

Oklarhetsregeln och oskäligen avtalsvillkor: ny rättsutveckling för konsumentavtal

Av professor ULF BERNITZ

EU-direktivet om oskäligen avtalsvillkor (avtalsvillkorsdirektivet) har genomgått en omfattande utveckling i EU-domstolens praxis. Detta har hittills varit föga observerat i svensk rättspraxis; ett läge som inte ter sig hållbart. På viktiga punkter behövs en omorientering. Det gäller bland annat de krav oklarhetsregeln ställer på transparenta villkor och begriplig information i konsumentavtal. Det gäller vidare den viktiga regeln att unionsrätten inte tillåter jämkning av oskäligen villkor i konsumentavtal; de ska lämnas utan avseende såsom ogiltiga. Artikelns diskuterar hur det svenska rättsläget bör ändras.

1 Problemet. Det aktiverade avtalsvillkorsdirektivet

Konsumenträtten bygger som bekant till stor del på EU-direktiv. Särskilt centralt är EU-direktivet av 1993 om oskäligen avtalsvillkor, i fortsättningen avtalsvillkorsdirektivet eller bara direktivet.¹ Eftersom det är ett harmoniseringsdirektiv gäller det även för rent interna svenska förhållanden.² Det täcker hela fältet av standardvillkor³ i avtal mellan näringsidkare⁴ och konsument. Det gäller alltså inte bara för vanliga konsumentköp och konsumenttjänster utan även t.ex. för köp av fast egendom och bostadsrätter, entreprenadavtal, hyresavtal, kreditavtal, försäkringsavtal och uppdragsavtal av olika slag där en konsument är avtalspart. Direktivet är också ett viktigt komplement till de särskilda konsumentdirektiven på olika områden såsom konsumentkrediter och distansavtal. Direktivet har genomförts i svensk rätt genom lagändringar 1994 på två vägar: dels inom ramen för generalklausulen i 36 § avtalslagen och dels genom den särskilda lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, i fortsättningen avtalsvillkorlagen (AVLK).⁵ Som kom-

¹ Rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäligen villkor i konsumentavtal.

² Det har EU-domstolen uttryckligen framhållit i mål C-483/16, Sziber, EU:C:2018:367 punkt 58 och 59.

³ Härmed förstås villkor som inte har varit föremål för individuell förhandling. Hit hör alltid villkor som har utarbetats i förväg och där konsumenten inte har haft möjlighet att påverka villkorets innehåll. Påstår en näringsidkare att ett villkor har varit föremål för individuell förhandling bär denna bevisbördan. Se artikel 3 i direktivet och 12 § AVLK.

⁴ Begreppet näringsidkare, som definieras i artikel 2 a) i direktivet, ska ges en vid tolkning, mål C-147/16, de Grote, EU:C:2018:320 punkt 48.

⁵ Prop. 1994/95:17, Oskäligen avtalsvillkor m.m. och den bakomliggande Ds 1994:29. Avtalsvillkorsdirektivet är ett minimidirektiv och hindrar alltså inte att nationell rätt har regler som ger ett längre gående konsumentskydd. Angående karaktären av minimidirektiv se mål C-484/08, Caja de Ahorros, EU:C:2010:309.

mer att framgå skedde genomförandet ganska fritt, något som aktualiserar tolknings- och tillämpningsproblem.

EU-domstolens praxis avseende avtalsvillkorsdirektivet var länge relativt obetydlig. Det har dock ändrats radikalt under de senaste drygt tio åren. Två kända rättsvetare har beskrivit utvecklingen genom att alludera på bröderna Grimms sagor och karakteriserat direktivet som en "sleeping beauty" som EU-domstolen kysst till liv likt Törnrosa.⁶ Domstolen har nu utvecklat en omfattande praxis. Den har en påtagligt konsumentskyddande inriktning och syftar till att säkerställa att direktivreglerna får ett effektivt genomslag i nationell rättspraxis. Domarna utgör överlag förhandsavgöranden (tolkningsbesked) som klargör rättsläget på begäran av nationell domstol i medlemsländerna, dock utan att EU-domstolen gått in i konkreta bedömningar av det enskilda fallet. Man kan notera att inget av dessa rättsfall har härrört från nordisk domstol. Påtagligt många av målen har kommit från spanska domstolar och domstolar i de nya östliga medlemsländerna, t.ex. Ungern. Åtskilliga av målen har rört ränte- och valutavillkor m.m. i avtal om bostadskrediter samt avtalsvillkor om skiljedom, tillämplig lag eller tillämpligt forum.

Den rättsutveckling som nu har ägt rum har hittills varit föga observerad i svensk och nordisk rättspraxis och juridisk doktrin. Man måste säga att den i stor utsträckning helt enkelt varit negligerad. Man har ofta fortsatt att bygga sin uppfattning om rättsläget på de bedömningar som gjordes när direktivet genomfördes för ca 25 år sedan.⁷

Detta är enligt min mening ohållbart. Vi är här som på andra områden skyldiga att lojalt tillämpa unionsrätten som den framgår av klar rättspraxis från EU-domstolen.

Syftet med denna artikel är att informera om den utveckling som skett och diskutera vad den innebär för svensk rättstillämpning. På viktiga punkter behövs det en omorientering i rättspraxis och på en punkt helst också en lagändring (se avsnitt 5).

Artikeln är disponerad på följande sätt. I avsnitt 2 behandlas oklarhetsregeln och direktivets krav på att avtalsvillkor ska vara klara och begripliga. I avsnitt 3 behandlas principerna för bedömning av avtalsvillkors oskälighet, särskilt i förhållande till generalklausulen i 36 § avtalslagen. Avsnitt 4 tar upp den för svensk rätt centrala frågan att

⁶ H.W. Micklitz — N. Reich, *The Court and Sleeping Beauty: The Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)*, *Common Market Law Review* 2014 s. 771 ff. Se även till det följande *Commentaries on European Contract Law* (editors N. Jansen & R. Zimmerman), Oxford 2017 s. 919 ff. (författare Nils Jansen), E. Hondius, *Unfair Contract Terms and the Consumer*, *European Review of Private Law* 2016 s. 457 ff., N. Reich m.fl., *European Consumer Law*, 2 ed., Cambridge 2014 s. 125 ff., S. Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*, 2 ed., Cheltenham 2013 s. 145 ff., F. Wilman, *Private Enforcement of EU Law before National Courts*, UK 2015 s. 163 ff., U. Bernitz, *Standardavtalsrätt*, 9 uppl., 2018, J. Munukka, *Svensk obligationsrätt i det nya Europa*, *Svensk Juristtidning* 100 år, 2016 s. 95 ff., dens., 36 § avtalslagen som universalverktyg mot friskrivningar och ansvarsbegränsningar, *JT* 2017–18 s. 393 ff.

⁷ Prop. 1994/95:17, se även U. Bernitz, *Svensk standardavtalsrätt och EG-direktivet om avtalsvillkor*, *SvJT* 1995 s. 625 ff.

avtalsvillkorsdirektivet inte tillåter jämkning av oskäligen villkor och vad detta innebär. Avsnitt 5 ger avslutande slutsatser och synpunkter.

2 Oklarhetsregeln och direktivets klarhetskrav

2.1 Tolkningsregelns två led

En särskild regel för tolkning av standardvillkor i avtal mellan näringsidkare och konsument är en central bestämmelse i direktivet och har genomförts genom den s.k. oklarhetsregeln i 10 § AVLK.⁸ Den utgör (jämför de avtalsrättsliga reglerna i CISG) den egentligen enda lagstadgade avtalstolkningsregeln i svensk rätt. Tolkningsregeln, som är av rent civilrättslig och tvingande karaktär, lyder i sin svenska version att:

Om innebörden av ett avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling är oklar, skall vid en tvist mellan en näringsidkare och en konsument villkoret tolkas till konsumentens förmån.

Med konsument förstås här, liksom på bland annat marknadsföringslagens område, en genomsnittskonsument. Detta begrepp har EU-domstolen definierat som en konsument som är normalt informerad och skäligen uppmärksam och medveten.⁹

Genomförandet av direktivets motsvarande tolkningsregel har skett på ett påtagligt fritt sätt, vilket lätt framgår vid en textjämförelse. Direktivtexten lyder (artikel 5):

I avtal där alla eller vissa villkor som erbjuds konsumenten är i skriftlig form skall dessa villkor alltid vara klart och begripligt formulerade. Vid tveksamhet om ett avtalsvillkors innebörd skall den för konsumenten mest gynnsamma tolkningen gälla.

Till artikeln anknyter följande ingressuttalande i direktivets skäl 20:

Avtalen skall formuleras på ett klart och begripligt språk och konsumenten skall ha reell möjlighet att granska alla villkoren.

Direktivets regel för utformning och tolkning av standardvillkor i konsumentavtal enligt direktivet har som framgår två led:

- (i) Villkoren ska vara klart och begripligt formulerade;
- (ii) Vid tveksamhet om innebörden ska den för konsumenten mest gynnsamma tolkningen tillämpas.

⁸ Man kan notera att bestämmelsen i Danmark och Norge har förts in i 3 kap. i den samnordiska avtalslagen, något som tydligare markerar dess betydelse.

⁹ Direktivet definierar i artikel 2 c) konsument som en fysisk person som handlar för ändamål som faller utanför hans näring eller yrke. Se vidare t.ex. mål C-186/16, *Andriuc*, EU:C:2017:703, punkt 2 i domslutet. På marknadsföringslagstiftningens område brukar EU-domstolen definiera genomsnittskonsumenten såsom normalt informerad och skäligen uppmärksam och upplyst, med beaktande av sociala, kulturella och språkliga faktorer, se t.ex. U. Bernitz, *Svensk marknadsrätt 2, Marknadsföringsrätten*, 2013 s. 50 f., dens., *Standardavtalsrätt*, 9 uppl. s. 124 f. med vidare hänvisningar.

Det är lätt att se att direktivtexten och den svenska lagtexten inte stämmer väl överens. Den första meningen i direktivtexten har över huvud taget inte överförts till svensk rätt.¹⁰ Den andra meningen i direktivtexten, som kan sägas sanktionera den första, har skrivits om i den svenska lagtexten och getts en försiktigare utformning genom att man har fört in en avgränsning till villkor som är oklart.¹¹

2.2 Direktivets krav på klara och begripliga avtalsvillkor

Här som eljest gäller att svensk domstol ska tillämpa direktivkonform tolkning vid tillämpning av lagstiftning som genomför direktivbestämmelser. Det innebär att domstolen är skyldig att i möjligaste mån tolka den nationella rätten mot bakgrund av ordalydelsen i och syftet med direktivet för att uppnå det resultat som avses i direktivet.¹² Tolkningsregeln i den första meningen i direktivtexten om klara och begripliga villkor ska alltså enligt principen om direktivkonform tolkning av unionsrätt iakttas i svensk rättstillämpning fastän den inte har tagits in i den svenska lagtexten. Innebörden av direktivets regel att villkor i konsumentavtal alltid ska vara klart och begripligt formulerade (engelska texten: "must always be drafted in plain, intelligible language") har klarlagts och vidareutvecklats i EU-domstolens praxis. Här föreligger ett flertal viktiga domar.

EU-domstolen klarlade sitt synsätt i avgörandet RWE Vertrieb 2013.¹³ Målet gällde avtalsvillkor för gasleveranser till konsument, som gav leverantören vida möjligheter att ensidigt ändra gaspriserna utan att konsumenten kunde säga upp avtalet. Domstolen lade fast i punkt 41 som en utgångspunkt för bedömningen att "konsumenten befinner sig i underläge i förhållande till näringsidkaren i fråga om såväl förhandlingsposition som informationsnivå" och förklarade i punkt 43 att det ovan nämnda skäl 20 i ingressen innebär att konsumenten rent faktiskt ska ha möjlighet att ta del av alla avtalsvillkor. I domslutet förklarade domstolen bland annat att det hade avgörande betydelse för bedömningen:

huruvida skälen till och riktlinjerna för prisändringen har angetts på ett transparent sätt i avtalet, så att konsumenten har möjlighet att, utifrån klara och begripliga kriterier, förutse eventuella ändringar av priset.

¹⁰ När direktivet genomfördes i Sverige gjordes bedömningen att det inte var nödvändigt att ta in direktivregeln i första ledet om klar och begriplig formulering i den svenska lagtexten, eftersom den bara ansågs ha funktionen att bilda utgångspunkt för regeln i andra ledet och antogs sakna självständig betydelse, prop. 1994/95:17 s. 53. Det stämmer dock inte med hur EU-domstolens praxis har kommit att utvecklas.

¹¹ Oklarhetsregeln har mot bakgrund av skäl 11 i direktivets ingress gjorts tillämplig även på standardvillkor i muntliga konsumentavtal, prop. 1994/95:17 s. 52.

¹² Se t.ex. mål C-147/16, de Grote, EU:C:2018:320 punkt 41 och vidare t.ex. U. Bernitz & A. Kjellgren, *Europarättens grunder*, 6 uppl. 2018 s. 123 ff., J. Hettne m.fl., *EU-rättslig metod*, 2 uppl. 2011 s. 188 ff., R. Dotevall, *Europeisk avtalsrätt i EU-domstolens praxis*, Festskrift till Göran Millqvist, 2019 s. 218 f.

¹³ Mål C-92/11, RWE Vertrieb, EU:C:2013:180.

EU-domstolen utvecklade denna bedömningsprincip ytterligare i det efterföljande målet *Kásler*, avgjort 2014.¹⁴ En privatperson hade tagit ett in-teckningslån i ungersk bank i utländsk valuta (schweizerfranc). Tvisten gällde om räntor m.m. skulle betalas i den utländska valutans säljkurs eller köpkurs, något som hade avsevärd ekonomisk betydelse men som inte framgick av villkoren. Domstolen framhöll i punkt 71 och 72 i domen att kravet på att avtalsvillkor ska vara transparenta inte kan reduceras till att villkoren ska vara formellt och grammatiskt begripliga utan kravet på transparens ska ges en extensiv tolkning med tanke på att konsumenten befinner sig i underläge i förhållande till näringsidkaren i fråga om bland annat informationsnivå. Domstolen fann detta innebära (punkt 75 och domslutet) att det måste framgå konkret av villkoren hur mekanismen för växling till utländsk valuta fungerade så att konsumenten kunde bedöma de ekonomiska följderna.¹⁵

Kraven på att avtalsvillkor ska vara transparenta och begripligt formulerade för konsumenten har domstolen uttryckt på följande sätt i det efterföljande målet *Van Hove* 2015 som gällde försäkringsvillkor; i detta fall en försäkring mot bristande förmåga att betala banklån om konsumenten drabbades av arbetsförmåga.¹⁶ Domstolen uttalade att det krävs:

att villkoret är klart och begripligt formulerat, det vill säga att det inte bara är grammatiskt begripligt för konsumenten, utan även att avtalet på ett transparent sätt anger hur den mekanism som det aktuella villkoret hänvisar till konkret fungerar samt hur denna mekanism konkret förhåller sig till den mekanism som föreskrivs i andra villkor, så att konsumenten på grundval av klara och begripliga kriterier kan bedöma vad de ekonomiska följderna av avtalet blir för honom eller henne.

EU-domstolen kräver som framgått att det inte räcker att avtalsvillkoren är formellt och grammatiskt tydliga; de ska också vara *transparenta* för konsumenten. Kravet på transparens grundar sig på att konsumenten är den avtalspart som typiskt sett befinner sig i underläge i förhållande till näringsidkaren i fråga om informationsnivå. Man ska enligt EU-domstolens praxis också ta hänsyn till om *konsumenten haft reella möjligheter att ta del av och förstå villkoren och vad de innebär före avtalslutet*.

Kraven på klar och begriplig formulering och villkorens tillgänglighet ska därför tolkas extensivt och kan särskilt vid mera komplicerade avtal såsom abonnemangsavtal, entreprenadavtal, kreditavtal och försäkringsavtal innefatta en skyldighet att i förväg särskilt klargöra avtalets innebörd och konsekvenser för konsumenten.

Sammanfattningsvis tar direktivets tolkningsregel inte bara sikte på oklara formuleringar eller uttryck i en viss klausul i ett standardavtal

¹⁴ Mål C-26/13, *Kásler* m.fl., EU:C:2014:282 punkt 68 ff.

¹⁵ Att riskerna för en konsument förenade med lån i utländsk valuta måste noggrant klargöras framgår även av bl.a. C-186/16, *Andriuc*.

¹⁶ Mål C-96/14, *Van Hove* m.fl., EU:C:2015:262 punkt 40 ff.

utan också på oklarheter i villkoren som beror på att avtalet har getts en uppbyggnad som är svårtillgänglig för en konsument genom att brista i transparens eller där utformningen och villkorens konsekvenser inte har blivit tillräckligt klargjorda för konsumenten före det att avtalet ingicks. Kravet på transparenta och tillgängliga avtalsvillkor innebär att unionsrätten innehåller ett klarhetskrav när det gäller standardvillkor i konsumentavtal.

2.3 Tillämpning av den för konsumenten mest gynnsamma tolkningen

Det andra ledet i direktivets tolkningsregel föreskriver som framgått att vid tveksamhet om ett avtalsvillkors innebörd ska den för konsumenten *mest gynnsamma* tolkningen gälla. Den svenska lagtexten i 10 § AVLK anger ju däremot endast att ett oklart villkor ska tolkas till konsumentens förmån.

Den sakliga skillnaden mellan de två texterna framgår tydligt av ett enkelt exempel. Antag att det i ett visst fall uppkommer tre, i och för sig rimliga, alternativ för tolkning av ett avtalsvillkor: ett första alternativ som är till näringsidkarens förmån, ett andra som i viss mån är till konsumentens förmån och ett tredje som markant är till konsumentens förmån. Enligt direktivtexten ska det sistnämnda alternativet väljas, medan den svenska lagtexten mycket väl tillåter att man tolkar villkoret enligt mellanalternativet.

Riktigast hade varit att låta den svenska lagtexten stämma överens med direktivtexten i stället för att ge den en egen utformning genom omskrivning. När så nu inte skett, har man att tillämpa direktivkonform tolkning, dvs. den svenska lagregeln ska så långt möjligt tolkas i överensstämmelse med direktivbestämmelsen. I detta fall möter det inte svårigheter att tillämpa direktivkonform tolkning. Föreligger det ett oklart standardvillkor i ett konsumentavtal ska alltså svenska domstolar i enlighet med direktivtexten tillämpa den för konsumenten mest gynnsamma tolkningen.

Även om direktivregeln har fått en särskilt skarp utformning har den sin bakgrund i den oklarhetsregel för tolkning av villkor i ensidigt upprättade standardavtal som är vanlig i kontinentaleuropeiska civillagar och känd såsom tolkning *in dubio contra stipulatorem* eller *contra proferentem*.¹⁷ Man kan här hänvisa till den italienska civillagen¹⁸, den tyska

¹⁷ Dvs. vid tvivel mot den som stipulerat eller fört fram avtalsvillkoret.

¹⁸ Artikel 1370 italienska Codice civile är direkt inriktad på standardvillkor och förformulerade formulär som utformats av ena avtalsparten. Artikeln lyder: "Le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti si interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro." (Klausuler, som innehåller allmänna avtalsvillkor eller dokument och formulär som blivit formulerade av en av avtalsparterna, tolkas om tvivel föreligger till den andra partens fördel).

BGB¹⁹ och den i den avtalsrättsliga delen nyskrivna franska code civil.²⁰ EU-domstolen torde i sin rättsstillämpning ha utgått från att det rör sig om en internationellt vedertagen regel för tolkning av avtalsvillkor.

2.4 Läget i svensk rätt

Tillämpar man i svensk rättspraxis direktivets regler för utformning och tolkning av standardvillkor i konsumentavtal såsom de har utbildats i EU-domstolens praxis? Det är som nämnt fullt möjligt med tillämpning av direktivkonform tolkning av 10 § AVLK. Något avgörande av HD, där denna fråga har varit föremål för explicit prövning, finns inte. Något förvånande finns det knappast någon refererad svensk domstolspraxis som direkt berört frågan, fastän vi har haft en lagfäst oklarhetsregel i snart tjugofem år. Däremot tillämpas oklarhetsregeln i betydande omfattning i praxis vid Allmänna reklamationsnämnden (ARN).²¹

Rättsläget har behandlats av mig mot bakgrund av den praxis och doktrin som föreligger i Sverige i boken Standardavtalsrätt.²² Jag har där dragit slutsatsen att oklarhetsregeln såsom generell tolkningsprincip för standardvillkor i konsumentavtal har getts en förhållandevis begränsad tillämpning i svensk avtalsrätt, närmast såsom en tolkningsmöjlighet som kommer in subsidiärt för tveksamma fall. Domstolarna har i första hand sökt komma fram till en tolkning av avtalsvillkor med stöd av andra vedertagna principer för avtalstolkning utan att falla tillbaka på oklarhetsregeln, som torde betraktas som en hjälpregel. Utvecklingen verkar snarast ha gått mot en mer återhållsam inställning till oklarhetsregeln från HD:s sida. I svensk juridisk doktrin möter i allmänhet en snäv syn på oklarhetsregelns räckvidd och betydelse.²³ Denna ståndpunkt kan inte anses förenlig med direktivets tolkningsregel för konsumentavtal och den rättsutveckling som skett i unionsrätten. Svensk rätts hållning bör anpassas tydligare till unionsrätten.

Härvid är att märka att som framgått direktivets regel för tolkning av standardvillkor i konsumentavtal inte endast, eller ens i första hand,

¹⁹ § 305 c (2) BGB lyder: "Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders." (Tvivel vid tolkning av standardvillkor verkar till avfattarens nackdel). Stadgandet utgör del av den tyska lagstiftning om standardavtal som tagits in i BGB.

²⁰ Enligt artikel 1190 i den nya avtalsrättsliga delen av franska Code civil av 2016 ska ett ensidigt upprättat standardavtal tolkas mot den part som lagt fram det. Artikelns lydelse: "Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé."

²¹ Se bl.a. A. Eriksson, L. Nordling & T. Palm, Konsumentköp. En kommentar till konsumentköplagen, 2011 s. 29 ff.

²² U. Bernitz, Standardavtalsrätt, 9 uppl. s. 105 ff.

²³ En påtagligt snäv syn på oklarhetsregeln kommer till uttryck i J. & C. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 10 uppl., 2016 s.186. Där hävdas att oklarhetsregeln i 10 § AVLK endast bör tillgripas som en sista utväg om oklarheten kvarstår efter en helhetsanalys. Direktivkravet att avtalsvillkor ska vara transparenta för konsumenten berörs inte. Se även K. Grönfors & R. Dotevall, Avtalslagen, 5 uppl. 2016. s. 302 f., R. Dotevall, Avtal, 2017 s. 189 ff. Oklarhetsregelns betydelse som tolkningsregel för konsumentavtal har emellertid framhållits av Bertil Bengtsson, se t.ex. dens., Oklarhetsregeln vid villkorstolkning, Uppsatser om försäkringsvillkor, 2015 s. 43 ff.

rör tolkningen av enstaka uttryck och klausuler i en avtalstext som kan uppfattas som oklara utan generellt ställer krav på att avtalsvillkoren ska vara tydliga och tillgängliga (transparenta) för konsumenten innan avtal ingås. Det ska vara fullt möjligt för en genomsnittskonsument att sätta sig in i vad avtalet innebär före avtalsslutet.

Man bör observera att direktivets allmänna regel om transparenta avtalsvillkor kompletteras av den konkreta lista på avtalsvillkor som näringsidkare är skyldiga att informera om, som fördes in år 2014 såsom en ny 22 a § i marknadsföringslagen för att genomföra en artikel i det senare tillkomna EU-direktivet om konsumenträttigheter.²⁴ Det finns som bekant också specifika regler i ett flertal konsumentlagar, såsom distansavtalslagen, konsumentkreditlagen, försäkringsavtalslagen och paketreselagen, om skyldighet att ge preciserad information i olika hänseenden om tillämpade avtalsvillkor i konsumentförhållanden. Det finns ett samband mellan dessa särskilda informationsskyldighetsregler och avtalsvillkorsdirektivets allmänna tolkningsregel. Det generella krav på informationsskyldighet som är inrymt i dess krav på transparens fungerar som ett komplement till de informationskrav som framgår av marknadsföringslagen och andra särskilda informationsbestämmelser.

3 Bedömningen av oskäligen avtalsvillkor

3.1 Direktivets regler om oskäligen avtalsvillkor

Direktivet innehåller i artikel 3.1 en generalklausul om oskäligen standardvillkor i konsumentavtal. Den lyder:

Ett avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling skall anses vara oskäligt om det i strid med kravet på god sed medför en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet till nackdel för konsumenten.

Vid oskälighetsbedömningen ska man enligt artikel 4.1 i direktivet beakta typen av vara eller tjänster, alla omständigheter i samband med avtalets ingående och övriga villkor i avtalet och i något annat avtal som det är beroende av. EU-domstolen har framhållit att bedömningen ska vara allsidig; samtliga villkor i avtalet ska beaktas.²⁵ Tolkningen av vad ett villkor innebär ska ske med beaktande av kravet på klar och begriplig formulering (se avsnitt 2). Till generalklausulen i direktivet har man såsom en bilaga knutit en vägledande, icke uttömmande grå lista på avtalsklausuler som normalt är att bedöma som oskäligen, den grå villkorslistan (artikel 3.3, se vidare nedan).

Omfattningen av oskälighetsprövningen enligt direktivet är dock begränsad såtillvida att den enligt artikel 4.2 inte omfattar avtalets huvudföremål. Med detta avses framför allt priset satt i relation till den prestation som erbjuds; någon priskontroll är inte åsyftad. Bestämmelsen

²⁴ Stadgandet har genomfört artikel 5 i EU:s direktiv av 2011 (2011/83/EU) om konsumenträttigheter, se prop. 2013/14:15 s. 54 f., 100 ff. Det kan nämnas att man i Norge har valt att placera stadgandet i avtalslagen.

²⁵ Så t.ex. C-472/11, Banif Plus Bank, EU:C:2013:88 punkt 41.

har dock begränsad räckvidd. Villkor som är av underordnad betydelse jämfört med dem som definierar avtalsförhållandets själva natur omfattas inte av avtalets ”huvudföremål”.²⁶

När det gäller rättsföljderna föreskriver direktivet i artikel 6.1 (och skäl 21) att medlemsstaterna ska föreskriva att villkor som är oskälige enligt de nämnda reglerna inte är bindande för konsumenten. Ett avtal ska dock förbli bindande för parterna på samma grunder, om det kan bestå utan de oskälige villkoren (se härom avsnitt 4). Medlemsstaterna ska vidare enligt artikel 7.1 se till att det finns effektiva medel att hindra fortsatt användning av oskälige villkor.

Direktivets generalklausul mot oskälige avtalsvillkor har genomförts i Sverige på två vägar. Huvudregeln att oskälige villkor i standardavtal där en konsument är part inte är bindande har genomförts inom ramen för den redan befintliga generalklausulen om oskälige avtalsvillkor i 36 § avtalslagen, endast kompletterad med ett nytt sista stycke och ett fåtal nya bestämmelser i avtalsvillkorlagen. Direktivregeln att näringsidkare ska kunna förhindras att fortsatt använda oskälige villkor har genomförts inom ramen för avtalsvillkorlagens marknadsrättsliga regler (se avsnitt 3.3).

Karakteristiskt för det svenska genomförandet är att man valt att hålla dessa två vägar helt åtskilda utan någon närmare inbördes koordinering; å ena sidan bedömningen i det enskilda fallet av frågan om ett avtalsvillkor är oskäligt inom ramen för en tvistemålsprocess i allmän domstol och å andra sidan ett särskilt förfarande för bedömning av frågan om förbud för en näringsidkare mot fortsatt användning av oskälige villkor.

3.2 Genomförandet inom ramen för avtalslagens generalklausul

Att Sverige har genomfört generalklausulen i direktivet inom ramen för generalklausulen i 36 § avtalslagen innebär att 36 § ska tillämpas så att den täcker in direktivets generalklausul och den praxis som EU-domstolen har utvecklat (11 § första stycket AVLK).²⁷ Lagtexten i 36 § nämner som bedömningsgrunder vid oskälighetsbedömning avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt samt att särskild hänsyn ska tas till den som i egenskap av konsument intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet. Genomförandet av direktivet inom generalklausulens ram innebär att dess bedömningsgrunder har kompletterats med direktivets ovannämnda bedömningsgrunder, enligt vilka ett standardvillkor i konsumentavtal ska anses oskäligt om det ”i strid med kravet på god sed medför en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet till nackdel för konsumenten”. Betydande obalans mellan parternas rättigheter och skyldigheter som måttstock

²⁶ Se bl.a. mål C-143/13, Matei, EU:C:2015:127 punkterna 54 och 55, mål C-26/13, Kásler, punkterna 54 och 55. Artikel 4.2 ses som ett undantag som ska tolkas restriktivt, se t.ex. C-186/16, Andriciuc p. 34 med hänvisningar.

²⁷ Prop. 1994/95:17 s. 102 ff.

var redan välkänd från förarbetena till 36 § avtalslagen²⁸ men har genom implementeringen av direktivets regel fått en särskild vikt för konsumentavtalens del.

Enligt EU-domstolens praxis ska man vid bedömningen av om ett standardvillkor är oskäligt därför att det medför en betydande obalans jämföra med hur läget hade varit enligt den nationella rätten om parterna inte hade träffat något avtal på den aktuella punkten. Man ska m.a.o. *jämföra med rättsläget enligt dispositiv rätt*.²⁹ Också detta är en för svensk rätt välkänd måttstock som anses uttrycka en välavvägd normallösning.³⁰ Frågan om det föreligger en ”betydande obalans” ska enligt EU-domstolen inte bara bedömas utifrån en transaktions ekonomiska betydelse utan man ska även beakta om konsumentens rättigheter begränsas eller denna åläggs förpliktelser som inte föreskrivs i nationell rätt.³¹ När det gäller kravet på att iaktta god sed har EU-domstolen uttalat att den nationella domstolen bör bedöma om en gentemot konsumenten lojalt och rättvist handlande näringsidkare rimligen kunde utgå från att konsumenten skulle godta ett sådant avtalsvillkor efter en individuell avtalsförhandling.³² En viktig utgångspunkt för EU-domstolen, som ofta återkommer i domsmotiveringarna, är att den nationella domstolen ska beakta att konsumenten befinner sig i ett underläge i förhållande till näringsidkaren i fråga om såväl förhandlingsposition som informationsnivå.³³ I mål, där nationell domstol har begärt förhandsavgörande, går dock som nämnt EU-domstolen inte in på att själv göra konkreta bedömningar av standardvilkors skälighet i det enskilda fallet.

Vid tillämpningen av generalklausulen i 36 § avtalslagen har man att särskilt observera direktivets ovannämnda *grå lista över avtalsvillkor* som tar upp sjutton olika typer av avtalsklausuler.³⁴ Villkorslistan är att betrakta som vägledande men inte uttömmande (art. 3 p. 3 och skäl 17). Klausulerna presumeras vara oskäliga såvida det inte i den aktuella avtalsituationen föreligger speciella omständigheter som gör klausulens

²⁸ Prop. 1975/76:81 s. 118 ff., K. Grönfors & R. Dotevall, Avtalslagen. En kommentar, 5 uppl. s. 277 f.

²⁹ Se bl.a. mål C-415/11, Aziz, EU:C:2013:164 punkt 68, mål C-226/12, Constructora Principado, EU:C:2014:10 punkt 21.

³⁰ U. Bernitz, Standardavtalsrätt, 9 uppl. s. 122, 183, K. Grönfors & R. Dotevall, Avtalslagen. En kommentar, 5 uppl. s. 290.

³¹ Mål C-226/12, Constructora Principado punkt 22–23.

³² Mål C-415/11, Aziz punkt 69.

³³ Se bl.a. mål C-484/08, Caja de Ahorros punkt 27, mål C-26/13, Kásler, EU:C:2014:282 punkt 39. Se även avsnitt 2.2 ovan.

³⁴ Termen ”grå listan” används även av EU-domstolen, se t.ex. mål C-143/13, Matei punkt 60. Förslaget till direktiv byggde länge på en svart lista, dvs. klausulerna skulle vara ogiltiga. Kommissionen fick dock inte tillräckligt stöd för en sådan lösning. Kritikerna pekade bl.a. på olika särskilda situationer där det kunde vara försvarligt att använda en klausul som hade tagits upp i listan. Det kan t.ex. finnas situationer där det naturliga är att konsumenten skyddar sig mot skador genom försäkring. Det gäller inte minst punkten a) i villkorslistan om friskrivning från personskada. Se även Prop. 1994/95:17 s. 48, 92 ff.

användning försvarlig.³⁵ Listan ger härigenom en grundläggande stadga åt oskälighetsbedömningen. Eftersom listan inte är avsedd att vara uttömmande kan man dock inte dra motsatsslut från listan och anse närliggande villkor som inte täcks av listan vara godtagbara. Det finns snarare skäl att betrakta närliggande villkor, som kan kritiseras på motsvarande grunder, såsom oskäligen.

Det för alltför långt att här gå in på de olika typer av klausuler som har tagits upp i listan.³⁶ I korthet kan sägas att den innehåller fyra huvudtyper, nämligen villkor som utgör oskäligt långtgående friskrivningsklausuler, villkor som saknar proportionalitet mellan konsumentens och näringsidkarens förpliktelser, villkor som lägger en oskäligt ensidig börda på konsumenten samt villkor som brister i balans genom att tillerkänna näringsidkaren en ensidig rätt att avgöra för avtalsförhållandet viktiga omständigheter eller att bryta avtalet.

Ett belysande rättsfall där HD har tillämpat 36 § avtalslagen och särskilt åberopat villkorlistan är NJA 2012 s. 776. I målet i HD förde KO talan som ombud för en enskild konsument i ett mål av allmänt intresse. Ett gym tillämpade avtalsvillkor som innebar att avtalet automatiskt förlängdes på ett år om inte konsumenten sade upp det skriftligen senast en månad före avtalstidens utgång. Konsumenten hade inte fått någon tydlig påminnelse om vad som gällde om uppsägning och förlängning. HD hänvisade särskilt till punkt h i villkorlistan om automatisk avtalsförlängning och bedömde villkoret som oskäligt enligt generalklausulen i 36 § avtalslagen med hänsyn till den långa löptiden och avsaknaden av tydlig påminnelse. HD lämnade villkoret utan avseende och ogillade kravet på betalning för en ny ettårig avtalsperiod. Avgörandet har utgjort en central utgångspunkt för den nya tvingande konsumentlagen av 2014 om krav på uppsägning vid automatisk avtalsförlängning.

I Sverige ansågs det inte nödvändigt vid implementeringen att ta in villkorlistan som bilaga till lagtexten eller i vart fall hänvisa till den i lagtexten utan listan blev endast behandlad i lagförarbetena.³⁷ Där uttalades att de i listan upptagna villkorstyperna i huvudsak redan betraktades som oskäligen i svensk rätt och det många gånger också utanför

³⁵ I mål C-478/99, kommissionen mot Sverige, EU:C:2002:281 punkt 20 uttalade EU-domstolen att "listan innehåller en vägledande, inte uttömmande, lista på villkor som kan anses oskäligen. Det är ostridigt att ett villkor som förekommer där inte nödvändigtvis måste anses oskäligt och omvänt att ett villkor som inte förekommer där icke desto mindre kan anses oskäligt." Se även prop. 1994/95:17 s. 48, 92 ff.

³⁶ Se vidare t.ex. U. Bernitz, Standardavtalsrätt, 9 uppl. kap. 6 och 7, särskilt s. 178 ff.

³⁷ Kommissionen har fört fördragsbrottstalan mot Sverige i EU-domstolen och hävdar att det var felaktigt att bilagan till direktivet med listan på oskäligen villkor inte hade förts in i svensk författningstext utan bara framgick av lagförarbetena, mål C-478/99, kommissionen mot Sverige. EU-domstolen godtog dock det svenska förfarandet under hänvisning till den betydelse som förarbetena har som rättskälla i Sverige. Det kan ifrågasättas om inte den svenska regeringen överbetonade förarbetenas rättsliga ställning inför EU-domstolen. Se rättsfallscommentar av U. Bernitz i ERT 2003 s. 155 ff.

konsumentavtalens område.³⁸ De allmänna bedömningsprinciperna i 36 § avtalslagen fylls alltså ut med listans mer preciserade normer för bedömning av många olika typer av standardvillkor i konsumentavtal. Enligt min mening hade det varit klart lämpligare från informations- och klarhetssynpunkt om listan över normalt oskäligen avtalsvillkor hade tagits in som en bilaga till lagtexten. Det kan finnas en risk att listan förbises i det praktiska rättslivet.

3.3 *Genomförandet inom ramen för marknadsrätten*

Avtalsvillkorsdirektivet kräver som nämnt att det i medlemsstaterna finns lämpliga och effektiva medel för att hindra fortsatt användning av oskäligen standardvillkor i konsumentavtal (artikel 7.1 i direktivet). Det tillgodoses i Sverige genom avtalsvillkorlagens marknadsrättsliga regler (3 §–9b § AVLK). Vi har här kunnat bygga på en redan väl etablerad ordning. Sverige var pionjär genom att redan 1971 införa en marknadsrättslig lagstiftning som gav den då nyinrättade KO möjlighet att föra talan vid den likaledes nyinrättade Marknadsdomstolen om förbud mot oskäligen avtalsvillkor. På denna grundval har det över åren utvecklats en rikt förgrenad rättspraxis. Lagstiftningen har också varit basen för en omfattande förhandlingsverksamhet mellan Konsumentverket/KO som företrädare för det allmänna konsumentintresset och berörda företag och branschorganisationer om mer balanserade standardvillkor.³⁹ Härvid har man också observerat betydelsen av att villkoren är tydliga och förståeliga.

En liknande ordning tillämpas i de övriga nordiska länderna. I andra EU-länder ankommer det ibland på den nationella konkurrensmyndigheten att också fungera som konsumentmyndighet med uppgift att bl.a. kunna ingripa mot företags användning av oskäligen avtalsvillkor. I vissa EU-länder är detta dock huvudsakligen en uppgift för konsumentorganisationer. När det gäller effektivt fungerande möjligheter för offentliga eller privata organ att ingripa mot företags fortsatta användning av oskäligen villkor i konsumentavtal är nog läget inom EU:s medlemsstater ganska växlande. Det torde ha påverkat EU-domstolens syn på behovet av en effektiv rent civilrättslig ordning.

I Sverige kan talan mot en näringsidkare om förbud mot fortsatt användning av ett oskäligen villkor, i regel vid vite, endast föras av KO med undantag för en ytterst sällan tillämpad subsidiär talerätt för

³⁸ Prop. 1994/95:17 s. 49, 95 ff. och mer ingående Ds 1994:29, Oskäligen avtalsvillkor m.m. s. 116 ff., 161 ff.

³⁹ Se om utvecklingen särskilt prop. 1971:15, prop. 1976/77:110 (utvidgning av den äldre lagen), Ds 1994:29, Oskäligen avtalsvillkor m.m. Införlivande med svensk rätt av EG:s direktiv om oskäligen villkor i konsumentavtal och prop. 1994/95:17. Oskäligen avtalsvillkor m.m. Se vidare U. Bernitz, Utvecklingen mot en standardavtalsrätt, II. Avtalsvillkorlagen, SvJT 1974 s. 81 ff., dens, Kontroll av standardavtal — utvecklingslinjer och metoder, TfR 1979 s. 113 ff., dens, Svensk standardavtalsrätt och EG-direktivet om avtalsvillkor, SvJT 1995 s. 625 ff., C. Tisell m.fl., Marknadsdomstolen och konsumentskyddet, *Amici Curiae* Marknadsdomstolen 1971—2016, 2017 s. 553 ff.

näringslivs- och konsumentorganisationer. Sådan förbudstalan fördes tidigare i Marknadsdomstolen såsom enda instans men förs efter dess nedläggning hösten 2016 i Patent- och marknadsdomstolen (PMD) med möjlighet att överklaga till Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD).⁴⁰ De processuella reglerna anknyter nära till marknadsföringslagen. Marknadsdomstolen har byggt upp en omfattande rättspraxis, enligt vilken näringsidkare har förbjudits att fortsättningsvis använda standardvillkor som bedömts vara oskäligen. Det för dock för långt att i denna artikel gå in närmare på denna praxis.⁴¹

Avtalsvillkorsdirektivet har emellertid genomförts ganska fritt i Sverige också när det gäller effektiva och lämpliga medel för att hindra fortsatt användning av oskäligen villkor. I 3 § AVLK föreskrivs endast att PMD får förbjuda en näringsidkare att i framtiden i liknande fall använda ett eller flera avtalsvillkor som är oskäligen mot konsument med hänsyn till priset och övriga omständigheter. Förbudet ska vara motiverat från allmän synpunkt eller annars ligga i konsumenternas eller konkurrenternas intresse. Lagtexten knyter som synes inte an till direktivets bestämning av vad som är ett oskäligen villkor; den är inte formellt begränsad till standardvillkor och den vaga hänvisningen till ”priset och övriga omständigheter” har man låtit stå kvar från avtalsvillkorslagens äldre version. I praxis har detta dock knappast fått betydelse, eftersom Marknadsdomstolen har utvecklat en standard för oskälighetsbedömningen, som på ett sätt som liknar direktivet ger uttryck för en balansbedömning.⁴²

Ett förbud för en näringsidkare enligt avtalsvillkorlagen att fortsättningsvis använda ett oskäligen villkor har i sig inga civilrättsliga verkningar för redan ingångna avtal. Det ankommer på allmän domstol att i det enskilda fallet och med hänsyn till omständigheterna bedöma med stöd av 36 § avtalslagen om ett sådant villkor i ett redan ingånget avtal är oskäligen. Här kan det bland annat ha betydelse för bedömningen om avtalsvillkoret ansetts oskäligen enligt redan etablerad praxis eller om avgörandet enligt avtalsvillkorlagens marknadsrättsliga regler kan ses som ett nytt steg i rättsutvecklingen.⁴³

⁴⁰ PMÖD kan ge ventil till ansökan om prövningstillstånd i HD.

⁴¹ Det saknas någon lagkommentar till avtalsvillkorlagen. Praxis har behandlats översiktligt i U. Bernitz, Standardavtalsrätt, 9 uppl. kap. 7 med vidare hänvisningar.

⁴² Standarden, som återopats i ett stort antal domar, lyder: ”Ett avtalsvillkor får typiskt sett anses oskäligen mot konsumenten om villkoret, med avvikelse från gällande dispositiva rättsregler, ger näringsidkaren en förmån eller berövar konsumenten en rättighet och därigenom åstadkommer en sådan snedbelastning i fråga om parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet, att en genomsnittligt sett rimlig balans mellan parterna inte längre är för handen. Frågan om ett avtalsvillkor är att anse som oskäligen ska avgöras på grundval av en samlad bedömning av parternas rättigheter och skyldigheter.” Standarden återgår på förarbetsuttalanden, se prop. 1971:15 s. 71, prop. 1994/95:17 s. 65.

⁴³ Se närmare U. Bernitz, Standardavtalsrätt, 9 uppl. s. 212 f. med hänvisning till NJA 1981 s. 711, NJA 2005 s. 745 och det i 3.2 behandlade avgörandet NJA 2012 s. 776.

3.4. Skyldigheten att beakta avtalsvilkors oskälighet *ex officio*

En särskild aspekt på oskälighetsbedömningen är att EU-domstolen har slagit fast att nationella domstolar är skyldiga att självmant beakta om ett avtalsvillkor är oskäligt, alltså *ex officio*.⁴⁴ Det ska ses mot bakgrund av att EU-domstolen som framgått är angelägen om att det konsumentskydd som direktivet vill åstadkomma får ett effektivt genomslag i medlemsländerna. EU-domstolen har särskilt framhållit risken för att konsumenten inte känner till sina rättigheter eller har svårt att ta dem tillvara. En nationell domstol måste alltså självmant pröva om ett standardvillkor i konsumentavtal är oskäligt även om det inte har åberopats av konsumenten. Det gäller även vid mer summariska förfaranden som leder till en exekutionstitel.⁴⁵ En konsument har dock rätt att avstå från att göra gällande att ett villkor är oskäligt sedan domstolen uppmärksammat honom eller henne på saken och efterhört konsumentens inställning.⁴⁶ I målet Cofidis, som gällde ett kreditavtal, motiverade EU-domstolen kravet på *ex officio*-prövning med att det kan ha en avskräckande effekt på näringsidkarna.⁴⁷

Kort ska tilläggas att skyldigheten för nationell domstol att iaktta europeiska konsumentskyddsregler *ex officio* inte är begränsad till avtalsvilkorsdirektivet. Det kan t.ex. också gälla konsumentköpsdirektivet. I målet Duarte Hueros, som gällde konsumentköp av en bil som hade visat sig vara behäftad med fel, fann EU-domstolen att nationell domstol var skyldig att pröva *ex officio* om konsumenten var berättigad till prisavdrag när förutsättningar för hävning inte förelåg.⁴⁸ Nationell domstol ska likaledes pröva *ex officio* att kraven på informationsskyldighet enligt konsumentkreditdirektivet har uppfyllts.⁴⁹

Också denna skyldighet till *ex officio*-prövning har svenska domstolar att iaktta. Det avviker från vad som normalt gäller enligt svensk civilprocessrätt och kan ses som en viss inskränkning i medlemsstaternas processuella autonomi, motiverad av konsumentskyddets särskilda krav.⁵⁰

⁴⁴ Kravet på *ex officio*-prövning har EU-domstolen tydligt formulerat bl.a. i mål C-243/08, Pannon, EU:C:2009:350 punkt 29–35, och behandlat i ett antal senare avgöranden, bl.a. mål C-397/11, Jörös, EU:C:2013:340 punkt 27 ff., mål C-147/16, de Grote, EU:C:2018:320 punkterna 24–37. Klargörande om EU-domstolens överväganden V. Trstenjak, *Procedural Aspects of European Consumer Protection Law and the Case Law of the CJEU*, *European Review of Private Law* 2013 s. 451 ff., särskilt s. 461 ff.

⁴⁵ Se bl.a. mål C-32/14, ERSTE Bank Hungary, EU:C:2015:637 punkt 43 ff., C-49/14, Finanmadrid, EU:C:2016:98, domslutet.

⁴⁶ J. Munukka, *Oskälighet måste alltid prövas ex officio* — men konsumenten kan avstå från detta, *ERT* 2010 s. 353 ff. med hänvisning till målen Pannon. Se vidare mål C-397/11, Jörös punkt 41.

⁴⁷ Mål C-473/00, Cofidis, EU:C:2002:705 punkt 32.

⁴⁸ Mål C-32/12, Soledad Duarte Hueros, EU:C:2013:637.

⁴⁹ Mål C-377/14, Radlinger och Radlingerová, EU:C:2016:283.

⁵⁰ Den nationella processuella autonomin begränsas här som eljest av de unionsrättsliga likvärdighets- och effektivitetsprinciperna, se t.ex. U. Bernitz & A. Kjellgren, *Europarättens grunder*, 6 uppl. s. 136 ff.

I syfte att säkra genomslaget har EU-domstolen slagit fast att skiljedoms klausuler i standardavtal om att konsumenttvister ska avgöras genom skiljedom är oskäliga och ogiltiga. Också detta ska de nationella domstolarna iaktta *ex officio*.⁵¹ I Sverige gäller som bekant att skiljedoms klausuler är ogiltiga vid konsumenttvister (med vissa undantag) enligt 6 § lagen om skiljeförfarande.

4 Jämkning av oskäliga villkor i konsumentavtal är inte tillåten

4.1 Utvecklingen i EU-domstolens praxis

Om en domstol bedömer ett villkor i ett konsumentavtal vara oskäligt enligt 36 § avtalslagen gäller som bekant att villkoret får jämkas eller lämnas utan avseende. Det kompletteras av ett par bestämmelser i 11 § AVLK som knyter an till direktivet. Dessa är utformade så att de utgår från att ett oskäligt villkor kan jämkas (se vidare avsnitt 5). Domstolarna har här getts stor rörelsefrihet och i praktiken torde jämkning betraktas som huvudalternativet och alltså vara betydligt vanligare än att ett oskäligt villkor lämnas utan avseende, dvs. behandlas som ogiltigt. Det hänger säkerligen samman med att jämkning är en betydligt smidigare rättsföljd, som tillåter jämkning ”även i annat hänseende”, dvs. jämkning av klausuler som i och för sig inte bedöms vara oskäliga för att nå ett balanserat resultat.⁵²

Vid genomförandet av avtalsvillkorsdirektivet var man i Sverige och övriga Norden angelägen om att behålla denna ordning.⁵³ Den utveckling som skett i EU-domstolens praxis har dock gjort denna syn på jämkning av oskäliga standardvillkor i konsumentavtal ohållbar. Utgångspunkten är regeln i artikel 6.1 i direktivet. Enligt den ska medlemsstaterna föreskriva att oskäliga villkor inte är bindande för konsumenten och att avtalet ska förbli bindande för parterna på samma grunder, om det kan bestå utan de oskäliga villkoren.⁵⁴

Ett grundläggande avgörande är mål C-618/10, Banco Español de Crédito,⁵⁵ som gällde ett avtal om konsumentkredit där dröjsmålsräntan utgjorde 29 procent. Den spanska domstolen frågade bl.a. om detta villkor kunde jämkas. EU-domstolen svarade att artikel 6.1 inte ger nationell domstol behörighet att ändra innehållet i ett oskäligt villkor utan domstolen ska helt enkelt underlåta att tillämpa villkoret gentemot konsumenten. Det motiverade domstolen med preventionsintresset och konsumentens underlägsenhet i avtalsförhållandet. EU-domstolen anförde i punkt 69:

⁵¹ Ett grundläggande äldre avgörande är mål C-168/05, Mostaza Claro, EU:C:2006:675. Målet gällde en skiljeklausul i ett konsumentavtal om mobilabbonemang.

⁵² Prop. 1975/76:81 s. 110, K. Grönfors & R. Dotevall, Avtalslagen. En kommentar, 5 uppl., 2016 s. 297 f.

⁵³ Prop. 1994/95:17 s. 52 f.

⁵⁴ Se även punkt 21 i ingressen.

⁵⁵ EU:C:2012:349 (även känt som Banesto).

För det fall en nationell domstol skulle ha möjlighet att ändra innehållet i oskäligen villkor i [konsument]avtal kunde detta ... äventyra förverkligandet av det långsiktiga syftet med artikel 7.... En sådan möjlighet skulle nämligen motverka den avskräckande effekt det har på näringsidkarna att sådana oskäligen villkor helt enkelt inte kan tillämpas gentemot konsumenterna,... eftersom näringsidkarna skulle vara benägna att använda villkoren med vetskap om att även om de skulle ogiltigförklaras så skulle den nationella domstolen kunna utfylla avtalet i nödvändig utsträckning på ett sådant sätt att deras intressen tillvaratogs.

Hur nationell domstol kan förfara har klarlagts närmare i mål C-26/13, Kásler, som redan berörts i avsnitt 2.2 i samband med direktivets tolkningsregel. EU-domstolen framhöll i punkt 82 och 83 att när ett oskäligt villkor sätts åt sidan som ogiltigt kan det bytas ut mot en utfyllnadsregel i nationell rätt, dvs. mot vad som gäller enligt dispositiv rätt, i syfte att uppnå en verklig jämvikt i avtalet så att parterna blir jämbördiga. Domstolen tillade att om det inte vore möjligt utan hela avtalet blev ogiltigt, skulle konsumenten kunna drabbas av mycket negativa konsekvenser. Ett oskäligt räntevillkor kan alltså ersättas med lagstadgad ränta eller marknadsränta.⁵⁶ Den nationella domstolen har emellertid också möjlighet att förklara avtalet ogiltigt i sin helhet om det leder till ett bättre skydd för konsumenten.⁵⁷

Skillnaden mot svenskt synsätt framgår också tydligt av mål C-488/11, Brusse,⁵⁸ som gällde avtal om hyra av en bostadslägenhet på standardvillkor. Enligt avtalet skulle hyresgästen vid dröjsmål med hyresbetalning betala ett vite om 25 euro per dag. I målet, som gällde krav på obetalad hyra, stod dröjsmålsvitet för ca halva fordran. En holländsk domstol frågade EU-domstolen om vitet kunde jämkas och hänvisade till att viten kan jämkas enligt ett stadgande i holländska civillagen. EU-domstolen svarade med hänvisning till domen i Banco Español de Crédito att om vitesklausulen bedömdes oskälig fick vitet inte jämkas utan den nationella domstolen skulle underlåta att tillämpa klausulen (punkt 60).

Den närmare innebörden av det sistnämnda framgår av det 2016 avgjorda målet C-154/15 m.fl., Naranjo,⁵⁹ där EU-domstolen dömde i stor kammare. Fallet gällde konsumentavtal om hypotekslån, där det fanns villkor om räntegolv. EU-domstolen framhöll att ett avtalsvillkor, som befinner sig vara oskäligt, inte får ändras utan ”i princip ska anses inte ha existerat”. Det innebär att villkoret inte kan ha någon verkan gentemot konsumenten och att dennas rättsliga och faktiska situation ska återställas till den situation som konsumenten hade befunnit sig i om villkoret inte hade förelegat (punkt 61). Det är alltså fråga om *ogiltighet ex tunc*.

⁵⁶ Mål C-421/14, Banco Primus, EU:C:2017:60, se domslutet.

⁵⁷ Mål C-397/11, Jörös punkt 47.

⁵⁸ EU:C:2013:341.

⁵⁹ EU:C:2016:980.

I korthet innebär det sagda att *det inte är tillåtet att jämkna ett oskäligt villkor så att det blir skäligt* eller att ersätta villkoret med ett annat villkor som bedöms vara skäligt. Det oskäligen villkoret får alltså inte ändras; det ska lämnas utan avseende och är ogiltigt. Den nationella domstolen kan dock ersätta det oskäligen villkoret med vad som gäller enligt en utfyllnadsregel i nationell rätt, dvs. dispositiv rätt, och därigenom ge avtalet jämvikt och undvika för konsumenten ogynnsamma konsekvenser av att hela avtalet blir ogiltigt. På detta sätt vill man främja att direktivet har ett effektivt genomslag. Kunde nationell domstol ändra innehållet i oskäligen villkor, skulle det motverka den avskräckande effekt som det antas ha på näringsidkarna att oskäligen villkor inte kan tillämpas.

Direktivet är strängt också så tillvida att man vid bedömningen av frågan om ett avtalsvillkor ska anses oskäligt inte får beakta omständigheter, som inträffat efter avtalets ingående och som skulle medföra att villkoret blev att anse som skäligt (motsatsslut från artikel 4.1). Ett från början oskäligt villkor kan alltså inte delvis ”räddas” genom åtgärder som näringsidkaren vidtar senare, t.ex. genom att frånfalla villkoret till viss del. Det har föranlett en särskild regel om saken i 11 § andra stycket AVLK.

Sammanfattningsvis gäller alltså enligt unionsrätten att oskäligen standardvillkor i konsumentavtal ska lämnas utan avseende, dvs. betraktas som ogiltiga. De får inte jämkas. Avtalet förblir normalt gällande utan det oskäligen villkoret. Det får dock ersättas med vad som gäller enligt dispositiv rätt. Det är också möjligt att ogiltigförklara hela avtalet. Ett viktigt skäl till att EU-domstolen stannat för denna tolkning av direktivet är sannolikt att de flesta rättsordningar i Europa torde stå främmande för den allsidiga prövning som utmärker den nordiska jämningsmodellen.⁶⁰

4.2 *Det svenska rättsläget*

I Sverige och övriga Norden har vi utgått från att oskäligen standardvillkor i konsumentavtal kan jämkas enligt 36 § avtalslagen så att de blir skäliga; det är ju så som vår generalklausul i första hand är uppbyggd och hittills har tillämpats. I rättspraxis finns anledning att särskilt

⁶⁰ DCFR (Draft Common Frame of Reference) har en artikel (II-9:408) med rubriken Effects of unfair terms, som nära ansluter till EU-domstolens praxis och föreskriver: ”(1) A term which is unfair under this Section is not binding on the party who did not supply it. (2) If the contract can be reasonably maintained without the unfair term, the other terms remain binding on the parties.” EU-domstolens tolkning att direktivet inte tillåter jämkning diskuteras i Commentaries on European Contract Laws (editors N. Jansen & R. Zimmermann), Oxford 2017 s. 973 ff. och av H.Kötz, European Contract Law, 2 ed., Oxford 2017 s. 143 ff. Man finner tolkningen överensstämma med nutida tysk rätt. Bundesgerichtshof frångick sin tidigare praxis att tillåta innehållsmässig jämkning av oskäligen avtalsklausuler (geltungserhaltende Reduktion) i ett avgörande 1982, BGHZ 84, 109. Se även E. Hondius, Unfair Contract Terms and the Consumer, European Review of Private Law 2016 s. 457 ff.

stanna inför HD:s färskas avgörande NJA 2017 s. 113 angående ett konsumentavtal om överlåtelsebesiktning.

En privatperson, som ägde en villa, hade inför försäljning av villan träffat avtal med ett företag om en överlåtelsebesiktning. Avtalet och dess rättigheter och skyldigheter övertogs av köparna av villan, två privatpersoner. Avtalsvillkoren för besiktningen följde ett inom branschen utarbetat standardavtal. Villkoren begränsade ansvaret för fel vid besiktningens utförande till 15 prisbasbelopp, dvs. 636 000 kr. Köparna förde talan mot besiktningsföretaget och gjorde gällande att olika allvarliga fel inte hade tagits upp i besiktningsutlåtandet och att företaget handlat grovt vårdslöst, alternativt vårdslöst samt yrkade skadestånd med drygt 1,9 miljoner kr. Målet gällde således ett standardvillkor om ansvarsbegränsning i ett konsumentavtal. HD behandlade i domskälen ingående den rättsliga kontrollen av ansvarsbegränsningar i konsumentförhållanden och gick in i en bedömning av frågan om ansvarsbegränsningen borde jämkas så att besiktningsföretaget blev betalningskyldigt med ett högre belopp. HD stannade dock för att avtalet inte borde jämkas.

HD berörde i de utförliga domskälen inte den praxis enligt avtalsvillkorsdirektivet som här har behandlats och EU-domstolens ståndpunkt att standardvillkor i konsumentavtal inte får jämkas. Det framgår av HD:s domskäl att domstolen ansett en sådan jämkning vara fullt möjlig, ehuru domstolen stannade för att inte jämkas i det aktuella fallet.⁶¹

En sådan tillämpning strider dock som framgått mot avtalsvillkorsdirektivet som det tolkas i EU-domstolens fasta praxis. Det är en rättsutveckling som man i och för sig inte förutsåg i Sverige och Norden när direktivet genomfördes 1994.⁶² Här som eljest är dock domstolarna skyldiga att tillämpa unionsrätten direktivkonformt. Man kan konstatera att det nya rättsläget ännu inte har slagit igenom i svensk rättspraxis och juridisk doktrin och att det kan vara förenat med nackdelar, men jag kan inte se annat än att vi har att anpassa oss till unionsrättens strängare linje och i fortsättningen respektera jämkningsförbudet vid tillämpning av 36 § avtalslagen såvitt gäller standardvillkor i konsumentavtal.⁶³

⁶¹ Se härtill J. Munukka, 36 § avtalslagen som universalverktyg mot friskrivningar och ansvarsbegränsningar, JT 2017–18 s. 393 ff. Se även J. Kleineman, Professionsutövares ansvarsbegränsningar, Festskrift til Mads Bryde Andersen, Khvn 2018 s. 525 ff.

⁶² När avtalsvillkorsdirektivet genomfördes i svensk rätt redovisade man dock i propositionen betydande tveksamhet om hur artikel 6.1 i direktivet borde implementeras och om jämkning var möjlig, prop. 1994/95:17 s. 54 ff. EU-domstolen har uttryckligen förklarat att hänvisningen i texten i artikel 6.1 i direktivet till vad som närmare stadgas i nationell rätt (något som särskilt uppmärksammades vid implementeringen av Lagrådet) inte påverkar innehållet och omfattningen av konsumentskyddet sådant det utvecklats i domstolens praxis, se bl.a. mål C-154/15 m.fl., Naranjo, EU:C:2016:980 punkt 64 och 65.

⁶³ Detta har särskilt framhållits av J. Munukka, 36 § avtalslagen som universalverktyg mot friskrivningar och ansvarsbegränsningar, JT 2017–18 s. 393 ff.

5 Avslutande slutsatser och synpunkter

Som framgått har det inom ramen för förhandsavgöranden av EU-domstolen ägt rum en omfattande rättsutveckling när det gäller avtalsvillkorsdirektivet. Det är endast ett urval av domstolens många avgöranden som kunnat behandlas i denna artikel. Härigenom har det skett en betydande harmonisering av rättsläget när det gäller standardvillkor i konsumentavtal. Ett gemensamt, karakteristiskt drag för avgörandena är att de präglas av en markant konsumentvänlighet. EU-domstolen utgår från att konsumenten är den underlägsna, skyddsbehövande parten i avtalsförhållandet. Synsättet kan numera även hämta stöd i bl.a. EU:s rättighetsstadga, vars artikel 38 slår fast att en hög nivå i fråga om konsumentskydd ska tryggas i unionens politik.

Det har också framgått att denna rättsutveckling hittills har varit förvånansvärt obeaktad i Sverige. Det gäller såväl domstolarna som den juridiska doktrinen och rättslivet i övrigt. Man har i huvudsak hållit fast vid de överväganden som gjordes när det då nya direktivet genomfördes för ca 25 år sedan. Inget av de många mål där nationell domstol har begärt förhandsavgörande om tolkningen av direktivet har härrört från Sverige. Såvitt jag har kunnat finna är läget ungefär likartat i övriga nordiska länder.⁶⁴

I avsnitt 2 i denna artikel har oklarhetsregeln i 10 § AVLK behandlats i ljuset av direktivets krav i artikel 5 på klara och begripliga avtalsvillkor och tillämpning av den för konsumenten mest gynnsamma tolkningen. Vad som särskilt framstår som betydelsefullt är att direktivets tolkningsregel såsom den har utvecklats i unionsrätten inte endast, eller ens i första hand, rör tolkningen av enstaka uttryck och klausuler i en avtalstext utan ställer krav på att avtalsvillkoren ska vara tydliga och tillgängliga (transparenta) för konsumenten innan avtal ingås. Det ska vara fullt möjligt för en genomsnittskonsument att sätta sig in i vad villkoren innebär före avtalsslutet. Som framgått har direktivets artikel 5 genomförts ofullständigt i 10 § AVLK. Bestämmelsen ska dock tolkas och tillämpas direktivkonformt i linje med EU-domstolens praxis. Det innebär att den bör ges en mer aktiv tillämpning i svensk rättspraxis i linje med unionsrättens krav än vad som hittills synes ha varit fallet. Den kan som nämnt också fungera som ett komplement till de specifika regler om informationsskyldighet som ofta möter i annan konsumentlagstiftning.

När det gäller förbud mot användning av oskäligen standardvillkor i konsumentavtal har Konsumentverket/KO sedan länge kunnat bedriva en framgångsrik sanerande verksamhet med stöd av avtalsvillkorslagens marknadsrättsliga regler och Marknadsdomstolens rikhaltiga praxis. Det hindrar dock inte att det fortfarande kan förekomma oskäligen

⁶⁴ Se dock G. Woxholth, *Avtalerett*, 10 utg., Oslo 2017 s. 385 f. som uppmärksammar domen i Banco Español de Crédito och drar slutsatsen för norsk rätts del att standardvillkor i konsumentavtal inte längre kan jämkas samtidigt som avtalet i övrigt består. Se även dens., *Forbrukerrretten europeiseres*, *Festskrift til Mads Bryde Andersen*, Khvn 2018 s. 433 ff.

standardvillkor i konsumentavtal, kanske särskilt när det gäller nyare branscher och typer av affärsupplägg. Det är dock ganska ont om rättspraxis, där sådana frågor har prövats enligt 36 § avtalslagen.

Såsom framgått har EU-domstolen mycket tydligt slagit fast att oskäligen avtalsvillkor i konsumentavtal inte får jämkas. De ska betraktas som ogiltiga. Avtalet förutsätts normalt förbli gällande utan det oskäligen villkoret, som dock får ersättas med vad som gäller enligt dispositiv rätt. Ståndpunkten har stöd i utformningen av artikel 6.1 i direktivet (oskäligen villkor är inte bindande) men torde också förklaras av att jämkning av nordisk modell inte är en allmänt känd rättsföljd i andra europeiska rättsordningar. I *Banco Español de Crédito* (se 4.1) motiverade EU-domstolen sin ståndpunkt att oskäligen villkor inte får ändras med konsumentskyddsskäl: reglernas avskräckande effekt skulle motverkas om ett oskäligen villkor inte faller bort utan det skulle räcka med att det justeras. Det är i och för sig riktigt att en regel där ogiltighet är enda alternativet till att ett oskäligen villkor förblir gällande kan vara en för konsumenterna gynnsammare regel än en jämkning av ett oskäligen avtalsvillkor så att villkoret hamnar "under oskälighetsgränsen".

Likväl måste enligt min mening denna rättsutveckling beklagas såsom väl rigorös eftersom jämkning är en mer flexibel rättsföljd än ogiltighet. Det kan i många lägen framstå som onyanserat att bara kunna välja mellan att godta ett standardvillkor som skäligen eller åsidosätta det helt såsom oskäligen. När det som t.ex. i det ovannämnda fallet NJA 2017 s. 113 gäller standardvillkor i konsumentavtal om ansvarsbegränsning torde det sagda medföra, om villkoret bedöms vara oskäligen, att villkoret ska ersättas av fullt skadeståndsansvar enligt dispositiv rätt. Det skulle inte stå öppet att jämka ansvarsbegränsningen så att näringsidkaren blir ansvarig med ett högre, men dock begränsat belopp. Detta skulle i vissa lägen kunna tänkas leda till att domstolarna stannar för en mer restriktiv bedömning av den grundläggande frågan om ett villkor är oskäligen.

Någon realistisk möjlighet att ändra det fastlagda europeiska rättsläget torde dock inte finnas utan som sagts ovan har vi att anpassa det svenska rättsläget till unionsrättens strängare linje och i fortsättningen respektera jämkningsförbudet såvitt gäller standardvillkor i konsumentavtal. Här kan noteras att man vid genomförandet av avtalsvillkorsdirektivet införde två särskilda lagbestämmelser som direkt utgår från att oskäligen avtalsvillkor i konsumentavtal ska jämkas. Det gäller 36 § avtalslagen sista stycket och 11 § tredje stycket AVLK.⁶⁵ Rättsutvecklingen har gjort att bestämmelserna har en missvisande utformning och en lagändring förefaller vara påkallad.

Avslutningsvis aktualiserar rättsutvecklingen förhållandet mellan dold och öppen kontroll av friskrivningsklausuler och andra restriktiva standardvillkor i konsumentavtal. HD förde i NJA 2017 s. 113 ett resonemang om förhållandet mellan dold och öppen kontroll av

⁶⁵ Se prop. 1994/95:17 s. 53 ff.

friskrivningsklausuler och uttalade en tydlig preferens för öppen kontroll på grundval av generalklausulen i 36 § avtalslagen. När svensk rätt går över till att följa unionsrättens syn på jämkning ter det sig emellertid välbetänkt för konsumentavtalens del att behålla möjligheterna enligt etablerad rättspraxis att i vissa lägen undvika en oskälighetsprövning genom att i stället tillämpa dold kontroll av betungande villkor i form av förhöjd avtalströskel, restriktiv tolkning och utnyttjande av oklarhetsregeln.⁶⁶

⁶⁶ Härom närmare U. Bernitz, Standardavtalsrätt, 9 uppl. s. 117 ff., s. 233.