

Thomas Wilhelmsson

*Standardavtal
och oskälliga
avtalsvillkor*

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

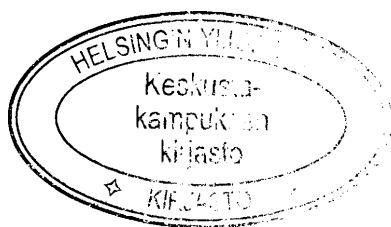
Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

STANDARDAVTAL OCH OSKÄLIGA AVTALSVILLKOR

STANDARDAVTAL OCH OSKÄLIGA AVTALSVILLKOR

Thomas Wilhelmsson



TALENTUM ■ Helsingfors 2008

3., reviderade upplagan
© 2008 Talentum Media Oy och Thomas Wilhelmsson

Omslagsdesign: Mika Petäjä
Omslagets bearbetning: Outi Pallari
Ombrytning: NotePad Ay

ISBN 978-952-14-1255-4

Esa Print Oy
Tammerfors 2008

FÖRORDET TILL DEN FÖRSTA UPPLAGAN

Det föreliggande arbetet har skrivits för att fylla behovet av en lärobok angående aktuella kontraktsrättsliga problem med anknytning till användningen av standardvillkor.

En ny lärobok, som inte ersätter tidigare litteratur, måste vara kortfattad. Strävan att hålla arbetets längd inom acceptabla ramar har på vissa punkter förhindrat en så djupgående analys av problemen som författaren funnit önskvärd. På andra ställen har likväl frestelsen att fördjupa framställningen i högre grad än vad som strängt taget vore nödvändigt blivit för stor. Ämnet rycker med sig författaren.

Å andra sidan har hänsynen till behovet av undervisningsmaterial medfört att arbetet delvis utvidgats utöver det egentliga temat, standardavtalen. Detta gäller särskilt kapitlen 1, 5 och 7, i vilka framställningen inte begränsats att omfatta blott de standardavtalsrättsliga problemen.

Då en omfattande, på praxis grundad diskussion angående jämkning av avtal tillsvidare saknats i finsk rätt bör arbetet till denna del (kap. 5 jämte kap. 7) kunna vara till nytta även i det praktiska rättslivet. Detsamma gäller förhoppningsvis även det centrala kapitlet angående standardvillkors inkorporering i det enskilda avtalet m.m. (kap. 4).

De diskussioner jag varit i tillfälle att föra med studerandena i mitt projekt för de fördjupande studierna under år 1983 (om standardavtal) har varit till gagn för arbetets framskridande. Vid finslipningen av arbetet har jag haft stor nytta av de synpunkter som mina kolleger *Erkki Aurejärvi* och *Juha Pöyhönen* anfört angående mitt manuskript.

Esbo den 1 april 1984

Thomas Wilhelmsson

FÖRORDET TILL DEN ANDRA UPPLAGAN

Över tio år har förflutit från utgivningen av första upplagan av detta verk. Mycket har hänt under denna tid. Det har tillkommit ny lagstiftning (såsom OtillbVillkL), i finsk rätt har infogats nya EU-rättsliga normer (oskälighetsdirektivet) och om de frågor som behandlas i verket har publicerats över 50 nya avgöranden av högsta domstolen. När man ännu tillägger att det i den teoretiska rättsdogmatiken under det gångna årtiondet har förts en rätt omfattande diskussion om tänkbara nya avtalsmodeller, är det förståeligt att boken förändrats och utvidgats i förhållande till den första upplagan. Dess grundläggande struktur och utgångspunkter har dock kvarstått.

Jag har skrivit de förnyade avsnitten direkt till den nya finska upplagan av denna bok. Jur. kand. *Tomas Vanhala* har på ett förtjänstfullt sätt skött om uppdateringen av den svenska upplagan.

Berggatan den 6 december 1994

Thomas Wilhelmsson

FÖRORD TILL DEN TREDJE UPPLAGAN

Då mer än tio år förflutit sedan den senaste uppdateringen av boken har behovet av en ny upplaga blivit alltmer uppenbart. Det är emellertid ingen lätt uppgift att göra en ny version av en bok som ursprungligen skrivits för mer än tjugo år sedan. Det är inte bara mängden nytt konkret rättsmaterial som skapar svårigheter. Efter en så lång tid är det självklart att författarens egna teoretiska utgångspunkter inte kan vara helt likadana som då arbetet skrevs för första gången. Man bör åtminstone hoppas att en forskare genomgår någon utveckling under en sådan tidsperiod.

Egentligen borde jag skriva en helt ny bok i stället för den föreliggande. Man kan emellertid fråga sig om en ny bok om standardavtal och oskäligen villkor skulle behövas. Syftet med det ursprungliga arbetet var att i belysning av modern kontraktsteori analysera och beskriva ett antal standardavtalsrättsliga knäckfrågor, som behandlats i ringa mån i dåvarande finsk rättslitteratur. I motsats till vad som var fallet då boken först skrevs föreligger det som känt i dag i finsk doktrin både en omfattande kontraktsteoretisk diskussion och goda praxisorienterade beskrivningar av kontraktsrättens detaljinnehåll, som inkluderar de standardavtalsrättsliga frågeställningarna. Man kan inte peka på något akut behov av en ny bok på området.

Likväl har det visat sig finnas ett visst behov av den föreliggande boken både vid undervisningen och bland praktiker. Jag har därför trots svårigheterna valt att uppdatera och ajourföra den tidigare upplagan, samtidigt som jag med mycket mild hand försökt anpassa innehållet till nyare teoretiskt tänkande. Detta innebär att boken i någon grad innehåller avlagringar av insatser från olika tider, vilket i sig kan vara av intresse för en läsare som vill ha en känsla för hur man hamnat i det rättsläge där man befinner sig i dag. Jag har också bibehållit det metodperspektiv som präglade bokens första

upplaga: att visa på lösningsalternativ som förekommer i praxis och de möjligheter till utveckling som är för handen samt relatera dessa till kontraktsrättens teoretiska utgångspunkter, snarare än att ge färdigtuggade rekommendationer för hur man borde förfara i konkreta fall.

Den största förändringen av synen på kontraktsrätten i förhållande till den som rådde då den förra upplagan gavs ut är utan tvivel den dramatiskt växande betydelsen av det europeiska och det internationella perspektivet. Jag har sökt beakta detta bl.a. genom regelbundna referenser till de europeiska kontraktsrättsprinciperna (PECL) och deras internationella motsvarighet (UNIDROIT Principles). Än så länge utgör detta blott ett halvt steg i den sagda riktningen. Om arbetet någonsin ges ut i ytterligare en upplaga kommer med största säkerhet utvecklingen att ha gått mycket längre. Redan vid ingången av år 2008 publicerades ju det första utkastet till en gemensam referensram för den europeiska kontraktsrätten (DCFR 2008), och när referensramen inom några år antagits, blir den en rättskälla av betydligt större dignitet än t.ex. PECL. Då det ännu är fråga om ett första preliminärt utkast, har jag blott i korthet hänvisat till innehållet i utkastet.

Då en betydande del av arbetet ända sedan den första upplagan behandlat jämkning och reglering av oskäligen avtalsvillkor, och då denna del används mycket i praxis, har jag bedömt det som informativt att lyfta upp denna problematik i själva titeln på boken. Den nya titeln innebär alltså inte någon perspektivförändring i förhållande till de tidigare upplagorna.

Den nya upplagan ges ut samtidigt på finska och svenska. Jag har själv reviderat den svenska versionen av upplagan. Förlagsredaktör *Taija Haapaniemi* har omsorgsfullt och snabbt rättat manuset och försatt det i tryckbart skick.

Helsingfors den 1 april 2008

Thomas Wilhelmsson

Innehåll

FÖRORDET TILL DEN FÖRSTA UPPLAGAN	V
FÖRORDET TILL DEN ANDRA UPPLAGAN	VI
FÖRORD TILL DEN TREDJE UPPLAGAN	VII
FÖRKORTNINGAR	XIII

1 NÅGRA UTVECKLINGSLINJER I DAGENS KONTRAKTSRÄTT	1
1.1 Den fria viljan – den liberalistiska kontraktsrättens grundidé	1
1.2 Några huvuddrag i kontraktsrättens fortsatta utveckling	5
1.3 Den internationella harmoniseringen av kontraktsrätten	16
1.4 Avtalsläran i dag och i morgon	23
2 OM "STANDARDAVTALS RÄTTEN"	35
2.1 Vad avses med standardavtal?	35
2.2 Vilka rättsliga problem ansluter sig till standardavtal?..	38
2.3 Standardavtal och oskälighet – lösningsmodeller	42
2.4 En särskild "standardavtalsrätt"?	45
2.5 Villkor som inte varit föremål för individuell förhandling	50

3	STANDARDAVTALSPRAXIS	53
3.1	Inledning	53
3.2	Standardvillkor vid internationell handel	56
3.3	Nationella och nordiska standardvillkor	58
3.4	Standardvillkor i konsumentavtal	60
4	STANDARDVILLKOREN OCH DET ENSKILDA AVTALET	63
4.1	Viljebildning och standardvillkor	63
4.2	Standardvillkorens inkorporering i det enskilda avtalet	65
4.3	Standardvillkor och individuella villkor	85
4.4	Läran om överraskande och tyngande klausuler samt näringsidkares informationsplikt	88
4.5	Tolkning mot avfattaren	93
4.6	Utblick	98
5	JÄMKNING AV AVTALSVILLKOR	103
5.1	Inledning	103
5.2	Vad är jämkning?	109
5.3	Vad kan jämkas med stöd av 36 § AvtL?	112
5.4	Omständigheter som kan beaktas vid jämkning	118
5.5	Innehållsliga utgångspunkter för jämkning	143
5.6	Oskäligen klausuler	147
5.7	Processuella frågor	163
5.8	Jämkningsstadgandenas betydelse	166
6	REGLERING AV AVTALSVILLKOR	171
6.1	Inledning	171
6.2	Systemet för reglering av konsumentavtal	172
6.3	Skälighetsbedömningen	176
6.4	Reglering av avtalsvillkor vid finansiella tjänster	182
6.5	Småföretagarskydd	184

7 AVTAL OCH SKÄLIGHET	191
7.1 Det kontraktsrättsliga skälighetsbegreppet.....	191
7.2 Skälighet och värden	193
7.3 Principer om skälighet	200
 LITTERATUR.....	 203
RÄTTSFALL	211
SAKREGISTER.....	215

Förkortningar

AvtL	Lag om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 13.6.1929/228
DCFR 2008	Draft Common Frame of Reference 2008
DL	Defensor Legis
ECE	Economic Commission for Europe
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils
FN	Förenta Nationerna
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
ICC	International Chamber of Commerce
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
Kkln	Konsumentklagonämnden
Kom.bet.	Kommittébetänkande
Kom.miet.	Komiteanmietintö
KO	Konsumentombudsmannen
KSL	Konsumentskyddslag 20.1.1978/38
LM	Lakimies
MAO	Marknadsdomstolen (fr.o.m. 2002)
MD	Marknadsdomstolen
NSAB	Nordiskt Speditörförbunds allmänna bestämmelser
Oskälighetsdirektivet	Rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal (Europeiska gemenskapernas officiella tidning Nr L 95/29, 21.4.93)
OtillbVillkL	Lag om reglering av avtalsvillkor mellan näringsidkare 3.12.1993/1062

Innehåll

PECL	Principles of European Contract Law (utarbetade av The Commission on European Contract Law)
RP	Regeringens proposition
SBL	Lag om skuldebrev 31.7.1947/622
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
UNIDROIT Principles	Principles of International Commercial Contracts (utarbetade av UNIDROIT)

1

Några utvecklingslinjer i dagens kontraktsrätt

1.1 Den fria viljan – den liberalistiska kontraktsrättens grundidé

Den moderna kontraktsrättens lärobyggnad vilar på en grund som till stora delar murats under tidigare sekler. En förståelse av dagens läge och de utvecklingslinjer som nu kan skönjas förutsätter därför en tillbakablick på den tid, under vilken kontraktsrättens grundläggande utgångspunkter tagit form.

Steget bakåt behöver inte bli orimligt långt. En kontraktsrätt i den form som vi känner i dag kan sägas vara en produkt av den rådande samhällsformationens genombrott i Europa under 1700- och 1800-talen. Detta innebär naturligtvis inte, att man helt saknade principer för någon form av avtalsbundenhet under tidigare skeden av samhällsutvecklingen. En betydande ställning i rättsordningen och rätts- och samhällsfilosofin erhöll avtalet likväl först i det marknadsekonomiska samhället, i vilket grundvalen för organisationen av arbetet och de ekonomiska relationerna i övrigt utgjordes av det fria avtalet. Feodalsamhällets statusrelationer, som

var baserade på ståndstillhörighet, ersattes i detta samhälle med kontraktsförhållanden.

De ideologiska rötterna för dagens kontraktsrätt kan sökas i den rationalistiska naturrättsfilosofin, som förebådade den nya samhällsformationen. *Hugo Grotius* (1583–1645) och *Samuel Pufendorf* (1632–1694) omnämns ofta som den moderna kontraktsrätts grundläggare. I den rationalistiska naturrättsfilosofin intog individen en central ställning. Man betonade den fria och förnuftiga viljans makt att stifta rätt utan hänsyn till form och innehåll (*Jørgensen* 1967 s. 472). Denna individualism blev ett väsentligt element i den liberalistiska samhällssyn som präglade det nya samhälle i vilket utgångspunkterna för dagens kontraktsrätt växte fram.

Privatautonomi utgör ett samlande stickord för beskrivningen av den liberalistiska kontraktsrätts utgångspunkter. Varje individ skulle ha en egen frihetssfär, inom vilken han efter eget förgottfinnande och på eget ansvar kunde besluta om sitt handlande. Denna frihet skulle även – framför allt – gälla ekonomiskt handlande. Individen skulle ha frihet att besluta, vilka ekonomiska förpliktelser gentemot andra individer han ville ikläda sig. Kontraktsrätten skulle bygga på principen om *avtalsfrihet*.

I motsats till de förhållanden som var rådande under feodalismen uppdrog man en klar gräns mellan staten och samhället. För kontraktsrätts del innebar detta, att staten inte skulle befatta sig med innehållet i de avtal som avtalsparter av fri vilja underkastat sig. De stadganden som reglerade kontraktsrätten borde vara dispositiva och vika för avtal utan hänsyn till det ekonomiska och kunskapsmässiga styrkeförhållandet mellan parterna. Kontraktsrätts normer skulle vara formellt lika för alla parter.

Avtalsfrihetens korrelat är *principen om avtals bindande verkan* (*pacta sunt servanda*). Uppfyllede parterna inte de förpliktelser som de på avtalsfrihetens grund underkastat sig skulle staten träda in i bilden. Staten hade som uppgift att stå till tjänst med tvångsmedel för att säkra, att avtalen efterlevdes.

Grunden för avtalets bindande verkan låg i avtalsparternas *vilja*, som kom till uttryck i de viljeförklaringar som parterna utväxlade. Bundenheten skulle m.a.o. vara beroende av ett kriterium som inte stod i samband med avtalets materiella innehåll och skälighet. Vid

bedömningen av huruvida det förelåg ett bindande avtal skulle parternas viljebildning stå i centrum för intresset. Om den fria viljebildningen eliminerades, t.ex. genom tvång, uppkom inte någon avtalsbundenhet. Sådana brister i den fria viljebildningen som kunde följa av parternas olika ekonomiska och sociala ställning saknade dock i regel relevans.

Den liberalistiska avtalslärans idéer har knappast i något samhälle genomförts utan begränsningar. I Finland, där det rådande ekonomiska systemet erhöll sin rättsliga form bl.a. genom näringsfrihetslagstiftningen under senare hälften av 1800-talet (se *Kekkonen* 1987), genomdrevs redan under samma tidsperiod nya inskränkningar i avtalsfriheten särskilt på arbetslagstiftningens område. I dagens perspektiv, då man söker den gällande kontraktsrätts rötter, är detta dock av mindre intresse. Det är tillräckligt att konstatera, att den syn på avtalet som en förening av parternas viljor som utvecklats i samband med uppkomsten av den rådande samhällsformationen blev en utgångspunkt också för den finska avtalsläran. Den finska privaträtts klassiker *Robert Montgomery* (1889 s. 556) uppräknar sålunda följande förutsättningar för rättsärendens giltighet:

”att den eller de personer, som företaga rättsärende ega af rätten erkänd själfständig vilje- eller handlingsförmåga;
att en till sitt innehåll bestämd rättspåföljd utgör det syftemål, som manar till viljeförklaringen;
att denna påföljd omfattas af en verklig, medveten, fri vilja;
att denna vilja är i behörig ordning förklarad, samt
att förverkligandet af viljan, d.v.s. rättsärendets innehåll eller det rättsförhållande man vill grundlägga, upphäfva eller förändra hvarken strider emot rättsordningen eller naturlagarna.”

Den nya avtalsläran försvarades med flera olika argument. Dels kunde man naturligtvis uppfatta privatautonomi – självbestämmanderätten – som ett värde i sig. Dels strävade man emellertid också att ge den en instrumentell motivering. Man ansåg att privatautonomi och avtalsfriheten var ägnad att leda till skäliga och balanserade avtalsförhållanden. Man hänvisade här till två slag av argument:

(i) Avtalsparterna förmådde själva bäst tillvarata sina egna intressen. Ett avtal, som vardera parten frivilligt hade underkastat sig, måste därför uppfattas som en rättvis (optimal) kompromiss mellan deras

motsatta intressen. Denna motivering byggde på förutsättningen att avtalsparterna i sitt handlande styrdes av en *fri* och *förnuftig vilja* samt att de kunde betraktas som *jämlika* motspelare.

(ii) I den mån det kunde sägas förekomma obalans i styrkeförhållandet mellan enskilda avtalsparter, skulle denna obalans utjämnas genom konkurrensen på marknaden. I sista hand skulle marknadskrafterna stå som garant för att avtalen i praktiken avbalanserades på ett rättvist sätt. Förutsättningen för detta är, att det verkligen råder en *fri konkurrens* på marknaden.

Det gavs dock också mer krassa motiveringar för lämpligheten av en kontraktsrättslig ordning baserad på en vidsträckt avtalsfrihet. I den ekonomiska teorin antog man allmänt, att organiseringen av arbetet på grundval av fria arbetsavtal skulle leda till förmånligare resultat för arbetsgivarna än den feodala ordningen. Den fria lönarbetaren kunde förväntas prestera mer och kosta mindre än den livegna (*Kaiser* 1976 s. 68). Det är också allmänt känt, att industrialiseringen som organiserades på basen av fria arbetsavtal på många håll ledde till en försämring av de utsatta befolkningsskiktens sociala situation.

I samhällsvetenskapliga analyser som reflekterat denna utveckling har man också påpekat att avtalet kan betraktas som ett instrument som huvudsakligen tjänar resursstarka samhällsgrupper. Enligt sociologins klassiker *Max Weber* (1956 s. 455) var avtalsfrihetens funktion i första hand att öppna en chans för dem som besitter egendom att utan hinder av rättsordningen utnyttja egendomen på marknaden som ett medel att uppnå makt över andra. Den som saknade egendom och medel var i praktiken i hög grad utestängd från möjligheten att utnyttja avtalsinstrumentet i eget intresse. Betraktad ur ett helhetsperspektiv har avtalsfriheten därför sagts innebära, att rättsordningen understöder kumulationen av värden och bidrar till att upprätthålla eller öka olikheterna i samhället (*Aubert* 1976 s. 78 f.).

1.2 Några huvuddrag i kontraktsrättens fortsatta utveckling

Ovan har framgått, att man redan under "avtalsfrihetens guldålder" riktade allvarlig kritik mot kontraktsrättens grundvalar. Under 1900-talet har det sociala trycket mot en gradvis revidering av den liberalistiska rättsuppfattningen varit framträdande. Vid beskrivningen av utvecklingen har man kunnat använda metaforer som "the rise and fall of freedom of contract" (*Atiyah* 1979).

Samhällsklasser, som tidigare inte haft möjligheter att påverka rättsbildningen, har skaffat sig ett större inflytande över lagstiftningsprocessen. Staten har tilldelats en roll som en viktig regulator av det ekonomiska livet. Den rådande samhälleliga ideologin har genomgått motsvarande förändringar: "välfärdsstaten" har intagit nattväktarstatens plats på scenen. Dessa allmänna tendenser i samhällsutvecklingen har satt sina spår i rättsutvecklingen också på kontraktsrättens område. Det har uppstått något som kallats en "välfärdsstatlig kontraktsrätt" (*Brownsword – Howells – Wilhelmsson* 1994).

Utvecklingen från en liberalistisk mot en välfärdsstatlig kontraktsrätt är emellertid inte lineär och irreversibel. Den tilltagande globaliseringen av marknaderna har medfört olika slag av nedrustningstryck mot välfärdsstaten som också tar sig uttryck i nya tendenser i kontraktsrätten. Förändringarna i politiska ideal har kunnat medföra en vindkantring också i kontraktsrätten, i riktning mot starkare liberalistiska betoningar (se t.ex. för engelsk rätt *Atiyah* 1989). I Finland har t.ex. hyresrätten till vissa delar liberaliserats i jämförelse med tidigare lagstiftning. Å andra sidan kan en nedmontering av den offentliga välfärden leda till starkare krav på att befolkningens välfärdsförväntningar tillvaratas av privaträtten (se *Wilhelmsson – Hurri* 1999). Som nedan noteras, utgör den tilltagande europeiseringen och internationaliseringen av kontraktsrätten inte en entydig process vad avser balansen mellan liberalistiska och välfärdsstatliga element i kontraktsrätten.

En av premisserna för den liberalistiska samhällsmodellen var existensen av en marknad med fri konkurrens. Detta ideal har

under 1900-talets lopp allt klarare kommit att stå i strid med den faktiska situationen på de nationella marknaderna. Koncentrationen av näringslivet har blivit allt större. I många branscher har det förelegat en oligopolsituation – ett fåtal stora företag konkurrerar på marknaden – eller rentav en monopolsituation. I sådana fall minskar betydelsen av pris och avtalsvillkor som konkurrensmedel. Ofta tillämpas likartade avtalsvillkor av samtliga eller flertalet företagare i branschen. Idealbilden av konkurrensen som en garant för rättvisa avtalsförhållanden har härigenom kommit att framstå som en vrångbild av det faktiska läget på många områden. Öppningen av de nationella marknaderna genom utvecklingen av den Europeiska unionen och även genom den vidare globaliseringen har visserligen under de senaste åren kraftigt förändrat konkurrenssituationen. Det är trots detta inte givet att den ökade konkurrensen alltid ger utslag i form av mer jämlika förhandlingsmöjligheter vad avser avtalsvillkor.

Utvecklingen mot större produktions- och distributionsenheter – massproduktion och massdistribution – har nämligen lett till att en allt större del av de kontraktsförhållanden som uppkommer på marknaden utgörs av s.k. *massavtal*, avtal som t.ex. ett företag (eller ett offentligt samfund) ingår med ett stort antal kunder. Det är naturligt att man vid sådana avtal inte kan tänka sig att förhandla fram ett individuellt avtal med varje enskild kund. För att *rationalisera avtalsmekanismen* använder man sig av standardvillkor, på grundval av vilka man uppgör de enskilda avtalen. Med hjälp av dessa villkor kan företaget klarlägga och precisera de ofta oklara reglerna i den dispositiva rätten samt på ett smidigt och lätt föränderligt sätt anpassa regleringen såväl till den ifrågavarande speciella avtalstypen, för vilken den dispositiva rättens mer generella regler kanske inte ter sig ändamålsenliga, som till sina egna behov.

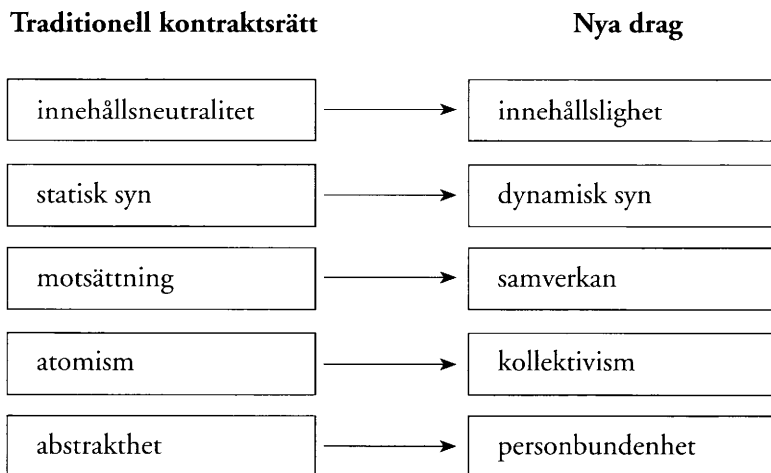
I standardavtalens era har tanken på avtalet som en resultant av parternas sammanfallande fria viljebildning i många fall allt tydligare kommit att framstå som en fiktion. De allmänna avtalsvillkoren fyller för de enskilda avtalens del en delvis annan funktion än de individuellt utformade avtalsklausuler mot vilka parternas viljebildning huvudsakligen är inriktad. Standardvillkoren fungerar som ett speciellt slag av rättsnormer, vilkas roll vid avtalsslutet i praktiken närmast kan jämföras med den dispositiva rättens. I många

fall har standardvillkorens normer t.o.m. en långt större faktisk genomslagskraft än den dispositiva lagstiftningen.

Standardvillkoren har i flertalet fall utarbetats ensidigt av den ena parten i avtalsförhållandet eller av dennas branschorganisation. Särskilt i ett sådant fall kan parten med standardvillkorens hjälp sträva till att *uppnå en bättre rättsställning* i förhållande till sin motpart än den han skulle inneha, om den dispositiva kontraktsrättens regler vore tillämpliga på de frågor som han reglerat. Parten kan begränsa sitt ansvar i olika avseenden eller öka sina möjligheter att vid behov vidta olika slag av rättsliga åtgärder mot motparten. Särskilt i situationer där det råder obalans i styrkeförhållandet mellan avtalsparterna med hänsyn till deras ekonomiska och sociala ställning eller sakkunskap utgör standardvillkoren ett gott instrument för den starkare parten att påtvinga motparten lösningar som är oförmånliga eller oskäligen för denne.

Utvecklingen på marknaden och i avtalspraxis och de problem den medfört har inom ramen för välfärdsstatens ideologi lett till viktiga förändringar inom kontraktsrätten.

Jag har i andra sammanhang (*Wilhelmsson* 1993a s. 38 ff. och 1993b s. 23 ff.) beskrivit vissa drag i utvecklingen av den moderna kontraktsrätten med figur 1.



FIGUR 1. Drag i utvecklingen av den moderna avtalsrätten.

Såsom framgår av figuren, har man i dagens kontraktsrätt uttryckligen ökat den innehållsliga regleringens betydelse. I tillägg till en innehållsneutral reglering av avtalets tillkomst finns regler genom vilka avtalsbundenheten också har kommit att bli beroende av innehållsliga element. Det finns fler och mer omfattande tvingande stadganden och jämningsstadganden, som ofta givits till skydd för den svagare parten i avtalsförhållandet. Dessa skyddsstadganden gör dessutom ofta bedömningarna mer personbundna än tidigare. De drar samtidigt in ett kollektivt element i bedömningarna, då de fokuseras på behovet av skydd för utsatta grupper.

Förutom den innehållsliga betoningen hittar man i den utvecklade avtalsrätten därtill element i vilka avtalet mer än tidigare uppfattas som ett förhållande som dynamiskt ändras och omformas efter avtalsparternas behov. Man betonar parternas kontinuerliga samverkan, i motsats till den traditionella synen, enligt vilken avtalet är en kompromiss mellan två motsatta parterers själviska intressen, som parterna antas driva också under avtalsförhållandets bestånd. Avtalsparterna kan uppfattas som "vänner" i högre grad än som "fiender" (metaforen används av *Votinius* 2004). Dessa dynamiska och samarbetsbetonade drag anknyter inte enbart till tillväxten av avtalsrättens sociala element, utan också marknadens förändringar har lett till motsvarande nya betoningar. Den växande betydelsen av långvariga samarbetsförhållanden verkar i denna riktning.

I den rättsvetenskapliga litteraturen har man för den "välfärdsstatliga" civilrätten begynt använda beteckningar som "social", "interventionistisk" eller "kollektivistisk". Dessa beteckningar är såtillvida missvisande, att de lätt förmedlar en överdriven bild av de förändringar som inträffat – utgångspunkterna för dagens kontraktsrätt ligger ju självfallet fortfarande i den av avtalsfrihet präglade liberalistiska avtalsmodellen. Med denna reservation kan beteckningarna dock användas vid en beskrivning av de förändringar som skett. Vissa sådana drag i rättsutvecklingen presenteras i det följande. Samtidigt behandlas en konsekvens av dessa ändringar för själva regleringstekniken, nämligen framväxten av en alltmer specialiserad kontraktsrätt.

(i) "*Social*" kontraktsrätt. De missförhållanden som framträtt vid avtal, där styrkeförhållandet mellan parterna är skevt, har redan

tidigt föranlett ingripanden från lagstiftarens sida. Man har på olika sätt strävat att dra gränser för den starkare partens frihet att ensidigt diktera villkoren i avtalet. Den kontraktsrättsliga lagstiftningen har i någon utsträckning uppburits av en *skyddsprincip*. Många lagstiftningsåtgärder har motiverats med en strävan att skydda den svagare parten i avtalsförhållandet.

Skyddsregler blev först aktuella för vissa avtalstyper med stor social signifikans. Regleringen av arbetsförhållandet tog sin början redan under slutet av 1800-talet och har blivit så omfattande, att arbetsrätten avskiljts till en särskild akademisk disciplin. Jordlegorätten och hyresrätten har under 1900-talet genomgått många reformer. Som tidigare nämnts, har man dock inom hyresrätten på senare tid slagit på returväxeln i riktning mot ett större spelrum för avtalsfriheten.

Massavtalens problem har kommit att framträda som ett betydande motiv för ingrepp i avtalsfriheten. Den redan på 1930-talet först införda tvingande regleringen av försäkringsavtalet, som naturligtvis även den betingades av avtalstypens sociala betydelse, påverkades starkt av det faktum, att avtalen här regelmässigt slöts med utnyttjande av standardvillkor som försäkringsgivarna uppgjort. Vid den stora reform av kontraktsrätten som skedde genom introduktionen och utvecklingen av konsumentskyddslagstiftningen framstod standardiseringen av avtalsvillkoren ännu klarare som ett väsentligt motiv för regleringen. En av huvudanledningarna till att man ville förbättra skyddet av konsumenterna har angetts vara den, att "Användningen av allmänna avtalsvillkor och standardvillkor har ökat, vilket begränsat konsumenternas möjligheter att påverka avtalsvillkoren för en enskild konsumtionshändelse." (*RP 8/1977 s. 5*).

Lagstiftningen till skydd för den svagare parten i ett avtalsförhållande har inte alltid genomdrivits utan politiska meningsmotsättningar. De sociala dragen i kontraktsrätten kan ses som en del av de samhällsförändringar som genomdrivits av de politiska krafterna bakom uppbyggnaden av välfärdsstaten. Å andra sidan är det skäl att minnas att förändringarna i kontraktsrätten trots allt huvudsakligen innebär randkorrigeringar i form av en begränsning av uppenbara oskäligheter. Man har därför i mer samhälleligt orienterad litteratur hävdad, att regleringen av de iögonenfallande missförhållandena samtidigt tenderar att dölja eller legitimera den

maktutövning som fortsättningsvis kan ske inom avtalsfrihetens ram. I konsumentskyddsdebatten har också flera författare betonat, att konsumentskyddet förbättrar marknadsekonomins möjligheter att tillgodose konsumenternas behov och därigenom stärker dess motståndskraft mot krav på systemförändringar (se t.ex. *von Hippel* 1979 s. 219).

De begränsningar i avtalsfriheten som genomförts har huvudsakligen avsett friheten att fastslå avtalets innehåll. Däremot är det långt mer ovanligt att man begränsat en parts frihet att välja, huruvida han vill ingå avtal eller låta bli, genom stadganden om *kontraheringsplikt* (se härom t.ex. *Nybergh* 2004 s. 81 ff.). Även om tvingande stadganden begränsar arbetsgivarens och hyresvärdens rörelsefrihet med hänsyn till utformningen av respektive avtal, finns det i dag inga stadganden som ålägger ett företag skyldighet att ingå arbetsavtal eller en bostadsägare skyldighet att hyra ut sin lägenhet. Återhållsamheten i detta hänseende måste självfallet i många fall innebära att man samtidigt underkastat sig betydande begränsningar med hänsyn till möjligheterna att reglera avtalsinnehållet: ett starkt skydd kan leda till att ifrågavarande avtal överhuvudtaget inte ingås (*Klami* 1983 s. 323).

En skyddslagstiftning till förmån för den svagare parten i ett avtalsförhållande behöver inte nödvändigtvis stå i strid med den starkare partens intressen. En eliminering av svåra missförhållanden kan vara ägnad att öka allmänhetens – kundkretsens – förtroende för ifrågavarande bransch. Skyddslagstiftningen kan i detta hänseende fylla samma funktion som den frivilliga självregleringen inom vissa branscher. Skyddsnormerna kan också vara av betydelse i konkurrenshänseende. Stora företag har ofta bättre möjligheter att iakttä de krav som uppställts i ny lagstiftning medan denna kan leda till svårigheter för mindre konkurrenter.

Den ursprungliga lagen om försäkringsavtal från år 1933 utgjorde ett gott exempel på en skyddslagstiftning av här avsett slag. Man uttalade vid beredningen av lagen uttryckligen att man med dess skyddsregler huvudsakligen blott strävade att lagfästa den praxis som ”goda” försäkringsgivare iakttog vid tillämpningen av försäkringsvillkoren. Man sade sig hoppas att man genom att förhindra det uppenbara missbruket av avtalsfriheten från ”dåliga” försäkringsgivares sida skulle

kunna öka allmänhetens förtroende för försäkringsbranschen och ge försäkringstanken större spridning. Försäkringsgivarna i gemen skulle också skyddas från konkurrens från dessa "dåliga" försäkringsgivare (se närmare *Wilhelmsson* 1977).

Begreppet "social avtalsrätt" har här använts i en relativt specificerad, vid bemärkelse. Därmed hänvisas till tillväxten av antalet normer, vilkas syfte är att skydda den svagare avtalsparten. Som tidigare noterats har detta inneburit att personrelaterade drag har trängt sig in i den abstrakta avtalsrätten. Den här utvecklingen har gett upphov till analyser, i vilka begreppet "social avtalsrätt" har getts också en särskild, noggrannare avgränsad innebörd, som har att göra med hur konkret man genomfört personrelateringen.

De "sociala regleringar", om vilka det ovan har varit tal, förstärker alla personers ställning, när de uppträder i rollen som arbetstagar eller konsument eller i andra motsvarande roller. Däremot bidrar de inte nämnvärt till utjämningen av välståndet mellan olika arbetstagar- och konsumentgrupper. Sådana distributiva målsättningar har traditionellt ansetts vara förbehållna den offentliga rätten, främst skatte- och socialrätten. Den sociala civilrätten i mer begränsad mening undersöker huruvida och i vilken mån tänkesätt som strävar till distributiva mål har inträngt i civilrätten. Denna sociala civilrätt frågar därför: i vilken mån kan man och bör man beakta en parts ekonomiska och sociala ställning som ett civilrättsligt rättsfaktum? Det är alltså frågan om i vilken utsträckning man kan avvika från den traditionella civilrättens grundläggande utgångspunkt, enligt vilken den ekonomiska ställning som en part i ett avtals- eller annat rättsförhållande befinner sig i inte har betydelse vid en rättslig utvärdering av förhållandet.

I den sociala civilrätten har man särskilt analyserat betydelsen av avtalsparternas ekonomiska ställning (se *Wilhelmsson* 1987 och 1992). I rättspraxis har man fäst avseende vid dylika omständigheter. Skadeståndslagens stadgande om jämkning av skadestånd, i vilket partens ekonomiska ställning uttryckligen ses som ett relevant rättsfaktum, har tillämpats analogt på avtalsgrundat skadeståndsansvar (se *HD 1985 II 51*, *HD 1985 II 82* samt *HD 2006:56*). Vid tillämpningen av stadgandena om jämkning av avtalsvillkor har man också kunnat beakta parternas personliga ställning. I den sociala

avtalsrätten har man särskilt fäst uppmärksamhet vid tillväxten av normer gällande s.k. *socialt prestationshinder* (se nedan avsnitt 5.4) i lagstiftningen och konsumentmyndigheternas praxis.

(ii) "*Kollektivistisk*" *kontraktsrätt*. I figuren 1.1 har också noterats en förskjutning från en atomistisk avtalsrätt mot mera kollektivistiska tänkesätt.

I den traditionella avtalsmodellen behandlas avtalsparterna som isolerade enheter. Det under bedömning stående avtalet betraktas i regel som en avskild helhet utan närmare samband med andra avtal som ingås av ifrågavarande parter. Också till denna del har synen på avtalsförhållandena gradvis begynt förändras. Främst på grundval av sådana sociala målsättningar som ovan berörts har man inom kontraktsrätten också tillgripit mer kollektivistiska medel. I viss omfattning riktar man nu uppmärksamheten mot hela avtalsbestånd, t.ex. en näringsidkares hela avtalsportfölj. Standardiseringen av avtalsförhållandena har gjort det mer naturligt än tidigare att anamma sådana kollektiva synsätt. Reglerna om standardavtal har definitionsmässigt en mer kollektiv prägel.

På arbetsrättens område infördes tidigt kollektivistiska element. Kollektivavtal, genom vilka organisationer kan överenskomma om villkor i enskilda arbetsavtal med bindande verkan för parterna i dessa avtal, har hos oss uppgjorts ända sedan 1800-talets sista decennium. En regelmässigt utnyttjad form för reglering av arbetsavtalets villkor blev kollektivavtalet dock först efter det andra världskriget, även om en lag om kollektivavtal gavs redan år 1924 (se *Bruun* 1979 s. 9 ff.).

Även på andra områden av kontraktsrätten har under senare tid liknande regleringar vunnit insteg. Från finsk rätt kan som främsta exempel nämnas den reglering av avtalsvillkor som införts genom 3 kap. KSL (se avsnitten 6.2–6.3) och OtillbVillkL (se avsnitt 6.5). Ett ingrepp mot ett oskäligt avtalsvillkor med stöd av denna reglering riktar sig inte mot – och kan inte rikta sig mot – något enskilt avtal utan är inriktat på att skydda hela kollektivet av näringsidkarens kommande kunder. I avsaknad av en stark konsumentorganisation har man här givit en myndighet, konsumentombudsmannen (KO), befogenhet att föra konsumentkollektivets talan. I andra hand kan dock enligt lagen om behandling av vissa marknadsrättsliga ärenden (1528/2001) även en registrerad förening som verkar för bevakande

av löntagar- eller konsumentintressen föra talan. En förbudstalan med stöd av OtillbVillkL kan åter förutom av en enskild näringsidkare föras av en förening som bevakar näringsidkarnas intressen.

De kollektiva förhandlingsordningar som nyss nämnts kan ur den traditionella avtalslärans synvinkel betraktas som ett återskapande av denna lära på en ny nivå. Man har konstaterat, att styrkebalansen mellan de individuella avtalsparterna visserligen kan vara skev; på den kollektiva nivån i relationen mellan arbetstagarförening och arbetsgivare (arbetsgivarförening) skulle det däremot föreligga en sådan balans som utgör en förutsättning för skäliga avtalsförhållanden. Denna uppfattning har dock inte undgått kritik (se Bruun 1979).

Även i ett annat avseende kan mer kollektivistiskt betonade synpunkter sägas göra sig gällande inom kontraktsrätten. Vid argumentation såväl i rättspolitiska frågor som beträffande gällande lag är det i dag legitimt att analysera lösningsalternativens betydelse inom ramen för hela avtalsbestånd. Strävan att åstadkomma en *riskspridning* gör sig ofta gällande. Ett strängt ansvar för en näringsidkare i någon fråga kan ofta och brukar ofta motiveras med att de förluster näringsidkaren gör då ansvaret aktualiseras i regel kan fördelas att bäras av näringsidkarens samtliga kunder i form av prisförhöjningar. Även om ansvaret kan förefalla alltför strängt, då man betraktar blott ett enskilt avtal, kan det därför stundom betraktas som befogat, då man tar hänsyn till näringsidkarens hela avtalsbestånd. Det stränga ansvaret uppfattas i ett sådant fall som ett arrangemang, genom vilket en skada, som skulle ha drabbat en kund, via prismekanismen fördelas ("pulveriseras") att bäras av en hel kundkrets.

Ett utslag av denna tankegång är också den allt starkare betoningen av försäkringens betydelse för ansvarsreglernas utformning. Betydelsen av detta argument är dock större vid diskussioner kring det utomkontraktuella skadeståndsansvaret.

(iii) "*Specialiserad*" kontraktsrätt. I den klassiska avtalsläran, där bedömningen av relationen mellan parterna framför allt skulle ske utgående från själva avtalet och dess tolkning, uppfattades de väsentliga kontraktsrättsliga principerna som allmänna, giltiga för alla slag av avtal. Kontraktsrättens allmänna läror stod i centrum för intresset. I takt med att regleringen av avtalsförhållandena av skäl som ovan berörts blivit alltmer ingående har kontraktsrättens tyngdpunkt

förskjutits. De ingrepp i avtalsfriheten som gjorts i socialt syfte eller av annan anledning har sällan varit av allmänt slag. I regel har det varit fråga om en korrigering av missförhållanden på ett avgränsat fält av kontraktsrätten. Dessa specialregleringar och de åtföljande speciella lärorna har så småningom kommit att dominera den kontraktsrättsliga scenen.

Sätten att utpeka och avgränsa de kontraktsförhållanden, i vilka ingrepp av lagstiftaren befunnits motiverade, har växlat (se närmare *Wilhelmsson* 1987 s. 51 ff. och 1992 s. 80 ff.). Avtalstypen har länge utgjort det dominerande avgränsningskriteriet. Den tvingande lagstiftningen har riktat sig mot avtalstyper såsom arbetsavtalet, hyresavtalet, försäkringsavtalet och avbetalningsköpavtalet, vid vilka man uppfattat ett socialt skyddsbehov därför att avtalsbalansen här typiskt sett är skev. Den tvingande regleringen förverkligas oberoende av avtalsbalansen i det enskilda fallet. Vid avtal där den ”svagare” parten kan vara såväl en enskild konsument som en näringsidkare saknade denna distinktion tidigare relevans: 1933 års lag om försäkringsavtal skyddade försäkringstagaren oberoende av om denne var en enskild person eller ett företag.

Så småningom började emellertid ett nytt synsätt göra sig gällande vid avgränsningen av de situationer, i vilka man ansåg sig böra tillgripa skyddsåtgärder. Man fäste avseende vid det syfte i vilket en part ingår ett avtal. Exempel på detta kan hämtas från hyresrätten, där skyddet av hyresgästen är långt mer vidsträckt vid hyra av bostadslägenhet än vid hyra av affärlägenhet. Framför allt bör man dock i detta sammanhang hänvisa till konsumentskyddslagstiftningen, som introducerades i vårt land i slutet av 1970-talet och som sedan dess vuxit sig allt mer omfattande. Denna lagstiftning gäller blott förhållandet mellan näringsidkare och konsument, d.v.s. den skyddar blott en sådan avtalspart som anskaffar konsumtionsnyttigheter huvudsakligen för annat ändamål än den näringsverksamhet han idkar, dvs. främst för personligt bruk eller för att användas i hans privata hushåll. Konsumenträtten skär i systematiskt hänseende tvärs genom den traditionella avtalstypologin. Många regler omfattar ett flertal avtalstyper, men i regel blott en del av de avtal som faller inom ramen för envar av dessa typer. Konsumentskyddslagstiftningen skyddar försäkringstagare och avbetalningsköpare blott om dessa agerar i

egenskap av konsumenter. En avtalsparts konkreta skyddsbehov saknar emellertid relevans även då avgränsningen sker med hjälp av begreppsparet näringsidkare/konsument.

Det konkreta skyddsbehovet utgör dock i dag inte någon helt irrelevant omständighet inom kontraktsrätten. Man har i växande omfattning strävat att anknyta rättsföljder till brister i avtalsbalansen i det enskilda fallet. Denna tendens kommer till uttryck bl.a. i frammarschen av kontraktsrättsliga generalklausuler med höjdpunkt i den år 1982 antagna allmänna jämningsregeln i 36 § AvtL (se 5 kap.). Vid tillämpningen av dessa normer utgör en parts *ekonomiska och sociala* ställning ett relevant avgränsningskriterium. Detta har redan ovan omtalats som ett uttryck för en social avtalsrätt i snäv bemärkelse.

Samtidigt som de kontraktsrättsliga lärorna alltmer specialiserats har synfältet vidgats i en annan riktning. Vid regleringen av kontraktsrätten har man inte nöjt sig med blott civilrättsliga metoder – där civilrättslig ogiltighet utgör den centrala påföljden – utan man har även i större omfattning infört straffrättsliga, näringsrättsliga o.a. sanktioner mot ett avtalsbeteende som inte ansetts vara önskvärt. Olika former av myndighetskontroll utnyttjas i syfte att uppnå de målsättningar man uppställt. En styrning av avtalsrelationerna kan vidare eftersträvas genom resurstilldelning; man kan t.ex. söka stärka konsumentens ställning genom upplysning och rådgivning (*Tala* 1980 s. 223). Denna utveckling har medfört att *den skarpa gränsen mellan civilrätt och offentlig rätt* (mellan samhälle och stat), som var central i den liberalistiska avtalsläran, alltmer kommit att suddas ut. Konsumentskyddslagstiftningen utgör ett gott exempel på en reglering, där man kombinerat traditionellt civilrättsliga metoder med åtgärder som ur en traditionell synvinkel skulle uppfattas ha en klar offentligrättslig prägel.

Just regleringen av standardavtalen är ett område där man finner både traditionella privaträttsliga regler, vilka fokuserar på rättsförhållandet mellan två enskilda parter, och olika grader av mer offentligrättslig myndighetsövervakning. Som senare skall visas står de olika formerna av reglering i nära växelverkan med varandra.

1.3 Den internationella harmoniseringen av kontraktsrätten

Även om avtalet är det marknadsekonomiska samhällets kanske allra mest centrala rättsinstitut, är den avtalsrättsliga regleringen rätt olika från land till land. Ingåendet av avtal regleras på olika sätt; uppfattningarna om t.ex. den bindande verkan av ett anbud skiljer sig avsevärt (se t.ex. *Zweigert – Kötz* 1996 s. 356 f.). Stadgandena om avtalsbrott och dess påföljder är också så olika, att man vid ett första ögonkast t.o.m. kan betvivla möjligheten till en fruktbar jämförelse (*Zweigert – Kötz* 1996 s. 509). Eventuella regleringar om standardvillkor och om oskäliga villkor har likaså byggts upp på rätt olika sätt i olika länder (se t.ex. *Hondius* 1987).

Utifrån den internationella handelns behov har man redan länge samarbetat för att harmonisera delområden av kontraktsrätten. Inom transporträtten gäller som bekant flera internationella konventioner, med hjälp av vilka regler avseende avtalsförhållanden som anknyter till olika transportformer har harmoniserats. Dessa konventioner och vissa därmed jämförbara arrangemang gäller emellertid särfrågor som är perifera med tanke på den allmänna kontraktsrätten. De har också kritiserats för att vara fragmentariska, och deras inverkan på utvecklingen av den allmänna kontraktsrätten har inte varit nämnvärd. En större betydelse har i detta avseende Förenta Nationernas konvention angående avtal om internationella köp av varor från 1980. Denna konvention, som på ett väsentligt sätt inverkat på bl.a. beredningen av de nordiska köplagarna, är på väg att bli en viktig källa för regleringen av internationella privaträttsliga avtal. I konventionen berörs emellertid inte direkt problem som åsamkas av standardavtal.

Internationaliseringen av privaträtten framträder inte endast i form av konventioner och annan internationell lagstiftning. Offentliga och privata organisationer skapar standardvillkor för parterna i internationella avtal. Dessa omtalas senare (i avsnitt 3.2).

Den europeiska integrationen har fört in en ny aktör i kontraktsrättens harmoniseringsprocesser, nämligen EG och sedermera EU. Sekundärrätten innehåller ett växande antal direktiv på kontraktsrättens fält. Till en början ingrep den europeiska lag-

stiftaren emellertid inte i kontraktsrättens kärnområden. Förutom vissa arbetsrättsliga direktiv och direktivet om självständiga handelsagenter (86/653/EEG) gavs kontraktsrättsliga direktiv främst på konsumenträttens område. Också de flesta av dessa gällde särfrågor, såsom direktivet om avtal som ingås utanför fasta affärslokaler (85/577/EEG), direktivet om konsumentkrediter (87/102/EEG) och direktivet om paketresor (90/314/EEG). Den allmänna kontraktsrätten harmoniserades inte med dessa direktiv.

Fr.o.m. 1990-talet har man dock tagit sig an mer centrala kontraktsrättsliga frågor. Köprätten utgör traditionellt den kanske mest centrala avtalstypen och då man för konsumentköpens del utfärdade direktivet om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier (1999/44/EG), ofta omtalat som konsumentköpsdirektivet, ansågs detta innebära ett betydande steg i riktning mot en mer europeiserad kontraktsrätt. Redan tidigare hade man ingripit i kontraktsrättens kärnområde med direktivet om oskäliga villkor i konsumentavtal (93/13/EEG, i det följande oskälighetsdirektivet).

Det sistnämnda direktivet är särskilt viktigt i förevarande sammanhang, då det direkt berör problematiken gällande standardavtal. Redan direktivets tillämpningsområde visar dess inriktning i detta hänseende: direktivet skall tillämpas enbart på sådana avtalsvillkor som inte varit föremål för individuell förhandling mellan avtalsparterna (3 art.). Detta betyder att just standardvillkoren utgör kärnan av dess tillämpningsområde (se närmare avsnitt 2.4).

Direktivets grundstadgande är en generalklausul, enligt vilken ett villkor som inte varit föremål för individuell förhandling skall anses som oskäligt om det i strid med kravet på god tro förorsakar en betydande obalans i avtalsparternas rättigheter och skyldigheter till konsumentens nackdel (3 art.). Generalklausulen kompletteras av en lång förteckning över exempel på oskäliga villkor (Bilaga). I direktivet ges också några allmänna anvisningar angående oskälighetsbedömningen, i vilka man hänvisar bl.a. till den typ av varor eller tjänster som avtalet avser, alla övriga villkor i avtalet samt alla omständigheter som vid tiden för avtalets ingående hade samband med att avtalet ingicks (4 art. 1 punkten). En betydande inskränkning i tillämpningsområdet framgår av det stadgande enligt vilket oskälighetsbedömningen inte skall avse beskrivningen av avtalets huvudföremål, förhållandet mellan

vederlaget och avtalsobjektet, om villkoren härom är klart och begripligt formulerade (4 art. 2 punkten).

I direktivet betonas också i övrigt betydelsen av klart språkbruk och här fastställs att *in dubio contra stipulatorem*-principen skall gälla vid tolkningen av de villkor som omfattas av direktivet (5 art.).

De i direktivet angivna påföljderna av användningen av ett oskäligt villkor är både kontraktsrättsliga och marknadsrättsliga. Ett oskäligt villkor binder inte konsumenten (6 art.) och medlemsländerna är därtill förpliktade att se till att det finns lämpliga och effektiva medel för att hindra fortsatt användning av oskäliga villkor (7 art.).

Till innehållet i och betydelsen av oskälighetsdirektivet är det skäl att återkomma i flera repriser i den följande framställningen.

Implementeringen av oskälighetsdirektivet har krävt ändringar också i den finska lagstiftningen. I respektive sammanhang nedan har angivits, vilka omedelbara ändringar direktivet har medfört. Direktivet inverkar dessutom också på tillämpningen av lagen. I princip skall den finska lagen tolkas i överensstämmelse med direktivet. Direktivets existens bringar också in en ny aktör på det fält på vilket spelet om harmoniseringen spelas. Denna nya aktör är *Europeiska gemenskapernas domstol* (EG-domstolen).

Oskälighetsdirektivet skapar behörighet för domstolen att ge förhandsavgöranden i ärenden som gäller oskälighet av avtalsvillkor i konsumentavtal. Direktivets existens medför att de högsta domstolarna i EU-länderna och övriga domstolar, vilkas beslut inte kan överklagas, under vissa förutsättningar är skyldiga att begära ett förhandsavgörande av EG-domstolen i sådana ärenden, medan övriga domstolar har rätt att be om förhandsavgörande. Skyldigheten att begära förhandsavgörande begränsas i princip endast av *acte clair*-doktrinen, som gäller klara saker, och regeln enligt vilken domstolar kan underställa EG-domstolen endast rättsfrågor och inte spörsmål om faktum. Eftersom tillämpningen av en generalklausul sällan kan anses helt klar, och den klagande verkan av rättsfall ("*acte éclairé*") ofta är rätt begränsad i den här typens ärenden, och då det i en sak av det här slaget är omöjligt att dra en tydlig gräns mellan lagtolkning och tillämpning av lag i ett enskilt fall, kunde man befara att ett betydande antal ärenden gällande oskäliga villkor i konsumentavtal måste underställas EG-domstolen för avgörande. Under de dryga

tio år som direktivet har varit i kraft har farhågorna dock inte besannats. EG-domstolen har endast i ett fåtal fall fått ta ställning till frågor i anslutning till direktivet. Man har också uttryckligen i ett uppmärksammat rättsfall, som brukar omtalas under namnet *Freiburger Kommunalbauten*, antytt att man överlåter konkreta spörsmål som berör bedömningen av oskäligheten i relation till enskilda klausuler till de nationella domstolarna, då denna bedömning i regel måste utföras mot bakgrund av den icke harmoniserade nationella kontraktsrättens regler. Detta har likväl inte hindrat EG-domstolen från att i vissa fall uttala sig om enskilda klausuler. Dessa viktiga rättsfall omtalas närmare i respektive sammanhang nedan.

Rättsfallet *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG mot Ludger Hofstetter och Ulrike Hofstetter* (Mål C-237/02) gällde en klausul enligt vilken konsumenten skulle erlagga köpeskillingen innan näringsidkaren hade fullgjort sin skyldighet i ett avtal avseende uppförande och leverans av en parkeringsplats. EG-domstolen konstaterade här (p. 21–22), att frågan huruvida ett visst avtalsvillkor är oskäligt skall bedömas ”med beaktande av vilken typ av varor eller tjänster som avtalet avser och med hänsyn tagen, vid tiden för avtalets ingående, till alla omständigheter i samband med att avtalet ingicks. Det skall härvid påpekas att det i detta sammanhang även skall bedömas vilka konsekvenser avtalsvillkoret kan ha enligt den lag som är tillämplig på avtalet, vilket medför en granskning av det nationella rättssystemet ... Härav följer ... att domstolen med stöd av den befogenhet att tolka gemenskapsrätten som den tilldelats genom artikel 234 EG kan göra en tolkning av de allmänna kriterier som gemenskapslagstiftaren använt för att definiera begreppet oskäligt avtalsvillkor. Domstolen kan däremot inte uttala sig om tillämpningen av dessa allmänna kriterier på ett visst avtalsvillkor som skall prövas utifrån omständigheterna i målet.” Det är därför den nationella domstolen som måste avgöra, huruvida det påtalade villkoret är oskäligt.

Det faktum att oskälighetsdirektivet är ett minimidirektiv (8 art) minskar förmodligen skyldigheten att söka förhandsavgörande av EG-domstolen, eftersom man kunde hävda att skyldigheten bara skulle gälla situationer i vilka en nationell domstol överväger att avslå ett yrkande på jämkning och misstänker att ett dylikt avgörande eventuellt skulle medföra att skyddet skulle sjunka under den i direktivet förutsatta miniminivån.

Kommissionen har emellertid planer på att utveckla regleringen till en totalharmonisering, som alltså skulle fastslå både minimi- och maximinivån för konsumentskyddet i detta hänseende (*KOM(2006) 744*). Min bedömning är dock att planerna är orealistiska både politiskt och juridiskt. En totalharmonisering av skälighetsbedömningen, utan en harmonisering av den underliggande kontraktsrätten, skulle, på de grunder som gjordes gällande i *Freiburger Kommunalbauten*, leda till juridiskt svårförutsebara och inkonsekventa resultat.

Det ambitiösa målet att med hjälp av oskälighetsdirektivet uppnå en långtgående konvergens av skälighetsbedömningarna i Europa avspeglas också i det faktum att kommissionen i anslutning till att direktivet gavs lät göra upp en omfattande europeisk databank över nationell rättstillämpning angående oskäliga avtalsvillkor i konsumentförhållanden (CLAB Europa). Databasen är utan kostnad tillgänglig för allmänheten (<http://europa.eu.int/clab/index.htm>). Av olika skäl kan man dock ställa sig tveksam till användbarheten av databasen (se t.ex. *Wilhelmsson* 2004 s. 788 ff.).

Mot bakgrunden av de ambitiösa målen för oskälighetsdirektivet är det inte förvånande att frågan om en bredare harmonisering av kontraktsrätten kom upp redan under beredningen av direktivet. Man började bl.a. arbeta på det sedermera antagna konsumentköpsdirektivet på grundval av synpunkter som gjordes gällande i samband med beredningen av oskälighetsdirektivet.

Frågan om en mer omfattande harmonisering av kontraktsrätten i Europa har emellertid långt före oskälighetsdirektivet bearbetats som ett akademiskt projekt. Den s.k. Lando-kommissionen – en grupp civilrättsforskare från alla medlemsländer, som konstituerat sig själv, men som till en början fick visst stöd av kommissionen – har ända sedan slutet av 1980-talet arbetat på en samling principer för den europeiska kontraktsrätten. Principerna, som baserats såväl på komparativ kunskap som på erfarna juristers bedömningar av vilka regler som kunde betraktas som de bästa, har publicerats under början av innevarande årtionde (*Lando – Beale* 2000 och *Lando – Clive – Prüm – Zimmermann* 2003). Trots rubriceringen som principer innehåller samlingarna en täckande uppsättning regler för den allmänna kontraktsrätten, med motiveringar. Även om Lando-principerna inte har någon formell status, har de fått en framträdande roll i den europeiska debatten som ett uttryck för vad ”europeisk kontraktsrätt” skulle kunna innebära. Domstolar i flera

européiska länder har redan hänvisat till dem (*von Bar* 2007 s. 360). Då de innehåller ett flertal regler avseende frågor som ansluter sig till användningen av standardavtal kommer jag också att nämna dem som ett slags semi-officiell rättskälla i relevanta sammanhang i fortsättningen, under den allmänt använda förkortningen PECL (Principles of European Contract Law).

Nära släktskap med PECL har de principer för internationella kommersiella kontrakt som utarbetats inom ramen för det internationella institutet för unifiering av privaträtten, UNIDROIT (<http://www.unidroit.org>). Dessa principer, som man i växande grad ser användas bl.a. i internationell skiljemannapraxis, har redan utkommit i sin andra version (*UNIDROIT Principles* 2004). Då delvis samma personer deltagit i beredningen av UNIDROIT Principles och PECL är det knappast förvånande att de till innehållet ligger nära varandra. Jag hänvisar därför blott i korthet till UNIDROIT Principles i respektive sammanhang nedan.

Under innevarande decennium har kontraktsrätten på ett kraftfullt sätt förts upp på EU:s officiella privaträttsliga agenda. Efter att diskussionen länge förts i den komparativrättsligt inriktade delen av den europeiska rättsvetenskapen, med sporadiskt understöd av Europaparlamentet, fattade kommissionen intresse för frågan, med ett flertal dokument som resultat (se *KOM(2001) 398*, *KOM(2003) 68* och *KOM(2004) 651*). Detta ledde småningom till ett projekt för att arbeta fram vad man kallar "*en gemensam referensram*" ("a common frame of reference", CFR) för den europeiska kontraktsrätten. Denna skulle kunna användas för att göra den existerande punktvisa EU-lagstiftningen mer konsekvent och den kunde också användas av de nationella lagstiftarna. Kommissionen ville dessutom också, åtminstone till en början, diskutera vad man kallade "*ett frivilligt instrument*" ("an optional instrument") för att lösa den europeiska avtalsrättsens problem. Bakom den i synnerhet i den svenska översättningen mycket gåtfulla termen döljer sig tanken på en sameuropeisk kontraktsrätt, som inte skulle träda i stället för den nationella rätten, men som kunde väljas av parterna genom en lagvalsklausul, särskilt i gränsöverskridande avtal.

Vid första anblicken förefaller planerna inte särskilt radikala och eventuella farhågor om de nationella kontraktsrätternas förtvinande

och död ter sig överdrivna. Kommissionen betonar ju särskilt att den "inte har för avsikt att föreslå en 'europeisk civillag' som skulle harmonisera avtalsrätten i medlemsstaterna" (*KOM(2004) 651* s. 10). En närmare granskning av kommissionens verksamhet antyder emellertid att förhållandet mellan den europeiska och den nationella kontraktsrätten kan stå inför ingripande förändringar i EU-rättens favör, även om den nationella rättens begravning inte är omedelbart förestående. Detta framgår redan då man betraktar vad kommissionen lägger in i det man kallat "den gemensamma referensramen". Det är inte fråga om blott en definitions- och principkatalog som kan användas för att göra regelverket konsekvent, utan de facto om ett fullständigt kontraktsrättsligt regelverk. I praktiken innebär arbetet att en modifierad version av PECL kompletteras bl.a. med nya regler om ett flertal särskilda kontraktstyper. Det är rätt självklart att en så detaljerad "gemensam referensram" lätt kan användas för att bereda också sådana eventuella "frivilliga" instrument som kommissionen ännu säger sig blott vilja diskutera. Då den gemensamma referensramen enligt planerna skall antas år 2009 ligger det alltså inom möjligheternas ram, att EU antar en egen valbar kontraktsnormsamling av något slag inom en överskådlig framtid. De nationella kontraktsrätterna kan få en allvarligt avsedd heltäckande europeisk konkurrent, som måste i hög grad påverka såväl undervisningen i som utvecklingen av den nationella kontraktsrätten.

Den gemensamma referensramen bereds inom ramen för ett forskningsprojekt som finansieras inom EU:s sjätte ramprogram för forskning och teknisk utveckling. Projektet utförs av ett s.k. toppforskningsnätverk ("Network of Excellence"), vilket inom en ram samlar de mest betydelsefulla akademiska grupper som i dag arbetar på området (se nätverkets hemsida <http://www.copecl.org/>). Den största av dessa grupper är The Study Group on a European Civil Code, som i sitt kontraktsrättsliga arbete utgått från Lando-principerna, men fokuserat mer på de särskilda kontraktstyperna (<http://www.sgecc.net/>). Den andra större gruppen i nätverket är den s.k. Acquis Group, som undersöker i vilken mån man kan härleda kontraktsrättsliga principer från den redan existerande europeiska *acquis communautaire* (<http://www.acquis-group.org/>). På hemsidorna finns uppgifter om de redan flertaliga publikationer som grupperna givit ut.

Ett första utkast till gemensam referensram har nyligen publicerats (*DCFR 2008*). Detta utkast är omfattande och inkluderar både

skadeståndsrätten och andra delar av obligationsrätten samt regler för ett betydande antal särskilda kontraktstyper. Det förefaller när detta skrives troligt att den gemensamma referensram som man småningom kommer att anta kommer att vara av långt mer begränsad omfattning, kanske fokuserad blott på den allmänna kontraktsrätten.

Det är ännu oklart, vilken formell status den gemensamma referensramen kommer att få. Oberoende av vad man besluter sig för i detta hänseende kan man dock räkna med att den gemensamma referensramen kommer att bli en ny och viktig rättskälla också i nationell rätt.

Den gemensamma referensramen kommer att innehålla också regler om standardavtal. Då som nämnts blott en första preliminär version finns tillgänglig (*DCFR 2008*), är det emellertid för tidigt att redogöra för dessa regler i detalj. Detta är vad avser just denna fråga inte så problematiskt, då det ter sig uppenbart att den gemensamma referensramens regler kommer att ligga mycket nära det som sagts om standardavtal i PECL och i oskälighetsdirektivet, som båda utgör viktiga källor i fortsättningen. Jag kommer därför i fortsättningen endast i korthet att hänvisa till de regelförslag som ingår i *DCFR 2008*.

Delvis stammar de standardavtalsrättsliga reglerna i *DCFR 2008* från ett regelförslag som utgivits av *Acquis Group*. Förslaget bygger till denna del på oskälighetsdirektivet (*Acquis Group 2007* s. 213 ff.).

1.4 Avtalsläran i dag och i morgon

Jag har ovan beskrivit några utvecklingstendenser i dagens kontraktsrätt. Man kan fråga sig, hur dessa konkreta förändringar avspeglats i rättsvetenskapen. Reflekteras förändringarna också i kontraktsrättens grundläggande läror, sådana som de formulerats av rättsvetenskapen?

(i) *Korrigeringar i paradigmet*. De allmänna kontraktsrättsliga läroerna har naturligtvis inte fortlevat oförändrade alltsedan den liberalistiska avtalslärans genombrott. Mycket av den utveckling

som skett kan dock närmast betraktas som finjusteringar av de grundläggande utgångspunkterna samt en anpassning av dem till ett mer komplicerat samhälle, i vilket omsättningen spelar en allt större roll. Vid utmejslingen av mer detaljerade principer för bedömningen av avtals uppkomst har läran om partsviljan som grund för avtals bindande verkan nyanserats och kompletterats med andra aspekter.

Redan under 1800-talet ifrågasatte man huruvida principen om anbudets bindande verkan hade sin grund i anbudsgivarens vilja eller om motiveringen för bundenheten låg i anbudstagarens begrundade tillit till anbudsgivarens viljeförklaring, vilken tillit rättsordningen förväntades skydda. Denna principiella diskussion kring vad man kallade "viljeteorin" och "tillitsteorin", vilken ansågs ha relevans för lösningen av ett flertal konkreta frågor med anknytning till avtals tillkomst och tolkning, har numera i ett mer analytiskt rättsvetenskapligt klimat i Norden tonats ner (se dock t.ex. *Pöyhönen* 1988 s. 199 ff.). Man anser allmänt att de förväntningar en viljeförklaring kan skapa hos dess mottagare stundom kan äga rättslig relevans även om de inte överensstämmer med avgivarens vilja. Detta bör likväl inte ses som någon egentlig brytning med de liberalistiska utgångspunkterna för kontraktsrätten. Då uppfattningarna om innehållet i en viljeförklaring är olika hos avgivaren och mottagaren innebär ett eventuellt skydd av mottagaren blott att man i omsättningens intresse ställer dennes uppfattning om avgivarens vilja framom avgivarens verkliga vilja. Då mottagaren baserar sin viljebildning på denna uppfattning kan man också säga att man vid bedömningen av avtal i vissa fall helt enkelt tar utgångspunkt i viljan hos viljeförklaringens mottagare (*Tolonen* 1973 s. 354).

Man har i doktrinen uppmärksammat att kontraktsrättslig bundenhet stundom kan uppkomma även utan vare sig rättshandlingsvilja eller viljeförklaring. Även om viljeförklaringen utgör den vanliga metoden för instiftande av kontraktsrättsliga förpliktelser kan även ett faktiskt handlande eller t.o.m. en underlåtenhet att handla i vissa situationer medföra bundenhet. Man kunde i någon utsträckning inrymma sådana fall under den klassiska synen på avtalsbundenhet genom att tala om konkludenta viljeförklaringar; i många fall kan en sådan terminologi dock kritiseras för alltför stark orealism. Man har också i dag rätt allmänt föredragit att överge viljeförklaringsterminologin i detta sammanhang. I finsk doktrin sammanför redan *Telaranta* (1953 s. 200 ff.) ett antal fall av avtalsbundenhet under rubriken *beteendansvar*

(käyttätymisvastuu). I den danska rättsvetenskapen har man talat för att låta det *socialtypiska förhållandet* träda i stället för viljan som grund för bundenheten. Enligt denna uppfattning bör man utgå från att det till ett bestämt slag av uppträdande normalt anknyter sig ett visst komplex av rättsverkningar (bundenhet) mer eller mindre oberoende av den enskilda partens subjektiva vilja (*Jørgensen* 1971 s. 43 f.). Strävan mot en sådan objektivisering av den traditionella avtalslärans viljeelement förefaller stå i ett nära innehållsmässigt samband med de doktriner som utvecklats för att legitimera, varför standardvillkor vid vissa masstransaktioner kan uppfattas som bindande t.o.m. utan att man hänvisat till dem vid avtalsslutet (se 4.2 p. ii). Man har också föreslagit att termen beteendansvar skulle tas i bruk mera allmänt vid beskrivningen av standardvillkors inkorporering i det enskilda avtalet (*Kuusi* 1986 s. 378, 380).

Senast har *Juha Mäkelä* sökt formulera en enhetlig grund för avtalsbundenhet, som han kallar kontraktsansvar baserat på fritt handlande. Avtalsbundenhet skulle följa av partens fria handlande, ifall han borde ha insett möjligheten att hans handlande skulle väcka motpartens tillit till att ett avtal skulle uppkomma (*Mäkelä* 2008 s. 37).

Jag uppmärksammade ovan, i figur 1, som ett nytt drag i kontraktsrätten den växande betydelsen av principer och regler som betonar behovet av samverkan mellan parterna på bekostnad av det traditionella paradigmet som utgår från motsatsförhållandet mellan dem. Denna förskjutning har också beröringspunkter med omvärderingar av avtalsläran som gjorts i rättsvetenskapen. I motsats till den liberalistiska avtalsläran, i vilken man utgick från att envar avtalspart i varje skede av avtalsförhållandet egoistiskt drev sina egna intressen och att balansen i avtalsförhållandet uppkom genom en konfrontation mellan parternas motstående intressen, har man senare i högre grad gjort gällande, att parterna också har en *lojalitetsplikt* gentemot varandra (flera nya nordiska doktorsavhandlingar om lojalitetsplikten bekräftar dess betydelse: *Holm* 2004, *Votinius* 2004, *Nazarian* 2007 och *Munukka* 2007). *Lars Erik Taxell*, som i Finland starkt betonat lojalitetsplikten, antyder att den även implicerar en reviderad avtalsideologi. Avtalet bör enligt denna uppfattas som en

samverkan mellan avtalsparterna, genom vilken de strävar att uppnå ett bestämt syfte (*Taxell* 1977). Betoningen av samverkansaspekten och lojalitetsförhållandet mellan parterna är av betydelse inte blott för parternas agerande under avtalet utan även för avtalets tillkomst: lojaliteten sägs sålunda t.ex. kräva öppenhet vid redovisningen av allmänna avtalsvillkor, så att motparten lätt kan uppfatta deras innehåll (*Taxell* 1977 s. 151). Också standardavtalsrelaterade doktriner kan sålunda påverkas av vilken syn man anlägger på avtalets idé på skalan motsättning/samverkan.

(ii) *Mot innehållsliga avtalsmodeller.* Av betydande intresse med hänsyn till temat i det föreliggande arbetet är frågan, i vilken utsträckning de sociala element som vunnit insteg i kontraktsrätten också kommit att påverka utformningen av avtalslärans grundläggande utgångspunkter. Den mest centrala frågan är, i vilken utsträckning den innehållslighet som anknyter sig till skyddet av den svagare parten på avtalslärans nivå har åsidosatt den traditionella innehållsneutraliteten. I vilken utsträckning har man sökt ersätta eller komplettera de kriterier för avtalsbundenhet som ansluter sig till *parternas förfarande vid avtalsslutet* (framför allt deras viljebildning) med *materiella*, till avtalsinnehållet refererande *kriterier för bundenheten*? Håller det på att födas en materiell (innehållslig) avtalslära, som skulle ersätta eller komplettera den traditionella formella avtalsmodellen?

Tillsvidare kan man besvara dessa frågor med ett kort ”i begränsad mån”. De grundläggande liberalistiska idéerna behandlas fortsättningsvis som legitima utgångspunkter för den allmänna kontraktsrätten. Ett gott exempel härpå ger behandlingen av avtalsfrihetens princip i den lärobok i civilrätt som i Finland var i användning ända in på 1990-talet:

”För att upprätthålla medborgarnas initiativkraft och för att trygga trivsel och smidighet har privatpersoner givits makt att ordna sina angelägenheter i princip på det sätt deras fördel kräver. En sådan självbestämmanderätt har man kallat privatautonomi. På obligationsrättens område uppträder den som *avtalsfrihet*.” (*Kivimäki – Ylöstalo* 1981 s. 56; översatt här.)

Det är lätt att hitta också andra exempel. Som det kanske mest iögonenfallande kan nämnas *K. A. Telarantas* utförliga allmänna beskrivning av kontraktsrätten, i vilken han tagit privatautonomin som

utgångspunkt för hela framställningen. Efter en bearbetning av denna utgångspunkt använder han över etthundra sidor till att behandla begreppen rättshandling och viljeyttring. (*Telaranta* 1990, I och II kapitlen.)

Det förefaller som om man genom att noggrannt avgränsa de sociala ingreppen i kontraktsrätten i någon grad kunnat undgå att "besmitta" de grundläggande principerna med sådana element. I allmänhet har man i det kontraktsrättsliga tänkandet (doktrinen) strävat att definiera dessa sociala ingrepp som specialfall, vilka utgör undantag från kontraktsrättens allmänna principer. Man har också isolerat de rättssystematiska verkningarna av ett betydande antal åtgärder genom att hänföra dem till ett särskilt nytt rättsområde, arbetsrätten. En liknande tendens kan också iakttas vad gäller de regleringar som införts i syfte att skydda konsumenterna. Konsumenträtten uppfattas i någon grad som ett specialgebit, vars principer åtminstone till en del utgör undantag från kontraktsrättens allmänna läror.

Konsumenträttens särutveckling har motsättningsfyllda effekter på utvecklingen av de sociala elementen i kontraktsrätten. Å ena sidan motverkar den en omvärdering av den allmänna kontraktsrättens utgångspunkter, å andra sidan kan en kritisk granskning av de allmänna lärorna i kontraktsrätten med hjälp av begreppsparet *näringsidkare/konsument* leda till en fruktbar omprövning av sättet att tillämpa dessa läror inom konsumentförhållanden. I dag accepterar man också i allt större utsträckning att de allmänna lärorna nyanteras i olika riktning beroende på om de tillämpas mellan två näringsidkare eller mellan en näringsidkare och en konsument (eller, som ett tredje, mindre uppmärksammat fall, mellan två enskilda personer). Också vid bedömningen av många problem i anslutning till användningen av standardvillkor uppfattar man numera, som senare skall framgå, avtalsparts status som näringsidkare eller konsument som ett relevant kriterium.

Trots allt kan det påvisas att de traditionella utgångspunkterna för den allmänna avtalsläran har förändrats i någon mån. I den här utvecklingen är betydande delar av diskussionen relaterade till frågan om jämkning av oskäliga avtal.

Det ökande antalet generalklausuler, som gav domstolarna rätt att jämka oskäliga avtal, medförde tidigt en fortgående diskussion

kring frågan, huruvida en *allmän jämkningsregel* kunde anses gälla i finsk kontraktsrätt (se avsnitt 5.1). Den övervägande positiva inställningen i rättsvetenskapen konfirmerades sedermera av lagstiftaren genom generalklausulen i 36 § AvtL. Framväxten av den allmänna principen om jämkning av oskäligen avtal har stundom anförts som ett exempel på en betydande kvalitativ förändring av den finska kontraktsrätten (jfr avsnitt 5.8). Man måste likväl inte med nödvändighet betrakta jämkningsmöjligheten som något ingrepp i kontraktsrättens grundläggande utgångspunkter. Den allmänt vedertagna uppfattningen om grunden för avtalsbundenhet är fortfarande snarast den traditionella, medan möjligheten att jämka närmast ses som ett undantag från huvudregeln. Principen om jämkning av oskäligen avtal betraktas i första hand som ett korrektiv, genom vilket man kan motverka de oskäligheter som en tillämpning av huvudregeln kan leda till.

En sådan uppfattning om förhållandet mellan skälighet och avtalsbundenhet behöver dock inte uppfattas som given för all framtid. Som närmare anges i avsnitt 4.6 kan man tänka sig en förskjutning av tyngdpunkten vid bedömningen av en parts bundenhet vid avtalsvillkor så, att de materiella kriterierna (avtalsinnehållet) träder i förgrunden. Det är möjligt att diskutera en mer djuptgående omstrukturering av kontraktsrättens begreppsvärld med målsättningen att avtalsparternas faktiska ekonomiska och sociala behov kunde beaktas inte blott i undantagsfall utan även vid bearbetningen av de allmänna principerna.

Framväxten av välfärdsstaten och nya synsätt angående rättens och rättsvetenskapens roll medförde på flera håll i världen att man började diskutera möjligheterna till en alternativ syn på avtalet och rätten. Otaliga exempel på försök till omvärdering av avtalsläran kunde hämtas från olika länder. Två av dessa, som påverkat den tidiga debatten om en förnyad avtalslära i Finland, får här belysa några av de linjer längs vilka debatten rört sig.

I tysk kontraktsrättslig litteratur presenterade *Udo Reifner* (1979), i samband med en omfattande undersökning av konsumtionskrediträtten, tidigt en genomarbetad positionsbestämning angående behovet att omvärdera kontraktsrättens allmänna principer. Hans utgångspunkt ligger i motsättningarna bakom det civilrättsliga systemet: å ena sidan

motsättningen mellan civilrättens individualism och behovet av en samhällelig styrning av en allt mer församhälleligad produktion samt å andra sidan motsättningen mellan den allmänna civilrätten som ett uttryck för en minoritets intressen och det politiska trycket från andra samhällliga intressen. Dessa motsättningar har lett till att den gällande civilrätten själv i allt högre grad motsvarar en rättsform, som avspeglar församhälleligandet; detta har emellertid inte uppfattats av den rådande rättsdogmatiken, som strävat att förklara de nya dragen i civilrätten som undantag (s. 79). I denna motsättningsfyllda materia vill författaren förkasta den etablerade uppfattningen om vad som utgör huvudregel respektive undantag. Han förespråkar en *social tolkning* (egentligen: rättstillämpning), i vilken man utgående från en materiell i stället för en formell uppfattning av idealen frihet, jämlikhet och säkerhet söker förverkliga dessa ideal på ett sådant sätt, att de ifrågavarande handlingarnas samhällliga natur inbegrips i rättsformen (s. 86). De civilrättsliga generalklausulerna erbjuder härvid en möjlighet att utveckla mer adekvata rättsformer ur de bestående formerna (s. 76 f.). Grundpostulatet för kontraktsrätten, den fria viljan, bör ställas mot uppfattningen att de behov som artikuleras i avtalsändamålen är samhällligt betingade och bestämda (s. 94).

I amerikansk rättslitteratur har Critical Legal Studies-rörelsen frambringat liknande analyser. Ett ofta citerat exempel är *Roberto Mangabeira Ungers* (1983) diskussion angående en alternativ kontraktsrätt. Också Unger utgår från att det föreligger motsättningar i rättsordningen, såväl mellan rättsordningens olika abstraktionsnivåer som mellan detaljlösningar på samma nivå (s. 647). Likaledes strävar han genom sin analys att påvisa möjligheten att omvärdera förhållandet mellan de traditionella huvudprinciperna och de undantag (motprinciper) som utvecklats. Unger ställer mot varandra principen om avtalsfrihet angående avtalets innehåll och skälighetsprincipen samt upphöjer den senare till utgångspunkt för det kontraktsrättsliga systemet (s. 625 ff.). På samma sätt kontrasteras friheten att ingå avtal och låta bli samt friheten att välja avtalspart mot principer om kontraheringsplikt och återbäring av obehörig vinst samt mot de strukturer som styr verksamheten i en gemenskap såsom familjen (s. 618 ff.). Analysen resulterar i en syn på kontraktsrättsliga förpliktelser (i vidsträckt mening), som implicerar att förpliktelserna primärt uppstår ur relationer av ömsesidigt beroende (jfr *Taxells* ovan berörda syn på avtalet som samverkan), vilka endast ofullständigt formas av explicita och fullgångna överenskommelser. En situation där en överenskommelse ensam genererar förpliktelser uppfattas i denna syn blott som ett extremfall, som den ena ändpunkten i ett spektrum av situationer (s. 639).

Också i Finland har man fr.o.m. 1980-talets slut framfört uppfattningar som strävar till en grundlig revidering av det kontraktsrättsliga systemet. Kontraktsrättens innehållsliga element har getts en viktig ställning i den *modell för rättvis samhällelig praxis* som skisserats av *Juha Pöyhönen* (1988 s. 162 ff., 243 ff.). De tankar som uttrycks i denna modell bygger såväl på internationell som nordisk diskussion och har fått intryck bl.a. från den ovan omtalade doktrinen gällande socialtypiska omständigheter. Idén är den att en verksamhet som uppfyller de kriterier som skapats av olika slag av praxis som iakttas i samfundet framkallar avtalsbundenhet. Bundenhet uppstår när parterna deltar i ett institutionellt arrangemang, som vilar på en gemensam tro på de regler som ligger i bakgrunden för arrangemanget. En dylik institution är löftet; den bundenhet som uppstår när ett löfte avges utgör emellertid bara ett exempelfall bland de slag av praxis som framkallar avtalsbundenhet.

Det starka innehållsliga elementet i Pöyhönens modell framträder i rättvisekriteriet. I välfärdsstatens avtalsmodell måste detta kriterium ges en central betydelse. Endast rättvis praxis är i modellen ägnad att framkalla bindande relationer. I kontraktsrätten innebär det här att man ställer skälighetsprincipen i en primär ställning i systemet jämfört med avtalsfriheten och omsättningsintresset (s. 191). I stället för att skälighetsprincipen skulle fungera som ett sätt att rätta till de problem systemet undantagsvis förorsakar, upphöjs den till ett slags huvudregel. Den ges en *prima facie*-ställning i sammanvägningen av de kontraktsrättsliga principer som inverkar på bedömningen. Den ändring i argumentationsbördan för bundenheten vid ett standardavtal som rekommenderas nedan i avsnitt 4.6 kan ses som ett exempel på just en sådan här förstärkning av skälighetsprincipens ställning (s. 193 f.).

Ett annat perspektiv på en mera innehållslig kontraktsrätt erbjuder också den redan omnämnda (avsnitt 1.2 punkt i *in fine*) sociala kontraktsrätten i snäv bemärkelse (se *Wilhelmsson* 1987 och 1992). Här är det uttryckligen frågan om hur avtalsparternas ekonomiska och sociala behov kan beaktas vid rättsligt beslutsfattande. Utifrån konkret rättsligt material kan man söka formulera allmänna principer som skulle visa, i vilka situationer parternas ekonomiska och sociala ställning kan ges betydelse som kriterier för avgörandet. Utgående

t.ex. från fall som gäller begränsning av skadeståndsskyldigheten för en person med låg inkomst och förmögenhet kan man utveckla en mer allmän synvinkel på möjligheterna att tillfredsställa sådana personers särskilda skyddsbehov. Eftersom synvinkeln uttryckligen betonar parternas ekonomiska och sociala behov, kan man också tala om en *behovsrationell kontraktsrätt*. Dess synligaste konkreta resultat är tillkomsten av principen om *socialt prestationshinder*, dvs. en princip enligt vilken en gäldenärs ansvar för ett avtalsbrott kan begränsas eller avlägnas, om gäldenären råkat i betalningssvårigheter på grund av arbetslöshet, sjukdom eller en annan därmed jämförbar omständighet (*Wilhelmsson* 1987 s. 177 ff. och 1992 s. 180 ff.).

Exemplen på strävanden att kritiskt omvärdera själva utgångspunkterna för kontraktsrätten kunde mångfaldigas. Under senare tid har man t.ex. kraftfullt fört fram de grundläggande fri- och rättigheternas roll som centrala element i bygget också av privaträttens allmänna läror (t.ex. *Pöyhönen* 2000). Detta är dock inte det rätta sammanhanget för en vidlyftig presentation av alla aspekter av debatten om kontraktsrättens grundidéer (en god analys av den finska debatten ges av *Mononen* 2001, särskilt s. 371 ff.). Syftet med exemplen är blott att uppmärksamgöra läsaren på att själva utgångspunkterna för kontraktsrätten inte kan betraktas som oomstridda. Den bas på vilken de standardavtalsrättsliga principerna vuxit fram bör inte betraktas som något givet, oproblematiskt.

Då man från kontraktsrättens utgångspunkter rör sig vidare mot dess allmänna läror rörande ingående, tolkning och jämkning av avtal, blir bilden i många fall ännu mer diffus. En klar och entydig beskrivning av de principer som på detta allmänna plan kan uppfattas som allmänt accepterade kan inte uppgöras. Den konkreta rättsmaterian är motsägelsefull och kan generaliseras på olika sätt. De påståenden som framförs i denna bok bör därför fortgående underkastas en kritisk evaluering från läsarens sida.

(iii) *Europeiska modeller?* I dag kompliceras den motsägelsefulla bilden av kontraktsrätten ytterligare av att man i europeisk rättsvetenskap är engagerad i att dryfta de grundläggande utgångspunkterna för den framväxande europeiska kontraktsrätten. Här upprepas i många avseenden på ett europeiskt plan de debatter man fört angående förhållandet mellan traditionella, mer viljerelaterade avtalsmodeller

och sådana uppfattningar om avtalsbundenheten som fäster avseende också vid balansen i avtalsinnehållet.

Å ena sidan kan man tänka sig att den grundläggande marknadsorienteringen hos den europeiska integrationen vore ägnad att framhäva de traditionella liberalistiska utgångspunkterna hos kontraktsrätten. Förhoppningar om en sådan "återgång till traditionella värden" har också uttalats i harmoniseringsdebatten. Å andra sidan har man noterat, att den existerande europeiska kontraktsrätten, *acquis communautaire* på kontraktsrättens område, framför allt innehåller konsumenträttslig och annan tvingande materia och snarare stöder en innehållslig avtalsmodell (se t.ex. den omfattande analysen hos *Lurger* 2002). Man har talat om en "principle of regard and fairness" som en grundprincip för den framväxande europeiska kontraktsrätten (*Lurger* 2004).

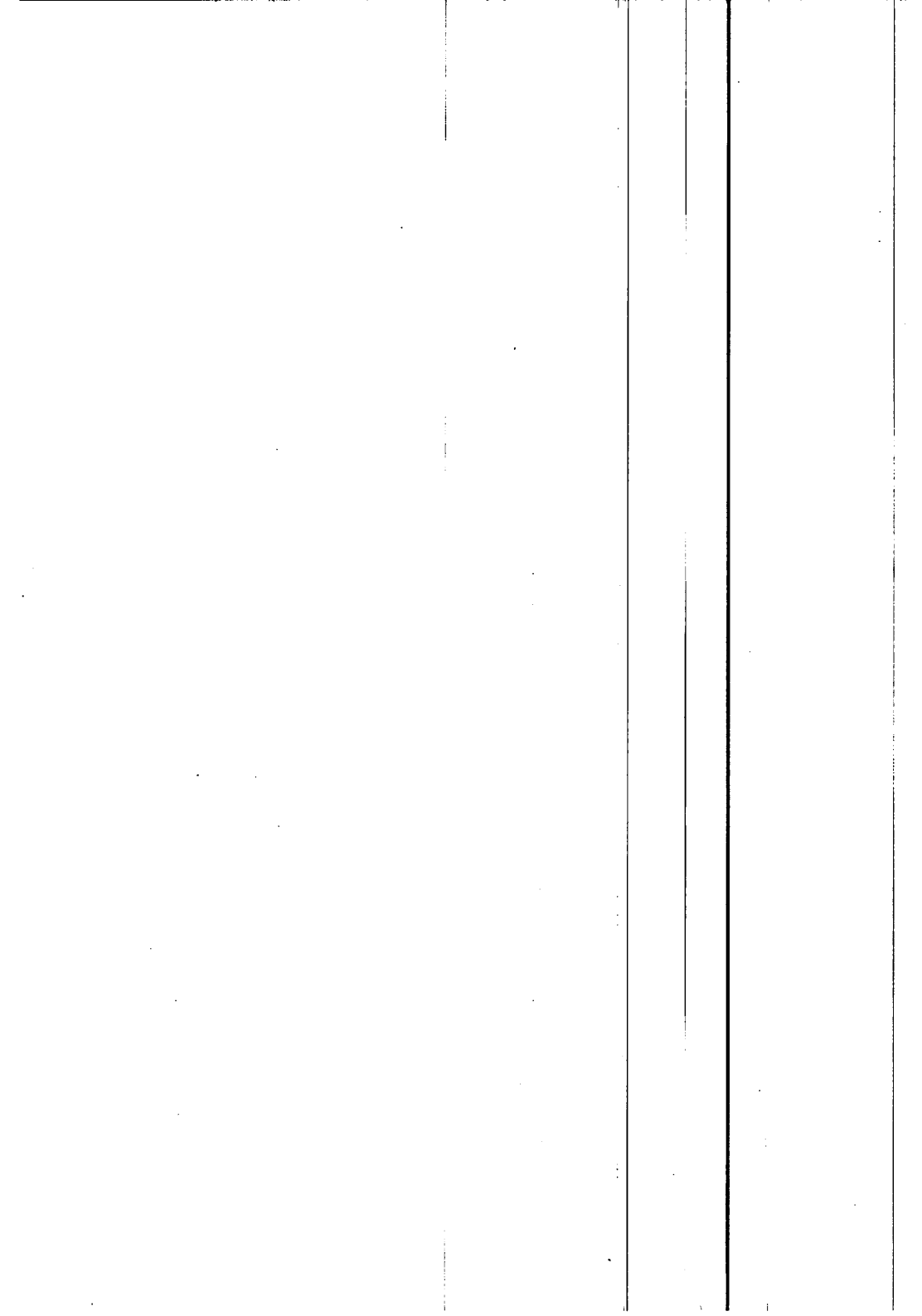
I ett uppmärksammat "manifest" har också en stor grupp akademiker i Europa påtalat det teknokratiska sätt på vilket kommissionen bedriver harmoniseringsarbetet. Man betonar att viktiga frågor om social rättvisa aktualiseras i arbetet på en europeisk kontraktsrätt (*Study Group on Social Justice in European Private Law* 2004).

I det mångskiktade europeiska regellandskapet kan man knappast heller förvänta sig framväxten av en kontraktsrätt som bygger på ett enhetligt koncept. Rättsvetenskapliga modeller som erkänner pluralismen som en central beståndsdel i den europeiska rätten är därför i dag förmodligen de mest realistiska. Man kan tala om en polycentrisk kontraktsrätt där olika utgångspunkter kan vikas på olika sätt i olika länder, på det europeiska planet och inom olika delar av kontraktsrätten. Den europeiska rätten uppfattas i växande grad som ett instrument för pragmatisk problemlösning relaterad till regleringsbehoven i olika problemsituationer snarare än en enhetlig struktur genom vilken man söker förverkliga koherenta bärande idéer (se t.ex. *Hesselink* 2001). Strävan efter enhetliga kontraktsmodeller blir då mindre aktuell.

I den europeiska kontexten innebär den växande pragmatismen nya möjligheter till gränsöverskridande inlärning. Man kan se Europa som ett stort juridiskt experimentfält, där man i olika medlemsländer kan ta lärdom av varandra beträffande lösningen av konkreta problem,

utan hinder av att de bakomliggande dogmatiska konstruktionerna och traditionerna kan vara olika. Det finns tecken på att domstolarna åtminstone i vissa länder i växande grad skulle ha beredskap att förfara på detta sätt (*Berger* 2001 s. 886). Man kan kanske se framför sig en europeisk privaträtt som i högre grad än i dag präglas av en *fri rörlighet av rättsliga idéer* (se närmare *Wilhelmsson* 2001 s. 30 ff., *Smits* 2002).

Också när det gäller standardavtalsrättsliga frågor kan man ta och tar man intryck av varandra (se t.ex. det internationella perspektivet i *Wilhelmsson – Willett* 2008). I samband med regleringen av standardavtal kan ett sådant transnationellt perspektiv ofta framstå som speciellt viktigt, då den gränsöverskridande rörligheten av standardvillkor är stor. De referenser till PECL och utländsk rätt som görs i det föreliggande arbete bör förstås mot bakgrund av en positiv hållning till en pragmatisk fri rörlighet av juridiska lösningar i Europa.



2

Om "standardavtalsrätten"

2.1 Vad avses med standardavtal?

Med *standardavtal* avses i detta arbete avtal, som till någon del ingås med tillhjälp av *standardvillkor* (*allmänna avtalsvillkor*). Motsatsen till ett standardavtal är ett (rent) *individuellt avtal*.

Det bör likväl genast framhåvas, att man genom en strikt dikotomi standardavtal/individuella avtal inte kan förmedla en riktig bild av avtalsverkligheten. Snarare borde man tala om en glidande skala, i vars ena ändpunkt man har det utpräglade standardavtalet, som nästan i sin helhet uppgjorts på grundval av standardvillkor och där de individuella momenten är fåtaliga (i varje avtal finns något individuellt moment). I andra avtal kan de individuella elementen vara mer omfattande eller t.o.m. dominerande. I dem har blott vissa frågor reglerats med hjälp av standardvillkor. I fall där blott någon enskild klausul är standardiserad – t.ex. en garantiklausul – har man kommit mycket nära den andra ändpunkten på skalan, det rent individuella avtalet.

Den relevanta gränslinjen vid en diskussion angående standardavtalsrättsliga problem löper sålunda inte mellan olika avtal, utan mellan olika slag av villkor (så även Hemmo 2003 I s. 149). Intresset är huvudsakligen riktat mot de juridiska frågorna

i anslutning till tillämpningen av standardvillkor, medan *individuellt utformade villkor* inte uppfattas bjuda på många särproblem även om de ingår som del av ett standardavtal.

Vad avses då med *standardvillkor* eller *allmänna avtalsvillkor*? Som framgår av avsnitt 2.4 behöver man inte uppställa någon juridisk definition, med vars hjälp vissa rättsföljder skulle avgränsas. Det är tillräckligt att presentera en vägledande beskrivning av det problemområde som avses då man diskuterar standardavtalsrättsliga problem. I ett sådant syfte kan man uppräknat följande kännetecken för standardavtal:

(i) Standardvillkoren upprättas i syfte att användas i ett flertal enskilda avtal.

(ii) Standardvillkoren upprättas för framtida avtalsrelationer. Man utformar dem inte med tanke på något bestämt kontraktsförhållande och sålunda utan hänsyn till de konkreta behoven i ett bestämt enskilt avtal.

(iii) Standardvillkoren är avsedda att användas i förhållande till många olika avtalsparter. Åtminstone den ena partens – stundom båda parternas, om villkoren t.ex. upprättats av en organisation – särbehov kan inte beaktas då villkoren utarbetas.

I praktiken förekommer standardvillkor av mycket olika slag och omfattning. Villkoren kan vara upptagna på en blankett, som är avsedd att utnyttjas som avtalsdokument, eller de kan vara tryckta på ett särskilt papper som bifogas avtalet. De kan – med varierande verkan – förekomma i kataloger och broschyrer eller på handlingar som utnyttjas under olika skeden av kontraktsförhållandets uppkomst och utveckling, såsom beställningssedlar, ansökningsblanketter, biljetter, fakturor och kvitton.

När man traditionellt har talat om standardvillkor, har man utgått från att de har förelegat i tryckt eller på annat sätt mångfaldigad form. Man har likväl inte uteslutit, att villkor som utskrivs särskilt i samband med ett enskilt avtalsslut kan betecknas som standardvillkor, om de utarbetats på förhand. Då olika till avtalsförhållandet anslutna handlingar framställs med hjälp av dator kan standardvillkoren således finnas lagrade i maskinens minne. Detta är förmodligen i dag den vanligaste formen av standardavtal. Då villkoren med lätthet kan bearbetas under avtalsprocessen samt kompletteras med

rent individuella villkor, ger typografiska faktorer numera ringa information vad avser klassificeringen av villkor som standardiserade eller individuella.

Inte blott dikotomin standardavtal/individuella avtal utan även tudelningen standardvillkor/individuella villkor framstår därför i dag som en glidande skala. Detta avspeglar sig t.ex. i svårigheterna att avgränsa tillämpningsområdet för EU:s oskälighetsdirektiv (se nedan 2.5).

Man brukar skilja mellan olika slag av standardvillkor ut- gående från vem som utarbetat villkoren. En relevant distinktion kan här göras mellan å ena sidan *ensidigt utarbetade standardvillkor* och å den andra sidan *gemensamt utarbetade standardvillkor*. Med det förstnämnda begreppet avses villkor som upprättats av den ena parten i kontraktsförhållandet såsom t.ex. allmänna leveransvillkor som formulerats av ett säljarföretag för att användas i dess relationer med olika köpare. Standardvillkor kan också betraktas som ensidigt utarbetade om de författats av en organisation som företräder en part, t.ex. en säljarförening, för att användas av organisationens medlemmar. De gemensamt utarbetade standardvillkoren, som också kallas *agreed documents*, har åter tillkommit efter förhandlingar mellan företrädare för båda parterna i de presumtiva avtalsförhållandena. Det är naturligt att problem som ansluter sig till standardvillkors potentiellt ensidiga innehåll är mindre framträdande vid användningen av *agreed documents*. Någon garanti för att gemensamt utarbetade standardvillkor aldrig skulle vara ensidiga föreligger likväl inte. Styrkeförhållandet mellan dem som utarbetat villkoren behöver givetvis inte vara i fullständig balans.

Särskilt på det internationella planet förekommer även standardvillkor som utarbetats av *offentliga organ*. Nationellt *medverkar KO* vid utarbetandet av standardvillkor (se nedan 3.4).

Som ovan framgått kan standardvillkor vara utarbetade såväl av ett enskilt företag för dess egen verksamhet som av en organisation för att användas av flera företag. Denna distinktion kan, i den mån den är relevant, framhävas med hjälp av begreppsparet *företagsvillkor/branschvillkor*.

I den standardavtalsrättsliga diskussionen påträffar man också begreppen *anslutningsavtal* och *anslutningsvillkor*. Med dessa begrepp

söker man beskriva de ifrågavarande standardvillkorens faktiska betydelse vid avtalslutet. Är läget i realiteten sådant att den som begagnar standardvillkoren vägrar sluta avtal på andra villkor och motpartens faktiska valfrihet sålunda är inskränkt till att han kan besluta, huruvida han vill ingå avtalet (ansluta sig till villkoren) eller inte, föreligger ett anslutningsavtal. Särskilt vid s.k. massavtal är detta ofta en normal situation.

De villkor som ett företag (i vidsträckt bemärkelse) eller ett offentligt samfund använder kan vara fastställda i författning. Uppfattningarna om huruvida man i ett sådant fall egentligen kan tala om allmänna avtalsvillkor är divergerande (jfr *Olsson* 1957 s. 8 och *Taxell* 1972 s. 38). Det förefaller inte uteslutet att åtminstone vissa av de metoder för justering av avtalsvillkor som beskrivs nedan – t.ex. jämkning (se t.ex. *HD 1986 II 78*) – med lämpliga modifikationer stundom kunde användas på sådana normer.

Ibland har man betecknat t.o.m. kollektivavtal och arbetsreglementen som allmänna avtalsvillkor (*Olsson* 1957 s. 8). I dag är dock ett sådant språkbruk ovanligt. Dessa speciella arbetsrättsliga institut faller i varje händelse utanför ramarna för den föreliggande framställningen.

2.2 Vilka rättsliga problem ansluter sig till standardavtal?

Diskussionen om de rättsliga problemen i anslutning till standardavtalen har småningom kommit att föras under en egen rubrik. Man har börjat tala om en "standardavtalsrätt". Under denna rubrik har man behandlat ett flertal olika problem som alltid eller åtminstone ofta står i samband med användningen av standardvillkor.

En presentation av "standardavtalsrätten" förutsätter en beskrivning av två olika slags normer:

(i) Normer i standardavtal. Vid många avtalstyper erhåller man en realistisk bild av rättsläget blott om man beaktar innehållet i sådana standardvillkor som allmänt används då man sluter ifrågavarande avtal. Villkoren representerar en "living law" som ofta är praktiskt långt

mer betydelsefull än den dispositiva rättens regler. För den faktiska "rättsordning" som består av de normer som ingår i standardvillkoren brukar man stundom använda beteckningen *formulärrätt*.

En närmare beskrivning av innehållet i olika standardvillkor hör naturligtvis hemma i framställningar angående olika avtalstyper. Här ges endast en allmän exposé över praktiskt viktiga standardvillkor (se 3 kap.).

Mot delar av den kontraktsrättsliga doktrinen rörande olika avtalstyper kan man rikta befogad kritik för att den inte uppmärksammat "formulärrätten" och därigenom givit en förvrängd bild av det faktiska innehållet i kontraktsförhållandena. Ett verk, i vilket man blott analyserar innehållet i en dispositiv regel utan att nämna att man i de standardvillkor som utnyttjas i avtalspraxis ofta avviker från regeln, bibringar läsaren en falsk uppfattning av det verkliga läget och kan bidra till att dölja eventuella missförhållanden.

(ii) Normer *om* standardavtal. I såväl litteratur som rättspraxis har man framhåvt att man vid den rättsliga bedömningen av standardavtal måste beakta särskilda synpunkter, vilka inte alls eller i mer begränsad utsträckning gör sig gällande vid rent individuella avtal. De speciella "principer" som här utvecklats utgör kärnan i en juridisk analys av standardavtalet.

I 1 kap. beskrevs *partsviljans* centrala betydelse i läran om rättshandlingars bindande verkan. Mot denna bakgrund är det uppenbart att mycken huvudbry vållats av frågan, hur standardvillkor kan bli bindande för en part som inte medverkat vid deras utformning och som kanske inte ens vid avtalsslutet är insatt i villkorens innehåll. Frågan om standardvillkorens *inkorporering* i det enskilda avtalet utgör nyckelproblemet i "standardavtalsrätten". Här framträder standardavtalens speciella problematik klarast. Spörsmålet behandlas nedan i 4 kap.

Vid sidan av frågan om standardvillkorens inkorporering brukar man inom ramen för det aktuella temat diskutera de rättsliga följderna av att standardvillkoren ofta till sitt innehåll är förmånliga för den part på vars försorg villkoren utarbetats. Uppmärksamheten riktas mot strävandena att *styra innehållet i standardvillkor*. Det rättsliga skyddet av den part som inte utarbetat villkoren – ofta den "svagare parten" – träder i centrum för intresset.

Den sistnämnda problemställningen är inte oavhängig av frågan om standardvillkorens inkorporering i det enskilda avtalet. De missförhållanden man tar sikte på att minska genom en styrning av standardvillkorens innehåll kan rättsligt sett åtminstone till en del sägas följa av de lösningar man anammat med hänsyn till inkorporeringsfrågan. En styrning av innehållet i standardvillkor i syfte att eliminera olämpliga klausuler blir aktuell blott om vi först accepterar att sådana klausuler principiellt kan erhålla bindande verkan i det enskilda avtalet. Som framgår av kap. 4 har frågorna om standardvillkorens innehåll och om deras bindande verkan också kopplats samman i olika avseenden.

Styrningen av innehållet i standardvillkor kan ske med hjälp av olika metoder. Styrningen kan äga rum antingen genom ingrepp i enskilda avtal i en konkret tillämpningssituation eller genom åtgärder av mer generell (kollektiv) karaktär. Någon skarp skiljelinje kan man inte dra upp mellan dessa två kategorier: det enskilda ingreppet kan via prejudikatsverkan ha generell betydelse och generella regleringar (t.ex. tvingande lagstiftning) kan förverkligas genom tillämpning i enskilda fall.

Styrningen av standardvillkor i enskilda fall förverkligas genom domstolarna och därmed jämförbara organ (skiljedomstolar, konsumenttvistenämnden m.m.). Man brukar skilja mellan en öppen och en dold domstolskontroll av avtalsvillkor (*Bernitz* 1972 s. 404 f.). Med talet om en *dold domstolskontroll* åsyftas det faktum att domstolarna stundom kan komma till rätta med villkor som de finner oacceptabla utan att uttryckligen motivera ingreppet med hänvisning till villkorets olämpliga innehåll. Trots att *förklaringen* till ett avgörande, i vilket domstolen vägrat att tillämpa ett bestämt villkor, kan ligga i villkorets olämpliga innehåll kan domstolen trots detta föredra att *justifiera* (motivera) sitt avgörande med hänvisning till rättssatser eller -principer, som inte har direkt anknytning till avtalsinnehållet. Redskapen för en sådan dold kontroll är många: man kan tolka bort en olämplig klausul (se betr. tolkningen av standardvillkor nedan avsnitt 4.5) eller man kan undvika att tillämpa den med hänvisning till principerna om inkorporering av standardvillkor. Även argument som saknar samband med standardavtalsrättsliga principer kan utnyttjas i det angivna syftet.

Det är givet att man aldrig med säkerhet kan stämpla något rättsfall som ett uttryck för en dold kontroll av ett standardvillkor. Det föreligger inte något kriterium, med vars hjälp man kunde särskilja de fall, där den anförda motiveringen utgör den enda förklaringen till avgörandet, från dem där domstolen låtit sin uppfattning om villkorets olämpliga innehåll påverka avgörandet. I det föreliggande verket skall den dolda kontrollen av standardvillkor inte heller vidare beröras. Det räcker med att konstatera, att de kontraktsrättsliga principernas ofta tämligen obestämda karaktär erbjuder stora möjligheter för sådana avgöranden.

Åtminstone tidigare förefaller domstolarna ofta, i mån av möjlighet, ha föredragit att utnyttja dolda kontrollmetoder framom att öppet jämka ett olämpligt villkor. Generalklausulen i 36 § AvtL innebar uppenbarligen en förskjutning av preferenserna så att den dolda kontrollen fick träda tillbaka för en mer öppen domstolskontroll av avtalsvillkor. En öppen kontroll är också att föredra då det finns instrument för en sådan.

Den *öppna domstolskontrollen* av avtalsvillkor kännetecknas m.a.o. av att domstolen uttalat tar ställning till skäligheten hos ett villkor då man avgör huruvida villkoret bör tillämpas. Den *öppna kontrollen, jämkning av avtal*, beskrivs närmare i 5 kap.

Den generella (kollektiva) styrningen av standardvillkor kan äga rum i form av en *myndighetskontroll* av standardvillkor vilken inte ansluter sig till något konkret enskilt avtal utan riktar sig mot användningen av standardvillkor i framtida avtal. Det viktigaste exemplet på en sådan myndighetskontroll är den reglering av avtalsvillkor som med stöd av 3 kap. KSL utövas av konsumentmyndigheterna. En redogörelse för myndighetskontrollen av avtalsvillkor ingår i 6 kap.

Lagstiftningen kan även utformas så att man genom den direkt påverkar innehållet i standardvillkoren. Bestämmelser i en tvingande lag kan vara riktade mot villkor som förekommit i standardavtalspraxis vid lagens tillkomst; detta är t.ex. förklaringen till utformningen av många stadganden i 1933 års lag om försäkringsavtal (se *Wilhelmsson* 1977 s. 222 ff.). Den styrande lagstiftningens direkta inverkan på standardvillkorens innehåll varierar naturligtvis beroende på olika omständigheter. En omständighet som är av betydelse i detta sammanhang är graden av konkretisering: ju mer detaljerat lagen

beskriver de förbjudna villkoren, desto mer direkt genomslagskraft kan den förväntas ha. Är de tvingande stadgandena däremot skrivna i mer generalklausulsartad form, förskjuts tyngdpunkten i avtalsstyrningen till den domstols- eller myndighetskontroll som är baserad på dessa stadganden.

Den styrande lagstiftningen kan vara försedd med olika slags sanktioner. Den mest betydelsefulla är den privaträttsliga *ogiltighetspåföljden*: ett villkor som står i strid med tvingande lagstiftning är till ifrågavarande del ogiltigt. Det förekommer emellertid även fall, där man begagnat sanktioner av offentligrättslig karaktär, såsom t.ex. straffsanktion eller näringsrättslig påföljd.

I en allmän standardavtalsrättslig framställning är det inte möjligt att gå närmare in på den omfattande lagstiftning genom vilken man strävat att påverka avtalspraxis på olika områden. I bokens avslutande kapitel, i vilket beskrivningen av de olika metoderna för styrning av avtalsvillkor sammanknyts i en analys av skälighetsprincipen i dagens kontraktsrätt, måste likväl också den tvingande lagstiftningen beaktas.

2.3 Standardavtal och oskälighet – lösningsmodeller

Ovan har framgått att spørsmålet, huruvida, när och i vilken mån domstolarna kan kontrollera skäligheten hos avtalsvillkor, åtminstone teoretiskt-ideologiskt sett utgör den viktigaste frågan, när man analyserar kontraktsrättens inställning till användningen av standardvillkor. I ett komparativt perspektiv möter man många olika sätt att angripa denna problematik. I vissa länder är tillämpligheten av skälighetsregler explicit relaterad till användningen av standardvillkor, medan kopplingen mellan dessa i andra länder inte är lika direkt.

I Europa kan man i en mycket grov generalisering särskilja fyra sätt att förhålla sig till problematiken oskäliga avtalsvillkor:

(i) *Inget särskilt problem*. Som tidigare (avsnitt 1.1) angivits bygger det liberalistiska kontraktsrättsliga paradigmet på en premiss enligt

vilken det som parterna frivilligt underkastat sig, när de ingått ett avtal, måste antas utgöra en rättvis kompromiss mellan deras intressen. I en sådan syn är det svårt att se något behov av en allmän skälighetskontroll av avtal, eftersom ju avtal som ingåtts frivilligt nästan definitionsmässigt måste uppfattas som skäliga. Endast för särskilda situationer, t.ex. då det skett oförutsebara ändringar i förhållandena, skulle ingrepp behövas. De redskap som finns för dold kontroll (se ovan) av avtalsinnehållet i standardvillkor kan uppfattas som tillräckliga för att åtgärda skälighetsproblem som man kan möta i detta sammanhang.

Detta har varit den traditionella inställningen i engelsk rätt. Visserligen gavs Unfair Contract Terms Act år 1977, men denna har ett mycket begränsat tillämpningsområde och gäller endast villkor angående ansvarsbegränsningar. Regler om tolkning och inkorporering av standardvillkor har utvecklats och utnyttjats av de engelska domstolarna för att komma till rätta med oskäliga standardvillkor i enskilda fall.

EG:s oskälighetsdirektiv har numera fört den engelska rätten över i de följande paradigmen. Den direktivbaserade generalklausulen har dock känts främmande för de engelska juristerna (*Collins* 1994 s. 249).

(ii) *Problemet relateras till användningen av standardvillkor.* Detta sätt att angripa problemet tar de liberalistiska viljerelaterade utgångspunkterna för kontraktsrätten på allvar, och problematiserar realiteten i avtalspartens samtycke till standardvillkor som han inte berett och kanske inte ens läst. I en sådan modell är skälighetsreglerna mest direkt anknutna just till det fall att man använt standardvillkor för att utforma avtalet. Distinktionen mellan standardvillkor och individuella villkor blir juridiskt viktig, därför att kontraktsrättens skälighetsregler fokuserar på standardvillkoren. För de individuella villkorens del nöjer man sig däremot med resonemang lika dem som nämnts ovan under (i).

Det bäst kända exemplet på detta sätt att se på oskäliga avtalsvillkor finner man i tysk rätt. Den tyska lagstiftningen om allmänna avtalsvillkor (Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen) från år 1976 gällde tolkning, inkorporering och skälighetskontroll av standardvillkor och var tillämplig både på konsumentavtal och avtal mellan näringsidkare. I den stora reformen av obligationsrätten i den

tyska civillagen intogs dessa bestämmelser i ett särskilt kapitel i denna kodifikation (Bürgerliches Gesetzbuch, Art. 305–310).

Den tyska lagstiftningen fungerade som en central inspirationskälla då EG:s oskälighetsdirektiv bereddes. I början av beredningen utgick man visserligen från att direktivet skulle täcka alla villkor i konsumentavtal, både standardvillkor och individuella villkor (1990 års förslag: Official Journal 1990, C 243/3). Bl.a. som en följd av stark kritik från tysk doktrin (*Brandner – Ulmer* 1991 s. 652 ff.) begränsade man dock direktivets tillämpningsområde till att omfatta blott villkor som inte varit föremål för individuell förhandling.

(iii) *Problemet relateras till behovet att skydda den svagare parten.* I detta sätt att se på problemet tar man utgångspunkt i avsaknaden av balans mellan parterna på ifrågavarande marknad. Då man kanske framför allt sett på obalansen mellan parterna på konsumentmarknaden, är den grundläggande motiveringen för en reglering på denna grund ofta behovet att skydda konsumenten. Roten till problemen uppfattas inte så mycket ligga i konflikten mellan tron på partsviljan och användningen av standardvillkor, utan snarare i konsumenternas avsaknad av förhandlingsstyrka i relation till näringsidkarna. Därför är den relevanta avgränsningen av reglerna i en sådan modell inte villkorets karaktär av standardvillkor – också ett individuellt villkor kan göras oskäligt mot en konsument som saknar förhandlingsstyrka – utan relationens karaktär av konsumentrelation. Trots denna viktiga principiella skillnad leder modellerna (ii) och (iii) i flertalet fall till rätt likartade praktiska resultat, då ju näringsidkare i konsumentrelationer oftast ingår avtal med hjälp av standardvillkor.

Fransk rätt har följt konsumentskyddsmodellen. Särskilda oskälighetsregler är tillämpliga på konsumentavtal, men kan då tillämpas både på standardvillkor och individuella villkor (Loi Scrivener 1978 och sedermera Code de la Consommation, Art. L 132.1–L 132.5).

EG:s oskälighetsdirektiv bereddes som ett konsumentskyddsdirektiv och gäller blott konsumentavtal. Även om direktivet därför till sin utgångspunkt faller under gruppen (iii) blev man dock, som ovan nämndes, under beredningen tvungen att tillfoga direktivet en avgränsning också av det slag som är naturligt i gruppen (ii). Då området för villkor som inte varit föremål för individuell förhandling i direktivet gjorts mycket brett, klart överskridande det som traditionellt omfattats av definitionerna av standardvillkor, är konsumentskyddsmotivet i direktivet trots detta uppenbart mer dominerande än standardvillkorsproblematiken.

(iv) *En allmän skälighetsprincip*. Den mest långtgående rätten för domstolarna att kontrollera skäligheten hos avtalsvillkor erbjuder en modell, i vilken skälighetsregeln kan tillämpas både på konsumentavtal och avtal mellan näringsidkare (och givetvis också på avtal mellan privatpersoner) och oberoende av om villkoret ifråga är ett standardvillkor eller ett individuellt villkor. I ett sådant sätt att se på frågan erkänner man att kontraktsmekanismen kan leda till oskäliga resultat i alla slags förhållanden. Man betonar att domstolarna inte skall kunna utnyttjas för att genomdriva villkor som är oskäliga, oberoende av fallet art. Skälighetsprincipen genomsyrar då hela kontraktsrätten. Detta hindrar naturligtvis inte att egenskapen av standardvillkor kan vara en relevant omständighet vid den konkreta tillämpningen av denna princip.

Som framgår av kap. 5, bygger den nordiska rätten på sådana utgångspunkter. Den nordiska kontraktsrättsmodellen utgår från en bredare skälighetsprincip, uttryckt i 36 § AvtL, än den som gäller i andra europeiska länder.

2.4 En särskild "standardavtalsrätt"?

I den rättsvetenskapliga litteraturen har man tidigt begynt sammanfatta behandlingen av de problem som anknyter sig till standardavtalen under en särskild rubrik. Frågeställningar av det slag som nämnts ovan i avsnitt 2.2 har belysts inom ramen för vad som på svenska kunde kallas t.ex. "standardavtalsrätten".

Redan vid förra sekelskiftet pläderade fransmannen *Raymond Saleilles* (1901) för att man skulle utesluta det som han kallade anslutningsavtal (*contrat d'adhesion*) från avtalsrättens område. Tanken vann likväl inte genklang ens i hans hemland (i finsk doktrin polemiserar *Kuno Fredrik Nyman* 1955 mot uppfattningen). Också i amerikansk rätt framförde man tankegångar, enligt vilka man borde ställa sig skeptisk till giltigheten av anslutningsavtal (se särskilt *Kessler* 1943 och *Rakoff* 1983). I den tyska rättsutvecklingen intog åter *Ludwig Raisers* år 1935 utgivna *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen* en central ställning. Verket har uppfattats som en av de banbrytande monografierna på området.

2 Om "standardavtalsrätten"

I finsk rätt fick tanken på standardavtalen som en speciell problematik sitt genombrott först genom *Curt Olssons* referat vid 1957 års Nordiska juristmöte om verkan av avtalsklausuler i standardformulär. Någon plädoyer för en särskild "standardavtalsrätt" utgör inlägget dock inte.

Man kan fråga sig, huruvida man vid beskrivningen av den finska och nordiska rätten i dag borde tala om en särskild "standardavtalsrätt". Är ett sådant språkbruk en god begreppsutveckling, och går det att förena med den generaliserande skälighetsmodell som ovan (avsnitt 2.3 p. iv) sades präglade den nordiska kontraktsrätten?

Begreppet "standardavtalsrätt" kan naturligtvis användas i rent framställningstekniskt syfte för att peka på vissa kontraktsrättsliga frågeställningar som kan antas ha särskild relevans då man ingår avtal med hjälp av standardvillkor. Detta är knappast problematiskt i sig, och också i detta arbete används för det språkliga flytets skull ibland attributet "standardavtalsrättslig". Om man emellertid uppfattar "standardavtalsrätten" mer eller mindre som ett särskilt rättsområde – eller åtminstone som en särskild underavdelning inom den allmänna kontraktsrätten – med egna principer, blir systematiseringen långt mer problematisk. En utveckling av en särskild "standardavtalsrätt", inom vilken områdets speciella karaktär i förhållande till kontraktsrätten i övrigt skulle betonas, kan knappast rekommenderas (se om diskussionen också *Bernitz* 1991 s. 21 f.). Flera skäl kan nämligen anföras mot en strävan att avskärma standardavtalens problem från de problem som möter vid tillämpningen av rent individuella avtal.

Till en början är det skäl att framhålla, att den kontraktsrättsliga lagstiftningen i den nordiska modellen inte förutsätter någon uppdelning av avtalsvillkor i standardvillkor och individuella villkor. De regler som gäller för kontrakt i allmänhet och för olika avtalstyper skall i regel tillämpas på vardera slaget av villkor. Lagstiftningen kräver allmänt taget inte att man gör en klar distinktion mellan standardavtal och individuella avtal eller mellan standardvillkor och individuella villkor.

Inte ens stadgandena om kollektiv reglering av avtalsvillkor i 3 kap. KSL är formellt begränsade att omfatta blott standardvillkor, även om myndighetsövervakningen av naturliga skäl i praktiken främst måste riktas mot sådana villkor. Också OtillbVillKL gäller såväl standardvillkor som individuella villkor (*RP 39/1993* s. 8).

Tillämpningsområdet för vissa speciella stadganden angående avtalsvillkor har dock uttryckligen angivits eller förutsatts omfatta blott standardvillkor. Enligt 126 § 2 mom. kreditinstitutslagen (121/2007) skall ett kreditinstitut tillstålla Finansinspektionen *avtalsvillkoren för de standardavtal* som det använder i sin verksamhet. Lagens förbud i 126 § 1 mom. mot att använda oskäligen villkor i kreditinstitutets verksamhet gäller däremot både individuella villkor och standardvillkor.

Enligt 21 § 3 mom. elmarknadslagen (386/1995) skall en minutförsäljare av el med betydande marknadsinflytande ha *offentliga elförsäljningsvillkor* som också skall tillställas elmarknadsmyndigheten (22 § 1 mom.). Alla minutförsäljare av el skall ge underrättelse till elmarknadsmyndigheten eller en sammanslutning som myndigheten utsett om sina *elminutförsäljningsvillkor* för konsumenter och andra små elanvändare (22 § 2 mom.) (se också *RP 138/1994 s. 41*).

Teleföretag skall enligt 66 § kommunikationsmarknadslagen (393/2003) utarbeta *standardavtalsvillkor* för kommunikationstjänster till konsumenter, offentliggöra dem och andra standardavtalsvillkor som företaget använder samt sända in villkoren till KO och Kommunikationsverket för kännedom.

En liknande reglering gäller för posttjänster. Postföretag skall enligt 24 § lagen om posttjänster (313/2001) publicera *leveransvillkoren* i skriftlig form. Innan villkoren tas i bruk skall företaget tillstålla dem Kommunikationsverket för godkännande, som kan ges efter KO:s tillstyrkande ställningstagande.

Också enligt 6 § järnvägstransportlagen (1119/2000) skall *transportvillkoren* hållas tillgängliga på de verksamhetsställen där avtal om transporter ingås.

Existensen av specialbestämmelser av detta slag rörande vissa särskilda branscher med ansvar för samhälleliga "infrastruktur tjänster" (se t.ex. *Nybergh 2004 s. 20*) utgör likväl knappast något tillräckligt skäl för att utveckla en särskild "standardavtalsrätt".

Det är skäl att nämna att kommissionen för revidering av rätts-handlingslagen år 1990 föreslog att man skulle stifta en särskild lag om standardvillkor. I denna lag skulle det finnas stadganden om förut-sättningar för standardvillkors bindande verkan, tolkning och reglering (Kom.bet. 1990:20). Lagförslaget har emellertid inte förverkligats till andra delar än gällande regleringen av avtalsvillkor (OttillbVillkL).

EG:s oskälighetsdirektiv och de ändringar som man p.g.a. det gjort i KSL kunde eventuellt tänkas leda till en ändrad inställning till tanken på en särskild "standardavtalsrätt". Direktivet riktar ju sig, som konstaterats ovan, till största delen just mot standardvillkor. I direktivets text har man t.o.m. uttryckligen konstaterat att det

särskilt gäller i förväg formulerade standardavtal (3 art. 2 punkten). Emellertid är direktivet (tillsvidare) ett minimidirektiv (8 art.), varför avgränsningen av dess tillämpningsområde inte måste införas i den finska lagstiftningen. Såsom senare (i avsnitt 2.5) beskrivs närmare, har begränsningen av direktivets tillämpningsområde hos oss tagits med blott i några stadganden av liten betydelse. Därtill måste det konstateras att man inte heller i själva direktivet har avgränsat tillämpningsområdet att gälla enbart egentliga standardvillkor: direktivet gäller alla sådana villkor "som inte har varit föremål för individuell förhandling" (3 art., se närmare avsnitt 2.5). Direktivet och den lagstiftning som givits på basis av det ger således sist och slutligen inte något särskilt stöd för att man hos oss skulle tala om en särskild "standardavtalsrätt".

I formuleringen av europeiska principer i PECL har man i fråga om oskälighetsreglerna byggt på oskälighetsdirektivet men utvidgat tillämpningsområdet också till avtal mellan företag (Art. 4:11C). Det enda avgränsningskriteriet skulle därmed vara kravet på att villkoren inte varit föremål för individuell förhandling. Det kan m.a.o. i samband med harmoniseringsprocesserna uppstå ett tryck mot en ökad betoning av distinktionen mellan (rent) individuella villkor och andra villkor, enligt den tyska modellen (se ovan 2.3 p. ii). Tillsvidare finns det dock många röster i den europeiska debatten i denna fråga, vilket också är naturligt med tanke på de olika modeller som förekommer i EU:s medlemsländer.

Också i DCFR 2008 förekommer distinktionen mellan individuella och standardiserade villkor, t.o.m. i flera olika former. Man använder både oskälighetsdirektivets avgränsning som är relaterad till frågan, huruvida villkoren varit föremål för individuell förhandling (DCFR 2008, II.-9:404, angående konsumentavtal), och en avgränsning som direkt utnyttjar begreppet standardvillkor (DCFR 2008, II.-9:405, angående avtal mellan enskilda, och II.-9:406, angående avtal mellan näringsidkare). Det är inte säkert att dessa svärmotiverade distinktioner upprätthålls under den fortsatta beredningen av den gemensamma referensramen.

Det faktum att man inte i lagstiftningen gör skillnad mellan standardavtal och individuella avtal skulle naturligtvis inte i och för sig hindra att man rörande vissa frågor utvecklade särskilda principer som skulle tillämpas blott vid bedömningen av standardavtal och

som kunde sammanfattas under benämningen "standardavtalsrätt". Ett viktigare motargument är det faktum att begreppsparet standardvillkor/individuella villkor ingalunda alltid bör utgöra den viktigaste distinktionen vid tillämpningen av många av de principer som ovan (avsnitt 2.2) utpekats som centrala i "standardavtalsrätten". Då man t.ex. tillämpar jämningsregler och andra normer som utarbetats i syfte att skydda den svagare parten i ett avtalsförhållande kan man inte automatiskt utgå från att standardvillkor är ensidiga och bör jämkas medan individuella villkor inte är det. Även standardvillkor kan vara balanserade, medan det kan förekomma rent individuella avtal som innehåller betydande oskäligheter. Tanken på en särskild "standardavtalsrätt" tenderar att undanskymma detta faktum.

Ovan har anförts, att svårigheterna att förena principerna om standardvillkors bindande verkan med läran om partsviljan som grund för avtalsbundenhet utgör det mest brännande teoretiska problemet inom "standardavtalsrätten". Inte heller detta problem kan emellertid betraktas som exklusivt standardavtalsrättsligt. Även vid rent individuellt utformade avtal kan styrkebalansen mellan parterna vara sådan att den ena parten får acceptera den andra partens diktat kanske t.o.m. utan att närmare överväga de individuellt "avtalade" villkorens innehåll – detta faktum har, som just konstaterats, erkänts t.ex. i avgränsningen av tillämpningsområdet för oskälighetsdirektivet. Om man trots detta ville isolera den standardavtalsrättsliga problematiken och utarbeta egna principer inom denna ram, skulle detta lätt få konsekvensen att man inte skulle vara tvungen att ifrågasätta den allmänna kontraktsrätts utgångspunkter. I skenet av de utvecklingsprocesser som pågår inom den allmänna kontraktsrätten förefaller en sådan avskärmning av den standardavtalsrättsliga diskussionen knappast lycklig. Det resonemang som förs t.ex. angående utvecklingen av doktrinen om standardvillkors bindande verkan (se nedan avsnitt 4.6) bör sålunda vid behov *mutatis mutandis* kunna åberopas även mot ensidigt dikterade individuella villkor.

Av angivna skäl kommer begreppet "standardavtalsrätt" inte att utnyttjas i det följande – det att adjektivet "standardavtalsrättslig" ibland förekommer är enbart betingat av stilistiska skäl. Målet för framställningen är inte att blott presentera "standardavtalsrätten"

utan snarare att diskutera vissa allmänna kontraktsrättsliga problem från ett standardavtalsperspektiv. I vissa avsnitt får detta perspektiv t.o.m. en rätt blygsam framtoning: beskrivningen av reglerna om jämkning av avtal och den avslutande diskussionen om skäligheten i kontraktsrätten har tillåtits flyta ut över gränserna för temat "standardavtal".

2.5 Villkor som inte varit föremål för individuell förhandling

Ovan har konstaterats att tillämpningsområdet för EU:s oskälighetsdirektiv är begränsat så att direktivet bara gäller avtalsvillkor som inte varit föremål för individuell förhandling. Även om den här avgränsningen, på de grunder som nämnts tidigare, inte ger anledning till att skapa en särskild standardavtalsrätt, inför den ändå i finsk rätt en distinktion som innehållsligt ligger nära begreppsparet standardvillkor/individuellt villkor. Därför – och då samma distinktion har utnyttjats också i PECL och DCFR 2008 – är det i detta sammanhang skäl att kort granska betydelsen av och innehållet i avgränsningen.

Begränsningen av oskälighetsdirektivets tillämpningsområde togs med i direktivet i ett rätt sent skede av beredningsarbetet. Orsaken låg främst i svårigheten att uppnå den enhällighet som behövdes gällande möjligheten att jämka individuellt utformade villkor. I direktivets ingress konstateras uttryckligen att "Den nationella lagstiftningen medger för närvarande bara en partiell harmonisering...". Begränsningen skall således inte förstås som ett egentligt linjeval. Syftet med direktivet var inte att förhindra jämkning av individuellt avtalade avtalsvillkor på basis av nationell lagstiftning. Direktivets karaktär av minimidirektiv (8 art.) garanterar fortbeståndet av en dylik möjlighet till jämkning.

Trots detta har den finska lagstiftaren vid implementeringen av direktivet i vissa frågor utnyttjat begränsningen av tillämpningsområdet i direktivet. I dessa situationer är begränsningen således relevant också enligt finsk rätt. Tre dylika stadganden har intagits i KSL:

(i) Vid jämkning av konsumentavtal får ändrade förhållanden inte beaktas till konsumentens nackdel (KSL 4: 2.2).

(ii) En balansering av resultatet av jämkningen av ett villkor som är oskäligt mot konsumenten genom jämkning av ett annat villkor till näringsidkarens fördel (se *RP 218/1994* s. 8) är vanligtvis inte tillåtet (KSL 4: 2.3).

(iii) Ett oklart villkor i ett konsumentavtal skall tolkas till konsumentens fördel (KSL 4: 3).

Dessa stadganden skall alltså inte tillämpas på individuellt avtalade villkor. Av dem gäller emellertid de två första rätt teoretiska situationer. Om nödvändigheten att med hänsyn till implementeringen av oskälighetsdirektivet ta in dem i lagen kan man på goda grunder hysa olika åsikter. Endast regel iii kan ha någon praktisk betydelse. Allt i allt tycks gränsdragningen mellan sådana avtalsvillkor som man avtalat om individuellt och övriga avtalsvillkor ha en liten praktisk relevans. Eventuella tolkningsproblem som ansluter till gränsdragningen behandlas därför här endast i korthet.

Oskälighetsdirektivets definition "avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling" är till sitt innehåll mera omfattande än "standardvillkor". Det avgörande avgränsningskriteriet är inte standardiseringen av villkoret – även om standardvillkor vanligtvis är villkor om vilka man inte förhandlat individuellt – utan det huruvida konsumenten har haft möjlighet att påverka innehållet i villkoret (se *Wilhelmsson* 1995 s. 138 samt direktivets 3 art. 2 punkt: "... och konsumenten därför inte har haft möjlighet att påverka villkorets innehåll ..."). Därför faller också villkor som näringsidkaren utformat blott för ett kontraktsförhållande, men beträffande vilka den ifrågavarande konsumenten inte givits förhandlingsmöjlighet, inom ramen för definitionen (*Nebbia* 2007 s. 119). De ovan beskrivna stadgandena i KSL har formulerats i enlighet med detta. Enligt dem tillämpas stadgandena på ett villkor som "utarbetats i förväg utan att konsumenten har kunnat påverka dess innehåll".

Det väsentliga vid tillämpningen av begränsningen är frågan hur reell påverkningsmöjligheten varit. Enbart den omständigheten att parterna vid avtalsslutet har diskuterat ett villkor som uppgjorts på förhand för inte villkoret utanför tillämpningsområdet för de omtalade stadgandena. Om konsumenten t.ex. erbjudits två eller flera

alternativa villkor, av vilka konsumenten valt ett, undanröjer inte detta förfarande det faktum att konsumenten inte kunnat påverka innehållet av det villkor han valt.

Även om man i de nyss beskrivna stadgandena i KSL talar om på förhand "utarbetade" villkor, utesluter detta inte en tillämpning av åtminstone de två förstnämnda stadgandena också på muntliga villkor. I ingressen till oskälighetsdirektivet har uttryckligen konstaterats att "[k]onsumenterna måste åtnjuta samma skydd vid både muntliga och skriftliga avtal...".

För en vid tillämpning av de omtalade stadgandena talar också stadgandet om bevisbördan i 3 art. 2 punkten i oskälighetsdirektivet. En näringsidkare som påstår att villkoret är sådant att konsumenten kunnat påverka dess innehåll, måste leda sitt påstående i bevis (KSL 4:4).

Av dessa skäl kan de stadganden som behandlats här i praktiken tillämpas på det stora flertalet villkor i konsumentavtal. Som EU-kommissionen har konstaterat om oskälighetsdirektivet:

"the rather broad definition of non-negotiated terms ... will make it possible to cover the majority of cases which raise problems for consumers" (Communication from the Commission to the European Parliament pursuant to Article 149(2) (b) of the EEC Treaty, Re: Common position of the Council on the proposal for a directive on unfair terms in consumer contracts (COM(92) 66 final)).

3

Standardavtalspraxis

3.1 Inledning

Vid en närmare granskning av "avtalsverkligheten" är det med hänsyn till de utgångspunkter som den gällande kontraktsrätten sagts bygga på – framför allt partsviljans centrala ställning som grund för avtals bindande verkan – av betydande intresse att söka bedöma, i vilken utsträckning en avtalspart i olika situationer faktiskt kan påverka avtalsinnehållet.

Partens möjligheter att faktiskt utöva inflytande över innehållet i de avtal han ingår brukar stundom beskrivas med termen *faktisk avtalsfrihet* i motsats till den *normativa avtalsfriheten*, vars omfattning bestäms av den gällande rättens normer. Då man diskuterar avtalsfriheten är det skäl att vara uppmärksam på dessa olika betydelser hos begreppet. Standardavtalen utgör ett gott exempel på att en vidsträckt normativ avtalsfrihet kan innebära en mycket begränsad faktisk avtalsfrihet för den ena avtalsparten.

I fall där en avtalspart (t.ex. ett företag) i allmänhet brukar ingå avtal med utnyttjande av standardvillkor riktar sig huvudintresset vid en granskning av den faktiska avtalsfrihetens omfattning mot de presumtiva motparternas möjligheter att påverka avtalsinnehållet. Man kan undersöka, huruvida och i vilken omfattning kunderna kan

förhandla fram individuella villkor med avvikelse från eller i tillägg till de standardvillkor företaget använder. Några generella svar på ett sådant spörsmål kan naturligtvis inte ges. Kundens möjlighet att påverka avtalsinnehållet kan variera från bransch till bransch och från avtalstyp till avtalstyp. Angår avtalet prestationer av masskaraktär måste standardiseringen av naturliga skäl vara starkare än då prestationen är mer "skräddarsydd" för kundens behov. Styrkeförhållandet mellan parterna är också av betydelse i detta sammanhang. Ju mer underlägsen kunden är i förhållande till företaget, desto mindre möjligheter har han i regel att genomdriva väsentliga individuella krav då avtalet sluts. I konsumentförhållanden befinner sig kunden ofta i en sådan ställning att han blott kan välja mellan att ingå avtalet på erbjudna villkor eller låta bli. Då ett avtal mellan två storföretag uppgörs på grundval av standardvillkor kan detta däremot ske t.ex. därför att man anser att standardvillkoren – som kan vara gemensamt utarbetade – motsvarar vardera partens intressen.

På ett mer allmänt plan påverkas kundernas valfrihet också av *graden av standardisering inom ifrågavarande bransch*. Om de företag kunden kan välja mellan utnyttjar likadana standardvillkor elimineras den möjlighet att välja avtalsinnehåll som kan ansluta sig till friheten att välja avtalspart. Graden av likformighet varierar naturligtvis från bransch till bransch och är avhängig bl.a. av hur monopoliserad ifrågavarande bransch är samt av hur företagen inom branschen är organiserade. Inom många branscher förekommer det att ett branschförbund utarbetat standardvillkor som är avsedda att användas av de företag som är medlemmar i förbundet.

Sådana branschvillkor kan utarbetas i olika syfte. Branschorganisationen kan utforma standardvillkor för att härigenom erbjuda intresserade företag ett mer eller mindre sakkunnigt formulerat hjälpmedel att utnyttjas då man sluter avtal. Företagen inom branschen kan fritt välja, huruvida och i vilken utsträckning man utnyttjar villkoren. Det förekommer emellertid, att standardiseringen av villkoren inom branschen också har konkurrensmässiga aspekter. För att förhindra villkorskongkurrens kan man avtala om – eller åtminstone förutsätta – att de företag som hör till ifrågavarande förbund bör använda villkoren. Sett ur det enskilda företags perspektiv innebär detta att även företags faktiska avtalsfrihet är begränsad. För

klarhetens skull må påpekas, att ett sådant arrangemang givetvis inte direkt kan påverka det enskilda avtalets giltighet, om företaget trots allt ingår ett avtal på avvikande villkor. Det är också skäl att påpeka, att förfarandet ofta kan strida mot konkurrenslagstiftningen.

Rättsläget både i Finland och i EU kan i detta hänseende betecknas som oklart (se närmare t.ex. *Wilhelmsson* 2006). I Finland har konkurrensmyndigheterna ingripit mot rekommendationer angående standardvillkor som utfärdats av näringslivsorganisationer och sådana gemensamma villkor har accepterats endast då deras nytthet för konsumenter eller andra kunder har varit uppenbar och konkurrensen inte har begränsats i betydande mån. Också på det europeiska planet finns det begränsningar i frågan om samarbete vid utformningen av standardvillkor, även om utgångspunkten är den att man godtar sådant samarbete. Det lilla europeiska material som föreligger antyder att i synnerhet bindande överenskommelser om gemensamma villkor betraktas som oacceptabla. Också rekommendationer kan emellertid ibland vara förkastliga. Man förhåller sig negativt till samarbete angående klausuler som direkt påverkar prissättningen, som t.ex. villkor angående rabatter. För försäkringens del har förutsättningarna för villkorssamverkan uttryckligen reglerats i Kommissionens förordning (EG) nr 358/2003 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på vissa grupper av avtal, beslut och samordnade förfaranden inom försäkringssektorn.

I det föreliggande kapitlet omtalas ett antal viktiga standardvillkor. Tyngdpunkten i framställningen ligger således vid branschvillkor som har en vidsträckt spridning. Därtill omnämns vissa andra villkor som är av speciellt intresse i något avseende. Strävan är inte att förmedla någon fullständig eller ens en rättvis bild av avtalsverkligheten. Med hjälp av de standardvillkor som omtalas här ingås naturligtvis blott en försvinnande liten del av alla standardavtal, även om vissa av villkoren kan inta en dominerande position inom sin egen sektor av kontraktsrätten.

Då beskrivningen främst koncentreras på branschvillkor av olika slag kommer den samtidigt att bli en redogörelse för vissa organisationer som fastställer standardvillkor – dvs. för sådana faktiska ”lagstiftare” vilkas verksamhet kan vara av långt större betydelse för avtalsrelationernas utformning än den riktiga lagstiftarens. Vidare omtalas också ett antal kommentarer av dessa inofficiella

”lagstiftares” produkter. Vissa branschvillkor har nämligen uppfattats som så betydande att det kring dem uppkommit en flora av juridiska kommentarverk som till sin uppläggning långt motsvarar den rättsdogmatiska litteratur som brukar växa fram kring den egentliga lagstiftningen.

3.2 Standardvillkor vid internationell handel

Vid internationella avtal är en noggrann utformning av kontraktet av särskild vikt. Då avtalet skall utfyllas och tolkas har man här inte en nationell rättsordning att stöda sig på utan två eller flera. Detta medför flera speciella osäkerhetsmoment för parterna. Redan avgörandet, vilket lands lag som skall äga tillämpning på avtalet, är ofta osäkert, då den internationella privaträttens normer är vaga. Även om man söker begränsa detta problem med hjälp av en lagvalsklausul i avtalet, återstår det faktum att den nationella rätt som tillämpas är en främmande rätt för någondera (eller stundom vardera) parten med den osäkerhet detta kan medföra. Man har försökt komma till rätta med problemet bl.a. genom att arbeta på en *harmonisering* av olika länders lagstiftning angående internationella köp och transporter med hjälp av internationella konventioner m.m. (se avsnitt 1.3). Man har också strävat att minska problemen genom att förenhetliga standardvillkor som utnyttjas vid internationell handel. Standardvillkor som uppgjorts i sådant harmoniseringssyfte har ofta karaktären av ett slags *agreed documents*.

I de första skedena av det arbete på en gemensam referensram för den europeiska kontraktsrätten som kommissionen igångsatt framkastade kommissionen också tanken på möjligheterna att på olika sätt understöda ett utarbetande av europeiska standardvillkor för olika områden (*KOM(2003) 68 s. 23 f.*). Dessa planer övergavs sedermera, då en sådan myndighetsinitierad och -understödd produktion av standardvillkor av flera skäl uppfattades som problematisk.

Standardvillkor har utarbetats inom ramen för Förenta Nationerna. På det europeiska planet har FN:s ekonomiska kommission för Europa (ECE; www.unece.org) spelat en betydande roll. Denna underorganisation till FN har utarbetat internationella leveransvillkor som fått en vidsträckt spridning och som därtill kommit att stå modell också för utformningen av nationella standardvillkor i många fall. ECE utgör kanske det bästa exemplet på en offentlig organisation som – vid sidan av andra uppgifter – utarbetat internationella standardvillkor i harmoniseringssyfte.

De mest inflytelserika ECE-villkoren är de allmänna villkoren för leverans av anläggningar och maskiner, som antogs redan år 1953 (ECE 188: General Conditions for the Supply of Plant and Machinery for Export; kommenterade på svenska av *Deullar – Nordström* 1977) samt för leverans och montage av anläggningar och maskiner (ECE 188 A: General Conditions for the Supply and Erection of Plant and Machinery for Import and Export; se *Deullar – Nordström* 1981). Inom ramen för ECE har vidare utarbetats standardvillkor för leverans av särskilda varuslag såsom konsumtionskapitalvaror m.m., olika slag av trävaror, stålprodukter, fasta bränslen, citrusfrukter, potatis och spannmål. Fastän ECE inte längre har samma roll i förevarande hänseende, då uppdelningen av Europa i öst och väst överbyggats, har dess standardvillkor lämnat bestående spår i standardavtalspraxis i Europa.

På många områden förekommer också standardvillkor som utarbetats av internationella branschorganisationer. I anslutning till avtal om leverans och montage av anläggningar kan t.ex. användas villkor som utformats av det internationella förbundet för konsultingenjörer (FIDIC; www.fidic.org). Organisationen har fastställt villkor för olika slags entreprenadavtal samt för konsultavtal. Inom området för mekanisk industri, metallindustri och elektroteknik har den europeiska sammanslutningen Orgalime (www.orgalime.org) utarbetat standardvillkor som också används allmänt (Orgalime S 2000: General Conditions for the Supply of Mechanical, Electrical and Electronic Products).

En betydelsefull företrädare för det privata näringslivet i många länder utgör Internationella Handelskammaren (ICC; www.iccwbo.org). Denna organisation har bl.a. fastställt ett standardvillkor för

köp (ICC Model International Sale Contract 1998), liksom också för andra kontraktstyper såsom distributions- och franchisingkontrakt. Ännu viktigare är emellertid det klausulrelaterade arbete man sedan länge utfört. ICC har utarbetat detaljerade normer angående innehållet i ett antal leveransklausuler (CIF, FOB, FAS, Ex Works osv.), vilka utnyttjas vid transportköp och reglerar vissa av säljarens och köparens skyldigheter samt farans övergång vid sådana köp. Normsamlingen i vilken dessa klausulers innehåll preciseras kallas *Incoterms* (senast omarbetade 2000). Normerna kan betraktas som ett slags standardvillkor i det bundenhet vid dem avses uppkomma genom hänvisning i avtalet (t.ex. genom en hänvisning av typen "CIF Incoterms 2000"). De är dock så vidsträckt utnyttjade vid internationell handel att man kan ifrågasätta, huruvida de inte börjar närma sig ställningen av handelsbruk.

Betalningen av köpeskillingen vid ett internationellt köp sker ofta via bank med hjälp av ett arrangemang som kallas *remburs*. Internationella Handelskammaren har fastställt enhetliga regler för remburs, vilka finner vidsträckt användning (ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits UCP 600, senast reviderade 2007; se t.ex. *Gorton* 2007). I den rembursrättsliga litteraturen bygger man i regel framställningen på dessa villkor, vilka ofta uppfattats utgöra handelsbruk (se t.ex. *Gorton* 1980 s. 42 ff.).

Också på den internationella transporträttens område förekommer en omfattande standardvillkorsflora, som delvis utformats av olika internationella organisationer.

3.3 Nationella och nordiska standardvillkor

På grundval av de ECE-villkor som tidigare nämndes har de nordiska metallindustriförbunden låtit utarbeta standardvillkor som används vid leverans av maskiner m.m. såväl inom som mellan de nordiska länderna. ECE 188 har stått modell för de nordiska villkor som i 2001 års version heter Allmänna leveransbestämmelser för leveranser av maskiner samt annan mekanisk, elektrisk och elektronisk utrustning

inom och mellan Danmark, Finland, Norge och Sverige (NL 01; tidigare versioner finns kommenterade hos *Kolrud et al.* 1993 och *Deullar – Nordström* 1977), medan åter Allmänna bestämmelser för leverans med montage av maskiner samt annan mekanisk, elektrisk och elektronisk utrustning inom och mellan Danmark, Finland, Norge och Sverige (NLM 02; se beträffande en tidigare version *Deullar – Nordström* 1981) på motsvarande sätt har haft ECE 188 A som förebild. Man har också utarbetat speciella villkor för leverans av särskilda varuslag, t.ex. för gjutgods (NLG 03) och för standardvaror såsom komponenter, skruv, spik och andra mängdvaror (NLS 04).

En avtalstyp, vid vilken branschvillkoren redan länge intagit en betydelsefull ställning, är byggnadsentreprenaden. Standardvillkoren för denna bransch är traditionellt utarbetade i ett samarbete mellan representanter för de involverade parterna. Den gällande versionen är Allmänna avtalsvillkor för byggnadsentreprenader från år 1998 (YSE 1998). Villkoren utgör m.a.o. ett slags *agreed documents* för branschen i fråga. I den tämligen vidlyftiga rättsvetenskapliga litteraturen kring entreprenadavtal har vid ifrågavarande tidpunkt gällande versioner av dessa villkor ofta stått i förgrunden (se t.ex. redan villkorskomentaren av *Erma* 1974 och doktorsavhandlingen av *Laine* 1993).

Också på transporträttens område finns det viktiga nordiska standardvillkor. T.ex. i speditorsverksamhet används allmänt Nordiskt Speditörförbunds allmänna bestämmelser (NSAB 2000; se www.nordicfreight.org). Också representanter för kundföretagen har deltagit i arbetet på bestämmelserna (*Sisula-Tulokas* 2007 s. 24). Då Nordiskt Speditörförbund har träffat överenskommelse om villkoren med ett antal kundorganisationer från Danmark, Norge, Finland och Sverige, kan även dessa villkor alltså betraktas som *agreed documents*.

Inom många enskilda branscher förekommer branschvillkor som utarbetats av ifrågavarande branschorganisation. Vid leveransavtal är det vanligen organisationer som representerar säljarsidan som utarbetat villkoren. I situationer där köparsidan är organiserad och har en tillräckligt stark förhandlingsposition förekommer dock även villkor som utformats av denna sida.

3.4 Standardvillkor i konsumentavtal

Även i konsumentförhållanden används naturligtvis standardvillkor av varierande slag. Det förekommer omfattande villkor, såsom t.ex. försäkringsvillkor och allmänna sällskapsresevillkor, i vilka man eftersträvat en detaljerad reglering av ifrågavarande avtalsförhållande, medan standardvillkoren i andra fall kan beröra mer begränsade problem (t.ex. garantivillkor). Det används såväl bransch- som företagsvillkor. De villkor som förhandlats fram av KO utgör ofta goda exempel på villkor av det förstnämnda slaget.

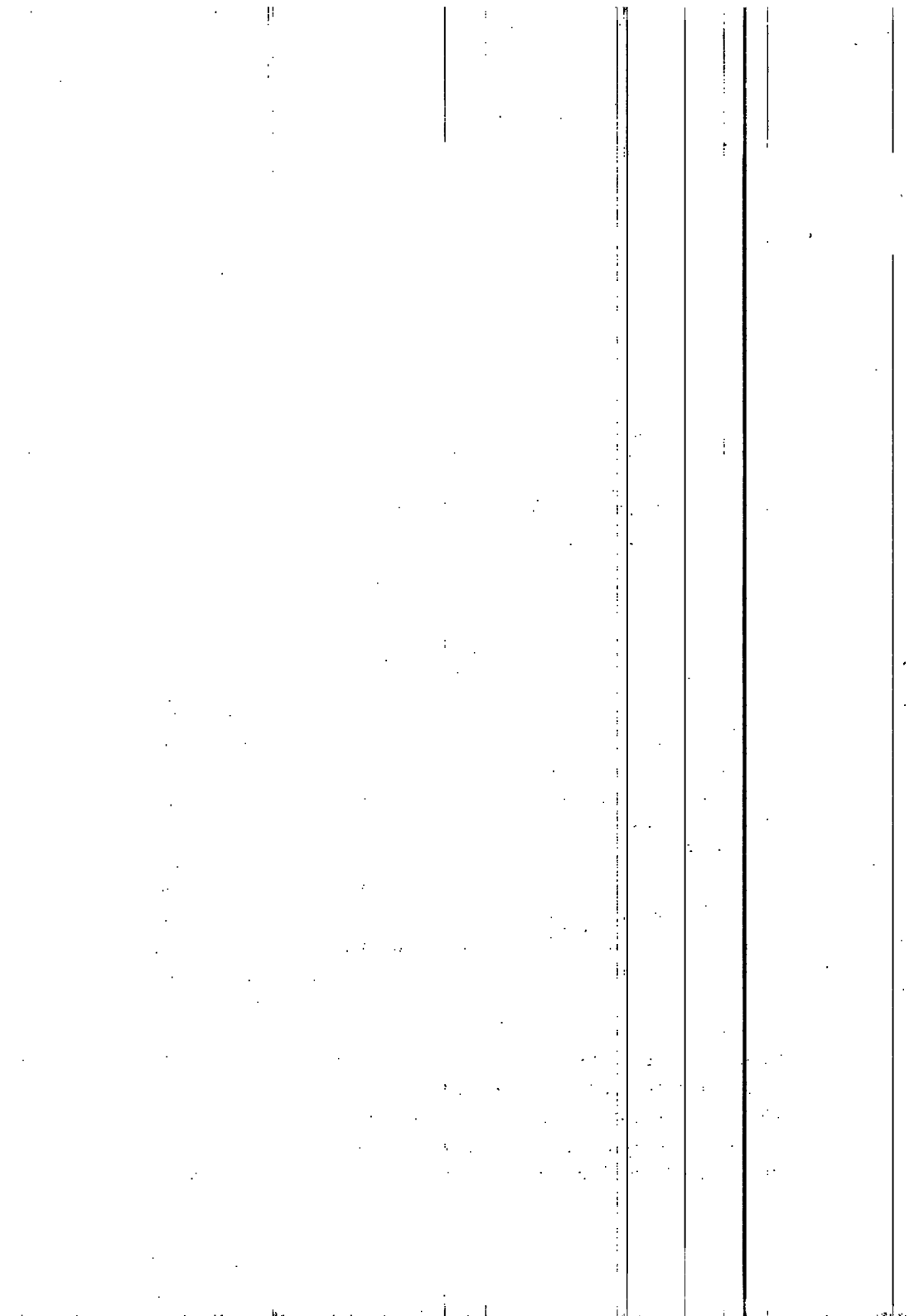
Standardvillkoren i konsumentavtal är i regel ensidigt upprättade villkor. På konsumentområdet förekommer det knappast organisationer som skulle inneha en sådan position att de effektivt kunde driva konsumenternas sak vid utformningen av standardvillkor. Som senare (i avsnitten 6.2–6.3) kommer att framgå kan KO dock förhandla med branschorganisationer och enskilda företag om innehållet i de standardvillkor de utnyttjar eller avser att utarbeta. Sådana förhandlingar har KO fört i första hand angående utformningen av branschvillkor.

KO har förhandlat med företrädare för näringslivet angående avtalsvillkor för många slag av verksamheter och ett flertal branscher. I sådana förhandlingar har man t.ex. uppgjort standardvillkor för byggentreprenader och bostadsköp, beställnings-, köp- och avbetalningsvillkor för bilar, reparationsvillkor för motorfordon och deras delar, villkor för biluthyrning, villkor för turisttjänster som sällskapsresevillkor, bokningsvillkor för lantbruks- och stugsemester och avtalsvillkor gällande slalomtjänster, villkor för andra tjänster som tvätteriernas leveransvillkor, villkor för betalningsförmedling och villkor för uthyrning av videoband samt garantivillkor för ett flertal olika produkter. På konsumentverkets hemsidor (www.kuluttajavirasto.fi/fi-FI/linjaukset/) kan man i dag hitta direktiv för uppgörande av avtalsvillkor för näthandel samt för så olika slag av konsumtionsnyttigheter som kort- och kontokrediter, kommunikationstjänster, konditionssalar och -klubbar samt serviceboende för åldringar.

Trots att KO på ovan beskrivet sätt medverkat vid tillkomsten av standardvillkor kan villkoren likväl betecknas som en form av ens. dgt

utarbetade standardvillkor. Den materiella grunden för KO:s agerande ligger i KSL 3: 1, med stöd av vilket stadgande en näringsidkare eller en sammanslutning av näringsidkare kan förbjudas att använda eller rekommendera användningen av ett avtalsvillkor som bör anses vara oskäligt mot konsumenterna. Så länge en näringsidkare eller en branschorganisation undviker oskäliga villkor i de standardvillkor som man utarbetar har KO inte några egentliga maktmedel med vilkas hjälp han kunde söka genomtvinga ändringar eller kompletteringar i de föreslagna villkoren. KO:s förhandlingsposition är sålunda svag när det gäller en sådan allmän obalans i villkoren som inte direkt kan betraktas som oskälig. Då KO har att verka inom ett vidsträckt område ligger det därtill nära till hands att anta att mer eller mindre oskäliga klausuler i villkoren stundom kan passera KO:s granskning. Det faktum att standardvillkor utformats efter förhandlingar med KO bör m.a.o. inte utan vidare antas medföra att villkoren kan betraktas som så balanserade och skäliga att det inte skulle föreligga något behov att på dem tillämpa de andra metoder som utvecklats för att motverka ensidiga villkor (t.ex. jämkning).

Som ett tidigt men illustrativt exempel på fall, där KO med hänsyn till behovet att använda förhandlings- och övervakningsresurserna på ett rationellt sätt medvetet avstått från att söka åstadkomma kompletta balanserade avtalsvillkor, kan nämnas förhandlingarna med Förbundet för Maskinuthyrningsföretag (Konevuokraamoiden Liitto, *KA 83/46/2796, 83/42/718*). KO konstaterade att bara c. 5 % av kunderna hos förbundets medlemsföretag var konsumenter. Därför ansåg KO inte det vara befogat att yrka på en totalrevision av avtalsvillkoren. KO nöjde sig med att avtala med förbundet att det skulle informera sina medlemmar om att standardvillkoren inte som sådana lämpade sig att användas när den som hyrde maskinen var en privatperson. Således skulle bl.a. villkoren om vem som står faran och om skadestånd inte tillämpas om hyrestagaren var en privatperson.



4

Standardvillkoren och det enskilda avtalet

4.1 Viljebildning och standardvillkor

I 1 kap. har beskrivits den centrala ställning som partsviljan intagit i den traditionella läran om avtals bindande verkan. Samtidigt har noterats att den utbredda användningen av standardvillkor är svår att förena med tanken på en avtalsbundenhet som grundar sig på parterers fria viljebildning.

Användningen av standardvillkor är ju i och för sig nödvändig av praktiska skäl. Redan en rationell hantering av de masstransaktioner som i allt högre grad dominerar marknaden förutsätter en standardisering av villkoren. Också i övrigt utgör standardvillkoren ett nödvändigt hjälpmedel på det rättsligt sett allt mer komplicerade och specialiserade avtalsfältet. Även om standardvillkoren är svåra att inpassa i den traditionella avtalslärans grundschema, utgör de sålunda en företeelse som i praktiken inte kan undgås. Det problem som doktrin och praxis ställts inför har därför haft formen: hur kan och bör standardavtalen fogas in i det kontraktsrättsliga systemet?

Den grundläggande problematiken vid användningen av standardvillkor är frågan, *hur standardvillkoren inkorporeras i det enskilda*

avtalet (inkorporeringsproblemet) och blir bindande för de enskilda avtalsparterna, särskilt för en sådan avtalspart som inte deltagit i deras utformning och vars rättshandlingsvilja därför ofta i mycket svag bemärkelse kan sägas omfatta villkoren. Som nedan (avsnitt 4.2) framgår har man i många fall sökt ”rädda” standardvillkoren genom att acceptera en mer eller mindre fiktiv vilja som grund för deras bindande verkan.

Utvecklingen av principer, enligt vilka standardvillkor ofta kan bli bindande utan att omfattas av någon egentlig partsvilja, har medfört ett behov av korrigering av principer, med vilkas hjälp man i enskilda fall kan ge innehållet i en aktuell eller antagen partsvilja företräde framom det som sägs i standardvillkoren:

(i) läran om individuella villkors företräde framom standardvillkor (avsnitt 4.3) samt

(ii) läran om begränsningar i bundenheten vid överraskande och tyngande klausuler (avsnitt 4.4).

Även vid *tolkningen* av standardvillkor uppkommer problem i förhållande till den traditionella viljecentrerade avtalsläran. Vid tolkningen av ett individuellt avtal kan man ta en utgångspunkt i de avsikter parterna haft med de valda formuleringarna. Kan man konstruera fram en gemensam partsavsikt bör tolkningen ske med beaktande av denna. En sådan utgångspunkt passar illa för de fall där en parts vilja endast i mycket svag eller rent av fiktiv mening varit inriktad på villkorens innehåll. Läran om tolkning av standardvillkor har därför erhållit vissa särdrag. Också den har delvis utformats för att fylla en korrigering funktion (avsnitt 4.5).

Den generella konflikten mellan avsaknaden av partsvilja och behovet av bundenhet vid standardvillkor har principiellt lösts till förmån för en relativt vidsträckt bundenhet, med ett antal korrigering begränsningar. Tiden ter sig i dag mogen att fråga, huruvida dessa korrektiv är tillräckliga eller om den principiella utgångspunkten borde justeras (nedan avsnitt 4.6).

4.2 Standardvillkorens inkorporering i det enskilda avtalet

Frågan, under vilka förutsättningar standardvillkor som används av t.ex. ett företag blir bindande för dess motpart i det enskilda avtalet (här omtalad som "motparten"), har berörts i såväl litteratur som rättspraxis. Några helt klara principer för lösningen av inkorporeringsfrågan har dock inte utvecklats. I många fall blir frågan om standardvillkorens bindande verkan avhängig av ett avgörande *in casu* med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet. Det finns författare som också i princip föredrar en sådan elastisk reglering (se t.ex. *Taxell* 1972 s. 40).

Bevis- och argumentationsbördan för att standardvillkoren blivit en del av avtalet ligger i varje händelse på den som åberopar villkoren (se också *Hemmo I* 2003 s. 155 f.). En domstol kan låta bli att tillämpa standardvillkor med hänvisning till att man inte visat, att de blivit en del av avtalet (så t.ex. *HD 1997:61* och *HD 2006:56*).

Många slag av faktorer kan påverka bedömningen av standardvillkors bindande verkan i det enskilda fallet. En omständighet som kan tillmätas relevans är *innehållet i standardvillkoren*. Ju mer obalanserade dessa villkor är till förmån för den som använder sig av dem, desto större krav kan man ställa för att villkoren skall bli bindande för motparten. Ett extremfall av denna standard utgör den särskilda lära som begränsar den bindande verkan av överraskande och tyngande klausuler i standardvillkor (se nedan avsnitt 4.4).

Också villkorens art är betydelsefull vid bedömningen av deras bindande verkan. Man kan ofta lättare acceptera att parterna anses bundna av *agreed documents* än av ensidigt utarbetade standardvillkor.

Principerna för standardvillkors bindande verkan kan också antas variera beroende på vem som är *motpart* i avtalet. Är denne sakkunnig och i övrigt resursstark kan man ställa större krav på hans förmåga att förstå effekten av hans handlande i den ifrågavarande avtalssituationen och därför lättare godta att standardvillkoren blir

bindande i förhållande till honom (se t.ex. motiveringen i *HD 1977 II 103* nedan), medan kraven på den information som bör ges angående villkorens innehåll ökar då motparten framstår som mer resursfattig. Man har i dag velat tillägga distinktionen mellan *näringsidkare* och *konsument* särskild relevans i detta avseende. I avtal mellan näringsidkare skulle man ställa lägre krav för att acceptera bindande verkan hos standardvillkor än vid avtal mellan näringsidkare och konsument; en antydning om detta finns bl.a. i rättsfallet *HD 1982 II 167* (se nedan). Som visas i framställningen nedan (se p. ii angående standardvillkors bindande verkan vid vissa ofta återkommande masstransaktioner) har man dock inte särskilt konsekvent hållit fast vid denna princip.

Frågan om standardvillkors bindande verkan behöver inte alltid avgöras på grundval av en antingen–eller-frågeställning. Man kan ibland uppfatta blott vissa delar av villkoren som bindande medan andra delar anses sakna verkan. Läran om överraskande och tyngande klausuler utgör ett gott exempel härpå: även om en tyngande klausul underkänns är det inte uteslutet att övriga delar av villkoren kan tillämpas. Det kan också i något fall tänkas att man i princip utgår från att standardvillkoren inte binder motparten, men trots det ger honom rätt att åberopa någon förmån som villkoren erbjuder honom (så även *Taxell 1972 s. 45*), i det villkoren till denna del fortsättningsvis antas binda det företag som begagnar dem.

Även om lösningarna på det föreliggande området i viss utsträckning måste betraktas som kasuistiska är det trots allt möjligt att peka på vissa mer konkreta principer för bedömningen av standardvillkors bindande verkan, vilka kommit till uttryck i doktrin och rättspraxis. Läran om viljan (viljeyttringen) som grunden för avtalsbundenhet har utgjort den traditionella utgångspunkten för dessa principer. Förståelsen av de centrala ställningstaganden som gjorts i rättspraxis förutsätter att ställningstagandena beskrivs från deras egna utgångspunkter. Författarens egen uppfattning om den riktning i vilken bedömningsprinciperna för standardvillkors bindande verkan borde utvecklas framgår av avsnitt 4.6.

(i) *Bundenhet vid standardvillkor på grundval av uttrycklig viljeförklaring*. Har motparten efter att närmare ha stiftat bekantskap med standardvillkoren avgivit en uttrycklig viljeförklaring, i vilken

han anger sig godta villkoren, följer redan av den allmänna avtalslärans huvudprinciper att han i regel blir bunden vid villkoren.

Se också t.ex. *HD 1992:155*. En borgen hade ställts för betalningen av de fordringar som grundade sig på ett avtal och för avtalets fullgörande i övrigt. Borgensmännen ansågs ha förbundit sig att följa också avtalets forumklausul, då borgensförbindelsen hade skrivits strax efter de enskilda avtalsvillkoren och avtalsunderskrifterna och då borgensmännen enligt förbindelsens ordalydelse hade tagit del av avtalsvillkoren jämte bilagor. – Fallet avsåg frågan, huruvida huvudavtalets forumklausul gällde i borgensförhållandet. Eftersom villkoret ingick i borgenärens allmänna avtalsvillkor belyser fallet också problemet rörande inkorporering av standardvillkor.

Någon egentlig ”fri” partsvilja behöver det inte vara fråga om i dessa fall. Motparten kan ha godkänt villkoren emedan han inte hade något annat val. Detta är emellertid ett problem som inte gäller blott standardavtal. Också vid rent individuella avtal kan ju obalansen i styrkeförhållandet mellan avtalsparterna leda till att den ena parten i hög grad förmår diktera villkoren för den andra.

Då avtal ingås med hjälp av standardvillkor stiftar motparten säkerligen i flertalet fall inte närmare bekantskap med villkorens innehåll. Trots detta anses standardvillkoren kunna bli bindande, om man kan peka på någon viljeförklaring på vilken bundenheten kan grundas. Undertecknar motparten ett formulär eller accepterar han ett anbud, som innehåller villkoren, utan att han gjort sig förtrogen med deras innehåll, anser man vanligen att han blir bunden av villkoren, åtminstone ifall de till sitt innehåll inte avviker från det normala.

Förekommer standardvillkoren blott t.ex. på baksidan av ett formulär eller i en separat avtalshandling blir det beroende av omständigheterna i fallet, huruvida viljeförklaringen kan anses omfatta även dessa villkor. Man kan givetvis inte alltid förutsätta att motparten granskar formulärets baksida (*Olsson 1959 s. 19*). Vissa författare har t.o.m. ansett att villkor som finns endast på framsidan i sig inte skulle binda motparten (*Telarenta 1990 s. 185*). Detta kan vara en bra utgångspunkt för bedömningen. Likväl kan förhållandena stundom vara sådana att det är naturligt att inta villkor på baksidan av avtalshandlingen och man därför kan förutsätta att motparten stiftar

bekantskap med dem (se t.ex. spelkuponfallet *HD 1997:164* nedan). Av en sakkunnig motpart kan man också ibland kräva mer:

- **HD 1977 II 103.** I ett beställningsavtal, som gällde en personbil och som slutits med hjälp av en tryckt blankett, ingick ett villkor om att säljaren var fri från allt ansvar, om avtalet inte uppfylldes på den grunden att den fabrik som tillverkade bilen eller bilens importör inte kunde uppfylla sin leveransplikt. Blanketten, som tryckts av säljaren, hade varit i bruk i automobilbranschen och innehöll standardvillkoren på baksidan av det exemplar av avtalet som skulle ges till köparen. Bilens beställare var en person med långvarig erfarenhet av biluthyrningsverksamhet och anskaffning av bilar i samband därmed. Det omtalade villkoret, som till sitt innehåll inte var överraskande och inte särskilt strängt mot köparen, ansågs bindande för denne, fastän det inte fanns tryckt på det avtalsexemplar, som han vid avtalsslutet fått i sin besittning men som varit avsett att stanna hos säljaren.

I dagens värld görs ett snabbt växande antal avtal virtuellt. I näthandeln är det vanligt att företag presenterar sina villkor bakom en länk i det elektroniska beställningsformulär som kunden fyller i. Situationen påminner starkt om det traditionella fallet med standardvillkor som finns upptagna på avtalsdokumentets baksida. Villkoren finns tillgängliga för motparten, men det förutsätts att han märker länken och klickar på den för att läsa villkoren. På samma sätt som när det gäller villkor på avtalets baksida är det inte helt klart, i vilken mån sådana villkor bakom en länk är bindande för motparten. Därför har man också i litteraturen givit företag som vill åberopa villkoren rådet att förse den ifrågavarande länken med en OK-ruta, som kunden aktivt måste klicka på innan avtalet sluts (*Ramberg – Ramberg 2007 s. 143*).

En vanlig teknik för att inkorporera standardvillkor i det enskilda avtalet är att inta en *hänvisning* till ifrågavarande standardvillkor i det anbud som ges motparten eller i det avtal han undertecknar. Vilka som helst undanstuckna hänvisningar godtas dock inte. *Curt Olsson* framhåller att bundenhet uppkommer blott om motparten borde ha observerat hänvisningen (*Olsson 1959 s. 18*). En hänvisning på baksidan av en spelkupon att man i spelet tillämpade de Allmänna reglerna för vadhållning har godtagits som en tillräcklig anknytning, på grunder (*HD 1997:164*; se också beträffande grunderna nedan i

denna punkt). Om hänvisningen inte ingår i själva avtalsdokumentet, utan t.ex. i broschyrer och marknadsföringsmaterial blir läget mer oklart (se också *Hemmo I* 2003 s. 151 f.). Om inte materialet mycket klart anknyts till kontraktet kan situationen snarast ses som analog med fallet att villkoren söks inkorporerade med skyltar eller på motsvarande sätt. Detta fall behandlas nedan under p. (ii).

Hänvisningsmetoden leder dock inte alltid till det önskade resultatet för den som använder standardvillkor. Man har uppställt ytterligare förutsättningar för att en hänvisning till standardvillkoren skall leda till att de bli bindande i förhållande till motparten. Man har nämligen i detta fall ytterligare krävt att motparten åtminstone bör ha haft en faktisk *möjlighet att stifta bekantskap med standardvillkoren* före avtalsslutet (*Erma* 1971 s. 372 f., *Taxell* 1972 s. 41, *Telaranta* 1990 s. 187, *Hemmo I* 2003 s. 155). I vissa fall har man velat skärpa kraven så, att bundenhet uppkommer blott om standardvillkoren hålls *tillgängliga* för motparten i samband med avtalsslutet (*Wetterstein* 1982 s. 115). Dessa krav på att motparten bör ha något slags möjlighet att ta del av villkoren ligger också i linje med vad som anses gälla annorstädes i Europa.

I PECL 2:104 har man formulerat kraven relativt strikt. Villkoren kan åberopas blott "if the party invoking them took reasonable steps to bring them to the other party's attention before or when the contract was concluded." Man tillägger uttryckligen att blott en hänvisning till villkoren i kontraktsdokumentet inte i sig kan betraktas som en tillräcklig åtgärd. Dessa regler är i stort sett oförändrade upprepade i DCFR 2008, II.-9:103.

I EG:s oskälighetsdirektiv (bilagan, punkt i) har man uttryckligen angett det vara oskäligt att binda konsumenten vid ett villkor som han inte haft någon faktisk möjlighet att ta del av före avtalsslutet.

Vid den *in casu*-bedömning som i sista hand blir avgörande för huruvida standardvillkoren anses bindande, kan kraven i nyssnämnda avseende uppenbarligen ställas olika högt beroende på motparten, villkorens innehåll och andra omständigheter.

- **HD 1984 II 57.** Vid införandet av en annons i en tidskrift hade på grund av tidningens förläggare A:s vållande begåtts ett fel vilket förorsakat skada för B som stod i kontoinnehavareförhållande till A

4 Standardvillkoren och det enskilda avtalet

och gett annonsen till tidningen. A bestred B:s skadeståndstalan till den del däri yrkats ersättning utöver vad som förutsattes enligt en ansvarsbegränsningsklausul, som vissa föreningar inom tidnings- och reklambranschen rekommenderat för sina medlemmar och till vilken hänvisats i den prislista för annonser som B erhållit av A. Enär i målet inte visats att B innan han gav annonsen till tidningen skulle ha känt till innehållet i ansvarsbegränsningsklausulen och då klausulen inte enbart på den grund, att i prislistan hänvisats till densamma utan att ange dess hela innehåll, kommit att utgöra en del av avtalsförhållandet mellan A och B, tillämpades inte ansvarsbegränsningsklausulen.

- **HD 1993:45.** I en orderbekräftelse och i de särskilda villkor som var anslutna till denna hade överenskommit att köpesumman skulle betalas kontant. I orderbekräftelsen hade hänvisats till allmänna avtalsvillkor, i vilka hade ingått en klausul om ägareförbehåll. Motparten hade undertecknat orderbekräftelsen. Eftersom de allmänna avtalsvillkoren inte hade funnits till hands då avtalet gjordes och då det inte hade utretts att köparen på annat sätt hade kunnat bekanta sig med dem före avtalet, hade ägareförbehållet inte blivit ett villkor i avtalsförhållandet.

Relevanta omständigheter vid bedömningen av om en hänvisning skall anses tillräcklig är bl.a. den tid motparten haft på sig att sätta sig in i frågan och villkorens spridning. Är det fråga om villkor som är allmänt använda måste de också uppfattas som mer lättillgängliga, åtminstone för näringsidkare på ifrågavarande område.

- **HD 2001:126.** Vid ett köp av en flissikt som skulle installeras på ett sågverk hade säljaren till köparen sänt en handling, som rubricerades orderbekräftelse, och i vilken det fanns en hänvisning till allmänna avtalsvillkor. Köparen hade efter tre veckor undertecknat handlingen och returnerat den till säljaren. Eftersom köparen hade haft tillräcklig möjlighet att innan avtalet undertecknades reda ut innehållet i villkoren och då det inte heller med hänsyn till betalningsvillkoren var överraskande att ett ägareförbehåll ingick i köpet, ansågs det att ägareförbehållet enligt de allmänna avtalsvillkoren hade blivit en del av köpeavtalet. – Villkoren i fråga var de välkända NLM 84-villkoren.

Se också *HD 1983 II 91*. I spelkuponerna för V5-travtips angavs att man vid travtips skulle iakta villkoren för deltagande. Dessa villkor hade i tryckt form varit allmänt tillgängliga. Villkoren ansågs bindande (se närmare under avsnitt 5.6 p. viii).

I det ovan nämnda spelkuponfallet *HD 1997:164* angavs i hänvisningen till de Allmänna reglerna för vadhållning uttryckligen att

villkoren kunde erhållas av alla online-försäljare (i detta fall underlättades inkorporeringen uppenbarligen dessutom av att högsta domstolen ansåg det ifrågavarande villkoret vara till sitt innehåll naturligt).

Enligt lagen om skiljemannaförfarande (967/1992) 3 § 3 mom. uppfylls det för skiljemannaavtalet uppställda kravet på skriftlig form, om det i avtalets hänvisats till ett annat dokument – t.ex. standardvillkor – i vilket ingår en klausul om skiljemannaförfarande. Det här stadgandet gäller emellertid bara det huruvida man följt kravet på skriftlig form; med det har man inte haft för avsikt att ta ställning till frågan om standardvillkors inkorporering i en mera omfattande utsträckning (*RP 202/1991* s. 12). Det som sagts ovan om motpartens möjligheter att bekanta sig med villkoren m.m. är således relevant också för skiljemannaklausuler.

Motpartens möjlighet att stifta bekantskap med standardvillkoren kan vara begränsad även av den anledningen att de är uppgjorda så att en genomsnittlig klient inte förmår förstå dem. En dylik till formuleringen av villkoren anknuten omständighet kan tala mot villkorens bindande verkan (se också *Telaranta* 1990 s. 187). Detsamma gäller då villkoren uppgjorts på ett språk som motparten inte förstår. I avtalsförhållanden utan internationella inslag och särskilt vid avtal med konsumenter kan standardvillkor på främmande språk knappast anses bindande. Vid internationella avtal mellan företag är läget naturligtvis ett annat.

Se t.ex. motiveringen i *HD 1982 II 167*. Den italienska säljarens standardvillkor var uppgjorda på italienska och engelska. Villkoren innehöll en jurisdiktionsklausul enligt vilken tvister i anledning av avtalet skulle avgöras av domstol i Bologna. HD ansåg att giltigt avtal om laga domstol uppkommit. I motiveringen hänvisade man uttryckligen till att båda avtalsparterna var köpmän och avtalet anknöt sig till deras affärsverksamhet med utlänningar. Fallets betydelse med tanke på den i texten ställda frågan förminskas av den omständighet att det i det här fallet uttryckligen var motparten, och inte användaren av standardvillkoren, som ville stöda sig på forumklausulen. Då man i dag säkerligen i näringsverksamhet kan kräva mer i fråga om språkkunskap än ens för några decennier sedan, kan hänvisningar till gamla rättsfall knappast heller ge mycket ledning för bedömningen av denna problematik. För de äldre perspektiven, se även *HD 1933 II 451*.

Några mer detaljerade regler om när standardvillkor på främmande språk kan bli bindande är svåra att ställa upp. Det är symptomatiskt att man vid beredningen av juridiska instrument för den inre marknaden i Europa, där språkproblematiken ju måste ha hög aktualitet, trots idoga försök inte lyckats utforma några regler för bedömningen av sådana problem. Så innehåller varken oskälighetsdirektivet eller PECL ställningstaganden till språkfrågan. Man är här återigen hänvisad till en *in casu*-bedömning, där såväl parternas egenskaper och (förväntade) språkkunskaper som branschens och avtalsförhållandets natur spelar in.

Ibland räcker det inte ens till att standardvillkoren är tillgängliga för motparten, på ett förståeligt språk. Man kan i vissa fall gå ännu längre och förutsätta att användaren av standardvillkoren ger motparten särskild information om deras innehåll (se t.ex. *HD 1990:73*). Till detta återkommer framställningen i avsnitt 4.4.

(ii) *Bundenhet vid standardvillkor utan uttrycklig viljeförklaring.* I någon utsträckning anses standardvillkor kunna bli bindande för motparten även om det inte föreligger någon uttrycklig viljeförklaring i vilken man på sätt eller annat hänvisar till villkoren (jfr dock *Erma* 1971 s. 372). Som motivering härför kan man anförä, att det föreligger en *konkludent viljeförklaring* genom vilken motparten accepterat bundenhet vid villkoren. Som så ofta annars när man opererar med konkludenta viljeförklaringar ter sig konstruktionen mången gång rätt fiktiv och föga övertygande.

Bundenhet vid standardvillkor anses ofta uppkomma på grundval av en konkludent viljeförklaring – och här kan talet om en sådan viljeförklaring också te sig relativt plausibelt – när det föreligger en *fast affärsförbindelse* mellan avtalsparterna, i vilken man tidigare tillämpat vissa standardvillkor. I ett sådant fall kan man ofta utgå från att parterna har avsett att villkoren skall tillämpas också i senare avtal, även om någon uttrycklig hänvisning till villkoren inte görs i dessa avtal (*Olsson* 1959 s. 22). Också i andra situationer kan det faktum att vissa standardvillkor använts i tidigare avtal mellan samma parter vid en bedömning *in casu* åberopas som argument för att statuera bundenhet vid villkoren vid senare avtal (så t.ex. *Taxell* 1972 s. 41 f.).

- **HD 1972 II 55.** En speditör, som i speditörsräkningar vilka han sänt till sin uppdragsgivare uppgivit sig utföra alla speditörsuppdrag i enlighet med Nordiskt Speditörförbunds allmänna bestämmelser och på uppdragsgivarens begäran tillställt denne sagda allmänna bestämmelser, hade upplagrat till uppdragsgivaren anlända varor sålunda, att han ägde förfoga över dem. Enär speditören enligt 16 § i sagda allmänna bestämmelser hade i gods, som stod under hans kontroll, panträtt till säkerhet ej endast för alla på godset vilande kostnader utan även för samtliga övriga fordringar hos uppdragsgivaren härrörande från utförda speditörsuppdrag och då uppdragsgivaren inte i något skede framställt anmärkningar mot iakttagandet av sagda allmänna bestämmelser, ansågs speditören till säkerhet för de fordringar, som grundade sig på utförda speditörsuppdrag, tillkomma panträtt i enlighet med ifrågavarande bestämmelser i de varor, som vid inledandet av uppdragsgivarens konkurs fanns upplagrade på anförda sätt.

Tidigare bundenhet kan också leda till att ett företag anses bundet av sina egna standardvillkor i fall där företaget självt inte önskar återropa dem:

- **HD 1976 II 44.** A, som yrkesmässigt sålde motorbåtar och tillbehör till dem, hade vid försäljning till B av en begagnad utombordsmotor av märket X till denne utfärdat en "garanti för seglationssäsongen". Sedan köpet hävts hade A mot den tidigare motorn och en mellangift sålt till B en motor av märket Y, för vilken icke gavs någon garanti. Enär vid ingåendet av det senare köpet icke från A:s sida uttryckligen uppmärksamgjorts på att köpevillkoren i den nämnda punkten väsentligen avvek från villkoren i det tidigare köpet, hade A i det senare köpet blivit bunden så som om för motorn Y beviljats en likadan garanti som för motorn X. – Då detta fall gäller ett avtal som trädde i stället för ett annat avtal, bör man inte härav dra några allmänna slutsatser angående bundenhet vid standardvillkor som använts i tidigare avtalsrelationer mellan parterna (*Hemmo I* 2003 s. 159).

Också den omständigheten, att motparten till den som använder standardvillkor fortgående verkar inom en bransch i vilken det används standardvillkor, kan skapa en skyldighet för motparten att bekanta sig med standardvillkoren. Detta gäller särskilt om den som använder villkoren på ett vederbörligt sätt upprepade gånger upplyst om användningen av dem. Om en dylik undersökningsplikt – här undviker högsta domstolen den terminologi som anknyter till konkludenta viljeyttringar – har det varit frågan om i ett fall gällande en tidningsannons:

- **HD 1994:13.** I varje nummer av en tidning hade i fullständig form tillkännagetts tidningens största ansvar för fel begångna vid publiceringen av en annons. En programbyrå, som i sin verksamhet fortgående hade använt tidningsannonser, hade känt till eller i varje fall borde ha känt till ansvarsbegränsningsklausulen, som sålunda hade blivit en del av avtalet.

I litteraturen har många författare talat för en ännu längregående bundenhet vid standardvillkor utan uttrycklig viljeförklaring. Målet har varit att åstadkomma en mer eller mindre generell bindande verkan för standardvillkor som används vid *ofta återkommande masstransaktioner* (Bernitz 1991 s. 29). Härvid har man frångått allt tänkt på standardvillkor som används vid bank-, försäkrings- och transportverksamhet. En kund som beställer en försäkring per telefon anses böra utgå från att den beviljas på försäkringsgivarens allmänna försäkringsvillkor och en passengerare som utnyttjar ett allmänt transportmedel anses ge sitt konkludenta medgivande till att transporten sker på transportföretagets allmänna befordringsvillkor.

Det sätt på vilket man formulerat kriterierna för bundenheten i det föreliggande fallet varierar från författare till författare. Olsson (1959 s. 23 f.) uppställer tre förutsättningar för att kunden skall bli bunden: (i) att ifrågavarande företag enligt allmän erfarenhet sluter avtal blott med hjälp av standardvillkor, (ii) att företaget är ett storföretag eller åtminstone dominerande inom sin bransch (!) och (iii) att kunden haft möjlighet att på förhand bekanta sig med villkoren. Taxell (1972 s. 42) påpekar att en här avsedd bundenhet kommer ifråga främst "då de allmänna avtalsvillkoren utgör en *nödvändig beståndsdel* i det enskilda avtalet och det sällan förekommer att avtal ingås utan sådana villkor eller med avvikelse från dem". Motparten kunde dock undgå bundenhet vid avtalet genom att reklamera, då han erhållit villkoren. Wetterstein (1982 s. 116) begagnar en liknande formulering: motparten presumeras ha ingått avtalet på företagets standardvillkor, då villkoren utgör "en väsentlig del av det enskilda avtalsinnehållet och det är brukligt samt allmänt känt att villkoren nyttjas för ifrågavarande avtalstyp". Författaren påpekar emellertid att det är skäl att tillämpa en sådan regel med stor varsamhet. För senare författare som understöder tanken på en lägre inkorporeringströskel i de förevarande fallen syns den centrala poängen också vara att parterna i de fall som kommer i fråga vet att avtal mer eller mindre undantagslöst ingås på grundval av standardvillkor (Saarni/Lehto 2001 s. 371, som dock har en reserverad hållning till regelns giltighet, samt Hemmo I 2003 s. 160f., med särskild fokus på försäkringsavtal).

Den nyss omtalade synen, enligt vilken motparten stundom kunde bli bunden vid standardvillkor utan att han givit någon som helst viljeförklaring i denna riktning, innebär ett tydligt avsteg från den traditionella avtalsläran till förmån för dem som utnyttjar standardvillkor. Det är också oklart, i vilken utsträckning en argumentering längs dessa linjer verkligen har vunnit gensvar i rättspraxis. I försäkringsrättslig praxis har man tvärtom i några äldre fall förutsatt en uttrycklig hänvisning för att försäkringsvillkor skall binda försäkringstagaren:

■ **HD 1932 II 514.** Då det inte utretts, att försäkringstagaren, då han ingick avtalet, hade upplysts om, att man beträffande försäkringen skulle iaktta försäkringsföreningens allmänna försäkringsvillkor, eller att försäkringstagaren annars varit medveten härom, och då försäkringsvillkoren och de däri ingående preskriptionsbestämmelserna sålunda inte skulle tillämpas, utan målet skulle avgöras på grundval av allmänna rättsprinciper, utdömdes ersättning. Se även *HD 1934 II 144*.

■ **HD 22.2.1971/440.** Rådstuvurätten: Då i försäkringsavtalet inte, såsom försäkringsgivaren påstått, intagits något villkor, att Bilförsäkringsförbundets allmänna försäkringsvillkor skulle tillämpas, och inte heller någon klausul därom, att försäkringsbeloppet skulle beräknas i enlighet med bilens anskaffningspris, och då försäkringsgivaren inte hade visat, att den nämnda grunden för premieberäkningen på något annat sätt bringats till försäkringstagarens kännedom, samt då inte heller det faktum, att försäkringstagaren hade kommit att betala för låga försäkringspremier, berättigade försäkringsgivaren att begränsa sitt ansvar enligt reglerna om underförsäkring, då man i ansökningsblanketten inte ens hade krävt uppgifter om anskaffningspriset för en ny bil av samma slag, utdömdes full ersättning. Hovrätten: ej ändring. HD meddelade inte fullföljdstillstånd.

Jfr dock *HD 15.6.1965* (DL 1966, rättsfallsavdelningen s. 11 ff.), i vilket fall ett villkor om försäkringens upphörande i de allmänna försäkringsvillkoren för grupplivförsäkring ansågs binda försäkringstagaren, fastän dessa villkor uppenbarligen inte delgivits försäkringstagaren. Tolkningen av fallet är dock oviss (se *Kyläkallio* 1966 s. 14).

Man kunde anta att användningen av posten skulle vara en i texten avsedd ofta återkommande masstransaktion. Detta till trots har t.ex. konsumentklagonämnden ansett att de ansvarsbegränsningar som används av posten inte blir en del av avtalet utan en uttrycklig hänvisning

(*Kkln* 92/38/448). Också det här fallet uttrycker således en betvivlande inställning till läran om lindrigare förutsättningar för standardvillkors bindande verkan vid ofta återkommande massstransaktioner. Därifrån reflekteras måhända också uppfattningen att man skall förhålla sig särskilt kritiskt till ansvarsbegränsningsklausuler.

I praktiken förekommer det att ett företag söker begränsa sitt ansvar eller på annat sätt påverka innehållet i ett avtalsförhållande t.ex. genom att sätta upp *skyltar* som innehåller avtalsvillkor eller genom att inta sådana villkor i informationsblad, marknadsföringsbroschyrer och liknande material. Man kunde tänka sig att hävda att en motpart, som stiftat bekantskap med ett sådant meddelande innan han ingått avtalet, konkludent godkänt att villkoren tillämpas i avtalsförhållandet. Särskilt då det är fråga om en motpart som är väl förtrogen med avtalsverksamheten på ifrågavarande område kunde detta vara fallet (*Hemmo* I 2003 s. 152). I praktiken har man dock i allmänhet ställt sig avvisande till att medge bindande verkan för villkor av detta slag. Ansvarsfriskrivelser genom skyltar o. dyl. skall normalt inte godtas.

- **HD 1981 II 8.** I egenskap av ägare till en bilreparationsverkstad som hörde till en stads yrkesskola var staden skyldig att utge skadestånd, då från en för reparation intagen bil hade försvunnit i bilen fast monterade radiokassettspelare och högtalare samt till instrumentet hörande kassetter, enär staden inte lett i bevis att nödig omsorg skulle ha iakttagits för förhindrande av försvinnandet. Den omständigheten att staden försett det rum där arbeten mottogs samt reparationshallen med skyltar, enligt vilka yrkesskolan inte ansvarade för stöld eller annan brottslig verksamhet, kunde inte minska stadens omsorgsplikt. – Se även *HD 1975 II 30*. Jfr dock *HD 1994:13* (se ovan), i vilket en upprepad tidningsannons ansågs bindande.

(iii) *Standardvillkor som handelsbruk.* Med handelsbruk avses olika slag av sedvänjor vid affärsverksamhet, vilka iakttagits så länge och i sådan omfattning, att man inom ifrågavarande branscher uppfattar dem som en naturlig och stadgad ordning som bör följas. Sådant handelsbruk anses binda parter som är näringsidkare även utan att de avger några viljeförklaringar i denna riktning.

Man har ställt frågan, huruvida standardvillkor, som tillämpas i omfattande utsträckning inom en bransch, kan tillerkännas

ställningen av handelsbruk och därigenom "automatiskt" bli bindande för parterna. I dag förefaller man i nordisk doktrin i allmänhet ställa sig rätt skeptisk till denna möjlighet. Med fog förespråkar man stor försiktighet i detta hänseende, då standardvillkoren oftast i större eller mindre grad avspeglar ensidiga partsintressen (så t.ex. *Bernitz* 1991 s. 27, *Wetterstein* 1982 s. 117, *Andenæs* 1989 s. 332 f. och *Hagström* 2003 s. 60). Enbart på den grund att vissa standardvillkor används allmänt eller kanske t.o.m. är mer eller mindre allena rådande inom en bransch bör de inte uppfattas som handelsbruk eller annan bindande sedvänja (jfr dock *Hemmo I* 2003 s. 158, som endast noterar att praxis bland några företag i en bransch inte räcker till i detta avseende).

- **HD 1984 II 119.** En fastighetsförmedlare hade åberopat handelsbruk gällande betalningen av förmedlingsprovisionen. Som redogörelse för handelsbruket hade förmedlaren hänvisat till två avtalsformulär som allmänt användes av fastighetsförmedlare. Dessa allmänna avtalsvillkor ansågs inte utgöra bevis för förekomsten av handelsbruk av ett innehåll som motsvarade bestämmelserna i de allmänna avtalsvillkoren.

Se även *HD 1982 II 35*. A hade som grynder låtit bygga byggnaderna för bostadsaktiebolaget B och ansvarade gentemot B för uppkomna fel. I ärendet hade inte utretts, huruvida A och B hade avtalat om det närmare innehållet i detta ansvar. A kunde inte gentemot B åberopa den ansvarsbegränsningsklausul som ingick i 1957 års allmänna avtalsvillkor för byggnadsentreprenad. – Avgörandet är i och för sig rätt självklart redan av den anledningen att förhållandet mellan A, som inte själv utförde byggnadsarbetet, och B inte var något entreprenadavtal. Vidare bör man notera, att B ju i princip inte var näringsidkare, även om de som företrädde B vid tidpunkten för avtalets ingående, i enlighet med vad som är brukligt vid grynderbyggande, bestod av personer med anknytning till gryndern A.

När fråga är om *agreed documents*, som uppställts av representativa organisationer och under längre tid använts inom ifrågavarande bransch, är det inte helt uteslutet att standardvillkoren åtminstone till vissa delar kunde uppfattas som handelsbruk. Sålunda kunde man exempelvis tänka sig att de av Internationella Handelskammaren uppställda normerna angående innehållet i vissa leveransklausuler (Incoterms) åtminstone vid vissa slag av handel kunde uppfattas som bindande handelsbruk.

Man har diskuterat, huruvida Nordiskt Speditörförbunds allmänna bestämmelser helt eller delvis kunde anses ge uttryck för handelsbruk vid speditorsverksamhet (se t.ex. *Sevón* 1972 s. 358 ff.). Åtminstone vad gäller en i bestämmelserna ingående panträttsklausul har HD i Finland inte accepterat villkoren som handelsbruk. Se *HD 1973 II 30*: då man inte visat, att parterna avtalat om att iakttä NSAB, kunde i bestämmelserna ingående klausul om pant rätt för speditören inte tillämpas. Avgörandet förefaller ligga i linje med hur man uppfattat situationen i praxis i andra nordiska länder (se *Sisula-Tulokas* 2007 s. 24). Jfr *HD 1972 II 55* (se ovan), i vilket man i tidigare fakturor uttryckligen hade hänvisat till de omtalade allmänna bestämmelserna.

(iv) *Bundenhet vid standardvillkor p.g.a. underlåten reklamation*. I vissa fall anses motparten kunna bli bunden av standardvillkor genom att underlåta att reklamera mot villkoren i samband med avtalsslutet eller senare under avtalsförhållandets bestånd (se även *HD 1972 II 55* ovan).

Om avtalet ingås genom anbud och accept på det sätt man antagit i 1 kap. AvtL kan en sådan verkan inträda på grundval av stadgandet i 6 § 2 mom. AvtL. Har motparten lämnat ett anbud (en beställning) till ett företag och har detta till sin accept (ofta felaktigt kallad orderbekräftelse) bifogat sina standardvillkor eller hänvisat till dem (varvid de tilläggsförutsättningar som nämns ovan angående möjligheterna att stifta bekantskap med villkoren naturligtvis bör gälla), blir motparten enligt det sagda stadgandet bunden vid villkoren p.g.a. underlåten reklamation, om företaget kan bedömas ha ansett accepten överensstämma med anbudet och anbudsgivaren måste inse detta. Man syns i många situationer kunna anta, att acceptanten/företaget haft skäl att utgå från att beställningen skedde på de villkor företaget tillämpar och att accepten därför överensstämde med anbudet. Då därtill beställaren ofta – särskilt i förhållanden mellan näringsidkare – kan förutsättas inse detta blir slutresultatet i många fall att en beställare som inte reklamerar mot standardvillkor som fogats till orderbekräftelsen anses bunden av dessa villkor.

I nordisk litteratur har man dock kritiserat tanken att tillämpa 6 § AvtL på frågan, huruvida standardvillkor kan anses bindande (se främst *Hellner* 1979). Man har hävdats att det ofta är mycket svårt att avgöra, vilken viljeyttring i samband med en avtalsförhandling som kan betraktas som anbud och vilken som accept, varför resultatet av

att 6 § AvtL tillämpas ofta redan av denna anledning blev svårbedömt för avtalsparterna. Vidare har man påpekat att de dubbla subjektiva kriterierna i 6 § AvtL passar illa för bedömningen av standardvillkors bindande verkan, då argumenteringen kring dessa kriterier måste bli mycket fiktiv. Inte heller materiellt sett har förutsättningarna för bundenhet i 6 § 2 mom. AvtL gått fria från kritik. Man har framhållit att bundenhet vid standardvillkor på grundval av underlåten reklamation bör kunna komma i fråga även då accepten var medvetet oren, dvs. då den som avgav accepten inte hade anledning att anse den överensstämma med anbudet (*Madsen* 1983 s. 32). Man borde alltså enligt denna uppfattning vid behov i mer vidsträckt omfattning än 6 § 2 mom. AvtL medger kunna statuera bundenhet p.g.a. underlåten reklamation mot standardvillkor i accept.

På grundval av den sparsamma rättspraxis som kan påträffas i Finland angående den föreliggande frågan kan man knappast dra några definitiva slutsatser. Det är dock skäl att notera att man i några avgöranden där bundenhet ansetts föreligga inte hänvisat till 6 § 2 mom. AvtL eller diskuterat de subjektiva omständigheter som anges i denna paragraf. Rättsfallen kunde alltså åberopas som stöd för en princip, enligt vilken standardvillkor i accept kan bli bindande, om man inte reklamerar mot dem, oberoende av de förutsättningar som nämns i 6 § 2 mom. AvtL.

- **HD 1933 II 451.** Köparen, en finländsk näringsidkare, hade av en fransk leverantör via dess representant i Finland beställt ett parti tråd av närmare specificerad kvalitet. Leverantören hade i sitt på främmande språk avgivna svar bekräftat ordern att ske på vissa leveransvillkor. Enligt en klausul utgjorde strejk force majeure som påverkade leveranstidpunkten. Leveranserna försenades sedermera p.g.a. strejk i leverantörens fabrik. Rådstuvurätten och hovrätten ansåg villkoren bindande för köparen och hänvisade härvid uttryckligen till 6 § 2 mom. AvtL. HD uttalade emellertid blott helt kort att köparen måste anses ha godkänt de försäljningsvillkor som nämnts i leverantörens orderbekräftelse.
- **HD 1982 II 167.** En finländsk köpare hade skriftligen beställt tyger av en italiensk säljare genom dennes agent i Finland. Säljaren accepterade beställningen genom ett brev som rubricerats orderbekräftelse. I orderbekräftelsen ingick säljarens allmänna avtalsvillkor på italienska och engelska. I avtalsvillkoren fanns en jurisdiktionsklausul, enligt

vilken behörig domstol var i Bologna. HD, som uttryckligen framhävde att båda parterna var köpmän och att avtalet anslöt sig till deras affärsverksamhet med utlänningar, fann att giltigt avtal om laga domstol sålunda hade uppkommit, varför ett käromål, som väckts av den italienska säljaren mot den finländska köparen i Finland, inte prövades. Fallet var visserligen såtillvida speciellt, att motparten, och inte den som infört standardvillkoren i avtalet, stödde sig på villkorens bindande verkan.

Det olämpliga i att direkt söka tillämpa AvtL:s stadganden om slutande av avtal på frågan om standardvillkors bindande verkan framträder också klart då man söker lösa det problem som stundom kallats *the battle of the forms* (se Göranson 1988). Härmed avses den situationen att båda parterna under olika skeden av avtalets tillkomst hänvisat till sina egna standardvillkor och anser sig bundna blott av dessa. I ett sådant fall skulle det förmodligen leda till mer godtagbara och mindre slumpartade resultat om man utgående från förhållandena *in casu* sökte jämkä samman de båda villkorssamlingarna med beaktande av dispositiv rätt på sådana punkter där det föreligger klara konflikter mellan villkoren (se Hellner 1979 s. 297), i stället för att bedöma situationen med stöd av AvtL, vilket i flertalet fall skulle leda till "seger" för den part som råkat hänvisa till sina villkor senare, då medvetet oren accept ju skall uppfattas som nytt anbud (6 § 1 m.om. AvtL). Frågan hur man skall förhålla sig till problematiken kan dock fortsättningsvis betraktas som öppen i finsk rätt, även om också nyare doktrin på goda grunder har förordat att man nalkas den på basen av en analys av likheter och olikheter i de enskilda villkoren snarare än genom tillämpning av någon formell princip, enligt vilken den som först ("first shot") eller sist ("last shot") bringat in sina standardvillkor i avtalsprocessen skall "vinna" (se närmare Vanhala 1995 och Hemmo I 2003 s. 170 ff.).

Detta ligger också i linje med europeiska synpunkter. I PECL 2:209 utgår man uttryckligen från att parternas standardvillkor blir en del av avtalet "to the extent that they are common in substance." Samma regel ingår också i UNIDROIT Principles 2.1.22 och i DCFR 2008, II.-4:209.

I doktrinen har man velat gå ännu längre i riktning mot att statuera bundenhet vid standardvillkor p.g.a. underlåten reklamation. Man har hävdad att motparten stundom kan bli bunden t.o.m. vid sådana standardvillkor som delgivits honom först *efter att avtalet* med ett traditionellt synsätt redan *kan anses vara slutet*. Sålunda är det en vanlig uppfattning att standardvillkor som delgivits motparten i samband med ett *bekräftelsebrev*, i vilket man bekräftar tillkomsten av ett avtal som redan tidigare slutits t.ex. per telefon, stundom blir bindande för motparten om denne inte reklamerar (se t.ex. *Raninen* 1937 s. 107 f., *Olsson* 1959 s. 19 f., *Taxell* 1972 s. 42 f. och *Hemmo* I 2003 s. 248). Detta synsätt kan utvidgas att omfatta även andra liknande handlingar, såsom t.ex. mötesreferat, som ofta kan betraktas som naturliga delar av avtalsslutet (*Madsen* 1983 s. 34). I den mån bekräftelsebrevet eller den motsvarande handlingen kan anses innehålla en ändring av tidigare överenskomna villkor, kan det dock ifrågasättas huruvida man kan låta en åtgärd av detta slag efter avtalsslutet medföra ändring av avtalet ens vid underlåten reklamation (jfr *Raninen* 1937 s. 108, som förespråkar en bedömning *in casu*). Redan läran om individuella villkors försteg framom standardvillkor (se avsnitt 4.3) talar mot att man skulle låta standardvillkor i ett bekräftelsebrev gå före den tidigare överenskommelsen.

I den lag om standardvillkor som föreslogs av kommissionen för revidering av rättshandlingslagen (*Kom.miet.* 1990:20) skulle det finnas ett särskilt stadgande om den bindande verkan av standardvillkor, till vilka man hänvisat i accept och orderbekräftelse (3 §). Enligt förslaget, om avtalsparten i ett svar på ett anbud, i en bekräftelseanmälan eller annars i samband med avtalsslutet hänvisar till de standardvillkor han använder på ett sätt som anses tillräckligt, skulle dessa villkor binda motparten, om inte denna inom en skälig tid från det att han fick veta om hänvisningen meddelar sin avtalspart att han inte godkänner villkoren. Stadgandet skulle inte gälla en situation, i vilken man efter avtalsslutet meddelar motparten om villkor som skulle ändra på innehållet av det redan ingångna avtalet (*Kom.miet.* 1990:20 s. 336). Detta förslag, med vilket man uttryckligen strävat till att frigöra sig från en prövning som baserar sig på 6 § 2 mom. AvtL (*Kom.miet.* 1990:20 s. 335), avspeglar den rådande uppfattningen i doktrinen.

I förslaget har vidare konstaterats: "Vad i denna paragraf är stadgat, gäller inte en konsument som motpart." Också till denna del motsvarar förslaget den gällande uppfattningen, enligt vilken man vanligtvis borde

undvika att uppställa långtgående reklamationskyldigheter för konsumenterna.

En specialregel om bekräftelse ingår i 25e § (466/1999) elmarknadslagen. Om ett elnätavtal eller elförsäljningavtal inte ingåtts skriftligen, skall företaget i fråga sända en bekräftelse, som bl.a. innehåller villkoren för avtalet. Avtalet anses ha ingåtts på dessa villkor, om inte elanvändaren reklamerar inom i bekräftelsen angiven tid (som bör uppgå till minst tre veckor).

När det gäller standardvillkor som delges motparten under senare skeden av avtalsförhållandets avveckling ställer man sig mera skeptisk till möjligheten att denne skulle kunna bli bunden genom underlåten reklamation. Villkor som påtryckts förpackningar eller ingår i bruksanvisningar, kvitton eller fakturor uppfattas sålunda normalt inte som bindande för motparten. Ett visst utrymme för *in casu*-bedömningar syns vissa författare dock vara beredda att medge även här.

Wetterstein (1982 s. 119) anför att man i de angivna fallen stundom kunde statuera bundenhet vid garantivillkor, som innehåller ansvarsfriskrivningar, vid köp mellan näringsidkare. Vid konsumentköp kunde bundenhet komma i fråga, då garantivillkoren står i överensstämmelse med KSL och granskats av KO. Med hänsyn till det som ovan sagts (avsnitt 3.4) om KO:s ställning som granskare av avtalsvillkor kan man anföra befogad kritik mot denna ståndpunkt.

Standardvillkor, som kan betraktas som naturliga i en faktura – främst klausuler angående dröjsmålsränta – kan i förhållanden mellan näringsidkare stundom betraktas som bindande om den som mottar fakturan inte reklamerar (se *Wilhelmsson – Sevón* 1983 s. 40 f.).

(v) *Ändring av standardvillkor under avtalsförhållandets besånd.* Frågan, under vilka förutsättningar en uppsättning standardvillkor kan anses bli bindande för motparten, kan uppkomma inte blott då man ingår ett avtal, utan också i relation till ett redan rådande avtalsförhållande. Normalt gäller frågan då, huruvida ett företag som ändrar sina standardvillkor kan göra dessa ändringar gällande mot en motpart med vilken man tidigare ingått ett avtal. Spörsmålet utgör en del av det bredare problemet, när och på vilket sätt ensidiga ändringar i avtalsförhållanden kan genomföras (se t.ex. *Hemmo II* 2003 s. 6 ff.). Här berörs blott den standardavtalsrättsliga delen av problematiken i korthet.

Problematiken omtalas här, därför att man i den rättsvetenskapliga diskussionen delvis relaterat också denna problematik till olika uppfattningar om innehållet i den avtalslära som ligger till grund för synen på avtals bindande verkan. I den mån man utgår från den traditionella viljerelaterade avtalsläran – och den förefaller här tämligen väl ha hållit sina positioner – anses standardvillkoren vara gällande i den form de hade vid avtalsslutet och senare ändringar blir inte bindande för motparten om han inte ger sitt medgivande härtill. Med en annan syn på avtalsrelationerna, som inte så starkt betonar viljebildningen vid avtalsslutet, utan mer ser avtalsförhållandet som en process under fortgående utveckling, kan man lättare tänka sig förändringar i villkoren under avtalets bestånd. Också i detta fall borde dock hänsynen till motparten förebygga alltför lättvindiga inkorporeringsmetoder.

Lars Erik Taxell (1980) har i en mer omfattande analys av frågan om ändring av villkor vid in- och utlåning i bank påpekat att möjligheten att ensidigt ändra villkor måste ses som en styggelse, om man uppfattar avtalet blott som en kombination av ömsesidiga viljeförklaringar. Ser man det däremot i likhet med Taxell som en form och ett medel för samverkan mellan parterna blir bedömningen en annan: ändringar kan i någon utsträckning accepteras (s. 34). Författaren avgränsar dock trots allt mycket snävt området för de ändringar som kan ges bindande verkan (se s. 43 f.). Man kan emellertid ifrågasätta utgångspunkten för Taxells resonemang: varför skulle uppfattningen av avtalet som samverkan mellan parterna göra *ensidiga* ändringar mer acceptabla?

Vid bedömningen av frågan, huruvida ensidiga ändringar av standardvillkor kan komma i fråga, måste man skilja mellan det fall att de ursprungliga villkoren innehåller en klausul som ger företaget i fråga rätt att ändra villkoren under avtalets bestånd och det fall att sådan klausul saknas. Särskilt i det senare fallet står en ensidig ändring uppenbart i strid med den traditionella avtalslärans utgångspunkter. En fast huvudregel är här fortfarande att en ensidig ändring av villkoren inte kommer i fråga. Små tekniska ändringar som inte påverkar balansen mellan parternas förpliktelser har man dock kunnat tänka sig (*Hemmo II* 2003 s. 12).

4 Standardvillkoren och det enskilda avtalet

I 26.2 § elmarknadslagen (386/1995) anges uttryckligen att distributionsnätinnehavare och minutförsäljare kan göra sådana små ändringar i avtalsvillkoren som inte påverkar det centrala innehållet i avtalet, även om avtalsvillkoren inte innehåller någon ändringsklausul. En motsvarande rätt för försäkringsgivare att göra mindre ändringar i försäkringsvillkoren som inte påverkar avtalets huvudsakliga innehåll statueras i 19.1 och 20.4 §§ lagen om försäkringsavtal (543/1994).

Då rättsläget är oklart gör företaget i fråga dock klokt i att begära ett uttryckligt godkännande av ändringen av sina kunder. Det är nämligen också skäl att notera, att enbart det faktum att kunden inte reklamerar mot de villkor han fått inte nödvändigtvis kan uppfattas som godkännande av dem.

I *HD 1998:93* hade en elförbrukare under flera år utan anmärkning betalt elräkningar på basen av en ändrad tariff. Detta ansågs inte visa att elförbrukaren godkänt ändringen. Fallet gällde dock sättet att informera elförbrukaren om ändringen och högsta domstolen framhöll uttryckligen att om man särskilt hade informerat kunden hade kunden bort reklamera för att inte bli bunden av ändringen. Fallet ger vid handen att en avtalspart åtminstone i vissa fall av ensidig ändring av avtal bör reklamera för att inte bli bunden av ändringen (*Hemmo II* 2003 s. 13). Då fallet gäller avtalets centrala beståndsdel, priset, och dessutom rör en speciell särreglerad bransch som eldistribution, kan man av det likväl knappast dra några slutsatser om motpartens skyldighet att rekla mera mot nya standardvillkor som delgivits honom, kanske t.o.m. utan närmare vägledning om ändringarnas innehåll.

I många fall förbehåller sig företag i sina standardvillkor rätt att vid behov ändra villkoren också med verkan för redan ingångna avtal. Det som ovan sagts om den negativa inställningen till att godta ensidiga ändringar i standardvillkor, när sådana ändringsklausuler saknas, stöds av de uppfattningar som gjorts gällande beträffande ändringar med stöd av uttryckliga ändringsklausuler. Sådana klausuler betraktas nämligen också med stor skepsis och det är oklart i vilken utsträckning de kan anses vara giltiga. Reglerna om jämkning och reglering av oskäligen avtalsvillkor har ofta ansetts kunna tillämpas på klausuler om ensidig ändring av avtalsvillkor. Framställningen återkommer till dessa fall i respektive sammanhang nedan (se avsnitten 5.6 (ii) och 6.3 (i)).

4.3 Standardvillkor och individuella villkor

Som nyss har visats anser man att standardvillkor kan bli inkorporerade i ett enskilt avtal på grundval av en mer eller mindre hypotetisk eller stundom t.o.m. rent fiktiv viljeförklaring hos motparten. De standardvillkor som i princip uppfattas ha blivit del av ett avtal behöver likväl inte binda motparten i varje detalj. Enskilda klausuler kan justeras eller lämnas obeaktade.

En sådan korrigering av standardvillkorens innehåll bör ske då villkoren på någon punkt strider mot uttryckliga viljeförklaringar från avtalsparternas sida. Sålunda utgör det en allmänt accepterad princip att individuella villkor i ett avtal går framom standardvillkoren om det råder motstridighet mellan dessa. Till exempel ett villkor som intagits i ett försäkringsbrev åsidosätter ett i strid därmed stående villkor som ingår i försäkringsgivarens allmänna avtalsvillkor (*HD 1994:108*).

I *HD 2003:26* tolkades ett särvillkor i ett konsultavtal, enligt vilket konsulten förband sig att hålla i kraft en konsultansvarsförsäkring på 5 000 000 mk, innebära att konsulten inte kunde åberopa den lägre ansvarsbegränsningen i de allmänna avtalsvillkoren för konsultverksamhet KSE 1983.

Se också minoriteten i *HD 1999:67* (majoritetens avvikande resultat har att göra med att det var fråga om en lagreglerad rätt till pension, och skall alltså inte ses som något ställningstagande till standardavtalsrättsliga frågor).

Också i PECL 5:104 föreskrivs att villkor som varit föremål för individuell förhandling går framom villkor som inte varit det. Regeln har också tagits in i DCFR 2008, II.-8:104. I UNIDROIT Principles 2.1.21 har man formulerat regeln så att ett villkor som inte är ett standardvillkor har företräde framom ett standardvillkor.

Denna princip om de individuella villkorens företräde gäller oberoende av den form i vilken man förbundit sig att iaktta de individuella villkoren. Såväl skriftligen som muntligen avtalade individuella villkor går före motsvarande klausuler i standardvillkoren. Muntliga utfästelser genom vilka motparten beviljas förmåner som inte framgår av standardvillkoren (s.k. sidolöpare) är sålunda normalt bindande. Kan man visa, att man muntligen avtalat om att stryka någon klausul

ur standardvillkoren, men glömt att göra det vid avtalsslutet kan klausulen lämnas utan avseende (se *Olsson* 1959 s. 44). Också då en klausul strider mot det som på grundval av omständigheterna i det enskilda fallet ”kan anses avtalat” kan den lämnas utan avseende (*Taxell* 1972 s. 45).

- **HD 1934 II 581.** Ett köp av en fastighet hade skett på ett tryckt formulär, som innehöll en klausul enligt vilken äganderätten till fastigheten övergick till köparen först då hela köpeskillingen betalats. Då man av ett omnämnande i köpebrevet, enligt vilket säljaren utan köparens hörande hade rätt att erhålla inteckning till säkerhet för betalning av ogulden köpeskillning, och också av det övriga innehållet i köpebrevet kunde sluta sig till att man inte avsett att inta klausulen om äganderättsförbehåll i köpebrevet, ansågs äganderätten till fastigheten genast ha övergått till köparen. I det formulär som användes hade vissa klausuler överstrukits men inte klausulen om äganderättsförbehåll. – Se även dissensen i *HD 1954 II 125*.

Eftersom det som kan anses avtalat kan åsidosätta ett stadgande i standardvillkoren, kan också parternas uppfattningar om avtalsinnehållet i ett enskilt fall få en dylik verkan. Om motparten har haft en viss uppfattning om avtalets innehåll och användaren av standardvillkoren måste ha insett detta, kan den så formulerade individuella uppfattningen utgöra en starkare bedömningsgrund än innehållet i standardvillkoren (se t.ex. *HD 1992:50*).

Med principen att individuella villkor äger företräde framom standardvillkor sammanhänger den allmänt omfattade tekniska presumptionsregel, enligt vilken *skrivna villkor går före tryckta* (se t.ex. *HD 1997:39*). Handskrivna villkor anses också äga större tyngd än maskinskrivna.

Det stora flertalet standardavtal sluts genom en företrädare (fullmäktig) för det företag som använder standardvillkoren. Individuella utfästelser som i princip har försteg framom standardvillkor kan avges av denna företrädare. Då uppkommer frågan, i vilken utsträckning företrädaren på ett för företaget bindande sätt kan göra avsteg från företagets standardvillkor, om inte företaget beviljat honom sådan befogenhet. Något enhetligt svar på denna fråga, vilket skulle gälla för alla typer av avtal och alla typer av fullmäktige, kan inte ges. Problemet bör i princip bedömas enligt

de allmänna reglerna om fullmakt i AvtL. Lösningen blir då i många fall avhängig av, huruvida motparten kan sägas ha varit i god tro eller inte beträffande fullmäktigens bristande befogenhet. Vid denna bedömning måste uppenbarligen bl.a. fullmäktigens ställning vara av betydelse. Man har mindre anledning att anta att en underordnad försäljare i ett storföretag har befogenhet att avvika från företagets standardvillkor, eller åtminstone från centrala bestämmelser i dem, än att en person i chefsställning kan göra det (se *Olsson* 1959 s. 25). En sådan bedömning av motpartens goda tro blir naturligtvis aktuell blott om företrädaren haft behörighet att avge utfästelsen; saknas behörighet kan det inte uppkomma någon bundenhet för företaget.

Möjligheterna för ett företag som använder standardvillkor att på nyss nämnd grund undfly individuella utfästelser som avgivits av en representant framgår av de försäkringsrättsliga rättsfallen *HD 1963 II 42* och *HD 1986 II 84*. De här fallen har dock mist sin betydelse p.g.a. 1994 års lag om försäkringsavtal (543/1994). I 9 § denna lag stadgas att om försäkringsgivarens representant gett försäkringstagaren felaktiga eller vilseledande uppgifter om försäkringen, anses försäkringsavtalet vara i kraft med det innehåll som försäkringstagaren hade skäl att sluta sig till utgående från den information han fått.

Rättsfallet *HD 1965 II 63* gällde (bl.a.) befogenheten för ett *organ* för en offentligrättslig juridisk person (Folkpensionsanstalten) att vid långivning avvika från anstaltens allmänna lånevillkor vad beträffar ränta, amorteringstid och indexbundenhet. Då organet ansågs ha överskridit sin befogenhet och låntagarens företrädare åtminstone borde ha insett detta, förklarades försträckningsavtalet delvis ogiltigt och fastställdes att från första början ha varit i kraft i enlighet med långgivarens allmänna lånevillkor.

Även om individuella utfästelser som givits av en representant för det företag som använder standardvillkor stundom kan tänkas sakna bindande verkan gentemot företaget, innebär detta inte att de i dessa fall helt saknar rättslig relevans. Utfästelsen utgör en sådan omständighet vid avtalets tillkomst som kan beaktas då man tar ställning till en eventuell jämkning av avtalet (så *SOU 1974:83* s. 133). Även i fall där den individuella utfästelsen i princip inte är bindande för företaget, kan man sålunda ge den verkan genom att jämka standardvillkoren på ifrågavarande punkt.

Stundom förekommer det att man i standardvillkor intar uttryckliga klausuler, enligt vilka muntliga utfästelser som givits (av näringsidkaren själv eller av dennes representant) vid sidan av det skriftliga avtalet och inte intagits i detta inte skall anses bindande. Man kan ifrågasätta, i vilken omfattning en sådan klausul överhuvudtaget bör tillerkännas den tänkta rättsverkan; ett individuellt muntligt avtal borde ju enligt huvudprincipen åsidosätta också den omtalade bestämmelsen i standardvillkoren (så *Telaranta* 1990 s. 191). I vart fall kan ett dylikt standardvillkor ofta anses vara oskäligt.

I PECL 2:105 (och DCFR 2008, II.-4:104) anges uttryckligen att en sådan "merger clause", om den inte varit föremål för individuell förhandling, endast skall innebära en presumtion för att parterna avsett att tidigare uttalanden, utfästelser och avtal inte skall bli del av avtalet. Jfr dock UNIDROIT Principles 2.1.17, som syns godta en längre gående verkan av sådana klausuler.

I konsumentavtal kan sådana klausuler knappast godtas ens med nyssnämnd presumtiv verkan. I den mån sådana villkor har påträffats av KO har han med stöd av KSL 3:1 (se nedan avsnitten 6.2–6.3) krävt att de skall avlägnas som oskäliga mot konsumenterna (*KO* 2518/42/79 m.fl.).

Också i EG:s oskälighetsdirektiv (bilagan, punkt n) har man ansett ett villkor, enligt vilket en näringsidkares skyldighet att respektera de åtaganden som hans representanter gjort är begränsad eller där det har fastställts särskilda formkrav för näringsidkares bundenhet, vara oskäligt.

4.4 Läran om överraskande och tyngande klausuler samt näringsidkares informationsplikt

Ett annat korrektiv mot en vidsträckt bindande verkan av enskilda klausuler i standardavtal utgör den lära, enligt vilken det råder strängare krav för att överraskande och tyngande klausuler i standardvillkor skall

anses bindande. Också denna lära kan betraktas som en tillämpning *in casu* av den traditionella avtalsläran i fall där konflikten mellan de hävdvunna utgångspunkterna och de standardavtalsrättsliga lösningarna blir alltför stor. Den rätt uttunnade partsvilja som normalt kan läggas till grund för standardvillkors bindande verkan kan rimligtvis inte förutsättas omfatta även överraskande och tyngande klausuler, som motparten inte varit medveten om. Hypotesen måste här snarare vara den motsatta: vilja att underkasta sig klausulerna saknas. Man har därför uppställt en tilläggsförutsättning för att klausuler av här nämnt slag skall uppfattas som bindande för motparten: om motparten inte känt till klausulen bör man *särskilt ha fäst hans uppmärksamhet* vid den.

Det är knappast överraskande att läran i någon form förekommer i många rättsordningar i Europa (se *Lando – Beale* 2000 s. 151). Däremot är det mer förbluffande att en sådan "red hand rule" inte uttryckligen intagits i PECL; den anses uppenbarligen följa av den allmänna inkorporeringsregeln i PECL 2:104 (övertagen i DCFR 2008, II.-9:103), som förutsätter att den som använder standardvillkor tar "reasonable steps to bring them to the other party's attention". I UNIDROIT Principles 2.1.20 förefaller man å andra sidan gå långt i utmönstrandet av överraskande klausuler. Det räcker inte att man blott informerar, dvs. signalerar med den "röda handen". Ett villkor, som är sådant att den andra parten inte skäligen kunde ha förväntat det, blir del av avtalet bara om det uttryckligen godtagits av motparten.

Den speciella läran om överraskande, oväntade, tyngande, stränga (etc.) klausuler i standardvillkor är allmänt accepterad också i finsk doktrin (se t.ex. *Olsson* 1959 s. 37 ff., *Telaranta* 1990 s. 190, *Hemmo* I 2003 s. 162 ff.). Även i rättspraxis kan man i dag påträffa många uttalanden i vilka läran uttryckligen godtagits. Den kanske första hänvisningen till läran finns i det tidigare omtalade rättsfallet *HD 1977 II 103*, där domstolen, då den statuerade bundenhet, uttryckligen nämnde att ett visst villkor till sitt innehåll inte var överraskande och inte särskilt strängt mot köparen. Liknande negativa hänvisningar till läran kan påträffas också i vissa avgöranden gällande borgensförbindelser, i vilka högsta domstolen konstaterat att villkoren för de omtalade borgensförbindelserna inte kunde anses vara oskäligt stränga eller överraskande (*HD 1992:115*) och

att villkoret i borgensförbindelsen inte utvidgade borgensansvaret på ett överraskande och oskäligt sätt (*HD 1993:32*). Senare har man också i ett antal andra fall uttryckligen uttalat att ett villkor inte kan betraktas som överraskande och tyngande, då villkoret i fråga framstått mer som en naturlig spelregel (*HD 1997:164* om spelregler vid vadslagning och *HD 2002:38* om deltagarevillkor vid travtävling – som inte ansågs ”överraskande eller oskäligt”) eller det annars varit i samklang med verksamhetens art (*HD 1997:167* om borgen vid notariatkredit) eller med avtalsförhållandets innehåll i övrigt (*HD 2001:126*, där äganderättsförbehåll inte ansågs överraskande, då 65 % av köpeskillingen skulle erläggas efter leverans). I många av dessa fall har villkoret uppenbarligen inte påverkat avtalsbalansen i någon betydande mån (*Hemmo I 2003 s. 166*).

Även om flertalet av de fall där man hänvisat till den omtalade läran blott innehåller ett kort omnämnande av att det ifrågasvarande villkoret inte kunde anses vara överraskande och tyngande, har man inte uteslutande hänvisat till läran på detta sätt ”utan resultat”. I ett viktigt ärende som gällde generalpantstättning har högsta domstolen ansett villkoret om generalpantstättning sakna bindande verkan p.g.a. denna lära:

- **HD 1991:75.** Makarna A och B hade fått ett bostadslån av en bank och till säkerhet för lånet överlämnat innehavarskuldssedlar intecknade i deras bostadsfastighet. Härvid hade de underskrivit en generell pantsättningsförbindelse. Enligt den pantsättningsklausul som ingick såsom ett standardvillkor omfattade pantansvaret även framtida förbindelser för vilka endast B ansvarade mot banken. Då lånet beviljades hade det inte varit tal om något annat pantansvar än det som gällde lånet. Inte heller hade klausulens innehåll och betydelse uttryckligen framhållits förrän den generella pantsättningsförbindelsen underskrevs. Med beaktande av ändamålet med lånet och föremålet för säkerheten ansågs villkoret till ifrågasvarande del vara överraskande och strängt. Därför band det inte A till denna del. Se också på samma sätt *HD 1999:9*. – Högsta domstolen har därtill i avgörandena *HD 1990:73* och *HD 1991:148* tillbakavisat den bindande verkan av ett villkor om generalpantstättning; motiveringarna i dessa avgöranden hänvisar dock inte lika klart till läran om överraskande och tyngande villkor. Numera har rättspraxis följts upp av lagstiftaren så att verkan av klausuler om generalpantstättning i betydande mån har begränsats genom tvingande lagstiftning (L om borgen och tredjemanspant (361/1999) §§ 5, 6 och 41).

Läran om överraskande och tyngande villkor anses kunna åberopas mot klausuler som i betydande mån avviker från den dispositiva rättens regler till nackdel för motparten eller som annars framstår som oväntade i ifrågavarande avtal. Också rådande avtalspraxis kan fungera som måttstock, åtminstone om motparten kan förväntas känna till den (*Hemmo I* 2003 s. 164). Som *Mikko Tulokas* (1987 s. 451) konstaterat, strävar man med läran till att skydda motpartens *normalförväntning*.

Vid tillämpningen av läran kan man också fästa avseende vid den ifrågavarande klausulens formulering och underkänna klausuler som är otydliga eller missvisande. Klausuler som framstår som undangömda för motparten p.g.a. en vilseledande disposition av standardvillkoren eller som följd av villkorens trycktekniska utformning kan också angripas med stöd av läran om överraskande och tyngande villkor. Framstår villkoret som exceptionellt och ensidigt i förhållande till det övriga avtalsinnehållet eller den fördelning av rättigheter och skyldigheter som i allmänhet iakttas i avtalsförhållandet och är villkorets placering eller presentation sådan att det skymms undan av andra avtalsvillkor då avtalet sluts, kan villkoret underkännas (så *HD* 1997:4).

En ansvarsfriskrivning från en säljares sida, som intagits i ett dokument rubricerat t.ex. "Garantisedel", kan ofta anses sakna bindande verkan, om inte köparen särskilt uppmärksamgjorts på ansvarsfriskrivningen (*Wetterstein* 1982 s. 111).

Läran om överraskande och tyngande klausuler är lös till innehållet, ett slags standardavtalsrättslig generalklausul. Även om relativt riklig rättspraxis under senare år givit viss ledning för bedömningen, har det ännu inte utbildats några mer precisa principer vare sig för bedömningen av frågan, när en klausul skall betraktas som överraskande och tyngande, eller beträffande de krav som kan ställas på informationen om villkoren i olika fall. Man står här inför en kasuistisk bedömning, vid vilken man långt kan åberopa dels samma slags överväganden som då man avgör huruvida standardvillkoren överhuvudtaget skall anses binda motparten och dels synpunkter som betraktas som relevanta då man diskuterar jämkning av oskäligen villkor.

För att läran om överraskande och tyngande klausuler, som ju konfirmerats genom ett flertal rättsfall, skall ha något självständigt innehåll måste man dock lägga tröskeln för godtagande av den klausul som är föremål för bedömning på en annan nivå än i de nyssnämnda doktrinerna. Å ena sidan måste tröskeln för att godta ett överraskande och tyngande standardvillkor vara högre än för andra standardvillkor. Å andra sidan måste kravet på att särskilt framhålla ett villkor uppenbarligen uppstå lättare enligt läran om överraskande och tyngande villkor än med stöd av den allmänna jämkningsregeln i 36 § AvtL (*Hemmo I* 2003 s. 164). Det är dock skäl att notera att jämkningsregeln har ett delvis annat perspektiv än läran om överraskande och tyngande klausuler i standardavtalsrätten. Även om informationskravet enligt den senare läran uppfyllts, kan man åtminstone i princip tänka sig att jämka ett villkor, om det på andra grunder framstår som oskäligt.

Likheterna i argumentationstemata vid tillämpningen av läran om överraskande och tyngande klausuler och de nyssnämnda besläktade principerna framgår på många plan. Man anser sig t.ex. också då man åberopar läran om överraskande och tyngande villkor kunna ställa större krav på information om villkorens innehåll från företagets sida då motparten är konsument än då han är näringsidkare (*Bernitz* 1991 s. 34, *Wetterstein* 1982 s. 113). Mer generellt kunde man säga, att kraven på informationen kan antas öka, ju mindre sakkunnig motparten är. Självfallet måste informationspliktens omfattning också variera beroende på den ifrågavarande klausulens innehåll. Ju mer betungande den är för motparten, desto klarare bör han ha blivit uppmärksamgjord på den för att bindande verkan skall inträda.

I läran om överraskande och tyngande klausuler intar näringsidkarens informationsplikt en central ställning. Stundom har man i rättspraxis betonat denna sida så starkt att man inte alls funnit det nödvändigt att uttryckligen uppmärksamma villkorets överraskande och tyngande natur. Det håller kanske på att utvecklas en självständig regel om näringsidkares informationsplikt, enligt vilken näringsidkaren särskilt inom en sådan bransch där specialkunskap är nödvändig är skyldig att informera motparten om innehållet i avtalsvillkoren med risk för att villkoren annars anses sakna bindande verkan. Inom bankverksamhetens område kan man nämna ett par

belysande fall. I det första avgörandet gällande generell pantsättning (*HD 1990:73*) konstaterade högsta domstolen att bankens företrädare inte fäst motpartens uppmärksamhet vid betydelsen av generalpantsättningen, trots att banken hade *en särskild skyldighet att informera* honom om betydelsen av och syftet med förbindelsen. P.g.a. detta ansågs generalpantsättningen sakna bindande verkan. Bankens informationsskyldighet har likaså betonats i det kända fallet gällande en banks rätt att ensidigt höja räntan (*HD 1992:50*).

4.5 Tolkning mot avfattaren

Flera av de principer som utvecklats för att lösa problemen kring standardvillkorens inkorporering i det enskilda avtalet har sina motsvarigheter bland de läror som brukar åberopas vid tolkningen av standardvillkor. Man kan nämligen inte dra någon klar gräns mellan inkorporeringsproblemen och tolkningsproblemen. I enskilda fall kan det vara svårt att säga, huruvida man står inför ett inkorporerings- eller tolkningsavgörande.

Den ovan (avsnitt 4.3) beskrivna läran, enligt vilken standardvillkor som står i strid med ett individuellt villkor inte anses bindande, kan lika väl formuleras som en tolkningsprincip, som utsäger att individuella villkor skall ges företräde vid tolkningen av ett avtal. Vid mindre konflikter mellan de individuella villkoren och standardvillkoren förefaller det också naturligare att begagna en tolkningsterminologi och säga att standardvillkoren skall tolkas i överensstämmelse med de individuella villkoren i avtalet.

Den standardavtalsrättsliga *oklarhetsregeln*, enligt vilken standardvillkor skall tolkas till nackdel för den som avfattat dem (*in dubio contra stipulatorem* eller *contra proferentem*), fyller i många fall samma funktion som läran om försvårad inkorporering av överraskande och tyngande villkor (avsnitt 4.4). Det är mången gång en smaksak, huruvida man vill säga att ett villkor, med vars hjälp man i oklara ordalag sökt försämrat motpartens ställning i jämförelse med dispositiv rätt, skall anses sakna bindande verkan i det enskilda

avtalet eller blott att villkoret skall tolkas i överensstämmelse med dispositiv rätt.

Även oklarhetsregeln kan sålunda i princip – dess faktiska betydelse i detta hänseende är säkerligen ytterst begränsad – tillämpas som ett korrektiv *in casu* mot en alltför vidsträckt bindande verkan av standardvillkor. Tolkningsprincipen brukar dock begränsas med mer allmänna rimlighetsöverväganden: då den som uppställt villkoren kunde ha avlägsnat oklarheten genom att använda tydligare formuleringar är det rimligt att han bär tolkningsrisken. I fall där standardvillkor används är det dessutom ofta så att den som utformar villkoren är sakkunnig på området varför han också av denna anledning förväntas vara i stånd till att formulera sig mer precist.

Tillämpligheten av läran att avtalsvillkor bör tolkas till nackdel för avfattaren är i och för sig inte begränsad till standardvillkorens område. Också beträffande individuella villkor gäller som en utgångspunkt att de bör tolkas till nackdel för den som uppgjort dem (se t.ex. *Aho* 1968 s. 258 f., *HD 1982 II 52*, *HD 1996:19* och *HD 2007:65* samt UNIDROIT Principles 4.6. Se även *HD 1990:120* om oklarhet i försäljningsprospekt). Vid rent individuella avtal håller likväl den nyss angivna premissen, att den som utformat villkoren är mer sakkunnig, kanske inte lika ofta streck. En tolkning mot avfattaren innebär i sådana fall inte alltid en rimlig placering av tolkningsrisken. Man har också i nordisk doktrin talat för en mer allmän formulering av oklarhetsregeln, som skulle ge utrymme för en helhetsbedömning av förhållandena vid avtalets tillkomst. Man hävdar att avtal i tveksamma fall bör tolkas mot den part som hade de största möjligheterna att avvärja oklarheten (*Huser* 1983 s. 561; se även *Högberg* 2006 s. 296 ff., som vid analysen av oklarhetsregeln särskiljer mellan "författarregeln" och "kunnighetsregeln"). Finsk rättspraxis förefaller sedermera också ha omfattat en sådan princip (*HD 2003:26*).

Trots att man i den finska juridiska litteraturen har förklarat sig vara anhängare av en standardavtalsrättslig oklarhetsregel föreligger det inte i rättspraxis speciellt många fall där man explicit skulle ha tillämpat regeln. I några fall har högsta domstolen dock funnit anledning att uttryckligen och i klara ordalag hänvisa till den:

- **HD 1978 II 126.** Emedan ett s.k. anslutningsavtal mellan ett verk och en elförbrukare, liksom de därtill anslutna villkoren, hade skrivits på en blankett, som uppgjorts genom bolagets försorg och på vars

innehåll konsumenten saknade möjlighet att inverka, fick elbolaget, vilket utformat avtalet, lida skadan av att det kunde tolkas på olika sätt.

- **HD 1993:137.** Ett försäkringsbolags ersättningsansvar fastställdes enligt det avtalsinnehåll som försäkringstagaren vid avtalsslutet på basis av de oklara avtalshandlingarna med fog hade slutit sig till, eftersom bolaget hade upprättat avtalet och inte hade försökt undanröja oklarheten genom ett konstaterande av den av bolaget eftersträfvade begränsningen av ersättningsansvaret.

Se även *HD 1994:108*.

Här kan måhända även nämnas det någotspeciella *HD 1981 II 141*. Den del av köpesumman som skulle erläggas såsom kontantbetalningsandel för ett genom avbetalningsköp sålt föremål hade blivit obetald då köpet slöts och föremålet överlämnades. Enär avbetalningsköpets villkor var avsedda att uttryckas uttömmande på den blankett som skulle komma till användning och då det av stadgandena om avbetalningsköp hade följt att det inte ens förelåg behov av att på den använda blanketten uppta bestämmelser om ränta som skulle beräknas på kontantdelen av betalningen, drabbades säljaren av oklarheten i blankettens avtalsvillkor beträffande räntan. På den kontantbetalningsandel som blivit obetald skulle sålunda inte betalas högre ränta än vid denna tidpunkt gällande låga ränta.

I några försäkringsrättsliga fall har man avvisat krav på en extensiv tolkning av försäkringsvillkoren till försäkringsgivarens förmån med en uttrycklig hänvisning till det faktum att försäkringsvillkoren var ensidigt uppgjorda av försäkringsgivaren. Någon egentlig oklarhet i ordalydelsen förelåg här i och för sig inte. Rättsfallen kan likväl sägas bygga på samma synsätt som oklarhetsregeln; då försäkringsgivaren som sakkunnig ensam utformar villkoren får han bära risken att de blir för snävt utformade och han kan inte med framgång kräva en utvidgande tolkning av dem till egen förmån:

- **HD 1974 II 17.** Försäkringstagaren var ett öppet bolag. En person, som tillhörde den ena bolagsmannens hushåll, hade genom körning under påverkan av alkohol orsakat skada på en kaskoförsäkrad bil, som tillhörde bolaget. Enligt de allmänna försäkringsvillkoren kunde ersättning nedsättas eller förvägras om bilen framförts under påverkan av alkohol av försäkringshavaren eller person som tillhör hans hushåll. Enär det inte i de allmänna försäkringsvillkoren var föreskrivet, att handlingar av en person som tillhörde bolagsmans hushåll kunde

inverka på bolagets rätt att med stöd av försäkringsavtalet erhålla ersättning av försäkringsbolaget och då skäl inte förelåg att tolka nämnda av försäkringsbolagen uppgjorda försäkringsvillkor extensivt till försäkringsbolagets förmån, förpliktades detta att utge ersättning.

- **HD 1980 II 82.** En arbetstagare var i enlighet med 57 § 2 mom. lagen om olycksfallsförsäkring frivilligt försäkrad även för annat än i arbetet inträffande olycksfall. Rätt till ersättning förelåg inte enligt försäkringsvillkoren, om den försäkrade drabbades av olycksfall då han bedrev konstflygning eller deltog i tävling eller om han övade sig härför med motorfordon eller i vattnet. Arbetstagaren hade under sin fritid skadat sig då han hoppade med fallskärm. Då i försäkringsvillkoren inte nämdes fallskärmsbrott som en idrottsform, vid vars utövande inträffat olycksfall inte skulle ersättas, och det inte fanns någon grund för att tolka de av försäkringsbolaget uppgjorda villkoren extensivt till förmån för bolaget, förordnades att ersättning skulle utges.
- **HD 1986 II 21.** A hade framfört B:s bil, som han olovligt tillgripit, och förlorat kontrollen över den. Härvid hade bilen kört av vägen och skadats. Försäkringsbolaget hade på grund av en frivillig vagnskadeförsäkring ersatt B de skador som bilen fått vid dikeskörningen. Enligt de allmänna bilförsäkringsvillkor som var i kraft då försäkringsfallet inträffade övergick försäkringstagarens rätt att erhålla ersättning av skadevållaren till försäkringsbolaget i fråga om det ersättningsbelopp bolaget erlagt, förutsatt att den ersättningskyldiga hade förorsakat skadan uppsåtligen, genom grov vårdslöshet eller grov ovarsamhet eller genom grovt äventyrande av trafiksäkerheten. Hovrätten hade funnit, att B:s rätt att kräva ersättning av A för skadan med stöd av försäkringsvillkoren hade övergått till försäkringsbolaget då A fått bilen i sin besittning genom uppsåtligt brott. Högsta domstolen konstaterade, att försäkringsvillkor inte utan särskilda skäl får i strid med ordalydelsen tolkas till förmån för försäkringsgivaren. Då skadorna på bilen hade förorsakats genom gärningar, som tillräknats A såsom äventyrande av trafiksäkerheten, fann Högsta domstolen att B:s rätt att av A kräva ersättning för skadan sålunda inte hade övergått till försäkringsbolaget.

Se också de försäkringsrättsliga fallen *HD 1985 II 30*, *HD 1989:63* och *HD 1994:37* samt *HD 1990:74*, som gällde allmänna resevillkor.

Den rätt sparsamma explicita tillämpningen av oklarhetsregeln förefaller ligga i linje med den tidigare dominerande uppfattningen i doktrinen, enligt vilken regeln bör uppfattas som subsidiär och tillämpas "först i det fall att ingen annan tolkningsmöjlighet står till buds" (*Olsson* 1959 s. 42). Andra tolkningsprinciper, samt även

rättspolitiska rimlighetsöverbäganden skulle enligt detta ofta väga tyngre än principen om tolkning *contra stipulatorem* (så t.ex. *HD 1994:59*; se även t.ex. *HD 1990:99*). Även om *Mikko Tulokas* (1979 s. 5) framhållit att man genom rättsfallet *HD 1978 II 126* länkat in praxis på nya spår, har detta inte givit starka utslag i senare praxis. Oklarhetsregeln förefaller ha mindre betydelse i Finland än t.ex. i Sverige och Norge (*Høgberg* 2006 s. 296). Det är likväl tänkbart att oklarhetsregelns betydelse också hos oss kommer att växa. Lagstiftningen har utvecklats i en riktning som gör oklarhetsregeln till en mer tydlig del av den finska kontraktsrätten.

För konsumentavtalens del har EG:s oskälighetsdirektiv och lagstiftningen som implementerar direktivet åtminstone formellt ökat oklarhetsregelns betydelse i finsk rätt. P.g.a. direktivets 5 artikel har man i KSL intagit ett stadgande som föreskriver att ett villkor i ett konsumentavtal, som har uppgjorts i förväg utan att konsumenten haft möjlighet att påverka dess innehåll, skall tolkas till konsumentens fördel, om det uppstår ovisshet om villkorets innehåll (KSL 4:3). Det är uppenbart att tanken om oklarhetsregelns subsidiaritet inte för konsumentavtalens del kan försvaras efter denna lagreform. Regeln om tolkning till konsumentens fördel framträder tvärtom som ett slags *prima facie*-tolkningsregel.

Jfr dock *HD 2000:67*, där man uttalade att villkoren i en rätts-skyddsförsäkring borde tolkas "objektivt", därför att det är viktigt att försäkringsvillkor tillämpas möjligast enhetligt i förhållande till alla försäkrade. Även om detta argument har en viss tyngd är det förvånande att högsta domstolen inte ens nämner oklarhetsregeln, fastän man konstaterar att fråga är om ett ärende som gäller försäkringstagarens privatliv. Det bör dock nämnas att domstolen med sin "objektiva" metod avgjorde målet till försäkringstagarens fördel.

I fallet *HD 2002:65* hänvisade man till "principen i KSL 4:3", men lät den åsidosättas av andra argument. Fallet är emellertid av mindre intresse i förevarande sammanhang, då det inte gällde tolkning av avtalsvillkor, utan tolkning av en oklarhet i försäkringsgivarens frågeformulär vid utredningen av försäkringstagarens hälsotillstånd.

Även om stadgandet i KSL bara gäller för konsumentförhållanden, kan man, kanske med hjälp av en från KSL härledd analogi, också argumentera för att ge oklarhetsregeln större vikt i andra sådana

förhållanden i vilka styrkeförhållandet mellan parterna är på ett motsvarande sätt i obalans. Tillämpningen av oklarhetsregeln till förmån för en näringsidkare vid tolkningen av ett icke-standardiserat avtalsvillkor i rättsfallet *HD 1996:19* antyder en sådan möjlighet.

Detta synsätt stöds också av det faktum, att oklarhetsregeln internationellt sett är en mycket väl etablerad standardavtalsrättslig regel. I PECL 5:103 (och DCFR 2008, II.-8:103) har den givits tillämpning på alla villkor som inte varit föremål för individuell förhandling. Den ingår också i UNIDROIT Principles 4.6, för alla villkor ”supplied by one party”.

Man har i litteraturen pekat på situationer, i vilka användningen av en oklarhetsregel uppfattas som särskilt önskvärd. Man framhåller exempelvis att den som med hjälp av standardvillkor avser att avvika från dispositiva rättsregler till motpartens nackdel bör ge avvikelserna en klar formulering. I tveksamma fall bör villkoren nämligen tolkas i överensstämmelse med dispositiv rätt. Särskilt anses detta gälla klausuler, genom vilka ifrågavarande företag söker begränsa sitt skadeståndsansvar eller friskriva sig från detta ansvar. *Friskrivningsklausuler* bör nämligen enligt allmän uppfattning i regel *tolkas restriktivt*. Vid tolkningen av dessa klausuler bör man m.a.o. normalt preferera det alternativ som innebär minsta möjliga inskränkning i det fulla ersättningsansvar som följer av dispositiv rätt.

Liknande synpunkter har också gjorts gällande beträffande tolkningen av klausuler i vilka man till motpartens nackdel gjort avsteg från gängse praxis och sedvana (se även t.ex. *HD 1992:50*). Vidare bör också klausuler, som innehåller undantag från villkorens egna huvudregler, ges en tydlig formulering.

4.6 Utblick

Ovan (avsnitt 4.2) har visats, hur den standardavtalsrättsliga doktrinen på många punkter fjärmat sig från den traditionella avtalslärans betoning av partsvilja och viljeförklaring som förutsättning för bindande verkan. Avvikelserna har dock till sitt innehåll varit tämligen

ensidiga. De standardavtalsrättsliga nyanserna som vunnit insteg i avtalsläran har framför allt inneburit en *mer vidsträckt* bindande verkan för standardvillkor. Den omständigheten att man samtidigt utvecklat vissa instrument för korrigering av en alltför långtgående bundenhet (avsnitten 4.3–4.5) rubbar inte nämnvärt detta intryck. Som ovan anförts framstår ju korrektiven närmast som en applikation av mer traditionella principer i fall där konflikten mellan dessa och de standardavtalsrättsliga synsätten blivit för markant.

Floran av korrigerande principer som står till domstolarnas förfogande är – redan innan man kommit så långt att frågan om jämkning av avtalsvillkoren (se 5 kap.) aktualiseras – inte obetydlig. Dessa principer, liksom principerna för inkorporeringen av standardvillkor överhuvudtaget, är emellertid till sitt innehåll relativt vaga. Principerna framstår mer som en samling användbara *motiveringar*, som en domstol vid behov kan åberopa om den önskar bortse från standardvillkor, än som regler vilka skulle styra domstolarnas handlande. Då principernas praktiska betydelse sålunda i hög grad är avhängig av bedömningar i enskilda fall kan de knappast heller förväntas ha någon nämnvärd preventiv inverkan på företagens handlande då avtal sluts.

De principer som i dag antas gälla för standardvillkors bindande verkan domineras av formella kriterier med anknytning till motpartens viljeförklaring. Viss betydelse tillmäter man dock även materiella kriterier som refererar till standardvillkorens innehåll: ju strängare villkoren är desto större krav ställs på motpartens viljeförklaring för att villkoren skall anses bindande. Såsom konstaterades i bokens första kapitel, har utvecklingen av kontraktsrätten allmänt sett varit på väg i riktning mot mera innehållsliga avtalsmodeller (avsnitt 1.4 punkt ii). Vägande skäl syns tala för en starkare betoning av de materiella kriterierna för standardvillkors bindande verkan. Man borde inte utgå från att motpartens uttryckliga, konkludenta eller fiktiva viljeförklaring normalt utgör en *tillräcklig* grund för inkorporeringen av standardvillkoren i det enskilda avtalet, mer eller mindre oberoende av villkorens innehåll. Också en sådan motpart som stiftat bekantskap med standardvillkoren har ju ofta inte haft någon reell valmöjlighet med hänsyn till deras innehåll, ifall han önskat ingå avtalet. Det ligger då inte någon faktisk vilja bakom hans ”viljeförklaring”.

Då man diskuterar vilka materiella förutsättningar för bindande verkan man borde uppställa kan man lämpligen utgå från de olika syften som kan ligga bakom utformningen av innehållet i standardvillkor (se till det följande *Wilhelmsson* 1979 s. 523 ff.). Å ena sidan kan man med villkorens hjälp sträva till att klarlägga rättsläget, som ju ofta p.g.a. den dispositiva rättens vaga karaktär kan vara oklart, samt till att skapa regleringar som är mer ändamålsenliga och avpassade efter de situationer i vilka de ifrågavarande villkoren skall användas än den dispositiva rättens regler. Dessa syftemål framstår i och för sig som legitima. Den som använder standardvillkor kan emellertid som känt å andra sidan ytterligare ha som mål att uppnå en bättre rättsställning i förhållande till motparten än han skulle befinna sig i enligt dispositiv rätt. Det är svårare att ge någon saklig motivering för ett godkännande av avtalsvillkor, vilka utformats huvudsakligen i sistnämnda syfte. Varför borde man godta att företagen och/eller deras organisationer skulle ha rätt att för sig själva skapa en egen rättsordning, i vilken deras egen ställning vore förmånligare än enligt den dispositiva rätt som sanktionerats av lagstiftaren?

Ett villkor som till motpartens nackdel avviker från den dispositiva rätten borde m.a.o. som huvudregel betraktas som bindande blott om man kan anföra *sakliga* (materiella) *skäl* för användningen av ett sådant villkor. Sådana skäl kan främst förväntas framspringa ur det ovan antydda behovet att skapa precisa och ändamålsenliga regler för avtalsförhållandet. Avvikelserna från dispositiv rätt kan ha en godtagbar grund i förhållanden som anknyter sig till det ifrågavarande typavtalet och den miljö i vilken det används.

Kommissionen för revidering av rättshandlingslagen har i sitt förslag till lag om standardvillkor (*Kom.miet.* 1990:20) försökt skriva ut den lära som skisserats här i form av en lagparagraf (4 §). Kommissionen, vars betänkande inte förverkligats till den här delen, ville dock inte föreslå en allmän regel, utan begränsade sitt förslag till att gälla konsumentförhållanden:

”Sådana standardvillkor som i betydande mån skulle minska motpartens rättigheter eller öka hans skyldigheter i jämförelse med de rättigheter och skyldigheter han annars skulle ha binder inte en konsument som motpart, om inte:

- 1) man för användningen av ifrågavarande villkor kan anföra grundade skäl som ansluter sig till avtalets natur, en ändamålsenlig

riskfördelning mellan parterna eller annan motsvarande omständighet, eller

2) fråga är om gemensamt uppgjorda villkor.”

Det är uppenbart, att de konkreta sakliga skäl som kan anföras till stöd för ett visst villkor kan vara av mångahanda slag och ha varierande tyngd. En mer materiell angreppsvinkel vid lösningen av inkorporeringsproblematiken innebär alltså i och för sig knappast att det blir lättare att nå fram till lösningar i enskilda fall. Däremot möjliggör den starkare betoningen av de materiella skälen en mer rationell diskussion kring frågan, huruvida vissa villkor borde accepteras, än en argumentering som förs med utgångspunkt i mer eller mindre hypotetiska viljeförklaringar.

Det sagda innebär naturligtvis inte, att man helt borde bortse från motpartens viljeförklaring. En starkare betoning av de materiella kriterierna för bindande verkan bör inte medföra att man släpper de krav på information om villkorens innehåll som man i dag ställer. Förhållandena i något enskilt fall kan också vara sådana, att en uttrycklig viljeförklaring från motpartens sida måste godtas som en tillräcklig anledning till att medge standardvillkoren bindande verkan. När man bedömer avtalsförhållanden mellan storföretag och andra starka aktörer på marknaden finns det naturligtvis också ringa skäl för att föra in starkare materiella avvägningar i bedömningen av inkorporeringsfrågan.

Det är skäl att notera, att den i detta avsnitt anförda rekommendationen såtillvida ligger i linje med utvecklingen att man i dagens finska kontraktsträtt också i andra avseenden har strävat att ge de dispositiva reglerna större tyngd. Som nedan (i avsnitt 5.5 punkt i och avsnitt 6.3) kommer att framgå, uppfattar man de dispositiva reglerna som en måttstock för bedömningen såväl vid jämkning som vid reglering av avtalsvillkor. Möjligheterna att jämka avtalsvillkor som står i strid med dispositiv rätt eliminerar likväl inte behovet att utveckla de principer med stöd av vilka man bedömer, huruvida ett villkor blivit en del av avtalet. I många fall ter det sig mer rimligt att direkt ålägga den som utnyttjar standardvillkor *bördan att motivera*, varför vissa klausuler bör accepteras, än att ta en omväg och utgå från att klausulerna i princip är bindande, men kan jämkas.

5

Jämkning av avtalsvillkor

5.1 Inledning

Bland de instrument som står till domstolarnas förfogande för ingrepp mot oskäliga standardvillkor i enskilda fall har möjligheten att jämka villkoren småningom kommit att spela den centrala rollen. Redan i 1933 års lag om försäkringsavtal (34 §) och lagen om skuldebrev (8 §) ingick jämningsstadganden som gav domstol möjlighet att jämka uppenbart obilliga försäkringsvillkor och villkor i skuldebrev. I den sedermera framväxande lagstiftningen om särskilda avtalstyper intog man mer eller mindre regelmässigt motsvarande stadganden. Tanken att dessa stadganden borde uppfattas som uttryck för en allmän princip som skulle gälla såväl lagreglerade som oreglerade avtalstyper växte sig därför allt starkare (se om utvecklingen t.ex. *Aro* 1974).

Frågan huruvida en sådan allmän princip skall antas gälla i finsk rätt avfördes från dagordningen genom att man år 1982 intog en allmän jämningsregel i 36 § AvtL. Stadgandet lyder i dag:

”Är villkor i rättshandling oskäligt eller skulle dess tillämpning leda till oskälighet, kan villkoret antingen jämkas eller lämnas utan avseende. Vid prövning av oskäligheten skall beaktas rättshandlingens hela innehåll, parternas ställning, förhållandena då rättshandlingen företogs och därefter samt övriga omständigheter.

Är i 1 mom. avsett villkor sådant att det till följd av jämkningen av villkoret inte är skäligt att avtalet i övrigt oförändrat förblir i kraft. kan avtalet jämkas även till övriga delar eller förordnas att förfalla.

Såsom villkor i rättshandling betraktas även utfästelse om beloppet av vederlag.

På jämkning av ett avtal om en konsumtionsnyttighet mellan en konsument och en näringsidkare tillämpas konsumentskyddslagen (38/78).”

Då den allmänna generalklausulen stiftades kunde man slopa många av de tidigare generalklausulerna. Av informationsskäl genomfördes detta så att de tidigare generalklausulerna ersattes med hänvisningsstadganden, i vilka man angav att jämkning kunde ske med stöd av AvtL. Vissa tidigare generalklausuler lämnades dock oförändrade i samband med ändringen av AvtL. Anledningen härtill var att dessa stadganden – som dessutom berörde politiskt brännbara områden – innehöll speciella regleringar angående jämkning av vederlag, vilka man fann motiverat att bibehålla (*RP 247/1981 s. 11*).

Den viktigaste av dessa ”egna” jämkningsstadganden ingår i KSL 4:1, som också hänvisas till i 36 § AvtL. Detta stadgande har förnyats i samband med implementeringen av EG:s oskälighetsdirektiv. Då tillades också till KSL p.g.a. direktivet vissa specialregler gällande jämkning av konsumentavtal (KSL 4: 2). Jämkningsstadganden ingår också i 6 § lagen om hyra av bostadslägenhet (481/95) och 5 § lagen om hyra av affärslokal (482/95) samt 4 och 7 §§ jordlegolagen (258/1966). Vid jämkning av ett hyres- eller jordlegoavtal mellan en konsument och en näringsidkare skall dock enligt de nyss nämnda stadgandena KSL tillämpas till den delen jämkningen inte gäller hyrans belopp. I 7 § lagen om borgen och tredjemanspant (361/1999) ingår likaledes en särskild jämkningsregel, med en vidare hänvisning av ovan nämnt slag till KSL. Ett jämkningsstadgande som gäller för arbetsavtal finns i arbetsavtalslagen (55/2001) 10:2.

Förutsättningen för jämkning av avtalsvillkor enligt 36 § AvtL är att villkoret är oskäligt eller att dess tillämpning leder till oskälighet. Domstolen förväntas alltså göra en *etisk* värdering av det godtagbara i att tillämpa ett bestämt villkor. Det säger sig självt att den konkreta betydelsen av en sådan generalklausul blir beroende av domstolarnas inställning och deras beredskap att tillämpa stadgandet.

De speciella jämningsstadganden som tidigare var gällande tillämpades i rättspraxis i ytterst begränsad omfattning. I litteraturen förekom också uttalanden, enligt vilka jämkning borde ses som en undantagsföreteelse som kunde komma i fråga blott i verkligt patologiska fall. En av målsättningarna med generalklausulen i 36 § AvtL var att *sänka jämkningströskeln* bl.a. genom att inte längre bibehålla kravet på uppenbar oskälighet som förutsättning för jämkning. I förarbetena till generalklausulen betonades också att det bör "finnas ett något vidsträcktare utrymme för att jämka avtal än vad som sker idag" (RP 247/1981 s. 4). Som kommer att framgå i det följande föreligger det som följd härav i dag en relativt riklig rättspraxis angående jämkning. Jämningsinstitutet har kommit att framstå som ett viktigt särmerke för finsk och nordisk kontraktsrätt.

Det är likväl uppenbart att en diskussion angående tillämpningen av jämningsstadgandet som förs på ett sådant allmänt plan blir relativt innehållslös även om den naturligtvis inte saknar pedagogisk betydelse. Såväl för konfliktlösaren i ett enskilt fall som för den som önskar evaluera generalklausulens faktiska betydelse är allmänna uttalanden enligt vilka jämkning bör ske "i undantagsfall", "sällan", "oftare än förut" o.s.v. till relativt ringa glädje. Av större värde är en presentation av de *riktlinjer (principer)* för bedömningen som kan utläsas ur det konkreta juridiska material angående jämkning som står till buds. Att diskussionen främst måste röra sig om riktlinjer sammanhänger med problemets art. Som ovan antydde kan man angående jämkning normalt inte uppställa några regler som skulle binda domstolarna vid någon bestämd lösning i ett enskilt fall.

Man kan teckna en mer levande bild av jämningsinstitutet i finsk rätt genom att presentera en översikt över sådana klausuler som i rättspraxis gjorts till föremål för jämkning. En sådan konkretisering genomförs nedan i avsnitt 5.6, där rättspraxis samtidigt konfronteras med de mer konkreta ställningstaganden som gjorts i förarbetena till främst 36 § AvtL. Konkretiseringen kan emellertid genomföras på ett rättvisande sätt blott mot bakgrund av en beskrivning av den allmänna "jämningsideologin". Denna beskrivning utförs i avsnitten 5.2–5.5.

Vid beskrivningen av rättspraxis utnyttjas inte blott HD-fall angående 36 § AvtL och övriga gällande jämningsstadganden. Också

praxis kring de speciella jämningsstadganden som inte kvarstod oförändrade efter tillkomsten av den allmänna generalklausulen presenteras. Då ett av syftena med generalklausulen i 36 § AvtL var att öka benägenheten att jämka avtal kan man utgå från att fall där jämkning redan tidigare skett även i fortsättningen kan återopas som prejudikat – i den mån man överhuvudtaget vid den *in casu*-betonade bedömning som här är i fråga kan tala om prejudikat i egentlig mening. Av samma anledning är det däremot betänkligt att dra några juridiska slutsatser från sådana tidigare fall i vilka man förkastat jämningsyrkanden; det som en domstol tidigare inte funnit vara ”uppenbart oskäligt” kan i dag mycket väl uppfattas som ”oskäligt”. Rättsfall av sagda slag kan däremot av naturliga skäl utgöra betydelsefullt källmaterial vid en bedömning av generalklausulernas faktiska funktion.

Det nyss förda resonemanget gäller inte blott den situation som uppstått genom att lagstiftningen förändrats. Motsvarande synpunkter på användningen av äldre rättsfall kan göras gällande även då det inte gjorts någon ändring i lydelsen hos en generalklausul. Uppfattningen om vad som är skäligt måste nämligen *förändras* i enlighet med utvecklingen av de samhälleliga moralnormerna. Ett rättsfall av äldre datum som gäller skäligheten hos ett avtalsvillkor kan därför lätt framstå som föråldrat.

Efter tillkomsten av 36 § AvtL har högsta domstolen avgjort rikligt med precedensfall gällande tillämpningen av stadgandet. Uppmärksamheten koncentreras i detta verk av naturliga skäl huvudsakligen på dessa avgöranden. En presentation av det rätt omfattande material som finns på hovrättsnivå (se t.ex. *Saarnilehto* 1990 och *Ämmälä* 1991) går utanför framställningens ramar. När det inte finns rättsfall från HD används dock i det följande också några rättsfall från hovrätt i syfte att belysa vissa frågeställningar.

Enbart i illustrativt syfte omtalas också vissa utlåtanden av konsumentklagonämnden – numera konsumenttvistenämnden – angående tillämpningen av KSL 4:1. En noggrannare presentation av praxis i denna instans, som ofta har att ta ställning till krav på jämkning, hör hemma i en specialframställning angående konsumenträtten (t.ex. *Wilhelmsson* 1989 s. 193 ff.).

Allmänna generalklausuler som ger möjlighet att jämka oskäligen avtal har intagits även i avtalslagarna i Sverige, Norge och Danmark. Det ligger sålunda nära till hands att utnyttja material även från dessa länder vid argumentationen kring 36 § AvtL i finsk rätt. Det är likväl skäl att hålla i minnet den centrala roll domstolarnas värderingar spelar vid tillämpningen av generalklausulen. I den mån den förhärskande domarideologin är olika i de nordiska länderna – och mycket tyder på att den är det – avspeglar sig detta lätt i jämningspraxis. De tidigare gällande generalklausulerna angående speciella kontraktstyper, vilka ju även de i flertalet fall var samnordiska, syns också ha haft varierande betydelse för rättsutvecklingen i de olika nordiska länderna (*Hellner* 1975 s. 99 f.). Då dessutom de nya generalklausulerna formulerats olika i de nordiska länderna och då de haft något divergerande syften – den danska generalklausulen har bl.a. uppfattats som ett vapen mot ekonomisk kriminalitet (se *Jørgensen* 1977 s. 8, 11) – har det inte befunnits motiverat att i den föreliggande allmänna beskrivningen av jämningsinstitutet i finsk rätt utnyttja nordiskt material i större omfattning. Detta skall likväl inte uppfattas som ett ställningstagande mot möjligheten att åberopa sådant material i en konkret juridisk argumentation.

Den mest omfattande framställningen i Norden angående jämkning ingår i förarbetena till den svenska generalklausulen i avtalslagen (*SOU* 1974: 83). Då det angivna betänkandet haft ett betydande inflytande också på den finska debatten samt framför allt på beredningen av den finska generalklausulen i 36 § AvtL, kan det inte förbigås i detta sammanhang.

EG-rätten har, som tidigare omnämnts, fört med sig nytt material med relevans också för skälighetsprövningen enligt finsk rätt. I EG:s oskälighetsdirektiv har man definierat minimikraven för jämkning av konsumentavtal. Den finska rättens jämningsstadganden skall på konsumenträttens område tillämpas så att direktivets krav uppfylls. Detta följer redan av EG-rättens princip enligt vilken den nationella rätten skall tolkas i enlighet med gällande direktiv.

Vid implementeringen av direktivet har man i KSL intagit vissa särskilda stadganden, vilka framställningen återkommer till senare. Viktigare än dessa detaljer med tanke på den konkreta jämningsprövningen är emellertid direktivets bilaga, som innehåller

en vägledande förteckning över villkor som kan anses som oskäliga (oskälighetsdirektivet 3 art. 3 punkten). P.g.a. förteckningens vägledande karaktär har den inte implementerats genom uttrycklig lagstiftning, utan den har upprepats och försetts med kommentarer i motiven till lagen genom vilka direktivet implementerades (*RP 218/1994* s. 10 ff.). På detta sätt har man i finsk rätt velat ge bilagan "den betydelse och ställning som avses i direktivet" (*RP 218/1994* s. 9). Detta implementeringssätt har också uttryckligen accepterats av EG-domstolen, då 'den i bilagan till direktivet intagna listan inte innebär en inskränkning av de nationella myndigheternas utrymme för eget skön vid bedömningen av ett villkors oskäliga art' och den inte syftar till att ge konsumenter rättigheter som går utöver vad som följer av direktivets artiklar (*Kommissionen mot Sverige*, Mål C-478/99). De exempel som finns förtecknade i direktivet är således inte bindande, men icke desto mindre viktiga medel för konkretiseringen av jämningsinstitutet också i Finland. De underkastas en närmare granskning i avsnitt 5.6. I samma avsnitt omtalas också de enstaka avgöranden angående direktivets materiella innehåll som givits av EG-domstolen.

I detta sammanhang bör slutligen framhållas, att skälighetsregeln är speciell för Norden såtillvida att den har en bred alltomfattande tillämpning. Som tidigare (avsnitt 2.3) nämndes förekommer skälighetsregler också annorstädes, särskilt i samband med regleringen av standardavtal. Därför har man också i PECL 4:110 intagit en regel om ogiltighet av oskäliga avtalsvillkor, som inte varit föremål för individuell förhandling.

I DCFR 2008 har man intagit något olika generalklausuler för konsumentavtal, avtal mellan privatpersoner och avtal mellan näringsidkare (DCFR 2008, art. II.-9:404-406). På goda grunde har dock anförts kritik mot detta.

5.2 Vad är jämkning?

I 28–33 §§ AvtL ingår ett antal allmänna stadganden om följderna av olika slags fel i viljebildningen vid avtalsslutet. Den rättsföljd som här statueras är avtalets ogiltighet. Under de förutsättningar som lagen uppställer kan den part på vars sida det förelegat brister i viljebildningen kräva att den rättshandling han företagit inte skall anses gällande. Alternativen är alltså i princip total giltighet eller total ogiltighet hos rättshandlingen.

I praktiken har det någon gång förekommit att en domstol statuerat partiell ogiltighet med stöd av något av de nämnda stadgandena (se t.ex. *Wilhelmsson* 1978 s. 80). Efter att en allmän jämkningsregel lagfästes i 36 § AvtL syns det inte föreligga något behov att tillämpa ogiltighetsreglerna på detta sätt (se även 5.4 p. iii).

Vid tillämpningen av 36 § AvtL och andra jämkningsregler utgår man *primärt* från att det ifrågavarande rättsförhållandet upprätthålls. Normalt bör man inte utnyttja en total ogiltighetspåföljd, utan man låter påföljden drabba blott en del av avtalet. Avtalet fortfar att gälla men domstolen *ändrar avtalets innehåll*.

Då en domstol *jämkar ett avtal* har den vidsträckt frihet att genomföra de ändringar den önskar. Ifall något enskilt avtalsvillkor betraktas som oskäligt är den enklaste lösningen ofta att *lämna detta villkor utan avseende*. Detta innebär att den dispositiva rättens regler träder i stället för det villkor som avlägsnas. Om avtalet t.ex. innehåller en oskälig ansvarsbegränsning kan det ofta vara en lämplig lösning att bortse från denna ansvarsbegränsning och tillämpa de ansvarsregler som annars skulle gälla för ifrågavarande avtalsförhållande.

I många fall är emellertid den nyssnämnda möjligheten mindre lämplig. Ett villkor kan stå i ett sådant samband med andra villkor i avtalet att den dispositiva regeln inte skulle passa in i sammanhanget eller det kan gälla någon sådan individuell omständighet – t.ex. leveranstidpunkten – att det inte kan bortlämnas. Domstolen har därför också alltid möjlighet att *jämka själva villkoret* så att det framstår som skäligt. Detta kan ibland ske genom att man ändrar någon enskild del av villkoret – förlänger en frist eller sänker ett

vederlag – och låter det kvarstå i övrigt oförändrat. I andra fall krävs åter mer vidlyftiga omskrivningar av villkoret för att ett skäligt resultat skall kunna uppnås.

I fall som gäller långvariga avtal behöver domstolen inte begränsa sig till att bedöma skäligheten i ett villkor i den förevarande konkreta situationen, utan kan också ändra villkoret för framtiden (se också nedan 5.4. p. iv). Med de omfattande befogenheter att ändra villkor som domstolarna har betyder detta alltså i princip att domstolen kan skriva om avtalet för parterna med verkan för framtiden. Högsta domstolen har t.o.m. ansett det möjligt att skriva om en oskälig inlösningsklausul i bolagsordningen för ett bostadsaktiebolag med stöd av 36 § AvtL så att man i domslutet uttryckligen ord för ord anger hur klausulen skall lyda i fortsättningen (*HD 1999:42*).

Stundom kan sambandet mellan det oskäliga villkoret och övriga delar av avtalet vara så starkt att ett ingrepp blott mot detta villkor inte leder till ett skäligt slutresultat. Av denna anledning har man i 36 § 2 mom. AvtL uttryckligen angivit, att *avtalet kan jämkas även till övriga delar*, om det inte är skäligt att avtalet efter jämkningen av ett villkor förblir i kraft i övrigt oförändrat. Denna möjlighet kan utnyttjas till fördel för vardera parten i ifrågavarande tvist. En jämkning eller eliminering av ett villkor kan förutsätta även andra ändringar i avtalet till förmån för den part som drabbats av det oskäliga villkoret. Å andra sidan kan det villkor som jämkats eller avlägsnats ha varit så betydelsefullt för hela avtalsförhållandet att avtalet efter jämkningen skulle framstå som oskäligt för den part till vars nackdel villkoret jämkats, om inte jämkningen av det enskilda villkoret uppbalanseras med andra ändringar i avtalet till den sistnämnda partens förmån.

Vid jämkning av ett konsumentavtal står likväl den sistnämnda möjligheten – att ändra övriga delar av avtalet till näringsidkarens förmån – oftast inte till buds. P.g.a. EG:s oskälighetsdirektiv har man intagit ett stadgande i KSL 4:2 som uttryckligen utesluter sådana följdjusteringar till förmån för näringsidkaren. Om jämkningen gäller ett icke-förhandlat villkor som på ett sätt som strider mot god sed leder till en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter till konsumentens nackdel, kan avtalet enligt detta stadgande inte jämkas till övriga delar. Till påföljderna av klara oskälighetsfall har man på detta sätt tillfogat ett punitivt element (se *RP 218/1994 s. 16*):

huvudsaken är inte att få till stånd ett balanserat rättsförhållande, utan "att bestraffa" näringsidkaren som använt det oskäligen villkoret. Stadgandet lär dock knappast få någon stor praktisk betydelse.

Förhållandena kan slutligen vara sådana att det inte ter sig möjligt att skriva om avtalet så, att man kan betrakta det som skäligt mot vardera parten att avtalet förblir i kraft. I ett sådant fall kan domstolen enligt 36 § 2 mom. AvtL förordna att avtalet skall förfalla, dvs. utnyttja en *total ogiltighetspåföljd*. Ifall t.ex. den ena parten förbehållit sig en så omfattande rätt att själv fatta beslut om innehållet i sin prestation att detta villkor framstår som oskäligt och domstolen inte är i stånd att företa en ändamålsenlig precisering av prestationen kan avtalets ogiltighet vara den enda skäligen möjliga möjlighet som står till buds (*RP 8/1977 s. 40 f.*). I vissa fall kan också t.ex. en betydande förhöjning av köpeskillingen, även om den i princip är möjlig, betraktas som en så problematisk åtgärd att man hellre förordnar avtalet att förfalla (se gällande hovrättspraxis *Kartio* 1987 s. 208 ff.).

Även beträffande den totala ogiltighetspåföljden gäller att vardera parten kan framställa krav på att den skall utnyttjas. Den part mot vilken avtalet är oskäligt kan yrka på att avtalet skall förklaras vara ogiltigt, om det inte genom jämkning kan göras skäligt mot honom. Även den andra parten kan emellertid kräva att avtalet skall förfalla om det ter sig oskäligt mot honom att upprätthålla avtalet med jämkat innehåll och denna oskälighet inte heller kan avlägsnas genom en jämkning av andra villkor i avtalet. En sådan lösning kan emellertid lätt stå i strid med beaktansvärda intressen hos den part som önskar fasthålla vid avtalet i jämkad form och skulle, om den användes ofta, lätt urvattna betydelsen av det skydd av den svagare parten som jämningsreglerna sägs befrämja. Man understryker därför i förarbetena till 36 § AvtL "att det bör anses vara exceptionellt att ett avtal lämnas utan avseende. Målet bör alltid vara att jämka avtalet och hålla det i kraft" (*RP 247/1981 s. 17*). Den totala ogiltigheten framstår som en ytterst sekundär påföljd i detta sammanhang.

Också i 6 § lagen om hyra av bostadslägenhet och 5 § lagen om hyra av affärslokal ingår en regel om möjligheten att jämka andra delar av avtalet och förordna avtalet att förfalla. En motsvarighet till 36 § 2 mom. AvtL saknas däremot i de "egna" jämningsstadganden som fortsättningsvis ingår i 4 och 7 §§ jordlegolagen och arbetsavtalslagen

10:2. Detta har inte avsetts leda till en avvikande tillämpning av de sistnämnda generalklausulerna i det föreliggande avseendet. De möjligheter som anges i 36 § 2 mom. AvtL bör rimligtvis stå domstolen till buds också då den står i beråd att jämka jordlegoavtal och arbetsavtal (så även t.ex. *Kartio* 1983 s. 180).

KSL:s huvudregel gällande total ogiltighet (4:1.2) överensstämmer också med 36 § 2 mom. AvtL. Också i detta sammanhang har man emellertid p.g.a. oskälighetsdirektivet tillfogat ett punitivt element till skälighetsregeln. När jämknningen gäller ett sådant icke-förhandlat villkor som i strid med god sed leder till en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter till konsumentens nackdel, skall avtalet lämnas i kraft till sina övriga delar oförändrat, om det som sådant kan förbli i kraft. Förfallandepåföljd skulle komma på fråga ”endast om det oskäligen villkoret har en så central betydelse i avtalsförhållandet att avtalet utan villkoret saknar ett förnuftigt innehåll” (*RP 218/1994* s. 16). Eftersom denna begränsning i möjligheterna att utnyttja den totala ogiltighetspåföljden är avsedd att rikta sig mot näringsidkaren som använder oskäligen villkor, torde den inte kunna tillämpas i fall där konsumenten yrkar på att avtalet skall förordnas att förfalla.

5.3 Vad kan jämkas med stöd av 36 § AvtL?

AvtL gäller rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Några speciella begränsningar i tillämpningsområdet ingår inte i generalklausulen i 36 § AvtL. Den kan sålunda åberopas som stöd för jämkning av villkor i alla slags förmögenhetsrättsliga rättshandlingar. Däremot kan inte generalklausulen tillämpas för att jämka ett sådant oskäligt resultat som direkt beror på tillämpningen av lag (se t.ex. *HD 1988:103* och *HD 1998:18*). Föremålet för 36 § AvtL är i detta avseende ett annat än t.ex. för generalklausulerna i skadeståndslagen 2:1.2 och 11 § räntelagen.

Det viktigaste objektet för jämkning – och det som är av intresse då man diskuterar standardavtal – är naturligtvis det förmögenhetsrättsliga *avtalet*. Vid sidan härav kan emellertid generalklausulen

utnyttjas som stöd för jämkning av villkor också i många andra slag av rättshandlingar.

Så har man t.ex. ansett att man med stöd av 36 § AvtL kan jämka villkor i *ensidiga utfästelser*, såsom gåvor (RP 247/1981 s. 10, *Telaranta* 1990 s. 383). Det är klart att jämkning i detta fall bara kommer i fråga till förmån för gåvogivaren. Man kan inte tänka sig att gåvotagaren med framgång kräver ”mera” med stöd av 36 § AvtL (*Pöyhönen* 1988 s. 342 f.).

Generalklausulen har också ansetts vara tillämplig vad avser jämkning av stadganden i *bolagsordningar* (se redan *Wilhelmsson* 1984). Så har t.ex. en bestämmelse i bolagsordningen för ett vattenkraftsaktiebolag om aktieägarnas rätt att köpa elkraft av bolaget till ett pris som understeg det gängse kunnat jämkas med stöd av 36 § AvtL (HD 1990:171). Också en bestämmelse i ett bostadsaktiebolags bolagsordning om rätt att inlösa aktie har kunnat jämkas, och t.o.m. skrivas om, med stöd av 36 § AvtL (HD 1999:42, jfr dock HD 1986 II 114). Sedermera har man i lagen om bostadsaktiebolag (809/1991) intagit ett specialstadgande gällande jämkning av bolagsordning (43 §). Då detta stadgande emellertid enligt 93.2 § lagen om bostadsaktiebolag inte kan tillämpas på bestämmelser som begränsar rätten att överlåta eller förvärva aktier som intagits i bolagsordningen innan den nya lagen trädde i kraft, är man för sådana bestämmelsers del fortsättningsvis hänvisad till att tillämpa 36 § AvtL (HD 1999:42). – Det är rätt självklart att endast aktieägare har legitimation att driva en jämningsprocess angående bolagsordningen i ett bolag; denna ställning upphör om aktierna överläts under processens gång (HD 2004:18).

Det kan vidare nämnas att man, trots att generalklausulen formellt gäller blott förmögenhetsrättsliga rättshandlingar, förespråkat en tillämpning av den också på *familje- och kvarlåtenskapsrättens* område (RP 247/1981 s. 9). Något formellt hinder mot att vid behov jämka t.ex. äktenskapsförord har man sålunda inte avsett att uppställa (se *Wilhelmsson* 1985). I rättspraxis har man också på grundval av 36 § AvtL jämkat äktenskapsförord (HD 1990:75) och avtal om avvitrning (HD 1991:124, se också HD 1991:22). Behovet att använda 36 § AvtL i dessa situationer har visserligen minskat avsevärt sedan man intagit ett stadgande om jämkning av avvitrning i 103 b § äktenskapslagen. Helt har stadgandet likväl inte avlägsnat möjligheterna att använda 36 § AvtL på detta område (se t.ex. *Pöyhönen* 1988 s. 350). Högsta domstolen har t.ex. uttryckligen slagit fast, att en make, även efter det att tiden för klander av avvitrningen löpt ut, inom skäligen tid kan yrka att slutresultatet av en avvitrning som förrättats av en skiftesman skall jämkas på den grunden att det avtal makarna gjort vid förrättningen

var oskäligt till följd av en omständighet som uppdragats efteråt (*HD 2001:103* samt *HD 2003:23*).

Tillämpningsområdet för 36 § AvtL utsträcker sig t.o.m. till den *offentliga rättens* gränsområden. Det är klart, såsom också konstateras i motiven till lagen, att "myndighetsutövning inte utgör verksamhet på vilken jämningsstadgandet vore tillämpligt" (*RP 247/1981* s. 10). Det har dock ansetts att jämkning vore möjlig "till den delen de i bruk varande ansvarelementen liknar dem som finns i (helt) privaträttsliga avtal" (*Pöyhönen* 1988 s. 340; översatt här). Således har högsta domstolen på grundval av 36 § AvtL tagit ställning t.ex. till skäligheten av villkor i forststyrelsens tillstånd att jaga på statens mark (*HD 1986 II 78*).

Med stöd av generalklausulen i 36 § AvtL kan alla slags förmögenhetsrättsliga avtal jämkas. Såväl formfria som formbundna (se *Kartio* 1987 s. 207) avtal omfattas av stadgandets tillämpningsområde. Också kollektivavtal har i praktiken varit föremål för jämkning (*HD 1986 II 144*; se även *Koskinen* 1994). Såväl det avtal genom vilket ett rättsförhållande konstitueras som eventuella avtal om upplösning av rättsförhållandet kan jämkas.

Belysande i det sistnämnda avseendet är *HD 1984 I 1*. En arbetstagare, som verkade som butiksföreståndare för ett andelslag, hade vållat sin arbetsgivare, andelslaget, skada. Efter arbetsförhållandets upphörande hade arbetsgivaren och arbetstagaren avtalat om att arbetstagaren skulle ersätta andelslaget den uppkomna skadan på 44 067 mk. Då avtalet gällde erläggande av ersättning för skada som redan inträffat ansågs avtalet inte vara utan verkan enligt skadeståndslagen 7:1. HD jämkade emellertid med stöd av 36 § AvtL ersättningen till 28 000 mk, med hänvisning till att man vid beräkningen av skadan inte kunde särskilja skada som utgjorde en följd av butiksföreståndarens vållande från annan skada, att butiksföreståndaren även efter anställningsförhållandets upphörande befann sig i en väsentligt svagare ställning i förhållande till andelslaget och hennes möjlighet att granska dess beräkningar var små samt att hennes möjligheter att klara av den avtalade betalningsskyldigheten var osäkra.

Ett liknande fall är *HD 1995:86*. En arbetsgivare och en arbetstagare hade avtalat om ersättandet av en kreditförlust, som förorsakats arbetsgivaren till följd av arbetstagarens förfarande, och samtidigt om upphörandet av arbetstagarens arbetsförhållande. Avtalet, som inte ansågs vara utan verkan enligt 7 kap. 1 § skadeståndslagen, jämkades med stöd av 36 § AvtL.

Inte heller den omständigheten att ett avtal har *internationell anknytning* hindrar i och för sig jämkning, även om de internationella dragen naturligtvis bör beaktas då man tar ställning till jämningsyrkandet (RP 247/1981 s. 10). I princip kan sålunda också de standardvillkor som i vidsträckt omfattning utnyttjas vid internationell handel (se ovan avsnitt 3.2) vid behov justeras med stöd av generalklausulen (se även SOU 1974: 83 s. 161 f.). I förarbetena till generalklausulen nämner man uttryckligen som exempel på oskäligen avtal med internationell anknytning vissa garantiformer som förekommer i internationell bankpraxis (RP 247/1981 s. 10); här har man haft för ögonen s.k. *first demand*-garantier, som hade vållat vissa problem för finska projektexportörer och banker vid den tidpunkt då lagändringen bereddes.

Högsta domstolen har varit tvungen att ta ställning till användningen av en *first demand*-garanti i fallet HD 1992:145 (se också HD 1991:148). I det här fallet förkastades ett yrkande som baserade sig på en garantiförbindelse på den grunden, att yrkandet enligt i målet erhållen utredning innebar chikan. Högsta domstolen hänvisade inte uttryckligen till 36 § AvtL, men detta stadgande kan anses utgöra avgörandets legislativa bakgrund (Esko 1993 s. 27).

På sådana avtal, för vilka det gäller ett särskilt jämningsstadgande, skall 36 § AvtL normalt inte tillämpas (RP 247/1981 s. 9). Jämkning av avtal mellan näringsidkare och konsument till förmån för konsumenten skall sålunda stödjas på KSL 4:1 och inte på AvtL. Motsvarande gäller beträffande jämkning av hyres-, jordlego- och arbetsavtal. Om man bortser från de regler för jämkning av vederlaget som ingår i de speciella jämningsstadgandena torde det nyss sagda likväl blott ha formell betydelse: en formellt riktig motivering av domslutet bör naturligtvis innehålla en hänvisning till den i sammanhanget tillämpliga generalklausulen. Materiellt sett bör dock jämkningen ske på samma sätt – ett undantag utgörs av de specialstadganden som intagits i KSL 4:2 p.g.a. EG:s oskälighetsdirektiv – oberoende av om ett speciellt jämningsstadgande eller 36 § AvtL tillämpas. En annan sak är att man då man konkret tar ställning till ett jämningsyrkande bör beakta särdragen hos ifrågavarande avtalstyp. Detta gäller emellertid oberoende av om denna avtalstyp underlyder

ett eget jämningsstadgande eller 36 § AvtL. Som nedan kommer att framgå (avsnitt 5.4 p. ii) utgör naturligtvis också en parts egenskap av konsument en omständighet som är relevant vid jämkning av avtal.

Den allmänna generalklausulen i 36 § AvtL täcker hela den del av avtalsområdet som inte omfattas av de särskilda jämningsstadgandena. Man har inte avsett att skapa några isolerade öar, på vilka skälighetsprincipen inte skulle äga tillämpning. Det faktum att jämkning av avtal mellan näringsidkare och konsument med stöd av KSL 4:1 kan ske blott då avtalsvillkor är ”oskäligt mot konsumenten” innebär sålunda inte att jämkning till förmån för näringsidkaren i princip vore utesluten, även om frågan naturligtvis i praktiken kan aktualiseras blott i yttersta undantagsfall. I ett sådant undantagsfall kan jämkning till förmån för näringsidkaren ske på grundval av 36 § AvtL (se *RP 8/1977 s. 39*).

Jämningsstadgandet i 36 § AvtL kan tillämpas oberoende av när det ifrågavarande avtalet ingicks. I ikraftträdelsestadgandet till generalklausulen utsägs uttryckligen att den kan tillämpas retroaktivt på rättshandlingar som företagits innan lagändringen trädde i kraft (se även t.ex. *HD 1983 II 78, 1983 II 149 och 1984 II 83*).

Jämningsstadgandet i AvtL innehåller en allmän ”censurregel”, som riktar sig mot alla slags brister i avtalsförhållandet (*Huser 1984 s. 26*). Jämningsstadgandet kan återopas mot alla slags villkor i de avtal som faller under dess tillämpningsområde. Tidigare var det en relativt allmän uppfattning att jämkning av vederlaget eller priset inte skulle kunna ske. För att förhindra en sådan tolkning har man i 36 § 3 mom. AvtL intagit ett uttryckligt konstaterande, att också utfästelse om beloppet av vederlag skall betraktas såsom villkor i rättshandling. Härmed har klarlagts att *även själva priset kan jämkas* med stöd av generalklausulen. Däremot ingår i 36 § AvtL inga närmare riktlinjer om hur priset eller vederlaget skall jämkas.

Vissa av de jämningsstadganden som gäller för särskilda avtal skiljer sig till denna del från den allmänna generalklausulen. Detta gäller jämningsstadgandena i lagstiftningen om hyra och jordlega. I 6 § 2 mom. lagen om hyra av bostadslägenhet och 5 § 2 mom. lagen om hyra av affärslokal anges att också i konsumentförhållanden jämkning av hyrans belopp skall ske med stöd av hyreslagstiftningen. I 29 och 56 §§

jordlegolagen har åter stadgats närmare om skäligheten av legoavgiften i vissa av de legoförhållanden som omfattas av lagen.

Jämkningsstadgandet i 48 § 3 mom. i den lag om arbetsavtal som var i kraft då 36 § AvtL stiftades gällde uttryckligen blott annat villkor än villkor rörande lönen. Då detta stadgande bibehölls vid tillkomsten av 36 § AvtL avsåg man uppenbarligen att jämkning av lönen inte heller i fortsättningen skulle komma ifråga; man uttalade litet blåögt att "[k]ollektivavtalssystemet och den därtill anslutna lagstiftningen tryggar skäliga löner" (*RP 247/1981* s. 11). Högsta domstolen har dock sedermera uttryckligen framhållit att denna begränsning av tillämpningsområdet för jämningsregeln inte alltid är välmotiverad och att man därför vid behov, då det inte föreligger kollektivavtal, bör kunna kräva jämkning av lönen med stöd av 36 § AvtL (*HD 1998:63*, se också *HD 1998:107*). Skälighetsprincipen i finsk kontraktsrätt har av domstolen sålunda givits en så stark ställning att man t.o.m. varit beredd att tillämpa den mer eller mindre mot vad som uttryckligen angivits i speciallagstiftning (*contra legem*). I den numera gällande arbetsavtalslagen har man följt högsta domstolens linje. I jämningsregeln i arbetsavtalslagen 10:2 utesluter man inte längre möjligheten att jämka också lönens belopp. Jämkning av lönen kan alltså ske med stöd av detta stadgande (se motiven till stadgandet i *RP 157/2000*).

Då man jämkar priset bör man uppenbarligen ta hänsyn till den allmänna prisnivån. Jämkningsinstitutet är knappast i första hand avsett att fungera som en mekanism för generell prisreglering. Detta hindrar naturligtvis inte, att man också beaktar andra relevanta omständigheter än den allmänna prisnivån då man tar ställning till ett jämningsyrkande.

I rättsfallet *HD 1996:90* har HD tagit ställning till frågan om jämkning av vissa växelkostnader. Jämkningsyrkandet förkastades, bl.a. emedan det var allmänt känt att växelkredit, i synnerhet då växlar upprepade gånger förnyas, är en dyr finansieringsform, samt då bankens taxor inte hade påståtts avvika från den nivå andra banker tillämpade.

Jämkning av priset kan ske om detta är oskäligt högt. I princip föreligger emellertid inte heller något hinder mot en jämkning i andra riktningen, dvs. så att ett oskäligt lågt pris eller vederlag höjs (se även rättsfallen *HD 1981 II 167*, *1982 II 141* och *1981 II 126*, nedan 5.4 p. iv samt *Sevón* 1978 s. 412 ff., 416 och *Kartio* 1987 s. 211). Det är dock i detta hänseende skäl att vara mycket försiktig (se

även *RP 247/1981* s. 15; *Halila* 1987 s. 608 ff. anser möjligheten att jämkna upp ett alltför lågt pris på en byggnadsentreprenad vara närmast teoretisk).

Ett viktigt karakteristikum för den nordiska modellen för reglering av oskäliga avtalsvillkor är att den omfattar såväl *individuella avtalsvillkor* som *standardvillkor*. Redan av det som sagts angående jämkning av priset framgår, att jämningsstadgandena inte avsetts utgöra instrument som kunde utnyttjas blott mot oskäliga standardvillkor. Lika självklart är dock att standardvillkoren uppfattats som ett mycket viktigt, kanske t.o.m. det viktigaste objektet för jämkning. Redan då man beredde det tidigare centrala jämningsstadgandet i 8 § lagen om skuldebrev uppmärksammade man standardavtalsproblematiken och hänvisade uttryckligen till att bankerna ”i sin utlåningsrörelse pläga följa vissa av dem under inbördes samråd uppgjorda skuldebrevsformulär” (*Kom. bet. 1936:1* s. 48). Också i förarbetena till 36 § AvtL betonar man vid beskrivningen av syftet med den nya generalklausulen att man på många områden allmänt använder standardvillkor, vilka kan vara oskäliga för den part som inte deltagit i utarbetandet av villkoren. Dessutom sägs användningen av standardvillkor kunna ge upphov till jämningsbehov av den anledningen att parterna vid avtalsslutet inte tillräckligt anpassat avtalet till förhållandena *in casu* (*RP 247/1981* s. 3 f.). Som senare skall framgå (avsnitt 5.4 p. iii) uppfattas också redan det faktum att avtalet uppgjorts med användning av standardvillkor som ett argument som sänker jämkningströskeln.

5.4 Omständigheter som kan beaktas vid jämkning

I 36 § 1 mom. AvtL har angivits ett antal omständigheter som domstolen skall beakta då den prövar, i vilken man en rättshandling är oskäligen. Denna förteckning är inte uttömmande: förutom de bedömningskriterier som uttryckligen utpekats i lagen bör domstolen också beakta ”övriga omständigheter”. Då domstolen tar ställning till frågan om jämkning bör den sålunda utföra en *helhetsbedömning*. Som

högsta domstolen uttryckligen konstaterat innebär detta, att man vid prövningen i allmänhet inte bör ge en enda omständighet avgörande betydelse, utan man bör beakta alla de omständigheter som kan anses påverka frågan i det enskilda fallet (*HD 2001:27*). Domstolen bör beakta såväl *avtalets innehåll* som *omständigheter utanför avtalet* (se beträffande indelningen redan *Aurejärvi 1979 s. 731*).

Mot denna bakgrund är det förvånande att högsta domstolen i *HD 1996:1* kategoriskt och utan egentlig motivering uttalade att det faktum att vissa borgesmän fått sitt borgesansvar jämkat och borgenären åtnöjt sig med domen saknade betydelse då man övervägde möjligheten att jämkat andra medborgesmäns ansvar mot borgenären. Man har sett fallet som ett uttryck för en jämningsfientlig inställning vad avser borgesförbindelser, som var rådande i högsta domstolen före tillkomsten av den nya lagen om borgen och tredjemanspan (361/1999) (*Hemmo I 2003 s. 20*). Den sistnämnda lagen innehåller som tidigare nämnts en egen jämningsregel i 7 §.

Juha Pöyhönen (numera *Karhu*) har konstruerat en modell för jämningsprövning, där han utnyttjat distinktionen mellan avtals-interna och avtalsexterna element. Han indelar jämningsprövningen i följande skeden (*Pöyhönen 1988 s. 252*):

0. Förstadium: utredning om avtalets bindande verkan.
1. Klarläggande av obalansen (en bedömning av de avtalsinterna jämningsgrunderna).
2. Förbindelsen mellan obalansen och de avtalsexterna elementen.
3. Bedömning av de avtalsexterna jämningsgrunderna.
4. En helhetsbedömning av oskäligheten.
5. En jämförelse av resultatet av helhetsbedömningen (oskälighetsvärdet) med jämkningströskeln och beslut om man vidtar jämkning eller inte.
6. Förordnande av påföljder.

Denna strukturmodell ger verktyg till en teoretisk analys av ett jämningsavgörande. I praktiken är de olika skedena i strukturen naturligtvis invävd i varandra så som framgår av den fortsatta framställningen.

Vid helhetsbedömningen av ett avtalsvillkors skälighet i ett enskilt fall riktas uppmärksamheten naturligt nog mot *resultatet av villkorets tillämpning* i detta fall. Detta att den rättsliga måttstocken vid jämkning riktar sig mot stadiet då kontraktet uppfylls (*Hagström* 2003 s. 279) är något som är typiskt för det nordiska jämningsinstitutet i jämförelse med situationen i många andra länder, där man snarare tenderar att bedöma oskäligheten med utgångspunkt i avtalshelheten vid avtalsslutet. Enligt den nordiska synen bör villkorets tillämpning framstå som oskälig då avtalsinnehållet konfronteras med de omständigheter utanför avtalet som föreligger i ifrågavarande fall. Detta innebär å ena sidan, att ett villkor som i allmänhet framstår som helt balanserat och skäligt vid avtal av ifrågavarande slag likväl kan jämkas om det vid tillämpningen i något särskilt fall skulle leda till oacceptabelt resultat. Å andra sidan kan det naturligtvis även förekomma fall där ett villkor, som normalt förefaller oskäligt, *in casu* kan tillämpas på ett skäligt sätt. Denna fokusering på oskäligheten vid tillämpningen av ett villkor *in casu* har den nackdelen att möjligheterna att utnyttja jämningsstadgandena som instrument för en styrning av avtalspraxis blir mer begränsade. Prejudikatverkan av domar, i vilka man jämkat villkor, blir relativt ringa (se även *Aurejärvi* 1984 s. 9).

I förarbetena till 36 § AvtL utgår man emellertid från att ett avtalsvillkor stundom kan vara så ensidigt att det kan betecknas som oskäligt som sådant. Som exempel på sådan *typoskälighet* nämns villkor som överlåter avgörandet rörande omständigheter som väsentligen inverkar på avtalsförhållandet till den ena parten allena (*RP 247/1981* s. 14; se närmare 5.6 p. ii). I syfte att höja prejudikatvärdet av domar angående till sin typ oskäliga villkor framhåller man också explicit i förarbetena till generalklausulen att domstolarna borde motivera sina jämningsavgöranden så att av dem i dessa fall skulle framgå att det ifrågavarande avtalsvillkoret bedömts vara oskäligt *som sådant* vid ifrågavarande avtalstyp (*RP 247/1981* s. 12; se t.ex. *HD 1983 II 91* nedan 5.6 p. viii). Också i själva lagtexten har man uppmärksammat skillnaden mellan jämkning p.g.a. typoskälighet ("Är villkor i rättshandling oskäligt") och jämkning till följd av att villkoret leder till oskäligt resultat *in casu* ("skulle dess tillämpning leda till oskälighet").

Ett gott exempel på en tillämpning av den nämnda distinktionen finner man i den detaljerade motiveringen i rättsfallet *HD 2001:27*, där ett villkor om dröjsmålsersättning vid försenad överlåtelse av en fastighet inte bedömdes vara ursprungligen oskäligt, varför domstolen koncentrerade sig på frågan, huruvida tillämpningen av villkoret i det ifrågavarande fallet kunde anses leda till oskälighet.

Då domstolen tar ställning till ett jämningsyrkande bör den enligt 36 § AvtL beakta bl.a. följande omständigheter:

(i) *Avtalets hela innehåll*. Då ett avtalsvillkor jämkas har man naturligtvis primärt att ta ställning till huruvida detta villkor i den föreliggande situationen kan betraktas som oskäligt till sitt innehåll. Närmare synpunkter på de krav som kan ställas på villkorens innehåll anges nedan i 5.5 och 5.6. Här är blott skäl att framhålla att det enskilda villkoret inte bör betraktas isolerat utan alltid i samband med avtalets innehåll i övrigt. Det är sålunda tänkbart att ett villkor som taget för sig ter sig oskäligt uppbalanseras av de övriga villkoren i avtalet på ett sådant sätt att anledning till jämkning saknas.

Man måste beakta samverkan av alla villkor i den omtalade situationen. Således skall man vid jämkning av ett långvarigt avtal inte endast se till framtiden, utan också effekterna av den redan förverkligade avtalsperioden skall inrymmas i helhetsbedömningen (se t.ex. *HD 1988:24*).

I ett mål som gäller jämkning av legoavgiften i ett långvarigt jordlegoförhållande räcker inte en jämförelse av legoavgiftens storlek vid tidpunkten för det rättsliga avgörandet med den lokala hyresnivån, utan "förverkligandet av förutsättningarna måste granskas utifrån avtalshelheten och med hänsyn till utgångspunkterna för avtalet" (*HD 1994:88*; översatt här).

Detta helhetsmässiga betraktelsesätt får inte drivas för långt: det finns förvisso villkor, "vilka är till den grad tyngande, att denna verkan inte kan upphävas genom andra bestämmelser i avtalet" (*RP 247/1981* s. 12). Sålunda är det åtminstone i avtal med konsumenter och motsvarande (naturliga eller juridiska) personer uppenbarligen skäl att ställa sig ytterst skeptisk till möjligheten att uppväga vidsträcktansvarsbegränsningar t.ex. med ett billigare pris. Då avtalet ingås har motparten ofta inte förutsättningar att bedöma betydelsen av

ansvarsbegränsningarna och väga dem mot den prisförmån han till synes erbjuds.

Å andra sidan kan givetvis ett villkor som i sig förefaller skäligt framstå som angräpligt i en viss avtalshelhet. Ett avtal kan således vara oskäligt och jämkas även om man inte kan peka på något enskilt oskäligt villkor, utan oskäligheten följer av den *sammanlagda verkan* av flera villkor.

Då man vid tillämpningen av jämningsstadgandena har att beakta avtalets hela innehåll, kan bedömningen av skäligheten hos ett visst villkor naturligtvis variera beroende på *avtalstypen*. Om ett villkor uppfattats som skäligt i en viss typ av avtal följer härav inte nödvändigtvis att det bör bedömas på samma sätt i ett annat slags avtal.

Det är möjligt att högsta domstolen av försäkringstekniska skäl kan sägas ha lagt jämkningströskeln högt vid bedömningen av försäkringsavtal (*Hemmo II* 2003 s. 89 ff., med hänvisning särskilt till *HD 1993:18* och *HD 2001:135*). Domstolens argumentation i dessa fall förefaller dock föga övertygande och tämligen linjelös (se närmare *Wilhelmsson* 2005), och det är därför svårt att dra några långtgående slutsatser på basen av dess praxis.

Har parterna reglerat sitt inbördes förhållande genom flera olika avtal kan man ta hänsyn till totaleffekten av hela *avtalspaketet* (*SOU 1974: 83* s. 158 f.).

(ii) *Parternas ställning*. Många av de tidigare jämningsstadgandena gällde avtalstyper, vid vilka det normalt antogs föreligga en obalans mellan avtalsparterna. Försäkringstagaren, avbetalningsköparen, hyresgästen, legotagaren, arbetstagaren, handelsrepresentanten och konsumenten var *svagare parter* som borde skyddas bl.a. genom möjligheten att jämka avtalet. Detta synsätt ligger också bakom 36 § AvtL. Man framhåller i förarbetena till stadgandet att jämningsmöjligheten är samhälleligt mest betydelsefull vid avtal mellan parter som inte är jämställda (*RP 247/1981* s. 3). Just i sådana fall används också standardvillkor i stor utsträckning.

Den ena parten kan på olika sätt vara underlägsen den andra då avtalet sluts. Ofta är det fråga om ekonomisk underlägsenhet. En part kan p.g.a. sin ekonomiska styrka bättre genomdriva sina intressen i

samband med avtalsslutet än en part som är i en ekonomiskt svagare position och kanske är beroende av att man får till stånd ett avtal. Särskilt då den ena parten befinner sig i ett fortlöpande ekonomiskt avhängighetsförhållande till den andra parten utformas avtalen ofta så oskäligt att jämkning ligger nära till hands (*Aurejärvi* 1979 s. 732 f.). Obalansen i avtalet behöver likväl inte vara en följd av (blott) ekonomisk ojämlikhet. Också parternas sakkunskap såväl i juridiskt hänseende som angående andra faktorer som ansluter sig till ifrågavarande avtalsförhållande är av betydelse. Har den ena parten mer begränsade förutsättningar att sätta sig in i avtalets betydelse än den andra utgör detta en omständighet som talar för jämkning till den förstnämndas förmån. Vid standardavtal föreligger ofta en stark obalans i detta hänseende.

Balansen mellan parterna bör naturligtvis i princip bedömas utgående från förhållandena i det enskilda fallet. Det kan likväl inte uteslutas att en viss typisering av förhållandena äger rum. I anslutning till den tendens mot en särbehandling av konsumentrelationerna som berörts ovan (1.4 p. ii) brukar man hävda, att jämkning (med stöd av KSL 4:1) bör tillgripas särskilt ofta vid avtal mellan näringsidkare och konsument.

Debatten om behovet av ett småföretagarskydd (se 6.5) kan måhända också leda till att man uppfattar avtal mellan små- och storföretag som en särskild kategori, där jämkningströskeln skulle vara låg (se *Sevón* 1978 s. 402, *Aurejärvi* 1979). I förarbetena till 36 § AvtL betonar man att det såväl inom handel som industri förekommer förhållanden mellan små- och storföretag vid vilka småföretaget klart intar en underlägsen och beroende ställning. Som exempel nämns bl.a. förhållandet mellan en framställare av komponenter och den industrianläggning som använder dessa, mellan en handelsman och hans partiaffär, samt mellan en jordbrukare eller fiskare och uppköparen av dessas produkter (*RP 247/1981* s. 3).

Hänsynen till parternas ställning vid avtalsslutet innebär å andra sidan att man vid ett avtal som ingås mellan parter som är i alla avseenden jämstarka bör utnyttja jämkningsmöjligheten med yttersta försiktighet och blott vid betydande obalans i avtalsinnehållet (*RP 247/1981* s. 14). Har parterna i jämlika förhandlingar träffat ett avtal, medvetna om de ekonomiska risker detta avtal innebär, bör jämkning

i normala fall inte komma i fråga (*HD 1982 II 192*; se även *HD 1983 II 78*). Högsta domstolen har också i flera fall när den förkastat jämningsyrkanden uttryckligen hänvisat till att avtalsparterna varit jämlika (*HD 1985 II 36*, *1986 II 97*, *1993:68* och *2001:27*; se också hyresfallet *HD 1994:96*).

Då man talar om en parts underlägsna ställning som argument för jämkning tänker man i regel i första hand på partens svaga förhandlingsposition då avtalet ingås. Man kan emellertid också fästa avseende vid *en parts ställning* under avtalsförhållandets bestånd, framför allt då *avtalet skall uppfyllas*. Parten kan i detta skede befinna sig i en sådan situation att det vore oskäligt mot honom att återropa ett visst avtalsvillkor.

Se t.ex. *HD 1984 I 1* (ovan p. 5.3), där man uttryckligen återopade en parts begränsade möjligheter att uppfylla avtalet som argument för jämkning. Se även *HD 1986 II 144*, där en tillämpning av ett kollektivavtal i efterhand skulle ha lett till ett oskäligt resultat med hänsyn till de ekonomiska möjligheterna för en jordbrukare som fungerade som arbetsgivare. I fallet *HD 1985 II 171* jämkades en ersättning som skulle erläggas av en arbetstagare som brutit mot ett konkurrensförbud, med hänsyn till bl.a. hans ekonomiska förhållanden. Ett villkor som frantog en arbetstagare hans pensionsförmån när han uppsades av arbetsgivaren jämkades i *HD 2002:87*, då arbetstagaren hade uppsagts en relativt kort tid innan han fyllde sextio år, vilken ålder gav rätt till pensionsförmånen, och då arbetstagaren i detta skede inte längre hade gängse möjligheter att själv ordna sin pension med hjälp av frivilliga försäkringar.

En enskild näringsidkares svaga förmögenhetsställning har också återopats som argument för att åsidosätta en skiljeklausul i ett avtal som han ingått. Domstolen antog att hans ekonomiska ställning skulle ha hindrat honom att få sin sak prövad i skiljeförfarande (*HD 2003:60*).

Se även *HD 1984 II 83*, där man som grund för jämkningen av ett konkurrensbegränsande villkor hänvisade till att den ifrågavarande partens yrkeserfarenhet var starkt inriktad på den ifrågavarande branschen. Med det här ville HD uppenbarligen ange att partens förvärmöjligheter skulle ha varit svaga om det konkurrensbegränsande villkoret inte hade jämkats.

I fallet *HD 1994:70* återopades å andra sidan en försäkringstagares (goda) ekonomiska förhållanden som en omständighet som talade emot jämkning.

I ett par fall har HD likväl uttryckligen konstaterat att de svaga förmögenhetsförhållandena hos den som skall göra en avtalsenlig prestation är ett otillräckligt argument för att jämkning skulle kunna

komma i fråga. Se *HD 1991:10*: Med beaktande av att syftet med borgen är att säkerställa betalningen av huvudgälden ansågs inte tillämpningen av en borgensförbindelse till fullt belopp som getts till en bank leda till oskälighet på den grund, att beloppet av den på förbindelsens grundade gälden var betydande i förhållande till borgesmannens förmögenhetsställning. Se också på samma sätt *HD 1996:1*. – Eftersom dessa avgöranden uttryckligen motiveras med en hänvisning till syftet med borgen, kan man av dem inte härleda slutsatser om andra typer av avtal.

Jämkningsreglerna kan m.a.o. utnyttjas som inkörsport för regler om vad man kunde kalla *socialt prestationshinder* eller *social force majeure*. Förhindras en part av sjukdom, arbetslöshet eller en liknande omständighet att fullgöra sin avtalsenliga prestation kan det ofta te sig oskäligt att låta den andra parten åberopa de avtalade påföljderna för avtalsbrott i full utsträckning. I lagstiftningen kan redan påträffas vissa utslag av ett sådant tänkesätt: stadgandena i 2 § 2 mom. och 11 § lagen om avbetalningsköp (91/1966), 11 § räntelagen (numera enligt lydelse i lag 340/2002) samt KSL 7:16.2 och 5:30.3 har just som syfte att lindra påföljderna då en gäldenär råkar i dröjsmål med betalningen p.g.a. sjukdom, arbetslöshet eller liknande omständighet. I litteraturen har man också utvecklat en mer allmän princip enligt vilken påföljderna av betalningsförsummelse borde lindras exempelvis då gäldenären blivit sjuk eller arbetslös (*Wilhelmsson* 1987 s. 177 ff. och 1992 s. 180 ff.). Den här läran har vunnit acceptans i nyare lagberedning: man hänvisar till det sociala prestationshindret exempelvis i förarbetena till ändringen av KSL (se t.ex. *RP 360/1992* s. 73). I hovrättspraxis har man också beaktat synpunkter som liknar det sociala prestationshindret vid tillämpningen av 36 § AvtL (*Ämmälä* 1991 s. 279). Läran om socialt prestationshinder kan ses som ett uttryck för den i jämkningsprövningen verkande principen om gottgörelse av den svagare parten (*Pöyhönen* 1988 s. 310 f.).

Hemmo (I 2003 s. 20) noterar i förbigående att läran om socialt prestationshinder har en något omstridd position i kontraktsrättens allmänna läror. Han nämner som enda kritiker i Finland *Välimäki* (1995 s. 143–145), som i sina korta kommentarer överhuvudtaget inte observerat det omfattande nya rättskällematerial som tillkommit sedan läran formulerades (se förutom vad som ovan nämnts den breda redovisningen hos *Bärlund* 1990). Mot bakgrund av de ändringar av

KSL som introducerat tankemodellen på flera ställen i lagstiftningen är det i dag svårt att motivera, varför läran om socialt prestationshinder inte skulle äga tillämpning vid konsumentförhållanden. Utanför detta område är stödet svagare, om ock lagen om avbetalningsköp i dag uttryckligen gäller avtal mellan näringsidkare. Vid tillämpningen av 36 § AvtL är det likväl uppenbart, att man vid den helhetsbedömning som ju skall göras kan beakta sådana omständigheter som avses i läran om socialt prestationshinder också då det är fråga om andra slags avtalsparter än konsumenter, oberoende av om man tillerkänner läran om socialt prestationshinder ställningen som rättsprincip (som *Hemmo II* 2003 s. 70 konstaterar, kan dock en acceptans av en principverkan för läran om socialt prestationshinder medföra en bredare tillämpning av jämkningsregeln). Detta innebär naturligtvis inte någon mycket bred tillämplighet, då ju läran i varje händelse till sitt innehåll är sådan att den kan tillämpas blott på fysiska personer som avtalsparter.

I doktrinen har man som sociala prestationshinder omtalat negativa ändringar i gäldenärens hälsotillstånd, arbetssituation, boende, familjeförhållanden och förmögenhetsförhållanden (*Wilhelmsson* 1987 s. 194 ff., 1992 s. 198 ff.). Om dylika ändringar förorsakar betalningssvårigheter för gäldenären, kan man hänvisa till dem som argument för en jämkning till gäldenärens förmån av förbindelsen eller de påföljder som anknyter till ett brott mot den också då något specialstadgande inte står till buds.

Som ett exempel av litet annat slag, där en parts fysiska tillstånd under avtalsförhållandets bestånd tillmätts avgörande betydelse som argument för jämkning, kan nämnas ett avgörande av *Helsingfors HovR* 29.6.1977/81: A hade 18.9.1976 hyrt ut sin bostadslägenhet till B och C bl.a. på villkor att hyresförhållandet skulle upphöra 1.1.1980. A, som själv ville flytta till lägenheten, krävde i första hand att avtalet skulle förklaras ogiltigt p.g.a. omständigheterna vid dess tillkomst och i andra hand att hyresförhållandet skulle konstateras p.g.a. uppsägning ha upphört 1.3.1977. Hovrätten fann utrett, att A – som var född 1896 – inte kunde anpassa sig och inte trivdes i sin dåvarande enrums underhyresbostad i en familj där det fanns fyra barn under 10 år. Enligt läkarintyg innebar boendet där fara för A:s hälsa, varför A nödvändigtvis behövde en bostad i vilken han kunde leva i lugn och ro. Av denna anledning och då villkoret i hyresavtalet med B och C om uppsägningsdag måste anses oskäligt mot A, jämkades hyresavtalet så, att den sista dagen i varje kalendermånad efter det domen givits skulle vara uppsägningsdag.

(iii) *Förhållandena då rättshandlingen företogs.* Även omständigheterna vid avtalets tillkomst kan utgöra argument för jämkning. Detta framgår redan av det som sagts under föregående punkt: mycket av det som anförts om betydelsen av parternas ställning vid avtalsslutet kunde upprepas här.

Juha Pöyhönen har i sin analys av jämkningsens struktur ansett, att "en avtalsextern faktor eller faktorer måste vara orsaken till den avtalsinterna obalansen", för att jämningsfaktorerna skall få juridisk betydelse (*Pöyhönen* 1988 s. 291; översatt här). För att jämkning skall komma i fråga, måste man således enligt honom alltid kunna hänvisa till omständigheterna vid avtalsslutet (eller till förändrade förhållanden, som behandlas nedan) som grund för jämkning. Ofta är det också i praktiken så att man som grund för jämkning återoppar såväl avtalets innehåll som omständigheterna vid dess tillkomst. Något absolut krav på att man borde förfara på detta sätt bör dock inte uppställas. Om man bryter mot ett förbud mot ett typoskäligt villkor eller om avtalet i övrigt till sitt innehåll är klart oskäligt, skall man inte ålägga den part som yrkar på jämkning någon bevisbörda gällande omständigheter som anknyter till avtalets tillkomst. Man kunde kanske säga att dessa omständigheter i detta fall presumeras vara obalanserade.

I ogiltighetsstadgandena i 28-33 §§ AvtL regleras en påföljd av vissa förkastliga förfaranden vid avtalsslutet. Den som drabbats av tvång, svek, ocker o.s.v. har emellertid inte alltid intresse att återopa den påföljd som stadgats här, nämligen avtalets totala ogiltighet. Mången gång kan den bästa lösningen för denna part vara att hålla fast vid avtalet men kräva att dess innehåll jämkas. Detta är naturligtvis helt möjligt. Den omständigheten att förutsättningarna för ogiltighet i 28-33 §§ AvtL är uppfyllda utgör uppenbarligen ett mycket starkt argument för jämkning.

Belysande är ett avgörande av *Helsingfors HovR 22.6.1977/465*: B hade av A hyrt en affärslägenhet för en månadshyra på 2 800 mk. Såväl vid annonseringen som vid avtalsförhandlingarna hade man från A:s sida meddelat att lägenhetens yta uppgick till 150 m² vilken uppgift också intagits i hyresavtalet. I verkligheten var lägenhetens yta blott 120 m². B krävde med hänvisning till att han svikligt förletts och till att det stred mot tro och heder att återopa avtalet samt till att en tillämpning

av avtalet var oskäligt, att hyran skulle nedsättas. Hovrätten nedsatte hyran till 2 400 mk. För hyresgästen hade det i detta fall förmodligen varit oförmånligt att kräva att avtalet skulle ogiltigförklaras, då han därigenom blivit tvungen att lämna sin affärslägenhet.

Inte blott sådana förfaranden som fyller kriterierna i 28–33 §§ AvtL kan åberopas som argument för jämkning. Även handlingar vilka framstår som mindre klandervärda än vad ogiltighetsstadgandena förutsätter kan utgöra omständigheter som bör beaktas vid jämkning (*RP 247/1981* s. 4, 11). Man kan tala om ett ”inte alldeles”-argument: jämkning kan bifallas också då ”kännetecknet för ett särskilt jämningsstadgande inte alldeles uppfylls” (*Pöyhönen* 1988 s. 297; översatt här). Aggressivt beteende, överraskningstaktik och utnyttjande av den andra avtalspartens bristfälliga språkkunskaper kan räcka som dylika jämningsgrunder (*Telaranta* 1990 s. 392). Det utgör inte heller någon förutsättning för jämkning att den part mot vilken jämningsyrkandet görs gällande var i ond tro (i fallet *HD 1995:186* tillades dock motpartens goda tro betydelse, men här hade den som krävde jämkning medvetet förfarit lagstridigt). Även handlingar som den part mot vilken jämningskravet riktas har utfört – t.ex. uppgifter som han givit – helt i god tro kan stundom uppfattas som argument för jämkning (*SOU 1974:83* s. 133). Detsamma gäller även handlingar av en tredje man, om vilka den sagda avtalsparten inte hade eller bort ha kännedom. Även uttalanden av personer som handlar utöver sin fullmakt kan ha relevans (se ovan avsnitt 4.3).

På grundval av jämningsregeln kan man i praktiken också ålägga avtalsparten informationsplikt eller förstärka på annat sätt utvecklade principer gällande informationsplikt (se om detta ovan i avsnitt 4.4). Ett brott mot en informationsplikt som anknyter till avtalsslutet kan således utgöra en jämningsgrund.

Jämningsmöjligheten *vid misstag* – jfr 32 § AvtL – belyses av rättsfallet *HD 1968 II 30*: Då ett avtalsvillkor tolkat efter sin ordalydelse hade lett till ett sådant för den ena parten uppenbart oskäligt resultat, som inte kunde anses ha motsvarat parternas avsikt, skulle villkoret trots sin felaktiga ordalydelse tillämpas i enlighet med parternas verkliga avsikt.

Redan den omständigheten att den ena parten ensam utformat ett avtalsvillkor kan utgöra ett argument för en jämkning av villkoret till denna parts nackdel (*RP 247/1981* s. 16). Detta är skäl att betona i en standardavtalsrättslig framställning. Det faktum att man uppgjort avtalet med tillhjälp av *ensidigt utarbetade standardvillkor* kan i sig åberopas som ett argument för en sänkning av jämkningsströskeln. *Erkki Aurejärvi* har också betonat att användningen av sådana standardvillkor utgör den i praktiken viktigaste källan till oskälighet bland de omständigheter som ansluter sig till förhållandena vid avtalsslutet. Man kan tala om att det föreligger en viss presumtion för att sådana standardvillkor är ensidiga till sitt innehåll (*Aurejärvi* 1979 s. 735).

Omständigheterna vid avtalsslutet kan naturligtvis ibland åberopas även som argument mot jämkning. Detta kan vara fallet om den ena parten insett villkorens oskälighet redan då avtalet slöts (se även *Sevón* 1985).

Se t.ex. *HD 1987:109*. Enligt villkoren i ett fastighetsköp skulle av köpeskillingen om 600 000 mark, som var avsevärt lägre än fastighetens gängse pris, 400 000 mark erläggas under fyra års tid så att 100 000 mark betalades varje år utan ränta. Köpet hade ingåtts på initiativ av säljaren efter en tämligen lång betänketid. Säljaren hade varit medveten om förhållandet mellan köpeskillingen och det gängse priset. Köpevillkoren hade antecknats i köpebrevet i enlighet med vad säljaren hade anfört och de hade motsvarat hans avsikt, nämligen att köparen inte skulle råka i trångmål vid erläggandet av köpeskillingen. Säljarens käromål, vari han yrkade, att villkoren rörande köpeskillingen och dess betalning skulle jämkas med stöd av 36 § AvtL, förkastades.

Se även *HD 1992:192*. I ett jordlegoavtal inom slakten hade avsiktligt avtalats om en exceptionellt låg lega. Legan ansågs inte oskälig. Ett yrkande på höjning av legan förkastades.

Argumentet att vetskap om oskäligheten skulle förhindra jämkning bör dock utnyttjas med försiktighet. Är förhållandena t.ex. sådana att parten inte i praktiken haft något annat val än att acceptera villkoren, fastän han till fullo insett hur oförmånliga de var, kan jämkning mycket väl komma ifråga (*RP 247/1981* s. 12, 17). En sådan situation föreligger ofta då man ingår standardavtal. Även om motparten redan vid avtalsslutet förstod att standardvillkoren var oskäliga mot honom, bör han därför kunna åberopa oskäligheten. Det är också

skäl att beakta att en part i många fall i praktiken vid avtalsslutet har anledning att utgå från att den andra parten inte fullt ut kommer att åberopa sina rättigheter enligt de oskäligen villkoren.

Rättsfallet *HD 1994:140* illustrerar väl en situation där en part uppenbarligen inte ansett sig ha något annat val än att ingå avtalet, trots vetskap om oskäligheten: Sedan ett flertal personer hade ingått avtal med ett bolag om reservering av bostadsaktier till ett fast pris hade bolaget efter en kort tid meddelat dem, att priset måste höjas till följd av stegrad kostnadsnivå, och erbjudit dem möjlighet att annullera sina reserveringar. I de nya reserveringsavtalen hade avtalats ett högre pris och i avtalen hade intagits ett villkor, enligt vilket de som reserverat bostäder inte skulle rikta några krav mot bolaget med anledning av ändringen av reserveringspriset. Det sistnämnda villkoret utgjorde inte hinder för dem som reserverat bostad att yrka på återbetalning av köpesumman på den grund, att prishöjningen var ogiltig eller oskäligen enligt AvtL:s tvingande regler om rättshandlingars ogiltighet och jämkning av dem. Med stöd av 36 § AvtL lämnades prishöjningen utan avseende såsom oskäligen och bolaget ålades att återbetala till bostadsköparna skillnaden mellan det höjda priset och det ursprungliga priset. – Domstolen noterade uttryckligen i motiveringen att köparna vid omförhandlingen hade företrätt av en advokat, men att köparna inte ens som medvetna om oskäligheten hade kunnat förhandla fram ett skäligt avtal.

(iv) *Förhållandena efter att rättshandlingen företagits.* Även om ett avtal ingås på fullt skäliga villkor kan förändringar i förhållandena som inträffar efter avtalsslutet leda till att en tillämpning av avtalet i dess ursprungliga form skulle leda till oskälighet. Också i ett sådant fall kan jämkning av avtalet komma i fråga.

Man har i kontraktsrättslig doktrin och praxis sedan gammalt sökt utveckla olika instrument för att klara av de balansproblem som kan uppkomma p.g.a. förändringar i förhållandena. Den i de övriga nordiska länderna omfattade *förutsättningsläran* (se t.ex. *Lehrberg* 1989), enligt vilken en domstol kan tillägga parternas mer eller mindre subjektivt tolkade förutsättningar vid avtalsslutet relevans vid bedömningen av avtalsförhållandet, har haft ett visst, men begränsat inflytande också i vårt land. Läran om befrielse från ansvar vid fysisk eller *ekonomisk omöjlighet* har även kunnat utnyttjas i dessa sammanhang. Det är uppenbart, att läror av detta slag måste förlora en del av sin praktiska betydelse när man i lagen explicit angivit

jämkning av avtalet som en utväg genom vilken man kan komma till rätta med ändringar i förhållandena. Detta innebär naturligtvis inte, att det i fortsättningen skulle saknas behov av att i mån av möjlighet söka utveckla mer fasta kriterier för bedömningen av verkan av ändringar i förhållandena i typiska fall. Detta kan emellertid också ske på grundval av jämningsstadgandet i 36 § AvtL.

Det mer begränsade behovet att vidareutveckla regler om verkan av förändrade förhållanden i finsk rätt hänger samman med generalklausulens tidigare omtalade fokusering på det stadium då ett villkor tillämpas vid bedömningen av dess eventuella oskälighet. I andra länder, där de generalklausuler som förekommer riktar sig mot oskäligheten vid avtalets tillkomst – som nedan noteras lägger t.ex. EG:s oskälighetsdirektiv detta perspektiv på bedömningen av oskäligheten – har man vid sidan av oskälighetsreglerna mer behov av regler om verkan av förändrade förhållanden. I PECL 6:111 (och DCFR 2008, III.-1:110) ingår sålunda en regel av sistnämnda slag.

Möjligheten att jämka avtal p.g.a. förändringar i förhållandena är inte avsedd att utgöra ett instrument med vars hjälp man kunde eliminera de negativa konsekvenserna av ett sådant *risktagande* som är normalt i många avtalsförhållanden i samband med näringsverksamhet. Vid långvariga avtal är exempelvis konjunktursvängningar sådana affärsrisker som näringsidkare bör ta hänsyn till då de ingår avtalet (se t.ex. hyresfallet *HD 1994:96*). Särskilt då avtalet ingåtts i spekulativt syfte och någondera parten misslyckas i sin spekulation bör man naturligtvis i regel inte jämka avtalet till förmån för denna part (*SOU 1974:83* s. 157). Som rättsfallen nedan utvisar förefaller man i högsta domstolen vara rätt återhållsam med att tillerkänna förändringar i kostnadsläget relevans vid avtal mellan näringsidkare. I de fall där jämningsyrkande bifallits har det varit fråga om betydande värdestegringar. Också i övrigt har man i förhållandet mellan jämlika näringsidkare förutsatt, att ändringen skall vara betydande för att jämkning skall komma i fråga (se t.ex. *HD 1993:68*).

Vid avtal med socialt syfte, t.ex. avtal om sytning, kan det ligga närmare till hands att jämka avtalet i syfte att bibehålla den sociala förmånens värde redan vid mindre förändringar (arg. *HD 1967 II 61*).

Möjligheten att jämka avtal på grund av förändrade förhållanden är särskilt aktuell vid *långvariga avtal*, då sådana avtal naturligtvis är mer utsatta för oförutsedda förändringar i förhållandena.

Från rättspraxis kan som ett exempel nämnas fallet *HD 1990:138*, som gällde jämkning av betalningsvillkoret i ett långtida elleveransavtal på grund av ändrade förhållanden. För elektricitet som översteg en viss årlig vederlagsfri förbrukning skulle enligt villkoret betalas ett pris per enhet enligt en tillfällig tariff som var högre än priset enligt den allmänna tariffen. På grund av ökad elförbrukning ledde iakttagandet av villkoret till ett oskäligt slutresultat. Därför jämkades villkoret.

Ingenting hindrar emellertid en jämkning av kortvariga avtal, då förhållandena undergår snabba förändringar t.ex. genom myndighets åtgärder (se *HD 1982 II 141* nedan).

Då ett långvarigt avtal blivit oskäligt p.g.a. förändrade förhållanden kan läget ofta rättas till på olika sätt. Stundom är det en lämplig lösning att ändra på avtalsvillkoren med verkan från den tidpunkt då förändringen inträffade, i andra fall räcker en korrigering av avtalet blott för framtiden. Ibland kan det vara en tillräcklig lösning att blott jämka villkoret om avtalstiden och möjliggöra att den ena parten lösgör sig från avtalsbundenheten (så även *Taxell 1984 s. 621*, jfr *Aro 1978 s. 98*).

Se *HD 1970 II 41* nedan samt även *HD 1972 II 65*, där den avtalade *mängden* inte ansågs binda en avtalspart: Ett mellan en ägare av en fastighet och ett öppet bolag år 1961 ingånget avtal, enligt vilket ägaren förbundit sig att från fastigheten sälja en viss mängd grus till ett i avtalet fastställt pris per lass kunde, ehuru avtalet inte innehöll någon föreskrift om uppsägning, från fastighetsägarens sida uppsägas år 1969, då bolaget inte mellan åren 1961 och 1969 utövat sina på avtalet grundade rättigheter och priset på grus samt omständigheterna även i övrigt under sagda tid i hög grad förändrats. – Belysande är också *Helsingfors HovR 29.6.1977/81*, se närmare ovan i avsnitt 5.4 punkt ii.

I praktiken aktualiseras jämningsfrågan ofta vid oförutsedda *kostnadsstegringar*. Som tidigare nämnts har högsta domstolen vid avtal mellan näringsidkare förutsatt relativt starka förändringar för att bifalla ett jämningsyrkande:

- **HD 1973 II 26.** Entreprenören A hade på grund av en under hans entreprenadanbuds giltighetstid genomförd devalvering av finska marken vägrat utföra ifrågavarande arbete för ett pris i enlighet med anbudet, varför byggherren B som godkänt anbudet hade hävt avtalet och ingått ett entreprenadavtal på grundval av det närmast billigaste anbudet. Enär A enligt den princip som framgick av 7 § AvtL inte kunnat återkalla sitt anbud och det inte heller kunde anses att uppfyllandet av entreprenadavtalet till följd av nämnda kostnadsstegring hade blivit oskäligt svårt för A, förpliktades A att i skadestånd utge prisskillnaden mellan anbudet. – Det ursprungliga anbudet uppgick till 149 900 mk och A hade p.g.a. devalveringen krävt att entreprenadsumman skulle höjas med 12 000 mk.

- **HD 1981 II 167.** Efter det att ett entreprenadavtal ingåtts hade byggnadskostnaderna stigit väsentligt mer än under föregående år (byggnadskostnadsindex hade under den relevanta tidsperioden stigit med 43,5 %). Kostnadsstegringen hade dels berott på konkurrensläget och dels på den s.k. oljekrisen som utbrutit i slutet av år 1973. Entreprenörens yrkande på tilläggsersättning förkastades, emedan konkurrensförhållandena inom byggnadsindustrin inte berättigade entreprenören att jämka avtalet och oljekrisens verkan på entreprenadkostnadernas ökning inte var så betydande att tillämpningen av entreprenadavtalets prisvillkor skulle ha blivit uppenbart oskälig. – HD poängterar här uttryckligen att kostnadsstegringar p.g.a. konkurrensförhållandena inom branschen utgör en sådan avtalsrisk som inte genom jämkning bör kunna överföras på motparten.
 Se också fallet *HD 1991:182*, som gällde ett elleveransavtal mellan en stad och ett fastighetsbolag. Högsta domstolen ansåg att det inte hade blivit bevisat att beläggandet av fjärrvärmen med omsättningsskatt genom en lag som stadgats och trätt i kraft under avtalstiden skulle ha förhöjt de totala kostnaderna och således ha rubbat balansen mellan prestationerna *till en så väsentlig grad*, att tillämpningen av det avtalade prisvillkoret hade varit uppenbart oskäligt.

- **HD 1982 II 141.** En säljare av mjölkpulver hade förbundit sig att leverera mjölkpulver till ett pris av 3,50 mk per kg, men sedan råämneskostnaderna till följd av statsmaktens åtgärder överraskande hade stigit från 1,81 mk till 4,17 mk per kg vägrat leverera en del av det avtalade partiet. Emedan tillämpningen av prisvillkoret i avtalet under dessa omständigheter var uppenbart oskälig, jämkades det skadeståndsyrkande som köparen framställt på grundval av ett täckningsköp.

Också en sådan oskälighet som härrör av förändringar i *penningvärdet* kan åtgärdas genom jämkning. Då den nominalistiska synen på penningprestationer – en euro anses rättsligt sett motsvara en euro oberoende av inflationen – hos oss fortsättningsvis måste anses vara förhärskande (se t.ex. *Aurejärvi – Hemmo* 2007 s. 31 ff.), samt då avtalsparterna i regel har anledning att redan vid avtalsslutet beakta möjligheten av en viss inflation, har man likväl betonat att jämkning p.g.a. inflation bör ske med försiktighet (se t.ex. *Sevón* 1978 s. 412 ff.). I förarbetena till 36 § AvtL anges också att man kan fästa uppmärksamhet vid förändringar i penningvärdet som är ”betydande eller överraskande” (*RP 247/1981* s. 15). I och med att penningvärdet i Finland blivit mycket stabilt efter antagandet av den gemensamma europeiska valutan finns det således i dag ytterst begränsat utrymme för jämkning med hänsyn till förändringar i penningvärdet. Det kan närmast komma i fråga avseende mycket gamla avtalsrelationer där tidigare betydande förändringar fått inverkan. Om den europeiska valutan skulle drabbas av överraskande och betydande svårigheter att upprätthålla värdet, är det emellertid inget som hindrar att man vid behov tillgriper 36 § AvtL som mekanism för att korrigera de oskäligheter som då kan uppkomma.

Ett äldre fall som belyser förhållandena då inflationen ännu var stark är *HD 1981 II 126*. En lagerlägenhet hade år 1962 uthyrts för 25 år. År 1971 hade månadshyran höjts till 3 mk/m². Då hyran inte kunde höjas utan hyresgästens medgivande och då villkoret p.g.a. höjningen i kostnadsnivån, nedgången i penningvärdet och hyrestidens längd blivit oskäligt mot hyresvärden, ett bostadsaktiebolag, krävde hyresvärden att hyran skulle jämkas uppåt. Hyresgästen var ett aktiebolag. Hyran jämkades med stöd av 48 § hyreslagen i ursprunglig form (då särskilda regler om höjning av hyra saknades) till 8 mk/m² från och med den 1.4.1977. – Se även *HD 1972 II 65* ovan samt *HD 1951 II 43*.

Avtalsparternas möjligheter att på förhand gardera sig mot förändringar i penningvärdet t.ex. med hjälp av indexklausuler är begränsade, eftersom dylika villkor i de flesta fallen är ogiltiga på grund av den tidsbundna lagen om begränsning av användningen av indexvillkor (senast antagen i lag 1195/2000). Om parterna har strävat till att skydda sig mot inverkan av inflation, men misslyckats p.g.a. den omtalade lagen, kan även denna omständighet fungera

som jämkningsgrund. Enligt 5 § 2 mom. lagen om begränsning av användningen av indexvillkor kan ett index- eller motsvarande villkor, om dess ogiltighet leder till oskälighet – priset enligt avtalet skulle p.g.a. ogiltigheten bli oskäligt lågt – helt eller delvis beaktas eller avtalet på något annat sätt jämkas enligt 36 § AvtL.

I det sistnämnda fallet är det i princip fråga om jämkning av konsekvenserna av en lag och inte av avtalsvillkor. Därför är det inte förvånande att högsta domstolen inte funnit det möjligt att utföra sådan jämkning av ogiltigheten med stöd av en tidigare indexvillkorslag som inte innehållit något omnämnande av jämkningsmöjligheten (*HD 1998:18*).

Också förändring i *lag eller annan författning* kan utgöra en sådan ändring som ger anledning till jämkning. Det är dock skäl att betona att jämkningsinstitutet inte bör användas så, att man urvattnar ny lagstiftning (se *RP 247/1981* s. 14). Jämkningsstadgandet får inte bli ett instrument med vars hjälp domstolarna motverkar lagstiftning som de finner mindre önskvärd.

Jämkning p.g.a. ändring i författning har skett i rättsfallet *HD 1970 II 41*: Enligt ett villkor i ett hyresavtal beträffande affärlägenhet utgjorde hyrestiden 10 år. Tillämpningen av sagda villkor ansågs med stöd av 48 § dåvarande hyreslag uppenbarligen oskäligen efter det lägenheten, då ungefär hälften av hyrestiden ännu återstod, till följd av nya bestämmelser om affärlägenheter, som utfärdats med stöd av hälsovårdslagstiftningen, blivit olämplig för det i avtalet förutsatta ändamålet.

Redan tidigare har framgått, att också förändringar i *en parts personliga förhållanden* kan beaktas vid jämkningen (5.4 p. ii *in fine*). Ett *socialt prestationshinder* är en gångbar jämkningsgrund.

Omständigheter som anknyter till en avtalspart kan ha betydelse också i företagsverksamhet. Att verksamheten blivit förlustbringande kan duga som jämkningsgrund. Av de principer om följder av risktagande som berörts ovan följer emellertid, att det att verksamheten är förlustbringande vanligtvis inte utgör ett tillräckligt argument för jämkning. Det krävs att förlusterna har orsakats av förändrade förhållanden.

- **HD 1985 II 36.** Ett andelslag hade hyrt en affärslägenhet för tio år. Den i de hyrda utrymmena bedrivna affärsverksamheten hade fortgående förorsakat andelslaget förlust och dess hela verksamhet hade varit förlustbringande under flera år. Då nästan hälften av hyrestiden återstod hade andelslaget upphört med all sin affärsverksamhet och trätt i likvidation. Andelslagets yrkande på jämkning av hyresavtalets villkor angående hyrestiden med stöd av den då gällande 48 § 1 mom. hyreslagen förkastades. I motiveringarna till avgörandet konstaterades uttryckligen, att det inte hade påvisats att det faktum att andelslagets verksamhet hade blivit förlustbringande hade berott på en sådan överraskande omständighet som inte hade kunnat förutses.

En partsrelaterad förändring i förhållandena kan uppkomma också genom att kontraktet överförs till en annan part eller ägarintressena bakom en part förändras. Normalt bör uppenbarligen en sådan partssuccession eller intressentförändring inte påverka bestående avtalsförhållanden. I särskilda fall kan emellertid förändringen leda till att avtalet i de nya partskonstellationerna framstår som oskäligt.

Se t.ex. *HD 2004:10*: Mellan ett aktiebolag och ett bostadsaktiebolag hade ingåtts ett långvarigt jordlegoavtal vid en tidpunkt då samma ägarintressen stod bakom båda bolagen. Den avtalade årliga legoavgiften var nominell. Snart efter det att avtalet ingåtts hade aktiebolaget börjat sälja bostadsaktiebolagets aktier till utomstående. Jordlegoavtalets villkor om legoavgiftens belopp jämkades uppåt med stöd av 4 § 2 mom. och 7 § 3 mom. jordlegolagen.

I *HD 2004:11* hade ett långvarigt jordlegoavtal ingåtts mellan aktiebolaget A och fastighetsaktiebolaget B under förhållanden där aktiebolaget G, som utövat bestämmanderätt i såväl A som B, kunnat diktera avtalsvillkoren. Aktiebolaget G hade senare sålt fastighetsaktiebolaget B:s aktier till utomstående. Den jordlegoavgift som bolaget B i avtalet förbundit sig att betala ansågs vara väsentligt högre än gängse legoavgift. Villkoret om legoavgiftens belopp jämkades nedåt med stöd av jordlegolagen.

Slutligen är det i detta sammanhang skäl att nämna specialstadgandet i KSL 4:2 om verkan av ändrade förhållanden i konsumentrelationer. Eftersom man i EG:s oskälighetsdirektiv som ovan framgått har angett att oskälighetsbedömningen skall ske på grundval av de förhållanden som rådde vid avtalsslutet och direktivet är ett minimidirektiv, har man i finsk lag förbjudit beaktandet av förändrade förhållanden som

en omständighet som talar mot konsumenten och mot behovet av jämkning. Om villkoret var oskäligt med hänsyn till förhållandena vid avtalsslutet, får man således vid en senare bedömning av villkorets skälighet inte till konsumentens nackdel beakta förändringar i förhållandena.

Specialstadgandet gäller enbart relevansen av förändrade förhållanden som en omständighet som talar mot jämkning av ett villkor som varit oskäligt från början. Det hindrar således inte att man använder förändrade förhållanden som en jämkningsgrund i andra riktningen. Om förändrade förhållanden gör ett avtal oskäligt för konsumenten, är det möjligt att jämka avtalet på grundval av KSL 4:1. Om förändringar i förhållandena undantagsvis åstadkommer en oskälighet för näringsidkaren, finns det också möjlighet att jämka avtalet (*RP 218/1994* s. 15 f.) – då visserligen på basis av 36 § AvtL.

(v) *Övriga omständigheter.* En mångfald av andra omständigheter som kan beaktas då man tar ställning till ett jämkningsyrkande i ett enskilt fall är givetvis tänkbara. En uttömmande uppräknings är i princip omöjlig att företa. Här skall därför blott ges några exempel på andra omständigheter som kan ha relevans.

Syftet med ifrågasvarande avtal eller avtalsvillkor kan påverka bedömningen (se också borgensfallen *HD 1991:10* och *1996:1* ovan 5.4 p. ii). Om avtalsparterna strävat efter ett bestämt slutresultat som verkar oskäligt kan detta syfte tala mot jämkning (se fallen *HD 1987:109* och *1992:192* ovan 5.4 p. iii).

Se t.ex. *HD 1995:204*: Ett yrkande på jämkning av avtalsvite, som intagits som sanktion i ett jordlegoavtal inom ramen för det s.k. Hitas-systemet, förkastades. Kravet hade riktats mot ett bostadsaktiebolag för att detta i strid med jordlegoavtalet ändrat sin bolagsordning så att man avlägsnat klausuler som begränsade möjligheterna att överlåta aktier (till marknadspris). Domstolen betonade att villkoret var en del av en ordning genom vilken staden sökte trygga förverkligandet av målsättningarna för social bostadsproduktion.

Om man utformat avtalet på visst sätt i syfte att *bryta mot eller kringgå lag* kan detta få betydelse vid bedömningen av jämkningsfrågan (se även nedan avsnitt 5.5 p. i). Huruvida en sådan omständighet *in casu* talar för eller emot jämkning blir beroende av bl.a. på vems initiativ man

kommit att ge avtalet ifrågavarande utformning och vem som dragit nytta av att man brutit mot eller kringgått lagen. En utgångspunkt måste ju vara, att en part inte kan åberopa omständigheter i anslutning till sitt eget lagstridiga handlande till stöd för jämkning, åtminstone inte då motparten varit i god tro (se *HD 1985:86*).

Se även *HD 1982 II 127*. Parterna i ett hyresavtal hade ingått en muntlig överenskommelse om betalning av högre hyra än vad som antecknats i det skriftliga hyresavtalet. Fastän detta förfarande inte kunde anses i alla avseenden godtagbart bl.a. emedan det var ägnat att ge utomstående en felaktig bild av hyresförhållandet, var inte tillämpningen av det muntliga villkoret om s.k. svart hyra på det sättet i strid med god sed i hyresförhållanden eller eljest oskälig att det borde lämnas utan avseende med stöd av 48 § 1 mom. i den dåvarande hyreslagen. Då den muntligen överenskomna hyran emellertid översteg skälig gängse hyra sänktes hyran med stöd av 2 mom. nämnda paragraf. Vid prövningen av för hur lång tid det överbetalda hyresbeloppet borde återbäras togs utöver övriga omständigheter dessutom i betraktande att en del av detta belopp på yrkande av hyresvärdarna hade måst erläggas som svart hyra. – I det parallella fallet *HD 1982 II 125* förkastades jämningsyrkandet, då den muntligen överenskomna hyran här inte översteg gängse skälig hyra.

Se även *HD 1999:128*, där en planeringsavgift, som i sig saknade laglig grund, inte befanns oskälig, då den erfarna och betydande byggherre som krävde åter avgiften erhållit den nytta man eftersträfvade med avtalet.

Också det syfte i vilket ett avtal eller ett avtalsvillkor åberopas kan beaktas. Vill en part göra gällande ett avtal eller ett avtalsvillkor huvudsakligen i avsikt att skada den andra parten (*chikan*) kan detta förhindras genom jämkning. I förarbetena till 36 § AvtL nämns *uppsägning* av avtal i hämndsyfte som ett sådant missbruk av rättighet som kan motverkas med hjälp av generalklausulen (*RP 247/1981 s. 16*). I detta sammanhang kan man också hänvisa till det tidigare omtalade rättsfallet i vilket ett krav på betalning som var framställt på basis av en *first demand-garanti* ansågs utgöra chikan (*HD 1992:145*, ovan avsnitt 5.3).

Vidare kan *parts handlande då avtalet uppfylls* vara relevant. Om parten genom sitt eget förhållningssätt bidragit till det resultat som han bedömer som oskäligt talar detta naturligtvis emot ett jämningsyrkande (se t.ex. *HD 2001:27*).

Det faktum att en part *presterat utan invändningar* efter att oskäligheten blivit uppenbar för honom kan stundom också åberopas som argument mot honom. Då det naturligtvis kan föreligga en obalans eller ett beroendeförhållande mellan parterna ännu då avtalet uppfylls och den svagare parten därför kan se sig tvungen att prestera utan invändningar, bör detta argument dock användas med yttersta försiktighet (se även *RP 247/1981* s. 17). Det är ju skäl att märka, att t.ex. den förutsättning för jämkning av avtalsvite som man hade uppställt i 36 § AvtL i dess tidigare lydelse – jämkning kunde inte ske om vitet redan betalats utan förbehåll – inte upprätthållits då det sagda stadgandet ersattes med den allmänna jämningsregeln. Också betalt avtalsvite kan m.a.o. numera jämkas.

Motpartens agerande under avtalsförhållandets förlopp kan också ha betydelse (se även dissensen i fallet *HD 1992:40*). Om han bryter mot någon av sina förpliktelser, kan detta utgöra en orsak till att man – vid behov på basis av jämningsstadgandet – avlägsnar hans möjlighet att strikt hålla fast vid andra villkor i samma avtalshelhet.

- **HD 1984 II 83.** Makarna X och Y hade överlåtitt aktiestocken i ett bolag, som de ägde, mot penningvederlag och på villkor att X fick en arbetsplats i bolaget. Även Y stannade i bolagets tjänst. Överlåtelseavtalet innehöll ett konkurrensbegränsningsvillkor enligt vilket X och Y förband sig att inte bedriva verksamhet som konkurrerade med bolagets. Ett och ett halvt år efter överlåtelsen sade köparen upp arbetsavtalen. Uppsägningarna konstaterades i särskilda rättegångar vara ogiltiga. Det ansågs att arbetsplatserna utgjorde en väsentlig del av vederlaget för överlåtelsen. Med beaktande även av X:s yrkeserfarenhet, som i hög grad hade hänfört sig till det ifrågavarande området, lämnades konkurrensbegränsningsvillkoret i överlåtelseavtalet med stöd av 36 § AvtL utan avseende räknat från uppsägningen av arbetsförhållandena. – Orsaken till att man här hänvisade till den allmänna generalklausulen och inte till 38 § AvtL, som gäller jämkning av konkurrensbegränsande villkor, var sannolikt just den att man beaktade hela avtalsförhållandet och inte enbart bedömde oskäligheten av det konkurrensbegränsande villkoret som sådant.

Jfr även *HD 1992:40*.

Det finns situationer där den ena avtalsparten under en längre tid p.g.a. den andra partens *felaktiga fakturering* betalat ett för lågt vederlag och den som fakturerat felaktigt efter att ha upptäckt

sitt fel kräver fullgörelse av det icke-erlagda vederlaget. I en sådan situation kunde man bifalla ett jämkningsyrkande med hänvisning till motpartens agerande i synnerhet om kompletteringskravet är betydligt och riktar sig mot en privatperson i god tro (en konsument) som inte har haft någon orsak att med inbesparingar förbereda sig för prestationen (se *HD 1986 II 144*). Högsta domstolen har däremot inte ansett en dylik grund vara tillräcklig i ett förhållande mellan två näringsidkare:

- **HD 1987:103.** A, som i egenskap av hyresgäst var skyldig att till B betala priset för den elektricitet som på B:s bekostnad hade levererats för att användas i de utrymmen som var i A:s besittning, hade inte befriats från sin skuld, som grundade sig på mängden av förbrukad elektricitet, av den orsaken att B för en tid av drygt fyra år av misstag hade fakturerat elektricitetens pris med ett belopp som var sammanlagt 145 634,15 mark för litet. Då det inte ledde till oskälighet att till fullt belopp driva in det pris som grundade sig på leveransvillkoren för elektricitet, förelåg inte förutsättningar att nedsätta skuldens belopp enligt 36 § AvtL.

(vi) *Tiden för framställande av jämkningsyrkande.* Även om en avtalspart kan yrka på jämkning också efter det att han presterat, innebär det här inte att den som yrkar på jämkning kan fördröja framställandet av sina krav i all oändlighet. Trots att AvtL inte innehåller stadganden om saken har man utgått från att *jämkningsyrkandet måste framställas inom skälig tid* (*Ämmälä* 1991 s. 290 ff.). Om man betraktar tidsaspekten som ett jämkningsargument, kan man säga att dröjsmål med framställningen av krav på jämkning är en omständighet som talar mot jämkning (så t.ex. *HD 1994:88*).

Ju längre tid som har förflutit från det att oskäligheten framträdde, desto mera begrundat är det att förkasta jämkningsyrkandet enbart med hänvisning till tidsaspekten. Man har kunnat anta att en dylik verkan kommer i fråga först efter en längre tid, då man traditionellt hellre har talat om år än om månader, när det gäller passivitetsverkningar av detta slag. Högsta domstolen har emellertid i ett par nyare fall angående jämkning av avvittning med stöd av 36 § AvtL tagit uttrycklig ställning till förhållandet mellan passivitet och jämkning på ett sätt som kunde tänkas antyda att domstolen är mer benägen än man kunde förvänta sig att tillämpa sådana icke-

lagfästa passivitetsregler. Här har man nämligen förutsatt inte blott reklamation, utan även att den som yrkar på jämkning väcker talan för att passivitetsverkan skall utebli.

I det första fallet, *HD 2001:103*, framhöll domstolen att talan i varje fall måste väckas inom skälig tid efter att en part blivit medveten om den omständighet som belastar grunderna för avvittringen. I det följande fallet, *HD 2003:23*, sökte man precisera kravet på skälig tid. I fallet uttalade man att talan om jämkning av avtalsbaserad avvittring bör väckas möjligast snabbt efter att käranden fått kännedom om de omständigheter som talan grundas på och det har blivit uppenbart att man inte kan nå förlikning. Det att den som krävt jämkning flera gånger reklamerat – t.o.m. skriftligen och med hjälp av advokat – räckte inte för högsta domstolen, liksom inte heller partens ekonomiska svårigheter, hennes svårigheter att fatta beslut om att väcka talan och hennes rädsla för rättegångskostnaderna. Visserligen konstaterade domstolen i den helhetsbedömning som utfördes att man i det enskilda fallet kan motivera en förlängning av tiden för att väcka talan med hänvisning till omständigheter i anslutning till kärandens person, ställning och förhållanden, såsom t.ex. kärandens sjukdom, ursäktliga okunskap eller hjälplöshet, men detta räckte inte till i belysning av den relativt långa tid som förflutit. Då det gått över två och ett halvt år efter att avtalet undertecknades innan talan väcktes, och det ingått också passiva perioder i denna tid, ansågs talan ha väckts för sent.

Domstolen förefaller i detta fall till synes ha valt en ganska strikt linje, med beaktande av den relativt svaga ställningen hos den part som krävde jämkning. Strängheten ligger inte i att man skulle ha låtit passivitetsverkningar inträda redan efter en relativt kort tid, då den förflutna tiden (två och ett halvt år) ligger väl inom ramen för vad man antagit gälla för uppkomsten av sådana verkningar. Det uppseendeväckande med fallet är det att man inte nöjt sig med en eller flera reklamationer, utan förutsatt att den part som åberopar oskäligheten väcker talan för att passivitetsverkan inte skall uppkomma.

När det gäller kravet på att en part skall väcka talan ligger det emellertid nära till hands att betrakta avgörandet som speciellt relaterat till frågan om jämkning av avtal om avvittring. Det kan vara rimligt att i ett sådant sammanhang, där man också i övrigt opererar med klanderfrister som kräver att man väcker talan, förutsätta

rättsliga åtgärder för att avbryta passiviteten. I fråga om andra avtal kan läget vara ett annat. Om t.ex. en part meddelat motparten att han anser ett avtal oskäligt och inte ämnar iakttä det, och motparten inte reagerar på detta, kan den förstnämnda parten ofta utgå från att han inte behöver följa upp sin reklamation med andra rättsliga åtgärder. Likväl skapar högsta domstolens avgörande i det ovan beskrivna fallen en viss osäkerhet i detta hänseende, då domstolen inleder sin argumentering med en helt generell hänvisning till att rättsordningen bygger på principen att avtal binder parterna och att man kan lita på att avtalsbundna avgöranden består.

I konsumentförhållanden påverkas frågan om passivitetsverkningar också av EG-rätten. EG-domstolen har nämligen utgått från att en effektiv implementering av oskälighetsdirektivet utesluter nationella frister för att åberopa oskälighet. Det är tillsvidare inte klart om domstolens ingrepp mot tillämpningen av sådana bestämmelser gäller blott lagfästa exakta frister, eller om det också omfattar passivitetsverkningar som kan härledas från allmänna civilrättsliga principer. Efter rättsfallet *Cofidis* står det i varje fall klart att man i konsumentförhållanden bör vara ytterst återhållsam med att förkasta ett krav på jämkning med hänvisning till att konsumenten reagerat för sent på oskäligheten. EG-domstolen framhåller nämligen här uttryckligen – och motiveringen kan kontrasteras mot vår högsta domstols motivering ovan – att "[d]irektivets konsumentskydd omfattar ... de fall då en konsument som med en näringsidkare har slutit ett avtal som innehåller ett oskäligt villkor underlåter att åberopa att villkoret är oskäligt, antingen på grund av att konsumenten inte känner till sina rättigheter eller på grund av att han låter sig avskräckas av de kostnader som en talan skulle ge upphov till."

Cofidis SA mot Jean-Louis Fredout (Mål C-473/00): När en näringsidkare väcker talan mot en konsument om fullgörande av oskäliga avtalsvillkor förefaller det skydd som avses i artiklarna 6 och 7 i oskälighetsdirektivet bli mindre verksamt om det fastställs en tidsfrist för den nationella domstolens behörighet att underlåta att tillämpa sådana avtalsvillkor, antingen *ex officio* eller efter invändning från konsumenten. En processuell bestämmelse som hindrar den nationella domstolen från att efter utgången av en preklusionsfrist slå fast – *ex officio* eller efter invändning från konsumenten – att ett avtalsvillkor som näringsidkaren kräver skall fullgöras, är oskäligt, medför således att det i tvister i vilka svarandena

är konsumenter blir alltför svårt att tillförsäkra konsumenterna det skydd som de åtnjuter enligt direktivet. Den nationella domstolen skall följaktligen underlåta att tillämpa en sådan bestämmelse.

5.5 Innehållsliga utgångspunkter för jämkning

Bedömningen av skäligheten hos ett visst avtalsinnehåll kan inte ske utan någon *måttstock* eller idealmodell med vilken det ifrågavarande avtalet jämförs. Någon klart definierad modell för hur ett skäligt avtal bör se ut föreligger likväl inte, varför avgörandet alltid i sista hand blir avhängigt av domstolens egna värderingar angående skäligheten i kontraktsrätten. Vissa utgångspunkter för den innehållsliga skälighetsbedömningen kan likväl anges:

(i) *Tvingande och dispositiv rätt*. Ifall ett villkor står i direkt strid med *tvingande rätt* är det redan av denna anledning överksam och jämningsfrågan blir därför i ett sådant fall inte aktuell. De tvingande stadgandena i den kontraktsrättsliga lagstiftningen kan trots detta vara av betydelse också då det gäller att tillämpa jämningsstadgandena. De tvingande stadgandena kan ses som konkreta uttryck för mer principiella överväganden angående vad som kan anses godtagbart i kontraktsförhållanden och de kan av denna anledning utanför deras egentliga tillämpningsområde beaktas som en utgångspunkt för skälighetsbedömningen. Särskilt starka skäl talar naturligtvis för jämkning om man t.ex. sökt kringgå ett tvingande stadgande genom ett avtalsvillkor som likväl formellt inte står i strid med detta stadgande. Även i andra fall kan emellertid de överväganden som ligger bakom ett tvingande stadgande beaktas på närliggande områden. Har t.ex. en viss avtalstyp reglerats med tvingande lagstiftning ligger det nära till hands att beakta innehållet i denna lagstiftning då man har att ta ställning till frågan om jämkning av ett närbesläktat men oreglerat avtal.

Ett exempel på detta utgör de *samarbetsavtal* (franchiseavtal) som binder detaljhandlare vid en bestämd partiaffär. Dessa i och för sig oreglerade avtal har i praktiken många likheter med såväl arbetsavtalet

och agentavtalet som hyresavtalet. Det ter sig därför naturligt att vid bedömningen av avtalens skälighet ta utgångspunkt i de tvingande stadgandena i lagstiftningen om arbetsavtal, agentavtal och hyresavtal (se *RP 247/1981* s. 13 samt *Bygglin* 1978 s. 142 ff. och *Aurejärvi* 1979 s. 734).

Också *dispositiv rätt* kan erbjuda byggstenar för den idealmodell med vilken det ifrågasvarande avtalet jämförs. Det är likväl skäl att betona att det förekommer dispositiva rättsregler av olika slag. Vissa dispositiva stadganden är av mer eller mindre teknisk natur och kan knappast uppfattas som resultat av överväganden i vilka normens skälighet ställts i främsta rummet. Andra dispositiva stadganden kan däremot uppfattas som ställningstaganden från lagstiftarens sida, genom vilka man rekommenderar att den i stadgandet angivna normen används, även om den inte gjorts tvingande. Sådana dispositiva stadganden har naturligtvis större tyngd då man avgör en jämkningsfråga (*RP 247/1981* s. 13, *Kivivuori et al.* 1978 s. 117; se som exempel t.ex. *HD 1994:137*). Även dispositiva allmänna rättsprinciper kan ha väsentlig vikt som uttryck för rättsordningens generella hållning till en viss problematik. Det bör likväl alltid beaktas att det dispositiva stadgandet och den allmänna principen kan avspegla en föråldrad rättspolitisk värdering eller att de passar illa in på förhållandena i det enskilda fallet. Det är därför ingalunda otänkbart att jämkna ett villkor som överensstämmer med dispositiv rätt (*RP 247/1981* s. 13 f., 16). Det är emellertid svårt att tänka sig, att ett villkor som återger dispositiv rätt kunde anses vara typoskäligt; jämkning kommer i fråga främst p.g.a. omständigheter i det enskilda fallet (se *HD 1994:70* och *HD 2001:33*).

I den mån utvecklingen går i den riktning som föreslagits ovan i avsnitt 4.6, så att den som åberopar ett villkor som står i strid med dispositiv rätt bör kunna ange sakliga skäl för dess bindande verkan, minskar naturligtvis betydelsen av jämkningsstadgandet som ett medel för att ingripa mot oskäligen avvikelse från dispositiv rätt. Jämkning skulle för standardavtalens del främst bli ett medel för att korrigera oskäligen resultat av tillämpningen av ett avtalsvillkor *in casu*, medan typbedömningen av ett villkors godtagbarhet primärt skulle ske redan då man tar ställning till huruvida villkoret överhuvudtaget kan anses utgöra en del av avtalet.

Även *offentligrättsliga* stadganden och bestämmelser av olika slag kan stundom tjäna som hjälpmedel vid skälighetsbedömningen (se *SOU 1974: 83 s. 142 f.*). Om sådana bestämmelser t.ex. om bedrivande av en viss näring berör frågor som har att göra med innehållet i de avtal näringsidkaren sluter, kan de således via generalklausulen få kontraktsrättslig relevans, även om lagstiftningen i fråga själv inte omtalar civilrättsliga påföljder för brott mot bestämmelserna.

(ii) *Praxis i MD och hos KO*. Genom tillkomsten av KSL skapades ett kollektivt system för reglering av avtalsvillkor vid avtal mellan näringsidkare och konsument. Regleringen handhas i första hand av KO och MD (se närmare under avsnitt 6.2). Avgörandena av dessa instanser är emellertid formellt inte direkt verksamma i det enskilda avtalsförhållandet.

Den praxis som utformats av MD (och naturligtvis också av HD, om regleringsfall förts vidare till denna instans) har trots detta betydande indirekt relevans för bedömningen av ett enskilt avtalsförhållande. Har MD (eller HD) förbjudit användningen av ett avtalsvillkor som oskäligt anses detta utgöra ett starkt vägande skäl för att med stöd av KSL 4:1 jämka motsvarande villkor vid en tvist mellan en näringsidkare och en konsument. Även ingrepp av KO kan ha argumentvärde då en domstol prövar villkors skälighet (*RP 8/1977 s. 40*).

Det är likväl skäl att minnas, att man vid regleringen av avtalsvillkor med stöd av 3 kap. KSL inte kan beakta förhållandena i det enskilda fallet. I ett jämningsfall har man därför möjlighet att bedöma villkorets skälighet *in casu* på ett självständigt sätt. Har man i ett regleringsfall tidigare godtagit ett villkor hindrar det sålunda inte en allmän domstol att p.g.a förhållandena i det föreliggande fallet jämka villkoret (se *Kivivuori et al. 1978 s. 122*).

Praxis beträffande reglering av konsumentavtal kan ha betydelse som hållpunkt för skälighetsbedömningen också utanför KSL:s tillämpningsområde. Särskilt vid avtal, där den ena parten befinner sig i en liknande underlägsen ställning som konsumenten vid konsumentavtal, är det befogat att beakta konsumentmyndigheternas praxis vid bedömningen av avtalets skälighet (*RP 247/1981 s. 14*).

(iii) *Sedvänja m.m.* I flera av de äldre jämningsstadgandena föreskrevs, att jämkning kunde ske om ett avtalsvillkor var stridande

mot ”gott affärsskick” eller ”god sed” på ifrågavarande område. En sådan uttrycklig bindning till god praxis inom ifrågavarande bransch har inte intagits i 36 § AvtL. Detta innebär naturligtvis inte att sedvänjan inom branschen skulle sakna betydelse vid bedömningen av ett avtals skälighet. Den syns dock främst ha värde som argument för jämkning av sådana avtalsvillkor som till motpartens nackdel avviker från det som är sedvanligt i branschen. Däremot bör – åtminstone vid avtal med konsumenter och motsvarande – det faktum att avtalet överensstämmer med branschpraxis inte tillmätas någon betydande tyngd som argument mot jämkning. Även branschpraxis kan nämligen vara oskälig. Vid avtal mellan jämställda företag i branschen kan en sedvänja naturligtvis med större berättigande åberopas även mot jämkning.

I jämningsstadgandena i 6 § 1 mom. lagen om hyra av bostadslägenhet, 5 § 1 mom. lagen om hyra av affärslokal och 4 § 2 mom. jordlegolagen omtalar man fortsättningsvis särskilt villkor som står i strid med god sed i hyresförhållanden respektive jordlegoförhållanden och i arbetsavtalslagen 10:2 använder man det okvalificerade uttrycket god sed. Någon praktisk skillnad i förhållande till skälighetsbedömningen enligt 36 § AvtL bör detta inte medföra. Genom attributet ”god” har man uttryckt en befogenhet för domstolen att ta ställning till huruvida en viss sedvänja är acceptabel eller inte (se även *Wilhelmsson* 1977 s. 344 ff.).

I standardavtalsrättsliga sammanhang kan de anförda synpunkterna vara relevanta t.ex. då något företag använder standardvillkor som är mindre förmånliga för kunden än de branschvillkor som flertalet företag i branschen begagnar. Denna omständighet kan i enlighet med vad som sagts ovan åberopas som argument för en jämkning av det ifrågavarande företags villkor. Särskilt då branschvillkoren tillkommit efter förhandlingar med KO kan avvikelser från dem till motpartens nackdel bedömas strängt.

Också den branschpraxis som förekommer vid tillämpningen av standardvillkor kan vara av betydelse. Om t.ex. försäkringsgivare inte brukar strikt hålla fast vid en bestämmelse i försäkringsvillkoren utan i vissa fall betalar ut ersättningar i vidare omfattning än villkoren förutsätter (kulans), kan denna praxis åberopas mot en försäkringsgivare som söker driva en strängare linje vid skaderegleringen.

(iv) *Företagets egen praxis*. Även företagets egen praxis kan ibland åberopas till förmån för dess motpart. Detta gäller såväl avtalspraxis som tillämpningspraxis. Använder företaget utan acceptabel anledning i förhållande till någon motpart mer oförmånliga villkor än vanligt kan detta utgöra skäl för jämkning (RP 247/1981 s. 16). Avstår företaget normalt från att tillämpa ett avtalsvillkor i dess fulla stränghet, men frångår denna milda linje i något enskilt fall, kan också detta tala för en tillämpning av jämningsstadgandet (SOU 1974: 83 s. 146).

Jämkning bör sålunda kunna ske i syfte att förhindra diskriminering av enskilda kunder. Särskilt framhålls också i förarbetena till 36 § AvtL att generalklausulen bör kunna brukas mot ”villkor som utnyttjas för systematisk oskäligen diskriminering på grund av kön, ålder, ras, nationalitet, religion, organisationstillhörighet osv.” (RP 247/1981 s. 16). I sistnämnda avseende kan generalklausulen utnyttjas för att sanktionera diskrimineringsförbud som följer av grundlagsfästa rättigheter och mänskliga rättigheter.

För vissa fall föreligger som känt också mer konkret lagstiftning mot diskriminering. Förutom den arbetsrättsligt fokuserade jämställdhetslagstiftningen bör man särskilt nämna EG-direktivet 2004/113/EG om genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster. På grundval av EG-direktiven har man i det förslag till europeiska kontraktsrättsprinciper som framställts av Acquis Group intagit ett allmänt kapitel om icke-diskriminering (Art. 3:101-3:203; delvis intagna i DCFR 2008, II.-2:101-105). I avsnittet om påföljder omtalas i förslaget från Acquis Group med en mycket bred formulering påföljder som är lämpliga för att eliminera följderna av diskrimineringen (Art. 3:201(2)). Regler av detta slag minskar behovet att utnyttja 36 § AvtL för att åtgärda diskriminering.

5.6 Oskäligen klausuler

En generalklausuls rättsliga betydelse är sista hand beroende av hur domstolarna tillämpar den. För att levandegöra bilden av jämningsstadgandena i finsk kontraktsrätt ges i det följande ett antal

konkreta exempel på oskäligen klausuler från rättspraxis. I förarbetena till 36 § AvtL har man strävat att styra rättspraxis genom en omfattande exemplifiering. Då förarbetena kan antas ha stor betydelse för rättstillämpningen, bör också de exempel som förekommer i dem beaktas vid konkretiseringen.

I förarbetena (*RP 218/1994*) till den ändring i KSL genom vilken man implementerade EG:s oskälighetsdirektiv har man intagit den indikativa exempelförteckning på oskäligen villkor som finns med som bilaga i direktivet. Då förarbetena till denna del är avsedda att implementera ett direktiv är det givet att de kan förutsättas ha t.o.m. ännu starkare normativ betydelse än andra uttalanden i förarbeten till lagstiftning. EG-domstolen har också godkänt detta sätt att implementera bilagan till oskälighetsdirektivet efter att bl.a. uttryckligen ha noterat att "förarbetena enligt en rättstradition som är väl befäst i Sverige och gemensam för de nordiska länderna utgör ett viktigt instrument för lagtolkningen" (*Kommissionen mot Sverige*, Mål C-478/99).

Exemplen presenteras nedan i möjligast konkret form och några generaliseringar eftersträvas ännu inte. En mer generaliserad beskrivning av vad som kan betraktas som oskäligt i finsk kontraktsrätt får anstå till det avslutande kapitlet (7 kap.).

(i) *Prisklausuler*. Tidigare har omtalats möjligheterna att jämka priset eller vederlaget. En sådan jämkning kan naturligtvis ske också då man avtalat om en viss grund för prisets beräkning och denna leder till oskälighet t.ex. emedan förhållandena förändrats (*RP 247/1981* s. 13, se närmare *Sevón* 1978 s. 416 f. samt även *Godenhielm* 1959 s. 169).

Se även som tidiga exempel de redan före indexvillkorslagstiftningen givna rättsfallen *HD 1950 II 378*, där HD godtog en avtalad indexförhöjning blott till den del förhöjningen motsvarade en faktisk värdestegring, och *HD 1957 II 12*, i vilket man fann en till kostnadsstegring anknuten prishöjningsklausul vara uppenbart oskäligt till den del den berörde betalningsrater som erlagts redan i samband med att det ifrågavarande leveransavtalet ingicks.

Se även *HD 1973 II 61*, *1985 II 28* och *1990:138*.

Också en prisklausul som ger en säljare eller leverantör rätt att ensidigt besluta om en prishöjning skall i allmänhet anses som oskäligt. I

EG:s oskälighetsdirektiv har man också utdömt dylika villkor, dock bara under förutsättning att konsumenten saknar rätt att frånträda avtalet om priset blir för högt (bilagan, punkt 1). Det finska skyddet mot ensidiga villkor om rätt till prisförhöjning kan dock tänkas gå längre så att blott en rätt att frånträda inte räcker till för att göra villkoren acceptabla (se *RP 218/1994* s. 13 f. och *MD 1991:12* samt även *HD 1994:140*). Det här följer redan av det som sägs nedan om oskäligheten av villkor om ensidig beslutsmakt (se citatet ur *RP 247/1981* s. 14).

(ii) *Klausuler om ensidig beslutsmakt.* I förarbetena till 36 § AvtL har man som exempel på klausuler som alltid bör anses oskäliga (typoskälighet) nämnt klausuler som ger den ena parten ensidig beslutsmakt om centrala frågor i avtalsförhållandet (se även om ränteförhöjningsvillkor *HD 1992:50*):

- ”villkor enligt vilket ett anbud binder köparen för en obegränsad tid, medan säljaren fritt får besluta om han godkänner anbudet;
- villkor som ger den ena parten rätt att ensam besluta om någon händelse bör anses utgöra grund för prishöjning;
- villkor enligt vilket säljaren ensam får avgöra om någon brist i gods juridiskt bör anses utgöra fel i vara;
- villkor enligt vilket kreditgivare ensam får bedöma om säkerheten för gälden alltför är tillräcklig eller om kredittagaren skall ställa ytterligare säkerheter” (*RP 247/1981* s. 14).

I EG:s oskälighetsdirektiv har man starkt betonat oskäligheten av just sådana här villkor. I direktivets bilaga nämner man vid sidan om det tidigare nämnda ensidiga prishöjningsvillkoret bl.a. följande exempel på oskäliga villkor:

- ”c) att göra ett avtal bindande för konsumenten medan näringsidkarens prestationer är underkastade villkor vars uppfyllande beror endast på dennes vilja,

⋮

- j) att tillåta näringsidkaren att ensidigt ändra villkoren utan något giltigt skäl som anges i avtalet,

k) att tillåta näringsidkaren att ensidigt och utan giltigt skäl ändra någon egenskap hos den vara eller tjänst som skall levereras,

⋮

m) att ge näringsidkaren rätt att avgöra om den levererade varan eller tjänsten överensstämmer med avtalet, eller att ge honom rätt att ensam tolka ett avtalsvillkor.”

Även om villkor som ger ena parten rätt att företa ensidiga ändringar i avtalsförhållandet ofta kan anses oskäligen som sådana (typoskäligen) kan man inte ta för givet att en domstol alltid bedömer saken på detta sätt. Högsta domstolen har sålunda i ett fall godtagit ett villkor i ett arbetsavtal, som gett arbetsgivaren rätt att ensidigt ändra grunderna för betalning av provision till arbetstagaren (HD 1998:107. Se också om annan godtagbar ensidig ändring av arbetsvillkor HD 1999:113; jfr å andra sidan, med framhävd *in casu*-bedömning, HD 2002:87).

I speciallagstiftningen om särskilda kontrakt kan också finnas stadganden som ger en näringsidkare rätt att under vissa förutsättningar utnyttja villkor om ensidig ändring av avtalet (se t.ex. 26 § elmarknadslagen (386/1995) och 71 § kommunikationsmarknadslagen (393/2003)). Detta begränsar naturligtvis möjligheterna att med framgång åberopa 36 § AvtL eller KSL 4:1 mot en tillämpning av sådana villkor (se också Hemmo II 2003 s. 15 f.), även om det breda tillämpningsområdet för generalklausulerna medför att jämkning inte i princip är utesluten.

(iii) *Uppsägnings- och hävningsklausuler*. Närbesläktade med de klausuler som lägger beslutsmakten angående väsentliga frågor i den ena partens hand är i många fall klausuler som ger en part rätt att säga upp eller häva avtal när som helst utan nämnvärd anledning. Det är därför inte överraskande att omfattande eller oklart utformade villkor av sagda slag utpekade som ett lämpligt objekt för jämkning, särskilt vid långvariga avtal (*RP 247/1981* s. 15, se även *Bygglin* 1978 s. 143 ff.). Som ett konkret exempel från avtalspraxis nämner man på det anförda stället i förarbetena klausuler i långfristiga kreditavtal, enligt vilka kreditgivaren när han önskar och med kort uppsägningstid kan säga upp hela krediten.

Också sådana klausuler som ger en part möjlighet att häva avtalet p.g.a. motpartens dröjsmål med betalningen sägs särskilt vid kortvariga dröjsmål kunna leda till oskälighet (*RP 247/1981* s. 15). Påföljden är i ett sådant fall inte skäligen i relation till avtalsbrottet.

I detta sammanhang kan också hänvisas till *HD 28.6.1983/1531*. Ett muntligt avtal om transporter hade ingåtts mellan ett mejeri och en åkare. P.g.a. oenighet mellan parterna uppsade mejeriet 9.1.1975 avtalet att upphöra 31.1.1975. Högsta domstolen ansåg att en så kort uppsägningsperiod inte med hänsyn till omständigheterna kunde anses skäligen. Mejeriet och åkaren hade inte avtalat om någon uppsägningsperiod. Av denna anledning och då man i detta fall kunde anse en uppsägningsperiod på två månader vara skäligen, ålade HD, med beaktande även av 36 § AvtL, mejeriet att utge ersättning till åkaren. Se även *HD 1982 II 1*.

EG:s oskälighetsdirektiv nämner som ett exempel på oskälighet befullmäktigandet av en näringsidkare att häva avtalet enligt eget förgottfinnande, om inte konsumenten ges samma möjlighet (bilagan, punkt f). Till den här delen torde man i finsk rätt kunna gå längre än vad direktivet förutsätter. Konsumentens rätt att frånträda avtalet bör inte alltid räcka till för att balansera säljarens omfattande hävningsrätt; så är fallet t.ex. när fullgörande av avtalet har en särskild betydelse för konsumenten (*RP 218/1994* s. 11).

Som ett annat exempel på oskälighet nämner direktivet befullmäktigandet av en näringsidkare att uppsäga ett avtal på obestämd tid utan rimligt varsel, med undantag av fall i vilka det finns viktiga skäl för att göra så (bilagan, punkt g).

(iv) *Klausuler om (långvarig) bundenhet*. Tidigare har nämnts att särskilt långvariga avtal lätt kan vara utsatta för förändringar i förhållandena. Man har ibland sökt korrigera de missförhållanden, som kan uppkomma av denna anledning, genom att jämningsvägen möjliggöra att en part kan dra sig ur avtalsförhållandet tidigare än man avtalat (se ovan 5.4 p. iv).

Se även t.ex. *HD 1992:96*, som gällde ett avtal om reservering av annonsutrymme i en med annonser försedd kalender. Avtalet ansågs i sig giltigt, men jämkades på grundval av 36 § AvtL, bl.a. med hänvisning till omständigheterna vid avtalets tillkomst, så att det gällde bara kalendern för åren 1989–1990. Till den delen i avtalet hade reserverats annonsutrymme i kalendern för åren 1990–1991 ansågs avtalet vara oskäligt.

Jämkning av klausuler om avtalsbundenhet kan emellertid komma i fråga också vid mer kortvariga avtalsförhållanden. Förändringar i förhållandena kan även i sådana sammanhang motivera en uppluckring av den strikta avtalsbundenheten. Detta kan vara fallet både då förändringarna är relaterade till omvärlden som då de ansluter sig till avtalspartens situation. Från konsumenträttslig praxis kan hämtas goda illustrationer till jämningsbehov av detta slag.

Som ett exempel på verkan av en förändring i omvärlden kan nämnas *Kkln 79/38/2297*: Konsumenten hade beställt en sällskapsresa till Spanien för sig och sin 9-årige gudson, men avbeställde den – efter att ha sökt byta resmål – några dagar före resans början p.g.a. ett flertal bombhot som utfärdats vid resmålet. Konsumenten krävde åter priset. Enligt de allmänna sällskapsresevillkor som tillämpades i branschen hade konsumenten rätt att avbeställa en resa senare än 14 dagar före resans början om på resmålet förekom krigshandlingar, inbördeskrig eller motsvarande lika väsentliga händelser. Den ifrågavarande researrangören tillämpade emellertid på denna punkt egna villkor, enligt vilka det förelåg avbeställningsrätt under sagda tidsperiod blott om finsk myndighet förbjudit resa till resmålet. Nämnden fann att det sistnämnda villkoret var så oklart och beroende av tolkning att dess tillämpning i detta fall var oskäligt mot konsumenten.

Verkan av förändringar i konsumentens personliga förhållanden illustreras av *Kkln 82/37/401*: Konsumenten hade anmält sig till en språkkurs och hade hunnit delta i en lektion. Hon fick ett nytt arbete som motsvarade hennes utbildning på annan ort och lämnade kursen. Enligt avtalsvillkoren skulle en studerande som inte infunnit sig till kursen betala hälften av kursens pris, medan en studerande som avbrutit kursen skulle erlägga hela kursavgiften. Då kursen avbrutits p.g.a. flyttning varom konsumenten inte haft vetskap då avtalet ingicks och då största delen av kursen återstod rekommenderade nämnden med stöd av KSL 4:1 att konsumenten skulle erlägga blott hälften av priset.

En klausul om en automatisk förlängning av avtalet kan likaså bli föremål för jämkning. I EG:s oskälighetsdirektiv har man som ett exempel på oskälighet nämnt förlängningen av ett tidsbundet avtal utan särskilda åtgärder då konsumenten inte uttalar sig däremot, när sista dagen för konsumenten att framföra att han inte önskar förlänga avtalet ligger oskäligt tidigt (bilagan, punkt h).

(v) *Klausuler om ensamrätt m.m.* Också klausuler genom vilka någon beviljar en annan ensamrätt kan stundom binda den förstnämnda

parten på ett oskäligt sätt. Ensamrätten kan också leda till att en part erhåller förmåner som inte står i balans med hans prestationer. I förarbetena till 36 § AvtL påpekar man – med hänсыftning främst på fastighetsförmedlare – att ett villkor ”enligt vilket till en part, som erhållit ensamrätt, alltid skall erläggas arvode eller annan gottgörelse då ett visst avtal ingås, kan leda till oskälighet om parten inte på något sätt medverkat till uppkomsten av avtalet” (RP 247/1981 s. 15, se även *Wilhelmsson* 1979a s. 127 ff.).

Mot denna bakgrund förefaller det överraskande att HD i ett fall där just den nyssnämnda situationen förelåg inte godtog ett på KSL 4:1 baserat yrkande på jämkning av förmedlarens provisionskrav (*HD 1982 II 118*). En mer skälig inställning kan man påträffa t.ex. i *Abo HovR 8.5.1981/241*: då en av staten bostadsbelånad fastighet, som förmedlaren beviljats ensamrätt att sälja, i enlighet med 15 § lagen om bostadsproduktion erbjudits att inlösas av kommun och sålts på åtgärd av kommunen, ansågs klausulen om ensamrätt och det på den grundade kravet på förmedlingsprovision oskäliga.

I detta sammanhang är det skäl att nämna att man i praxis kunnat jämka provisionen som oskälig också av den orsaken att det resultat som uppnåts i förmedlingsverksamheten inte blivit bestående. Se *HD 1992:182*. Mellan säljare och köpare hade slutits ett giltigt fastighetsköp. Enligt uppdragsavtalet hade förmedlingsarvodet förfallit till betalning vid köpslutet. Köpet hade på talan av köparna senare hävts på grund av förborgade fel i fastigheten. Tillämpningen av uppdragsavtalets villkor om förmedlingsarvode ledde till oskälighet för uppdragsgivaren. Förmedlingsarvodet jämkades med stöd av 36 § AvtL.

I dag ingår specialregler om förmedlingsarvodet och dess skälighet i 20 § lagen om förmedling av fastigheter och hyreslägenheter (1074/2000).

(vi) *Ansvarsklausuler*. Avtalet kan innehålla villkor, genom vilka man strävar att ålägga en part ansvaret för omständigheter, vilka han annars inte skulle ansvara för. Sådana klausuler kan ibland te sig oskäliga mot den part som pålagts den utvidgade ansvarsbördan.

- **HD 1981 II 30.** A hade av andelslaget B anställt att fungera som föreståndare för en av dess butiker. I uppdragsavtalet hade man överenskommit om att man av A som butikens resultat krävde butikens på försäljningsfaktureringen baserade försäljningsvinst, varvid man dock tillät en mättningsförlust uppgående till högst 1 % av försäljningen.

B krävde ersättning för mätningsförlust uppgående till 16 950 mk. Emedan A inte åsamkat sin arbetsgivare mätningsförlust genom vållande och tillämpandet av uppdragsavtalets villkor rörande ersättande av dylik förlust med beaktande av omständigheterna hade varit oskäligt, jämkades skadeståndet med stöd av 48 § 3 mom. den dåvarande lagen om arbetsavtal till 8 000 mk.

Fallet *HD 1986 II 78* gällde ett villkor som ingick i ett av forststyrelsen beviljat tillstånd för jakt på statens marker. Enligt villkoret hade tillståndets innehavare samma ansvar för skada förorsakad genom jakt som enligt lag åvilade jakträttsinnehavare. Villkoret ansågs inte vara oskäligt.

(vii) *Avtalsvite och liknande påföljder av avtalsbrott*. Innan det nya allmänna jämningsstadgandet intogs i AvtL innehöll 36 § AvtL ett specialstadgande om jämkning av oskäligt avtalsvite. Detta förutsågs bli överflödigt efter tillkomsten av det allmänna jämningsstadgandet och man kunde därför inplacera det allmänna stadgandet i 36 § AvtL i stället för specialstadgandet. Detta innebär likväl inte, att man avsåg att på något sätt begränsa möjligheterna att jämka klausuler om avtalsvite. I förarbetena till det allmänna jämningsstadgandet nämner man också uttryckligen att man bör kunna ”jämka villkor rörande storleken av den gottgörelse part förbehåller sig ifall den andra parten frånträder avtalet” (*RP 247/1981* s. 15). Vid tillämpningen av sådana klausuler bör man söka tillse såväl att den avtalade påföljden inte blir oskäligt sträng i förhållande till avtalsbrottets art som att den part som åberopar vitesklausulen inte genom den erhåller en ersättning som oskäligt överstiger den förlust han lider p.g.a. avtalsbrottet (*ibid.*).

Frågan om jämkning av avtalsvite eller till beloppet avtalad skadeståndsskyldighet (parterna använder inte alltid termen avtalsvite) har också ofta aktualiserats i högsta domstolen efter att den nya generalklausulen trätt i kraft. Också från tidigare år föreligger flera rättsfall, i vilka avtalsvite jämkats. Avgörandena bygger i hög grad på omständigheterna i det enskilda fallet och någon närmare presentation av dem kan inte ske här. En viss bild av de fall i vilka avtalsvite jämkats med stöd av 36 § AvtL kan erhållas av sammanställningen i tabell 5.1.

I rättspraxis förekommer naturligtvis även fall, där krav på jämkning av avtalsvite förkastats (se t.ex. *HD 1949 II 322*, *1953 II 127*, *1964 II 80*, *1983 II 78*, *1986 II 97*, *1995:204* och *2001:27*).

	krävt avtalsvite	utdömt avtalsvite
HD 1938 II 104 (byggnadsentreprenad)	2500 mk/förseningsdag = 180 000 mk	1250 mk/förseningsdag = 90 000 mk
HD 1940 I 15 (trävaruleverans)	20 mk/saknad m ³ = 40 000 mk	10 mk/saknad m ³ = 18 000 mk
HD 1944 II 134 (trävaruleverans)	10 mk/saknad m ³ = 20 980 mk	inget avtalsvite
HD 1946 II 292 (leverans av ankaren)	1/2 % av avtalets värde/förseningsvecka, men högst 5 % = 232 500 mk	150 000 mk
HD 1951 II 149 (skogsavverkningsavtal)	500 mk/saknad stam = 50 000 mk	350 mk/saknad stam = 35 000 mk
HD 1960 II 95 (trävaruleverans)	50 mk/saknad kubikfot = 230 000 mk	35 mk/saknad kubikfot = 161 000 mk
HD 1985 II 171 (konkurrensförbud i arbetsavtal)	24 x månadslönen = 192 000 mk	1/2 = 96 000 mk
HD 1985 II 177 (leasingavtal)	3/4 x ickeförfallna hyresavgifter = 189 540 mk (HovR)	1/3 x hyrorna = 107 640 mk (HD)

TABELL 5.1. En sammanställning av fall i vilka avtalsvite jämkats med stöd av 36 § AvtL.

Också i EG:s oskälighetsdirektiv har man konstaterat det vara oskäligt att avkräva en konsument som inte fullgör sina förpliktelser en oproportionerligt stor ersättning (bilagan, punkt e). Betydelsen av stadgandet är hos oss visserligen inte särskilt stor, eftersom KSL innehåller tvingande stadganden om påföljderna av konsumentens avtalsbrott för många avtalstyper.

I samband med tillkomsten av den allmänna generalklausulen i 36 § AvtL ströks också det tidigare stadgandet i 37 § 1 mom. AvtL, enligt vilket det som sagts om avtalsvite skulle äga motsvarande tillämpning på en klausul, genom vilken någon, ifall ett avtal skulle komma att hävas p.g.a. hans avtalsbrott, förbundit sig att trots

hävningen erlägga vad han utfäst eller låta den andra hålla vad som redan erlagts. Motiveringen var också för denna strykning den att specialstadgandet var överflödigt efter tillkomsten av det allmänna jämningsstadgandet (*RP 247/1981* s. 17). Även i fortsättningen kan alltså klausuler av det nämnda slaget utgöra objekt för jämkning.

I tidigare rättspraxis har jämkning skett i *HD 1935 II 35*, medan krav på jämkning förkastats i *HD 1948 II 381*. Enligt förarbetena till den allmänna generalklausulen kan en klausul i ett föravtal till ett köp, enligt vilken säljaren får behålla den handpeng som erlagts om köparen inte ingår slutligt avtal, jämkas om den skada säljaren lider är betydligt mindre än handpengens belopp (*RP 247/1981* s. 15). Numera gäller för förlust av handpeng vid bostadsköp lagen om bostadsköp (843/1994) 3:6 (delvis i lydelse enligt lag 795/2005), i vilken man dels uppställt en övre gräns för den handpeng en anbudsgivare kan förlora och dels medger jämkning av handpengen i enskilda fall, om den annars vore oskälig med beaktande av orsakerna till att köpet inte kom till stånd, den skada motparten har lidit eller omständigheterna i övrigt.

I EG:s oskälighetsdirektiv har man beskrivit som oskälig en näringsidkares möjlighet att behålla de penningbelopp som konsumenten erlagt, när konsumenten beslutat att inte ingå eller fullfölja avtalet, utan att konsumenten ges rätt till ett motsvarande penningbelopp av näringsidkaren när denna avstår från att ingå eller fullfölja avtalet (bilagan, punkt d). Till den här delen förefaller finsk rätt gå längre än direktivet; den omständigheten att näringsidkarens rätt på det sätt som nämns i direktivet balanseras upp med en symmetrisk betalningsskyldighet för näringsidkaren gör inte nödvändigtvis ett dylikt villkor skäligt hos oss.

Direktivet innehåller vidare det rätt självklara exemplet att det skall anses oskäligt att tillåta att näringsidkaren behåller penningbelopp som erlagts för icke-presterade tjänster, om näringsidkaren har sagt upp avtalet (bilagan, punkt f).

(viii) *Friskrivningsklausuler*. Man har sedan gammalt utpekats klausuler, med vilkas hjälp en avtalspart friskriver sig från eller begränsar sitt skadeståndsansvar, som lämpliga objekt för jämkning. Sådana friskrivningsklausuler är vanliga i standardvillkor. Man har t.o.m. hävdats, att möjligheten för företagen att med hjälp av standardvillkor

genomföra ansvarsfriskrivningar i många fall utgör en betydande orsak till att man använder standardvillkor.

Allmänt har antagits, att man inte giltigt kan friskriva sig från ansvar för *uppsåt eller grovt vållande* (RP 247/1981 s. 15, se närmare t.ex. Wetterstein 1982 s. 143 ff. och Hemmo II 2003 s. 287 ff.). Frågan om jämkning av en klausul med detta innehåll borde sålunda strängt taget inte bli aktuell. Högsta domstolen har likväl i ett rättsfall föredragit att använda en jämkningsterminologi och förklara en sådan ansvarsfriskrivning vara *oskäligen som sådan* – dvs. utan hänsyn till omständigheterna *in casu*:

- **HD 1983 II 91.** En spelkupon, som lämnats till ett ombud för arrangören av V5-travtippning och som hade berättigat till vinst, hade inte anlänt till myndigheternas övervakning och berättigade sålunda enligt villkoren för deltagande inte till vinstutdelning. Enligt de sagda villkoren ansvarade ombudet blott för skada som man uppsåtligen förorsakat vadslagare. Denna ansvarsfriskrivning ansågs oskäligen som sådan i den mån den omfattade skada som vållats genom grov vårdslöshet. Då ombudet likväl inte ansågs ha förfarit så vårdslöst förkastades skadeståndstalan.

Mången gång kan det vara på sin plats att gå längre och jämkna också ansvarsfriskrivningar som berör blott lindrigare vållande. I förarbetena till 36 § AvtL påpekar man att det ofta kan vara skäl att jämkna en sådan ansvarsfrihetsklausul, ”i synnerhet i situationer, där part har utnyttjat sin ställning för att minska ansvaret för den egna prestationen” (RP 247/1981 s. 15). Särskilt i konsumentförhållanden och andra liknande relationer där det föreligger obalans i styrkeförhållandet mellan avtalsparterna kan det te sig motiverat att jämkna ansvarsbegränsande klausuler. I avtal mellan näringsidkare kan man som motargument mot jämkning lättare ta hänsyn till att ansvarsbegränsningarna kan ha en rationell motivering som uttryck för en avtalad riskfördelning och därtill anknutna försäkringsarrangemang (Hemmo II 2003 s. 284, 286).

Se om jämkning till förmån för svagare part t.ex. HD 1982 II 195. Fel, som efter garantitidens utgång yppats i ett hus som byggts för ett bostadsaktiebolag och som inte kunnat upptäckas vid mottagningsgranskningen eller under garantitiden, utvisade att

leverantörens arbetsprestation inte till denna del uppfyllt de krav som därpå bort ställas enligt leveransavtalet. I avtalet hade i enlighet med de allmänna avtalsvillkoren för byggnadsentreprenad intagits ett villkor som begränsade leverantörens ansvar till förfaranden som borde anses innebära grov försummelse. Villkoret var i förevarande situation uppenbart obilligt för medkontrahenten, som inte tagit befattning med byggnadsarbetets utförande, och det kunde därför inte tillämpas.

På konsumenträttens område är ansvarsfriskrivningarna kanske det bästa typexemplet på villkor, som lätt kan betraktas som oskäligen. Som bara en illustration från praxis i konsumentklagonämnden kan här nämnas fallet *Kkln 82/33/429*: Konsumenten gjorde en semesterresa till Jalta. Hans bagage felsändes på utresan och återbördades först efter hans hemkomst. Enligt de allmänna sällskapsresevillkoren var arrangören fri från ansvar för sådan skada om han inte försummat sin skyldighet att med omsorg välja transportör. Nämnden, som uttalade att man i allmänhet inte borde avvika från dispositiv rätt till konsumentens nackdel samt ytterligare påpekade att villkoret i förevarande fall var speciellt problematiskt då det för konsumenten vore oskäligt svårt att framställa krav mot det utländska företaget i ett främmande land medan researrangören hade bättre möjligheter härtill, bortsåg med stöd av KSL 4:1 från villkoret och rekommenderade en ersättning på 300 mk.

Jfr den återhållsamma inställningen till jämkning av ansvarsfriskrivning vid avtal mellan näringsidkare i *HD 1994:13*. En ansvarsbegränsningsklausul, enligt vilken en tidnings största ansvar för fel begångna vid publiceringen av en annons var priset för annonsen, ansågs inte vara oskälig.

Eftersom friskrivningsklausuler utgör det kanske viktigaste föremålet för jämkning är det inte överraskande att de första exempelfallen i EG:s oskälighetsdirektiv rör just sådana här villkor. Enligt direktivet kommer en begränsning av ansvaret inte i fråga vad avser personskador (bilagan, punkt a) och för övriga skadors del får man inte "otillbörligt" begränsa konsumentens lagliga rättigheter (bilagan, punkt b). Direktivet synes till denna del ligga i linje med finsk rätt, även om jämkningsströskeln hos oss förmodligen är lägre för de sistnämnda skadornas del. I konsumentförhållanden är friskrivningsklausuler hos oss dessutom ofta ogiltiga redan av den anledningen att de strider mot KSL:s tvingande stadganden om näringsidkares ansvar vid olika avtalstyper.

(ix) *Ansvarsbegränsningar i försäkringsavtal*. I allmänna försäkringsvillkor ingår i regel ett flertal klausuler genom vilka försäkringsgivarens

ansvar preciseras och begränsas. I lagen om försäkringsavtal (543/1994) finns tvingande stadganden som begränsar avtalsfriheten rörande vissa slag av klausuler, främst sådana som berör försäkringstagarens s.k. biförpliktelser. Andra ansvarsbegränsningar träffas inte direkt av någon tvingande regel. En jämkning av sådana ansvarsbegränsningar kan likväl stundom bli aktuell. Man kan härvid ta hänsyn till den princip som ligger bakom många av de tvingande stadgandena i lagen om försäkringsavtal, nämligen att en försäkringstagare, som gjort sig skyldig till en mindre försummelse, inte bör drabbas av en oskäligt hård påföljd i form av bortfall av försäkringsskydd.

- **HD 1945 I 24.** Löseegendom hade brandförsäkrats med angivelse att den befann sig i fabrik, såg eller utomhus. Vid en brand hade den sagda egendomen befunnit sig i försäkringstagarens kontors- och lagerbyggnad. Försäkringsavtalet innehöll en klausul, enligt vilken försäkringsgivaren var fri från ansvar, om den försäkrade egendomen flyttats utan att försäkringsgivaren erhållit meddelande om det och samtyckt till försäkringens fortsättning. Rådstuvurätten förkastade försäkringstagarens ersättningskrav för den sagda löseegendomens del, då något sådant meddelande inte givits. Hovrätten förpliktade försäkringsgivaren att betala ersättning, emedan egendomen tillfälligt befunnit sig på en med hänsyn till faran mer förmånlig plats än man vid avtalsslutet angivit och det inte fanns skäl att anta, att försäkringsgivaren inte hade meddelat försäkringen eller hade betingat sig högre premie eller tagit återförsäkring för större belopp, ifall den nya platsen uppgivits. HD: Då villkorets tillämpning på av hovrätten angiven grund och med hänsyn till de omständigheter som i övrigt framkommit i fallet skulle leda till uppenbar obillighet, skulle villkoret med stöd av generalklausulen i 34 § den dåvarande lagen om försäkringsavtal lämnas utan avseende. – Samma resultat hade man kommit till i det liknande fallet *HD 1944 II 125*, där brandförsäkrat bostadslösöre flyttats till ny bostad. I det relativt färskta fallet *HD 1994:137* har man likaledes jämkat ett motsvarande villkor, då den försäkrade egendomen hade överlåtits till försäkringshavarens dotterbolag.
- **HD 1983 II 149.** A hade olovligt tillgripit B:s bil genom att ta nycklarna till bilen ur fickan på B, som besökt A i hans bostad och där lagt sig att sova. A hade dömts till straff för olovligt tillgrepp av bil. Enligt de allmänna försäkringsvillkoren för bilförsäkring skulle ersättning för skada i anledning av olovligt tillgrepp av motorfordon som skett med tillhjälp av bilens nycklar utbetalas blott om den som utfört tillgreppet fått nycklarna i sin besittning genom stöld, grov stöld

eller rån. Då B inte förfarit grovt vårdslöst vid förvaringen av nyckeln, ansågs villkoret i detta fall oskäligt och det lämnades med stöd av 36 § AvtL utan avseende.

Jfr *HD 1981 II 138*, *1985 II 94* och *1993:18*, där jämningsyrkanden förkastats. Motiveringarna i det sistnämnda fallet var besynnerliga: ”Försäkringspremiens storlek beror på hur stor kretsen av händelser som ersätts enligt försäkringen har avtalats vara. Således är omfattningen av försäkringsskyddet allmänt sett beroende av avtal. Därför kan ett villkor som begränsar försäkringsgivares ansvar endast i undantagsfall anses vara på ett sådant sätt oskäligt, att det kunde jämkas enligt 36 § 1 mom. AvtL. I A:s fall har det inte företetts sådana särskilda omständigheter som skulle ge anledning till en dylik jämkning” (översatt här).

Motiveringarna i det sistnämnda fallet är antingen tomma till sitt innehåll – ett avtal gäller i allmänhet – eller problematiska i förhållande till tidigare praxis (kritik i *Wilhelmsson* 1994 och *Wilhelmsson* 2005). *Hemmo* (II 2003 s. 89 ff.) har tolkat fallet så att högsta domstolen har velat indikera särskild återhållsamhet när det gäller jämkning av villkor som definierar de försäkringsfall som försäkringen omfattar. Då motiveringarna i fallet är så problematiska är det likväl utifrån dem omöjligt att uppskatta huruvida högsta domstolen har velat bibehålla sin tidigare linje eller om det verkligen är fråga om en linjeförändring i riktning mot större återhållsamhet vid jämkning av försäkringsavtal. Senare rättsfall gör inte situationen mycket klarare.

I *HD 2001:135* uttalar högsta domstolen visserligen, att man bör förhålla sig återhållsam till sådan jämkning som skulle utvidga försäkringsskyddet utöver det, om vilket man klart och entydigt avtalat. Fakta i målet var dock sådana, att det tedde sig rätt lätt att förkasta jämningsyrkandet: det var fråga om att jämka ett villkor enligt vilket en ansvarsförsäkring inte ersatte skada som uppkommit i samband med slagsmål, misshandel eller annat brott, och försäkringshavaren hade vållat skadan genom att uppsåtligen slå den skadelidande i ansiktet.

I fallet *HD 2001:52*, som gäller identifikation mellan ägaren och den alkoholpåverkade användaren av en bil, antyder motiveringen till att man inte ville jämka klausulen om identifikation förmodligen att man hade förutsatt någon sådan särskild grund för jämkning som man inte hade kunnat anföra i flertalet andra fall i samband med denna klausul. En jämkning i detta fall hade m.a.o. i alltför hög grad urholkat identifikationsvillkoret, som i sig inte betraktades som oskäligt.

I *HD 2004:19* uttalas den förståeliga regeln att försäkringsgivarens ansvar inte genom jämkning borde utvidgas att omfatta ett försäkringsfall, som inträffat först efter att försäkringstagaren själv valt att avsluta sitt försäkringsskydd.

(x) *Klausuler om reklamation, anmälan av krav m.m.* Samma resultat som eftersträvas med hjälp av ansvarsfriskrivningar kan åstadkommas genom stränga reklamations- och liknande klausuler. Man kan i praktiken genomföra inskränkningar i ansvaret för avtalsbrott genom att uppställa som förutsättning för ansvar att motparten inom en mycket kort frist reklamerar i anledning av avtalsbrottet. Det är därför inte ägnat att förvåna att man i förarbetena till 36 § AvtL bland exemplen på lämpliga objekt för jämkning omnämner också reklamationsklausuler, i vilka man föreskrivit en kort reklamationstid (om skälig reklamationstid, se *Bärlund* 2002 s. 170 ff.), oskäliga formaliteter eller alltför sträng undersökningsplikt för den reklamationsskyldiga (*RP 247/1981* s. 15). Likaså kan en klausul, genom vilken man strävar att förkorta preskriptionstiden, vara oskälig (*ibid.*).

- **HD 1974 II 16.** A hade på ett s.k. snabblotteri vunnit huvudvinsten, en personbil. Enligt ett i lottsedeln intaget villkor skulle vinsterna uttagas mot lotten före ett angivet datum, efter vilken tidpunkt de oavhämtade vinsterna ansågs ha skänkts till lotteriets arrangör. Då A, som tappat vinstlotten, före den angivna tidpunkten hade meddelat detta till lotteriets arrangör och krävt att erhålla bilen samt därefter vid en rättegång som hon anhängiggjort inom skälig tid efter att ha funnit den tappade lottsedeln uppvisat den för rätten, har tillämpningen av det nämnda i lottsedeln intagna villkoret med beaktande av stadgandet i 8 § lagen om skuldebrev ansetts uppenbarligen otillbörlig och lotteriarrangören förpliktades att överlämna bilen till A.

(xi) *Klausuler om tvistlösning.* Klausuler, som reglerar sättet för lösning av tvister, kan på ett oskäligt sätt begränsa parts möjligheter att erhålla rättsskydd. Sådana klausuler kan lätt bli föremål för jämkning. I EG:s oskälighetsdirektiv har man också ansett som oskäliga t.ex. villkor som har som mål eller konsekvens att utesluta eller begränsa konsumentens rätt att gå till domstol eller vidta andra rättsliga åtgärder (bilagan, punkt q).

Sålunda kan t.ex. *skiljeklausuler* lätt te sig oskäligen för en ekonomiskt svagare part, då de avsevärda kostnader som ofta är förbundna med skiljeförfarande kan föranleda den svagare parten att avstå från en process också i fall där han haft rimlig möjlighet till framgång (*SOU 1974: 83 s. 188*). I förarbetena till 36 § AvtL framhåller man särskilt att klausuler, enligt vilka konsument eller därmed jämförbar part kan skyldiggöras att svara för kostnaderna för skiljeförfarande, i allmänhet kan anses vara oskäligen (*RP 247/1981 s. 14*). I konsumentförhållanden har man numera direkt stadgat att skiljeklausuler är ogiltiga (KSL 12:1d; punkt q i bilagan till EG:s oskälighetsdirektiv har således till denna del ingen betydelse).

Såtilvida har oskälighetsdirektivet dock betydelse för finsk rätt att EG-domstolen har ansett att ett effektivt förverkligande av rättsskyddet enligt direktivet förutsätter att man kan pröva en skiljeklausuls oskälighet även då konsumenten inte framställt invändning om detta i skiljeproceduren. I *Elisa María Mostaza Claro mot Centro Móvil Milenium SL* (Mål C-168/05) uttalade domstolen uttryckligen, att "[d]irektivet skall tolkas så, att en nationell domstol som har att pröva ett yrkande om upphävande av en skiljedom skall pröva huruvida skiljeavtalet är ogiltigt och upphäva denna skiljedom om nämnda avtal innehåller ett oskäligt avtalsvillkor, trots att konsumenten inte har åberopat skiljeavtalets ogiltighet under skiljeförfarandet utan endast inom ramen för klandertalan."

I fråga om jämkning av skiljeklausuler i förhållanden mellan näringsidkare är rättspraxis mer nyanserad (och förmodligen något mer jämkningsvänlig än i Sverige, se t.ex. *Ruotsi 2007–2008*). I *HD 1996:27* har man upprätthållit en skiljeklausul i ett franchiseavtal, medan man i *HD 2003:60* åsidosatt en skiljeklausul med stöd av 36 § AvtL. Detta fall gällde ett avtal om placeringstjänster mellan en bankirfirma och en enskild näringsidkare. Jämkningsmotiverades framför allt med hänvisning till argument som hade med tillgång till rättsskydd att göra. Då näringsidkarens medellöshet antagligen skulle medföra att han inte kunde få sitt ärende rättsligt prövat – han kunde inte ha presterat ett sådant förskott eller en sådan säkerhet som skiljemannen troligen skulle ha förutsatt – och då han heller inte kunde få fri rättegång i skiljeförfarande, talade dessa omständigheter för att man skulle åsidosätta skiljeklausulen. Frågan om jämkning av

skiljeklausuler i förhållandet mellan näringsidkare skall sålunda avgöras på grundval av en bedömning *in casu*, där man kan återropa argument som hänför sig till avtalsslutet, avtalsparternas förmögenhetsställning, tvistens storlek – särskilt då tvisten rör små belopp kan kravet på skiljeförfarande vara oskäligt – och klausulens innehåll (se närmare *Wilhelmsson 2005a*).

Även *forumklausuler* kan stundom jämkas p.g.a. oskälighet. Särskilt i konsument- och liknande förhållanden anses en klausul genom vilken man utan vägande skäl avviker från lagens dispositiva forumstadganden vara oskälig (*RP 247/1981 s. 14 f.*).

Också klausuler av detta slag har berörts i EG-domstolens rättspraxis kring oskälighetsdirektivet. Se *Océano Grupo Editorial SA mot Roció Murciano Quintero* m.fl. (Förenade målen C-240/98 till C-244/98): En forumregel, enligt vilken den domstol inom vars domkrets näringsidkaren har sitt säte har exklusiv behörighet, skall anses vara oskälig i den mening som avses i artikel 3 i oskälighetsdirektivet, när den i strid med kravet på god sed medför en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet, till nackdel för konsumenten. Den nationella domstolen får *ex officio* bedöma huruvida ett villkor i det avtal som har lagts fram för den är oskäligt, när den undersöker huruvida en ansökan som har getts in kan tas upp till sakprövning.

5.7 Processuella frågor

Frågan om jämkning av ett oskäligt avtalsvillkor kan i en process aktualiseras på olika sätt (*Aho 1982 s. 526*):

(i) Den vanligaste situationen är förmodligen den att svaranden, då käranden kräver prestation enligt avtalet eller gör gällande en i avtalet förutsatt påföljd, helt eller delvis motsätter sig kravet med hänvisning till att avtalet är oskäligt.

(ii) Käranden kan till stöd för fullgörelsetalan kräva jämkning av ett avtalsvillkor. Detta är fallet t.ex. då käranden vill göra gällande någon påföljd i anledning av svarandens avtalsbrott och i detta syfte kräver att en oskälig ansvarsfriskrivning eller en oskäligt sträng reklamationsklausul skall åsidosättas.

(iii) Den part som vill åberopa att avtalet är oskäligt kan också väcka fastställsetalan för att erhålla domstolens ställningstagande till frågan (*RP 8/1977* s. 40). Särskilt vid långvariga avtalsförhållanden kan en sådan talan bli aktuell. Som flera tidigare refererade rättsfall givit vid handen kan domstolen också med framtida verkan fastställa att villkoren i ett sådant avtalsförhållande är – eller blivit – oskäliga och att de därför inte skall tillämpas eller att andra villkor skall iakttas i deras ställe. Domstolen kan också fastställa att avtalsförhållandet bör anses vara ogiltigt eller senare anses ha upphört att binda en part.

Särskilt i fall där en sådan talan påminner om lagreglerad klandertalan, t.ex. av avvitring, kan frågan om den tid inom vilken talan bör väckas härvid bli viktig (se närmare ovan 5.4. p. vi).

Enligt vad som uttalats i förarbetena till 36 § AvtL och i viss rättspraxis kan en domstol stundom jämka ett avtal även om en part inte uttryckligen krävt jämkning. Jämkningsyrkandet kan nämligen i vissa fall anses ingå implicit i de övriga krav som parten framställt i sin talan. Har parten t.ex. krävt att ett avtal skall förklaras ogiltigt p.g.a. förhållandena vid avtalets tillkomst kan man normalt anse att det i detta krav ingår ett subsidiärt yrkande på jämkning av avtalet i den händelse domstolen prövar riktigt att förkasta kravet på ogiltigförklaring. Kräver en part att ett villkor skall åsidosättas emedan det strider mot ett tvingande stadgande och finner domstolen att det tvingande stadgandet inte är tillämpligt kan den vid behov jämka villkoret, trots att parten inte uttryckligen åberopat möjligheten till jämkning (*RP 247/1981* s. 16). För att domstolen skall kunna jämka avtalet utan uttryckligt jämkningsyrkande förutsätts likväl att den till vars fördel jämkning sker har anfört synpunkter på avtalets skälighet. Man måste på något sätt kunna basera skälighetsprövningen på de argument som anförts i ärendet.

Se från rättspraxis särskilt *HD 1990:148*. Borgesmännen hade, när de bestred borgenärens käromål, inte uttryckligen yrkat på jämkning av borgensförbindelsen med stöd av 36 § AvtL, men de hade framfört synpunkter rörande borgensförbindelsens oskälighet. Jämkningsyrkandet ansågs ha framgått av borgesmännens yrkanden i målet, och domstolen kunde därför pröva frågan om jämkning av borgesmännens ansvar.

En liknande liberal syn på domstolens bundenhet vid formuleringen av yrkandet framgår av rättsfallet *HD 1981 II 102*, som gällde tillämpningen av generalklausulen i skadeståndslagen. I detta fall hade svaranden, som krävts på skadestånd och som bestridit grunden för ersättningsskyldigheten, inte för den händelse han skulle anses ersättningsskyldig yrkat på jämkning av skadeståndet. Detta ansågs likväl inte utgöra hinder för jämkning med stöd av skadeståndslagen 2:1.2.

Kravet på framförande av synpunkter angående oskäligheten framgår också väl av fallet *HD 1992:12*: En passagerare hade yrkat på skadestånd av en researrangör och grundat yrkandet på att researrangörens företrädare hade förorsakat skadan genom grovt vållande. Passageraren hade ingett de allmänna sällskapsresevillkoren till rådstuvurätten, men han hade inte åberopat villkorens oskälighet som grund för yrkandet och inte heller yrkat på att villkoren skulle jämkas eller att de skulle lämnas utan avseende. Sedan rådstuvurätten hade förkastat käromålet hade passageraren inte heller i sin ändringsansökan till hovrätten framfört synpunkter på villkorens oskälighet och inte heller yrkat på att villkoren skulle jämkas eller att de skulle lämnas utan avseende. Hovrätten hade därför inte bort grunda sin dom på att en punkt i sällskapsresevillkoren var oskälig. Hovrättens utlåtande om jämkning av resevillkoren undanröjdes.

Se även *HD 1982 II 126*: Kärandena hade i sitt käromål yrkat att hyran för en lägenhet skulle sänkas och att det överbetalda hyresbeloppet skulle återbäras med stöd av 48 § 2 mom. den dåvarande hyreslagen. Hovrätten hade därutöver på eget initiativ tillämpat 1 mom. av nämnda paragraf och även med stöd av detta stadgande ålagt svaranden att återbära hyra. Hovrättens dom upphävdes och undanröjdes *ex officio* till den del den stödde sig på den grund som inte hade åberopats av käranden. Också i detta fall är avgörandet förklarligt: hovrätten hade nämligen med stöd av 48 § 1 mom. ålagt svaranden att återbetala s.k. ”svart hyra”, medan kärandena i sitt käromål inte krävt jämkning på den grund att en del av hyran hade denna karaktär.

Den linje som framgår av regeringens proposition och rättspraxis i högsta domstolen har inte vunnit acceptans i den processrättsliga litteraturen (se t.ex. *Virolainen* 2006 med vidare hänvisningar). Här håller man fast vid att jämkning kan ske blott efter ett explicit jämningsyrkande. Man noterar att *HD 1990:148* gavs vid en tid då det ännu inte var klart, hurudan åberopsbörd en svarande hade, medan man efter den underrättsreform som trädde i kraft år 1993 nu har reglerat frågan också för svarandens del (*Virolainen* 2006 s. 200 f.).

Det är emellertid knappast givet att processrättens utveckling verkligen gjort de ovan omtalade källorna helt obsoleta. Det kan också hända att här föreligger en skillnad i sättet att närma sig problematiken mellan det civilrättsliga och det processrättsliga perspektivet (se t.ex. *Kaisto* 2007 s. 123 f. med vidare hänvisningar), vilket kan leda till olika sätt att se på processuella konsekvenser av det materiella skyddsbehov som materialiserats i jämningsregeln. *Hemmo* talar således fortsättningsvis om en uttunnad åberopsbörda i samband med jämkning (*Hemmo* II 2003 s. 95).

Situationen kompliceras i dag ytterligare av att EG-domstolen för konsumentavtalens del ansett att en domstol i vissa fall t.o.m. *ex officio* bör ha möjlighet att jämka oskäligen avtalsvillkor. För dessa fall har således anknytningen till åberopsbördan ytterligare uppluckrats. Dessa fall pekar alltså i annan riktning än den ovan angivna "processrättsliga" kritiken.

Se de tidigare refererade rättsfallen *Océano Grupo Editorial SA mot Roció Murciano Quintero* m.fl. (Förenade målen C-240/98 till C-244/98) (ovan 5.6 p. xi) och *Cofidis SA mot Jean-Louis Fredout* (Mål C-473/00) (ovan 5.4 p. vi). Också *Elisa María Mostaza Claro mot Centro Móvil Milenium SL* (Mål C-168/05) (ovan 5.6 p. xi), som gäller konsekvenserna av uteblivet åberopande i skiljeförfarande, ligger i linje med detta materiellrättsligt betonade sätt att nalkas de processuella frågorna. I dessa fall har oskälighetsdirektivets syfte att skydda konsumenterna m.a.o. ansetts kunna utnyttjas som centralt argument också i ett processuellt sammanhang.

Det är naturligtvis inte lyckligt att det råder olika uppfattningar om det processuella rättsläget. I enskilda fall kan emellertid en aktiv processledning i hög grad eliminera konsekvenserna av rättslägets oklarhet.

5.8 Jämningsstadgandenas betydelse

Flertalet av de jämningsstadganden som intagits i lagstiftningen före den allmänna generalklausulens tillkomst ingick i lagar, vilkas syfte uttryckligen var att skapa ett visst skydd för den svagare parten

i avtalsförhållandet. Jämkningsstadgandena var här avsedda närmast som ett mindre betydelsefullt komplement till de mer precisa tvingande stadganden som intagits i samma lagar. Efter hand som man börjat uppfatta jämkningsstadgandena som uttryck för en mer allmän skälighetsprincip har man emellertid i högre grad betonat deras betydelse som skyddsmekanism. Denna uppfattning syns ha blivit ännu starkare efter att principen lagfästes i generell form i 36 § AvtL.

Vilken betydelse har då jämkningsmöjligheten i praktiken? Det har redan tidigare konstaterats att de speciella jämkningsstadgandena tillämpades i ytterst ringa utsträckning. Domstolarna i Finland var mycket återhållsamma när det gällde att jämka avtal med stöd av en generalklausul. En viss förändring i detta hänseende förefaller likväl ha skett. Från och med ingången av 1980-talet påträffar man bland de publicerade avgörandena från högsta domstolen flera jämkningsfall per år. Generalklausulen i 36 § AvtL, som trädde i kraft den 1.1.1983, förstärkte trenden mot en ökad användning av jämkningsmöjligheten. Inte blott i högsta domstolen, utan även i hovrätterna uppkom rikligt med jämkningspraxis (se beträffande tidig hovrättspraxis *Saarnilehto* 1990 och *Ämmälä* 1991).

Även om antalet spektakulära rättsfall, i vilka jämkning ägt rum, uppenbarligen ökat, bör man dock inte på denna grund skynda sig att tillägga jämkningsstadgandena betydande vikt som mekanism för skydd av den svagare parten i ett avtalsförhållande. Det är trots allt fråga om enskilda fall, som numerärt sett representerar en obetydlig del av alla de tvister om tillämpningen av avtal som kan förmodas försiggå i samhället.

Orsaken till att jämkningsinstitutet utnyttjas relativt sällan ligger inte nödvändigtvis i domstolarnas inställning till jämkning. Också antalet fall i vilka en part överhuvudtaget kräver jämkning inför domstol kan antas vara relativt begränsat. Förmodligen avhåller redan den stora *processrisken* i många fall en part från att låta en tvist om avtals skälighet gå till domstol. Utfallet av en sådan process måste i flertalet fall uppenbarligen bedömas som så osäkert att parten föredrar att iaktta det oskäligen avtalet i stället för att ta risken att göra ytterligare betydande förluster i form av processkostnader som skulle belasta honom ifall domstolen trots allt skulle finna avtalet

skäligt. Också andra faktorer, såsom den svagare partens fortsatta beroendeförhållande till den starkare parten, hans avsaknad av juridisk och annan behövlig sakkunskap m.m., kan ha en hämmande inverkan på partens beredskap att åberopa jämningsmöjligheten.

Jämningsstadgandet i KSL 4:1 befinner sig här i en särställning såtillvida att man samtidigt som stadgandet infördes på andra sätt sökte förbättra konsumentens möjligheter att erhålla rättsskydd bl.a. genom att man inrättade konsumentklagonämnden, som numera döpts om till konsumenttvistenämnden. Detta organ har också i många fall fått anledning att jämka avtalsvillkor.

Mot det ovan sagda kunde invändas att jämningsstadgandenas huvudsakliga betydelse inte ligger i deras reparativa utan i deras *preventiva effekt*: hänsynen till jämningsstadgandena skulle förmå den starkare parten att självmant utforma och tillämpa sina villkor på ett skäligt sätt. Detta kan dock vara ett önsketänkande. Det är inte mycket som tyder på att jämningsmöjligheten i sig uppfattas som en betydande begränsning i ett företags handlingsfrihet t.ex. när det uppgör och tillämpar standardvillkor.

Vid en närmare diskussion kring jämningsstadgandenas preventiva effekt är det skäl att skilja mellan tre olika situationer:

(i) Man kan tänka sig att stadgandena genom sin blotta existens skulle leda till en sanering av avtalspraxis. Då det är allmänt känt att oskäliga villkor fortsättningsvis är lätta att påträffa i standardavtal, kan man knappast anta att det uppstått någon genomgripande saneringseffekt av detta slag. Det är dock möjligt att 36 § AvtL och den offentliga diskussion som förts kring detta stadgande i någon mån har sanerat avtalspraxis.

(ii) Man kunde åtminstone anta att eventuella domstolsavgöranden, i vilka man jämkat något villkor, kunde leda till att sådana villkor försvinner ur avtalspraxis. Den preventiva effekten i denna begränsade mening – som ju är avhängig av att jämningsfall förekommer och publiceras – har man sökt stärka genom att möjliggöra jämkning av avtalsvillkor ”som sådant” (se ovan 5.4, inledningen). Trots detta är det skäl att ställa sig skeptisk till antagandet, att domstolspraxis på denna väg automatiskt skulle påverka avtalens utformning.

Det kan sålunda nämnas att de två tidiga avgöranden av HD, i vilka domstolen jämkade ett villkor om försäkringsstället i försäkringsavtal

(ovan 5.6 p. ix), inte medförde att dessa klausuler försvann ur de allmänna försäkringsvillkoren (*Wilhelmsson* 1977 s. 365 f.).

(iii) Man kan slutligen tänka sig att jämningsstadgandena trots allt är av betydelse då avtalet tillämpas, t.ex. så att ett företag inte fullt ut håller fast vid sina stränga standardvillkor i medvetenhet om att jämkning kan ske om tvisten förs till domstol. Då närmare undersökningar saknas, är det svårt att säga, i vilken mån jämningsstadgandet kan ha en sådan effekt. I varje händelse saknar den betydelse för en sådan part som av okunskap eller av andra skäl nöjer sig med villkorens ordalydelse utan att på allvar göra deras skälighet till föremål för meningsutbyte med den andra parten.

Jämningsstadgandenas praktiska betydelse är förmodligen långt mindre än vad man kunde anta på grundval av den mängd uppmärksamhet man i den juridiska debatten fäst vid dem. Detta betyder att de i någon utsträckning kan sägas fylla en *ideologisk funktion*. De bidrar till att skapa en juridisk illusion av att det existerar ett större skydd mot oskälighet i avtalsförhållanden än vad som i praktiken är fallet. I ett juridiskt perspektiv ter sig rättvisan i avtalsförhållandena kanske större än den faktiskt är.

Det ofta rätt skenbara skydd som jämningsmöjligheten erbjuder kan likväl utnyttjas i den rättspolitiska debatten. Om man önskar motverka att det införs mer effektiva skyddsmekanismer på något område, kan man med hänvisning till jämningsstadgandena göra gällande att det inte föreligger behov av en mer detaljerad reglering eller av andra skyddsåtgärder. Det kan nämnas exempel på fall, i vilka de speciella kontraktsrättsliga generalklausulerna erhållit en sådan funktion (se *Wilhelmsson* 1975 s. 12). Också den allmänna generalklausulen i 36 § AvtL har utnyttjats i bromsande syfte. Det främsta exemplet på detta utgör de flitiga hänvisningarna till 36 § AvtL i den argumentering som man fört mot strävandena att utveckla ett småföretagarskydd (se närmare avsnitt 6.5).

Det ovan sagda bör inte uppfattas som en kritik mot att man intagit jämningsstadganden i den kontraktsrättsliga lagstiftningen. Kritiken riktar sig blott mot de överdrivna bedömningar av jämningsstadgandenas skyddsfunktion som man stundom gjort sig skyldig till. Så länge man i princip utgår från en traditionell avtalsmodell behövs jämningsmöjligheten som ett komplement

till övriga skyddsmekanismer, genom vilka man strävar att eliminera de mest uppenbara missförhållanden som är förbundna med denna modell. Det är självklart, att man i ett komplicerat samhälle inte exempelvis genom tvingande lagstiftning i detalj kan reglera alla situationer, i vilka en starkare part kan tänkas genomdriva oskäligen avtalsvillkor. Vidare kan ju ett avtalsvillkor, vars utformning i och för sig inte är olämplig, vid tillämpningen i det enskilda fallet leda till en sådan oskälighet som bör kunna åtgärdas genom jämkning.

I ett längre perspektiv kan jämkningsstadgandena uppfattas som utgångspunkter eller byggstenar för utvecklingen av sådana nya principer för avtalsbundenhet som omtalats ovan i 1.4 och 4.6. Nytt kontraktsrättsligt tänkande har också utvecklats bl.a. på basis av generalklausulen (*Pöyhönen* 1988 samt *Wilhelmsson* 1987 och 1992). Generalklausulen kan ses som en inkörsport genom vilken nya avtalsmodeller kan föras in i finsk civilrätt. Även om den praktiska betydelsen av 36 § AvtL i dag kanske inte är lika stor som man skulle kunna anta på basen av den juridiska diskussionen, är stadgandet således mycket betydelsefullt med tanke på kontraktsrättens teori. I detta hänseende hade *Juha Pöyhönen* rätt när han påstod att 36 § AvtL var en av de viktigaste lagstiftningsåtgärderna i kontraktsrätten på 50 år (*Pöyhönen* 1988 s. 365). Detta framgår särskilt tydligt då man jämför den nordiska rätten med det sätt att närma sig problemet oskäligen avtalsvillkor som man omfattat i andra europeiska länder. Som utvecklats närmare ovan i avsnitt 2.3, har man blott i Norden sett skälighetsprincipen som en allmän princip som genomsyrar hela kontraktsrätten, medan man annorstädes mer prononcerat velat begränsa dess omedelbara verkan till fall där t.ex. standardavtalsrättsliga eller konsumenträttsliga synpunkter kan justifiera dess tillämpning.

Stadgandet i 36 § AvtL och debatten kring detta kan så småningom tänkas påverka juristernas grundläggande åskådningar på kontraktsrättens område. I den mån stadgandet bidrar till framväxten av sådana nya allmänna principer för bedömningen av avtals och avtalsvillkors bindande verkan som redan i sig innehåller elementet skälighet bidrar det till en utveckling i vars ändpunkt det självt förefaller mer eller mindre överflödigt.

6

Reglering av avtalsvillkor

6.1 Inledning

Framställningen hittills har gällt möjligheterna att åtgärda olämpliga standardvillkor genom ett ordinärt rättegångsförfarande mellan två avtalsparter. Som tidigare antytts är den praktiska betydelsen av dessa möjligheter begränsad. Den avtalspart som drabbats av ett oskäligt avtalsvillkor önskar och förmår inte alltid genomdriva sin ståndpunkt genom en rättegång. Även om han gör det och domstolen härvid jämkar avtalsvillkoret, är avgörandet i första hand till nytta endast för den part som tagit del i processen. Avgörandet påverkar inte direkt användningen av motsvarande villkor i förhållande till andra avtalsparter.

I synnerhet då det är fråga om ett standardiserat villkor ter sig en metod som innebär att man ingriper blott i en enskild avtalstvist delvis inadekvat. Genom standardvillkoren har näringsidkaren eller branschorganisationen strävat att själv fastslå avtalsvillkor som avses gälla uniformt i relation till en större kundkrets. Olämpliga klausuler i sådana standardvillkor borde därför också kunna åtgärdas genom en kollektiv reglering som berör hela kundkretsen.

Med kollektiv reglering av avtalsvillkor avses här sådana ingrepp av myndighet som riktar sig mot avtalsvillkor avsedda att användas

i flera avtalsförhållanden och som inte har direkt inverkan på villkorens tillämpning i ett enskilt avtalsförhållande. Det praktiskt viktigaste fallet av kollektiv reglering i finsk kontraktsrätt är det som omtalas i 3 kap. KSL. I det följande redogörs i huvuddrag för hur detta regleringssystem fungerar (avsnitt 6.2). Systemets materiella innehåll presenteras (avsnitt 6.3) främst på grundval av praxis i MD och HD; några ingrepp av KO omtalas dessutom i illustrerande syfte. En mer detaljerad granskning av systemet hör hemma i en specialframställning angående konsumenträtten (se *Wilhelmsson* 1989 s. 184 ff.). Vid sidan av KSL finns det särskilda regleringssystem för bank- och försäkringsverksamhet och värdepappersmarknaden (avsnitt 6.4). Främst i syfte att skydda småföretag har man antagit en lag om reglering av avtalsvillkor mellan näringsidkare (OtillbVillkL; avsnitt 6.5).

6.2 Systemet för reglering av konsumentavtal

I 3 kap. KSL, som gäller reglering av avtalsvillkor, ingår endast ett materiellt stadgande (KSL 3:1.1):

”Näringsidkare får ej vid utbud av konsumtionsnyttigheter använda avtalsvillkor, som med beaktande av priset för konsumtionsnyttighet och av övriga på saken verkande omständigheter bör anses som oskäligt mot konsumenterna.”

Stadgandet gäller som synes alla slags avtalsvillkor i avtal som faller inom ramen för KSL:s tillämpningsområde. I princip är möjligheterna att använda 3 kap. KSL inte begränsade till standardvillkor, utan även individuella villkor kan angripas med stöd av detta kapitel. Då 3 kap. KSL inte riktar sig mot något enskilt existerande avtalsförhållande utan mot framtida avtalsrelationer är likväl möjligheten att reglera individuella villkor av betydelse blott då en näringsidkare, som använt ett oskäligt individuellt villkor, kan förväntas använda samma villkor eller ett liknande villkor också i framtida avtal (se *RP 8/1977* s. 35). I praktiken är det därför i regel blott standardvillkor som blir

föremål för bedömning med stöd av 3 kap. KSL. I motiven till detta kapitel framhäver man också särskilt standardvillkoren som objekt för regleringen. Man betonar behovet av ett system med vars hjälp man kan ingripa mot oskäligen standardvillkor utan att samtidigt eliminera de fördelar i form av klarhet, säkerhet och flexibilitet som användningen av standardvillkor anses innebära (*RP 8/1977* s. 33 f.).

Även om regleringspraxis i första hand riktat sig mot klausuler i näringsidkares standardvillkor, har man i rättspraxis töjt på tillämpningsområdet så att en näringsidkares regelbundna förfarande vid tillämpningen av ett avtal har jämförts med ett avtalsvillkor. *Näringsidkares praxis* har, trots att den civilrättsligt knappast kan sägas utgöra en del av avtalet, kunnat bli föremål för ett förbud med stöd av KSL 3:1.

Se särskilt *MD 1985:13*: KO yrkade på att en näringsidkare skulle förbjudas att tillämpa en "avtalsvillkorspraxis" enligt vilken säljaren vid postorderförsäljning till konsumenter inte återställer de av köparen uppburna kostnaderna då varan sänts från säljaren till köparen i de fall då köparen returnerade hela den erhållna försändelsen. Näringsidkaren gjorde en invändning om MD:s behörighet, eftersom det inte var frågan om ett avtalsvillkor. MD förkastade invändningen och konstaterade, att den praxis som näringsidkaren tillämpade var ett sådant avtalsvillkor som avses i KSL 3:1. Se även *MD 1984:12*, där ett av en bank tillämpat sätt att beräkna ränta, till vilket man inte direkt hade hänvisat i avtalsvillkoren, förbjöds som ett oskäligt avtalsvillkor, och *MD 1995:17*, där man likaledes med stöd av 3 kap. KSL förbjöd ett finansieringsbolag att tillämpa en avtalspraxis, enligt vilken konsumenten vid dröjsmål med betalningen måste betala avgifter som inte grundade sig på verkliga indrivningskostnader. I *MAO 152/III/02* förbjöd man en näringsidkare att tillämpa en avtalsvillkorspraxis, enligt vilken näringsidkaren krävde förskott av konsumenterna vid leverans av en grillkåtas byggnadsdelar; förbudet skulle gälla, om inte näringsidkaren för förskotten ställde en tillräcklig säkerhet som tryggade konsumenternas fordringar.

I det regleringssystem som skapats genom 3 kap. KSL intar KO en central ställning. KO har som uppgift att övervaka lagenligheten av avtalsvillkor som används vid konsumentavtal. Upptäcker KO – på egen hand eller efter anmälan från allmänheten – att en näringsidkare använder oskäligen avtalsvillkor, skall han normalt i första hand

kontakta näringsidkaren och försöka förmå denne att *frivilligt* ändra sina villkor. Om det med hänsyn till konsumentskyddet är erforderligt kan mot en näringsidkare som använder oskäligt avtalsvillkor utfärdas ett marknadsrättsligt *förbud*, enligt vilket näringsidkaren i fortsättningen inte får använda ett sådant eller ett därmed jämförbart avtalsvillkor (KSL 3:2).

Förbud utfärdas av MD på ansökan av KO (eller registrerad löntagar- eller konsumentförening, se 4 § lagen om behandling av vissa marknadsrättsliga ärenden (1528/2001)). När MD skapades, kunde dess beslut inte överklagas, men sedermera infördes en möjlighet att söka ändring genom besvär hos HD (se 21 § lagen om behandling av vissa marknadsrättsliga ärenden). I vissa fall av mindre betydelse kan KO själv utfärda ett förbudsföreläggande; därtill kan han i brådsakande fall utfärda temporärt förbud (6 § lagen om Konsumentverket (1056/1998)).

På grundval av lagen om gränsöverskridande förbudsförfarande (1189/2000), genom vilken man implementerade EG-direktivet om förbudsföreläggande för att skydda konsumenternas intressen (98/27/EG), har också utländska myndigheter och organisationer, som antecknats i en särskild förteckning, rätt att anhängiggöra talan om förbudsföreläggande vid marknadsdomstolen. Sådan rätt till gränsöverskridande talan gäller dock blott då talan riktar sig mot ett förfarande som strider mot ett antal uppräknade direktiv (se 1 § 2 mom. i den nämnda lagen). Bland dessa direktiv nämns också oskälighetsdirektivet. Rätten till gränsöverskridande talan gör det möjligt för konsumentskyddande myndigheter och organisationer i EU (och EES) att rikta åtgärder mot näringsidkare, som inte respekterar spelreglerna på den interna marknaden, vid ett forum där näringsidkaren har sin hemort eller sin egendom.

Det marknadsrättsliga förbudet, som skall förstärkas med vite om detta inte av särskilda skäl är obehövligt, riktar sig mot näringsidkarens framtida verksamhet. Fortsätter näringsidkaren att använda ett avtalsvillkor som omfattas av förbudet kan han dömas att betala det vite som utsatts i förbudsdomen. Förbudet påverkar däremot inte direkt den civilrättsliga giltigheten hos det oskäliga villkoret vare sig i avtal som näringsidkaren tidigare ingått eller i avtal som näringsidkaren senare ingår i strid med förbudet. En annan sak är

att ett marknadsrättsligt förbud i vartdera fallen – och särskilt i det senare – utgör ett starkt argument för en jämkning av villkoret med stöd av KSL 4: 1 (se ovan 5.5 p. ii).

I praktiken är KO:s möjligheter att påverka utformningen av standardvillkor för konsumentavtal inte begränsade till ingrepp mot enskilda näringsidkare som utnyttjar oskäligen villkor. KO kan också genom förhandlingar med branschorganisationer söka åstadkomma en för konsumenterna mer förmånlig utformning av branschvillkoren inom respektive branscher. Som tidigare anförts (se avsnitt 3.4) har man redan inom många branscher på detta sätt förhandlat fram nya branschvillkor.

Tidigare baserade sig KO:s förhandlingar med organisationerna inte på lag och han hade inga sanktioner att ta till mot organisationerna. EG oskälighetsdirektiv medförde en ändring härvidlag. Man har som följd av direktivet i KSL 3:1 intagit ett nytt 2 mom. samt reviderat KSL 3:2. I det förstnämnda stadgandet föreskriver man att en sammanslutning av näringsidkare, som utarbetar avtalsvillkor för avtal om konsumtionsnyttigheter eller ger rekommendationer eller anvisningar om de villkor som skall användas, skall se till att dess förfarande inte leder till att sådana villkor används som är oskäligen mot konsumenterna. Man kan sålunda med stöd av KSL 3:2 förbjuda också en sammanslutning av näringsidkare att använda eller upprepa ett förfarande som strider mot det nyssnämnda stadgandet. KO har på detta sätt erhållit ett juridiskt ryggstöd för förhandlingarna med branschsammanslutningar och också andra lösare sammanslutningar (se *RP 218/1994* s. 10).

Att man i EU tillmäter denna detalj i direktivet vikt framgår av att EG-domstolen på talan av kommissionen prickat Italien för att landet inte vid implementeringen av direktivet infört möjligheten att föra talan mot sammanslutning som rekommenderar villkor, se *Kommissionen mot Italien* (Mål C-372/99).

Regleringen av avtalsvillkor – såsom regleringen av marknadsföring – sker vanligtvis genom förhandlingar. Största delen av de ärenden som behandlats av KO avslutas utan en egentlig förbudsprocess i MD. Under den tid KSL varit i kraft har MD således kunnat avgöra bara relativt få fall som gällt reglering av avtalsvillkor.

6.3 Skälighetsbedömningen

Den skälighetsbedömning som bör företas på grundval av KSL 3:1 liknar i många avseenden motsvarande bedömning vid tillämpningen av de kontraktsrättsliga generalklausulerna. P.g.a. den olikartade tillämpningssituationen föreligger å andra sidan också olikheter mellan jämkning och reglering av avtalsvillkor med hänsyn till de faktorer som kan beaktas då man prövar ett villkors skälighet. I det följande behandlas skälighetsbedömningen enligt KSL 3:1 mot bakgrunden av det som anförts i 5 kap. om jämkning av avtalsvillkor.

Den väsentligaste skillnaden anknyter sig till det faktum att regleringen berör framtida avtalsbeteende i ett flertal avtalsförhållanden, medan jämkningen alltid har ett konkret existerande avtalsförhållande som objekt. Detta innebär, att man vid reglering av avtalsvillkor inte har möjlighet att beakta sådana omständigheter med anknytning till ett enskilt fall som kan vara av stor vikt då en jämningsfråga avgörs. Vid regleringen kan man inte utgå från resultatet av ett visst villkors tillämpning *in casu*, utan regleringen sker alltid i högre eller lägre grad på grundval av *typoskälighet* hos ifrågavarande avtalsvillkor.

Detta innebär dock inte att det ifrågavarande villkoret bör granskas lösryckt från sin omgivning. Även vid reglering av avtalsvillkor bör *avtalshelheten* – inklusive priset – beaktas (RP 8/1977 s. 36).

Se t.ex. MD 1986:6. Den konsument, som enligt avtalsvillkoren i ett s.k. leasingavtal till finansieringsbolaget erlade kontantpriset och kreditkostnaderna för en viss nyttighet i rater, hade på grundvalen av marknadsföringen av s.k. indirekt finansieringsleasing, sina egna betalningar och avtalsvillkoren rätt att anta, att äganderätten till den hyrda nyttigheten tillföll honom vid avtalsperiodens slut. Därför borde dessa hyresavtal bedömas utgående från de rättsregler som gäller vid köp av lösöre. Därigenom var de villkor, som hänvisade till ett hyresavtal för viss tid eller som ålade konsumenten att returnera nyttigheten efter avtalsperiodens slut oskäligen för konsumenten.

Avtalstypen kan vara av betydelse liksom också den bransch inom vilken avtalsvillkoren i fråga används. I förarbetena till KSL uppmärksammar man ju just den fördelen hos regleringsmodellen, att man kan beakta specialproblem och särdrag hos olika produkt-

och servicebranscher (*RP 8/1977* s. 34). Även om de personliga förhållandena hos en enskild avtalspart saknar relevans, kan också *kundkretsens* sammansättning beaktas, om denna avviker från det normala, t.ex. om ifrågavarande avtal i stor omfattning ingås med konsumentgrupper som är i särskilt behov av skydd.

De *innehållsliga utgångspunkterna* för regleringen anses i princip vara desamma som vid jämkning: tvingande och dispositiv rätt utgör en modell för vad som kan betraktas som skäligt i avtalsförhållanden, även om man stundom anses kunna gå längre i skyddet av konsumenten än dessa källor ger vid handen (*Kivivuori et al.* 1978 s. 107).

Med hänsyn till den *tvingande rättens* betydelse föreligger likväl en viss skillnad beroende på den olikartade tillämpningssituationen. Man behöver inte tillgripa jämkning av avtalsvillkor som direkt strider mot tvingande rätt, då villkoren som sådana är ogiltiga. Däremot kan det mycket väl finnas behov att regleringsvägen förbjuda användningen av ett villkor som strider mot tvingande rätt. Det är av informationsskäl ofta viktigt att lagstridiga villkor utrensas ur avtal; konsumenten kan sällan förväntas känna till den tvingande lagstiftningens innehåll, utan han förlitar sig på avtalstexten. Man har också ansett det vara klart, att ett villkor som strider mot de tvingande stadgandena i KSL eller mot annan tvingande lagstiftning alltid kan förbjudas med stöd av KSL 3:1 (*RP 8/1977* s. 36; se även särskilt motiveringen i *MD 1980:11*).

- **MD 1981:17.** En näringsidkare utnyttjade avtalsvillkor, enligt vilka anmärkningar mot den sålda produkten skulle göras skriftligen inom fjorton dagar efter att avtalet undertecknats och varan mottagits. Enligt ett tvingande stadgande i KSL skall anmälan om fel göras inom skälig tid efter att köparen märkt eller bort märka felet. MD fann att näringsidkaren genom att ange att reklamation skulle göras skriftligen och inom en viss kort tid gav en felaktig bild av konsumentens skyldigheter och rättigheter, vilket var oskäligt mot konsumenterna.

MD har också förbjudit villkor om dröjsmåls- och liknande avgifter som uppbärs i strid med den tvingande regeln i 2 § 2 mom. räntelagen (633/1982) (*MD 1995:17*, *MAO 31/04*).

Vid regleringen av avtalsvillkor kan man naturligtvis åberopa analogier från tvingande stadganden när det ifrågavarande fallet inte direkt faller under det tvingande stadgandets tillämpningsområde. T.ex. i *MD*

1981:5 konstaterade MD uttryckligen att man vid bedömningen av skäligheten hos ett villkor för kontokreditavtal kunde söka ledning i motsvarande stadganden i lagen om avbetalningsköp. Likaså har MD i avgörandet *MD 1986:6* som gällde ett leasingavtal konstaterat att det omtalade avtalet p.g.a. talrika likheter kunde jämföras med ett avbetalningsköp, varför villkor om konsumentens betalningsdröjsmål och skadeståndsskyldighet, som begränsade hyrestagarens rättigheter mer än motsvarande villkor enligt lagen om avbetalningsköp, var oskäligen mot konsumenten.

Också sådana arrangemang som innebär att effekten av tvingande lagstiftning kan omintetgöras kan förbjudas som oskäligen mot konsumenten:

- **MD 1981:17.** En näringsidkare förbjöds att vid hemförsäljning kräva en accept (växel) av konsumenten, emedan givande av en sådan kan försvåra förverkligandet av konsumentens lagstadgade rättigheter (att frånträda köpet). Problem kan nämligen uppstå om växeln överläts till tredje man. Sedermera har användningen av växel i konsumtionskreditförhållanden förbjudits genom lagstiftning (KSL 7:14).

Se också *MD 1997:8*, där domstolen förbjöd villkor som innebar att konsumenten kunde utnyttja den lagstadgade rätten att frånträda köpet blott genom att först avhämta försändelsen från posten och betala hela priset samt kostnaderna för postförskott.

Även normer av lägre dignitet kan stundom vara av den karaktären att en avvikelse från dem anses utgöra tillräckligt skäl för förbud enligt KSL 3:1.

Se även *MD 1982:21*. Enligt 12 § den dåvarande ellagen skulle elverk iakttä av handels- och industriministeriet godkända elleveransvillkor. Enligt de villkor som ministeriet fastställt kunde man för betalningen av el som levereras till privat hushåll kräva säkerhet blott av ytterst vägande skäl. Ett elföretag tillämpade likväl i sina elleveransavtal ett villkor, enligt vilket alla konsument som bodde i hyreslägenhet var skyldiga att ställa säkerhet för betalning av elströmmen. MD ansåg att det faktum att konsumenten bor i en hyreslägenhet inte utgjorde ett sådant vägande skäl som avsågs i de fastställda elleveransvillkoren och förbjöd företaget att använda det sagda villkoret.

Ett avtalsvillkor kan te sig oskäligt mot konsumenten inte blott p.g.a. sitt olämpliga innehåll, utan även för att det är *oklart eller vilseledande formulerat*. I en enskild tvist kan sådana problem normalt lösas med inkorporerings- och tolkningsargument och det föreligger sällan något behov av jämkning blott på grundval av villkorets formulering. Regleringsförfarandet ägnar sig emellertid väl för ingrepp även mot illa formulerade villkor. I förarbetena till KSL framhåller man uttryckligen att oskäligt formulerade villkor och villkor som presenteras på ett vilseledande sätt kan åtgärdas med stöd av 3 kap. KSL (*RP 8/1977* s. 35). Detta har ytterligare understrukits genom EG:s oskälighetsdirektiv, i vilket man explicit noterar att den standardavtalsrättsliga oklarhetsregeln inte skall tillämpas vid regleringsåtgärder (Art. 5), vilket skall göra det möjligt att förbjuda användning av ett oklart och mångtydigt avtalsvillkor (*Kommissionen mot Spanien*, Mål C-70/03).

Några avgöranden av MD, i vilka man förbjudit användningen av garantier som begränsas av en viss självrisk för konsumenten (*MD 1983:2*, *1983:12* och *2000:7*), kan ses som exempel på förbud på oklarhetsgrund. Bedömningen gällde nämligen främst lämpligheten att använda termen ”garanti” i en sådan förbindelse, mot bakgrund av den tvingande regleringen av garanti i KSL. I det sista av de nämnda fallen noterade man också mer brett att självriskklausulen i garantin kunde leda till att konsumenten kom att betala för sådana reparationer som föll inom ramen för det lagstadgade felansvaret.

Mot denna bakgrund ter sig HD:s avgörande i fallet *HD 2004:123* (genom vilket man åsidosatte ett förbud av MD, se *MAO 171/03*) kanske något överraskande. Här ansåg HD att en mobiltelefonföretagares (Nokia!) garantivillkor, i vilka man i strid med KSL uteslöt ansvaret för indirekta skador, inte kunde betraktas som oskäliga, då villkoren också innehöll en explicit bestämmelse enligt vilken de inte begränsade konsumentens rätt enligt tvingande lagstiftning. Att villkoren trots detta kunde vara vilseledande, något som MD fäst avseende vid, avfärdade HD med en processuell manöver. Man noterade att också oklara villkor kunde vara oskäliga mot konsumenten, men påpekade att KO i det förevarande fallet inte uttryckligen hade krävt att villkoret skulle anses oskäligt p.g.a. sin oklarhet. Den processuella vinklingen gör att fallet knappast har något större materiellt prejudikativvärde till denna del.

Den oklarhet som kan medföra att avtalet betraktas som oskäligt behöver inte nödvändigtvis vidlåda formuleringen av ett enskilt

villkor. Ett avtal kan också vara strukturerat på ett sådant sätt att dess innehåll blir svårtillgängligt och därför kan betraktas som oskäligt.

Se t.ex. *MAO 31/04*: Svarandebolagens avtalsvillkor för kontokredit var indelade i "särskilda kontovillkor" och "allmänna kontovillkor". Bolagen avtalade inte i förväg med konsumenten om betalningsschemat, utan bestämde det tillämpliga betalningsschemat bland de alternativ som nämndes i avtalsvillkoren, utgående från hur stor konsumentens första betalning hade varit. Av avtalsvillkoren kunde dras den slutsatsen att först tillämpades "särskilda kontovillkor" medan "allmänna kontovillkor" blev tillämpliga i det fall att konsumenten avvek från det "betalningsschema" som definierats på det sätt som nämnts ovan. MD ansåg att den helhet som bolagens kreditvillkor utgjorde hade varit oklar. Bolagens avtalsvillkor, i vilka konsumentens skyldighet att betala räntor och andra avgifter inte hade presenterats på ett tillräckligt klart och entydigt sätt, var oskäliga mot konsumenterna och stred således mot KSL 3:1. – I fallet förbjöds dessutom också ett oklart villkor om kreditgivarens lagstadgade ansvar.

Då man granskar vilka slag av klausuler som drabbats av ingrepp från KO:s och MD:s sida föreligger många paralleller till de konkreta fall som omtalats vid behandlingen av jämkningsstadgandena. Här skall endast nämnas några exempel:

(i) Också i regleringspraxis har man ingripit i villkor med hjälp av vilka näringsidkaren förbehåller sig en *ensidig beslutsakt* i frågor som gäller avtalsförhållandet.

Ett bra exempel är *MD 1991:12* som gäller ensidig ändring av försäkringsvillkor. Sedermera har avgörandet förlorat betydelse, då man i 18–20 §§ lagen om försäkringsavtal (543/1994) intagit detaljerade specialstadganden om ändring av försäkringsvillkor.

I ett annat fall har villkor som ger kreditgivaren rätt att ensidigt ändra ränta på konsumtionskredit bedömts vara oskäliga (*MAO 31/04*).

(ii) I många avgöranden har KO – liksom också MD i fallet *MD 1981:5* ovan – fäst avseende vid principen att en avtalad *påföljd inte får göras oskäligt sträng* i förhållande till avtalsbrottets betydelse. En utebliven anmälan om adressförändring från köparens sida får t.ex. inte leda till att hela den resterande köpeskillingen omedelbart förfaller till betalning (*KO 2518/42/ 79*).

- **MD 1999:18:** Ett telefonbolag tillämpade i de avtal som det ingick med konsumenterna ett avtalsvillkor enligt vilket konsumenten är skyldig att betala en separat avgift för att få ett betalningsprogram fastställt. Bolaget tillämpade avtalsvillkoret i sådana situationer där en konsument som hade fått en telefonräkning bad bolaget om tilläggstid för att betala räkningen. Avtalsvillkoret var omfattande och till sin ordalydelse allmänt. Avtalsvillkoret gjorde det möjligt att en separat avgift uppbars i alla de situationer där konsumenten av bolaget bad om att få extra betalningstid för att betala telefonräkningen. Avgiften kunde uppbaras oberoende av orsaken till dröjsmålet eller längden på den begärda betalningstiden. Avtalsvillkoret gjorde det möjligt att avgiften i fråga uppbars även då betalningsdröjsmålet berodde på konsumentens sjukdom, arbetslöshet eller någon annan omständighet som kan jämföras med dem och som är oberoende av konsumenten. Bestämmandet av den dröjsmålsränta som uppbars för räkningen påverkades inte av att en betalningsplan enligt avtalsvillkoret fastställdes. Bolagets avtalsvillkor, som gav möjligheten att uppbara en separat avgift av alla konsumenter som till följd av betalningsdröjsmål tog kontakt oberoende av den begärda betalningstidens längd och orsaken till dröjsmålet, var oskäligt med hänsyn till konsumenterna. – I detta fall är det också intressant att notera den explicita hänvisningen till behovet att se särskilt på situationer där konsumenten drabbats av ett *socialt prestationshinder* (se ovan avsnitt 5.4 p. ii).

(iii) Ett annat exempel som återfinns i detta sammanhang är *oskäliga ansvarsklausuler*. Villkor som ålägger konsumenten ansvar för omständigheter som han annars inte skulle ansvara för har blivit föremål för förbud. Exempelvis i *MAO 170/03* förbjöds ett företag som sålde mobiltelefoner att använda villkor, som ålade konsumenten ett mycket vidsträckt ansvar för möjliga fel i telefon som konsumenten givit i byte.

(iv) Också *oskäliga ansvarsfriskrivningar* från näringsidkares sida har beivrats. Detta har av naturliga skäl varit en av de centrala punkterna i övervakningen av standardvillkor. Som endast en av många möjliga illustrationer må nämnas ett fall där KO förbjöd ett företag att vid uthyrning av parkeringsplatser i ett parkeringshus begagna ett villkor, enligt vilket bilägaren själv bär ansvaret för alla skador som inträffar på parkeringsområdet; KO ansåg att villkoret stod i strid med allmänna rättsprinciper angående skadestånd och fastighetsägares ansvar (*KO 408/42/79*).

(v) Såväl MD som KO har tagit ställning mot olämpliga *klausuler om tvistlösning*. MD har förbjudit en näringsidkare att använda en forumklausul som står i strid med KSL (det ifrågavarande stadgandet finns numera i KSL 12:1d), enligt vilket stadgande konsumenten alltid har rätt att väcka talan vid sin egen hemorts forum (*MD 1981:5*). Vid hemförsäljning får man inte heller använda en forumklausul, som ger näringsidkaren rätt att väcka talan på viss ort utan hänsyn till konsumentens boningsort (*MD 1981:17*).

Avslutningsvis må understrykas, att MD och HD inte har fungerat som några förbudsautomater, som regelmässigt skulle bifalla förbudstalan av KO. Det förekommer också fall, i vilka man förkastat KO:s krav på förbud. Om man söker generalisera något från dessa fall, kan man kanske säga att domstolarna varit återhållsamma att utnyttja skälighetsprincipen för att utdöma sådana kombinationer av marknadsföringselement som domstolen uppfattat som legitima, även om vissa konsumenter kanske skulle motsätta sig dem. Så har man t.ex. i *HD 2005:81* (där HD var på samma linje som MD, se MAO 63/04) inte ansett det oskäligt att ett avtal om anslutning till mobiltelefon förutsatte att konsumenten hade ett avtal med näringsidkaren om kontokredit och att avgifterna för användningen av telefonanslutningen fakturerades via kontot. I *MAO 120/06* ansågs åter att ett prenumerationsvillkor, enligt vilket en dagstidning kunde innehålla reklambilagor, inte var oskäligt mot konsumenterna.

6.4 Reglering av avtalsvillkor vid finansiella tjänster

Vid sidan av systemet för reglering av konsumentavtal förekommer i finsk rätt vissa andra regleringssystem, vilka har mer begränsat tillämpningsområde. I detta sammanhang är det skäl att nämna den övervakning av avtalsvillkor vid bank- och annan kreditinstitut-verksamhet som handhas av Finansinspektionen.

I kreditinstitutslagen (121/2007) finns en särskild generalklausul, som förbjuder användningen av oskäligen avtalsvillkor (126 § 1 mom.).

Generalklausulen gäller avtal som ingås med både konsumenter och andra kunder:

”Ett kreditinstitut får inte i sin verksamhet använda avtalsvillkor som inte har samband med kreditinstitutets verksamhet eller som med hänsyn till innehållet, parternas ställning eller förhållandena skall anses vara oskäliga från kundens synpunkt. Ett avtalsvillkor skall alltid anses vara oskäligt, om förvärv eller bruk av nyttigheter som faller utanför kreditinstitutets verksamhetsområde, enligt en helhetsbedömning ur kundens synvinkel på ett osakligt sätt påverkar kundens kreditmöjligheter, ett avtals giltighetstid eller övriga avtalsvillkor eller om kundens rätt att ingå avtal med någon annan näringsidkare begränsas.”

Stadgandet, som till sitt innehåll är oförändrat i jämförelse med motsvarande stadgande i den tidigare kreditinstitutslagen (1607/1993), gäller både standardvillkor och villkoren i ett enskilt avtal. Man har som ett exempel på ett oskäligt villkor i ett individuellt avtal nämnt det fall att en bank då den beviljar en bostadskredit förutsätter att kunden vid bostadsköpet använder sig av en viss fastighetsförmedlars tjänster (*RP 295/1992 s. 57*). I praktiken ligger huvudvikten i det regleringssystem som beskrivs i lagen dock ändå vid regleringen av standardvillkor.

För standardvillkorens del innehåller lagen ett i princip täckande *granskningssystem*. Enligt lagens 126 § 2 mom. skall kreditinstitut tillstålla Finansinspektionen villkoren för de standardavtal som det använder i sin verksamhet.

Som en myndighet som övervakar kreditinstituten fungerar *Finansinspektionen*. Till den del övervakningen riktar sig mot konsumentavtal överlappar behörigheten med konsumentmyndigheternas behörighet. För konsumentskyddets del övervakas användningen av avtalsvillkor enligt lagens 128 § också av KO. Det är klart – och detta konstateras också i lagen – att Finansinspektionen och KO måste samarbeta på lämpligt sätt i dessa frågor. Om Finansinspektionen observerar att ett kreditinstitut förfar i strid med KSL skall den begära yttrande av KO (§ 129).

Enligt 130 § kreditinstitutslagen kan Finansinspektionen, om det är behövligt med tanke på skyddet av kunder, vid vite förbjuda kreditinstitutet att fortsätta eller upprepa den lagstridiga användningen av avtalsvillkor. Om kreditinstitutet inte nöjer sig med

förbudet, avgörs saken av MD. Kreditinstitutet kan nämligen föra förbudsbeslutet till MD för behandling där. Detta skall ske inom 30 dagar från det att kreditinstitutet fick del av beslutet; annars blir beslutet bestående.

Finansinspektionen övervakar också avtalspraxis hos *värdepappersförmedlare*. Övervakningen baserar sig på en generalklausul i värdepappersmarknadslagen (495/1989) 4:2. Enligt stadgandet får värdepappersförmedlaren i ett avtal om tillhandahållande av investeringstjänster inte använda villkor som strider mot god sed eller som är oskäliga mot kunden. Ett förbud mot användningen av villkor som strider mot denna generalklausul utfärdas med stöd av värdepappersmarknadslagen 7:2 av MD.

Också den andra centrala myndigheten för tillsyn av aktörer inom området för finansiella tjänster, *Försäkringsinspektionen*, har uppgifter som avser övervakningen av avtalsvillkor. Mekanismerna på detta område påminner om den som gäller för Finansinspektionen vid tillsynen av avtalsvillkor som tillämpas av kreditinstitut.

Enligt lagen om försäkringsbolag 14a:10 (i lydelse enligt lag 362/2001) utövar Försäkringsinspektionen tillsyn över försäkringsbolagens användning av avtalsvillkor. Då Försäkringsinspektionens uppgifter delvis sammanfaller med KO:s, skall dessa myndigheter ha ett ändamålsenligt samarbete med varandra. Försäkringsinspektionen kan, om det med hänsyn till kundskyddet är behövligt, förbjuda ett försäkringsbolag att använda lagstridiga avtalsvillkor (14a:11). Ett försäkringsbolag som inte nöjer sig med Försäkringsinspektionens beslut kan föra ärendet till MD inom trettio dagar efter att det fått del av beslutet (14a:12).

6.5 Småföretagarskydd

Inte blott vid konsumentavtal kan styrkeförhållandet mellan avtalsparterna vara i obalans. Också i avtal mellan näringsidkare förekommer det naturligtvis snedvridningar som beror på att parterna är olika starka med hänsyn till ekonomiska, kunskapsmässiga o.a.

resurser. Särskilt i relationer mellan stor- och småföretag är det inte ovanligt att avtalen utformas mer eller mindre ensidigt för att tillgodose storföretagens intressen. Villkor som är oskäliga mot småföretagare kan påträffas t.ex. i avtal mellan detaljhandlare och grossister, mellan bensinstationsinnehavare och oljebolag, mellan distributörer (importörer) av motorfordon och deras leverantörer samt mellan lantbrukare och upphandlare.

Samtidigt som man beredde konsumentskyddslagstiftningen inleddes även en debatt om behovet av lagstiftning till skydd för småföretag i förhållande till större företag. I riksdagen framställdes ett flertal motioner och spörsmål i frågan under 1970-talet (se förteckningen hos *Aurejärvi* 1979 s. 729). År 1978 tillsattes en kommission som fick till uppdrag ”att bereda stadganden för att i ökad omfattning skydda i synnerhet småföretagare genom åtgärder, vilka gör det möjligt att övervaka att villkoren i avtal mellan näringsidkare är skäliga” (*Kom.miet.* 1979:61 s. 107). I det betänkande som kommissionen för företagarskydd sedermera avgav föreslogs bl.a. ett system för reglering av avtal mellan näringsidkare som i många stycken påminner om systemet för reglering av konsumentavtal.

Förslaget väckte starkt motstånd från näringslivets (storföretagens) sida. Trots att man t.o.m. i riksdagen påskyndat utvecklingen av företagarskyddet (se t.ex. *Grundlagsutskottets betänkande 3/1982*) förverkligades förslaget inte. I ministeriesvaren på de riksdagsspörsmål som ställts i ärendet hänvisade man som en central motivering till att saken inte förts vidare till beredningen och stiftandet av generalklausulen i 36 § AvtL. Argumentet utnyttjades också av näringslivet. Den under 1980-talet förda diskussionen om ett lagstadgat företagarskydd utgör m.a.o. ett gott exempel på hur en kontraktsrättslig generalklausul kan utnyttjas i syfte att bromsa mer effektiv och ingripande lagstiftning (se ovan avsnitt 5.8).

I syfte att motverka ingrepp från lagstiftaren strävade man inom näringslivet också att genom en självsanering eliminera de allra mest iögonenfallande missförhållandena på avtalsområdet. Centralhandelskammaren tillsatte år 1981 en nämnd, *Företagarnas avtalsnämnd*, som gavs till uppgift att avge utlåtanden om skäligheten hos och jämkning av avtal som ingåtts mellan näringsidkare. I nämndens verksamhet påtalade man ett antal villkor som förekom t.ex. i avtal inom dagligvaruhandeln

och oljebranschen (se *Pokela* 1983 s. 574 ff., *Nikkilä* 1987 s. 20 ff.). Särskilt aktuell var frågan om ett uppsägningskydd för småföretagare. Såväl vid förhandlingar med vederbörande storföretag som i några utlåtanden utgick man från att grossisten, oljebolaget m.fl. inte borde fritt kunna uppsäga avtalet med sin motpart, utan endast om det förelåg ”vägande skäl” för detta. Då Företagarnas avtalsnämnd sedermera lades ned, föreligger denna form av frivillig reglering av avtalsvillkor inte längre.

Eftersom Företagarnas avtalsnämnd upplevdes som ”ett otillräckligt medel för att skydda näringsidkare mot oskäligen avtalsvillkor” (*RP 39/1993* s. 6), blev behovet av lagstiftning sedermera igen föremål för diskussion. Kommissionen för revidering av rättshandlingslagen föreslog i sitt betänkande (*Kom.miet. 1990:20*) att man skulle stifta en lag om standardvillkor, som skulle innehålla stadganden om bl.a. regleringen av standardvillkor. Förslaget förverkligades inte som sådant. Den del som gällde reglering av avtalsvillkor avskildes för att bli föremål för fortsatt beredning. Denna beredning ledde till att man stiftade lagen om reglering av avtalsvillkor mellan näringsidkare (*OtillbVillkL*). Lagen har på området för småföretagsskyddet infört ett regleringssystem som liknar det som på basis av 3 kap. KSL är i kraft på konsumenträttens område.

I och med *OtillbVillkL* har frågan om behovet av ett småföretagarskydd erhållit ett explicit juridiskt erkännande. Även om tillämpningen av lagen inte uttryckligen begränsats till att gälla enbart förhållanden mellan små- och storföretag, är det klart att lagens syfte varit att utveckla småföretagarskyddet. I motiven till lagen konstateras uttryckligen att ”avsikten med de föreslagna stadgandena är att skydda i första hand små företag mot oskäligen avtalsvillkor” (*RP 39/1993* s. 6).

OtillbVillkL:s grundläggande stadgande är generalklausulen i lagens 1 § 1 mom.:

”I avtal mellan näringsidkare får inte användas villkor som för de näringsidkare som är den andra parten i avtalen är oskäligen beaktande av det behov av skydd som sistnämnda näringsidkare har till följd av sin svagare ställning samt övriga omständigheter som inverkar på saken.”

Av stadgandets ordalydelse framgår den omtalade målsättningen att *skydda den svagare parten* i avtalsförhållandet. I lagmotiven har också konstaterats att avtal mellan jämnstarka företag faller utanför tillämpningsområdet för OtillbVillkL. Med lagen har man inte strävat att ingripa i villkoren i dylika avtal (RP 39/1993 s. 6, 8). I praktiken måste man avgöra från fall till fall, huruvida det nödvändiga behovet av skydd för den svagare parten föreligger; då kan man knappast undvika att avtalsvillkorens oskälighet i sig samtidigt kan fungera som ett indicium för avtalsparternas bristande jämställdhet. Den i motiven nämnda begränsningen av tillämpningsområdet skall således inte ges alltför mycket formell vikt.

Som näringsidkare enligt OtillbVillkL skall också betraktas ett offentligt samfund när det upphandlar varor eller tjänster genom kommersiella åtgärder. Genom detta stadgande i 1 § 4 mom., som infördes i lagen år 2002 (lag 341/2002), har man erkänt att också offentliga samfund som verkar på marknaden kan utnyttja oskäliga villkor, emot vilka svagare parter bör erbjudas skydd.

Den direkta anledningen till att man införde denna explicita regel om offentliga samfund ligger i EG-rätten (RP 232/2001 s. 41). Direktivet om bekämpande av sena betalningar vid handelstransaktioner (2000/35/EG), enligt vilket man bör kunna bringa skäligheten hos överenskomelser om tidpunkt för betalning eller konsekvenserna av sen betalning till rättslig prövning, gäller nämligen också villkor som tillämpas av offentliga samfund. Då man implementerade detta direktiv, föredrog man att i OtillbVillkL inta ett mer allmänt stadgande om lagens tillämpningsområde.

OtillbVillkL har inte avgränsats till att gälla enbart standardvillkor, även om standardvillkoren i praktiken utan tvekan utgör det centrala föremålet för tillämpningen av lagen. Generalklausulen gäller också individuellt avtalade villkor som är avsedda att användas i flera än ett avtal (RP 39/1993 s. 8).

Innehållet i det oskälighetsbegrepp som använts i OtillbVillkL är avsett att vara detsamma som i AvtL (RP 39/1993 s. 8). Eftersom det i OtillbVillkL är frågan om ett kollektivt regleringsförfarande, är skälighetsprövningen dock delvis annorlunda än den som sker på grundval av 36 § AvtL. Det är naturligtvis fråga om likadana skillnader

som mellan 3 och 4 kap. KSL (se ovan 6.3). Skälighetsprövningen på grundval av OtillbVillkL koncentrerar sig således på villkorens *typoskälighet* (RP 39/1993 s. 8).

Det påföljdssystem som knutits till generalklausulen i OtillbVillkL är detsamma som i 3 kap. KSL. En *förbudstalan* enligt 1 § 2 mom. OtillbVillkL är det medel med vilket man kan ingripa i villkor som strider mot generalklausulen. En näringsidkare kan vid vite förbjudas att använda ett villkor som strider mot generalklausulen eller att förnya användningen av ett dylikt eller därmed jämförbart villkor. Förbudet utfärdas av MD, i vars beslut man söker ändring hos HD. Förbudet inverkar inte direkt på giltigheten av villkoren i ett avtal som redan ingåtts (RP 39/1993 s. 9), men fungerar naturligtvis som ett argument som talar starkt för jämkning om en tvist om avtalsförhållandet förs till en allmän domstol.

Övervakningssystemet i OtillbVillkL skiljer sig från ordningen i 3 kap. KSL såtillvida att man för småföretagarskyddet inte skapat någon myndighetsorganisation som skulle utföra övervakningen. Förbudstalan enligt OtillbVillkL är i första hand en *organisationstalan*. Ett ärende blir enligt 3 § 4 punkten lagen om behandling av vissa marknadsrättsliga ärenden (1528/2001) anhängigt vid MD på ansökan av en registrerad förening som bevakar näringsidkarnas intressen. Befogenhet att inlämna av ansökan har varje förening som enligt sina stadgar bevakar näringsidkarnas intressen inom branschen i fråga; det förutsätts inte att användningen av det oskäligen villkoret riktat sig mot en medlem av just den föreningen (RP 39/1993 s. 9). En branschorganisation kan ju ha intresse att föra en förbudstalan också t.ex. när den är rädd för att oskäligen villkor som används i avtal med oorganiserade småföretagare i framtiden kan sprida sig bland organisationens medlemsföretag.

Eftersom branschorganisationen inte alltid är villig att föra en sak även om en drabbad näringsidkare önskar det, har man stadgat att en ansökan också kan göras av den näringsidkare mot vilken tillämpningen av avtalsvillkoret riktas. Även om denna näringsidkares rätt formellt inte är sekundär i förhållande till föreningens rätt (RP 39/1993 s. 10), kommer det i praktiken förmodligen att vara sällsynt att en näringsidkare utnyttjar sin rätt att själv anhängigöra talan.

OtillbVillkL trädde i kraft den 1 januari 1994. Lagen har under de mer än tio år den varit i kraft inte frambringat någon omfattande rättspraxis. Det här är inte överraskande: i förarbetena till lagen har man bedömt att lagen främst skulle verka preventivt och att de ärenden som skulle föras till MD på grundval av den skulle vara mycket få till antalet (*RP 39/1993* s. 6). Den praktiska betydelsen av OtillbVillkL bör därför inte överskattas, även om den medför ett principiellt viktigt tillägg till ett kontraktsrättsligt tänkande som betonar vikten av skälighetsprincipen.

I ett fall har MD förbjudit användningen av avtalsvillkor med stöd av OtillbVillkL. Fallet, som gällde en prisregleringsklausul i ett långvarigt avtal, illustrerar den redan i tidigare sammanhang nämnda principen att ett avtalsvillkor, som ger den starkare parten för stor *ensidig beslutsmyndighet*, kan angripas som oskäligt. Vidare åskådliggör fallet den omständigheten att man i regleringsförfarande kan angripa även sådana villkor som framstår som alltför *oklara*.

- **MD 2001:14.** Finlands Lastbilsförbund rf mot Vapo Oy. I sina avtal om transport av torv med transportföretagare i Norra Karelen och Norra Savolax hade svaranden använt sig av ett avtalsvillkor, som gällde en justering av transportavgiften och enligt vilket utvecklingen av lastbilstrafikens kostnader och av taxorna i Norra Karelen respektive Norra Savolax skulle beaktas vid justeringen. Hänvisningen till den regionala taxeutvecklingen, som den andra avtalsparten inte hade kunnat påverka och om vilken denna inte hade någon möjlighet att få information, hade kunnat leda till att den starkare parten hade kunnat utnyttja situationen på den andra partens bekostnad. Även till sin form måste avtalsvillkoret anses vara i den grad obestämt att villkoret hade gjort en ensidig tolkning möjlig för den starkare parten, dvs. svarandebolaget. Därför skulle avtalsvillkoret anses vara oskäligt med hänsyn till transportföretagarna som i transportavtalen innehade den svagare ställningen.

7

Avtal och skälighet

7.1 Det kontraktsrättsliga skälighetsbegreppet

Man har i många sammanhang betonat, hur skälighetsprincipen har brett ut sig i kontraktsrätten av i dag. Då man diskuterat denna process har man likväl inte alltid klargjort vad man avsett med begreppet skälighet. Man har uppenbart talat om skälighetsprincipens utbredning i två olika betydelser.

Å ena sidan förefaller man ofta ha haft för ögonen det faktum att man vid regleringen av avtalsförhållandena tillgripit generalklausuler, som ger domstol rätt att jämka oskäligen avtal *in casu* (5 kap.) eller ger annan myndighet möjlighet att ingripa mot sådana avtal (6 kap.). I detta språkbruk uppfattas skälighetsprincipens tilltagande betydelse innebära detsamma som en ökning av möjligheterna för domstolar och andra myndigheter att ingripa mot avtalsvillkor på grundval av en flexibel skälighetsbedömning. Skälighet innebär möjlighet till en *elastisk kontroll* av avtalsvillkor.

Å andra sidan kan man se skälighetsprincipen som en motsats till en rigid tillämpning av principen att avtal skall hållas. Ett sådant skälighetsbegrepp är vidare, i det metoden för kontroll av

avtalsinnehållet här saknar betydelse. Skälighetsprincipen kan ses som en samlingsbeteckning för alla de begränsningar i avtalsfriheten, såväl i form av mer precis tvingande lagstiftning som i form av generalklausuler, genom vilka man strävat att *skydda den ena avtalsparten*. Skälighetsprincipen i sådan vidsträckt mening uppfattas som ett uttryck för den sociala kontraktsrätten (se ovan avsnitt 1.2 punkt i).

I detta kapitel anläggs det senare angivna bredare perspektivet på begreppet skälighet i kontraktsrätten. Avsikten är att mot bakgrund såväl av det som anförts om jämkning och reglering av avtalsvillkor i 5–6 kap. som av den tvingande lagstiftning som på olika områden införts till skydd för den svagare parten i ett avtalsförhållande diskutera skälighetsprincipen i finsk kontraktsrätt av i dag. Spörsmålet lyder: på hurudana sociala värden bygger de gällande gränserna för *vilka avtalsinnehåll som kan godtas*?

Vid en sådan diskussion är det skäl att hålla i minnet att *rättsordningen inte bildar någon koherent helhet*. Rättsordningen karaktäriseras tvärtom av att den innehåller interna motsättningar av varierande slag. Härmed avses inte blott att olika normer kan stå i direkt strid med varandra, utan även – och detta är långt viktigare – att olika regleringar kan bygga på etiska, samhällsfilosofiska och samhällspolitiska utgångspunkter som är sinsemellan oförenliga. Rättsregler, som berör skilda frågor, kan ge uttryck för sociala målsättningar (värderingar) som står i strid med varandra, även om det rent juridiskt-tekniskt inte föreligger någon konflikt mellan reglerna. Orsaken till motstridigheterna ligger i rättens samhälleliga natur: rättsordningen utvecklas inte som någon isolerad helhet lösryckt från samhället i övrigt, utan den utgör alltid i någon grad en resultant av olika sociala intressen och intressekombinationer. Rättsordningen innehåller från olika tidpunkter stammande avbalanseringar av motstridiga intressen; de rättsregler dessa gett upphov till är i hög grad betingade av den sociala styrkan hos ifrågavarande intressen vid den tidpunkt då reglerna infördes. Detta innebär, att man inte bör förvänta sig att kunna analysera fram något enhetligt skälighetsbegrepp som ligger bakom utvecklingen av den finska kontraktsrätten. Skälighetsprincipen bygger inte på någon koherent moralteori som i sista hand skulle legitimera ingreppen i avtalsfriheten. Principen har

genomförts med växlande intensitet och med varierande inriktning. Den välfärdsstatliga kontraktsrätten kan innehålla element av många, delvis motstridiga slag (se *Wilhelmsson* 2004a).

7.2 Skälighet och värden

Det som sagts ovan hindrar inte, att man utgående från konkreta jämnings- och regleringsavgöranden samt tvingande lagstiftning söker analysera fram åtminstone vissa sådana *sociala värden* som skälighetsprincipen i den finska kontraktsrätten kan sägas bygga på. Presentationen bör dock läsas mot bakgrund av det som nyss anförts: värdena förverkligas i varierande omfattning och inte alltid på ett särskilt ingripande sätt. En annan sak är att man också kan tänka sig en mer social kontraktsrätt, inom vilken skälighetsprincipen i högre grad än vad som nu är fallet skulle anta karaktären av en huvudregel (se ovan avsnitt 1.4 punkt ii). Vid utvecklingen av en sådan kontraktsrätt kan man ta en utgångspunkt i värden av det slag som beskrivs nedan.

Dessa värden och de principer som sammanhänger med dem har alltså abstraherats från den praxis angående jämkning och reglering av avtalsvillkor som beskrivits tidigare samt från tvingande kontraktsrättslig lagstiftning. När den första upplagan av detta arbete skrevs, var det inte aktuellt att i civilrättsliga sammanhang dra in de grundläggande fri- och rättigheterna. I dag har rättskulturen i detta avseende starkt förändrats (se t.ex. *Pöyhönen* 2000 och *Länsineva* 2002), och flertalet av de värden som anges nedan kunde ges en ytterligare förankring i dessa grundläggande rättigheter.

I det följande omtalas i korthet de värden som i dag kan sägas ingå i skälighetsprincipen. Förteckningen kan naturligtvis inte betraktas som uttömmande.

(i) *Avtalsbalans*. Spörsmålet, i vilken man mån med rättsordningens hjälp söker framtvinga en *balans mellan prestation och motprestation* i ett avtalsförhållande, står i en särställning vid bedömningen av skälighetsprincipens betydelse i den rättsordning som granskas. De

övriga värden som skälighetsprincipen kan sägas bygga på är nämligen i huvudsak relevanta i fall, i vilka det uppkommit en avtalsstörning eller som annars är i något avseende ”avvikande”, och de ekonomiska effekterna av ingrepp i avtalsfriheten kan i sådana fall ofta kompenseras av den starkare parten t.ex. genom prisförhöjningar. Genom en styrning av ekvivalensen mellan prestation och motprestation *kan* man däremot i högre grad mer generellt påverka det ekonomiska utbytet av en viss verksamhet.

Den begränsade betydelsen av skälighetsprincipen i finsk kontraktsrätt framgår kanske klarast just av att man allmänt taget varit rätt återhållsam med att direkt reglera förhållandet mellan prestation och pris. I lagstiftningen har man i regel nöjt sig med att med tillhjälp av en generalklausul hänskjuta problemet till rättstillämpningen. I rättspraxis angående jämkning av pris förefaller man åter ha varit benägen att ingripa blott då det skett exceptionella förskjutningar i balansen. Rättsfallen angående verkan av förändrade förhållanden utgör en god illustration av detta (avsnitt 5.4 punkt iv). Jämningsinstitutet är inte heller avsett att utgöra något instrument för påverkan av den allmänna prisnivån.

Det är klart att man i de nya paradigmet för social kontraktsrätt som utvecklats måste fästa mera uppmärksamhet just vid frågan hur man kan trygga en rimlig avtalsbalans. Det är ingen tillfällighet att *Juha Pöyhönen* uttryckligen använder balansen mellan avtalsprestationerna som juridisk ”förklaring” för den avtalsmodell baserad på rättvis samhällelig praxis som han skisserat upp (*Pöyhönen* 1988 s. 172). Strävan till balans uppfattas här som grunden för den sociala kontraktsrätten.

Även om man är återhållsam med en generell reglering av ekvivalensen mellan prestation och motprestation, kan förmodligen en princip, enligt vilken en part *inte bör tillåtas att i oskälig mån berika sig på den andra partens bekostnad*, förväntas ha större genomslagskraft redan i dag. Som exempel kan hänvisas till ställningstagandena ovan angående klausuler om ensamrätt (avsnitt 5.6 p. v) och om avtalsvite som överstiger den förlust en part lidit genom ett avtalsbrott (avsnitt 5.6 p. vii).

Som ett gott exempel från lagstiftningens område kunde man nämna stadgandet om en handelsrepresentants rätt till gottgörelse då avtalet upphör (28 § lagen om handelsrepresentanter och försäljare (412/1992)). Genom detta stadgande avser man att förhindra, att huvudmannen kunde förbehålla sig möjlighet att efter representationsavtalets upphörande utan ersättning njuta frukterna av handelsrepresentantens arbete (se närmare *Eftestøl-Wilhelmsson* 2005).

(ii) *Trygghet*. Vid utvecklingen av skälighetsprincipen syns strävan att garantera avtalsparter en viss grundtrygghet, särskilt i väsentliga sociala sammanhang, ha spelat en central roll. En avtalspart borde inte ha möjlighet att godtyckligt och utan övergångstid skilja motparten från bostad, arbete eller utkomst. Mer generellt kunde man säga, att *en part inte bör kunna förbehålla sig rätt att på ett oskäligt sätt äventyra motpartens grundtrygghet*. För att förhindra eller åtminstone begränsa sådana möjligheter har man infört ett visst uppsägningssskydd (av växlande praktisk betydelse) för hyresgäster, legotagare och arbetstagare. Så småningom har man i någon utsträckning noterat också vissa småföretagares behov av motsvarande trygghet. I 23 § lagen om handelsrepresentanter och försäljare föreskrivs sålunda en viss tvingande uppsägningsstid och vid näringslivets självsanering av avtalsvillkor mellan näringsidkare har uppsägningssskyddet för småföretag varit ett centralt tema (se ovan avsnitt 6.5). Också uppsägningen av en större kredit kan ha katastrofala konsekvenser för gäldenärens ekonomi; skäligheten i sådana uppsägningsvillkor har därför ifrågasatts redan i förarbetena till 36 § AvtL (avsnitt 5.6 p. iii).

Utvecklingen av uppsägningssskyddet utgör ett gott exempel på hur inkoherent skälighetsprincipen genomförts. En arbetstagare åtnjuter ett visst – om än inte särskilt långtgående – uppsägningssskydd enligt arbetsavtalslagen (55/2001), medan en sådan småföretagare som befinner sig i en helt jämförbar relation till sin ”arbetsgivare” saknar konkret lagreglerat skydd – om inte hans verksamhet faller under lagen om handelsrepresentanter och försäljare, i vilket fall han har förmånen att kunna åtnjuta en viss uppsägningsstid.

Hänsynen till en avtalsparts trygghet ligger också bakom många av de tvingande stadgandena i lagen om försäkringsavtal (543/1994) liksom också bakom några av avgörandena angående jämkning av försäkringsavtal (avsnitt 5.6. p. ix). Begränsningarna i avtalsfriheten

har här i flertalet fall som uppgift att *förhindra, att försäkringstagaren drabbas av en överraskande förlust av försäkringskydd.*

(iii) *Självständighet.* Man har ansett, att man genom avtal *inte bör kunna åstadkomma att den svagare parten underkastas den starkare partens ensidiga beslutsmakt i väsentliga frågor.* I en situation, där det föreligger obalans i styrkeförhållandet mellan parterna, innehåller visserligen redan själva avtalsslutet alltid element av en (accepterad) maktutövning. Efter avtalsslutet, då makt- och intresseförhållandet formaliserats i ett avtal, bör däremot en ensidig väsentlig beslutsmakt inte godkännas. Klausuler genom vilka en part strävar att förbehålla sig sådan makt har sålunda betraktats med stark misstro (5.6 p. ii, 6.3 p. i, 6.5 *in fine*). I standardavtalsrättsliga sammanhang har man ifrågasatt verkan av klausuler, enligt vilka den ena avtalsparten kan besluta om ändring av villkoren under avtalets bestånd (avsnitt 4.2 p. v).

Regleringen av uppsägningskyddet kan också betraktas ur denna synvinkel. En vidsträckt uppsägningsklausul kan för den starkare parten utgöra ett starkt påtryckningsmedel, genom vilket han kan förmå motparten att godkänna ändringar i avtalet.

(iv) *Frihet.* Friheten att flytta, byta arbete, företa olika ekonomiska dispositioner m.m. har uppfattats som ett centralt socialt värde i det marknadsekonomiska systemet. Principiellt kan man därför utgå från att man *genom avtal inte bör kunna åstadkomma oskäligt långvariga eller ingripande begränsningar i den svagare partens frihet.*

Denna princip har i lagstiftningen kommit till uttryck exempelvis i 52 § lagen om hyra av bostadslägenhet (481/1995), enligt vilken en hyresgästs uppsägningstid på en månad inte kan förlängas genom avtal, i 12 § lagen om försäkringsavtal, enligt vilken försäkringstagaren har rätt att uppsäga försäkringen att upphöra när som helst under försäkringsperioden, och i KSL 7:12, som ger konsumenten rätt att betala en konsumtionskredit innan den förfaller till betalning.

I det här sammanhanget kunde man också nämna 6 § lagen om förmedling av fastigheter och hyreslägenheter (1074/2000), som ger en uppdragsgivare rätt att uppsäga uppdragsavtalet under dess giltighetstid, om utförandet av förmedlingsuppdraget av skäl som nämns i lagen blivit för uppdragsgivaren oproportionellt oförmånligt eller oändamålsenligt.

Hänsynen till en parts frihet har också motiverat stadgandet i 38 § AvtL, i vilket man föreskrivit att ett avtal i konkurrensbegränsande syfte, genom vilket en part förbundit sig att inte bedriva verksamhet av visst slag eller att inte ingå arbetsavtal med någon som bedriver sådan verksamhet, inte är bindande i den mån det oskäligt begränsar den ifrågavarande partens handlingsfrihet.

(v) *Integritet.* Under senare tid har frågan om skyddet av den personliga integriteten tillmätts betydande vikt. Man kan anta, att man också inom kontraktsrätten söker *motverka vad man kan uppfatta som oskäliga ingrepp i en avtalsparts personlighetsfär.* Ett exempel på en sådan reglering utgör 21 § lagen om hyra av bostadslägenhet, som föreskriver vissa begränsningar i hyresvärdens rätt att företa reparations- och förbättringsarbeten i lägenheten under hyresförhållandets bestånd.

Inom ramen för Företagarnas avtalsnämnd sökte man motverka revisionsklausuler, som gav ett storföretag obegränsad tillgång till och insyn i ett småföretags bokföring, då dessa klausuler av småföretagarna uppfattades ge möjlighet till oskäliga intrång i deras egen verksamhetssfär.

(vi) *Rättvisa påföljder.* Många jämnings- och regleringsavgöranden bygger på rättviseföreställningar som gäller relationen mellan en avtalsparts handlande och härtill anknutna påföljder (se avsnitt 5.6 p. vii och ix samt 6.3 p. ii). De kan betraktas som uttryck för den ofta upprepade principen att *en avtalad påföljd inte får vara oskäligt sträng i förhållande till avtalsbrottets art.*

Denna princip kommer också till synes flerstädes i lagstiftningen. Det kanske främsta exemplet utgör lagen om försäkringsavtal. Många av de tvingande stadgandena i denna lag berör just situationer där försäkringstagaren brutit mot någon avtalsförpliktelse, antingen mot huvudförpliktelsen att erlagga premien i rätt tid eller mot någon s.k. biförpliktelse, såsom upplysningsplikten, plikten att anmäla om fareökning, plikten att iakttä säkerhetsföreskrifter och räddningsplikten. De har som syfte att skydda försäkringstagaren mot att han går förlustig sin rätt till försäkringsersättning p.g.a. någon mindre, ursäktlig förseelse. De tvingande stadgandena i lagen om avbetalningsköp (91/1966), vilka åberopats som modell även

utanför deras tillämpningsområde (se ovan 6.3), har också införts huvudsakligen för att skydda köparen mot alltför stränga påföljder av dennes dröjsmål med betalningen av köpeskillingen.

Numera har man också i KSL intagit regler om konsumentens skyldigheter. Den tvingande karaktären av dessa regler är avsedd att skydda konsumenten mot alltför långtgående påföljder när han gör sig skyldig till avtalsbrott. I lagens 5 kap. finns stadganden om köparens skyldigheter samt påföljderna av hans avtalsbrott, 8 kap. innehåller stadganden om skyldigheterna för den som beställer vissa konsumenttjänster samt påföljderna av hans avtalsbrott, och i 9 kap. finns motsvarande stadganden om påföljderna av ett avtalsbrott som begåtts av en beställare av huselement och byggnadsentreprenad. Samma typ av stadganden finns också i lagen om bostadsköp (843/1994). I detta sammanhang kan man vidare ännu hänvisa till vissa stadganden i 7 kap. KSL som gäller konsumtionskrediter, särskilt till stadgandet gällande konsumentens betalningsförsummelse (KSL 7:16) och stadgandet om orättmätig användning av kreditkort (KSL 7:19).

Ett avtalsvillkor genom vilket man ålägger en part ett utvidgat ansvar för någon omständighet kan ofta ses som ett sätt att formulera en sträng påföljd för en indirekt angiven handlingsnorm. I detta sammanhang kan därför också hänvisas till det som sagts om *oskäliga ansvars klausuler* (avsnitt 5.6 p. vi, 6.3 p. iii).

(vii) *Ansvar*. Man brukar betona vikten av att den som bedriver en viss verksamhet också bär ansvaret för verksamhetens följder. I kontraktsrättsliga sammanhang framhäver man särskilt starkt näringsidkares ansvar. En näringsidkare bör bära tillräckligt ansvar för sin prestation och hans motpart bör kunna förlita sig på näringsidkaren som fackman. Härpå bygger principen att *den starkare parten i ett avtalsförhållande inte i oskäligt hög grad bör tillåtas friskriva sig från påföljder för avtalsbrott* (se avsnitt 5.6 p. viii och 6.3 p. iv).

Ett gott uttryck för denna princip ger de omfattande stadgandena i 5, 8 och 9 kap. KSL, i vilka man på ett tvingande sätt reglerat påföljderna av avtalsbrott som begåtts av säljare av konsumtionsvara, uppdragstagare vid vissa konsumenttjänster samt leverantör av huselement och byggnadsentreprenör. Liknande regler om säljarens ansvar ingår också i lagen om bostadsköp.

I detta sammanhang kan man också uppmärksamma t.ex. stadgandena om hyresvärdans ansvar för lägenhets existens och skick (se 26 § lagen om hyra av bostadslägenhet).

Regleringen av näringsidkares och andra motsvarande subjekts ansvar är omfattande. På grundval av antalet lagstadganden kunde man hävda att ansvar i praktiken är det kanske mest centrala värdet då man konkretiserar skälighetsprincipen. Utifrån en standardavtalsrättslig synvinkel är detta inte överraskande. När en viktig orsak till användningen av standardvillkor är användarens strävan att begränsa sitt eget ansvar, är det naturligt att man försöker förebygga en dylik, ofta mindre godtagbar praxis bl.a. med hjälp av tvingande normer som gäller avtalspartens ansvar.

Som tidigare nämnts kan faktiska ansvarsbegränsningar genomföras också med hjälp av stränga reklimations- och preskriptionsklausuler (se avsnitt 5.6 p. x). Praxis och lagstadganden angående sådana klausuler bör sålunda nämnas i detta sammanhang.

(viii) *Tillgång till rättsliga medel.* Man har ansett det utgöra ett väsentligt värde för rättsstaten att medborgarna har möjlighet att genomdriva sina berättigade krav mot andra medborgare med hjälp av rättsmaskineriet. Det är därför inte överraskande att man i diskussionen kring avtalsvillkors skälighet särskilt uppmärksammat villkor som kan begränsa dessa möjligheter, såsom olämpliga forum- eller skiljeklausuler (avsnitt 5.6 p. xi och 6.3 p. v). Man har ansett att sådana villkor i många fall kan utdömas som oskäligen. I KSL 12:1d har man därtill uttryckligen stadgat att ett skiljeavtal inte är bindande för en konsument.

Det som sagts ovan kan sammanfattas i en princip enligt vilken *man inte genom avtal i oskäligen mån bör kunna försämrade en parts möjligheter att erhålla rättsskydd.*

(ix) *Jämställdhet.* I dag utgör strävan att eliminera diskriminering på grundval av kön, etnicitet, språk, religion eller annan liknande grund en central rättspolitisk målsättning. Också i kontraktsrättsliga sammanhang har man tillmätt denna målsättning relevans. Jämkningsregeln i 36 § AvtL kan användas för att motverka oskäligen diskriminering, och från EG-rätten har kommit nya impulser för utvecklingen av en kontraktsrättslig jämställdhetsprincip (se 5.5 p. iv).

I en aktuell analys av innehållet i skälighetsprincipen kan man därför knappast undvika att uttala en princip enligt vilken man *genom avtal inte bör kunna särbehandla avtalsparter på grunder som inte uppfattas vara godtagbara.*

7.3 Principer om skälighet

Ovan har de värden som ligger bakom skälighetsbedömningar i kontraktsrätten konkretiserats i form av utsagor som givits formen av ett slags principer. Då sammanställningar av dessa principer, efter att de formulerades i första upplagan av detta arbete, börjat ”leva sitt eget liv” i olika skolnings- och liknande sammanhang, kan det betjäna läsaren att uttryckligen föra samman dem också här. Dessa ”principer” kan utnyttjas som en referens t.ex. vid tillämpningen av de kontraktsrättsliga generalklausulerna.

På grundval av de motiveringar som framgått av det föregående avsnittet kan man säga att skäligheten i den finska kontraktsrätten kommer till uttryck bl.a. i följande principer:

(i) En part bör inte tillåtas att i oskälig mån berika sig på den andra partens bekostnad.

(ii) En part bör inte kunna förbehålla sig rätt att på ett oskäligt sätt äventyra motpartens grundtrygghet.

(iii) Den svagare parten bör inte genom avtal underkastas den starkare partens ensidiga beslutsmakt i väsentliga frågor.

(iv) Genom avtal bör man inte kunna åstadkomma oskäligt långvariga eller ingripande begränsningar i den svagare partens frihet.

(v) Genom avtal bör man inte kunna göra oskäliga ingrepp i en parts personlighetssfär.

(vi) En avtalad påföljd får inte vara oskäligt sträng i förhållande till avtalsbrottets art.

(vii) Den starkare parten bör inte tillåtas i oskäligt hög grad friskriva sig från påföljder för avtalsbrott.

(viii) Genom avtal bör man inte i oskälig mån kunna försämra en parts möjligheter att erhålla rättsskydd.

(ix) Genom avtal bör man inte kunna särbehandla avtalsparter på grunder som inte uppfattas vara godtagbara.

Litteratur

- Acquis Group*: Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I. Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms. München 2007.
- Aho, Matti L.*: Varallisuus oikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta. Porvoo 1968.
- Aho, Matti L.*: Näkökohtia oikeustoimen kohtuullistamisesta. Lakimies 1982 s. 524–540.
- Andenas, Mads Henry*: Kontraktsvilkår. Oslo 1989.
- Aro, Pirkko-Liisa*: Om tillämpning av SBL § 8. JFT 1974 s. 171–187.
- Aro, Pirkko-Liisa*: Kulutushyödykettä koskevan sopimuksen sovittelu. Kuluttajansuoja. Lakimiesliiton Koulutuskeskuksen julkaisuja n:o 23. Vammala 1978 s. 90–100.
- Atiyah, P. S.*: The Rise and Fall of Freedom of Contract. Oxford 1979.
- Atiyah, P. S.*: Freedom of Contract and the New Right. Stockholm 1989.
- Aubert, Vilhelm*: Rettens sosiale funksjon. Oslo–Bergen–Tromsø 1976.
- Aurejärvi, Erkki*: Oikeustointen kohtuullistamisen yleiset opit ja yrittäjien väliset sopimukset. LM 1979 s. 725–745.
- Aurejärvi, Erkki*: Pienyrittäjien sopimukset – sopimusoikeuden seuraava huomattava sääntelykohde? Oikeus 1980 s. 242–244.
- Aurejärvi, Erkki*: Näkökohtia KKO:sta valituslupatuomioistuinena. Oikeus 1984 s. 3–13.
- Aurejärvi, Erkki – Hemmo, Mika*: Velvoiteoikeuden oppikirja. 3. painos. Helsinki 2007.
- von Bar, Christian*: Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference. European Review of Contract Law 2007 s. 350–361.
- Berger, Klaus Peter*: Harmonisation of European Contract Law: The Influence of Comparative Law. International and Comparative Law Quarterly 2001 s. 877–900.

- Bernitz, Ulf*: Utvecklingen mot en standardavtalsrätt I–II. SvJT 1972 s. 401–455; 1974 s. 81–134.
- Bernitz, Ulf*: Standardavtalsrätt. 5 uppl. Stockholm 1991.
- Brandner, Hans Erich – Ulmer, Peter*: The Community directive on unfair terms in consumer contracts: some critical remarks on the proposal submitted by the EC Commission. Common Market Law Review 1991 s. 647–662.
- Brownsword, Roger – Howells, Geraint – Wilhelmsson, Thomas* (red.): Welfarism in Contract Law. Aldershot 1994.
- Bruun, Niklas*: Kollektivavtal och rättsideologi. Vammala 1979.
- Bruun, Niklas*: Työehtosopimuksen ehdon kohtuullistamisesta. LM 1983 s. 888–896.
- Bygglin, Gustav*: Om franchiseavtal och upplösningsfrihet. Oikeustiede–Jurisprudentia XI (1978) s. 89–157.
- Bärlund, Johan*: Sociala prestationshinder i konsumentavtal. NÄK-rapport 1990:6. Köpenhamn 1990.
- Bärlund, Johan*: Reklamation i konsumentavtal. Helsingfors 2002.
- Collins, Hugh*: Good Faith in European Contract Law. Oxford Journal of Legal Studies 1994 s. 229–254.
- DCFR 2008*: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Munich 2008.
- Deullar, R. – Nordström, U.*: ECE 188–NL 70. Kommentarer till allmänna leveransbestämmelser. Stockholm 1977.
- Deullar, R. – Nordström, U.*: ECE 188A–NLM 80. Kommentarer till allmänna bestämmelser för leverans och montage. Stockholm 1981.
- Eftestøl-Wilhelmsson, Ellen*: Fra etterprovisjon til avgangsvederlag. Oslo 2005.
- Erma, Reino*: Sopimusoikeutta yleisten sopimusehtojen valossa I–IV. DL 1971 s. 316–322, 363–374; 1973 s. 377–394; 1977 s. 31–39.
- Erma, Reino*: Rakennusurakan sopimusehdot I. Helsinki 1974.
- Esko, Timo*: Oikeustapauskommentari. DL 1993, rättsfallsavdelningen s. 22–28.
- Godenhjelm, Berndt*: Om indexklausuler och otillbörliga villkor. JFT 1959 s. 151–176.
- Gorton, Lars*: Rembursrätt. Lund 1980.
- Gorton, Lars*: Shipping and Contracting. Lund 1983.
- Gorton, Lars*: UCP 600 – nya rembursregler. Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2007 s. 283–290.
- Göranson, Ulf*: Kolliderande standardavtal. Uppsala 1988.
- Hagstrøm, Viggo*: Obligasjonsrett. Oslo 2003.

- Halila, Heikki:* Rakennusurakan yleisiin sopimusehtoihin perustumaton urakkahinnan tarkistaminen. DL 1987 s. 586–624.
- Hellner, Jan:* Generalklausulerna och avtalsrättens utveckling. JFT 1975 s. 92–109.
- Hellner, Jan:* Standardavtal vid avtalslutande. JFT 1979 s. 281–300.
- Hemmo, Mika:* Sopimusoikeus I. Helsinki 2003.
- Hemmo, Mika:* Sopimusoikeus II. Helsinki 2003.
- Hesselink, Martijn:* The New European Legal Culture. Deventer 2001.
- von Hippel, Eike:* Verbraucherschutz. 2. Aufl. Tübingen 1979.
- Holm, Anders:* Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip. Linköping 2004.
- Hondius, Ewoud:* Unfair Terms in Consumer Contracts. Utrecht 1987.
- Horvitz, Morton J.:* The Rise of Legal Formalism. The American Journal of Legal History 1975 s. 251–264.
- Horvitz, Morton J.:* The Transformation of American Law 1780–1860. Cambridge, Mass. and London 1977.
- Huser, Kristian:* Avtaletolking. Bergen 1983.
- Huser, Kristian:* Avtalesensur. Bergen 1984.
- Høgberg, Alf Petter:* Kontraktstolkning. Oslo 2006.
- Jørgensen, Stig:* Grotius' kontraktslære. TfR 1967 s. 457–473.
- Jørgensen, Stig:* Kontraktsret. 1. bind. København 1971.
- Jørgensen, Stig:* Er der behov for en generalklausul i formueretten? JFT 1977 s. 7–18.
- Kaiser, Andreas:* Industrielle Revolution und Privatautonomie. Kritische Justiz 1976 s. 60–74.
- Kaisto, Janne:* Pätemättömyys ja sovittelu prosessuaaliselta kannalta. Business Law Forum 2007 s. 45–128.
- Kartio, Leena:* Asuntoalueen vuokra. Vammala 1983.
- Kartio, Leena:* OikTL 36 §:n soveltamiskäytännöstä kiinteistöoikeudessa. Juhlajulkaisu Matti Ylöstalo 1917 • 4/2 • 1987. Helsinki 1987 s. 203–215.
- Kekkonen, Jukka:* Merkantilismista liberalismiin. Vammala 1987.
- Kessler, Friedrich:* Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract. Columbia Law Review 1943 s. 629–642.
- Kivimäki, T. M. – Ylöstalo, Matti:* Suomen siviilioikeuden oppikirja. 4. p. Juva 1981.
- Kivivuori, Antti – af Schultén, C. G. – Sevón, Leif – Tala, Jyrki:* Kuluttajan-suoja. Helsinki 1978.
- Klami, Hannu Tapani:* Ihmisen säännöt. Turku 1983.
- Kolrud, H. J. – Kortekangas, M. – Krström, B. – Schultz, H.:* Kommentar till NL 92. Stockholm 1993.
- KOM(2001) 398:* Meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet om europeisk avtalsrätt.

- KOM(2003) 68*: Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet, En mer samordnad europeisk avtalsrätt, En handlingsplan.
- KOM(2004) 651*: Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet, Europeisk avtalsrätt och översynen av gemenskapens regelverk: Utvecklingen i framtiden.
- KOM(2006) 744*: Grönbok om översynen av konsumentregelverket.
- Kom.bet. 1936:1*: Förslag till lag om skuldebrev m.m. Helsingfors 1936.
- Kom.miet. 1979:61*: Yrittäjän suoja-toimikunnan mietintö – Betänkande avgivet av kommissionen för företagarskydd. Helsinki 1979.
- Kom.miet. 1990:20*: Oikeustoimilakitoimikunnan mietintö – Betänkande avgivet av kommissionen för revidering av rättshandlingslagen. Helsinki 1990.
- Koskinen, Seppo*: Yleissitovan työehtosopimuksen ehdon sovittelusta. DL 1994 s. 657–674.
- Kuusi, Matti J.*: Yleisten sopimusehtojen käsite ja niiden tuleminen sopimuksen osaksi. Oikeustiede–Jurisprudentia XIX (1986) s. 351–423.
- Kyläkallio, Juhani*: Oikeustapauskommentaari. DL 1966, rättsfallsavdelningen s. 13–16.
- Kämäräinen, Mikko*: Pohdiskelua kohtuullistamisesta. Oikeus 1980 s. 245–250.
- Laine, Juha*: Rakennusvirheistä. Helsinki 1993.
- Lando, Ole*: Standardkontrakter, et forslag og et perspektiv. TfR 1966 s. 345–365.
- Lando, Ole – Beale, Hugh (red.)*: Principles of European Contract Law, Parts I and II. The Hague 2000.
- Lando, Ole – Clive, Eric – Prüm, André – Zimmermann, Reinhard (red.)*: Principles of European Contract Law, Part III. The Hague 2003.
- Lehrberg, Bert*: Förutsättningsläran. Uppsala 1989.
- Lurger, Brigitta*: Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union. Wien – New York 2002.
- Lurger, Brigitta*: The "Social" Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness. Hartkamp et al. (red.): Towards a European Civil Code. Third ed. Nijmegen 2004 s. 273–295.
- Lämsineva, Pekka*: Perusoikeudet ja varallisuussuhteet. Helsinki 2002.
- Madsen, Palle Bo*: Aftalefunktioner. København 1983.
- Mononen, Marko*: Sopimusoikeuden materiaalisuudesta. Helsinki 2001.
- Montgomery, Robert*: Handbok i Finlands allmänna privaträtt. Första delen. Helsingfors 1889.
- Munukka, Jori*: Kontraktuell lojalitetsplikt. Stockholm 2007.
- Mäkelä, Juha*: Sopimuksen yhtenäinen sitovuusperuste. LM 2008 s. 20–41.
- Nazarian, Henriette*: Lojalitetsplikt i kontraktsforhold. Oslo 2007.
- Nebbia, Paolisa*: Unfair Contract Terms in European Law. Oxford 2007.

- Nikkilä, Jukka O.*: Yrittäjänsuoja ja itsesääntely. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos 82. Helsinki 1987.
- Nybergh, Frey*: Rätten till tjänster i informations- och kreditsamhället. Helsingfors 2004.
- Nyman, K. Fr.*: Civilrättsliga studier rörande sparräkningsavtalet I. Lovisa 1955.
- Olsson, Curt*: Verkan av avtalsklausuler i standardformulär. Förhandlingarna å det tjugoförsta Nordiska Juristmötet i Helsingfors den 22–24 augusti 1957. Bilaga VI. Vammala 1959.
- Pokela, Hannu*: Jämkning av företagarnas avtal i Finland. SvJT 1983 s. 573–578.
- Portin, Göran*: Om jämkning av oskäligen avtal. JFT 1974 s. 323–335.
- Pöyhönen, Juha*: Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Vammala 1988.
- Pöyhönen, Juha*: Uusi varallisuus-oikeus. Helsinki 2000.
- Raiser, Ludwig*: Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Hamburg 1935 (omtryckt 1961).
- Rakoff, Todd D.*: Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction. Harvard Law Review 1983 s. 1174–1284.
- Ramberg, Jan – Ramberg, Christina*: Allmän avtalsrätt. Sjunde upplagan. Stockholm 2007.
- Raninen, Huugo*: Vahvistuskirje sopimuksen tekemisessä. Helsinki 1937.
- Reifner, Udo*: Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherschuldung. Darmstadt 1979.
- RP 8/1977*: Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till konsumentskyddslagstiftning.
- RP 247/1981*: Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagstiftning om jämkning av rättshandlingar.
- RP 202/1991*: Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om skiljeförfarande samt vissa lagar som har samband med den.
- RP 295/1992*: Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagstiftning om kreditinstitut och finansiella institut och deras verksamhet.
- RP 360/1992*: Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om ändring av konsumentskyddslagen och vissa lagar som har samband med den.
- RP 39/1993*: Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagar om reglering av avtalsvillkor mellan näringsidkare och om ändring av lagen om marknadsdomstolen.
- RP 138/1994*: Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till elmarknadslag.
- RP 218/1994*: Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagar om ändring av 3 och 4 kap. konsumentskyddslagen, 36 § lagen om

- rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, 5 § hyreslagen och 4 § jordlegolagen.
- RP 157/2000:* Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till arbetsavtalslag och vissa lagar som har samband med den.
- RP 232/2001:* Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till ändring av lagstiftningen om dröjsmålsränta.
- Ruotsi, Mikael:* Kan skiljeklausuler i kommersiella förhållanden vara oskäligen? Juridisk Tidskrift 2007–08 s. 167–173.
- Saarnilehto, Ari:* Vakioehtojen sovittelusta oikeuskäytännön valossa. Saarnilehto (red.), Maksupalvelusopimuksista ja muista vakiosopimuksista. Turku 1990 s. 79–129.
- Saarnilehto, Ari:* Sopimuksen synty. Saarnilehto, Ari – Hemmo, Mika – Kartio, Leena (red.): Varallisuus-oikeus, Juva 2001 s. 333–373.
- Saleilles, Raymond:* De la déclaration de volonté. Paris 1901.
- afSchultén, C. G.:* Sopimusehtojen sääntely. Kuluttajansuoja. Lakimiesliiton Koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 23. Vammala 1978 s. 76–89.
- Sevón, Leif:* Transportör eller speditör? JFT 1972 s. 355–371.
- Sevón, Leif:* Inflation och jämkning av avtal. Oikeustiede – Jurisprudentia XI (1978) s. 397–422.
- Sevón, Leif:* Kan avtal jämkas på grunder som var kända vid avtalsslutet? JFT 1985 s. 155–172.
- Simonen, Irja:* Käytetyn auton kauppaa koskevista valituksista kuluttajavalituslautakunnassa. DL 1982 s. 511–533.
- Sisula-Tulokas, Lena:* Kuljetusoikeuden perusteet. Helsinki 2007.
- Smits, Jan:* The Making of European Private Law. Antwerp 2002.
- SOU 1974: 83:* Generalklausul i förmögenhetsrätten. Stockholm 1974.
- Study Group on Social Justice in European Private Law:* Social Justice in European Contract Law: a Manifesto. European Law Journal 2004 s. 653–674.
- Tala, Jyrki:* Sopimusoikeuden muuttumisesta. Oikeus 1980 s. 210–228.
- Tala, Jyrki – Alander, Helena:* Riita-asiat Helsingin raastuvanoikeudessa 1980-luvulla. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos 93. Helsinki 1989.
- Taxell Lars Erik:* Avtal och rättsskydd. Åbo 1972.
- Taxell, Lars Erik:* Om lojalitet i avtalsförhållanden. DL 1977 s. 148–155.
- Taxell, Lars Erik:* Ensidig ändring av villkor i massavtal. JFT’ 1980 s. 31–47.
- Taxell, Lars Erik:* Jämkning av avtal. JFT 1984 s. 606–630.
- Telaranta, K. A.:* Varallisuus-oikeudellinen tahdonilmaisu. Porvoo 1953.
- Telaranta, K. A.:* Sopimusoikeus. Helsinki 1990.
- Tolonen, Juha:* Om begreppet rättshandling inom det traditionella rättssystemets ram. JFT 1973 s. 340–364.
- Tulokas, Mikko:* Oikeustapauskommentaarit. DL 1979, rättsfallsavdelning s. 3–5.

- Tulokas, Mikko*: Vakioehtoien sitovuus – eräs ajatusmalli. Juhlajulkaisu Matti Ylöstalo 1917– 4/2 – 1987. Helsinki 1987 s. 447–454.
- Ulkomaankaupan sopimusmallit. Helsinki 1982.
- Unger, Roberto Mangabeira*: The Critical Legal Studies Movement. Harvard Law Review 1983 s. 563–675.
- UNIDROIT Principles*: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Rome 2004.
- Vanhala, Tomas*: Vilka bestämmelser gäller i ett avtalsförhållande då vardera kontrahenten hänvisat till sina allmänna avtalsvillkor? JFT 1995 s. 161–171.
- Weber, Max*: Wirtschaft und Gesellschaft. 4. Aufl. 12. Halbband. Tübingen 1956.
- Wetterstein, Peter*: Säljarens garantiutfästelser vid lösöreköp. Åbo 1982.
- Vihma, Väinö*: Vakuutusasiamiehen oikeudellisesta asemasta erityisesti silmälläpitäen sitä, missä määrin hänen lausumansa sitovat vakuutuksenantajaa. Suomen Vakuutuslakimiesten Yhdistyksen julkaisuja XIII. Turku 1956 s. 22–43.
- Wilhelmsson, Thomas*: Kontrakträttens generalklausuler. Oikeus 2/1975 s. 9–14.
- Wilhelmsson, Thomas*: Om styrning av försäkringsvillkor. Vammala 1977.
- Wilhelmsson, Thomas*: Om tro och heder i finsk avtalsrätt. Oikeustiede – Jurisprudentia XI (1978) s. 35–88.
- Wilhelmsson, Thomas*: Om allmänna avtalsvillkors bindande verkan. JFT 1979 s. 515–527.
- Wilhelmsson, Thomas*: Avtal om fastighetsförmedling. Vammala 1979.
- Wilhelmsson, Thomas*: The power of a court to adjust unreasonable terms in the by-laws of a corporation. Stock Exchange Law and Corporation Law. Lund 1984 s. 25–37.
- Wilhelmsson, Thomas*: Avioehtosopimuksen kohtuullistamisesta. LM 1985 s. 439–450.
- Wilhelmsson, Thomas*: Social civilrätt. Vammala 1987.
- Wilhelmsson, Thomas*: Konsumentskyddet i Finland. Allmän del. Vammala 1989.
- Wilhelmsson, Thomas*: Critical Studies in Private Law. Dordrecht 1992.
- Wilhelmsson, Thomas* (red.): Perspectives of Critical Contract Law. Aldershot 1993 (1993a).
- Wilhelmsson, Thomas*: Sosiaalinen sopimusoikeus ja Euroopan integraatio. Wilhelmsson – Kaukonen (red.): Euroopan integraatio ja sosiaalinen sopimusoikeus. Helsinki 1993 s. 7–146 (1993b).
- Wilhelmsson, Thomas*: Vakuutussopimuksen sovittelu ja integraatio. Asian-ajan työkentältä – Från advokatens arbetsfält. Helsinki 1994 s. 516–525.
- Wilhelmsson, Thomas*: Social Contract Law and European Integration. Aldershot 1995.

- Wilhelmsson, Thomas*: Europeiseringen av privaträtten: för ett fragmenterat utbyte av erfarenheter. *Tidsskrift för Rettsvitenskap* 2001 s. 1–32.
- Wilhelmsson, Thomas*: Vad CLAB Europa förtäljer om skiljeklausulers skälighet. *Festskrift till Per Henrik Lindblom*. Uppsala 2004 s. 781–800.
- Wilhelmsson, Thomas*: Varieties of Welfarism in European Contract Law. *European Law Journal* 2004 s. 712–733 (2004a).
- Wilhelmsson, Thomas*: Jämkning av försäkringsavtal – inte lätt att hitta rätt. Boel Flodgren – Lars Gorton – Eva Lindell-Frantz – Per Samuelsson (red.): *Avtalslagen 90 år, Aktuell nordisk rättspraxis*. Stockholm 2005 s. 349–361.
- Wilhelmsson, Thomas*: Välityslausekkeen sovittelu elinkeinonharjoittajien välisessä suhteessa. *Juhlakirja Esko Hoppu 1935 – 15/1 – 2005*. Helsinki 2005 s. 411–423 (2005a).
- Wilhelmsson, Thomas*: Cooperation and Competition Regarding Standard Contract Terms in Consumer Contracts. *European Business Law Review* 2006 s. 49–72.
- Wilhelmsson, Thomas – Hurri, Samuli* (red.): *From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law*. Aldershot 1999.
- Wilhelmsson, Thomas – Sevón, Leif*: *Räntelag och dröjsmålsränta*. Vammala 1983.
- Wilhelmsson, Thomas – Willett, Chris*: *Unfair Terms and Standard Form Contracts*. Howells – Ramsay – Wilhelmsson (red.): *Handbook of International Consumer Law and Policy*. Cheltenham 2008.
- Virolainen, Jyrki*: Åberopsbörda och jämkning av avtalsvillkor. *JFT* 2006 s. 187–206.
- Votinius, Sacharias*: *Varandra som vänner och fiender. En idékritisk undersökning om kontraktet och dess grund*. Stockholm 2004.
- Välimäki, Pertti*: *Osituksen sovittelu*. Helsinki 1995.
- Zweigert, Konrad – Kötz, Hein*: *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*. 3. Aufl. Tübingen 1996.
- Ämmälä, Tuula*: Hovioikeusratkaisut yleisen sovittelusäännöksen sisällön selkeyttäjinä. Ari Saarnilehto (red.): *Oikeuskäytäntö oikeuslähteenä*. Turku 1991 s. 261–313.

Rättsfall

Högsta domstolen (HD)

1932 II 514 75
1933 II 451 71, 79
1934 II 144 75
1934 II 581 86
1935 II 35 156
1938 II 104 155
1940 I 15 155
1944 II 125 159
1944 II 134 155
1945 I 24 159
1946 II 292 155
1948 II 381 156
1949 II 322 154
1950 II 378 148
1951 II 43 134
1951 II 149 155
1953 II 127 154
1954 II 125 86
1957 II 12 148
1960 II 95 155
1963 II 42 87
1964 II 80 154
15.6.1965 75
1965 II 63 87
1967 II 61 131
1968 II 30 128

1970 II 41 132, 135
22.2.1971/440 75
1972 II 55 73, 78
1972 II 65 132, 134
1973 II 26 133
1973 II 30 78
1973 II 61 148
1974 II 16 161
1974 II 17 95
1975 II 30 76
1976 II 44 73
1977 II 103 66, 68, 89
1978 II 126 94, 97
1980 II 82 96
1981 II 8 76
1981 II 30 153
1981 II 102 165
1981 II 126 117, 134
1981 II 138 160
1981 II 141 95
1981 II 167 117, 133
1982 II 1 151
1982 II 35 77
1982 II 52 94
1982 II 118 153
1982 II 125 138
1982 II 126 165

1982 II 127	138	1991:75	90
1982 II 141	117, 132, 133	1991:124	113
1982 II 167	66, 79	1991:148	90, 115
1982 II 192	124	1991:182	133
1982 II 195	157	1992:12	165
28.6.1983/1531	151	1992:40	139
1983 II 78	116, 124, 154	1992:50	86, 93, 98, 149
1983 II 91	70, 120, 157	1992:96	151
1983 II 149	116, 159	1992:115	89
1984 I 1	114, 124	1992:145	115, 138
1984 II 57	69	1992:155	67
1984 II 83	116, 124, 139	1992:182	153
1984 II 119	77	1992:192	129, 137
1985:86	138	1993:18	122, 160
1985 II 28	148	1993:32	90
1985 II 30	96	1993:45	70
1985 II 36	124, 136	1993:68	124, 131
1985 II 51	11	1993:137	95
1985 II 82	11	1994:13	74, 76, 158
1985 II 94	160	1994:37	96
1985 II 171	124, 155	1994:59	97
1985 II 177	155	1994:70	124, 144
1986 II 21	96	1994:88	140
1986 II 78	38, 114, 154	1994:96	124, 131
1986 II 84	87	1994:108	85, 95
1986 II 97	124, 154	1994:137	144, 159
1986 II 114	113	1994:140	130, 149
1986 II 144	114, 124, 140	1995:86	114
1987:103	140	1995:204	137, 154
1987:109	129, 137	1996:1	94, 119, 125, 137
1988:24	121	1996:19	98
1988:103	112	1996:27	162
1989:63	96	1996:90	117
1990:73	72, 90, 93	1997:4	91
1990:74	96	1997:39	86
1990:75	113	1997:61	65
1990:99	97	1997:164	68, 70, 90
1990:120	94	1997:167	90
1990:138	132, 148	1998:18	112, 135
1990:148	164, 165	1998:63	117
1990:171	113	1998:93	84
1991:10	125, 137	1998:107	117, 150
1991:22	113	1999:9	90

1999:42 110, 113
 1999:67 85
 1999:113 150
 1999:128 138
 2000:67 97
 2001:27 119, 121, 124, 138, 154
 2001:33 144
 2001:52 160
 2001:103 114, 141
 2001:126 70, 90
 2001:135 122, 160
 2002:38 90
 2002:65 97
 2002:87 124, 150
 2003:23 114, 141
 2003:26 85, 94
 2003:60 124, 162
 2004:10 136
 2004:11 136
 2004:18 113
 2004:19 161
 2004:123 179
 2005:81 182
 2006:56 11, 65
 2007:65 94

Helsingfors HovR

22.6.1977/465 127
 29.6.1977/81 126, 132

Åbo HovR

8.5.1981/241 153

Marknadsdomstolen (MD)

1980:11 177
 1981:5 178, 180, 182
 1981:17 177, 178, 182

1982:21 178
 1983:2 179
 1983:12 179
 1984:12 173
 1985:13 173
 1986:6 176, 178
 1991:12 149, 180
 1995:17 173, 177
 1997:8 178
 1999:18 181
 2000:7 179
 2001:14 189

Marknadsdomstolen (MAO)

152/II/02 173
 170/03 181
 171/03 179
 31/04 177, 180
 63/04 182
 120/06 182

Konsumentklagonämnden (Kklin)

79/38/2297 152
 82/33/429 158
 82/37/401 152
 92/38/448 76

EG-domstolen

C-240–244/98 163, 166
 C-372/99 175
 C-478/99 108, 148
 C-473/00 142, 166
 C-237/02 19
 C-70/03 179
 C-168/05 162, 166

Sakregister

A

accept 78
acquis communautaire 32
Acquis Group 22
acte clair-doktrinen 18
aggressivt beteende 128
agreed documents 37, 56, 77
anmälan om adressförändring 180
annons 69, 74
anslutningsavtal 37, 45
anslutningsvillkor 37
ansvar 198
ansvarsbegränsning i
 försäkringsavtal 158
ansvarsklausul 153, 181
arbetsavtal 3, 4
argumentationsbörda 65, 101
automatisk förlängning 152
avbeställningsrätt 152
avtal om upplösning 114
avtalets hela innehåll 121
avtalsbalans 193
avtalshelhet 176
avtalspaket 122
avtalstyp 14, 122
avtalsvillkorsspraxis 173
avtalsvite 154
avvittring 113, 140, 164

B

baksida 68
battle of the forms 80
befordringsvillkor 74
behovsrationell kontraktsrätt 31
betalningsdröjsmål 151, 181, 187
beteendansvar 24
bevisbörda 52, 65
bolagsordning 110, 112
borgen 67, 89, 119, 125, 164
bostadsaktie 130
bostadsaktiebolag 110, 113
bostadskredit 183
branschorganisation 175, 188
branschvillkor 37, 55, 146
broschyr 69
bruksanvisning 82
bundenhetsklausul 151
byggnadsentreprenad 59, 77, 118,
 158

C

chikan 138
CLAB Europa 18
common frame of reference 19
contrat d'adhesion 45
Critical Legal Studies 29

D

detaljhandlare 185
 devalvering 133
 direktivets bilaga 107, 148
 diskriminering 147, 199
 distributiv målsättning 11
 dold domstolskontroll 40
 dröjningsavgift 177
 dröjningsersättning 121

E

EG-domstolen 18
 ekonomisk kriminalitet 107
 ekonomisk och social ställning 11, 15, 30
 ekonomisk omöjlighet 130
 ekonomisk underlägsenhet 122
 ekonomiskt
 avhängighetsförhållande 123
 elektroniskt beställningsformulär 68
 elförsäljningsavtal 82
 elförsäljningsvillkor 47
 elleveransavtal 132, 178
 elnätsavtal 82
 elverk 94
 engelsk rätt 43
 ensamrätt 152
 ensidig beslutsmyndighet 149, 180, 189
 ensidig utfästelse 112
 ensidig ändring 83
 etisk värdering 104

F

faktisk avtalsfrihet 53
 faktura 82
 familje- och kvarlåtenskaprätt 113
 fast affärsförbindelse 72
 fastighetsförmedlare 77
 fastställsetalan 164
 felaktig fakturering 139
 FIDIC 57
 Finansinspektionen 183
 first demand-garanti 115, 138

first shot 80
 FN:s ekonomiska kommission för Europa 57
 formbundet avtal 114
 formulärrätt 39
 forumklausul 67, 163, 182
 franchiseavtal 143, 162
 fransk rätt 44
 fri rörlighet av rättsliga ideer 33
 frihet 196
 friskrivningsklausul 156, 181
 frivilligt instrument 21
 fullmäktig 86
 förbud 174, 184, 188
 förbud på oklarhetsgrund 179
 förbudstalan 188
 Företagarnas avtalsnämnd 185, 197
 företagets eget praxis 147
 förfallandepåföljd 111
 förhandlingsmöjlighet 51
 förhållandena då rättshandlingen företogs 127
 förhållandena efter att rättshandlingen företagits 130
 förmedlingsarvode 153
 förmedlingsprovision 77
 försäkringsavtal 122, 159
 Försäkringsinspektionen 184
 försäkringsvillkor 74, 75, 83, 95, 146, 180
 försäljningsprospekt 94
 förutsättningsläran 130
 förändring i lag 135

G

garanti 73, 91, 179
 gemensam referensram 19, 22, 23
 gemensamt utarbetade avtalsvillkor 37
 generalpantsettnings 90, 93
 Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen 43

god sed 146
 gott affärsskick 146
 gottgörelse av den svagare parten 125
 granskningssystem 183
 Grotius, Hugo 2
 grovt vållande 157
 grundlagsfästa rättigheter 147
 grundläggande fri- och rättigheter 31, 193
 grupplivförsäkring 75
 gränsöverskridande förbudsförfarande 174
 gåva 112

H

handelsbruk 76
 handpeng 156
 helhetsbedömning 118
 Hitas-systemet 137
 hänvisning 68
 hävningsklausul 150

I

identifikationsklausul 160
 in dubio contra stipulatorem 93
 Incoterms 58, 77
 indexklausul 134
 indexvillkor 148
 individuell utfästelse 87
 individuella villkors företrädare 85
 inflation 134
 informationsplikt 128
 infrastrukturtjänster 47
 inlösningsklausul 110
 inte alldeles-argument 128
 integritet 197
 internationell anknytning 115
 internationell handel 115
 internationella avtal 71
 Internationella Handelskammaren 57, 77

J

jämkning av lön 11
 jämkning av pris 116, 194
 jämkning av vederlag 104
 jämkning till förmån av näringsidkaren 116
 jämställdhet 199

K

klanderfrist 141
 klausul angående dröjsmålsränta 82
 kollektivavtal 12, 38, 114, 124
 kollektivistisk kontraktsrätt 12
 konkludent viljeförklaring 72
 konkurrens 3, 4, 5
 konkurrensbegränsande villkor 124, 139
 konkurrensförbud 124
 konkurrenslagstiftning 55
 konsumentköpsdirektiv 17, 20
 konsumtionkrediträtt 28
 kontokredit 180, 182
 kontraheringsplikt 10, 29
 kostnadsstegring 130, 132, 148
 kreditavtal 150
 kringgå lag 137
 kulans 146
 kvitto 82

L

Lando-kommissionen 20
 last shot 80
 leasingavtal 176
 lojalitetsplikt 25
 långvarigt avtal 110, 121, 131, 132, 150, 151, 189

M

marknadsföringsbroschyr 76
 marknadsföringsmaterial 70
 massavtal 6
 materialia kriterier för avtalsbundenhet 26

materiell avtalslära 26
 materiella kriterier för bindande
 verkan 99
 merger clause 88
 minimidirektiv 19, 48, 50, 136
 misstag 128
 modell för rättvis samhällelig praxis
 30
 muntliga villkor 52
 myndighetskontroll 41
 myndighetsutövning 114
 myndighetsåtgärd 132
 måttstock 143
 möjlighet att stifta bekantskap med
 standardvillkor 69

N

naturrättsfilosofin 2
 Network of Excellence 22
 NL 01 59
 NLM 02 59
 Nordiskt Speditörförbund 59, 73,
 78
 normativ avtalsfrihet 53
 näringsfrihetslagstiftning 3
 näringsidkares informationsplikt
 92
 näringsidkares praxis 173
 näthandel 68

O

offentlig rätt 15, 114
 offentligrättslig juridisk person 87
 offentligrättsligt stadgande 145
 offentligt samfund 187
 offentligt samfunds villkor 38
 ogiltighetspåföljd 42
 oklarhetsregel 93
 olycksfallsförsäkring 96
 optional instrument 21
 orderbekräftelse 70, 78, 79, 91
 Orgalime 57
 organisationstalan 188

P

pacta sunt servanda 2
 panträttsklausul 78
 pantsättningsklausul 90
 parternas ställning 122
 partiaffär 143
 passivitetsverkning 140
 penningvärde 134
 personbundenhet 7, 8, 11
 personskada 158
 planeringsavgift 138
 polycentrisk kontraktsrätt 32
 posten 47
 postföretag 47
 preklusionsfrist 142
 preskriptionstid 161
 preventiv effekt 168
 principle of regard and fairness 32
 prisförhöjning 148
 prisklausul 148
 prisreglering 117
 prisregleringsklausul 189
 privatautonomi 2, 3, 26
 processrisk 167
 provisionskrav 153
 Pufendorf, Samuel 2
 pulverisering 13
 påverkningsmöjlighet 51

R

red hand rule 89
 reklamation 78, 141, 161, 177,
 199
 reklamationens klausul 161
 reklamationstid 161
 remburs 58
 riskspridning 13
 risktagande 131, 135
 rättvis påföljd 197
 rättvis samhällelig praxis 194

S

sakkunskap 123
 samarbetsavtal 143
 sammanslutning av näringsidkare 175
 samverkan 7, 8, 25, 26, 29, 83
 självreglering 10
 självständighet 196
 skiljeklausul 124, 162
 skiljemannaförfarande 71
 skiljemannaklausul 71
 skrivna villkor 86
 skyltar 76
 småföretagarskydd 123, 169, 185
 social force majeure 125
 social kontraktsrätt 8, 30, 194
 socialt prestationshinder 12, 31, 125, 135
 socialtypiskt förhållande 25
 specialiserad kontraktsrätt 13
 spekulation 131
 spelkupong 68
 spelregel 90
 språkkunskaper 128
 standardavtalsrätt 38, 45
 standardvillkor på främmande språk 71, 72
 Study Group on a European Civil Code 22
 svart hyra 138, 165
 syftet med villkor 137

T

teleföretag 47
 tiden för jämningsyrkande 140
 tillgång till rättsliga medel 199
 tillit 24
 tillitsteori 24
 tolkningsrisk 94
 total ogiltighetspåföljd 111
 totalharmonisering 20

travtips 70, 157
 trygghet 195
 tvistlösningsklausul 161, 182
 typoskälighet 120, 127, 150, 157, 176, 188
 tysk rätt 43

U

Unfair Contract Terms Act 43
 uppsägningsklausul 150, 196
 uppsägningskydd 185, 195, 196

V

vadhållning 70
 vilja 2, 4, 24
 viljebildning 3
 viljeteori 24
 villkor i tillstånd 114
 väcka talan 141
 välfärdsstat 5, 7, 9, 28
 välfärdsstatlig kontraktsrätt 5, 193
 värdepappersförmedlare 184
 växel 178
 växelkostnader 117

Å

åberopsbörd 165, 166
 ångerrätt 178
 återkommande masstransaktion 74

Ä

äganderättsförbehåll 86, 90
 ägareförbehåll 70
 äktenskapsförord 113
 ändrade förhållanden 51, 130, 131, 135, 136, 152, 194
 ändring av standardvillkor 82

Ö

överraskningsteknik 128

Thomas Wilhelmsson

Standardavtal och oskäligen avtalsvillkor

I boken analyseras de juridiska problem som ansluter sig till användningen av standardvillkor mot bakgrunden av de utvecklingstendenser som i dag gör sig gällande i kontraktsrätten. Såväl frågan, hur standardvillkor kan bli en del av ett enskilt avtal, som de speciella regler som gäller för tolkning av standardvillkor berörs. Den största delen av boken är fokuserad på den kontraktsrättsliga skälighetsprincipen. På grundval av en omfattande beskrivning och analys av rättspraxis, europeiska källor och annat material presenteras i detalj de regler som kan anses gälla beträffande jämkning och reglering av oskäligen avtal och vilka värden som uppstår dem.

Boken utkommer i sin tredje upplaga, med en reviderad titel som framhäver den växande betydelsen av reglerna om oskäligen avtalsvillkor. I denna upplaga har återigen kunnat beaktas ett betydande antal nya rättsfall, som har gjort bilden av den behandlade problematiken långt mer nyansrik och detaljerad. I förhållande till den förra upplagan har också det europeiska materialet – såväl praxis i EG-domstolen som det harmoniseringsarbete som utförts – fått en långt mer framträdande ställning.

Talentum

Annegatan 34–36 B
00100 Helsingfors
Tfn +358 20 442 4730
Fax +358 20 442 4723
www.talentumshop.fi

ISBN 978-952-14-1255-4



33.33

9 789521 412554