Thorsten Lundmark

FRISKRIVNINGSKLAUSULER GILTIGHET OCH RÄCKVIDD

Särskilt om friskrivning i kommersiella avtal om köp av lös egendom

IUSTUS FÖRLAG

Juridikbok.se

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 vidaredistribuera 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 gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f43e9

FRISKRIVNINGSKLAUSULER
GILTIGHET OCH RÄCKVIDD

HEMBERG
ADVOKATBYRÅ

HEMPERO

FRISKRIVNINGSKLAUSULER GILTIGHET OCH RÄCKVIDD

SÄRSKILT OM FRISKRIVNING I KOMMERSIELLA AVTAL OM KÖP AV LÖS EGENDOM

Thorsten Lundmark

IUSTUS FÖRLAG
Juridiska Föreningen i Uppsala

Abstract

Lundmark, T, Friskrivningsklausuler. Giltighet och räckvidd. Särskilt om friskrivning i kommersiella avtal om köp av lös egendom. Exemption Clauses. Validity and scope. Especially about exemption clauses in commercial contracts for the sale of goods. Iustus Förlag AB, Uppsala 1996. (In Swedish with a summary in English.) ISBN 91-7678-323-5.

This dissertation deals with the type of terms in contracts which are normally referred to as exemption clauses, mainly in standard form contracts between parties which make their contract in the course of a business.

The purposes of the dissertation are firstly to identify and analyse general problems which are associated with the use of exemption clauses, and to show how these problems can affect the need and formulation of special rules for the terms of such contracts; secondly to study certain exemptions and to determine to what extent they are in accordance with the law; and thirdly to emphasise the aspects of law and economics, and to seek motivations for their legitimate use in judicial decisions concerning exemption clauses.

One conclusion noted from the thesis is that the use of section 36 of the Contracts Act as a legal basis for control of exemption clauses seems not to have lessened the importance of what is called the disguised control, at least not to any appreciable extent. However, section 36 should result in a decreased need of the type of fictive or forced interpretations which in reality primarily aim at achieving or avoiding a certain type of contract content. A main conclusion of the study concerning important forms of exemptions in sales contracts is that there exists a considerable scope for the lawful use of such clauses in commercial contracts. In particular this is true when compared to the situation concerning consumer contracts. When it comes to reasons, which in case law have resulted in setting aside or adjustment of exemption clauses, there are two particular types of terms which stand out. Those which result in exemptions being vague or misleading and those terms which result in far reaching limitations in relation to what would otherwise have been the case. It is furthermore argued that – besides aiding in economic efficiency – a more systematic attention to economic efficiency criteria when it comes to the validity of exemption clauses, can help to increase predictability, at least to some extent.

Key words: exemption clauses, standard form contracts, sales contract, law of contract.

Thorsten Lundmark, Department of Legal Science, Umeå University, S-901 87, Sweden.

© Thorsten Lundmark och Iustus Förlag AB, Uppsala 1996
ISBN 91-7678-323-5
Sättning: Schweitz Produktion
Tryck: Graphic Systems AB, Göteborg 1996

Förord

Att skriva avhandling är visserligen inget livsverk men ett intensivt arbete som understundom framkallar huvudvärk. Som regel ger dock förhoppningsvis avhandlingsarbetet andra resultat, vid sidan av huvudvärken, om än mera sällan mästerverk.

För huvudvärken har jag enbart mig själv att tacka. För vad som är i övrigt finns det däremot anledning att uppmärksamma åtskilliga andra personer och organisationer som på olika sätt stött mig under arbetets gång.

Först och främst vill jag tacka min handledare professor Claes Sandgren som med sitt engagemang och kunnande i hög grad understött mitt avhandlingsarbete. Professorerna Jan Ramberg och Bert Lehrberg, professor emeritus Lars Werin samt docent Rolf Dotevall har i olika skeden bistått mig genom att läsa och kommentera manuskript. För detta tillmötesgående vill jag rikta ett varmt tack. Personalen vid rättsvetenskapliga institutionen har bidragit med att skapa ett trivsamt arbetsklimat. Många kollegor har dessutom vid skilda tillfällen lämnat konstruktiv kritik i samband med seminariebehandlingen av manus.

Generösa ekonomiska bidrag för avhandlingsarbetet har lämnats av Torsten och Ragnar Söderbergs Stiftelser, Emil Heijnes Stiftelse för rättsvetenskaplig forskning och Institutet för rättsvetenskaplig forskning. Avhandlingsarbetet har vidare möjliggjorts genom upprätthållande av en doktorandtjänst vid samhällsvetenskapliga fakulteten.

Översättningen av avhandlingens sammanfattning till engelska har utförts av David Ordoubadian.

Umeå i augusti 1996
Thorsten Lundmark

Innehåll

Förord 5

Innehåll 7

Förkortningar 11

DEL I INLEDNING 13

1 Allmänt 15

1.1 Presentation av ämnet 15
1.2 Precisering av syftet samt avgränsningar 17
1.3 Metod och material 18
1.4 Disposition 33
1.5 Om begreppet friskrivning 34
1.6 Vissa teoretiska utgångspunkter 43
1.7 Utvecklingslinjer i nordisk rätt 53
1.7.1 Bakgrund 53
1.7.2 Närmare om utvecklingen i Norden 56

2 Främmande rätt 61

2.1 Friskrivningsklausuler i tysk rätt 61
2.2 Friskrivningsklausuler i engelsk rätt 68

DEL II RÄTTSLIG KONTROLL AV FRISKRIVNINGSKLAUSULER 75

3 Inledning 77

3.1 Friskrivningsklausulers funktion 77
3.2 Avtalsfrihetens gränser 78

3.2.1 Avtalsfrihetens princip 78
3.2.2 Olika typer av inskränkande regler och faktorer 82
3.2.3 Förhållandet mellan de inskränkande faktorerna 84
3.3 Behovet att kontrollera friskrivningsklausuler 86
3.3.1 Inledning 86
3.3.2 Identifiering, tolkning och värdering 87
3.3.3 Effektivitet, skälighet och riskfördelning 88
3.3.4 Bruket av standardvillkor 90
3.4 Olika metoder för kontroll av friskrivningsklausuler 96
3.4.1 Inledning 96
3.4.2 Judiciell kontroll – dold kontroll 97
3.4.3 Öppen kontroll 109
3.4.4 Tvingande civilrättslig lagstiftning 116
3.4.5 Näringsrättslig metod 121

4 Några huvudtyper av friskrivning 131
4.1 Friskrivning från olika former av vårdslöshet 131
4.1.1 Inledning 131
4.1.2 Friskrivning från grov vårdslöshet 133
4.1.3 Vårdslöshet som inte är grov 142
4.2 Friskrivning från kontrollansvar 154
4.2.1 Inledning 154
4.2.2 Ansvar för fel och dröjsmål som beror på tredje man 161
4.2.3 Hinder som försvårar säljarens möjligheter att prestera i rätt tid 173
4.3 Friskrivning från kvalitet 181
4.3.1 Inledning 181
4.3.2 Allmänt hållna friskrivningar av typen befintligt skick 182
4.3.3 Preciserade friskrivningar 191
4.4 Friskrivning från påföljder 195
4.4.1 Inledning 195
4.4.2 Generella påföljdsfriskrivningar 200
4.4.3 Preciserade påföljdsfriskrivningar 204
4.4.4 Partiella påföljdsfriskrivningar 207

DEL III AVSLUTNING 213

5 Sammanfattande analys 215

Summary 223

Käll- och litteraturförteckning 232

Rättsfallsregister 241

Sakregister 245

Förkortningar

ABM 92	Allmänna bestämmelser för köp av varor till yrkesmässig byggverksamhet
A.C.	Appeal Cases (Law Reports)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
All E.R.	All England Law Reports
ALOS 81	Allmänna bestämmelser av år 1981 för leverans av gods (utan montage) till den offentliga sektorn
AVLK	Lag om avtalsvillkor i konsumentförhållanden
AVLN	Lag om avtalsvillkor mellan näringsidkare
BGB	Bürgliches Gesetzbuch
BGH NJW	Bundesgerichtshof Neue Juristische Wochenschrift
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
C.P.D.	Common Pleas Division
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Ds	Departementsserie
East	East's Term Reports
ECE 188	General Conditions for the supply of Plant and Machinery for export
FiHD	Högsta domstolen i Finland
H	Højesteretsdom (Danmark)
HD	Högsta domstolen
H.L.C.	House of Lords Cases
ICC	International Chamber of Commerce
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet
IML 91	Allmänna leveransbestämmelser antagna 1991 av Svenska Leveranstörsföreningen för instrumentering, Mätteknik och Komponenter (IM) ansluten till Grossistförbundet Svensk Handel
K.B.	King's Bench Division (Law Reports)
KO	Konsumentombudsmannen

L.G.R.	Local Governement Reports
MD	Marknadsdomstolen
Mnr	Marginalnummer i tyska lagkommentarer
ND	Nordiske domme i sjøfartsanliggender
NDs	Nordisk Domssamling
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I
NJA II	Nytt juridiskt arkiv, avdelning II
NJM	Nordiskt juristmöte
NL	Norske Lov
NL 92	Allmänna leveransbestämmelser för leveranser av maskiner samt annan mekanisk, elektrisk och elektronisk utrustning inom och mellan Danmark, Finland, Norge och Sverige
NLM 94	Allmänna bestämmelser för leveranser av maskiner samt annan mekanisk, elektrisk och elektronisk utrustning inom och mellan Danmark, Finland, Norge och Sverige
NOU	Norges offentlige utredninger
NU	Nordisk Utredningsserie
ORGALIME S 92	General Conditions for the Supply of Mechanical, Electrical and Associated Electronic Products
Ot prp	Odelstingsproposisjon (Norge)
Prop	Proposition
Q.B.	Queen's Bench Division (Law Reports)
Rt	Norsk Retstidende
RG	Rettens Gang
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RH	Rättsfall från hovrätterna
SvJT	Svensk Juristtidning
SOU	Statens offentliga utredningar
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
T.L.R.	Times Law Reports
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen (Danmark)
UCTA	Unfair Contract Terms Act 1977
W.L.R.	Weekly Law Reports

DEL I

INLEDNING

1 Allmänt

1.1 Presentation av ämnet

Friskrivningsklausuler förekommer numera som ett vanligt inslag i åtskilliga typer av avtal, allt ifrån relativt "enkla" förbehåll på biljetter och i andra resedokument till mera omfattande och komplicerade friskrivningar i försäkringsavtal, fraktavtal och avtal om entreprenad och köp av varor och tjänster av skiftande slag. Syftet kan kortfattat sägas vara att åstadkomma en lindring av det ansvar som den friskrivande parten eljest skulle ha haft.

Friskrivningen kan vara mer eller mindre långtgående. Den kan exempelvis begränsa storleken av ett eventuellt utgående skadestånd (ersättningsbelopp) vid avtalsbrott till ett visst högsta belopp eller till viss procentuell del av det avtalade priset. Men friskrivningen kan även gå ut på att begränsa motpartens rätt till ersättning med avseende på viss eller vissa typer av skada t.ex. indirekt förlust. Andra exempel åter är klausuler som inskränker eller utesluter användningen av vissa påföljder vid avtalsbrott såsom skadestånd och hävning. Fler varianter kunde nämnas men förbigås i detta sammanhang. Överhuvud kan sägas att sådana klausuler kan skifta högst avsevärt både till innehåll och form.

Bruket av friskrivningsklausuler kan ofta anses fylla helt legitima syften, när det gäller att på ett lämpligt sätt fördela risker, som är förbundna med avtalet. Användningen medför emellertid samtidigt vissa problem som rättsordningen måste hantera på något sätt. Åtskilliga av dessa problem hänger i sin tur samman med det numera synnerligen utbredda bruket av s.k. allmänna avtalsvillkor. Sådana förtryckta villkor (standardvillkor), som bl.a. utmärks av att de mera sällan ger utrymme för förhandlingar om innehållet, spelar en viktig roll i dagens handel med varor och tjänster, såväl i kommersiella avtalsförhållanden som i konsumentavtal. Sådana avtalsvillkor innebär fördelar från bl.a. rationaliseringssynpunkt men också vissa nackdelar. De senare består inte minst av en ökad risk för obalanser i avtalsförhållandet. Dels kan det sägas att redan formuläret som sådant i många fall innebär en favör för användaren (ofta men inte alltid säljaren). Förutom att denne som regel är mer förtrogen med for-

mulärets innehåll torde nämligen motparten, särskilt om han är konsument, ofta uppfatta sådana tryckta formulär som orubbliga på i princip samma sätt som (tvingande) lagregler. Dels och framför allt kan sådana allmänna avtalsvillkor – särskilt om de utarbetats ensidigt – ibland innebära en i flera avseenden, väsentlig riskförskjutning till nackdel för motparten. Om denne, även bortsett från standardvillkoren, befinner sig i en svag position – som fallet ofta är i konsumentförhållanden – kan det bli svårt, ibland närmast omöjligt, att uppnå en rimlig kompensation för riskövertagandet. Så mycket mer gäller detta om motparten, vilket torde vara vanligt förekommande, inte tar närmare del av de allmänna villkoren före avtalsslutet.

Eftersom friskrivningsklausuler som sitt egentliga syfte kan sägas ha att förskjuta risken mellan parterna i förhållande till vad som eljest skulle ha gällt, främst enligt dispositiv rätt, hänger det nu berörda problemet i hög grad samman med förekomsten och utformningen av sådana klausuler. Syftet med framställningen är, allmänt sett, att behandla sådana frågor som gäller den rättsliga kontrollen av friskrivningsklausuler dels från metodologisk utgångspunkt dels som en fråga om tillämpningen av kontrollreglerna med avseende på vissa typer av friskrivningar dvs. närmast gränserna för sådana friskrivningars giltighet och räckvidd. I centrum står friskrivningar i avtal om köp av lös egendom på vilka köplagen är tillämplig.

I nordisk rätt finns ingen monografi som exklusivt rör detta ämne. Av större arbeten som rör friskrivningar på andra områden kan nämnas Günther Petersens danska avhandling som utkom 1957, (Ansvarsfraskrivelse. Med særlig henblik på aftaler om befordring, forvaring och bearbejdelse). I Sverige har Björn Dillén behandlat friskrivning från skadeståndsansvar för arbetsskada i en monografi från 1982 (Arbetsskadeansvar. Om friskrivning från skadeståndsansvar för arbetsskada). Frågor som på ett eller annat sätt rör friskrivningsklausuler har i övrigt behandlats på en rad skilda ställen i doktrinen, i fristående artiklar och som en del av större framställningar. Bland det stora antalet utländska monografier på området kan nämnas Brian Coote, Exeption Clauses som utkom 1964. Vidare Richard Lawson, Exclusion Clauses (utkom i sin första upplaga 1978), David Yates, Exclusion Clauses in Contracts (utkom första gången 1978) samt Edward Jacobs, Effective Exclusion Clauses (1990). Bland senare tyska framställningar kan nämnas Ingeborg Schwenzser, Die Freizeichnung des Verkäufers von der Sachmängelhaftung im amerikanischen und deutschen Recht (1979) och Astrid Frenze, Grenzen der formularmässigen Freizeichnung im Einheitlichen Kaufrecht (1993).

1.2 Precisering av syftet samt avgränsningar

Avhandlingen har följande syften.

Ett första syfte är att identifiera och analysera generella problem som hänger samman med användningen av friskrivningsklausuler och dessa problems eventuella inverkan på behovet och utformningen av särskilda kontrollregler för sådana avtalsvillkor.

Vidare skall en närmare undersökning av gällande rätt beträffande vissa specifika frågeställningar göras med avsikt att söka fastställa vad som gäller ifråga om friskrivningsklausulers giltighet och räckvidd på dessa områden.

Ett tredje, om än mindre framträdande, syfte är att lyfta fram rättsekonomiska argument och söka motivera deras betydelse som rättskällefaktor när det gäller att avgöra friskrivningsklausulers giltighet eller räckvidd i tveksamma fall.

Framställningen är i hög grad inriktad på användningen av friskrivningsklausuler i standardvillkor på grund av deras stora och sannolikt allt ökande betydelse för handeln med varor och för den delen även med tjänster.

De specifika frågor som undersöks är följande: Friskrivning från olika former av vårdslöshet, friskrivning från s.k. kontrollansvar, friskrivning från kvalitet (egenskapsfriskrivning) samt friskrivning från påföljder (påföljdsfriskrivning). Avsikten är att undersökningen i denna del samtidigt skall tjänstgöra som ett led i argumentationen för att låta ekonomiska effektivitetshänsyn i större utsträckning än hittills inverka på bedömningen av friskrivningsklausulers giltighet och räckvidd i kommersiella avtalsförhållanden.

En tanke med att lyfta fram rättsekonomiska argument är vidare att därigenom söka tydliggöra och betona avtalsrättens roll i allmänhet och friskrivningsklausulers i synnerhet som en del i ett större systematisk sammanhang, det ekonomiska samhällssystemet. Vissa rättspolitiska inslag torde därmed vara oundvikliga.

Framställningen inriktas huvudsakligen på säljarens friskrivning i avtal om köp av lös egendom som faller inom den allmänna köplagens tillämpningsområde. Friskrivningar i konsumentförhållanden utgör som en konsekvens därav inget centralt föremål för undersökningen. I synnerhet gäller detta avsnitten som rör de specifika frågeställningarna, där konsumentskyddet behandlas endast schematiskt, närmast som en utgångs- eller referenspunkt för den fortsatta framställningen. I samband med de generella problemställningarna som rör kontrollmetoderna är dock behandlingen av konsumentaspekten mer ingående. Det kan vara

motiverat bl.a. för att bättre kunna belysa vissa faktorers, särskilt partsförhållandets, betydelse för utformningen av kontrollmetoderna.

Lös egendom är som bekant ett vitt begrepp. Under termen ryms egendom av högst skiftande slag. Lagtolkning och rättstillämpning bör emellertid inte bedrivas frikopplade från köpföremålets karaktär utan tvärt om under hänsynstagande därtill. Man kan därför inte utgå ifrån att regler och principer alltid skall tolkas eller tillämpas konformt till alla delar så snart det rör sig om köp som faller under köplagen.[1] Vad som sägs i framställningen om friskrivningsklausuler tar, liksom för övrigt köplagen, i första hand sikte på köp av lösa saker. Det hindrar naturligtvis inte, att i princip samma bedömning ofta kan vara motiverad ifråga om andra typer av egendom, eller att analogier från regler om fast egendom ibland är befogade.

Till sist skall understrykas att åtskilliga tänkbara varianter av friskrivningar liksom ett antal frågor av väl så stort intresse behandlas endast sporadiskt eller inte alls. Några exempel på detta utgör bevisfrågor, battle of forms, garantier och friskrivningens rättsverkan i förhållande till tredje man, vilka alla förmodligen skulle förtjäna en egen monografi.

1.3 Metod och material

Den del av undersökningen som avser de rättsekonomiska argumentens roll och användning som rättskällefaktor innehåller såväl rättspolitiska som positivrättsliga inslag. Förhoppningsvis kommer det att framgå när åsikter eller slutsatser är av det ena eller andra slaget. Någon skarp skiljelinje mellan vad som å ena sida utgör rättspolitik (i den mening som används här[2]) och å andra sidan rättsdogmatik i betydelsen lagtolkning kan emellertid inte alltid dras. Särskilt tydligt är kanske detta i sådana fall då den aktuella rättsregel som är föremål för tolkning är vagt utformad och motiven ger dåligt besked om regelns ändamål.[3]

När det gäller avhandlingens positivrättsliga delar vore det onekligen frestande att, som ofta sker[4], hänvisa till s.k. traditionell rättsdogmatisk (positivrättslig) metod. Ett sådant förfaringssätt vore i och för sig försvarbart förutsatt att det kan sägas existera en bland rättsvetenskapsmän all-

[1] Jfr prop. 1988/89:76 s 61 angående tillämpningen av köplagen.

[2] Termen rättspolitik används i sin mer vidsträckta betydelse således att argumentationen även riktar sig till de rättstillämpande myndigheterna. Se Lauridsen, Studier i retspolitisk argumentation s 18 och Westberg, Domstols officialprövning s 55 not 111.

[3] Jfr Westberg a.a. s 56, särskilt not 112.

[4] Läsaren hänvisas till den rättsvetenskapliga litteraturen, särskilt dissertationerna.

mänt vedertagen metod vars innehåll är tillräckligt precis för att fylla sin funktion (dvs. fastställa gällande rätt). Kraven på att metoden skall vara allmänt vedertagen och tillräckligt precis bör enligt min mening betyda en relativt långtgående enighet, således inte endast om huvudlinjerna för den ifrågavarande metoden. I annat fall försvåras påtagligt den viktiga "kontrollfunktionen" och minskar sannolikt trovärdigheten av framlagda (forsknings-) resultat. Även om inte samma krav kan eller ens bör ställas i detta hänseende som inom andra vetenskapliga discipliner måste utgångspunkten trots allt vara att resultat och slutsatser åtminstone i någon mening skall vara kontrollerbara t.ex. huruvida slutsatser bygger på en saklig, logisk, relevant och rationell argumentation. Ett blankt påstående om att exempelvis en viss typ av avtalsklausuler enligt gällande rätt är generellt sett otillåten är uppenbarligen av ringa värde.[5] Om dock påståendet åtföljs av uppgifter om – eller det framgår på annat sätt – att slutsatsen beträffande gällande rätt exempelvis grundar sig på en tolkning av vissa lagregler och rättspraxis eller på uttalanden i doktrinen samt dessutom en redovisning sker av utgångspunkterna för den tolkningsmetod som tillämpats ökar allmänt sett användbarheten av påståendet (slutsatsen) betydligt och därmed också dess värde. Värdeökningen uppkommer som en följd av att det nu blir möjligt att på ett annat sätt kritiskt granska hållbarheten av framlagda resultat.

Frågan blir nu om den s.k. traditionella rättsdogmatiska metoden är tillräckligt enhetlig och precis för att svara mot nyssnämnda krav. När hänvisning sker till den rättsdogmatiska metoden torde därmed – även om det inte alltid sägs uttryckligen – i princip avses att slutsatser om gällande rätt grundas på rättskällorna eller på den s.k. rättskälleläran. Av centralt intresse är således om dessa begrepp kan sägas ha en bestämd och bland rättsvetenskapsmän (jurister) allmänt omfattad innebörd. Redan ett relativt ytligt studium av begreppen tycks ge fog för uppfattningen att de inte har en sådan precision och acceptans. Några exempel kan tjäna till att underbygga vad som sagts.

Till en början står det klart att såväl begreppet rättskälla som sådant, som den närmare innebörden av detta, är omdiskuterat.[6] Så tar t.ex. Eckhoff direkt avstånd från bruket av ordet "rättskälla" som han tycks mena leder tanken fel och använder istället begreppet "rättskällefaktorer".[7] Inte

[5] I praktiken kan naturligtvis ett sådant påstående ändock tänkas utöva inflytande på såväl doktrinen som rättstillämpningen på grund av att den som framför uppfattningen besitter särskild auktoritet på området (se t.ex. Wilhelmsson, Den nordiska rättsgemenskapen och rättskälleläran i TfR 2/1985 s 190).

[6] Se t.ex. Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s 311 ff. Jfr även Peczenik, Juridikens metodproblem s 48 f

[7] Eckhoff, Retskildelaere s 19

heller betydelsen av begreppen rättskälla och rättskällelära är oomtvistlig. Begreppen används uppenbarligen med delvis olika innebörd av skilda författare. Vissa avser därmed helt enkelt kunskapskällor eller informationskällor om innehållet i rättsreglerna.[8] Andra åter använder begreppet i betydelsen faktorer (orsaker) – alla eller endast vissa – som faktiskt påverkar rättens innehåll. Ibland brukas den snarlika beskrivningen att det handlar om faktorer som påverkar domstolarnas (och andra myndigheters) avgöranden.[9] Ytterligare varianter på begreppens definitioner förekommer t.ex. hos Eckhoff, Peczenik, Strömholm och Sundberg. Mycket kort är innebörden av dessa följande. Eckhoff (som i stället för rättskälla använder sig av begreppet rättskällefaktorer, närmast som beteckning på de förras beståndsdelar): faktorer som det är tillåtet, men inte alltid en plikt, att beakta i den juridiska argumentationen.[10] Peczenik (som anser att ordet rättskälla är "mångtydigt"): "Material som skall, bör respektive får citeras i den del av domskälen vilken ägnar sig åt rättsfrågor..." kallas rättskällor.[11] Strömholm (som framhåller att det traditionella begreppet rättskälla är "otillfredsställande"): "Med rättskällor förstås dels samtliga de faktorer som vägleder domstolarna (eller andra myndigheter) vid valet eller uppställandet av de normer vilka skall tillämpas i konkreta fall, dels dessa normer själva."[12] Sundberg: Till grund för domstolarnas avgöranden ligger endast argument som fått sin auktoritet genom att tillhöra endera av följande med auktoritet utrustade grupper av personer: Lagstiftare, lagskrivare, domare, rättsvetenskapsmän och gemene man. Mot dessa grupper svarar i sin tur rättskällor i form av lagstiftning, förarbeten, rättspraxis, doktrin och sedvanerätt. Sedvanerätten betonas särskilt i sin egenskap av rättskällelärans yttersta grund.[13]

Inte heller tycks det helt klart vad som är rättskällelärans föremål och syfte som Strömholm uttrycker det.[14] Är eller bör t.ex. rättskälleläran vara deskriptiv eller normativ dvs. avse en faktisk beskrivning av de rättstillämpande myndigheternas förfarande eller ta sikte på hur detta förfarande bör se ut? Skall dess föremål inbegripa rättskällorna som sådana, deras information om innehållet i rättsreglerna, eller endast ta fasta på frågor som rör valet och rangordningen av rättskällorna samt användningen av dessa i övrigt? Till detta kommer att oenighet råder på flera

[8] Bergström m.fl., Juridikens termer s 146 Se även Peczenik a.a. s 48 f och Strömholm a.a. s 311.
[9] Se t.ex. Agge, Huvudpunkter av den allmänna rättsläran s 45.
[10] Eckhoff a.a. s 20.
[11] Peczenik a.a. s 48.
[12] Strömholm a.a. s 319.
[13] Sundberg, Jacob W F, fr Eddan t Ekelöf s 24 ff.
[14] Strömholm a.a. s 318.

punkter också när det gäller (den deskriptiva) rättskällelärans innehåll i sistnämnda hänseende (dvs. i princip vad Strömholm kallar hanteringsreglerna[15]). Det gäller t.ex. inte minst en så central fråga som vilken eller vilka lagtolkningsmetoder som anbefalls.[16]

Vad som sagts kan möjligen ge intryck av total oenighet om den s.k. rättsdogmatiska metodens egentliga innebörd, (för fastställandet av gällande rätt med användning av rättskälleläran). Det finns emellertid, utan tvekan, i många frågor en gemensam "kärna", om vilken enighet i princip råder. Trots skilda utgångspunkter när det gäller att fastställa vad som utgör rättskällor överensstämmer exempelvis slutresultatet ofta i stora drag (i synnerhet gäller detta modernare framställningar av rättskälleläran).[17]

Avsikten hittills har huvudsakligen varit att påvisa den vaghet ifråga om metod som en hänvisning av det nämnda slaget medför, inte att förkasta metoden som sådan. Det handlar i stället om att, åtminstone i någon mån, försöka precisera "hänvisningsmetoden" (den s.k. rättsdogmatiska metoden) på några viktiga punkter där den, enligt min mening, inte ger tillräckligt klara besked. I praktiken blir det främst en fråga om att ta ställning eller att välja utgångspunkt i vissa omdiskuterade hänseenden.

Beträffande frågan om en normativ eller deskriptiv rättskällelära måste, som Ross påpekat, varje undersökning så länge den angår gällande rätt rimligen ta sin utgångspunkt i den senare.[18] Ett problem är dock våra bristande kunskaper om vad som i detalj vägleder domaren i dennes beslutsfattande. Det beror bl.a. på att man får räkna med att alla faktorer som påverkat domaren inte framgår av skälen för beslutet. En deskriptiv rättskällelära kan därför inte ge en fullständig bild av de verkliga förhållandena. Den får snarast betraktas som en (ofullständig) modell med vars hjälp mer eller mindre tillförlitliga prognoser om gällande rätt kan göras. De ställningstaganden som skall göras här kan självfallet inte ändra på detta förhållande. De kan dock förhoppningsvis bidra till att minska osäkerheten om vilken närmare modell (metod) som kommit till användning i detta arbete.

Vad som sagts i det föregående innebär till en början att det inte är möjligt att definitionsmässigt slå fast vilka faktorer som påverkar de rättstillämpande myndigheterna i deras beslutsfattande såvida man inte använder sig av mer eller mindre innehållslösa lokutioner (av typen "alla

[15] A.a. s 320.

[16] Se exempelvis Sundberg i Festskrift till Thornstedt s 661 och Lindblom i Festskrift till Welamson s 437.

[17] Jfr Strömholm a.a. s 317.

[18] Ross, Om ret og retfærdighed s 91. Se även Strömholm a.a. s 319.

de faktorer"). Det är däremot möjligt att ange ett antal viktiga påverkansfaktorer om vilka enighet, som antytts, föreligger åtminstone i huvudsak. Vad som åsyftas är rättskällefaktorer som lagstiftning, förarbeten, sedvanerätt, rättspraxis (vilken ibland förs in under sedvanerätten) och doktrin.[19] Så långt finns det heller ingen anledning till invändningar. Problem inställer sig däremot när det gäller frågan om och i så fall vilka övriga faktorer[20] som beaktas av domstolarna. Att de nyssnämnda kategorierna inte fångar in alla påverkansfaktorer förefaller klart.[21] Vilka dessa ytterligare faktorer är kan knappast anges annat än i mycket allmänna ordalag. Det handlar i främsta rummet om värderingar exempelvis av vad som är skäligt eller ändamålsenligt och för vilka det finns en betydande enighet. Faktorer (rättskällor) av detta slag kan om man så vill sammanfattas under sådana vaga begrepp som "sakens natur",[22] "reella hänsyn"[23] eller möjligen "värdekultur".

En komplicerad fråga är vidare hur rangordningen mellan rättskällorna skall ske i de rättstillämpande myndigheternas perspektiv dvs. främst hur eventuella konflikter mellan rättskällorna skall lösas. Man kunde tycka att en välutvecklad rättskällelära skulle tillhandahålla klara besked på en så avgörande punkt. Sådan prioriteringsregler skulle utan tvekan öka rättssäkerheten i betydelsen förutsebarhet. Det skulle å andra sidan knappast var möjligt att slå fast sådana heltäckande "hanteringsregler" utan att dessa blir antingen synnerligen omfattande och i sig komplicerade eller alltför typiserade och oflexibla. En jämförelse med området för avtalstolkning och det ibland uttryckta behovet av fler och fastare regler kan kanske tjäna till att ytterligare illustrera problemet. Det handlar i stor utsträckning om sådana avvägningar, som är svåra att formulera i användbara regler, och som ibland leder till, att i ett visst fall en rättskällefaktor ges företräde framför en annan medan förhållandet, beroende på omständigheterna, kan bli det motsatt i ett annat fall eller för den delen resultera i en kompromisståndpunkt.[24] Vad som sägs här, som ett försök att i någon mån precisera författarens utgångspunkter, måste därför bli tämligen allmänt hållet (och i viss mån fragmentariskt).

[19] Se t.ex. Agge a.a. 46 ff, Eckhoff a.a. s 20, Peczenik a.a. s 49 f, Strömholm a.a. 358 ff och Sundberg, fr. Eddan t. Ekelöf s 25.

[20] Härmed avses liksom tidigare endast sådana som kan anses ha normativ relevans dvs. i princip vad de rättstillämpande myndigheterna skall, bör eller får beakta för att uttrycka det på Peczeniks vis. Se vid not 11 (Peczenik a.a. s 48).

[21] Se t.ex. Eckhoff a.st., Peczenik a.a. s 50, Ross a.a. 116 ff och Strömholm a.a. s 318 f och 395 ff.

[22] T.ex. Ross a.st. och Strömholm a.a. s 398.

[23] Eckhoff a.st.

[24] Jfr Strömholm a.a. 390 ff.

Att lagen[25] betraktas som den viktigaste rättskällefaktorn torde var en föga kontroversiell ståndpunkt. Peczenik uttrycker saken så att lagen alltid skall beaktas medan övriga rättskällor bör eller får beaktas [26] Vanligare är att lagen sägs vara primär i förhållande till de övriga, sekundära källorna.[27] Detta behöver emellertid inte betyda att lagen alltid skall anses ha företräde framför övriga faktorer.[28] Vad som krävs för att frångå lagtexten till förmån för andra rättskällefaktorer kan å andra sidan knappast anges i någon allmängiltig "formel". Eckhoff tycks för sin del mena att, när lagen fått vika, det ofta handlat om att domstolen gjort en värdering av vad som är den bästa regeln och vad som ger det bästa resultatet i det aktuella fallet.[29] På denna punkt vill jag för egen del endast understryka lagtextens betydelse, inte minst i förhållande till motiven. Av främst rättssäkerhetsskäl – i betydelsen förutsebarhet – förefaller det centralt att avvikelser från en klar lagtext inte sker utan att det föreligger mycket starka skäl, om än förutsebarhetskravet kan tänkas ha olika styrka beroende på lagregelns karaktär. Det finns anledning instämma i Hesslers uttalande att "Det inte bör vara så, att man i förarbetena finner helt nya regler, varom någon antydan svårligen överhuvud kan hämtas ur lagtexten".[30] Vissa tecken tyder också på att en sådan uppfattning vunnit insteg i HD:s rättstillämpning – eller åtminstone i dess principiella uppfattning om hur frågan bör hanteras.[31] Rättspraxis kan dock knappast sägas vara helt entydig på denna punkt.[32]

Beträffande prioriteringen i övrigt mellan olika rättskällefaktorer som pekar i olika riktning, är det knappast möjligt att i någon nämnvärd utsträckning lägga fast konkreta regler av generell karaktär. Det torde i praktiken många gånger handla om att domstolen företar värderingar av framför allt vad som å ena sidan är en lämplig regel, och å andra sidan ett lämpligt resultat i det konkreta fallet.[33] Argument som stöd för värde-

[25] Här avses skriven lag (närmast i betydelsen författning)

[26] Se Peczenik a.a. s 50.

[27] Se t.ex. Strömholm a.a. s 390.

[28] Se exempelvis Eckhoff a.a. s 271 och Strömholm a.a. s 390 ff.

[29] Eckhoff a.a. s 271.

[30] Hessler i SvJT 1957 s 242

[31] Se t.ex. NJA 1980 s 743, särskilt minoritetens votum. Majoriteten, som dock i praktiken måste anses ha gett motiven företräde, tycks även den hysa starka sympatier för uppfattningen om lagtextens betydelse för rättssäkerheten. Det är svårt att förklara majoritetens betydande ansträngningar att harmonisera lagtextens och motivens, som det förefaller, klart motstridiga innehåll på annat sätt. Jfr Lindblom i Festskrift till Welamson s 465 f.

[32] Jfr Hessler a.a. s 242 ff.

[33] Eckhoff a.st.

ringarna hämtas därvid om möjligt från övriga rättskällor, ytterst efter en saklig bedömning (får man utgå ifrån) av hur övertygande argumenten är. Det är med andra ord inte avgörande, åtminstone inte i första hand, var argumentet hör hemma. Möjligen finns det anledning att bland de s.k. sekundära rättskällorna särskilt framhålla betydelsen av klara prejudikat från HD.[34] I praktiken är det nog ofta så att de rättstillämpande myndigheterna (åtminstone på civilrättens område) tillmäter prejudikaten avgörande betydelse i sådana situationer.

En ytterligare metodfråga som skall beröras hör samman med begreppet lagtolkning. Det kan självfallet inte bli tal om, att inom ramen för denna framställning, behandla alla de komplicerade problem som faller under lagtolkningsbegreppet som centralt moment i rättstillämpningen. Syftet är betydligt blygsammare men förvisso inte utan intresse. Det handlar i princip om att försöka precisera de grundläggande utgångspunkterna för den lagtolkningsmetod som tillämpas här och som med andra ord i någon betydelse förutsätts vara gällande rätt. Det är i sig inte en alldeles enkel uppgift. Några hållpunkter kan dock anges. Först skall emellertid understrykas att vad som sägs fortsättningsvis inte får ses som argument för slutsatsen att en viss (utmejslad) lagtolkningsmetod kan konstateras utgöra gällande rätt i den meningen att den kan härledas ur rättskällorna. Det förefaller vara en allmänt accepterad uppfattning att rättskällorna inte medger sådana slutsatser om vilken tolkningsmetod som faktiskt tillämpas av domstolarna.[35] Därav kan man inte dra slutsatsen att de rättstillämpande instanserna inte använder sig av några metoder i vid bemärkelse och naturligtvis än mindre att de inte bör göra det. En förutsättning för att det överhuvud skall vara möjligt att med någon grad av säkerhet göra bedömningar av som är gällande rätt inom ett visst områden måste rimligen vara att domstolarna tillämpar något slag av "likformigt" beteende (handlingssätt) vare sig detta betecknas som metoder, principer, tumregler eller något annat. I vart fall gäller detta så snart uttalanden om gällande rätt avser annat än triviala fall dvs. sådana som är helt klara. Att domstolarna faktiskt iakttar ett sådant likformigt handlingsmönster när det gäller att ta ställning i tveksamma fall är framför allt en viktig rättssäkerhetsfråga.

En central fråga är exempelvis hur domaren förhåller sig i det vanliga fallet av problematiska tolkningssituationer då lagtexten är vag (jfr ord

[34] Jfr a.a. s 272.

[35] Se t.ex. Lindblom a.a. s 437 och Sundberg i Festskrift till Thornstedt s 661. Jfr även Eckhoff a.a. s 112 ff och Strömholm a.a. s 496 f.

som "oskälig") eller mångtydig? Hur går denne till väga för att fastställa om lagregeln omfattar det konkreta fallet.[36] Några hållpunkter skall anges i det följande.

Det är tydligt att domaren i situationer som den nyss nämnda måste göra en värdering av hur lagregeln förhåller sig till den aktuella situationen, ryms den senare under lagregeln? Det är säkert så att domstolen därvid låter sig vägledas av flera hänsyn, inte minst av vad den bedömer som ett rimligt och lämpligt resultat av tolkningsprocessen. Argument för värderingen hämtas i de s.k. rättskällefaktorerna. Att slå fast någon allmängiltig princip för hur detta närmare går till, hur faktorer vägs mot varandra osv., är inte möjligt. Som anförts i annat sammanhang beror detta bland annat på att faktorernas betydelse som argument kan variera beroende på omständigheterna.

Ett viktigt generellt argument som kommer till användning är dock lagens syfte eller ändamål.[37] I detta hänseende finns olika tänkbara metoder. Principiellt kan det sägas föreligga tre (egentligen två) metoder för fastställande av lagreglers ändamål, den subjektiva respektive den objektiva tolkningsmetoden, samt om man så vill, den (objektiva) teleologiska metoden. Den grundläggande skillnaden mellan (de två egentliga) metoderna kan kort uttryckas så att den subjektiva är inriktad på den historiske lagstiftarens vilja (syfte) medan den objektiva metoden fokuserar intresset på lagens ändamål sådant det kan bestämmas utifrån "objektiva" kriterier exempelvis lagtextens språkliga innebörd.[38] När det refereras till den s.k. teleologiska tolkningsmetoden i nordisk doktrin, avses vanligen Ekelöfs teleologiska metod, eller som den ibland benämnes den radikala teleologiska metoden. Denna skiljer sig från de övriga framför allt genom sin starka betoning av ändamålssynpunkter som vägledande för tolkningen (rättstillämpningen) och genom sitt skarpa avståndstagande från den hypotetiske lagstiftarens vilja. I motsats till särskilt den subjektiva metoden spelar motiven en undanskymd roll. Ändamålet skall i stället fastställas genom en analys av lagens effekter, dess verkningar, i typiska (ordinära) fall, dvs. sådana som klart faller in under lagregeln. Det är ändamålet bestämt på detta sätt som kommer till användning vid tolkningen av de tveksamma (säregna) fallen. Resultatet av tolkningen

[36] Begreppet tolkning används här som vanligt är i en vidare mening, inte endast som beteckning av vad Strömholm kallar "egentligt tolkning" (dvs. den rent språkliga uttydningen) utan också på den verksamhet som kan återstå för att fastställa om lagregeln omfattar en viss konkret situation. Se Strömholm a.a. s 432 f. Det kan naturligtvis diskuteras om det senare bör karaktäriseras som tolkning eller som subsumption eller som något annat led i den rättstillämpande verksamheten.

[37] Se t.ex. Eckhoff a.a. s 113 f och Strömholm a.a. s 492.

[38] Jfr även Eckhoff a.st., Peczenik a.a. s 110 och Strömholm a.a. s 453.

(tillämpningen med Ekelöfs terminologi) i dessa skall bidra till att realisera samma helhetsresultat som i de klara fallen.[39]

Den teleologiska metoden, i Ekelöfs tappning, framstår i många avseenden som tilltalande för den som i princip avvisar tanken om den hypotetiske lagstiftarens vilja som den avgörande faktorn. Det hindrar inte att metoden har sina problem exempelvis – som Ekelöf själv påpekat[40] – när det gäller att tillämpa den i sådana fall då lagtexten är mindre utförlig, framför allt om den dessutom är inkonsekvent. Metoden har också utsatts för åtskillig, mer eller mindre berättigad, kritik.[41]

Det är emellertid inte kritiken – i vart fall inte primärt – som föranlett mig att, trots min "böjelse" för metoden som sådan, välja att inte renodlat tillämpa den. Det hänger snarare samman med bedömningar av – eller snarare antaganden om – vad som är praktiska realiteter, hur de rättstillämpande myndigheterna faktiskt går till väga. Det förefaller vara ett befogat antagande att domaren i sitt beslutsfattande känner sig starkare bunden till motiven och därmed i högre grad låter sig vägledas av dessa än vad som skulle bli fallet vid en tillämpning av Ekelöfs teleologiska metod. Det har hävdats i doktrinen, förmodligen med viss rätt, att domstolarnas beteende snarast kan karaktäriseras som eklektiskt.[42] Det bör för övrigt framhållas att Ekelöf, såvitt känt är, aldrig hävdat att den av honom förespråkade metoden är allmänt brukad i domstolarna. Den skall snarare uppfattas som en rekommendation.[43]

Jag har, främst av nyssnämnda skäl, stannat för att som utgångspunkter för tolkningen i de berörda fallen, anta bl.a. följande, vare sig man nu vill beteckna detta som en metod eller inte.

Lagens ändamål utgör en viktig styrande faktor. Även andra faktorer, inte minst s.k. reella hänsyn, påverkar dock tolkningen (tolkningsresultatet).[44] Exempelvis bedömningar av vad som kan anses rimligt, effektivt eller skäligt. Vid bestämmandet av syftet är lagtexten visserligen den

[39] Ekelöf & Boman, Rättegång I § 1 avsnitt X särskilt s 73 ff och Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? (särskilt s 28 ff). För tydlighets skull bör det kanske sägas att Ekelöf talar om den teleologiska metoden som en rättstillämpningsmetod (inte primärt en lagtolkningsmetod). Ekelöf & Boman a.a. s 73. Tolkning är med Ekelöfs terminologi tydligen i huvudsak begränsad till avgörandet av lagregelns språkliga innebörd. Ekelöf & Boman a.a. s 81. Jfr även Lindblom a.a. s 442 f och Peczenik a.a. s 159.

[40] Ekelöf & Boman a.a. s 78.

[41] Se t.ex. Strömholm a.a. s 484 ff för en översikt.

[42] Strömholm a.a. s 493.

[43] Ekelöf & Boman a.a. s 69 ff, särskilt s 73 och s 81.

[44] Jfr Eckhoff a.a. s 20 och s 115 f.

centrala utgångspunkten men även andra faktorer, särskilt motiven[45], kan få betydelse, såvida de inte står i strid med lagtexten. Någon skarp gräns mellan tolkande verksamhet och rättstillämpning bör (kan) inte dras. Detsamma gäller de olika, i dessa verksamheter, ingående momenten. Bestämmandet av lagens ändamål, som ett i princip "förberedande" moment, kan exempelvis i praktiken inte sällan antas flyta samman mer eller mindre med andra moment. Att i sammanhanget tala om en metod, som beteckning på ett detaljerat tillvägagångssätt, är inte särskilt träffande. Möjligen handlar det om flera metoder[46] som tillsammans – i betydande utsträckning – kan sägas konstituera ett likformigt "juridiskt beteende", ett handlingsmönster.

Det kan finnas anledning att i sammanhanget något närmare beröra lagen som rättskällefaktor.

Lagar kan som bekant ha skiftande karaktär. Beroende på vilka syften lagen har kan den vara ett uttryck för en normallösning som parterna kan använda sig av eller avstå ifrån. Den kan å andra sidan bestå av tvingande regler som inte medger parterna något utrymme för att genom överenskommelser på förhand åsidosätta reglerna. Det senare är så gott som alltid fallet beträffande skyddsregler av olika slag exempelvis konsumentskyddande lagbestämmelser. Huruvida lagen är av det eller det andra slaget får betydelse för dess ställning som rättskälla. Eftersom reglerna är tvingande just därför att det ansetts viktigt att de efterlevs kan det förefalla rimligt att tolkningen av dem – bl.a. på grund av risken för kringgående – sker utifrån mera strikta utgångspunkter än när det gäller den dispositiva lagstiftningen. Det brukar emellertid hävdas att vissa bestämmelser i dispositiva lagar ger uttryck för rättspolitiska ställningstaganden och kan få en slags "halvtvingande" natur. De kan därför, har det sagts, inte sättas å sidan utan vidare.[47] Även om man kan peka på dispositiva regler som på grund av sin funktion eller sitt ändamål bör tilläggas större vikt än andra måste man dock, enligt min uppfattning, hålla fast vid att regler, som enligt vad som klart framgår är dispositiva, också i praktiken kan avtalas bort på normalt sätt.[48] I annat fall kan lagreglerna inte bara

[45] I vart fall om de är förhållandevis "färska". Äldre motiv riskerar inte sällan att förlora i värde på grund av ändrade förhållande. Inte heller Ekelöf avvisar för övrigt helt användningen av förarbeten (jfr Ekelöf & Boman a.a. s 80).

[46] Jfr Peczenik a.a. s 66.

[47] Se t.ex. Grönfors i Festskrift till Nial s 222 och densamme, Tolkning av fraktavtal s 24 samt Ramberg, Allmän avtalsrätt s 38.

[48] Jfr NJA 1975 s 545 (på s 553 f) angående HD:s uttalande, i anslutning till JB:s motiv, om felreglerna enligt 4 kap JB och deras förhållande till möjligheterna för säljaren att friskriva sig genom allmänt hålla villkor. Jfr även Lynge Andersen m.fl., Aftaler og mellemmænd s 280 f (särskilt not 237).

försvåra förusebarheten – vilket möjligen i enstaka fall kan försvaras – utan fastmer vilseleda parterna vilket knappast är acceptabelt.

En ytterligare faktor som bör inverka på lagens ställning som rättskälla är, vid sidan av dess ändamål, vilken plats den har och vilken funktion den fyller i ett större socialt och ekonomiskt sammanhang.[49] Man kan således anta att köplagens regler är avsedda att i förening med allmänna avtalsrättsliga regler befordra trygghet i utbytet av varor och därigenom gagna omsättningen (handeln). I detta ligger, enligt min mening, också att lagens regler bör vara tillräckligt flexibla till sin natur för att inte onödigtvis försvåra den tekniska och ekonomiska utvecklingen. En ordning med "halvtvingande" regler, vid sidan av tvingande och dispositiva, riskerar att skapa ett stelt regelsystem som motverkar en önskvärd anpassning till förändrade förhållanden av teknisk, ekonomisk eller social natur. Ett system som tillåter regler att förhållandevis fritt utvecklas inom ramen för allmänna avtalsvillkor fyller däremot väl sådana krav på flexibilitet.[50] Vad som sagts nu tar främst sikte på affärslivets förhållanden, dvs. kommersiella avtal, där obalanser i partsförhållandet är mindre framträdande än vid konsumentavtal. En slutsats av det förda resonemanget blir att, enligt mitt förmenande, den allmänna köplagens regler i princip inte på någon punkt bör tilldelas en sådan karaktär av "halvtvingande" natur som mer än normalt försvårar för parterna att om de så önskar göra avsteg från lagens bestämmelser. Av motiven till köplagen kan man få intrycket att en sådan "halvtvingande" verkan tillskrivs vissa av lagens regler[51], trots att lagen enligt 3 § anges vara dispositiv i sin helhet.

Till sist bör nämnas att anslutningen till den Europeiska unionen (EU) inneburit att ytterligare en viktig rättskällefaktor tillkommit. I princip gäller att denna rättskällefaktor, dvs. europarätten, är överordnad de nationella.[52]

De skillnader som europarättens rättskällelära uppvisar vid en jämförelse med den svenska kan vidare på sikt väntas påverka rättskällelärans utveckling i vårt land. Som exempel på sådana skillnader kan nämnas motivens starkt underordnade betydelse inom Eu-rätten[53] och tillämp-

[49] Möjligen vore det mer korrekt att även här tala om lagens ändamål.

[50] Angående standardavtalens positiva betydelse för rättsutvecklingen jfr bl.a. Hellner i SvJT 1984 s 755 (på s 762) och Vahlén i Festskrift till Nial s 531 (på s 535).

[51] Se exempelvis prop. 1988/89:76 s 87 ff respektive 91 f beträffande reglerna om marknadsföringsansvar (18 §) och om befintligt skick (19 §).

[52] Bernitz, Europarättens grunder s 57 f. Att som här tala om europarätt (i betydelsen EU-rätt) i motsats till nationell rätt eller rättskällefaktorer är strängt taget oegentligt då den förra numera utgör en integrerad del av den svenska rätten. Det kan dock vara praktiskt och ibland nödvändigt av framställningstekniska skäl.

[53] Se t.ex. Bernitz a.a. s 63 f.

ningen av en många gånger påtagligt integrationsvänlig teleologisk tolkningsprincip[54]. Vilken närmare inverkan som nämnda förhållanden generellt sett kan komma att utöva på den svenska rättskälleläran, sådan den uppfattas idag, är emellertid knappast möjligt att förutsäga.[55] Tilläggas bör dock att den del av rättsordningen som behandlas i denna framställning endast i ringa utsträckning regleras av europarätten.

Beträffande materialet kan sägas följande. Förutom rättskällor av det slag som angivits i det förgående har ett antal större standardavtal kommit till användning. Det rör sig främst om sådana ledande svenska, nordiska eller (andra) internationella standardavtal på köprättens område som exempelvis ABM 92, NLM 94, NL 92, ORGALIME S 92 och ECE 188. Avtalen har framför allt brukats i exemplifierande syfte men också i något fall – där rättspraxis är mager eller helt saknas – som utgångspunkt för analysen.

Även om standardavtalen här i först hand brukas för exemplifiering kan det finnas skäl att något utveckla frågan om sådana avtals ställning som rättskällefaktor. Frågan, som är delvis omstridd och långt ifrån okomplicerad, kan inte ges en fullständig belysning i detta sammanhang. Här skall endast vissa viktiga aspekter behandlas.

En central frågeställning är hur de allmänna avtalsvillkoren förhåller till sedvänja, främst handelsbruk. Kan sådan villkor anses utgöra handelsbruk och vilka är i så fall kriterierna för detta? Vidare, vilken betydelse har den föregående frågeställningen för vad som kan anses ingå i det enskilda avtalet? Om således vissa standardvillkor konstateras utgöra handelsbruk, ingår de därmed utan vidare i avtalet, såvida inte parterna överenskommit om annat? Är svaret ja på den sistnämnda frågan betyder det tydligen att vissa standardvillkor i praktiken kan tjänstgöra som utfyllande regler på i princip samma sätt som dispositiva lagregler.

Av tradition tycks man i nordisk rätt ha intagit en skeptisk eller åtminstone en i hög grad restriktiv syn på möjligheten att tillerkänna allmänt använda standardvillkor ställning som handelsbruk.[56] För svensk rätts del har sannolikt Karlgrens kritiska analys av förhållandet mellan särskilt ensidigt utformade standardvillkor och handelsbruk, bidragit till denna hållning.[57] Bernitz anser således, att det finns goda skäl för att inta en restriktiv hållning i frågan, med hänsyn till hur partsställningen och styr-

[54] A.a. s 63 och Due i JT 1991–92 s 412.

[55] Hellner, Rättsteori s 85 och Rosén i SvJT 1996 s 253 ff.

[56] Se t.ex. Andenæs, Kontraktsvilkår s 325 och Bernitz, Standardavtalsrätt s 30 f samt Wilhelmsson, Standadravtal s 75. Jfr Petersen, Ansvarsfraskrivelse s 129 angående friskrivningskalusuler

[57] Karlgren, Kutym och rättsregel (se särskilt s 70 ff).

keförhållandet inverkar på standardvillkorens utformning. Särskilt, framhåller han, gäller detta villkor som reglerar påföljder av kontraktsbrott och andra riskfördelningsfrågor.[58] Andenæs, som delar det skeptiska synsättet, menar tydligen att det överhuvud inte är adekvat att hävda att kontraktspraxis kan utveckla sig till "kutyme" (dvs. handelsbruk eller annan sedvänja) eller att kontraktsvillkoren överensstämmer med "bakgrunnsretten". Andenæs inställning på denna punkt hänger tydligen samman med hans uppfattningen om betydelsen av att upprätthålla en principiell skiljelinje mellan kontraktspraxis och kutym. Dessa har enligt Andenæs olika uppkomstsätt och delvis olika funktion.[59] Andra mer "standardavtalsvänliga" uppfattningar finns dock företrädda i såväl svensk som annan nordisk doktrin.[60] Exempel härpå utgör Ramberg, som menar att med hänsyn till möjligheten att korrigera såväl standardvillkor som handelsbruk med stöd främst av 36 § avtalslagen "...bör standardavtal som vunnit erforderlig utbredning och stadga numera kunna godtas utan hänvisning till standardavtalet i det enskilda fallet.".[61] Grönfors framhåller, beträffande särskilt stora och välkända standardvillkor av typen agreed documents, att sådana kan tänkas bli del av avtalet utan hänvisning och anför som stöd bl.a. en svensk hovrättsdom refererad i ND 1980 s 1.[62] Även Krüger tycks inta en mer positiv syn till möjligheten av att sådana villkor kan utgöra handelsbruk, om än som han framhåller, rättspraxis för närvarande inte ger särskilt starkt stöd för att anse vanligt förekommande villkor som del av avtalet enbart på grund av sin utbredning.[63]

Trots den skepsis som flera författare allmänt sett ger uttryck för bör man, enligt min mening, kunna slå fast att innehållet i allmänna avtalsvillkor åtminstone principiellt kan utgöra handelsbruk.[64] En motsatt ståndpunkt skulle betyda att standardvillkor, av någon anledning, inte ens

[58] Bernitz a.st. samt i SvJT 1972 s 401 ff (på s 419).

[59] Andenæs a.a. s 331 ff.

[60] Se t.ex. Andersen, Om standadkontraktsvilkår i kjøp i TfR 1964 s 321 ff angående handelsköp (på s 330) och Olsson, Verkan av avtalsklausuler i standardformulär. Förhandlingarna å det tjugoförsta nordiska juristmötet i Helsingfors den 22–24 augusti 1957. Bil. VI (på s 23). Jfr även Vahlén i Festskrift till Håkan Nial s 531 (på s 535) var uttalande speglar en allmänt sett positiv inställning till formulärrätten. Han anför bl.a. att – särskilt på områden som köprätten där det råder spänningar mellan de dispositiva reglerna och formulärrättens reglering – kan det vara "...motiverat att överväga, om icke formulärens reglering bör accepteras, om den måhända ej är mer tidsenlig eller bättre nyanserad för affärslivets behov än de regler som kommit till uttryck i lagstiftning och rättstillämpning.". Uttalandet gjordes dock mot bakgrund av 1905 års köplag.

[61] Ramberg, Allmän avtalsrätt s 146. Se även Ramberg, Köplagen s 160 f.

[62] Grönfors, Avtalslagen s 67 f.

[63] Krüger, Norsk kontraktsrett s 494 f.

[64] Jfr Lehrberg, Avtalstolkning s 112 not 182.

kan återge innebörden av ett etablerat handelsbruk. Om detta är vad Andenæs menar när han – efter att ha påpekat att det är vanligt att kontraktsvillkor ofta återger "bakgrunnsretten" – anför att "Etter min oppfatning beror det på en misforståelse av kontraktsvilkårs funksjoner å oppstille en formodning mot at kontraktsvilkår skulle stemme med bakgrunsretten."[65] är hans uppfattning svårsmält. En annan sak är, om standardvillkor i sig med tiden kan utveckla ett sådant handelsbruk eller i vart fall väsentligt bidra till detta. Även här är jag dock beredd anse att så är fallet. Man kan fråga sig varför allmänna avtalsvillkor, som används genomgående i en viss bransch och ger uttryck för hur vissa frågor faktiskt regleras på området, inte skulle kunna anses med tiden etablera kutym i form av handelsbruk. Att bruket som sådant, på grund av parternas styrkeförhållanden och av andra skäl, inte alltid är godtagbart är en annan fråga. Det är således möjligt att domstolarna redan före tillkomsten av 36 § avtalslagen hade viss möjlighet att pröva skäligheten av handelsbruk. Frågan är dock omdiskuterad.[66] Numera får det emellertid anses klart att en sådan prövningsrätt föreligger med stöd av den nämnda generalklausulen.[67] Det kan därför tyckas tveksamt om, som Ramberg framhållit,[68] ytterligare former för den rättsliga kontrollen verkligen är påkallade, i vart fall när det gäller kommersiella förhållanden. Man kan för övrigt fråga sig om inte kutymer som utvecklat sig på traditionellt vis – i den mån det nu är möjligt att helt hålla isär formerna för kutymers uppkomst – kan framstå som väl så ogynnsamma för ena parten. Det avgörande bör kanske i stället vara, som framförts av bl.a. Brunsvig, om vad som hävdas ifråga om visst standardvillkors innehåll och utbredning m.m. uppfyller de generella kraven på etablerandet av handelsbruk.[69] Det skall dock understrykas att praxis, utöver den nämnda domen i ND 1980 s 1, inte ger något särdeles stöd för denna uppfattning.[70] Det kan å andra sidan knappast anses, när det gäller svensk rättspraxis, att den generellt sett uteslutit en sådan ordning. Man får dock, för det fall praxis visar sig beredd att godta standardvillkor som handelsbruk, sannolikt räkna med

[65] Andenaes a.a. s 331.

[66] Se t.ex. Hellner, SpA I s 45 f.

[67] Prop. 1988/89:76 s 66, vari dessutom hänvisas till Grönfors, Sjölagens bestämmelse om godsbefordran s 37 f, Hellner, SpA I s 45 och Ramberg, Spedition och fraktavtal s 40. Se även Lehrberg, Avtalstolkning s 112.

[68] Ramberg, Allmän avtalsrätt s 145.

[69] Brunsvig, Konstruksjonsansvar s 183 ff.

[70] Se dock Rt. 1973 s 967 och av Krüger anförd viss ytterligare norsk och dansk praxis i Norsk kontraktsrett s 494. Jfr även NJA 1923 s 443.

att beviskravet sätts förhållandevis högt när det gäller att påvisa förekomsten av relevanta kriterier av det slag som nämnts ovan.[71] Att enbart påvisa förekomsten av standardvillkoren räcker då inte. Till sist skall kort nämnas att det torde vara oomstritt att allmänna avtalsvillkor på grund av tidigare affärsförbindelser kan konstituera partsbruk och i den meningen, under vissa förutsättningar, bli en del av det enskilda avtalet även utan särskild hänvisning.[72]

Beträffande frågan om betydelsen av förarbeten till standardavtal som rättskällefaktor, kan till en början sägas att några formella hinder för att beakta uttalanden i sådana förarbeten knappast föreligger. I varje fall om man ansluter sig till en i princip "öppen" rättskällelära av det slag som skisserats ovan. Däremot finns det som regel goda skäl att iaktta stor försiktighet vid bedömningen av vilket värde som sådana förarbeten kan ha i praktiken. Som exempel på sådana skäl kan anföras ensidig partsrepresentationen vid motivens framtagande, motivens bristande kvalitet i allmänhet samt inte minst brister i motivens tillgänglighet (spridning). Generellt sett lär därför sådana förarbeten för närvarande tillmätas ett tämligen obetydligt värde som rättskällefaktor.[73]

Förutom nordisk rätt har främst engelsk och tysk rätt beaktats. Valet har i huvudsak skett utifrån funktionella överväganden.[74] Även sådana rent praktiska hänsyn som språk och arbetsekonomi har emellertid påverkat urvalet av främmande rättsordningar. Den nordiska rätten behandlas i princip på samma sätt (som inhemsk dito) låt vara att intresset, naturligt nog, fokuseras på svensk rätt. Det i Norden långt utvecklade samarbetet inom lagstiftningen på civilrättens område har bl.a. resulterat i väsentligen enhetliga regler på den allmänna avtalsrättens liksom på köprättens område.[75] Sistnämnda förhållande i förening med en till sina huvuddrag gemensam syn på rättskällorna och rättskälleläran kan motivera en sådan

[71] Jfr NJA 1923 s 443 (hänvisning till att visst villkor regelmässigt brukade förekomma i branschens prislistor utgjorde inte tillräcklig bevisning för att anse villkoret ge uttryck för handelsbruk).

[72] Se t.ex. Ramberg, Allmän avtalsrätt s 141. Jfr Bernitz, Standardavtalsrätt s 35. 3 § köplagen liksom CISG artikel 9 ger för övrigt uttryckligen partsbruk företräde framför lagens respektive konventionens bestämmelser. I köplagen gäller detta dock endast om bruket måste anses bindande för parterna.

[73] Se t.ex. Bernitz, Standardavtalsrätt s 49. Jfr även Håstad, Den nya köprätten s 128 och Hellner i Jussens Venner 1994:4 s 275.

[74] Dvs. i princip mot bakgrund av antaganden om likheter beträffande de samhällsförhållanden som ifrågavarande rättsregler är avsedda att lösa. Se t.ex. Bogdan, Komparativ rätt s 48 ff.

[75] Se t.ex. NU 1985:5 s 159 f och prop. 1988/89:76 s 26 ff. Jfr även Almén & Ekelund, Lagen om avtal s 2 och Wilhelmsson i TfR 2/1985 s 190 f.

långtgående "likabehandling" av det nordiska materialet.[76] Det hindrar inte att det trots allt kan finnas anledning till viss försiktighet i umgänget med materialet, kanske i synnerhet när det gäller användningen av rättsfall.[77] Det skall vidare framhållas att undersökningen beträffande finsk rätt väsentligen begränsats till material som varit tillgängligt på svenska språket.

Engelsk och tysk rätt har främst använts för inventering och exemplifiering av problem och lösningar. I något fall anförs utländskt material som argument – om än i försiktiga ordalag – för lösningar i svensk rätt. Den harmonisering som skett på köprättens område, genom att FN-konventionen den 11 april 1980 angående avtal om internationella köp av varor numera antagits av ett stort antal länder däribland Tyskland, kan i någon mån motivera en sådan användning. Något liknande kan sägas gälla till följd av vissa EG- direktiv på konsumenträttens område, främst direktivet om oskäliga avtalsvillkor i konsumentförhållanden (93/13/EEG) som efter utgången av 1994 skall vara införlivat med nationell rätt.

1.4 Disposition

Framställningen har fortsättningsvis följande uppläggning.

Först avgränsas begreppet friskrivning till ett i sammanhanget användbart betydelseområde. Därefter redogörs för vissa teoretiska utgångspunkter som en plattform för den rättsekonomiska argumentationen. Framställningen fortsätter med en beskrivning, och i någon mån, analys av huvudlinjerna i den nordiska rättsutvecklingen. I det följande avsnittet ges en översikt av viss främmande rätt på området. Avsnittet, som är deskriptivt, är i första hand avsett att underlätta för läsaren att ta del av den fortsatta framställningen särskilt på de punkter då utländsk rätt någon gång används i exemplifierande syfte eller i enstaka fall som argument. Därefter behandlas de i avhandlingens syften angivna frågeställningarna i anslutning till den rättsliga kontrollen av friskrivningsklausuler. I ett antal inledande avsnitt berörs frågeställningar av mer generell natur i anslutning till främst användningen av friskrivningsklausuler i standardvillkor. Framställningen avslutas med att några specifika former av friskrivning undersöks och med en sammanfattande analys.

[76] Jfr Wilhelmsson a.a. s 182. Vagheter och variationer av de slag som exemplifierats i det föregående tycks också de, om uttrycket tillåts, ingå i den gemensamma "värdebasen". De är med andra ord i betydligt högre grad relaterade till person än till nation.

[77] Jfr Bruun, Uppfinnarrätt i anställningsförhållanden s 38 och Wilhelmsson a.a. s 191 och 193 samt densamme, Standardavtal s 105 f.

1.5 Om begreppet friskrivning

Friskrivningen som företeelse är av gammalt datum. Den kan spåras tillbaka till åtminstone romarrikets tid.[78] Som "modern" företeelse hänger den nära samman med industrialismens och frihandelns framväxt och det därur sprungna behovet att rationalisera kontraktsförfarandet genom upprättandet av standardiserade avtalsvillkor.

Vad avses då eller bör avses med termen friskrivning? Någon i lag föreskriven definition existerar inte i nordisk rätt (och för övrigt inte heller i engelsk eller tysk). I doktrinen används termen ofta utan något närmare klargörande av dess innebörd. Då så undantagsvis sker beskrivs vanligen friskrivningsklausuler som sådana avtalsvillkor vilka utesluter eller begränsar en parts ansvar eller förpliktelser i förhållande till vad som eljest skulle ha gällt enligt dispositiv rätt.[79] I Generalklausulutredningens betänkande anförs att med friskrivningsklausuler kan åsyftas dels villkor varigenom säljare eller annan friskriver sig från såld varas kvalitet eller i övrigt för beskaffenheten av sin prestation dels villkor varigenom någon friskriver sig från skadeståndsskyldighet dels för det tredje villkor som begränsar skadeståndets belopp.[80] UNIDROIT Principles definierar friskrivningsklausuler ("exemption clauses") som först och främst "...those terms which directly limit or exclude the nonperforming party's liability in the event of non-performance.". Vidare sägs exemption clauses utgöras av "...those [clauses] which permit a party to render a performance substantially different from what the other party reasonably expected.".[81]

Frågan blir då vad som närmare inryms i dessa mycket allmänna bestämningar av begreppet och vidare om bestämningen som sådan är lämplig i detta sammanhang eller bör modifieras.

Friskrivningens syfte kan sägas vara att helt eller delvis befria part (eller eventuellt någon annan) från ansvar för följderna av antingen visst handlande eller viss underlåtenhet eller av att viss omständighet inträffar, inträffar först efter utgången av viss tid eller helt uteblir. En kombination av nämnda alternativ är även möjlig. Man kan också uttrycka saken så att genom friskrivningen ändras förutsättningarna för att kontraktsbrott[82]

[78] Se t.ex. Digesta 2-14-27 § 3 om ogiltighet av friskrivning från dolus.

[79] Se t.ex. Bernitz a.a. s 15. Jfr Petersen, Ansvarsfraskrivelse s 7 beträffande den snävare termen ansvarsfriskrivning.

[80] SOU 1974:83 s 174 f.

[81] UNIDROIT Principles Art. 7.1.6.

[82] Begreppet kontraktsbrott används här i sin mera vidsträckta betydelse således att det i princip omfattar alla fall då avtalsenlig prestation ej skett eller som Taxell uttryckt saken "...alla de fall då en för ett avtalsförhållande gällande handlingsnorm har åsidosatts". Se Taxell, Avtal och rättsskydd s 171 ff.

skall anses föreligga eller för att påföljder på grund av kontraktsbrott skall få göras gällande varigenom motpartens möjligheter att utkräva ansvar av den friskrivande parten – eller eventuellt någon annan – utesluts eller begränsas. Friskrivning innebär således i praktiken – vare sig den är av det ena eller andra slaget – att motparten berövas sina möjligheter, helt eller delvis, att göra gällande påföljder som skulle stå till hans förfogande om friskrivningen inte existerade.

Konkret kan en friskrivning ta sig en mängd olika uttryck. Den kan exempelvis gå ut på att part som eljest skulle svara på grund av culpa skall ansvara endast vid grov vårdslöshet. Vidare kan den avse att utesluta eller begränsa partens ansvar för vissa omständigheter som varken kan knytas till partens eget handlande eller till någon annans handlande för vilket parten svarar t.ex. villkor enligt vilket part friskriver sig från att stå faran för godset. Ytterligare kan friskrivningen ta sikte på omständigheter som förorsakats av någons handlande eller underlåtenhet för vilken den friskrivande parten svarar. Exempel på sistnämnda typ av friskrivningsklausuler kan vara villkor enligt vilka part inte skall svara för viss typ av skada som han vållat motparten av oaktsamhet. Varianter av nämnda friskrivningstyper kan förekomma. Som en sådan kan ses villkor som innehåller inskränkningar i förhållande till vad som eljest skulle ha gällt ifråga om reklamations- eller preskriptionstidens längd. Ett annat exempel utgör klausuler av typen "befintligt skick" och liknande allmänna förbehåll om kvaliteten eller beskaffenheten i övrigt hos framförallt (såld) egendom som överlåts genom avtal om köp. Sådana klausuler avser med andra ord friskrivning från fel i egendomen och återverkar därmed på motpartens (köparens) möjligheter att använda sig av påföljder för kontraktsbrott genom att ändra förutsättningarna för att fel skall anses föreligga.

Villkor som avser friskrivning från beskaffenheten av viss prestation bör så långt möjligt åtskiljas från villkor som endast syftar till att precisera vad den avtalade prestationen går ut på. Gränsdragningen är emellertid komplicerad.[83] Man får därför sannolikt räkna med en "gråzon" av osäkra fall där villkoren allt efter omständigheterna kan komma att bedömas som friskrivningsklausuler eller som blott och bart preciseringar av prestationens innehåll. Som en allmän utgångspunkt eller kanske snarare tumregel vid bedömningen bör dock enligt min mening gälla, att villkoret skall ta sikte på att åstadkomma en inskränkning i den standard eller beskaffenhet hos prestationen, som motparten eljest skulle ha kunnat kräva, t.ex. enligt köplagens regler, för att en friskrivning skall föreligga. Om dispositiva lagregler saknas får bestämningen ske mot bakgrund av normal standard eller fackmässigt utförande enligt sedvänja i branschen

[83] Jfr SOU 1974:83 s 175.

(handelsbruk). Det kan nämnas i sammanhanget att EG-direktivet om oskäliga avtalsvillkor (93/13 EEG), som införlivats med svensk rätt, undantar beskrivningar av avtalets huvudföremål från sitt tillämpningsområde såvitt gäller oskälighetsbedömningen.[84]

En friskrivningsklausul kan vara mer eller mindre vittgående. Den kan ha en generell eller partiell karaktär. Således kan friskrivningen exempelvis helt utesluta ersättningsskyldighet som påföljd. Den kan å andra sidan endast avse att begränsa sådan skyldighet till att gälla viss typ av skada t.ex. indirekt skada eller kan ersättningens storlek begränsas.

Som beteckning på olika typer av friskrivningsklausuler förekommer i nordisk rättsvetenskaplig litteratur ett antal termer. Så användes vanligen termen ansvarsfriskrivning för sådana klausuler som – i förhållande till vad som eljest skulle gälla – skärper förutsättningarna för ansvarets inträde exempelvis genom att uppställa krav på grov vårdslöshet i stället för culpa.[85] Till området för ansvarsfriskrivning i snävare eller egentlig bemärkelse, för Petersen dessutom friskrivning varigenom ansvaret för vissa skadeorsaker, t.ex. brand och explosion utesluts samt friskrivning från ansvar för vissa följder av en skadevållande händelse såsom driftsförluster.[86] Vidare får vanligen termen ansvarsbegränsning beteckna klausuler varigenom ansvarets omfattning begränsas, exempelvis genom angivande av ett visst högsta ersättningsbelopp eller en beräkningsgrund för sådant belopp[87] eller genom föreskrift om en beräkningsgrund för skada som innebär att uppkommen skada värderas lägre än vad som eljest vore fallet.[88] Det bör tilläggas att Petersen beträffande ansvarsfriskrivning endast tycks räkna med friskrivning från ersättningsskyldighet och att han betraktar ansvarsfriskrivning (i vid bemärkelse) som ett i förhållande till ansvarsbegränsning överordnat begrepp.[89]

Ytterligare förekommer, om än mer sporadiskt, termerna egenskapsfriskrivning[90] och påföljdsfriskrivning[91]. Den förra åsyftar därvid villkor

[84] Se artikel 4.2 i direktivet (93/13/EEG).

[85] Se t.ex. SOU 1974:83 s 174 och Bernitz s 15 f samt Petersen, Ansvarsfraskrivelse s 7. Även Dillén, Arbetsskadeansvar s 37 och Hult i Civilrättsliga spörsmål s 68 samt Söderberg i Juridiska Föreningen i Lund skriftserie Nr 5 s 8.

[86] Petersen a.a. s 7

[87] Vanligt är att detta sker genom att ersättning sägs utgå med högst viss procentuell andel av kontraktssumman. Se exempelvis SOU 1974:83 s 174 f och Bernitz a.a. s 16 och samt Dillén a.st.

[88] Se t.ex. Petersen a.a. s 7. Jfr Bernitz a.a. s 15 och SOU a.a. s 174 f.

[89] Petersen a.st.

[90] Se Grauers, Fel i sålt skepp s 75 f och s 94 f samt densamme Fastighetsköp s 200.

[91] A.st. Se även t.ex. Håstad, Den nya köprätten s 123 och Ramberg, Allmän avtalsrätt s 286 samt Hultmark & Ramberg, Inledning till avtalsrätten s 112 f.

som inskränker ansvaret för den sålda egendomens egenskaper i olika avseenden genom att antingen uttryckligen utesluta ansvar för vissa uppräknade egenskaper eller genom att mera generellt, t.ex. genom hänvisning till befintligt skick eller liknande bestämning, göra inskränkningar i den standard som motparten eljest hade kunnat kräva. Påföljdsfriskrivning innebär att motparten berövas rätten, helt eller delvis, att göra gällande påföljder av kontraktsbrott. Friskrivningen kan utesluta vissa påföljder, exempelvis skadestånd, eller endast inskränka förutsättningarna för att göra sådana påföljder gällande. Friskrivningen kan i princip även vara generell och avse samtliga påföljder.

Att på detta sätt dela in och namnge olika typer av friskrivningar kan vara praktiskt, när det som här handlar om att identifiera och analysera problem i anslutning till friskrivningsklausuler. Det förutsätter dock att indelningsgrunden är lämplig för ändamålet och att den i övrigt är någorlunda klar och konsekvent. Det kan sättas i fråga om så är fallet beträffande den sedvanliga indelning som beskrivits ovan särskilt när det gäller kategorierna ansvarsfriskrivning respektive ansvarsbegränsning. Man kan t.ex. fråga sig hur det förhåller sig med de vanligt förekommande friskrivningarna för vissa typer av skador såsom ren förmögenhetsskada och indirekt skada. Enligt den av Petersen valda indelningen tycks sådana friskrivningsklausuler vara att hänföra till kategorien ansvarsfriskrivning i egentlig mening. Å andra sidan förefaller sådana friskrivningar, som ju i praktiken rör ansvarets omfattning, likaväl passa in under ansvarsbegränsande klausuler. Överhuvud verkar det oklart var den principiella skiljelinjen mellan de olika kategorierna går. Man får intrycket av att termen ansvarsfriskrivning i egentlig mening fått beteckna en restpost av olika friskrivningar från ersättningsskyldighet som kvarstår sedan området för ansvarsbegränsande klausuler bestämts. Möjligen dock med undantag för friskrivningar som tar sikte på att inskränka längden av preskriptions- eller reklamationsfrister vilka Petersen tycks betrakta som en särskild kategori av ansvarsfriskrivning i vid bemärkelse.

En i detta sammanhang lämpligare indelning förfaller vara att, som skett i viss tysk doktrin beträffande de närbesläktade begreppen "Haftungsausschlüsse" och "Haftungsbegrenzungen", ta fasta på om friskrivningen träffar ansvarsgrunden som sådan eller endast dess nivå eller omfattning.[92] Det innebär till en början att ansvarsfriskrivning kommer att inbegripa exempelvis de vanligt förekommande villkor som rör friskrivning från ansvar vid olika former av vårdslöshet men också friskrivning från uppsåtligt vållad skada liksom från strikt eller rent strikt ansvar

[92] Bunte & Heinrichs, Aktuelle Rechtsfragen zur Freizeichnung nach dem AGB-Gesetz, s 4.

t.ex. faran för viss egendom. Till kategorin ansvarsfriskrivning kan därvid även föras sådana klausuler som tar sikte på att utesluta ansvar för att egendomen har vissa egenskaper eller håller viss standard dvs. vad som kan kallas egenskaps- eller kvalitetsfriskrivning. I gruppen ansvarsbegränsning hamnar dels de i standardavtalssammanhang mycket vanliga villkor som på olika sätt begränsar ersättningens storlek för det fall att exempelvis ett skadeståndsansvar aktualiseras dels klausuler som undantar ansvar för viss eller vissa typer av skada, exempelvis indirekt skada, personskada eller ren förmögenhetsskada.[93] Också s.k. påföljdsfriskrivning kan i detta sammanhang föras in under ansvarsbegränsande klausuler, då sådan friskrivning lika lite som friskrivning från viss typ av skada träffar grunden för ansvaret utan snarare ansvarets omfattning. När det gäller klausuler som inskränker längden av preskriptions- eller reklamationsfrister är förhållandet mer komplicerat. En sådan friskrivning hindrar visserligen att ansvar överhuvud uppkommer efter viss tid, men däremot inte att ansvar kan uppstå inom den förkortade fristen. Det är därför enligt min mening mest korrekt, att anse att sådana klausuler strängt taget inte träffar grunden för ansvarets uppkomst, utan endast begränsar ansvaret i tiden.[94] Den sistnämnda typen av klausuler behandlas inte närmare i den fortsatta framställningen.

Den principiella gränsdragning som skett här mellan olika typer av friskrivningar har även vissa grundläggande likheter med den klassificering av friskrivningsklausuler i två huvudtyper som föreslagits av Coote. Denne menar att man kan dela in alla sådana villkor i två typer, "Type A" och "Type B". Den förstnämnda typen avser villkor som påverkar uppkomsten av särskilda primära rättigheter. Den senare villkor som kvalificerar primära eller sekundära rättigheter utan att förhindra uppkomsten av någon primär rättighet.[95] Type A skulle därvid närmast motsvara ansvarsfriskrivning. Type B ansvarsbegränsning. På grund av skillnader i rättssystemens uppbyggnad är det emellertid knappast möjligt att fullt ut göra en sådan jämförelsen, med anspråk på att den är rättvisande. Inte minst betydelsen i engelsk rätt av att visst avtalsvillkor utgör "condition" eller "warranty" försvårar jämförelsen. Det måste för övrigt framhållas, att skiljelinjen mellan de två typerna av friskrivningar i praktiken kan te sig nog så diffus, i synnerhet när de olika formerna blandas. En friskrivning rörande påföljder kan exempelvis ta sikte på att begränsa antalet

[93] A.a. s 10 och SOU a.a. s 183.

[94] Jfr dock Bunte a.a. s 4 som visserligen för in denna typ av klausuler under begreppet ansvarsbegränsning ("Haftungsbegrenzung") men tycks mena att sådan friskrivning egentligen hänför sig till ansvarsgrunden.

[95] Coote, Exception Clauses s 9.

möjliga påföljder, men samtidigt inskränka räckvidden av de kvarvarande, genom att ställa upp ytterligare förutsättningar för deras tillämplighet.

Generellt sett torde man kunna påstå att det ur lagstiftarens och rättstillämparens synvinkel som regel finns anledning att se allvarligare på ansvarsfriskrivning än andra former av friskrivning. Genom att rycka undan grunden för ansvaret förhindrar ansvarsfriskrivning att ansvar överhuvud uppstår medan ansvarsbegränsande klausuler i de allra flesta fall lämnar ett visst, om än begränsat, utrymme för den som träffas av friskrivningen att kräva ersättning eller eljest göra gällande något slag av påföljd. Det sagda gäller dock, som redan antytts, inte undantagslöst. Som exempel kan nämnas att säljaren gör en generell påföljdsfriskrivning för fel dvs. friskriver sig från samtliga påföljder.[96] Därtill kan läggas att konsekvensen av friskrivningar som direkt avser påföljden som regel är mer lättbedömd för motparten än de som tar sikte på ansvarsgrunden.

För tydlighetens skull bör kanske framhållas att termen friskrivning i framställningen, av praktiska skäl, används som gemensam beteckning på alla typer av s.k. friskrivningsklausuler.

Att genom någon form av exakt definition på förhand försöka bestämma vad som utgör eller inte utgör en friskrivning är knappast en framkomlig väg ens om definitionen, som här är fallet, bara behöver ha den begränsade funktionen att underlätta framställningen av vissa problem i anslutning till friskrivning. Därtill är förhållandena alltför komplexa och mångskiftande. I stället bör bestämningen ske utifrån allmänna riktlinjer av de slag som behandlats ovan. Avgörande är vad villkoret innehåller. Dess beteckning eller yttre form kan inte tillmätas någon nämnvärd betydelse. Av detta följer att villkor som utåt framstår som något helt annat kan bli att bedöma som en friskrivning. Ett sådant exempel kan vara "garantiklausuler" som tillsynes innebär favörer i form av utfästelser i visst hänseende men som vid ett närmare betraktande visar sig medföra inskränkningar i de rättigheter som motparten eljest skulle ha haft. Utfästelsen kan t.ex. gå ut på en bestämning av den tid inom vilken ansvaret för fel får göras gällande. Mer svårbedömda kan sådana garantiklausuler vara, som visserligen ger motparten en bestämd fördel i visst avseende, men som samtidigt innebär begränsningar i de rättigheter som eljest skulle ha gällt. Garantin kan exempelvis ge en rätt till ovillkorlig omleverans vid fel, dvs. även vid ringa dito, samtidigt som villkoret i övrigt innebär att rätten till skadestånd på grund av fel helt utesluts. Om

[96] Sådana klausuler är knappast vanliga men förekommer någon gång särskilt vid köp av fast egendom. Se t.ex. NJA 1975 s 545 där HD godtog en sådan generell påförjdsfriskrivning mellan privatpersoner.

en uppdelning av garantiklausulen i flera fristående villkor framstår som naturlig eller i vart fall möjlig utan att avtalsinnehållet påverkas, bör bedömningen i första hand ske med utgångspunkt i en sådan uppdelning. Resultatet kan då bli att klausulen anses innehålla såväl en garanti som en friskrivning. I annat fall får man – sedan avtalsinnehållet fastställts genom sedvanlig tolkning – göra en bedömning av garantiklausulen i sin helhet och söka avgöra om klausulen sammantaget innebär en lindring i det ansvar eller de skyldigheter som eljest skulle ha gällt för "garanten". Även vissa typer av skadeståndsklausuler varigenom part åtar sig skadeståndsskyldighet i visst hänseende kan från liknande utgångspunkter vara svårbedömda. Särskilt torde detta gälla beträffande klausuler som innehåller en blandning av åtaganden och vad som kan uppfattas som inskränkningar i partens ansvar.[97] Man kan då inte sällan ha anledning att fråga sig om klausulen endast avser att precisera ett ansvar som gäller enligt dispositiva regler eller om den faktiskt innebär att ansvaret inskränkes.[98] Bedömningen kompliceras ytterligare om rättsläget beträffande ansvaret ifråga är osäkert. Huruvida ett visst villkor innehåller en friskrivning kan då i bästa fall avgöras först vid en rättslig prövning av klausulen i domstol. Ett konstaterande som leder åter till vad som inledningsvis understrukits, nämligen att det knappast är möjligt att genom någon allmängiltig definition åstadkomma en skarp avgränsning av friskrivningsklausuler gentemot övriga avtalsvillkor. Gränsen är och förblir mer eller mindre flytande.

Friskrivningsklausulens centrala moment är således, enligt mitt synsätt, att den avser att på förhand (innan ansvaret aktualiserats) inskränka ett ansvar eller en förpliktelse i förhållande till vad som eljest skulle ha gällt. Friskrivningar kommer därigenom – för nordiskt vidkommande – vanligen att rikta sig mot bestämmelser i dispositiv lagstiftning men kan också ta sikte på avvikelser från vad som följer av rättspraxis, handelsbruk eller annan sedvänja. I princip finns det knappast anledning att betrakta inskränkningar i partsbruk på annat sätt. Liksom handelsbruk eller annan sedvänja kan visst partsbruk bli avtalsinnehåll om inget annat avtalats.[99] Partsbruk torde för övrigt vid utfyllning, av den typ av avtal som behandlas här, ofta gå före ett eventuellt avvikande handelsbruk som avser samma förhållande, förutsatt att bruket är godtagbart.[100] Också villkor som utesluter eller begränsar en skyldighet eller ett ansvar som eljest

[97] Jfr Rodhe, Några frågor rörande friskrivningsklausuler, Nordisk försäkringstidskrift 1965 s 20
[98] Jfr SOU 1974:83 s 175
[99] Se t.ex. 3 § köplagen
[100] Adlercreutz, Avtalsrätt II s 19

skulle ha gällt enligt andra avtalsvillkor – och som inte har sin grund i dispositiv lagstiftning eller i sedvänja eller partsbruk – kunde ur principiell synpunkt föras in under begreppet friskrivning.

En sådan utvidgning förefaller emellertid knappast nödvändig eller ens lämplig i ett sammanhang som detta, dvs. där det handlar om att konkretisera och analysera problem som hör samman med användningen av en typ av avtalsvillkor med vissa gemensamma särdrag. De problem som skall behandlas här torde nämligen i allt väsentligt vara relaterade till friskrivningar från den förstnämnda gruppen av regler, i synnerhet dispositiv rätt. Som skall framgå har dessa problem i huvudsak sin grund i att den friskrivande parten till följd av monopol, dominerande marknadsställning, överlägsna kunskaper eller av andra skäl befinner sig i ett förhandlingsmässigt överläge. Detta kan utnyttjas på i princip två olika sätt. Det kan för det första ske, genom att den starkare parten "öppet" i kraft av sitt överläge förmår sin motpart att acceptera för denne oförmånliga villkor, exempelvis i form av friskrivning från ett ansvar som eljest skulle ha följt av dispositiva regler. För det andra kan den överlägsna parten tänkas att på olika sätt "dölja" – t.ex. genom att utnyttja sitt överläge ifråga om kunskaper i vid bemärkelse – vissa för motparten oförmånliga delar av avtalet för att uppnå ett visst slutresultat. "Döljandet", som kan ske i mer eller mindre medvetna former, kan ta sig olika uttryck. I sina mer extrema varianter kan det exempelvis ske genom att långtgående friskrivningsklausuler tas in i partens allmänna avtalsvillkor på undanskymd plats och under vilseledande rubrik. Vanligare är dock att sådana klausuler ges en mindre framträdande plats bland övriga standardvillkor. Det kan naturligtvis också tänkas förekomma att friskrivningar "döljs" bland individuellt förhandlade villkor som utformats på förslag av den starkare parten. Möjligheterna att på detta sätt, så att säga formellt, dölja en friskrivning är dock av lätt insedda skäl avsevärt mindre än vid användning av allmänna avtalsvillkor. Däremot förekommer inte sällan – i standardvillkor såväl som i individuella villkor – vad man i brist på en bättre beteckning skulle kunna kalla ett döljande i materiellt hänseende. Härmed avses att en viss friskrivningsklausul väl presenteras i avtalet på ett fullt tydligt sätt, men att dess innebörd är "dold" för den part gentemot vilken friskrivningen riktas till följd av dennes bristande kännedom om dispositiva rättsregler, handelsbruk osv. Det bör kanske tilläggas, för tydlighetens skull, att när det här talas om "döljande", behöver det inte betyda att det rör om svikliga förfaranden. Huvudregeln är ju alltjämt – i vart fall i kommersiella avtalsförhållanden – att vardera parten själv svarar för att han har tillräcklig information också med avseende på berörda rättsregler.

När det åter gäller frågan om villkor, som helt eller delvis utesluter ett

ansvar som direkt följer av andra avtalsvillkor, i detta sammanhang bör betraktas som en friskrivningsklausul är följande att beakta. En part som genom överlägsen förhandlingsposition kan förmå motparten att acceptera för denne oförmånliga villkor i form av friskrivningsklausuler har knappast behov av att åstadkomma detta genom att först åta sig ett ansvar – som han inte eljest skulle ha – och därefter utesluta eller begränsa det. Däremot kan det tyckas mer realistiskt att part utnyttjar sitt överläge ifråga om information genom att på olika sätt söka "dölja" sådana oförmånliga villkor. Av praktiska skäl förefaller dock denna möjlighet ytterst begränsad. Beträffande individuellt förhandlade villkor är det svårt att se hur man alls skulle kunna tala om ett "döljande" ens i den utvidgade bemärkelse som använts här. Om dock allmänna avtalsvillkor brukas tillsammans med individuella villkor existerar åtminstone formellt en sådan möjlighet. Den överlägsne parten kan till en början tänkas vilja försäkra sig mot att han drabbas av visst ansvar på grund av individuella avtalsvillkor, genom att ta in friskrivningsklausuler på undanskymd plats i standardvillkoren. Eftersom standardvillkoren är upprättade på förhand kan parten emellertid inte förutse vad de individuella villkoren kan komma att innehålla. En sådan friskrivning måste därför utformas generellt, exempelvis i den formen att förpliktelser enligt individuella villkor som strider mot standardvillkor får vika för de senare. Veterligen förekommer inte sådana villkor.[101] För övrigt torde i dessa fall gälla en regel av närmast motsatt innebörd, således att individuella villkor som står i konflikt med standardvillkor går före de sistnämnda.[102] Denna tolkningsprincip innebär i och för sig inte att ett generellt villkor av det exemplifierade slaget nödvändigtvis blir utan verkan. Det är emellertid högst troligt – inte minst mot bakgrund av den nämnda tolkningsregeln – att domstolarna skulle inta en starkt restriktiv hållning mot ett sådant standardvillkor.

Det sagda innebär sammanfattningsvis att jag inte funnit tillräckliga skäl för att här behandla villkor som inskränker förpliktelser som följer direkt av andra avtalsvillkor som egentliga friskrivningsklausuler, främst därför att sådana villkor i ringa utsträckning om alls ger upphov till pro-

[101] En viss likhet kan möjligen ses med de ibland förekommande s.k. integrationsklausulerna som dock, till skillnad från de nu berörda villkoren, väsentligen avser att söka utesluta alla tolkningsdata utanför den skriftliga avtalshandlingen från att komma till användning vid tolkningen av avtalet. Beträffande integrationsklausuler se t.ex. Huser, Avtaletolking s 57 f och Ramberg, Allmän avtalsrätt (1991) s 93 f.

[102] NJA 1964 s 152. Se även Bernitz, Standardavtalsrätt s 47 f och Söderberg i Juridiska Föreningen i Lund skriftserie Nr 5 s 43 samt Vahlén, Avtal och tolkning s. 255.

blem av det slag som friskrivningsklausuler vilka riktar sig mot dispositiv rätt eller mot handelsbruk eller annan sedvanerätt.[103] Ett ytterligare, om än inte avgörande, skäl mot en sådan utvidgad begreppsbestämning är att den lätt skulle komma att framstå som missvisande. Den som påtar sig ett ansvar som han inte eljest skulle ha haft, exempelvis enligt dispositiv lagstiftning eller sedvanerättsliga regler, och därefter begränsar detta ansvar i samma utsträckning kan naturligtvis på väl så goda grunder anses ha utvidgat sitt ansvar som inskränkt detsamma.

1.6 Vissa teoretiska utgångspunkter

En viktig och kan synas självklar utgångspunkt för den följande undersökning är att de avtalsrättsliga reglerna, inklusive dem som rör friskrivningsklausuler, har att verka inom ramen för ett i huvudsak marknadsekonomiskt system. Man kan också uttrycka saken så att avtalsrätten utgör en integrerad del av det marknadsekonomiska systemet genom att reglera det rättsliga instrument med vars hjälp utbytet (i vart fall huvuddelen) på marknaden sker. Det bör därmed vara av intresse att analysera reglerna och deras tillämpning också ur ett mera renodlat ekonomiskt (eller kanske riktigare rättsekonomiskt) orienterat perspektiv för att söka nå klarhet om vilket utrymme som finns för rättsekonomiska argument när det gäller utformningen och tillämpningen av de rättsregler som är föremålet för avhandlingen.

Utgångspunkten är att sådana argument kan ha ett värde vid sidan av andra faktorer. Argumenten, rättsekonomiska och övriga, kan inte sällan antas peka i samma riktning och därvid tillsammans ge ett starkare stöd för en viss lösning. I vissa fall får man räkna med att de ekonomiska argumenten inte ger några användbara hållpunkter för hur frågan bör lösas eller att de rent av talar i annan riktning. I det sistnämnda fallet får man, med den antagna utgångspunkten, på vanligt sätt väga de olika argumenten mot varandra. En fråga blir då vilken vikt som kan tillmätas sådana rättsekonomiska argument, dvs. betydelse av att en lösning är ekonomiskt effektiv.

Det torde vara obestridligt att avtalet som rättsligt instrument spelar en central roll i alla system som bygger på marknadsekonomi. Även i ett starkt reglerat ekonomiskt system (som det planekonomiska) har avtals-

[103] När det gäller friskrivning från partsbruk är förhållandena mer likartade. En väsentlig skillnad är dock att partsbruket sällan torde framgå av det aktuella avtalsvillkoren utan får sökas i parternas tidigare avtalsvillkor eller faktiska handlande.

rätten sin betydelse om än i mindre mån och med delvis andra syften. Marknadsekonomi – liksom planekonomi – är i grunden en metod för resursallokering. Systemet bygger på tanken att marknaden, om den får fritt spelrum, kommer att fördela resurserna på ett ekonomiskt effektivt sätt. Effektivitet används här i sin inom nationalekonomin klassiska betydelse, dvs. en situation är effektiv (Pareto-optimal) om det inte finns en annan situation som innebär att åtminstone någon får det bättre samtidigt som ingen får det sämre.[104] En sådan fördelning av resurserna kan med andra ord sägas vara effektiv i den meningen att den, i förhållande till utgångsläget, innebära en maximering av välståndet.

Vilken uppgift har då avtalsrättens regler i det (marknads-) ekonomiska systemet? Det är lätt att inse att svaret på frågan bör återspegla sig i reglernas utformning och tolkning. Att tydliggöra dessa uppgifter måste därför vara av betydande värde som utgångspunkt för en kritisk granskning av reglerna och deras tillämpning. Det är å andra sidan inte helt enkelt att klargöra vilka dessa uppgifter är eller borde vara. Förarbeten – liksom för den delen rättsvetenskaplig litteratur – behandlar mera sällan sådana frågor. I många fall beror detta sannolikt på att uppgifterna tas för givna eller är underförstådda. Ibland får man dock räkna med att tystnaden beror på att man inte närmare har övervägt frågan. I den mån frågor av detta slag behandlas mer ingående sker det som regel inom ramen för rättsekonomiskt orienterade framställningar.[105]

Avtalets uppgift är att vara ett "verktyg" för den ovannämnda resursallokeringen genom att möjliggöra att rättigheter och skyldigheter omfördelas på frivillig väg mellan olika rättssubjekt. Som nämndes leder enligt

[104] Det s.k. Pareto-kriteriet. Se exempelvis Bohm, Samhällsekonomisk effektivitet s 13, Cooter & Ulen, Law and Economics s 232, Skogh & Lane, Äganderätten i Sverige s 52 f och Trebilcock, The Limits of Freedom of Contract s 7. Även andra mått – framför allt Kaldor-Hicks kriterium som grundar sig på hypotetiska kompensationer – används ibland för ändamålet i nationalekonomisk och rättsekonomisk analys, se t.ex. Skogh & Lane a.a. s 54 f, Posner, Economic Analysis of Law s 13 ff och Trebilcock a.a. s 7 och s 17.

[105] Rättsekonomi kan ses som en gren av nationalekonomin men utgör strängt taget ett tvärdisciplinärt ämne som integrerar ekomomi och juridik på sätt som antyds av ämnets motsvarande engelska benämningen "law and economics". Dess uppgift kan kort uttryckt sägas vara att behandla förhållandet mellan juridik och ekonomi. Förekomsten av sådan rättsekonomisk litteratur är påfallande sparsam i Sverige, liksom i övriga Norden, till skillnad från förhållandet i många andra länder. Som exempel på svenska vetenskapsmän som i större omfattning ägnat sig åt rättsekonomiska frågeställningar kan nämnas Göran Skogh och Lars Werin. Inom rättsvetenskapen har ämnet i Sverige under senare år uppmärksammats av framför allt Carl Martin Roos i ett antal artiklar (se t.ex. TfR 1993 s 227 ff och JT 1994–95 s 476 ff).

den (marknads-) ekonomiska teorin det frivilliga utbytet[106] av varor och tjänster – eller mera generellt uttryckt av rättigheter och skyldigheter – till en effektiv användning av resurserna och ett ökat välstånd i samhället.[107] Ett enkelt exempel som brukar anföras för att illustrera detta förhållande är följande. Antag att A äger ett föremål som för honom är värt 100 kr men i B:s hand är värt 150 kr. Ett värdetillskott kan då åstadkommas genom att B köper föremålet av A för exempelvis 125 kr. Tillskottet blir i detta fall tydligen 50 kr.[108] Exemplet bortser från eventuella (externa) effekter som köpet emellanåt kan medföra för tredje man.

En faktor av stor betydelse för det frivilliga utbytet av rättigheter och skyldigheter är den s.k. transaktionskostnaden. Härmed avses vissa kostnader som i princip alltid uppkommer i samband med frivilliga transaktioner. Det rör sig huvudsakligen om tre typer av kostnader. För det första kostnader i ett förberedande skede för att inhämta information om priser och andra villkor och för att komma i kontakt med motparten. För det andra kostnader för förhandlingar och kontraktsskrivande samt slutligen kostnader för att genomföra avtalet och bevaka dess efterlevnad.[109] Transaktionskostnaderna kan som man lätt inser variera högst avsevärt. De kan ibland vara så låga att de är försumbara. I andra fall kan de ha sådan omfattning att de i praktiken hindrar att avtal kommer till stånd. Transaktionskostnaderna kan därför stundom vara en förklaring till att rättigheter omfördelas på annat sätt än genom avtal t.ex. genom lagstiftning eller organisatoriska lösningar, dvs. tillskapande av andra beslutsprocesser än avtal.[110]

Härnäst måste vi fråga oss hur avtalet skall kunna fullgöra sin nyssnämnda uppgift (som ett användbart verktyg i "omfördelningsprocessen"). Vad krävs med andra ord av de regler som styr avtalet som institut?

För att resursallokering genom avtal skall kunna bli effektiv (i den betydelse som används här) fordras uppenbarligen att parter, åtminstone i princip, fritt kan välja med vem man vill avtala och vilket innehåll avta-

[106] Termen "utbyte" har valts för att den i juridiska sammanhang är relativt "obelastad". I ekonomisk litteratur används vanligen termen "byte" som dock har den nackdelen att den inom juridiken har en betydligt snävare innebörd än vad som avses i dessa sammanhang och därför kan leda till missförstånd. Termen "utbyte" avser således att omfatta frivilliga överlåtelser och upplåtelser av rättigheter i allmänhet vare sig de exempelvis sker i form av köp, byte (i juridisk mening) eller hyra även om framställningen fortsättningsvis endast behandlar köpavtal.

[107] Jfr t.ex. Coase i Contract Economics (edit. Werin & Wijkander) s 74. I sammanhanget bortses från fördelningen av välståndet.

[108] Kronman & Posner, The Economics of Contract Law s 1 f.

[109] Se exempelvis Werin a.a. s 51.

[110] A.a. s 52 f.

let skall ha, kanske i synnerhet ifråga om priset. Det handlar således om avtalsfrihetens princip. Att friheten varken kan eller behöver vara total är en annan sak. Avtalsfrihetens betydelse, särskilt för möjligheten att föra in friskrivningsklausuler i avtalet, behandlas utförligare i ett kommande avsnitt.

En central funktion som avtalsrättens regler har att fylla är att befordra säkerhet i de transaktioner som sker med avtalet som verktyg.[111] Parterna måste med fog kunna räkna med att vad de avtalat om kan realiseras. För den händelse någon av parterna inte vill uppfylla sina förpliktelser måste reglerna – här åsyftas såväl materiella som processrättsliga – erbjuda parterna ett sätt att effektuera vad de överenskommit om i avtalet eller ställa sanktioner till förfogande för den händelse att någon av parterna gör sig skyldig till kontraktsbrott. Det betyder enligt min mening inte att avtal skall verkställas till varje pris, än mindre att det alltid måste ske helt i enlighet med de ursprungliga avtalsvillkoren. Däremot måste detta gälla som huvudregel. I annat fall lär parter inte kunna förlita sig på avtalet som medel för det frivilliga utbytet. Om särskilda omständigheter föreligger, inte minst om de inträffat efter avtalsslutet, kan det emellertid finnas skäl att frångå huvudregeln.

Ett annat grundläggande krav som reglerna måste uppfylla är att de allmänt sett, liksom för den delen alla rättsregler, bör vara så beskaffade att de är ägnade att inge förtroende eller i vart fall åtnjuta acceptans hos en bred majoritet av dem som berörs. Regelsystem som i hög grad tillåter avtalsvillkor vilka i breda lager uppfattas som klart oskäliga kan knappast nå en sådan acceptans. En annan sak är att ett mått av klar fördel för en av parterna, som ett resultat av bl.a. förhandlingsskicklighet, kan framstå som helt acceptabelt.

Slutligen bör reglerna bidra till att så långt möjligt sänka transaktionskostnaderna, ett krav som hänger nära samman med vad som här sagts om vikten av att skapa acceptans för reglerna.[112] Sistnämnda krav bör framför allt innebära en strävan att åstadkomma klarhet och förutsebarhet i det avtalsrättsliga regelsystemet men också ett avtalsinnehåll som åtminstone i stora drag överenstämmer med hur jämnstarka parter skulle ha reglerat sina mellanhavanden eller med hur god sedvänja eller gott handelsbruk på området ser ut.

Vad som sagts hittills har rört avtalsrättsliga regler i största allmänhet. Nästa fråga bör bli om de regler som särskilt gäller giltigheten och räck-

[111] Jfr North, Institutionerna, tillväxten och välståndet s 48 och 61 angående institutionerna roll i detta sammanhang.
[112] Jfr Kronman & Posner a.a. s s 2

vidden av friskrivningsklausuler har samma uppgifter att fylla eller om de helt eller delvis fyller andra funktioner i det ekonomiska systemet och om så skulle vara fallet vilka dessa är.

Som kommer att utvecklas närmare i kommande avsnitt utgör friskrivningen ur parternas synvinkel väsentligen ett instrument för att mellan sig fördela (eller mera exakt omfördela) risker som är förenade med avtalet ifråga. Det handlar ofta om risker som i ett eller annat avseende är svårberäkneliga. Det kan exempelvis röra sig om risken för att säljaren skall råka ut för en leveransförsening på grund av svårigheter att anskaffa råvaror för sin tillverkning. Risken för att en vara på grund av fel skall orsaka köparen följdskador är ett annat exempel. Risken för att varan skall skadas under transporten till köparen utgör ett tredje.

Två förhållanden av generellt sett stor betydelse bör nämnas i sammanhanget. Vad som avses hänger samman med den tidsmässiga och rumsliga aspekten. Avtal ingås och genomförs å ena sidan ofta i det vardagliga livet mer eller mindre momentant ("snabbtransaktioner") av parter på samma ort i direktkontakt med varandra. Å andra sida förekommer det att parter i olika länder på stort avstånd från varandra genomför avtal som löper under lång tid, ibland flera år. Den sistnämnda typen av transaktioner medför normalt sett såväl fler som större risker än de kortvariga avtalen och riskbedömningen blir, bl.a. som en följd av detta, mer komplicerad.

Inget av vad som sagts nu ger fog för att tilldela de regler som rör kontrollen av friskrivningsklausuler väsentligen andra uppgifter än avtalsrättens regler i allmänhet. Särskilt när det gäller risker av större ekonomisk betydelse förefaller det finnas anledning att ytterligare understryka betydelsen av säkerhetsaspekten. Parterna bör i allmänhet kunna lita på att vad de avtalat om ansvarsfördelningen beträffande sådana risker gäller, så att de kan planera sina förhållanden och vidta relevanta åtgärder med utgångspunkt från innehållet i avtalet.[113]

På en idealisk (perfekt) marknad – sådan som de neoklassiska ekonomiska teorierna i princip utgår från – råder jämvikt, fullständig konkurrens, agerar fullt informerade parter som uppträder rationellt, förekommer inte transaktionskostnader osv. Det finns goda skäl att anta att parterna på en sådan marknad skulle fördela riskerna på ett ekonomiskt effektivt sätt således att den får bära risken som kan göra det till den

[113] Jfr prop. 1975/76:81 s 105 och s 110. Se även advokatsamfundets remissyttrande i a prop. s 88 och Grönfors, Avtal och omförhandling s 30 f.

lägsta kostnaden.[114] Skälen härtill är, liksom beträffande kontraktsvillkor i allmänhet, att jämnstarka och rationella parter skulle utforma villkoren så att de båda får största möjliga utbyte (nytta) av avtalet.[115] I praktiken skulle det sannolikt som regel betyda att risken läggas på den av parterna som bäst kan beräkna risken och dess konsekvenser eller den som bäst kan sprida, eller på annat sätt t.ex. genom försäkring absorbera, riskens ekonomiska följdverkningar. Man brukar i detta sammanhang tala om två principer för effektiv fördelning av risker beroende på vilken typ av risk det rör sig om. Regeln om den "överlägsne" försäkringsgivaren gäller fall av s.k. ren risk, dvs. sådana risker som ingen av parterna kan påverka vare sig ifråga sannolikheten för att skada skall inträffa eller med avseende på den eventuella skadans storlek. Principen innebär att risken bör bäras av den part som har tillgång till den bästa försäkringslösningen vare sig denna består i att parten själv, genom riskspridning, kan agera som ett slags försäkringsgivare eller att parten via premieinbetalningar kan överföra risken på ett försäkringsbolag.[116]

Den helt dominerande typen av risker är emellertid sådana som i det ena eller andra avseendet kan påverkas av parterna. Man kan, för att ta ett par exempel, lägga märke till att även sådana risker som har samband med krig eller väderlek ofta är möjliga att påverka. En säljare kan t.ex. minska risken eller snarare dess konsekvenser genom att ha alternativa leverantörer och genom att bygga upp ett tillräckligt stort buffertlager. Beträffande risker av detta slag talar man om kontrollprincipen som den ekonomiskt effektiva princip för riskens placering, som det finns anledning räkna med att parterna skulle välja att använda sig av under den ytterligare förutsättningen att de är riskneutrala.[117] Risken kommer därvid att bäras av den av parterna som kan (bäst) kontrollera risken. En

[114] Slutsatsen är förenlig med det s.k. Coase-teoremet som sammanfattningsvis säger att om avtal kan ingås utan transaktionskostnader så kommer det att resultera i ekonomiskt effektiva avtal oberoende av hur de rättigheter som berörs är fördelade enligt rättsordningen. Se t.ex. Skogh & Lane, Äganderätten i Sverige s 66 och Cheung i Contract Economics s 54. Coases tankegångar (sammanfattade av George Stigler under benämningen Coases teorem), som fått stor betydelse för den ekonomiska analysen av rättsregler, framfördes ursprungligen i en artikel i The Journal of Law and Economics, 1960, oktober, s 1–44.

[115] Se t.ex. Cooter & Ulen, Law and Economics s 232

[116] Skogh & Lane, Äganderätten i Sverige s 90 ff

[117] Med riskneutralitet avses att en kostnad (t.ex. 100 kr) eller en intäkt som inträffar med viss sannolikhet (exempelvis 1/100) bedöms som likvärdig med det matematiskt förväntade värdet (1 kr). Den som är riskneutral tar med andra ord lika gärna en säker intäkt på 1 kr som en sannolik på 100 kr om sannolikheten är 1/100. Den som föredrar den säkra intäkten sägs ha riskaversion medan den som väljer den sannolika anses hysa riskpreferens. Se exempelvis Skogh & Lane, Äganderätten i Sverige s 90 och Werin a.a. s 30.

sådan ordning innebär att den ansvarige har anledning att vidta åtgärder för att minska risken (eller dess följdverkningar). Om risken placeras på den andra parten minskar den kontrollerande partens motivering påtagligt för att söka reducera risken samtidigt som den andra parten saknar möjlighet, eller i vart fall har små möjligheter, att påverka risken.[118]

Den "nya" köplagen, liksom dess förebild CISG, bygger på en liknande princip – det s.k. kontrollansvaret – när det gäller skadeståndsskyldighet på grund av fel och dröjsmål för direkt förlust.[119] En part som bär sådant ansvar blir ersättningsskyldig såvida han inte kan visa att förlusten berodde på ett hinder utanför hans kontroll som han inte bort förutse (och vars följder han inte skäligen kunde ha undvikit eller övervunnit). Ansvaret blir därmed beroende av hur gränsen mellan partens kontrollsfär och vad som faller utanför dras samt vilka hinder som det bedöms att en part bör förutse. Om gränserna för kontrollsfären och vad som bör förutses dras snävt kan resultatet i vissa fall bli att en part kan undgå ansvar trots att han har bättre, om än små, möjligheter att kontrollera risken (hindret) än motparten, vilket måhända inte är önskvärt av effektivitetsskäl.[120] Vad som sägs i motiven om gränsdragningen antyder att en sådan ansvarsfördelning är en tänkbar följd av den i köplagen införda principen.[121]

Ett problem kan tyckas vara att den s.k. perfekta marknaden i realiteten knappast existerar. I bästa fall kan förhållandena anses närma sig utgångspunkterna för en sådan marknad.[122]

Imperfektioner förekommer således i praktiken regelmässigt. Ett vanligt och välkänt exempel är ofullständig konkurrens. Ett annat är förekomsten av transaktionskostnader. Dessa kan visserligen variera avsevärt i storlek men knappast någon marknad saknar helt sådana kostnader.[123] Å andra sidan kan dessa kostnader som regel antas vara små i förhållande till värdet av föremålet för transaktionen.[124]

En särskilt viktig aspekt av transaktionskostnaden i sammanhanget är den som rör informationen. Kostnaderna för information medför i åtskilliga fall att parterna inte har den fullständiga kunskap som de neoklassiska teorierna förutsätter. Än viktigare är kanske det faktum att informa-

[118] Skogh & Lane, Äganderätten i Sverige s 90 ff.

[119] Se 27 och 40 §§ köplagen

[120] Jfr a.a. s 97

[121] Prop 1988/89:76 s 111. Se särskilt vad som sägs om brand orsakad av pyroman.

[122] North anger exempelvis finansmarknaderna som en sådan marknad när det gäller den neoklassiska teorins antaganden om beteendet hos aktörerna. Se North, Institutionerna, tillväxten och välståndet s 41.

[123] Se t.ex. Bjuggren & Skogh, Företaget – en kontraktsekonomisk analys s 21 och Werin a.a. s 51

[124] Cooter & Ulen a.a. s 236.

tionen av främst kostnadsskäl tenderar att bli asymmetrisk, dvs. ojämnt fördelad mellan parterna. Ett sådant förhållande kan i extrema fall, som Akerlof visat, medföra att marknaden inte fungerar.[125] Vanligen är det av naturliga skäl så att säljaren i förhållande till köparen har överlägsen kunskap om sin produkt. Ofta – om än långt ifrån alltid – torde detta gälla också om andra viktiga förhållanden som t.ex. priser och förekommande (standard-) villkor på marknaden. Snedfördelning av information är följaktligen en vanlig företeelse i konsumentförhållanden.

Att ofullständig information således, inte minst beträffande priset, kan påverka hur marknaden uppför sig torde stå klart.[126] I vilken utsträckning som ofullständig information inverkar på den neoklassiska modellens slutsatser om den fria marknadens effektivitet är dock omstritt.[127]

Antagandet att marknadens aktörer handlar rationellt[128] – i den meningen att de strävar efter att maximera sin nytta (sitt välstånd) – har likaledes ifrågasatts. Man har, förmodligen med rätta, bl.a. hävdat att aktörernas motivation är mer komplex än vad som framgår av den ekonomiska modellens antagande om strävan efter välståndsmaximering.[129] Människors beteende styrs även av andra värden, exempelvis altruism. Värden som altruism kan emellertid också – som Gary Becker gjort – betraktas blott som en sida av aktörernas välståndsmaximering.[130] Nyttan kan då sägas ligga i andra människors välfärd.[131]

Man har vidare pekat på aktörernas begränsade förmåga att bearbeta och tillgodogöra sig information.[132] Ett exempel på detta är att människor ofta har svårt att korrekt värdera information om risker i synnerhet om den föreligger i form av statistiskt material. Vanligt är att sannolikheten

[125] Ackerlof, The Market for "Lemons": Qualitative Uncertaintity and the Market Mechanism. Quarterly Journal of Economics 84:488–500.

[126] Farber, Contract Law and Mordern Economic Theory. Northwestern University Law Review, 1983, vol. 78 s 326.

[127] Se a.a. s 327.

[128] Antagandet om rationellt handlande i den ekonomiska teorin innebär i och för sig inte att aktörer alltid antas uppträda rationellt i alla avseenden. Antagandet bygger emellertid på tanken att icke-rationellt handlande successivt kommer att "rensas ut" när det visar sig att ett sådant beteende leder till misslyckanden medan det rationella uppträdandet (i den mening som det här är fråga om) befordrar framgång eller i varje fall att aktören "överlever" konkurrensen på marknaden. Se t.ex. North a.a. s 40

[129] North a.a. s 41 ff

[130] Becker, A Treatise on the Family

[131] Paretoeffektivitet som jämförelsemått anses dock normalt sett inte förenlig med s.k. relativ nytta såsom altruism. Skogh & Lane, Äganderätten i Sverige. En lärobok i rättsekonomi s 52 f

[132] Se t.ex. Simon, Theories of Decision Making in Economics and Behavioral Science. American Economic Review, 1959 s 253–283 och densamme, Rationalty in Psychology and Economics. Journal of Business, 1986, vol. 59 (supplement) s 209–224.

för att låga risker skall realiseras underskattas.[133] Man tror så att säga ogärna att risken skall bli verklighet. Den omgivning i vilken risken uppträder och hur den presenteras är – som bl.a. Kahneman och Tversky visat[134] – ytterligare faktorer som kan påverka möjligheten att göra en korrekt riskbedömning.

Det förhållandet att parter inte sällan hyser riskaversion, vilket påverkar deras beteende, kan ses som ett annat uttryck för aktörernas begränsade rationalitet. Att parterna inte är riskneutrala påverkar i sin tur analysen av riskplaceringen. Är den som har riskaversion inte tillika den av parterna som bäst kan kontrollera risken innebär dock förhållandet knappast något problem. Den sistnämnde kommer då som regel att ta på sig risken vilket som nämnts är effektivt. Om däremot den som hyser störst riskaversion är den som bäst kontrollerar risken kan avtalet – särskilt om denne saknar försäkringsmöjligheter – resultera i en från ekonomiska utgångspunkter icke önskvärd riskplacering. Ekonomiska argument talar i sådana fall emot en riskfördelning som strider mot kontrollprincipen.[135]

Allmänt sett förefaller det mig som om uppfattningen, att graden av den rationalitet med vilken en aktör kan förväntas uppträda i stor utsträckning beror på vilken erfarenhet aktören förvärvat av den aktuella situationen, har goda skäl för sig.[136] Det skulle exempelvis betyda att näringsidkare och andra professionella aktörer på marknaden som regel kan väntas handla rationellt i större utsträckning än konsumenter (och privatpersoner i allmänhet), dvs. så länge de agerar inom sitt "professionsområde".

Det faktum att helt perfekta marknader knappast existerar betyder inte att begreppet[137] är utan intresse. Det kan således tjänstgöra som utgångspunkt för bedömningen av de förhållanden som rått vid ingåendet av ett visst avtal. Graden och arten av avvikelser som framträder vid en sådan jämförelse kan i sin tur ligga till grund för ställningstaganden om avtalets effektivitet och ingå som ett led i bedömningen av om och hur en eventuell korrigering av avtalet skall ske. Argumentet blir därmed beroende av hur och i vilken grad som förhållandena skiljer sig från de "idealiska" (den s.k. perfekta marknadens). Särskilt kritisk torde jämförelsen vara

[133] Arnould & Grabowski, Auto Safety Regulation: An Analysis of Market Failure. Bell J. Econ., 1981, vol. 12 s 29 och 34 f.

[134] Se bl.a. Kahneman & Tversky, Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk. Econometrica, 1979, vol. 47 s 263 ff

[135] Jfr Skogh & Lane s 96

[136] Winter, Comments on Arrow and on Lucas. Journal of Business (supplement), 1986, vol. 59 s 432. Jfr även Schumpeter, The Theory of Economic Development s 80

[137] Egentligen borde man kanske tala om den perfekta marknaden som en (analys-) modell.

med avseende på konkurrensförhållandet och den del av transaktionskostnaden som avser relevant information. Om avvikelserna är små och förhållandena således i stort motsvarar den perfekta marknadens talar det för att parternas avtal bör upprätthållas såsom varande effektivt (paretooptimalt).[138] Föreligger mera påtagliga avvikelser i förhållande till vad som antas råda på den perfekta marknaden kan det tänkas utgöra skäl för en korrigering av avtalet till följd av marknadssvikt. I vart fall så motsägs inte ett ingripande i avtalsförhållandet av effektivitetshänsyn. Det bör kanske anmärkas, att bruk av särskilt ensidigt utformade standardavtal vid avtalsslutande, kan vara ett sådant förhållande som medför att kriterierna för upprätthållande av avtalet på grund av presumtionen om dess effektivitet brister. Antagandet om att parterna i stort uppträder rationellt för att uppnå bästa möjliga ekonomiska utbyte (nytta) av avtalet förutsätter nämligen att åtminstone ett visst mått av valfrihet föreligger.[139]

Sammanfattningsvis bör en slutsats av vad som sagts nu bli att friskrivningsklausuler som träffats under förhållanden som nära överensstämmer med den s.k. perfekta marknadens kan presumeras vara effektiva, vilket understödjer principen om att avtal bör upprätthållas.[140] Om däremot s.k. marknadssvikt föreligger kan en korrigering av avtalet vara motiverad också utifrån effektivitetshänsyn. Att avtalet framstår som oskäligt vid en ordinär juridisk bedömning, enligt exempelvis 36 § avtalslagen, torde för övrigt inte sällan var tecken på att sådan svikt föreligger.[141] Att hänsynstagande till effektivitetsskäl av det nu aktuella slaget inte kan anses stå i strid med förutsättningarna för oskälighetsbedömningen enligt 36 § avtalslagen har hävdats, och enligt min mening övertygande motiverats, i en omfattande undersökning av Trine-Lise Wilhelmsen redovisad i Tidsskrift for Rettsvitenskap.[142] En annan fråga är vilken betydelse som sådana hänsyn kan eller bör tillmätas vid oskälighetsbedömningen eller i övrigt, exempelvis vid tolkningen av friskrivningsklausuler. Allmänt sett vågar man nog påstå att effektivitetsargumentet i första hand kan tjänstgöra som stöd eller komplettering till andra argument. Det kan således å ena sidan ge visst stöd för en korrigering i sådana fall då marknadssvikt föreligger. Å andra sidan och framför allt talar effektivitetsargumentet med viss styrka för att avtalet upprätthålls

[138] Jfr t.ex. Wilhelmsen, Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet i TfR 1995 s 1 ff (särskilt s 41 f och s 47 samt s 147).

[139] Jfr Cooter & Ulen a.a. s 234 och Wilhelmsen a.a. s 43 f.

[140] Jfr Wilhelmsen a.a. s 41 f.

[141] Jfr a.a. s 50.

[142] A.a. s 1 ff (se särskilt på s 20 och s 218). Jfr även Roos i TfR 1993 s 241 angående möjligheten att, inom ramen för rättskälleläran, använda rättsekonomiska argument i avtalsrätten.

om det träffats under förhållanden som nära överensstämmer med den s.k. perfekta marknadens.

Vidare bör det sagda understödja en i grunden positiv syn på användningen av allmänna avtalsvillkor med reservation dock, som antytts, för villkor som på grund av att de är ensidigt upprättade, eller av andra skäl, inte kan presumeras ge uttryck för en rimlig intresseavvägning mellan parterna. En sådan ordning sänker transaktionskostnaderna och möjliggör att eljest olönsamma avtal kan komma till stånd.[143] Samhällets resurser kan därigenom nyttjas effektivare.

En fördel med att mera medvetet föra in denna typ av rättsekonomiska argument är – förutom att det kan väntas befordra ekonomiskt effektivitet – att det åtminstone i någon mån bör kunna öka förutsebarheten i bedömningarna.[144]

1.7 Utvecklingslinjer i nordisk rätt

1.7.1 Bakgrund

Som framhållits i annat sammanhang har bruket av friskrivningsklausuler i och för sig en lång historia. Det betyder dock inte att friskrivningsklausuler som rättslig företeelse har spelat någon framträdande roll i äldre rätt. Tvärt om är det först under relativt sen tid – från slutet av 1800-talet och framåt – som frågan om en närmare rättslig reglering (kontroll) av sådana klausuler uppmärksammades i någon nämnvärd utsträckning. I vart fall gäller det sagda för nordiskt vidkommande.

Ett antal faktorer har bidragit till angivna förhållande. Den viktigaste faktorn torde vara att söka i den ekonomiska utvecklingen. Industrialismens framväxt, den starkt ökande handeln och dess internationalisering. Dessa förhållanden har i sin tur fått återverkningar för avtalets karaktär i flera avseenden. Avtalsprestationen har i många fall – inte minst vid köp, särskilt beställningsköp/tillverkningsköp – kommit att bli mer komplicerad och riskfylld. Den förutsätter inte sällan stort kunnande och är i många fall beroende av invecklad teknik. Avtalsparten är ofta ett företag som fullgör prestationen med hjälp av ett stort antal "medhjälpare". Parterna är i ökande utsträckning "anonyma", dvs. de saknar inte sällan tidi-

[143] Jfr Posner & Rosenfield: Impossibility and related Doctrines in Contract Law. An Economic Analysis. The Journal of Legal Studies, 1977 s 89, Trebilcock a.a. s 119 och Yates, Exclusion Clauses in Contracts s 15.
[144] Jfr Wilhelmsen a.a. s 230.

gare anknytning eller relation till varandra och utgörs i många fall av associationer.[145] Som en följd av detta torde den genomsnittliga risk som är förenad med avtalet ("kontraheringsrisken") öka betydligt. Det kan i sin tur ge parterna (särskilt tillverkar-/säljarsidan) anledning att söka skydda sig på olika sätt. Ett sådant kan vara genom införande av friskrivningsklausuler i allmänna leveransvillkor. Nämnda förhållanden ger, i förening med vissa andra faktorer som jag strax skall återkomma till, starka incitament för att skapa en ordning där avtal i stor utsträckning baseras på förformulerade, standardiserade villkor. Vid utformningen av sådana avtalsvillkor kan en noggrann och sakkunnig bedömning av genomsnittliga risker och andra betydelsefulla omständigheter för avtalet ske, utan att transaktionskostnaderna påverkas negativt i alltför hög grad. Det är med andra ord – på grund av bl.a. den komplicerade riskbedömningen – i många fall rationellt att använda sig av sådana allmänna avtalsvillkor samtidigt som dessa, i högre grad än lagregler, medger en anpassning till de särskilda förhållanden som råder inom ett visst område eller en viss bransch.[146]

Ytterligare en faktor som påverkat utvecklingen mot ett tilltagande bruk av friskrivningsklausuler, framför allt som led i standardvillkor, är säkerligen förhållandet till den dispositiva rätten eller kanske snarare brister i denna relation. Här åsyftas å ena sidan det faktum att lagregler på vissa områden kan saknas i stor utsträckning, ibland som en följd av ändrade förhållande. Så kan exempelvis den tekniska utvecklingen medföra att nya produkter och tjänster blir tillgängliga för kommersiellt bruk samtidigt som det saknas lagstiftning (eller andra rättsregler) om hur detta bruk närmare kan eller får utövas. Å andra sidan existerar på vissa lagreglerade områden en påtagligt spänning mellan den ordning som rättsreglerna förespråkar, och den verklighet som de är avsedda att reglera. Det kan ha flera orsaker. Rättsreglerna kan vara alltför vagt utformade eller från början vara dåligt anpassande till de förhållanden som de reglerar. En vanligare förklaring torde dock vara att "tidens tand" satt sina spår. De faktiska förhållandena ändras men lagstiftningen består, om uttrycket tillåts. Ytterligare en förklaring kan emellertid tänkas ligga i lagreglernas innehållsliga utformning, utan att reglerna därför behöver framstå som otidsenliga eller vaga. En i och för sig precist utformad regel som medför ett långtgående ansvar för ena parten i en avtalsförhållande inbjuder, om den är dispositiv, naturligt nog denne till att försöka lindra ansvaret på olika sätt. Ett exempel på ett område där en sådan diskrepans mellan lagregler och faktiska förhållanden, i betydelsen faktiskt tilläm-

[145] Jfr Petersen, Ansvarsfraskrivelse s 19.
[146] Jfr Bernitz, Standardavtalsrätt s 14 ff och i SvJT 1972 s 401 ff (på s 411 f).

pade villkor, är den del av köprätten som avser kommersiella avtalsförhållanden. Det sagda gäller i synnerhet tiden före nya köplagens ikraftträdande.[147] Ett av den senares syften var just att söka åstadkomma en anpassning i nämnda hänseende. Om det kommer att lyckas återstår väl att se. Klart är, vid en jämförelse med ledande standardavtal[148], att betydande avvikelser i förhållande till lagens reglering alltjämt består.

Det framstår förhoppningsvis inte som överraskande, mot bakgrund av vad som nu sagts, att friskrivningsklausuler som en mer allmän företeelse först utvecklades inom fraktavtalens ram, särskilt vid avtal om järnvägs- och fartygstransporter av gods.[149] Vid järnvägens utbyggnad (i Norden under slutet av förra och början av detta sekel, i Centraleuropa knappt hundra år tidigare) saknades i stor utsträckning relevant lagstiftning. När denna småningom utvecklades var den ofta påtagligt sträng för transportören som försökte lindra ansvaret genom att friskriva sig från framför allt skadeståndsskyldighet. Liknande former av friskrivningar spred sig senare till andra delar av transportväsendet och till avtal på närbesläktade områden som deposition, spedition och varvskontrakt.[150] Även i försäkringsavtalen förekom tidigt ansvarsfriskrivningar. Sannolikt är detta förhållande bl.a. uttryck för att det här förelåg ett särskilt starkt behov av ett avtalsrättsligt instrument när det gällde att åstadkomma en riskfördelning i överensstämmelse med de riskvärderingar och andra sådana kalkyler som försäkringen baserades på. Det bör kanske sägas att, här liksom eljest, förekom inte sällan – och förekommer alltjämt om än med mindre framgång – att en stark part använde sig av friskrivningen som huvudsakligt medel för att övervältra snart sagt alla avtalets risker på motparten. Inom köprättens område är friskrivning, som allmän företeelse, av något senare datum men förekom dock relativt tidigt i avtal om maskinleveranser.[151] Liksom på andra områden hör utvecklingen nära samman med framväxten av allmänna avtalsvillkor. I det följande skall några utvecklingslinjer i nordisk rätt med avseende på kontroll av friskrivningsklausuler skisseras. Framställningens tyngdpunkt ligger i stor utsträckning, av skäl som framgått, på friskrivningar i standardvillkor.

[147] Se t.ex. Vahlén i Festskrift till Håkan Nial s 531 ff (på s 535 f). Jfr Hellner i SvJT 1984 s 755 ff (på s 766 och s 768 ff)

[148] Exempelvis NL 92, ABM 92, Avtal 90 och ALOS 81 samt de för internationellt bruk avsedda ECE 188 och ORGALIME S 92.

[149] Se bl.a. Hole, Ansvarsfraskrivelse i massekontrakter i Forsikringsjuridisk Forenings Publikationer Nr 40/1959 s 4 och Petersen a.a. s 18 och s 20 f.

[150] Petersen a.a. s 19.

[151] A.a. s 25 och Hole a.a. s 4 f.

1.7.2 Närmare om utvecklingen i Norden

Under äldre tid[152] tycks friskrivningsklausuler inte ha rönt någon större uppmärksamhet vare sig hos lagstiftaren, i rättspraxis eller i doktrinen. Det har säkert flera orsaker. Viktigast är förmodligen föreställningen om den närmast oantastliga privatautonomin[153] som kommer till uttryck i upprätthållandet av en långtgående avtalsfrihet. Först i ett senare skede när avigsidorna med en sådan långt driven partsautonomi kommer till starkare uttryck aktualiseras frågan om en rättslig kontroll av friskrivningsklausuler. Det förefaller rimligt anta att det är förhållanden av det slag som berörts ovan – dvs. framför allt den starkt ökande handeln med industriprodukter, förändringar i partsrelationerna och efterhand det tilltagande bruket av allmänna avtalsvillkor – som småningom blottlagt svagheterna i systemet (dvs. med en i princip helt oreglerad marknad).

Doktrin och rättspraxis, i den mån sådan alls kan spåras, tycks således länge ha ägnat sig åt mera extrema former av "missbruk" i form av friskrivning. I sådana fall då svek förelåg från den friskrivande partens sida, liksom vid friskrivning från uppsåt, ansågs klausulerna som regel ogiltiga enligt doktrinen vid slutet av föregående och början detta sekel.[154] Frågan om tillåtligheten av friskrivning för grov oaktsamhet tycks länge ha varit omdiskuterad. Petersens bedömning av rättsläget vid slutet av 1950-talet är dock att någon allmän regel om ogiltighet av sådan ansvarsfriskrivning inte kan uppställas. Möjligen, framhåller han, kan domstolarna väntas åsidosätta vissa särfall av sådana avtalsvillkor, främst fall som omfattar eventuellt uppsåt.[155] Hole framför, endast några år senare, motsatt uppfattning för norsk rätts del. Friskrivning från ansvar för egen grov oaktsamhet är inte tillåten, däremot sägs det att friskrivning kan ske för "...underordnedes" skadevoldende handlinger eller unnlatelser..."

[152] Med äldre tid anses här för nordiskt vidkommande i huvudsak tiden fram till början av 1900-talet.

[153] Jfr t.ex. uttalanden i motiven till BGB angående utrymmet för friskrivning från grov oaktsamhet (Motive zum BGB I s 31). Jfr även beträffande engelsk rätt Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract särskilt s 402 f och s 408 angående perioden 1770-1870. Beträffande svensk rätt se exempelvis Almén, Om köp och byte § 24 vid not 91a–94 angående säljarens förbehåll för ersättningsskyldighet : "Att dylika förbehåll skola lända till efterrättelse, framgår redan av § 1 och har så till vida onekligen varit överflödigt att i förevarande paragraf uttala." Uttalandet förefaller onekligen ge intryck av en reservationslös inställning till giltigheten av förbehåll. Uttalandet görs dock i anslutning till regeln om force majeure och objektiv omöjlighet enligt § 24 i 1905 års köplag och det möjligt att man inte bör dra någon generell slutsats om författarens inställning i frågan om giltigheten av förbehåll i allmänhet. Jfr även Ussing, Aftaler s 186 och Adlercreutz, Högsta domsmakten i Sverige under 200 år. Del 2 s 120 (i Rättshistoriska studier 17:e bandet. Serien II)

[154] Se t.ex. Lassen, Haandbog i Obligationsretten. Speciel Del (1897) s 793.

[155] Petersen a.a. s 46 f.

även om skadan vållats av grov oaktsamhet.[156] Det kan för övrigt konstateras att denna fråga inte tycks vara helt oomstridd i modern nordisk doktrin.[157]

Redan mot slutet av 1800-talet finns vissa tecken på att domstolarna kunde tänka sig genom tolkning korrigera särskilt betungande avtalsvillkor. I en norsk højesterettsdom, Rt. 1877 s 107, framhåller således førstvoterende: "Jeg tror derfor at disse bestemmelser både etter sitt innehold kunne fortolkes og for ikke å bli så byrdefulle at de i virkeligheten opphever erstattningsplikten må forståes således att hvor det er tilstrekkelig bevis til stede for at beskadigelsen er skjedd under transporten, der må Jernbanen være ansvarlig." Frågan gällde en ansvarsbegränsande klausul i ett driftreglemente för den norska Jernbanen. I en tidig dansk dom finns antydningar om att en friskrivning som avser befrielse från uppsåtligt eller vårdslöst framkallat avtalsbrott måste vara tydligt utformad.[158] Det dominerande intrycket av såväl rättspraxis som doktrin är dock alltjämt föreställningen om tolkningen som en i allt väsentligt språklig tydningsprocess.[159] I ett senare skede under början av 1900-talet tycks dock en mer tydligt förändrad inställning ske, sannolikt under inflytande av den s.k. tillitsteorin.[160] Det praktiska behovet av korrigerande rättsliga instrument som aktualiseras av det tilltagande bruket av standardvillkor kan vidare antas verka i samma riktning. Det går inte att hålla fast vid en språklig uttydning vid vilken avtalstexten avskärmas från inverkan av andra omständigheter (rättsfakta).

Mera tydliga uttryck för en princip om snäv tolkning av och krav på tydlighet hos särskilt friskrivningsklausuler förmärks i doktrin och praxis under första hälften av innevarande sekel, även om tendensen som

[156] Hole a.a. s 11. Jfr även Vinding Kruse i Juristen 1958 s 209 angående bedömning av frågan i dansk rätt.

[157] Se t.ex. Adlercreutz II s 99 som tycks mena att läget fortfarande är i viss mån osäkert på denna punkt och Bernitz, Standardvillkor s 53 som anför att man normalt sett inte kan med rättslig verkan friskriva sig från ansvar för grov oaktsamhet samt Gomard, Almindelig kontraktsret (2:a uppl) s 194 not 23 som för dansk rätt anför att ansvarsfriskrivning för uppsåt "...og efter omstaendighederne også for grov uaktsamhed er ugyldig...". Se vidare avsnitt 4.1.

[158] UfR 1885 s 765. Jfr Petersen om rättsfallet i Petersen a.a. s 139 f. Jfr även NJA 1874 s 89 (som dock inte kan sägas avse tolkning av friskrivning).

[159] Jfr t.ex. Adlercreutz a.a. s 63 f. Det finns å andra sidan redan tidigt exempel i doktrinen på företrädare för en annan mer modern inställning, med avståndstagande från den rena bokstavstolkningen som ledande princip. Det sagda gäller inte minst den danske rättsvetenskapsmannen Ørsted. Se härom i Huser, Avtaletolking s 242 ff

[160] Angående tillitsteorin och dess inflytande i norden se t.ex. NJA II 1915 s 250 och Almén & Eklund, Lagen om avtal s 161 ff. Se även Lehrberg, Avtalstolkning s 7 f.

nämnts förekom redan tidigare.[161] Flera av de rättsfall som behandlar frågan angår visserligen avtal med anknytning till sjöfarten. De fåtaliga domar som avser köp ger dock inte intryck av någon väsentligt annorlunda bedömning.

Kravet på klarhet (enligt vad som numera oftast benämnes som oklarhetsregeln eller contra stipulatorem) kom som framgått att tillämpas främst på allmänna avtalsvillkor. Ett näraliggande korrektiv, som i hög grad berör friskrivningsklausuler, är att förvägra oväntade och särskilt betungande klausuler i standardvillkor del i det enskilda avtalet, såvida inte motparten gjorts uppmärksam på dem eller eljest känner till eller åtminstone borde känna till dem. Metoden vinner terräng i doktrinen under 1900-talets första årtionden och kan sägas vara mer allmänt omfattad vid seklets mitt.[162] Antydning i samma riktning kan även spåras i rättspraxis från denna tid, särskilt dansk praxis.[163]

Ytterligare ett steg i utvecklingen mot en effektivare rättslig kontroll av friskrivningsklausuler och andra betungande villkor är en tillämpning av generellt hållna bestämmelser eller allmänna rättsgrundsatser om ogiltighet (eller overksamhet och eventuellt även jämkning) på grund av villkorens otillbörliga eller oskäliga innehåll. För svensk del innebar detta

[161] Jfr t.ex. NJA 1918 s 20 (tolkning av force majeure-klasusul), NJA 1950 s 86 (otydlighet i ordersedel) samt NJA 1954 s 573 (det s.k. Mimona fallet vari HD angående tolkningen av villkor i certeparti bl.a. anför att: "Liksom friskrivningsklausuler i allmänhet bör den nu dryftade tolkas snävt..."). Beträffande norsk rätt jfr exempelvis Rt. 1911 s 1037 (" full negligence-klausul" i certeparti tillerkändes inte rättsverkan som friskrivning i målet då den inte ansågs tydlig nog för att åsidosätta den sedvanliga regeln enligt sjölagen) och Rt. 1921 s 309 (friskrivning i konossement från ansvar för stöld av fraktgods ansågs inte befria rederiet från ansvar för förlorat gods då oaktsamhet förekommit vid godsförvaringen) samt Rt. 1925 s 945 (hänvisning på baksidan av bekräftelsehandling till allmänna avtalsvillkor, som bl.a. innehöll inskränkningar av köparens hävningsrätt för dröjsmål enligt köplagen, ansågs inte ha blivit del av avtalet, då den av allt att döma inte var tydlig nog för att medföra reklamationsskyldighet för köparen). Även UfR 1937 s 472 (Friskrivning i garantiklausul ansågas inte omfatta skadestånd för fel, tydligen på grund av att det förelåg försummelse på säljarens sida i förening med viss otydlighet hos klausulen) och UfR 1941 s 306 (friskrivning för försening i varvskontrakt om reparation av fartyg ansåg inte med säkerhet omfatta försening som berodde på brand som vållats under det att reparation pågick). Beträffande nordisk doktrin från denna tid kan bl.a. hänvisas till Arnholm, Almindelig avtalerätt (1949) s 132 f och Ussing, Aftaler (1950) s 427 f.

[162] Se t.ex. Schmidt, Faran och försäkringsfallet (1943) s 167 ff, Ussing a.a. s 185 och s 430 (1950), samt Vinding Kruse i Festskrift till Ussing (1951) s 288. Jfr Arnholm, Almindelig avtalerett (1949) s 313. En tidig förespråkare av metoden är Lassen (om än i en mer restriktiv skepnad; Lassen talar om villkor med "aldeles abnormt" innehåll), se Haandbog i Obligationsretten. Almindelig Del s 39.

[163] Se t.ex. UfR 1946 s 183 samt UfR 1947 s 441 och s 623 omnämnda i Olsson a.a. s 39 not 88. Beträffande svensk rätt se exempelvis NJA 1949 s 609 (som dock avsåg en skiljeklausul).

till en början främst en analog tillämpning av 8 § skuldebrevslagen.[164] I norsk och kanske särskilt i dansk doktrin intog man en mer reserverad hållning till möjligheten av en sådan analog användning av 8 § skuldebrevslagen.[165] I Finland förekom, i tiden närmast efter skuldebrevslagens införande, olika uppfattningar i frågan om en analog tillämpning kunde eller borde ske.[166] Rättspraxis från senare tid visar dock att en sådan användning av stadgandet i princip kom att godtas.[167] I Norge kom diskussionen närmast att handla om § 18 prisloven – sedan lagen trätt ikraft i början av 50-talet – och dess eventuella tillämpning på oskäliga villkor i allmänhet. Någon nämnvärd betydelse tycks regeln dock inte ha fått i detta avseende.[168]

Det senaste steget i utvecklingen mot en fastare kontroll av friskrivningsklausuler och andra särskilt betungande villkor utgörs i princip av tre delar. Den i huvudsak överensstämmande nordiska lagstiftningen om oskäliga avtalsvillkor i 36 § avtalslagen som infördes med början i mitten av 1970- talet i Danmark[169] och Sverige, i Finland och Norge[170] några år senare. För finsk del bör för övrigt även konsumentskyddslagen 4:1 nämnas. Vidare införandet av de offentligrättsliga generalklausulerna (som i tiden ligger före tillkomsten av de förutnämnda privaträttsliga reglerna). I Sverige 3 § lagen om avtalsvillkorslagen i konsumentförhållanden respektive 1 § lagen om avtalsvillkor mellan näringsidkare. I Danmark § 1 markedsføringsloven, i Norge § 9a loven om kontroll med markedsføring og avtalevilkår och i Finland konsumentskyddslagen 3:1. Även dessa överensstämmer i stort sett innehållsmässigt. Slutligen införandet av tvingande konsumentskyddslagstiftning för olika avtalstyper. Beträffande köp ingår sådana regler för norskt vidkommande i den nya

[164] Se bl.a. SOU 1974:83 s 45, Schmidt a.a. 173 f och Rohde, Obligationsrätt s 12 f samt Olsson a.a. s 34 f.

[165] Olsson a.st.

[166] Olsson a.a. s 35.

[167] Se NDs 1974 s 184 (tillämpning av villkor i lotterisedel, enligt vilket lotterivinst som inte utkrävts senast viss dag betraktades som donerad till lotteriarrangören, ansågs under vissa förutsättningar uppenbart otillbörlig med beaktande av bestämmelsen i 8 § lagen om skuldebrev). Se även Fprop. 247/ 1981 s 5 f.

[168] Se bl.a. Arnholm, Privatrett II s 265 f och Frihagen i LoR 1963 s 223 ff. Jfr även Lucy Smith i TfR 1982 s 762 ff, som påvisar att bestämmelsen dock i några fall getts en sådan generell tillämpning av underrätterna.

[169] Det kan dock anmärkas, som en skillnad, att den danska generalklausulen i § 36 aftaleloven inte, som i de övriga nordiska länderna, medger domstolarna rätt att ändra avtalet i andra delar eller att lägga till villkor.

[170] I den norska köplagen (§ 1) infördes 1974 en generalklausul med tillämpning på köplagens område och med liknande innehåll som den danska och svenska 36 § avtalslagen.

kjøpsloven (från 1988). Förslag till en särskild forbrukerkjøpslov föreligger dock.[171] I Finland återfinns reglerna i konsumentskyddslagen (kapitel 5) medan reglerna i Danmark är intagna i 1906 års købelov. För Sveriges del infördes som bekant en särskild konsumentköplag redan i början av 1970-talet. Denna har ersatts av en ny konsumentköplag som trädde ikraft samtidigt med den nya allmänna köplagen (1991).

[171] NOU 1993:27.

2 Främmande rätt

2.1 Friskrivningsklausuler i tysk rätt

I Tyskland, liksom på många andra håll, intog den rättsliga kontrollen av friskrivningsklausuler länge en föga framträdande plats. När prövningen av sådana klausuler förekom i domstolarna blev utgången vanligen att klausulerna ansågs fullt giltiga, med hänvisning främst till avtalsfrihetens princip. Under slutet av 1800-talet inleddes i rättspraxis en utveckling av riktlinjer för att komma till rätta med vissa former av missbruk. Exempel på detta utgör den s.k. läran om monopolmissbruk som utvecklades i början av detta sekel. Enligt denna ansågs ansvarsfriskrivningar i monopolsituationer ogiltiga såsom stridande mot "die guten Sitten" (enligt § 138 BGB) om friskrivningen innebar missbruk av den friskrivande partens maktposition i kraft av monopolet.[172] Efterhand tillkom ytterligare principer som tog sikte på kontroll av ansvarsfriskrivning och liknande klausuler. Överraskande klausuler i allmänna avtalsvillkor förklarades ogiltiga och friskrivningsklausuler tolkades restriktivt. Framför allt stödde sig domstolarna, i sin strävan att motverka missbruk av avtalsfriheten, på § 242 BGB (Leistung nach Treu und Glauben).[173] Utvecklingen ledde – under intryck av inte minst Ludwig Raisers rättsvetenskapliga bidrag på området[174] – under 1970-talet fram mot en sammanhållen lagstiftning för kontroll av standardvillkor, AGB-Gesetz, vilken i betydande utsträckning inskränker räckvidden av friskrivningsklausuler i sådana allmänna avtalsvillkor.

AGB-Gesetz, som till sin huvuddel trädde ikraft den 1 april 1977, utgör en systematisk och till sin verkan omfattande reglering av standardvillkors rättsverkan. Den är som utgångspunkt tillämplig såväl på konsumentavtal som i kommersiella avtalsförhållanden. Vissa i och för sig centrala regler i lagen gäller dock inte avtal mellan näringsidkare om avtalet

[172] Se t.ex. Petersen, Ansvarsfraskrivelse s 65 ff och där anförda rättsfall.
[173] Se bl.a. Bernitz, Kontroll av standardavtal – utvecklingslinjer och metoder i TfR 1979 s 113 ff och Adamsen, Den tyske lov om kontroll av standardvilkår s 4 f.
[174] Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen som utkom 1935.

avser deras näringsverksamhet (dvs. vad som i denna framställning benämns kommersiella avtal).[175]

Lagen som består av fem delar (avsnitt) inleds med ett antal materiellrättsliga bestämmelser som kan sägas utgöra dess kärna (§§ 1–11). Därefter följer en regel om mellanstatligt giltighetsområde (§ 12). Avsnitt tre innehåller i huvudsak processrättsliga regler (§§ 13–22). Fjärde avsnittet anger lagens tillämpningsområde (§ 23–24). I en avslutande femte del återfinns bl.a. övergångsbestämmelser (§§ 25–30).

I det följande skall uppmärksamhet ägnas främst åt lagens materiellrättsliga del och särskilt hur denna inverkar på användningen av friskrivningsklausuler. Först dock en kort översikt av dess uppläggning och innehåll.

De materiellrättsliga reglerna kan i stort sägas angå tre områden nämligen inkorporering, tolkning samt innehållet i de allmänna villkoren. Avsnittet (Erster Abschnitt) består av två underavsnitt, allmänna föreskrifter samt regler om ogiltiga (egentligen overksamma) klausuler. De allmänna föreskrifterna inleds med en definition av standardvillkor vars huvudsakliga innebörd är att villkoren skall vara formulerade på förhand och avsedda[176] att brukas gentemot flera avtalsparter. Villkor som är individuellt framförhandlade faller utanför begreppet (§ 1). Därefter regleras förutsättningarna för att standardvillkoren skall bli del av det enskilda avtalet (§§ 2–3). Så följer ett par tolkningsregler (§§ 4–5), en bestämmelse om rättsverkningar av bristande inkorporering och overksamhet (§ 6) samt en regel om förbud mot kringgående av lagen (§ 7). Det andra underavsnittet inleds med att gränserna anges för den innehållsmässiga kontroll som lagen utövar genom reglerna om overksamma klausuler (§ 8). Underavsnittet avslutas med bestämmelserna om dessa sistnämnda klausuler (§§ 9–11).

Av särskilt intresse för räckvidden av friskrivningsklausuler är §§ 3–5 samt 9–11. I kommersiella avtalsförhållanden är emellertid §§ 10 och 11 inte direkt tillämpliga (§ 24). Detsamma gäller för övrigt §§ 2 och 12. I sammanhanget kan nämnas att lagen överhuvud inte är tillämplig på arbetsrättens, arvsrättens, familjerättens och bolagsrättens område (§ 23). De nämnda §§ 3–5 och § 9 skall behandlas närmare i det följande. Även §§ 10 och 11 skall beröras om än förhållandevis mer kortfattat. Innan jag går in på dessa bestämmelser kan det emellertid finnas anledning att peka på innehållet i §§ 6 och 8. Den förstnämnda bestämmelsen anger som nämnts rättsverkningarna av att villkor inte blivit inkorporerade eller är att anse som overksamma. Bestämmelsen innebär i korthet följande. De

[175] Se § 24 AGB-Gesetz.

[176] Se t.ex. Wolf i Wolf m.fl., AGB-Gesetz § 1 Mnr 13

delar av avtalet som inte berörs av kontrollen (enligt §§ 2 och 3 samt 9–11) förblir verksamma. Standardvillkor som inte blivit del av det individuella avtalet eller är overksamma (enligt §§ 9–11) ersätts av föreskrifter som följer av rättsreglerna dvs. sådana som skulle ha gällt om de ifrågavarande overksamma standardvillkoren (ofta i form av friskrivningsklausuler) inte förekommit. Avtalet som helhet kan dock bli overksamt i vissa fall. Det sistnämnda inträffar om avtalet, också med beaktande av de ändringar som föranletts av att icke inkorporerade eller overksamma villkor ersatts med innehållet i rättsregler, är att anse som oskäligt tyngande. Av § 8 framgår att den innehållsmässiga kontroll som sker enligt §§ 9–11 är begränsad till sådana standardvillkor som avviker från "...die von Rechtsvorschriften...oder diese ergänzenden Regelungen..." alltså i princip från rättsregler och andra utfyllande regler. Det betyder med andra ord att kontrollen i hög grad tar sikte på sådana villkor som är föremålet för denna framställning. Vidare följer av bestämmelsen att vissa villkor faller helt utanför kontrollen. Hit hör t.ex. varubeskrivningar och inte minst villkor om prisets förhållande till avtalad prestation. Motiveringen för denna inskränkning är hänsynen till privatautonomin och marknadsekonomins principer.[177]

§ 3 i AGB-Gesetz innebär att s.k. överraskande klausuler som på grund av omständigheterna, särskilt avtalets yttre framtoning, är så ovanliga att motparten inte behöver räkna med dem, inte blir del av avtalet. Regeln förutsätter dels att klausulen objektivt sett är ovanlig med hänsyn till de omständigheter under vilka den förekommer dels att den gentemot vilken den används faktiskt blir överraskad.[178] Genom att göra motparten uppmärksam på klausulen kan den som använder en friskrivning således undgå att § 3 blir tillämplig. Principer av liknande innehåll var för övrigt erkända i rättspraxis redan före tillkomsten av AGB-Gesetz.[179]

Om friskrivningsklausulen ingående i ett standardvillkor blivit del av det enskilda avtalet blir nästa steg att tolka klausulen. AGB-Gesetz anger därvidlag två tolkningsregler. För det första gäller enligt § 4 att individuella villkor går före allmänna avtalsvillkor. Det förutsätts att det föreligger ett giltigt individuellt villkor som efter vanliga tolkningsregler helt eller delvis står i strid med standardvillkoren.Individuella villkor kräver ingen särskild form, även muntliga villkor omfattas. Än viktigare är kanske att ett sådant villkor kan vara underförstått.[180] Om säljaren således

[177] Exempelvis Wolf i a.a. § 8 Mnr 1 och 13.
[178] Se Ulmer i Ulmer m.fl., AGB-Gesetz § 3 Mnr 11
[179] Se t.ex. Schwenzer, Die Freizeichnung des Verkäufers von der Sachmängelhaftung im amerikanischen und deutschen Recht s 121 och Ulmer i Ulmer a.a. § 3 Mnr 9.
[180] Lindacher i Wolf m.fl. a.a. § 4 Mnr 9.

kan anses (uttryckligen eller underförstått) ha tillförsäkrat köparen vissa egenskaper hos den sålda varan (enligt § 459 II BGB) blir en friskrivning i standardvillkoren overksam om den utesluter eller begränsar rätten till skadestånd för eventuell avsaknad av någon tillförsäkrad egenskap.[181]

Om en tolkning enligt allmänna principer inte leder till ett entydigt resultat skall vidare standardvillkor tolkas mot användaren enligt § 5, den s.k. oklarhetsregeln. Principen var erkänd (ibland under beteckningen Günstigkeitsprinzip) och tillämpades i praxis även i tiden före ikraftträdandet av AGB-Gesetz.[182] Värt att notera är att regeln kan få betydelse inte bara som ett led i den innehållmässiga kontrollen enligt §§ 9–11. Den kan dessutom påverka bedömningen av vad som ingår eller inte ingår i avtalet: Dels genom att inverka på bedömningen av frågan om en överraskande klausul föreligger enligt § 3, dels genom att påverka bedömningen enligt § 4 om standardvillkor står i strid mot något enskilt villkor.[183] Enligt en tidigare, i rättspraxis utvecklad princip (den s.k.Restriktionsprinzip), skall friskrivningsklausuler tolkas snävt. Klausulen "wie besichtigt" anses exempelvis enligt praxis endast utesluta ansvar för fel som motparten (köparen) kunnat upptäcka således inte s.k. dolda fel.[184] Däremot är ett villkor enligt vilket varan sålts "wie besichtigt und unter Ausschluss jeder Gewärleistung" inte oklart och utesluter ansvar även för dolda fel såvida det inte föreligger ett svikligt förfarande eller villkoret faller på innnehållskontrollen enligt §§ 9–11.[185]

Huruvida den s.k. "Restriktionsprinzip" numera är att anse som en självständig princip eller endast utgör del av oklarhetsregeln är omdiskuterat.[186]

Den innehållmässiga kontrollen av allmänna avtalsvillkor behandlas i §§ 9–11. § 9 utgörs av en generalklausul mot oskäliga avtalsvillkor. §§ 10 och 11 består av en katalog av förbjudna klausuler. Sistnämnda bestämmelser är inte direkt tillämpliga på kommersiella avtal, men kan trots det få betydelse för dessa, genom att inverka på bedömningen enligt § 9. Innehållet i förbudskatalogen skall därför beröras något innan generalklausulen tas upp till behandling. Katalogen över förbjudna klausuler är omfattande. Här skall endast omnämnas några klausuler som är av särskilt intresse med avseende på friskrivningar.

§ 10 innehåller en uppräkning av villkor som förenklat uttryckt är ogil-

[181] Lindacher a.a. § 4 Mnr 16.
[182] Se t.ex. Ulmer i Ulmer m.fl. a.a. § 5 Mnr 1 och Walter, Kaufrecht s 227.
[183] Ulmer i a.a. § 5 Mnr 3.
[184] Schwenzer a.a. s 123 och Walter a.a. s 224.
[185] Ulmer i a.a. § 5 Mnr 35. Jfr även Walter a.st.
[186] Lindacher i Wolf m.fl. a.a. § 5 Mnr 37. Jfr Ulmer i Ulmer m.fl. a.a. § 5 Mnr 40.

tiga normalt sett. Det ankommer dock på domstolen att med hänsyn till omständigheterna avgöra om villkoret skall anses overksamt enligt § 10. Beträffande de i § 10 angivna klausultyperna kan nämnas nr 2 och nr 3. Nr 2 förbjuder således tilläggsfrister för fullgörande av användarens (den friskrivande partens) prestation om den (i strid med § 326 Abs. 1) är oskäligt lång eller som är alltför vag till sitt innehåll. Nr 3 riktar sig mot villkor som medger användaren rätt att utan sakligt godtagbar grund eller utan i avtalet angiven grund bli fri från att fullgöra den avtalade prestationen. Förbudet gäller inte löpande skuldförhållanden. Bedömningen tar här sin utgångspunkt i vissa regler i BGB särskilt § 276 (om ansvar för eget vållande) och § 278 (vållande av medhjälpare) i förening med § 11 Nr 8 AGB-Gesetz (om dröjsmål och omöjlighet). Den betyder exempelvis att den friskrivande parten inte utan vidare kan befria sig från ansvar för att fullgöra sin prestation på grund av "oförutsedda händelser" av allehanda slag.[187] Arbetstvister utgör inte heller en generellt sett godtagbar befrielsegrund och inte ens "Höhere-Gewalt-klauseln" (dvs. närmast force majeure-klausuler) är, överraskande nog kan det tyckas, utan vidare acceptabel.[188]

§ 11 anger ett förhållandevis stort antal klausuler i standardvillkor som utan vidare är ogiltiga (overksamma). Här skall endast några beröras.

Enligt § 11 Nr 7 är villkor som utesluter eller begränsar ansvaret för skador som beror på den friskrivande partens grova oaktsamhet eller på uppsåtligt eller grovt oaktsamt kontraktsbrott av dennes lagliga representanter eller av kontraktsmedhjälpare ogiltiga. Bestämmelsen omfattar även skador som åsamkats i samband med avtalsförhandlingarna dvs. culpa in contrahendo. § 11 Nr 8 angår villkor som utesluter eller begränsar rätten att häva avtalet på grund av dröjsmål (Leistungsverzug) eller omöjlighet (Unmöglichkeit) som den friskrivande parten har att svara för eller som utesluter rätten till skadestånd 8 (eller begränsar den i strid med nr 7). Nr 10 avser felansvaret för nytillverkade varor (och tjänster). Bestämmelsen förbjuder bl.a. villkor som utesluter felpåföljder eller begränsar dem genom att hänvisa motparten till att framställa krav mot tredje man liksom villkor som gör felpåföljder mot den friskrivande parten beroende av att sådana krav mot tredje man har framställts. Även villkor som begränsar felpåföljderna till att endast avse ett krav på avhjälpande eller omleverans är som regel otillåtna. Vidare är en friskrivning som utesluter eller begränsar ansvaret för kostnader som är förenade med

[187] Silberberg, The German Standard Contracts Act s 46.

[188] Wolf i Wolf m.fl. a.a. § 10 Nr 3 Mnr 26 och 32. Att sådana klausuler inte utan vidare godtas enligt § 11 Nr 8 kan dock tänkas beror på att klausulernas betydelse inte fullt ut överensstämmer med force majeure-begreppet i nordisk rätt.

avhjälpandet t.ex. transportkostnader, arbets- och materialkostnader overksamma. Enligt § 11 nr 11 är slutligen friskrivningsklausuler som utesluter eller begränsar skadeståndsansvaret för avsaknad av tillförsäkrade egenskaper i bl.a. köpavtal otillåtna.

Som framgått är dessa bestämmelser (§§ 10–11) direkt tillämpliga endast på konsumentavtal men får trots det betydelse genom att påverka bedömningen för övriga fall, inte minst de kommersiella avtalen, enligt generalklausulen (§ 9). Av de ovannämnda bestämmelserna anses samtliga i betydande grad begränsa möjligheten till sådana friskrivningar också i kommersiella förhållanden. Friskrivning för grov oaktsamhet måste stå i överensstämmelse med grundtankarna i BGB (§§ 276–278). En total friskrivning blir då inte giltig medan en begränsad dito, exempelvis till visst högsta ersättningsbelopp, kan vara möjlig.[189] En part kan inte heller i kommersiella avtalsförhållanden helt utesluta felpåföljder. En sådan part (säljare) måste åtminstone erbjuda en rätt till avhjälpande och subsidiärt, för det fall att avhjälpande inte kan ske, rätt till någon alternativ påföljd (Wandlung eller Minderung).[190] Också ifråga om tillförsäkrade egenskaper enligt § 11 Nr 11 begränsas en kommersiell parts möjligheter att friskriva sig. Ansvaret för följdskador av fel som omfattas av tillförsäkrade egenskaper kan således inte uteslutas genom friskrivning i standardvillkor.[191]

Vad som sagts nu följer av en prövning enligt § 9 AGB-Gesetz vilken bestämmelse är tillämplig även utanför konsumentförhållanden. Enligt denna är villkor i standardavtal overksamma om de i strid mot förbudet mot tro och heder (Treu und Glauben) medför en oskälig nackdel för motparten. I tveksamma fall anses en sådan nackdel föreligga dels om villkoret inte är förenligt med väsentliga grundtankar i den rättsregel som den gör avsteg från dels om villkoret begränsar väsentliga rättigheter eller plikter som följer av avtalets natur i sådan utsträckning att avtalets syfte äventyras. § 9 brukar ofta betecknas som kärnan i AGB-Gesetz. Eftersom §§ 10 och 11 i konsumentförhållanden går före § 9 får den senare sannolikt störst betydelse för kommersiella och andra avtalsförhållanden som faller utanför konsumentavtalen. För sådana avtal utgör dock som nämnts §§ 10 och 11 en viktig bedömningsgrund.[192] Generalklausulens första stycke bildar utgångspunkten för bedömningen. Hänvisningen till "Treu und Glauben" hänger samman med den standard som återfinns i BGB § 242 från vilken domstolarna före AGB-Gesetz' ikraft-

[189] Schwenzer a.a. 135 och Wolf i Wolf m.fl. a.a. § 11 Nr 7 Mnr 44.
[190] Wolf i a.a. § 11 Nr 10 a Mnr 31 och Nr 10 b Mnr 37.
[191] A.a. § 11 Nr 11 Mnr 15.
[192] A.a. § 9 Mnr 6.

trädande hämtade sitt stöd för den innehållsmässiga kontrollen av allmänna avtalsvillkor.[193] Andra stycket ger vissa riktlinjer för bedömningen. Som framgår är dock en klausul som strider mot andra stycket (första eller andra momentet) inte under alla förhållanden ogiltig. Det står öppet för (den friskrivande) parten att visa att klausulen trots allt inte medför en oskälig nackdel för motparten. Vid bedömningen enligt 2 st 1 mom utgör den dispositiva rätten en utgångspunkt för bedömningen.[194] Det är emellertid värt att notera, att det inte är reglernas innehåll som är avgörande, utan som det uttrycks dess väsentliga grundtankar. Om sådana riktlinjer för bedömningen saknas blir 2 st 2 mom aktuellt. Kriterier "wesentliche Rechte oder Pflichten" (som följer av avtalets natur) har sin grund i tidigare praxis angående de s.k. kardinalplikterna.[195] Hit hör alltid avtalets huvudförpliktelser men även biförpliktelser kan vara väsentliga.[196] Vad som följer av avtalets natur beror på avtalets syfte, i först hand som det framgår av avtalet ifråga. I andra hand, om det individuella syftet inte framgår, på det avtalstypiska syftet så som det framstår för en förnuftig person.[197] Oskälighetsbedömningen sker mot bakgrund av omständigheterna vid tiden för avtalsslutet.[198]

Med stöd av § 9 har domstolarna vidare uppställt ett krav på klarhet, det s.k. Transparenzgebot, vid utformningen av allmänna avtalsvillkor. Klarhetskravet kompletterar kravet på bestämdhet (precision) och innebär att sakförhållanden och rättsföljder i standardvillkor skall vara begripliga och kontrollerbara för en genomsnittlig betraktare. Om så inte är fallet kan klausulen bli overksam.[199]

Som ett alternativ till en administrativ kontroll av allmänna avtalsvillkor – av det slag som förekommer i de nordiska länderna – ger § 13 AGB-Gesetz en rätt för bl.a. sammanslutningar med uppgift att ta tillvara konsumentintressen eller näringslivets intressen, att föra talan vid domstol med yrkande om att standardvillkor som är att anse som overksamma enligt §§ 9–11, skall dras tillbaka eller inte får brukas. Vid denna prövning skall de ifrågavarande standardvillkoren (friskrivningsklausulerna) i tveksamma fall tolkas enligt det för en eventuell motpart mest ogynnsamma alternativet. Denna skillnad i tillämpning från normalfallen – dvs. då processen förs mot en bestämd motpart i avtalsförhållandet – motive-

[193] Wolf i a.a. § 9 Mnr 24 25.
[194] A.a. § 9 Mnr 65 och 67.
[195] A.a. § 9 Mnr 88.
[196] A.st. samt a.a. § 9 Mnr 89.
[197] A.a. § 9 Mnr 83.
[198] Adamsen i Lov og rett 1995 nr 516 s 339 ff (på s 344).
[199] Se Wolf i a.a. § 9 Mnr 143 ff och Brander i Ulmer m.fl. a.a. § 9 Mnr 77.

ras huvudsakligen av att regeln i § 13 i annat fall skulle bli föga effektiv.[200] Följden av att ett sådant yrkandet bifalls är att, för den händelse standardvillkoren används i strid mot förbudet, villkoren utan vidare anses overksamma om part åberopar sig på förbudet (§ 21).

När det gäller friskrivningar i individuella avtalsvillkor skall endast några anmärkningar göras. Friskrivningsklausuler begränsas här i första hand av regler i BGB, exempelvis § 476 angående villkor som utesluter eller begränsar ansvaret för fel. Förbehåll gäller här inte vid svikligt förtigande av säljaren ("...wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt."). Vidare kan nämnas de begränsningar som följer av § 242 (Leistung nach Treu und Glauben), den s.k. stora generalklausulen samt § 276 angående förbud mot friskrivning för uppsåt.

2.2 Friskrivningsklausuler i engelsk rätt

Engelska domstolar har länge intagit en fientlig attityd gentemot friskrivningsklausuler särskilt i standardavtal på grund av den bristande jämvikt i partsförhållandet som sådana avtal vanligen uppvisar. Denna inställning har inneburit att man ofta tillämpat de avtalsrättsliga reglerna så att den starkare parten fått bära risken för varjehanda oklarhet.[201]

Engelsk rätt kan sägas behandla frågan om friskrivningsklausulers giltighet och räckvidd efter tre huvudsakliga vägar.

Inom ramen för common law har till en början utbildats regler om hur sådana klausuler blir del av det enskilda avtalet. Således krävs i vissa fall, särskilt då avtalshandlingen som innehåller den aktuella klausulen inte undertecknats, att medkontrahenten (motparten) uppmärksammas på ett rimligt/skäligt sätt ("reasonable notice") om klausulen för att denna skall bli del av avtalet.[202] Sådan "reasonable notice" måste ges före avtalsslutet.[203] Huruvida kravet är uppfyllt bedöms mot bakgrund av samtliga relevanta omständigheter.[204] Beträffande mer långtgående eller ovanliga friskrivningar ställs normalt större krav än eljest för att den gentemot vilken friskrivningen riktas skall anses ha blivit tillräckligt uppmärksam-

[200] Ulmer i a.a. § 5 Mnr 33. Jfr Lindacher i Wolf m.fl. a.a. § 5 Mnr 14. Även Adamsen, Den tyske lov om kontroll av standardvilkår s 12.
[201] Smith, The Law of Contract s 141
[202] Parker v South Eastern Railway (1877) 2 CPD 416 på sid 421–423
[203] Se t.ex. Olley v Marlborough Court Ltd [1949] KB 532
[204] Hood v Anchor Line (Henderson Brothers) Ltd [1918] AC 837 på sid 844

mad på denna, dvs. erhållit "reasonable notice".[205] Vad som sagts nu gäller inte om den berörda parten visste eller trodde att handlingen innehöll avtalsvillkor. I sådana fall är han normalt sett bunden av villkoren utan vidare.[206] Likaledes kan ett partsbuk utgöra tillräcklig grund för att anse en friskrivningsklausul inkorporerad i det enskilda avtalet trots att den överhuvud inte omnämnts före avtalsslutet och även om den part gentemot vilken friskrivningen riktas de facto inte kände till klausulen.[207] Detsamma kan under vissa förutsättningar gälla i kommersiella avtalsförhållanden, utan att partsbruk föreligger, om avtalsparterna känner till att vissa ifrågavarande villkor är allmänt förekommande i branschen.[208]

Om klausulen ingår i avtalet återstår att tolka dess innebörd. För sammanhangets skull skall först kort nämnas några huvuddrag i engelsk avtalstolkning. Därefter redogörs för vissa regler som är av särskild betydelse för tolkning av friskrivningsklausuler. Det sagda gäller i första hand tolkning av skriftliga avtalsvillkor.

Utgångspunkten för tolkningsprocessen är partsavsikten (the intention of the parties) sådan den kan utrönas från själva dokumentet (kontraktet).[209] Avtalet skall så långt dess språkliga lydelse tillåter ges den tolkning som bäst överensstämmer med parternas avsikt varvid hela kontraktet skall beaktas. Om dock ett villkor har en klar och otvetydig lydelse kan den inte modifieras genom hänvisning till andra villkor i avtalet.[210]

Ord skall tolkas i sin vanliga språkliga betydelse ("in their plain and literal meaning") enligt "The Plain Meaning Rule".[211] Det kan dock i vissa fall, om tillåten bevisning ger stöd för det, innebära att ord tillägges en speciell eller teknisk betydelse. Detsamma kan vara fallet om en tolkning enligt ordens vanliga betydelse skulle vara oförenlig med det övriga innehållet i kontraktet eller leda till ett absurt resultat.[212]

[205] Se bl.a. Crookes & Co v Allan (1879) 5 QB 38 och Thornton v Shoe Lane Parking Ltd [1971] 2 QB 163 samt Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd [1989] QB 433

[206] Parker v South Eastern Railway Co (1877) 2 CPD 416 på sid 423

[207] Se bl.a. Henry Kendall & Sons v William Lillico & Sons Ltd [1969] 2 AC 31. Även Smith a.a. s 145 f och Jacobs a.a. s 22 ff

[208] British Crane Hire Corporation Ltd v Ipswich Plant Hire Ltd [1975] QB 303. Jfr Jacobs a.a. s 27 f och Smith a.a. s 146

[209] Se t.ex. British Movietonews Ltd v. London and District Cinemas Ltd [1952] AC 166.

[210] Se t.ex. Ansons' Law of Contract s 136 f

[211] Robertson v French (1803), 4 East 130 på sid 135

[212] Abott v Middleton (1858), 7 HLC 68 på sid 69 och Watson v Haggitt [1928] AC 127. Se även Ansons' Law of Contract s 136

Om ord kan tolkas i två betydelser gäller en stark presumtion för den innebörd som medför att avtalet blir giltigt (i stället för "void or ineffective").[213]

Som ett särdrag för engelsk avtalstolkning får ses "The Parole Evidence Rule". Regeln syftar till att förhindra annan bevisning – muntlig eller skriftlig – än sådan som återfinns i avtalshandlingen från att komma till användning vid fastställande av avtalsinnehållet.[214] Regeln, som numera är försedd med åtskilliga undantag, har sammanfattats på följande sätt i Law Commission Report No 154 (1986), Law of Contract: The Parol Evidence Rule: "When it is proved or admitted that the parties to a contract intended that all the express terms of their agreement should be recorded in a particular document or documents, evidence will be inadmissible (because irrelevant) if it is tendered only for the purpose of adding to, varying, substracting from or contradicting the express terms of that contract."

När det gäller tolkning av särskilt friskrivningsklausuler brukar det till en början sägas att friskrivning från ansvar endast kan ske genom användning av klara ordalag ("clear words").[215]

Klausuler som inte har en entydig och precis betydelse tolkas "strictly and contra proferentem", dvs. de ges den snävaste innebörd som är förenlig med klausulens språkliga utformning.[216]

Som närbesläktad eller kanske snarare en variant av de båda nämnda reglerna kan ses den att oklarheter i språkbruk – särskilt tekniska termer – tolkas till nackdel för den som lagt fram klausulen.[217]

Part som företar sig något som ligger helt utanför vad avtalet föreskriver, eller som det brukar uttryckas, går utanför kontraktets fyra hörn, kan inte förlita sig på en eventuell friskrivningsklausul.[218] Regeln, ibland kallad the Gibaud principle[219], framstår närmast som ett uttryck för den viktiga principen att partsavsikten är utgångspunkten för tolkningen och att avsikten måste utrönas från själva avtalshandlingen. Den som skadar

[213] Haigh v Brooks (1839) 11 QB 852. Se även Ansons'Law of Contract s 136

[214] Bank of Australia v Palmer [1897] AC 540. Se även Huser, Avtaletolking s 351 f och Jacobs, Effektiv Exclusion Clauses s 32 f. Jfr även Hellner, The parol evidence rule och tolkning av skriftliga avtal i svensk rätt. Festskrift till Bertil Bengtsson s 185 ff.

[215] J Alison Gordon & Co Ltd v Wallsend Shipway and Engineering Co Ltd (1927) 43 TLR 323 på sid 324. Även Jacobs s 37 f och Ansons' Law of Contract s 144 f

[216] Se t.ex. Lee (John) and Son (Grantham) Ltd v Railway Executive [1949] 2 All ER 581 och Beck, Ernest & Co v K Szymanovski & Co [1924] AC 43. Se även Ansons' Law of Contract s 144 f och Jacobs s 42 f

[217] Se t.ex. Wallis Son and Wells v Pratt and Haynes [1911] AC 394 och Jacobs s 43

[218] Se bl.a. Gibaud v Great Eastern Railway Co [1921] 2 KB 426

[219] Även benämningen "four corners rule" förekommer. Jacobs s 55

sin motpart genom en handling som är oförenlig med vad parterna avsett enligt kontraktet får därför räkna med att en eventuell friskrivningsklausul tolkas så att den inte anses omfatta det aktuella fallet.[220]

För det tredje begränsas numera giltigheten och räckvidden av sådana klausuler genom lagstiftning (statutory regulation). Viktigast i detta avseende är utan tvivel the Unfair Contract Terms Act 1977.[221]

1977 års lag är tillämplig på två typer av villkor nämligen friskrivningsklausuler och vissa ersättningsklausuler (eller skyddsklausuler) s.k. "indemnity clauses". Lagen kan – i motsats till vad dess titel antyder – tillämpas också i det fallet att parterna inte står i något avtalsförhållande till varandra. Ett meddelade ("notice") varigenom någon avser att frita sig från ansvar för utomobligatorisk skada omfattas således av lagen.[222] Å andra sidan undantas helt eller delvis flera typer av avtal från lagens tillämpningsområde exempelvis försäkringsavtal[223], sjöfraktavtal[224], kommersiella certepartier[225], anställningsavtal[226], avtal i den utsträckning som de ger upphov till eller överför någon rätt till jord ("interest in land")[227] samt internationella leveransavtal[228]. Lagen gäller, med något undantag när,[229] endast kommersiellt ansvar ("business liability") dvs. i princip villkor som utesluter eller begränsar ansvaret för åtaganden som uppkommit i näringsverksamhet ("in the course of a business").[230] Utrymmet för friskrivningklausuler i konsumentavtal är som regel mer begränsat än i andra typer avtal.[231] Lagen tar huvudsakligen sikte på följande typer av friskrivningsklausuler: Villkor som avser att utesluta eller begränsa ansvar för vårdslöshet.[232] Friskrivning, helt eller delvis, från kontraktuellt ansvar för annat än vårdslöshet (exempelvis kontraktsbrott).[233] Villkor som utesluter eller begränsar ansvar för brott mot under-

[220] Jfr Davies v Collins [1945] 1 All ER 247 på sid 249
[221] Vad som sägs fortsättningsvis rör i första hand tillämpliga regler för England, Wales och Nordirland. En delvis annan reglering gäller för Skottland.
[222] Section 2
[223] Unfair Contract Terms Act 1977 Sched. 1, para. 1(a)
[224] Sched. 1, para. 2
[225] Sched. 1, para. 2
[226] Sched. 1, para. 4
[227] Sched. 1. para. 1(b)
[228] Section 26
[229] Se section 6
[230] Section 1 (3)
[231] Se t.ex. section 3, 5, 6 och 7
[232] Section 2 (allmänt avseende personskada och annan skada) och 5 (beträffande konsumentgarantier)
[233] Section 3

förstådda avtalsvillkor ("implied terms") som följer av viss angiven lagstiftning eller av common law så t.ex. enligt the Sale of Goods Act 1979.[234]

För det fall att the Unfair Contract Terms Act är tillämplig med avseende på visst avtalsvillkor (friskrivningsklausul) kan rättsföljden bli antingen att friskrivningen helt saknar rättsverkan eller att den tilläggs rättsverkan endast i den utsträckning som den uppfyller kravet på skäighet ("satisfies the requirement of reasonableness"). Kravet (the "Reasonableness Test") innebär att avtalsvillkoret ifråga skall vara rättvist och skäligt ("fair and reasonable") med hänsyn till de omständigheter som parterna kände till eller skäligen borde ha känt till eller övervägt vid tiden för avtalets tillkomst.[235] Lagen tillhandahåller vidare vissa riktlinjer för tillämpningen av the "Reasonableness Test" genom att ange ett antal omständigheter som skall beaktas exempelvis parternas inbördes styrkeförhållanden med avseende på deras förhandlingspositioner och huruvida parten kände till eller skäligen borde ha känt till existensen och omfattningen av villkoret.[236] Den som påstår att visst villkor uppfyller lagens krav på skälighet har bevisbördan för att så är fallet.[237] Det faktum att en friskrivningsklausul utan anmärkning passerat the "Reasonableness Test" innebär dock inte nödvändigtvis att klausulen får avsedd rättsverkan. Enligt de regler som skisserats ovan kan en part med framgång tänkas hävda dels att klausulen inte blivit del av avtalet dels att den inte enligt en korrekt tolkning omfattar det aktuella fallet.

Vid sidan av the Unfair Contract Terms Act 1977 finns ett antal lagar som på olika sätt berör friskrivningsklausulers rättsverkan. Sådan lagstiftning finns således till en början på vissa avgränsade områden t.ex. ifråga om konsumentkrediter och olika slag av transportavtal. Vidare bör nämnas en lag av mer generell natur nämligen the Misrepresentation Act 1967 vilken syftar till att kontrollera friskrivning – helt eller delvis – för "misrepresentation" dvs. ett ansvar som en avtalspart kan underkastas på grund av något slag av oriktig uppgift ("misrepresentation") som denne lämnat före avtalsslutet eller ett rättsmedel eller en rättsföljd som står till den andra avtalspartens förfogande på grund av en sådan oriktig uppgift ("misrepresentation"). Ett sådant villkor får rättsverkan endast i den utsträckning som det uppfyller "the test of reasonableness" enligt the Unfair Contract Terms Act 1977 section 11 (1). Liksom enligt 1977 års

[234] Section 6 och 7
[235] Section 11 (1)
[236] Sched. 2
[237] Section 11 (5)

lag ligger bevisbördan på den som påstår att visst villkor motsvarar lagens krav.[238]

Sedan början av 1970-talet finns vidare en form av admininstrativ förhandskontroll av icke önskvärda villkor och bruk i konsumentförhållanden ("consumer trade practices"). Förfarandet regleras av the Fair Trading Act 1973. The Director General of Fair Trading har enligt lagen till uppgift att övervaka området för sådana kommersiella aktiviteter som berör konsumenter. Om denne anser ett villkor (eller ett bruk) vara oskäligt kan han föreslå the Consumer Protection Advisory Committee att förbjuda villkoret (bruket). Hänsyn kan därvid tas inte endast till villkorets innehåll utan även till det sätt på vilket det införlivas med avtalet t.ex. genom användning av allmänna avtalsvillkor. Om villkoret (bruket) därvid anses oskäligt ("...so adverse...as to be inequitable...") förbjuds fortsatt bruk genom straffrättsligt sanktionerad lagstiftning. Fortsatt bruk blir med andra ord kriminaliserat.[239]

Utöver ovannämnda regler skall här kort antydas några ytterligare regler som följer av common law och som berör rättsverkan av friskrivningsklausuler.

Det förhållandet att "misrepresentation" föreligger kan enligt en sådan regel medföra att friskrivningen inte får göras gällande enligt sin lydelse. Regeln är tillämplig på alla slags beteenden eller yttranden som är sådana att de – om än oavsiktligt – vilseleder motparten om friskrivningens existens eller dess omfattning.[240]

Vidare anses gälla, att den som förlitar sig på en friskrivningsklausul endast kan göra detta så länge han fullgör avtalet, men inte för det fall han företar sig något som ligger helt vid sidan av avtalsvillkoren s.k. "deviation". I anslutning till en av Lord Wilberforce framförd uppfattning betraktas dessa fall numera vanligen som en särskild företeelse, "a body of authority sui generis", med sina egna regler.[241]

Ytterligare kan nämnas regeln att uttryckliga åtaganden – muntliga eller skriftliga – som är oförenliga med ett standardvillkor tar över det senare.[242]

Till sist några ord om den princip som brukar gå under benämningen

[238] The Misrepresentation Act 1967 section 3

[239] Treitel, Law of Contract s 244 f och Lawson, Exclusion Clauses (3:e uppl) s 83 ff. Även Hellström, Exclusion Clauses – A Comparative Study i Affärsjuridiska uppsatser 1993 s 45 f och Thuesen i TfR 1982 s 326.

[240] Curtis v Chemical Cleaning and Dyeing Co Ltd [1951] 1 KB 805

[241] Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd [1980] AC 827 på sid 845

[242] Se t.ex. J Evans & Son (Portsmouth) Ltd v Andrea Merzario Ltd [1976] 1 WLR 1078 och A Davies & Co (Shopfitters) Ltd v William Old (1969) 67 LGR 395. Se även Ansons' Law of Contract s 163 och Jacobs s 29 f

"fundamental breach of contract".[243] Den som bryter mot vissa avtalsvillkor, som brukar beskrivas som fundamentala eller som tillhörande avtalets kärna, eller som gör sig skyldig till ett allvarligt, som fundamentalt betecknat avtalsbrott, vilket medför att avtalet får ett helt annat innehåll än det avsedda, kan enligt denna princip inte göra gällande en friskrivningsklausul även om den enligt vanliga tolkningsregler omfattar den aktuella situationen.[244] Principen tillämpades i ett flertal domstolsavgöranden fram till mitten av 1960 -talet – och i något enstaka fall även senare – men får numera i huvudsak anses överspelad. I två avgöranden från senare tid – fallen Suisse Atlantique och Photo Production – har nämligen the House of Lords förklarat att det inte existerar någon sådan rättsprincip. Frågan om en friskrivningsklausul är tillämplig i dessa fall dvs. då "fundamental breach of contract" konstateras föreligga är alltid en fråga om avtalstolkning.[245]

[243] Ibland behandlad som två principer dels "fundamental breach of contract" dels "breach of a fundamental term". Se t.ex. Ansons'Law of Contract s 149

[244] Se t.ex. Smeaton Hanscomb & Co Ltd v Sassoon I Setty, Son & Co [1953] 2 All ER 1471, [1953] 1 WLR 1468. Se även Ansons'Law of Contract s 149 och Smith s 149 f samt Jacobs s 48 f

[245] Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v NV Rotterdamsche Kolen Centrale [1967] 1 AC 361 och Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd [1980] AC 827. Jfr även George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds [1983] 2 AC 803, 813. Se även Atiyah, The Sale of Goods s 215 och Thuesen a.a. s 309. Jfr Björkelund i TfR 1972 s 570 f och 598 ff (vars analys dock utfördes före House of Lords avgörande i fallet Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd)

DEL II

RÄTTSLIG KONTROLL AV FRISKRIVNINGSKLAUSULER

3 Inledning

3.1 Friskrivningsklausulers funktion

En viktig fråga i sammanhanget är vilken funktion som friskrivningsklausuler fyller. Vad vill eller kan part uppnå med hjälp av sådana klausuler? Skälen för en enskild part att friskriva sig i visst hänseende varierar. Det kan inte sällan handla om en allmän mer eller mindre välgrundad motvilja att påta sig visst ansvar eller att överhuvud utsätta sig för risker. I det senare fallet brukar man tala om riskaversion i motsats till riskpreferens.[246] Ett vanligare motiv torde dock vara att parten vill undvika eller begränsa risken för att drabbas av kostnader som, vid tiden för avtalsslutet, är mer eller mindre möjliga att förutse. Incitamentet för parten att friskriva sig i ett sådant fall beror framför allt på hur han bedömer riskens storlek liksom den tänkbara omfattningen av de kostnader som kan drabba honom i förhållande till kostnaden för att undvika risken men också möjligheterna att sprida risken och att överhuvudtaget göra beräkningar av det aktuella slaget. Sistnämnda förhållanden hänger i sin tur samman med vem parten är och vad ansvaret eller förpliktelsen går ut på. En part torde genomsnittligt sett vara mindre benägen att ta på sig ett ansvar som han inte normalt brukar bära och som han därför, åtminstone som regel, saknar beredskap för. Om parten å andra sidan är ett specialiserat företag som byggt upp sin organisation och sitt kunnande för tillhandahållande av en viss typ av vara eller tjänst kan det ofta te sig naturligt för parten att acceptera ett långtgående ansvar. Ju effektivare parten kan utföra den prestation med vilken ansvaret är förknippat desto mindre benägen torde han vara att friskriva sig från ansvaret ifråga.[247] Särskilt betydelsefullt torde vara hur effektiv parten är i detta hänseende i förhållande till sin motpart.[248] Effektivitet används här som ett mått på kostnaden för att eliminera (eller minimera) risken för ansvarets inträde. Att åta sig ansvaret kan, för den part som uppfattar sig som effektiv, också i förhållande till sina konkurrenter på marknaden, framstå som en inte obe-

[246] Se t.ex. Werin, Ekonomi och rättssystem s 30
[247] Jfr Kötz, SvJT 1987 s 473 ff
[248] Jfr Werin, s 218

tydlig konkurrensfördel. Även möjligheten att kanalisera ansvaret via försäkringslösningar av olika slag kan påverka parts benägenhet att inskränka sitt ansvar genom att föra in friskrivningsklausuler i avtalet.

Sammanfattningsvis kan friskrivningsklausuler väsentligen ses som ett avtalsinstrument för omfördelning av risker (främst i förhållande till vad som följer av dispositiv rätt). Instrumentet som sådant bör därvid, åtminstone i stort, begagnas så att det, så långt möjligt, bidrar till att det system inom vilket instrumentet verkar, kan lösa sina huvuduppgifter. Det sagda innebär, enligt min mening, att friskrivningar, inom ramen för det marknadsekonomiska systemet byggt på avtalsfrihetens princip, genomsnittligt sett bör bidra till att underlätta[249] och effektivisera[250] omsättningen av varor och tjänster. De regler som styr användningen av sådana klausuler bör följaktligen vara så utformade att de understödjer denna uppgift.

3.2 Avtalsfrihetens gränser

3.2.1 Avtalsfrihetens princip

Avtalsfriheten brukar som bekant anses som en av grundstenarna för den avtalsrättsliga regleringen på förmögenhetsrättens område.[251] Vad innebär då denna frihet? Svaret på frågan borde kan man tycka med den ovan avgivna utgångspunkten vara tämligen givet. Så är emellertid ingalunda fallet. Anledningen till detta faktum står huvudsakligen att finna i ett förhållande som avspeglas i rubriken till avsnitt 3.2, dvs. det förhållandet att avtalsfriheten inte är total utan tvärtom i åtskilliga avseenden starkt begränsad. Ändock förutsätts ofta, utan närmare analys, avtalsfriheten existera som en frihet att i princip avtala med vem man vill – eller för den delen avstå från att ingå avtal – och att fritt bestämma innehållet i avtalet.[252]

[249] Däri inbegrips som en viktig funktion att reglerna genom att öka säkerheten i omsättningen gör avtalet mer attraktivt

[250] Effektivitet används här väsentligen som ett mått på transaktionskostnaden

[251] Se t.ex. prop. 1975/76:81 s 100 f.

[252] Jfr Grönfors i JFT 1988 s 317 som beskriver begreppet som en grundläggande frihet att "inom rättsordningens ram" själv utforma sina rättigheter och skyldigheter efter eget önskemål. Reservationen "inom rättsordningens ram" är emellertid inte helt lyckad som utgångspunkt för en allmän bestämning av avtalsfriheten. Begreppet får därigenom ett mycket obestämt innehåll. Även rättsordningar som i allt väsentligt består av tvingande regler kan med denna bestämning sägas inrymma avtalsfrihetens princip så länge som något, om än aldrig så litet utrymme, lämnas åt parterna att själva bestämma avtalsinnehållet i visst hänseende. Jfr även UNIDROIT Principles Art. 1.1 angående principen och dess betydelse för den internatonella handeln.

Huruvida det numera kan anses adekvat att tala om avtalsfriheten som en huvudprincip inom hela det förmögenhetsrättsliga området kan möjligen diskuteras. Grönfors har för sin del i ett intressant och skarpsynt inlägg om avtalsfrihet och dispositiva rättsregler beskrivit avtalsfriheten sådan den ter sig i dag som "rudimentär och övervakad".[253] Formuleringen förefaller tillspetsad i överkant. Den må ha åtskilligt fog för sig när det gäller avtal i konsumentförhållanden, men beträffande kommersiella förhållanden är den inte särskilt träffande. De tvingande regler som tar sikte på sistnämnda avtalstyper är – på något undantag när – av begränsad omfattning. För köpavtalens del finns endast ett fåtal sådana regler av intresse, må vara av mer generell natur såsom 36 § avtalslagen och generalklausulen i 1 § lagen om avtalsvillkor mellan näringsidkare. De kan knappast, ens med hänsyn tagen till inskränkningar av annat slag, anses väsentligen rubba avtalsfriheten som en grundläggande princip.[254] I fråga om konsumentavtalen är dock som antytts förhållandet annorlunda. Flertalet avtalstyper – inte minst köpavtalet – kringgärdas här av ett stort antal tvingande regler av specifikt slag. Härtill kommer att de generella reglerna, särskilt generalklausulen i 36 § avtalslagen, medger ett betydligt större utrymme för sin tillämpning i dessa fall än i kommersiella avtalsförhållanden. Å andra sidan bör man nog hålla i minnet att avtalsfriheten inte är en matematisk storhet som låter sig beräknas med någon större grad av exaktthet. Att i någon mening summera rådande begränsningar och jämföra dessa med det utrymme som återstår för parterna att fritt avtala om kan vara frestande, men ger knappast en rättvisande bild ens om det förutsätts att förfarandet kan operationaliseras på ett tillfredsställande sätt. Vad som är fritt respektive tvingande måste bestämmas och värderas också innehållsmässigt, inte endast bedömas till omfattningen. Avtalsfriheten har så att säga en kvalitativ sida. Ett exempel som illustrerar vad som nu sagts är villkor om priset för avtalad prestation. Sådana villkor framstår många gånger som så centrala för avtalet som helhet att andra villkor helt kommer i skymundan.[255] En långtgående frihet att bestämma priset kan därför ofta tänkas bli värderad så högt att eventuella inskränkningar av avtalsfriheten i övrigt uppfattas som mindre väsentliga trots att de såväl till antal som omfång är mycket betydande. Även när det gäller möjligheten att fritt bestämma priset och därmed sammanhängande villkor finns emellertid vissa inskränkande regler,

[253] Grönfors i JFT 1988 s 318 f. Jfr Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 28 not 36 där uttalandet modifierats något

[254] Sandgren, Utvecklingstendenser inom avtalsrätten i Utvecklingslinjer inom avtalsrätten (red. Sandgren) s 99, Stockholm 1993

[255] Jfr Sandgren a.a. s 118.

främst 36 § avtalslagen vilken senare är tillämplig såväl på kommersiella avtal som konsumentavtal. Den är emellertid inte avsedd att tjänstgöra som remedium för någon allmän priskontroll.[256] Särskilt vid avtal mellan näringsidkare som ofta innehåller moment av medvetet risktagande torde domstolarna iaktta återhållsamhet när det gäller att jämka sådana villkor.[257] För jämkning krävs sannolikt, åtminstone som regel, att ytterligare någon omständighet kan åberopas utöver relationen mellan pris och prestation exempelvis olämpligt val av index, oväntade kostnadsökningar vid långvariga avtal eller att något särskilt förekommit i samband med avtalets tillkomst.[258] Frågan om jämkning av avtalat pris med stöd av 36 § avtalslagen har varit uppe till prövning i Högsta domstolen i blott ett fåtal fall. Två fall avsåg långvariga avtal närmare bestämt bostadsarrende.[259] Inget av dem rörde kommersiella förhållanden. I det ena fallet blev utgången att arrendeavgiften jämkades medan i det andra jämkningsyrkandet inte bifölls utöver vad svaranden medgivit. Ett tredje fall avsåg jämkning av indexklausul vid avtal om småhusentreprenad.[260] Klausulen ansågs inte oskälig. Vid sidan av avtalslagens generalklausul existerar enstaka tvingande regler som rör prisets bestämmande i vissa fall och för vissa särskilda avtalstyper. Sistnämnda regler är väsentligen tillämpliga på konsumentavtal så exempelvis bestämmelsen i 35 § konsumentköplagen om vilket pris som köparen skall betala om ett bestämt pris inte följer av avtalet. Även marknadsrättens regler – som tar sikte på att främja en vederhäftig marknadsföring – kan i någon mening sägas begränsa näringsidkarens friheten att bestämma priset i konsumentförhållanden. Dessa regler utgör visserligen inget formellt hinder för näringsidkaren att i förhållande till viss konsument fritt bestämma om priset. Ett av marknadsdomstolen utfärdat förbud vid vite, som exempelvis har sin grund i vilseledande prisangivelse, kan dock i praktiken fungera som ett hinder för näringsidkaren att fortsättningsvis frångå det pris som han angivit i sin marknadsföring.[261] Det handlar emellertid här, väl att märka, endast om

[256] Prop. 1975/76:81 s 138. Se även Bernitz, Standardavtalsrätt s 81 och Håstad i Konsumenträtt & Ekonomi nr 2 1985 s 18. Jfr MD 1985:12

[257] Jfr prop. 1975/76:81 s 104 och s 119.

[258] Jfr prop. a.a. s 138 och Håstad i Konsumenträtt & Ekonomi Nr 2 1985 s 18

[259] NJA 1979 s 731 och NJA 1983 s 385 samt NJA 1984 s 115. Jfr även de norska domarna Rt. 1988 s 276 (Röstad) och Rt. 1988 s 295 (Skjelsvik) angående jämkning uppåt av "festeavgift" som på ett mycket markant sätt avvek från den allmänna prisnivån. I Røstadfallet ansåg dock en minoritet i Høyesterett att det inte fann utrymme för jämkning enligt 36 §. Även Rt. 1992 s 1387 och s 1397 samt Rt. 1995 s 674 som likaledes gällde jämkning uppåt av "festeavgift".

[260] NJA 1984 s 115

[261] Jfr Nordell, SvJT 1995 s 144

en inverkan på säljarens praktiska möjligheter att ändra ett pris som denne frivilligt bestämt och brukat i sin marknadsföring av varan. Utrymmet för parterna att fritt bestämma om priset vid viktiga avtal som köp är alltså enligt min mening fortfarande betydande, särskilt i kommersiella avtalsförhållanden för vilka avtalsfrihetens princip framstår som i huvudsak obruten. Vad som sagts hindrar dock inte att man, i likhet med Grönfors, kan ifrågasätta vilken betydelse avtalsfriheten numera har när det gäller avtal i konsumentförhållanden. Bildar den alltjämt en grundläggande princip, en slags huvudregel om än försedd med väsentliga undantag eller framstår den som så rudimentär att den själv förvandlats till ett undantag i ett för övrigt starkt övervakat eller dikterat avtalsrättsligt system? Min uppfattning ligger, av skäl som framgått ovan, närmare den förstnämnda beskrivningen men förhållandet låter sig väl diskuteras. Det kan anmärkas att enligt artikel 4.2 EG-direktivet om oskäliga avtalsvillkor (93/13/EEG), som införlivats med svensk rätt, får oskälighetsbedömningen av avtalsvillkor inte avse förhållandet mellan pris och prestation (i form av sålda varor och tjänster). Direktivet gäller endast villkor i konsumentförhållanden som inte varit föremål för individuella förhandlingar. Eftersom det rör sig om ett minimidirektiv[262] hindrar bestämmelsen dock inte att en mer långtgående prövning till förmån för konsumenterna sker.

Man bör också i sammanhanget beakta den psykologiska inverkan som föreställningen om avtalsfrihetens princip alltjämt måste antas ha. Denna utgör säkerligen en inte obetydlig förklaring till det relativt sett synnerligen få fall i vilka samhället med stöd av främst tvingande rättsregler ingriper i avtalsförhållanden.[263] Under alla förhållanden gäller dock att begränsningarna i avtalsfriheten är betydande och att de regler som styr inskränkningarna är svåröverskådliga och inte sällan svårtydda.

Principen om avtalsfrihet hänger naturligtvis nära samman med den politiska och ekonomiska samhällsutvecklingen. Den torde väsentligen vara framsprungen ur de demokratiska idealen och de ekonomiska teorier som ligger till grund för det vi i dag kallar det marknadsekonomiska systemet. Även om termen demokrati i första hand åsyftar en styrelseform som bygger på att den politiska makten ytterst tillkommer medborgarna är den också intimt förknippad med vissa centrala värden som förutsätts existera eller bli realiserade i det demokratiska samhällssystemet. Till dessa värden hör medborgarnas frihet. Beträffande det marknadsekonomiska systemet kan kort och gott konstateras att detta i sig bygger på att

[262] Se artikel 8 i direktivet.

[263] Förhållandet har naturligtvis andra väl så viktiga förklaringar så exempelvis att avtalen efter hand i betydande utsträckning anpassas till rådande regler av tvingande natur

medborgarna – som enskilda individer eller genom sina organisationer – i princip fritt kan agera på marknaden. Marknadsekonomi utan principiell avtalsfrihet torde inte vara möjlig.

Det sagda innebär nu inte, som tidigare antytts, att avtalsfriheten ens i de mest utpräglade marknadsekonomierna måste vara total. Tvärt om torde knappast något samhälle med någorlunda utvecklad ekonomi kunna tillåta en sådan obegränsad frihet. Skälen härtill är huvudsakligen två. För det första kan det väl tänkas att en oinskränkt avtalsfrihet indirekt kan komma att i vissa fall motverka det marknadsekonomiska syftet att på ekonomiskt effektivaste sätt bidra till att tillfredsställa medborgarnas behov när det gäller utbyte av varor och tjänster. Avtalsfrihetens princip som en viktig komponent i en fungerande marknadsekonomi torde nämligen väsentligen bygga på förutsättningen att avtalsparterna intar en åtminstone i huvudsak jämbördig ställning. Detta är emellertid som bekant inte alltid fallet. Styrkan hos stora företag med monopol- eller monopolliknande ställning kan exempelvis, om inga åtgärder vidtas från samhällets sida, föra med sig en "snedvridning" av marknaden på ett sätt som inte bidrar till ekonomisk effektivitet, åtminstone inte i den här aktuella bemärkelsen. Korrigerande åtgärder i detta avseende innebär ofta om än inte alltid inskränkningar i avtalsfriheten. För det andra lär inget samhälle som gör anspråk på att tillämpa demokratiska ideal fullt ut kunna acceptera (de sociala) konsekvenserna av en oinskränkt avtalsfrihet särskilt om dessa väsentligen framstår som en följd av att ena avtalsparten intar en i förhållande till den andre underlägsen ställning. Även andra förhållanden t.ex. att avtalet innehåller villkor om utförande av brottsliga eller eljest starkt klandervärda handlingar kan motivera en begränsning av avtalsfriheten.

3.2.2 Olika typer av inskränkande regler och faktorer

Avtalsfriheten begränsas efter flera olika vägar. För det första sker inskränkningar som bekant genom tvingande lagstiftning. Sådana regler kan dels syfta till att i olika avseenden beskära avtalsfriheten på vissa områden eller för specifika avtalstyper dels avse att mera allmänt hindra eller motverka oönskade följder av en oinskränkt avtalsfrihet. Till den första gruppen hör t.ex. konsumentköplagens och konsumenttjänstlagens regler. Exempel på den senare typen utgör generalklausulerna i avtalslagen men även de marknadsrättsliga generalklausulerna i avtalsvillkorslagarna.

För det andra kan begränsningar ske genom den judiciella tolkningsverksamheten dels i form av att domstolarna ställer särskilda krav för att

standardvillkor överhuvud skall anses ingå i det enskilda avtalet dels genom att domstolarna i vissa fall tillämpar tolkningsprinciper som begränsar avtalsvillkorens rättsverkningar. Det handlar här huvudsakligen om vad man brukar kalla dold kontroll av avtalsvillkor i motsats till öppen kontroll som främst sker genom tillämpning av generalklausulerna särskilt 36 § avtalslagen.

Som en tredje form av sådana begränsningar skulle vidare, trots att det kan synas motsägelsefullt, kunna anföras de dispositiva rättsreglerna. Vad som åsyftas är att sådana regler ibland kan ha en styrande inverkan på avtalets innehåll. Bortsett från sin utfyllande funktion tjänstgör de dispositiva reglerna ofta som hållpunkter för avtalstolkningen och för oskälighetsbedömningen enligt generalklausulerna. I synnerhet anses vad som sagts nu gälla om sådana dispositiva regler som ger uttryck för rättspolitiska ställningstaganden.[264] Det kan nämnas att förhållandet till andra rättsregler inte minst dispositiva dito utgör en viktig bedömningsgrund vid oskälighetsbedömningen enligt generalklausulen i den tyska standardavtalslagen (§ 9 AGB-Gesetz).[265]

Ytterligare inskränkningar kan ske genom avtal. Konkurrensavtal och konsortialavtal kan tjäna som exempel på sådana avtal. Sådana inskränkningar torde dock sakna betydelse i detta sammanhang.

Slutligen förekommer begränsningar av mera indirekt slag i den meningen att inskränkningarna inte är betingade av rättsregler som i vart fall primärt har till syfte att beskära avtalsfriheten. Till detta slag av begränsande faktorer hör bruket av allmänna avtalsvillkor. Sådana villkor – som ur brukarens synvinkel dock innebär ett utnyttjande av avtalsfriheten – kan i praktiken väsentligt inskränka avtalsfriheten för en underlägsen part. Särskilt gäller detta standardvillkor som tillämpas genomgående i en viss bransch och de s.k. adhesionsavtalen (anslutningsavtalen). Även ekonomiska faktorer i form av exempelvis monopolisering av verksamhet, beskattning och andra offentliga ingrepp som minskar konsumtionsutrymmet kan föras hit. Möjligen kunde man till denna typ av begränsningar också räkna brist på information eller kunskap i den meningen att sådana faktorer i praktiken kan verka inskränkande på avtalsfriheten eller snarare, i likhet med övriga faktorer av det nu aktuella slaget, minska möjligheten att utnyttja den rådande avtalsfriheten.

Min avsikt är att i det följande närmare behandla betydelsen av de olika slagen av inskränkningar för frågan om friskrivningsklausulers gil-

[264] Se bl.a. SOU 1974:84 s 138. Även Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 24 och densamme Tolkning av fraktavtal s 45 f samt Ramberg, Allmän avtalsrätt s 38. Beträffande särskilt friskrivningsklausuler se Gomard, Almindelig kontraktsret s 193.
[265] Se även Wolf i Wolf m.fl., AGB-Gesetz s 302 f.

tighet och räckvidd. Naturligt nog kommer tyngdpunkten i undersökningen att ligga på den tvingande lagstiftningen vilken torde utgöra den viktigaste enskilda begränsande faktorn. Jag kommer också att behandla den s.k. dolda kontrollen av avtalsvillkor och förekomsten av standardvillkor såsom varande betydelsefulla faktorer i sammanhanget. Däremot avser jag inte att – frånsett standardavtalen – närmare gå in på betydelsen av övriga s.k. indirekta begränsningar. Inte heller kommer jag att behandla de begränsningar i avtalsfriheten som brukar inbegripas i termen kontraheringstvång eller kontraheringsplikt.

Som ett första steg i undersökningen skall jag uppehålla mig något vid frågan om hur dessa inskränkande faktorer griper in i varandra och vilket närmare samspel eller möjligen brist på samspel som finns mellan dem samt inte minst förhållandet till de dispositiva rättsreglerna.

3.2.3 Förhållandet mellan de inskränkande faktorerna

Som framgått begränsas avtalsfriheten och giltigheten av friskrivningsklausuler av såväl rättsregler som andra faktorer. Frågan är i vilken relation dessa olika inskränkande faktorer står till varandra, om och hur de griper in i varandra och ytterst hur detta inverkar på avtalsfriheten.

Tvingande lagstiftning utgör säkerligen den viktigaste begränsande faktorn i vart fall gäller detta direkta begränsningar genom rättsregler. Sådan lagstiftning inom förmögenhetsrätten har som bekant vuxit i omfattning högst betydligt under de senaste årtiondena. Särskilt gäller detta på konsumenträttens område. Den tvingande lagstiftningen på sistnämnda område är som nämnts huvudsakligen framsprungen ur behovet att skydda vissa avtalsparter nämligen sådana som står i eller åtminstone normalt intar en i förhållande till motparten underlägsen ställning. Reglerna kan ses som ett uttryck för lagstiftarens ambitioner att effektivt skydda vissa viktiga intressen. Det bör kanske framhållas att rättsregler av tvingande natur kan förekomma också vid sidan av skriven lag. Vad som åsyftas här är främst vissa regler som framträder i rättspraxis. Även s.k. allmänna rättsgrundsatser av betydelse för frågan om avtals giltighet kunde i praktiken föras till denna kategori. Enligt ett mera strikt synsätt betraktas dock sådana grundsatser vanligen snarare som riktlinjer eller principer än som egentliga rättsregler. Distinktionen brukar motiveras med det mera oprecisa innehåll som dessa satser oftast uppvisar.[266]

Hur förhåller sig då de tvingande reglerna till andra rättsregler och till övriga begränsande faktorer som är aktuella här? Som bekant har tving-

[266] Se t.ex. Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s 224

ande regler i händelse av kollision företräde framför vad parterna avtalat. Dispositiv rätt blir del av avtalet endast om annat inte är avtalat mellan parterna eller, i vissa fall, följer av handelsbruk eller annan sedvänja. Huruvida sedvänja generellt har företräde framför dispositiva rättsregler är däremot tveksamt. Något otvetydigt stöd för att ett sådant allmänt företräde gäller lär i vart fall inte kunna påvisas. Däremot framgår ibland uttryckligen av de dispositiva lagreglerna för visst område att prioritet skall ges åt sedvänja. Viktiga exemplet på detta utgör köplagen och 1 kap avtalslagen samt 15 kap sjölagen. En förutsättning för att handelsbruk eller annan sedvänja skall tillmätas denna betydelse är dock under alla förhållanden att sedvänjan inte framstår som oskälig. Domstolarna torde nämligen alltid – åtminstone om part åberopar att viss sedvänja är oskälig – ha rätt att pröva om så är fallet.[267]

I enlighet med vad som sagts ovan skulle således följande principiella förhållande gälla. Tvingande regler har första prioritet. I andra hand gäller vad parterna avtalat dvs. för det fall att detta inte strider mot tvingande rätt. Om inget särskilt är avtalat mellan parterna för visst fall fylls avtalet vid behov ut med dispositiva rättsregler. I vissa fall har dock handelsbruk eller annan sedvänja företräde framför dispositiva regler. Om varken dispositiva regler eller sedvänja som är direkt tillämplig står till buds kan avtalet fyllas ut genom analogisk tillämpning av rättsregler på närliggande områden. Saknas även denna möjlighet får domstolen i sista hand skapa en tillämplig regel (av större eller mindre räckvidd) utifrån allmänna rättsgrundsatser eller i övrigt allmänna lämplighetsöverväganden. Den judiciella kontrollen av avtalsvillkor – här avses huvudsakligen den s.k. dolda kontrollen – kan i detta förenklade schema placeras i ett slags förberedande stadium. Det handlar nämligen här om att fastställa vilka villkor som överhuvud ingår i avtalet och vad villkoren (avtalet) i så fall innehåller. Först därefter kommer övriga rättsliga faktorer in i bilden.[268] Vad slutligen gäller förekomsten av standardvillkor som begränsande faktor lär det knappast vara möjligt att placera in den i förevarande principiella schema. Anledning därtill är väsentligen begränsningens indirekta karaktär. Det handlar ju här om förekomsten som sådan av standardvillkor som begränsande faktor för avtalsfriheten, inte om begränsningar som kan följa av standardavtalsrättsliga regler. Sistnämnda förhållande behandlas huvudsakligen inom ramen för den dolda kontrollen av avtalsvillkor. Det kan också uttryckas så att rättsordningen inte tillåter eller uppmuntrar förekomsten av standardvillkor med det direkta syftet att inskränka avtalsfriheten utan primärt av andra skäl främst som led i ett

[267] Jfr prop. 1988/89:76 s 66 och Rodhe, Lärobok i obligationsrätt s 28
[268] Jfr Bernitz, Standardavtalsrätt s 97 f

rationellt system för omsättning av varor och tjänster. Begränsningen av avtalsfriheten framstår i sammanhanget snarast som en oönskad bieffekt. Det bör kanske i klarhetens intresse påpekas att användningen av allmänna avtalsvillkor utifrån brukarens synvinkel knappast i någon mening kan ses som en begränsande faktor. Tvärt om handlar det här snarast om ett mer eller mindre långtgående utnyttjande av just avtalsfrihetens princip, vilket i realiteten nog så ofta reducerar motpartens möjligheter att uppnå för honom individuellt anpassade villkor.

Vad som sagts ovan är, om än i princip korrekt, dock en betydande förenkling av sammanhangen. I själva verket framträder vid ett närmare studium ett tämligen komplicerat "system" av regler och faktorer som på olika sätt påverkar avtalsfriheten och vilkas betydelse eller inbördes relationer långt ifrån alltid är klar. Inte minst gäller detta betydelsen av tvingande regler kontra dispositiv rätt. Till dessa frågor återkommer jag i det följande.

3.3 Behovet att kontrollera friskrivningsklausuler

3.3.1 Inledning

Av skäl som berörts i det föregående framstår det som närmast ofrånkomligt i ett modernt demokratiskt samhälle att allmänt söka motverka åtminstone vissa påtagligt negativa effekter av ekonomisk och social natur som följer av en oinskränkt avtalsfrihet. Eftersom friskrivningsklausulens syfte är att åstadkomma begränsningar av det ansvar eller de rättigheter som eljest skulle följa av främst dispositiv rätt är det klart att ett okontrollerat bruk av sådana klausuler i förening med obalans i partsförhållandet lätt leder till avtalskonstruktioner som framstår som klart ofördelaktiga för ena parten. Det faktum att friskrivningsklausuler väsentligen riktar sig mot dispositiva regler, som i många fall får anses ge uttryck för allmänna värderingar och avvägningar, gör att det kan finnas särskild anledning från samhällets sida att uppmärksamma användningen och utformningen av sådana klausuler. Det sagda accentueras i hög grad av det starkt ökande bruket av standardvillkor. Ytterligare en anledning att särskilt uppmärksamma friskrivningsklausuler är de inte sällan förekommande svårigheterna för motparten att identifiera klausulerna samt att tolka och värdera deras innehåll. Emellertid måste man i sammanhanget fästa stort avseende vid avtalsrättens samhällsekonomiska funktioner inom ramen för det marknadsekonomiska systemet. Principer som rättvisa och skälighet i avtalsförhållanden måste därför vägas mot vikten

av att upprätthålla de grundläggande principerna om avtalsfrihet och avtals bindande verkan. Blotta faktum att part i någon mån kan anses förfördelad i en viss avtalsrelation bör således inte alltid vara tillräckligt skäl att på rättslig väg, (genom tvingande regler,) ingripa i avtalsförhållandet.

3.3.2 Identifiering, tolkning och värdering

För den part gentemot vilken friskrivningen riktar sig möter inte sällan svårigheter att överhuvud identifiera friskrivningen som sådan. Det sagda gäller framför allt när villkor förekommer i avtalshandlingar som tillhandahålls av den friskrivande parten.

Svårigheterna kan ha sin grund i flera olika förhållanden. De kan till en början bero på att friskrivningen är i någon mening förtäckt eller undanstucken. Så kan den exempelvis förekomma i finstilt text på baksidan av en kontraktshandling, under missvisande rubrik eller ingå som en del av något annat villkor som tillika ger rättigheter. Ett exempel på sistnämnda förhållande kan vara garantier som visserligen ger en rätt att få avtalsföremålet kostnadsfritt ersatt eller reparerat inom viss tid men som samtidigt starkt begränsar de rättigheter som eljest skulle stå till buds att göra påföljder gällande i form av t.ex. skadestånd eller hävning. Sådana villkor kräver särskild uppmärksamhet. Det är lätt att villkorets negativa sidor, särskilt i konsumentförhållanden, lämnas helt obeaktade med den begripliga utgångspunkten att garantivillkor alltid måste innebära fördelar. I själva verket kan en närmare granskning av sådana "blandade" villkor mycket väl ge vid handen att dess samlade effekt för motparten är negativ således att villkorets nackdelar i form av begränsningar i rättigheter som eljest skulle ha gällt överväger villkorets positiva sida. Villkor av det nämnda slaget medför därför typiskt sett särskilda svårigheter inte bara när det gäller att visuellt identifiera friskrivningen utan också ifråga om tolkning och värdering av villkoret.

Liknande problem kan uppstå som en följd av friskrivningsklausulers tekniska utformning. Vad som åsyftas här är att den friskrivande parten, i stället för att uttryckligen ange t.ex. inskränkningar i det ansvar som han eljest skulle bära, ibland väljer att positivt uttrycka vilket ansvar som skall åvila honom men utelämnar en större eller mindre del av det ansvar som följer av dispositiv rätt. Klausulen kan exempelvis föreskriva att "X svarar endast för skada orsakad av grov oaktsamhet" eller att "ersättning utgår endast för direkt skada" medan dispositiv rätt i motsvarande fall innebär ansvar för oaktsamhet respektive skyldighet att ersätta såväl direkt som indirekt skada. Klausuler av detta slag har visserligen förde-

len att för den uppmärksamme motparten direkt klargöra vilket ansvar som faktiskt gäller i visst avseende. Vad som däremot inte framgår är vad som eljest skulle ha gällt. Huruvida villkoret är normalt i den meningen att det överensstämmer med dispositiv lagstiftning, sedvänja eller handelsbruk på området eller om villkoret i själva verket innebär betydande försämringar vid en sådan jämförelse kan motparten inte avgöra utan ingående kännedom om nämnda regler. Sistnämnda förhållande illustrerar det kanske mest centrala problemet i detta sammanhang, nämligen det som ligger inbyggt i förhållandet mellan avtalsinnehållet sådant som det framträder i de "uttryckliga" avtalsvillkoren och normer utanför avtalet som påverkar dess innehåll. Främst gäller detta förhållandet till den dispositiva rätten som bildar ett slags underförstådda typvillkor i den meningen att de gäller om inget annat avtalats eller kan anses avtalat. Att korrekt tolka och värdera avtalets innebörd kräver därför så gott som alltid kännedom om vad den dispositiva rätten innehåller på området. När det gäller friskrivningsklausuler förutsätts som framgått dessutom inte sällan sådan kunskap för att överhuvud kunna identifiera friskrivningen. Också förhållandet till tvingande rätt kan väl tänkas skapa problem men av annat slag. Friskrivningsklausuler som strider mot tvingande regler får visserligen som bekant vika för de senare. I praktiken kan dock denna rättsföljd omintetgöras av det faktum att motparten inte känner till vare sig reglernas innehåll eller deras karaktär. Det krävs nämligen i flertalet fall att motparten åberopar sig på omständigheter som gör de tvingande reglerna tillämpliga för att de skall få rättsverkan.

3.3.3 Effektivitet, skälighet och riskfördelning

Som framgått av tidigare avsnitt kan enligt min mening friskrivningsklausuler i allt väsentligt ses som en metod för omfördelning av risker mellan parterna, framförallt risken för konsekvenser av eventuella kontraktsbrott (eller för händelser/förhållanden som eljest skulle utgöra kontraktsbrott).

Att en sådan omfördelning är möjlig är en naturlig följd av principen om avtalsfrihet och sannolikt en nödvändig förutsättning för en väl fungerande marknadsekonomi. En total frihet att disponera över avtalsinnehållet skulle emellertid som nämnts leda till ett antal oönskade konsekvenser främst som en följd av obalans i partsförhållandet.

En sådan konsekvens är avtalets bristande skälighet, dvs. vad som brukar sammanfattas under begreppet oskäliga avtalsvillkor. Kravet på en rimlig social och ekonomisk rättvisa torde omfattas av praktiskt taget alla utvecklade samhällsordningar med demokratiska inslag. Demokratiska

samhällen som bekänner sig till ett sådant synsätt kan knappast blunda för liknande rättvisekrav på områden där det står medborgarna fritt att agera med stöd av principen om avtalsfrihet. Rättsordningen kan därför inte tillåta avtal eller avtalsvillkor som i alltför hög grad missgynnar ena parten i vart fall så länge det inte rör sig om enstaka företeelser. Principerna om bytesrättvisa[269] och skälighet i avtalsförhållanden ger uttryck för denna syn. Var och hur gränsen för vad som av detta skäl utgör en tillåten friskrivning skall dras är en annan sak. Dessa frågor behandlas närmare i annat sammanhang. Det kan dock vara på sin plats att här understryka det ovan antydda sambandet mellan sistnämnda frågor och den allmänna synen i samhället på frågor om ekonomisk och social rättvisa. Behovet att kontrollera friskrivningsklausuler torde (därför) ofta framstå som angelägnare i samhällen som det svenska med en allmänt sett förhållandevis stark betoning av värden som social välfärd, rättvisa och ekonomisk jämlikhet än i sådana där värden av det angivna slaget spelar en mindre framträdande roll. Om kontrollen är angelägen också ur ett renodlat ekonomiskt rationellt perspektiv är dock tilldels en annan fråga.

Det finns emellertid ytterligare väl så viktiga skäl som talar mot en okontrollerad användning av det berörda slaget av klausuler. Såväl ekonomiska som juridiska system är för sin funktion i hög grad beroende av tilltron till systemet som sådant. Ett system – här avses det marknadsekonomiska byggt på avtalsfrihetens princip – som leder till (tillåter) avtalskonstruktioner vilka i ett större antal fall framstår som ett otillbörligt eller oskäligt gynnande av ena parten på den andras bekostnad riskerar lätt att allvarligt förlora i förtroende hos aktörerna och därmed även i effektivitet. Med effektivitet avses här att systemet som en viktig funktion har att gynna omsättningen av varor och tjänster i samhället genom att framför allt minimera transaktionskostnaderna och öka säkerheten i bytesrelationerna. Vad som sagts sist framstår som särskilt tydligt ifråga om friskrivningsklausuler, som i så hög grad övervältrar riskerna på motparten att det i praktiken står den friskrivande parten fritt, att med hänvisning till klausulen underlåta att fullgöra avtalet eftersom det inte medför några påföljder för honom. Avtalet blir de facto bindande endast i ena riktningen.[270] En ordning där sådana klausuler upprätthålls med stöd av principerna om avtalsfrihet och avtals bindande verkan skulle i själva verket sannolikt undergräva respekten för principerna.[271]

Vad som behandlats i det föregående rör väsentligen bedömningar uti-

[269] Se t.ex. Eckoff, Rettferdighet ved utveksling och fordeling av verdier s 84 ff (särskilt angående "likevekts-rettferdighet")

[270] Jfr Taxell, Avtal och rättsskydd s 456 och Petersen, Ansvarsfraskrivelse s 185

[271] Sandgren i JT 1992–93 s 663.

från förhållandet mellan avtalsparterna. Behovet att kontrollera friskrivningsklausuler framstår här i mycket hög grad som en följd av bristande balans i partsförhållandet. Även om avtalsvillkor i princip inte binder andra än parterna är det dock, enligt min mening, inte tillräckligt att betrakta frågan enbart ur ett partsperspektiv. Fullgörandet av förmögenhetsrättsliga avtal kan väl tänkas medföra sådana starkt negativa konsekvenser för tredje man eller det allmänna att det ter sig nödvändigt att av den anledningen kontrollera innehållet i avtalet också med avseende på eventuella friskrivningsklausuler. Ett exempel kunde vara friskrivning från kvalitet för särskilt miljö- eller hälsofarliga produkter.

Ett förhållande som kan vara ägnat att minska behovet att kontrollera friskrivningsklausuler är möjligheterna att kanalisera risker via effektiva försäkringssystem som erbjuder den försäkrade ett gott skydd till jämförelsevis låg kostnad.

Det numera mycket frekventa inslaget av allmänna avtalsvillkor i kontraktsförhållanden ger å andra sidan på ett avgörande sätt tyngd åt de skäl som talar mot ett okontrollerat bruk av friskrivningsklausuler. Mer härom i det följande.

3.3.4 Bruket av standardvillkor

Förekomsten av standardiserade allmänna avtalsvillkor har under de senaste decennierna ökat dramatiskt i omfattning såväl i kommersiella avtalsförhållanden som i konsumentförhållanden. För åtskilliga typer av avtal används numera regelmässigt standardvillkor. Det sagda gäller exempelvis avtal om passagerarbefordran, fraktavtal, entreprenadavtal, köp av dyrare kapitalvaror, leverans och montering av maskiner samt försäkringsavtal. Nämnda förhållande utgör som företeelse tvivelsutan en av de viktigaste förändringar som skett på kontraktsrättens område på mycket lång tid.[272] Åtminstone torde påståendet ha fog för sig vad gäller förändringar som inte är ett direkt resultat av lagstiftning. Den fråga som skall behandlas här är den inverkan på avtalsfriheten som bruket av standardvillkor medför och vad detta betyder för frågan om den rättsliga kontrollen av friskrivningsklausuler. Först dock något om termen standardvillkor.

Standardvillkor – ofta benämnda allmänna avtalsvillkor eller allmänna leveransvillkor – förekommer i ett flertal olika skepnader. Villkoren kan exempelvis förekomma på särskilda, förtryckta och i princip fullständiga

[272] Jfr t.ex. Hellner, Avtals- och köprätt under 1900-talet i SvJT 1984 s 755 ff (särskilt på s 758 f).

kontraktsformulär eller i en förtryckt handling som används tillsammans med övriga kontraktshandlingar. Vanligt är även att allmänna avtalsvillkor förekommer på biljetter, på baksidan av ordersedlar och i form av skyltar eller anslag. Villkoren kan vara avsedda att utgöra en mer eller mindre fullständig del av det slutliga avtalet. Ofta är avsikten att de allmänna avtalsvillkoren skall bilda stommen i avtalet genom att ange innehållet i den prestation som part kan utkräva enligt avtalet samt konsekvenserna av en eventuellt försenad eller eljest icke avtalsenlig prestation medan övriga villkor – som kan avse leveranstid, pris, betalningstid och betalningssätt m.m. – avtalas individuellt. Det förekommer emellertid även att standardvillkoren utgör ett komplett avtal inklusive pris och betalningsvillkor och därmed lämnar en presumtiv avtalspart i valet mellan att ansluta sig till villkoren i sin helhet eller att avstå från att ingå avtalet. Sådana avtal benämns ibland adhesionsavtal eller anslutningsavtal.[273] Å andra sidan avser de allmänna avtalsvillkoren i vissa fall endast ett enstaka förhållande i avtalsrelationen. Så kan t.ex. standardvillkoren bestå av en befrielseklausul som avser att begränsa ena partens ansvar i visst avseende eller kan villkoret ange konsekvenserna, rättsföljden, av en viss typ av kontraktsbrott.

Hur ser då de närmare kriterierna för ett standardvillkor ut? Någon allmängiltig legaldefinition existerar inte i svensk rätt i motsats till förhållandet i exempelvis tysk dito.[274] Innebörden av begreppet som sådant är dock tämligen väl utmejslad i doktrinen.[275]

Termen tar till en början sikte på avtalsvillkor som utgår från eller kanske bättre uttryckt följer en på förhand bestämd standard. Standard åsyftar här i första hand villkorets innehåll. Att denna skall vara bestämd i förväg lär i praktiken innebära att den så gott som alltid föreligger i skriftlig form, vanligen på något av de sätt som exemplifierats ovan även om något formellt skriftkrav knappast gäller. Ytterligare brukar man förutsätta att villkoret eller om man så vill standarden ifråga är avsedd att brukas i ett större antal enskilda avtalsförhållanden som inte rör samma parter. Upprepad användning av samma förtryckta villkor i samma avtalskonstellation är med denna utgångspunkt inte tillräckliga kriterier för att villkoret skall utgöra ett standardvillkor.[276] Bestämningen ansluter nära till innebörden av den legaldefinition som förekommer i den tyska standardavtalslagen (AGB-Gesetz). § 1 AGB-Gesetz beskriver standardvillkor ("Allgemeine Geschäftsbedingungen") som "für eine Vielzahl

[273] Se bla Bernitz, Standardavtalsrätt s 13.
[274] Se § 1 AGB – Gesetz.
[275] Se t.ex. Bernitz, a.a. s 12.
[276] Jfr A.st.

von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen". Det är inte en nödvändig förutsättning att villkoret faktiskt använts i ett flertal fall; en sådan avsikt är tillräcklig.[277] Hur villkoret praktiskt integreras med avtalet, vilken skriftart som används eller form som avtalet har är likgiltigt. Även muntliga villkor omfattas. Villkor som överenskommits i detalj ("im einzelnen") mellan avtalsparterna faller dock utanför begreppet "Allgemeine Geschäftsbedingungen". I anslutning till det sistnämnda kriteriet kan nämnas att tolkningsregeln (oklarhetsregeln) i 10 § AVLK anger som en förutsättning för sin tillämplighet att villkoret inte varit föremål för individuell förhandling. Det kan vidare nämnas att kommissionen för revidering av rättshandlingslagen i Finland föreslagit en särskild lag om standardvillkor.[278] Lagförslaget innehåller en definition som innebär att standardvillkor är sådana villkor som uppgjorts för att användas i flera enskilda avtal mellan olika avtalsparter.[279]

Den viktigaste förklaringen till det starkt ökade bruket av allmänna avtalsvillkor torde i grunden få sökas i den ekonomiska utvecklingen. Särskilt betydelsefull har säkerligen varit den kraftigt ökade omsättningen av olika mer eller mindre standardiserade varor och tjänster. Som ytterligare bidragande faktorer kan nämnas teknikutvecklingen och utformningen av den rättsliga regleringen. Otidsenlig lagstiftning liksom frånvaron av särskilt skrivna rättsregler ökar behovet av att skapa "nya" normer eller söka precisera vad som gäller på området genom utformande av allmänna avtalsvillkor.[280]

Som ett av standardvillkorens huvudsyften brukar anges rationaliseringseffekten. Att sådana villkor underlättar och påskyndar avtalsprocessen är särskilt påtagligt vid "massavtal", dvs. frekvent förekommande avtal, men också vid mera omfattande och komplicerade avtal av den typ som exempelvis entreprenader ofta utgör. Rationaliseringseffekten består naturligen nog i att väsentliga delar av den eljest nödvändiga förhandlingsprocessen faller bort liksom motsvarande delar i fråga om den tekniska utformningen av avtalsvillkoren. För att effekten skall uppnås förutsätts emellertid att den part som utformat standardvillkoren eller som använder sig av dem i princip håller fast vid villkoren och inte inlåter sig i förhandlingar på dessa punkter.

Oviljan att frångå på förhand utformade villkor får i praktiken viktiga återverkningar för avtalsfriheten. Hur ingripande dessa verkningar är

[277] Se Wolf i Wolf m.fl., AGB – Gesetz. Kommentar s 56 (§ 1 vid 13).
[278] Kommittébetänkande 1990:20.
[279] Se 1 § i lagförslaget a.a. s 371. Förslaget har dock inte lett till lagstiftning på denna punkt.
[280] Jfr Bernitz, a.a. s 14.

beror på flera faktorer. En sådan faktor hör samman med standardvillkorens tillkomstsätt. En annan är de allmänna avtalsvillkorens relativa betydelse för det enskilda avtalet som helhet. En tredje viktig faktor är användningsfrekvensen – så väl absolut som relativ dito – av sådana villkor. Även avtalsparternas relativa styrkepositioner är här av betydelse.

Ursprungligen tillkom standardvillkor praktiskt taget uteslutande genom att något större företag självt eller via en organisation som företaget tillhörde ensidigt utformade det standardavtal som man använde sig av. Denna typ av ensidigt upprättade standardavtal är alltjämt vanligt förekommande. En växande andel standardvillkor utgör dock numera resultat av förhandlingar eller samråd mellan företrädare för de presumtiva parterna eller måhända vanligare deras organisationer. Sådana standardavtal benämnes ofta, med en engelsk term, agreed documents. En tredje typ av standardavtal som under de två senaste decennierna utvecklats med sikte på konsumentförhållanden är sådana som förhandlats fram mellan företrädare för näringslivet eller dess branschorganisationer och konsumentverket. Karaktäristiskt för den första typen av villkor i förhållande till de två sistnämnda är att de ofta framstår som mer eller mindre ensidigt gynnande för den part som utformat eller tillhandahållit villkoren. Man kan därför utgå från att där sådana villkor kommit till användning den missgynnade parten i åtskilliga fall skulle ha valt att träffa avtal med åtminstone delvis annat innehåll om möjlighet därtill hade funnits. De båda andra typerna av allmänna avtalsvillkor uppvisar naturligt nog i flertalet fall en betydligt bättre avvägning mellan respektive parts intressen. Det finns därför skäl anta att avtalsvillkoren inte sällan skulle ha fått ett väsentligen likartat innehåll för den händelse att villkoren tillkommit efter förhandlingar mellan parterna i varje enskilt fall förutsatt att parterna intagit en i princip jämbördig partsställning. Det torde därför finnas fog för påståendet att bruket av ensidigt upprättade standardavtal i realiteten innebär ett allvarligare "ingrepp"[281] i avtalsfriheten än användningen av de båda övriga typerna av standardavtal. Det sagda tar sikte på genomsnittliga förhållanden och inbegriper således inte användningsfrekvensen av de olika slagen av standardvillkor.

Den inskränkning i avtalsfriheten som bruket av standardvillkor medför är särskilt uppenbar i fråga om de s.k. anslutningsavtalen (adhesionsavtalen) som i princip innehåller en för det aktuella avtalet uttömmande reglering från vilken avsteg ej medges. Även standardavtal som består av

[281] Med uttrycken ingrepp eller inskränkningar i avtalsfriheten avses detsamma som under avsnitt 3.2.3 dvs. det förhållandet att möjligheterna för ena parten att avtala om individuellt anpassade villkor i realiteten ofta begränsas som en följd av att medkontrahenten använder sig av allmänna avtalsvillkor.

enstaka allmänna villkor kan emellertid ha en högst påtaglig inverkan av detta slag om villkoret så att säga bär upp hela avtalet eller eljest reglerar en helt central del av avtalsförhållandet. Ett sådant exempel kan vara villkor som anger en depositaries ansvar för förvarad egendom. Vilken betydelse som de allmänna avtalsvillkoren har för avtalet som helhet beror således av dels respektive standardvillkors vikt för avtalsförhållandet dels hur stor del av avtalsförhållandet som regleras av allmänna avtalsvillkor.

Betydelsen i detta sammanhang av den omfattning i vilken standardvillkor faktiskt brukas förefaller uppenbar. Ju vanligare bruket är desto mindre blir i princip utrymmet för avtalsfriheten. Det är emellertid inte enbart den absoluta användningsfrekvensen som är avgörande. Också den relativa frekvensen är av betydelse. Härmed avses hur vanligt förekommande bruket är i en viss bransch eller för en viss typ av avtal. Om nämligen standardavtal används genomgående i viss bransch innebär detta principiellt att avtalsfriheten inskränkes i större utsträckning än om det existerar åtminstone någon presumtiv motpart som är beredd att träffa avtal på individuella villkor. I extrema fall då samma uttömmande standardavtal brukas genomgående kan avtalsfriheten te sig tämligen illusorisk och i praktiken endast framstå som ett val mellan att ingå eller avstå från avtalet (och en frihet att välja avtalspart förutsatt att det inte föreligger en monopolsituation).

Avtalsparternas inbördes styrkeförhållanden är en viktig faktor vars inverkan kan ha betydelse i två avseenden. För det första kan styrkeförhållandet påverka standardvillkorens innehåll och omfattning. Också den som ensidigt utformar sina allmänna avtalsvillkor måste ta viss hänsyn till den relativa styrkan hos de presumtiva motparterna. I annat fall riskerar han att standardvillkorens syfte helt eller delvis går förlorade, inte minst gäller detta rationaliseringssyftet. I praktiken torde det rent av förhålla sig så att bruket särskilt av ensidigt upprättade standardavtal förutsätter att den som använder sig av avtalet intar ett visst överläge i förhållande till motparten. Graden av överläge kan i sin tur påverka balansen i avtalsvillkoren. Ju mer uttalat överläget är desto större är möjligheterna för den överlägsna parten att ensidigt gynna sina intressen på motpartens bekostnad. Partsbalansen har emellertid betydelse också ur en annan synvinkel eller kanske bättre uttryckt på ett senare stadium. Standardvillkor måste av naturliga skäl utformas så att de i första hand passar vanliga eller genomsnittliga förhållanden. Även sådana standardavtal, för vilka balansen i avtalsvillkoren normalt är god, kan därför i särskilda fall vara högst ogynnsamma för endera parten och någon gång kanske för båda parter. Det sagda gäller inte minst beträffande s.k. agreed documents och sådana standardavtal som tillkommit efter förhandlingar eller samråd

med konsumentverket. Möjligheten för den som missgynnas av de allmänna villkoren att genom förhandlingar åstadkomma en förändring till det bättre beror då i hög grad av styrkeförhållandet mellan parterna.

Till vad som sagts om de enskilda faktorernas betydelse bör fogas betydelsen av faktorernas interaktion. Det förhåller sig säkerligen så att flera av de nämnda faktorerna växelvis påverkar varandra. Som redan antytts kan man exempelvis förutsätta att formerna för standardavtalens tillkomst påverkas av de presumtiva parternas inbördes styrkeförhållande. Benägenheten att upprätta ensidiga standardvillkor torde öka om obalansen i partsförhållandet är särskilt uttalad. Vidare får man som nämnts räkna med att styrkeförhållandet påverkar standardvillkorens innehåll vilket i sin tur kan inverka på vilkorens relativa betydelse för avtalet som helhet. Ytterligare kan man på goda grunder anta att de allmänna villkorens användningsfrekvens påverkas av villkorens tillkomstsätt. Gemensamt upprättade standardavtal som tillkommit efter förhandlingar mellan parternas respektive branschorganisationer och sådana som utarbetats efter förhandlingar med konsumentverket kan exempelvis förmodas komma till flitigare användning och nå en större spridning än flertalet andra typer av allmänna avtalsvillkor, möjligen med undantag av ensidigt upprättade standardavtal som brukas av part i monopol- eller monopolliknande ställning på marknaden. Även partsbalansen kan inverka på användningsfrekvensen. Parter som använder sig av allmänna avtalsvillkor och som intar en särskilt uttalad styrkeposition på marknaden torde som regel vara mindre benägna än andra brukare av standardvillkor att frångå villkoren.

Friskrivningsklausuler förekommer ofta som en central del av de allmänna avtalsvillkoren. Innehållet i vissa mindre utförliga standardavtal kan inte sällan helt domineras av sådana klausuler. En viktig fråga blir då vilken betydelse detta har eller bör ha med avseende på friskrivningsklausulers rättsverkan.

Bruket av standardvillkor aktualiserar i sig tillämpning av vissa särskilda avtalsrättsliga regler. Reglerna berör i huvudsak tre problemställningar. För det första frågan om de allmänna villkoren blivit del av det enskilda avtalet. För det andra frågan om tolkning av sådana allmänna villkor samt, för det tredje frågan om standardvillkors tillåtlighet i vissa fall.

Friskrivningsklausuler i form av allmänna avtalsvillkor måste således för att få rättsverkan först och främst, enligt reglerna därom, anses införlivade med det ifrågavarande enskilda avtalet. Särskilt betydelsefulla är i sammanhanget de strängare förutsättningar som gäller för inkorporering av särskilt tyngande klausuler. Sistnämnda term betecknar villkor som i jämförelse med dispositiv rätt på området är påtagligt ogynnsamma, vil-

ket som regel gäller i fråga om friskrivningsklusuler. Beträffande tolkning aktualiseras tillämpning av vissa principer vars huvudsakliga syfte är att begränsa räckvidden av särskilt oklara och/eller ensidigt gynnande standardvillkor. Vad som nu sagts om förutsättningarna för inkorporering och tolkning brukar ibland benämnas dold kontroll av avtalsvillkor. Vad därefter gäller tillåtligheten av friskrivningsklausuler i standardavtal finns ett ganska omfattande komplex av tvingande regler – tillämpliga på såväl standardavtal som enskilda avtal – som i olika avseenden begränsar sådana klausulers rättsverkan. Av särskild betydelse är i sammanhanget den öppna kontroll av friskrivningsklausuler som utövas av domstolarna med stöd av generalklausulen i 36 § avtalslagen. Viktiga instrument – av delvis annat slag – för kontrollen av friskrivningsklausuler i särskilt standardavtal utgör även generalklausulerna i de s.k. avtalsvillkorslagarna dvs. lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden och lagen om avtalsvillkor mellan näringsidkare. De nämnda reglerna tar i första hand sikte på oskäliga avtalsvillkor i just standardavtal, om än de formellt kan tillämpas också utanför detta område. Reglernas syfte kan beskrivas som uteslutande preventivt, dvs. avsikten är att motverka förekomsten som sådan av oskäliga villkor i främst standardavtal.

De olika former för kontroll av avtalsvillkor som nämnts i det föregående kommer att, med avseende på friskrivningsklausuler, behandlas mer ingående i den följande framställningen.

Sammanfattningsvis innebär det sagda följande.

Kontroll av avtalsvillkor innebär oundvikligen ingrepp i principen om avtalsfrihet. Vikten av att upprätthålla principen fullt ut får ställas mot de skäl som talar för att upprätthålla en sådan kontroll. Denna avvägning bör – särskilt med hänsyn till förekommande brister i partsbalansen i kombination med ett flitigt bruk av standardvillkor – leda till slutsatsen att behovet av åtminstone någon form av kontroll av här aktuella klausuler framstår som i det närmaste ofrånkomlig.

3.4 Olika metoder för kontroll av friskrivningsklausuler

3.4.1 Inledning

Den rättsliga kontrollen av friskrivningsklausuler sker numera efter ett antal olika vägar. Dessa är i flertalet fall inte exklusiva för friskrivningsklausuler i den meningen att de uteslutande kommer till användning för

kontroll av sådana villkor. Som framgått koncentreras frågeställningarna i första hand till friskrivningar i standardavtal. Det är därför naturligt att intresset fokuseras på kontrollen av standardvillkor i allmänhet och de s.k. tyngande klausulerna i synnerhet. Sistnämnda villkor består nämligen i stor utsträckning av friskrivningsklausuler.

Man brukar skilja på i princip tre metoder för kontroll av standardvillkor. Judiciell kontroll, dvs. kontroll som utövas av domstolarna i tvistemål, kontroll genom tvingande civilrättslig lagstiftning samt näringsrättslig eller marknadsrättslig metod.[282] De olika metoderna behandlas utförligare i de följande avsnitten. Här skall endast nämnas att domstolskontrollen i sin tur brukar uppdelas i en dold och en öppen form. Den förra hänför sig väsentligen till användningen av regler i rättspraxis om standardvillkors inkorporering i det enskilda avtalet och om tolkning av sådana villkor. Den öppna kontrollen sker genom tillämpning av generella tvingande regler, främst 36 § avtalslagen, som har ett tydligare kontrollerande syfte – i vart fall tydligare än enligt de regler som tillämpas inom ramen för den dolda kontrollen.

3.4.2 Judiciell kontroll – dold kontroll

Ett problem av mera generell natur för frågan om friskrivningsklausulers rättsverkan hänger samman med den s.k. dolda kontrollen av avtalsvillkor. Som nämnts ingår den dolda kontrollen i den judiciella kontroll av avtalsvillkor som syftar till att motverka missbruk av avtalsfriheten i form av t.ex. långtgående friskrivningsklausuler. Det handlar här främst om att domstolarna uppställer vissa krav för att standardvillkor över huvud skall anses ingå i det enskilda avtalet och om särskilda krav på tydlighet för att avtalsvillkor skall få avsedd rättsverkan. Det bör kanske till en början framhållas att betydelsen av den dolda kontrollen som metod i detta sammanhang i och för sig kan antas ha minskat genom framför allt tillkomsten av 36 § avtalslagen till förmån för den s.k. öppna kontrollen av avtalsvillkor. Det sagda innebär dock ingalunda att metoden spelat ut sin roll. Flera HD-avgöranden på senare tid visar att metoden alltjämt tillämpas i vissa situationer. Närmare härom i det följande.

En första förutsättning för att standardvillkor med sina eventuella friskrivningsklausuler skall få avsedd rättsverkan är som antytts att villkoren blivit en del av det enskilda avtalet.

Det föreligger nämligen en betydelsefull skillnad mellan avtal som utgör resultatet av enskilt förhandlade villkor och sådana avtal som helt

[282] Bernitz, a.a. s 20.

eller delvis består av standardvillkor. I det senare fallet har i praktiken flertalet av villkoren i åtskilliga fall överhuvud inte varit föremål för överväganden av den part gentemot vilken standardvillkoren brukas. Det lär för övrigt vara vanligt – med undantag för av part ensidigt upprättade standardvillkor – att inte heller den som tillhandahåller de aktuella allmänna villkoren har företagit någon självständig bedömning av dessa villkors lämplighet eller ens satt sig in i deras närmare innebörd. Part som regelmässigt använder sig av sådana allmänna villkor torde vanligen förlita sig på att den som utformat villkoren – ofta en branschorganisation eller flera dito i samverkan – tillvaratagit partens intressen på lämpligt sätt.

En grundläggande utgångspunkt i de nordiska avtalslagarna är som bekant att avtal kommer till stånd genom utbyte av sammanstämmande viljeförklaringar.[283] Avtalslagens regler om avtalsslut enligt anbud – accept – modellen är starkt präglade av detta synsätt (så exempelvis reglerna om oren accept). Det är emellertid uppenbart att denna syn på avtalet – i varje fall i sin renodlade form – medför vissa problem med avseende på särskilt standardvillkor. Om en part accepterar avtalsvillkor som helt eller till väsentlig del består av allmänna villkor vars innehåll parten i realiteten inte har kännedom om och än mindre haft något inflytande över kan man fråga sig om inte betraktelsen av avtalet som ett resultat av sammanstämmande viljeförklaringar blir närmast fiktiv. I varje fall kan detta sägas vara fallet om det förhåller sig så att den part som i väsentliga delar svävat i okunnighet om avtalsinnehållet uppenbarligen inte skulle ha ingått avtalet på de aktuella villkoren – och under i övrigt oförändrade förutsättningar – om han känt till deras innehåll. Det sagda blir än mer påtagligt om också den som tillhandahåller de allmänna villkoren saknar närmare kännedom om villkorens innebörd. Det står klart att avtalslagens regler i allt väsentligt utgår från det enskilda avtalet trots att bruket av standardavtal vid tiden för lagens tillkomst ingalunda var någon främmande företeelse åtminstone på vissa områden såsom sjörätten och försäkringsrätten.[284] I konsekvens med det sagda innehåller avtalslagen inga regler, vare sig om avtalsslut eller i övrigt, som är särskilt avpassade för standardvillkor. Vissa regler härom har dock efter hand växt fram i rättspraxis och doktrin. Sådana regler som rör standardvillkors inkorporering i det enskilda avtalet samt problem i anslutning därtill skall behandlas och analyseras i det följande.

Det faktum att parterna i ett avtalsförhållande i realiteten ofta inte tagit ställning till aktuella standardvillkor måste rimligen, bl.a. mot bakgrund

[283] NJA II 1915 s 162 och Almén & Eklund, Lagen om avtal s 5.
[284] Jfr Bernitz, SvJT 1972 s 401.

av vad som sagts ovan, få återverkningar för (åtskilliga av) de avtalsrättsliga regler som tillämpas på allmänna avtalsvillkor, inte minst ifråga om vilka villkor som skall anses omfattade av det ifrågavarande enskilda avtalet. En central frågeställning i sammanhanget blir då följande. Vad krävs närmare för att särskilt friskrivningsklausuler i form av standardvillkor skall anses införlivade i det enskilda avtalet?

Utgångspunkten beträffande standardvillkor i allmänhet är att de ifrågavarande villkoren skall ha bekantgjorts för motparten före avtalsslutet för att bli del av avtalet.[285] Detta kan i och för sig ske på flera sätt. Förutom att föra in standardvillkoren i den kontraktshandling som parterna undertecknar kan det t.ex. ske genom en tydlig hänvisning till de aktuella standardvillkoren i en s.k. referensklausul. Inkorporering kan emellertid tänkas ske även på annat sätt exempelvis genom att standardvillkoren bifogas övrig dokumentation, utgör ett s.k. agreed document (dvs. tillkommit efter förhandlingar mellan parterna eller deras organisationer), användes genomgående i en viss bransch eller använts tidigare vid avtal mellan parterna (dvs. inkorporering genom partsbruk).[286]

Avgörande för frågan om standardvillkor för visst fall blivit del av det enskilda avtalet är om villkoren bekantgjorts på sådant sätt att motparten har en praktisk möjlighet att utan större svårighet ta del av dem. Huruvida motparten faktiskt sätter sig in i vad villkoren innehåller har däremot, som framgår av rättspraxis, normalt sett ingen avgörande betydelse.[287] Vad som nu sagts innebär att för parterna bindande avtal inte sällan kan komma att innehålla allmänna avtalsvillkor vilka i realiteten inte varit föremål för parts överväganden och vilka parten skulle ha förkastat för det fall ett sådant ställningstagande ägt rum före avtalsslutet. Det kan tyckas att detta förhållande inte harmonierar särskilt väl med den grundläggande synen på avtalet som ett resultat av parternas utbyte av sammanstämmande viljeförklaringar. Man måste emellertid betrakta

[285] Se t.ex. Bernitz, Standardavtalsrätt s 32.

[286] Ramberg, Allmän avtalsrätt s 141 f. Jfr t.ex. NJA 1933 s 260 (friskrivning i förtryckt konossementformulär ansågs ingå i avtalet bl.a. med hänvisning till tidigare affärsförbindelser mellan parterna), RH 1989:51 (ABBL 72 ansågs inte ha blivit del av avtalet till följd av partsbruk eller handelsbruk), RH 1989:83 (skiljeklausul som ingick i standardvillkor vilka godtagits av båda parternas huvudorganisationer och var allmänt tillämpade i branschen samt använts mellan parterna i ett flertal fall, såväl före som efter det aktuella kontraktet, ansågs ingå i det enskilda avtalet utan särskild hänvisning), RH 1990:7 (fog ansågs inte finnas för påståendet att standardavtalet NSAB "...på grund av handelsbruk utan vidare utgör avtalsinnehåll mellan parterna." och ND 1980 s 1 (allmänna speditionsvillkor ansågs ha blivit del av det enskilda transportavtalet utan hänvisning). Se även avsnitt 1.3 not 71 angående fallet NJA 1923 s 443. Jfr även det norska fallet Rt.1973 s 967.

[287] Se t.ex. NJA 1978 s 432 och NJA 1980 s 46. Se även Bernitz, Standardavtalsrätt s 32 och Krüger, Norsk kontraktsrett s 476 f och s 479.

avtalet som en helhet. Likaväl som part mot bakgrund av avtalet i sin helhet kan tänkas finna sig i enskilda avtalsvillkor, vilka parten i annat sammanhang inte skulle ha varit beredd att acceptera, kan naturligtvis detsamma sägas ifråga om allmänna avtalsvillkor. Om dock standardvillkoret i fråga är sådant att parten för den händelse han övervägt villkoret före avtalets ingående skulle ha förkastat avtalet i dess helhet kommer saken i ett annat läge. En regel (för inkorporering) som leder till att part även i sådant fall blir bunden på samma sätt som ifråga om individuella villkor blir åtskilligt svårare att förena med den grundläggande synen på avtalets konstruktion (enligt vad som skulle kunna kallas "konsensusprincipen"). En "idealisk" regel för inkorporering skulle således inbegripa ett slags hypotetiskt prov med uppgift att i efterhand pröva om parten, för den händelse han vid avtalsslutet känt till såväl villkorets existens som innebörd, skulle ha accepterat avtalet som helhet under i övrigt oförändrade förutsättningar. Det säger sig självt att en sådan regel skulle bli synnerligen svårtillämpad och lätt få en stämpel av fiktion över sig.

För standardvillkor av det slag som behandlas i denna framställning gäller emellertid i många fall strängare krav för att de skall anses införlivade med det enskilda avtalet än vad som gäller för "normala" villkor. Enligt regler som vunnit insteg i HD:s praxis uppställs nämligen särskilda krav i detta sammanhang för s.k. tyngande och oväntade klausuler. Eftersom friskrivningsklausuler ofta, om än inte alltid, är att anse som tyngande och ibland som oväntade blir dessa regler betydelsefulla för frågan om vilken rättsverkan som tillkommer sådana klausuler. Ett centralt rättsfall på området är NJA 1979 s 401. En husfabrikant sålde ett monteringsfärdigt trähus till en privatperson i dennes egenskap av konsument. Kontraktet angav en viss bestämd köpesumma. Avtalet innehöll emellertid även en hänvisning till "Sveriges Trähusfabrikanters Riksförbunds Allmänna leveransbestämmelser, Normer för kundservice 1972 Ser A". I dessa leveransbestämmelser fanns bl.a. intagen en indexklausul enligt vilken den i kontraktet angivna köpesumman endast gällde vid leverans inom 3 månader och att priset därefter reglerades av byggkostnadsindex. En renodlad tillämpning av indexklausulen skulle i detta fall ha medfört en fördyring för köparen med ca 40% i förhållande till den i avtalet angivna köpesumman. HD konstaterade att klausulen måste anses som såväl tyngande som oväntad. Det senare mot bakgrund framför allt av att indexklausulen förekom bland vad som angavs utgöra leveransbestämmelser och förhållandet att en bestämd köpesumma fanns angiven i kontraktet. Beträffande standardvillkor av nu nämnt slag måste, som HD uttrycker det, "särskilt stränga krav uppställas för att de skall anses införlivade med avtalet". En hänvisning i köpekontraktet ansågs inte uppfylla detta krav. Även av fallen NJA 1978 s 432 och 1980 s 46 framgår att sär-

skilda krav för inkorporering gäller beträffande de aktuella klausultyperna.[288] Det förstnämnda fallet avsåg en klausul i de allmänna resevillkoren varigenom resenär som i samband med charterresa hade för avsikt att avvika från gruppen i utlandet bl.a. var skyldig att viss tid före hemresan ta kontakt med färdledaren för att inhämta upplysningar om eventuella tidtabellsändringar. Fallet NJA 1980 s 46 rörde frågan om, vid avtal mellan näringsidkare, en skiljedomsklausul blivit införlivad med avtalet genom en hänvisning till allmänna bestämmelser (AB 72).[289] Inget av villkoren ansågs dock som tyngande eller oväntat. De ansågs därmed ingå i de aktuella avtalen. Värt att notera är att enligt NJA 1978 s 432 ett standardvillkor, som inte är tyngande eller oväntat, i speciella fall kan bli del av avtalet utan hänvisning eller omnämnande före avtalsslutet, även i konsumentförhållanden. För tyngande och oväntade klausuler gäller dock som nämnts strängare krav. Något uttömmande svar på vad dessa krav närmare innebär ger inte rättspraxis. Vad som krävs i detta hänseende måste naturligen bli beroende av omständigheterna i det enskilda fallet, inte minst partsförhållandet och hur långtgående friskrivningsklausulen ifråga är.[290]

Vissa slutsatser kan man dock dra av föreliggande rättsfall på området. Av dessa framgår till en början att en tydlig hänvisning till vissa allmänna avtalsvillkor i och för sig inte räcker för att införlivande skall anses ha skett.[291] Inte heller är det nödvändigtvis tillräckligt att föra in den aktuella klausulen i den kontraktshandling som parterna undertecknar, om nämligen klausulen givits en undanskymd plats.[292] En allmän

[288] Jfr även NDs 1977 s 584 (ansvarsfriskrivning i förtryckt formulär ansågs inte överraskande eller särskilt tyngande) och FiHD 1991:75 (pantsättningsklausul i standardvillkor enligt vilken pantansvaret omfattade även framtida förbindelser ansågs överraskande och tyngande) samt NDs 1992 s 563 och FiHD 1993:32 (villkor i borgensförbindelse ansågs inte överraskande eller oskäligt tyngande). Fallen FiHD 1991:75 och 1993:32 refererade efter Wilhelmsson, Standardavtal s 88. Jfr även Rt.1925 s 945 och lagmannsrettens uttalande i Rt. 1958 s 1272 (på s 1281 f): "Man må ... førlange at selgeren gjør kjøperen kjent med salgsbetingelsene som innebaerer vidtgående fravikelser fra kjøpslovens regler, eventuellt gir kjøperen anledning til å sette seg inn i nevnte betingelser eller i det minste på en eller annen måte sikrer seg at kjøparen er innforstått med slike fravikelser, selv om man vil gjøre gjeldende at de er kutymemessig innfört og anerkjent i bransjen.", RG 1963 s 634 och UfR 1951 s 782 (vari beträffande en ansvarsfriskrivning i allmänna avtalsvillkor anfördes att för inkorporering av sådana klausuler krävs att motparten känt till eller möjligen bort känna till villkoret) samt UfR 1979 s 413 V (ansvarsfriskivning ansågs ingå på grund av hänvisning) och UfR 1980 s 86 H (ansvarsfriskrivning ansågs inte ha blivit del av avtalet genom hänvisning i faktura).

[289] Beträffande äldre praxis se NJA 1949 s 609 och 1969 s 285.

[290] Jfr t.ex. Bernitz, Standardavtalsrätt s 38, Wilhelmsson, Standardavtal s 89, Krüger, Norsk kontraktsrett s 481 och Lynge Andersen m.fl., Aftaler og mellemmænd s 91 ff.

[291] Se särskilt NJA 1979 s 401

utgångspunkt torde vara att villkor av det ifrågavarande slaget skall tillkännages för motparten på ett sådant sätt att denne faktiskt får vetskap om villkorets innehåll före avtalsslutet – inte endast möjlighet att ta del av detta – och att man därmed kan räkna med att parten tagit ställning till villkoret vid avtalets ingående. Man kan dock säkerligen inte vänta sig att domstolarna i alla fall skulle upprätthålla ett krav på styrkt faktisk vetskap om klausulen för att anse den införlivad med avtalet. Att motparten måste antas ha känt till den eller möjligen bort känna till den kan vara tillräckligt.[293] Enligt min uppfattning måste ett sådant krav inbegripa inte endast innehållet i den tyngande klausulen utan också brukarens avsikt att låta klausulen ingå i det enskilda avtalet ifråga.[294] I sistnämnda hänseende bör det dock som regel vara tillräckligt att visa att den part som åberopar sig på klausulen genomgående använder sig av visst standardavtal vari den tyngande klausulen ingår. I övrigt torde partsställningen (partsförhållandet) ofta bli en betydelsefull faktor för frågan om vad part måste antas eller borde ha känt till.[295]

Det ligger åtskilligt närmare tillhands att kräva av näringsidkare att de i princip är förtrogen med förekommande standardvillkor inom sitt verksamhetsområde – och kanske i viss utsträckning även utanför detta – än att ställa motsvarande krav på konsumenten i dennes egenskap av privatperson. Det bör även vara rimligt att i viss mån ta hänsyn till vem konsumenten respektive näringsidkaren är i det särskilda fallet. Ett större specialiserat företag bör endast sällan med framgång kunna hävda att det inte bort känna till inom branschen vanligt förekommande standardvillkor. Beträffande konsumenter bör utgångspunkten snarast vara den motsatta. Endast under alldeles speciella förhållanden, exempelvis med hänsyn till konsumentens profession, bör det således komma ifråga att kräva av denne att han borde ha känt till en tyngande klausul i ett standardavtal och därför får finna sig i att klausulen blir del av det enskilda avtalet. Det kan naturligtvis sättas ifråga, om i konsumentförhållanden det faktum att part (konsument) bort känna till en viss tyngande klausul, överhuvud bör tillmätas betydelse i detta sammanhang. Den tyska regleringen bygger på att den som använder sig av allmänna avtalsvillkor i konsumentförhållanden, vare sig det rör sig om tyngande klausuler eller ej, dels skall

[292] Jfr NJA 1980 s 46 och NJA 1975 s 545 (på s 554). Även Bernitz Standardavtalsrätt s 37 och Wilhelmsson, Standardavtal s 89.

[293] Jfr RH 1989:1 och Bernitz a.a. s 32 f. Jfr även den finska HD-domen i NDs 1994 s 88 (klausul om ansvarsbegränsning ansågs utgöra del av ett annonsavtal då motparten "...känt till eller i vart fall bort känna till ansvarsbegränsningsklausulen").

[294] Jfr RH 1990:7.

[295] Se hänvisning under not 38.

genom uttrycklig hänvisning uppmärksamma motparten om förekomsten av de allmänna villkoren ifråga dels bereda motparten möjlighet att på ett rimligt sätt skaffa sig kännedom om villkorens innehåll.[296] Eventuell kännedom om de allmänna villkoren har ingen självständig betydelse.[297] Om emellertid motparten fått en sådan hänvisning men trots detta inte uppmärksammat villkoren eller inte brytt sig om att ta tillvara möjligheten att sätt sig in i vad villkoren innebär kan resultatet bli att han i praktiken anses ha bort känna till villkoren och därför får finna sig i att bli bunden av dem.

Den reella skillnaden mellan en regel för inkorporering som direkt knyter an till vad motparten måste antas ha känt till eller bort känna till och en reglering av tyskt snitt (av det slag som förekommer i AGB-Gesetz) kan således i praktiken te sig marginell eller rent av illusorisk beroende på vilka närmare krav som ställs för att rekvisiten "måste antas ha känt till" respektive "bort känna till" skall anses uppfyllda. Fördelen med en regel enligt tysk modell är kanske främst att den, åtminstone i flertalet fall, torde underlätta för parterna att bedöma förutsättningarna för standardvillkors inkorporering och därmed öka parternas möjligheter att avgöra om standardvillkor i visst fall blivit del av avtalet. Den andra modellen för inkorporering medför således sannolikt sämre förutsebarhet men torde å andra sidan innebära större flexibilitet genom att den ger domstolarna möjlighet att ta hänsyn också till andra omständigheter än huruvida parten i vederbörlig ordning hänvisat till villkoren och berett motparten möjlighet att ta del av dem.

Om standardvillkor t.ex. i form av friskrivningsklausuler blivit inkorporerade i avtalet återstår att avgöra den närmare innebörden av villkoren. Detta sker som bekant genom avtalstolkning. Den del av domstolarnas tolkningsverksamhet som går ut på att i vissa fall begränsa räckvidden av särskilt friskrivningsklausuler brukar vanligen hänföras till den dolda kontrollen.

Två tolkningsprinciper står i förgrunden i detta sammanhang nämligen den s.k. oklarhetsregeln och principen om restriktiv tolkning av friskrivningsklausuler. Det handlar i båda fallen om att begränsa för ena parten ogynnsamma rättsverkningar av otydliga avtalsvillkor.

Oklarhetsregeln, ibland kallad in dubio contra stipulatorem, som har sin kanske främsta tillämpning på ensidigt upprättade standardvillkor, kan formuleras så att avtalsvillkor i tveksamma fall tolkas till nackdel för

[296] Se § 2 AGB-Gesetz

[297] Möjligen med undantag för de fall då det föreligger vad som brukar benämnas en "Selbsthinweis". Se BGH NJW-RR 1987, 112, 113 och Wolf i Wolf m.fl. a.a. s 85

den som utformat eller tillhandahållit avtalstexten.[298] Principen kan sägas vara ett uttryck för tanken att den som är upphov till ett oklart villkor bör stå risken för eventuella följder av oklarheten. Även om oklarhetsregeln sällan åberopas uttryckligen av domstolarna finns det ett ganska rikligt rättsfallsmaterial från HD som visar att regeln vunnit insteg i svensk rätt. Som framgår av materialet har HD huvudsakligen, om än inte uteslutande, tillämpat oklarhetsregeln på standardvillkor som upprättats eller tillhandahållits av ena parten. Följande fall kan anföras ur HD:s praxis.

NJA 1950 s 86. Otydlighet i ordersedel ansågs böra gå ut över den som använde den i sin rörelse.

NJA 1951 s 765. Förbehåll intagna i ansvarighetsförsäkrings allmänna avtalsvillkor enligt vilket "anspråk, som grunda sig på avtal eller särskilt åtagande, som sträcker sig utöver de allmänna skadeståndsbestämmelserna" inte ansågs med erforderlig tydlighet undanta skada, som bestod i att försäkringstagaren, vid utförande av entreprenadarbete förorsakat uppdragsgivaren skada.

NJA 1963 s 683. Förbehåll i försäkringsavtal, enligt vilket ersättning inte utgick till försäkringstagaren eller dennes maka, då någon av dem uppsåtligen eller av grov vårdslöshet framkallat skada, ansågs inte tillräckligt tydligt för att undanta brandskada, som försäkringstagaren orsakat uppsåtligen men under sådant sinnestillstånd som uteslöt straffansvar.

NJA 1975 s 484. Klausul om pantrealisation i reversformulär, ansågs inte tillräckligt klart för att få verkan som förfalloklausul.

NJA 1978 s 223. I förtryckt avtalsformulär för överlåtelse av fast egendom och uppförande av byggnad ingick bl.a. följande klausul:"Om på grund av myndighets beslut gällande mervärdeskatt eller andra statliga eller kommunala avgifter tillkomma före tillträdesdagen, skall beloppen förändras i samma mån, vilket också innebär att köpeskillingen justeras i överensstämmelse därmed." Formuläret, som var avsett för sådana fall då tillträdesdagen inte var bestämd till viss dag vid avtalsslutet, ändrades så att tillträdesdag angavs och klausulen blev därigenom otydlig till sin innebörd. Den ansågs inte omfatta mervärdeskatt som var beslutad redan vid avtalets ingående.

NJA 1981 s 1072. I postgiroinbetalningskort avseende ett tidskriftsabonnemang angavs följande under meddelande till betalningsmottagaren: "Förnyelse avgift exkl mervärdeskatt!" En tid efter det att beställaren-köparen betalat abonnemangsavgiften krävde säljaren att köparen skulle betala mer-

[298] Se t.ex. Huser, Avtaletolking s 533, Ussing, Aftaler s 427 f Bernitz a.a. s 42, Adlercreutz, Avtalsrätt II s 78, Olsson, Verkan av avtalsklausuler i standardformulär s 42 (Förhandlingarna å det 21. nordiska juristmötet i Helsingfors 22–24 augusti 1957. Vammala 1959), Vahlén, Avtal och tolkning s 273, Jørgensen, Kontraktsret s 187 ff och Lehrberg, Avtalstolkning s 85 f. Huser och Lehrberg för under regel även sådan fall i vilka villkor tolkas till nackdel för den part som bär skuld till oklarheten eller som haft bäst möjlighet att avvärja oklarheten. Jfr även prop. 1975/76:81 s 116 och prop. 1994/95:17 s 50 f.

värdeskatt. Förbehållet ansågs dock inte tillräckligt tydligt för att binda köparen.

NJA 1986 s 44. Ett avbetalningkontrakt avseende överlåtelse av en personbil pantförskrevs av säljaren. Kontraktet innehöll dels en klausul om pantförskrivning dels ett förtryckt villkor för fall av överlåtelse av kontraktet. Av klausulerna framgick verkan av överlåtelse men inte av pantförskrivning. Sedan köparen erlagt betalning till säljaren uppkom fråga om betalningen kunde anses ha verkan gentemot panthavaren. Pantförskrivningen ansågs inte "...ha uppfyllt det med tanke på skyddet för konsumenterna motiverade kraven på entydighet".

NJA 1987 s 835. Villkor i företagsförsäkring innehöll inskränkning i rätten till försäkringsersättning för skada genom levererad egendom "om skadan uppkommit till följd av oriktiga utfästelser angående levererad egendoms lämplighet för visst ändamål". Sedan försäkringstagaren sålt fiskmjöl som minkfoder och detta orsakat skada på minkarna uppkom fråga om skadan omfattades av villkoret. Klausulen ansågs inte tillräckligt tydlig för att inbegripa det ifrågavarande fallet, då fiskmjöl visserligen sålts med vetskap om att det skulle användas som minkfoder, men utan uttrycklig garanti för dess lämplighet i sammanhanget.

NJA 1988 s 408. Villkor i hemförsäkring innehöll förbehåll för "egendom som lämnats kvar" i bilen. Villkoret ansågs inte tillämpligt då försäkringstagaren lämnat musikutrustning i bilen, utan omedelbar uppsikt, under 15–20 minuter varvid egendom blev stulen genom inbrott i bilen.

NJA 1989 s 269. Enligt villkor för generell borgensförbindelse gällde att om säkerhet i annan form, såsom i form av borgen, ställts eller skulle komma att ställas för förpliktelse, som omfattas av förbindelsen, medgav borgensmannen att banken- utan minskning av borgensmannens borgensansvar – fick utan borgensmannens hörande medge ändringar beträffande säkerheten och således även säkerhetens friställande. Villkoret, som tolkades restriktivt av HD, ansågs inte ge banken rätt att "friskriva" två av fem personer, som tecknat generell borgensförbindelse, från deras borgensansvar.[299]

I några fall är det tveksamt hur de omtvistade villkoren skall klassificeras eller hur de tillkommit. I NJA 1974 s 573, som i likhet med de ovannämnda fallen NJA 1951 s 765 och NJA 1963 s 683, avser otydliga villkor i försäkringsavtal framgår inte om det rör sig om ett s.k. gemensamt standardavtal eller om ensidigt upprättade villkor. Den aktuella klausulen i NJA 1975 s 484 var intagen i ett av den ursprunglige borgenären till-

[299] Jfr även NDs 1978 s 663 (Oklarhet i avtal om leverans av elström ansågs böra gå ut över elbolaget som utformat avtalet) och NDs 1993 s 545 (oklarhet i försäkringsvillkor tolkades i enlighet med det innehåll som försäkringstagaren vid avtalsslutet "...med fog slutit sig till, eftersom bolaget hade upprättat avtalet och inte hade försökt undanröja oklarheten...". Ett justitieråd åberopade sig, i en skiljaktig mening, uttryckligen på oklarhetsregeln, "in dubio contra stipulatorem").

handahållet förtryckt reversformulär som dock ändrats vilket skapat oklarheten. Av fallet framgår inte närmare vem eller vilka som svarat för ändringen. I det ovan omnämnda fallet förekom även ett otydligt villkor på vilket HD efter allt att döma har tillämpat oklarhetsregeln. Klausulen som föreslagits och formulerats av köparen förefaller dock ej ha varit av standardavtalstyp. I ytterligare ett par fall har HD använt regeln på villkor som inte varit av sistnämnda slag, så i NJA 1977 s 160 (innebörden av fullmakt att sälja fast egendom) och NJA 1981 s 323 (villkor för användning av privat parkeringsplats som angivits genom anslag). Det framgår vidare av materialet att HD i några fall t.ex. NJA 1963 s 683 och NJA 1981 s 1072 funnit sig föranledd att särskilt betona betydelsen i detta sammanhang av att standardvillkor varit ensidigt upprättade.

Regeln passar åtskilligt sämre som remedium vid tolkning av gemensamt upprättande avtalsvillkor, i synnerhet om man håller fast vid att regelns berättigande bygger på någon form av "skuld" hos ena parten. Det är därför ytterst tveksamt om regeln har eller bör ha någon tillämpning på s.k. agreed documents.[300] Man kan i och för sig hävda att den part som lägger fram sådana avtalsvillkor utan att närmare granska innehållet därigenom kan anses ha viss skuld för eventuell oklarhet i villkoren. Ett sådant resonemang förefaller dock, åtminstone normalt sett, något verklighetsfrämmande. Dels torde det vara mycket vanligt att parter inte sätter sig in i standardavtalens närmare innehåll, utan med visst fog litar på att dessa är lämpligt utformade. Dels kan man mera sällan vänta sig att parten, även om han noga läst villkor, har förmåga att identifiera och korrigera oklarheter utan bistånd av juridisk expertis. I något enstaka fall kunde man dock tänka sig att använda regeln även på gemensamt upprättade standardvillkor. Ett sådant exempel kan vara om en part skapar oklarheten genom att tillhandahålla sådana allmänna villkor i en situation för vilken de inte alls passar och för vilken de inte heller är avsedda.

Klart står också att regeln vunnit tillämpning i såväl näringsidkar- som konsumentförhållanden om än dock kraven på tydlighet i sistnämnda fall upprätthållits med särskild stränghet (se t.ex. NJA 1978 s 223, NJA 1986 s 44 och NJA 1988 s 408). Beträffande villkor i konsumentavtal är en tolkningsregel av snarlik innebörd numera lagfäst. Regeln innebär att oklara avtalsvillkor som inte varit föremål för individuella förhandlingar skall tolkas till förmån för konsumenten.[301]

[300] Jfr t.ex. Huser, Avtaletolking s 559 och Håstad, Reform av de nordiska avtalslagarna? Förhandlingarna på Det 32. nordiska juristmötet i Reykjavik den 22–24 augusti 1990. Del 1 s 245 ff (på s 282).
[301] Se 10 § AVLK.

Kritiska röster mot oklarhetsregelns användning saknas emellertid inte. Ramberg varnar således för ett okritiskt bruk av oklarhetsregeln som en metod att i alla tänkbara situationer angripa otydliga villkor.[302] Hellner förkastar oklarhetsregeln som en ledande tolkningsprincip för standardavtal. Han förespråkar i stället en ändamålsorienterad tolkningsmetod. Utgångspunkten bör, säger Hellner, vara avtalets formulering och allmänna ändamålsöverväganden som går ut på att finna en lämplig regel.[303] Grönfors menar att det inte längre finns behov av sådana tolkningsregler som oklarhetsregeln. I stället kan man vid oklarhet bygga på regler som följer av den dispositiva rätten.[304]

Oklarhetsregeln lämpar sig utan tvivel bäst för kontroll av standardvillkor, i synnerhet ensidigt upprättade. Ansvaret för otydligheter i avtalet framstår här vanligen som förhållandevis enkel att fördela och det ter sig ofta naturligt att den som orsakat oklarheten får bära följderna av denna. Inte minst gäller detta friskrivningsklausuler och andra för motparten särskilt tyngande villkor. En sådan ordning kan dessutom antas att, åtminstone i viss mån, allmänt motverka förekomsten av oklara avtalsvillkor i standardavtal. I andra fall kan en mera "normal" tolkning utifrån den gemensamma partsavsikten sådan den framgår mot bakgrund av avtalssituationen i sin helhet ofta vara att föredra. För det fall att den gemensamma partsviljan inte kan fastställas, vilket dessvärre snarare är regel än undantag, bör man söka lösningen i vad parterna, med beaktande av avtalssituationen i sin helhet, kan eller bör anses ha åsyftat. I sistnämnda hänseende blir det i praktiken ofta en fråga om vad som med hänsyn till omständigheterna är en lämplig regel. Domstolen bör i dessa fall med andra ord träffa sitt avgörande mot bakgrund av samtliga relevanta omständigheter snarare än att gripa tillbaka på en schablonartad regel. Det faktum att oklarhetsregeln i praktiken givits uttryckligt lagstöd, om än på ett begränsat område, kan dock tänkas innebära att dess ställning stärks också utanför det lagreglerade tillämpningsområdet. En sådan utveckling är, enligt det synsätt som utvecklats här, inte odelat positiv.

Principen om restriktiv tolkning av friskrivningsklausuler framstår snarast som en variant av eller preciserad tillämpning av oklarhetsregeln. Den innebär således i praktiken att sistnämnda regel användes för tolkning av friskrivningsklausuler. Principen framträder tydligt i rättsfallet NJA 1954 s 573 (friskrivning i certeparti från skyldighet att utge ersätt-

[302] Ramberg a.a. s 174 f.
[303] Hellner, Tolkning av standardavtal. Jussens Venner 1994:4 s 266 ff (på s 277 f).
[304] Grönfors, Avtasfrihet och dispositiva rättsregler. JFT 1988 s 317 ff (på s 323).

ning för fördröjning vid lossning av last). Frågan gällde närmast om friskrivningen beträffande "time lost or detention" skulle anses omfatta sådana i klausulen angivna hinder bl.a. strejk också då hindret inträffat först efter det att tiden för lossning enligt avtalet löpt ut. HD, som kom till slutsatsen att så inte var fallet, anförde bl.a. att "Liksom friskrivningsklausuler i allmänhet bör den nu dryftade tolkas snävt, särskilt som avfattningen av certepartiformuläret, enligt vad som upplysts, närmast utformats av en organisation vilken företrädde befraktarintressena.". Även fallen NJA 1983 s 808, NJA 1985 s 397 II samt de ovannämnda fallen NJA 1988 s 408 och NJA 1989 s 269 kan nämnas i sammanhanget. I NJA 1983 s 808, som angick ett avtal om försäljning av en fastighet med en ännu inte färdigställd bostadsbyggnad, förekom följande villkor som av säljaren åberopades som friskrivning från fel i egendomen:"Köparen övertar säljarens rättigheter och skyldigheter gentemot säljarens entreprenörer..." och "Egendomen överlåtes sådan den av köparen har besiktigats." Inget av villkoren tillerkändes verkan som friskrivning från fel). NJA 1985 s 397 II gällde frågan om en garantibestämmelse i avtal om köp av fastighet och om uppförande av byggnad på fastigheten, innebar friskrivning från ansvar för dolt fel i byggnaden. Villkoret enligt vilket "Fastigheten säljes med ett års (1) garanti fr.o.m. tillträdesdagen." ansågs inte, särskilt med hänsyn till att den förekom i ett avtal mellan näringsidkare och konsument, tillräckligt tydligt för att få verkan som friskrivning. HD:s tolkning kännetecknas här, liksom eljest då oklarhetsregeln kommit till användning, av skärpta krav på tydlighet särskilt i konsumenträttsliga avtalsförhållanden (NJA 1985 s 397 II och NJA 1988 s 408) och i sådana fall då friskrivningsklausuler förekommer i ensidigt upprättade avtal (NJA 1954 s 573 och NJA 1983 s 808).

En ytterligare tolkningsregel som kan förtjäna att nämnas i sammanhanget är den s.k. minimumregeln. Vid oklarhet om den avtalade prestationens omfattning, tagen i vidsträckt bemärkelse, skall den tolkning ges företräde som leder till det för den förpliktade parten lindrigaste resultatet.[305] Den torde, när det gäller friskrivningsklausuler, främst komma till användning om de tidigare behandlade tolkningsreglerna inte är tillämpliga, eller inte räcker till för att lösa upp otydligheten i villkoren.[306] Principen kommer till uttryck i bl.a. NJA 1981 s 552 och kan skönjas i NJA

[305] Se t.ex. Vahlén, Avtal och tolkning s 245 och 272, Ussing, Aftaler s 426, Bernitz, Standardavtalsrätt s 51 Huser, Avtaletolking s 568, Adlercreutz, Avtalsrätt II s 96, Ramberg, Allmän avtalsrätt 173, Lehrberg, Avtalstolkning s 11 och s 103 samt Fohlin, Avtalstolkning s 133.

[306] Jfr Huser a.a. s 567 och Fohlin a.a. s 135.

1979 s 483.[307] Kritik har framförts av bl.a. Bernitz och Ramberg mot regelns användning, särskilt på ömsesidigt förpliktande avtal. Bernitz, som anser att regeln inte passar särskilt väl vid tolkning av standardvillkor, framhåller att den är "starkt säljarvänlig" tillämpad på köpavtal.[308] Ramberg menar för sin del att regeln är mer av en bevisregel än en tolkningsregel.[309] För egen del är jag tveksam till värdet av principen som en självständig tolkningsregel. I stort förefaller den inte ge mer ledning eller andra resultat än en tillämpning av vanliga bevisregler.[310] Möjligen kan det någon gång vara en fördel att falla tillbaka på en "klar" tolkningsregel om det är osäkert vilka närmare bevisregler som faktiskt gäller.

3.4.3 Öppen kontroll

Den öppna domstolskontrollen sker numera väsentligen med stöd av generalklausulen i 36 § avtalslagen. Till denna form av kontroll kan man också föra tillämpningen av avtalslagens särskilda ogiltighets regler liksom av förutsättningsläran. De sistnämnda reglerna utgör emellertid ett i sammanhanget mycket trubbigt instrument. Bortsett från att de i princip endast kan komma till användning om någon av parterna yrkar oglitighet – enligt förutsättningsläran kan dock även jämkning förekomma som rättsföljd[311] – är utrymmet för att tillämpa dem också i övrigt högst begränsat. Detta intryck förstärks av den påfallande försiktighet med vilken domstolarna tillämpat avtalslagens ogiltighetsregler. I synnerhet gäller detta bestämmelserna om tvång, svek och ocker vilka hittills knappast alls tillämpats på renodlade standardvillkor. Generellt sett kan sägas att oglitighetsreglerna, inklusive förutsättningsläran,[312] har sitt främsta till-

[307] I NJA 1979 s 483 använder HD minimumregeln närmast som ett kompletterande argument. HD framhöll således som "slutkläm" angående innebörden av ett otydlig garantivillkor: "På grund härav kan avtalet i denna del i och för sig inte tilläggas någon för Bergmanbolaget mer förpliktande innebörd än den Bergmanbolaget hävdat.".

[308] Bernitz a.a. s 51.

[309] Ramberg a.a. 173.

[310] Vahlén, Avtal och tolkning s 272 f, Jørgensen, Kontraktsret s 186 f, Adlercreutz, Avtalsrätt II s 96 och Lynge Andersen m.fl., Aftaler og mellenmænd s 417 f. Jfr även Lehrberg, Avtalstolkning s 108. Annorlunda dock Hov, Avtalerett s 83 och Huser, Avtaletolking s 571, som menar att bevisbörderegeln bärs upp av andra hänsyn, främst frågan om bevissäkring, och att sådana hänsyn inte längre gör sig gällande när det väl konstaterats att ett avtal har kommit till stånd.

[311] Åtminstone gäller detta jämkning som inte går i "skärpande riktning" som HD uttryckt saken i NJA 1989 s 614. Jfr Lehrberg, Förutsättningsläran s 568 f och Bengtsson, Hävningsrätt s 110

[312] I några fall har dock förutsättningsläran tillämpats på allmänna avtalsvillkor. Se NJA 1966 s 555, NJA 1970 s 72 samt efter allt att döma NJA 1984 s 280

lämpningsområde på individuella avtalsvillkor eftersom de vanligen anknyter till särskilda omständigheter som förekommit i samband med avtalets ingående. Det sagda utesluter inte att dessa regler i något fall kan bli tillämpliga också på allmänna villkor av typen friskrivningsklausuler. Så kan 33 § avtalslagen tillämpas i vissa fall då en part otillbörligt utnyttjat sitt överläge när det gäller kunskaper om faktiska förhållanden.[313] Som tänkbara exempel kan nämnas att någon begagnar sig av information, som inte är tillgänglig för motparten, för att med friskrivningsklausulen som instrument övervältra risker på motparten. Även andra former av förfaranden som exempelvis innebär att motparten bibringas en felaktig uppfattning om innehållet i de allmänna avtalsvillkoren kan falla inom 33 §:s tillämpningsområde.[314]

Beträffande förutsättningsläran, vilken som nämnts även ger utrymme för jämkning som rättsföljd, kan den först och främst komma till användning, då 36 § avtalslagen inte är tillämplig på grund av att avtalet inte kan anses innehålla något oskäligt villkor.[315] Man kan här som exempel tänka sig att en friskrivning grundar sig på en riskbedömning som parterna gjort utifrån vissa felaktiga förutsättningar.[316] Uttalanden i motiven till 36 § avtalslagen tyder på att det bör finnas utrymme för att tillämpa förutsättningsläran också i vissa andra fall.[317] Vilka dessa är framstår dock som något oklart. Möjligen avses bl.a. sådana fall då felaktiga förutsättningar – särskilt förutsättningar som var felaktiga redan då avtalet slöts (oriktiga förutsättningar)[318] – åberopats[319] samt avtalet tillika inte innehåller något villkor som även bortsett från förutsättningen är att anse som oskäligt.[320] Lehrberg tycks för sin del anse att förutsättningsläran dessutom kan, eller rent av bör, användas vid felaktiga förutsättningar även om avtalet innehåller ett i sig oskäligt villkor men förutsättningsläran ger bättre hållpunkter för bedömningen.[321]

[313] Se t.ex. NJA II 1915 s 262. Se även Adlercreutz I s 261 och Grönfors, Avtalslagen s 208 f.

[314] Jfr NJA 1968 s 303 och Bernitz, Standardavtalsrätt s 78.

[315] Jfr NJA 1985 s 178. Även Ramberg, Allmän avtalsrätt s 213 f och Bernitz a.st.

[316] Som antytts torde dock sådana övervägande framför allt ske i samband med individuella avtalsvillkor, mera sällan då standardvillkor kommer till användning.

[317] SOU 1974:83 s 157 och prop. 1975/76:81 s 128

[318] Beträffande renodlade fall av bristande förutsättningar har, efter generalklausulens tillkomst, förutsättningsläran tillämpats av HD vid endast ett tillfälle. Tillämpningen avsåg inte stadardvillkor. Se NJA 1981 s 269

[319] Jfr NJA 1985 s 178.

[320] Lehrberg, Förutsättningsläran s 157 ff

[321] A.a. s 166 f

Annorlunda är förhållandet när det gäller generalklausulen i 36 § avtalslagen. Denna utgör tvivelsutan ett synnerligen betydelsefullt kontrollinstrument i detta sammanhang, inte minst på grund av sitt vidsträckta tillämpningsområde. Generalklausulen kan således tillämpas på friskrivningsklausuler såväl i form av standardvillkor som individuella avtalsvillkor. Den kan visserligen sägas ha sin udd riktad mot oskäliga villkor i konsumentavtal men kan appliceras också på kommersiella avtal liksom på avtal mellan privatpersoner. 36 § avtalslagen som trädde i kraft den 1 juli 1976 föregicks av ett antal "spridda" generalklausuler av mera begränsad räckvidd. Bland dessa kan nämnas 8 § skuldebrevslagen, 34 § försäkringsavtalslagen samt den numera benämnda s.k. lilla generalklausulen i 33 § avtalslagen.[322] Den nya civilrättsliga generalklausulens syfte var i första hand att vidga domstolarnas möjligheter att ogiltigförklara eller jämka otillbörliga avtal särskilt i konsumentförhållanden.[323] Den skulle därigenom tjäna som ett viktigt komplement till avtalsvillkorslagens näringsrättsliga regler. Genom att tillerkänna generalklausulen giltighet inom hela förmögenhetsrätten[324] ansågs att de tidigare generalklausulerna – med undantag av 33 § avtalslagen – kunde upphävas.

Den "nya" generalkalusulens vidsträckta tillämpningsområde avspeglar sig inte endast i dess tillämplighet på i princip alla typer av förmögenhetsrättsliga avtal och andra sådana rättshandlingar utan också i möjligheterna att applicera bestämmelsen på enskilda rättshandlingar liksom variationsrikedomen ifråga om rättsföljder.

De möjligheter att angripa otillbörliga avtal som förelåg före tillkomsten av 36 § avtalslagen var som delvis framgått huvudsakligen anknutna till vissa särskilda omständigheter vid avtalets tillkomst och till avtalets innehåll. Visst utrymme fanns dock att med stöd av förutsättningsläran beakta även omständigheter som inträffat efter avtalsslutet. Härvidlag innebär 36 § generellt sett vidgade möjligheter genom att bland rekvisiten – förutom "avtalets innehåll" och "omständigheterna vid avtalets tillkomst" – upptagits "senare inträffade förhållanden" och "omständigheterna i övrigt". Flertalet av de tidigare generalklausulerna innehöll ett "uppenbarhetsrekvisit" antingen genom krav på att det aktuella villkoret

[322] Även 8 § 1 st avbetalningsköplagen, 9 § lagen om rätt till arbetstagares uppfinningar, 29 § upphovsrättslagen samt 8 kap 27 § och 12 kap 64 § JB, föregick 36 § avtalslagen

[323] Prop 1975/76:81 s 102

[324] 36 § avtalslagen kan dessutom i viss utsträckning tillämpas analogt på familjerättsliga avtal exempelvis bodelningsavtal. A.a. s 113. Se även NJA 1982 s 230. Beträffande äktenskapsförord finns numera en särskild bestämmelse i ÄktB 12:3 som nära ansluter till regleringen i 36 § avtalslagen.

skulle leda till uppenbar obillighet[325] eller genom hänvisning till vad som uppenbarligen stred mot god sed eller gott affärsskick.[326] I linje med syftet att vidga möjligheterna att jämka eller åsidosätta avtalsvillkor förekommer uttrycket "uppenbar" inte i något sammanhang i 36 § avtalslagen. I stället för "obillig" eller "otillbörlig" används ordet "oskälig" främst för att uppnå bättre överensstämmelse med avtalsvillkorslagens reglering.[327] Varje avtalsvillkor som är oskäligt med hänsyn till något av de fyra angivna rekvisiten kan således angripas med stöd av 36 § avtalslagen. Det krävs inte, i motsats till vad som gällde tidigare, att det rör om vissa speciella omständigheter vid avtalets ingående eller om sådana ändrade förhållanden som, inom ramen för förutsättningsläran, kan åberopas som bristande förutsättningar. Som antytts fordras inte heller att oskäligheten i något avseende framstår som uppenbar.

Också ifråga om rättsföljderna innebär 36 § vidgade möjligheter. Domstolarna kan allt efter parternas yrkanden välja mellan att åsidosätta visst avtalsvillkor eller att jämka villkoret. Domstolen kan vidare ogiltigförklara avtalet som helhet eller jämka avtalet i andra delar än det ifrågavarande villkoret. Sistnämnda påföljder, som inte torde ha varit möjliga enligt 8 § skuldebrevslagen,[328] förutsätter att villkoret har sådan betydelse för avtalsförhållandet att det inte skäligen kan fordras att avtalet i övrigt skall gälla med oförändrat innehåll. Vad gäller jämkningspåföljden kan denna användas också i skärpande riktning således att parts obligationsrättsliga förpliktelser utvidgas.[329]

Som framgått medför 36 § avtalslagen generellt sett utökade möjligheter att komma till rätta med oskäliga avtalsvillkor särskilt i konsumentförhållanden. Eftersom friskrivningsklausuler regelmässigt begränsar eller utesluter motpartens rättigheter i något avseende utgör de en typ av villkor som inte sällan kan komma att framstå som alltför ogynnsamma för denne och därmed bedömas som oskäliga. 36 § möjliggör på detta sätt en skärpt kontroll av sådana klausuler. Liksom för övriga avtalsvillkor bygger kontrollen således på en bedömning av klausulernas oskäighet i visst fall. Beträffande bedömningsgrunderna för särskilt friskrivningsklausuler gäller till en början att partsförhållandet, här liksom eljest,

[325] Se 34 § försäkringsavtalslagen i dess tidigare lydelse. Vad som sägs i propositionen på sid 106 att "flertalet av de nuvarande generalklausulerna använder uttrycket uppenbart otillbörlig" är däremot, om uttrycket tillåts, uppenbart oriktigt. Något rekvisit med sådan lydelse förekom inte i någon av de ifrågavarande generalklausulerna.

[326] T.ex. enligt 8 § skuldebrevslagen, 8 kap 27 § och 12 kap 64 § JB, 9 § lagen om rätt till arbetstagares uppfinningar samt 8 § 1st avbetalningsköplagen

[327] Prop 1975/76:81 s 107

[328] Jfr SOU 1974:83 s 121

[329] NJA 1989 s 346 och 1989 s 614. Jfr prop. 1975/76:81 s 110 och s 138.

spelar en betydelsefull roll. Så antas exempelvis att konsumenter som regel har sämre förutsättningar att företa riskbedömningar och lättare kan missta sig när det gäller konsekvenserna av en viss avtalad riskfördelning.[330] Särskilt vid långvariga avtal ökar svårigheterna att göra sådana bedömningar inte minst på grund av att de förhållanden på vilka bedömningen baseras kan komma att ändra sig väsentligt under avtalstiden. Bedömningen kan också försvåras av att det aktuella avtalet är mer eller mindre starkt kopplat till ett eller flera andra avtal. Så kan t.ex. ett köpeavtal på olika sätt vara knutet till ett serviceavtal avseende den köpta varan eller köp av mark till avtal om uppförande av byggnad på marken eller leverans av byggnadsmaterial till sådan byggnad. Kopplingen kan naturligtvis dessutom, här liksom ifråga om andra villkor[331], föra med sig att verkningarna sammantaget av en viss friskrivning i avtalet blir en annan än om avtalet betraktas för sig vilket skall beaktas vid oskälighetsbedömningen.[332] En liknande inverkan kan uppkomma vid vad som skulle kunna beskrivas som upprepade vertikala avtalsförhållanden dvs. om avtal, utan att vara direkt kopplade till varandra, träffas i olika led, exempelvis avtal mellan tillverkare och generalagent, som följs av avtal mellan generalagenten och en eller flera detaljister som i sin tur träffar avtal med privatpersoner i deras egenskap av konsument. Även här finns ibland anledning att ta hänsyn till den samlade effekt som avtalen kan ha när det gäller en viss friskrivningsklausul i ett av avtalen. Så kan exempelvis en friskrivning från ersättningsansvar för tillverkningsfel som tillverkaren gjort i förhållande till sina detaljister bli att bedöma som oskälig om detaljisten på grund av tvingande regler måste ansvara för felet gentemot en konsument.[333] Att jämka villkor till nackdel för konsument på grund av beroendet mellan avtal av sistnämnda slag kan däremot knappast komma ifråga.[334]

Beträffande oskälighetsbedömningen för olika typer av friskrivningar kan till en början konstateras att ingen klausultyp utan vidare är utesluten från bedömningen. Kontrollen med stöd av 36 § träffar således i princip samtliga slag av friskrivningsklausuler om än med varierande styrka. I motiven behandlas särskilt tre grupper av friskrivningar nämligen friskrivning från kvalitet eller i övrigt från beskaffenhet av avtalad prestation, friskrivning från skadeståndsskyldighet, s.k. ansvarsfriskrivning,

[330] Jfr prop. 1975/76:81 s 127
[331] Prop. 1975/76:81 s 110
[332] Prop. 1975/76:81 s 129
[333] Se prop. 1988/89:76 s 66. Jfr prop. 1975/76:81 s 129 f och Håstad, Den nya köprätten s 33
[334] Prop. 1975/76:81 s 130.

samt friskrivning som begränsar skadeståndets belopp (ansvarsbegränsning).

Vad först angår friskrivning från såld varas kvalitet är det naturligt att sådana villkor kan komma att drabbas av jämkning eller ogiltighet med stöd av generalklausulen. Departementschefen anför i propositionen att detta är uppenbart åtminstone när det gäller avtal i konsumentförhållanden. Däremot sägs beträffande kommersiella avtal att det i första är hand parterna själva som har att ta till vara sina rättigheter t.ex. genom att se till att priset anpassas till den risk som friskrivningen innebär eller genom att avstå från att ingå avtal.[335] Detta relativt stränga krav på att de kommersiella avtalsparterna i stor utsträckning själva skall bevaka sina rättigheter utan inblandning av lagstiftaren, som kan ses som en betoning av avtalsfrihetens princip, tycks – måhända på något undantag när – ha upprätthållits i rättspraxis.[336] Villkor av typen "befintligt skick", som kan ses som en form av friskrivning från kvalitet, tillhör en typ klausuler som lagstiftaren i flera sammanhang visat stor skepsis mot.[337] Beträffande konsumentförhållanden finns tvingande specialregler för såväl köp som tjänster, vilka starkt begränsar verkningarna av sådana klausuler. Vissa av dessa regler, främst vad gäller konsumenttjänster, har tillkommit efter ikraftträdandet av 36 § andra, exempelvis ifråga om köp, har ändrats i skärpande riktning.[338] Även den nya allmänna köplagen innehåller regler som begränsar rättsverkningarna av sådana allmänna kvalitetsfriskrivningar som "befintligt skick" – klausuler innebär.[339] Dessa regler medför att betydelsen av generalklausulen som kontrollinstrument för denna typ av villkor numer har minskat. Det kan emellertid alltjämt finnas utrymme att tillämpa 36 § i vissa fall då dessa regler inte är direkt tillämpliga. Det kan dels gälla konsumentavtal som inte omfattas av konsumenttjänstlagen eller av konsumentköplagen t.ex. immateriella tjänster eller köp av fast egendom dels på avtal mellan privatpersoner och dels slutligen om än som nämnts i betydligt mindre grad vissa kommersiella avtal.

Beträffande den andra gruppen, dvs. vad som i motiven benämns ansvarsfriskrivning, handlar det vanligen om att begränsa skadeståndsansvaret t.ex. genom villkor som föreskriver att ersättningsskyldig inte föreligger för skada som orsakas genom viss angiven grad av oaktsamhet

[335] Prop. 1975/76:81 s 144.

[336] Se t.ex. NJA 1979 s 483 och 1988 s 230.

[337] Se exempelvis prop. 1970:20 Förslag till jordabalk del B s 212.

[338] Se 9 § konsumenttjänstlagen resp. 17 § konsumentköplagen.

[339] 19 § köplagen. Regeln som formellt sett inte är tvingande kan ändock p.g.a. sin utformning utöva en liknande verkan.

eller omvänt att ersättningsskyldighet endast föreligger för skada som orsakats uppsåtligen eller av grov oaktsamhet. Sådana klausuler kan inte sällan bli att bedöma som oskäliga med stöd av generalklausulen i 36 § framför allt i konsumentförhållanden.[340] Andra betydelsefulla faktorer för oskälighetsbedömningen med avseende på särskilt friskrivning från oaktsamhet torde – förutom avtalsparterna och förhållandet mellan dem – vara vilken typ av skada det rör sig om, vilket intresse som skadeståndsskyldigheten avser att skydda, förhållandet till annan lagstiftning såsom skadeståndslagen samt möjligheten (och lämpligheten av att) för någon av parterna att skydda sig genom försäkring liksom möjligheten i övrigt att kanalisera skadeståndsskyldigheten till den som lämpligen bör bära ersättningsansvaret.[341]

Den tredje gruppen av friskrivningar som diskuteras i motiven är de s.k. ansvarsbegränsande klausulerna. De kan gå ut på att inskränka skadeståndsansvaret till att omfatta visst högsta ersättningsbelopp[342] eller till att endast omfatta viss eller vissa typer av skada[343]. Även om det saknas anledning att undanta denna typ av friskrivningar från generalklausulens tillämpningsområde är det som framhålls i motiven svårt att avgöra när åsidosättande bör ske.[344] Klart är dock att villkor som utesluter ersättning för vissa skadetyper också i fall av uppsåt och grov oaktsamhet regelmässigt – om än inte alltid såvitt gäller grov oaktsamhet – bör kunna anses som oskäliga. I övrigt får man beakta den särskilda lagstiftning som finns på vissa områden, i synnerhet de ändamålsöverväganden som där skett.[345] För konsumentavtal såsom köp och tjänster finns som bekant tvingande regler vilka i betydande utsträckning inskränker möjligheten att friskriva sig i aktuellt hänseende. Andra omständigheter av betydelse kan vara å ena sidan möjligheterna att uppskatta de potentiella förlustriskerna ifråga liksom storleken av tänkbara förluster och å andra sidan möjligheten för part att skydda sig genom försäkring.[346]

Andra villkor som, med den bestämning som användes i detta arbete, kan betraktas eller jämställas med friskrivningar och som behandlas i motiven är vissa typer av force-majeure-klausuler och pris- eller indexklausuler. Det handlar här i båda fallen om villkor som reglerar risken för att vissa förändringar skall inträffa såsom leveranshinder eller förhållan-

[340] Jfr prop. 1975/76:81 s 144 och SOU 1974:83 s 176 ff.
[341] Jfr SOU 1974:83 s 179 ff.
[342] Beloppet kan antingen anges direkt i avtalet eller kan beräkningsgrunden anges exempelvis visst antal basbelopp eller viss andel av kontraktssumman
[343] Ofta utesluter sådana klausuler ansvar för s.k. indirekt skada och förmögenhetsskada.
[344] SOU 1974:83 s 183.
[345] A.st.
[346] A.st.

den som påverkar priset. Villkor som innebär att säljaren i sådana fall gynnas i alltför hög grad – särskilt i förhållandet till köpare som är konsument – är typiskt sett sådana som kan angripas med stöd av generalklausulen. Som exempel anförs i motiven beträffande force-majeureklausuler att det, vid sådana ändrade förhållanden, läggs i säljarens hand att ensam bestämma om han vill hålla fast vid avtalet medan köparen får finna sig i att vara bunden.[347] Prisklausuler kan på liknande sätt bli att anse som oskäliga om de innebär att säljaren ensam avgör om inträffande förändringar motiverar en höjning av priset.[348] Även pris- eller indexklausuler som anknyter till kostnadsutvecklingen på olika sätt kan drabbas av jämkning eller ogiltighet särskilt om de så att säga anknyter till risker som inte är relevanta, exempelvis index som saknar samband med kostnadsutvecklingen eller prisutvecklingen i övrigt för den sålda varan.[349] Det bör kanske framhållas att ingripande med stöd av 36 § kan tänkas ske i något fall också till förmån för en starkare part åtminstone vid ändrade förhållanden.[350]

En effekt av generalklausulen är att behovet av att angripa friskrivningsklausuler med från vissa synpunkter mindre önskvärda metoder bör minska, åtminstone i någon mån. Vad som avses är främst användningen av den del av den s.k. dolda kontrollen av avtalsvillkor som kan sägas bestå i korrigerande tolkning. Generalkalusulens betydelse i detta avseende förefaller dock hittills, att döma av rättspraxis, ha varit ringa.[351]

3.4.4 Tvingande civilrättslig lagstiftning

Tvingande lag som instrument för att beskära avtalsfriheten i olika hänseenden spelar som tidigare antytts numera en viktig roll. Metoden är dock långt ifrån oproblematisk. Påståendet torde ha fog för sig såväl sett ur lagstiftarens som tillämparens perspektiv. Vid sidan av de sedvanliga lagtolkningsfrågorna får man räkna med förekomsten av ytterligare ett antal särskilda komplikationer.

En första central frågeställning är följande. Vad kännetecknar tvingande regler och hur särskiljer man sådana regler från dispositiva rättsregler? Frågan är som lätt inses av avgörande betydelse om man, som här, söker svar på frågor som rör avtalsfrihetens gränser.

Exempel på vanliga sätt att karaktärisera tvingande regler är att de sägs

[347] Prop. 1975/76:81 s 118.
[348] A.st.
[349] Jfr NJA 1983 s 385 och SOU 1974:83 s 166. Även Bernitz, Standardavtalsrätt s 90.
[350] Jfr prop. 1975/76 :81 s 127.
[351] Se närmare härom under avsnitten 3.4.2 och 5.

gälla oavsett vad parterna må ha avtalat, att de inte kan avtalas bort eller, som Rodhe uttryckt det, de medför att en förpliktelse får ett annat innehåll än löftet.[352] Sådana förklaringar har naturligtvis om inte annat ett pedagogiskt värde som schematiska beskrivningar av termen tvingande rättsregel. De är emellertid alltför oprecisa och i vissa fall missvisande för att kunna tjänstgöra som utgångspunkt i detta sammanhang.

Till en början kan man av sådana "definitioner" få intrycket att tvingande regler är så att säja självverkande. Reglerna träder automatiskt i stället för avtalsvillkor som strider mot de tvingande reglerna. Så är dock inte fallet. I stället lär, åtminstone som huvudregel, gälla att avtalsparten vid domstol inom ramen för den dispositiva processen, måste åberopa sig på förhållanden som omfattas av tvingande regler för att den verkan som sägs ovan skall inträda. Påståendet att tvingande regler inte kan avtalas bort är en sanning med modifikation eller i vart fall missvisande beroende på hur påståendet tolkas. Om därmed avses att parterna faktiskt alltid är förhindrade att genom avtal sätta andra villkor i stället för de tvingande reglerna är påståendet inte korrekt. Bortsett från vad som påpekats ovan, dvs. att parterna i realiteten vanligen kan disponera i strid mot tvingande regler genom att helt enkelt underlåta att kräva den rätt som reglerna ger (åberopa sig på reglerna), finns åtskilliga exempel på tvingande regler som medger att reglerna i större eller mindre utsträckning sätts åt sidan genom avtal. Ett viktigt exempel på sådana regler utgör konsumentlagstiftningen och för den delen annan tvingande lagstiftning som har till ändamål att skydda en i princip underlägsen part. Tvingande lag tillåter i dessa fall regelmässigt avvikelser som innebär villkor om bättre rätt än som följer av lagen. I vissa fall såsom i 6 § 1st lagen om rätten till arbetstagares uppfinningar tillåts visserligen inte avsteg från lagen i ett primärt skede men väl på ett senare stadium, efter det att visst rättsfaktum vartill lagen hänvisar inträffat.[353] Överhuvud torde tvingande lagstiftning av det nu aktuella slaget, dvs. som syftar till att skydda ena parten, vanligen inte i sig utgöra hinder mot att part så att säga i efterhand sedan rättigheten eller skyldigheten väl aktualiserats avstår från en rättighet eller medger en längre gående skyldighet än som följer av lagens regler. Sådana avståenden kan dock i vissa fall visa sig ogiltiga vid en prövning enligt 36 § avtalslagen.[354]

I andra fall får avvikelse från tvingande regler ske genom avtal förutsatt att avtalet har viss form eller träffats i viss ordning. Exempel på sådan lagstiftning återfinns i den kollektiva hyresrätten och inom arbets-

[352] Rodhe, Obligationsrätt § 2 efter not 2.
[353] Jfr Grönfors i Festskrift till Håkan Nial s 214 f.
[354] Se bl.a. prop. 1984/85:110 s 156 och prop. 1989/90:89 s 66.

rätten bl.a. i medbestämmandelagen, lagen om anställningsskydd och semesterlagen vilka i vissa fall tillåter att lagens regler sätts åt sidan genom kollektivavtal på viss nivå. Ytterligare kan nämnas att tvingade regler stundom får åsidosättas med tillstånd av viss offentlig myndighet. Sådan lagstiftning förekommer exempelvis i jordabalkens regler om arrende och hyra. Vidare förekommer i enstaka fall varianter av tvingande regler från vilka visserligen i princip avsteg inte får ske men som uttryckligen dock medger att avtal undantagsvis får träffas i strid mot reglerna. Ett sådant exempel utgör lagen om inrikes vägtransport. Enligt 5 § nämnda lag får nämligen lagens regler inte åsidosättas genom avtal till nackdel för avsändare eller mottagare "om ej godsets eller befordringens ovanliga art eller andra särskilda omständigheter gör det skäligt".

Till vad som sagts ovan bör fogas möjligheten för part att inom ramen för den dispositiva processen disponera i strid mot tvingande regler, genom medgivande eller genom att helt enkelt avstå från att åberopa rättsfakta vartill de tvingande reglerna anknyter.[355] I vilken utsträckning denna möjlighet står till buds är inte helt lätt att ange. Klart är dock att domstolen åtminstone som huvudregel måste beakta parts medgivande liksom förhållandet att part eventuellt underlåtit att åberopa rättsfakta oavsett om det medför ett åsidosättande av tvingande civilrättsliga regler. Detta torde följa av den s.k. dispositionsprincipen sådan den kommit till uttryck i 17 kap 3 § rättegångsbalken. En annan sak är – och det är väl närmast här som utrymme för viss osäkerhet finns – att tvingande regler i särskilda fall dels uttryckligen kan tänkas ålägga domstolen att pröva viss fråga utan att något yrkande framställts dels kan uppbäras av så starka allmänna intressen eller i så hög grad beröra tredje man att domstolen bör beakta reglerna utan att part åberopat sig på rättsfakta som gör reglerna tillämpliga.[356] Något exempel på lagregler – utanför familjerättens område – som uttryckligen medger domstolen rätt att i en dispositiv process pröva en fråga utan särskilt yrkande har jag dock inte kunnat finna inom ramen för tvingande civilrättslig lagstiftning. Beträffande möjligheten att beakta rättsfakta som inte åberopats har Boman som exempel på ett sådant fall anfört talan om bättre rätt till jordbruksfastighet för vilken köparen saknar möjlighet att erhålla förvärvstillstånd. Om säljaren medger köparens på köpeavtalet grundade talan måste enligt Boman domstolen ändock beakta den ogiltighetsgrund som enligt jordförvärvslagen följer av att köparen saknar förvärvstillstånd. Om så inte vore fallet skulle,

[355] Jfr Grönfors, a.a. s 214 och Conradi i SvJT 1951 s 357 f.

[356] Jfr Karlgren i Festskrift til Henry Ussing s 261 och Boman, Åberopande och åberopsbörda i dispositiva tvistemål s 67 samt NJA 1986 s 205.

menar Boman, jordförvärvslagens syfte väsentligen förfelas.[357] I NJA 1986 s 205 förelåg en liknande situation. Talan om återgång eller hävning av ett fastighetsköp hade medgivits av svarandena. Enligt de tvingande reglerna i 4 kap JB förelåg emellertid inte rättslig grund för återgång eller hävning. Talan ogillades av HD som konstaterade att rättsverkningarna skiljer sig åt beroende på om det rör sig om återförsäljning eller annullering av ett köp i form av återgång eller hävning samt att dessa skillnader berör även andra än parterna. Om parterna tillåts "maskera" en återförsäljning som en annullering av det ursprungliga förvärvet skulle därför, framhöll HD, oönskade konsekvenser kunna uppstå.

Som framgått kan avsteg i åtskilliga fall ske från tvingande regler åtminstone i viss utsträckning eller på ett senare stadium. Det förekommer å andra sidan mer ingripande former av sådana regler vilka inte medger avvikelser av något slag vare sig på förhand eller i ett senare skede. Som exempel kan nämnas vissa bestämmelser om hyra i 12 kap JB.[358] Även kollektivavtalet har sådan tvingande karaktär med avseende på det enskilda anställningsavtalet. Vissa kollektivavtal tillåter nämligen inga avsteg vare sig dessa är till förmån eller ej för arbetstagaren. Ytterligare kunde här nämnas en i viss bemärkelse än strängare variant av tvingande reglering som innebär att rättsväsendet över huvud inte befattar sig med avtal i strid mot reglerna. Krav på ersättning för utförande av brottslig handling eller på utbekommande av spelskuld eller – med ett exempel hämtat från Conradi – krav på utfående av köpeskilling för en bordell[359] hör till den typ av yrkanden varmed en domstol normalt inte lär ta befattning. Visst utrymme föreligger dock sannolikt för att i särskilda fall anse även straffbelagda och andra moraliskt förkastliga rättshandlingar som giltiga.[360]

Av vad som sagts ovan torde framgå att tvingande civilrättsliga regler kan ses som ett samlingsbegrepp för rättsregler av ganska skiftande natur med den gemensamma nämnaren dock att de har till ändamål att åtminstone i någon mån inskränka avtalsfriheten. Ett annat – möjligen bättre – sätt att fånga det utmärkande och i förhållande till dispositiva regler särskiljande kriteriet är att, som Grönfors, ta fasta på det faktum att part alltid, oavsett vad avtalet innehåller, kan få dom i enlighet med tvingande regler genom att åberopa sig på dessa – i undantagsfall även utan åberopande – förutsatt givetvis att reglerna är tillämpliga.[361]

[357] Se Boman a.a. s 67.
[358] Se bl.a. 12 kap 65 § JB.
[359] Se Conradi a.a. s 357.
[360] Jfr Almén & Eklund, Lagen om avtal s 103 och NJA 1992 s 299.
[361] Grönfors a.a. s 224.

Den närmare innebörden av att en viss rättsregel är tvingande varierar emellertid som framgått betydligt. En konsekvens av det sagda är att det inte alltid är helt lätt att på förhand avgöra huruvida viss rättsregel är tvingande eller dispositiv. I vissa fall kan tveksamhet därom undanröjas definitivt först sedan frågan prövats av domstol. Det som ser ut som en elefant kan senare visa sig visa sig vara en krokodil som Grönfors uttryckt saken.[362] Identifieringen underlättas dock av att man i modern lagstiftning regelmässigt anger om lagen innehåller tvingande bestämmelser. Tekniken för detta varierar. Vanligen framgår förhållandet av lagens inledande bestämmelser. "Vid köp som omfattas av denna lag skall köparen alltid ha de befogenheter som tillerkännes köpare i lagen. Förbehåll som inskränker sådan befogenhet är ogiltigt" heter det exempelvis i 2 § konsumentköplagen. Det förekommer inte så sällan att lagen endast är tvingande inom en del av sitt tillämpningsområde. Förhållandet anges då vanligen genom en uppräkning av de bestämmelser i lagen från vilka avsteg får ske i en eller annan form. Någon gång kan dock bestämningen ske genom att avvikelse tillåtes såvida inte lagen i särskilda fall anger motsatsen. Ett exempel på detta finner man i 3 § lagen om försäkringsavtal. Ibland får man söka svaret i lagens respektive avdelningar eller kapitel eller i dess enskilda lagrum. Så är t.ex. fallet i sjölagen och i jordabalken. I särskilt äldre lagstiftning förekommer det att regler är tvingande utan att detta klart framgår av lagtexten. Som exempel kan nämnas 3 kap avtalslagen.[363]

Att svaret på frågan om lagens tvingande eller dispositiva natur fått sin lösning innebär ett första steg när det gäller att bestämma området för avtalsfriheten i visst fall. I vilken närmare utsträckning som parterna faktiskt fritt kan utforma sina mellanhavanden utan hinder av lagens tvingande regler kan naturligtvis alltjämt framstå som oklart inte minst på grund av svårigheter att tolka lagens innebörd. Sistnämnda problem skall dock inte behandlas i detta sammanhang.

Det förtjänar till sist att påpekas att gränsen mellan tvingande och dispositiva regler i viss mån är flytande. Också dispositiva rättsregler kan ibland ha verkningar av halvtvingande karaktär i den meningen att de inte utan vidare låter sig avtalas bort. Det har hävdats, att det sagda kan gälla för vissa dispositiva regler som ger uttryck för viktigare allmänpolitiska principer.[364] För att avsteg skall tillåtas från sådana regler, har det sagts, krävs det att avtalet ger tydligt uttryck för avsikten att frångå

[362] A.a. s 211.

[363] Vahlén, Avtal och tolkning s 19.

[364] Grönfors, Tolkning av fraktavtal s 24 och Ramberg, Allmän avtalsrätt s 38. Jfr Nial, Om handelsbolag och enkla bolag (1955) s 115 och Bernitz, Standardavtalsrätt s 61.

regeln och dessutom att det föreligger något godtagbart eller i vart fall rimligt skäl för detta.[365]

3.4.5 Näringsrättslig metod

Den näringsrättsliga kontrollen regleras i de två avtalsvillkorslagarna: lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (AVLK) samt lagen om avtalsvillkor mellan näringsidkare (AVLN).

Metoden skiljer sig på flera plan från övriga metoder. Den utövas till en början genom lagstiftning av offentligrättslig karaktär och rör således inte direkt förhållandet mellan avtalsparterna. Metoden kan därför inte användas för att kontrollera friskrivningsklausuler eller andra avtalsvillkor i enskilda avtalsförhållanden. Den innebär emellertid, som skall beröras senare, en möjlighet för lagstiftaren att indirekt utöva en sådan påverkan.

Den näringsrättsliga metoden kan om man så vill ses som ett sätt att genom preventiva åtgärder generellt söka påverka på marknaden förekommande avtalsvillkor med avseende på såväl deras innehåll, utformning som presentation. Mer precist innebär den att avtalsvillkor kan "stämplas" som oskäliga till sin typ och genom förbud vid vite hindras från att fortsättningsvis komma till användning. Om ett sådant villkor eller väsentligen samma villkor trots allt brukats i enskilda avtalsförhållanden – vare sig det skett före eller efter meddelat förbud – kan dock korrigering som antytts inte ske med denna metod.

En förutsättning för att meddela förbud enligt någon av avtalsvillkorslagarna är att ett sådant förbud är påkallat från allmän synpunkt eller annars ligger i konsumenternas eller konkurrenternas intresse.[366] Det betyder i praktiken att kontrollen, åtminstone i princip, endast berör friskrivningar och andra avtalsvillkor i standardavtal eller därmed jämförbara avtal. Även villkor som utformats särskilt för enskilda avtal och andra villkor som normalt inte brukar betraktas som standardvillkor kan dock enligt motiven omfattas av den näringsrättsliga kontrollen om förhållandena är sådana att ett förbud kan ha principiell betydelse exempelvis genom att det kan väntas bli prejudicerande eller eljest få verkningar för konsumenterna i ett stort antal fall.[367] En fördel med denna metod är att den kan väntas ge bättre och framför allt snabbare resultat för konsumentkollektivet som helhet liksom för gruppen underlägsna parter i

[365] Grönfors i JFT 1988 s 322 f.
[366] Se 3 § AVLK resp. 2 § AVLN.
[367] Prop. 1994/95 66 f. Se även prop. 1971:15 s 82.

näringsidkarförhållanden än övriga metoder dvs. de civilrättsliga.[368] Ett viktigt skäl att låta kontrollen omfatta också avtal i näringsidkarförhållanden har varit att söka motverka att särskilt kostnader som föranleds av konsumentskyddet fördelas orättvist mellan olika led på näringsidkarsidan.[369] En snedfördelning som innebär att detaljisterna – som vanligen står närmast konsumenterna i "omsättningsstrukturen" – får svara för en oproportionerligt stor del av sådana kostnader medför otvivelaktigt ökade risker för att dessa på olika sätt söker övervältra sina kostnader på konsumentledet.[370] Ett ytterligare på sikt väl så viktigt skäl som kunde anföras i detta sammanhang är näringslivets effektivitet. Lagstiftning som befrämjar en effektiv kostnadsfördelning[371] i den meningen att belastningen regelmässigt får bäras av den som kan göra det med den lägsta ekonomiska uppoffringen torde också generellt sett möjliggöra lägre priser.

Tillämpningen av avtalsvillkorslagarna ankommer på marknadsdomstolen och beträffande konsumentförhållanden även på KO. Förbud meddelas normalt av domstolen.[372] I vissa fall får KO utfärda sådant förbud.[373] Den kanske viktigaste uppgiften för KO i sammanhanget är dock dennes förhandlingsverksamhet. Genom förhandlingar med företag och representanter för näringslivets olika organisationer, inte minst branschsammanslutningar, kan KO ofta på frivillig väg åstadkomma från konsumentsynpunkt önskvärda förbättringar av vanligt förekommande standardvillkor eller av från andra synpunkter betydelsefulla dito. AVLK fungerar därvid som en viktig plattform för KO:s förhandlingar. Ett otillfredsställande förhandlingsresultat eller motsträviga förhandlingsparter kan föranleda KO att aktualisera frågan om förbud med avseende på visst eller vissa aktuella villkor eller att ta initiativ till lagstiftning.

Liksom den civilrättsliga regleringen i 36 § avtalslagen bygger den näringsrättsliga på generalklausuler[374] med vidsträckt tillämpning. De båda avtalsvillkorslagarna omfattar flertalet typer av avtal. Anställningsavtal och andra arbetsrättsliga avtal träffas dock inte av den näringsrättsliga kontrollen.[375] Uteslutna från kontrollen är vidare avtal mellan privatpersoner, liksom eventuella avtalsvillkor som konsument ställer gent-

[368] Jfr prop. 1971:15 s 61.
[369] Prop. 1983/84:92 s 9.
[370] Jfr a.st.
[371] En sådan verkan av lagstiftningen i detta sammanhang förutsätter dock att ekonomisk effektivitet på något sätt tillåts inverka på oskälighetsbedömning enligt AVLN.
[372] Se 3 § AVLK resp. 1 § AVLN.
[373] Se 7 § AVLK.
[374] 3 § AVLK och 1 § AVLN.
[375] Prop. a.a. s 16. Märk för övrigt termen "nyttighet" i 1 § AVLK resp. 1 § AVLN.

emot näringsidkare. Det bör tilläggas att ingripanden kan ske också ifråga om muntliga avtal.[376]

Varken AVLK eller AVLN förutsätter för sin tillämpning att något avtal faktiskt kommit till stånd. Det räcker att en friskrivning eller annat avtalsvillkor använts vid erbjudande av nyttighet till konsument respektive ställts upp vid ingående av avtal mellan näringsidkare eller då sådan avsikt att ingå avtal förelegat. Ett förhållande som möjliggör att ingripande kan ske på ett tidigare stadium än enligt den civilrättsliga regleringen. Det kan för övrigt observeras att kontrollen beträffande avtalsvillkor i kommersiella förhållanden, naturligt nog, gäller i båda riktningarna, inte endast då viss part erbjuder nyttighet till viss annan dito.

Det centrala momentet i de båda generalklausulerna är, liksom i 36 § avtalslagen, oskälighetsbedömningen. Endast villkor som med hänsyn till pris och övriga omständigheter kan anses oskäligt träffas av den näringsrättsliga kontrollen.

Beträffande bedömningsgrunderna i konsumentförhållanden uppvisar de betydande likheter med bedömningen enligt den civilrättsliga regleringen i 36 § avtalslagen. 1971 års AVLK som tillkom några år före 36 § torde i viss utsträckning ha stått som förebild för 36 § och har i allt fall bildat utgångspunkt för den civilrättsliga generalklausulen. Till skillnad från 36 § skall emellertid den näringsrättsliga bedömningen ske i typiserad form. Den skall med andra ord gå ut på att avgöra om visst villkor typiskt sett, i så hög grad missgynnar konsumenterna som kollektiv, att villkoret bör anses oskäligt.[377] En sådan typbedömning får dock inte hindra att oskälighetsbedömningen för visst villkor sker utifrån en helhetsbedömning av avtalets verkningar.[378] I likhet med den civilrättsliga kontrollen utgör de dispositiva rättsreglerna och den tvingade lagstiftningen viktiga utgångspunkter för bedömningen.

Villkor som strider mot tvingande regler är visserligen utan vidare ogiltiga. Bristande kännedom om dessa regler hos konsumenterna medför dock att det kan vara angeläget att söka rensa ut sådana villkor från framför allt standardavtalen. Att motverka försök till kringgående av de tvingande reglerna är ytterligare en aspekt även om ett kringgående i sig inte är tillräckligt skäl för ingripande. Vidare kan de allmänna värderingar som ligger till grund för sådana regler få betydelse för oskälighetsbedömningen i vissa fall. Vad som sagts nu om tvingande rättsregler behandlas inte närmare i propositionen. Liknande uttalande återfinns dock i motiven till såväl 36 § avtalslagen som lagen om avtalsvillkor

[376] Prop. 1994/95 s 86 och s 90 samt MD 1986:14.
[377] Prop. a.a. s 65 och s 89 f samt prop. 1971:15 s 71 och s 73.
[378] Prop. 1971:15 a.st.

mellan näringsidkare.[379] Det saknas enligt min mening skäl att inte tillmäta de nämnda aspekterna betydelse också vid den näringsrättsliga oskälighetsbedömningen i konsumentförhållanden.

Särskilt villkor som med avvikelse från dispositiv rätt innebär att konsumenter berövas en rättighet till förmån för näringsidkare och som därigenom rubbar en rimlig balans i avtalsförhållandet framhålls i motiven som typfall av oskäliga avtalsvillkor.[380] Att civilrättens dispositiva regler i princip tjänstgör som måttstock för oskälighetsbedömningen betyder emellertid inte att varje avvikelse från sådana regler till nackdel för konsumenten motiverar ingripande med stöd av AVLK.[381] Som påpekats måste för det första avtalsvillkor ses mot bakgrund av avtalet som helhet varvid exempelvis ett lågt pris kan föranleda att villkor som i och för sig innebär inskränkningar av konsumentens rättigheter enligt dispositiva regler trots allt bör accepteras. För det andra måste de tillämpande organen, särskilt ifråga om äldre rättsregler, beakta att de dispositiva reglerna på grund av samhällsutvecklingen kan framstå som föråldrade.[382] Dessutom följer av den dispositiva rättens natur att den ofta måste anpassas efter ett slags normalt eller genomsnittligt förhållande och ibland snarast utifrån vad som utgör en rimlig "reservlösning". En avvikelse som i sådana fall framstår som klart oförmånlig för konsumenten behöver med andra ord inte under alla förhållanden ha denna innebörd.

När det gäller bedömningen av olika typer av villkor framhålls i motiven såväl till 1971 års AVLK som till AVLN att sådana mer detaljerade uttalanden till ledning för rättstillämpningen knappast är vare sig möjliga eller önskvärda på grund av främst variationsrikedomen av relevanta förhållanden som måste beaktas och den fortgående förändringen av förhållanden på marknaden. Alltför preciserade motivuttalanden skulle riskera att leda utvecklingen i fel riktning.[383] I motiven till 1971 års AVLK anför departementschefen dock vissa synpunkter av betydelse för bedömningen av här ifrågavarande klausuler. Synpunkterna är i flera fall liknande dem som anförts i anslutning till 36 § avtalslagen. Vissa uttalanden har emellertid förlorat i betydelse på grund av senare civilrättslig konsumentlagstiftning, framför allt den nya konsumentköplagen, och berörs inte närmare i förarbetena till nu gällande AVLK. Det gäller bland annat vad som sägs om "befintligt skick"- klausuler vid försäljning av särskilt

[379] Jfr prop. 1975/76:81 s 121 f och prop. 1983/84:92 s 20 f.
[380] Prop. 1994/95:17 s 89 f och prop. 1971:15 s 71.
[381] Prop. 1994/95:17 s 90.
[382] Prop. 1971:15 s 71.
[383] A.st. och prop. 1983/84:92 s 19.

fabriksnya varor och om s.k. garantiutfästelser som inte ger köparen någon som helst rätt att häva på grund av fel i varan. Som nämnts kan det dock finnas skäl att motverka blotta förekomsten av sådana klausuler i standardavtal som används gentemot konsumenter, även om villkoren i princip är utan verkan enligt tvingande civilrättslig lagstiftning.

Villkor som innebär att säljaren ensam avgör om fel föreligger eller om felet beror på köparen – som kan vara att jämställa med en allmän friskrivning från fel – är regelmässigt att anse som oskäligt.[384] Motsvarande gäller friskrivning från ansvar för dröjsmål som sker genom force-majeure-klausuler med innebörden att säljaren under obestämd tid kan avvakta med leverans på grund av förhållanden utanför hans kontroll.[385] Beträffande ansvaret för fel begränsar numera konsumentköplagens regler i hög grad verkningarna av sådana klausuler.[386] Ifråga om dröjsmål ger lagen inte samma starka skydd. Av 5 § konsumentköplagen följer emellertid att avtal i konsumentförhållanden inte får innehålla villkor som innebär att avlämnande får ske under en helt obestämd tid. Avlämnande skall nämligen ske inom skälig tid från köpet om det inte följer av avtalet att avlämnande skall ske vid en bestämd tidpunkten, efter anfordran eller utan uppskov. Klausuler av innebörden att säljaren ensidigt avgör om prishöjning får ske på grund av allehanda förhållanden som inträffar exempelvis efter köpslutet men före leveransen torde vidare regelmässigt vara att bedöma som oskäliga enligt AVLK.[387]

Av betydelse för oskälighetsbedömningen kan vidare vara det sätt på vilket avtalsvillkoren utformats eller presenterats. Som exempel på villkor som kan vara ägnade att vilseleda konsumenter nämner motiven till 1971 års AVLK "befintligt skick"-klausuler som av konsumenter ofta torde uppfattas som en närmast total friskrivning från fel vilket kan förmå dem att avstå från befogade anspråk.[388] Som nämnts är sådana klausuler numer kringgärdade av tvingande regler som starkt begränsar deras rättsverkningar gentemot konsumenter.

Också det sätt på vilket avtalsvillkor presenteras kan komma att påverka oskälighetsbedömningen om nämligen presentationen är ägnad att vilseleda konsumenter ifråga om villkorens verkliga innebörd. Så kan villkor t.ex. betecknas som garantier, som visserligen ger köparen vissa förmåner såsom en rätt att få fel som uppträder under en tid efter köpet

[384] Prop. 1971:15 s 72.
[385] A.st.
[386] Se särskilt 16–19 §§ samt 22 § konsumentköplagen.
[387] Prop. 1971:15 s 72.
[388] Prop. 1994/95:17 s 65. Se även prop. 1971:15 s 73.

kostnadsfritt avhjälpta[389], men som samtidigt innebär att säljaren i viktiga avseenden begränsar sitt ansvar.[390] Den samlade effekten av sådana klausuler i förhållande till civilrättsliga regler kan därför mycket väl vara negativ för köparen dvs. snarast utgöra en friskrivning för säljaren. Villkor av detta slag kan emellertid för konsumenter som köpare lätt komma att uppfattas som alltigenom fördelaktiga.[391] Att den tvingande civilrättsliga lagstiftningen i stor utsträckning hindrar rättsverkningarna av sådana villkor betyder, av skäl som berörts tidigare, inte att det saknas skäl att ingripa med stöd av den näringsrättsliga metoden.

Andra former av vilseledande presentation som, utan att det direkt nämns i motiven, kan vara att betrakta på motsvarande sätt är den inte helt ovanliga tekniken att i standardavtal presentera för motparten "obehagliga" villkor på baksidan av kontraktet i fin stil och ibland – liksom i ovannämnda exempel – dessutom under vilseledande rubrik.[392]

Lagtexten (3 § AVLK) anger priset som en omständighet att beakta vid bedömningen av om villkor är att anse som oskäligt. Innebörden av detta är enligt motiven att priset måste tillmätas betydelse vid bedömningen av om andra villkor skall anses oskäliga samtidigt som lagen inte får användas i priskontrollerade syfte.[393]

Som en anpassning till EG-direktivet (93/13/EEG) om oskäliga avtalsvillkor i konsumentavtal har till författningskommentaren fogats direktivets bilaga[394], innehållande en vägledande lista över avtalsvillkor som typiskt sett är att anse som oskäliga.[395] Listan, som inte är uttömmande, avser endast villkor i konsumentavtal som inte varit föremål för individuell förhandling.[396] Som lagrådet påpekade i sitt yttrande, kan förfarandet knappast i egentlig mening anses innebära ett införlivande med svensk rätt. Bilagan måste dock, i likhet med vad som eljest följer av internationella överenskommelser, beaktas vid tolkningen av svensk lag.[397] Som exempel på villkor av betydelse för oskälighetsbedömningen av friskrivningsklausuler, som omfattas av direktivets lista, kan nämnas friskriv-

[389] Rätten till avhjälpande behöver i dessa fall inte förutsätta att köparen visar att felet fanns vid köpet.

[390] Exempelvis en bergränsning av säljarens skadeståndsskyldighet vid fel.

[391] Jfr prop. 1971:15 s 73.

[392] Sådan vilseledande presentation av avtalsvillkor kan i och för sig även falla under marknadsföringslagens tillämpningsområde. Se särskilt 6 § marknadsföringslagen.

[393] Prop. 1994/95:17 s 66 och prop. 1971:15 s 82.

[394] Rådsdirektiv 93/13/EEG artikel 3 p 3.

[395] Prop. 1994/95:17 s 92.

[396] Rådsdirektiv 93/13/EEG artikel 3.

[397] Se bilaga 7 (Lagrådets yttrande) till prop. 1994/95:17 s 140 f.

ning från personskada och ansvarsbegränsningar som avser att inskränka konsumentens rätt vid kontraktsbrott, inte minst rätten till påföljder.[398]

Oskälighetsbedömningen i näringsidkarförhållanden har en delvis annan karaktär än den som behandlats i det föregående. Det har redan nämnts att ett viktigt syfte är att fördela kostnaderna för konsumentskyddet på ett rättvist sätt mellan de olika vertikala leden i näringsidkarkedjan. En uppenbar skillnad i förhållande till lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden är att bedömningen inte angår parter av principiellt olika karaktär varav en part regelmässigt kan anses befinna sig i underläge. Av lagtexten framgår således att särskild hänsyn skall tas till den som intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet.[399] Med denna formulering avses i första hand att stärka skyddet för mindre förtag som i förhållande till sina leverantörer, beställare eller uppdragsgivare kan stå i en stark beroendeställning särskilt om de sistnämnda utgörs av stora industriföretag med dominerande ställning på marknaden.[400] Även andra förhållanden än motpartens styrkeposition kan påverka bedömningen av om visst villkor är att anse som oskäligt så exempelvis, när det gäller klausuler som medför skyldighet för denne att själv avhjälpa fel i den sålda varan, huruvida en återförsäljare har egen reparationsverkstad.[401] En varas karaktär i visst avseende kan också tänkas få betydelse. Vad som avses är framför allt huruvida det rör sig om konsumentvaror. Möjligheterna att övervältra kostnader, som på olika sätt föranleds av avtalet, på motpart som är konsument kan vara starkt begränsad beroende på tvingande civilrättsliga regler med avseende på konsumentförhållanden. Det ligger därför närmare till hands att friskrivningar som avser denna typ av varor anses oskäliga än villkor som avser andra varor.[402]

Beträffande förhållandet till tvingande regler i övrigt liksom till dispositiv rätt kan i stort hänvisas till vad som sagts om bedömningen av avtalsvillkor i konsumentförhållanden. Den skillnaden torde dock gälla att dispositiva regler inte spelar samma avgörande roll som måttstock för oskälighetsbedömningen. Generellt sett lär utrymmet för avvikelser från sådana rättsregler här vara betydligt större utan att det behöver föranleda ingripande.[403]

Bedömningen skall, liksom ifråga om konsumentförhållanden, ske av typfall och är i första hand inriktad på villkor som har karaktären av all-

[398] Se bilaga 1 till prop. 1994/95:17 s 115 (p 1 a och 1 b).
[399] 2 § 1 st AVLN.
[400] Prop. 1983/84:92 s 21.
[401] Prop. 1983/84:92 s 18.
[402] Prop. 1983/84:92 s 21.
[403] Jfr a.a. s 20.

männa avtalsvillkor. Även här förekommer således i lagtexten rekvisitet "påkallat ur allmän synpunkt" som en förutsättning för att meddela förbud.[404]

För att göra kontrollen effektiv har den, enligt såväl AVLK som AVLN, utformats så att den inte endast träffar det villkor och de omständigheter som varit föremål för prövning. Ett förbud omfattar även villkor som kan karaktäriseras som väsentligen samma och som används i liknande fall.[405] Väsentlighetskriteriet tar framför allt sikte på en jämförelse av villkorens verkningar med avseende på innehåll, utformning eller presentation. Liknande fall betyder framför allt att förbud som meddelats för villkor med avseende på ett visst slags vara inte utan vidare gäller för en vara av annat slag exempelvis standardiserade varor i förhållande till vara som tillverkats efter köparens särskilda anvisningar eller fabriksnya varor kontra begagnade varor.[406] Att priset sänkts kan också vara en omständighet som medför att förbud som avser ett visst villkor inte omfattar användningen i den nya situationen trots att villkoret är identiskt.[407]

Jag har i tidigare sammanhang hävdat att man vid oskälighetsbedömningen, särskilt i näringsidkarförhållanden, även borde beakta sådana omständigheter som har att göra med vad som är en ekonomiskt rationellt ordning. Jag skall här utveckla detta något närmare.

Ingrepp i avtalsfriheten som fundament för det marknadsekonomiska systemet bör rimligtvis alltid ske så att störningarna i marknadsmekanismen blir så små som möjligt. Det kan naturligtvis inte undvikas att störningar ändock uppkommer till följd av sådana ingrepp och att de ibland leder till ökade kostnader såväl för företagen som konsumenterna som kollektiv. Ingreppen kan trots det vara väl motiverade som ett nödvändigt led i konsumentskyddet.[408] En strävan måste dock som sagt vara att så långt möjligt undvika rubbningar av det nämnda slaget, inte minst därför att den samlade effekten av de inskränkningar av avtalsfriheten som sker genom olika typer av lagstiftning annars på sikt kan komma att i grunden hota förutsättningarna för det ekonomiska systemets funktion.

När det gäller den näringsrättsliga kontrollen av avtalsvillkor – särskilt i kommersiella förhållanden – tycks det som om förutsättningarna att undvika oönskade konsekvenser av det slag som nämnts ovan är ovanligt goda, inte minst som en följd av den typiserade bedömningen.

[404] Se 2 § 2st AVLN

[405] 3 § 1 st AVLK resp. 1 § 1 st AVLN.

[406] Prop. 1994/95:17 s 91. Se även prop. 1971:15 s 87 f samt prop. 1983/84:92 s 17 f.

[407] Se hänvisningar under föregående not.

[408] Här avses skyddet för enskilda konsumenter

Vid oskälighetsbedömningen av en friskrivning, som för att ta ett exempel, innebär att detaljisten har att svara för vissa risker som av olika skäl kan bäras av tillverkaren till väsentligt lägre kostnad, skulle som en viktig omständighet beaktas vad som är en ekonomiskt rationell placering av risken. Avgörandet skulle dock givetvis fortfarande ske mot bakgrund av samtliga relevanta omständigheter. En annan sak är att sådana ekonomiska överväganden ibland kan vara så komplicerade att man av praktiska eller processekonomiska skäl får avstå från att föra in dem i bedömningen. När det gäller mera typiska eller vanligt förekommande risker borde emellertid en sådan bedömning sällan bereda svårigheter. Ett i sammanhanget betydelsefullt förhållande, som relativt lätt låter sig utredas, är parternas möjligheter att försäkra sig mot den aktuella risken liksom kostnaderna för detta.

En tillämpning på sätt som föreslagits skulle måhända, åtminstone i någon mån, kunna bidra till näringslivets rationalisering och på sikt medverka till lägre priser för konsumenterna. Generalklausulernas utformning ger enligt min mening utrymme för att beakta sådana ekonomiska förhållanden, åtminstone i viss utsträckning. Frågan behandlas inte i motiven.[409]

Rättsföljden av att visst villkor bedöms oskäligt är att förbud meddelas mot fortsatt användning av villkoret, eller väsentligen samma villkor. Förbudet som regelmässigt förenas med vite drabbar i första hand näringsidkaren. Förbud kan emellertid även riktas mot anställd hos näringsidkaren eller någon som eljest handlar på näringsidkarens vägnar. Ett sådant fall kan vara om näringsidkaren är ett utländskt företag som representeras här i landet av någon som är anställd i det utländska företaget utan att driva självständig rörelse eller möjligen om en anställd självsvåldigt använder sig av oskäliga villkor.[410] Termerna näringsidkare och konsument har i AVLK anpassats till EG-direktivet (93/13/EEG) om oskäliga avtalsvillkor i konsumentavtal.[411] Det innebär dock inte någon nämnvärd skillnad, i förhållande till hur termerna använts tidigare i svensk rätt.[412]

Att avtalsvillkor förklarats oskäligt enligt någon av avtalsvillkorslagarna betyder naturligt nog inte med nödvändighet att villkoret är att bedöma på motsvarande sätt i en civilrättslig tvist enligt 36 § avtalslagen.

[409] Vad som sägs i propositionen (prop. 1983/84:92 s 9) om vikten av en rättvis fördelning av kostnaderna för konsumentskyddet kan möjligen tolkas som ett visst stöd. Uttalandet avser dock endast kostnader och andra bördor som föranleds av konsumentskyddet. Vad som avses med en rättvis fördelning är vidare inte helt klart.

[410] Prop. 1994/95:17 s 91. Se även prop. 1971:15 s 89 f och prop. 1983/84:92 s 18 f.

[411] 2 § AVLK.

[412] Prop. 1994/95:17 s 87.

Den näringsrättsliga bedömningen är som framgått typinriktad. Individuella förhållanden kan därför medföra en annan bedömning. Om ett villkor, som förbjudits av Marknadsdomstolen, används under liknande förhållanden i ett enskilt avtal, lär villkoret dock normalt sett anses oskäligt också enligt avtalslagens generalklausul.[413] Det som sagts torde gälla beträffande såväl AVLK som AVLN.[414]

När det gäller betydelsen av den näringsrättsliga kontrollen måste sägas att den i avtal mellan näringsidkare – i viss kontrast till avtal i konsumentförhållanden – hittills spelat en underordnad roll att döma av praxis från MD. Totalt ca tio fall har varit föremål för prövning enligt AVLN. I tre fall har avtalsvillkor förklarats oskäliga.[415] Två av dessa rör friskrivningsklausuler.[416] Den näringsrättsliga kontrollen som sådan kan dock, de fåtaliga avgörandena till trots, tänkas ha en viss återhållande verkan när det gäller att föra in långtgående eller vilseledande klausuler i sådana avtal som omfattas av AVLN.

Det skall till sist anmärkas att AVLK i sin lydelse efter 1.1.1995 som en nyhet innehåller ett antal civilrättsliga bestämmelser[417] av betydelse för friskrivningsklausulers rättsverkan i konsumentförhållanden. Dessa behandlas i anslutning till övriga civilrättsliga regler.

[413] Se prop. 1975/76:81 131 ff och prop. 1971:15 s 63 angående förhållandet mellan 36 § avtalslagen och (1971 års) AVLK. Se även Bernitz i SvJT 1974 s 123 ff.

[414] Bernitz, Festskrift till Sveriges Advokatsamfund s 138.

[415] MD 1985:16, MD 1995:3 och MD 1995:33.

[416] MD 1995:33 (Ansvarsbegränsning i annonsavtal) och MD 1995:33 (Villkor i avtal om s.k. betalsamtal). Fallen behandlas i annat sammanhang (se avsnitt 4.1.2 och 4.1.3 samt 4.4.4).

[417] Se 10–13 §§ AVLK.

4 Några huvudtyper av friskrivning

4.1 Friskrivning från olika former av vårdslöshet

4.1.1 Inledning

Begreppet vårdslöshet[418] spelar alltjämt en betydelsefull roll för regleringen av det kontraktsrättsliga skadeståndsansvaret även om ansvarsgrunden i några centrala fall ersatts av s.k. kontrollansvar. Det sagda gäller inte minst köpeavtalet som står i centrum här.

Skadeståndsskyldighet vid vållande kan avse ett oaktsamt handlande såväl vid avtalets ingående (s.k. culpa in contrahendo) som vid dess fullgörande.

Oaktsamt lämnande av oriktiga uppgifter vid köp av lös eller fast egendom eller underlåtenhet att ge upplysningar om den sålda varan kan således grunda skadeståndsskyldighet för säljaren. Vid kommersiella köp av lös egendom gäller sådant ansvar för indirekta skador enligt 27 § 4 st och 40 § 3 st köplagen.[419] Beträffande fast egendom gäller ansvaret för både direkta och indirekta förluster.[420] Även uppgifter som härrör från annan än säljaren exempelvis tillverkaren kan omfattas. Vid konsumentköp medför oaktsamhet i nämnt hänseende, om den avser varans egenskaper eller användning, att den sålda varan kan anses behäftad med fel varvid i princip samtliga felpåföljder inklusive skadestånd aktualiseras.[421] Enligt konsumentköplagens tvingande regler utgår därvid skadestånd för såväl direkt som indirekt förlust såvida det inte visas föreligga

[418] Vårdslöshet, culpa, försummelse och oaktsamhet används här som synonyma begrepp
[419] Prop. 1988/89:76 s 139
[420] 4 kap 19 § 1 st JB och prop. 1989/90:77 s 60 f
[421] Se 16 § 3 st 2 p och 19 § 4 st konsumentköplagen

ett hinder utanför säljarens kontroll s.k. kontrollansvar.[422] Vad som sagts nu gäller inte uppgifter i form av garanti eller enuntiation för vilka som bekant gäller ett i princip rent strikt ansvar.

När det gäller fullgörande av köpavtal förutsätts visserligen långt ifrån alltid ett vårdslöst handlande för att skadeståndsskyldighet skall inträda. I vissa fall krävs dock sådan oaktsamhet (försummelse). Detta gäller ansvaret för indirekta förluster på grund av fel[423] eller dröjsmål vid kommersiella köp av lös egendom.[424] Vid köp av fast egendom utgör oaktsamhet ("försummelse") ansvarsgrunden vid skada på grund av faktiska fel.

Även vid vissa andra skador förutsätter skadeståndsansvarets inträde att oaktsamhet kan visas så exempelvis vid köparens skyldighet att medverka till köpets fullgörande och att hämta och ta emot varan enligt 50 § köplagen om skadan utgör en indirekt förlust.[425] Skadeståndsskyldighet på grund av brott mot lojalitetsplikten torde likaledes förutsätta att oaktsamhet föreligger.[426]

Vidare anses det inomobligatoriska skadeståndsansvaret som huvudregel omfatta oaktsamhet – förutom av arbetstagare – av självständiga företagare som anlitats för fullgörande av avtalet.[427] Ett sådant ansvar gäller för indirekt skada vid köp utanför konsumentförhållanden enligt 27 § 4 st och 40 § 3 st köplagen. Lagtexten använder i detta sammanhang uttrycket "försummelse på säljarens sida".[428]

Skadeståndsskyldighet av det slag som nu behandlats kan inte sällan åsamka den vållande parten betydande kostnader såväl med avseende på skadan som utredningen om denna. Det är därför inte ovanligt att part söker friskriva sig helt eller delvis från sådant ansvar.

[422] 30 § konsumentköplagen
[423] Gäller inte rättsligt fel enligt 41 § 2 köplagen
[424] 40 § 2 och 3 st resp. 27 § 3 och 4 st köplagen
[425] 57 § 3st och 4 st köplagen
[426] Hellner, SpA II 2:a häftet s 204
[427] A.a. s 205
[428] Se anförda lagrum samt prop. 1988/89:76 s 117

4.1.2 Friskrivning från grov vårdslöshet

Det brukar hävdas att friskrivning från ansvar för grov vårdslöshet (liksom för uppsåt) inte är tillåten enligt svensk rätt.[429] Denna princip ansågs, utan direkt stöd i rättspraxis, gälla redan före ikraftträdandet av 36 § avtalslagen. Numera får dock regeln anses ha sitt främsta stöd i den nämnda generalklausulen.[430] Det är emellertid sannolikt att principen inte är generellt giltig beträffande skador – särskilt sakskador – som vållats genom grov vårdslöshet.

Det torde framför allt gälla då motparten ändock har ett tillfredsställande skydd exempelvis genom försäkring, i synnerhet om det ingår som ett led i avtalet.[431] Hänsyn bör därvid tas till bl.a. kostnaden för försäkringen, hur denna påverkas av inträffade försäkringsfall liksom förekommande villkor om självrisk. En friskrivning av det ifrågavarande slaget bör således inte utan vidare tillåtas så snart försäkring som täcker den aktuella skadan visar sig föreligga. Å andra sidan kan det, enligt min mening, förekomma – om än högst undantagsvis – fall då en sådan friskrivning bör stå sig trots att försäkring saknas. Vad som avses är främst sådana fall där det, mot bakgrund av situationen som helhet, framstår som inte endast möjligt eller rimligt utan närmast självklart eller i vart fall brukligt att den part gentemot vilken friskrivningen riktas skyddar sig genom att teckna försäkring.[432] Sådana fall torde i praktiken endast föreligga i vissa kommersiella avtalsförhållanden där näringsidkare regelmässigt försäkrar sig med avseende på de risker som den ifrågavarande friskrivningen omfattar. En sådan ordning ligger sannolikt även i linje med vad som är ekonomiskt rationellt (i den meningen att den part

[429] Se t.ex. prop. 1973:138 s 137 f och Bernitz, Standardavtalsrätt s 53 och s 88.

[430] I det finska rättsfall HD 1983 II 91 ansågs en ansvarsfriskrivning som begränsade ansvaret till skada som orsakats uppsåtligen vara oskälig i den utsträckning den omfattade grov vårdslöshet (refererat efter Wilhelmsson; se Standardavtal s 156 f). I Rt.1995 s 486 ansågs ansvarsbegränsningen i fraktloven § 32 inte vara tillämplig då grov oaktsamhet förelåg. Jfr vidare NJA 1981 s 400 där HD förklarade att fackman vid försäljning av fast egendom till konsument inte kan genom en allmän friskrivning befria sig från ansvar för allvarliga konstruktionsfel i ett byggnadsarbete som han själv utfört på fastigheten. Sådana konstruktionsfel torde i många fall – om än inte alltid – vara orsakade genom vårdslöshet som är att anse som grov. Att sistnämnda förhållande haft någon avgörande betydelse i målet framgår emellertid inte av domskälen. I NJA 1979 s 483 hade den aktuella friskrivningsklausulen utformats så att den inte var tillämplig om säljaren gjort sig skyldig till grov vårdslöshet varför HD inte hade anledning att särskilt pröva vad som skulle ha gällt om klausulen påståtts omfatta sådan vårdslöshet. Se även MD 1995:33 (på s 432 f).

[431] Hellner, SpA II 2:a häftet s 226 och Ramberg, Allmän avtalsrätt s 291.

[432] Jfr SOU 1974:83 s 180

får bära risken som kan skydda sig till den lägsta kostnaden).[433] Ett ytterligare exempel på fall då friskrivning från grov oaktsamhet kan tänkas stå sig är, om yrkat skadestånd rör ersättning för skada som ligger nära gränsen för vad som är en ersättningsberättigad förlust, enligt den s.k. adekvansregeln. Det gäller kanske i synnerhet om den grova oaktsamheten samtidigt kan sägas stå på gränsen till att anses som "vanlig" oaktsamhet.[434] Sannolikt är vidare att det existerar ett visst utrymme för sådan friskrivning när det gäller parts ansvar för grov oaktsamhet av anställda[435] som inte intar en ledande ställning hos den friskrivande parten. I vart fall är detta läget i norsk rätt vid avtal om spedition. I Rt. 1994 s 626 upprätthölls således en ansvarsbegränsning i ett speditionsavtal trots att skadan vållats genom grov oaktsamhet av person som var anställd hos speditören. Denne, en kajinspektör, ansågs inte tillhöra bolagets ledning. Ansvarsbegränsningen förekom i ett standardavtal (NSAB –75) som tillkommit efter förhandlingar mellan representativa företrädare för parterna. Varken allmänna rättsgrundsatser eller 36 § avtalslagen ansågs utgöra grund för att åsidosätta ansvarsbegränsningen. Det anförs i domskälen att det tycks vara "...den alminnelige oppfatning i juridisk teori at ansvaret for ansattes grovt uaktsomme handlinger kan fraskrives i forholdet mellom næringsdrivende, og det foreligger også en viss voldgiftspraxis i denne retning.". Vidare framhålls att avtalet bygger på en intresseavvägning mellan parterna bl.a. med hänsyn tagen till försäkringsmöjligheter och vem som står närmast att teckna försäkring. Inte minst hänsynen till förusebarhet och klara och enkla lösningar, sägs det, gör sig starkt gällande. Det förefaller svårt att motivera varför svensk rätt skulle inta en väsentligt annorlunda inställning på områden som inte regleras

[433] Jfr resonemanget i den tyska domen BGHZ 103, 316. Avtal förelåg mellan ett varv och ett rederi om reparation av rederiets fartyg. Fartyget skadades vid reparationsarbetet genom grov oaktsamhet av en vid varvet anställd svetsare. Varvet hade friskrivit sig från ansvar för alla skador som kunde uppkomma under det att fartyget befann sig på varvet. Rederiet krävde ersättning. Vid prövningen enligt § 9 AGB- Gesetz godtogs friskrivningen bl.a. med hänvisning till att enligt praxis, som varvet kände till, tecknade fartygens ägare regelmässigt försäkring som täckte skador av det ifrågavarande slaget. Varvet hade rätt att räkna med att sådan försäkring förelåg. Ett krav på att varvet måste teckna försäkring för nämnda skador skulle betyda ökade kostnader för försäkringsskyddet vilket i sin tur skulle höja priset för reparationsarbetet.

[434] Lindholm i JFT 1983 s 442.

[435] Motsvarande bör (i än högre grad) gälla om andra kontraktsmedhjälpare och om allmänna leverantörer. Jfr Hov, Avtalerett s 160 (angående utrymmet beträffande friskrivning från ansvar för "medhjelperes feil" enligt NL 5-1-2). Möjligen dock annorlunda enligt dansk rätt. Gomard anför således att "En ansvarsfraskrivelse for forsæt og efter omständigheterna også for grov uagtsomhed er ugyldig, i almindelighed både for så vidt angår eget forsæt og hos andre, for hvem kontrahenten er ansvarlig efter DL 3-19-2." (se Gomard, Almindelig kontraktsret s 194 not 23).

genom tvingande lagstiftning. Inte heller tycks det mig som om det finns särskild anledning att, under motsvarande förhållanden, se annorlunda på sådan friskrivning i kommersiella köpavtal. Man kan för övrigt lägga märke till, att liknande synpunkter som i Rt. 1994 s 626 – bl.a. angående försäkringsförhållanden och vikten av att kunna förutse de ekonomiska riskerna – anfördes av HD, vid oskälighetsbedömningen av friskrivningsklausulen i det betydelsefulla fallet NJA 1979 s 483, som skäl för att inte anse friskrivningen (från skadeståndsansvar för indirekt skada) allmänt sett "...på ett obillig eller otillbörligt sätt gynna säljaren.".[436]

Beträffande köpavtal i konsumentförhållanden gäller som bekant komsumentköplagens tvingande regler om kontrollansvar i princip generellt, således även för indirekta skador. Utrymmet för friskrivning är här – vid sidan av ett par speciella situationer[437] – begränsat till skada som avser förlust i näringsverksamhet. Det handlar med andra ord om den mindre vanliga situationen att den egendom som köpet avser visserligen huvudsakligen är avsedd för privat bruk men dock i viss omfattning användes i näringsverksamhet.[438] Vad som sagts ovan om möjligheten att, med beaktande av 36 § avtalslagen och allmänna rättsprinciper, friskriva sig för grov vårdslöshet bör gälla också sistnämnda fall.

En förutsättning för att sådana friskrivningsklausuler i standardavtal avseende grov culpa överhuvud skall få rättsverkan är vidare att de blivit effektivt införlivade med det enskilda avtalet. Eftersom friskrivning från grov culpa – när sådan undantagsvis är tillåten – regelmässigt måste anses som särskilt tyngande bör kravet på att klausulen bekantgjorts för motparten vara strängt.[439]

I tysk rätt gäller för de konsumenträttsliga standardavtalens del enligt § 11 NR. 7 AGB-Gesetz uttryckligt förbud mot friskrivning från grov vårdslöshet – liksom från uppsåt[440] – vilket även omfattar sådan vårdslöshet vid ingående av avtal, dvs. culpa in contrahendo. Hur det förhåller sig enligt svensk rätt i sistnämnda hänseende är, för det fall att avtal inte kommer till stånd, oklart. I praktiken lär sådan friskrivning höra till sällsyntheterna. För det fall att part trots allt friskrivit sig är det, enligt min mening, svårt att se något avgörande skäl för att behandla friskrivningen väsentligen annorlunda än då avtal kommit till stånd eller för den delen

[436] Se NJA 1979 s 483 på s 514.

[437] Se 3 § 2 st och 3 st KKL angående undantag från lagens tvingande regler, under vissa förutsättningar, för köp av byggnadsdelar resp. gas som levereras i ledning

[438] Se 32 § 3 st KKL

[439] Se avsnitt 3.4.2 och där anförda rättsfall särskilt NJA 1979 s 401

[440] Förbudet mot friskrivning från kontraktspartens eget uppsåt framgår av § 276 II BGB som även omfattar fall enligt AGB. Se Wolf i Wolf m.fl., AGB- Gesetz, Kommentar § 11 Nr 7 Mnr 1.

då grov vårdslöshet förekommit på grund av handlande vid avtalets fullgörande. En annan sak är att bedömningen av vad som konstituerar grov vårdslöshet kan bli annorlunda. Part anses i princip ingå i förhandling om avtal på egen risk. Den lojalitetplikt eller omsorgsplikt som kan anses föreligga mellan förhandlingsparter är normalt inte lika långtgående som den som gäller för avtalsparter. Det är därför rimligt att detta får påverka vårdslöshetsbedömningen.[441] I Rt. 1995 s 245 hävdade käranden, som inte hade läst igenom avtalet, att motparten inte gett tillräcklig information om avtalet och att hon därför missförstått dess rätta innebörd. Domstolen, som ogillade kärandens talan, konstaterade att det fick anses vara grov oaktsamt att inte läsa igenom avtalsdokumentet före underskrift.

Engelsk rätt innehåller inte någon specifik regel om ogiltighet med avseende på friskrivning från grov vårdslöshet (eller från uppsåt). Reglerna tar sikte på friskrivning från vårdslöshet i allmänhet. Trots det sagda står det emellertid klart att utrymmet för att inskränka ansvaret för grov culpa också i engelsk rätt är högst begränsat. Tidigare ansågs, enligt principen om "fundamental breach", friskrivning inte kunna ske för vissa uppsåtliga avtalsbrott och sådana som begåtts genom medveten eller annan allvarlig vårdslöshet ("recklessness"). Det var framför allt fallet då en depositarie levererade egendomen till fel person.[442] Numera betraktas sådana uppsåtliga handlingar (eller former av allvarlig vårdslöshet) som argument inom ramen för avtalstolkning. Det betyder att en friskrivning som avser uppsåt eller grov vårdslöshet inte utan vidare kan sättas åt sidan. Så kan friskrivning från smärre leveransförseningar exempelvis tänkas stå sig, dvs. anses omfattade av friskrivningsklausulen i fråga. Generellt sett torde dock domstolarna betrakta sådana klausuler med skepsis och ofta anse att de inte står i överensstämmelse med partsavsikten.[443] Överhuvud torde gälla att ju allvarligare kontraktsbrottet är desto större krav ställs på klarhet i utformningen av en eventuell friskrivning som åberopas i sammanhanget. Uppsåt eller långtgående vårdslöshet kan utgöra en grund för att se allvarligt på avtalsbrott.[444] I många fall följer ytterligare betydelsefulla begränsningar av the Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA). Inte heller UCTA innehåller emellertid några särskilda regler avseende grov vårdslöshet. Vad som behandlas är ansvar för vårdslöshet i allmänhet ("negligence liability"). Friskrivning från "negligence" är således i stor utsträckning kringgärdad av restriktioner i syn-

[441] Jfr NJA 1978 s 147 och NJA 1990 s 745 samt Adlercreutz, Avtalsrätt I s 103 f.
[442] J Spurling Ltd v Bradshaw [1956] 1 WLR 461, 466
[443] Jfr Suisse Atlantique Société D'Armement Maritime SA v NV Rotterdamsche Kolen Centrale [1967] 1 AC 361, 432, 435
[444] Treitel, Law of contract s 207 0ch 213

nerhet när det gäller avtal i konsumentförhållanden och då en part, vare sig denne är konsument eller inte, ingår avtal på den andra partens allmänna avtalsvillkor.[445] Dessa begränsningar som – på några undantag när[446] – innebär att friskrivning från culpa tillmäts rättsverkan endast i den utsträckning villkoret uppfyller kravet på skälighet (the "Reasonableness Test") är självfallet tillämpliga på grov vårdslöshet utan att detta uttryckligen sägs i lagtexten. Trots att de riktlinjer[447] för tillämpningen av the "Reasonableness Test" som UCTA tillhandahåller inte anger graden av oaktsamhet som en särskild omständighet att beakta vid skäighetsbedömningen finns det anledning anta att det förhållandet att friskrivningen avser grov eller annan långtgående form av oaktsamhet (t.ex. medveten dito) är något som talar mot att den skall anse uppfylla kravet på skälighet. Den grova culpan kan tänkas påverka skälighetsbedömningen på åtminstone två sätt. För det första kan den ge domstolen anledning att ställa större krav än eljest för att motparten skall anses ha känt till eller skäligen bort känna till friskrivningsklausulen. För det andra kan klausulen till sitt innehåll anses långtgående, vittomfattande eller ovanlig, vilket försvårar för den friskrivande parten att fullgöra sin bevisbörda med avseende på klausulens skälighet.[448] Det sagda hindrar inte att en sådan friskrivningsklausul, mot bakgrund av andra omständigheter, ändock kan bedömas motsvara lagens krav.

Den tyska regleringen framstår i jämförelse med den svenska (skandinaviska) och kanske framför allt den engelska som något stelbent.[449] Ett kontraktsbrott som vållats genom grov vårdslöshet behöver inte alltid framstå som så allvarligt att en friskrivning utan vidare bör anses sakna rättsverkan. En leveransförsening – orsakad av grov oaktsamhet eller med avsikt – som avser en enstaka dag kan, för att ta ett exempel, många gånger te sig skäligen bagatellartad även om den naturligtvis i enskilda fall beroende på omständigheterna (inte minst avtalsföremålet) kan vara nog så allvarlig. Andra omständigheter av det slag som nämnts ovan, sär-

[445] Section 2(2) och 3(1)(2)(a) UCTA. Den senare bestämmelsen avser ansvar för eget avtalsbrott och omfattar såväl culpaansvar som strikt dito.

[446] I några fall exempelvis ifråga om friskrivning från ansvar för oaktsamt vållande till annans död eller från personskada som vållats av oaktsamhet har friskrivning ingen rättsverkan. Se section 2 (1)

[447] Riktlinjerna avser dock i första hand bedömningen av villkor enligt ss 6(3), 7(3) och (4) inte friskrivning från särskilt vårdslöshet. Se schedule 2

[448] Jfr Jacobs s 151 ff

[449] Det sagda gäller dock främst konsumentförhållanden. I kommersiella avtal blir bedömningen enligt § 9 AGB-Gesetz beroende av om friskrivningen är förenlig med väsentliga grundtankar i de regler från vilka avsteg görs. Beträffande friskrivning från egen grov vårdslöshet torde sådan förenlighet inte anses föreligga. Se t.ex. Wolf i Wolf m.fl., § 11 Nr 7 Mnr 45. Jfr även BGHZ 103, 316 (se under not 433).

skilt försäkringsförhållanden, kan vidare utgöra skäl att trots allt låta en friskrivning av den aktuella typen få genomslag. Den tyska regleringen ger å andra sidan mindre utrymme för skönsmässiga bedömningar och medför därför sannolikt mindre problem ifråga om tillämpningen såväl som ökad förutsebarhet. Den kan också sägas förmedla ett klarare avståndstagande från handlingar som i mer påtaglig grad avviker från aktsamhetsnormen vilket kan tänkas motverka uppkomsten av förluster till följd av grovt oaktsamma kontraktsbrott i högre grad än den "svensk-engelska" modellen. Det är emellertid tveksamt om skillnaden – med hänsyn framför allt till den mycket restriktiva hållning som såväl svensk som engelsk rätt trots allt intar – därvidlag är nämnvärd eller ens påvisbar.

En ytterligare skillnad är att bestämningen av vad som är att anse som grov vårdslöshet får större betydelse i den tyska "modellen" jämfört med särskilt den engelska regleringen. En restriktiv hållning till begreppets innebörd minskar kontrollreglernas effekt medan en motsvarande extensiv tolkning ger reglerna ökad räckvidd samtidigt som den innebär djupare ingrepp i avtalsfriheten.

Beträffande innebörden av begreppet grov vårdslöshet som sådant i svensk rätt kan till en början konstateras att begreppet användes på ett flertal områden inom civilrättens regelsystem[450] – och för den delen också i straffrättsliga regler[451] – utan att något egentligt försök till begreppsbestämning förekommer. I något fall, så exempelvis enligt sjölagen, förutsätts att den ansvarige insett att skada sannolikt skulle uppkomma.[452] Vårdslösheten skall med andra ord ha sin grund i ett medvetet risktagande. Ett ytterligare konstaterande som kan göras är att man inte kan utgå från att begrepps innebörd är fullt ut densamma på alla håll där det kommer till användning, inte ens om jämförelsen begränsas till civilrätten eller delar av denna.[453] Att betydelsen varierar är i sig naturligt och av allt att döma nödvändigt. Aktsamhetskravet kan knappast vara detsamma på alla områden. Dessutom har de rättsregler i vilka begreppet grov oaktsamhet används ofta olika ändamål. I straffrätten – särskilt den allmänna – är exempelvis syftet vanligen att effektivisera regler som om de endast innehöll krav på uppsåt skulle möta bevismässiga svårigheter.[454] På försäkringsrättens liksom skadeståndsrättens område har, för att

[450] Se t.ex. 33 § köplagen, 24 § konsumentköplagen, 17 § 2 st konsumentköpalgen, 38 § lagen (1974:610) om inrikes vägtransport och 15 kap 23 § sjölagen

[451] T.ex. 1 § 2 st trafikbrottslagen och 3 a § narkotikastrafflagen

[452] Se 9 kap 4 § och 13 kap 33 § samt 15 kap 23 § sjölagen.

[453] Se bl.a. NJA 1992 s 130 på s 137 f och von Eyben, Begrebet grov uagtsomhet på forskellige retsområder s 58. Förhandlingerna på det 33. nordiska juristmötet i i Köpenhamn 1993

[454] A.a s 16 och s 58

ta ytterligare ett exempel, hänsynen till framför allt den ersättningsberättigades intressen lett till en påfallande restriktiv tolkning av begreppet. I synnerhet gäller detta när den skadelidande varit medvållande till personskada och vid nedsättning av försäkringsersättning på grund av grovt oaktsamt framkallande av försäkringsfallet.[455] Den vedertagna uppfattningen är därför att endast sådana flagranta åsidosättanden av normala aktsamhetskrav som ger uttryck för långtgående nonchalans eller hänsynslöshet och som inte sällan ligger på gränsen till uppsåtliga förfaranden omfattas av begreppet.[456]

Hänsyn av det ovannämnda slaget behöver emellertid inte tillmätas lika stor betydelse på andra områden där regeln i vilket begreppet förekommer har ett delvis annat syfte. Det tycks finnas en tendens att närma sig skiljelinjen mellan grov och enkel oaktsamhet från i princip två olika utgångspunkter, beroende på främst om begreppet avses ha en uttalat restriktiv tillämpning eller en mer "normal". I det förstnämnda fallen – så t.ex. i den allmänna straffrätten men också i viss utsträckning på skadeförsäkrings- och försäkringsrättens område – är utgångspunkten vanligen en jämförelse med uppsåtliga förfaranden varvid skiljelinjen dras så att grov vårdslöshet endast omfattar förfarande som liknar – exempelvis s.k. medvetet risktagande – eller gränsar till uppsåtliga dito.[457] I andra sammanhang sker bedömningen snarare utifrån vad som kan anses gälla ifråga om normala aktsamhetskrav på området dvs. i princip samma utgångspunkter som den vanliga culpabedömningen.[458] Beträffande dansk rätt är det möjligt att sistnämnda förhållande får anses gälla inom hela civilrätten.[459]

Återstår frågan om innebörden av begreppet grov vårdslöshet på köprättens område som ett rekvisit i den inledningsvis nämnda regeln att friskrivning från grov vårdslöshet normalt sett inte är tillåten. Uttrycket grov vårdslöshet används på några ställen i den köprättsliga lagstiftningen i samband med reglerna om reklamation och preskription. Så framgår t.ex. av 33 § köplagen resp. 24 § konsumentköplagen att köparen i vissa fall får åberopa fel trots att han reklamerat efter utgången av

[455] SOU 1989:88 s 181 och Bengtsson, Om jämkning av skadestånd s 81 samt NJA 1992 s 130 på s 137. Jfr von Eyben a.a. s 41 f

[456] Prop 1975:12 s 133 och 173, prop. 1975/76:15 s 69, prop. 1979/80:9 s 154. Se även NJA 1992 s 130 på s 137. Jfr SOU 1986:56 s 587 och SOU 1989:88 s 181. Jfr även von Eyben a.a. s 48 ff och s 58 som dock tycks mena att rättspraxis – i vart fall beträffande dansk rätt – inte ger stöd för en fullt ut så restriktiv uppfattning om innebörden av begreppet grov oaktsamhet som den i motiven och doktrinen företrädda.

[457] Se bl.a. under föregående not anförda motivuttaladen

[458] Se t.ex. NJA 1979 s 483 och NJA 1986 s 61 samt NJA 1992 s 130. Enligt von Eyben

[459] Von Eyben a.a. s 59 f

den normala reklamations- eller preskriptionstiden nämligen bl.a. om säljaren gjort sig skyldig till grov vårdslöshet. Det är emellertid osäkert vad som i detta sammanhang närmare innefattas i begreppet. I motiven sägs kort och gott att det saknas anledning att ge en illojal säljare den fördel – i form av klarhet om eventuella anspråk på grund av fel i varan – som reglerna om köparens reklamationsskyldighet normalt innebär.[460] Liknande uttalanden gjordes av Almén i anslutning till motsvarande regel i 1905 års köplag.[461] Till skillnad från nya köplagen angavs regeln i 1905 års lag gälla vid svikliga förfaranden varmed jämställdes grov vårdslöshet för det fall att felet medfört märklig skada för köparen. En sådan utformning kunde tänkas föranleda en restriktiv tillämpning av begreppet grov vårdslöshet av det slag som exemplifierats ovan, således att endast förfaranden som står på gränsen till uppsåt eller som består i s.k. medvetet risktagande omfattades. Något egentligt stöd för att så varit fallet finns dock inte, vare sig i form av rättspraxis eller förarbeten. Dansk rättspraxis – beträffande den motsvarande danska regeln – tyder snarast på att begreppet inte haft en så restriktiv innebörd.[462] Än mindre finns det därför, enligt min mening, skäl för att tillägga rekvisitet denna mycket snäva betydelse i nya köplagen.[463]

När det gäller bestämningen av begreppets omfattning i övrigt inom köprätten finns mycket lite vägledning att få. Högsta domstolen har behandlat frågan blott i några få fall varav endast ett, NJA 1979 s 483, gäller köp. Övriga fall avser fraktavtal (vid inrikes vägtransport), NJA 1986 s 61, respektive avtal om byggantreprenad, NJA 1992 s 130 och NJA 1996 s 118.

I 1979 års fall prövades betydelsen av begreppet i ett villkor som avsåg friskrivning från skadeståndsskyldighet för indirekta skador med undantag för fall av grov vårdslöshet. Köparen hävdade att säljaren gjort sig skyldig till grov vårdslöshet med avseende på vissa förekommande konstruktionsfel i de elektroniska priskalkylatorer, avsedda för bensinpumpar, som köpet bl.a. omfattade. Felen bestod i att räkneverket i kalkylatorn räknade för lågt pris (på grund av kalkylatorns bristande anpassning till variationer i pulsgivarens frekvens) och att räkneverket i inte obetydlig omfattning förblivit nollställt (till följd av överhettning i en tillhörande transistor) trots att bensinpumpen arbetat. Det förstnämnda felet bedömdes som "allvarligt". HD:s slutsats var dock att säljaren inte förfarit grovt vårdslöst. Fallet innehåller en rad speciella omständigheter och tillåter

[460] Prop. 1988/89:76 s 125 och prop. 1989/90:89 s 116.
[461] Almén, Om köp och byte av lös egendom § 53 vid not 1 ff.
[462] Se bl.a. UfR.1928.224 SH och UfR 1976.318 H. Jfr von Eyben a.a. s 56
[463] Jfr NJA 1992 s 130 (på s 137)

knappast några långtgående slutsatser om hur begreppet grov vårdslöshet skall uppfattas i andra fall. Det ger dock, enligt min mening, visst stöd för uppfattningen att begreppet inom köprätten inte – annat än möjligen undantagsvis – skall tilläggas den mycket restriktiva betydelse som anses vara fallet på vissa andra rättsområden, så exempelvis som inom skadeånds- och försäkringsrätten. Även det omnämnda rättsfallet NJA 1992 s 130 stödjer denna ståndpunkt. HD anför här i sina domskäl bl.a. att man i kommersiella avtalsförhållanden på andra områden än de nyssnämnda (dvs. skadeånds- och försäkringsrätten) i princip bör "kunna beakta även andra kvalificerade avvikelser från normal aktsamhet än ett medvetet risktagande". För övrigt lär man, som berörts inledningsvis, få räkna med att vad som konstituerar grov vårdslöshet kan variera inte bara mellan olika rättsområden utan också i någon mån inom ett och samma område. Köprätten utgör därvidlag knappast något undantag. Huruvida oaktsamheten är grov torde i första hand bero på vilket aktsamhetskrav som anses gälla i det konkreta fallet och hur det ifrågasatta (oaktsamma) förfarandet förhåller sig till detta krav. Den sistnämnda bedömningen bör i princip ske utifrån samma kriterier som den vanliga culpabedömningen.[464]

I vissa internationella köpavtal förekommer försök att definiera vad som ligger i begreppet grov vårdslöshet ("gross negligence" eller "gross misconduct"). Definitionerna, som dock av naturliga skäl är tämligen allmänt hållna, ger en klar antydan om att begreppet i dessa sammanhang kan omfatta även annat än s.k. medvetet risktagande. I t.ex. ECE 188 (resp. ECE 188 A) och ORGALIME S 92 talas, vid sidan av medvetet risktagande, om handling eller underlåtenhet varigenom part försummat att ta vederbörlig hänsyn till sådana allvarliga konsekvenser/följder som en omsorgsfull leverantör (kontraktspart) normalt sett skulle räkna med som sannolika.[465] ECE- avtalens definition inleds för övrigt med påpekandet att varje brist ifråga om tillbörlig aktsamhet eller skicklighet inte innefattar "gross misconduct". Utan att dra alltför långtgående växlar av denna bestämning av begreppet grov vårdslöshet kan man ändock konstatera att den åtminstone i stort tycks ligga i linje med de tankegångar som HD framfört i NJA 1992 s 130.

I tysk rättspraxis har det motsvarande begreppet "grobe Fahrlässigkeit" i anslutning till kontraktsbrott generellt beskrivits som ett åsidosättande av sådana aktsamhetskrav som är uppenbara för envar[466] eller att

[464] Jfr Von Eyben a.a. s 643 och 645.(Jfr även Hellner, Försäkringsgivarens regressrätt s 65 ff och densamme, Skadeståndsrätt s 130 ff)
[465] Se ECE 188 Clause 9.17 och ECE 188 A Clause 23.15 samt ORGALIME S 92 Clause 15
[466] BGHZ 17, 199

enkla helt näraliggande överväganden inte görs.[467] Denna definition är dock som synes mycket allmänt hållen och ger väl strängt taget inte mer ledning än de liknande försök till generella beskrivningar – t.ex. av typen "markant normafvigelse" eller markant avvikelse från normal aktsamhet[468] – som förekommer på sina håll i nordisk rätt.

4.1.3 Vårdslöshet som inte är grov

Möjligheten för part att friskriva sig torde i flera fall vara begränsad till lindrigare grader av vårdslöshet än grov sådan. På vissa områden är det fullt möjligt att friskrivning från skyldighet att utge ersättning normalt sett överhuvud inte tillåts för skador som orsakats genom något slag av oaktsamhet. Exempel på sådana situationer kan vara banker, advokater, revisorer och kvalificerade konsulter av olika slag som utför viktiga tjänster med allmänheten som uppdragsgivare.[469] Det bör dock poängteras att det sagda knappast gäller i kommersiella avtalsförhållanden. I sistnämnda fall torde, åtminstone som huvudregel, friskrivning från culpa vara tillåten.[470] Beträffande konsumentförhållanden för vilka konsumenttjänstlagen är tillämplig – vilket dock inte är fallet beträffande renodlade immateriella uppdrag – bör man vidare observera att lagens tvingande regler under alla förhållanden sätter en absolut gräns för vad som tillåts ifråga om friskrivning. För konsumenttjänster gäller i detta sammanhang, liksom för köp av lös egendom, sedan den 1 januari 1991 s.k. kontrollansvar för fel och dröjsmål i stället för culpaansvar. Villkor som begränsar näringsidkarens ansvar i förhållande till vad som följer av detta ansvar är ogiltiga. Utrymmet för näringsidkaren att överhuvud friskriva sig från ansvar av något slag är således mycket begränsat. För konsumentköpens del finns åtminstone formellt sett vissa möjligheter att beträffande köp av gas som levereras i ledning och ifråga om byggnadsdelar friskriva sig

[467] RGZ 163, 106. Se även Wolf m.fl., a.a. s 984

[468] Se t.ex. von Eyben a.a. s 10 f och s 60. Jfr Bengtsson, Om jämkning av skadestånd s 77

[469] SOU 1974:83 s 178. Konsumenttjänstlagens ikraftträdande måste – även om lagen inte är direkt tillämplig på immateriella tjänster – anses ge ytterligare stöd åt nämnda motivuttalande.

[470] Se dock Wilhelmsson, Standardavtal s 157 som tycks mena att det föreligger ett större utrymme för att angripa sådana klausuler. Han framhåller således att "Mången gång kan det vara på sin plats att gå längre och jämka också ansvarsfriskrivningar som berör blott lindrigare vållande." Det framgår visserligen inte uttryckligen om uttalandet, som görs i anslutning till oskälighetsbedömningen av friskrivningsklausuler enligt 36 § (finska) avtalslagen, avser kommersiella avtal. Så tycks dock vara fallet. Någon begränsning till konsumentförhållanden görs inte och det exempel som lämnas från rättspraxis avser ett kommersiellt avtalsförhållande (se finska HD 1982 II 195).

från ansvar för skada som orsakats av vårdslöshet.[471] I det förstnämnda fallet krävs dock att konsumentverket godkänt de allmänna villkor som kommit till användning och i det senare att köparen tillförsäkrats ett sådan garanti- försäkrings- och avtalsskydd som utgör villkor för statlig bostadsfinansiering varför möjligheterna i praktiken torde vara närmast obefintliga. Ett reellt utrymme finns däremot för säljaren (eller uppdragstagaren) att friskriva sig från ansvar för förlust i näringsverksamhet vare sig friskrivningen avser all förlust eller endast sådan som är en följd av säljarens vårdslöshet.[472] Förlust av det nämnda slaget lär å andra sidan vara en tämligen marginell företeelse i konsumentförhållanden. De större standardavtalen friskriver inte desto mindre som regel säljaren helt från ansvar för sådan förlust.[473]

Uppmärksamheten kommer fortsättningsvis att i huvudsak ägnas åt köpavtal som avser kommersiella förhållanden.

Till skillnad från konsumentköplagen bygger den allmänna köplagen på en indelning i direkta och indirekta förluster med olika ansvarsgrunder. Bakgrunden härtill tycks ha varit en strävan att söka anpassa lagen till rådande praxis i kommersiella avtalsförhållanden.[474] Vad som utgör indirekt förlust anges (uttömmande) i lagen. Annan förlust är direkt.[475] Principen bygger tydligen på tanken att ett strängare skadeståndsansvar bör gälla för mer näraliggande skador än för sådana som typiskt sett är oberäkneliga eller svårförutsebara i någon mening, i synnerhet när det gäller förlustens omfattning.[476] I det norska och finska motiven anförs dessutom, som skäl för att införa en mindre sträng ansvarsgrund för indirekta skador, att köparen som regel är den som har bäst möjligheter att förutse sådana förluster och deras omfattning och till att försäkra sig mot dem.[477] Det har resulterat i att kontrollansvar tillämpas för direkt förlust medan culpaansvar gäller beträffande övrig förlust dvs. indirekt dito.[478] Friskrivning från vårdslöshet blir därmed av intresse huvudsakligen med avseende på skadeståndsskyldighet för vad som enligt köplagen utgör

[471] Se 3 § 2 st och 3 st konsumentköplagen

[472] 32 § 3 st konsumentköplagen. Jfr 31 § 5 st och 32 § 3 st konsumenttjänstlagen.

[473] Se t.ex. konsumentköp-91 Kontant p 10, Konsumentköp-93 Avbetalning p 26, Köpeavtal-93 Personbilar p 10 och Allmänna avtalsvillkor vid köp av monteringsfärdigt husmaterial (1992) p 49

[474] Jfr Lagutskottets betänkande 1989/90:34 Ny köplag s 10. Bruket att skilja på direkta ock indirekta skador tycks dock vara på retur åtminstone att döma av innehållet i vissa ledande standardavtal (se t.ex. NLM 94 och NL 92).

[475] Se 67 § 2 st köplagen samt prop. 1988/89 :76 s 199

[476] Se bl.a. Håstad, Den nya köprätten s 208 f. Jfr prop. 1988/89:76 s 47 ff

[477] Ot prp nr 80 (1986–87) s 36 och Fprop. 93/1986 s 27.

[478] 27 § och 40 § samt 41 § köplagen

sådan indirekt förlust. Även friskrivning från ansvar för produktskada – som dock inte regleras av köplagen – kan förekomma. I köplagen talas om försummelse på säljarens sida. Därmed avses såväl vårdslöshet av säljaren själv som hans anställda liksom fysiska eller juridiska personer som han anlitat för fullgörandet av köpet. Vårdslösheten kan ha förekommit i samband med avtalsslutet (culpa in contrahendo) eller efter detsamma och i princip resultera i antingen dröjsmål eller fel i varan. Som exempel på sådan vårdslöshet kan nämnas att säljaren överskattar sin produktionskapacitet eller sin möjlighet att anskaffa varan inom viss tid, att säljaren är försumlig med avseende på transporten av varan t.ex. genom feldestinering, oaktsam hantering eller misstag om avtalad leveranstid. Oaktsamheten kan naturligtvis även avse själva tillverkningen eller konstruktionen av varan (och resultera i fel eller dröjsmål). Andra exempel kan vara försummelse med avseende på viss slags information eller underlåtenhet att lämna viss information till köparen så t.ex. uppgifter om varan som säljaren lämnat vid avtalsslutet trots att han insett eller bort inse att de var oriktiga eller vilseledande eller att säljaren underlåter att informera köparen om ett uppkommet dröjsmål (och detta medför att förlusten blir större än om sådan information lämnats).

Friskrivning från vårdslöshet brukar – särskilt vad gäller de större standardavtalen – sällan utformas med inriktning på viss handling eller underlåtenhet av det slag som exemplifierats ovan. Klausulerna ges som regel en generell utformning. Det vanligaste torde alltjämt vara att friskrivning från vårdslöshet sker i den formen att ansvar för indirekt skada utesluts – helt eller delvis – med undantag för sådan skada som orsakats av grov vårdslöshet.[479] Det sagda gäller i än högre grad ledande internationella köpavtal som de ovannämnda ECE 188 och ORGALIME S 92. I de nationella standardavtalen finns däremot en tendens att gå ifrån metoden att skilja på ansvar för direkta och indirekta skador till förmån för en generell begränsning av ersättningens omfattning för båda typerna av skador, vanligen till viss procentuell del av det avtalade priset eller kontraktssumman.[480] En bidragande orsak till detta kan vara att köplagens definition av vad som utgör indirekt skada har ansetts alltför vidsträckt.[481] En ytterligare anledningen kan vara att utformningen av dessa friskrivningsklausuler i vissa standardavtal, särskilt NL- och NLM avtalen (så t.ex. i NL 79), tidigare var oklar (i den svenska versionen) främst

[479] Så t.ex. enligt ALOS 81 p 27 och Montage 85 22.6 samt ABM 92 p 22 st 3 (beträffande viss indirekt skada)

[480] Så t.ex. i NLM 94 och NL 85 och NL 92

[481] Ramberg i Hellner & Ramberg s 243. Jfr även Håstad, Den nya köprätten s 211 f och Herre, Ersättningar i köprätten s 685 f.

beträffande säljarens skadeståndsskyldighet då denne inte lyckades avhjälpa fel. Av de norska och danska versionerna framgick visserligen tydligare att friskrivningen avsåg all skada, direkt eller indirekt, vid icke avhjälpbart fel. Å andra sidan fanns här en risk för att domstolarna skulle jämka eller åsidosätta villkoret.[482] Ett ytterligare skäl torde vara att den nya utformningen bättre tillgodoser säljarens möjligheter att förutse omfattningen av sitt eventuella ersättningsansvar.

Beträffande tillåtligheten i sig av friskrivning från indirekt skada[483] råder numer knappast något tvivel. Redan av fallet NJA 1979 s 483 framgår att sådan friskrivning i och för sig inte kan anses oskälig i kommersiella förhållanden.[484] I domskälen framhöll HD särskilt att den ifrågavarande avtalsregleringen anslöt sig till en av säljar- och köparorganisationer nationellt och internationellt godtagen ordning med synnerligen stor spridning. Härmed åsyftades bl.a. standardavtalen NL 70 respektive ECE 188. Vidare anfördes att vikten av att kunna förutse de ekonomiska risker som är förenade med avtalet varit ett framträdande motiv för friskrivningar av det aktuella slaget liksom köparens större möjligheter att genom försäkring skydda sig mot indirekta förluster. HD konstaterade även att friskrivning av det aktuella slaget, enligt den dåvarande konsumentköplagen (1973:877), i och för sig inte ens var att anse som oskälig i konsumentförhållanden. Sistnämnda skäl är dock, som framgått, inte längre relevant med hänsyn till utformningen av den nya konsumentköplagen.[485]

Vad som sagts nu gäller friskrivning från ansvar för indirekt skada i och för sig. Särskilda omständigheter, inte minst avtalets innehåll i övrigt, kan som redan antytts föranleda en annan bedömning. Särskilt betydelsefullt torde vara vilka andra påföljder som står till köparens förfogande. Om, vilket är brukligt, normalpåföljden består i en skyldighet (och motsvarande rätt) för säljaren att avhjälpa fel men det visar sig att felet inte är avhjälpbart inom rimlig tid, torde en avgörande fråga vara huruvida köparen är bibehållen vid sin hävningsrätt, förutsatt att felet är väsentligt, eller sin rätt till prisavdrag. Friskrivningsklausuler som utesluter ansvar för all indirekt förlust – såvida den inte orsakats genom grov vårdslöshet – samtidigt som köparen tvingas hålla fast vid avtalet även om felet är väsentligt och utan rätt till prisavdrag skulle, i vart fall som

[482] Jfr Håstad, Den nya köprätten s 129

[483] Med den terminologi som utvecklats här rör det sig närmare bestämt om en ansvarsbegränsning med avseende på indirekt skada.

[484] Se även MD 1995:3 och MD 1995:33 samt SOU 1981:31 s 90.

[485] Fallet har kommenterats utförligt av Hellner i Canadian Business Law Journal 1979–80 vol. 4 s 480 ff och i Oxford Journal of Legal Studies 1981 s 13 ff. Se även Bernitz om fallet i Festskrift till Sveriges Advokatsamfund s 127 ff.

regel, knappast stå sig vid en prövning enligt 36 § avtalslagen.[486] I NJA 1979 s 483 konstaterade således HD, vid en jämförelse med dispositiva rättsregler, bl.a. att hävningsrätt fanns i båda fallen. Även den norska skiljedomen ND 1979 s 231, som avsåg köp av en fartygsmotor med tillämpning av ECE 188, ligger i linje med ovannämnda uppfattning. Ett väsentligt fel i motorn kunde inte avhjälpas på ca 1 1/2 år. Skiljenämnden gav köparen såväl rätt att häva som rätt till skadestånd trots att den i ECE 188 Clause 9.16 intagna friskrivningen inte enligt sin ordalydelse ger utrymme för annan påföljd än felavhjälpande. Skiljenämnden fann dock – bl.a. med hänvisning till förarbetena till ECE – att detta inte kunde avse sådan fall då felet inte var avhjälpbart. Det förhållandet att nya köplagen, bl.a. med hänvisning till vad som ansetts ändamålsenligt och vanligt i den moderna handeln, tilldelat rättelse (dvs. felavhjälpande och omleverans) en central plats som den primära påföljden vid fel i varan,[487] torde i själva verket (tvärt emot vad det kan förefalla) ge ytterligare stöd åt den här redovisade synen på giltigheten av friskrivning från icke avhjälpbara fel i avtal som inte ger köparen någon alternativ påföljd. Om köpavtalets centrala påföljd i praktiken inte kan göras gällande bör åtminstone något rimligt alternativ stå till den skadelidande partens förfogande.

Även om det vore möjligt för köparen att skydda sig genom försäkring som täcker förluster av det aktuella slaget bör, enligt min mening, friskrivningar av den nyssnämnda typen som regel inte accepteras av rättsordningen. Skälet är främst att risken därvid skulle komma att bäras av köparen. Denne har vanligen små möjligheter att motverka eller förhindra riskens realiserande, i vart fall så långt den sammanhänger med försummelse på den friskrivande partens (säljarens) sida.[488] Samtidigt minskar incitamentet påtagligt, särskilt för säljaren, att verka för en minimering av den ifrågavarande typen av förluster. En sådan ordning är knappast försvarbar ur samhällsekonomisk synpunkt och kan normalt sett inte heller anses tillgodose något väsentligt "gemensamt partsintresse" (annat än måhända i ett mycket kortsiktigt perspektiv). Det kan dock inte uteslutas att en sådan friskrivning någon gång trots allt får anses godtagbar av ekonomiskt rationella eller andra skäl.

Rättspraxis beträffande friskrivning från ansvar för vårdslöshet i allmänhet är sparsam. Bortsett från det ovannämnda rättsfallet NJA 1979 s 483 förekommer i svensk rätt knappast något renodlat fall från Högsta domstolen som avser köp. Detta sammanhänger säkerligen till stor del

[486] Se närmare under avsnitt 4.4.3 och där anmärkta rättsfall.

[487] Se 30 §, 34–36 §§ och 41 § köplagen samt prop. 1988/89:76 s 37.

[488] En annan sak är att köparen kan ha viss möjlighet (och enligt dispositiv rätt också viss skyldighet) att begränsa omfattningen av inträffad skada. Se t.ex. 70 1 st § köplagen.

med att kommersiella tvister av detta slag till helt övervägande del avgörs genom skiljeförfarande. De fåtal prejudicerande fall som i övrigt förekommer på detta område berör så gott som uteslutande frågan om friskrivningsklausulens tolkning. Utöver vad som anförts tidigare beträffande tolkning av friskrivningsklausuler i allmänhet ger de knappast stöd för några mer principiella uttalanden angående förekomsten av särskilda riktlinjer för tolkningen av den nu ifrågavarande typen av friskrivningsklausuler. Det tycks dock som om man, i ett par av fallen, kan spåra en tendens hos HD att tillämpa de allmänna tolkningsprinciperna i detta sammanhang – framför allt oklarhetsregeln och regeln om restriktiv tolkning av friskrivningsklausuler – med större skärpa än eljest i vissa situationer som rent allmänt utmärks av att den friskrivande parten rimligen bör bära ett ansvar för skada som han orsakat av vårdslöshet.[489] Högsta domstolen förefaller här ha ställt särskilt höga krav på klarhet hos friskrivningen för att tillerkänna den rättsverkan. Inte minst avtalets utformning eller innehåll i övrigt har utgjort grund för att anse att en till synes klar friskrivning inte omfattar ansvar för viss ifrågavarande oaktsamhet.[490] I NJA 1971 s 36 åtog sig således en garageägare särskilt att inte utlämna det parkerade fordonet annat än mot uppvisande av kvitto på erlagd parkeringsavgift. Sedan fordonet, en personbil, skadats efter att ha stulits och bortförts utan att kvitto företetts, åberopade garageägaren till befrielse från ersättningsskyldighet en generellt hållen friskrivningsklausul av innebörd att denne bl.a. inte svarade för genom vårdslöshet uppkommen skada på fordonet eller för stöld därav såvida inte skadan orsakats av hos garageägaren anställd personal. Klausulen ansågs inte befria garageägaren från ansvar att ersätta skada på fordonet som orsakats genom dess oaktsamma utlämnande till obehörig person. Huruvida Högsta domstolen nått fram till detta resultat genom att tillämpa en restriktiv tolkning av friskrivningsklausulen ifråga kan dock diskuteras. Möjligt är att HD i stället, som hävdats av Bernitz, valt att ge företräde åt den mer preciserade bestämmelse enligt vilket garageägaren åtog sig att inte lämna ut fordonet annat än mot uppvisande av kvitto framför den allmänt hållna friskrivningsklausulen.[491] En alternativ förklaring, som ligger nära den sistnämnda, är att domstolen ansett att garageägaren på ett otillåtet sätt försökt befria sig från ansvar för ett väsentligt åtagande varigenom avtalet eroderats på sitt innehåll i en utsträckning som inte var acceptabel. I sistnämnda hänseende kan det förhållandet att garageägaren var den som haft bäst möjlighet att förhindra skadan tänkas ha fått avgörande

[489] Se särskilt NJA 1957 s 426 och NJA 1964 s 517 samt NJA 1971 s 36.
[490] NJA 1957 s 426 och NJA 1971 s 36.
[491] Bernitz, Standardavtalsrätt s 48 f. Jfr Adlercreutz II s 51 f

betydelse.[492] I förhållande till de föregående förklaringarna skiljer sig den sistnämnda främst genom att den antyder att domslutet kan ha grundats på annat än avtalstolkning nämligen någon form av regel som allmänt begränsar räckvidden av friskrivningsklausuler.[493] För detta talar att HD i sina skäl bl.a. anför att friskrivningsklausulen inte kan frita garageägaren från skadeståndsskyldighet oavsett om klausulen kan anses gälla skada som tillfogats kund genom att hans fordon utlämnats till obehörig person.[494] Den tolkning av rättsfallet som utvecklats sist medger vissa paralleller med den tidigare tillämpningen i engelsk rätt av principen "fundamental breach of contract". Denna innebar nämligen att friskrivning från ansvar för vissa allvarliga, som fundamentala betraktade avtalsbrott, inte tilläts även om klausulen i sig var otvetydig och måste anses omfatta det ifrågavarande ansvaret.[495] Det är möjligt att HD i någon mån tagit intryck av detta synsätt.[496] Som nämnts anses dock principen i engelsk rätt numera ingå bland reglerna om avtalstolkning. [497]

I fallet NJA 1957 s 426, som likaledes gällde avtal om uppställning av personbil (skåpbil) i garage friskrev sig garageägaren enligt avtalet från "ersättningsskyldighet för eventuellt uppkommande skada eller stöld av bilägarens fordon, tillbehör eller reservdelar". I samband med att en anställd garagevakt använde skåpbilen för att bogsera ett annat i garaget uppställt fordon skadades skåpbilen till följd av oaktsamhet från garagevaktens sida. Garageägaren ansågs ersättningsskyldig för skadan med motiveringen att friskrivningsklausulen överhuvud inte var tillämplig oavsett vilken tolkning som eljest kunde ges åt denna. Att klausulen inte var tillämplig berodde enligt HD på att skåpbilen brukats av garagevakten för ändamål som inte var förenligt med avtalet. Fallet kan ses som uttryck för en långtgående tillämpning av regeln om restriktiv tolkning av friskrivningsklausuler men också som ett tydligt exempel på partsorienterad tolkning. Den enligt ordalydelsen klara friskrivningen från ansvar för den aktuella typen av skada har fått vika då den inte kunde anses förenlig med avtalets ändamål – dvs. vad parterna åsyftat – såvitt avser användningen av fordonet. Detta synsätt har åtskillig likhet med den

[492] Se särskilt domskälen på s 42 ("...måste antas att till och med en så enkel och nära till hands liggande åtgärd som en begäran om legitimation skulle ha föranlett att tillgreppet av bilen icke blivit genomfört."). Jfr Dufwa i Festskrift till Sveriges Advokatsamfund s 200 f.
[493] Jfr Bernitz i SvJT 1972 s 434 och not 31.
[494] NJA 1971 s 36 på s 43.
[495] Se avsnitt 2.2.
[496] Se Adlercreutz, Avtalsrätt II s 101. Jfr Karlgren i JFT 1967 s 429 som, beträffande giltigheten av friskrivning i standardavtal, framför tankegångar liknande dem som ligger till grund för principen om "fundamental breach".
[497] Se de under not 245 nämnda rättsfallen

regel i engelsk rätt som ibland brukar kallas the Gibaud principle. Enligt denna kan en part inte förlita sig på en friskrivning som avses skydda honom under vissa givna förutsättningar om han företar eller underlåter något som ligger helt vid sidan av vad kontraktet avser.[498]

Även fallet NJA 1981 s 400 kan nämnas i sammanhanget. Förhållandet var här att parterna, sedan de slutit avtal om köp av fast egendom, på säljarens initiativ träffade en tilläggsöverenskommelse i samband med att slutavräkning gjordes mellan parterna. Enligt överenskommelsen som intogs i likvidräkningen, friskrev sig säljaren från allt ansvar för fel eller brister i fastigheten samtidigt som köparen förklarade sig avstå från alla anspråk mot säljaren på grund av fastighetens skick. Fastigheten visade sig senare behäftad med ett dolt fel. Felet bestod huvudsakligen av att betong göts direkt mot trä vilket orsakade vattenkondensering och småningom rötskador i trävirket. Högsta domstolen framhöll i sina domskäl vikten av att den part som vill föra in tillägg eller andra ändringar i ett ingånget avtal tydligt klargör detta för motparten samt tillade att vid tvekan om giltigheten eller innebörden av en sådan överenskommelse finns det anledning att inta en sträng hållning mot den part som tagit initiativ till denna. Domen är ett uttryck för, vill det synas, att en sträng tillämpning av de nu aktuella tolkningsprinciperna kan aktualiseras när det gäller sådana överenskommelser inte minst om de utgörs av friskrivningsklausuler.[499] Efter att bl.a. ha konstaterat att friskrivningsklausulens innebörd i och för sig var klar frånkände emellertid HD klausulen rättsverkan. Motiveringen var att det enligt HD inte kunde godtas att en fackman i byggnadsbranschen vid avtal om försäljning av fast egendom till konsument genom en allmänt hållen klausul friskriver sig från ansvar för dolda konstruktionsfel av allvarlig art i ett byggnadsarbete som han själv utfört. Det är inte helt lätt att ur HD:s motivering utläsa på vilken närmare rättslig grund som avgörandet vilar. Enligt HD var friskrivningsklausulens innebörd, som framgått, klar och omständigheterna vid dess tillkomst kunde inte heller utgöra anledning att frånkänna klausulen giltighet. HD har däremot tydligen underkänt klausulens innehåll som icke godtagbart under de föreliggande omständigheterna. Att klausulen skulle vara oskälig sägs emellertid inte och 36 § avtalslagen nämns överhuvud inte av HD vilket kan tyckas märkligt då generalklausulen eljest förfaller som det naturliga rättsliga stödet för avgörandet så som HD formulerat sina domskäl. Sannolikt har dock HD ansett att köparen inte åberopat sig på några omständigheter – utöver förhållandena vid klausulens tillkomst

[498] Se särskilt Gibaud v Great Eastern Railway Co [1921] 2 KB 426 på sid 435 och Alderslade v Hendon Laundry Ltd [1945] KB 189 på sid 192. Även Jacobs s 55

[499] Jfr Lehrberg, Avtalstolkning. En lärobok s 107

– som möjliggör en tillämpning av 36 § avtalslagen. Man har därför valt att utifrån allmänna konsumenträttsliga hänsyn tillskapa en regel som under angivna förutsättningar frånkänner friskrivningar av det aktuella slaget rättsverkan. Det förhållandet att konstruktionsfelet, av allt att döma, var orsakat av vårdslöshet kan ha påverkat utgången. I domskälen framhålls emellertid i detta sammanhang inte annat än att felet var av allvarlig art vilket i och för sig endast behöver syfta på felets konsekvenser. Det faktum att HD i skälen särskilt anför att säljaren själv i egenskap av fackman utfört byggnadsarbetet på fastigheten tyder dock på att det sätt på vilket felet tillkommit haft betydelse. Det är därför möjligt att tolka domen så att den bl.a. innebär ett avståndstagande från uppfattningen att den som är fackman i byggnadsbranschen vid försäljning av fast egendom till konsumenter genom allmänt hållna friskrivningsklausuler kan frita sig från ansvar för dolda fel som han själv orsakat av vårdslöshet, i vart fall om felets konsekvenser framstår som allvarliga.

Det bör i sammanhanget nämnas att friskrivning från fel eller annan förlust som orsakats av oaktsamhet på säljarens sida vid avtal om köp av fast egendom, liksom vid köp av lös egendom, numera inte är tillåten i konsumentförhållanden.[500] Sagda regel var emellertid inte ikraft vid tiden för sistnämnda måls anhängiggörande. För övrigt ansågs det inte visat att försäljningen utgjort led i en av säljaren bedriven byggnadsverksamhet varför de åsyftade reglerna för konsumentförhållanden ändock inte skulle ha varit (direkt) tillämpliga.

Även om produktskada faller utanför köplagens tillämpningsområde kan det finnas anledning att något beröra sådana skador i detta sammanhang.

Produktansvarslagen begränsar som bekant numera i flera hänseenden möjligheten för säljaren – liksom för tillverkaren, importören och vissa andra – att genom avtal frita sig från skadeståndsansvar. Lagen omfattar skador som orsakas av produkter – varmed i princip avses lösa saker[501] – på grund av en säkerhetsbrist.[502] Ersättningsskyldighet föreligger enligt lagen endast för personskada och sakskada på vad som kan betecknas som konsumentegendom och inte avser skada på själva produkten.[503] Skadeståndsansvaret, som är strikt, omfattar inte ersättning för ren för-

[500] 4 kap 19 d § JB

[501] Prop 1990/91:197 s 1. Genom lagens definitionen av produktbegreppet undantas bl.a. skador orsakade av fast egendom. Undantaget får emellertid inte så stor räckvidd som en första anblick kan ge vid handen eftersom föremål – vare sig i form av maskiner, byggnadsdelar av visst byggnadsmaterial eller annat – som tillförts så att de blivit fast egendom inte omfattas av undantaget. Prop a.a. s 94 f.

[502] 1 § produktansvarslagen

[503] 1 § 2 st produktansvarslagen

mögenhetsskada.[504] Lagen är tvingande till den skadelidandes förmån. Eftersom ansvaret som nämnts är strikt medför friskrivning från ansvar för culpa ingen lindring så långt ansvaret grundas på produktansvarslagen. Av det sagda framgår dock att vissa produktskador faller utanför lagens tillämpningsområde. Det gäller gäller till en början tre typer av produktskada dels sådan som inte orsakats av en säkerhetsbrist dels sakskada på annat än konsumentegendom och dels skador som orsakats av kända risker som är godtagna i samhället s.k. systemskador.[505] Som exempel på sådana produktskador kan nämnas skada på person eller på annan egendom än den sålda och som orsakas av någon annan än den skadelidande genom vårdslöst handhavande av produkten utan att detta beror på någon säkerhetsbrist; skada som i och för sig orsakats av en säkerhetsbrist men på egendom som används i näringsverksamhet; personskador i form av kända biverkningar av läkemedel i fall där brister i informationen om biverkningarna inte föreligger. Inte heller atomskada som omfattas av atomansvarighetslagen ersätts enligt produktansavarslagen.[506]

Ytterligare kan förekomma fall då produktansvarslagen i och för sig är tillämplig men den skadelidande väljer att åberopa (dispositiva) regler utanför produktansvarslagen eftersom de är förmånligare.[507] Så kan exempelvis en tillverkare ha orsakat en säkerhetsbrist genom vårdslöshet vid framställningen av produkten eller kan denne av vårdslöshet ha satt en produkt, som har en säkerhetsbrist, i omlopp. En i praktiken betydelsefull situation då en skadelidande kan ha fördel av att kunna åberopa sig på andra regler än sådana som följer av produktansvarslagen – främst skadeståndslagen – är om det gått lång tid sedan han fått eller borde ha fått kännedom om skadan.[508] Produktansvarslagen stadgar i detta hänseende en treårig preskriptionstid inom vilken talan senast skall väckas.[509] Anspråk som grundar sig på skadeståndslagens culparegel följer den allmänna tioåriga preskriptionsregeln enligt vilken preskriptionsavbrott kan ske även på annat sätt än genom väckande av talan. Ett annat viktigt fall kan vara om den skadelidande möts av invändning om medvållande i en tvist som rör personskada. Enligt 10 § produktansvarslagen kan skadestånd jämkas efter vad som är skäligt om den skadelidande har medver-

[504] Prop 1990/91:197 s 87.
[505] Beträffande systemskada se 3 § produktansvarslagen och prop. 1990/91:197 s 98 f.
[506] 4 § produktansvarslagen
[507] Prop 1990/91:197 s 77 f.
[508] Jfr Ds 1989:79 s 179 och Håstad, Den nya köprätten s 222.
[509] Se 12 § 2 st produktansvarslagen. Av denna följer vidare att talan aldrig får väckas senare än tio år från det att produkten sattes i omlopp

kat till skadan. Skadeståndslagen förutsätter i ett sådant fall att medvållande skett uppsåtligen eller genom grov vårdslöshet.[510] En tredje situation då en skadelidande har anledning att överväga alternativa skadeståndsgrunder, såsom den allmänna culparegeln, är vid tvist om särskilt mindre sakskador för att undgå produktansvarslagens bestämmelse om "självrisk".[511]

Vidare förhindrar produktansvarslagen inte att näringsidkare sinsemellan avtalar om vem som skall bära det slutliga ansvaret för en produktskada som omfattas av lagen.[512] En sådan överenskommelse får dock inte avse den regressrätt som följer av 10 § produktansvarslagen, dvs. en produktskada som en säljare ersatt enligt 31 § konsumentköplagen.

Slutligen bör nämnas att skadeståndsskyldighet enligt produktansvarslagen inte föreligger om den som eljest vore ersättningsskyldig visar att han inte satt produkten i omlopp eller gör sannolikt att säkerhetsbristen inte fanns då han satte produkten i omlopp eller om han visar att det rör sig om en s.k. utvecklingsskada dvs. en skada som orsakats av en säkerhetsbrist vilken, vid den tidpunkt då produkten sattes i omlopp, inte kunde upptäckas ens av den främsta vetenskapliga eller tekniska expertisen.[513]

Produktansvarslagen bygger i allt väsentligt på ett EU-direktiv om harmonisering av medlemsstaternas regler beträffande produktansvar.[514] Motsvarande regler som de svenska gäller som en följd därav – förutom i andra nordiska länder – i stora delar av övriga Europa.

Som konstaterats kan således en produktskada i flera fall orsakas av vårdslöshet utan att produktansvarslagen är tillämplig eller blir tillämplig på grund av att den skadelidande väljer att åberopa sig på andra regler. Som exempel på sådana regler har redan nämnts skadeståndslagens culparegel. Beträffande sakskada på annat än konsumentegendom torde vidare de regler om produktansvar som följer av allmänna skadeståndsregler, inte minst sådana som framgår av rättspraxis, vara att tillämpa.[515]

[510] 6 kap 1 § 1 st skadeståndslagen. Det kan anmärkas att 10 § produktansvarslagen träder ikraft först den dag regeringen bestämmer och att sådant beslut inte fattats när detta skrivs

[511] Enligt 9 § produktansvarslagen är "självrisken" vid sakskada 3500 kr

[512] Prop 1990/91:197 s 111.

[513] Se 8 § produktansvarslagen

[514] Rådsdirektiv 85/374/EEG

[515] Dessa innebär f.n. i korthet att ansvaret grundas på culpa eller garanti. Se t.ex. NJA 1918 s 156, NJA 1977 s 538 och NJA 1986 s 712 såvitt gäller culpa. Se även Hellner, SpA II:2 s 22 ff och Håstad, Den nya köprätten s 216 ff. I åtminstone ett fall, NJA 1989 s 389, som avsåg personskada orsakad av livsmedel, har HD fastslagit att strikt ansvar gäller. En annan sak är att den närmare betydelsen av rättspraxis, som tillkommit före produktansvarslagen ikraftträdande, i vissa fall inte kan fastställas med säkerhet förrän HD prövat frågan på nytt. Se t.ex. prop. 1990/91:197 s 56 ang. NJA 1989 s 389. Jfr Agell i Festskrift till Bertil Bengtsson s 21 ff.

I fall av vårdslöshet lär sistnämnda regler emellertid normalt sett inte betyda annat än att skadeståndslagens culparegel kommer till användning. Köplagen är ju som nämnts inte tillämplig på produktskada.[516] Detsamma gäller för övrigt CISG såvitt angår personskador.[517] En säljare kan – särskilt om han samtidigt är tillverkare eller marknadsför produkten som sin egen – mot bakgrund av vad som sagts nu, i situationer som inte omfattas av produktansvarslagens eller konsumentköplagens tvingande regler, vilja begränsa sitt ansvar för produktskador som han av oaktsamhet kan komma att orsaka köparen. Sådana friskrivningsklausuler förekommer inte sällan i de köprättsliga standardavtalen.[518] Vanligen innebär dessa att säljaren/leverantören helt friskriver sig från ansvar för produktskada på egendom med undantag för det fall att han orsakat skadan genom grov vårdslöshet. I vissa avtal omfattar friskrivningen även personskada.[519] Sistnämnda standardvillkor har uppenbarligen ännu inte anpassats till de nya tvingande reglerna i den svenska produktansvarslagen eller i annan nationell lagstiftning byggd på EU:s direktiv om produktansvar.

Av det sagda torde sammanfattningsvis framgå att utvecklingen gått mot en stark begränsning av möjligheterna för näringsidkare att genom friskrivningsklausuler befria sig från ansvar för vårdslöshet i avtal med konsumenter. Utvecklingen är särskilt tydlig i den nya konsumentköprättsliga lagstiftningen men också som framgått i vissa andra fall, exempelvis ifråga om produktskador. I andra avtalsrelationer är förhållandet dock inte lika entydigt. I särskilt kommersiella förhållanden måste utgångspunkten alltjämt sägas vara att friskrivning från vårdslöshet är fullt tillåten med undantag dock för sådan personskada som omfattas av produktansvarslagen. Den syn på ansvaret för sakskador till följd av säkerhetsbrister som utvecklats i den nya lagstiftningen om produktansvar inom EU kan emellertid väntas återverka på domstolarnas bedömning av sådana sakskador även i kommersiella och andra "icke-konsu-

[516] Gränsen mellan det köprättsliga ansvaret för skada på den vara som köpet avser och produktansvar skall, om varan består av någon infogad beståndsdel som orsakar skada på varan (slutprodukten), enligt motiven dras så att köprättliga regler normalt sett gäller om beståndsdelen ingick i slutprodukten när denna förvärvades. Om den skadeorsakande beståndsdelen förvärvats för sig och därefter infogats i slutprodukten tillämpas i allmänhet produktansvarslagen. Se prop. 1990/91:197 s 90.

[517] Se CISG art 5. Möjligen (men inte nödvändigtvis) följer motsättningsvis av art 5 att andra produktskador (t.ex. egendomsskador) omfattas av konventionen

[518] Se exempelvis ALOS 81 p 27, Montage 85 p 22.6, NL 92 p 36 samt beträffande internationella standardavtal ECE 188 Clause 9.16 och ORGALIME S 92 Clause 38

[519] Se bl.a. ALOS 81, Montage 85 och det internationella standardavtalen ECE 188 och 188 A

menträttsliga" förhållanden.[520] Det ligger nära till hands att anta att rättspraxis särskilt beträffande ansvaret för farliga produkter kan komma att skärpas i riktning mot ett strikt tillverkaransvar för säkerhetsbrister. Huruvida en utveckling mot strikt ansvar i sig är önskvärd kan dock diskuteras. Från rent ekonomiska utgångspunkter är svaret sannolikt nej. Här torde friheten för parterna att i princip utan hinder träffa avtal om riskfördelnigen ge ett bättre resultat, dvs. som regel leda till att den av parterna bär risken som bäst kan kontrollera den och därmed kan göra det till den lägsta kostnaden. En förutsättning för detta är dock att det finns en grundläggande balans i parternas styrkeförhållanden (och att den part som bäst kontrollerar risken inte hyser störst riskaversion).

4.2 Friskrivning från kontrollansvar

4.2.1 Inledning

Genom de köprättsliga regelverk som trädde ikraft 1.1 1991 introducerades det s.k. kontrollansvaret som en i svensk rätt ny typ av ansvarsgrund beträffande skadestånd på grund av fel och dröjsmål samt vid köparens bristande medverkan.[521] Kontrollansvaret ersatte den tidigare regleringen av skadeståndsansvaret i 1905 års lag som byggde på en blandning av strikt ansvar och culpa. Strikt ansvar förekom i huvudsak för de s.k. generiska köpen medan culpaansvar tillämpades ifråga om specieköp. Det strikta ansvaret lindrades dock såväl vid fel som dröjsmål genom att säljaren inte var skadeståndsskyldig i vissa angivna fall främst objektiv omöjlighet och force majeure.[522] Culpaansvaret vid specieköp var likaledes modifierat således att vid dröjsmål gällde presumtionsansvar, dvs. säljaren måste för att undgå ansvar visa att han inte varit försumlig. Beträffande fel svarade säljaren om godset saknade tillförsäkrad egenskap eller om felet uppstått efter köpet på grund av säljarens vanvård eller försummelse eller om säljaren förfarit svikligt.[523] Ansvaret gällde i

[520] Jfr Agell a.a. s 30
[521] Se 27, 40 och 57 §§ köplagen
[522] 24 § 1905 års köplag. Noga taget avsåg undantaget vare sig objektiv omöjlighet eller force majeure i begreppens renodlade mening utan byggde snarare (möjligen omedvetet) på en kompromiss mellan de båda begreppen. Jfr Rodhe, Obligationsrätt s 360 f
[523] Se 23 och 42 §§ resp. 24 och 43 §§ 1905 års köplag

princip oavsett typ av skada. Produktskador med undantag av s.k. ingrediensskada ansågs dock falla utanför regleringen i 1905 års lag. [524]

I motiven till nya köplagen anförs som skäl för att frångå den tidigare regleringen av skadeståndsansvaret att den vid genusköp allmänt ansetts vara för sträng och att säljarens ansvar regelmässigt brukar inskränkas i de kommersiella köpavtalen. Vidare är, sägs det, "uppdelningen mellan specieköp och genusköp alltför trubbig för att lämpa sig i dagens, och morgondagens, förhållanden".[525] Därmed torde avses att "uppdelningen" inte längre är något bra instrument som utgångspunkt för utformningen av skadeståndsansvaret. Som exempel på fall där distinktionen mellan specieköp och genusköp inte passar särskilt väl framhålls industriellt tillverkade varor vare sig de är serietillverkade eller skall tillverkas särskilt efter köparens beställning. Säljarens skadeståndsskyldighet bör ifråga om serietillverkade varor, sägs det, vara densamma oavsett om avtalsföremålet enligt avtalet avser en viss angiven vara eller endast viss typ av vara.[526] Som ytterligare skäl anförs att den tekniska utvecklingen medfört att vållande som ansvarsgrund vid avtalsbrott i många fall framstår som en mindre lämplig konstruktion. Fel och störningar i tillverkningen kan uppstå av andra orsaker än försummelse på säljarens sida. Trots att säljaren inte varit försumlig kan det emellertid ligga närmare till hands att låta denne svara för eventuell skada som drabbar köparen än att köparen själv får stå risken.[527] Att lagstiftaren stannade vid kontrollansvar som ansvarsgrund beträffande direkta skador hänger, förutom vad som nyss anförts, i väsentlig grad samman med allmänna harmoniseringssträvanden på köprättens område och det faktum att Sverige (liksom Danmark, Finland och Norge) redan ratificerat United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG).[528] Reglerna om skadeståndsskyldighet i CISG bygger som bekant på kontrollansvar.[529]

Kontrollansvar som grund för skadeståndsskyldighet vilar på tanken att ansvaret i princip bör fördelas mellan parterna med utgångspunkt från vad som är kontrollerbart för respektive part (eller, mera precist uttryckt, inom vilken av parternas kontrollsfär som hindret för avtalsenlig fullgörelse ligger). Säljaren respektive köparen får svara för vad som ligger inom hans kontrollområde oavsett om han varit vållande eller inte. För vad som faller utanför kontrollsfären kan part (säljaren) undgå ansvar

[524] Se bl.a. NJA 1918 s 156, NJA 1935 s 577 och NJA 1960 s 441
[525] Prop 1988/89:76 s 43
[526] Prop 1988/89:76 s 28 f
[527] Prop 1988/89:76 s 43
[528] Jfr prop. 1988/89:76 s 22
[529] Se CISG art 79

under vissa förutsättningar. Framställningen inriktas fortsättningsvis i huvudsak på frågor som rör säljarens ansvar. För köparens skadeståndsskyldighet har kontrollansvaret inte tillnärmelsevis samma intresse.

Regeln om kontrollansvar i den nya allmänna köplagen[530] liksom i konsumentköplagen[531] är närmare bestämt utformad så att säljaren för att undgå skadeståndsskyldighet måste visa att (1) det föreligger ett faktiskt hinder för (avtalsenlig) fullgörelse (2) hindret ligger utanför hans kontroll (3) han inte skäligen kunde förväntas ha räknat med hindret vid köpet samt att (4) han inte skäligen kunde ha undvikit eller övervunnit hindret.

Om säljaren anlitat någon annan, en tredje man, för att helt eller delvis fullgöra köpet och hinder uppstår hos denne skall de nämnda förutsättningarna vara uppfyllda även för den som säljaren på detta sätt anlitat. Vad som sagts nu gäller enligt de nordiska köplagarna också för det fall att säljaren anlitat en underleverantör eller någon annan i tidigare säljled. Väl att märka är att säljarens ansvar tillika omfattar s.k. allmänna underleverantörer, dvs. sådana som säljaren anlitat utan att det finns någon direkt anknytning till det ifrågavarande köpavtalet.[532]

Kontrollansvaret i den allmänna köplagen gäller till skillnad mot regeln i CISG endast direkt skada. Som framhålls i motiven griper de olika förutsättningarna in i varandra och nödvändiggör en samlad bedömning av om förutsättningarna i visst fall är uppfyllda.[533]

Syftet med den nya skadeståndsgrunden var som framhållits bl.a. att den skulle leda till en uppluckring av skillnaderna i ansvaret mellan specieköp och genusköp samt inte minst att det stränga ansvaret för den senare typen av köp skulle lindras särskilt vid dröjsmål. Så torde också – åtminstone i viss utsträckning[534] – ha blivit fallet framför allt genom att kontrollansvaret endast avser direkt förlust. Samtidigt måste man anse att ansvaret vid specieköp skärps genom den nya regleringen även om man får hålla i minnet att skärpningen i viss mån balanseras av det faktum att ansvaret för indirekt förlust mildras något. Även denna effekt av kontrollansvaret torde ha varit avsedd eller i vart fall förutsedd av lagstifta-

[530] Se 27 och 40 §§. Reglerna överensstämmer i allt väsentligt med motsvarande bestämmelser i de övriga nordiska köplagarna.

[531] 14 och 30 §§

[532] 27 § 2 st köplagen. Motsvarande stycke saknas i CISG som efter allt att döma inte inbegriper allmänna underleverantörer i säljarens kontrollansvar. Se t.ex. Honnold, Uniform Law for International Sales s 439 ff och Lando, Udenrigshandelens kontrakter s 279 samt Hagstrøm i TfR 1995 s 567.

[533] Prop 1988/89:76 s 44.

[534] Jfr Hellner, Kontrollansvaret s 136 som dock anser att lindringen blivit tämligen beskedlig.

ren.[535] Denna bedömning av kontrollansvarets effekter för omfattningen av (säljarens) skadeståndskyldighet bygger emellertid så gott som uteslutande på lagtexten och motiven eftersom någon egentlig rättspraxis ännu inte hunnit utbildas. Det finns därför en inte obetydlig osäkerhet i den "prognos" om effekterna som redovisats här, särskilt som tolkningen av reglerna om kontrollansvaret – så som de utformats i de nya köplagarna – inrymmer flera svårigheter. Här är inte platsen för att i detalj behandla alla dessa tolkningsproblem.[536] Några svårigheter skall dock antydas.

Ett centralt rekvisit i köplagens regler om kontrollansvar är termen "hinder". De motsvarande engelska och franska uttrycken i CISG (art 79) är "impediment" respektive "empêchement". Den närmare innebörden av kontrollansvaret beror i stor utsträckning på hur detta rekvisit kommer att tolkas i praxis. I motiven sägs att det skall röra sig om ett faktiskt hinder för fullgörelse, inte endast en försvårande omständighet. Å andra sidan är hinder inte liktydigt med s.k. objektiv omöjlighet. Inte heller krävs det att hindret är absolut i den meningen att det verkligen medför att det blir omöjligt för säljaren att fullgöra sin prestation. Det kan räcka, framhålls det i propositionen, att det föreligger "sådana extraordinärt betungande omständigheter att de enligt en objektiv bedömning rent faktiskt måste anses utgöra hinder".[537] En i och för sig kraftig fördyring utgör således inget hinder men om fördyringen är tillräckligt (orimligt) stor kan tydligen ett hinder i lagens mening föreligga.[538] Man inser lätt att den nämnda "definitionen" lämnar åtskilligt utrymme för osäkerhet om vilka omständigheter som i ett visst fall skall så att säga anses tillräckligt hindrande för att konstituera ett "hinder". Som helhet måste dock sägas att motiven ger tydligt intryck av att vilja starkt begränsa de fall i vilka omständigheter får åberopas som "hinder" utan att de utgör ett absolut sådant.[539]

En annan svårighet utgör bestämningen av den s.k. kontrollsfären. Vad skall anses ligga utanför säljarens kontroll? Principen för gränsdragningen mellan vad som faller innanför respektiv utanför säljarens kontrollsfär kan tyckas nog så enkel. Den innebär kort uttryckt att gränsen dras med utgångspunkt från huruvida ett visst ifrågavarande hinder beror på omständigheter som är kontrollerbara eller inte för säljaren.[540] Gräns-

[535] Jfr prop. 1988/89:76 s 44

[536] Syftet med avsnittet inskränker sig till att ge en tillräckligt god uppfattning om bakgrunden till och innehållet i kontrollansvaret (som en ny ansvarsgrund för skadeståndsskyldighet vid köp) för att den fortsatta framställningen skall bli begriplig

[537] Prop 1988/89:76 s 108 f

[538] Jfr prop. 1988/89:76 s 113

[539] Jfr Hellner a.a. s 135 f.

[540] Prop 1988/89:76 s 110

dragningen blir dock i praktiken långt ifrån problemfri. Flera faktorer bidrar därtill.

Ibland är det helt enkelt inte möjligt, eller i varje fall mycket vanskligt, att med någon grad av säkerhet fastställa vad som orsakat ett visst hinder.[541] Det kan då naturligt nog vara svårt att avgöra om hindret är möjligt att kontrollera för säljaren.[542] Vidare är det av allt att döma inte tillräckligt – och vanligen heller inte nödvändigt – att fastställa om ett hinder varit kontrollerbart eller inte för en viss säljare. Det avgörande är tydligen i stället om hindret beror på omständigheter som typiskt sett är kontrollerbara för säljaren.[543] Sistnämnda förhållanden gör det knappast lättare att bestämma kontrollsfären. Några exempel kan illustrera detta.

Förhållanden som är hänförliga till säljarens anställda anses falla inom hans kontrollsfär. I propositionen sägs dock att strejk som uppkommer i anslutning till allmänna kollektivavtalsförhandlingar kan utgöra ett undantag medan strejk som beror på att säljaren klart brutit mot bestämmelser i lag eller i kollektivavtal hör till sådana omständigheter som i princip är kontrollerbara för säljaren.[544] Däremot framgår inte hur "mellanliggande" situationer skall bedömas. Vad gäller t.ex. om bakgrunden till strejken är en tvist om lön eller annan ersättning utan att det kan anses att säljaren klart brutit mot kollektivavtalet eller om lokala förhandlingar leder till strejk bland säljarens anställda?[545]

Sjukdom bland säljarens arbetstagare lär likaledes falla innanför säljarens kontroll (såsom omständigheter hänförliga till säljarens anställda).[546] I praktiken kan emellertid sjukdom knappast – annat än undantagsvis exempelvis sjukdom som hänger samman med arbetsmiljön – anses tillhöra omständigheter som är kontrollerbara för säljaren i någon annan bemärkelse än att denne kan organisera sin verksamhet så att han inte är helt beroende av någon eller några anställdas arbetsinsatser. Om ett företag, särskilt om det har relativt få anställda, plötsligt drabbas av en extraordinärt stor sjukfrånvaro som leder till leveransförseningar måste man fråga sig om hindret verkligen bör anses ligga innanför säljarens kontroll. Omständigheterna, dvs. sjukdomen som föranlett hindret, är fortfarande hänförliga till säljarens anställda. Men kan det sägas att dessa omständigheter (i realiteten) är typiskt sett kontrollerbara för säljaren ens

[541] Sjukdom som drabbar säljarens anställda liksom kortslutning och andra störningar i det elektriska systemet i säljarens produktionsanläggning kan utgöra sådana exempel.

[542] Sådana svårigheter kan naturligtvis i det enskilda fallet få till följd att säljaren, på grund av bevisbörderegeln i 27 § köplagen, blir den som får bära ansvaret.

[543] Prop 1988/89:76 s 110. Jfr Ramberg, Köplagen s 347 f.

[544] Prop 1988/89:76 s 110 f

[545] Jfr Håstad, Den nya köprätten s 59 och Hellner a.a. s 125.

[546] Håstad a.a. s 59

om därmed inbegrips dennes sätt att planera och organisera sin verksamhet? Svaret förefaller långtifrån självklart. Kanske får man behandla sådan extraordinär sjukfrånvaro på liknande sätt som propositionen gör ifråga om extrem fördyring. Det skulle betyda att sjukfrånvaro i vissa undantagsfall – om den är extraordinär och inte bort förutses – kan anses falla utanför säljarens kontroll om än hinder av detta slag i princip hör till dennes kontrollsfär.[547]

Ett tredje exempel är hinder som har sin grund i brand orsakad av kortslutning i det elektriska systemet. Ett sådant hinder sägs i motiven normalt sett ligga inom säljarens kontrollsfär. Har branden däremot orsakats av en pyroman kommer saken i ett annat läge. Hindret skulle då i princip anses falla utanför säljarens kontrollsfär.[548] Man kan tycka att det motsatta synsättet vore väl så rimligt. En kortslutning kan visserligen bero på sådant som är kontrollerbart för säljaren såsom konditionen eller konstruktionen hos det elektriska ledningssystemet men den kan även orsakas av yttre faktorer eller av sådant som inte låter sig helt förklaras. Brand som orsakas av en tjuv eller en pyroman förefaller å andra sidan vara en sådan omständighet som i inte obetydlig utsträckning är kontrollerbar t.ex. genom bevaknings- eller säkerhetssystem av olika slag.[549] Huruvida ett hinder är externt i den meningen att det beror på ett yttre förhållande (en utifrån kommande händelse) eller inte förefaller överhuvud vara ett tämligen trubbigt kriterium (särskilt när det gäller behandlingen av typfall). Som framgått av exemplifieringen ovan kan en viss typ av hinder, beroende på omständigheterna, framstå än som externt än som internt vilket främst torde bero på att samma typ av hinder kan ha varierande orsaker.[550] Dessutom tycks det ibland vara så att hinder med klart extern karaktär i betydande utsträckning låter sig kontrolleras av säljaren.[551].

Som ytterligare exempel på svårigheten att bestämma kontrollansvarets närmare innebörd kan man peka på frågan om vad säljaren i visst fall bort förutse ifråga om hinder liksom vilka uppoffringar som kan krävas av säljaren när det gäller att undvika eller övervinna följderna av ett upp-

[547] Jfr Ramberg, Köplagen s 351

[548] Prop 1988/89:76 s 111. se även den norska propositionen (nr 80 1986–87) s 73. Exemplet tycks däremot inte förekomma i NU 1984:5 (eller i de finska motiven)

[549] Jfr Ramberg, SpA I s 146. Även Hellner a.a. s 125 som anser att brand, oavsett brandorsaken, bör godtas som en till sin typ ansvarsbefriande omständighet, om det rör sig om en omfattande brand som hindrar hela säljarens produktion. Se för övrigt vad som sägs i prop. 1988/89:76 s 111 angående omständigheter som kan kontrolleras genom övervakning av den egna verksamheten som typiskt sett hörande till säljarens kontrollsfär.

[550] Lagtexten – 27 § 1 st köplagen – talar visserligen om "hinder" utanför säljarens kontroll. Likväl måste det avgörande vara om hindrets orsaker kan kontrolleras av säljaren eller inte. Jfr Mestad, Om force majeure s 289 f.

[551] Se bl.a. det tidigare nämnda exemplet ovan (brand anlagd av pyroman).

kommet hinder. Inte heller förhållandet mellan säljarens ansvar (enligt 27 § 1st köplagen) för omständigheter som beror av hans eget eller anställdas handlande och ansvaret för sådant som beror på någon som säljaren anlitat för att fullgöra avtalet eller på en underleverantör eller annan i tidigare säljled (enligt 27 § 2 st) är alldeles klart.[552]

I förhållande till ekonomisk effektivitet tycks kontrollansvaret, åtminstone vid ett första påseende, stämma väl överens med principen om att den part bör bära risken som kan göra det till den lägsta kostnaden. Vid en närmare granskning kan dock uppstå tvivel om det berättigade i en sådan slutsats. Som framgått kan innebörden av säljarens kontrollansvar variera åtskilligt beroende på framför allt tre förhållanden av betydelse ur effektivitetssynpunkt. För det första hur den närmare gränsdragningen mellan vad som faller innanför respektive utanför säljarens kontroll sker. För det andra bedömningen av vilka sådana hinder som säljaren bort förutse och slutligen vad som överhuvud kan anses utgöra "hinder" i köplagens mening. Som berörts tidigare kan detta få till följd att köparen i vissa fall får bära risken trots att säljaren har klart större möjligheter att förutse och kontrollera risken än köparen vilket knappast är i överensstämmelse med ekonomisk effektivitet.[553] Det i motiven nämnda exemplet – brand som orsakats av pyroman – förefaller vara en god illustration av sistnämnda förhållande. Effektiviteten (mätt med de mått som används här) av regeln om kontrollansvar blir med andra ord till stor del beroende av hur innebörden av kontrollansvaret kommer att tolkas i praktiken. En tillämpning som innebär att avgörande vikt läggs vid vad som efter en samlad bedömning praktiskt sett kan anses kontrollerbart för säljaren bör därvid vara att föredra från effektivitetssynpunkt. Att försöka måla upp stereotypa gränser för säljarens kontrollområde utifrån fixerade kriterier[554] som huruvida hindret, med hänsyn till orsaken, har extern karaktär eller inte förefaller mindre lämpligt.

Av vad som sagts nu om kontrollansvaret kan man bl.a. dra slutsatsen att behovet av välgenomtänkta friskrivningsklausuler, sett ur säljarens synvinkel, på intet sätt fallit bort. Slutsatsen framstår som berättigad inte minst mot bakgrund av den osäkerhet om kontrollansvarets räckvidd som kommer att råda under de närmaste åren i avvaktan på vägledande rätts-

[552] Jfr Håstad, Den nya köprätten s 64 f.

[553] Jfr Skogh & Lane a.a. s 97. Vad som anförs i detta sammanhang om säljarens möjligheter att undgå skadeståndsskyldighet vid vissa slag av produktionsstörningar på grund av bl.a. översvämning och dålig väderlek är emellertid, enligt min mening, alltför kategoriskt om därmed avses att nämnda omständigheter alltid eller ens normalt medför befrielse.

[554] Sådana kriterier förefaller vara ett alltför trubbigt instrument för att ensamt kunna tjänstgöra som utslagsgivande faktor.

praxis.[555] Inte heller kontrollansvarets materiella innebörd, så långt det låter sig fastställas, torde i någon större utsträckning minska behovet av sådana klausuler. Man kan i sistnämnda hänseende t.ex. peka på ansvaret för avtalsbrott (fel eller dröjsmål) som beror på en leverantör som säljaren anlitat eller på någon annan i tidigare säljled, vilket ansvar snarast skärpts i förhållande till vad som gällt tidigare.

Vid sidan av det egentliga syftet att lindra ansvaret torde friskrivningar med avseende på kontrollansvar ibland också vara befogade för att klargöra och precisera riskfördelningen mellan parterna och därigenom öka förutsebarheten. Som nämnts är osäkerheten om kontrollansvarets räckvidd i flera avseenden betydande.

En första fråga är i vilka närmare avseenden en modifiering – eller ett uteslutande – av kontrollansvaret genom bruk av friskrivningsklausuler kan vara aktuell. Ur säljarens synvinkel torde därvid intresset fokuseras till huvudsakligen två situationer. Den första rör frågan om skadeståndsskyldigheten vid dröjsmål (eller vid fel) som beror på en tredje man som säljaren anlitat eller på någon annan i tidigare säljled. Den andra gäller vem som skall bära risken för sådana oväntade omständigheter som hindrar eller väsentligt försvårar avtalsenlig fullgörelse (dvs. i stort sett vad som kan hänföras till force majeure- eller force majeure-liknande situationer).

4.2.2 Ansvar för fel och dröjsmål som beror på tredje man

Som antytts måste säljarens ansvar för tredje man anses vara förhållandevis strängt enligt köplagen, liksom för övrigt var fallet redan enligt äldre rätt.[556] Särskilt gäller detta säljarens skadeståndsskyldighet på grund av dröjsmål. Det principiella ansvaret för fel är visserligen detsamma som vid dröjsmål men skadeståndspåföljden har här inte samma dominerande ställning på grund av förekomsten av alternativa påföljder främst avhjälpande och prisavdrag. Kontrollansvaret innebär i detta avseende först och främst att säljaren får svara för omständigheter som är hänförliga till säljarens anställda eller sådana som han anlitat för att fullgöra köpavtalet (s.k. kontraktsmedhjälpare) och som det kan vara naturligt att i sammanhanget behandla på i princip samma sätt som säljarens anställda. Om så inte vore fallet skulle uppenbarligen effekten av kontrollansvaret urholkas avsevärt. Kontrollansvaret enligt köplagen innebär emellertid dess-

[555] Jfr Mestad a.a. s 284 f

[556] Det kan diskuteras om köplagen medför någon nämnvärd skärpning av ansvaret i förhållande till vad som tidigare antagits gälla i detta sammanhang. Jfr t.ex. Ramberg, Köplagen s 345 f som tycks mena att så inte är fallet.

utom att säljaren svarar för omständigheter som är hänförliga till "leverantör som säljaren har anlitat eller någon annan i tidigare säljled".[557] Det betyder att ansvaret bl.a. utsträcks till att omfatta dröjsmål (och fel) som beror på s.k. allmänna underleverantörer, dvs. leverantörer som anlitats inte för ett visst köpavtal men dock för leverans av själva varan eller för säljarens produktion av varor exempelvis leverans av råvaror eller halvfabrikat. Vidare blir säljaren därigenom ansvarig för tredje män som uppträder i egenskap av säljare i tidigare led t.ex. en tillverkare som säljer till en grossist som i sin tur säljer varan till detaljisten såsom den i köplagen åsyftade säljaren.[558] Ansvaret för tredje män som säljaren anlitat innebär mer precist att säljaren för att undgå skadeståndsskyldighet måste visa dels att han inte är ansvarig enligt "huvudregeln" i 27 § 1 st köplagen dels att tredje man inte heller är ansvarig enligt en motsvarande bedömning. Det skall som man ibland brukar uttrycka det föreligga "dubbel force majeure". Innan gränserna för detta ansvar analyseras närmare kan det finnas skäl att påpeka att säljaren i många fall svarar för tredje mans kontraktsbrott redan enligt 27 § 1 st eftersom bl.a. valet av tredje man liksom övervakningen av dennes prestationer ligger inom säljarens kontrollsfär.[559]

Diskutabelt är till en början om uttrycket "leverantör som säljaren har anlitat eller någon annan i tidigare säljled" kan anses omfatta även andra (typer av) medverkande företag än de nu nämnda. Vad gäller för den som säljaren anlitat för att leverera byggnadsdelar eller maskiner till sin produktionsanläggning eller företag som han anlitat för transporten av sådana varor? I motiven framhålls att med leverantör avses den som levererar varan, del av denna eller råvara för säljarens produktion. Därvid sägs dock att leverans av t.ex. elektricitet inte omfattas av begreppet leverantör i detta sammanhang.[560] Avgörande tycks således enligt motiven, för det fall att säljaren själv framställer varan, bli om leveransen sker för säljarens produktion av varan. Därmed skulle i princip leveranser av sådant som byggnadsdelar och maskiner till säljarens produktionsanläggning inte innefattas i säljarens ansvar enligt 27 § 2 st.[561] Hellner menar dock att också de som svarar för den sistnämnda typen av leveranser bör betraktas som anlitade av säljaren – till skillnad tydligen från

[557] 27 st 2 köplagen
[558] Prop 1988/89:76 s 115
[559] Prop 1988/89:76 s 111 och s 114 samt s 115
[560] Prop 1988/89:76 s 115. Leverans av vatten och gas i ledning får sannolikt bedömas på samma sätt
[561] Jfr Bergem & Rognlien, Kjøpsloven, Kommentarutgave s 159

leverantörer av elektricitet – och omfattas av dennes ansvar.[562] Även andra som säljaren anlitat än sådana som kan betecknas som leverantörer exempelvis konsulter, lagerhållare av varor och entreprenörer som bygger lokaler för tillverkningen bör enligt Hellner behandlas på samma sätt. Säljaren skulle i annat fall komma i en gynnsammare position om han utnyttjar sådana företag som förberedelse för sin egen prestation än om han anlitade dem som leverantörer i vanlig mening.[563]

Såväl uppfattningen att elleverantörer inte omfattas av ansvaret enligt 27 § 2 st som tolkningen att säljaren ansvarar för konsulter, lagerhållare och entreprenörer enligt samma lagrum kan ifrågasättas. Lagtextens ordalydelse (...”en leverantör som säljaren anlitat”...) kan således knappast sägas ge stöd för någon av dessa tolkningar. Tvärtom talar en rent språklig tolkning för motsatt uppfattning. Den som förser exempelvis en säljare/tillverkare av vissa typer av (ackumulator-) batterier, ett pappersbruk eller en aluminiumtillverkare med elektricitet eller annan ”energiråvara” för dess produktion förefaller språkligt sett utgöra ett tydligt exempel på en leverantör som säljaren anlitat i köplagens mening. Energin utgör i de angivna exemplen visserligen inte en råvara eller en fysisk komponent i vanlig mening men framstår ändock som en på motsvarande sätt viktig ”beståndsdel” av slutprodukten. Den som i egenskap av konsult bistått säljaren med att planera utformningen av dennes produktionslokaler kan däremot knappast utan vidare anses rymmas under termen leverantör vid en språklig tolkning. Detsamma torde gälla en entreprenör som uppfört hela eller delar av säljarens produktionsanläggning. Man kan naturligtvis å andra sidan hävda att säljaren sällan kan disponera över valet av elleverantör och att han därför inte bör anses ha anlitat denne. I juridisk mening har dock ett anlitande skett. Därtill kommer att säljaren väl måste anses ha möjlighet att avstå eller avbryta leveransen och om möjligt ordna sin elförsörjning på annat sätt. En i praktiken inte ovanlig situation torde för övrigt vara att en säljare som är särskilt beroende av elektricitet för sin produktion eller (kyl/ frys-) förvaring av varor har egna reservaggregat för att klara åtminstone kortare avbrott i den ordinära elförsörjningen. Om man ser till säljarens faktiska kontrollmöjligheter när det gäller leveranser av elektrisk kraft tycks de inte på något avgörande sätt skilja sig från det långt ifrån ovanliga fallet att leverans sker av råmaterial eller komponenter från högt specialiserade företag. Situationen är ju här inte sällan den, att säljarens möjligheter i praktiken att välja leverantör är mycket begränsade, eller till och med obefintliga,

[562] Hellner, Kontrollansvar och annat skadeståndsansvar i den nya köprätten i TfR 1991 s 157 f.
[563] A.st.

vilket i princip inte befriar säljaren från ansvar enligt den förvarande regeln.[564] Inte heller en ändamålstolkning eller en tolkning utifrån eklektiska utgångspunkter ger således enligt min mening tillräckligt stöd för att inskränka lagregelns tillämpningsområde så att den inte tillämpas på elleverantörer (och därmed jämförbara leverantörer) trots att de klart omfattas av regelns språkliga betydelse.

Beträffande entreprenörer är det av allt att döma förhållandevis vanligt att dessa även svarar för leveranser av nödvändigt material.[565] Det kan därför tänkas att entreprenören i ett särskilt fall tillika framstår som leverantör i så hög grad att han bör betraktas som en sådan i detta sammanhang. Med den tolkning av begreppet leverantör som görs i motiven lär dock dessutom fordras att leveranserna kan sägas ske som ett direkt led i säljarens produktion om denne själv framställer eller tillverkar varan. Att entreprenörer utför sådana leveranser torde inte höra till vanligheterna. Huruvida nämnda förutsättningar är uppfyllda måste bedömas från fall till fall. Detsamma kan om än mera sällan sägas gälla ifråga om konsulter av olika slag.

Säljarens närmare ansvar för valet av leverantör eller annan tredje man är, som tidigare antytts, inte alldeles lätt att fastställa. Propositionens skrivning på denna punkt framstår i vissa avseenden som dunkel eller rent av motsägelsefull. Å ena sidan sägs att valet av leverantör faller inom säljarens kontrollsfär på samma sätt som organiseringen av avtalets fullgörelse i övrigt.[566] Därav borde, på grund av kontrollansvarets utformning i köplagen, följa att säljaren inte med framgång kan åberopa ett hinder av detta slag som befrielsegrund. Om således dröjsmål (eller fel) inte hade uppkommit för det fall säljaren själv tillverkat eller levererat varan, eller om han låtit någon annan tredje man göra detta, skulle skadeståndsskyldighet föreligga för säljaren.[567] Å andra sidan framhålls på annat ställe i propositionen att säljarens ansvar för valet av leverantör inte är absolut.[568] Innebörden av detta uttalande tycks vara att det räcker om valet skett på ett försvarligt sätt. Om så är fallet skulle säljaren tydligen – förutsatt att hinder föreligger såväl för denne som för leverantören – kunna vara befriad från skadeståndsskyldighet även om han haft möjlighet att välja någon annan leverantör och även om detta efter allt att döma hade medfört att dröjsmål inte inträffat.[569] Propositionens inställ-

[564] Prop 1988/89:76 s 115. Se även Hellner, Kontrollansvaret s 129.
[565] Se t.ex. AB 92 kapitel 2 § 8
[566] Prop 1988/89:76 s 115
[567] Jfr Håstad, Den nya köprätten s 64
[568] Prop 1988/89:76 s 116
[569] A.st.

ning till säljarens ansvar för valet av tredje man kan i och för sig te sig rimlig. Den tycks emellertid inte stå i samklang med kontrollansvarets utformning i övrigt.[570] Framställningen bär snarast drag av att vara baserad på en culpabedömning när det talas om att valet skall ske med "omsorg" eller "på ett försvarligt sätt".[571] Hur valet skett borde (som antytts) inte vara av intresse när det väl slagits fast att hindret (valet av "fel"/viss leverantör) ligger inom säljarens kontrollsfär. Avgörande borde i stället vara om det ifrågavarande hindret (utanför tredje mans kontroll) skäligen kunde vid köpet förutses av säljaren också med hänsyn tagen till vem tredje man är.

Ett exempel som kan tjäna till att ytterligare belysa det nyss berörda problemet – dvs. den som det förfaller bristande konsekvensen i propositionens behandling av kontrollansvaret – är säljarens ansvar för dröjsmål vid den produktionsform som brukar gå under benämningen "just in time". Produktionen bygger i dessa fall på att säljaren (tillverkaren) erhåller leverans av råvaror eller komponenter exakt när han behöver dem i sin tillverkning. På så sätt kan kostnader för framför allt lagerhållning minimeras. Systemet blir emellertid av naturliga skäl mer känsligt för störningar i säljarens leveranser för sin produktion eftersom han i princip inte håller sig med något buffertlager av råvaror eller komponenter. Om säljaren dessutom vid leverans av sina egna produkter tillämpar samma system dvs. säljer direkt från "bandet" utan någon egentlig lagerhållning blir han än mer beroende av sina leverantörers punktlighet. Frågan är nu vad som händer om säljaren råkar i dröjsmål. Antag att detta visar sig bero på att han inte erhållit råvaror eller komponenter i rätt tid och att denna försening har sin grund i ett hinder utanför leverantörens kontroll. Om hindret endast drabbat vissa leverantörer på marknaden eller måhända enbart den av säljaren anlitade skulle han med propositionens synsätt tydligen i princip kunna vara befriad från skadeståndsansvar även om dröjsmålet inte skulle ha inträffat om han valt någon annan leverantör som inte drabbats av hindret. Ansvarsfriheten skulle dock förutsätta att den drabbade leverantören valts på ett försvarligt sätt samt att säljaren inte skäligen kunnat förutse, undvika eller övervinna hindret. Samtidigt är det uppenbart att ett dröjsmål av det nämnda slaget i många fall kan anses vara en följd av produktionsformen, dvs. hur säljaren organiserat sin verksamhet. Säljaren hade ju kunnat välja att ha ett betryggande buffertlager och därmed i betydande utsträckning undgå förseningar av den aktuella typen. Beträffande säljarens sätt att organisera sin verksamhet förefaller propositionen dock inte medge några "undan-

[570] Jfr t.ex. vad som anförs i prop. 1988/89:76 s 110
[571] Se prop. 1988/89:76 s 114 resp. s 116

tag". Det sätt på vilket verksamheten bedrivs hör till säljarens kontrollsfär. Det anförs till yttermera visso att säljaren inte som befrielsegrund kan åberopa brist på råvaror som är en följd av att han gjort sig för beroende av någon bestämd leverantör.[572] Den nämnda produktionsformen torde ofta leda till ett sådant beroende. En konsekvens av vad som sagts nu verkar bli att om hindret anses ha sin grund i valet av leverantör är det – under vissa ytterligare förutsättningar – tänkbart att säljaren kan vara befriad från skadeståndsskyldighet vid dröjsmål. Om däremot hindret (vilket måhända ligger närmare till hands) bedöms bero på hur säljaren organiserat sin verksamhet kan han tydligen inte undgå ansvar.[573] Det är tvivelaktigt om en sådan skillnad är sakligt motiverad.

Ytterligare en diskutabel fråga är vilket ansvar säljaren har för tredje män som han anlitat enligt anvisningar som följer av avtalet med köparen. Den fråga som måste besvaras är vad som närmare avses med att säljaren har "anlitat" någon. Att säljaren formellt sett är den som gett uppdraget till en leverantör eller någon annan tredje man är enligt motiven inte avgörande. Utslagsgivande tycks i stället vara i vems intresse tredje man anlitats. Om det av avtalet eller omständigheterna i övrigt framgår att en viss tredje man anvisats av köparen i dennes intresse är regeln i 27 § 2 st inte tillämplig och säljaren svarar således inte för tredje mans kontraktsbrott.[574] Vad som gäller om en viss tredje man anvisats såväl i köparens som säljarens intresse framgår däremot inte. Möjligen är tanken att man får se till vems intresse som i praktiken varit det dominerande. Som bl.a. Håstad har påpekat är detta resonemang knappast förankrat i lagtextens språkliga lydelse. Det avgörande är enligt denna om säljaren i juridisk mening anlitat tredje man inte i vems intresse detta skett.[575] Även Ramberg är kritisk till propositionen på denna punkt och menar att det avgörande i stället bör vara om säljaren övertagit hela ansvaret för leveransen ifråga.[576] Mest konsekvent förefaller det vara att, för den händelse tredje man anlitats huvudsakligen i köparens intresse, se saken så att tredje mannens avtalsbrott beror på köparen eller ett förhållande på dennes sida enligt 22 respektive 30 §§.[577]

En särskild fråga är säljarens skadeståndsansvar för marknadsföringsuppgifter som, enligt 18 § 2 st köplagen, lämnats av någon annan i tidi-

[572] Prop 1988/89:76 s 111

[573] Jfr Håstad, Den nya köprätten s 65 som dock inte helt tycks utesluta möjligheten att säljaren kan vara befriad från skadeståndsskyldighet i något fall

[574] Prop 1988/89:76 s 115

[575] Håstad, Den nya köprätten s 62. Jfr Tallon, in Bianca – Bonell, Commentary on the international sales law s 585 beträffande den motsvarande regeln i CISG art 79 (2)

[576] Se Hellner, SpA I s 156.

[577] Jfr Hellner, Kontrollansvaret s 129 f och Håstad a.st.

gare säljled eller av tredje man för säljarens räkning. En sådan uppgift kan medföra att varan anses behäftad med fel. Om säljaren förfarit vårdslöst med avseende på uppgiftslämnandet eller om han lämnat en relevant utfästelse föreligger knappast något problem. Han svarar då för såväl direkta som indirekta skador enligt 40 § 3 st köplagen. I andra fall får man tillämpa reglerna om kontrollansvar. Frågan är dock hur bedömningen av vad som ligger inom respektive utanför säljarens kontroll skall ske. Skall man därvid beakta själva uppgiftslämnadet som sådant eller endast se till det hinder (fel) som den oriktiga uppgiften gett upphov till? Säljarens skadeståndsansvar torde i hög grad påverkas av vilken utgångspunkt för bedömningen man väljer. Beaktas uppgiftslämnandet som sådant lär säljaren till en början alltid bli skadeståndsskyldig om han lämnat uppgiften själv. Om uppgiften lämnats av tredje man enligt 18 § 2 st köplagen blir resultatet inte sällan detsamma. Bortser man däremot från uppgiftslämnandet kan säljaren räkna med att undgå ansvar i långt större utsträckning, sannolikt i de allra flesta fall där det kan konstateras föreligga ett definitivt hinder enligt 40 § köplagen. Håstad tycks för sin del anse det ligga närmast tillhands att tillämpningen av kontrollansvaret skall ske med bortseende från uppgiftslämnandet.[578] Motiven ger inga närmare besked på denna punkt. Man kan bara konstatera att det i andra fall tas hänsyn till hur hindret uppkommit när det gäller att bestämma om hindret ligger inom eller utom säljarens kontroll.[579] Det får tills vidare anses ovisst hur reglerna om kontrollansvar skall tillämpas i detta fall.

Det kan mot bakgrund av vad som sagts ovan knappast anses förvånande om säljaren försöker begränsa sitt ansvar för sådana tredje män som på olika sätt medverkar vid fullgörandet av de köpavtal som säljaren träffar. Kostnaderna för ett sådant skadeståndsansvar kan bli betydande. Risken för att så skall bli fallet är naturligt nog särskilt påtaglig beträffande säljföretag som har många medverkande.

I de större standardavtalen förekommer sådana begränsningar av ansvaret som regel i anslutning till villkor om befrielsegrunder eller force majeure. En vanlig utformning är att som en särskild befrielsegrund anges fel eller försening av leveranser från underleverantörer som orsakas av sådan befrielsegrund som gäller för parterna. [580] Den närmare betydelsen av friskrivningar av detta slag beror inte minst på vilka förpliktelser som följer av avtalet i övrigt. Frågan blir således till en början vilket ansvar säljaren som utgångspunkt har för fel och dröjsmål antingen

[578] Håstad a.a. s 123

[579] Se t.ex. prop. 1988/89:76 s 110 f och s 137

[580] Se t.ex. NL 92 p 37, ABM 92 p 22 st 4 och p 33, IML 91 p 32, NLM 94 p 68, ALOS 81 p 29, ORGALIME 92 p 39, ECE 188 Clause 10.1 (samt ADD TO CLAULE 10)

enligt avtalsvillkoren eller, för den händelse dessa tiger, enligt handelsbruk, partsbruk eller dispositiv rätt. Det betyder att en och samma friskrivning utformad enligt nämnda mönster kan få olika innebörd beroende på i vilket sammanhang avtalet användes. Det sagda gäller särskilt om klausulen förekommer i standardavtal som brukas i den internationella handeln. Beträffande inomnordiska köpavtal torde dock innebörden i stor utsträckning bli densamma på grund av den långtgående rättsgemenskap som här råder på köprättens områden.[581] Eventuella avvikelser kan främst tänkas bli fallet som ett resultat av olikheter i handels- eller partsbruk eller i domstolarnas tolkning av villkoren och av de i stort sett likalydande köprättsliga reglerna. I praktiken lär köplagens bestämmelser, inte minst reglerna om kontrollansvar, i åtskilliga fall komma att utöva inflytande på de omnämnda befrielseklausulernas närmare innebörd genom att tjänstgöra som utfyllande regler men också på grund av att de nyttjas som utgångspunkt eller hjälpmedel vid tolkningen av standardvillkoren.[582]

För att återgå till friskrivningsklausuler av det exemplifierande slaget i ett antal ledande nationella eller nordiska standardavtal såsom NL 92, ABM 92, ILM 91 och ALOS 81 bör man således till en början kunna räkna med att begreppet leverantör kommer att tolkas i överensstämmelse med hur det används i köplagens regler om kontrollansvar, såvida inte det aktuella avtalet definierar begreppet på annat sätt. Om domstolarna accepterar propositionens synsätt – vilken som framgått dock är långt ifrån självklar – blir därmed begreppet tämligen snävt till sitt innehåll. Osäkerheten om hur begreppet kan komma att tolkas, särskilt när det gäller ansvaret för fel eller dröjsmål som beror på vissa entreprenörer, konsulter och liknande tredje män som utför leveranser, gör att det kan finnas anledning att i avtalen genom definitioner eller på annat sätt söka klargöra i vilket betydelse begreppet används. I annat fall kan det bli svårt att förutse vilken effekt som uppnås med en viss friskrivningsklausul.

När det gäller ALOS 81 och andra standardavtal som tillkommit före nya köplagens ikraftträdande kan dock förhållandet vara annorlunda. Leverantörsbegreppet kan här, främst på grund av handelsbruk, tänkas ha en annan innebörd som inte utan vidare låter sig rubbas av innehållet i den nya köplagen.

Beträffande ansvaret för allmänna underleverantörer torde resultatet

[581] Förhållandet enligt dansk köprätt kan dock innebära vissa avvikelser eftersom Danmark ännu inte ersatt sin köplag med ny lagstiftning i enlighet med den nordiska köplagsgruppens förslag (NU 1984:5).

[582] Jfr Håstad, Den nya köprätten s 32 och Krüger, Norsk kontraktsrett s 804 f samt Ramberg, Den nya köplagen – nytt Wien i gamla läglar? i Festskrift till Calissendorff s 283.

enligt de exemplifierade standardavtalen – såvida inte undantagsvis annat följer av det enskilda avtalet eller av handels- eller partsbruk – bli att friskrivningen gäller i samma utsträckning som för övriga leverantörer. Ifråga om de internationella standardavtalen är läget mera svårbedömt. I den mån nyare avtal som ORGALIME S 92 kommer till användning kan man säkerligen räkna med att CISG:s regler inte sällan får betydelse som utfyllande rättsregler. Detsamma torde för övrigt i princip gälla ifråga om de äldre standardavtalen som i betydande utsträckning stått som förebild eller tjänat som utgångspunkt för utformningen av konventionens regler.[583] Avtal om tillämplig lag liksom parternas nationalitet, särskilt säljarens, kan dock leda till att sådana internationella avtal utfylls med nationella regler eller praxis som avviker från innehållet i CISG. Resultatet kan därför bli att tolkningen av i princip likalydande befrielseklausuler utfaller olika när det gäller säljarens eventuella ansvar för fel[584] eller dröjsmål av allmänna leverantörer. Om konventionen brukas som utfyllande norm, när det enskilda avtalet inte reglerar frågan, bör det leda till att säljarens kontrollansvar inte omfattar sådana allmänna leverantörer eftersom säljaren enligt CISG efter allt att döma inte har ett sådant ansvar i utgångsläget.[585] Det lär i sådana fall inte ha någon betydelse vilken terminologi, "sub-contractors" eller "suppliers", som användes i standardavtalens befrielseklausuler. ECE 188 nämner – till skillnad från exempelvis ORGALIME 92 och NL 92 – överhuvud inte fel och dröjsmål av underleverantörer bland befrielsegrunderna[586] vilket, enligt vad som utvecklas i det föregående, inte torde vara nödvändigt, förutsatt att CISG, med den tolkning som hävdats här, kommer till användning som utfyllande norm.[587] För det fall att någon av de nordiska köplagarna skall tillämpas på avtalsförhållandet – enligt avtalets lagvalsklausul – blir visserligen utgångspunkten den motsatta dvs. säljaren svarar för fel och dröjsmål av allmänna underleverantörer på samma sätt som för andra tredje män som han anlitat för att fullgöra avtalet. Resultatet av säljarens ansvar enligt de nyssnämnda slaget av friskrivningsklausuler blir emellertid här att samma befrielsegrunder tillämpas vare sig säljaren fullgör avtalet

[583] Jfr a.a. s 32.

[584] Meningarna går dock isär när det gäller frågan om befrielsegrunderna enligt CISG art. 79 är tillämpliga på fel i varan. Se t.ex. Honnold a.a. s 430 ff och s 441 som hävdar att fel inte omfattas av art. 79 och Ramberg, SpA I s 304 som är av annan uppfattning. Se även Lando a.a. s 339 f.

[585] Honnold a.a. s 439 ff och Lando a.a. s 279 samt Hagstrøm i TfR 1995 s 567.

[586] I det av de nordiska verkstadsorganisationerna utarbetade tillägget (Addendum) till ECE 188 (och 188A) ingår dock den nämnda befrielsegrunden.

[587] Jfr Håstad, Den nya köprätten s 65 f. Se även Deullar & Nordström, ECE 188 A – NLM 80 s 243

själv eller väljer att anlita en eller flera allmänna underleverantörer eller andra tredje män för fullgörelsen. Vilket närmare ansvar som säljaren har i dessa fall beror således på vilka befrielsegrunder som friskrivningsklausulen ifråga omfattar. Här liksom eljest då utfyllande regler leder till att säljarens kontrollansvar i utgångsläget omfattar även allmänna underleverantörer kan valet av terminologi få betydelse för tolkningen av friskrivningens innebörd. Det är således troligt att termen "sub-contractor" – särskilt inom den angloamerikanska sfären – skulle tillskrivas ett snävare innehåll än den till synes liknande termen "supplier" genom att den senare men inte den förra anses inbegripa s.k. allmänna underleverantörer.[588]

Allmänna avtalsvillkor behandlar sällan frågan om säljarens ansvar för valet av underleverantörer (eller andra tredje män) särskilt. Ledande standardavtal såsom ALOS 81, IML 91, ABM 92, NLM 94 och NL 92, Orgalime 92 samt ECE 188 och ECE 188 A hänvisar i allmänna ordalag till omständigheter utanför säljarens kontroll. Hänvisningen föregås eller efterföljs vanligen av ett antal exempel på sådana omständigheter. Bland dessa ingår dock – naturligt nog – inte i något fall valet av tredje man. Som nämnts anger däremot – med undantag av ECE 188 – avtalen som en befrielsegrund försening av, och i flertalet fall även fel i, leveranser från underleverantörer som orsakas av omständigheter utanför leverantörens kontroll,[589] om förseningen eller felet medför att avtalets fullgörande hindras. Enligt vissa standardavtal räcker det att avtalets fullgörande blir oskäligt betungande eller endast försvåras.[590] Den avgörande frågan blir då om valet av leverantör i något fall kan anses ligga utanför säljarens kontroll. Svaret på frågan torde i princip vara nej. Sådana val måste som regel anses utgöra typiska exempel på omständigheter som faller inom säljarens kontrollsfär. Undantag kan dock tänkas gälla i vissa sällsynta fall där valet av underleverantör i realiteten framstår som "tvångsmässigt". Säljaren kan t.ex. inte själv framställa en nödvändig komponent som ingår i den sålda produkten samtidigt som han till följd av föreliggande monopolsituation är hänvisad till en bestämd tredje man. För den händelse att tredje man av någon anledning, som inte utgör ett hinder utan för dennes kontroll, är orsak till säljarens dröjsmål, svarar emellertid säljaren, enligt de svenska motiven till köplagen, för tredje

[588] Jfr Honnold s 440 f.

[589] ALOS 81 liksom NLM 94 och NL 92 använder uttrycket omständighet som part "inte kan råda över" i stället för "utanför partens kontroll". Det torde knappast innebära någon saklig skillnad.

[590] Se NLM 94 p 68 och NL 92 p 37 samt ORGALIME S 92 p 39 respektive IML 91 p 32

man även i dessa fall.[591] Om således den svenska köplagen tillämpas som utfyllande norm på standardavtal av det ovannämnda slaget kan säljaren sannolikt inte bli befriad från ansvar ens i "tvångsmässiga" valsituationer. Det krävs tydligen här att säljaren kan påvisa någon annan omständighet som kan anses utgöra ett hinder utanför säljarens kontroll. Enligt det ursprungliga förslaget till den norska köplagen – som i stället för "någon som säljaren har anlitat" använde uttrycket "etter eget valg overlatt til en tredje man" – kunde däremot säljaren undgå skadeståndsskyldighet i en motsvarande situation.[592] Den slutliga lagtexten på denna punkt kom dock att anpassas så att den i stort sett överensstämmer med lydelsen av motsvarande regel i den svenska och finska köplagen.[593] Om detta också innebär att regeln kommer att tolkas på samma från säljarens synpunkt stränga sätt som de svenska motiven förespråkar är osäkert.[594]

Möjligheterna för säljaren att friskriva sig från kontrollansvar med avseende på (fel och) dröjsmål som orsakats av en tredje man av det slag som behandlats ovan beror först och främst på vilken typ av avtalsförhållande det rör sig om. Konsumentköplagens tvingande regler ger inte utrymme för någon på förhand avtalad inskränkning av säljarens kontrollansvar, med undantag för sådant ansvar till den del det rör ersättning för förlust i näringsverksamhet.[595] I andra avtalsförhållanden är läget annorlunda. Utgångspunkten är här att sådana friskrivningar är fullt giltiga. Räckvidden begränsas huvudsakligen via de generella metoderna för kontroll av friskrivningsklausuler dvs. reglerna om inkorporering av standardvillkor i form av friskrivningsklausuler och om tolkning av dessa samt framför allt generalklausulen mot oskäliga avtalsvillkor i 36 § avtalslagen. Vilka närmare inskränkningar som kan komma att ske med stöd av främst 36 § avtalslagen är svårbedömt. Till en början kan man emellertid konstatera att säljarens ansvar för tredje man enligt nya köplagen går längre än ett renodlat culpaansvar. Särskilt med hänsyn till att ansvaret omfattar såväl allmänna underleverantörer som annan i tidigare säljled får säljarens ansvar i denna del anses förhållandevis strängt. Som tidigare konstaterats existerar, om man bortser från avtal i konsumentförhållanden, generellt sett ett betydande utrymme för part att genom friskrivningsklausuler begränsa eller utesluta ansvar för vårdslöshet (som

[591] Se prop. 1988/89:76 s 115

[592] Ot prp nr 80 (1986–87) s 74. Se även NU 1984:5 s 184 och s 263

[593] Se § 27 (2) norska köplagen

[594] Jfr Bergem & Rognlien a.a. s 162 och 166 som, i vart fall beträffande tredje man som säljaren anlitat för att helt eller delvis uppfylla det ifrågavarande köpet, tycks förorda en tolkning ligger i linje med den som anförs i den svenska propositionen

[595] Se 32 § 3 st konsumentköplagen.

inte är grov). Det förefaller mot bakgrund av vad som sagts nu svårt att motivera någon särdeles långtgående begränsning av säljarens möjligheter att friskriva sig från ansvaret för tredje man enligt 27 § 1 och 2 st köplagen. Man kan visserligen hävda att 27 § 2 st fyller det vällovliga syftet att söka förhindra att säljaren undgår skadeståndsansvar enbart genom att överföra fullgörandet av avtalet på tredje man.[596] Det finns å andra sidan knappast anledning att ur principiell synpunkt se avsevärt strängare på säljarens strävan att söka begränsa sitt ansvar för tredje man än på säljarens motsvarande ansträngningar att så långt möjligt friskriva sig från ansvar för eget – och anställdas – vållande eller från det (kontroll-) ansvar som följer av 27 § 1st. Ur vissa aspekter kan det rent av förefalla lättare att finna godtagbara argument för att tillåta långtgående friskrivningar när det gäller ansvaret för tredje man. Ett sådant är att det säkerligen många gånger ställer sig svårt och kostsamt att utföra en tillräckligt effektiv kontroll av tredje mans åtaganden. I vissa fall lär en sådan övervakning av tredje mans fullgörelse knappast vara genomförbar i praktiken av kostnadsskäl och på grund organisatoriska svårigheter men också av hänsyn till partsrelationen. När det gäller tredje man i tidigare säljled är säkerligen förhållandet normalt sådant att säljaren saknar möjlighet att påverka såväl valet av tredje man som dennes åtaganden av betydelse för säljaren (med vilken tredje man inte står i något kontraktsförhållande).[597] Det kan därför tyckas högst rimligt att säljaren har möjlighet att friskriva sig från det ansvar för en sådan tredje man som följer av 27 § 2 st och som innebär att säljaren måste visa att tredje mans avtalsbrott berodde på ett hinder som sägs i 27 § 1st.

Trots vad som sagts kan det emellertid finnas skäl att motverka alltför långtgående friskrivningar av detta slag från säljarens sida. Ett sådant är att köparen, vid en jämförelse med säljaren, trots allt som regel måste anses ha sämre möjligheter än denne att kontrollera tredje man i de avseenden som det här är frågan om. Effektivitetsskäl talar därför i flertalet fall för att säljaren bör vara den som bär risken. Beträffande tredje man i tidigare säljled är förhållandena emellertid sannolikt ofta sådana att varken säljaren eller köparen kan påverka risken för avtalsbrott som beror på tredje man. Ett ytterligare skäl kan vara svårigheten för köparen att i tid (dvs. före avtalets ingående) inse betydelsen av en sådan inskränkning i säljarens ansvar. Köparen kan – i den mån han reflekterar över förhållandet – ofta förmodas utgå från att säljaren själv (eller dennes anställda)

[596] Prop 1988/89:76 s 114 och NU 1984:5 s 262.

[597] Det sagda betyder att säljaren i många fall bör kunna uppfylla det beviskrav som följer av 27 § 1st köplagen, vilket dock som nämnts inte räcker för att befria honom från ansvar för dröjsmål (eller fel) som beror på tredje man.

fullgör de åtaganden som följer av köpavtalet. Om köpet avser bestämt gods får dessutom ansvaret för tredje man större betydelse eftersom säljarens kontrollansvar enligt 27 § 1 st i dessa fall är mer begränsat.[598] Dessa skäl kan dock knappast motivera någon generell inskränkning av säljarens möjligheter att friskriva sig. De torde därför inte annat än undantagsvis medföra att en friskrivning bedöms som oskälig enligt 36 § avtalslagen. Däremot understödjer de två sistnämnda förhållandena kravet på tydlighet hos friskrivningsklausuler.[599]

Sammanfattningsvis måste slutsatsen när det gäller kommersiella avtalsförhållanden – liksom måhända i än högre grad avtal privatpersoner emellan – bli att det finnas ett betydande utrymme för parterna att fördela risken för leveransförseningar (och fel) som beror på tredje man på annat sätt än vad som följer av 27 §. Utrymmet torde inte nämnvärt skilja sig från det som gäller när säljaren själv fullgör hela avtalet. Beträffande tredje man som utgör tidigare säljled kan situationen dock vara en annan. Villkor som innebär att säljaren helt och hållet skall vara befriad från dröjsmålsansvar exempelvis genom att han medges obegränsad rätt att själv välja leveranstidpunkt torde således normalt sett utgöra exempel på en sådan friskrivning som kan bli föremål för jämkning även i kommersiella förhållanden.[600] Detsamma gäller sannolikt även om friskrivningen skulle avse allt ansvar för dröjsmål som beror på tredje man. Om befrielseklausulen begränsas till att enbart avse ansvar för tidigare säljled bör det däremot, av skäl som nämnts i det föregående, finnas förutsättningar för att klausulen skall stå sig vid en prövning enligt 36 § avtalslagen.

4.2.3 Hinder som försvårar säljarens möjligheter att prestera i rätt tid

Köplagens kontrollansvar innebär, som nämnts, att säljaren beträffande direkt förlust bär skadeståndsansvar för dröjsmål som beror på för denne kontrollerbara hinder. Vidare kan säljaren i vissa fall bli skadeståndsskyldig för hinder utanför hans kontroll. Det handlar i det senare fallet om sådana hinder som säljaren antingen bort förutse, undvika eller övervinna eller beträffande vilka säljaren inte lyckats fullgöra sin bevisskyldighet.

[598] Jfr Bergem & Rognlien a.a. s 167.

[599] Här åsyftas de krav på tydlighet som följer av vissa tolkningsregler främst oklarhetsregeln och regeln om restriktiv tolkning av friskrivningsklausuler.

[600] Jfr SOU 1974:83 s 175 och prop. 1975/76:81 s 144. I konsumentförhållanden faller en klausul av det nämnda slaget på grund av den tvingande regeln i 5 § 1 st konsumentköplagen som föreskriver att avlämnande, om inget annat avtalats, skall ske inom skälig tid.

Kontrollansvaret kan i det nu aktuella avseendet principiellt inskränkas efter två olika vägar. En vanligt förekommande form av friskrivning är att området för sådana hinder som får åberopas vidgas i förhållande till vad som eljest skulle ha gällt enligt köplagen eller CISG. För det andra kan part medges lättnad i sin bevisbörda vilket åtminstone i praktiken torde medföra en inskränkning av kontrollansvaret (även om det formellt sett knappast handlar om friskrivning i den mening som används här).

Att vidga området för de hinder som får åberopas med befriande verkan (såvitt gäller skadeståndsskyldighet) kan ske på olika sätt. En metod är att avtalet så utförligt som möjligt anger vilka hinder eller vilka ytterligare dito som kan leda till att parten (säljaren) befrias från ersättningsskyldighet. Ett annat sätt är att primärt ta fasta på hindrets orsak och söka ange vilka orsaker som skall anses ge upphov till ett relevant hinder (utom partens kontroll). Ytterligare kan befrielseklausulen ta sikte på hur inträffade förhållanden (omständigheter) påverkar möjligheten att prestera. Klausulen kan exempelvis föreskriva att det är tillräckligt att sådana omständigheter gör avtalets fullgörande oskäligt betungande[601] eller att det rent av räcker att de försvårar[602] fullgörandet. Förfaringssätten kan kombineras med varandra.

Metoden att – med utgångspunkt i köplagens terminologi[603] – genom uppräkning söka lägga fast vilka hinder som utgör befrielsegrund tillämpas, såvitt känt är, knappast alls vid utformningen av befrielseklausuler i ledande standardavtal. Det hänger säkerligen samman med att det omedelbara hindret i flertalet fall är att säljaren saknar tillgång (helt eller i tillräcklig mängd) till avtalsenlig vara. Någon gång kan hindret i stället bestå i att säljaren inte kan leverera (i tid) på grund av export- eller importförbud eller på grund av att transportmöjligheter saknas. Att i avtalet föra in nämnda hinder som befrielsegrunder skulle uppenbarligen innebära en synnerligen långtgående inskränkning i säljarens ansvar. Man kan förmoda att få köpare på en konkurrensutsatt marknad skulle acceptera en sådan friskrivning. Det är för övrigt tveksamt om klausulen skulle stå sig ens i näringsidkarförhållanden vid en rättslig prövning enligt 36 § avtalslagen (eller för den delen enligt avtalsvillkorslagen). Särskilt det förstnämnda hindret, dvs. brist på avtalsenlig vara, ligger klart i riskzonen eftersom det i praktiken innebär att säljaren ensidigt lär

[601] Se t.ex. NL 92 p 27 och ORGALIME 92 p 39.

[602] Så exempelvis enligt IML 91 p 31 som dock inte använder sig av uttrycket "utanför partens kontroll" utan refererar till omständigheter som part inte skäligen kunnat förutse undvika eller övervinna.

[603] Köplagen använder som nämnts termen "hinder". Se t.ex. 27 §.

kunna bestämma om eller när han behöver leverera.[604] Rättsekonomiska argument torde som regel tala i samma riktning. Som antytts lär en köpare inte, annat än högst undantagsvis, vara villig att godta en friskrivning av det nämnda slaget. En monopolsituation eller en stark konkurrensbegränsning (på den relevanta marknaden) kan dock tänkas förmå honom att göra det. I sådana fall finns emellertid inte grund för presumtionen att den avtalade riskfördelningen är effektiv och därför bör upprätthållas. Det mesta talar istället för att risken från effektivitetssynpunkt bör bäras av säljaren. De helt övervägande antalet fall som omfattas av nämnda friskrivningsklausuler är nämligen sådana som bäst kontrolleras av säljaren. Undantag finns dock. Framför allt gäller det hinder i form av export- och importförbud men också i någon mån avsaknad av transportmöjligheter. Normalt sett bör visserligen säljaren – i förhållande till köparen – vara den som bäst kan kalkylera risken för leveransförseningar till följd av sådana hinder. Detsamma gäller parternas möjligheter att påverka konsekvenserna, med avseende på avtalets fullgörelse, av ett export- eller importförbud eller avbrott i den allmänna samfärdseln. Ibland kan dock situation vara sådan att ingen av parterna kan anses ha något försteg i detta hänseende framför allt därför att risken varken låter sig beräknas eller påverkas i nämnvärd utsträckning, dvs. det rör sig om fall som gränsar till s.k. rena risker. Kontrollprincipen är då inte användbar. I stället får man se till om och i så fall vem av parterna som är den bättre försäkringstagaren exempelvis genom större möjligheter att sprida risken (dess konsekvenser). I princip kan väl också tänkas att köparen i något fall – även om det är svårt att finna bra exempel på detta[605] – är den som bättre kan beräkna risken och begränsa dess följdverkningar vilket av effektivitetsskäl talar för att köparen i dessa fall bör bära risken.

Den vanligaste metoden att utforma befrielseklausuler av det aktuella slaget – i vart fall i de ledande standardavtalen – är att utgå från prestationshindrens orsaker. Dessa orsaker – vanligen betecknade omständigheter eller förhållanden – (som under vissa förutsättningar kan åberopas med befriande verkan) beskrivs med varierande tekniker. Regelmässigt ingår dock en generell bestämning (karaktäristik) av vilket slags omständigheter som får åberopas. Denna kompletteras så gott som alltid av en uppräkning av godtagbara orsaker (omständigheter), vanligen i form av exemplifiering.[606] Det förkommer även att viss omständighet anges som

[604] Jfr prop. 1975/76:81 s 118.

[605] Avbrott i den allmänna samfärdseln (eller importförbud) i köparens land som berör föremålet för ett internationellt köpavtal kan möjligen vara ett sådant exempel.

[606] ALOS 81 p 19, ECE 188 p 10.1 och 188 A p 25.1, (IML 91 p 32), ABM 92 p 33, NL 92 p 37, NLM 94 p 68, ORGALIME 92 p 39.

befrielsegrund varefter en exemplifiering av ytterligare omständigheter som får åberopas sker.[607]

Den generella bestämningen består praktiskt taget alltid av flera, vanligen två eller tre.

Det första ledet anger regelmässigt befrielsegrundens (den inträffade omständighetens) inverkan på avtalets fullgörelse. Inträffade omständigheter sägs exempelvis utgöra befrielsegrund om de medför att avtalets fullgörande hindras (så t.ex. i ABM 92 och ALOS 81). Vanligare är dock att befrielsegrundernas verkningsområde utvidgas genom att kravet på deras inverkan på möjligheten att fullgöra avtalet lindras. Det räcker att fullgörelsen blir oskäligt betungande (se exempelvis NLM 94, NL 92, ORGALIME 92). I något fall förutsätts endast att fullgörelsen försvåras (IML 91). Förutom omständighetens inverkan på möjligheten att fullgöra avtalet krävs vanligen att den skall ligga utanför partens kontroll eller vara så beskaffad att parten inte kan råda över den (NLM 94, NL 92, ABM 92, ORGALIME 92 och ECE 188 och 188 A). I åtskilliga fall tillkommer som en ytterligare förutsättning att, om en viss omständighet redan inträffat då avtalet ingicks, dess inverkan på avtalets fullgörande då inte kunde förutses (ALOS 81 och ORGALIME 92). I något fall anges detta gälla generellt, oavsett när omständigheten inträffat (NLM 94 och NL 92 och AVTAL 90). Enligt vissa standardavtal är det omständigheten som sådan som parten inte skäligen skall ha kunnat förutse (IML 91) eller bort räkna med (ABM 92). Det förekommer också att omständigheter, för att utgöra befrielsegrund, måste ha inträffat efter avtalsslutet (ECE 188 och 188 A).

ICC:s modellklausul "Force majeure (exemption) clause"[608] är något annorlunda uppbyggd. Dess första punkt innehåller en allmän beskrivning av befrielsegrunderna vilken nära ansluter till CISG (artikel 79) och tar sin utgångspunkt i att det måste föreligga ett prestationshinder ("impediment") utanför parts kontroll. I en andra punkt räknas ett antal omständigheter/förhållanden upp vilka kan resultera i ett sådant hinder som avses i den första punkten. Uppräkningen är inte uttömmande.

Det förekommer också någon gång – om än sällan i de ledande standardavtalen – att friskrivningsklausulen endast innehåller en generell bestämning av befrielsegrunderna utan att någon uppräkning eller exemplifiering sker.[609]

Följden av att part åberopar sig på en enligt sådana klausuler tillämplig befrielsegrund är att tiden för fullgörande av avtalet skjuts upp (eller för-

[607] Se t.ex. ECE 188 p 10.1 och 188 A p 25.1, ORGALIME 92 p 39, NLM 94 p 68 och NL 92 p 37.
[608] Se ICC Publication N° 421
[609] Se exempelvis AVTAL 90 p 15

längs) under den tid som befrielsegrunden består och att normala påföljder av kontraktsbrott enligt avtalet inte inträder. Om fullgörande hindras under längre tid – vanligtvis mer än sex månader – medges parterna rätt att häva avtalet.

Friskrivningsklausuler av det slag som beskrivits ovan rubriceras ofta i avtalen som force majeure-klausuler. Det gäller även sådana standardvillkor som tillkommit efter ikraftträdandet av den nya köplagstiftningen.[610] Innehållet i klausulerna ansluter dock som framgått i väl så hög grad till det s.k. kontrollansvaret i CISG och i de nordiska köplagarna som till det traditionella force majeure-begreppet. Att så är fallet har sin huvudsakliga förklaring i en strävan hos lagstiftarna att närma lagens innehåll till rådande kontraktspraxis särskilt sådan den kommer till uttryck i ledande standardavtal.[611] Kontrollansvaret – så som det är utformat i köplagen – avser visserligen att åstadkomma en "heltäckande" reglering av skadeståndsansvaret för direkt skada medan läran om force majeure har det snävare syftet att begränsa ansvaret i förhållande till vad som eljest skulle ha gällt. I båda fallen åsyftas emellertid en begränsning av ansvaret för vissa typer av händelser som allmänt sett kan betecknas som utifrån kommande.[612] Det bör i sammanhanget understrykas att läran om force majeure i ett internationellt perspektiv knappast är något enhetligt begrepp med väl utmejslat innehåll.[613] Inte heller för svenska förhållanden är det alldeles enkelt att avgöra vilka närmare begränsningar av ansvaret som kan härledas ur läran om force majeure. Generellt sett präglas dock tillämpningen här av restriktivitet när det gäller bedömningen av vilka händelser som medför befrielse.[614] Sistnämnda förhållanden torde ha bidragit till att force majeure-klausuler, som innehåller en närmare bestämning – på sätt som beskrivits ovan – av vilka händelser som avses, är mycket vanligt förekommande i ledande standardavtal liksom att klausulerna som regel går klart längre än vad som följer av läran om force majeure.

Mot bakgrund av vad som sagts i det föregående förefaller det sannolikt, att tolkningen av force majeure-klausuler i standardavtal som avser

[610] Se t.ex. Orgalime S 92 p 39, NL 92 p 37 och NLM 94 p 69

[611] Jfr prop. 1988/89:76 s 22 och 43 samt NU 1984:5 s 156. Se även Hellner & Ramberg SpA I s 36 och Krüger, Norsk Kjøpsrett s 331

[612] Jfr Ramberg i Hellner & Ramberg SpA I s 143 ff och Rodhe, Obligationsrätt § 30 vid not 34 samt Mestad a.a. s 278

[613] Ramberg i Hellner & Ramberg SpA I s 143 och Ramberg, Allmän avtalsrätt s 247.

[614] Jfr a.a. s 145. Det tycks dock som bedömningen enligt norsk rätt i detta avseende varit mindre återhållsam, i vart fall när det gällt säljarens ansvar enligt 24 § 1905 års köplag. Se Mestad, Om force majeure och risikofordelning i kontrakt s 66 f med hänvisning till Rt.1970 s 1059.

köp, i tveksamma fall kommer att ske i linje med innehållet i regeln om kontrollansvar i köplagen (eller i CISG om det rör sig om ett internationellt köpavtal), åtminstone när det gäller nyare standardavtal. Det är möjligt att tolkningen av även äldre standardvillkor, dvs. sådana som tillkommit före nya köplagens ikraftträdande, med liknande utformning kan komma att påverkas i samma riktning.[615] Det skulle med andra ord betyda att den som vill avvika från köplagens (respektive CISG:s) reglering måste uttrycka sig med viss tydlighet för att nå avsedd verkan.[616] Den inte ovanliga tekniken att i force majeure-klausuler särskilt ange vissa befriande händelser följt av något generellt uttryck av typen "och varje annan händelse som part inte kan råda över" kan här visa sig otillfredsställande. I synnerhet är detta fallet om parterna utgår från att de specificerade händelserna vid en eventuell tvist blir avgörande för tolkningen av den generella bestämningen i enlighet med den s.k. ejusdem generis-regeln.[617] Det förefaller nämligen tvivelaktigt om någon tolkningsprincip av sådant slag överhuvud existerar i svensk rätt.[618] Krüger anser det för sin del tveksamt om principen har någon bärkraft utöver vad som redan följer av en tillämpning av oklarhetsregeln.[619] Något säkert belägg i rättspraxis för principens tillämplighet finns under alla förhållanden inte.[620] Inte heller i engelsk rätt tycks för övrigt principen vinna tillämpning när det gäller tolkningen av force majeure-klausuler.[621] Det finns vidare ingen anledning anta annat än att klausuler av de nu behandlade slaget (vare sig de betecknas som froce majeure-klausuler eller ej)

[615] Jfr Krüger, Norsk Kjøpsrett s 332 f och Ramberg, Allmän avtalsrätt (1991) s 102 och s 222 f.

[616] Jfr Huser, Ataletolking s 540 f och Petersen, Ansvarsfraskrivelse s 131 om betydelsen av dispositiva rättsregler i allmänhet som riktlinjer för tolkningen av ansvarsfriskrivningar.

[617] Ang. ejusdem generis-principens innebörd se t.ex. Yates & Hawkins, Standard Business Contracts s 118 och Huser, Avtaletolking s 505 f

[618] Lehrberg, Avtalstolkning s 54 och Ramberg, a.a. s 116.

[619] Krüger, Norsk kontraktsrett s 534

[620] Principen har berörts i NJA 1983 s 1 där HD avvisade principens användning vid tolkning av oljeansvarighetskonventionen. Huser hänvisar beträffande norsk rätt till Rt. 1981 s 445 som gällde tolkning av en friskrivningsklausul avseende befrielse från ansvar för dolda fel i ett avtal om köp av fast egendom (Avtaletolking s 506 f). Såvitt framgår av rättsfallsreferatet tycks dock Høyesterett inte ta ställning till frågan om ejusdem generis-principens eventuella tillämplighet.

[621] Chitty on Contracts s 704 och Yates & Hawkins a.a. s 258. Det har på sina håll ifrågasatts i engelsk rätt om force majeure-klausuler är att anse som friskrivningsklausuler i egentlig mening. Skälet till detta framstår som något gåtfullt, särskilt som man inte tycks kunna påvisa någon klar skiljelinje mellan kalusultyperna (jfr Yates & Hawkins a.a. s 257 f). Möjligen är detta en diskussion som numera är överspelad eller i vart fall mindre aktuell genom tillkomsten av the Unfair Contract Terms Act. Den senare kan nämligen tillämpas också på force majeure-klausuler (se section 3).

och som inskränker ansvaret i förhållande till köplagens regler om kontrollansvar kommer att tolkas snävt liksom friskrivningsklausuler i allmänhet.[622] I konsumentförhållanden skall för övrigt numera sådana villkor som inte varit föremål för individuella förhandlingar, enligt en uttrycklig regel i avtalsvillkorslagen[623], i tveksamma fall tolkas till konsumentens förmån. Regeln träffar således i första hand standardvillkor men kan även bli tillämplig på villkor i individuella avtal som utarbetats i förväg utan att konsumenten haft inflytande på villkorets innehåll.[624]

Giltigheten i kommersiella förhållanden av sådana klausuler som diskuterats nu är svårbedömd i avsaknad av rättspraxis. Generellt sett måste dock gälla att sannolikheten för att klausulen inte skall stå sig ökar med graden av avvikelse från köplagens kontrollansvar till nackdel för köparen. Villkor som endast marginellt förändrar ansvaret löper säkerligen mycket liten risk, om ens någon, att bli åsidosatt med stöd av 36 § avtalslagen. Klausuler som, för det fall avtalsenligt hinder inträffar, ger säljaren onormalt lång tid för avhjälpande eller fullgörande under det att köparen är bunden av avtalet, ligger emellertid klart i farozonen.[625] Detsamma torde gälla sådana klausuler som innebär en långtgående övervältring av riskerna på motparten genom en användning av hindersbegreppet i starkt uttunnad betydelse. Var gränsen närmare går för tolerabla avvikelser är dock som sagt svårbedömt. Det kan emellertid, främst av två skäl, tänkas att utrymmet för inskränkningar i det ansvar som följer av köplagens regler om kontrollansvar kan komma att visa sig vara förhållandevis begränsat. För det första torde ett inte oväsentligt motiv för införande av den nya kontrollansvarsregeln ha varit att minska klyftan mellan de dispositiva reglerna i köplagen och de villkor som tillämpas i moderna handelsförhållanden så som detta kommer till uttryck i ledande standardavtal.[626] Ett annat viktigt skäl för att anamma de nya ansvarsreglerna var en strävan att uniformera köprätten genom att anpassa den till CISG:s regler.[627] En alltför "liberal" hållning till möjligheterna att friskriva sig från köplagens regler skulle riskera att erodera effekterna av dessa rättspolitiska strävanden. Att kontrollansvarsregeln och övriga regler i köplagen under alla förhållanden utgör en viktig utgångspunkt för bedömningen av

[622] Jfr Ramberg a.a. s 223 angående tolkningen av uttrycket "omständigheter utom kontroll". Beträffande principen om restriktiv tolkning se vidare under avsnitt 3.2. Force majeure-klausuler tolkas på liknande sätt ("strictly interpreted") i engelsk rätt. Atiyah, The Sale of Goods s 332 och Yates & Hawkins a.a. s 258.

[623] 10 § lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.

[624] Prop. 1994/95:17 s 100.

[625] Jfr Prop. 1975/76:81 s 118.

[626] Jfr Nu 1984:5 s 148 f och 156 f samt Prop. 1988/89:76 s 22 f.

[627] Prop. 1988/89:76 s 22 och 24.

sådana klausulers skälighet framhålls särskilt i motiven.[628] En betydelsefull faktor vid bedömningen torde vidare vara om den part gentemot vilken friskrivningen riktar sig erhåller kompensation i andra avseenden exempelvis ett lägre pris, generösa reklamationsregler eller långtgående hävningsrätt.[629] Att omfördelningen av risken i förhållande till köplagens regler framstår som sakligt motiverad bör vidare allmänt sett påverka oskälighetsbedömningen.[630] Ett sakskäl kan var rationella överväganden av typen effektivitetshänsyn. Att således köparen i ett visst fall är den som bäst kan kontrollera risken[631] eller bäst kan försäkra sig mot risken bör vara en omständighet som med viss styrka talar för att friskrivningen inte anses oskälig. Självfallet kan en helhetsbedömning leda till att andra faktorer – inte minst avtalsinnehållet i övrigt – anses väga tyngre varför friskrivningen ändock kan komma att jämkas eller sättas åt sidan. Från praxis finns exempel på att HD beaktat sådana omständigheter som en ändamålsenlig riskfördelning och vikten av att part vid avtals ingående skall kunna bedöma de ekonomiska risker som är förknippade med avtalet.[632]

Det är enligt min mening inte uteslutet att sådana ekonomiska hänsyn kan få betydelse även vid tolkningen.[633] Något direkt stöd i svensk praxis för detta kan dock knappast påvisas.[634] I den mån friskrivningsklausulen påstås ge uttryck för en viss riskfördelning som utgör branschpraxis kan dock sådant stöd anses föreligga.[635] Och handlar det om att fylla ut avtalet med sådan branschpraxis eller med partsbruk ger köplagen[636] uttryckligt

[628] A.a. s 23. Beträffande användningen i rättspraxis av dispositiva köprättsliga regler som jämförelsegrund vid oskälighetsbedömningen kan nämnas NJA 1979 s 483.

[629] Se även avsnitt 3.5.3 med tillhörande hänvisningar.

[630] Jfr NJA 1994 s 130 och Grönfors, Avtalslagen s 225. Jfr även Wilhelmsen, Standardavtal s 99 och 143, som för sin del vill gå ett steg längre och förordar att avtalsvillkor som avviker från dispositiv rätt till nackdel för motparten som huvudregel bör anses bindande endast om det kan anföras sakliga skäl för villkorets användning.

[631] Här avses andra än s.k. rena risker.

[632] Se NJA 1979 s 483 på sid 514. Se även Hellner om rättsfallet i Canadien Business Law Journal 1979–80 vol.4 s 480 ff samt Karnell, Avtalsparter mellan rätt och skönstillämpning i Om våra rättigheter II s 63 ff. Jfr Även det norska fallet Rt. 1994 s 626 (på s 630).

[633] Jfr Huser, Avtaletolking s 545 angående hänsynen till vad som är samhällsekonomiskt mest försvarligt. Jfr även Krüger, Norsk kontraktsrett s 532 som talar om "reelle hensyn" (utan dock att särskilt nämna ekonomiska faktorer) som relevanta och därmed legitima faktorer vid avtalstolkningen.

[634] Jfr dock Rt.1973 s 1153 vari hänvisning sker till vem av parterna som måste anses vara närmast att bära den ekonomiska risken (som var förbunden med utbrott av botulism i minkbestånd).

[635] Se t.ex., NJA 1921 s 511 angående fetthalten i "torrmjölk". Från norsk rätt kan nämnas Rt.1889 s 569 och RG 1980 s 638. Jfr även Ramberg, Allmän avtalsrätt s 157 f och Huser a.a. s 542 ff.

[636] 3 § köplagen.

stöd för detta. En förutsättning är säkerligen här, liksom i andra sammanhang där praxis av olika slag åberopas, att denna inte kan anses oskälig.

Etablerade tolkningsprinciper – som restriktiv tolkning av friskrivningsklausuler och den s.k. oklarhetsregeln – kan dock i praktiken tänkas begränsa utrymmet för att mera direkt beakta ekonomiska effektivitetshänsyn som en faktor vid tolkningen. En annan sak är att tolkningsprinciper som de nämnda i sig kan verka i samma riktning, genom att ge incitament till större tydlighet vid utformandet av friskrivningsklausuler och därmed skapa bättre förutsättningar för en, utifrån båda parternas förhållanden, genomtänkt riskfördelning.

4.3 Friskrivning från kvalitet

4.3.1 Inledning

Det förekommer i skilda sammanhang att säljaren vill begränsa sitt ansvar för varans kvalitet eller beskaffenhet i övrigt. Det kan i princip ske genom att avtalet utformas på ettdera av följande två sätt. Friskrivningen inskränker de krav på varans beskaffenhet som köparens eljest hade kunnat ställa. För den händelse varan inte motsvarar sådana krav som köparen normalt kan ställa – eller mera precist som han kan kräva med bortseende från inskränkande villkor – svarar säljaren inte alls eller endast delvis. Den förstnämnda varianten medför i princip att en vara som ifråga om sin beskaffenhet faller inom friskrivningsklausulens tillämpningsområde inte anses behäftad med köprättsligt fel. Det senare fallet innebär i realiteten att köparens möjligheter att göra påföljder gällande, för den händelse fel i varan föreligger, inskränkes. De två nämnda typerna av friskrivning har ibland betecknats som egenskapsfriskrivning respektive påföljdsfriskrivning.[637] En sådan terminologi kan, även om den är "approximativ", vara praktisk och kommer fortsättningsvis att begagnas när det är lämpligt.[638]

[637] Grauers, Fel i sålt skepp s 75.

[638] Gränsdragningen mellan de två slagen av friskrivningar överensstämmer i stora drag med den av Coote förordade. Egenskapsfriskrivningar skulle därvid falla under "Type A" (dvs. i princip villkor som påverkar uppkomsten av primära rättigheter) medan påföljdsfriskrivning hamnar under "Type B" (villkor som begränsar primära eller sekundära rättigheter utan att hindra uppkomsten av dem) såvida den inte är total dvs. avser samtliga påföljder. Att resultatet skulle bli ett annat beträffande påföljder (åtminstone vissa) enligt engelsk rätt hänger samman med den betydelsefulla skillnad som här görs mellan avtalsvillkor som utgör "conditions" respektive "warrenties". Coote, Exception Clauses s 9 ff. Se även under avsnitt 1.5.

Påföljdsfriskrivning kan sägas ha en mera generell karaktär än s.k. egenskapsfriskrivning i den meningen att sådana klausuler kan användas också för att begränsa ansvaret, helt eller delvis, för andra typer av kontraktsbrott än sådana som har samband med varans beskaffenhet och kan betecknas som fel. Problem som hänger samman med denna typ av friskrivningsklausuler kommer därför att behandlas i ett sammanhang på annat ställe.[639]

Egenskapsfriskrivningar kan i praktiken ta sig en mängd olika uttryck. Sådana klausuler kan vara utformade i allmänna ordalag av typen "befintligt skick" men också ange preciserade undantag från den kvalitet som köparen eljest hade kunnat kräva. Friskrivningen kan ta sikte på varans konstruktion, funktion, material, användningsområde, driftsäkerhet eller hållbarhet i övrigt. En friskrivning kan vidare tänkas gå ut på att söka begränsa säljarens ansvar för uppgifter om varan som han själv eller någon annan för hans räkning lämnat och för vilka han eljest skulle haft att svara.

I de flesta fall torde parternas intresse fokuseras till varans fysiska skick. Någon gång kan dock säljaren känna sig manad att försöka begränsa sitt ansvar även i andra hänseenden. Ett sådant kan vara säljarens ansvar för att han är rätt ägare och att varan även i övrigt är fri från sakrättsliga belastningar i form av exempelvis panträtt eller nyttjanderätt. Ett annat skäl för säljaren att friskriva sig kan vara osäkerhet om eventuella begränsningar i köparens rådighet dvs. möjligheter att använda varan på grund av myndighets förbud eller motsvarande. Sammanfattningsvis kan konstateras att friskrivning från fel som regel avser s.k. faktiska fel (dvs. avse varans fysiska skick) men i enstaka fall kan ta sikte på rättsliga fel eller på s.k. rådighetsfel.[640] Huvudintresse skall här ägnas åt problem som hänger samman med friskrivning från den förstnämnda typen av fel. Det kan vara lämpligt, bl.a. med hänsyn till vad som sagts ovan, att skilja på allmänt hållna friskrivningar och mera preciserade sådana liksom på friskrivningar som syftar till att begränsa säljarens ansvar för uppgifter i samband med köpet.

4.3.2 Allmänt hållna friskrivningar av typen befintligt skick

Vid vissa typer av egendom kan säljaren ha ett befogat intresse att mera allmänt söka begränsa sitt ansvar för egendomens fysiska skick. Det gäller framför allt vid försäljning av begagnad egendom vars skick kan vara

[639] Se avsnitt 4.4.

[640] Termen "kvalitet" passar väl för övrigt mindre bra i samband med rättsliga fel eller rådighetsfel.

svårbedömt. En säljare av begagnade varor kan därför ofta vilja minska risken för att drabbas av svårförutsebara krav som har sin grund i fysiska fel. Det är därför mycket vanligt (ibland praxis) att begagnade varor säljs med något allmänt förbehåll av typen befintligt skick ("i den stand den befinner seg"; "som den er"; "som beset"; "as is"). Vad som sagts gäller vanliga kapitalvaror som maskiner och personbilar men också skepp[641], fastigheter och vissa aktieköp[642].

Samtidigt som säljaren, i fall som dessa, kan ha ett legitimt intresse av att inskränka sitt felansvar med hjälp av klausuler av det nämnda slaget, finns det emellertid ur köparens synpunkt uppenbara nackdelar, om sådana friskrivningsklausuler utan vidare tillåts slå igenom fullt ut. Redan före nya köplagen begränsades därför verkningarna av sådan friskrivning dels genom restriktiv tolkning av klausulerna dels genom krav på upprätthållande av ett viss minimum för säljarens felansvar.[643] Beträffande konsumentköp gällde sådana tvingande minimiregler enligt äldre konsumentköplagen.[644] Den "nya" köplagstiftning som genomfördes 1991 innebar att en sådan lägsta standard infördes såväl i den allmänna köplagen som i könsumentköplagen.[645]

För konsumentköpens del gäller numera (enligt 17 § 1 st konsumentköplagen) att varan anses felaktig trots eventuellt förekommande allmänna förbehåll av typen befintligt skick om varan är i sämre skick än vad konsumenten med hänsyn till priset och övriga omständigheter haft fog att räkna med. I konsumentförhållanden är det därmed svårt att se hur sådana klausuler överhuvud skulle kunna få någon begränsande verkan för säljarens felansvar. Till yttermera visso tycks konsumentköplagens övriga felregler (dvs. 16, 18 och 19 §§) i allt väsentligt täcka innehållet i 17 § 1 st.[646] När det gäller konsumentköp torde säljaren således vara hänvisad till preciserade friskrivningar om han vill inskränka sitt ansvar.[647]

[641] Se t.ex. Grauers, Fel i sålt skepp s 99 och Krüger, Norsk kjøpsrett s 152 f.

[642] Hultmark, Kontraktsbrott vid köp av aktie s 204.

[643] Se t.ex. NJA 1941 s 205, NJA 1949 s 750, NJA 1971 s 51, NJA 1975 s 620, NJA 1977 s 138 och 1993 s 346 (på s 451) samt prop. 1988/89:76 s 91 f. Se även Rt. 1992 s 166 och Rt.1994 s 1089 (vilka båda avsåg prövning enligt 1907 års köplag). Även NJA 1975 s 545 (på s 554), NJA 1983 s 808 och NJA 1986 s 670 I som dock alla avser fast egendom. Jfr även Grauers, Fel i sålt skepp s 100 ff angående svensk rätt före 1980 och Vinding Kruse, Købsretten s 98 angående dansk rätt.

[644] Enligt 9 § äldre konsumentköplagen (1973:877) var säljaren trots försäljning i befintligt skick eller liknande förbehåll bl.a. ansvarig för fel som innebar att varan var i väsentligt sämre skick än köparen med hänsyn till varans pris och omständigheterna i övrigt haft skäl att förutsätta.

[645] 19 § köplagen respektive 17 § konsumentköplagen.

[646] Jfr Håstad, Den nya köprätten s 237.

[647] Jfr prop. 1989/90:89 s 101 och Olsen, Konsumentskyddets former s 76.

I kommersiella avtalsförhållanden (och andra avtal som faller utanför konsumentköplagens tillämpningsområde) gäller dock i princip att köplagens regler kan sättas åt sidan genom avtal. Frågan är närmast i vilken utsträckning det kan ske. Regler om inkorporering av standardvillkor, regler om avtalstolkning och inte minst 36 § avtalslagen, kan vid sidan av köplagens regler innebära en nog så långtgående begränsning av befintligt skick-klausulernas rättsverkningar.

Den i köplagen införda tolkningsregeln innebär i princip att tidigare praxis kodifierats.[648] Regeln innebär huvudsakligen följande. Räckvidden av ansvarsfriskrivningar av den nämnda typen begränsas i tre fall. För det första om säljaren före köpet lämnat uppgifter om varans egenskaper eller användning. För det andra om säljaren underlåtit att lämna vissa för köparen väsentliga upplysningar om varan som säljaren måste antas ha känt till och slutligen om varan är väsentligt sämre än köparen haft fog att förutsätta. Bestämmelsen är emellertid dispositiv liksom köplagens övriga regler.[649] Utgångspunkten måste därför vara att det står parterna fritt att sätta regeln ur spel genom avtal. Noga taget skulle det betyda att säljaren kan neutralisera tolkningsregeln genom att i avtalet föra in en otvetydig friskrivning – och för det fall att han använder sig av allmänna avtalsvillkor dessutom fästa motpartens uppmärksamhet på friskrivningen – med den innebörden att lagregeln i 19 § köplagen inte skall tillämpas på avtalet.[650] Det skulle i sin tur uppenbarligen riskera att göra regeln mer eller mindre verkningslös eftersom man kan räkna med att sådana klausuler kommer att bli vanliga om de tillåts slå igenom fullt ut. Även ett påvisat handelsbruk eller partsbruk skulle för övrigt kunna bidra till detta resultat. Effekten kan visserligen motverkas genom att domstolarna dels, liksom tidigare, faller tillbaka på allmänna tolkningsregler såsom restriktiv tolkning av friskrivningsklausuler och oklarhetsregeln dels utövar kontroll av sådana allmänt hållna friskrivningsklausuler med stöd av avtalslagens regler framför allt 36 §. Även om man emellertid kan vänta sig att domstolarna fortsättningsvis – som en följd av det rättspolitiska ställningstagande som regeln i 19 § köplagen ger uttryck

[648] Se under not 349.

[649] Se dock Hultmark, Upplysningsplikt vid ingående av avtal s 73 som tycks vara av annan mening. Hultmark framhåller att 19 § köplagen till sin karaktär är tvingande men att parternas överenskommelser om en begränsning av upplysningsplikten kan påverka felbedömningen.

[650] Jfr Ramberg i Hellner & Ramberg, SpA I s 72 f och densamme i Allmän avtalsrätt s 289 som dock tycks ställa sig än mer tveksam till möjligheten att neutralisera tolkningsregeln i 19 § genom ett allmänt förbehåll i avtalet.

för – kommer att inta en än mer skeptisk attityd till friskrivningar av typen befintligt skick[651] så betyder det inte att lagregelns genomslag därmed är säkrad på denna punkt. Eftersom regeln i detta fall, som nämnts, till stor del innebar en kodifiering av praxis är dock den praktiska betydelsen av vad som sagts nu liten. I andra fall kan sådana tolkningsregler i dispositiv lagstiftning bli närmast verkningslösa om de inte i realiteten upprätthålls med stöd av någon generell tvingande regel eller genom användning av "ansträngda" tolkningsprinciper med syfte att så långt möjligt upprätthålla lagregelns genomslagskraft.

Principiellt bör det emellertid inte vara så att en dispositiv regel "upphöjs" till tvingande lagstiftning med avtalslagens generalklausul eller konstlade tolkningsprinciper som verktyg. Man kan överhuvudtaget starkt ifrågasätta det lämpliga i att införa tolkningsregler av det aktuella slaget i en dispositiv lag som den allmänna köplagen, om syftet, som det tycks förhålla sig beträffande 19 § [652], är att åstadkomma begränsningar av vissa klausulers rättsverkningar.[653] Dessutom kan, som Ramberg framhållit, existensen i sig av en sådan dispositiv lagregel initiera särskilda ansträngningar från säljarens sida att kringgå det skydd som regeln är avsedd att ge.[654]

En slutsats av vad som nu anförts måste trots allt bli att allmänt hållna friskrivningsklausuler av typen befintligt skick seglar i stark motvind. Det är möjligt att praxis kommer att utveckla sig därhän att avsteg från innehållet i 19 §, trots att regeln är dispositiv, kräver någon form av preciserat förbehåll. När det gäller verkan av allmänna förbehåll gentemot positiva (preciserade) uppgifter är en sådan ordning motiverad. En säljare som väljer att lämna sådana uppgifter bör inte samtidigt kunna frånsäga sig ansvaret för dem genom förbehåll av typen befintligt skick. Om säljaren är osäker på uppgiften bör kan tydligt klargöra detta för köparen så att denne får möjlighet att överväga lämpliga åtgärder för att motverka negativa följder av att uppgiften eventuellt är felaktig. Om säljaren ändock väljer att lämna sådana uppgifter, utan en tydlig reservation, bör han få bära risken för att uppgiften kan visa sig felaktig. Beträffande tidigare praxis kan särskilt nämnas NJA 1993 s 436 som avsåg köp av egen-

[651] Jfr Ramberg, Avtalsautonomi och den dispositiva rätten i Festskrift till Anders Agell s 509 och densamme i Hellner & Ramberg, SpA I s 22.

[652] I motiven till köplagen sägs bl.a. "Förevarande paragraf är avsedd att ange vilken ansvarsfriskrivning som ett sådant allmänt förbehåll av säljaren medför." Se prop. 1988/89:76 s 91.

[653] Jfr Ramberg i Hellner & Ramberg, SpA I s 71 och i Allmän avtalsrätt s 289.

[654] Ramberg, Avtalsautonomi och den dispositiva rätten i Festskrift till Anders Agell s 509.

dom i ett konkursbo, väsentligen bestående av tillgångar i en affärsrörelse. Avtalet innehöll bl.a. dels en uppgift om antalet avropade order i den överlåtna orderstocken dels en friskrivning från allt ansvar för egendomens beskaffenhet och skick. HD fastslog, efter att ha konstaterat att fel i egendomen förelåg med avseende på antalet avropade order, att "En allmän friskrivning, gällande allt ansvar för fel, anses dock inte ha någon verkan gentemot positiva uppgifter."[655] Liknande argument kan anföras till stöd för att säljaren, trots en allmänt hållen friskrivning, bör svara för dolda fel som han känner till även om svek inte kan visas föreligga. En köpare som (vid tiden för köpet) är ovetande om sådana fel kan knappast handskas med felets konsekvenser på ett effektivt sätt. Förutom det uppenbara förhållandet att köparen inte kan beakta felet vid bedömningen av köpföremålets värde kan det i många fall leda till att felet förvärras och dess avhjälpande fördyras som en följd av att felet visar sig först efter en tids användning av varan. Det är måste anses både rationellt och rimligt att säljaren motverkar sådana "onödiga" konsekvenser av avtalet genom att upplysa om dolda fel som han faktiskt känner till. Detsamma kan väl i stort sett sägas om "svårupptäckta" fel – som visserligen inte kan anses dolda men som kräver särskild sakkunskap eller noggrannhet för att kunna upptäckas – och som är kända för säljaren. Det kan visserligen sägas att även ett allmänt förbehåll av typen befintligt skick bör föranleda en köpare, särskilt om denne är näringsidkare, att företa en viss undersökning av varan. Om han väljer att avstå får han bära risken för att fel senare visar sig föreligga. Man kan emellertid knappast kräva att en köpare i nyssnämnda fall regelmässigt förtar en så omfattande undersökning som skulle krävas för att avslöja också de s.k. svårupptäckta felen. Frågan blir då närmast vilka krav som det är rimligt att ställa beträffande undersökningen för att köparen skall få åberopa sig på säljarens upplysningsplikt (enligt 19 § 1 st 2 p köplagen). I motiven till köplagen behandlas frågan endast knapphändigt. Klart är dock att det finns ett samband mellan räckvidden av säljarens upplysningsplikt och köparens undersökning av köpföremålet. Sambandet grundar sig ytterst på den begränsning som ligger i att upplysningsplikten endast avser sådana förhållanden som köparen med fog kunnat räkna med att bli upplyst om. I propositionen framhålls således att upplysningspliktens omfattning måste bedömas mot bakgrund av reglerna i 20 § om köparens

[655] Fallet NJA 1993 s 436 kan sägas ligga i linje med den i standardavtalsrättsliga sammanhang hävdade principen att preciserade villkor går före vaga och allmänt hållna klausuler. Se t.ex. Bernitz, Standardavtalsrätt s 48. Jfr även NJA 1971 s 36. En tolkningsregel med liknande innebörd är, som tidigare nämnts, lagfäst i tysk rätt (§ 4 AGB-Gesetz).

skyldighet att undersöka varan. Vidare sägs å ena sidan att upplysningsplikten som regel inte blir aktuell att tillämpa om förhållandet (felet) hade kunnat upptäckas vid en undersökning som köparen "...efter omständigheterna rimligen borde ha kunnat genomföra...". Å andra sidan framhålls att upplysningsplikten får betydelse beträffande förhållanden "...som inte kan uppdagas vid en normal undersökning av varan eller som köparen i övrigt inte har anledning att själv vara uppmärksam på."[656]. Vad som är normalt och vad köparen har anledning att uppmärksamma måste säkerligen bedömas utifrån situationen som helhet. Betydelsefullt bör dock, utöver den närmare utformningen av det allmänna förbehållet, vara vad som eventuellt är brukligt vid likartade köp, vilka övriga upplysningar som säljaren förmedlat, felets och köpföremålets karaktär samt inte minst värde av det köpta. Varor av ringa värde kan som regel inte motivera någon närmare undersökning. Motsatsen kan i princip sägas gälla ifråga om särskilt värdefull egendom.[657]

I övrigt är det emellertid tveksamt om det i kommersiella förhållanden – liksom möjligen även i avtalsförhållanden mellan privatpersoner – bör tillämpas regler som i princip innebär ett generellt "förbud" mot bruk av allmänt hållna friskrivningsklausuler i den meningen att sådana i praktiken frånkännes rättsverkan. Det avgörande bör i stället vara om, vid en bedömning i det enskilda fallet, förbehållet med hänsyn till omständigheterna kan anses tillräckligt tydlig[658], eller för den händelse att det uppfyller kravet på klarhet, om klausulen på grund av särskilda omständigheter ändock bör anses oskälig.

Hittillsvarande rättspraxis (från tiden före "nya" köplagens ikraftträdande) på området är inte alldeles lättolkad. När allmänna förbehåll av typen befintligt skick ingått i köpavtalet har HD i några fall godtagit klausulen med den huvudsakliga motiveringen att säljaren inte haft vetskap om det ifrågavarande förhållandet (felet) och att det inte heller före-

[656] Prop. 1988/89:76 s 92.

[657] Köparens förhållandevis stränga undersökningsplikt vid köp av fast egendom torde bl.a. ha sin grund i det betydande värde som sådan egendom vanligen representerar.

[658] Jfr Rt. 1994 s 1089 (på s 1096) vari bl.a. sägs angående betydelsen av att en begagnad hjullastare sålts "i den stand den befinner seg": "Det vil her som ellers bero på en tolkning av den enkelte avtale i lys av de generelle kjöpsrettslige regler, hvilken betydning en slik klausul skal ha for den kontraktsmessige vurdering av det leverte." Jfr även NJA 1975 s 545 där HD vid köp av fast egendom uttalade att en generella friskrivning, enligt vilken köparen förklarade sig godta fastighetens skick och med bindande verkan avstå från alla anspråk mot säljaren på grund av fel eller brister i fastigheten, inte kunde anses sakna klarhet. Jfr även Ramberg i Hellner & Ramberg, SpA I s 73.

legat någon relevant utfästelse från säljarens sida.[659] I andra fall har sådana allmänt hållna klausuler inte tillerkänts rättsverkan därför att säljaren sålt föremålet under viss beteckning eller garanterat ett visst förhållande. I NJA 1949 s 750 ansågs således köparen av en begagnad Hudsonbil i befintligt skick, med hänsyn till hur säljaren betecknat personbilen, ha saknat anledning räkna med att bilen var hopsatt av diverse begagnade eller skadade delar från olika märken eller modeller. I fallet NJA 1975 s 620 hade säljaren garanterat att personbilen var av viss årsmodell. En avvikelse i detta avseende ansågs därför utgöra fel utan hinder av att bilen sålts i befintligt skick. Det framhålls i domskälen att det inte klart framgår om säljaren med friskrivningen avsett att också friskriva sig från ansvar ifråga om bilens årsmodell och att säljaren inte heller i samband med köpet klargjort för köparen om detta varit avsikten. I det norska rättsfall Rt. 1992 s 166 har Høyesterett gjort en liknande bedömning. Köpet avsåg en begagnad hjullastare såld "i den stand maskinene forefinnes". Uppgift om (felaktig) årsmodell lämnades i annons. Friskrivningen ansågs inte hindra köparen från att åberopa uppgiften. För det fall säljaren inte önskade svara för uppgifterna i annonsen (framhöll "førstvoterende" med instämmande av övriga ledamöter) "...måtte det etter min mening vaert presisert overfor kjøperne.". I något fall har köpföremålet ansetts vara i väsentligt sämre skick är köparen haft anledning räkna med varför köparen redan av denna anledning ansetts hävningsberättigad på grund av fel såvida reklamation skett i rätt tid.[660]

Slutligen finns en kategori fall vari HD inte godtagit sådana allmänna förbehåll därför att de ansetts uppenbart otillbörliga (NJA 1977 s 138), otydliga eller alltför allmänt hållna (NJA 1983 s 808 och NJA 1986 s 670 I). NJA 1977 s 138 avsåg köp – i samband med tomträttsupplåtelse – av en ny bostadsbyggnad för privat bruk. Säljare var en kommun. Byggnaden, som såldes i befintligt skick och hade uppförts av säljaren, var behäftad med ett allvarligt fel i konstruktionen av innertaket, med

[659] Se NJA 1941 s 205 och NJA 1964 s 239 samt NJA 1975 s 620. Förstnämnda fall avsåg dock närmast ansvar för s.k. rådighetsfel på vilka det är tveksamt om nya köplagens felregler är avsedda att tillämpas (se t.ex. Håstad, Den nya köprätten s 139 ff och Ramberg, Köplagen s 257). NJA 1964 s 239 gällde ett påstått fel, vid köp av en begagnad personbil, bestående av att bilens verkliga körsträcka var längre än vad säljaren uppgett i annons. Säljaren hade dock före köpet upplyst köparen om att någon garanti beträffande antalet körda mil inte kunde lämnas. Det kan tilläggas att HD här uttryckte saken så att det inte var visat att säljaren förfarit svikligt eller "...haft sådan vetskap om den verkliga körsträckan...". Huruvida "sådan vetskap" har avsetts ha någon annan betydelse än "vetskap" är oklart. I NJA 1975 s 620 ansågs säljaren av en begagnad personbil inte ha haft "...särskild upplysningsplikt..." då han inte känt till ett påstått fel bestående av att bilen saknade värmeutrustning.

[660] Se NJA 1971 s 51.

läckage som följd. Friskrivningen förekom på ett av kommunen upprättat standardformulär. Med hänsyn till angivna omständigheter skulle en tillämpning av villkoret att byggnaden såldes i befintligt enligt nuvarande värderingar anses uppenbart otillbörlig, framhöll HD. Det framgår av domen att köplagens (dvs. 1905 års lag) felregler om bestämt gods bildat utgångspunkt för bedömningen även om det samtidigt sägs att köplagens regler inte kan tillämpas i alla delar på grund av likheterna med köp av fast egendom och med entreprenadavtal. Det senare torde framför allt ha haft betydelse för påföljdsfrågan. HD anmärker i samband med felbedömningen att köparen inte beretts tillfälle att undersöka byggnadens innertak. Vilken närmare betydelse som detta haft för utgången är dock oklart. I anslutning till frågan om köparen reklamerat i rätt tid framgår att felet enligt HD:s bedömning "...svårligen kunnat upptäckas utan sakkunnig teknisk undersökning.". En normal undersökning skulle därför sannolikt inte ha avslöjat felet. Frågan om särskild upplysningsplikt ålåg säljaren berörs inte på annat sätt än att HD konstaterar att säljaren inte kände till felet. Avgörande för felbedömningen tycks ha varit att den som köper en ny bostadsbyggnad, som säljaren uppfört, regelmässigt skall kunna kräva att den ger ett tillfredsställande skydd mot fukt. I sammanhanget kan även nämnas att Marknadsdomstolen ansett villkor enligt vilka fabriksnya varor sålts i befintligt skick oskäliga.[661]

I några fall, som dock avsett köpa av fast egendom, har HD som nämnts ansett de som friskrivning åberopade klausulerna så otydliga eller allmänt hållna att de inte kunnat tillmätas betydelse av friskrivningsklausul.[662]

Det kan vidare nämnas att flera av de refererade fallen rör vad som, åtminstone numera, bedöms utgöra avtal i konsumentförhållanden eller liknande.[663] Detta berörs dock inte närmare i något av rättsfallen vilket sannolikt beror på att en sådan kategorisering av avtal utifrån parternas typiska styrkeförhållanden är en relativt sen företeelse som formaliserades först genom konsumentlagstiftningen i början på 1970-talet.[664]

[661] MD 1977:20. Se även prop. 1971:15 s 72 och s 98 och Bernitz, Standardavtalsrätt s 101.

[662] Se NJA 1983 s 808 och NJA 1986 s 670 I. I båda fallen åberopades som friskrivning väsentligen likalydande klausuler av innebörd att fastigheten såldes i det skick den besiktigats. I det förstnämnda fallet förekom till bedömning ytterligare en friskrivning av mera speciellt slag "Köparen övertar säljarens rättigheter och skyldigheter gentemot säljarens entreprenörer samt byggnadskreditiv i Söderåkra Sparbank". Den ansågs med hänsyn till omständigheterna, inte minst att avtalet utformats ensidigt av säljaren, inte tillräckligt tydlig för att kunna frita säljaren från det ansvar som eljest skulle följa av JB:s felregler.

[663] Se NJA 1964 s 239, NJA 1971 s 51, NJA 1975 s 620 och NJA 1977 s 138 (konsumentliknande förhållande).

[664] Jfr Olsen, Konsumentskyddet former s 13 och s 17 f.

Om man sammanfattar praxis kan man till början slå fast att denna knappast ger några hållpunkter för den ståndpunkten att allmänna förbehåll av typen befintligt skick generellt sett skulle sakna rättsverkan utanför konsumentförhållanden. Däremot kan konstateras att domstolarna begränsat räckvidden av sådana klausuler på olika sätt. Det har skett genom att ställa höga krav på tydlighet. Någon gång har en åberopad klausul ansetts ha ett så obestämt innehåll att den överhuvud inte tillagts betydelse som friskrivningsklausul. Det framgår också att likartade allmänna förbehåll av typen befintligt skick inte borttolkats genomgående. Klausulerna har prövats i varje enskilt fall mot bakgrund särskilt av det sammanhang i vilka de förekommer och med hänsyn till vilka övriga upplysningar av betydelse som säljaren lämnat köparen. Om säljaren garanterat ett förhållande eller betecknat köpföremålet på visst sätt har en befintligt skick- klausul inte befriat säljaren från ansvar då förhållandet eller köpföremålet avvikit från garantin respektive beteckningen. Detsamma kan sägs gälla om säljaren känt till felet. Om säljaren lämnat preciserade uppgifter om varan har han inte heller tillåtits åberopa sig på ett sådant allmänt förbehåll för att undgå ansvar för uppgifterna. Då köpföremålet varit i väsentligt sämre skick än köparen haft fog att räkna med har vidare en allmän friskrivning av typen befintligt skick inte skyddat säljaren. Slutligen har en befintligt skick-klausul satts åt sidan såsom varande uppenbarligen otillbörlig. Avtalslagens ogiltighetsregler om svek (30 §) och om förfaranden i strid mot tro och heder (33 §) har däremot inte kommit till användning i något av fallen. Sannolikt beroende på att köparen inte lyckats uppfylla beviskraven med avseende på de subjektiva rekvisiten enligt dessa regler. Det råder knappast någon tvekan om att tillämpningen i praxis som den här beskrivits ryms under reglerna i nya köplagen i förening med generalklausulen i 36 § avtalslagen. Frågan är snarast om de medger en ytterligare begränsning av de nu behandlade klausulerna. Svaret måste sannolikt bli jakande med hänsyn främst till möjligheterna att tillämpa 36 § avtalslagen. Redan det förhållandet att generalklausulen inte innehåller något uppenbarhetsrekvisit talar för att så är fallet. Befintligt skick och liknade klausuler omnämns för övrigt särskilt i motiven till 36 § som en sådan typ av friskrivning som det finns särskild anledning att "...betrakta med misstro...". I anslutning till vad som anförts tidigare om möjligheten av att i avtalet föra in ett generellt förbehåll, genom vilket tillämpningen av 19 § köplagen utesluts, kan till sist sägas att, även om detta i princip bör kunna ske, så innebär det sannolikt ingen nämnvärd inskränkning av säljarens ansvar. Domstolarna kan i sådana situationer falla tillbaka på köplagens övriga felregler (såvida inte även dessa avtalats bort), reglerna i rättspraxis om tolkning m.m. liksom på avtalslagens ogiltighetregler, framför allt 36 §. En något

mer långtgående begränsning genom användning av sådana förbehåll skulle i och för sig kunna uppnås till följd av handelsbruk eller annan sedvänja.[665] Det förutsätter dock, att man kan påvisa ett konkret innehåll hos ett sådant bruk, som avviker från de dispositiva reglerna till förmån för säljaren. Att enbart hänvisa till vanligt förekommande standardvillkor med denna innebörd är som regel inte tillräckligt.[666] För den händelse att sådant handelsbruk konstateras, kan domstolarna emellertid ändock korrigera eller sätta bruket åt sidan med stöd av 36 § avtalslagen, om bruket anses oskäligt.[667] Det är för övrigt tänkbart – men i kommersiella förhållanden mindre troligt av bl.a. skäl som anförts ovan – att en generell friskrivning från reglerna i 19 § skulle anses oskälig i och för sig.

4.3.3 Preciserade friskrivningar

Något generellt hinder mot preciserade friskrivningar beträffande den överlåtna egendomens skick föreligger inte. Det finns allmänt sett inte heller anledning att betrakta sådana förbehåll med samma skepsis som de s.k. befintligt skick-klausulerna. Till detta återkommer jag i det följande.

För konsumentköpens del innehåller dock konsumentköplagen ett antal tvingande regler som i flera avseenden begränsar också denna typ av friskrivningar. Det gäller till en början förbehåll som avser säkerhetsbrister enligt 18 § KKL liksom säljarens marknadsföringsansvar enligt 19 § 1–3 st KKL. Detsamma gäller vidare fel som består i att säljaren underlåtit att lämna säkerhetsinformation eller annan information om varan som han ålagts att lämna enligt produktsäkerhetslagen respektive marknadsföringslagen (19 § 4 st KKL). Slutligen innehåller 16 § 3 st KKL tvingande regler som kan begränsa räckvidden av preciserade friskrivningar för fel i varan. Dessa regler innebär att säljaren alltid måste svara för fel som består i dels att han underlåtit att före köpet upplysa köparen om sådant som denne med fog kan räkna med att bli upplyst om, förutsatt att säljaren känner till eller borde känna till förhållandet dels att varan allmänt sett avviker från vad köparen med fog kunnat kräva. Den sistnämnda inskränkningen betyder väl i praktiken inte särdeles mycket i sammanhanget. Om nämligen säljaren friskriver sig i preciserade ordalag lär varan, åtminstone i flertalet fall, inte kunna anses avvika från vad köparen haft fog att räkna med, förutsatt att de preciserade uppgifterna är

[665] SOU 1976:66 s 321.

[666] Jfr Bernitz, Standardavtalsrätt s 30 f och Wilhelmsson, Standardavtal s 75. Även Andenæs, Kontraktsvilkår s 332 och Ramberg, Köplagen s 161 samt Grauers, Fel i sålt skepps 107 f.

[667] Se t.ex. prop. 1988/89:76 s 66 och hänvisningar under not 67

korrekta.[668] Det kan emellertid ändock tänkas föreligga fel för vilka friskrivningen inte gäller exempelvis om varans användning utgör en påtaglig hälsorisk enligt 18 § eller om säljaren underlåtit att lämna säkerhetsinformation enligt 19 §. För den händelse att friskrivningen inte faller på konsumentköplagens tvingande regler kan den, här som i andra fall, angripas med stöd av 36 § avtalslagen. Ett exempel kan vara om säljaren, genom att använda sig av överrumplingstaktik, lyckas förmå köparen att acceptera en sådan preciserad friskrivning som i och för sig inte strider mot konsumentköplagens tvingande regler.[669] I princip kan friskrivningens räckvidd också inskränkas genom tillämpning av gällande tolkningsprinciper som oklarhetsregeln och restriktiv tolkning av friskrivningsklausuler. Utrymmet för dessa principers användning, när det gäller preciserade klausuler, är dock av naturliga skäl tämligen begränsat. Rör det sig om standardvillkor kan det vidare tänkas att friskrivningen, om den är långtgående eller framstår som främmande i sammanhanget, bedöms som så tyngande eller överraskande att den inte anses införlivad med det enskilda avtalet.[670]

I kommersiella och andra avtalsförhållanden, som inte faller under konsumentköplagen, måste man utgå från att det existerar ett betydande utrymme för friskrivningar av det nu behandlade slaget. Särskilt i kommersiella förhållanden har parterna i stor utsträckning att själva ta tillvara sina intressen, vilket särskilt framhålls i motiven till 36 § avtalslagen.[671] Det kan väl i princip sägas att ju mer precis friskrivningen är desto mindre blir utrymmet för köparen att göra gällande fel (enligt 17 § 3 st köplagen) på grund av vad han eventuellt förutsatt om varans skick i det avseenden som friskrivningen berör. En köpare får i sådana fall söka kompensera sig för eventuella friskrivningar genom att exempelvis pressa priset, kräva bättre villkor i andra hänseenden eller skydda sig genom försäkring.

En begränsning av sådana friskrivningsklausulers räckvidd kan trots allt ske i vissa fall enligt någon av de metoder som behandlats i det föregående. Det är framför allt i tre situationer som ett ingripande kan tänkas förekomma.

Till en början kan friskrivningen i standardavtalsförhållanden bli verkningslös (åtminstone i rättsligt hänseende) redan av den anledningen att den inte blivit del av det enskilda avtalet. En ”branschfrämmande” eller

[668] Jfr Håstad, Den nya köprätten s 236.

[669] Prop 1975/76:81 s 125.

[670] Se närmare härom under avsnitt 3.5.2.

[671] Se prop. a.a. s 144 vari sägs i anslutning till friskrivning från ansvar för såld varas kvalitet att ”När det gäller rena affärsförhållanden får det i princip ankomma på parterna att själva ta tillvara sina intressen.”

eljest ovanlig friskrivningsklausul i standardvillkor kan således komma att falla utanför avtalet såvida inte köparen gjorts uppmärksam på klausulen eller eljest bort känna till den.[672] Detsamma gäller om friskrivningen är så långtgående i förhållande till vad som normalt gäller (dvs. främst enligt dispositiv rätt) att den måste anses som särskilt tyngande. Här spelar det mindre roll om klausulen är preciserad eller allmänt hållen. Det avgörande är i stället vikten av klausulen för avtalet som helhet och i hur hög grad den avviker från särskilt dispositiv rätt. Sådana förhållanden som att klausulen är missvisande eller undanskymd kan även komma att påverka bedömningen,[673] liksom partsförhållandet. Vilken branschvana eller relevant sakkunskap som part besitter torde, också i kommersiella avtal, ha betydelse för vad som å ena sidan kan krävas ifråga om information av den som använder sådana friskrivningsklausuler och å andra sidan vad dennes motpart bort känna till om klausulerna. I hittillsvarande rättspraxis har prövning av sådana tyngande klausuler främst avsett skiljedomsklausuler och i något fall indexklausuler.[674] Inget talar dock för annat än att långtgående friskrivningar från köpföremålets kvalitet i och för sig kan vara att anse som särskilt tyngande.[675] Preciserade friskrivningar av det nämnda slaget i allmänna avtalsvillkor är dock knappast någon vanlig företeelse, i vart fall vad gäller de ledande standardavtalen. Vanligare är att sådana villkor ingår i det övriga avtalsunderlaget, framför allt i produktbeskrivningar och dylika handlingar.

För det andra om klausulen framstår som missvisande eller vilseledande. Även en preciserad friskrivning kan, på grund av sammanhanget eller med hänsyn till andra omständigheter, inte minst muntliga upplysningar som säljaren lämnat, orsaka missuppfattningar hos köparen. Om detta har varit säljarens avsikt eller om han medvetet utnyttjat köparens missförstånd finns det ingen anledning att låta friskrivningen skydda säljaren. Avtalslagens ogiltighetsregler om svek (30 §) eller om vissa förfaranden som strider mot tro och heder (33 §) kan i sådana fall bli tillämpliga.[676] Men också om i andra fall då friskrivningen av misstag fått en

[672] Se närmare härom under avsnitt 3.4.2.

[673] Jfr t.ex. motiveringen i det under avsnitt 3.4.2 omnämnda fallen NJA 1979 s 401 (indexklausul under missvisande rubrik) och NJA 1975 s 545 (på s 554 om möjligheten att åsidosätta särskilt betungande klausuler i standardvillkor insmugna med fin stil bland många andra bestämmelser).

[674] Se under avsnitt 3.4.2 refererad praxis.

[675] Bernitz anför således friskrivningar från ansvar för fel (och dröjsmål) som typiska exempel på sådana klausuler som kan vara att anse som särskilt tyngande. Bernitz, Standardavtalsrätt s 36.

[676] Möjligen kan det enligt 33 § avtalslagen räcka att säljaren av vårdslöshet underlåter att ta köparen ur dennes villfarelse i de fall då säljaren insett köparen missförstånd. Jfr Lehrberg, Förutsättningsläran s 490.

vilseledande eller i övrigt oklar innebörd kan den bli föremål för ingripanden. Dels kan friskrivningen falla bort genom tolkning med stöd av främst oklarhetsregeln eller regeln om restriktiv tolkning av friskrivningsklausuler. Utgör friskrivningen en del av allmänna avtalsvillkor kan uppgifter som tillfogats avtalet, skriftligen eller muntligen, beröva friskrivningen dess rättsverkan enligt standardavtalsrättsliga tolkningsprinciper.[677] Dels kan fel föreligga trots friskrivningen (eller på grund av en missvisande friskrivning) om säljaren av oaktsamhet vållat misstaget och därigenom föranlett att varan har blivit sämre än köparen haft fog att räkna med.[678]

En preciserad friskrivning, som införlivats med avtalet, kan för det tredje bli föremål för prövning enligt generalklausulen i 36 § avtalslagen om den är särskilt långtgående. Som nämnts förutsätts dock detta i princip ske endast undantagsvis.[679] I fråga om preciserade klausuler bör denna restriktiva hållning vara särskilt befogad. Ett undantag kan emellertid vara sådana kommersiella avtalsförhållanden i vilka partsbalansen till följd av särskilda omständigheter har rubbats. Omständigheter av detta slag kan ligga i avtalet eller i eventuella övriga avtal mellan parterna. Exklusivavtal med lång uppsägningstid som innebär att köparen

[677] Jfr t.ex. NJA 1951 s 645 och NJA 1964 s 152 (angående betydelsen av uppgifter som skriftligen tillfogats på standardavtalet eller i anslutning till detta) resp. NJA 1964 s 517 (researrangörs friskrivning från ansvar för skadat eller förkommet bagage kunde inte åberopas då resedeltagare förlorat sitt bagage på grund av arrangörens underlåtenhet att uppfylla en muntlig utfästelse om bevakning av resebagaget), NJA 1980 s 398 och NJA 1984 s 280 (ang. betydelsen av sådana muntliga uppgifter). I NJA 1980 s 398, som avsåg köp av fast egendom, sattes en friskrivning beträffande planförhållanden i ett tryckt kontraktsformulär ur spel med hänvisning till vad som muntligen förkommit mellan parterna. Jfr Bernitz, Standardavtalsrätt s 47 f. Jfr även NJA 1983 s 865 vari dock inte ansågs visat att från säljarens sida "...gjorts uttalanden som berättigat köparna till antagande att friskrivningsklausulen ej skulle vinna tillämpning.".

[678] Ang. säljarens vållande som felansvarsgrund se Lehrberg, Förutsättningssynpunkter på köprättens felbegrepp i SvJT 1990 s 543 ff (på s 565). Det omnämnda fallet NJA 1980 s 398 skulle kunna tjänstgöra som illustration. Den åberopade friskrivningen avsåg ett bestämt förhållande (rådighetsinkränkningar som kan följa av gällande planbestämmelser). Fastigheten var enligt gällande stadsplan utlagd till grönområde vilket på grund av risken för inlösen ansågs utgöra en påtaglig belastning. Detta var, ansåg HD, av sådan betydelse för köparen att denne vid "...bristande vetskap därom – och i fall då varken köpeskillingens storlek eller andra särskilda omständigheter talar däremot – bör kunna åberopa förhållandet som en sådan avvikelse från fastighetens förutsatta skick...". De muntliga upplysningar om planförhållandena som säljaren lämnade köparen medförde (i förening med vissa andra omständigheter) enligt HD att friskrivningen "...satts ur spel.". Ett annat sätt att se på saken skulle kunna vara att säljaren genom sitt agerande (främst de muntliga upplysningar han lämnat) vållat felet dvs. av oaktsamhet orsakat att fastigheten kommit att avvika från det skick som köparen (med fog) förutsatt. Fel skulle därmed anses föreligga utan hinder av den aktuella friskrivningen (som inte täcker sådana fel).

[679] Se not 671.

inte utan vidare kan vända sig till annan leverantör kan i vissa fall tänkas utgöra en sådan omständighet. Endast det förhållandet att friskrivningen används av ett större företag gentemot ett betydligt mindre behöver däremot, som bl.a. framgår av NJA 1979 s 483, inte innebära att obalans i partsförhållandet skall anses föreligga.

4.4 Friskrivning från påföljder

4.4.1 Inledning

Påföljder vid avtalsbrott kan principiellt ta sig en mängd olika uttryck alltifrån hävning till skadestånd och skyldighet att fullgöra avtalet. När det gäller kommersiella avtalsförhållanden måste utgångspunkten vara att det ankommer på parterna att bestämma konsekvenser av eventuella kontraktsbrott.[680] Den allmänna köplagen är som bekant dispositiv. Möjligheterna att med rättslig verkan reglera påföljder av avtalsbrott på annat sätt än vad sker i köplagen bör således vara betydande. Det är också mycket vanligt att så sker i standardavtal avsedda för kommersiella avtalsförhållanden.

Tekniken för att åstadkomma en anpassning av påföljderna till avtalets typ och karaktär varierar. Användning av friskrivningsklausuler utgör ofta ett led i denna anpassning. Vanligt är emellertid att standardvillkoren, vid sidan av inskränkningar i påföljder enligt dispositiv rätt, innehåller delvis andra typer av påföljder för kontraktsbrott eller ger part ett vidgat utrymme för att göra gällande vissa påföljder enligt de dispositiva reglerna. Exempelvis innebär köpavtalens påföljdsbestämmelser ofta en, i förhållande till köplagens regler, vidgad rätt att få fel avhjälpta genom reparation eller utbyte (omleverans) samtidigt som rätten till skadestånd begränsas.[681] Det är inte ovanligt att villkor som i realiteten utgör friskrivningar finns intagna under avtalets garantibestämmelser.[682] De senare innehåller således ofta en blandning av å ena sidan villkor som ger köparen andra eller utökade rättigheter i förhållande till de dispositiva reglerna och å andra sidan villkor som inskränker köparens rätt i förhål-

[680] Jfr Håstad, Den nya köprätten s 123.

[681] Se t.ex. NL 92 p 21, p 31 och p 35 samt ABM 92 p 19–20 och p 22.

[682] Se t.ex. IML 91 p 25 st 2, p 26, p 28 st 2 och p 31, ALOS 81 p 23 st 1 och p 26–27. Se även ECE 188 och 188 A exempelvis p 9.10 och 9.16 respektive p 23.8 och 23.14. Beträffande ECE gäller vad som sagts om friskrivning förhållandet till CISG och till köplagens regler.

lande till sistnämnda regler.[683] Vid försening utgör vite som regel den centrala påföljden, inte minst i de ledande standardavtalen.[684]

Beträffande konsumentavtalen förhåller sig dock saken annorlunda. Konsumentköplagens regler är väsentligen tvingande och utrymmet för friskrivningar så gott som obefintligt. Säljaren kan dock begränsa sitt skadeståndsansvar med avseende på förlust i näringsverksamhet enligt 32 § 3 st. Eftersom sådan skada lär vara sällsynt i konsumentsammanhang är denna möjlighet av mindre intresse. Det har emellertid föreslagits av utredningen om konsumenträttsliga frågor, att säljaren i en garanti skall kunna, under vissa förutsättningar, utesluta en eller flera av de påföljder som eljest skulle stå köparen till buds, dock inte rätten att hålla inne betalningen.[685] Friskrivningen skulle endast gälla så länge köparen åberopar sig på garantin. Förslaget har ännu inte lett till lagstiftning.

I den nya köplagen har man visserligen strävat efter att minska skillnaderna mellan lagens regler och vad som i allmänhet gäller enligt ledande standardavtal. Som redan antytts avviker dock standardavtalen alltjämt i många fall från köplagens lösningar.

Vid dröjsmål är således köplagens utgångspunkt att köparen får hålla fast vid köpet och kräva fullgörelse (23 §). Om dröjsmålet är väsentligt får han häva köpet, förutsatt att säljaren insett eller borde ha insett att förseningen var väsentlig (25 §). Köparen kan dessutom kräva skadestånd (27 §) och hålla inne betalningen (22 och 42 §§). Standardavtalen påbjuder regelmässigt vite – begränsat beloppsmässigt och/eller till viss del av kontraktssumman – som huvudsaklig påföljd vid dröjsmål.[686] Inte sällan är rätten att häva samtidigt inskränkt, exempelvis på det sättet att förseningen måste ha en viss längd.[687] Köparens rätt till ersättning för skada på grund av förseningen är vidare så gott som alltid begränsad, utom för det fall att säljaren gjort sig skyldig till grov vårdslöshet.[688] Begränsningen kan avse såväl ersättningsbeloppet – vanligen i relation till det avtalade priset (kontraktssumman) – som typen av skada. Det senare förefaller numera mindre vanligt vid dröjsmål, men det förekommer

[683] Se exempelvis de i föregående not omnämnda standardavtalen, under rubriken "Garanti".
[684] Exempelvis NL 92 p 13, ABM 92 p 6, IML 91 p 13, ALOS 81 p 17 och ORGALIME S 92 p 13.
[685] SOU 1995:11.
[686] Se not 684.
[687] Så exempelvis NL 92, IML 91, ORGALIME S 92 samt ECE 188 och 188 A. I avtalen uttrycks det vanligen så att köparen skall vara berättigad till maximalt vite.
[688] Se t.ex. NL 92, ORGALIME S 92 samt ECE 188 och 188 A.

exempelvis att ersättningen begränsas till att endast avse sådan skada som skäligen kunde förutses vid tiden för avtalsslutet.[689]

Vid fel är den centrala påföljden enligt köplagen avhjälpande (34 § 1 st). Om felet är väsentligt kan köparen kräva omleverans eller häva förutsatt att säljaren insett eller bort inse väsentligheten (34 § 2 st respektive 39 § 1st). För den händelse att reparation eller omleverans inte är aktuell kan köparen kräva prisavdrag (37 §). Han har dessutom rätt till skadestånd för de förluster som felet åsamkat honom (40 §). För direkta skador svarar säljaren enligt regeln om kontrollansvar, medan rätten till ersättning för indirekta skador förutsätter försummelse på säljarens sida eller att garanti föreligger (40 §). Liksom vid dröjsmål får köparen även hålla inne betalningen (42 §). Utgångspunkten i standardavtalen är vanligtvis densamma som i köplagen dvs. säljaren är primärt skyldig att avhjälpa eventuella fel genom reparation eller utbyte (omleverans). Beträffande övriga påföljder enligt köplagen innehåller de allmänna avtalsvillkoren ofta begränsningar av något slag. Köparens rätt att häva avtalet på grund av fel överensstämmer dock inte sällan med motsvarande rätt enligt köplagen.[690] Det är emellertid inte ovanligt att hävningsrätten förutsätter att säljaren efter anmodan inte uppfyllt sin skyldighet att avhjälpa felet.[691] Detsamma brukar gälla för köparens rätt att själv avhjälpa felet på säljarens bekostnad och för rätten till prisavdrag.[692] Rätten till ersättning för skada på grund av felet liksom till prisavdrag är regelmässigt begränsad till sitt belopp[693] och ibland till viss typ av skada[694]. Det senare avser vanligtvis följdskador i form av produktionsbortfall, utebliven vinst eller liknande. Det är vidare inte ovanligt att skadestånd, i motsats till vad som gäller enligt köplagen, är utesluten som "kompletterande" påföljd vid

[689] Exempelvis kan hänvisas till IML 91 (p 15 och p 35) samt ECE 188 och 188 A (p 11.1 respektive p 26.1). IML 91 innehåller den ytterligare begränsningen att skadan att skall utgöra en typisk följd av de ansvargrundande omständigheterna.

[690] Se t.ex. ABM 92 (p 21) och NL 92 (p 31 st 2) och ALOS 81. Enligt NL 92 krävs dock skriftligt meddelande vid hävning vartill kommer att säljaren som huvudregel endast svarar för fel som visar sig inom ett år från den dag godset levererades (p 22). Även ALOS 81 begränsar felansvaret i tiden till ett år (p 23).

[691] Exempelvis IML 91 (p 28) och ALOS 81 (p 26) samt det internationella Standardavtalet ORGALIME S 92 (p 33).

[692] T.ex. enligt NL 92 (p 31), ABM 92 (p 20) och ALOS 81 (p 26) samt ORGALIME s 92 (p 32–33).

[693] Gäller i princip samtliga stardardavtal som refererats till i detta sammanhang. Begränsningen sker vanligen i relation till köpeskillingen eller kontraktssumman varvid maximalt ersättningsbelopp sägs motsvara köpeskillingen eller viss procentuell andel av denna. Det förekommer även någon gång att maximalt belopp anges motsvara exempelvis visst antal basbelopp enligt lagen om allmän försäkring.

[694] Se t.ex. ABM 92 (p 22) och ALOS 81 (p 27).

sidan av avhjälpande eller prisavdrag.[695] Begränsningarna brukar inte gälla om det föreligger grov vårdslöshet på säljarens sida.[696] Rätten att hålla inne betalningen regleras mycket sällan i standardavtalen.[697] När avtalet tiger får man sannolikt motsättningsvis dra slutsatsen att denna påföljd inte står till köparens förfogande, särskilt om påföljder i övrigt, vilket är vanligt, regleras utförligt i avtalet.

En väsentlig fråga i sammanhanget är vilka ändamål som köpavtalens påföljder av kontraktsbrott har. Frågan är av intresse inte minst för bedömningen av påföljdsfriskrivningars räckvidd enligt 36 § avtalslagen.

Allmänt kan reglerna om påföljder av avtalsbrott ses som ett utflöde av principen om avtalets bindande verkan.[698] Det faktum att part inte uppfyllt sin del av avtalet medför inte att avtalet blir oförbindande, vare sig för den avtalsbrytande parten eller för dennes motpart. Påföljdsreglerna tjänstgör på olika sätt som medel för att uppnå en sådan bindande verkan hos avtalet. Deras blotta existens kan således, beroende på reglernas närmare utformning, förmodas ha en viss preventiv verkan med avseende på parternas benägenhet att bryta mot avtalet.[699] Vidare kan tillämpningen av påföljdsreglerna bidra till att avtalet genomförs i enlighet med sitt innehåll. Det senare framträder tydligast vid köplagens regler om rätten att kräva fullgörelse och avhjälpande eller omleverans vid dröjsmål respektive fel. Det är emellertid också tydligt att påföljdsreglerna inte avser att upprätthålla avtalet till varje pris. Det finns ibland väl så goda skäl för att medge avsteg från principen om avtals bindande verkan. En avtalad prestation kan som bekant i praktiken visa sig omöjlig att fullgöra. Den kan också, på grund av särskilda omständigheter, bli så betungande för parten att det inte framstår som rimligt att avkräva denne en oförändrad prestation. I sådana fall bör påföljdsreglerna i första hand syfta till att på annat sätt än genom fullgörelse söka trygga den icke avtalsbrytande partens berättigade utbyte av avtalet, dvs. i princip sådant detta blivit om avtalsbrott inte förekommit.[700] Även den avtalsbrytande

[695] Se exempelvis NL 92 (p 31) och ORGALIME S 92 (p 33). IML 91 tycks överhuvud inte medge skadestånd som påföljd vid fel. Även ECE 188 kan tolkas på samma sätt om än motiven till ECE förutsätter att köparen vid ett misslyckat avhjälpande får falla tillbaka på dispositiv nationell rätt (Commentary on the conditions for the supply of plant and machinery for export. UN Economic and Social Council. Economic Commission for Europe 169, 1953 s 8 f. Annorlunda dock enligt t.ex. ABM 92 (p 22) som medger sådan principiell rätt till skadestånd.

[696] NL 92 (p 35) och ORGALIME S 92 (p 37).

[697] Se dock t.ex. ABM 92 p 31 som medger sådan rätt.

[698] Jfr t.ex. Taxell, Avtalsrättens normer s 40 och densamme i Avtal och rättsskydd s 177.

[699] Christensen, Studier i köprätt s 30 f.

[700] Jfr Taxell, Avtalsbrott och påföljd i Festskrift till Nial s 493 ff och Christensen a.a. s 27 ff.

partens intressen måste emellertid beaktas i viss mån också i de fall då oförändrad prestation inte är omöjlig. Den förändrade prestationen får inte bli orimligt eller onödigt betungande för denne. Taxell har uttryckt liknande tankegångar genom att framhålla vikten av att påföljdsnormerna allmänt sett bidrar till att bevara, eller kanske snarare återskapa, partsbalansen dvs. den jämvikt som avtalet förutsätts ha grundlagt men som avtalsbrottet rubbat.[701] Vad som sagts nu kan även anses inrymma en slags civilrättslig proportionalitetsprincip. Kontraktsbrottet och dess påföljd bör stå i rimligt förhållande till varandra. Att exempelvis hävning enligt köplagen som regel kräver att avtalsbrottet är väsentligt[702] ligger i linje med denna princip.

Friskrivningsklausuler som rör påföljder kan som nämnts ta sig en rad olika uttryck. I sin mer renodlade form, som skall behandlas i det följande, kan man dock grovt sett dela in påföljdsfriskrivningar i följande tre typfall.[703] Generella friskrivningar som avser samtliga eller i huvudsak samtliga påföljder som eljest skulle stå till köparens förfogande (enligt köplagen). Preciserade dito som utesluter en eller flera men inte alla av köplagens påföljder. Partiell påföljdsfriskrivning som inte utesluter någon påföljd som gäller enligt dispositiv rätt men som är partiell i den meningen att den inskränker påföljdens räckvidd i något avseende. Inskränkningarna kan vara av skiftande natur men flertalet av dem faller in under någon av följande tre typer. Begränsningar som avser storleken av den ersättning som parten (köparen) eljest kunnat kräva. Vidare friskrivningar som tar sikte på att begränsa ersättningen till att endast avse vissa typer av skada. Slutligen klausuler som begränsar parts möjligheter att använda sig av en viss påföljd genom att ställa upp strängare förutsättningar än vad den dispositiva rätten gör. Ett exempel på den sistnämnda typen är villkor enligt vilka hävning eller vissa andra påföljder får tas i anspråk först om avtalsenligt avhjälpande ej skett. Ett ytterligare exempel är att skadestånd för indirekt förlust förutsätter grov vårdslöshet på säljarens sida. Det sistnämnda slaget av friskrivning framstår närmast som en blandform av de två huvudtyperna av friskrivningsklausuler, ansvarsfri-

[701] Taxell a.a. s 495. Jfr även Taxell, Köplagen. Några riktlinjer s 65 ff.

[702] 25 § och 39 § köplagen.

[703] Indelningen har likheter med den av Grauers använda men skiljer sig åt på ett antal punkter. Termen generell påföljdsfriskrivning används i stort sett på samma sätt medan preciserad friskrivning motsvarar vad Grauers kallar begränsad dito. Termen partiell friskrivning används inte av Grauers. Den motsvaras delvis av preciserad friskrivning med Grauers terminologi. Partiell friskrivning är dock som framgår ett vidare begrepp. Total friskrivning som beteckning på villkor vilka utesluter samtliga köplagens påföljder utan att sätta någon annan påföljd i stället används inte här. Se Grauers, Fel i sålt skepp s 94.

skrivning respektive ansvarsbegränsning.[704] Överhuvudtaget måste framhållas att några helt entydiga skiljelinjer mellan de olika slagen av friskrivningar knappast går att dra i synnerhet inte om man ser till hur friskrivningar används i det praktiska rättslivet. Å andra sidan är det sällan nödvändigt med sådana exakta åtskillnader när kategoriseringen som här främst tjänar syftet att underlätta och tydliggöra framställningen. Den föregående indelningen skall således fortsättningsvis användas som utgångspunkt för analysen av påföljdsfriskrivningars giltighet och räckvidd.

4.4.2 Generella påföljdsfriskrivningar

Eftersom köplagen är dispositiv måste som en allmän utgångspunkt gälla att friskrivningar också ifråga om påföljder är fullt giltiga. Det kan emellertid betvivlas att friskrivningar ens i kommersiella avtalsförhållanden får sker utan några inskränkningar. Till en början gäller även här de begränsningar som följer av gängse regler om inkorporering och om tolkning av friskrivningsklausuler som behandlats i det föregående.[705]

Beträffande frågan om generella påföljdsfriskrivningar i allmänna avtalsvillkor blivit del av det enskilda avtalet torde det finnas särskilt starka skäl för att anse sådana klausuler tyngande och därmed underkastade de särskilda krav som gäller i dessa fall. Rent allmänt får sådana friskrivningar snarast betraktas som typfall av uttalat betungande villkor.

Utrymmet för att tillämpa aktuella tolkningsprinciper som den s.k. oklarhetsregeln eller restriktiv tolkning av friskrivningsklausuler är dock vanligtvis begränsat. En generell friskrivning som avser påföljder av fel eller dröjsmål framstår mera sällan som oklar för köparen. Den i samband med särskilt fastighetsköp inte ovanliga formuleringen att "köparen förklarar sig avstå från alla anspråk mot säljaren på grund av fel eller brist i egendomen" eller liknande villkor kan således, enligt vad HD framhållit i flera fall, inte anses sakna klarhet.[706] I ett fall som avsåg en påstådd friskrivning i avtal om byggnadsentreprenad har HD dock från-

[704] Se avsnitt 1.5.

[705] Se under avsnitt 3.4.2.

[706] Se NJA 1975 s 545 (på s 554), NJA 1976 s 217 (på s 226 f) och NJA 1981 s 400 (på s 408). I NJA 1986 A 2 ansåg dock HD en friskrivning, enligt vilken en köpare av fast egendom inte ägde påtala fel eller brist – förutom sådana som bort upptäckas vid undersökning av fastigheten – som sammanhängde med egendomens ålder, byggnadssätt eller användning, inte omfatta dolt fel bestående i bristfällig isolering av ytterväggarna och i det norska fallet Rt. 1982 s 1357 ansågs att friskrivning enligt vilken egendomen övertogs "i foreliggende stand, uten ansvar for Vest-Telemark Naeringsbygg A/S [säljaren]" inte omfattade konstruktionsfel, vid avtal om köp av lagerbyggnad.

känt villkoret verkan på grund av det inte var tillräckligt tydligt. Det hävdades från entreprenörens sida att friskrivningen, som bestod av en garantibestämmelse, begränsade hans ansvarighet för fel till den i avtalet angivna garantitiden såvida det inte rörde sig om ett dolt fel som han vållat av grov oaktsamhet. Det framgår dock av motiveringen att utgången – förutom av villkorets lydelse – påverkats av det faktum att villkoret förekom i en garantibestämmelse som led i ett konsumentavtal.[707] Det är därför möjligt att utgången blivit en annan om villkoret ingått i ett kommersiellt avtal.

Återstår frågan om generella påföljdsfriskrivningars giltighet dvs. främst hur de skulle stå sig vid en prövning enligt 36 § avtalslagen.

Rättspraxis på området är mager och saknas så gott som helt beträffande köp av lös egendom. När det gäller köp av fast egendom mellan privatpersoner har HD i det tidigare omnämnda fallet NJA 1975 s 545 godtagit sådan friskrivning avseende ansvaret för fel och brist i egendomen.[708]

Det kan, framhöll HD, när det inte rör sig om ett nybyggt småhus, "...te sig fullkomligt förståeligt och respektabelt att säljaren vill slutligt reglera överlåtelsens följder genom avtalet...". Det faktum att avtalsförhållandet avsåg privatpersoner var som framgår av domskälen av betydelse för bedömningen. Det är med andra ord inte givet att utgången skulle bli densamma om det rört sig om ett kommersiellt avtalsförhållande. I NJA 1981 s 400 godtogs inte en sådan generell påföljdsfriskrivning för fel eller brist i en till konsument försåld fastighet. Säljaren som var fackman ansågs inte genom friskrivning av detta slag kunna frita sig från ansvar för ett dolt konstruktionsfel av allvarlig beskaffenhet som han orsakat på villafastigheten vid ombyggnad av denna. Det rörde sig emellertid här om ett konsumentliknande avtalsförhållande vilket enligt vad som framgår av domskälen haft avgörande betydelse för utgången.[709]

Det kunde tyckas näraliggande att på grund av vad som nu anförts, särskilt beträffande rättsfallet NJA 1975 s 545, dra den slutsatsen att generella påföljdsfriskrivingar i kommersiella avtalsförhållanden utan vidare bör anses tillåtna. Nyssnämnda fall avsåg dock som sagt avtal mellan privatpersoner. En säljare, som varken är fackman eller näringsidkare, kan normalt sett inte väntas ha tillräcklig beredskap för att uppfylla ett både ekonomiskt och tidsmässigt långtgående ansvar för fel i egendomen. Det kan heller inte bortses från köpföremålets art och karaktär. Särskilt äldre byggnader kan inrymma dolda eller svårupptäckta fel av skiftande slag som framträder mera tydligt först lång tid efter köpet. Sådana fel kan

[707] Se NJA 1985 s 397 II.

[708] Jfr även UfR 1978 s 976 och UfR 1979 s 1035 samt Vinding Kruse, Ejendomskøb s 183.

[709] Se närmare om fallet under avsnitt 4.1.3.

dessutom innebära en högst påtaglig ekonomisk belastning för den ansvarige. Det kan därför vara viktigt att riskfördelningen mellan parterna tydliggörs på ett tidig stadium. Den part som skall bära risken kan därigenom vidta åtgärder för att så långt möjligt skydda sig exempelvis genom fortlöpande tillsyn av fastigheten och genom att hålla egendomen försäkrad. När det gäller bedömningen av vem som bäst kan bära risker av det nämnda slaget talar åtskilligt för att svaret är köparen. Det torde till en början te sig mindre naturligt för en säljare som är privatperson att teckna försäkring, närmast av företagskaraktär, för att skydda sig mot förluster av det aktuella slaget. I den mån sådan försäkring står säljaren till buds, lär den inte heller ställa sig mer ekonomiskt fördelaktig än den motsvarande försäkring som köparen kan teckna, snarare tvärt om. Vidare måste köparen anses vara den av parterna som bäst kan kontrollera risken, om än dennes kontrollmöjlighet ibland kan vara nog så begränsad. Köparen har dock som nämnts åtminstone den möjligheten att genom underhåll och kontinuerlig tillsyn i många fall minska omfattningen av den ifrågavarande typen av förluster. Ett motsvarande resonemang är dock inte utan vidare överförbart på kommersiella förhållanden ens om avtalsföremålet i det nu berörda avseendet kan anses ha likheter med byggnader eller fast egendom. En professionell säljare av viss egendom är, i synnerhet om han dessutom är tillverkare, oftast den av parterna som har störst kunskap om köpföremålet och dess användning. Denne har vidare som regel tillgång till försäkring som täcker förluster av det aktuella slaget och som sannolikt – bl.a. som följd av vad som nämnts i det föregående – är ekonomiskt fördelaktig i förhållande till det försäkringsskydd som köparen eventuellt kan åstadkomma. Det sagda betyder inte nödvändigtvis att säljaren generellt sett måste vara den som bäst kan kontrollera risken och därmed sannolikt kan bära den till den lägsta kostnaden. Det förhåller sig snarare så att det i kommersiella avtalsförhållanden inte framstår lika klart vem av parterna som allmänt sett är den som bäst kan bära risken. Resultatet av en sådan riskbedömning kan säkert variera beroende på en rad omständigheter, inte minst arten och omfattningen av den verksamhet som säljaren respektive köparen bedriver.

Som framgått har HD ännu inte haft att ta ställning till frågan om giltigheten av en generell påföljdsfriskrivning i ett kommersiellt avtal om köp av lös egendom. Förutom möjligen vid försäljning av begagnad egendom torde det för övrigt vara sällsynt att sådana klausuler förekommer utan att åtminstone någon ersättningspåföljd är avtalad.

I fallet NJA 1988 s 230, som avsåg ett leasingavtal, har dock HD prövat räckvidden av en liknande friskrivning. Leasingbolaget friskrev sig från allt ansvar för leverantörens eventuella dröjsmål med leverans av leasingobjektet eller andra brister i leverantörens fullgörande av sina åta-

ganden och överlät samtidigt på leasetagaren att "...utöva den rätt uthyraren har eller får gentemot leverantören på grund av avtalet med denne.". Sedan leasetagaren hävt avtalet på grund av fel i leasingobjektet hävdade denne att friskrivningen var oskälig enligt 36 § avtalslagen eftersom leverantören vid en tvist med framgång skulle kunna hävda att leasetagaren saknade grund för ersättningskrav på grund av fel. HD konstaterade att leasetagarens rätt enligt avtalet att göra gällande särskilt skadeståndskrav mot leverantören på grund av fel visserligen var i viss mån osäker men att det inte fanns skäl att utgå ifrån att leasetagaren saknade all rätt mot leverantören. Efter att ha slagit fast att avtalet ingåtts mellan två i princip jämbördiga näringsidkare fann HD att friskrivningen inte var att anse som oskälig. I en skiljaktig mening beträffande motiveringen anförs bl.a.: att leasingavtalet vid en tolkning efter ordalydelsen kan sägas innefatta en osäker rätt för leasetagaren gentemot leverantören, särskilt beträffande rätten till skadestånd på grund av fel, att lydelsen dock kan inrymma en rätt att påkalla avhjälpande, prisavdrag eller hävning i den utsträckning som detta tillkommer leasingbolaget, att det i målet inte kunde anses styrkt att, som leastagaren velat göra gällande, denne saknade all rätt mot leverantören, samt att det med hänsyn härtill och till de fördelar för leasetagaren som leasingförhållande allmänt sett måste anses ha medfört avtalsvillkoren inte kunde anses oskäliga.

Det framgår således, såväl av majoritetens motivering som av den skiljaktiga meningen, att domstolens ledamöter gått in i en prövning av vilken rätt som kvarstod för leasetagaren efter friskrivningen. Det faktum att prövningen resulterade i att man inte kunde förutsätta att leasetagaren saknade all rätt mot leverantören blev tydligen avgörande. I den skiljaktiga meningen beaktades dessutom de fördelar som leasingavtalet allmänt sett medfört för leasetagaren. Slutsatsen när det gäller leasingförhållanden måste rimligen bli, att en friskrivning som kan visas ha den innebörden att den i princip berövar leasetagaren alla möjligheter att göra gällande påföljder såväl mot leasegivaren som mot leverantören vid finansiell leasing, som regel är oskälig. Vad som gäller vid kommersiella köpavtal är mer osäkert. Det förefaller dock svårt att motivera en väsentligt annorlunda bedömning för köpavtalens del. Visserligen kan det utifrån leasegivarens situation vid finansiell leasing vara försvarbart att denne friskriver sig från ansvar för fel och dröjsmål. Däremot är det svårt att se varför leverantören skulle bedömas väsentligen annorlunda än säljare i allmänhet. Mot bakgrund av särskilt påföljdsreglernas ändamål, förefaller det vidare äventyrligt att godta en ordning som innebär, att part väsentligen berövas sin rätt att göra gällande påföljder av kontraktsbrott. I praktiken blir avtalet därmed oförbindande för den friskrivande parten. Ett särfall som berörs i motiven till köplagen är friskrivningar som helt

utesluter säljarens regressansvar i vissa situationer. Om en tillverkare utnyttjar sin styrkeposition mot en underlägsen detaljist genom att friskriva sig från allt ansvar för fel i varan, är enligt motiven, friskrivningen ofta att anse som oskälig om detaljist som avser att sälja varan vidare till konsumenter därmed inte kan utkräva samma ansvar av tillverkaren.[710]

Vad som sagts hindrar naturligtvis inte att en sådan friskrivning trots allt kan tänkas stå sig i något enstaka fall, exempelvis vid avtal som typiskt sett innehåller uttalat "spekulativa" moment[711] eller om det framgår att köparen erhållit rimlig kompensation för friskrivningen.

Generella påföljdsfriskrivningar i standardvillkor torde som regel sakna rättsverkan också enligt tysk rätt. I tysk rätt följer detta främst av § 9 st 2 AGB-Gesetz när det gäller kommersiella avtal.[712] I något fall har Bundesgerichtshof dock godtagit sådana klausuler när förhållandena varit speciella. I ett fall, som kan förtjäna omnämnande, accepterades friskrivningen bl.a. med hänvisning till försäkringsförhållandena och till att beställaren – avtalet avsåg reparation och ombyggnation av ett fartyg – kunnat kontrollera risken för skada eller i vart fall påverka denna.[713] Enligt engelsk rätt blir frågan om glitigheten av sådana friskrivningar i kommersiella avtal i praktiken beroende av om de uppfyller the "Reasonableness Test". En påföljdsfriskrivning som avser ett ansvar – exempelvis beträffande varans kvalitet – för vilket friskrivning tillåts endast i den utsträckning som den passerar the "Reasonableness Test" är nämligen enligt the Unfair Contract Terms Act 1977 ogiltig i samma utsträckning som den förstnämnda friskrivningen.[714] I fallet George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd[715] ansågs således en långtgående friskrivning från skadeståndsskyldighet vid försäljning av felaktigt utsäde "unreasonable" enligt the Unfair Contract Terms Act.

4.4.3 Preciserade påföljdsfriskrivningar

Enligt vad som hävdats i det föregående finns det skäl anta att generella friskrivningar som i princip berövar köparen all rätt att göra påföljder gällande som regel inte är tillåtna i kommersiella avtalsförhållanden enligt 36 § avtalslagen. Vad som skall behandlas i det följande är räck-

[710] Prop 1988/89:76 s 66.
[711] Jfr Hagstrøm, Urimelige avtalevilkår s 32. Förhandlingarna på det 33:e nordiska juristmötet i Köpenhamn den 18–20 augusti 1993.
[712] Se närmare avsnitt 2.1 och där lämnade hänvisningar.
[713] BGHZ 103, 316. Se även under 2.1.
[714] Section 13 (1) (b). Se även Atiyah, The Sale of Goods s 223 f.
[715] [1983] 2 AC 803.

vidden av friskrivningar som endast inskränker ansvaret genom att utesluta vissa påföljder eller sådana friskrivningar i kombination med villkor som ger motparten rätt till andra former av påföljder eller medger denne en vidgad tillgång till kvarvarande påföljder enligt dispositiv rätt. Det senare formerna av friskrivning är synnerligen vanliga i standardavtalen. En ofta tillämpad påföljdsreglering vid försening är att vite utgör den centrala påföljden. Denna kombineras med en begränsad hävningsrätt och en likaledes begränsad rätt till skadestånd. Andra påföljder är i princip uteslutna.[716] Vid fel utgör avhjälpande den primära påföljden och är vanligen ograverad i förhållande till köplagens regler. Övriga påföljder är ofta inskränkta i förhållande till vad som gäller enligt dispositiv rätt men inte uteslutna. Dock brukar köparen sällan medges rätt att hålla inne betalningen.[717]

Som tidigare påpekats måste utgångspunkten allmänt sett vara att parterna själva kan disponera över avtalet också när det gäller påföljder av avtalsbrott. När det i det föregående har hävdats att generella påföljdsfriskrivningar, som lämnar motparten utan möjlighet att göra gällande påföljder, normalt torde vara att anse som oskäliga, får det ses som ett uttalat undantag. Sådana friskrivningar kan vid inträffade avtalsbrott ofta anses rubba partsbalansen på ett grundläggande plan.[718] Preciserade friskrivningar av det slag som exemplifierats ovan kan mera sällan sägas ha denna inverkan på jämvikten mellan parten. Preciserade friskrivningar i kommersiella avtal torde därför ofta godtas.

Det kan naturligtvis tänkas att en sådan påföljdsfriskrivning i praktiken lämnar kvar endast en rudimentär rätt för köparen att utkräva ansvar av sin kontraktsmotpart eller att den påföljd som enligt avtalet står till köparens förfogande senare visar sig verkningslös och att friskrivningen därför inte bör godtas. Om exempelvis köparen som sin väsentligen enda påföljd har att kräva avhjälpande och säljaren misslyckas eller tar orimligt lång tid i anspråk för att åtgärda felet bör köparen normalt sett medges någon alternativ påföljd i form av t.ex. prisavdrag, rätt att avhjälpa felet på säljarens bekostnad eller hävningsrätt och skadestånd.[719] I den norska skiljedomen ND 1979 s 231 ansågs köparen således ha rätt till

[716] Se närmare avsnitt 4.4.1.

[717] Se avsnitt 4.4.1.

[718] Jfr UNIDROIT Principles 7.1.6 vari, som förtydligande av vad som avses med att en part inte kan åberopa sig på en friskrivningsklausul om det skulle vara "...grossly unfair to do so...", anförs att detta framför allt är fallet om klausulen "...is inherently unfair and its application would lead to an evident imbalance between the performances of the parties." (se kommentaren under p 5).

[719] Jfr SOU 1972:28 s 154. Jfr även Wetterstein, Säljarens garantiutfästelser vid lösöreköp s 163 ff.

såväl hävning som skadestånd när den enligt avtalets ordalydelse enda påföljden vid fel utgjordes av rätt att få felet avhjälpt men säljaren misslyckats med att företa rättelse.[720] I NJA 1979 s 483 hade fel i köpföremålet inte avhjälpts enligt avtalet. Köparen krävde skadestånd. Säljaren hänvisade till att han friskrivit sig från sådant ansvar förutom i det fall att han gjort sig skyldig till grov vårdslöshet. HD tolkade friskrivning så att den endast omfattade indirekt skada, en tolkning som i och för sig förefaller tveksam, såväl sedd till klausulen som sådan som till avtalet som helhet.[721] Friskrivningen ansågs gälla även om avhjälpandepåföljden, som i detta fall, inte fullgjorts i enlighet med avtalet. Till skillnad från förhållandet i ND 1979 s 231 var emellertid köparen här enligt avtalet berättigad till såväl hävning som avhjälpande på säljarens bekostnad. Utgången är därför förenlig med den ståndpunkt som hävdats ovan. I UfR 1986 s 654 H hade säljaren av ett produktionsverktyg inte lyckats avhjälpa fel under loppet av ett halvår. Säljaren tilläts inte åberopa sig på garantibestämmelsen som erbjöd avhjälpande men bl.a. uteslöt rätt till ersättning för driftsförlust (utebliven vinst).[722]

Beträffande inkorporering och tolkning av preciserade påföljdsfriskrivningar kan i stort hänvisas till vad som sagts ovan om generella dito. Även preciserade friskrivningar måste som regel anses tyngande, såvida inte avtalet innehåller skälig kompensation i form av exempelvis godtagbara ersättningspåföljder. När det gäller tillämpningen av främst oklarhetsregeln och restriktiv tolkning av friskrivningsklausuler kan det emellertid oftare föreligga risk för att klausulen sätts åt sidan eller reduceras till sin verkan. Inte minst användningen av sådan friskrivningsklausuler i eller under vad som anges vara garantivillkor kan skapa oklarhet om

[720] Se närmare om fallet under avsnitt 4.1.3.

[721] Klausulen hade följande lydelse: "Utöver vad som föreskrivs i punkt 21 har säljaren intet ansvar för fel, även om de beror på orsak, som förelåg innan risken för godsets förstörelse övergick på köparen. Säljaren är icke skyldig att till köparen utge någon som helst ersättning vare sig för personskada, skada på egendom, som icke omfattas av avtalet, utebliven vinst eller annan förlust eller indirekt skada, såvida icke framgår av omständigheterna i fallet, att säljaren gjort sig skyldig till grov vårdslöshet.". I punkt 21 föreskrivs att säljaren skall "...avhjälpa alla genom bristfälligheter i konstruktion, material eller tillverkning uppkommande fel.". Se NJA 1979 s 483 på s 485 f. Se även Håstad, Den nya köprätten s 126 f.

[722] Se även NJA 1943 A 193, NJA 1944 A 70, UfR 1942 s 1035 H, UfR 1969 s 152 H, UfR 1972 s 62 H, UfR 1972 s 109 H, UfR 1975 s 339, Rt. 1960 s 1055, RG 1968 s 638 E, och NDs 1959 s 222. Jfr även NJA 1939 s 588. I samtliga fall hade säljarens garantiåtagande att avhjälpa fel antingen misslyckats eller inte utförts inom rimlig eller skälig tid. Huruvida situationen i NJA 1944 A 70 rörde ett kommersiellt avtalsförhållande eller vad som numera betecknas som konsumentköp framgår inte klart av referatet.

innebörden av friskrivningen och även tänkas få denna att framstå som överraskande.[723]

4.4.4 Partiella påföljdsfriskrivningar

I många sammanhang kan det finnas anledning att genom inskränkningar modifiera en eller flera av köplagens påföljder på olika punkter utan att för den skull slopa påföljden ifråga. Avtalets art och karaktär, inte minst partsförhållandets och köpföremålets beskaffenhet och användning, kan motivera sådana åtgärder, främst från säljarens sida. Det finns en lång rad av möjliga modifieringar som kan användas i sådant syfte. Här skall behandlas de i standardavtalen vanligast förekommande inskränkningarna av denna typ. Det rör sig i huvudsak om tre slag av klausuler. Sådana som inskränker köparens tillgång till viss eller vissa påföljder genom att ställa strängare krav än vad som följer av dispositiv rätt. Klausuler som vid skadestånd respektive prisavdrag begränsar ersättningsbeloppets eller prisavdragets storlek. Slutligen friskrivningar enligt vilka rätten till ersättning är inskränkt med avseende på typen av skada. Som framgår handlar det i hög grad om begränsningar som berör skadeståndspåföljden.

Den förstnämnda gruppen som begränsar – men inte utesluter – tillgången till viss påföljd kan illustreras med två vanligt förekommande friskrivningar vid fel. För att köparen skall medges rätt till skadestånd för utebliven vinst, produktionsbortfall eller annan följdskada krävs att säljaren gjort sig skyldig till grov vårdslöshet.[724] Köparens rätt att påkalla hävning, kräva prisavdrag eller företa rättelse på säljarens bekostnad förutsätter att den senare inte uppfyllt sin skyldighet att avhjälpa felet.[725]

Förekomsten av det förstnämnda slaget av klausuler får närmast ses mot bakgrund av att utrymmet för friskrivning från skada orsakad av grov vårdslöshet, enligt vad som hävdats i det föregående, är starkt begränsat.[726] En friskrivning som sträcker sig längre skulle således i många fall vara av ringa värde för säljaren.

Frågan om giltigheten av partiella påföljdsfriskrivningar med avseende på indirekta skador har varit föremål för Högsta domstolens prövning i

[723] Jfr NJA 1979 s 401 som dock avsåg ett villkor i konsumentavtal. Se närmare om fallet under avsnitt 3.4.2.
[724] Så exempelvis enligt NL 92 p 35 och ALOS 81 p 27 samt ORGALIME S 92 p 37. Jfr även ABM 92 p 22.
[725] Se t.ex. NL 92 p 31, IML 91 p 28 och ALOS 81 p 26. IML 91 medger dock överhuvud inte prisavdrag som påföljd vid fel.
[726] Se avsnitt 4.1.2.

fallet NJA 1979 s 483.[727] Domstolen godtog friskrivningen efter att ingående ha prövat om klausulen var "obillig" eller "otillbörlig".[728] Sistnämnda terminologi hänger samman med att 36 § avtalslagen ännu inte trätt ikraft vid tiden för delgivning av stämning i målet. Fallet avgjordes därför på denna punkt formellt enligt grunderna för 8 § skuldebrevslagen. Det framgår dock av domskälen att domstolen i huvudsak följt de riktlinjer som gäller för tillämpningen av 36 §. Påföljdsfriskrivningar av det ifrågavarande slaget är således i princip tillåtna i kommersiella avtalsförhållanden. Särskilda förhållanden kan emellertid medföra en annan bedömning. Främst två omständigheter kan därvid tänkas få betydelse: dels parternas närmare styrkeförhållanden, inte minst om detta manifesterat sig i att den starkare parten ensidigt upprättat de allmänna villkoren, dels vilka eventuella övriga påföljder som står till köparens förfogande. Vilken typ av verksamhet som köparen bedriver och vilken typ av egendom som köpet avser kan också tänkas påverka bedömningen. I ett finskt fall, refererat i NDs 1994 s 88, som angick en "ansvarsbegränsningsklausul" i ett annonsavtal, anförs i en skiljaktig mening beträffande motiveringen, liknande argument främst som skäl för att inte anse klausulen särskilt tyngande ("speciellt strängt"). Som en verksamhet i stor skala är publicerandet av annonser utsatt för en betydande felrisk framhålls det. Vidare sägs att friskrivningen närmast gäller indirekta skador som är svåra att förutse medan de för branschen typiska direkta skadorna ersätts.

Att köparen vid fel i köpföremålet måste avvakta säljarens avhjälpande, om ett sådant kan ske, innan han får använda sig av andra påföljder är en vanlig reglering i standardavtalen. I föregående avsnitt har hävdats, beträffande preciserade påföljdsfriskrivningar särskilt i garantibestämmelser, att dessa sällan kan anses på ett avgörande sätt rubba den grundläggande partsbalansen i avtalsförhållandet. Detsamma kan som regel med än större fog sägas gälla ifråga om partiella påföljdsfriskrivningar av den nyssnämnda typen. Om emellertid säljaren enligt avtalet kan anses ha förbehållit sig en oskäligt lång tid för att verkställa rättelse måste köparen anses ha rätt att göra gällande vissa andra påföljder, framför allt hävning. Det torde följa redan av det förhållandet att en sådan rätt, enligt vad som hävdats ovan, föreligger även om köparen inte medgivits andra påföljder enligt avtalet. Principiellt kan med andra ord de ytterligare förutsättningar, som uppställs för att köparen skall få ta i anspråk viss eller vissa påföljder, undantagsvis vara av så ingripande betydelse för denne, att friskrivningen trots allt inte bör tillåtas.

[727] Se även de finska domarna i NDs 1959 s 222 och NDs 1994 s 88.
[728] Fallet kommenteras närmare under avsnitt 4.1.3 till vilket hänvisas.

Friskrivningar som tar sikte på att beloppsmässigt begränsa eventuell utgående ersättning utgör snarast ett stående inslag i standardavtalen. Sådana begränsningar är, som framhållits, många gånger befogade som ett led i riskfördelningen mellan parterna. De tjänstgör även som medel för att stärka parternas – i synnerhet säljarens – möjligheter att bedöma de ekonomiska risker som är förenade med avtalet. Allmänt sett torde det inte finnas anledning att försvåra sådana lösningar. Något refererat fall där räckvidden av en sådan klausul prövats civilrättsligt finns veterligen inte i svensk rätt. Det saknas dock anledning anta annat än att friskrivningar av detta slag i kommersiella avtal i de allra flesta fall skulle stå sig vid en sådan prövning. Undantagsvis kan ansvarsbegränsningens räckvidd tänkas bli inskränkt genom tolkning eller bli åsidosatt eller jämkad med stöd av 36 § avtalslagen. Ett tänkbart skäl kan vara om friskrivningen har en så komplicerad utformning att det är svårt för köparen att göra sig en uppfattning om vad begränsningen egentligen innebär. Det måste dock sägas att de klausuler som vanligen brukas i sammanhanget, dvs. en begränsning till viss andel av kontraktssumman, sällan lider av sådan oklarhet. Tvärtom måste man säga att de beloppsmässiga begränsningarna, vid en jämförelse med andra former av friskrivningar, ofta framstår som enkla att bedöma ifråga om sin konsekvenser. En faktor som kan få betydelse för oskälighetsbedömningen är naturligt nog omfattningen av beloppsbegränsningen. I synnerhet hur denna ställer sig i förhållande till storleken av de typiska skador som skadeståndet (eller prisavdraget) avser. Vidare vilken typ av skador som begränsningen tar sikte på, typiska s.k. direkta skador eller indirekta dito av typen utebliven vinst eller produktionsbortfall. Ett relativt färskt fall från Marknadsdomstolen talar i denna riktning. I villkor som använts i annonsavtal mellan näringsidkare hade kundens rätt till ersättning på grund av att textuppgift eller bildannons varit felaktig begränsats till högst ett belopp som motsvarade textuppgiftens eller bildannonsens pris. Villkoret befanns oskäligt enligt lagen om avtalsvillkor mellan näringsidkare. En begränsning av skadeståndsansvaret i sig – exempelvis beträffande omsättnings- och produktionsbortfall – ansågs visserligen befogad, inte minst med hänsyn till möjligheten att kunna förutse de ekonomiska risker som var förenade med avtalet. Marknadsdomstolen ansåg emellertid att villkoret i alltför hög grad begränsade kundens rätt till skälig ersättning för kostnader som uppkommit som en direkt följd av felet. Ansvarsbegränsningen innebar t.ex., framhölls det, att många kunder själva får bära större delen av kostnaderna för annan annonsering.[729]

[729] MD 1995:3.

En ansvarsbegränsning som innebär att motparten inte får rimlig ersättningen för vad som typiskt utgör direkt skada tycks således som regel vara att anse som oskälig enligt avtalsvillkorslagen, i vart fall när det gäller annonsavtal. I enskilda avtalsförhållanden måste man dock räkna med att ytterligare faktorer kan komma att påverka oskälighetsbedömningen. Det är med andra ord inte givet att en sådana ansvarsbegränsning regelmässigt skulle sättas åt sidan vid en civilrättslig bedömningen.[730] Avtalets karaktär, inte minst vilka risker som är förknippade med avtalet, kan få betydelse. Även frågan om vem som bäst kan kontrollera sådana risker som friskrivningen avser bör kunna påverka bedömningen. Parternas styrkeförhållanden och köparens avsaknad av försäkringsmöjligheter, liksom inte minst innebörden av de ytterligare påföljder som eventuellt står köparen till buds enligt avtalet, är andra faktorer som kan bli av betydelse.[731]

När det gäller partiella påföljdsfriskrivningar som utesluter eller begränsar köparens rätt till ersättning för viss typ av skada (förlust) har de i standardavtalen vanligast förekommande fallen redan behandlats, nämligen friskrivning som avser följdskador av typen indirekt skada. En annan vanlig friskrivning av detta slag, som förtjänar att nämnas, är klausuler enligt vilka säljaren inte svarar för skador på annat än köpföremålet, dvs. s.k. produktskador.[732] Produktskada omfattas inte av köplagens ersättningsregler.[733] Enligt produktansvarslagens tvingande regler kan dock en säljare – förutom på kontraktsmässig grund eller enligt skadeståndslagen – under vissa förutsättningar vara skyldig att, oberoende av om han varit vårdslös, utge ersättning för personskada som en produkt har orsakat på grund av en säkerhetsbrist.[734] För konsumentegendom gäller detta även beträffande sakskada.[735] I de kommersiella standardavtalen

[730] I en dom av Högsta domstolen i Finland, refererad i NDs 1994 s 88, upprätthölls således en ansvarsbegränsning av motsvarande slag som det som var föremål för prövning i MD 1995:3. Motiveringen är knapphändig. Efter att ha konstaterat att villkoret blivit del av det enskilda avtalet anför domstolen huvudsakligen att det fel som inträffat vid publiceringen av annonsen föll under den aktuella ansvarsbegränsningen samt att villkoret inte heller var oskäligt.

[731] Jfr Wetterstein a.a. s 233 ff.

[732] Se exempelvis NL 92 p 36, ALOS 81 p 27 och ORGALIME S 92 p 38. ALOS 81 förefaller frita säljaren även för personskada ("Säljaren svarar inte för andra skador till följd av fel än skador på godset."...) vilket strider mot den tvingande bestämmelsen i 1 § produktansvarslagen om skadan orsakats av en säkerhetsbrist. Möjligen kan villkoret med viss välvilja tolkas så att det endast avser sakskada. I den senare delen av villkoret talas nämligen om skador på annan "egendom" än köpföremålet.

[733] 67 § köplagen.

[734] 1 § 1 st samt 6 och 7 §§ produktansvarslagen.

[735] 1 § 2 st samt 6 och 7 §§ produktansvarslagen.

görs vanligen, liksom ifråga om indirekt skada, undantag för det fall att säljaren orsakat skadan genom grov vårdslöshet. Ansvaret för produktskada faller strängt taget utanför ramen för ämnet och behandlas därför inte närmare.

DEL III

AVSLUTNING

5 Sammanfattande analys

Den rättsliga kontrollen av friskrivningsklausuler i standardvillkor utövas, såvitt gäller nordisk rätt, främst efter tre vägar. Genom tvingande civilrättslig lagstiftning, genom offentligrättslig lagstiftning (näringsrättslig metod) samt i form av judiciell kontroll (öppen och dold).

Den civilrättsliga kontrollen har successivt byggts ut under de senaste decennierna genom specifika regler för olika rättsområden bl.a. köp av lös egendom. Metoden har emellertid hittills i stor utsträckning varit inriktad på kontroll av avtal i konsumentförhållanden. För de kommersiella avtalens del har metoden begränsad tillämpning och berör knappast alls köpavtalen som är föremålet för denna framställning. Den egentliga kontrollen av friskrivningsklausuler i kommersiella köpavtal utövas främst genom den judiciella kontrollen av avtalsvillkor. Den konsumenträttsliga lagstiftningen kan dock indirekt få betydelse även för kontrollen av friskrivningsklausuler i kommersiella avtalsförhållanden, genom att tjänstgöra som referenspunkt vid oskälighetsbedömningen enligt 36 § avtalslagen. Det gäller kanske främst då dispositiv lagstiftning saknas men även eljest, inte minst om partsbalansen i avtalsförhållandet liknar konsumentavtalets.[736]

Den näringsrättsliga kontrollen beträffande friskrivningsklausuler i kommersiella avtalsförhållanden måste, åtminstone hittills, anses ha spelat en relativt underordnad roll. Endast enstaka avgöranden av Marknadsdomstolen, som rör friskrivningsklausulers oskälighet i sig, föreligger. En väsentlig förklaring till detta är sannolikt betoningen av partsautonomins betydelse för de kommersiella avtalen liksom att talan om förbud endast kan föras av sammanslutning av näringsidkare eller enskild näringsidkare mot vilken villkoret riktar sig. Någon offentlig övervakning motsvarande den som förekommer beträffande konsumentavtal finns inte. Utrymmet för att förklara sådana villkor som i sig oskäliga torde normalt sett vara i än högre grad begränsat, än vad som gäller vid en civilrättslig prövning av avtalsvillkor enligt 36 § avtalslagen. Metoden

[736] Se t.ex. HD:s bedömning i NJA 1979 s 483 (på s 514 f).

kan trots allt tänkas ha en viss preventiv verkan, genom att i någon mån verka återhållande på förekomsten av långtgående friskrivningar i standardvillkor.

Den metod som historiskt spelat störst roll är som framgått den kontroll som utövas inom ramen för domstolarnas verksamhet, i synnerhet den del som brukar kallas den dolda kontrollen. Det senare gäller särskilt tiden före tillkomsten av 8 § skuldebrevslagen. Metoden kom tidigt till användning som ett sätt att, delvis i brist på andra redskap, komma till rätta med oacceptabla resultat av friskrivningsklausulers och andra tyngande villkors användning, särskilt i standardavtal. Metoden innebär att sådana klausuler angrips från två olika håll. Dels uppställs särskilda kriterier för att klausulerna skall anses ingå i det enskilda avtalet och därmed över huvud tillerkännas någon rättsverkan. Dels begränsas klausulernas räckvidd genom domstolarnas tolkande verksamhet. Den dolda kontrollen syftar till att söka motverka att part blir bunden av friskrivningsklausuler, eller andra för honom särskilt betungande villkor, som han inte känt till eller bort känna till vid avtalets ingående och som han därför inte tagit ställning till. Kontrollen kan vidare sägas förhindra att part blir bunden av sådana klausuler i vidare mån än vad som klart framgår av klausulernas lydelse. En sådan ordning kan åtminstone i någon mån motverka förekomsten av tvetydiga eller i övrigt vilseledande avtalsvillkor.

En nackdel med den s.k. dolda kontrollen kan tyckas ligga i att den framstår som just "dold". Det kan således hävdas att metoden använder sig av kontrollinstrument vars syften inte direkt framgår eller är andra än de som instrumentet normalt har. Resultatet kan därmed bli att parternas möjligheter att förutse utgången av en eventuell tvist i domstol eller av ett skiljeförfarande minskar. Efterhand som vägledande rättspraxis tillkommer ökar dock förutsebarheten för parterna. Metoden gör så att säga allt mindre skäl för sin beteckning. Den relativt rikhaltiga praxis som numera existerar på området medför således, enligt min mening, att den tänkbara nackdelen i form av minskad förutsebarhet inte är särskilt besvärande. Det kan diskuteras om exempelvis förutsebarheten är nämnvärt större enligt den öppna kontrollen vid tvister som avgörs med tillämpning av 36 § avtalslagen.

Till förmån för den dolda kontrollen talar främst två förhållanden. Den gör det möjligt att förhindra att part blir bunden av friskrivningsklausuler i standardavtal, som han i praktiken inte tagit ställning till och som framstår som särskilt betungande eller överraskande för honom, även om de i och för sig inte kan anses oskäliga i den mening som avses i 36 § avtalslagen. Att parter får finna sig i att "normala" villkor som är vanligt förekommande i vissa fall blir bindande framstår i regel som acceptabelt

även om parten i realiteten inte tagit ställning till villkoret vid avtalsslutet. En ordning som innebär att detsamma gäller även oväntade eller särskilt betungande villkor – vare sig dessa utgörs av friskrivningsklausuler eller ej – skulle däremot minska säkerheten i omsättningen[737] och riskera att skada förtroendet för rättsreglerna. Det skulle i sin tur kunna utgöra en hämsko på utvecklingen av handeln.

När det gäller domstolarnas tolkande verksamhet i form av främst tillämpning av oklarhetsregeln och regeln om restriktiv tolkning av friskrivningsklausuler, kan det väl i och för sig med visst fog sägas, att liknande resultat i många fall kan uppnås med hjälp av den öppna kontrollen. De aktuella tolkningsreglerna kan dock som nämnts ha den fördelen att de åtminstone i viss utsträckning bidrar till att främja precision och klarhet vid utformningen av friskrivningsklausuler och andra avtalsvillkor. Det kan vidare finnas anledning att så långt möjligt hålla isär tolkningsverksamheten och den oskälighetsbedömning som sker inom ramen för den öppna kontrollen. Om betydelsen av en friskrivning, eller för den delen annat avtalsvillkor är oklar, bör det från systematisk synpunkt vara riktigt att – sedan det konstaterats att villkoret blivit del av avtalet – fastställa friskrivningens innehåll innan en eventuell oskälighetsbedömning enligt 36 § avtalslagen förtas. En sådan ordning kan bidra till en mer konsekvent och begriplig rättstillämpning.[738] Det förutsätter dock att domstolarna avstår från att använda sig av den typ av ansträngd tolkning som primärt syftar till undvika ett oskäligt avtalsinnehåll. Tolkningen bör med andra ord, här liksom eljest, gå ut på att bestämma vilket innehåll avtalet ifråga har som rättsfaktum.[739] De tolkningsregler som tillämpas inom ramen för den dolda kontrollen medger visserligen att en friskrivningsklausul kan ges ett delvis annat innehåll än den parterna avsett eller faktiskt uttryckt vilket medför att tolkningsförfarandet får drag av närmast utfyllande verksamhet. Så länge reglerna inte pressas kan de emellertid, åtminstone primärt, ses som remedium för att tolka avtalets innehåll i vissa tveksamma fall. Det gäller såväl oklarhetsregeln som regeln om restriktiv tolkning av friskrivningsklausuler. I vart fall om den senare, som är fallet i denna framställning, snarast betraktas som en preciserad tillämpning av oklarhetsregeln. En alternativ metod att handskas med sådana situationer – då friskrivningsklausuler i standardavtal är oklara

[737] Härmed avses i detta sammanhang att part, under den angivna förutsättningen, kan tvingas godta och genomföra avtal vars innehåll på betydelsefulla punkter avviker från vad parten avsett eller skulle ha acceptera om han tagit ställning till avtalet i sistnämnda delar.
[738] Jfr Bernitz i Festskrift till Sveriges Advokatsamfund s 113 och densamme i Standardavtalsrätt s 111 f.
[739] Se bl.a. Ussing, Aftaler s 421 och Vahlén, Avtal och tolkning s 193 samt Lehrberg, Avtalstolkning s 3.

och parterna hävdar olika uppfattningar om klausulernas innebörd utan att något påtagligt talar för den ena partens uppfattning framför andra partens – skulle vara att helt enkelt konstatera att avtalet tiger på den aktuella punkten. Resultatet skulle därmed i praktiken kunna bli detsamma som vid renodlad utfyllning. Dispositiv rätt skulle med andra ord i många fall bli bestämmande för parternas mellanhavanden i det omtvistade avseendet. En annan möjlighet är, som antytts, att primärt använda tolkningsregler för att åstadkomma ett skäligt resultat även om det innebär att man fjärmar sig från vad som normalt avses med tolkande verksamhet. Ett ytterligare alternativ är att väsentligen förlita sig på den öppna kontrollmetoden. Sedan tolkning i inskränkt (egentlig) betydelse skett fastställs avtalsinnehållet genom att tolkningsresultatet jämförs med och anpassas till vad som följer av tvingande regler inklusive 36 § avtalslagen.

Att behandla situationen på i princip samma sätt som vid utfyllande tolkning är en möjlighet som dock i vissa avseenden framstår som tvivelaktig. Att i realiteten fylla ut avtalet trots att parterna är ense om att den omtvistade frågan regleras i avtalet är till en början tveksamt ur processrättslig synvinkel. Det är inte heller givet att en utfyllning med dispositiv rätt – i detta sammanhang ofta köplagens regler – är att föredra framför övriga metoder om man enbart ser till resultatet. En sådan lösning innebär ju att avtalet fylls ut med en schablonartad regel som inte är särskilt anpassad till den individuella situationen.[740] Dispositiva lagregler utgör för övrigt, som bl.a. Hellner understrukit, inte nödvändigtvis ens de bästa "genomsnittsreglerna".[741] Inte sällan framstår de i stället som ett slags reservregler.[742] Metoden att använda tolkningsregler primärt som ett sätt att begränsa räckvidden av friskrivningsklausuler är som redan berörts inte heller särskilt lyckad. Systematiska skäl och i viss mån kravet på förutsebarhet i rättstillämpningen – särskilt i ett längre perspektiv – talar emot metoden. Att i huvudsak förlita sig på den s.k. öppna kontrollen framstår i förstone som det mest tilltalande alternativet. Av motiven till 36 § avtalslagen att döma förefaller det också som lagstiftaren eftersträvat en sådan ordning.[743]

Även den öppna metoden tillämpad på nyssnämnda sätt stöter emellertid på problem. För att bedöma om en friskrivningsklausul strider mot

[740] Visserligen kan även utfyllning ske utifrån för avtalssituationen mer individuella förhållanden (s.k. individuell utfyllning), men det torde vara ofrånkomligt att köplagens regler allmänt sett får stor genomslagskraft vid utfyllning av köpavtal. Jfr Vahlén, Avtalstolkning s 195 angående 1905 års köplag.

[741] Hellner, Kommersiell avtalsrätt s 92.

[742] A.a. st.

[743] Se prop. 1975/76:81 s 103 och SOU 1974:83 s 115 f.

36 § avtalslagen, eller för den delen mot någon annan tvingande rättsregel, måste först klausulens innebörd fastställas. Om man stannar för att med tolkning i inskränkt mening endast avse sådan verksamhet som går ut på att bestämma det skriftliga avtalets språkliga betydelse och partsavsikten utgör tolkningen ett i sammanhanget många gånger trubbig instrument. Den förmår nog så ofta inte att helt undanröja oklarheter om avtalets innebörd. Det finns därför en klar risk för att tolkning, av ett mer vittgående slag, i praktiken kommer att mer än vad som är nödvändigt vävas samman med bedömningen av avtalets förenlighet med tvingande regler, i synnerhet 36 § avtalslagen, utan att detta kommer till klart uttryck.[744] En sådan ordning motverkar sannolikt en konsekvent rättstillämpning och minskar förutsebarheten för parterna. Ett bättre alternativ bör trots allt vara, att låta tolkningssvårigheterna komma till öppet uttryck och att så långt möjligt ange efter vilka principer som frågan fått sin lösning.[745] I varje fall så länge tolkningsprinciperna är rimliga och inte framstår som fiktion. Det faktum att domstolarna använt sig av den s.k. oklarhetsregeln i väl så stor omfattning efter tillkomsten av 36 § avtalslagen som tidigare – att döma av antalet fall från Högsta domstolen har användningen snarast ökat[746] – kan ha sin förklaring i förhållanden av det nämnda slaget.

Vad som förespråkas här beträffande "tolkningskontrollen", kan sammanfattningsvis sägas vara en återhållsam tillämpning av den s.k. oklarhetsregeln och regeln om restriktiv tolkning av friskrivningsklausuler, som innebär att reglerna endast tillämpas när det finns tillräckliga hållpunkter i avtalet (tolkningsdata). Ett sådant exempel kan vara att avtalet ger utrymme för två möjliga tolkningar som båda i sig är rimliga.[747] Tolkningsreglerna bör däremot inte användas "slentrianmässigt" för att komma tillrätta med otydligheter i avtalet, i synnerhet inte om det primära syftet är att undvika eller åstadkomma ett visst avtalsinnehåll.

En slutsats av det sagda måste bli att den s.k. dolda kontrollen alltjämt försvarar sin plats vid sidan av andra metoder, främst öppen kontroll med stöd av 36 § avtalslagen, som ett led i den rättsliga kontrollen av friskrivningsklausuler i standardavtal.[748] Tillkomsten av avtalslagens generalklausul har således, enligt min mening, inte i någon större utsträckning minskat betydelsen i sammanhanget av den dolda kontrollen. Den bör

[744] Jfr Schmidt i SvJT 1959 s 509 (särskilt angående fiktiv tolkning och det förkastliga i en sådan metod).

[745] Jfr Ramberg, Allmän avtalsrätt s 179 och Rohde i SvJT 1971 s 179.

[746] Se avsnitt 3.4.2.

[747] Även en sådan tillämpning av tolkningsreglerna kan visserligen anses innebära ett visst fjärmande från egentliga tolkning. Den är enligt min mening – av tidigare anförda skäl – trots allt att föredra framför andra alternativ som står till buds.

[748] Jfr Krüger i LoR 2/96 s 66 f angående utrymmet för lösningar genom avtalstolkning.

dock föra med sig ett minskat behov av den typ av fiktiv eller ansträngd tolkning som i realiteten primärt syftar till att korrigera avtalsinnehållet.[749]

Ett problem av generell betydelse för den rättsliga kontroll av friskrivningar i särskilt kommersiella avtalsförhållanden är hur avvägningen skall ske mellan partsautonomins intresse och intresset av att uppnå godtagbara resultat med avseende på avtalsinnehållet. Principerna om avtalsfrihet och avtals bindande verkan utgör å ena sidan grundläggande förutsättningar för vårt ekonomiska systems funktion. Å andra sidan kan det ibland finnas nog så starka skäl att göra avsteg från principerna också i kommersiella avtalsförhållanden. Frågan blir således vad som kan eller bör motivera att sådana avsteg görs.

Undersökningen av de olika typerna av friskrivningsklausuler visar sammanfattningsvis följande.

Friskrivning från vårdslöshet tillåts i betydande utsträckning. Undantag utgör friskrivning från grov vårdslöshet vilken åtminstone som regel är att anse som oskälig. Även sådana friskrivningsklausuler kan dock i vissa fall tänkas stå sig.[750] I övrigt torde ingripanden mot friskrivning från vårdslöshet i kommersiella avtal främst ske om friskrivning medför särskilt ingripande konsekvenser för motparten eller om klausulen framstår otydlig eller eljest missvisande.

Kontrollen av friskrivning från kvalitet har i praxis i första hand tagit sikte på allmänt hållna klausuler av typen befintligt skick bl.a. genom skärpta krav på tydlighet hos sådana villkor. Att säljaren lämnat preciserade uppgifter om varan, känt till fel i denna eller använt sig av missvisande beteckning har föranlett att sådana friskrivningar satts åt sidan. Preciserade friskrivningar från kvalitet torde mera sällan ge utrymme för ingripanden såvida de inte är särskilt långtgående i förhållande till dispositiv rätt eller vad som är brukligt i branschen.

Även påföljdsfriskrivningar godtas i stor utsträckning när det gäller vad som här betecknas som preciserade påföljdsfriskrivningar och partiella dito, dvs. sådana som utesluter någon men inte alla påföljder enligt dispositiv rätt respektive villkor som i och för sig inte utesluter någon av köplagens påföljder men som inskränker påföljdens räckvidd i något avseende. Långtgående friskrivningar av detta slag som vid avtalsbrott hindrar motparten från att återskapa en rimlig balans i avtalsförhållandet lär dock normalt sett inte godtas. En säljaren kan således som regel inte

[749] Bernitz, Standardavtalsrätt s 54. Även Hov, Avtalerett s 94 f och s 141. Som exempel på äldre rättsfall, i vilka den öppna kontrollmetoden sannolikt med fördel – inte minst av förutsebarhetsskäl – skulle ha kommit till användning om fallen avgjorts idag, kan nämnas NJA 1957 s 426 och NJA 1971 s 36 (se närmare om fallen under avsnitt 4.1.3).

[750] Jfr t.ex. det omnämnda norska fallet Rt. 1994 s 626 (som dock avsåg ett speditionsavtal). Se närmare härom under avsnitt 4.1.2.

räkna med att en preciserad påföljdsfriskrivning som endast medger avhjälpande vid fel i varan skall stå sig om avtalet inte lämnar utrymme för någon alternativ påföljd i händelse av att avhjälpandet misslyckas eller drar ut på tiden orimligt länge. Likaledes torde partiella påföljdsfriskrivningar, som exempelvis innebär långtgående begränsningar när det gäller storleken av utgående skadestånd eller prisavdrag och som träffar för avtalsförhållandet typiska direkta skador, kunna bli föremål för ingripanden.

Vad allmänt sett gäller inskränkningar av kontrollansvaret som ansvarsgrund måste sägas att rättsläget i hög grad är osäkert. Å ena sidan kan tyckas att utgångspunkten, här liksom eljest i kommersiella avtalsförhållanden, bör vara att det i stor utsträckning står parterna fritt att göra avsteg från lagens dispositiva regler. Å andra sidan går det att peka på vissa, närmast rättspolitiska, ställningstaganden som kan föra med sig att utrymmet för friskrivningar här kan komma att visa sig mer begränsat. Vad som avses är främst vissa skäl som i förarbetena till köplagen särskilt framhållits för att i lagen uppta den nya ansvarsgrunden nämligen främst harmoniseringssträvanden genom anpassning till reglerna i CISG och strävan att minska gapet mellan den dispositiva rätten och de villkor som tillämpas i moderna handelsförhållanden. Enligt min mening är dessa skäl dock inte sådana att de bör föranleda några väsentliga avsteg från vad som eljest gäller ifråga om möjligheterna att avvika från dispositiva regler. Ansvarsgrundens konstruktion, liksom bristen på stabil praxis, gör det måhända särskilt lämpligt att här låta rationella överväganden av typen effektivitetshänsyn – exempelvis vem som kan bära risken till den lägsta kostnaden eller försäkra sig till den lägsta kostnaden – påverka oskälighetsbedömningen enligt 36 § avtalslagen.

Det huvudsakliga resultatet av undersökningen beträffande de viktigaste formerna av friskrivningar i kommersiella köpavtal får sägas vara att det existerar ett betydande utrymme för sådana klausuler. I synnerhet gäller detta vid en jämförelse med vad som är fallet i konsumentförhållanden.

När det gäller skäl som i praxis föranlett ingripanden är det särskilt två typer som framträder. Dels sådana som innebär att friskrivningen kan anses missvisande eller oklar. Dels villkor som innebär långtgående inskränkningar i förhållande till vad som eljest skulle ha gällt.

I förhållande till rättsekonomiska argument av typen effektivitetshänsyn bör det förstnämnda skälet ligga väl i linje med förutsättningarna för en effektiv riskfördelning. Att friskrivningen är långtgående kan däremot i och för sig inte motivera att villkor sätts åt sidan eller jämkas med stöd av ekonomiska effektivitetskriterier.[751] Sistnämnda kriterier talar snarast

[751] Wilhelmsen i TfR 1995 s 1 ff (särskilt på s 49 f och s 215)

för att avtalet skall upprätthållas. Slutsatsen att parternas avtal bör respekteras därför att det innebär en ekonomiskt effektiv riskfördelning förutsätter emellertid att utgångspunkterna i den ekonomiska teorin om den perfekta marknaden är uppfyllda. Olika former av marknadssvikt är dock, som framhållits i det föregående, i praktiken en vanlig företeelse.[752] Den omständigheten att en part godtagit långtgående försämringar av villkoren i förhållande till dispositiv rätt eller vad som eljest skulle ha gällt kan, naturligt nog, ibland ha sin förklaring i sådan svikt, t.ex. bristande konkurrens, ofullständig information eller höga transaktionskostnader. Ekonomiska effektivitetskriterier kan därför inte sällan indirekt ge stöd åt att särskilt långtgående friskrivningsklausuler sätts åt sidan eller jämkas.

Förutom att bidra till samhällsekonomisk effektivitet, kan ett mer systematiskt beaktande av ekonomiska effektivitetskriterier vid kontrollen – främst oskälighetsbedömningen – av sådana klausuler, åtminstone i någon mån, bidra till ökad förutsebarhet. Det gäller i synnerhet på områden där fast praxis saknas. Som Trine-Lise Wilhelmsen framhållit medför en sådan ordning små risker. Om det bedöms att andra "traditionellt" rättsliga skäl, som inte omfattas av effektivitetskriterierna, väger tyngre ger 36 § avtalslagen utrymme för att överpröva betydelsen i sammanhanget av de ekonomiska värderingarna.[753]

Det finns avslutningsvis skäl att understryka sambandet mellan å ena sidan partsautonomin och principen om avtals bindande verkan och å andra sidan en ekonomiskt effektiv riskfördelning. Ekonomiska effektivitetshänsyn talar med styrka för att principen om avtals bindande verkan upprätthålls. Den ekonomiska teorin i sammanhanget tar dock som nämnts sin utgångspunkt i vissa förutsättningar om marknaden som i praktiken långt ifrån alltid är uppfyllda, i vart fall inte fullt ut. Det senare behöver inte betyda att teorin blir ointressant. I stället kan enligt min mening slutsatsen bli – såvida teorin åtminstone i princip kan godtas – att rättsregler som styr kontrollen av avtalsvillkor liksom andra rättsregler av betydelse för avtalet, så långt möjligt bör utformas och tillämpas så, att de bidar till att realisera och upprätthålla de nämnda förutsättningarna. Konkret betyder det sagda bl.a. att kontrollen i hög grad – eller snarare i högre grad än för närvarande – kommer att ta hänsyn till sådana förhållanden som exempelvis parternas tillgång på information, transaktionskostnadernas storlek, konkurrensförhållanden och partsbalansen i avtalsförhållandet, i de senare fallen som uttryck främst för parts faktiska valfrihet.

[752] Se avsnitt 1.6.

[753] Wilhelmsen a.a. s 230. Jfr även Dufwa i Festskrift till Sveriges Advokatsamfund s 202 f.

Summary

This dissertation looks at the type of terms in contracts which are normally referred to as exemption clauses. It takes up these clauses mainly in standard form contracts. The study is primarily oriented toward exemption clauses in standard form contracts because of their major importance to business and because that importance is most likely to increase.

The purpose of the dissertation can be summarised as follows:

1. To identify and analyse general problems which are associated with the use of exemption clauses, and to show how these problems can affect the need and formulation of special rules for the terms of such contracts;

2. To study certain specific issues in an attempt to determine which ones apply in cases of valid exemption clauses and to what extent such issues apply; and

3. To emphasise the aspects of law and economics, and to seek motivations for their legitimate use in judicial decisions.

The following specific issues are studied: exemptions from different forms of negligence, exemptions from liability for delay or defects due to an impediment beyond the control of the parties as a legal basis for liability, exemptions from quality issues or other subjective characteristics, and exemptions from remedies. The goal is that the concurrent study of these specific issues will serve as a step in the debate in regards to the previously mentioned subjects.

One reason for examining the legal and economic arguments is to attempt to establish and emphasise the role of contract law in general and exemption clauses in particular as a part of a larger systematic context, the economic social system. Certain legal and political discussions are, therefore, unavoidable.

The study is mainly aimed at the seller's exemptions in contracts of property which fall under the general law of purchasing. Exemptions in

relation to consumers are, therefore, not of central importance for this study. In particular, this concerns the section which takes up the specific issues, where consumer protection is only outlined. It is more of a starting point or reference point for the rest of the study. In connection with the general issues, the examination of consumer aspects is more detailed. This is done in order to better examine certain factors, especially the importance of the relationship of the parties in formulating the regulatory methods.

All discussions of exemption clauses and the Sale of Goods Act in general are concerning the purchase of personal property. This, naturally, does not preclude that the same conclusions may be drawn for other types of property, or that analogies to the rules for real property may not sometimes be justified.

It should be noted that several possible variations of exemptions as well as a number of issues which are interesting in and of themselves are dealt with only cursorily or not at all. Some examples of these are issues of proof, guaranties, and the legal effects of exemptions in relation to third parties, each of which probably deserves its own monograph.

The dissertation is divided into four main sections (Sect. I–III).

In the introductory section (I) the thesis and the goals of the dissertation are presented. The material and methods used and certain theoretical presuppositions concerning the legal and economic discussions are indicated. Finally the introduction contains an analysis of the concept of exemptions and a description of some of the historical developments within Nordic law.

In the section on the concept of exemptions it is argued that the central concept of exemptions is, in advance, to limit responsibility or obligations in relationship to what would otherwise have been applicable and that they will therefore usually be aimed at decisions in optional law. This section even discusses what can be implied from case law, common commercial customs, or other common practices and in principle even common practices among the parties. Exemption clauses are divided into two main groups. The introduction examines whether exemptions meet the legal basis for liability as such or whether they only reach its level or extent. In the first place this means that exemption from liability infringes upon, for example, the usual terms which concern not only exemptions from liability for different types of negligence, but also exemptions from intentional damages, such as from strict liability for danger to specific property. Other clauses which can be added to the category of liability exemptions are clauses which are oriented toward excluding liability from property having certain characteristics or standards. These are, in other words, clauses known as quality exemptions.

Common clauses which limit the extent of awardable damages and clauses which exclude liability for a certain type or types of damages such as indirect damage, personal injury or economic loss are included in the group of clauses known as limitation of liability. Remedy exemption clauses can be included in this group since such exemptions are aimed not at the cause of the damages, but at the extent. It is further asserted that, as a rule, exemptions should be regarded from a legislative and law enforcement perspective more seriously as diminishing liability (in other words, liability exemption) than as just limitations of the level or extent of liability. The term exemption is used as a general term for all types of exemption clauses.

In the section concerning – "The Development of Nordic Law," it is shown that the issue of a closer legislative regulation of exemption clauses was addressed relatively late. The first time any substantial attention in the Nordic region was paid to the issue was in the late nineteenth century. In the beginning, the issue of judicial intervention concerned the more extreme forms of abuse, for example, exemption from wilful intent when the misrepresentation was perpetrated by the exempted party. More clear expressions for a principle of restricted interpretations of and demands for preciseness in exemption clauses is noted in legal writings and in practice during the first half of this century, though certain tendencies toward a development of such principles occurred even earlier. The principles, which are now established, are commonly referred to as rules of restrictive interpretation of exemption clauses respective in dubio contra stipulatorem. The method of not considering unusual or especially burdensome clauses in standard form contracts was incorporated into (private) contracts as long as the opposite party was not made aware of it or otherwise knew of it or should have known of it. This approach began to be used at the beginning of the 20th century and became more generally accepted by the 1950's.

It is argued that yet another step in the development of a more effective judicial regulation of exemption clauses and other burdensome conditions is the application of generally applied regulations or general legal principles concerning declaring a contract invalid (or inapplicable and possibly even resulting in modification) based on the inappropriateness of the terms or the unreasonable conditions. As for Swedish law, in the beginning this meant the analogical application of the section of the Promissory Notes Act.

The latest step in the development of a more sound regulation of exemption clauses and other especially burdensome terms is composed of a principle in three parts. The first part corresponds in principle with Nordic legislation concerning unreasonable contract terms in section 36

of the Contracts Act which was first introduced in the middle of the 1970's in Denmark and Sweden. In Finland and Norway this was introduced a few years later. The second is the public law general clauses which were introduced before the advent of the previously named private law regulations. The third and final part is the introduction of the mandatory consumer protection legislation for various types of contracts. Concerning purchases, Sweden introduced a special Consumer Sales Act in the beginning of the 1970's. This was replaced by a new Consumer Sales Act which became effective at the same time as the new general Sale of Goods Act (1991).

A summary of German and English law is furthermore provided in section I.

Section II examines, among other things, issues of the function of exemption clauses and the need to regulate such clauses. It is argued that the fundamental function of exemption clauses is to redistribute risks, mainly in relationship to what applies according to optional law. It is further argued that the considerable increased use of standard terms substantially increased the need for a more solid regulation of these types of clauses. In general the main interest in this section is on the different methods of regulating exemption clauses and the most common types of exemption clauses.

Three different methods for regulation are examined: (1) judicial regulation, both disguised and open regulation of contract terms, (2) regulation by mandatory civil legislation, and (3) market oriented legislative regulation. Judicial regulation is made up of courts exercising regulatory control over this type of contract terms. The disguised controls work on two levels. On one level they control through the developed rules of case law, according to which special demands are made on certain types of burdensome terms in standard form contracts. These rules are to be incorporated into private contracts. On the second level they control contracts through the courts' review of the contents of exemption clauses in the interpretation of contracts.

The rules of incorporating burdensome clauses, in particular, exemption clauses and other terms which result in substantially fewer rights than what optional rules provide, mean that such clauses are not considered a part of the contract as long as the other party was not aware of the terms or at least normally would not have known about them.

Disguised control in the form of contract interpretation occur when courts limit the extent of terms with the support of certain principles of interpretation developed in legal practices. There are two main principles of interpretation which are used here: in dubio contra stipulatorem and rules of restrictive interpretation of exemption clauses. The first results

in vague terms, especially in private contracts, being interpreted to the detriment of the party who drew up or prepared the terms. The rule of restrictive interpretation of exemption clauses means that terms are interpreted narrowly and to the detriment of the exempted party. The rule appears to be a variation or a more clarified application of in dubio contra stipulatorem.

Open control means that courts can adjust or invalidate exemption clauses and other terms which are judged to be unreasonable according to section 36 of the Contracts Act. The rule even allows for the adjustment of other parts of the contract or for the invalidation of the entire contract. This has come to play an important role in the judicial regulation of contract terms, not in the least for exemption clauses. This is especially applicable to consumer contracts, but also to a certain extent to commercial contracts.

It is maintained that mandatory civil legislation for different contract types is now an important instrument for control of contract terms in consumer situations, especially when it comes to purchase agreements. The method has, on the other hand, been used only to a small extent with business contracts. As for contracts for the purchase of private property, there are only a few mandatory rules. These concern mainly instalment purchases.

The market oriented method can be said to serve a preventive purpose. It means that the Swedish Market Court, under penalty of a fine, can forbid the continued use of contractual terms which are judged to be unreasonable according to one of the contractual stipulation laws (in consumer relationships and between businessmen). This is principally with regards to standard form contracts. The method has been applied in countless cases to consumer contracts. When it comes to exemption clauses in commercial standard contracts, it has so far only been used a few cases.

The following is a summary of the section on the most common principle forms of exemption clauses (in purchasing agreements of private property):

Exemption from negligence is allowed to a considerable extent. The exception is exemptions from gross negligence which are generally considered unreasonable. But under special circumstances even these types of exemption clauses can stand up in court. Otherwise, intervention against exemptions from negligence in commercial contracts occurs mainly when the exemptions result in particularly far reaching consequences for the opposing party or if the clause appears to be vague or misleading.

Regulation of exemptions from quality characteristics has mainly been aimed at generally accepted clauses concerning pre-existing condition of

articles sold. This has been done by placing strict demands on the clarity of such terms. Such terms have been nullified in such cases when a seller exact claims about the merchandise, was aware of a defect in the merchandise or had used misleading terms to describe the merchandise. Detailed exemptions from quality probably provide less room for intervention as long as they are not especially far reaching in relationship to the optional law or the usual branch practices.

Remedy exemptions are widely accepted if they apply to what is termed the detailed remedy exemptions and partial remedy exemption. This means such exemptions which eliminate some, but not all remedies according to the optional law's respective terms. These terms do not in and of themselves exempt any of the Sale of Goods Act's remedies, but confine the remedies extent in some form. Far reaching exemptions of this type such as those concerning breach of contract which restrict the opposing party from recreating a reasonable balance in the contract's relationship are normally not likely to be accepted. A seller can consequently as a rule not count on a detailed remedy exemption being accepted which does not provide redress when the merchandise is defective, if the contract does not allow for some alternative remedy in case the redress fails or takes longer than can be reasonably expected. Similarly, exemptions which stipulate far reaching limits concerning the size of paid damages or reduction in the price and which result in typically direct damages for the contract relationship can be objects of intervention.

It must be said that a high degree of uncertainty exists concerning the legal standing of the limitation of damages due to an impediment beyond the control of the parties as a legal basis for liability. On the one hand one could think that it should be free for the parties, including commercial contract relationships, to deviate from the law's optional rules. On the other hand, one can point to certain political positions which would tend to limit the extent exemptions would be allowed. These positions were seen during in the preparation of the Sale of Goods Act. The goal was that the new act would include the new basis for liability and, in particular, meet the ambition for harmonisation by adapting to the rules in CISG and the ambition to diminish the gap between the optional law and the terms which are applied in modern commercial relationships. It is my opinion that these motives are not of the type which should result in any essential deviations from what has otherwise been in force concerning the possibility to deviate from the optional rules. The formulation of the basis for liability together with the lack of a stable praxis makes it especially appropriate to allow rational consideration for such issues as demands for efficiency – such as who is able to bare the risk at the lowest

cost or to insure that it is the lowest cost – to influence the reasonableness test.

The following are the main points of the summary analysis:

The regulatory method which has historically played the greatest role is that which has been performed within the framework of the courts and in particular, the part which is known as the disguised regulation of contract terms. The latter applies in particular to the time before the implementation of section 8 of the Promissory Notes Act. This method began to be used early on, partly because of the lack of other means, as a way of dealing with the unacceptable results from exemption clauses and the use of other burdensome terms especially in standard form contracts.

The disadvantage with this disguised regulation is in the fact that it is just that, "disguised". It can also be claimed that this method uses instruments of regulation whose purpose is not directly stated or is other than the instrument normally has. The result can therefore be that the parties possibilities to predict the outcome of an eventual dispute in court or of an arbitration decrease. As time goes on and precedent case law is established, the predictability for the partners increases. The method becomes less and less disguised. The relatively fully developed praxis which now exists in the area results consequently, in my opinion, in any eventual disadvantages in the form of decreased predictability are not especially troublesome. It can be disputed whether predictability is appreciably greater in open regulation during disputes which are decided with the use of section 36 in the Contracts Act.

There are two situations which support the use of the disguised regulation method. It makes it possible to prevent a party from being bound by exemption clauses in standard form contracts which were in actuality not addressed and which appear to be especially burdensome or surprising for him even if they are not in and of themselves considered unreasonable from the perspective of section 36 in the Contracts Act. That the parties are sometimes bound by "normal" terms which commonly appear in contracts is seen as acceptable even if the parties in reality have not taken a position to the terms at the conclusion of the contract. A method which implies that this applies to even unexpected or especially burdensome terms, whether they are made up of exemption clauses or not, would on the other hand, decrease the certainty in its usage and risks damaging the confidence in the legal system. This would in turn be a hindrance to the development of trade.

When it comes to the court's interpretative activities in the application of the in dubio contra stipulatorem and the rule of restrictive interpretation of exemption clauses, it can certainly be claimed that similar results can be in many cases achieved with the help of the open regulation. The

current rules of interpretation though can have the advantage that they, to a certain extent, help to encourage precision and clarity in the formulation of exemption clauses and other terms of contract. Furthermore, there can be just cause for keeping separate the interpretation of terms and reasonableness test which takes place within the framework of the open regulation. If the importance of an exemption or for that matter any term of contract is unclear and it is determined to be a part of the contract, it would be appropriate from a systematic point of view to establish the exemption's contents before a test of its reasonableness according to section 36 of the Contracts Act is made. This type of method would help in establishing a more consistent and understandable application of laws. This assumes, however, that the courts refrain from using the type of constricted interpretation which is primarily used to avoid unreasonable terms in a contract. Interpretation should be, here and otherwise essentially, based on deciding what the contract indicates in ultimate fact.

To principally rely on the open regulation method can on first glance seem the most attractive alternative. From section 36 of the Contracts Act it would seem that this is also what the legislative organ was attempting to achieve. But even the application of the open regulation encounters problems. In order to judge if an exemption clause goes against section 36 of the Contracts Act, or for that matter any other mandatory legal rule, the significance of the clause must first be established. If you use interpretation to establish what the parties actually meant to express in the contract or what they actually expressed, then interpretation is an imprecise instrument. Rarely does it enable one to remove the vagueness from the consequences of a contract. There is the clear risk that interpreting in a broad way will in fact result in the combination of judgement of the contract's uniformity with mandatory rules, in particular section 36 of the Contracts Act, without this being explicitly expressed. Such a method is counterproductive to a more consistent judicial application and reduces the predictability for the partners. A better alternative would be to allow the difficulties associated with interpretation to be expressed openly and, as far as possible, indicate from which principles the solution is based. This is true as long as the principles of interpretation are reasonable and do not seem artificial. The fact that the courts have used the in dubio contra stipulatorem to as large an extent after the introduction of section 36 of the Contracts Act as they did before the act was introduced, can be explained in the relationship of the previously mentioned types. The Supreme Court has even increased their use.

One conclusion noted from this discussion is that the disguised regulations have consistently held ground against the use of other methods, primarily open regulation, with the aid of section 36 of the Contracts Act. It

has done this as a part of the legal regulation of exemption clauses in standard form contracts. The use of the Contracts Act's general clause has consequently not lessened the importance in relation to the disguised regulations. It should, though, result in the decreased need of the type of fictive or forced interpretations which in reality aim primarily to achieve or avoid a certain type of contract content.

The main conclusion of the study concerning the most important forms of exemptions in purchasing contracts can be said to be that there exists an important place for such clauses in commercial contracts. In particular this is true when compared to what the situation is with consumer contracts. When it comes to reasons which in praxis result in intervention against the exemption clauses, there are two particular types which stand out. Those which result in exemptions being vague or misleading and those terms which result in far reaching limitations in the relationship to what would otherwise have been the case.

In relationship to the economic arguments such as efficiency aspects, the former motive should agree with the preconditions for an efficient spreading of risk. That exemptions are far reaching does not, however, in and of itself motivate that the terms are nullified or adjusted with the support of economic efficiency criteria. The latter criteria indicate in fact that the contract should be upheld. The conclusion that the parties contract should be upheld since in means that the economically efficient spreading of risk assumes that the basis in the economic theory is the perfect free market has been achieved. Different forms of market deviation are, however, in reality a normal event. The situation that one party has accepted unfavourable, far reaching terms in comparison to optional law or what would otherwise have been the case, can of course be explained by such things as lack of competition, incomplete information, or high transaction costs. Economic efficiency criteria can therefore often indirectly support that special far reaching exemption clauses are adjusted or nullified.

Besides aiding in economic efficiency, a more systematic attention to economic efficiency criteria during regulation, primarily reasonableness tests, of such clauses can aid in increasing predictability. This is especially true for areas where solid praxis is lacking. Such a method has few risks. If it is judged that other traditional legal motives, which are not included in efficiency criteria, are more important, then section 36 of the Contracts Act allows for the retry of the economic values.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck m.m.

Prop 1970:20. Förslag till jordabalk.
Prop 1971:15. Lag om förbud mot otillbörliga avtalsvillkor.
Prop 1973:138. Förslag till konsumentköplag m.m.
Prop 1975:12. Förslag till lag om ändring i skadeståndslagen.
Prop 1975/76:15. Trafikskadelag.
Prop 1975/76:81. Förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m.m.
Prop 1979/80:9. Konsumentförsäkringslag, m.m.
Prop 1983/84:92. Avtalsvillkor mellan näringsidkare.
Prop 1984/85:110. Konsumenttjänstlag.
Prop 1988/89:76. Ny köplag.
Prop 1989/90:77. Konsumentskyddet vid förvärv av småhus m.m.
Prop 1989/90:89. Ny konsumentköplag.
Prop 1990/91:197. Produktskadelag.
Prop 1994/95:17. Oskäliga avtalsvillkor m.m. Införlivande med svensk rätt av EG:s direktiv om oskäliga avtalsvillkor i konsumentförhållanden.

SOU 1972:28. Konsumentköplag.
SOU 1974:83. Generalklausul i förmögenhetsrätten.
SOU 1976:66. Köplag.
SOU 1981:31. Avtalsvillkor mellan näringsidkare.
SOU 1984:25. Ny konsumentköplag.
SOU 1986:56. Personförsäkringslag
SOU 1989:88. Skadeförsäkringslag.
SOU 1995:11. Nya konsumentregler.
Ds 1989:79. Produktskadelag.
Ds 1994:29. Oskäliga avtalsvillkor m.m. Införlivande med svensk rätt av EG:s direktiv om oskäliga villkor i konsumentavtal.
Lagutskottets betänkande 1989/90:34. Ny köplag

NJA II 1915 nr 5. Lagstiftning om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

NU 1985:5. Nordiska köplagar.

Prop 247/1981. Förslag till lagstiftning om jämkning av rättshandlingar. (finsk proposition)
Prop 93/1986. Förslag till köplag. (finsk proposition)

Ot prp nr 80 (1986–87). A. Kjøpslov, B. Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11 april 1980.

Kommittébetänkande 1990:20. Betänkande av kommissionen för revidering av rättshandlingslagen. (finskt betänkande)

NOU 1976:61. Standardkontrakter.
NOU 1993:27. Forbrukerkjøpslov.

Övrig litteratur

Adamsen, D E, Kontrollen av standardvilkår i Tyskland. LoR 1995 s 339 ff.
Adamsen, D E, Den tyske lov om kontroll av standardvilkår. Særlig om urimelighetsvurderingen av ansvarsfraskrivelser etter § 9 andre led nr. 2, Oslo 1994.
Adlercreutz, A, Avtalsrätt I, 10 uppl, Lund 1995.
Adlercreutz, A, Avtalsrätt II, 3 uppl, Lund 1991.
Adlercreutz, A, Avtalsrättens framväxt i Högsta domstolens praxis. Högsta domsmakten i Sverige under 200 år. Del 2. Högsta domstolen och civilrätten. Serien II. Rättshistoriska studier 17:e bandet, Lund 1990.
Agell, A, Produktansvar inom och utom 1992 års lag. Festskrift till Bertil Bengtsson, Stockholm 1993.
AGB-Gesetz. Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Ulmer, P m.fl., 5 uppl, Köln 1987 (cit. Ulmer m.fl., AGB-Gesetz)
Agge, I, Huvudpunkter av den allmänna rättsläran, Stockholm 1977.
Akerlof, G, The Market for "Lemons": Qualitative Uncertaintity and the Market Mechanism. Quarterly Journal of Economics 84 (1970), s 488 ff.
Almén, T & Eklund, R, Lagen om avtal, 2 uppl ombesörjd av Rudolf Eklund, Stockholm 1924.
Almén, T, Om köp och byte av lös egendom. Kommentar till lagen den 20 juni 1905, 2 uppl, Stockholm 1917.
Andenæs, M H, Kontraktsvilkår, Oslo 1989.
Andersen, K, Om standadkontraktsvilkår i kjøp. TfR 1964 s 321 ff.
Ansons' Law of Contract, 26 uppl av A G Guest, Oxford 1984.
Arnholm, C J, Alminnelig Avtalerett, Oslo 1949.
Arnholm, C J, Privatrett II. Avtaler, Oslo 1964.
Arnould, RJ & Grabowski, H, Auto Safety Regulation: An Analysis of Market Failure. Bell J. Econ., 1981, vol. 12 s 27 ff.

Atiyah, P S, The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford 1979.
Atiyah, P S, The Sale of Goods, 8 uppl, London 1990.
Becker, G, A Treatise on the Family, Cambridge 1981.
Bengtsson, B, Hävningsrätt och uppsägningsrätt vid kontraktsbrott, Stockholm 1967.
Bengtsson, B, Om jämkning av skadestånd, Stockholm 1982.
Bergem, J E & Rognlien, S, Kjøpsloven 1988 og FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løsørekjøp. Kommentar, Oslo 1991.
Bergström, S m.fl., Juridikens termer, 8 uppl, Stockholm 1993.
Bernitz, U, Europarättens grunder, Stockholm 1994.
Bernitz, U, Kontroll av standardavtal – utvecklingslinjer och metoder. TfR 1979 s 113 ff.
Bernitz, U, Småföretagarskydd mot oskäliga avtalsvillkor, särskilt 36 § avtalslagen. Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887–1987, Rättsvetenskapliga studier, Stockholm 1987.
Bernitz, U, Standardavtalsrätt, 6 uppl, Stockholm 1993.
Bernitz, U, Utvecklingen mot en standardavtalsrätt. I. Standardavtalen i rättstillämpningen. SvJT 1972 s 401 ff.
Bianca, C M & Bonell, M J, Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention, Milano 1987.
Bjuggren, P-O (red) & Skogh, G (red), Företaget – en kontraktsekonomisk analys, 1 uppl, Stockholm 1989.
Björkelund, C-G, Peas and beans i engelsk kontraktsrätt. En presentation av läran om fundamental breach för nordisk läsekrets. TfR 1972 s 532 ff.
Bogdan, M, Komparativ rätt, Lund 1978.
Bohm, P, Samhällsekonomisk effektivitet, 4 uppl, Stockholm 1986.
Boman, R, Om åberopande och åberopsbörda i dispositiva tvistemål, Stockholm 1964.
Bruun, N, Uppfinnarrätt i anställningsförhållanden, Jyväskylä 1982.
Brunsvig, P, Konstruksjonsansvar ved bygging av skip, Oslo 1973.
Bunte, H-J & Heinrichs, H, Aktuelle Rechtsfragen zur Freizeichnung nach dem AGB-Gesetz, Köln 1985.
Cheung, S, On the New Institutional Economics. Contract Economics (red. Werin, L & Wijkander, H), Oxford UK och Cambridge USA 1992.
Chitty on Contracts. Volume I. General Principles, 27 uppl, London 1994.
Christensen, A, Studier i köprätt, Stockholm 1970.
Coase, R H, Comments. Contract Economics (edit. Werin & Wijkander), Oxford UK och Cambridge USA, 1992, s 72 ff.
Commentary on the conditions for the supply of plant and machinery for export. UN Economic and Social Council. Economic Commission for Europe 169, 1953.
Conradi, E, Anm. av Svante Bergström, Arbetsrättsliga spörsmål I. SvJT 1951 s 356 ff.

Coote, B, Exception Clauses. Some aspects of the law relating to exception clauses in contracts for the carriage, bailment and sale of goods, London 1964 (cit. Coote, Exception Clauses).
Cooter, R & Ulen, T, Law and Economics, Glenview, Illinois 1988.
Deullar, R & Nordström, U, ECE 188 A – NLM 80. Kommentar till allmänna bestämmelser för leverans och montage, Stockholm 1981.
Digesta 2-14-27 § 3 om ogiltighet av friskrivning från dolus.
Due, O, EF-domstolens retspraksis som integrationsfremmende faktor. JT 1991–92 s 407 ff.
Dufwa, B, Skyddat intresse, ren förmögenhetsskada och andra skadeståndsrättsliga spörsmål i ett internationellt perspektiv. Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887–1987. Rättsvetenskapliga studier, Stockholm 1987.
Eckhoff, T, Rettskildelære, 4 uppl, Oslo 1985.
Eckoff, T, Rettferdighet ved utveksling och fordeling av verdier, Oslo – Bergen – Tromsø 1971.
Ekelöf P O & Boman R, Rättegång I, 7 uppl, Uppsala 1990.
Ekelöf, P O, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?, Lund 1951.
von Eyben, B, Begrebet grov uagtsomhed på forskellige retsområder. Förhandlingarna på det 33. nordiska juristmötet i Köpenhamn 18–20 augusti 1993.
Farber, D A, Contract Law and Modern Economic Theory. Northwestern University Law Review, 1983, vol. 78 s 303 ff.
Fohlin, P, Avtalstolkning, Uppsala 1989.
Frihagen, A, Prislovens § 18 og en høyesterettsdom. LoR 1963 s 223 ff.
Gomard, B, Almindelig kontraktsret. Indgåelse, gyldighed, fortolkning, 2 uppl, Köpenhamn 1988 (cit. Gomard, Almindelig kontraktsret).
Grauers, F, Fastighetsköp, 13 uppl, Lund 1994.
Grauers, F, Fel i sålt skepp, Göteborg 1980.
Grönfors, K, Avtal och omförhandling, Stockholm 1995.
Grönfors, K, Avtalsfrihet och dispositiva rättsregler. JFT 1988 s 317 ff.
Grönfors, K, Avtalsgrundande rättsfakta, Stockholm 1993.
Grönfors, K under medverkan av Dotevall, R, Avtalslagen, 3 uppl, Stockholm 1995 (cit. Grönfors, Avtalslagen).
Grönfors, K, Några anmärkningar om friskrivningsklausuler i transportavtal. SvJT 1958 s 517 ff.
Grönfors, K, Några synpunkter på tvingande regler i civilrätten. Festskrift till Håkan Nial, Stockholm 1966, s 204 ff.
Grönfors, K, Sektionsmøder og gruppediskussioner. Urimelige Aftalevilkår. Förhandlingarna på det 33. nordiska juristmötet i Köpenhamn 18–20 augusti 1993. Band I.
Grönfors, K, Tolkning av fraktavtal, Göteborg 1989.
Grönfors, K & Gorton, L, Sjölagens bestämmelser om godsbefordran, Stockholm 1982.

Hagstrøm, V, Kjøpsrettskonvensjon, norsk kjøpslov og internasjonal rettsenhet. TfR 1995 s 561 ff.
Hagstrøm, V, Urimelige avtalevilkår. Förhandlingarna på det 33:e nordiska juristmötet i Köpenhamn den 18–20 augusti 1993. Band II, bilaga 2.
Hellner, J, Avtals- och köprätt under 1900-talet. SvJT 1984 s 755 ff.
Hellner, J, Exemption clauses and consequential damages: a recent Swedish decision. Canadian Business Law Journal 1979–80 vol. 4 s 480 ff.
Hellner, J, Försäkringsgivarens regressrätt. Uppsala universitets årsskrift 1953:3, Uppsala 1953.
Hellner, J, Generalklausulerna och avtalsrättens utveckling. JFT 1975 s 92 ff.
Hellner, J, Högsta domstolen och avtalsrätten 1920–1989. Högsta domsmakten i Sverige under 200 år. Del 2. Högsta domstolen och civilrätten. Serien II. Rättshistoriska studier 17:e bandet, Lund 1990.
Hellner, J, Kommersiell avtalsrätt, 4 uppl, Stockholm 1993.
Hellner, J, Kontrollansvaret i Juhlajulkaisu – Festskrift. Curt Olsson 70 år, Helsingfors 1989 s 114 ff. (cit. Hellner, Kontrollansvaret)
Hellner, J, Kontrollansvar och annat skadeståndsansvar i den nya köprätten. TfR 1991 s 141 ff.
Hellner, J, Consequential Loss and Exemption Clauses. Oxford Journal of Legal Studies 1981 s 13 ff.
Hellner, J, Rättsteori, 2 uppl, Stockholm 1994.
Hellner, J, Skadeståndsrätt, 5 uppl, Stockholm 1995.
Hellner, J, Speciell avtalsrätt I. Köprätt, Stockholm 1982 (cit. Hellner, SpA I)
Hellner, J, Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. 2 häftet. Allmänna ämnen, 2 uppl, Stockholm 1993 (cit. Hellner, SpA II:2)
Hellner, J, Standardavtal vid avtalsslutande. JFT 1979 s 279 ff.
Hellner, J, The parol evidence rule och tolkning av skriftliga avtal i svensk rätt. Festskrift till Bertil Bengtsson, Stockholm 1993.
Hellner, J, Tolkning av standardavtal. Jussens Venner 1994:4 s 266 ff.
Hellner, J & Ramberg J, Speciell avtalsrätt I. Köprätt, 2 uppl, Stockholm 1991. (cit. Hellner & Ramberg SpA I)
Hellström, P, Exclusion Clauses – A Comparative Study. Affärsjuridiska Uppsatser, Uppsala 1993, s 1 ff.
Herre, J, Ersättningar i köprätten. Särskilt om skadeståndsberäkningen, Stockholm 1996.
Hessler, H, Ett spörsmål om lagstiftning inom fastighetsrätten. SvJT 1957 s 241 ff.
Hole, I, Ansvarsfraskrivelse i massekontrakter. Norsk Forsikringsjuridisk Forenings Publikasjoner Nr 40/1959.
Honnold, J, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, Stockholm 1982.
Hov. J, Avtalerett, 3 uppl, Oslo 1993.

Hult, Ph, Om avtalsklausuler angående ansvarsfrihet eller ansvarsbegränsning med avseende å personskada. Civilrättsliga spörsmål, Stockholm 1939.
Hultmark, C & Ramberg, J, Inledning till avtalsrätten, Stockholm 1996.
Hultmark, C, Kontraktsbrott vid köp av aktie. Särskilt om fel, Stockholm 1992.
Hultmark, C, upplysningsplikt vid ingående av avtal, Stockholm 1993.
Huser, K, Avtaletolking. En innføring i avtaletolkingslærens alminnelige del, Bergen 1983.
Håstad, T, 36 § avtalslagen i praktiken. Konsumenträtt & Ekonomi Nr 2 1985.
Håstad, T, Den nya köprätten, 3 uppl, Uppsala 1993.
Håstad, T, Reform av de nordiska avtalslagarna? Förhandlingarna på Det 32. nordiska juristmötet i Reykjavik den 22–24 augusti 1990. Del 1 s 245 ff.
ICC Publication N° 421. Force Majeure and Hardship, Paris 1985.
International Institut for the Unification of Private Law (Unidroit), Principles of International Commercial Contracts, Rom 1994. (cit. UNIDROIT Principles)
Jacobs, E, Effektive Exclusion Clauses, London 1990.
Jørgensen, S, Kontraktsret. 1. bind. Aftaler, Köpenhamn 1971.
Kahneman, D & Tversky, A, Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk. Econometrica, 1979, vol. 47 s 263 ff.
Karlgren, H, Ett gammalt tvisteämne: nullitet och angriplighet. En rättssystematisk undersökning. Festskrift til Henry Ussing, Köpenhamn 1951, s 247 ff.
Karlgren, H, Några synpunkter på den köprättsliga formulärrätten. JFT 1967 s 415 ff.
Karlgren, H, Kutym och rättsregel. En civilrättslig undersökning, Stockholm 1960. (cit. Karlgren, Kutym och rättsregel)
Karnell, G, Avtalsparter mellan rätt och skönstillämpning. Om våra rättigheter II, Stockholm 1983, s 63 ff.
Kronman, A T & Posner, R A, The Economics of Contract Law, Boston och Toronto 1979.
Krüger, K, Avtaleloven § 36 – vital tenåring. LoR 2/96 s 65 ff.
Krüger, K, Norsk Kjøpsrett, 3 uppl, Bergen 1991.
Krüger, K, Norsk kontraktsrett, 2 uppl, Bergen 1991.
Kötz, H, Unfair Exemption Clauses An Economic Analysis. SvJT 1987 s 473 ff.
Lando, O, Udenrigshandelens kontrakter. Udenrigshandelsret I, 4 uppl, Köpenhamn 1991.
Lassen, J, Haandbog i Obligationsretten. Speciel Del, Köpenhamn 1897.
Lassen,J, Haandbog i Obligationsretten. Almindelig Del, Köpenhamn 1917–1920.
Lauridsen, P S, Studier i retspolitisk argumentation, Köpenhamn 1974.
Lawson, R, Exclusion Clauses, 3 uppl, London 1990.

Lehrberg, B, Avtalstolkning. Tolkning av avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, Stockholm 1995.
Lehrberg, B, Förutsättningsläran. Allmänna betingelser för möjligheterna att frånträda rättshandlingar på grund av okända eller oförutsedda omständigheter, Uppsala 1989.
Lehrberg, B, Förutsättningssynpunkter på köprättens felbegrepp. SvJT 1990 s 543 ff
Lindblom, P H, Lagtolkning eller rättstillämpning? Kommentar till ett rättsfall (NJA 1980 s 743). Festskrift till Lars Welamson, Stockholm 1988 s 437 ff.
Lindholm, T, Om friskrivningsklausuler avseende indirekt skada. JFT 1983 s 430 ff.
Lynge Andersen, L & Madsen, P B & Nørgaard, J, Aftaler og mellemmænd, 2 uppl, Köpenhamn 1991 (cit. Lynge Andersen m.fl., Aftaler og mellemmænd).
Mestad, O, Om force majeure og risikofordeling i kontrakt, Oslo 1991.
Nial, H, Om handelsbolag och enkla bolag, Stockholm 1955.
Nordell, P J, Avtalsfrihet och prisinformation. SvJT 1995 s 132 ff.
North, D C, Institutionerna, tillväxten och välståndet, Stockholm 1993 (först publicerad: Cambridge 1990)
Olsen, L, Konsumentskyddets former, Uppsala 1995.
Olsson, C, Verkan av avtalsklausuler i standardformulär. Förhandlingarna å det tjugoförsta nordiska juristmötet i Helsingfors den 22–24 augusti 1957. Bil. VI. Vammala 1959.
Peczenik, A, Juridikens metodproblem, 2 uppl, Stockholm 1980.
Petersen, G, Ansvarsfraskrivelse. Med særlig henblik på aftaler om befordring, forvaring og bearbejdelse, Köpenhamn 1957.
Posner, R A, Economic Analysis of Law, 3 uppl, Boston 1986.
Posner R A & Rosenfield, A M, Impossibility and related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis. The Journal of Legal Studies, 1977 s 83 ff.
Raiser, L, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935.
Ramberg, J, Allmän avtalsrätt, 3 uppl, Stockholm 1991 (cit. Ramberg, Allmän avtalsrätt 1991).
Ramberg, J, under medverkan av Hultmark, C, Allmän avtalsrätt, 4 uppl, Stockholm 1996 (cit. Ramberg, Allmän avtalsrätt).
Ramberg, Avtalsautonomi och den dispositiva rätten. Festskrift till Anders Agell, Uppsala 1994 s 501 ff.
Ramberg, J, Den nya köplagen – nytt Wien i gamla läglar?. Festskrift till Calissendorff, Stockholm 1990, s 259 ff.
Ramberg, J, under medverkan av Herre, J, Köplagen, Stockholm 1994 (cit. Ramberg, Köplagen).
Ramberg, J, Spedition och fraktavtal. Med kommentar till Nordiskt Speditörsförbunds allmänna bestämmelser, Stockholm 1983.

Rodhe, K, Allmän privaträtt – avtalsrätt – obligationsrätt. SvJT 1971 s 175 ff.
Rodhe, K, Lärobok i obligationsrätt, Stockholm 1969.
Rodhe, K, Några frågor rörande friskrivningsklausuler. Nordisk försäkringstidskrift 1965 s 19 ff.
Rodhe, K, Obligationsrätt, Stockholm 1956.
Roos, C M, Varför rättsekonomi?. TfR 1993 s 227 ff.
Rosén, J, De svenska lagförarbetenas vara eller inte vara som rättskälla – effekter av Sveriges anslutning till den Europeiska unionen. SvJT 1996 s 244 ff.
Ross, A, Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi, Köpenhamn 1966.
Sandgren, C, En social avtalsrätt? Del II. JT 1992–93 s 643 ff.
Sandgren, C, Utvecklingstendenser inom avtalsrätten. Utvecklingslinjer inom avtalsrätten (red. Sandgren), Stockholm 1993, s 89 ff.
Schmidt, F, Faran och försäkringsfallet: en försäkringsrättslig studie, Lund 1943.
Schmidt, F, Typfall, partsavsikt och partsculpa. Riktpunkter för avtalstolkning. SvJT 1959 s 497 ff.
Schumpeter, J, The Theory of Economic Development: An Inquiry into Profits, Capital, Interest and Business Cycle, Cambridge 1934.
Schwenzer, I, Die Freizeichnung des Verkäufers von der Sachmängelhaftung im amerikanischen und deutschen Recht, Frankfurt am Main 1979.
Sevón, L & Wilhelmsson, T & Koskelo, P, Huvudpunkter i köplagen, Helsingfors 1987.
Silberberg, H, The German Standard Contracts Act, Frankfurt am Main 1979.
Simon, H A, Theories of Decision Making in Economics and Behavioural Science. American Economic Review, 1959 s 253 ff.
Simon, H A, Rationalty in Psychology and Economics. Journal of Business, 1986, vol. 59 (supplement) s 209 ff.
Skogh, G & Lane, J-E, Äganderätten i Sverige. En lärobok i rättsekonomi, Stockholm 1993.
Smith, J C, The Law of Contract, London 1989.
Smith, Lucy, Domstolenes adgang til å sette til side kontraktsvilkår etter prislovens § 18, første ledds annet punktum. TfR 1982 s 755 ff.
Stigler, G J, The Journal of Law and Economics, 1960, oktober, s 1 ff.
Strömholm, S, Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära, 5 uppl, Stockholm 1996.
Sundberg, J W F, fr. Eddan t. Ekelöf. Repetitorium om rättskällor i Norden, 2 uppl, Stockholm 1990.
Sundberg, J W F, Om lagars stil och tolkning med särskild hänsyn till Lidbommerimotiv. Festskrift till Hans Thornstedt, Stockholm 1983, s 661 ff.

Söderberg, C, Om ansvarsfriskrivning. Juridiska Föreningen i Lund skriftserie Nr 5. Uppsatser, Lund 1969 s 5 ff.
Taxell, L E, Avtal och rättsskydd, Acta Academiae Aboensis, ser. A vol. 43, Åbo 1972.
Taxell, L E, Avtalsbrott och påföljd. Festskrift till Håkan Nial, Stockholm 1966, s 493 ff.
Taxell, L E, Avtalsrättens normer, Åbo 1987.
Taxell, L E, Köplagen. Några riktlinjer, Åbo 1991.
Trebilcock, M J, The Limits of Freedom of Contract, Camebridge, Massachusetts och London 1993.
Thuesen, E, Ansvarsfraskrivelse i engelsk kontraktsret sammenlignet med skandinavisk ret. TfR 1982 s 292 ff.
Treitel, G H, Law of Contract, 8 uppl, London 1991.
Ussing, H, Aftaler på formuerettens omraade, 3 uppl, Köpenhamn 1950 (cit. Ussing, Aftaler)
Vahlén, Avtal och tolkning, Stockholm 1960.
Vahlén, L, Köplagen och formulärrätten. Festskrift till Håkan Nial, Stockholm 1966, s 531 ff.
Vinding Kruse, A, Ansvarsfraskrivelse for tingsskade i enkelte kontraktsforhold. Festskrift til Henry Ussing, Köpenhamn 1951, s 279 ff.
Vinding Kruse, A, under medverkan av Møller, J och Otken P, Ejendomskøb, 6 uppl, Köpenhamn 1992 (cit. Vinding Kruse, Ejendomskøb).
Vinding Kruse, A, Juristen 1958 s 209 ff.
Vinding Kruse, A, under medverkan av Møller, J och Otken P, Købsretten, 3 uppl, Köpenhamn 1992 (cit. Vinding Kruse, Købsretten).
Walter, G, Kaufrecht, Tübingen 1987.
Werin, L, Ekonomi och rättssystem, 2 uppl, Stockholm 1982.
Westberg, P, Domstols officialprövning. En civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p 1, Lund 1988.
Wetterstein, P, Säljarens garantiutfästelser vid lösöreköp. Särskilt med beaktande av köparens befogenheter vid faktiskt fel i köpgodset, Åbo 1982.
Wilhelmsen, T-L, Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet. TfR 1/1995 s 1 ff.
Wilhelmsson, T, Den nordiska rättsgemenskapen och rättskälleläran. TfR 2/1985 s 181 ff.
Wilhelmsson, T, Standardavtal. Om avtalsbundenhet och oskäliga avtalsvillkor, 2 uppl, Helsingfors 1995 (cit. Wilhelmsson, Standardavtal).
Winter, S G, Comments on Arrow and on Lucas. Journal of Business (supplement), 1986, vol. 59 s 427 ff.
Wolf, M & Horn, N & Lindacher, W F, AGB-Gesetz. Kommentar, 3 uppl, München 1994 (cit. Wolf m.fl., AGB-Gesetz).
Yates, D & Hawkins, A J, Standard Business Contracts: Exclusions and Related Devices, London 1986.
Yates, D, Exclusion Clauses in Contracts, 2 uppl, London 1982.

Rättsfallsregister

Sverige

NJA 1874 s 89 57
NJA 1918 s 20 58
NJA 1918 s 156 152, 155
NJA 1921 s 511 180
NJA 1923 s 443 31, 32, 99
NJA 1933 s 260 99
NJA 1935 s 577 155
NJA 1939 s 588 206
NJA 1941 s 205 183, 188
NJA 1943 A 193 206
NJA 1944 A 70 206
NJA 1949 s 609 58, 101
NJA 1949 s 750 183, 188
NJA 1950 s 86 58, 104
NJA 1951 s 645 194
NJA 1951 s 765 104, 105
NJA 1954 s 573 58, 107, 108
NJA 1957 s 426 147, 148, 220
NJA 1960 s 441 155
NJA 1963 s 683 104, 105, 106
NJA 1964 s 152 42, 194
NJA 1964 s 239 188, 189
NJA 1964 s 517 147, 194
NJA 1966 s 555 109
NJA 1968 s 303 110
NJA 1970 s 72 109
NJA 1971 s 36 147, 148, 186, 220
NJA 1971 s 51 183, 188, 189
NJA 1974 s 573 105
NJA 1975 s 484 104, 105
NJA 1975 s 545 27, 39, 102, 183, 187, 193, 200, 201
NJA 1975 s 620 183, 188, 189
NJA 1976 s 217 200
NJA 1977 s 138 183, 188, 189
NJA 1977 s 160 106
NJA 1977 s 538 152
NJA 1978 s 147 136
NJA 1978 s 223 104, 106
NJA 1978 s 432 99, 100, 101
NJA 1979 s 401 100, 101, 135, 193, 207
NJA 1979 s 483 108, 109, 114, 133, 135, 139, 140, 145, 146, 180, 195, 206, 208, 215
NJA 1979 s 731 80
NJA 1980 s 46 99, 101, 102
NJA 1980 s 398 194
NJA 1980 s 743 23
NJA 1981 s 269 110
NJA 1981 s 323 106
NJA 1981 s 400 133, 149, 200, 201
NJA 1981 s 552 108
NJA 1981 s 1072 104, 106
NJA 1982 s 230 111
NJA 1983 s 1 178
NJA 1983 s 385 80, 116
NJA 1983 s 808 108, 183, 188, 189
NJA 1983 s 865 194

NJA 1984 s 115 80
NJA 1984 s 280 109, 194
NJA 1985 s 178 110
NJA 1985 s 397 II 108, 201
NJA 1986 A 2 200
NJA 1986 s 44 105, 106
NJA 1986 s 61 140
NJA 1986 s 205 118, 119
NJA 1986 s 670 I 183, 188, 189
NJA 1986 s 712 152
NJA 1987 s 835 105
NJA 1988 s 230 202
NJA 1988 s 408 105, 106, 108
NJA 1989 s 269 105, 108
NJA 1989 s 346 112
NJA 1989 s 389 152
NJA 1989 s 614 109
NJA 1990 s 745 136
NJA 1992 s 130 138, 139, 140, 141
NJA 1992 s 299 119
NJA 1993 s 436 185, 186
NJA 1994 s 130 180
NJA 1996 s 118 140

MD 1977:20 189
MD 1985:12 80
MD 1985:16 130
MD 1986:14 123
MD 1995:3 130, 145, 209, 210
MD 1995:33 130, 133, 145

RH 1989:1 102
RH 1989:51 99
RH 1989:83 99
RH 1990:7 99, 102

ND 1979 s 231 146
ND 1980 s 1 30, 31, 99

NDs 1959 s 222 (FiHD) 206, 208
NDs 1974 s 184 (FiHD) 59
NDs 1977 s 584 (FiHD) 101
NDs 1978 s 663 (FiHD) 105
NDs 1992 s 563 (FiHD) 101
NDs 1993 s 545 (FiHD) 105
NDs 1994 s 88 (FiHD) 102, 208, 210

Danmark

UfR 1885 s 765 57
UfR 1937 s 472 58
UfR 1941 s 306 58
UfR 1942 s 1035 H 206
UfR 1946 s 183 58
UfR 1947 s 441 58
UfR 1951 s 782 101
UfR 1969 s 152 H 206
UfR 1972 s 62 H 206
UfR 1972 s 109 H 206
UfR 1975 s 339 206
UfR 1978 s 976 201
UfR 1979 s 413 101
UfR 1979 s 1035 201
UfR 1980 s 86 H 101
UfR 1986 s 654 H 206

Finland

HD 1982 II 195 142
HD 1983 II 91 133
HD 1991:75 101
HD 1993:32 101

Norge

Rt. 1877 s 107 57
Rt. 1911 s 1037 58
Rt. 1921 s 309 58
Rt. 1925 s 945 58
Rt. 1958 s 1272 101
Rt. 1960 s 1055 206
Rt. 1973 s 967 31
Rt. 1981 s 445 178
Rt. 1982 s 1357 200
Rt. 1988 s 276 80

Rt. 1988 s 295 80
Rt. 1992 s 166 183, 188
Rt. 1992 s 1387 80
Rt. 1992 s 1397 80
Rt. 1994 s 1089 187
Rt. 1994 s 626 134, 135, 180, 220
Rt. 1995 s 245 136
Rt. 1995 s 674 80

RG 1963 s 634 H 101
RG 1968 s 638 E 206
RG 1980 s 638 180

England

Abott v Middleton (1858), 7 HLC 68 69
Alderslade v Hendon Laundry Ltd [1945] KB 189 149
Alison Gordon & Co Ltd v Wallsend Shipway and Engineering Co Ltd (1927) 43 TLR 323 70
Bank of Australia v Palmer [1897] AC 540. 70
Beck, Ernest & Co v K Szymanovski & Co [1924] AC 43. 70
British Crane Hire Corporation Ltd v Ipswich Plant Hire Ltd [1975] QB 303. 69
British Movietonews Ltd v. London and District Cinemas Ltd [1952] AC 166. 69
Crookes & Co v Allan (1879) 5 QB 38 69
Curtis v Chemical Cleaning and Dyeing Co Ltd [1951] 1 KB 805 73
Davies A & Co (Shopfitters) Ltd v William Old (1969) 67 LGR 395. 73
Davies v Collins [1945] 1 All ER 247 71
Evans J & Son (Portsmouth) Ltd v Andrea Merzario Ltd [1976] 1 WLR 1078 73
Gibaud v Great Eastern Railway Co [1921] 2 KB 426 70, 149
Haigh v Brooks (1839) 11 QB 852. 70
Hood v Anchor Line (Henderson Brothers) Ltd [1918] AC 837 68
Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd [1989] QB 433 69
Kendall, Henry, & Sons v William Lillico & Sons Ltd [1969] 2 AC 31. 69
Lee (John) and Son (Grantham) Ltd v Railway Executive [1949] 2 All ER 581 70
Mitchell,George (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd [1983] 2 AC 803. 74, 204
Olley v Marlborough Court Ltd [1949] KB 532. 68
Parker v South Eastern Railway Co (1877) 2 CPD 416. 68, 69

Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd [1980] AC 827. 73, 74
Robertson v French (1803), 4 East 130. 69
Smeaton Hanscomb & Co Ltd v Sassoon I Setty, Son & Co [1953] 1 WLR 1468. 74
Spurling, J, Ltd v Bradshaw [1956] 1 WLR 461. 136
Suisse Atlantique Société D'Armement Maritime SA v NV Rotterdamsche Kolen Centrale [1967] 1 AC 361. 74, 136
Thornton v Shoe Lane Parking Ltd [1971] 2 QB 163. 69
Wallis Son and Wells v Pratt and Haynes [1911] AC 394. 70
Watson v Haggitt [1928] AC 127. 69

Tyskland

BGH NJW-RR 1987, 112, 113 103
BGHZ 103, 316 134, 137, 204
BGHZ 17, 199 141
RGZ 163, 106 142

Sakregister

A
ABM 92 29, 144, 167, 168, 170, 175, 176, 195, 196, 197, 198, 207
adhesionsavtal 83, 91, 93
agreed document 30, 93, 94, 99, 106
Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) 91, 92
allmänna avtalsvillkor, begreppet 15, 91
se även standarvillkor
ALOS 81 167, 170, 175, 176, 195, 197, 210
AMB 92 176
ansvarsbegränsning 36, 37, 38, 102, 114, 133, 134, 145, 200, 209, 210
ansvarsbegränsningsklausul 208
ansvarsfriskrivning 34, 36, 37, 38, 39, 55, 56, 57, 61, 101, 113, 114, 133, 142, 178, 184, 185, 199
avtalstolkning 70, 74, 83, 103, 136, 148, 184

B
battle of forms 18
befrielseklausul 91
beloppsbegränsning 209
bevisning
– bevisbörda 72, 73, 137, 174
– beviskrav 32, 172, 190
– bevisregler 109
BGB 56, 61, 64, 65, 66, 135
borttolkning 190

C
CISG 32, 49, 153, 155, 157, 166, 169, 174, 176, 177, 178, 179, 195, 221
common law 68, 72, 73
culpa
– ansvar 142, 143, 154, 171
– in contrahendo 65, 131, 135, 144
– regel 151, 152, 153

D
direkt förlust (skada) 49, 131, 143, 156, 173, 210
dispositiva regler 27, 30, 40, 41, 83, 85, 119, 120, 124, 127, 179, 195
dold kontroll av avtalsvillkor, begreppet 96, 97
dolda fel 64, 149, 178, 186
dröjsmål 125, 132, 144, 154, 156, 161, 196, 198, 200, 202

E
ECE 188 29, 141, 144, 145, 146, 169, 170, 175, 176, 195, 196, 197, 198
effektivitet 50, 51, 53, 89, 122, 160, 222
egenskapsfriskrivning 36, 181, 182
ejusdem generis-principen 178
entreprenad 15, 80, 92, 200

F
faktiska fel 132, 182
fast egendom 39, 106, 114, 132, 133, 149, 150, 178, 183, 187, 189, 194, 200, 201, 202
fastighetsköp 119, 200
force majeure 56, 154, 161, 167, 177
force majeure-klausuler 65
friskrivning, begreppet 34, 35

fullgörelse 155, 157, 161, 164, 170, 172, 175, 196, 198
följdskada 207
förbehåll 15, 35, 56, 183, 185, 186, 187, 188, 190, 191
försummelse 58, 131, 132, 144, 146, 154, 197
försäkring 48, 55, 115, 133, 134, 145, 146, 192, 202
förutsättningsläran 109, 110, 111, 112

G

garanti 39, 40, 87, 105, 108, 125, 132, 143, 152, 188, 190, 196, 197
genusköp 155, 156
god sed 46, 112
gott affärsskick 112
grov vårdslöshet 138, 139, 140, 141

H

Haftungsausschlüsse 37
Haftungsbegrenzungen 37, 38
halvtvingande regler 27, 28, 120
handelsbruk 29, 30, 31, 32, 43, 85, 88, 99, 168, 184, 191
hävning 87, 119, 145, 180, 188, 195, 197, 199, 203, 205, 207, 208

I

ICC 176
IML 91 167, 170, 174, 176, 195, 196, 197, 198, 207
in dubio contra stipulatorem 58, 103, 105
se även oklarhetsregeln
indexklausul 80, 100, 115, 116, 193
indirekt förlust 131, 132, 143, 145, 156, 199
se även indirekt skada
indirekt skada 36, 38, 87, 115, 132, 135, 144, 145, 206
individuella villkor 41, 42, 63, 94, 100
information 41, 45, 49, 50, 83, 110, 136, 144, 191, 193, 222
införlivande av avtalsvillkor 101
se även inkorporering
inkorporering 62, 97, 99, 101, 103, 171, 184
integrationsklausul 42

J

jämkning 58, 80, 109, 110, 112, 114, 116, 173
jämvikt
– i partsförhållandet 68, 199, 205
– på marknaden 47

K

klausultyper 65, 101, 113
konkurrens 47, 52, 222
konossement 58, 99
konsumentköp (konsumentavtal) 79, 80, 114, 124, 131, 145, 171, 183, 191, 196
kontraktsmedhjälpare 65, 134, 161
kutym 30, 31
kvalitet, friskrivning från 17, 34, 113, 220

L

leasing 202, 203
leverans
– bestämmelser 100
– försening 47, 136, 137, 158, 173, 175
– leveransavtal 71
– omleverans 39, 146, 195, 197
– tid 91, 144, 173
– villkor 54, 90

M

marknad
– marknadsekonomi 43, 44, 78, 81, 82, 88
– marknadsföring 80
– marknadsföringsansvar 28, 191
– marknadsföringsuppgifter 166
– marknadssvikt 52, 222
– perfekt marknad 51, 52
massavtal 92
minimumregeln 108

muntliga villkor 63, 92

N

NL 92 29, 143, 168, 169, 170, 176, 198, 207, 210
NLM 94 29, 143, 170, 176

O

objektiv omöjlighet 56, 154, 157
oförutsedda händelser 65
oklarhetsregeln 58, 64, 92, 103, 104, 105, 106, 107, 147, 173, 181, 184, 192, 200, 206, 217, 219
se även in dubio contra stipulatorem
oskälighetsbedömning 36, 52, 81, 83, 113, 115, 122, 123, 124, 125, 142, 180, 209, 210, 217, 222
oväntade klausuler 100, 101
se även överraskande klausuler

P

parol evidence rule 70
partsbalans 94, 95, 194, 199, 205, 222
partsbruk 32, 40, 41, 43, 99, 168, 180, 184
partsförhållande 28, 88, 90, 95, 101, 112, 193, 195, 207
personskada 151, 153
preskription 35, 37, 139
pris 45, 50, 63, 79, 80, 114, 116, 123, 125, 128
produktansvar 150, 151, 152, 153
produktskada 144, 150, 152, 153, 210

R

reklamation 35, 37, 58, 140, 180
restriktiv tolkning av friskrivningsklausuler 103, 107, 147, 148, 173, 181, 183, 184, 192, 194, 200, 206, 217, 219
rådighetsfel 182, 188
rättsliga fel 132, 182

S

sedvänja 30, 35, 40, 85, 88, 191
skadestånd 39, 64, 87, 131, 134, 146, 154, 196, 199, 205, 207, 221
skiljedomsklausul 101, 193
se även skiljeklausul
skiljeklausul 58, 99
spedition 55, 99, 134, 220
standardvillkor 91
standardvillkor, begreppet 62, 91, 92
strejk 108, 158

T

tidigare säljled 156, 160, 161, 162, 166, 171, 172, 173
tillverkning(s)
– fel 113, 155, 206
– köp 53
transport
– avtal 72, 99, 140
– kostnader 53, 66
– möjligheter 174
tvingande regler 116, 117, 118, 119
tydlighetskrav 57, 58, 97, 104, 106, 108, 173, 178, 190, 221
tyngande klausuler 95, 100, 101, 102, 107, 135, 192, 193, 208

U

undanskymda (undanstuckna) villkor 41, 42, 87, 101, 193
underleverantör 156, 160, 162, 167, 169, 170
underlägsen ställning 127
undersökning av varan 186, 187, 189
Unfair Contract Terms Act (UCTA) 71, 72, 136, 178, 204
upplysningar om varan 131, 184, 187
upplysningsplikt 184, 186, 187, 188, 189
utebliven vinst 197, 206, 207, 209
utfyllning 40, 218

V

vilseledande
– presentation av villkor 125, 126
– rubrik 41, 126
– uppgifter 144
– utformning av villkor 193, 216

vite
– avtals- 196, 205
– förbuds- 80, 121

Ä

ändrade förhållanden 112, 116

Ö

öppen kontroll av avtalsvillkor, begreppet 97
överraskande klausuler 61, 63, 64, 101, 192
se även oväntade klausuler

Bokens tema är den rättsliga kontrollen av friskrivningsklausuler. Genom sådana klausuler omfördelas risken mellan parterna i förhållande till vad som eljest skulle ha gällt, främst enligt dispositiv rätt. Friskrivningsklausuler utgör ett regelmässigt inslag i kommersiella standardavtal, inte minst på köprättens område.

I boken behandlas dels olika förekommande metoder för kontroll av friskrivningsklausuler dels i vilken närmare utsträckning som vissa vanliga typer av sådana klausuler tillåts slå igenom i kommersiella köpavtal. Exempel på friskrivningar som behandlas är friskrivning från vårdslöshet, friskrivning från varans kvalitet samt friskrivning från påföljder av kontraktsbrott.

Thorsten Lundmark är verksam vid Rättsvetenskapliga institutionen, Umeå universitet. Akademisk avhandling.

ISBN 91-7678-323-5

ISBN 91-7678-323-5

9 789176 783238

IUSTUS FÖRLAG