

Svensk obligationsrätt i det nya Europa

Av professor JORI MUNUKKA

För 20 år sedan begåvades civilrätten med ett nytt slags rättsligt material, kodifikationer, eller principsamlingar, utarbetade i internationell samverkan utan att syfta till något konventionsliknande. Dessa principer har mottagits med stort intresse av rättsvetare över hela världen, och de har dessutom blivit ett stående inslag i Högsta domstolens praxis. Nu har principsamlingarna fått ett bakslag, som får skyllas på EU-kommissionens avsaknad av fingertoppskänsla. Vid sidan härav gör sig EU:s konsumentavtalsrätt sig alltmer påmind, inte bara genom nya och uppdaterade direktiv, utan också genom EU-domstolens djärva tolkningar av direktiven. Vad innebär dessa nyheter för den framtida svenska rättskällevärdet?

1 Två rättskällemässiga utmaningar

För bara 10 år sedan var det betydligt mindre komplext att orientera sig i förmögenhetsrätten. Vi hade vår lagstiftning och vår litteratur, och den rättspraxis som anslöt sig till båda, i en slags intern växelverkan. Numera finns transnationella instrument av soft law-karaktär. Dessa fanns också för 10 år sedan. Då var det emellertid okänt att HD skulle visa faiblesse för dessa. De transnationella instrumenten, vilka beskrivs närmare nedan, har nog för de flesta jurister dykt upp från ingenstans. Många jurister har föga inblick i deras tillkomsthistoria och innehåll. För den som ägnar sig åt obligationsrättsliga frågor är det att rekommendera att inhämta övergripande kunskap i dessa frågor.

För 10 år sedan fanns givetvis också EU-rättsligt material också på avtalsrättens område, men intensiteten i lagstiftningstakten var låg och EU-domstolens praxis på området var mycket mager. EU-rätt har lagstiftare, rättstillämpare och ombud vant sig vid, och lärt sig att hantera, kan man tycka. Så är det också alldeles säkert inom många rättsområden. Mitt intryck är emellertid att rättstillämpare och ombud normalt inte bevakar EU-domstolens avtalsrättsliga praxis, och där har sannolikt också lagstiftaren svårt att hänga med.

2 Transnationella principsamlingar

2.1 Tillkomsthistorien

Framgångarna med FN:s köpkonvention CISG, antagen 1980, inspirerade till fortsatt samarbete inom den centrala förmögenhetsrätten med någon form av bakomliggande harmoniseringssyfte. Vid sidan av oftast

aldrig ikraftträdde konventioner utarbetade inom ramen för arbete inom FN:s handelsrättskommission, UN Commission on International Trade Law (UNCITRAL),¹ utarbetades vad som här benämns transnationella instrument. Till att börja med publicerades 1994 UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts (PICC) och 1995 Principles of European Contract Law (PECL), Part I.

UNIDROIT, på engelska International Institute for the Unification of Private Law, är ett institut som syftar till internationell harmonisering av privaträtten.² Institutet är ansvarigt inför dess medlemmar,³ som är stater, f.n. 63 till antalet.⁴ Sedan tillkomsten av 1994 års version har PICC reviderats 2004 och 2010, med relativt försiktiga justeringar men med större utvidgningar.⁵ Trots UNIDROIT:s funktion som samarbetsorgan för stater är institutet ett självständigt forskningscentrum. Arbetet med PICC inleddes redan 1968 men fick fart 1980 när den italienske professorn Michael Joachim Bonell tog över ordförandeskapet i arbetsgruppen.⁶ PICC har utarbetats av experter på förmögenhetsrätt från hela världen, med tyngdpunkt i rättsvetenskapligt verksamma, utan regeringsuppdrag. PICC har inte författats med tanken att det skulle utgöra grunden till harmoniserad lag eller konvention eller liknande. En viktig avsedd funktion är att fylla ut CISG på de åtskilliga punkter som lämnats oreglerade. Detta ska inte tolkas så att PICC endast skulle vara av relevans för internationella köp av lösa saker, utan ambitionen är att tillhandahålla normer för internationella kommersiella transaktioner i allmänhet, innefattande momentana och varaktiga avtalstyper, PICC art. 7.3.6 och 7.3.7, vilket innebär att CISG:s regler återupprepas. Några

¹ Se t.ex. Draft UN Convention on Contract Clauses for an Agreed Sum Due upon Failure of Performance (1983), UN Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes (New York, 1988, ej i kraft, fem anslutna stater), UN Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade (Vienna, 1991, ej i kraft, fyra anslutna stater), UN Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit (New York, 1995, i kraft 2000, åtta anslutna stater), UN Convention on the Assignment of Receivables in International Trade (New York, 2001, ej i kraft, en ansluten stat), UN Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (New York, 2005, i kraft 2013, sju anslutna stater) och UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, "Rotterdam Rules" (New York, 2008, ej i kraft, tre anslutna stater).

² Institutet bildades 1926 som ett organ knutet till FN:s föregångare Nationernas Förbund, och återbildades 1940.

³ Statute of UNIDROIT, Art. 2(1), officiell översättning antagen av generalförsamlingen 1991.

⁴ <http://www.unidroit.org/about-unidroit/membership>, senast besökt 2015-08-25.

⁵ PICC publicerades i 2010 års version i UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2011, efter formellt godkännande från UNIDROIT Governing Council. På s. xxxi ff. finns en jämförelsetabell mellan de olika versionerna.

⁶ Vogenauer S., Introduction, i Vogenauer S. (ed.), Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2nd Ed. 2015, s. 8 ff. med hänv.

få avvikelser från CISG har emellertid skett.⁷ Konsumentavtal ligger naturligen utanför PICC:s avsedda tillämpningsområde. Det är också tänkt att avtalsparter uttryckligen ska kunna införliva PICC i deras individuella avtalsförhållande, vilket också förekommer, om än i begränsad omfattning.⁸ Vanligare är att avtalstexter gör en referens till internationella handelsrättsliga principer eller *lex mercatoria*, varmed parterna kan ha menat just PICC. PICC kan bland mycket annat också fungera som vägledning vid rättstillämpning. PICC kan förväntas komma i reviderade utgåvor i framtiden.

PECL utarbetades av Commission on European Contract Law, även benämnd Lando-kommissionen efter dess initiativtagare och ordförande Ole Lando, professor vid Copenhagen Business School. Arbetet påbörjades redan i början av 1980-talet.⁹ Part I publicerades som sagt 1995. År 1999 eller 2000 publicerades PECL Parts I and II, som innebar dels revidering av Part I och utvidgning genom Part II.¹⁰ År 2003 publicerades Part III. Arbetet finansierades genom bidrag från tyska forskningsstiftelser.¹¹ Även detta arbete har utförts av experter utan något uppdrag från någon stat och huvudsakligen ideellt. Syftet var att presentera en gemensam europeisk hållning, en slags ”restatement” och obligationsrättslig infrastruktur för EU-rättslig avtalsreglering. Emellanåt är innehållet faktiskt mer eller mindre överensstämmande med nationell rätt i hela Europa, men oftast har rättsordningarna inte varit så harmoniserade. Ibland har då den valda regeln haft stöd i en majoritet bland rättsordningarna. Inte sällan har CISG varit förebilden,¹² som ju antagits av de flesta europeiska länder. Ibland har en regel valts trots att den varit gällande i endast en minoritet av länderna, när denna regel har bedömts vara mera lämplig. Någon enstaka gång är reglerna nyskapelser,¹³ inte sällan som en kompromiss mellan två huvudalternativ. Också dessa regler kan tänkas bli avtalsinnehåll, men sannolikheten för att parterna skulle införliva dessa i sitt avtal måste bedömas som lägre än för PICC. Konsumentavtal är inte undantagna, men heller inte särskilt reglerade. PECL-projektet, som avslutades i samband med publiceringen av Part III, får framförallt ses som ett första steg mot europeisk harmonisering. Hur

⁷ Se särskilt uppräknigen i UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2011, s. xxiii.

⁸ Vogenauer, s. 23 f.

⁹ Lando O. & Beale H. (eds.), Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and Revised, 2000, s. xi f. Här framgår att idén väcktes redan 1974.

¹⁰ I publikationen, Lando & Beale (eds.), anges årtalet 2000, men på förlagets hemsida och i Lando O. *et al.* (eds.), Principles of European Contract Law. Part III, 2003, s. ix och xii anges årtalet 1999. På s. xv i den sistnämnda publikationen anges åter 2000 som publikationsår för Parts I and II.

¹¹ Lando *et al.* (eds.), s. xi f.

¹² Lando & Beale (eds.), s. xxv.

¹³ Lando & Beale (eds.), s. xxvi.

denna harmonisering skulle gå till var inte klart, även om EU:s visade intresse mot slutet talade för en legislativ approach.¹⁴ En kodifikationssträvan fanns uttryckligen hos författarna av PECL, men med insikten om att PECL inte skulle kunna antas utan vidarebearbetning.¹⁵

Under slutet av 1990-talet påbörjade Study Group on a European Civil Code, SGECC, med den tyske professorn Christian von Bar som initiativtagare och projektledare, ett arbete som syftade till att undersöka möjligheterna att harmonisera rätten genom en gemensam europeisk civilkod. Också detta arbete utfördes ideellt — bortsett från att projektet hade en forskningsstab med anställda — och med finansiering genom olika nationella forskningsstiftelser.¹⁶ Här erhöles från 2005 anslag från EU, vilket i viss grad kom att reflekteras på dess innehåll. Inom ramen för arbetet anslöts det av EU finansierade organet Acquis Group, som hade till uppgift att samla, sammanfatta och analysera EU:s samlade konsumentavtalsrätt. Slutprodukten DCFR var resultatet av SGECC:s arbete i samverkan med Acquis Group. DCFR publicerades i black letter-version årsskiftet 2007/08, i en utvidgad version våren 2009 och i full version, innehållande kommentarer och komparativa noter, hösten 2009. I samband med DCFR:s offentliggörande i flera steg publicerades Principles of EC Contract Law, "Acquis Principles", AQCP.¹⁷ Som framgår härav innehåller DCFR en del regler som särskilt avser konsumentförhållanden. DCFR kan sägas ha förarbeten, av vilka vissa dock publicerades efter DCFR, som betecknas Principles of European Law, PEL. Dessa har emellanåt något mera bakgrundsmaterial än DCFR Full Edition. I löst hållet samarbete med SGECC utarbetade projektgruppen Restatement of European Insurance Contract Law en Principles of European Insurance Contract Law, PEICL.¹⁸ Såsom framgår av beteckningen "Draft" var DCFR på ett akademiskt utkaststadium, avsett att få politiskt godkännande genom EU-institutionerna.¹⁹ Ett sådant försök skedde genom

¹⁴ Meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet om europeisk avtalsrätt, KOM(2001) 398 slutlig, EGT C 255, 13.9.2001, s. 1–44.

¹⁵ Lando & Beale (eds.), s. xxiii.

¹⁶ von Bar C. & Clive E. (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Volume I, 2009, s. 33.

¹⁷ Sista utgåvan var Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles. Contract II. General provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment services. Including a Revision of "Contract I", 2009.

¹⁸ Publicerad i black letter-version i samband med DCFR:s black letter-version årsskiftet 2007/08, och sedermera i full version i Basedow J. *et al.* (eds.), Principles of European Insurance Contract Law (PEICL), 2009.

¹⁹ von Bar C., Beale H., Clive E. & Schulte-Nölke H., i von Bar & Clive (eds.), Vol. 1, s. 19 ff. Jfr Gemensam referensram för europeisk avtalsrätt. Europaparlamentets resolution av den 3 september 2008 om den gemensamma referensramen för europeisk avtalsrätt, EUT C 295E, 4.12.2009, s. 31–32.

kommissionens förslag till en gemensam europeisk köplag, Common European Sales Law, CESL,²⁰ vilket misslyckades. Detta misslyckande och dess konsekvenser beskrivs nedan.

Vid sidan härav har andra liknande arbeten bedrivits, men dessa lämnas nu därhän.²¹

2.2 Innehållet i *principsamlingarna*

Betecknandet av dessa samlingar som ”principer” har med rätta kritiserats för att vara missvisande. Visst innehåller de även principer, men framförallt mera konkreta, handfasta regler. Detta beaktades vid utarbetandet av DCFR, som ju bär den övergripande beteckningen ”Principles, Definitions and Model Rules”.

Innehållet i PICC och PECL motsvarar närmast svenska avtals- och skuldebrevslagarna medan DCFR därtill omfattar ett innehåll motsvarande köplagen, konsumentköplagen, konsumenttjänstlagen, lagen om finansiell rådgivning till konsument, kommissionslagen, lagen om handelsagentur, skadeståndslagen och mycket, mycket mer som inte är lagreglerat i svensk rätt. En del relativt oreglerade avtalstyper och andra rättsfigurer hittar man faktiskt lite lagstöd för i svensk lag (i framförallt konsumenttjänstlagen och handelsbalken): entreprenadavtal, tillverkningsavtal, borgen, negotiorum gestio och obehörig vinst. Annat finns det inte något som helst civilrättsligt lagstöd för: design, informationsavtal, medicinsk behandling, franchising och återförsäljning. Dessutom tillkommer sakrättsliga spörsmål i form av dels förvärv och förlust av äganderätt till lös sak, dels säkerhetsrätt i lös egendom. Till detta kommer också det för svensk rätt helt främmande institutet *trust*.

Principerna har ett ganska likartat innehåll och en liknande struktur, om man bortser från DCFR:s större omfattning. Ett gemensamt drag är att varje bestämmelse i dessa instrument har en rubrik. Särskilt DCFR och PECL är innehållsmässigt lika. Det mesta av PECL togs till vara, på så vis att PECL till såväl norminnehåll som struktur infördes i DCFR oförändrat eller med mindre modifikationer.²² DCFR har emellertid en mera abstrakt utformning. Den är mera vertikalt ordnad, som tyska civilkoden Bürgerliches Gesetzbuch, BGB. Ett exempel är att sådant som

²⁰ Kommissionens förslag till rådets och Europaparlamentets förordning om en gemensam europeisk köplag, KOM(2011) 635 slutlig.

²¹ Det finns exempelvis även en Principles of European Tort Law (PETL, 2005). En Global Commercial Code har diskuterats, se tex. Bonell M. J., Do We Need a Global Commercial Code?, 106 Dickinson Law Review (2001) s. 87 ff., och i Östasien lär det finnas tankar på ett arbete liknande PECL, se von Bar C., A Common Frame of Reference for European Private Law — Academic Efforts and Political Realities, 12 Electronic Journal of Comparative Law (2008) s. 2. Liknande arbete har förts på familje- och kvarlätenskapsrättens område, Principles of European Family Law.

²² von Bar & Clive (eds.), Vol. 1, s. 15 ff. I von Bar C. & Clive E. (eds.), Vol. 6, 2009, s. 5745 ff., återfinns jämförelsetabeller mellan DCFR och PECL.

rör förpliktelser i allmänhet (oftast) endast har hanterats i ett eget överordnat avsnitt.²³ Detta medför att en regelansamling som hos svenska jurister förväntas reglera en specifik frågeställning ibland inte gör det, eftersom de reglerats på annan (högre eller sidoordnad) nivå i systemet. Helt och hållet abstrakt är inte heller DCFR. Till exempel har först avtalsingående reglerats, och därefter ensidiga rättshandlingar, med internhänvisningar till avtalsingående. I en helt hierarkisk ordning skulle en reglering av rättshandlingar i allmänhet ske, för att sedan skilja på avtal och ensidiga löften. PICC och PECL påminner om varandra på så vis att de är några nyanser mera praktiskt än strängt logisk-hierarkiskt ordnade.

Terminologin är likartad. Inte sällan har en bestämmelse samma eller liknande rubrik och centrala uttryck. När så inte är fallet är det sällan svårt att hitta motsvarigheten i ett av instrumenten med ledning av struktur eller andra uttryck i ett av de andra instrumenten. I samtliga instrument har terminologin medvetet hållits icke-nationell, dvs. med undvikande av termer som färgats av enskilda rättsordningars rättsbegrepp. Trots de olikartade syftena, uppvisar de tre principalsamlingarna PICC, PECL och DCFR alltså ett tydligt släktskap.

2.3 De transnationella principerna i svensk rättspraxis

Svensk förmögenhetsrättslig lagstiftning präglas av sektorspecifik lagstiftning. Där lag framstår som särskilt nödvändig, har lag stiftats. En allmän civilkod saknas, vilket i europeiskt perspektiv är undantag. Norden och de europeiska anglosaxiska länderna har avstått från övergripande kodifikationer. Detta kan ses som ett utslag av (sund) pragmatism och realism. Samtidigt har detta inneburit en viss vilshenhet inför även grundläggande och relativt vanliga förekommande företeelser.

I svensk rätt har vägledning på den centrala obligationsrättens område hämtats ur äldre litteratur.²⁴ Denna äldre litteratur ger visserligen

²³ Jfr von Bar & Clive (eds.), Vol. 1, s. 13 f. och 18.

²⁴ Det verk som haft ojämförligt störst inflytande, och som alljämt utgör det främsta referensverket, är Rodhe K., *Obligationsrätt*, Stockholm 1956. Detta visar sig inte minst i rättstillämpningen. Hänvisningarna i HD-praxis sedan 1985 är i vart fall drygt 40, inräknat tillfällen när hänvisning skett enbart i tillägg och skiljaktiga meningar: NJA 1985 s. 205, NJA 1985 s. 561, NJA 1986 s. 539 (min.), NJA 1987 s. 259, NJA 1989 s. 614, NJA 1990 s. 705 (hänv. inte i domskäl, utan i särskilt litteraturavsnitt), NJA 1992 s. 829, NJA 1993 s. 436, NJA 1994 s. 3, NJA 1994 C 2, NJA 1995 s. 356, NJA 1996 s. 333, NJA 1997 s. 250, NJA 1998 s. 252, NJA 1999 s. 52, NJA 2000 s. 137 (min.), NJA 2001 s. 805, NJA 2002 s. 358 (min.), NJA 2002 s. 577, NJA 2003 s. 302, NJA 2004 s. 167, NJA 2004 s. 288, NJA 2004 s. 499, NJA 2004 s. 830, NJA 2005 s. 44, NJA 2005 s. 142, NJA 2005 s. 557, NJA 2007 s. 9, NJA 2007 s. 280, NJA 2007 s. 909, NJA 2008 s. 392, NJA 2008 s. 878, NJA 2009 s. 64, NJA 2009 s. 355 (min.), NJA 2009 s. 570 (tillägg), NJA 2011 s. 576 (tillägg), NJA 2011 s. 755, NJA 2012 s. 441, NJA 2012 s. 597, NJA 2013 s. 632 (min.) och NJA 2015 s. 186. Någon enstaka gång har hänvisning skett (enbart) till Rodhe K., *Lärobok i obligationsrätt*, 6 u. 1986: NJA 1988 s. 363, NJA 1992 s. 351 och NJA 1993 s. 163. Andra ofta förekommande arbeten är

ledning i åtskilliga frågor, men i tillgänglighetshänseende har litteraturen svagheter i förhållande till kodifikationer. Denna litteratur ska inte förringas, men den har också drabbats av stark föråldring sedan konsumenträttens tillväxt från 1970-talet och åtskilliga lagreformer i central förmögenhetsrätt, inte minst sedan 1990-talet. Det krävs ett visst mått av expertis för att avgöra om ståndpunkterna i litteraturen på enskilda punkter fortfarande är vägledande. Den oförbindande karaktären hos dessa instrument till trots, har de uttryckligen beaktats av Högsta domstolens majoritet (9 fall), minoritet (1 fall) eller tillägg (4 fall) i sammanlagt 14 fall sedan 2000 (varav 13 sedan 2006).²⁵ De senaste åren har referenserna till instrumenten varit runt tre fall per år, vilket för den oinvidde kanske inte framstår som så mycket men det är i själva verket en omvälvning, inte minst med tanke på att ytterst få förmögenhetsrättsliga fall drivs i allmän domstol och att de som ändå drivs sedan medges prövningstillstånd till hovrätt och Högsta domstolen, utan att dessförinnan ha hunnit förlikas av parterna.

För en utomstående betraktare kan det framstå som att de transnationella instrumenten har fått fylla funktionen av civilkodifikation i svensk rätt. Så enkelt är det emellertid inte. Framför allt kan principalsamlingarna ge besked om huruvida en tänkt svensk lösning är internationellt vedertagen och systemenlig, en slags kontrollfunktion. På senare tid har HD — bortsett från andra komparationer — uteslutande hänvisat till DCFR, vilket något minskar pålitligheten i dessa avseenden.

2.4 CESL och dess misslyckande

Förslaget till den gemensamma europeiska köplagen CESL var det första riktiga försöket att använda DCFR i ett EU-instrument. En expertgrupp sammankallad av EU-kommissionen hade fått i uppgift att sammanställa de regler i DCFR som skulle utgöra de materiella bestämmelserna i CESL,²⁶ vilka blev placerade som en bilaga till den föreslagna EU-förordningen. Bilagan omfattade drygt 180 artiklar. Avvikelserna från DCFR var få. Bortsett köprättsliga regler fanns bl.a. regler om avtals ingående,

Adlercreutz A., *Avtalsrätt I*, i de senaste upplagorna uppdaterad av Gorton L., och Walin G., *Lagen om skuldebrev m.m.*, i senaste upplaga uppdaterad av Herre J. En tendens på senare tid har varit att också konsultera Hagstrøm V., *Obligasjonsrett* (1 u. Oslo 2003 och 2 u. Oslo 2011). Se t.ex. NJA 2005 s. 608, NJA 2009 s. 570 (tillägg), NJA 2010 s. 629, NJA 2012 s. 441 och NJA 2012 s. 725.

²⁵ Fallen (utom de senaste) har bl.a. analyserats i Munukka J., *Transnational Contract Law Principles in Swedish Case Law — PICC, PECL and DCFR*, Sc. St. L, vol. 57 (Commercial Law) (2012) s. 229 ff., och uppdaterad i Stockholm Centre for Commercial Law Årsbok IV, 2012, s. 123 ff., av Herre J., Hansson M., Samuelsson J., Gølstam C.-M. och Ingvarsson T. i temanumret SvJT 2012 s. 933 ff., och i Håstad T., *DCFR Rules in the Swedish Supreme Court, The Nordic Contracts Act. Essays in Celebration of its One Hundredth Anniversary*, 2015, s. 179 ff.

²⁶ Expertgruppen levererade sin sista s.k. Feasibility Study i augusti 2011.

ogiltighet och oskälighet. Det var således fråga om den mest centrala avtalsrätten som skulle regleras.

Förslaget återkallades av EU-kommissionen på begäran av flera medlemsstater,²⁷ trots att parlamentet i huvudsak alltjämt biträdde förslaget.²⁸ Skälen för medlemsstaternas motstånd var många. Några var att köpregler redan fanns i form av konsumentköpsdirektivet och CISG, att det inte i första hand var avtalsrättsliga överväganden som motverkade gränsöverskridande handel, att förslaget omfattade reglering av små och medelstora näringsidkare, vilket det särskilt skulle saknas behov för, att flera svåra inkonsekvenser förelåg mellan förordningstexten och bilagan, att den fördragsrättsliga grunden för instrumentets antagande var omtvistat, och att reglerna endast var frivilliga för avtalsparterna, ett s.k. optional instrument, varför den framtida användningsfrekvensen skulle vara högst osäker. Viktigast av allt var troligen att någon konsensus om de mest lämpliga reglerna inte fanns.

Trots att CESL byggde på DCFR, och DCFR i dessa delar i hög grad byggde på PECL och påminnande om PICC och CISG, var många medlemsstater inte beredda att införa ens ett frivilligt instrument i central avtalsrätt. Det är inte så avlägset att anta att många läste in ett stort symbolvärde i CESL:s materiella regler. De skulle kunna utgöra en utgångspunkt för den framtida rättsbildningen på området. Genom att göra eftergifter här, med följderna att CESL skulle antas, skulle medlemsstaterna komma att få svårt att motivera senare motstånd mot samma materiella regler i annan skepnad. Varje liten eftergift här skulle alltså riskera att vara uppgiven för all framtid.

I ljuset av det tidigare försöket att genom det nya konsumenträttsdirektivet fullharmonisera innehållet i minimidirektiven om oskäliga konsumentavtalsvillkor och konsumentköp,²⁹ vilket stötte på så hårt motstånd från rådet (dvs. medlemsstaterna) att dessa regler helt och hållet lyftes ut ur det slutliga direktivet, är CESL:s misslyckande inte förvånande.³⁰ Medlemsstaterna var 2008–2011 inte beredda att ändra sina nationella regler i den centrala konsumentavtalsrätten, så varför skulle medlemsstaterna 2011–2014 ha varit beredda att inte bara göra det där, utan även i den kommersiella avtalsrätten? Effekten av detta är att det europeiska harmoniseringsarbetet har fått ett kvitto på att de förmögenhetsrättsliga soft law-reglerna inte så lätt kan accepteras i hard law-version, ens om de mjukas upp i form av ett optional instrument. Det är också svårt att uppfatta DCFR som ett alltjämt levande förslag

²⁷ Återkallelsen skedde den 16 december 2014.

²⁸ Parlamentets majoritet godkände förslaget med modifikationer i sin första läsning av förslaget den 26 februari 2014.

²⁹ Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om konsumenträttigheter, KOM(2008) 614 slutlig.

³⁰ Jfr Munukka J., CRD as a Stress Test for CFR: Full Harmonisation of Judicial Review of Contracts Denied, to the Benefit of Nordic Consumers, ERT 2011 s. 428 ff.

till framtida författningsinitiativ,³¹ men EU-kommissionens envishet har överraskat förr.

Kan de transnationella principalsamlingarna, och särskilt DCFR, överleva som rättsligt övertygande material efter detta? Helt klart är att principalsamlingarna inte skulle ha behövt att sanktioneras av en lagstiftande församling för att utöva inflytande.³² När nu ett försök ändå gjorts, och detta visat att reglerna materiellt sett är kontroversiella, blir läget ett annat. Det är svårt att sia om hur HD fortsättningsvis kommer att fortsätta att förhålla sig till DCFR. Något som talar för det är att PICC, med global tillämplighet, inte kan sägas ha mött något motsvarande nesligt öde. Om det skulle vara bekvämt och naturligt att beakta PICC, vore det närmast obekvämt och onaturligt att inte samtidigt också beakta DCFR.

3 EU:s konsumentavtalsrätt

3.1 Lagstiftningen

Dåvarande EG påbörjade sitt arbete på konsumentavtalsrättsens område under 1980-talet. 1985 kom det första direktivet, hemförsäljningsdirektivet. Därefter tillkom direktiv om konsumentkrediter, paketresor, oskäligen avtalsvillkor, tidsdelat boende och distansförsäljning. Den första generationen avslutades 1999 med konsumentköpsdirektivet. Den andra generationen innebar uppdateringar av de äldre direktiven. Förutom materiella utvidgningar innebar den andra generationen att de gamla minimidirektiven skulle bli fullharmoniserande. 2008 antogs direktiven om konsumentkrediter och tidsdelat boende. Konsumentkreditdirektivet har nu fått ett systerdirektiv i form av bolånedirektivet. Arbetet med det nya paketresedirektivet är långt framskridet. Direktiven om hemförsäljning, distansförsäljning, oskäligen avtalsvillkor och konsumentköp skulle slås ihop till ett nytt superdirektiv, konsumenträttighetsdirektivet. Som angavs ovan, misslyckades detta. Regleringen av oskäligen avtalsvillkor och konsumentköp lyftes ut ur förslaget, och direktivet omfattar nu endast försäljning utanför fasta affärslokaler och på distans, vid sidan av några enstaka regler om informationsplikt vid avtalsingåendet, prishöjningar och köp. Det ovan behandlade förslaget till en gemensam europeisk köplag i förordningsform med opt in-karaktär, CESL, var därför en nyhet i många olika avseenden. Här, på den mest centrala avtalsrätten, tog det stopp. På andra, mindre klassiska och mindre rättskulturellt belastade områden inom avtalsrätten, har motsättningarna alltid kunnat överbryggas.

³¹ Jfr NJA 2009 s. 672 ("I Draft Common Frame of Reference ... rekommenderas") och NJA 2011 s. 600 ("föreläs ... i Draft Common Frame of Reference").

³² Jfr Jansen N., The Authority of the DCFR, i Micklitz H.-W. & Cafaggi F. (eds.), *European Private Law after the Common Frame of Reference*, 2010.

3.2 EU-domstolens praxis

Nationella domstolar kan med stöd av art. 267 fördraget om EU:s funktionssätt begära förhandsavgöranden rörande tolkningen av EU-rätten om en fråga är oklar. Högsta instans är förpliktad att göra detta. Kommissionen kan enligt art. 258 funktionsfördraget föra talan mot enskilda medlemsstater för fördragsbrott, för bl.a. felaktig implementering av direktiv, vilket också kan leda till klargöranden från EU-domstolen om ett direktivs innebörd. EU-domstolen är emellertid i hög grad beroende av de nationella domstolarnas aktivitet för att den ska kunna utveckla den direktivbaserade konsumentavtalsrätten.

Från en smygande start, har EU-domstolens praxis på konsumentavtalsrättens område kommit att öka betydligt de senaste sex åren. Här finns inte utrymme att redogöra för tillnärmelsevis allt. En del domar har rört konsumentköp, paketresor och distanshandel,³³ men till över-skuggande del har frågorna rört oskäligen avtalsvillkor, dvs. tolkningen av 1993 års avtalsvillkorsdirektiv.³⁴ I Norden har vi nog ansett oss vara bäst på övervakningen av oskäligen villkor i hela världen, och det är enligt min uppfattning inte utan fog. Trots det, och trots att regleringen är av minimikaraktär, har EU-domstolens senaste praxis inneburit att även de nordiska systemen måste anpassas.

De senaste åren har EU-domstolen flera gånger förklarat att en domstol ex officio får pröva frågan om avtalsvillkors oskälighet, och så även i andra eller högre instans.³⁵ 2009 gav domstolen beskedet att en domstol är förpliktad att göra så,³⁶ och därefter har preciseringar skett om hur detta bör handläggas processrättsligt.³⁷ Skyldigheten att beakta oskäligen

³³ Se t.ex. EUD:s domar i mål C-404/06, *Quelle AG mot Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände* [2008], förenade målen C-585/08 och C-144/09, *Peter Pammer mot Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG och Hotel Alpenhof GesmbH mot Oliver Heller* [2010], förenade målen C-65/09 and C-87/09, *Gebr. Weber GmbH mot Jürgen Wittmer och Ingrid Putz mot Medianess Electronics GmbH* [2011] samt mål C-134/11, *Jürgen Blödel-Pawlik mot HanseMerkur Reiseversicherung AG* [2012].

³⁴ Rådets direktiv 93/13/EEG om oskäligen villkor i konsumentavtal. Drygt 60 mål har åtminstone indirekt rört avtalsvillkorsdirektivet.

³⁵ EUD:s domar i förenade målen C-240–C244/98, *Océano Grupo Editorial SA och Salvat Editores* [2000], mål C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL* [2006], och mål C-227/08, *Eva Martín Martín mot EDP Editores SL* [2009].

³⁶ EU-domstolens dom i mål C-243/08, *Pannon GSM Zrt. mot Erzsébet Sustikné Györfi* [2009].

³⁷ I EUD:s dom i mål C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt. mot Ferenc Schneider* [2010] befanns nationell domstol ha att ex officio undersöka om bevisupptagning rörande frågan om oskälighet, åtminstone i fråga om presumtivist oskäligen prorogationsklausuler (forumklausuler). I EUD:s dom i mål C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt. mot Csaba Csipai och Viktória Csipai* [2013] befanns nationell domstol inte vara skyldig att invänta konsumentens yrkande om oskälighetsförklaring, men ska som huvudregel i det kontradiktoriska förfarandet låta parterna yttra sig. I EUD:s domar i mål C-415/11, *Mohamed Aziz mot Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)* [2013], och i mål C-539/14, *Juan Carlos Sánchez Morcillo och María del Carmen Abril García mot Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA* [2015] konstaterades att ett system som inte medger inhibition i exekutionsförfaranden som grundas på oskäligen avtalsvillkor inte står i överensstämmelse med avtalsvillkorsdirektivet.

villkor ex officio har uppmärksammats av svenska domstolar.³⁸ Här kan inflikas att EU-domstolen ålagt de nationella domstolarna att undersöka huruvida en part i domstol ska kategoriseras som konsument.³⁹ Målet gällde tillämpningen av konsumentköpsdirektivet, men det kan antas att detsamma gäller avtalsvillkorsdirektivet och andra konsumentavtalsdirektiv.

Därefter har domstolen förklarat att jämkning inte är tillåten, utan endast ogiltigförklaring av de oskäligen avtalsvillkoren,⁴⁰ men domstolen har sedermera preciserat att luckan efter en ogiltigförklaring får täppas till med dispositiv rätt,⁴¹ vilket innebär att steget från jämkning blir mindre.

Som en sista slutlig nyordning har EU-domstolen bestämt att ogiltigförklaring av ett villkor på grundval av direktivet ska ha verkan mot den näringsidkarens alla konsumentkunder, dvs. erga omnes när en organisation för en "förbudstalan" mot villkoren för vissa konsumenters räkning.⁴² Hur detta ska anses rimma med den av EU-domstolen upprepade uppfattningen att ett villkors skälighet ska bedömas in casu med beaktande av alla relevanta omständigheter är svårförklarligt. Om detta uttalande verkligen kommer att ha något genomslag återstår att se. Om så är fallet måste, för att denna norm ska få någon möjlighet till genomslag, en rapporteringsskyldighet inrättas för domstolarna, där varje ogiltigförklaring grundad på oskälighet inom ramen för en förbudstalan måste vidarebefordras till något registerförande organ, från vilket informationen kan hämtas. Eftersom det är fråga om en pan-europeisk reglering tänkt att främja gränsöverskridande handel, måste rapporteringen

I EUD:s dom i mål C-567/13, *Nóra Baczó och János István Vizsnyiczai mot Raiffeisen Bank Zrt.* [2015] befanns ett system, som medger att en domstol som är behörig att pröva en konsumentens talan om ogiltigförklaring av ett standardavtal men inte behörig att pröva en fastställelse av huruvida vissa avtalsvillkor är oskäligen, vara godtagbart om inte den nationella domstolen finner att en sådan ordning skulle göra det orimligt svårt för konsumenten att utöva sina rättigheter.

³⁸ Se tredsokodomarna från Göteborgs tingsrätt: Dom 2015-02-10, FT 9281-14, och dom 2015-02-27, FT 260-15.

³⁹ EUD:s dom i mål C-497/13, *Froukje Faber mot Autobedrijf Hazet Ochten BV* [2015].

⁴⁰ EUD:s domar i målen C-618/10, *Banco Español de Crédito SA mot Joaquín Calderón Camino* [2012], C-488/11, *Dirk Frederik Asbeek Brusse och Katarina de Man Garabito mot Jahani BV* [2013], och C-397/11, *Erika Jörös mot Aegon Magyarország Hitel Zrt.* [2013].

⁴¹ EUD:s dom i mål C-26/13, *Árpád Kásler och Hajnalka Káslerné Rábai mot OTP Jelzálogbank Zrt.* [2014].

⁴² EUD:s dom i mål C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság mot Invitel Távközlési Zrt.* [2012] uttalades i p. 28: "För att det avskräckande syftet ska kunna uppfyllas i praktiken krävs, ..., att det villkor i näringsidkarens allmänna villkor för konsumentavtal som har förklarats oskäligt inom ramen för prövningen av en förbudstalan som väckts mot denna näringsidkare, ..., varken är bindande för de konsumenter som är parter i förbudsmålet eller för de konsumenter som har ingått ett avtal med denna näringsidkare, för vilket samma allmänna avtalsvillkor är tillämpliga." Därefter uttalades att om ett villkor har förklarats oskäligt, så ska detta övervakas ex officio av domstolarna, till skydd för konsumenter mot den aktuella näringsidkaren.

och registreringen ske i syfte att nå ut till EU:s nationella domstolar och kanske också nationella myndigheter som handlägger summarisk process. I förlängningen kan det tänkas att ogiltighetsförklaringar kommer att få effekt erga omnes även om de inte skett inom ramen för en förbudstalan, utan inom ramen för sedvanliga tvistemål, men så långt har rättspraxis ännu inte sträckt sig.

För svensk rätts del motsvaras en sådan förbudstalan av en talan som inför Marknadsdomstolen förs av KO eller, subsidiärt, av en sammanslutning av näringsidkare, löntagare eller konsumenter i enlighet med de marknadsrättsliga bestämmelserna i lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden. Resultatet av EU-domstolens avgörande blir att förbudet inte endast har framåtsyftande marknadsföringsrättslig effekt, utan bakåtverkande civilrättslig ogiltighetseffekt. En domstol som i framtiden prövar ett sådant förbjudet avtalsvillkors skälighet i förhållande till näringsidkarens andra kunder, är skyldig att låta den tidigare ogiltigförklaringen få effekt även för redan ingångna avtal. Eventuellt bör även förbudsförelägganden utfärdade av KO omfattas, även om den aktuella domen endast omtalar förbudsförfaranden inför domstol.

EU-praxisen framstår som något chansartad. Med tanke på de fördelar en minskad förpliktelse eller en utökad rättighet kan medföra för en konsument var ställningstagandet att inte godta jämkning inte givet. Detta var ändå inte helt överraskande mot bakgrund av direktivets ordalydelse. Det går också att se poängerna med domstols skyldighet att ex officio pröva konsumentegenskapen och oskälighet. När tillämpningen blir så frikopplad från rättsaktens ordalydelse och så motsägelsefull som när den individuella oskälighetsprövningen efterges blir det emellertid svårt att orientera sig. Det medför problem att efterleva varje beslut, något som man kan ha i bakhuvudet vid efterforskandet av gällande rätt.

4 Slutliga reflektioner

Harmoniseringen av den europeiska obligationsrätten har fått sina törnar. Man får räkna med att det kommer att ta lång tid innan vi kommer i hamn. Det faktum att det blivit stopp på författningsreglering i kärnområdet innebär däremot inte att vi nått vägs ände.

EU-kommissionen bär ett stort ansvar för bakslagen. Man förvånas över avsaknaden av strategisk komparativrättslig analys, trots att det funnits expertis att tillgå innanför väggarna. Man förvånas särskilt över att arbetet med CESL påbörjades innan EU-kommissionen definitivt förlorat kampen om konsumenträttighetsdirektivets innehåll och av det taffliga ihopfogandet av CESL:s förordningstext och det materiella innehållet. Sannolikt ligger förklaringen i politiska beställningsjobb med mycket snäva tidsramar. Civillkoder har hastats fram förr, men det krävs antagligen att en enväldshärskare står bakom för att lyckas med uppgiften.

Vad lämnar detta oss svenska jurister som ska hantera obligationsrättsliga frågor? Helt klart är att man får till rutin anta att bevaka EU-domstolens praxis på konsumentavtalsområdet. Jag skulle inte rekommendera att upphöra med att konsultera PICC, PECL eller DCFR, och för den som aldrig bekantat sig med dessa, skulle jag fortsatt rekommendera den att göra det.