference¹¹³

Efter att DCFR blev färdigställd under 2009 har HD i ett antal olika fall hänvisat till denna referensram. Hänvisningar har gjorts i NJA 2009 s. 672, NJA 2010 s. 692 samt HD T 4062 – 09. Detta får anses tala för att domstolen åtminstone är benägen att väga in de synpunkter och principer som återges i DCFR. Med anledning härav blir det intressant att undersöka vad som stadgas i DCFR angående oskäligen avtal.

Oskäligen avtalsvillkor regleras i DCFR II. 9:401-410. I paragraferna görs en uppdelning mellan konsument-näringsidkare, privatperson-privatperson samt näringsidkare-näringsidkare. För denna framställning får framförallt det som stadgas beträffande kommersiella förhållanden anses vara av intresse. Mot bakgrund av vad jag tidigare funnit beträffande möjligheten för konsumentskyddande lagstiftnings påverkan på kommersiella förhållanden där styrkeförhållandet mellan näringsidkarna påminner om förhållandena mellan en näringsidkare och en konsument, kommer jag även att nämna något om vad som gäller för konsument-näringsidkarförhållandet.

I art. 9:403 anges att ett villkor i ett avtal mellan en konsument och en näringsidkare som inte blivit individuellt förhandlat är oskäligt om det tillhandahållits av näringsidkaren och ”significantly disadvantages the consumer” i jämförelse med vad som annars får anses gälla enligt ”good faith and fair dealing”.

Paragraf 9:405 anger att ett villkor mellan näringsidkare är: ”unfair for the purpose of this Section only if it is a term forming part of standard terms supplied by one party and of such a nature that its use grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing.” Denna skrivelse får närmast anses ge uttryck för att avtalsvillkor i standardavtal som inte varit föremål för individuell förhandling kan komma att beaktas som oskäligen. En förutsättning är dock att de kraftigt avviker från vad som är god sed på marknaden.

¹¹³Paragraferna finns att läsa på http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf. - 2013-03-21 kl. 20:57

I paragraf 9:410, som rör förhållandet mellan en näringsidkare och en konsument, anges i punkten 1.B att ett villkor som fråntar eller begränsar möjligheten för en konsument att göra påföljder gällande för exempelvis fel eller liknande som utgångspunkt anses vara ogiltigt. ”Inappropriately excludes or limits the remedies, including any right to set-off, available to the consumer against the business or a third party for non-performance by the business of obligations under the contract.

De slutsatser som låter sig dras från dessa bestämmelser är närmast att det görs en markant skillnad mellan näringsidkare och konsumenter. Vid en strikt tolkning av bestämmelserna i DCFR är det förmodligen svårt att se att framgång skulle kunna nås med en jämkningstalan mot klausul 13.5 i FAR:s allmänna villkor i förhållanden där båda avtalsparter är näringsidkare och där ingen grov vårdslöshet varit för handen. Om det däremot tillåts vägas in att förhållandet mellan näringsidkarna påminner om förhållandet mellan en konsument och en näringsidkare vad gäller styrkeförhållande öppnas däremot vägen för att anse att klausul 13.5 är oskälig.

9. Rättsekonomiska synpunkter

Principerna om avtalsfrihet och avtal ska hållas måste vägas mot ett mer ekonomiskt inriktat synsätt. Affärsmässiga överväganden tenderar att ha stor betydelse vid tillämpningen av 36 § avtalslagen. Målet med en affärssuppgörelse är närmast att uppnå en välfärdsförbättring. Med anledning härav bör en avvägning mellan ekonomisk effektivitet och avtalets skälighet göras.¹¹⁴

Avtalets fördel jämfört med lagstiftning är i allmänhet att avtalet är mer anpassningsbart till den enskilda affären. Lagstiftaren har att hålla utformningen av lagarna generella medan avtalsskrivaren kan formulera ett mer detaljerat avtal. Detta innebär att avtalsskrivaren kan fördela risken i avtalet efter eget skön medan lagstiftaren måste vara mer generell i allokeringen av risk.¹¹⁵

En av de största rättsekonomiska förtjänsterna med avtalet och ansvarsbegränsande klausuler får anses vara förutsebarheten, något som ofta hänger samman med att parterna ska kunna ordna adekvat försäkringsskydd eller att någon av parterna lyckats förhandla till sig ett mer förmånligt avtal jämfört med vad som skulle ha gällt enligt de dispositiva lagregler. Det är alltså inte ovanligt att parterna försöker skapa förutsebarhet genom att avtala om ett begränsat ansvar för olika situationer någon av parterna skulle kunna tänkas bli ansvarig för.¹¹⁶

Det förs fram argument kring att en alltför generös tillämpning av 36 § avtalslagen skulle urholka avtalet som institution i ekonomin.¹¹⁷ Som skäl anförs att det i ett kapitalistiskt samhälle finns ett behov av en frihet att avtala som därmed också innebär en gräns för det framtida handlandet. Om parterna har kommit överens om ett pris för avtalsbindningen och detta pris sätts åt sidan beroende på om en domstol anser att det är olämpligt eller att ena parten av olika skäl skulle vilja komma ur avtalsförhållandet eftersom bindningen kommit att bli obekvämt, påstås att detta kan få betydande återverkningar på hela avtalsprocessen.¹¹⁸

¹¹⁴ Gorton och Samuelsson, Studier i rättsekonomi, s. 77 f.

¹¹⁵ A a, s. 81.

¹¹⁶ A a, s. 81.

¹¹⁷ A a, s. 85 f.

¹¹⁸ A a, s. 85 f.

Tidigare angavs att parternas främsta syfte får anses vara att uppnå välfärdsmaximering. Om någon av parterna senare finner att denna välfärdsmaximering i högre grad kan uppnås genom omförhandling anser Gorton och Samuelsson att rättsordningen inte utan vidare ska acceptera detta. De fortsätter med att skriva att parterna kan gardera sig genom olika klausuler. Saknas dessa ska inte domstolen utan bärande skäl erbjuda sådana utvägar och skapa godtyckliga jämviktslägen i partsförhållanden.¹¹⁹

¹¹⁹ Gorton och Samuelsson, Studier i rättsekonomi, s. 85 f.

10. Analys

Med hjälp av de bedömningsgrunder som jag ovan redovisat har jag för avsikt att analysera den klausultyp som jag i inledningen till denna framställning lyft fram som potentiellt problematisk.

Det är till en början viktigt att poängtera att grundsynen är avtal mellan kommersiella parter ska hållas och att ett ingripande med stöd av 36 § avtalslagen hör till undantagsfallen.¹²⁰ Det kanske viktigaste argumentet för en sådan ordning beträffande giltigheten av ansvarsbegränsningar är principen om avtalsfrihet. Avtalsfriheten får anses vara en viktig rättighet samt ett smörjmedel för den marknadsekonomi vi lever i. Vid en alltför stor osäkerhet beträffande avtalsfriheten minskar förutsebarheten i varje enskild affär. Synen på avtalsfriheten mellan kommersiella parter verkar även genomsyra den internationella civilrättsliga lagstiftningen som HD i flera fall tillmätt betydelse.

Förutsebarhet är något som är särskilt viktigt för kommersiella parter. En affär i dessa sammanhang kan ofta vara kopplad till flera andra affärer. För att kunna bedöma behovet av exempelvis försäkringsskydd är det vidare av stor vikt för en kommersiell part att kunna förutse vilka risker varje enskild affär innebär. Det är vidare viktigt för parterna att kunna omsätta varor och tjänster utan att stora osäkerhetsmoment föreligger, det s.k. omsättningsintresset. Osäkerhet kan i sin tur leda till ökade transaktionskostnader. Ett exempel härpå kan vara att den aktör som riskerar att få en ansvarsbegränsande klausul ogiltigförklarad tvingas teckna dyrare försäkringar varpå den tjänst som aktören tillhandahåller blir dyrare.¹²¹

Avtalsfriheten är således något som bör vidhållas till varje pris om strävan är total ekonomisk effektivitet. En sådan ordning tenderar dock att skapa en situation där svagare personer har svårt att göra sin rätt gällande. Detta är något som inte är önskvärt vilket kan belysas med att avtalsrättens utveckling går i riktning mot ett större fokus på vad som är skäligt. Således måste strävan efter ekonomisk effektivitet balanseras mot skyddet för den som inte har tillräcklig styrka för att ta tillvara sin egen rätt.

¹²⁰ Von Post, Studier kring 36 § avtalslagen, s. 141. Gorton och Samuelsson, Studier i rättsekonomi, s. 85.

¹²¹ Gorton och Samuelsson, Studier i rättsekonomi, s. 77 f.

Just styrkeförhållandet mellan kommersiella parter har visat sig vara synnerligen relevant för möjligheten att nå framgång med en talan med stöd av 36 § avtalslagen. Domstolen får anses vara mer benägen att jämka eller åsidosätta en klausul i ett fall där styrkeförhållandet mellan parterna skiljer sig. Detta kan sägas vara en naturligt följd av att 36 § avtalslagen särskilt pekar ut sådana situationer som potentiellt jämningsbara. Bortser man från de mest extrema jämningsfallen där det rör sig om grov vårdslöshet och liknande tror jag att det i princip krävs underlägsen ställning för att ha någon chans att nå framgång med ett jämningsyrkande.¹²²

Trots att det i 36 § avtalslagen särskilt omnämns att hänsyn ska tas till att en part befinner sig i underlägsen ställning är det emellertid ingalunda säkert att det som ensam grund är tillräckligt för att nå framgång med en jämningsstalan. För att kunna föra en bärkraftig talan mot den aktuella klausultypen krävs det sannolikt fler omständigheter i förening med att parten befinner sig i underlägsen ställning.

Ytterligare en omständighet som är särskilt intressant att belysa är korrelationen mellan konsultbyråernas ofta heltäckande försäkringslösningar och skäligheten i att begränsa skadan till två gånger arvodet. Det har på sina håll hävdats att förekomsten av ansvarsförsäkring på den skadevållandes sida talar för att det är oskäligt med en ansvarsbegränsning. Jag kan se en klar rättvisaspekt i att det skulle vara oskäligt att låta en stor konsultbyrå med heltäckande ansvarsförsäkring bli i princip skadelös för skada som vållats en motpart.

Jag har emellertid svårt förlika mig med att en part med framgång åberopa förekomsten av ansvarsförsäkring på skadevållarens sida som ensam grund för jämkning av en ansvarsbegränsning. Det har dock framförts åsikter i riktning mot att FAR:s ansvarsbegränsning per automatik skulle vara oskälig på grundval av att konsultbyråer och andra rådgivare har fullgoda ansvarsförsäkringar.¹²³ För det fall att man som jämningssökande part istället väljer att lyfta fram förekomsten av ansvarsförsäkring på den skadevållandes sida i förening med att skadevållaren med stöd av sin överlägsna ställning förmått den skadelidande att acceptera icke individuellt förhandlade standardavtalsvillkor

¹²² Von Post, Studier kring 36 § avtalslagen, s. 111 f. med tillhörande noter.

¹²³ C. Ramberg, JT 2010/11, s. 930.

upplever jag det som mer sannolikt att nå framgång med en talan. Dessa omständigheter är förmodligen inte heller särskilt ovanliga då en av aktörerna är en större konsultbyrå med stor juridisk, ekonomisk och teknisk överlägsenhet.

Något som anknyter till det nyss nämnda är huruvida den jämkningssökande parten var i god tro vid avtalets ingående. Enligt min mening ligger det nära till hands att dra en parallell mellan huruvida avtalsvillkoret är individuellt förhandlat eller om det är ensidigt upprättat standardvillkor som den jämkningssökande parten av olika anledningar förmåtts acceptera. För att återigen lyfta fram ett rättviseargument anser jag att det inte vore särskilt lämpligt att helt bortse från omständigheten att en part ingått ett avtal i vetskap om att denne vid ett senare tillfälle kan komma att angripa en specifik klausul. Det är givetvis svårt att bevisa vilka insikter en part hade vid avtalsslutet men det är likväl ett argument som enligt min mening bör föras fram för att kontra en part som söker jämkning.

I samband med den uppmärksammade domen NJA 1998 s. 390 framfördes kritik mot rättsfallet. I kritiken hävdades att det borde vara tillåtet att i vissa fall friskriva sig så långtgående att till och med grov vårdslöshet omfattas. Som ett exempel nämns det fall att vederlaget för prestationen långt avviker från vad de potentiella skador som kan tänkas inträffa kan komma att kosta. Omständigheten att arvodet till rådgivaren är lågt i förhållandet till de värden som hanteras i rådgivningsinsatsen skulle med samma argumentation som i kritiken mot NJA 1998 s. 390 vara något som talar för att friskrivningen i FAR:s allmänna villkor för rådgivningstjänster är skälig. I domen kom HD visserligen fram till att det inte går att friskriva sig mot grov vårdslöshet eller försummelse. Med detta sagt hade möjligen utslaget blivit annorlunda om målet handlat om en lindrigare form av vårdslöshet. Med anledning av detta kan kritiken mot domen möjligen användas som argument för att upprätthålla friskrivningar i de fall där det endast rör sig om vårdslöshet av normalgraden.

För egen del kan jag förlika mig med tanken om att jämkningsbestämmelsen ska vara förbehållen kommersiella parter som befinner sig i underlägsen ställning. Skulle det tydligare framgå vad som är tillåtet beträffande ansvarsbegränsande klausuler skulle det möjligen kunna åstadkommas en större medvetenhet hos parter som i allmänhet är att anse som överlägsna.

Jag kan inte döma ut FAR:s allmänna villkor för rådgivningstjänster som oskälig över hela linjen. Det finns garanterat många fall där klausulen får anses skälig. Framst avser jag sådana fall där skadan understiger eller ligger i närheten av det takbelopp som åstadkoms genom ansvarsbegränsningen. Vidare kan det knappast vara påkallat att jämka ansvarsbegränsningen i ett fall där klausulen specifikt diskuterats mellan två jämbördiga parter och således utgör en del av en kalkylerad affärsrisk.

Med det ovan sagda i minne vill jag knyta an till hur den svenska rådgivningsmarknaden ser ut. Det finns ett antal större konsultbyråer som i allmänhet dominerar rådgivningsmarknaden. Med tanke på byråernas storlek samt deras juridiska och ekonomiska överlägsenhet gentemot många motparter finns det all anledning att ifrågasätta skäligheten i att tillämpa klausul 13.5. Mot bakgrund av det goda försäkringsläge som många konsultbyråer befinner sig i kommer de i princip att hållas skadelösa oavsett ansvarsbegränsning eller inte. Att upptill detta försäkringsskydd använda sin överlägsenhet till att förmå motparten att ingå avtal där ansvaret hårt begränsas till två gånger arvodet kan mycket väl anses oskäligt. Å andra sidan anser jag att det faktum att arvodet många gånger är väldigt litet i förhållande till de förluster rådgivarna riskerar måste respekteras.

Det är emellertid viktigt att beakta att konsultbyråernas försäkringslösningar förmodligen är baserade på att en ansvarsbegränsning finns. Skulle FAR:s ansvarsbegränsning överlag vara att betrakta som oskälig får det garanterat återverkningar på försäkringspremien som lär bli högre. En högre försäkringspremie drabbar i allmänhet konsultbyråernas motparter som får betala ett högre arvode vilket kanske inte är önskvärt. Det är i allmänhet inte önskvärt med sådana ökade transaktionskostnader.

Den slutsats som låter sig dras är att FAR:s allmänna villkor för rådgivningstjänster klausul 13.5 mycket väl kan komma att bli bedömd som oskälig. En bedömning från fall till fall måste emellertid göras.

11. Källförteckning

11.1 Offentligt tryck

Sverige. Regeringen., *Regeringens proposition 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område m.m.:* beslutad den 16 oktober 1975, Stockholm, 1975

Generalklausulsutredningen, *Generalklausul i förmögenhetsrätten: betänkande*, Liber Förlag/Allmänna förl., Stockholm 1974

11.2 Praxis

NJA 2010 s. 692

NJA 2009 s. 672

NJA 1998 s. 390

NJA 1992 s. 782

NJA 1989 s. 346

NJA 1987 s. 692

NJA 1979 s. 483

HD T 4062-09

Svea Hovrätt T 1085-11.

11.3 Böcker

Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, 7., [omarb.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2008

Dahlman, Christian (red.), *Studier i rättsekonomi: festskrift till Ingemar Ståhl*, Studentlitteratur, Lund, 2005

Elfström, Jan, *Rådgivarens professionsansvar: [vem vågar vara rådgivare?]*, Svensk byggtjänst, Stockholm, 2003

Grönfors, Kurt & Dotevall, Rolf, *Avtalslagen: en kommentar*, 4., [rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010

Göranson, Ulf, *Kolliderande standardavtal: avtalsrättsligt, komparativt och rättsekonomiskt kring "the battle of the forms"*, Iustus, Uppsala, 1988

Hellner, Jan, Hager, Richard & Persson, Annina H., *Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt. H. 1, Särskilda avtal*, 5., [uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010

Lehrberg, Bert, *Förutsättningsläran: allmänna betingelser för möjligheten att frånträda rättshandlingar på grund av okända eller oförutsedda omständigheter*, Iustus, Diss. Uppsala : Univ., Uppsala, 1989

Norlén, Andreas, *Oskälighet och 36 § avtalslagen*, Avdelningen för rätt och rättsfilosofi, Linköpings universitet [distributör], Diss. Linköping: Linköpings Universitet, 2004, Linköping, 2004

Olsen, Lena, *Ersättningsklausuler: vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*, [Ny utg.], Nerenius & Santéus, Stockholm, 1993

Post, Claes-Robert von, *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, Jure, Diss. Stockholm : Univ., 2000, Stockholm, 1999

Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 8., [rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010

11.4 Artiklar

Dotevall, Rolf, *Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal*, SvJT 2002 s. 441

Hellner, Jan, *Stulna diamanter*, JT 1998/99 s. 150

Kleineman, Jan, *Rådgivares informationsansvar - en probleminventering*, SvJT 1998 s 185

Kleineman, Jan, *Jämknig av försäkringsavtal med stöd av 36 § avtalslagen*, JT 1989/90, s. 103

Ramberg, Christina, *Skiljedom om jämkning av ansvarsbegränsning, reklamation, rådgivaransvar, skadeståndsberäkning och prisavdrag*, JT 2010/11, s. 918

Ramberg, Christina, *Reklamation mot advokater och revisorer*, SvJT 2010, s. 142

11.5 Websidor

http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf

Kursregistrering: 2012-09-01

Examenstillfälle: 2013-03-X