

# Oskäliga avtalsvillkor som otillbörlig marknadsföring

## Får konkurrenter väcka talan enligt marknadsföringslagen?

Av lektor HAJO MICHAEL HOLTZ

*Individuellt förhandlade avtal har på många områden ersatts av på förhand formulerade avtal. Sådana standardavtal rationaliserar hanteringen av ett stort antal avtal, förskjuter affärsriskerna till användarens förmån och kan på det sättet leda till kostnadsbesparingar. Däremot kan användningen av villkor i standardavtal som är oskäliga i lagens mening innebära en otillbörlig konkurrensfördel. Därför undersöker den här artikeln huruvida oskäliga avtalsvillkor är att anse som en otillbörlig affärsmetod och om enskilda näringsidkare med hjälp av marknadsföringslagen är berättigade att väcka talan mot en konkurrents oskäliga avtalsvillkor.*

### 1 Inledning

I dagens konsumtionssamhälle bestämmer storföretag och organisationer villkoren för de enskilda massavtalen på förhand genom utarbetande av formulär av olika slag.<sup>1</sup> Med formulär menas standardavtal, alltså villkor som inte har varit föremål för individuell förhandling och som ska tillämpas likartat i ett större antal fall.<sup>2</sup> Standardavtal kan innefatta ett missbruk av avtalsfriheten varigenom säljarsidan skaffar sig ett otillbörligt övertag i förhållande till köparsidan.<sup>3</sup> För att hantera avtalsvillkor som är att anse som oskäliga existerar i Sverige ett tvåspårigt system, närmare bestämt dels avtalsrättslig lagstiftning i form av främst 36 § avtalslagen, dels marknadsrättslig lagstiftning i form av de s.k. avtalsvillkorlagarna.<sup>4</sup> Syftet med det avtalsrättsliga spåret är att skydda individuella intressen i ett konkret avtalsförhållande, medan det marknadsrättsliga spåret går ut på att skydda kollektiva intressen och att bekämpa oskäliga avtalsvillkor rent allmänt.<sup>5</sup> En i detta sammanhang intressant fråga från ett marknadsrättsligt perspektiv är vem som kan anses ha ett berättigat intresse av att väcka talan mot oskäliga avtalsvillkor.

<sup>1</sup> Prop. 1971:15, s. 18.

<sup>2</sup> Bernitz, SvJT 1995, s. 625 och 629.

<sup>3</sup> Prop. 1971:15, s. 18; jfr även Nordell, Marknadsrätten — en introduktion, 6 uppl. (2014) s. 103 f.

<sup>4</sup> Se utförligt Bernitz, Standardavtalsrätt (2013) s. 185 f.; prop. 1994/95:17, s. 24; prop. 1971:15, s. 18 f. Rent formellt är det marknadsrättsliga spåret dock inte begränsat till standardavtal, utan kan tillämpas likaså på villkor som har varit föremål för individuell behandling.

<sup>5</sup> Jfr Bernitz, Standardavtalsrätt (2013) s. 187.

Enligt 3 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (AVLK) får Marknadsdomstolen (MD) förbjuda en näringsidkare att använda ett avtalsvillkor som är oskäligt mot konsumenter. Talan får väckas av Konsumentombudsmannen (KO) och om den inte beslutar att göra någon ansökan får i andra hand en sammanslutning av näringsidkare, konsumenter eller löntagare vända sig till MD, se 4 § AVLK. En enskild näringsidkare som på något sätt berörs av användningen av det oskäliga villkoret saknar däremot en egen talerätt. Har det oskäliga villkoret använts gentemot en annan näringsidkare får endast den näringsidkare väcka talan i MD mot vilken det aktuella avtalsvillkoret har ställts upp, se 3 § lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare (AVLN). En näringsidkare som berörs av en annan näringsidkares oskäliga avtalsvillkor utan att vara part i avtalet har inga andra möjligheter än att vända sig till KO eller en auktoriserad sammanslutning och hoppas på att dessa ingriper enligt avtalsvillkorslagarna; någon skyldighet att ingripa har KO eller en auktoriserad sammanslutning inte.<sup>6</sup>

Frågan huruvida oskäliga avtalsvillkor är att anse som otillbörlig marknadsföring har sedan några år tillbaka diskuterats intensivt i den tyska doktrinen.<sup>7</sup> Högsta domstolen i Tyskland (*Bundesgerichtshof*) lämnade år 2012 ett jakande svar.<sup>8</sup> Även på det europeiska planet har frågan uppmärksamats, eftersom den rör förhållandet mellan direktiv 93/13/EEG om oskäliga villkor i konsumentavtal och direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder.<sup>9</sup> Samma diskussion verkar inte förekomma i Sverige, trots det faktum att oskäliga avtalsvillkor alltid har betraktats som en marknadsrättslig fråga.<sup>10</sup> Förklaringen kan ligga i att avtalsvillkorslagarna skulle kunna ses som ett slutet bedömnings- och sanktionssystem för oskäliga avtalsvillkor från ett marknadsrättsligt perspektiv.<sup>11</sup> Syftet med artikeln är att fylla denna lucka. Diskussionen är främst relevant för enskilda näringsidkare som saknar en egen talerätt enligt avtalsvillkorslagarna.

<sup>6</sup> Jfr prop. 1994/95:17, s. 71.

<sup>7</sup> Se bl.a. Köhler, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2008, s. 177; omfattande Holtz, *Die AGB-Kontrolle im Wettbewerbsrecht* (2010); Schlagelambers, *Die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen als unlautere Geschäftspraktik im europäischen und deutschen Recht* (2011).

<sup>8</sup> Se BGH dom i mål I ZR 45/11 (*Missbräuchliche Vertragsstrafe*), *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (GRUR) 2012, s. 949.

<sup>9</sup> Se Orlando, *European Review of Contract Law* (ERCL) 2011, s. 25; generaladvokaten Trstenjaks förslag till avgörande i mål C-453/10 (*Pereni ová*), punkt 84 ff.; Keirsbilck, *Common Market Law Review* (CML Rev) 1/2013, s. 247, 260 f.; Micklitz i v. Boom/Garde/Akseli, *The European Unfair Commercial Practices Directive* (2014) s. 173, 184 f.

<sup>10</sup> Jfr prop. 1971:15, s. 18 ff.

<sup>11</sup> Jfr hur man tidigare såg på förhållandet mellan MFL och immaterialrätten, se Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt* 2 (2013) s. 109 ff.; Bernitz, *NIR* 4/2013, s. 452. Dessutom förefaller det så att oskäliga avtalsvillkor främst utgör en konsumenträttslig angelägenhet; AVLN har sedan dess införande 1984 inte fått något verkligt genomslag i praktiken, jfr Bernitz, *SvJT* 2001 s. 300 och 307 f.

Artikeln är upplagd på så sätt att den först behandlar den unionsrättsliga bakgrunden och frågan huruvida oskäliga avtalsvillkor kan anses som en otillbörlig affärsmetod i den mening som avses i direktiv 2005/29/EG. Sedan diskuteras utförligt det svenska perspektivet och frågan hur marknadsföringslagen (MFL) kan tillämpas på oskäliga avtalsvillkor. Om MFL kan tillämpas på oskäliga avtalsvillkor uppkommer en intressant följdfråga, nämligen huruvida enskilda näringsidkares talerätt med utgångspunkt i MFL skulle kunna vara förenlig med det redan existerande regelverket mot oskäliga avtalsvillkor i form av avtalsvillkorlagarna. I detta sammanhang diskuteras frågan om en möjlig spärrverkan. Artikeln avslutas med en sammanfattning av de viktigaste slutsatserna.

## 2 Oskäliga avtalsvillkor och EU-rätt

Oskäliga villkor i standardavtal regleras från ett EU-rättsligt perspektiv framförallt genom direktiv 93/13/EEG.<sup>12</sup> Till skillnad från oskälighetsbedömningen enligt detta direktiv är den nu intressanta frågan huruvida oskäliga avtalsvillkor kan klassificeras som en otillbörlig affärsmetod i enlighet med direktiv 2005/29/EG. Om så är fallet behöver förhållandet mellan de båda direktiven utredas närmare.

### 2.1 Direktiv 2005/29/EG

Syftet med direktivet är att bidra till att den inre marknaden fungerar korrekt och att säkerställa en hög konsumentskyddsnivå genom att tillnärma medlemsstaternas lagar och andra författningar avseende otillbörliga affärsmetoder som skadar konsumenternas ekonomiska intressen (artikel 1). Direktivet ska tillämpas på otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter före, under och efter en affärstransaktion (artikel 3.1) och ska fungera som ett allmänt ramverk för i princip alla typer av oskäliga affärsmetoder.<sup>13</sup> En affärsmetod är en näringsidkares handling i direkt relation till marknadsföring, försäljning eller leverans av en produkt till en konsument (artikel 2 d). Direktiv 2005/29/EG borde därför också vara applicerbart på standardavtal.<sup>14</sup> Direktivet innehåller emellertid inte ett explicit förbud mot användningen av oskäliga avtalsvillkor. Det kan vidare konstateras att användningen av oskäliga avtalsvillkor inte omfattas av något av *per se*-förbuden i bilaga I till artikel 5.5 (den s.k.

<sup>12</sup> Föreliggande undersökning gör ingen tydlig skillnad mellan oskäliga avtalsvillkor i konsumentförhållanden och oskäliga avtalsvillkor mellan näringsidkare. Anledningen är att varken direktiv 93/13/EEG eller direktiv 2005/29/EG berör förhållanden mellan näringsidkare. Medlemsstaterna är därför fria att tillämpa direktivens värderingar i sådana förhållanden, vilket Sverige till viss del gör, se själva existensen av AVLN samt t.ex. 4 § fjärde stycket MFL.

<sup>13</sup> Prop. 2007/08:115 s. 54.

<sup>14</sup> Micklitz i v. Boom/Garde/Akseli, *The European Unfair Commercial Practices Directive* (2014) s. 184. Se konkret om frågan varför avtalsvillkor är att anse som en marknadsföringsåtgärd nedan punkt 3.1.

svarta listan)<sup>15</sup> och inte heller kan klassificeras som en aggressiv affärsmetod i den mening som avses i artikel 8 och 9. Det finns dock flera andra bestämmelser i direktiv 2005/29/EG som kan tillämpas på oskäligen avtalsvillkor.

För det första skulle användningen av oskäligen avtalsvillkor kunna anses som en vilseledande handling enligt artikel 6. En affärsmetod ska anses vara vilseledande om den inbegriper oriktig information och således är falsk eller om den vilseleder bl.a. i fråga om omfattningen av näringsidkarens åtaganden eller konsumentens rättigheter (artikel 6.1 c och g). Om näringsidkaren använder oskäligen avtalsvillkor kan detta vara vilseledande, eftersom felaktiga uppgifter lämnas eller konsumenten inte har någon kännedom om den verkliga omfattningen av de rättigheter och skyldigheter som följer av avtalet, framförallt med avseende på de oskäligen villkoren som därmed är ogiltiga för konsumenten.<sup>16</sup>

För det andra skulle användningen av oskäligen avtalsvillkor kunna ses som vilseledande underlåtenhet i den mening som anges i artikel 7. Enligt artikel 7.1 ska det anses vara vilseledande att underlåta att lämna väsentlig information. Med detta likställs om information ges på ett oklart, obegripligt, tvetydigt eller olämpligt sätt (artikel 7.2). Sedan innehåller artikel 7.4 en kompletterande regel om köperbudandena. Enligt artikel 7.4 utgör väsentlig information vid ett köperbudande information om närmare villkor för betalning, leverans, fullgörande och hantering av reklamationer, om de avviker från de krav som god yrkessed innebär.

Vad gäller vilseledande underlåtenhet i enlighet med den allmänna bestämmelsen kan konstateras att själva användningen av oskäligen avtalsvillkor måste anses som en aktiv handling och inte en underlåtenhet att utelämna väsentlig information. Vad gäller oklar information enligt artikel 7.2 kan den utan tvivel lämnas med hjälp av allmänna villkor.<sup>17</sup> Detta betyder dock inte att oskäligen avtalsvillkor rent generellt är förbjudna. Vad gäller väsentlig information vid ett köperbudande kan en avvikelse från god yrkessed anses föreligga när villkoren är oskäligen.<sup>18</sup> För att undvika ett brott mot artikel 7.4 måste näringsidkaren således upplysa om denna avvikelse. På det viset kan argumenteras att artikel 7 endast reglerar en informationsskyldighet med avse-

<sup>15</sup> Några av de listade metoderna skulle i bästa fall kunna utföras med hjälp av villkor i standardavtal, se mer nedan punkt 3.2.3.

<sup>16</sup> Generaladvokaten Trstenjaks förslag till avgörande i mål C-453/10 (Pereni ová), punkt 91; samma resonemang fördes redan av Orlando, *European Review of Contract Law* (ERCL) 2011, s. 25, 28. Se dessutom själva domen i mål C-453/10 (Pereni ová), punkt 37 ff. Notera att EU-domstolen endast bedömde en konkret klausul som innebär att den årliga effektiva räntan som anges i ett kreditavtal är lägre än den verkliga effektiva räntan. EU-domstolen tog inte ställning till frågan huruvida oskäligen avtalsvillkor rent generellt bör ses som en otillbörlig affärsmetod.

<sup>17</sup> Jfr även Keirsbilck, *Common Market Law Review* (CML Rev) 1/2013, s. 247, 260.

<sup>18</sup> Alexander, *Wettbewerb in Recht und Praxis* (WRP) 2012, s. 515, 521.

ende på de närmare förutsättningar som regleras där.<sup>19</sup> Det förefaller dock svårt att härleda ett generellt marknadsrättsligt användningsförbud mot oskäligen avtalsvillkor från artikel 7 i direktiv 2005/29/EG.<sup>20</sup>

Slutligen kan användningen av oskäligen villkor bedömas enligt direktivets generalklausul. Generalklausulen i artikel 5.2 innebär att en affärsmetod ska vara otillbörlig om den strider mot god yrkessed. Genom antagandet av direktiv 93/13/EEG kan en del av god yrkessed inom den Europeiska unionen anses vara att i konsumentförhållanden använda sig av skäligen avtalsvillkor, respektive avstå ifrån att använda oskäligen avtalsvillkor. En avvikelse från god yrkessed borde därför föreligga när avtalsvillkor är oskäligen i den mening som avses i direktiv 93/13/EEG.

## 2.2 Förhållandet till direktiv 93/13/EEG

Det faktum att vissa bestämmelser i direktiv 2005/29/EG kan tillämpas på oskäligen avtalsvillkor väcker frågan hur detta direktiv förhåller sig till direktiv 93/13/EEG. Svaret finns i artikel 3 i direktiv 2005/29/EG. Enligt artikel 3.2 ska direktivet inte påverka avtalsrättslig lagstiftning, särskilt inte regler om avtals giltighet, ingående eller verkan. Dessutom ska, enligt artikel 3.4, andra unionsbestämmelser som reglerar specifika aspekter av otillbörligen affärsmetoder vid en konflikt ha företräde och tillämpas på dessa specifika aspekter. Förhållandet mellan direktiven beror således på huruvida direktiv 93/13/EEG är att anse som avtalsrättslig lagstiftning, alternativt som lagstiftning som reglerar specifika aspekter av otillbörligen affärsmetoder.

Direktiv 93/13/EEG om oskäligen villkor i konsumentavtal reglerar bl.a. när avtalsvillkor ska anses vara oskäligen (artiklarna 3 ff.), vilken verkan oskäligen villkor ska ha (artikel 6) samt hur oskäligen avtalsvillkor ska bekämpas (artikel 7). I fråga om oskäligen villkors verkan anger artikel 6 direktiv 93/13/EEG att medlemsstaterna ska föreskriva att oskäligen villkor som används i avtal som en näringsidkare sluter med en konsument inte är bindande för konsumenten. På detta sätt regleras det rättsliga förhållandet mellan två olika kategorier av privatpersoner enligt avtal, särskilt avtalets giltighet, varför bestämmelserna i detta direktiv utgör avtalsrättslig lagstiftning i den mening som avses i artikel 3.2 i direktiv 2005/29/EG.<sup>21</sup> I fråga om hur oskäligen villkor ska bekämpas anger artikel 7.1 i direktiv 93/13/EEG att medlemsstaterna ska se till att det i konsumenternas och konkurrenternas intresse finns lämpligen och effektiva medel för att hindra fortsatt användning av oskäligen villkor i avtal som näringsidkare sluter med konsumenter. Di-

<sup>19</sup> Köhler, Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP) 2012, s. 1475, 1476.

<sup>20</sup> På liknande sätt Köhler, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2008, s. 177, 179.

<sup>21</sup> Generaladvokaten Trstenjaks förslag till avgörande i mål C-453/10 (Pereni ová), punkt 84. Se i fråga om villkorets ogiltighet dessutom själva domen i mål C-453/10 (Pereni ová), punkt 45.

rektiv 93/13/EEG ska alltså inte bara skydda individuella intressen i ett konkret avtalsförhållande, utan till och med marknadsaktörernas kollektiva intressen mot framtida bruk av sådana villkor. På detta sätt reglerar direktiv 93/13/EEG inte bara avtalsrätt, utan även specifika aspekter av otillbörliga affärsmetoder.<sup>22</sup>

Följaktligen spelar det ingen roll vilken konfliktregel man vill använda — direktiv 93/13/EEG har företräde framför direktiv 2005/29/EG. Detta innebär att direktiv 2005/29/EG inte kan utgöra en rättslig grund för ett förbud mot användningen av oskäliga avtalsvillkor, eftersom detta redan regleras genom direktiv 93/13/EEG.<sup>23</sup> Detta resonemang behöver dock bekräftas av EU-domstolen, som i motsats här till redan har avgjort den omvända frågan, det vill säga huruvida en otillbörlig affärsmetod kan ha betydelse för bedömningen av ett avtalsvillkor i enlighet med direktiv 93/13/EEG. Enligt domen i målet *Pereni ová* utgör existensen av en otillbörlig affärsmetod endast ett av de kriterier utifrån vilka bedömningen ska ske huruvida avtalsvillkoren är oskäliga.<sup>24</sup>

### 2.3 Diskussion

Sammanfattningsvis kan konstateras att EU-rätten förbjuder användningen av oskäliga avtalsvillkor. Den rättsliga grunden för ett sådant användningsförbud utgör direktiv 93/13/EEG. Oskäliga avtalsvillkor kan därutöver begreppsmässigt klassificeras som en otillbörlig affärsmetod i enlighet med direktiv 2005/29/EG, antingen som en vilseledande handling eller som en avvikelse från god yrkessed.<sup>25</sup> Vad gäller ett användningsförbud har direktiv 93/13/EEG emellertid företräde. Därför reglerar direktiv 2005/29/EG främst en informationskyldighet enligt artikel 7.4 samt en skyldighet enligt artikel 7.2 att formulera eller presentera allmänna villkor på ett klart och tydligt sätt om dessa innehåller väsentlig information. Hur medlemsstaterna däremot förhindrar fortsatt användning av oskäliga villkor i avtal som näringsidkare sluter med konsumenter är upp till de enskilda staterna, så länge medlen är lämpliga och effektiva i den mening som avses i artikel 7.1 i direktiv 93/13/EEG.<sup>26</sup> Detta betyder att medlemsstaterna är fria att underkasta oskäliga avtalsvillkor de nationella bestämmelser som antagits med implementeringen av direktiv 2005/29/EG. En unions-

<sup>22</sup> Enligt prop. 2007/08:115 s. 54 utgör direktiv 93/13/EEG speciallagstiftning i den mening som avses i artikel 3.4 direktiv 2005/29/EG.

<sup>23</sup> På liknande sätt Köhler, *Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP)* 2012, s. 1475, 1476. Däremot anser Orlando, *European Review of Contract Law (ERCL)* 2011, s. 25, 51, att sanktionsföreskrifterna i direktiv 2005/29/EG bör ha företräde framför sanktionsföreskrifterna i direktiv 93/13/EEG.

<sup>24</sup> EU-domstolens dom i mål C-453/10 (*Pereni ová*), punkt 47.

<sup>25</sup> I direktiv 2005/29/EG finns dock varken en automatisk koppling mellan oskäliga avtalsvillkor och otillbörliga affärsmetoder eller en allmän regel om när användningen av oskäliga villkor utgör en otillbörlig affärsmetod, utan det beror på en bedömning i det enskilda fallet.

<sup>26</sup> Den motsvarande bestämmelsen i artikel 11.1 direktiv 2005/29/EG har i princip samma innebörd.

rättslig skyldighet kan emellertid inte härledas från detta direktiv, så länge kraven i direktiv 93/13/EEG uppfylls.<sup>27</sup>

### 3 Oskäliga avtalsvillkor och marknadsföringslagen

Slutsatsen att oskäliga avtalsvillkor kan anses som en otillbörlig affärsmetod i enlighet med direktiv 2005/29/EG och att medlemsstaterna har möjlighet att tillämpa nationell marknadsföringslagstiftning på sådana villkor ska nu överföras till det svenska rättsläget.

#### 3.1 *Avtalsvillkor som marknadsföring*

För att svensk marknadsföringslagstiftning ska kunna tillämpas på oskäliga avtalsvillkor i ett standardavtal behöver användningen av standardavtal anses utgöra en marknadsföringsåtgärd. Enligt 3 § sjätte stycket MFL anses som "marknadsföring" all reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av produkter före, under eller efter försäljning eller leverans av produkter. Att villkor i standardavtal kan anses som en affärsmetod i enlighet med direktiv 2005/29/EG har konstaterats ovan. Därutöver kan i detta sammanhang följande beaktas.

Avtalsvilkors karaktär som en marknadsföringsåtgärd kan illustreras bäst med hjälp av formulärrättens huvudsakliga syften och verkningar. Standardavtalens huvudsakliga syften är att rationalisera och förskjuta riskfördelningen.<sup>28</sup> I det moderna näringslivet kan standardavtal rationalisera och förenkla hanteringen av massavtal, juridiskt ordna oreglerade eller otillräckligt reglerade livsområden, öka förutsägbarheten i affärsrisker och snabbt anpassa bestämmelser i massavtal till förändrade ekonomiska eller tekniska omständigheter (rationaliseringssyfte).<sup>29</sup> Samtidigt påverkas användningen av standardavtal av användarens önskan att stärka sin rättsliga ställning och att minska rättigheterna för den andra sidan genom att förskjuta affärsriskerna, på bekostnad av en ömsesidig intresseavvägning (riskfördelnings-syfte).<sup>30</sup> Det är alltså främst ekonomiska överväganden till följd av massproduktion och masskonsumtion av varor och tjänster som har gett upphov till standardavtal som fenomen. På grund av standardavtalens syften och verkningar står användningen i direkt relation till

<sup>27</sup> Till skillnad från Orlando, *European Review of Contract Law (ERCL)* 2011, s. 25, 54, som anser att medlemsstaterna är skyldiga att underkasta oskäliga avtalsvillkor de nationella bestämmelser som antagits med implementeringen av direktiv 2005/29/EG. Ett slutgiltigt svar på denna fråga beror på EU-domstolens tolkning.

<sup>28</sup> Se närmare Bernitz, *Standardavtalsrätt* (2013) s. 20 ff.

<sup>29</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), 1976-08-06, BT-Drs. 7/3919, s. 9, fri översättning av författaren.

<sup>30</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), 1976-08-06, BT-Drs. 7/3919, s. 9, fri översättning av författaren.

försäljningen och kan således anses som en åtgärd i näringsverksamhet som är ägnad att främja avsättningen av produkter.<sup>31</sup>

### *3.2 Oskäligen avtalsvillkor som otillbörlig marknadsföring*

#### 3.2.1 Vilsedande marknadsföring, 8 och 10 §§ MFL

Som anføres ovan kan oskäligen avtalsvillkor klassificeras som vilsedande handling i enlighet med direktiv 2005/29/EG. Motsvarande klassificering kan göras enligt 10 § första och andra styckena MFL. Allmänna villkor kan framförallt aktualiseras vid framställningar som rör betalningsvillkoren (andra stycket 4), näringsidkarens egna åtaganden (andra stycket 5), leveransvillkor för produkten (andra stycket 7) eller vid framställningar som rör konsumentens rättigheter enligt lag eller annan författning (andra stycket 10). Beroende på omständigheterna i det enskilda fallet kan felaktiga påståenden i dessa avseenden mycket väl vara vilsedande för mottagaren, t.ex. när man marknadsför mer förmånliga avtalsvillkor än som faktiskt gäller.<sup>32</sup> Parallellt med bedömningen enligt artikel 6.1 i direktiv 2005/29/EG skulle även här kunna hävdas att påståenden rent allmänt är felaktiga om villkoren är oskäligen.<sup>33</sup>

Vidare kan i enlighet med direktiv 2005/29/EG diskuteras om användningen av oskäligen avtalsvillkor kan utgöra en vilsedande underlåtenhet. Enligt 10 § tredje stycket MFL får en näringsidkare inte utelämna väsentlig information, varvid med vilsedande utelämnande även avses sådana fall där den väsentliga informationen ges på ett oklart, obegripligt, tvetydigt eller annat olämpligt sätt. Bestämmelsen omfattar alla former av marknadsföring och är således möjlig att tillämpa exempelvis i samband med anbud, avtals ingående eller leverans av produkt.<sup>34</sup> Med anledning av detta talar mycket för att det går att tillämpa 10 § tredje stycket MFL för att ingripa mot avtalsvillkor som inte är tillräckligt transparenta.<sup>35</sup> I övrigt kan avtalsvillkor som är oskäligen enligt avtalsvillkorlagarna inte i sig anses som en vilsedande underlåtenhet, eftersom själva användningen utgör en aktiv handling.

I båda fallen tillkommer transaktionstestet enligt 8 § första stycket MFL. Vilsedande marknadsföring är att anse som otillbörlig om den påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Ett affärsbeslut är ett beslut om, på vilket sätt

<sup>31</sup> MD har tidigare bedömt ett standardiserat förhandsavtal som marknadsföring, se MD 2010:11, dock i kombination med bl.a. en reklambroschyr.

<sup>32</sup> Som ett exempel kan återigen nämnas MD 2010:11, där en diskrepans mellan en reklambroschyr och ett standardiserat förhandsavtal diskuterades. Talan bifölls dock inte.

<sup>33</sup> Se ovan punkt 2.1. Denna tolkning är dock inte särskilt övertygande, eftersom villkoren med svårighet kan anses som ett påstående om sig själva.

<sup>34</sup> Prop. 2007/08:115 s. 87.

<sup>35</sup> Jfr Bernitz, Standardavtalsrätt (2013) s. 200, som förespråkar en parallell användning av MFL och AVLK i fråga om vilsedande presentation av avtalsvillkor. Se även i detta sammanhang MD 2010:11.

och under vilka förutsättningar en produkt ska köpas liksom om hela eller delar av köpesumman ska betalas, om produkten ska behållas eller överlåtas eller om en avtalsenlig rättighet i samband med produkten ska utnyttjas (3 § andra stycket MFL). Felaktiga påståenden i allmänna villkor eller oklara avtalsvillkor kan bl.a. påverka mottagarens beslut om en avtalsenlig rättighet ska utnyttjas.<sup>36</sup> Allmänna villkor kan därför under vissa omständigheter utgöra vilseledande marknadsföring som är att anse som otillbörlig, antingen i form av vilseledande handling eller vilseledande underlåtenhet. Ett generellt förbud mot just oskäligen avtalsvillkor innehåller 10 § MFL emellertid inte.

### 3.2.2 Lagstridighetsprincipen, 5 och 6 §§ MFL

Enligt 5 § MFL ska marknadsföring stämma överens med god marknadsföringssed. I detta ligger bl.a. att marknadsföringen, i enlighet med den s.k. lagstridighetsprincipen, ska vara laglig, vilket i sin tur betyder att den inte får strida mot annan lag.<sup>37</sup> För att lagstridighetsprincipen ska anses vara uppfylld krävs det ett brott mot en relevant bestämmelse utanför själva MFL samt transaktionstestet enligt 6 § MFL. Bestämmelsen måste härröra från en författning med materiellt innehåll. Fastställandet av ett brott förutsätter att samtliga rekvisit i bestämmelsen är uppfyllda. Dessutom borde det krävas att bestämmelsen i fråga reglerar marknadsbeteende i marknadsaktörernas intresse.<sup>38</sup> Annars kan man inte identifiera de lagbrott som ska kunna beivras marknadsrättsligt.

Lagbestämmelser som kan tillämpas i samband med oskäligen villkor i standardavtal är 3 § AVLK samt 1 och 2 §§ AVLN som ger MD möjlighet att förbjuda avtalsvillkor som är oskäligen mot konsumenter respektive andra näringsidkare som har en underlägsen ställning i förhållande till användaren. Avtalsvillkorlagarna är lagar med ett materiellt innehåll, nämligen ett förbud mot oskäligen avtalsvillkor. Huruvida ett brott mot avtalsvillkorlagarna föreligger beror på en oskälighetsbedömning i det enskilda fallet, vilket innebär att MD indirekt till och med inom ramen för MFL skulle kunna pröva konkreta avtalsvillkor i enlighet med avtalsvillkorlagarna.<sup>39</sup> På liknande sätt som bedömningen ovan i fråga om transaktionstestet i enlighet med 8 § MFL kan oskäligen villkor i standardavtal dessutom påverka eller

<sup>36</sup> Det är däremot tveksamt om allmänna villkor har betydelse för beslutet om huruvida en produkt ska köpas. Avgörande för ett köpbeslut är mest sannolikt inte de allmänna villkorens kvalitet, utan priset och kvaliteten av själva erbjudandet. Av den anledningen konkurrerar näringsidkarna inte med varandra vad gäller kvaliteten av allmänna villkor, varför avtalsparterna behöver skyddas av lagen, se omfattande Holtz, Die AGB-Kontrolle im Wettbewerbsrecht (2010) s. 86 f. med hänvisningar.

<sup>37</sup> MD 2013:9, punkt 94.

<sup>38</sup> Se omfattande i fråga om lagstridighetsprincipens rekvisit Holtz, JT 2015–16 s. 120, 128 ff. och 141 ff.

<sup>39</sup> Själva oskälighetsbedömningen enligt avtalsvillkorlagarna behandlas inte i föreliggande kontext.

sannolikt påverka mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, även i märkbar mån i den mening som avses i 6 § MFL.

Om villkor i standardavtal således är att anse som oskäligen enligt avtalsvillkorslagarna kan hävdas att användningen av villkoren samtidigt står i strid med marknadsföringslagens lagstridighetsprincip. En sådan ståndpunkt är väl förenlig med lagstridighetsprincipens syfte, nämligen att marknadsrättsligt sanktionera de lagbrott som är relevanta för marknadsaktörernas intressen, främst konsumenterna. Avtalsvillkorslagarna syftar till att skydda köparsidan mot ett otillbörligt övertag av säljarsidan och reglerar marknadsrättsliga frågor, vilket redan framgår av själva lagtexten, till skillnad från 36 § avtalslagen.<sup>40</sup> Således skulle det vara möjligt att generellt ingripa enligt MFL mot oskäligen avtalsvillkor. För KO och sammanslutningar med egen talerätt i avtalsvillkorslagarna skulle detta främst anses som en rättsskyddsdupplering. För enskilda näringsidkare, som saknar en egen talerätt med utgångspunkt i avtalsvillkorslagarna, skulle detta däremot betyda den enda möjligheten att bekämpa oskäligen avtalsvillkor som används av konkurrenter.<sup>41</sup>

### 3.2.3 Övriga bestämmelser

För fullständighets skull ska övriga bestämmelser i MFL kort diskuteras. För det första skulle några punkter i svarta listan kunna ha beröringspunkter med allmänna villkor, eftersom metoderna skulle kunna tillämpas i form av avtalsvillkor, t.ex. genom att beskriva en produkt som "gratis", "kostnadsfri" eller "utan avgift" (punkt 20). Vidare kan den kompletterande regeln om köperbudanden i 12 § MFL vara relevant i fråga om oskäligen avtalsvillkor. Enligt denna bestämmelse är marknadsföringen vilseledande om näringsidkaren i en framställning erbjuder konsumenterna en bestämd produkt med en prisangivelse utan att det framgår information om villkor för betalning, leverans, fullgörande och hantering av reklamationer om dessa avviker från vad som är normalt för branschen eller produkten i fråga (12 § första stycket 4). Bestämmelserna i 12 § MFL implementerar artikel 7.4 i direktiv 2005/29/EG och reglerar en informationsskyldighet vid köperbudanden om villkoren avviker negativt från vad som är branschpraxis.<sup>42</sup> Slutligen kan bestämmelsen i 22 a § MFL nämnas, som också reglerar en informationsskyldighet med avseende på vissa villkor i konsumentavtal. Nu nämnda bestämmelser kan dock inte anses vända sig generellt mot just oskäligen avtalsvillkor.

<sup>40</sup> Se rubriken "marknadsrättsliga bestämmelser" i AVLK.

<sup>41</sup> Överlappningen mellan MFL och avtalsvillkorslagarna väcker frågan hur dessa lagar förhåller sig till varandra. Frågan om en tänkbar spärrverkan för konkurrenters talan diskuteras nedan, se punkt 4.

<sup>42</sup> Se ovan punkt 2.1 för den parallella diskussionen kring artikel 7.4 direktiv 2005/29/EG.

### 3.3 Diskussion

Som framgått ovan kan det alltså finnas flera beröringspunkter mellan avtalsvillkor och MFL. Oskäligen avtalsvillkor kan framförallt anses som en form av vilseledande marknadsföring i den mening som avses i 8 och 10 §§ MFL om villkoren innehåller felaktiga påståenden om några av de omständigheter som listas i 10 § andra stycket MFL. Alternativt kan oskäligen avtalsvillkor anses som en form av marknadsföring som strider mot god marknadsföringssed i enlighet med 5 och 6 §§ MFL (lagstridighetsprincipen). De övriga bestämmelserna i MFL avser endast vissa speciella fall av villkor i standardavtal, nämligen 10 § tredje stycket MFL rörande oklara villkor och 12 § MFL om information vid köperbjudanden med avseende på villkor som avviker från vad som är branschpraxis.

Frågan är därför om oskäligen avtalsvillkor från MFL:s perspektiv huvudsakligen ska bedömas som vilseledande handling eller utifrån lagstridighetsprincipen. Å ena sidan är 10 § MFL att anse som *lex specialis* i förhållande till den allmänna generalklausulen i 5 § MFL, så tillvida att rekvisiten faktiskt är uppfyllda.<sup>43</sup> Å andra sidan innebär inte 10 § MFL ett generellt förbud mot just oskäligen avtalsvillkor, utan avser felaktiga påståenden som är ägnade att vilseleda. Strängt taget utgör allmänna villkor inte påståenden som rör leveransvillkor eller dylikt, utan dessa utgör själva villkoren. Att tolka själva användningen av allmänna villkor som ett påstående om deras skälighet respektive giltighet skulle vara alltför långtgående.<sup>44</sup> Den som använder oskäligen avtalsvillkor kan begå ett lagbrott, men behöver inte nödvändigtvis vilseleda på samma gång.<sup>45</sup> Bedömningskriterierna i 10 § MFL är således olämpliga för att hantera oskäligen avtalsvillkor generellt.<sup>46</sup> Oskäligen avtalsvillkor kan helt enkelt bättre hanteras med lagstridighetsprincipens bedömningskriterier, samtidigt som man kan undvika de skarpa rättsföljder som vilseledande marknadsföring kan medföra, t.ex. marknadsstörningsavgift enligt 29 § MFL eller skadestånd enligt 37 § MFL. Att tillämpa den allmänna generalklausulen är därför i slutändan att föredra.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> Samma gäller för förhållandet mellan artikel 6 (vilseledande affärsmetoder) och artikel 5.2 (generalklausulen) i direktiv 2005/29/EG, se Schlagelambers, Die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen als unlautere Geschäftspraktik im europäischen und deutschen Recht (2011) s. 121.

<sup>44</sup> Till skillnad från Generaladvokaten Trstenjaks förslag till avgörande i mål C-453/10 (Pereni ová), punkt 91; Orlando, European Review of Contract Law (ERCL) 2011, s. 25, 28.

<sup>45</sup> Bornkamm i Köhler/Bornkamm, UWG, 33 uppl. (2015) § 5 UWG, punkt 7.143 a.

<sup>46</sup> Jfr för det tyska rättsläget Bornkamm i Köhler/Bornkamm, UWG, 33 uppl. (2015) § 5 UWG, punkt 7.143a; Holtz, Die AGB-Kontrolle im Wettbewerbsrecht (2010) s. 181 f. med vidare hänvisningar. En annan åsikt har Schlagelambers, Die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen als unlautere Geschäftspraktik im europäischen und deutschen Recht (2011) s. 131 ff.

<sup>47</sup> Ett annat resonemang följer inte heller av en direktivkonform tolkning, eftersom direktiv 2005/29/EG är subsidiär i förhållande till direktiv 93/13/EEG vad gäller ett användningsförbud, se ovan punkt 2.2.

#### 4 Spärrverkan för konkurrenters talan

Det faktum att det kan finnas paralleller mellan direktiv 93/13/EEG och direktiv 2005/29/EG samt avtalsvillkorslagarna och MFL väcker frågan hur avtalsvillkorslagarna och MFL förhåller sig till varandra, särskilt vad gäller en möjlig spärrverkan för konkurrenters talan enligt MFL. Det skulle kunna hävdas att en talerätt av konkurrenter skulle äventyra avtalsvillkorslagarnas bedömnings- och sanktionssystem, som inte medger en talerätt av enskilda näringsidkare, med undantag för de näringsidkare som själva är parter i ett avtal med oskäligen villkor, se 3 § AVLN.

##### 4.1 EU-rätt

Till att börja med kan man fråga sig huruvida EU-rätten på något sätt utgör ett hinder mot konkurrenters talan mot oskäligen avtalsvillkor med utgångspunkt i MFL. Så är inte fallet om konkurrenternas talan är förenlig med direktiv 93/13/EEG om oskäligen villkor i konsumentavtal. Enligt artikel 7.1 i detta direktiv ska medlemsstaterna se till att det i konsumenternas och konkurrenternas intresse finns lämpliga och effektiva medel för att hindra fortsatt användning av oskäligen villkor i avtal som näringsidkare sluter med konsumenter. Enligt artikel 7.2 ska de medel som avses i punkt 1 omfatta bestämmelser om att personer eller organisationer, som enligt nationell rätt har ett berättigat intresse att skydda konsumenter, får inleda ett ärende vid domstolar eller behöriga administrativa myndigheter. Läser man båda styckena ihop blir det relativt tydligt att själva direktivet utgår från att konkurrenterna kan ha ett berättigat intresse att bekämpa oskäligen villkor i standardavtal, både för sin egen och för konsumenternas skull. Följaktligen utgör direktiv 93/13/EEG inte något hinder mot konkurrenters talan enligt nationell rätt, tvärtom skulle det kunna anses vara nödvändigt för att leva upp till kraven i direktiv 93/13/EEG att medge konkurrenterna befogenheten att bekämpa oskäligen avtalsvillkor.<sup>48</sup>

För att EU-rätten inte ska utgöra ett hinder mot konkurrenters talan mot oskäligen avtalsvillkor med utgångspunkt i MFL krävs vidare att talerätten är förenlig med direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder. Om man använder sig av samma resonemang som fördes ovan i fråga om förhållandet mellan direktiv 93/13/EEG och direktiv 2005/29/EG, så har det förstnämnda direktivet företräde framför det sistnämnda. Direktiv 2005/29/EG kan redan på grund av den anledningen inte utgöra något hinder mot konkurrenters talan.<sup>49</sup> Enligt en åsikt i doktrinen är medlemsstaterna till och med skyldiga att

<sup>48</sup> Köhler, *Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP)* 2012, s. 1475, 1477, vad gäller det tyska rättsläget.

<sup>49</sup> Artikel 11.1 i direktiv 2005/29/EG om efterlevnad har nästan samma ordalydelse som artikel 7 i direktiv 93/13/EEG och nämner explicit konkurrenters talerätt som en möjlighet.

underkasta oskäligen avtalsvillkor de nationella bestämmelser som antagits med implementeringen av direktiv 2005/29/EG.<sup>50</sup>

Till sist kan något kort sägas om direktiv 2009/22/EG om förbudsföreläggande för att skydda konsumenternas intressen. Detta direktiv reglerar möjligheten till grupp-talan i syfte att skydda de kollektiva konsumentintressen som omfattas av vissa EU-direktiv, bl.a. direktiv 93/13/EEG och direktiv 2005/29/EG, se artikel 1.1. Av skäl 4 samt artikel 7 i direktiv 2009/22/EG framgår att direktivet ska komplettera de andra EU-direktivens sanktionssystem vid gränsöverskridande situationer, men inte ersätta dessa.<sup>51</sup> Detta direktiv utgör därför inte heller något hinder mot konkurrenters talan.

#### 4.2 Avtalsvillkorlagarna

Den centrala frågan är om avtalsvillkorlagarna kan utgöra ett hinder mot konkurrenters talan mot oskäligen avtalsvillkor enligt MFL. För en sådan tolkning talar det förhållandet att lagstiftaren uttryckligen har tagit ställning mot enskilda näringsidkares talerätt i avtalsvillkorlagarna. Det antogs vara tillräckligt för att uppfylla kraven i direktiv 93/13/EEG att en näringsidkare kan påkalla KO:s ingripande mot en konkurrents avtalsvillkor.<sup>52</sup> Ändringar när det gäller det marknadsrättsliga sanktionssystemet med KO:s primära talerätt ansågs sålunda inte vara erforderliga på grund av direktivets bestämmelser.<sup>53</sup> Det kan alltså hävdas att avtalsvillkorlagarna ska fungera som ett slutet bedömnings- och sanktionssystem för oskäligen avtalsvillkor från ett marknadsrättsligt perspektiv och att en egen talerätt för enskilda näringsidkare med utgångspunkt i MFL skulle äventyra detta slutna system.

Mot en sådan spärrverkan talar emellertid skillnaderna mellan avtalsvillkorlagarnas och MFL:s bedömnings- och sanktionssystem. Ett förbud enligt 23 § MFL kräver otillbörlig marknadsföring, vilket i sig rent allmänt kräver en marknadsföringsåtgärd i enlighet med 3 § sjätte stycket MFL samt att transaktionstestet är uppfyllt.<sup>54</sup> Sedan får en enskild näringsidkare endast väcka talan om den berörs av marknadsföringen, se 47 § andra stycket MFL. Det krävs alltså någon form av konkurrensförhållande, vilket kan ses som ett skydd mot rättsmissbruk.<sup>55</sup> Avtalsvillkorlagarna kräver däremot endast att ett förbud är påkallat från allmän synpunkt, 3 § första stycket AVLK och 2 § andra

<sup>50</sup> Jfr Orlando, *European Review of Contract Law (ERCL)* 2011, s. 25, 54.

<sup>51</sup> Köhler, *Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP)* 2012, s. 1475, 1477.

<sup>52</sup> Prop. 1994/95:17 s. 71 f.

<sup>53</sup> Prop. 1994/95:17 s. 72. Allt sedan tillkomsten av avtalsvillkorlagen 1971 var det marknadsrättsliga sanktionssystemet uppbyggt kring KO som övervakande myndighet, se *ibid* s. 68.

<sup>54</sup> Om oskäligen avtalsvillkor bedöms som ett fall av lagstridighetsprincipen i enlighet med 5 § MFL aktualiseras transaktionstestet i 6 § MFL. Om oskäligen avtalsvillkor bedöms som en vilseledande handling i enlighet med 10 § MFL gäller transaktionstestet i 8 § MFL.

<sup>55</sup> Se närmare om näringsidkares talerätt enligt 47 § andra stycket MFL exempelvis MD 2008:21.

stycket AVLN, eller annars ligger i konsumenternas eller konkurrenternas intresse, 3 § första stycket AVLK.<sup>56</sup> På grund av de högre kraven i MFL samt övriga skillnader<sup>57</sup> har vi att göra med helt olika anspråk som måste anses konkurrera med varandra. Om lagstiftaren hade ansett något annat skulle man förvänta sig en konkret konfliktregel i en av lagarna.

Ett ytterligare argument mot avtalsvillkorslagarnas spärrverkan är att enskilda näringsidkare faktiskt kan ha ett berättigat intresse av att väcka talan mot en konkurrents användning av oskäligen avtalsvillkor. Det kan inte uteslutas att en näringsidkare skaffar sig en otillbörlig konkurrensfördel visavi en laglydig näringsidkare genom att använda oskäligen avtalsvillkor. Oskäligen avtalsvillkor går utöver den av lagen i förhållande till avtalsparterna tillåtna graden av rationalisering och riskfördelning och kan därmed medföra kostnadsbesparingar för användaren.<sup>58</sup> Detta resonemang är väl förenligt med värderingarna i direktiv 93/13/EEG och det kan hävdas att konkurrenters talerätt till och med är nödvändig för att leva upp till direktivets krav.<sup>59</sup>

#### 4.3 Diskussion

Sammantaget talar övervägande skäl mot att avtalsvillkorslagarna ska anses ha en spärrverkan i förhållande till enskilda näringsidkares talerätt. Det kan inte antas att en egen talerätt av enskilda näringsidkare med utgångspunkt i MFL skulle äventyra avtalsvillkorslagarnas bedömnings- och sanktionssystem. I propositionen till AVLK har den dåvarande regeringen själv uttalat att man ville återkomma till frågan om talerätten.<sup>60</sup> Genom att tillåta konkurrenters talan mot oskäligen avtalsvillkor skulle man kunna ta hänsyn till kraven i artikel 7 i direktiv 93/13/EEG samtidigt som man skulle kunna tillgodose enskilda näringsidkares skyddsbehov. Indirekt skulle enskilda näringsidkares talan också gynna användarens avtalsparter, bl.a. konsumenter, samt bidra till att rent allmänt bekämpa fortsatt användning av oskäligen villkor. Det finns ingen bra anledning till att avstå från denna effektiva möjlighet i kampen mot oskäligen avtalsvillkor.<sup>61</sup> En sådan tolkning av

<sup>56</sup> Ett uttalande om vad dessa krav innebär finns i prop. 1994/95:17 s. 66 f.

<sup>57</sup> Övriga skillnader kan vara att endast den näringsidkare får väcka talan som själv är part i ett avtal med oskäligen villkor, 3 § AVLN; eller att ett förbud enligt 3 § tredje stycket AVLK även får riktas mot en sammanslutning av näringsidkare som rekommenderar användning av ett oskäligt avtalsvillkor.

<sup>58</sup> På det sättet kan standardavtal innefatta ett missbruk av avtalsfriheten varigenom säljarsidan skaffar sig ett otillbörligt övertag i förhållande till köparsidan, se prop. 1971:15, s. 18.

<sup>59</sup> Se ovan punkt 4.1. Här kan en direktivkonform tolkning av svensk lag diskuteras.

<sup>60</sup> Jfr prop. 1994/95:17 s. 72.

<sup>61</sup> Det är numera näringsidkare som för talan i MD i det stora flertalet mål, jfr Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt 2 (2013) s. 163. Av de år 2015 avgjorda målen i marknadsföringsärenden har näringsidkare i 12 ur 18 mål fört talan, vilket motsvarar 67 % av fallen. Sedan 1995 bygger MFL på grundtanken att näringslivet bär förstahandsansvaret för marknadsföringens normenlighet. Innan

MFL och avtalsvillkorslagarna skulle därutöver vara förenliga med maktodelningsprincipen, som förbjuder domstolarna att ersätta lagstiftarens föreställningar av rättvisa med sina egna och att skapa nya domstolsbehörigheter utöver vad som framgår av lagen.<sup>62</sup> Problemet uppkommer inte i det nu aktuella fallet, eftersom MD är behörig instans både enligt avtalsvillkorslagarna och enligt MFL.<sup>63</sup> Slutligen kan inte bortses från det faktum att oskäligen avtalsvillkor begreppsmässigt kan klassificeras som en otillbörlig affärsmetod i enlighet med direktiv 2005/29/EG samt att andra EU-medlemsstater tillåter konkurrenternas talan mot oskäligen avtalsvillkor.<sup>64</sup>

## 5 Slutsatser

Vad gäller masstransaktioner har individuellt förhandlade avtal i dagsläget ersatts av på förhand formulerade standardavtal. I den här artikeln har detta praktiskt relevanta fenomen belysts från ett konkurrensperspektiv i syfte att starta en diskussion om vad oskäligen avtalsvillkor kan betyda för användarens konkurrenter. Enskilda näringsidkare kan ha ett berättigat intresse av att bekämpa oskäligen avtalsvillkor som används av en konkurrerande näringsidkare. Det kan inte uteslutas att en näringsidkare skaffar sig en otillbörlig konkurrensfördel jämfört med en laglydig konkurrent genom att använda oskäligen avtalsvillkor. De viktigaste slutsatserna kan sammanfattas enligt följande:

På grund av standardavtalens rationaliserings- och riskfördelnings-syfte är dessa en affärsmetod enligt direktiv 2005/29/EG, således en marknadsföringsåtgärd i den mening som avses i MFL. Om avtalsvillkor är oskäligen kan de utgöra en vilseledande handling, respektive anses som en avvikelse från god yrkessed i enlighet med direktiv 2005/29/EG. Även mellan MFL och oskäligen avtalsvillkor finns det flera beröringspunkter. En tillämpning av nationella marknadsföringslagar är i detta sammanhang förenliga med både direktiv 93/13/EEG och direktiv 2005/29/EG. Beroende på omständigheterna i det enskilda fallet kan felaktiga påståenden om avtalsvillkoren vara vilseledande för mottagaren i enlighet med 8 och 10 §§ MFL, t.ex. när man marknadsför mer förmånliga villkor än som faktiskt gäller. I övrigt förefaller det svårt att härleda ett generellt förbud mot dess har konkurrenter endast haft begränsade möjligheter att göra sina rättigheter gällande i MD, jfr SOU 1993:59 s. 457 ff.

<sup>62</sup> Jfr för det tyska perspektivet Ahrens, *Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP)* 2012, editorial i nr 10, särskilt i fråga om konkurrenters talan mot oskäligen avtalsvillkor.

<sup>63</sup> En analog tillämpning av avtalsvillkorslagarnas processuella bestämmelser kan övervägas i sådana fall, såvida det inte finns en motsvarighet i MFL. Genom att tillämpa den allmänna generalklausulen i MFL skulle man åtminstone undvika rättsföljder som inte redan följer av avtalsvillkorslagarna. Denna bedömning ändras inte heller av det faktum att MD kommer att ersättas av Patent- och marknadsdomstolen samt Patent- och marknadsöverdomstolen hösten 2016.

<sup>64</sup> Exempelvis Tyskland, där standardavtalsrätten regleras i 305–310 §§ Bürgerliches Gesetzbuch som en del av allmän obligationsrätt. Med hjälp av lagstridighetsprincipen i den tyska marknadsföringslagen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, aktiveras det marknadsrättsliga sanktionssystemet.

just oskäligen avtalsvillkor från 10 § MFL. Det är därför mer övertygande att tillämpa den allmänna generalklausulen i form av lagstridighetsprincipen (5 och 6 §§ MFL). På så sätt skulle det vara möjligt att ingripa generellt mot oskäligen avtalsvillkor enligt MFL. För enskilda näringsidkare, som saknar en egen talerätt med utgångspunkt i avtalsvillkorslagarna, skulle detta betyda en ny möjlighet att bekämpa oskäligen avtalsvillkor som används av konkurrenter. Konkurrenters talan med utgångspunkt i MFL skulle dessutom vara förenlig med EU-rätten och skulle inte hindras av avtalsvillkorslagarna. Förbudstalan enligt avtalsvillkorslagarna och förbudstalan enligt MFL är olika anspråk som måste anses konkurrera med varandra. Sammantaget finns det goda skäl för att tillåta enskilda näringsidkares förbudstalan på grundval av MFL mot en konkurrents oskäligen avtalsvillkor.