

Jämkning av kommersiella avtal mellan jämbördiga parter

— reflektioner kring 36 § avtalslagen utifrån några aktuella rättsliga avgöranden

Av seniorprofessor BOEL FLODGREN¹

Denna artikel förmedlar några iakttagelser från den allmänna avtalsrätten. Det handlar om tillämpningen på senare tid av den ständigt aktuella 36 § i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (avtalslagen alternativt AvtL) i kommersiella avtalsrelationer. Mina iakttagelser leder till slutsatsen att den starka restriktiviteten i tillämpningen som förarbetena till 36 § uppmanade till inte längre gäller.

1 Bakgrund och avgränsningar

Huvudregeln i avtalsrätten att avtal ska hållas, *pacta sunt servanda*, har aldrig varit helt ovillkorlig.² I situationer då t.ex. ett avtal strider mot gott affärsskick eller om tillämpningen av avtalsvillkor eller avtalet som sådant är "otillbörlig(t)", har det funnits utrymme att jämka eller förklara villkoret eller avtalet överksamt. I svensk avtalsrättslig lagstiftning har det dessutom sedan lång tid tillbaka funnits generalklausuler som givit domstolarna befogenhet att jämka och åsidosätta avtal och avtalsvillkor.³ Viktigast var länge 8 § i lagen (1936:81) om skuldebrev (skuldebrevslagen), som stadgade att om tillämpning av villkor som upptagits i skuldebrev uppenbarligen skulle vara stridande mot gott affärsskick eller eljest otillbörlig, kunde villkoret jämkas eller lämnas utan avseende. Stadgandet tillämpades analogt utanför skuldebrevsförhållanden och ansågs ge uttryck för en allmän rättsgrundsats.⁴ Genom införandet år 1976 av generalklausulen om jämkning av oskäliga avtalsvillkor i 36 § avtalslagen har alla tidigare civilrättsliga generalklausuler om jämkning i andra lagar än AvtL upphört och

¹ Författaren är verksam vid institutionen för handelsrätt, Ekonomihögskolan, Lunds universitet. För konstruktiva synpunkter och värdefulla förslag till förbättringar under mitt arbete med denna uppsats vill jag framföra ett varmt tack till framför allt advokaten Ludwig Metz och också till advokaten Tore Wiwen- Nilsson och universitetsadjunkten, doktoranden Andrea Algård.

² Se t.ex. SOU 1974:83, Generalklausul i förmögenhetsrätten, s. 31 f. och prop. 1975/76:81 s. 100 f.

³ Vilka dessa var, fram till 1976, då den nuvarande 36 § AvtL infördes, se SOU 1974:83, s. 15 och s. 41 ff. Det har vidare funnits möjligheter för domstolarna att med stöd av allmänna rättsgrundsatser ändra avtal eller anpassa avtalsvillkor utan direkt lagstöd, t.ex. genom förutsättningsläran och läran om osedliga avtal och också genom s.k. dold kontroll i form av exempelvis tolkning (prop. 1975/76:81, s. 30).

⁴ SOU 1974:83, s. 26. Se också Hellner, Jan, Konsumentskydd och generalklausuler, TfR 1976, s. 148 f.

ersatts av denna generalklausul.⁵ Enligt 36 § får avtalsvillkor jämkas eller lämnas utan avseende om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Jämkningsen kan också leda till att hela avtalet förklaras ogiltigt. Bestämmelsen förutsätter att det görs en helhetsbedömning av det aktuella avtalet och omständigheterna i det särskilda fallet.

Tidigare sågs parterna, oavsett vilka de var, som i stort sett jämbördiga. Med den framväxande medvetenheten om konsumentens typiskt sett svagare ställning i förhållande till näringsidkaren har jämkningsmöjligheten emellertid fått en särskild konsumentskyddsprofil, vilken kommer till uttryck i 36 §:s andra stycke där det talas om ”behovet av skydd för den som i egenskap av konsument eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet”.

Denna uppsats är begränsad till kommersiella avtal och handlar således inte om konsumentavtal, men något bör inledningsvis sägas om förändringarna under de senaste ungefär 50 åren av konsumenträtten. Det är idag motiverat att ställa frågan om 36 § AvtL längre har någon egentlig betydelse som konsumentskydd. Skyddet för konsumentens rättigheter har inte minst genom den ymniga tillväxten av tvingande regler till konsumentens förmån, liksom tillskapandet av konsumentskyddande institutioner som Konsumentombudsmannen och Allmänna reklamationsnämnden, byggts ut väsentligt efter hand som omfattningen av och förutsättningarna för kommersiell verksamhet på konsumentmarknaden förändrats. Konsumenten omsluts idag av — utöver 36 § AvtL — ett omfattande skyddande regelverk, som inte fanns år 1976 och som kommit till stånd framför allt på initiativ av EU.⁶ Betydelsen för konsumenten av skyddet enligt 36 § AvtL har härigenom minskat, vilket jag dock inte undersökt specifikt.⁷ Lagstiftningen om konsumentskydd lämnas nu därhän i denna artikel, som har fokus på avtal mellan näringsidkare.

⁵ Prop. 1975/76:81 s. 115. I AvtL behöll man 33 §, den s.k. lilla generalklausulen, som är en ogiltighetsregel och inte en jämkningsregel.

⁶ Ett annat exempel på hur konsumentskyddet inom området för 36 § AvtL utökats genom lagstiftning är 6 § lagen (1999:116) om skiljeförfarande, som ogiltigförklarar skiljeklausuler i konsumentavtal ingångna innan tvisten uppstod. Tidigare hade HD i ett flertal fall (se t.ex. NJA 1981 s. 711, NJA 1981 C57 och NJA 1982 s. 800) ogiltigförklarat sådana skiljeklausuler på grund av att de ansågs oskäliga. Se vidare von Post, Claes-Robert, Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden (1999), s. 234 ff.

⁷ I sin kommentar till 36 § AvtL i Lexino, avsnitt 3.3.4, ger Jori Munukka uttryck för en uppfattning som verkar tillerkänna 36 § större betydelse än vad jag gör, men jag tror inte heller han har undersökt frågan närmare: ”Konsumentskyddet har byggts upp sedan bestämmelsen tillkom, varför många vanliga situationer numera träffas av tvingande lag, men det kvarstår åtskilliga oreglerade situationer, varför 36 § AvtL med vapendragaren 11 § AVLK fortsatt kan behövas.” Besök den 15 juni 2023. I läroboken Ramberg, Jan–Ramberg, Christina, Allmän avtalsrätt (2022) uttrycker författarna sin uppfattning i denna fråga på följande sätt: ”På grund av EU-direktiv och EU-domstolens praxis bör man vara ytterst försiktig med att tillämpa 36 § avtalslagen i konsumentavtal.” Citat från s. 160.

Jag tar i denna korta artikel inte heller fasta på de kommersiella avtal där den ena parten som näringsidkare intar en underlägsen ställning i avtalsrelationen. Sådana fall hör till sin typ mera samman med konsumentfallen.⁸

Rättspraxis i våra nordiska grannländer har stort intresse också för oss i Sverige, eftersom en i allt väsentligt liknande jämkningsregel finns i våra grannländer.⁹ En sådan jämförelse ryms emellertid inte inom ramen för denna artikel.

Jämkningsregeln i 36 § AvtL har sedan den infördes varit föremål för ett intensivt rättsvetenskapligt intresse som resulterat i akademiska avhandlingar, vetenskapliga artiklar och utförliga lärobokstexter. Jag ska inte redogöra för alla dessa här. Syftet här är begränsat och handlar om att jag utifrån några aktuella rättsfall och skiljedomar vill dela med mig av reflektioner kring frågan huruvida jämkningsmöjligheten såsom den tillämpas idag på *kommersiella avtal mellan jämställda parter* har förändrats i förhållande till hur den beskrevs för snart 50 år sedan då den infördes.¹⁰

Tillämpningen av 36 § bygger normalt på två steg, där det första handlar om att fastställa innehållet i den omtvistade klausulen, dvs. tolka avtalsvillkor eller fylla ut avtalet.¹¹ Det andra steget blir sedan att bedöma den eventuella oskäligheten i avtalsvillkoret utifrån en helhetsbedömning av avtalet och omständigheterna i övrigt. I denna uppsats behandlar jag inte det första steget, alltså tolkningen/utfyllningen av avtalet, utan gör bara den noteringen att betydelsen av motpartens ”befogade uppfattning/förväntningar/tillit” ofta lyfts fram som avgörande för hur avtalet ska förstås¹² liksom att man vid fastställandet av avtalets innehåll som huvudregel ska respektera den riskfördelning i avtalet som helhet som parterna bestämt.

⁸ Om skyddet för småföretagare, se von Post, Claes-Robert, Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden (1999), s. 109 ff., där han också refererar till Bernitz artikel om småföretagarskydd från 1987. Se också Dan Lindmarks artikel om rättsfallet NJA 1979 s. 483 (Bergman&Beving) i Flodgren et al. (red.), Avtalslagen 90 år (2005), s. 281, särskilt s. 285 ff.

⁹ Se t.ex. för aktuella redogörelser för rättsläget beträffande 36 § avtalslagen i Danmark och Norge Andersen, Lennart Lynge, Aftalelovens § 36 — fra kontraktfrihed till urimelighedskontrol (2018) och Giertsen, Johan, Avtaler (2021).

¹⁰ Vad gäller situationen idag ger Jori Munukka i sin kommentar till AvtL:s 36 § i Lexino, avsnitt 1, följande ”rundmålning”: ”Bestämmelsen har kommit att ta plats som en central norm med ett brett verkningsfält, se exempelvis NJA 2009 s. 408, NJA 2011 s. 67, NJA 2017 s. 113 och HD:s dom 2020-07-09, T1413-19. Den har på senare tid också tillämpats i beloppsmässigt stora skiljeförfaranden.” Besök den 15 juni 2023.

¹¹ HD använder ibland bara ett steg och gör då frågan till en ren tolkningsfråga (s.k. dold kontroll), se t.ex. NJA 2005 s. 142 ”Ränteskruven”. F.d. justitierådet Torgny Håstad har i samtal berättat att han i ett skiljeförfarande strax innan NJA 2005 s. 142 avgjordes av HD, deltog i avgörandet av en tvist (mellan andra parter) om samma standardvillkor, som var uppe till bedömning i NJA 2005 s. 142. I skiljeförfarandet avgjorde man, enligt Håstad, i stället målet med hjälp av 36 § AvtL och jämkade den aktuella klausulen om leasingavgift på grund av att den ansågs oskälig.

¹² Se t.ex. Ramberg, Jan-Ramberg, Christina, Allmän avtalsrätt (2022), s. 220.

Genom att lagtexten bygger på det öppna begreppet oskälighet och dessutom föreskriver att bedömningen av oskäligheten ska ske på bredast möjliga grund ("avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt") är det klart att lagregeln har den för generalklausuler karakteristiska svagheten, nämligen oklarhet vad gäller regelns omfattning och tillämpning. Det blev i stället förarbetena som fick ta hand om behovet av riktlinjer för jämningsregelns tillämpning och avgränsningar.¹³ Lagrådet varnade för att detta inte skulle ses som

att motivedes genomföra en detaljreglering av hur generalklausulen skall tillämpas. De angivna riktlinjerna och synpunkterna får alltså inte tas för mer än vad de är, nämligen uttalanden som skall kunna vara till ledning vid tillämpningen. Det bör vidare uppmärksammas, att förhållanden och värderingar ständigt utvecklas och förändras. Uttalandena kommer därför sannolikt att efter hand förlora en del av sin betydelse.¹⁴

Jämkningsregeln i 36 § har sin grund i en på 1970-talet (med krav på ökat konsumentskydd) ändrad syn på avtalsfriheten. Man ville stävja den risk för missbruk gentemot "svagare part", som följde med avtalsfriheten, men regeln gavs en generell utformning som också inkluderade avtal mellan jämställda parter. Ett viktigt skäl till att jämningsregeln utformades som just en generalklausul var att vad som utgör "oskäliga" villkor i avtalsrelationer skulle ges en bred, principiell grundad innebörd och följa utvecklingen i samhället. Synen på vad som är oskäligt skulle inte förbli vid vad som gällde på 1970-talet utan följa med den utveckling som i framtiden kunde förväntas äga rum vad avser uppfattningen om vad som är oskäliga villkor i avtalsrelationer. Det handlade om ett slags samhällskontroll av avtalsrelationer. Domstolarna skulle ha möjlighet att göra en rättspolitisk bedömning, dvs. ha en omfattande diskretionär befogenhet att jämkna avtal genom att exempelvis kunna ta fasta på värderingar som kommit till uttryck i rättspolitiskt motiverade dispositiva rättsregler eller i tvingande regler inom ett visst område när de bedömde vad som var oskäligt inom ett närliggande, icke-reglerat, område. Mycket medvetet satsade man således i lagstiftningsärendet på ett "öppet" begrepp, oskälighet, som genom domstolarnas kommande avgöranden förväntades kunna få inte bara en principiell utformning¹⁵ utan också ett successivt — i takt med samhällsförändringarna — ändrat innehåll utan att själva lagregeln behövde ändras. Med andra ord, eftersom vad som ses som oskäligt kan förändras över tid, kan lagtexten med denna utformning följa med sin tid.

¹³ Prop. 1975/76:81 s. 40. Se för kritik som går ut på att utformningen av 36 § och förarbetena till den gör att "det är svårt att närmare precisera rättsläget", Svensson, Ola, Lagstyre inom avtalsrätten, i artikelsamlingen Tankar om kontraktsrättens teori och metod (2017), s. 80.

¹⁴ Prop. 1975/76:81 s. 166.

¹⁵ SOU 1974:83 s. 130.

I förarbetena till 36 § betonades tydligt på flera ställen att jämningsmöjligheten skulle användas restriktivt när det gällde kommersiella avtal.¹⁶

Den allmänna avtalsrätten har under de senaste 50 åren absorberat sådana fenomen som ökat konsumentskydd, ökad betydelse av lojalitetsplikten, att mänskliga rättigheter erhållit grundlagsskydd och fått betydelse också i avtalsrelationer, att standardavtal används i ökad omfattning, att EU-rätten och dess principer hela tiden ökar i betydelse, digitaliseringen, utbredningen av soft law, m.m. Principen om ”befogad uppfattning”, dvs. att rättshandlingars innebörd inte bestäms utifrån den rättshandlades subjektiva vilja/avsikt utan utifrån motpartens objektivt sett befogade uppfattning/tillit och principen om ”befogade förväntningar” (”legitimate expectations”), har givits tydliga uttryck i avtalsrätten.¹⁷

I samhället har vidare under de senaste 50 åren de allmänna värderingarna förskjutits mot ökade krav på företagen att ta samhällsansvar, exempelvis vad gäller hänsyn till miljön och krav på minskad klimatpåverkan. Inte minst EU lägger på företagen tvingande regler avseende miljö- och klimatansvar. Har sådana värderingsförskjutningar påverkat vad som ses som oskäligt i en avtalsrelation mellan kommersiella parter om exempelvis ett företag bryter mot sina miljöansvarsförpliktelser?¹⁸ Motparten kan väl anses ha befogade förväntningar på att företaget/avtalsparten lever upp till samhällets krav på miljöansvar utan att detta uttryckligen ska behöva föras in i parternas avtal? Frågan huruvida det generella ”samhällsansvar” som ett företag har (t.ex. i miljöhänseende enligt EU-rätten) kan anses inkluderat som en förutsättning i ett kommersiellt avtal och därmed kan bli aktuellt för en diskussion om vad som är ”oskäligt” avtalsinnehåll är emellertid alltför stor för att rymmas inom denna korta artikel och får därför här lämnas därhän.

Förarbetena till 36 § — SOU 1974:83, den s.k. generalklausulutredningen med professor Jan Hellner som ensamutredare, och prop. 1975/76:81 — åtnjuter högt anseende som rättskällor och —

¹⁶ Se t.ex. prop. 1975/76:81 s. 105 och s. 108 f.

¹⁷ NJA 2013 s. 659 ”Reseföretagsrepresentanten”, NJA 2014 s. 684 ”Divisionschefen” och NJA 2021 s. 1017 ”Låneavtalet med Svea Ekonomi” om tillitsfullmakt. ”...det är mottagarens *befogade uppfattning av vad som avsetts* som är avgörande för rättsverkningarna.” Citat fr. Samuelsson, Joel, Svensk avtalsrätt: Fullmaktsläran (2023), s. 27.

¹⁸ ”The problem is that rules on approaching this new conflict between the common interest — understood as a third party interest — and the interests of the parties to the contract have not yet been established ... Contract law, being designed to balance interests of the parties, is a poor instrument for protection of these values [protection of the environment and sustainability, mitt tillägg] where they contradict the interests of both parties to the contract.” Citat från Poludniak-Gierz, Katarzyna, Eco-Reasonableness. Possibilities of Incorporating Green Principles Into General Private Law Clauses, i Andenas, Mads-Heidemann, Maren (eds.), Quo vadis Commercial Contract? Reflections on Sustainability, Ethics and Technology in Emerging Law and Practice of Global Commerce (2023), s. 107, (citat fr. s. 124).

det får man nog tillstå — ses allmänt av rättsvetare, praktiker och domstolar alltså som aktuella och relevanta när 36 § diskuteras.¹⁹ Efterhand som förarbeten åldras brukar de tillerkännas successivt allt mindre vikt och detta återspeglas då i rättstillämpningen. Har detta i själva verket ganska obemärkt skett också med förarbetena till 36 § avtalslagen?

Frågan här är således om och i så fall hur synen på kommersiella avtalsrelationer förändrats på något sätt som har betydelse för vad som ses som oskäligen villkor i ett avtal mellan näringsidkare.²⁰ Förarbetena har funnits i snart ett halvt sekel och lagtexten är densamma. Det blir domstolsavgöranden och skiljedomar som får bli den huvudsakliga informationskällan när man söker svar på frågan. Domstolarnas inflytande över den kommersiella avtalsrätten är liten, eftersom de flesta avtalstvister mellan jämbördiga kommersiella parter handläggs i skiljeförfaranden.²¹ Skiljedomar blir därför av stort intresse som illustration till och svar på frågan hur 36 § idag tillämpas på kommersiella avtal.²²

För att kunna ta ställning till om rättsläget förändrats måste man börja med att klargöra vad som gällde för 36 § avtalslagen då den infördes.

2 36 §:s tillämplighet på kommersiella avtal enligt förarbetena

I betänkandet som föregick införandet av 36 § avtalslagen,²³ framgår att jämningsmöjligheten som sådan inte var någon nyhet utan att det

¹⁹ Jori Munukka noterar i sin kommentar till 36 § AvtL i Lexino, avsnitt 3.1, i detta hänseende följande: "Ur rättskällesynpunkt är det intressant att notera att Generalklausulutredningens betänkande [SOU 1974:83, mitt tillägg] ... har behållit sin auktoritet... Det är också av intresse att notera att en omfattande rättspraxis har byggts kring 36 § AvtL." Besök den 15 juni 2023. Per Samuelsson (uttalande från 2011) är av samma uppfattning: "Alltjämt intar ... generalklausulutredningen ... en särställning i auktoritativt hänseende, främst i kraft av Jan Hellners bidrag till dess tillkomst och roll i utredningen." Citat från boken *Entreprenadavtal*. Särskilt om ändrade förhållanden, not 52, s. 242.

²⁰ "Det antas også i juridisk teori at bestemmelsen på litt lengre sikt vil få konsekvenser for den avtalerettslige rettskildelære ved at den lojalitetsplikt som er nedfelt i regelen vil komme inn som reelt hensyn ved tolkning av avtaler." Citat fr. Wilhelmsen, Trine-Lise, *Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet*, Tfr1995, s. 1.

²¹ Lindmark, Dan, *Om jämkning av kommersiella avtal*, NJA 1979 s. 483, i Flodgren et al. (red.), *Avtalslagen 90 år (2005)*, s. 281 f.

²² Frågan om skiljedomars rättskällevärde är en diskussion för sig. Jag ser det så här. Om skiljenämnden i det enskilda fallet består av skiljedomare som åtnjuter stor juridisk auktoritet, får också skiljedomen de facto hög auktoritet, vilket inte minst den betydelse som tillmätts skiljedomen i ProfilGruppen-fallet (som nämns nedan, se vid not 40) är ett bevis på. De skiljedomare som är aktuella i de två skiljedomar som jag hänför mig till i denna artikel åtnjuter just sådan stor auktoritet och skiljedomarna har därför ett högt värde som rättskällor, eller i alla fall som rättsliga avgöranden som ger bevis om innehållet i gällande rätt. En annan sak är att det är svårt — för att inte säga omöjligt — att få en överblick över vad som finns av relevanta avgöranden eftersom skiljedomar inte är offentliga. Men man får leva efter principen "man tager vad man haver", dvs. man får i sina rättsvetenskapliga analyser ta utgångspunkt i de skiljedomar som man råkar ha fått tillgång till. Det är bättre att ha tillgång till några skiljedomar (i aktuellt ämne) än inga alls.

²³ SOU 1974:83.

snarare handlade dels om en modernisering av själva lagtexten, som skulle innehålla en gemensam generalklausul med direkt tillämpning inom hela förmögenhetsrätten, dels om att få domstolarna att bli mera fria att jämka avtal. Vad som var nytt var skrivningen i generalklausulens andra stycke där det tydligt angavs att man vid tillämpningen av generalklausulen särskilt skulle beakta behovet av skydd för den svagare parten i avtalsrelationen.²⁴

Frågan är om inte 36 § alltför starkt har kommit att uppfattas och beskrivas som en konsumentskyddsregel.²⁵ Det avtalsrättsliga konsumentskyddet var en nyhet och krävde en hel del förklaring — och fokusering — i betänkandet och i propositionen²⁶ men det är viktigt att komma ihåg att generalklausulen i själva verket inte var begränsad till konsumentskyddsområdet utan att det i första hand handlade om otillbörliga avtalsvillkor inom hela förmögenhetsrätten.²⁷ De flesta av utredningens förslag gäller generellt, dvs. avser både konsumentavtal och kommersiella avtal, även om

...generalklausulen bör tillämpas med större restriktivitet i rena affärsförhållanden än i konsumentförhållanden.²⁸

36 § är inriktad på enskilda *villkor* i avtalet och inte på avtalet generellt (även om oskäligheten hos villkoret ska bedömas utifrån en helhetssyn på avtalet):

...generalklausulen [bör] kunna användas för att komma till rätta med villkor vilka på ett otillbörligt sätt lägger avgöranden som hänger samman med ett avtalsförhållande i ena partens hand. Som exempel nämns villkor som helt förändrar den i avtalslagen antagna avtalsmekanismen så att ett skönsmässigt avgörande av frågor om vem som skall vara bunden och vad avtalet skall innehålla läggs i den överlägsna partens hand. Bland andra anförda exempel kan nämnas klausuler som lägger i ena partens hand att ensidigt avgöra huruvida inträffade förändringar motiverar en prishöjning, force majeure-klausuler, villkor som för en längre tid lämnar i den ena partens skön att avgöra om han vill vara bunden av ett avtal eller inte samt klausuler som föreskriver att det ankommer på säljaren att avgöra om en bristfällighet i levererad vara skall utgöra fel eller inte. Vidare bör man

²⁴ SOU 1974:83, s. 27 f.

²⁵ När Claes-Robert von Post skrev sin avhandling *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden* (publicerad 1999) fann han att det då — för den som inte haft anledning att syna saken närmare — fanns fog för att säga att 36 § avtalslagen "helt enkelt [är] en bland många andra regler med syfte att skydda konsumenter". Se s. 26. Vad avser situationen idag konstaterar Jori Munukka i sin kommentar till 36 § AvtL i Lexino, avsnitt 2.2., följande: "Generalklausulen aktualiseras i HD:s praxis numera oftare i näringsidkarförhållanden med en småföretagare än i konsumentförhållanden." Besök den 15 juni 2023.

²⁶ Inte minst krävdes mycket utrymme både i betänkandet och i propositionen för att klargöra förhållandet mellan de näringsrättsliga förbudsreglerna i (dåvarande) avtalsvillkorlagen och den föreslagna civilrättsliga generalklausulen, se SOU 1974:83, s. 104 ff och s. 118 f.

²⁷ SOU 1974:83, s. 29.

²⁸ Prop. 1975/76:81 s. 108 f.

enligt utredningen vid en otillbörlighetsbedömning kunna ta hänsyn till förhållandet mellan värdet och förmåner på ömse sidor samt till förhållandet mellan kontraktsbrott och påföljd. Det finns enligt utredningen i den förmögenhetsrättsliga lagstiftningen åtskilliga belägg för att man upprätthåller en viss jämvikt så att ett lindrigt kontraktsbrott inte skall medföra en alltför sträng påföljd. Det förhållandet att ena parten missbrukar en rättighet bör också kunna inverka på bedömningen. Hänsyn bör också kunna tas till ändrade förhållanden vid långvariga avtal. Visst utrymme bör finnas att med stöd av generalklausulen komma till rätta med äldre villkor som klart strider mot viktiga principer i ny lagstiftning.²⁹

Lagtexten innehåller inte några exempel på situationer som kan föranleda jämkning av avtalsvillkor enligt 36 §.³⁰ Utredningen ger allmänna anvisningar om vilket slags omständigheter som kan aktualisera en tillämpning av 36 §, men lämnar åt domstolarna att närmare formulera principerna för när jämkning av avtalsvillkor eller åsidosättande av avtal(-svillkor) kan komma ifråga, exempelvis genom analogier från tvingande lagstiftning.³¹ Även dispositiva lagregler kan få betydelse som uttryck för en skälighetsnorm men då bör avseende fästas framför allt vid sådana dispositiva rättsregler som är att betrakta som direkta rättspolitiska ställningstaganden från lagstiftarens sida.³²

Att bedömningen av oskäligheten ska ske genom en helhetsbedömning av avtalet och av (de av part åberopade) omständigheterna i det enskilda fallet framhålls på många ställen i förarbetena,³³ eftersom frågan om huruvida ett villkor skall anses oskäligt många gånger blir beroende av hur avtalet är utformat i övrigt.

Normer som motsvarar ”gott affärsskick”, ”god sed” och liknande kan vara bestämmande för vad som inte är ”oskäligt” enligt 36 §. I propositionen tar departementschefen upp denna fråga på flera ställen och försöker klargöra hur beaktandet av olika aspekter ska gå till. Så här sammanfattar han resonemanget:

Strider ett villkor mot vad som anses vara gott affärsskick, finns det som utredningen påpekar ofta starka skäl att jämka villkoret eller lämna det utan avseende. Å andra sidan är det ... ingalunda självklart att ett villkor bör godtas därför att det stämmer överens med vad som anses vara gott affärsskick. Även om villkoret står i överensstämmelse med stadgad praxis kan det vara utformat på ett sätt som ensidigt gynnar den ena parten. Detta gäller inte minst när det är fråga om avtal mellan näringsidkare och konsumenter. Vad som anses vara gott affärsskick kan inom en del branscher vara resultatet av en mångårig praxis som inte alls har påverkats av den mer konsumentvänliga syn på avtalsvillkor som under senare år har kommit till uttryck i lagstiftningen.³⁴

²⁹ SOU 1974:83, s. 18.

³⁰ Prop. 1975/76:81 s. 131.

³¹ A.a. s. 135.

³² A.a. s. 138.

³³ Se t.ex. prop. 1975/76:81 s. 110 och s. 111.

³⁴ Citat fr. a.a. s. 120.

Andra typer av situationer där jämkning kan komma i fråga är sådana där det råder ett missförhållande mellan parternas förmåner, men

det [kan] uppenbarligen inte komma i fråga att jämka alla avtal som inte kan sägas innebära en rättvis avvägning mellan parterna. Särskilt gäller detta givetvis rena affärsförhållanden, där det ofta ingår ett visst mått av medvetet risktagande från endera eller båda parternas sida.³⁵

Vad gäller förhållandet mellan kontraktsbrott och påföljd finns i den förmögenhetsrättsliga lagstiftningen åtskilliga belägg för att lagstiftaren velat upprätthålla en jämvikt mellan kontraktsbrott och påföljd. Ett lindrigt kontraktsbrott ska inte medföra en sträng påföljd.³⁶

I propositionen till 36 § finner man ganska tydliga klagoranden av hur skillnaden i tillämpning av klausulen på, å ena sidan, avtal med ”svagare part”, läs konsument och småföretagare, och, å andra sidan, avtal mellan jämställda parter, läs kommersiella avtal av normaltyp, är tänkt att få genomslag. Jag citerar här endast det som gäller avtal mellan (jämbördiga) näringsidkare.

I affärssammanhang är det vidare särskilt viktigt att kunna utgå från att ingångna avtal blir gällande och därmed kunna överblicka konsekvenserna av avtalen. Beaktas bör också att avtal mellan näringsidkare många gånger innebär ett medvetet risktagande av endera eller båda parterna. Avtalen innefattar med andra ord ofta ett visst mått av spekulation. Uppenbarligen måste detta förhållande i viss utsträckning accepteras...

Avtalsvillkor kan behöva jämkas även av andra orsaker än att en avtalspart har utnyttjat sin starkare ställning till att skaffa sig förmåner på motpartens bekostnad. Även när parterna är jämställda kan ett avtal eller avtalsvillkor ha fått en sådan utformning att det inte ter sig rimligt att upprätthålla det strikt. En mångfald olika omständigheter kan härvid spela in. Ett villkor kan ha fått en olycklig utformning av rent förbiseende. Vid användning av standardvillkor kan det lätt hända att ett villkor slinker med utan att egentligen passa för det aktuella avtalet. En avtalspart kan befinna sig i tidsnöd eller på annat sätt i en pressad situation och på grund därav komma att ingå ett avtal som inte motsvarar rimliga krav på rättvisa mellan parterna. Inte minst viktigt är att ändrade förhållanden kan leda till att ett avtal får helt andra verkningar än vad som förutsattes när avtalet ingicks.

Det kan således även i rena affärsförhållanden inträffa situationer som medför att jämkning av avtal ter sig motiverad. För att man skall kunna uppnå ett godtagbart resultat anser jag inte att man kan nöja sig med jämningsmöjligheterna enligt de nuvarande generalklausulerna. I stället förordar jag liksom utredningen att den nya generalklausulen om jämkning av avtal görs tillämplig även på avtal mellan näringsidkare.

Även om man i enlighet med det sagda inför en generalklausul som skall gälla såväl i konsumentförhållanden som i förhållandet mellan näringsidkare är det klart att den måste tillämpas med betydligt större försiktighet på rena affärsförhållanden än på avtal mellan näringsidkare och konsumenter.³⁷

³⁵ Citat fr. a.a. s. 118 f.

³⁶ SOU 1974:83 s. 153 och prop. 1975/76:81 s. 119.

³⁷ Prop. 1975/76:81 s. 104 f.

3 Början på en utvidgning av 36 §:s tillämpningsområde

I förarbetena ges, som ovan framkommit, olika exempel på avtalsklausuler och omständigheter som kan föranleda jämkning enligt 36 § och det påpekas att tillämpningen på kommersiella avtal ska ske restriktivt. Förarbetena får fortfarande anses utgöra den viktigaste rättskällan för klarläggandet av 36 §:s närmare innehåll i den svenska förmögenhetsrätten men aktuell rättspraxis och skiljedomspraxis verkar ha öppnat för en mindre restriktiv tillämpning. I doktrinen kan man också numera se början till uppfattningen att jämningsmöjligheten mellan jämnstarka parter utvidgats under den tid 36 § varit i kraft.³⁸

Utan någon djupdykning i äldre rättskällor kan man nog ha fog för att påstå att doktrinen från förra århundradet framför allt framhåller 36 §:s konsumentskyddsaspekt och att det först är på 2000-talet som det börjar talas om en utvidgning (i förhållande till förarbetena) av 36 §:s tillämpning på kommersiella avtal.³⁹ Även domstolarna verkar under förra århundradet ha varit inställda på konsumentskyddsaspekten. Så kan man t.ex. läsa fallen NJA 1979 s. 483 ”Bergman & Beving”, där yrkad jämkning inte medgavs och NJA 1989 s. 346 ”Pälsbolaget”, där HD visserligen inte uttryckligen uttalade sig om kravet på restriktivitet i tillämpningen av 36 § på kommersiella avtal men där omständigheterna samtidigt var så speciella att ”övervägande skäl” talade för att det skulle ”anses oskäligt att gentemot Pälsbolaget åberopa de ifrågavarande begränsningarna i försäkringsvillkoren.” Skrivningen i domen ger inte underlag för slutsatsen att den i förarbetena rekommenderade restriktiviteten i tillämpningen av 36 §

³⁸ I läroboken Allmän avtalsrätt av Ramberg-Ramberg (2022) läser man på s. 220: ”Generellt sett är det svårt att få tillstånd [sic] en jämkning med stöd av 36 § avtalslagen i avtalsförhållanden mellan jämnstarka näringsidkare om det inte varit fråga om klandervärt förfarande i samband med avtalsförhandlingarna” (vilket påstående motsägs av skiljedomspraxis, se vid not 58 nedan). På s. 158 läser man att ”[e]ventuellt ser man en ökad benägenhet att åberopa 36 § avtalslagen i förhållanden mellan jämnstarka näringsidkare.” Någon referens ges dock inte. I en recension av en avtalsrättslig avhandling säger Lars Gorton att ”...36 § avtalslagen, som visserligen inte i och för sig är en avtalstolkningsregel men som gradvis kommit att få en allt större praktisk betydelse vid avgörande av avtalsrättsliga tvister, inte bara i konsumenträttsliga relationer.” Citat från Juridisk Tidskrift 2022–23, nr 2, s. 472. Och i en ganska nyligen publicerad festskriftsartikel hittar man följande: ”Den starka kopplingen mellan de oskrivna passivitetsprinciperna och den kontraktuella lojalitetsprincipen medför en viss parallellitet mellan passivitetsprinciperna och generalklausulen i 36 § avtalslagen. Den som vill argumentera för en rättighetsförlust på grund av passivitet har därför ofta anledning att överväga att även argumentera för rättighetsförlust i form av jämkning på grund av att bibehållen rättighet ter sig oskälig. Enligt vår mening borde Högsta domstolen i NJA 2018 s. 171 (Leksaksaffären i Vimmerby) måhända ha övervägt denna väg i stället för att skapa en särskild passivitetsregel.” Citat från Arvidsson, Niklas-Gorton, Lars, Passivitet inom avtalsrätten, Festskrift till Göran Millqvist (2019), s. 97 (citat fr. s. 123).

³⁹ Se uttalande hos t.ex. von Post ovan i not 25. I Andreas Norléns avhandling Oskälighet och 36 § avtalslagen från 2004 på s. 38 (med hänvisning till uttalande av Jan Hellner från 2001) sägs att ”[p]aragrafens konsumentskyddsaspekt tycks ... ha blivit mindre framträdande än vad som ursprungligen antogs bli fallet”.

övergivits, eftersom omständigheterna var så speciella i detta fall. Även fallet NJA 1992 s. 782 ”Stadshotellet i Södertälje” handlade om jämkning av försäkringsvillkor mellan näringsidkare. Där tog HD uttryckligen fasta på den i förarbetena förordade restriktiviteten i tillämpningen av 36 § men framhöll samtidigt att om det föreligger särskilda omständigheter kan jämkning komma i fråga även i förhållanden näringsidkare emellan. I detta fall medgavs emellertid inte jämkning.

Ett fall som öppnade för en ny diskussion om tillämpningen av 36 § AvtL på kommersiella avtal är skiljedomen mellan ProfilGruppen AB och KPMG AB från år 2010.⁴⁰ Där jämkades med hjälp av 36 § en avtalad ansvarsbegränsning i ett uppdragsavtal mellan jämnstarka parter. ”Den bestämmelsen möjliggör smidigare avvägningar av vad som är en rimlig riskfördelning, när den riskfördelning som ligger i ansvarsbegränsningen måste anses orimlig (eller oskäligen) beträffande ett visst skadeståndsanspråk.”⁴¹ Beträffande förarbetenas krav på restriktivitet menade skiljenämnden att det faktum ”[a]tt avtalslagen *endast undantagsvis* (kurs. här) bör vinna tillämpning i kommersiella förhållanden hindrar inte att det kan vara befogat att jämka en ansvarsbegränsning... Frågan om jämkning måste då avgöras efter en helhetsvärdering.”⁴² F.d. ordföranden i Högsta domstolen Stefan Lindskog, som var ordförande i skiljenämnden, har skrivit om denna skiljedom och reflekterat över tillämpningen mera generellt av 36 § mellan jämbördiga parter.⁴³ Han ser 36 § som en regel för att korrigera avtalseffekterna när avtalsmekanismen av det ena eller andra skälet inte har fungerat på det sätt som den — ur något perspektiv — borde ha gjort. Han menar att den korrigering av ett kommersiellt avtal som jämningsregeln ger utrymme för bör utgå från den marknadsideologi som ligger till grund för hela det förmögenhetsrättsliga regelsystemet.⁴⁴ Bl.a. uttalar han:

I rent kommersiella sammanhang mellan jämbördiga parter tror jag ... att man ska försöka undvika domstolsingripanden grundade på föreställningar om vad som är rättvist. Det betyder inte att deontologiskt färgade argument helt skulle sakna betydelse..., men det ligger då i regel närmast till hands att bygga på god faktisk sed i näringslivet (brukssed) och inte normsed (d.v.s. att seden inte skall fastställas normativt utan bevisas såsom etablerad hos seriösa aktörer).⁴⁵

⁴⁰ Skiljedomen offentliggjordes i Svea hovrätts mål T 1085-11.

⁴¹ Citat fr. s. 41 i skiljedomen.

⁴² Ibid.

⁴³ Se Jämknings i kommersiella avtalsförhållanden, i Andersen, Mads Bryde, et al. (red), *Aftaleloven 100 år (2015)*, s. 305.

⁴⁴ A.a., s. 315.

⁴⁵ A.a. fotnot 19 på s. 314.

Och att:

det finns i regel inte något skäl att komma en kommersiell part till undsättning när han har missbedömt en identifierbar marknadsrisk.⁴⁶

Men om:

ett förhållande ändras på ett sätt som den drabbade parten rimligen inte kunde förutse och dels det påtagligt rubbar avtalsekvivalensen, dels risken för att det inträffade skulle ha legat på den andra parten avtalet förutan, så bör avtalet korrigeras så att ekvivalensen återställs förutsatt att det inte rör sig om en risk som till sin typ naturligen bärs av den som avtalet utpekar som riskbärare.⁴⁷

Man ser här en annan typ av resonemang än vad som möter läsaren av förarbetena och som antyder att 36 § öppnas upp för en vidare tillämpning.

4 36 §:s tillämpning idag på kommersiella avtal mellan jämbördiga parter utifrån några aktuella rättsfall och skiljedomar

4.1 Rättspraxis

Som ovan redan framkommit finns inte någon omfattande rättspraxis från Högsta domstolen avseende 36 §:s tillämpning på avtal mellan jämbördiga kommersiella parter. Högsta domstolens praxis, som framför allt handlar om konsumentavtal men också ofta om avtal mellan kommersiella parter där den ena intar en underlägsen ställning i förhållande till den andra, har ägnats stort intresse i doktrinen.⁴⁸

Vad gäller rättsfall om tillämpning av 36 § mellan jämbördiga kommersiella parter ska jag här ta upp några sådana för att söka svar på frågan om det finns underlag för att påstå att rättsläget genom rättspraxis förändrats i förhållande till vad som gällde vid regelns införande 1976. De flesta fall har handlat om friskrivningsklausuler. Det började med skiljedomen i ProfilGruppen-fallet, som nämndes ovan. I HD:s praxis fastlades principen om att friskrivningsklausuler i första hand ska bedömas med stöd av 36 § AvtL i NJA 2017 s. 113 ”Den övertagna överlåtelsebesiktningen” (som är ett konsumentfall). Högsta domstolen, som också hänvisade till internationella principalsamlingar, dvs. soft law, bland annat med hänvisning till ”good faith and fair dealing” (p. 26) uttalade där (p. 24):

Efter tillkomsten av 36 § avtalslagen har efter hand den uppfattningen vunnit insteg, att frågan huruvida det finns skäl för att åsidosätta en ansvarsbegränsning på grund av en skadegörarens klandervärda agerande, inbe-

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ A.a., s. 320.

⁴⁸ En uppdaterad redogörelse finns hos Ramberg–Ramberg, Allmän avtalsrätt (2022), kap. 8 och 9.

gripet hans eventuellt grova vårdslöshet eller uppsåtliga handlande, lämpligen bör hanteras inom ramen för 36 §.

Det senaste rättsfallet (när detta skrivs 2023) där 36 § aktualiserats för jämkning av ett kommersiellt avtal mellan jämställda parter är NJA 2022 s. 354 "Skatterådgivarens ansvarsbegränsning". Fallet handlade om frågan huruvida en ansvarsfriskrivning i ett kommersiellt uppdragsavtal om skatterådgivning kunde jämkas. Det konstaterades i målet att rådgivaren varit vårdslös, men inte grovt vårdslös (friskrivningsklausulen gällde uttryckligen inte vid grov vårdslöshet). HD gav följande anvisning om hur 36 § idag ska tillämpas:

Tillämpningen av 36 § avtalslagen ska alltid göras nyanserat, på sakliga grunder och med viss återhållsamhet. Vid tillämpningen bör det beaktas att bestämmelsen huvudsakligen är avsedd för konsumentförhållanden. Inom den kommersiella avtalsrätten bör principen om avtalsfrihet ges särskild tyngd. Mot denna bakgrund bör det därför allmänt sett krävas väsentligt mer för att ett avtalsvillkor ska anses som oskäligt i ett kommersiellt förhållande, i vart fall mellan jämnstarka parter.

Det heter här att det ska krävas "väsentligt mer" för att ett avtalsvillkor ska anses som oskäligt i kommersiella förhållanden mellan jämnstarka parter och möjligen kan detta ses som en viss uppmjukning i förhållande till det krav på "restriktivitet" som förarbetena uppmanar till. Någon ytterligare förklaring till hur detta uttryck förhåller sig till det gamla kravet på "restriktivitet" får man emellertid inte. Samtidigt hänvisar HD till den gamla generalklausulutredningen (men också till NJA 2017 s. 113), när domstolen i nästa andetag (p. 34) säger att

[b]edömningen av en ansvarsbegränsnings oskälighet enligt 36 § avtalslagen tar i grunden sikte på frågan om begränsningen med hänsyn till samtliga omständigheter utgör en orimlig riskavvägning mellan parterna.

Domstolen gör sedan (p. 36) ett generellt konstaterande om innehållet i 36 § (vad gäller jämkning av just ansvarsfriskrivningsklausuler):

Men avgörande vid en prövning enligt 36 § avtalslagen är om ansvarsbegränsningen slår på ett oskäligt sätt i den uppkomna situationen.

HD:s majoritet övervägde omsorgsfullt om omständigheterna i fallet talade för eller emot en jämkning av friskrivningsklausulen och kom slutligen fram till att jämkning inte var befogad, framför allt mot bakgrund av att den oaktsamhet som kunde läggas rådgivaren till last var "förhållandevis begränsad".

En minoritet (två justitieråd) ville med stöd av 36 § jämka ("bryta igenom") ansvarsbegränsningen med hänsyn till att oaktsamheten, även om den inte kunde anses som grov, likväl måste bedömas som "klart klandervärd". Även minoriteten hänvisade till den gamla gene-

ralklausulutredningen och beskrev restriktivitetskravet på följande sätt:

[b]estämmelsen i 36 § avtalslagen är huvudsakligen avsedd för konsumentförhållanden men är i och för sig tillämplig även på kommersiella avtal. I viss mån gör sig emellertid andra synpunkter gällande vid en tillämpning på rent affärsmässiga avtal (jfr SOU 1974:83 s. 109 f.). Utifrån den grundläggande betydelse som avtalsfriheten bör ha i rättsordningen krävs det allmänt sett väsentligt mer för att ett avtalsvillkor ska anses som oskäligt i ett kommersiellt förhållande, i vart fall mellan jämstarka parter.

Minoriteten använde samma uttryck som majoriteten och menade att det skulle krävas ”väsentligt mer” för att tillåta tillämpning av 36 § på ett kommersiellt avtal. Vad detta innebar förklarades inte utan man gick direkt vidare till frågan om ansvarsbegränsningens oskälighet enligt 36 § och fann fog för jämkning.

NJA 2022 s. 354 har förorsakat debatt, där man hos några debattörer kan skönja en öppenhet för en utveckling av 36 § mot en mer generös tillämpning på kommersiella avtal⁴⁹ medan andra givit uttryck för uppfattningen att rättsfallet skapat ännu mer oklara gränser för jämningsmöjligheten i kommersiella avtalsrelationer, vilket i och för sig också ger uttryck för uppfattningen att man ser en utveckling bort från ett tydligt restriktivitetskrav.⁵⁰ Rättsfallet signalerar att oenighet råder om hur man ska bedöma oaktsamhetskravet i friskrivningsklausuler. Det handlade enligt minoriteten inte om grov vårdslöshet, då ansvarsbegränsningen skulle ha undanröjts direkt enligt uppdragsavtalet, utan om ”vanlig” vårdslöshet, dock av den svårare graden (”klart klandervärd”, ”icke obetydlig oaktsamhet”). Att jämkning av ansvarsbegränsningsklausuler kan bli aktuellt även vid vårdslöshet som inte klassificeras som grov förefaller vara en utvidgning av 36 § och något som — måhända — aviserar just förändringar i synen på vad som är oskäligt i kommersiella avtalsrelationer. Och även beträffande majoritetens resonemang — som inte ledde till jämkning — har den synpunkten framförts att ”ribban för jämkning framstår som relativt låg”.⁵¹

⁴⁹ ”Tiden får utvisa om ’Skatterådgivarens ansvarsbegränsning’ utgör början på ett skifte i synen på 36 § avtalslagen och dess tillämpning i kommersiella förhållanden.” Citat från Algård, Andrea–Arvidsson, Niklas, Skadeståndsansvar för juridisk rådgivning, SvJT 2023 s.1 (cit. fr. s. 20).

⁵⁰ ”Kanske börjar det ... framskynta en utveckling där användningen av 36 § avtalslagen går före mera traditionell avtalstolkning” och ”...det verkar numera stå klart, att användningen av 36 § knappast kan sägas bidra till större förutsebarhet beträffande avtalsrättsliga tvister.” Citat från Gorton, Lars–Lindell–Frantz, Eva, Skatterådgivarens ansvarsbegränsning, JT 2022–23, s. 97 (cit. fr. s. 106 och s. 109) där de diskuterar 36 §:s tillämplighet på kommersiella avtal.

⁵¹ Se Algård–Arvidsson, not 49, s. 20.

4.2 Skiljedomspraxis

36 § har också tillämpats i skiljeförfaranden. Här är det av naturliga skäl inte möjligt att göra någon omfattande kartläggning, utan det får bli en fråga om enskilda ”nedslag” i skiljedomar som av en eller annan anledning är tillgängliga. Jag hänför mig här till två olika skiljedomar. Det handlar i båda fallen om tvister rörande kontrakt om försäljning och leverans av naturgas och tvisterna avser miljardbelopp. Ett gaskontrakt löper ofta över lång tid och innebär för säljaren en konstant cashflow och garanterad försäljning under lång tid. Det ger också säljaren incitament till att investera i nödvändig infrastruktur för produktion och transport av naturgasen. För köparen, å sin sida, innebär gasavtalet en säkerställd tillgång till specificerade volymer av gas under den tid som avtalet gäller. Köparen får ofta förbinda sig att betala för en viss minsta volym gas per år, t.ex. 80 procent av den avtalade årsvolymen, oavsett om köparen har behov av en så stor volym (”take-or-pay”). Eftersom gaskontrakten löper över lång tid och förändringar i omvärlden inträffar under avtalstiden, kan take-or-pay-klausuler bli betungande för köparen, om t.ex. gaspriset på marknaden som helhet plötsligt och oförutsett faller dramatiskt.

Den ena skiljedomen, som jag hänför mig till här, är från 2017. Den klandrades och blev därigenom offentlig.⁵² Klandertalan hade inte någon framgång. Skiljedomarna där var kunniga, högt respekterade, internationellt erfarna jurister, en dansk advokat, en svensk advokat och svenska Högsta domstolens f.d. ordförande Johan Munck (ordförande). Skiljedomarna var eniga i sin bedömning. Den andra skiljedomen är från år 2022. Även den har klandrats och har i delar gjorts offentlig. Skiljedomarna där, en från Spanien (ordförande), en från Frankrike och en från Tyskland, var också väletablerade, högt respekterade, internationellt erfarna jurister. Även här var skiljedomarna eniga. Båda avgörandena handlar om tvister rörande kontrakt om köp av gas mellan statligt ägda bolag. Det köpande bolaget i respektive fall hävdade att det skulle betraktas som underlägsen part men detta godtogs ej av skiljenämnderna. Ingen part var svensk men svensk rätt var tillämplig enligt avtalens lagvalsklausuler. Båda fallen innehåller ett antal olika juridiska tvistefrågor men jag tar här endast fasta på de delar som handlar om tillämpningen av 36 §.

Båda skiljedomarna är avfattade på engelska och för att undvika risken för missförstånd behåller jag texten på engelska när jag återger innehållet i skiljedomarna. Jag blandar svensk och engelsk text och utgår ifrån att läsaren inte har några svårigheter med detta. Jag tar med ett generöst urval av text från skiljedomarna, dels för att de inte är så lätt tillgängliga, dels för att läsaren också ska få insikt i hur skiljenämnderna (”the Tribunal”) på ett utförligt, pedagogiskt sätt förkla-

⁵² Svea hovrätts dom 2019-11-27, T 10191-17.

rar 36 §:s innehåll, syfte och tillämplighet.⁵³ Redogörelsen för skiljedomarna blir komprimerad och inte helt lättsmält, men jag har inte funnit något bättre sätt att samtidigt få med både fakta och de juridiska resonemangen.

I det första fallet hävdade det ukrainska energibolaget Naftogaz, som var kärande, att vissa klausuler i det avtal företaget hade med det ryska energibolaget Gazprom om köp och leverans av gas och som gällde under tiden 2009–2019 var oskäligen ("unconscionable") och borde jämkas enligt 36 § avtalslagen, vilket motparten, Gazprom, motsatte sig. Det handlade bl.a. om en s.k. take-or-pay-klausul. I tvisten hade Naftogaz lagt upp sin talan utefter olika rättsliga spår, bl.a. hävdade man att gasavtalet med Gazprom innebar att Gazprom bröt mot konkurrensrätten. Olika bestämmelser i gasavtalet stred enligt Naftogaz mot konkurrensrätten, exempelvis fanns där en s.k. "destination clause",⁵⁴ som förbjöd Naftogaz att sälja gasen vidare (vad som inom konkurrensrätten betraktas som en *hard-core restriction*). Det konkurrensrättsliga spåret hade ingen framgång eftersom skiljedomstolen bland annat på grund av parternas hemvist fann att den saknade behörighet ("lacked jurisdiction") att tillämpa konkurrensrätten (EU:s konkurrensrätt, Europeiska Energitraktaten och ukrainsk konkurrensrätt) men detta fick i sin tur betydelse vid tillämpningen av 36 §.

Här fokuserar jag på vad som i skiljedomen mera generellt framkommer om tillämpligheten av 36 § avtalslagen. Tre punkter i avtalet jämkades med stöd av 36 §. Det handlade om volymer (Art 2.2 i avtalet), en s.k. take-or-pay-klausul (Art. 2.2.5 i avtalet) och en s.k. destinationsklausul (Art. 3.10 i avtalet). Precis som ProfilGruppen-skiljedomen (som också klandrades och blev offentlig) fått stort genomslag och haft betydelse för den svenska rättens utveckling vad gäller tillämpningen av 36 § har denna skiljedom — även här fanns en f.d. Högsta domstols-ordförande med i skiljenämnden — stor auktoritet och förtjänar att uppmärksammas i diskussionen om utvecklingen av 36 § avtalslagen.

Ur skiljedomen citerar jag följande med början från p. 3846:

Competition law questions has [sic] been dealt with above. Since these questions have significance when considering the Section 36 defense, the Tribunal will however come back to them in this connection.

Section 36 is of general application and allows courts to set aside or modify contractual terms or contracts in their entirety on the basis of unconscionability...

⁵³ I ett av fallen förklarar skiljenämnden begreppet oskälighet på följande sätt: "Section 36 is based on the general (and very broad) concept of "unconscionability". It is a concept particular to the Scandinavian countries, based on fundamental principles of law, such as vigilance, good faith, fair dealing, etc. ... Section 36 clearly permits adaptation of contract and even termination of contract by order of the adjudicator." (Citat från s. 49 i skiljedomen.)

⁵⁴ Klausulen innehöll följande: "The Natural Gas delivered herunder [sic] is intended for consumers in Ukraine and the Buyer may not sell it outside Ukraine"

(3850) Section 36 is primarily applied in disputes between consumers and commercial parties. The second paragraph of Section 36 expressly provides that when assessing whether or not a contract term or condition is unconscionable, it is especially important whether one of the parties, due to being a consumer or otherwise, is in an inferior position in the contractual relationship. Though the principle of unconscionability is technically applicable in relationships between commercial parties, the principles *pacta sunt servanda* ('agreements must be kept') and *rigor commercialis* (freedom of contract) are fundamental in Swedish Contract Law, and Section 36 is therefore seldom applied. ... The Supreme Court has expressly stated that particular restrictiveness shall be observed in application of Section 36 to commercial relationships.

(3851) As mentioned above, Section 36 is however of general application. It has in practice been applied by courts to set aside or to modify commercial contracts, albeit not at all as frequently as in relation to business-to-consumer contracts. ...

(3852) The use of Section 36 is dependent on various considerations (such as events in connection with the making of the contract and the use of the parties' own contract practice), and the overall purpose is to achieve better balance between the parties than follows from the original contract. It has been repeatedly emphasized that the rule gives a wide discretion to courts, which they have used cautiously particularly in business-to-business contracts. A court may also consider events occurring after the making of the contract. In NJA 1989 p. 346, the Supreme Court applied Section 36 in a business-to-business situation to set aside a contractual provision. NJA 1994 p. 359, is another example of the Supreme Court applying Section 36 in a business-to-business context.

(3853) In legal literature, Section 36 has been considered to be of particular importance in connection with long term contracts. One decision is NJA 1979 p. 731, in which the Supreme Court used Section 36 to create a better balance in the contractual relation between the parties. If a contracting party has managed to impose certain conditions in order to circumvent the mandatory rules or achieve benefits at the expense of the other contracting party, Section 36 may no doubt be used also to set aside or to modify commercial contracts. ...

(3856) According to Naftogaz, the Take or Pay clause in this case operates as a penalty clause and the penalty is far higher than Gazprom's loss, if any at all. The Tribunal would agree to this; in fact, this particular Take or Pay clause is very similar to a penalty clause. The Tribunal notes that in NJA 2012 p. 597 the Supreme Court pointed out that the total compensation under a penalty clause could be so great that this can be a reason for modifying such condition in a commercial contract.

(3857) Of even more importance are the arguments by Naftogaz that the provisions now discussed exceed what is market practice and allowed under competition law. The destination clause is according to Naftogaz a hardcore restriction on competition, prohibited in every conceivable market. Thus, the three interacting clauses — volume, destination and Take or Pay — were, already at the date of the Contract, exceptional and clearly deviated from industry practice. Naftogaz has pointed out that Section 36 allows courts and tribunals to adjust and align a contract and its application with commercial administrative law (such as competition law) and its underlying rationale even if these rules do not in themselves invalidate a clause or do not formally apply.

(3858) As follows from the above, the Tribunal has already dealt with the competition law questions and has found that it lacks jurisdiction to apply neither EU competition law, nor the EnCT competition provisions or the Ukrainian competition law.

(3859) However, the Take or Pay provision together with the destination clause and the volume clause clearly affect trade between EU countries, as it gives Gazprom an advantage in the sale of gas to customers in Ukraine. As a result, not only Naftogaz but potential suppliers from EU countries such as Slovakia, Poland and Hungary are put at a disadvantage, which affects trade patterns between EU countries. On the same basis, trade patterns within the EnCT are affected. If the Tribunal were to apply EU competition law or the EnCT competition provisions these provisions should clearly be set aside. The same result should be the case if the Ukrainian competition law were to be used.

(3860) Hence, the situation is that the Take or Pay provisions rules deviate from generally accepted principles of competition law, but there is no competition law to be applied. The Tribunal considers that this is a such special situation where the Section 36 would actually be applied in a commercial relation to achieve the balance that would otherwise have been obtained by applying the competition law provisions. The Tribunal holds that Articles 2.2 and 2.2.5 as these articles are now formulated shall be declared invalid. Even taking into account that the EnCT was not binding on Ukraine until 1 February 2011 the Tribunal holds that the invalidity shall have effect from 19 January 2009 until the date for this Award.

(3861) Consequently, Gazprom's claim for payment based on the Take-or-Pay provisions must fail.

(3862) With respect to past time, there is no need to complete the Contract further. For the future, however, the Contract must be adjusted to obtain an appropriate context. ...

(3864) Section 36 itself ... gives the Tribunal a wide discretion to partly rewrite an agreement when needed. ... Naftogaz has requested a modified wording of Articles 2.2 and 2.2.5. For the eventuality that the Tribunal were to find for Naftogaz, Gazprom has pleaded that the Tribunal should limit the effects of invalidity so far as possible, and has also suggested different modifications of these Articles. The Tribunal finds that new Articles 2.2 and 2.2.5 shall be based on a modified wording of Article 2.2, ... and Article 2.2.5 ... shall be based on

... The details of the Volume and Take or Pay provisions to be determined by the Parties in agreement, or, failing such agreement, will be decided by the Tribunal after further proceedings in the Arbitration.

Ett par ytterligare klausuler, vilka var kopplade till take-or-pay-klausulen och av vilka en utgjordes av destinationsklausulen, förklaras också överksamma med stöd av 36 §.

Denna skiljedom är enligt min mening av stort intresse och utgör ett auktoritativt avgörande vad gäller innehållet i 36 § avtalslagen idag. Skiljedomen medverkar till förståelsen av att 36 § kan tillämpas också på avtal mellan starka kommersiella parter, dvs. parter som inte bara är jämnstarka, utan dessutom starka i betydelsen väl utrustade med juridisk kompetens, marknadskännedom och erfarenhet av att ta och bedöma risker. Skiljenämnden noterade (3850) att "particular re-

strictiveness shall be observed in application of Section 36 to commercial relationships” men efter detta konstaterande tog nämnden fasta på (3851) att ”Section 36 is ... of general application” och ”... has in practice been applied by courts to set aside or to modify commercial contracts...”. Konstaterandet av den påbjudna restriktiviteten vid tillämpningen verkar inte ha haft någon återhållande inverkan på den fortsatta bedömningen av oskäligheten hos de aktuella avtalsklausulerna. I stället tog skiljenämnden fasta på (3852) att syftet med 36 § är att åstadkomma bättre balans mellan parterna än vad deras ursprungliga kontrakt innebär, att (3853) långtidskontrakt kan vara särskilt utsatta för behov av jämkning, att (3856) Högsta domstolen i det s.k. Fortummålet (NJA 2012 s. 597) sagt att den totala ersättningen enligt en ”penalty clause” kan vara så stor att det förhållandet kan vara skäl till jämkning i kommersiella kontrakt. Även (3857) villkor som är ovanliga och klart avviker från ”industry practice” och (3860) strider mot konkurrensrätten, ”generally accepted principles of competition law”, när ingen konkurrensrättslig bestämmelse kan tillämpas, kan jämkas. De aktuella villkoren ansågs strida mot konkurrensrätten, men konkurrensrätt kunde inte tillämpas av formella orsaker. Via 36 § blev de konkurrensstridiga villkoren klassificerade som oskäligen och kunde den vägen jämkas och/eller helt ogiltigförklaras.

Det ska också sägas att Naftogaz hade krav på jämkning även av andra avtalsvillkor, med dessa vann inte gehör hos skiljenämnden.

Skiljedomen från 2022 handlar också om ett gaskontrakt (”the sale and purchase of natural gas”) mellan två statligt ägda bolag där svensk rätt skulle tillämpas enligt lagvals-klausulen. Det innebar att lagen (1987:822) om internationella köp, CISG, skulle tillämpas, men vad gällde frågan om jämkning, som ju inte regleras i CISG, skulle 36 § avtalslagen tillämpas (CISG Art. 4). Parterna hade haft avtal om köp/leverans av gas sedan lång tid tillbaka och det nu gällande avtalet innehöll många tillägg (”addenda”). I avtalet angavs den totala årliga volym av gas som säljaren skulle tillhandahålla och köparen ta emot (Annual Contract Quantities, ”ACQ”) under normala förhållanden men kontraktet innehöll också vilka minsta kvantiteter gas som köparen under alla förhållanden var tvungen att ta emot eller — om köparen inte ville eller kunde ta emot gasen — åtminstone måste betala för.⁵⁵ Tvisten handlade om dessa klausuler, s.k. take-or-pay klausuler, dels avseende minsta årliga volym (”minimum annual quantity of gas”, ”MinAQ Obligation”), dels avseende minsta dagliga volym (”minimum daily quantity of gas”, ”MinDQ Obligation”). Avtalet innehöll en hardship-klausul som gav rätt till omförhandling vid ”material hardship” och en force majeure-klausul. Köparen, som tidigare haft gasmonopol i det egna landet, ville bl.a. på grund av omvärldsföränd-

⁵⁵ Avtalet innehöll också en rätt för köparen till s.k. Make-Up Gas, men för enkelhetens skull kan vi här bortse från detta, även om det kom att få betydelse i jämningsfrågan.

ringar (avreglering av energimarknaderna, krigsutbrott med konsekvenser för priser, preferenser och betalningar på energimarknaderna, m.fl. orsaker) komma ur avtalet eller åtminstone genom jämkning få minskade förpliktelser enligt avtalet. Innan skiljeförfarandet började hade parterna på köparens begäran (med åberopande av hardship-klausulen) förhandlat vid olika tillfällen och ändrat villkoren i avtalet genom olika tillägg ("addenda"). Säljaren hade också krävt ändringar i betalningsvillkoren enligt avtalet som ett resultat av statligt dikterade regleringsförändringar för utländska köpare rörande gasbetalningar till säljaren. Säljaren hade därutöver förklarat att om köparen inte godtog ändringarna skulle säljaren vara förhindrad att fortsätta leverera gas enligt avtalet. Köparen hade inte godtagit de ändrade betalningsvillkoren, varefter säljaren genom myndighetsbeslut hade förbjudits och därefter upphört att leverera gas till köparen.

I detta skiljeförfarande, som inleddes av köparen (Claimant) mot säljaren (Respondent), spelade 36 § en stor roll och utgjorde en huvudsaklig argumentationslinje för käranden, men båda parter använde 36 § i sin rättsliga argumentering, käranden dock väsentligt mer än svaranden. Jag tar här endast upp den del av målet som avsåg att avtalets force majeure-klausul kunde leda till ett dödläge, "deadlock". Skiljenämnden förklarade de av säljaren åberopade statligt dikterade nya betalningsreglerna och myndighetsbeslutet utgöra force majeure samt jämkade på köparens begäran force majeure-klausulen med hjälp av 36 §: "[t]o avoid an unbearable deadlock". Skiljenämnden gav också — vilket innebar en jämkning av kontraktet — force majeure-klausulen en lydelse enligt vilken endera parten ensidigt hade rätt att avsluta kontraktet. Skiljenämnden förklarade vidare:

(377ff) The Tribunal's power to declare this right to unilateral termination of the Contract derives from Section 36 of the Contracts Act.

Section 36 of the Contracts Act authorizes the Tribunal to modify a contractual 'term or condition' if it is unconscionable:

'A contract term or condition may be modified or set aside if such term or condition is unconscionable having regard [sic] the contents or the agreement, the circumstances prevailing at the time the agreement was entered into, subsequent circumstances, and circumstances in general. [...]

The Tribunal finds that the provision of Art. 9.4 *in fine* ['the deadlock', mitt tillägg] in the Contract is indeed unconscionable.

In coming to this conclusion, the Tribunal finds the following reasons compelling:

First, both Parties agree that application of Section 36 may be warranted when there are developments over time that are different from what the parties were able to foresee when they concluded the agreement — and in this case the issuance [of the amended payment obligations, min ändring] was totally unforeseeable.

Second, ...

(383) Third, a contract cannot be suspended *sine die*. Parties cannot be bound to a contract indefinitely when performance is legally impossible. There is no certainty when [the Respondent's government, min ändring] will derogate [the amended payment regime, min ändring] and when the legal impossibility for the performance of the Contract will disappear.

(384) Fourth, the present situation of uncertainty is highly detrimental to both Parties: (The Claimant) cannot sign supply contracts with other sellers, to procure the gas it needs, while (the Respondent) is unable to enter into long-term contracts with other takers of gas for the quantities which are already allocated to the Claimant under the Contract.

Mot den ovanstående bakgrunden beslutade skiljenämnden att ändra avtalet med stöd av 36 § på ett sätt som gjorde att ett dödläge inte längre förelåg.

Köparen yrkade vidare att MinAQ-klausulen skulle åsidosättas eller jämkas för åren 2020–2023 och fortsatt på grund av att den blivit oskäl- lig genom att köparen förlorat nästan hälften av sin marknadsandel på grund av avregleringen av gasmarknaden, stora prishöjningar på gasmarknaden, m.m. Enligt köparen befann sig denne också under press när den godtog MinAQ-förpliktelse för de olika åren och säl- jaren hade en överlägsen förhandlingsposition. Köparen menade att detta hade gjort det omöjligt för köparen att ta emot ens den avtalade minimivolymen. Säljaren motsatte sig köparens yrkande. Skiljenäm- den gick noggrant igenom vad som hänt i avtalsförhandlingarna mel- lan parterna för att se om det fanns någon grund för den av köparen påstådda oskäligheten. Skiljenämnden fann beträffande åren 2020 och 2021 att köparen inte hade befunnit sig i en underlägsen för- handlingsposition och lade vidare vikt vid att köparen för dessa år fri- villigt hade avtalat bort möjligheten att begära ändring av MinAQ- förpliktelsen genom att i avtalet godta en särskild avstående klausul, ”waiver clause”. Skiljenämnden uttalade som förklaring till varför jämkning av 2020 års MinAQ-förpliktelse inte kunde ske:

(453) (Claimant)'s conduct proves beyond any doubt that (Claimant) fully understood what it was agreeing to, *i.e.*, that it was waiving all its claims regarding the 2020 MinAQ Obligation, which could also not be recalculated or modified in the framework of subsequent arbitration...

(455) (Claimant) is barred from bringing a claim to modify or set aside the MinAQ Obligation for the year 2020 due to the changes provoked by the liberalized market, because it willingly waived such claims when agreeing to introduce Waiver Clause 2020...

Liknande resonemang förde skiljenämnden vad gäller MinAQ- förpliktelsen för 2021, dvs. efter en noggrann genomgång av fakta fann skiljenämnden inte någonting som gjorde jämkning enligt 36 § befogad. Köparen argumenterade för att även avstående klausulen skulle jämkas bort men detta argument godtogs inte av skiljenämnden

som menade att 36 §, som visserligen är tvingande, kunde avtalas bort eftersom köparen redan kände till de fakta som dennes eventuella rättigheter skulle kunna grundas på då denne gick med på avstående-klausulen:

(460) (Claimant) ... agreed to waive *any* potential claims regarding the MinAQ Obligation. It also agreed that this provision could not be the object of modification through subsequent arbitration. (Claimant) knew or ought to have known that by waiving *any* potential claim it was also waiving claims under Section 36 of the Contracts Act — otherwise it should have specified that this was not its intention. [Denna slutsats kan möjligen ifrågasättas, men här är inte platsen för en sådan diskussion, min kommentar.]

För 2022 fann skiljenämnden emellertid skäl för jämkning av MinAQ-förpliktelsen eftersom det då rådde en force majeure-situation som varit oförutsebar, som helt ändrat balansen i avtalet, som låg utanför kärandens kontroll och för vilken käranden inte tagit på sig risken:

(596) Therefore, the Tribunal finds that the MinAQ Obligation for 2022 has become unconscionable due to subsequent circumstances [force majeure-situationen, mitt tillägg] and must be set aside in accordance with Section 36 of the Contracts Act.

Det fanns olika yrkanden om vad som skulle gälla för framtiden enligt kontraktet. Skiljenämnden beslutade bl.a.:

(637) Using the powers vested in it by Section 36, the Tribunal finds that the Parties' agreement, established in [ett tillägg, s.k addendum, till det ursprungliga kontraktet, mitt tillägg], that the MinAQ Obligation ... has indeed become unconscionable due to subsequent circumstances and must be modified.

Skiljenämnden jämkade därefter avtalet enligt (638) "the same pattern of previous amendments agreed upon by the parties regarding the ACQ and the MinAQ", varefter skiljenämnden uppdrog åt parterna att själva söka komma överens om nya volymer för ACQ och MinAQ från år 2024 och framåt. Skiljenämnden uttalade också att om en överenskommelse inte skulle kunna nås, (640) kunde parterna påbörja ett nytt skiljeförfarande om detta.

Vad gäller MinDQ-klausulen hävdade köparen att den var oskäligen vilket säljaren motsatte sig. Här kom skiljenämnden fram till att klausulen inte var oskäligen på grund av vad som förekommit vid avtalsingåendet och inte heller på grund av vad som inträffat efter avtalsingåendet, men (708) "having regard to both the contents of the agreement and other relevant circumstances" kom skiljenämnden fram till att

(709) “[t]he MinDQ Obligation ... is an unconscionably severe penalty.

(710) The Parties agree that a penalty is a payment obligation, triggered by a default of a contractual obligation, which does not correspond to an actual economic loss ...

(712) In the Tribunal’s opinion the MinDQ Obligation is indeed a penalty ...

(714) The situation of (Respondent) is exactly the opposite: it never delivers the gas but it still obtains ... But that is not the end of the story: (Respondent) can resell that gas to another client on that same day, or it can direct it into storage, and resell it later, either to (Claimant) or to a third party” ...

Skiljenämnden fortsatte:

(721) The MinDQ Obligation is not the only penalty for the failure to off-take gas on a given year. At the end of the year, a second penalty looms ...

(722) (Respondent) has confirmed that the quantities paid by (Claimant) under its MinDQ Obligation are not taken into consideration in the calculation of (Claimant)’s MinAQ Obligation.

(723) There is thus a double penalty for the gas not off-taken on a given day. The Tribunal’s initial opinion that the MinDQ Obligation is an excessive penalty, is reinforced by the existence of a second penalty, the MinAQ Obligation, which again sanctions the same breach.

Skiljenämnden hänvisade också till skiljedomen i det ovan nämnda skiljeförfarandet mellan Naftogaz och Gazprom som stöd för att ”penalty clauses” som innebär överkompensation kan bedömas som oskäligen och bli föremål för jämkning:

(727) In the arbitral case *NJSC Naftogaz v. Gazprom*, the tribunal found that the take-or-pay clause was very similar to a penalty and declared it unconscionable under Section 36 of the Contracts Act. In that case, the tribunal found, *inter alia*, that:

‘According to Naftogaz, the Take or Pay clause in this case operates as a penalty clause and the penalty is far higher than Gazprom’s loss, if any at all. The Tribunal would agree to this; in fact, this particular Take or Pay clause is very similar to a penalty clause. The Tribunal notes that in NJA 2012 p. 597 the Supreme Court pointed out that the total compensation under a penalty clause could be so great that this can be a reason for modifying such condition in a commercial contract.’

Skiljenämnden fann MinDQ-klausulen oskäligen och noterade att

(731) Section 36 of the Contracts Act provides the Tribunal with discretion to either modify or set aside unconscionable contractual terms,

varefter skiljenämnden

(743) using the powers bestowed [upon it, mitt tillägg] by Section 36 of the Contracts Act,

jämkkade klausulen och förklarade dessutom (747) att ingen MinDQ-förpliktelse skulle gälla så länge force majeure-situationen fortfarande pågick.

Av skiljedomarna framgår att 36 § kan ges en vidsträckt tillämpning som jämningsregel i avtal mellan jämbördiga, starka kommersiella parter. I de två här refererade fallen handlar det om jämnkning av olika typer av avtalsklausuler, dels 36 §:s samband med force majeure-situationer, dels dess tillämplighet på ”penalty clauses” som innebär överkompensation och därtill dess tillämplighet på klausuler som skapar ett ”deadlock” och som gör att parterna inte kan komma ur avtalet.

5 Slutord

När 36 § avtalslagen infördes uppmanades domstolarna i förarbetena att vara mera generösa med att jämka avtal. Fokus låg på den tiden på behovet av skydd för konsumenten som svagare part i avtalsrelationen; det var framför allt konsumenten som behövde det skydd som låg i den nya jämningsmöjligheten enligt 36 §. Därför blev signalen att, samtidigt som domstolarna skulle känna sig friare att jämka avtal, de ändå skulle iaktta restriktivitet vid tillämpningen av 36 § på kommersiella avtal mellan jämbördiga parter. Detta tog domstolarna länge ad notam och mycket få fall ledde till jämnkning.

Den uppfattningen verkar nu vara gryende bland svenska rättsvetare — och denna lilla undersökning styrker väl den uppfattningen — att 36 §:s tillämplighet på kommersiella avtal mellan jämnstarka parter inte längre hämmas särskilt mycket av förarbetenas uttalanden om behovet av restriktivitet. Det sägs visserligen ofta i avgörandena att man ska iaktta restriktivitet och att det krävs väsentligt mer för att tillämpa klausulen på kommersiella avtal än vad som krävs för att tillämpa den på konsumentavtal, men när väl detta är sagt i domen respektive skiljedomen, verkar konstaterandet inte ha någon särskilt återhållande inverkan vare sig på resonemanget eller på det slutliga avgörandet.

Rättsfallen från Högsta domstolen är få och avser framför allt fri-skrivningsklausuler. Likväl finns det — inte minst med stöd i minoritetens votum i NJA 2022 s. 354 och i det faktum att även majoriteten verkar ha varit snubblande nära att ta sig över ”jämnkningströskeln” i det fallet — skäl att påstå att det finns tecken på att jämningsmöjligheten enligt 36 § idag kan användas mera generöst än vad som föreskrevs på 1970-talet. Ökad betydelse av lojalitet i avtalsrelationer, en ökande sammansmältning av tolkning och jämnkning i rättsliga resonemang,⁵⁶ sambandet mellan passivitetsprinciperna och 36 §,⁵⁷ m.fl.

⁵⁶ Se not 38 ovan.

⁵⁷ Se not 38 ovan. Det citerade uttalande hänför sig till NJA 2018 s. 171 ”Leksaksaffären i Vimmerby”, som avser en tvist om avtal (hyresavtal) mellan jämnställda näringsidkare.

tendenser i rättsutvecklingen inom avtalsrätten medverkar kanske successivt till att även 36 § blir en naturlig del av den arsenal som står till buds för att skapa goda avtalsrelationer mellan jämnstarka näringsidkare.

Skiljedomarna, särskilt den senast behandlade, innehåller ingående resonemang om innebörden av 36 § och dess tillämplighet på kommersiella avtal mellan (jämn-)starka parter och inte minst hur gränsen kan dras mellan vad som är skäligt och oskäligt, t.ex. vad gäller betydelsen av att en part självmant och medvetet gått med på ett för parten ofördelaktigt villkor. De utländska skiljedomarna i den senaste skiljedomen verkar se högtidligt — och kanske lite ovan — på sin roll som rättsbildare enligt 36 §. De inleder inte sällan sina slutsatser med fraser som ”using the powers vested in it by Section 36, the Tribunal finds that...” och ”the Tribunal, using the powers bestowed upon it by Section 36 of the Contracts Act, decides to ...”. Det visar att de har förstått att de har en omfattande diskretionär befogenhet (”powers”) och ett stort ansvar när det gäller att rätta till missförhållanden — oskäligheter — i parternas avtal.

I den senaste skiljedomen hänvisas även till Naftogaz-avgörandet vad avser bedömningen av ”penalty clauses”. Här ser man hur en tidigare skiljedom används som referens för avgörande i ett liknande fall i ett senare skiljeförfarande, vilket ger den första skiljedomen karaktären av ”rättskälla” och vilket stärker dess auktoritet som uttryck för gällande rätt.

Det råder inte någon tvekan om att skiljedomarna bidrar till förståelsen av generalklausulen i 36 § och hur den kan användas som en grundläggande rättsprincip för att jämka avtalsklausuler för att ”ombalansera” avtal. Skiljenämnderna här hade stor auktoritet och har på ett initierat och på ett för rättsutvecklingen omdömesgillt sätt använt den makt att jämka avtal som domaren tillerkänns genom 36 §. Skyldigheten att iakttä restriktivitet (som påbjuds i förarbetena) har noterats av skiljenämnderna men verkar inte ha varit en särskilt återhållande faktor i deras tillämpning av generalklausulen.

Det är angeläget att skiljedomar som dessa blir kända och införlivas i våra kunskaper om hur den viktiga och ganska oklara 36 § har tillämpats — och därmed kan tillämpas — i kommersiella tvister. Om rättsutvecklingen i skiljedomspraxis (med hög grad av auktoritet) rörande den viktiga 36 § avtalslagen förblir okänd i stora delar av juristsamhället utgör detta ett rättssäkerhetsproblem. Genom att skiljedomspraxis rörande tillämpningen av 36 § avtalslagen blir allmänt känd blir det exempelvis klart att påståenden som görs i läroböcker, t.ex. att det generellt sett skulle vara svårt att få till stånd jämkning med stöd av 36 § avtalslagen i avtalsförhållanden mellan jämnstarka näringsidkare om det inte varit fråga om klandervärt förfarande i samband med avtalsförhandlingarna,⁵⁸ inte har fog för sig.

⁵⁸ Se not 38 ovan.