

Friskrivningsklausuler

En jämförelse av svensk och italiensk rätt

Handledare: Professor Christina Hultmark

Författare: Marcus Pinzani

731017-4714

Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet

Tillämpningsuppsats i Kommersiell Avtalsrätt, 20 p

Juris Kandidatprogrammet, 180 p

Innehållsförteckning

1 INLEDNING 1

2 METOD 41

2.1 Disposition 42

2.2 Avgränsningar 42

3 SYFTE 43

4. SVENSK RÄTT 43

4.1 Inledning 43

4.2. Ansvarsfriskrivningar 43

4.2.1. Inledning 44

4.2.2. Grov culpa 44

4.2.3 Culpa 45

4.3. Kontrollansvar 46

4.4 Produktansvar 48

4.4 Friskrivning från kvalitet 48

4.4.1. Allmänna 48

4.4.2. Preciserade 49

4.5. Påföljdsfriskrivningar 50

4.6. Vitesklausuler (Liquidated damages) 50

5. REGLERING ENLIGT SVENSK LAG 52

5.1. 19§ Köplagen 52

5.1. 36§ AvtL 53

5.3. Tolkning 54

5.4. Konsumenträtt 54

6. ITALIENSK RÄTT 54

6.1 Allmänt om Italiensk rätt 54

6.2. Allmänna avtalsvillkor (art 1341)	55
6.3. Friskrivning	56
6.4. Tolkning av avtalsklausuler	56
6.4.1. Oklarhetsregeln (Interpretatio contra stipulatorem)	56
6.5. Nullitet	57
6.7. Konsumentskydd i Italiensk rätt	58
6.7.1. EG-direktivet 1993:13	58
6.7.2. Art 1469	59
6.7.3. Jämförelse med svensk konsumenträtt	60
6.8. Beloppsklausuler Art 1382- 1384	61

7. ITALIENSK REGLERING AV FRISKRIVNINGSKLAUSULER. 62

7.1. Friskrivning från grov culpa och uppsåtligt handlande Art 1229, 1 st	62
7.2. Friskrivning från culpa Art 1229, 2 st	64
7.2.1. Bevisbörda	65
7.3. Formell reglering av friskrivningsklausuler Art 1341	65
7.4. Klausulkatalogen i art 1341, 2 st	66
7.5. Individuellt framförhandlade friskrivningsklausuler	68

8. ANALYS OCH SLUTSATSER 68

8.1. Lagstiftningsteknik	68
8.2. Avtalsolkningsregler	69
8.3. Generalklausuler	69
8.4. Vitesklausuler	70
8.5. Reglering av standardavtal	70
8.6. Jämkning av avtalsvillkor	70
8.7. Svagare part	71
8.8. Konsumentskydd	71
8.9. Befintligt skick- klausuler	72
8.10. Fördelar och nackdelar	72
8.11. Lagval	72

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING 73

1. Inledning

Friskrivningsklausuler är en av de viktigaste klausulerna överhuvudtaget i ett avtal. Dess funktion är att begränsa den ene partens skyldigheter i något avseende. Det är främst säljaren som begränsar sitt ansvar, då det är hans prestation som är intressant i sammanhanget. Köparen har ju som bekant oftast bara att betala priset för varan. Då inget annat nämns är det säljarens friskrivning som avses.

Friskrivning är den viktigaste formen av ansvarsbegränsning. Andra sätt för en avtalspart att begränsa sitt ansvar kan vara att upplysa motparten om fel, uppmana köparen att undersöka, begränsa rätten till reklamation, samt förkorta preskriptionstiden. Anledningarna till att man som säljare tar in en friskrivningsklausul är främst två, dels att klippa av banden med kontraktsparten, då man vill kunna vara säker på att köparen inte kommer tillbaka för att kräva någon påföljd, dels att beräkna sitt eget ekonomiska handlingsutrymme, då man genom en friskrivningsklausul kan beräkna hur mycket man eventuellt blir skyldig att betala om varan är felaktig.¹

Det finns flera olika typer av friskrivningsklausuler, men de kan delas upp i främst följande grupper: påföljdsfriskrivningar (från skadestånd eller andra påföljder, t.ex. inskränka till avhjälpande) och ansvarsfriskrivningar (culpa, kontrollansvar, kvalitet, etc.)

Jag skall först beskriva den rättsliga regleringen av dessa klausuler i svensk- respektive italiensk rätt och därefter jämföra dessa båda system, för att slutligen komma fram till hur man lämpligast bör utforma en friskrivningsklausul så att den gäller i båda länderna.

Tänkta användare av detta arbete är dels affärsmän i både Sverige och Italien som vill använda sig av friskrivningsklausuler i sina avtal, dels lagstiftaren, främst då UNCITRAL som en hjälp i harmoniseringsarbetet.

2 Metod

Jag har först studerat den svenska doktrinen på området, där jag främst haft stor hjälp av Lundmarks avhandling². Jag har därefter studerat området i den italienska litteraturen, och med hjälp av detta först beskrivit och sedan analyserat och jämfört de båda rättssystemen. Jag har i avsnittet om den italienska regleringen ibland lagt in jämförande kommentarer parallellt med de beskrivande avsnitten för att tydliggöra komparationen.

¹ Christina Hultmark, föreläsning i Kommersiell avtalsrätt, 24 februari 1998.

² Torsten Lundmark, Friskrivningsklausuler, giltighet och räckvidd.

Materialet jag har använt mig av har förutom lagtext varit förarbeten, praxis, doktrin, och ledande standardavtal på området. I Italien använder man inte sig av förarbeten vid lagtolkning som vi gör. Förarbeten publiceras inte och går därför inte att använda vid juridiska studier. Jag utgår i uppsatsen från att praxis från högsta domstolen har bindande verkan i Italien liksom i Sverige och att dess domar är att betrakta som gällande rätt. Vad gäller doktrinen ställning som rättskälla så har detta diskuterats flitigt i den juridiska litteraturen. Doktrin anses i huvudsak inte vara en bindande rättskälla, men doktrinen har ändå stor relevans, åtminstone som inspiration för högsta domstolen. Vad gäller betydelsen av en viss rättskälla går det kanske inte att dra en exakt gränslinje mellan legala- och ickelegala normer. Detta gäller främst standardavtal, men man skulle även kunna dra en parallell till doktrinen, och istället för att avgöra vad som är en rättskälla fråga sig om materialet är relevant. Uttalande i doktrin har alltså inflytande vare sig man räknar doktrin som en rättskälla eller inte. Jag utgår från att man kan ge italiensk doktrin lika stor relevans som vi ger åt den svenska.

Enligt resonemanget ovan använder jag till stor del doktorsavhandlingen av Torsten Lundmark, då den är det mest heltäckande verket som behandlar friskrivningsklausuler. I avsnittet om italiensk rätt har jag istället i högre grad valt att analysera lagtexten direkt, då den är så uttömmande, men jag har även där förlitat mig på praxis och doktrin. I avsnittet om italiensk konsumenträtt har jag i hög grad hänvisat till professor Giorgio Cian, då han anses som en auktoritet på området.³

Det har inneburit stora svårigheter för mig att finna italienskt material ifrån Sverige. Jag har med hjälp av italienska vänner och bekanta dock funnit det material jag har behövt, trots att det har tagit tid. Jag råder den som vill studera italiensk rätt att själv åka till Italien och leta på biblioteken där istället för att försöka leta material ifrån Sverige.

2.1 Disposition

Jag skall först beskriva de olika sorters friskrivningar som finns och vad dessa innebär. Därefter skall jag gå in på att beskriva den svenska regleringen av friskrivningsklausuler, vilken i första hand utgörs av 19§ KöpL och 36§ AvtL. Därefter kommer jag att beskriva det italienska rättssystemet i allmänhet och den italienska avtalsrätten i synnerhet. Jag kommer sedan att beskriva den italienska regleringen av friskrivningsklausuler, vilken återfinns i artiklarna 1229 och 1341, Codice Civile. Jag skall avsluta uppsatsen genom att peka på skillnader och likheter mellan de båda systemen och även försöka visa på fördelar och nackdelar i de olika systemen.

2.2 Avgränsningar

Jag har som sagt främst lagt tonvikten på den italienska regleringen av friskrivningsklausuler och har därför i vissa fall behandlat den svenska regleringen något summariskt. De typer av avtal jag främst haft i åtanke när jag har skrivit min uppsats är avtal vid köp av lös egendom i kommersiella

³ Professor Cian är verksam vid universitetet i Ferrara och sysslar förutom med konsumenträtt med komparativ rätt, främst mellan tysk och italiensk rätt, samt allmän civilrätt.

förhållanden, d.v.s. mellan två näringsidkare. Det är i första hand friskrivningar från felansvar jag behandlar, men jag har på något ställe också nämnt dröjsmål, av den anledningen att om en säljare har en ofärdig eller felaktig vara i leveransögonblicket eller om han av andra skäl väljer att inte leverera i tid förvandlar han så att säga felet i varan till att bli ett dröjsmål.

Trots att jag lagt tonvikten på kommersiella förhållanden har jag valt att relativt ingående beskriva konsumentskyddslagstiftningen, med tonvikt på den italienska regleringen då det är intressant av främst två anledningar. För det första ligger det alltid nära till hands när man talar om skyddslagstiftning som inskränker avtalsparternas avtalsfrihet att ta upp konsumentskyddet, vilket är det mest utvecklade skyddet för en svagare part. För det andra är den italienska konsumentskyddslagstiftningen intressant i sig, då den är ny, den trädde i kraft så sent som 1996.

3 Syfte

Syftet med denna uppsats är att analysera och komparera den italienska och den svenska regleringen av friskrivningsklausuler, för att genom detta ta reda på vad som är likt respektive olik i de olika systemen. Jag har främst riktat in mig på det Italienska systemet och har därför valt att analysera den italienska delen av uppsatsen mera ingående, då jag finner detta mer relevant. För den svenske läsaren är det säkert mer givande att få reda på vad som gäller i Italien än att få reda på vad som gäller i Sverige. Den svenska regleringen av friskrivningar kan man informera sig om på annat sätt, då de flesta böcker om avtalsrätt har ett avsnitt om friskrivningar. För övrigt hänvisar jag till Torsten Lundmark⁴, vad gäller den svenska regleringen av friskrivningsklausuler. Jag har själv märkt under arbetet med denna uppsats att det inte är det lättaste att få tag på material om regleringen av friskrivningsklausuler i Italien, så detta borde verkligen underlätta för den som är intresserad av vad som gäller i Italien.

Det är i dagens läge relevant att veta vad som gäller i de olika europeiska länderna vad gäller en så central avtalsklausul som just friskrivningsklausulen. För den som skall sluta ett avtal med en italiensk avtalspart är det bra att veta vad som gäller i Italien. Det är också därför jag valt att allmänt beskriva den italienska avtalsrätten i ett något bredare perspektiv. Vad gäller lagval i ett internationellt avtal är det av yttersta vikt att känna till vad som gäller i motpartens land. Det är kanske inte alltid en nackdel för en svensk avtalspart att man i avtalet tar in en italiensk lagvalsklausul. Det viktiga är att man vet vad det är man väljer respektive väljer bort då man i ett avtal bestämmer tillämplig lag.

4. Svensk rätt

4.1 Inledning

⁴ Torsten Lundmark, a a.

Det finns en mängd olika former att friskriva sig på och vid en judiciell bedömning är ofta rubriceringen av ringa värde. Av pedagogisk och framställningstekniska hänsyn har jag dock valt att dela upp dem i följande grupper, där jag i huvudsak följer Lundmark.⁵

4.2. Ansvarsfriskrivningar

4.2.1. Inledning

Ofta är man som säljare intresserad av att friskriva sig ifrån sin egen vårdslöshet, eller culpa och gärna även grov sådan. Culpa är reglerat i KöpL 27§4st, 40§3st, samt i KköpL 30§. I KöpL har dock numera det så kallade kontrollansvaret fått allt större betydelse, vilket jag återkommer till nedan.

4.2.2. Grov culpa

Det finns i svensk rätt ingen legaldefinition av begreppet grov culpa trots att det används i ett flertal sammanhang. Med grov culpa avses åtminstone för området entreprenad ”medvetet risktagande av allvarligare karaktär”, så kallat yrkesfusk.⁶ Som grov culpa kan även räknas ”kvalificerade avvikelser från normal aktsamhet”. I rättsfallet Mariebergs skola, NJA 1992 s 130 ansågs det vara grov oaktsamhet då man vid uppsättande av ett innertak i skolbetspisningen hade hållit för långt spikavstånd, vilket medförde att taket sedermera ramlade ner. Till följd av detta har i AB 92 begränsningen till grov oaktsamhet tagits bort och det räcker numera med ”vanlig culpa” för att entreprenören skall ansvara⁷.

Enligt SOU 1974:83s180 är det i sin ordning att använda sig av avtalsklausuler som friskriver part från grov culpa om det är brukligt att använda dem i branschen. Med andra ord gäller att om ett bruk av friskrivningsklausuler angående grov culpa har accepterats i en bransch genom att de används i standardavtal är det tillåtet att använda dessa klausuler. Numera har man dock i de flesta standardavtal tagit in en klausul som begränsar friskrivningar till att gälla vanlig culpa⁸. Som näringsidkare bör man alltså hålla sig a jour med gällande större avtal i branschen och på så sätt följa utvecklingen.

Vilka slags friskrivningar från grov culpa är då otillåtna? Det måste vara sådana villkor som är oklara och otydliga och inte vanligtvis i branschen förekommande. Ofta kan ett avtalsvillkor i form av en friskrivning vara att anse som otillåten enligt 36§ AvtL om den ”strider mot gott

⁵ Torsten Lundmark, a a , sid 131 ff.

⁶ Ulf Bernitz, Standardavtalsrätt, sid 53.

⁷ se AB 92 kap 5 § 7.

⁸ se t. ex. AB 92 kap 5 § 7.

affärsskick”⁹. När det gäller en såpass tyngande klausul som en som friskriver från grov culpa bör man ställa extra höga krav på att klausulen har införlivats med avtalet på ett tydligt sätt.

HD har i ett fall bedömt vad som är grov culpa i rättsfallet NJA 1979 s 483. Här gällde det en klausul där säljaren friskrev sig från ansvar för indirekta skador med undantag för fall av grov vårdslöshet. Köparen hävdade att säljaren förfarit grovt vårdslöst med tanke på vissa konstruktionsfel i de elektroniska priskalkylatorer för bensinpumpar köpet avsåg. HD kom fram till att säljaren inte hade förfarit grovt vårdslöst och man får sålunda ingen ledning för hur sådana friskrivningsklausuler skall bedömas.

HD har nyligen bedömt friskrivning från grov culpa i rättsfallet NJA 1998 s 390 ”Posten och de stulna diamanterna”. En av frågorna HD tog upp var giltigheten av en ansvarsbegränsning i Postverkets kungörelse (1966:120) angående postverkets ansvarighet för försändelser och medel. Enligt kungörelsens 3§ d gäller att ”postverket är fritt från ansvar, när fråga är om indirekt skada eller utebliven vinst”. Innehållet i en försändelse med diamanter hade under det att paketet var i postens vård bytts ut mot batterier inlindade i en tidning från en dag då försändelsen var i postens vård. HD har i domen fastslagit att klausulen var en del av avtalet mellan parterna, men var själva ansvarsbegränsningen giltig? Enligt HD gäller en huvudregel i svensk rätt att ”den som mot ersättning tar emot egendom för befordran, förvaring eller annat ändamål inte kan friskriva sig från ansvar för skadegörelse, stöld eller andra brott mot egendomen som begås av mottagaren eller hans arbetstagare och inte heller för skador på egendomen som dess förorsakar av grov vårdslöshet”.¹⁰ HD väljer att hålla fast vid denna allmänna princip och man fastslår i domen att postens ansvarsbegränsning är ogiltig vad gäller grov culpa. Slutsatsen man kan dra av denna dom är att ansvarsfriskrivningar från grov vårdslöshet är ogiltiga vad gäller egendom som någon mot ersättning har i sin vård. Man kan dock inte dra slutsatsen att alla friskrivningar från grov culpa skall underkännas. Vad som i övrigt kan noteras är att HD inte hänvisar till jämningsregeln i 36§ AvtL, utan man utövar så kallad dold kontroll.

Rättsfallet har redan kritiserats¹¹, och innebörden av kritiken är att det vore rimligare att gå på minoritetens linje, vilken ville tillåta den aktuella ansvarsbegränsningen med tanke på att postens motpart hade tecknat en ansvarsförsäkring och sålunda fick sin förlust täckt på annat håll. Hellner menar vidare att det vore beklagligt ”om det skulle dras några vittgående slutsatser för framtiden av majoritetens avgörande”. Framtiden får utvisa om avgörandet kommer att stå sig men för nuvarande är HD s avgörande att anse som gällande rätt.

4.2.3 Culpa

⁹ se prop 1975/76: 81 sid. 119 f.

¹⁰ Se SOU 1974:83 s 177, Adlercreutz, Avtalsrätt II, 4 uppl 1996 sid. 101, Bernitz, Standardavtalsrätt, 6 uppl 1993 sid. 53 och 88 samt Hellner, Skadeståndsrätt, 5 uppl 1995 s 86 och Speciell avtalsrätt II, 2 häftet, 3 uppl 1996 sid. 224.

¹¹ Se Jan Hellner, Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet, Årgång 1998/99, 1 häftet sid. 150 ff.

Friskrivning från culpa är en vanligt återkommande klausul i standardavtal och denna sortens friskrivningar får anses vara allmänt accepterade. Då lagstiftaren vill komma åt särskilt tyngande klausuler i standardavtal kan sådana klausuler vara i sin ordning då de som regel inte är särskilt tyngande. Detta gäller såvida klausulen är klar och tydlig. Är klausulen luddigt avfattad och kanske under en vilseledande rubrik kan det dock te sig annorlunda.

Ett annat område där det är aktuellt med friskrivning från culpa är då banker, revisorer, advokater och kvalificerade konsulter utför uppdrag av olika slag. I dessa fall kan det vara befogat för uppdragstagaren att friskriva sig från sin egen vårdslöshet. Skulle man inte kunna göra detta vore det kanske en riskabel affär för en självständig uppdragstagare av nämnda slag att åta sig ett uppdrag. I kommersiella avtalsförhållanden är sådana typer av avtalsvillkor godkända.

Det vanligaste sättet att utforma friskrivningsklausuler från culpa är att man som i standardavtalen ECE 188 och ORGALIME S 92, ger klausulen en generell utformning där man friskriver sig från ansvar vid culpa, men att man gör ett undantag för grov vårdslöshet. En annan metod som blir allt vanligare är att man istället för att friskriva sig från culpa eller för den delen kontrollansvar, tar in en klausul där man beloppsbegränsar ansvaret. Detta är ett enkelt sätt att få fram hur mycket man skall ansvara för, samt gör att man på ett smidigt sätt klipper av banden från sin kontraktspart som säljare. Enligt NL 92 gäller att säljaren vid dröjsmål svarar för 0.5 % av kontraktssumman för varje påbörjad vecka och totalt max 7.5% av kontraktssumman. Jag skall nedan närmare beskriva dessa klausuler.

4.3. Kontrollansvar

Enligt KöpL 27§ gäller att en säljare svarar för skada beroende på händelser som ligger inom hans kontroll. Kontrollansvar är även det ansvarsgrund som är aktuellt enligt CISG 67§. Tanken med kontrollansvar är att vardera part skall svara för sådant som ligger inom hans kontrollsvär oavsett vållande. Enligt Lundmark gäller fyra rekvisit för att säljaren skall undgå skadeståndsskyldighet för skada inom hans kontroll.

1. Det skall föreligga ett hinder för avtalsenlig fullgörelse,
2. hindret skall ligga utanför säljarens kontroll,
3. han skall inte rimligtvis ha kunnat räkna med hindret vid köpet,
4. och han skall slutligen inte heller ha kunnat undvika eller övervinna hindret.¹²

Även sådana hinder som beror på förseningar eller brister hos tidigare led faller ofta inom säljarens kontroll, om han hade kunnat få tag i varan på ett alternativt sätt, eller om fallet är så att han kunde ha organiserat sin verksamhet på ett annat sätt för att undvika förseningar eller fel i det egna ledet. Om en säljare är helt beroende av sina leverantörer på grund av att han tillämpar ett så kallat "just in time" system, är det oftast inom hans egen kontroll att han har organiserat sin verksamhet på detta sätt, vilket är otroligt känsligt för leveransstörningar. Enligt prop 1988/89:76 s 110 gäller att man skall ha valt sina leverantörer med "omsorg" eller "på ett försvarligt sätt".

¹² Lundmark,aa sid. 156.

Med tanke på att säljaren i många fall svarar även för tredje man i tidigare led är det vanligt och ofta av stor betydelse för säljaren att ta in en friskrivningsklausul angående ansvaret för sådant som ligger inom hans kontroll men har orsakats av hans underleverantörer. I flera större standardavtal finns det klausuler som begränsar säljarens ansvar för fel eller försening av leveranser från underleverantör som orsakats av sådan befrielsegrund som gäller mellan parterna.¹³ Dessa klausuler tas in under rubriken Force Majeure, där aktuella befrielsegrunder kan vara eldsvåda, krig, mm, och tanken bakom denna systematik är att man som säljare inte skall behöva svara för sina underleverantörers fel och dröjsmål, såvida man själv inte hade behövt svara för fel och dröjsmål beroende på de befrielsegrunder som nämns i friskrivningsklausulen.

I kommersiella sammanhang är denna typ av friskrivning som regel fullt giltig. Även här finns dock en viss möjlighet att jämka en friskrivningsklausul av nämnda slag enligt 36§ AvtL. En friskrivning som säger att säljaren är helt fri att leverera när han själv vill är dock ett exempel på en sådan långtgående friskrivningsklausul som kan bli föremål för jämkning även i kommersiella förhållanden.¹⁴

Enligt Lundmark¹⁵ finns det två sätt att begränsa kontrollansvaret i övrigt, d.v.s. möjligheten för säljaren att friskriva sig från ansvar för sådant som enligt KöpL ligger inom hans kontroll. Förutom att vidga området för hinder som får åberopas i förhållande till köplagen och CISG, kan man medge lättnad i bevisbördan för säljaren, vilket i praktiken medför att säljarens kontrollansvar inskränks. Man kan, som också gjorts i standardavtal befria säljaren från sådant som gör avtalets fullgörande oskäligt betungande¹⁶, eller redan att det försvårar fullgörandet¹⁷. Det vanligaste sättet att utforma en friskrivningsklausul för det aktuella området är att ange omständigheter som får åberopas för befrielse. Dessa klausuler är oftast utformade på så sätt att de först allmänt bestämmer vilka omständigheter som får åberopas, därefter ges en exemplifiering¹⁸. Om man tittar på aktuella standardavtal sammantaget så kan man få fram följande rekvisit för säljarens befrielse från kontrollansvar:

1. Avtalets fullgörande hindras (ALOS 81), blir oskäligt betungande (NL 92, ORGALIME 92), eller försvåras (IML 91).
2. Omständigheten skall ligga utanför parts kontroll (NL 92).
3. Om omständigheten redan inträffat skall dess inverkan inte ha kunnat förutses (ALOS 81).
4. Part skall inte ha förutsett eller bort räkna med omständighetens inträffande (ORGALIME 92)
5. Omständigheten skall ha inträffat efter avtalsslutet (ECE 188).

Följden av att dessa förutsättningar föreligger är att tiden för fullgörandet av avtalet skjuts upp, om kontraktsbrottet föreligger i mer än sex månader har köparen som regel rätt att häva avtalet. Ovannämnda friskrivningsklausuler finner man oftast under rubriken force majeure.

¹³ se exempelvis NL 92 p 37 samt ORGALIME 92 p 39.

¹⁴ Jfr SOU 1974:83 s 175 och prop 1975/76 s 144.

¹⁵ Lundmark, aa s 174.

¹⁶ se NL 92 p 27 och ORGALIME 92 p 39.

¹⁷ se IML 91 p 31.

¹⁸ se NL 92 p 37, ORGALIME 92 p 39, ALOS 81 p 19, samt ECE 188 p 10.1.

Det finns ingen rättspraxis på området för just den här sortens friskrivningsklausul, men man kan utgå ifrån att ju längre man går från KöpLs reglering, desto större är risken att klausulen jämkas enligt 36§ AvtL. Som nämnts ovan gäller dock att man vid en bedömning får ta hänsyn till avtalet i övrigt, om köparen exempelvis har fått ett lägre pris eller lång reklamationsfrist kan detta uppväga en sträng force majeure-klausul, eller friskrivning av kontrollansvar.

Gäller friskrivning från kontrollansvar som friskrivning för culpa? Ola Svensson påpekar i sin kritik av Torsten Lundmarks doktorsavhandling om friskrivningar att Lundmark inte behandlar frågan om ifall en friskrivning från kontrollansvar även kan gälla som en friskrivning från culpa.¹⁹ Kontrollansvaret anses allmänt vara en strängare ansvarsgrund än ansvar för sådant som beror endast på parts vållande. Som jag nämnt ovan gäller kontrollansvaret som bekant även för sådant som part inte vållar, men ändå anses ligga inom hans kontroll. På grund av detta borde, åtminstone i vissa fall en friskrivning från kontrollansvar gälla även som en friskrivning från culpa. Detta borde ligga i linje med CISG, där man inte delar upp säljarens ansvarsgrunder i culpa- och kontrollansvar. I framtiden torde man se en utveckling mot att friskrivningar från säljarens kontrollansvar kan komma att innesluta även culpaansvar, för att vi här i Sverige skall harmonisera med utvecklingen i övriga Europa, och för all del även resten av världen. Jag kommer nedan in på problematiken då jag skall behandla friskrivningar i italiensk rätt.

4.4 Produktansvar

Produktskada är sådan skada som orsakas av en produkt på person eller sak på grund av en säkerhetsbrist. Denna sorts skada regleras inte av KöpL, utan av produktansvarslagen (PAL). Denna lag begränsar säljarens möjlighet att friskriva sig från produktskador. Skadeståndsansvaret är strikt och omfattar inte ersättning för ren förmögenhetsskada. Lagen är dessutom tvingande till den skadelidandes förmån. I ett förhållande mellan två näringsidkare som en tillverkare och en återförsäljare kan det dock vara av intresse för tillverkaren att friskriva sig från ansvar för produktskada som orsakats av hans produkt. Om en konsument har köpt en produkt av en återförsäljare och produkten orsakar en produktskada är det i många fall intressant för tillverkaren att friskriva sig från skadeståndsansvar på grund av produktskada, så att återförsäljaren inte kan gå vidare med det krav som konsumenten ställer på honom. Det finns inget som hindrar att två näringsidkare som i detta fall avtalar om vem som skall bära det slutliga ansvaret för produktskadan, såvida man inte begränsar regressrätten i 10§ PAL, d.v.s att man helt inskränker konsumentens rätt att vända sig mot antingen tillverkaren eller återförsäljaren.²⁰

4.5. Friskrivning från kvalitet

¹⁹ Svensk Juristtidning 1997:7 s 587-592.

²⁰ Se prop 1990/91:197 s 111.

Friskrivningar från kvalitet kan delas upp i dels allmänt hållna, så kallade ” befintligt skick” - klausuler, dels preciserade friskrivningar.

4.5.1. Allmänna

Denna typ av friskrivning regleras i köplagen²¹ och vad som gäller är att en friskrivning där man säljer en vara måste vara klar och tydlig för att den skall vara giltig. Regleringen i 19§ KöpL är en så kallad halvtvingande paragraf, vilket innebär att lagstiftaren genom att ta in paragrafen vill styra tolkningen av friskrivningar. Vad som gäller enligt praxis är att man för att vara säker på att en friskrivningsklausul av detta slag skall vara giltig, på något sätt måste ta bort köparens förväntningar. Detta gör man genom att vara;

1. klar och tydlig
2. förklara varför man friskriver sig (kan framgå redan av eventuell avtalsingress)
3. informera köparen om att stor risk ligger på honom
4. låta det framgå att priset har påverkats av friskrivningen

Anledningen till att man ändå använder uttrycket befintligt skick i så stor utsträckning är att det låter bra och ofarligt när man skriver det. Att skriva enbart att varan säljs i befintligt skick låter inte så avskräckande för en köpare, som en klausul som anger precis vad som gäller. För att vara på den säkra sidan kan man dock som säljare ta det säkra för det osäkra och ta in en klar tydlig och även väl synlig friskrivningsklausul, enligt ”röda rutans princip”²² ett exempel på en sådan ytterst tydlig och säkerligen godtagbar friskrivningsklausul är:

” Köpeobjektet säljs i befintligt skick. Köparen kan inte göra gällande ansvar för synliga och dolda fel, köparen kan inte heller göra gällande rådighetsfel. Detta innebär att köparen inte har rätt till prisavdrag, avhjälpande, omleverans, hävning, skadestånd eller någon annan påföljd till följd av ett eventuellt fel.”

I ett avtal där man lämnar preciserade uppgifter på ett ställe, men har en friskrivningsklausul som friskriver säljaren även för sådant som har garanterat på ett annat ställe i avtalet gäller enligt praxis att ”en allmän friskrivning, gällande allt ansvar för fel, anses dock inte ha någon verkan mot positiva uppgifter”²³. Enligt Bernitz gäller som en allmän princip vid tolkning av standardavtal att ”preciserade avtalsvillkor ges företräde framför allmänt hållna klausuler”, vilket följer av bland annat rättsfallet NJA 1976 s 36 Kungsgaraget.²⁴ För övrigt är praxis på området svårtolkad och delvis inaktuell då det inte finns mycket efter ikraftträdandet av nya köplagen. Det finns dock fall där marknadsdomstolen har ansett villkor där fabriksnya varor sålts i befintligt skick är oskäligt²⁵.

²¹ KöpL 19§.

²² Christina Hultmark, föreläsning i Kommersiell avtalsrätt 24 februari 1998, där hon skämtsamt föreslår att man även borde rama in friskrivningen i rött.

²³ NJA 1993 s 436.

²⁴ Ulf Bernitz, Standardavtalsrätt sid 48.

²⁵ MD 1977:20.

För vissa typer av varor är det dock allmänt sett tillåtet med denna typ av allmänt hållna klausuler, detta gäller främst varor som säljs på auktion, men även vid fastighetsköp. Sammanfattningsvis kan man säga att befintligt skick klausuler oftast är tillåtna vid försäljning av begagnade varor enligt KöpL och ofta otillåten vid försäljning av fabriksnya varor. Vad som gäller i det enskilda fallet får dock avgöras från gång till gång.

4.5.2. Preciserade

Det är oftast i sin ordning med preciserade friskrivningsklausuler, då man genom dessa tar bort köparens förväntningar. Det kan dock bli aktuellt att underkänna dessa klausuler om de strider mot 30, 33 eller 36§§ AvtL, i det fallet att säljaren friskrivit sig ifrån ett fel som han visste om. Oftast kan det dock vara svårt för en köpare att bevisa vad säljaren visste om innan han sålde en viss vara, men om man som köpare lyckas bevisa att så är fallet gäller som regel att en sådan friskrivning går att jämka enligt 36§ AvtL.

4.6. Påföljdsfriskrivningar

Eftersom KöpL är dispositiv, kan man som regel friskriva sig från alla dess påföljder, såsom avhjälpande, omleverans, prisavdrag, hävning och skadestånd. Denna sortens friskrivningar kan vara antingen preciserade eller allmänna, gemensamt för dem är att de på något sätt inskränker köparens rätt att göra gällande en eller flera påföljder. En vanlig metod i flera standardavtal på området är att köparen får en utvidgad rätt till att få fel avhjälpna genom omleverans eller reparation, samtidigt som hans rätt till hävning inskränks²⁶. För att en friskrivning av detta slag inte skall bli oskälig gäller den civilrättsliga principen att påföljden skall vara åtminstone någotsånär proportionell i förhållande till avtalsbrottet för området påföljdsfriskrivningar.²⁷ Ett utslag av denna proportionalitetsprincip är att för att det skall bli aktuellt med hävning enligt KöpL måste avtalsbrottet ha varit väsentligt.

Vad gäller utformningen av dessa klausuler så uppfyller de oftast kravet på tydlighet och kan sålunda inte angripas på den grunden²⁸. Vad gäller kommersiella förhållanden torde det i praxis vara fastslaget att påföljdsfriskrivningar är tillåtna.²⁹ Även vid fastighetsköp mellan privatpersoner är det tillåtet att friskriva sig från påföljder, då det vore orimligt för en säljare av ett begagnat hus att ansvara för sådana fel som kanske visar sig först en lång tid efter det att man slutit avtal om köp. Det vore i sådana fall orimligt att låta en privatperson i form av säljaren stå ansvaret och även försäkra sig mot något sådant.

I standardavtal, som NL 92 är det vanligt att man använder sig av beloppsbegränsningar i form av vitesklausuler, även vad gäller friskrivningare från påföljder.

²⁶ se t. ex. NL 92 p 21, p 31 och p 35.

²⁷ Lundmark, aa sid 199.

²⁸ se fallen NJA 1975 s 545, NJA 1976 s 217, och NJA 1981 s 400 och Lundmark, aa sid 200.

²⁹ främst i NJA 1975 s 545.

Friskrivning från just skadestånd är i sammanhanget speciellt intressant, då skadeståndet kan bli stort och i vissa fall större än själva kontraktssumman.

4.7. Vitesklausuler (Liquidated damages)

I kommersiella avtal rörande stora belopp, som exempelvis skeppsbyggnadskontrakt väljer man ofta att för att reglera dröjsmål använda sig av en speciell slags friskrivningsklausuler, nämligen vitesklausuler.³⁰ Dessa klausuler fungerar på så sätt att man istället för att skriva en allmänt hållen friskrivningsklausul, liksom jag tidigare beskrivit, väljer att använda en klausul där framförallt dröjsmål regleras med att ett visst belopp (vite) skall betalas varje dag en säljare är i dröjsmål. Övriga faktorer som regleras just vid skeppsbyggnadskontrakt är skeppets fart och dess dödvikt.³¹ Vid långvariga samarbetskontrakt av detta slag går det till så att köparen betalar i rater under kontraktstidens gång. Köparen finansierar sällan köpet själv, utan det finns en finansiär i form av en bank, som även har till uppgift att garantera att köparen betalar. När man som köpare sätter priset som en försening kostar sätter man det i förhållande till vad den aktuella finansieringen (lånet) kostar per dag, samt ett visst strafftillägg. Anledningen till att man väljer en vitesklausul är att man genom detta bedömer sin exponering på ett adekvat sätt. Man vet som säljare hur stor ekonomisk exponering man kan utsättas för. Nackdelen med denna reglering är att den kan missbrukas av säljaren. En duktig köpare beställer ett skepp som tar flera år att bygga i en stigande konjunktur, där man vet att priserna på skepp kommer att stiga. Köparen kan på detta sätt göra en väldigt bra affär om allt vill sig väl. Vid kontraktstidens utgång kanske säljaren har insett att han genom att hamna i dröjsmål och förhålla affären kan tvinga köparen att häva, så att säljaren istället kan sälja det färdiga skeppet till en annan köpare till det högre pris som gäller på marknaden. Den ursprungliga köparen får alltså inte täckning för sin uteblivna vinst, utan bara för sina faktiska kostnader, vilket innebär att han till slut hamnar på plus minus noll, vilket är en klen tröst för den köpare som har räknat med att göra en riktigt bra affär och kanske själv sälja skeppet vidare för att realisera vad han vunnit genom konjunkturuppgången.

I dessa stora kontrakt tar man dessutom vanligtvis in en ytterligare klausul om att ifall förseningen beror på grov vårdslöshet eller uppsåtligt förfarande skall säljaren täcka även skada som överskrider böterna i beloppsklausulen. Detta gör man för att som köpare skydda sig mot att säljaren förfar oegentligt enligt ovan. I realiteten är det dock inte alltid så lätt att bevisa att part har hamnat i dröjsmål uppsåtligt eller genom grov vårdslöshet, utan det är upp till beställaren att visa att säljaren har handlat oegentligt.

Nackdelen med att använda sig av vitesklausuler (Liquidated damages) är att säljaren måste betala ut just det beloppet som står i klausulen och inte enbart ersätta den skadan som köparen faktiskt lidit.

³⁰ Jag inriktar mig i denna uppsats främst på friskrivning från felansvar, men jag tycker att det är på sin plats att även nämna något om dröjsmål, då de båda slagen av icke uppfyllelse i många fall går i varandra. Om man som säljare väljer att inte leverera en vara som är felaktig hamnar man i dröjsmål. Ofta kan alltså säljaren välja om han hamnar i dröjsmål eller levererar en felaktig vara.

³¹ Intervju med Jur kand Stefan Brocker, Mannheimer och Svartling.

Om resultatet av en sådan beloppsklausul skulle bli alldeles snett skulle man i särskilt allvarliga fall kunna tänka sig en jämkning av avtalet enligt 36§ AvtL.

Man måste samtidigt hålla i minnet att den stora fördelen med att ta in vitesklausuler istället för en traditionell friskrivningsklausul är att man på detta sätt slipper att bedöma skadan, vilket oftast är problematiskt. Man kan allmänt se en utveckling mot sådana vitesklausuler, vilket enligt min mening leder till att ett avtal blir mer lämpligt, vilket leder till att det förhoppningsvis inte ger upphov till så många juridiska tvister. Därför torde det i längden innebära ekonomiska fördelar att använda dessa klausuler, då det som bekant är väldigt dyrt att driva en juridisk process.

Denna typ av friskrivning finns i NL 92 och i ORGALIME. Dessa avtal är lämpliga vid massleveranser av komponenter och liknande. Vad gäller större avtal som sträcker över längre tid gäller att det är viktigt att man avtalar fram vad som är bäst i det enskilda fallet, då så stora värden står på spel.

I de fall där säljaren begränsar sitt ansvar till kontraktssumman, kan resultatet bli orättvist fr.a. vid just in time, då en försening kan orsaka skador mycket större än kontraktssumman. Därför tar man in en "best efforts-klausul", vilket låter lindrigt för en leverantör, men i själva verket betyder en sådan klausul mycket. Den betyder att man vid leverans skall försöka med alla alternativa transportsätt om man får förhinder med sitt vanliga transportsätt. Det bästa är om man kopplar "best efforts" till en vitesklausul.

5.Reglering enligt svensk lag

5.1. 19§ Köplagen

Denna paragraf reglerar så kallade "befintligt skick - klausuler", eller liknande allmänt hållna förbehåll. En vara anses felaktig trots att den sålts med ett sådant förbehåll om något av paragrafens tre punkter är uppfyllda:

1. Om säljaren lämnar en garanti i form av positiva uppgifter samtidigt som han friskriver sig.
2. Om säljaren underlåtit att upplysa köparen om ett fel som han kände till.
3. Om varan är i väsentligt sämre skick med hänsyn till pris och andra omständigheter än vad man kan förvänta sig som köpare.

Lagstiftaren har valt dessa tre omständigheter med tanke på att köparen i övriga fall anses kunna åberopa allmänna avtalsrättsliga regler såsom svek eller skälighetsregeln i 36§ AvtL, som jag återkommer till senare.³² Detta innebär att omständigheterna inte behöver vara så graverande som i ogiltighetsreglerna i avtalslagen för att omfattas av bestämmelsen. Denna paragraf är märklig, med tanke på att KöpL i övrigt är dispositiv. Paragrafen har i doktrinen betecknats som "halvtvingande", vilket innebär att den försöker styra tolkningen av liknande klausuler. Paragrafen

³² Prop 1973:138, konsumentköplag s 232.

har kommit till med bakgrund av 17§ i konsumentköplagen, vilken är till för att skydda konsumenter som typiskt sett intar en svagare ställning. Även 19§ KöpL är i första hand avsett till skydd för en svagare köpare trots att han inte är konsument och därför inte omfattas av konsumentköplagen. En sådan part kan vara ett familjeföretag som köper av ett storföretag, ett företag som köper från ett annat i monopolställning, eller helt enkelt att säljaren oftast har större erfarenhet av köpeobjektet på grund av branschvana. Ibland kan det dock vara så att köparen har större kunskap om köpeobjektet, exempelvis om en samlare köper ett föremål av någon som inte känner till föremålets värde. Denna situation uppstår kanske oftast mellan två privatpersoner, vilka omfattas av KöpL. Sådana fall omfattas dock inte av 19§, då köparen i detta fall inte är att anse som skyddsvärd.

Punkt 1 ovan var redan innan ikraftträdandet av 19§ KöpL gällande rätt genom HDs praxis, i rättsfallen NJA 1964 s 239 och NJA 1975 s 620. Båda fallen gällde försäljning av begagnade bilar, där uppgifter dels om antalet körda mil, dels om årsmodell ansågs gälla före en generell friskrivning av ”befintligt skick” - karaktär.

Resultatet av regleringen i denna paragraf blir att varan anses vara felaktig, och då får man gå till antingen KöpLs eller avtalets felregler och de påföljder som där erbjuds, såvida inte detta regleras i parternas avtal.

5.1. 36§ AvtL

Utgångspunkten i svensk rätt är att det råder avtalsfrihet mellan parterna, vilket kan delas upp i två komponenter, friheten att ingå avtal med vem man vill och friheten att utforma dessa avtal som man vill, och till detta kommer principen om avtalsbundenhet, ”Pacta sunt servanda”. Var och en har rätt att genom avtal binda sig, och när så skett gäller att avtal skall hållas. Detta är inte helt sant, utan domstolarna har genom 36§ AvtL en möjlighet att gå in och jämka en klausul i ett enskilt avtal. Numera gäller inom avtalsrättens område i många fall istället principen ”avtal skall genomföras”.³³ 36§ AvtL är till skillnad från köplagens reglering en generalklausul och användningen av den kan leda till jämkning av ett särskilt avtalsvillkor i detta fall en friskrivningsklausul. 36§ AvtL är till skillnad från KöpL tvingande, dvs den går inte att avtala bort. Man kan inte i ett avtal ta in en klausul att 36§ AvtL inte skall gälla. Detta lagrum gäller alla slags avtal, men är främst tänkt att användas för att skydda en svagare avtalspart, vilket stadgas i andra stycket där det står att ”särskild hänsyn skall tagas till behovet av skydd för den som i egenskap av konsument eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet” Rekvisiten som enligt paragrafen skall vara uppfyllda för att ett avtalsvillkor skall kunna jämkas eller lämnas utan avseende är att villkoret skall vara oskäligt med hänsyn till:

1. avtalets innehåll
2. omständigheterna vid avtalets tillkomst
3. senare inträffade förhållanden

³³ Kurt Grönfors, Avtal och omförhandling, sid. 23.

4. omständigheterna i övrigt.

Bestämmelsen är alltså allmänt hållen för att lagstiftaren har velat täcka in så mycket som möjligt. Vad gäller regleringen av friskrivningsklausuler, så har man i 19§ KöpL en specifik reglering just för allmänna friskrivningar, övriga slags friskrivningsklausuler bedöms istället under aktuella lagrum. Dessa klausuler kan enligt indelningen ovan vara antingen påföljds- eller egenskapsfriskrivningar av olika slag. Det väsentliga är inte vad för slags klausul det är frågan om, utan hur den verkar, det vill säga om det är oskäligt att mellan parterna i ett avtalsförhållande tillämpa en friskrivningsklausul.

5.3. Tolkning

När man har en avtalsklausul måste man först ta reda på om klausulen överhuvudtaget är en del av avtalet. Detta gäller främst vid standardavtal, där det ofta är så att en köpare tvingas acceptera säljarens standardavtal, utan att han tagit del av det. Man kan få en bestämmelse i ett standardavtal att ingå i ett avtal på olika sätt, man kan hänvisa till standardavtalet i avtalstexten, man kan bifoga det, eller det kan också anses vara en del av avtalet om det kan anses vara praxis, antingen mellan parterna eller allmänt i branschen att tillämpa detta standardavtal. Om klausulen anses ingå i avtalet kan man gå vidare antingen genom tolkning eller jämkning för att fastställa innehållet i klausulen. Om man i det första ledet kommer fram till att klausulen inte är en del av avtalet är problemet ur världen redan där, klausulen anses ogiltig och ingår ej i avtalet.

5.4. Konsumentträtt

Konsumenter skyddas från betungande friskrivningsklausuler genom 36§ AvtL och 17§ KköpL. Konsumnetköplagen är tvingande till konsumentens förmån och kan alltså inte avtalas bort. 17§ KköpL reglerar befintligt skick- klausuler, vilka jag har beskrivit ovan. Särskilt enligt KköpL ställs det höga krav på tydlighet och klarhet för att en befintligt skick- klausul skall vara giltig, då denna lag är tvingande till konsumentens förmån. I konsumnetförhållanden är det alltid att anse som oskäligt att man säljer varor i befintligt skick.³⁴

Jämkningsregeln av ogiltiga avtalsvillkor, 36§ AvtL, som jag beskrivit ovan har till syfte att skydda en svagare part. I paragrafens andra stycke stadgas det att man skall ta särskild hänsyn till ”behovet av skydd för den i egenskap av konsument eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet”. Om man som konsument drabbas av en betungande friskrivningsklausul, har man alltså goda utsikter att denna klausul kan jämkas till konsumentens förmån.

Det är förbjudet enligt PAL 5 § att friskriva sig från produktansvaret gentemot slutanvändaren, d.v.s. konsumenten, som är den man med lagen vill skydda. Sådana avtalsvillkor är utan verkan,

³⁴ Se Bernitz, a a sid. 101, samt prop. 1971:15 sid. 72 och 98.

konsumenten kan alltså trots en friskrivning från produktansvar vända sig mot återförsäljaren eller tillverkaren av en vara som omfattas av lagen.

6. Italiensk rätt

6.1 Allmänt om Italiensk rätt

Italien tillhör den romanska familjen³⁵, vad gäller dess lagstiftning. Liksom i Frankrike har man i Italien en Civilkod (Codice Civile), som trädde i kraft 21 april 1942. Den italienska civilkoden bygger på Napoleons civilkod från 1804, vilken kom till som en följd av strömningarna efter franska revolutionen. Tidigare gällande lagstiftning i Italien var och byggde till stor del på kanonisk rätt, d.v.s. kyrkans rätt³⁶, men redan på 1800-talet antogs i de olika Italienska delstaterna civilkoder vilka byggde på Napoleons civilkod. Efter Italiens enande 1861 påbörjades kodifieringsarbetet, för att komma fram till den nuvarande civilkoden.

Den italienska civilkoden är både modern och detaljerad och skiljer sig från den svenska lagstiftningen genom att den är mer uttömmande i sin utformning. Codice civile innehåller 2969 artiklar vilka i många fall är indelade i underrubriker. Artiklarna ingår i sex avdelningar så kallade böcker (libri). Första boken handlar om familj och personer, andra handlar om successioner och arv, tredje handlar om ägande, fjärde handlar om obligationsrätt, d.v.s. avtals- och kontraktsrätt, femte handlar om arbete och accosiationsrätt och sjätte slutligen handlar om procedurfrågor. Jag kommer i fortsättningen att använda mig av regleringen i fjärde boken.

Fjärde boken är indelad i 3 titlar (titoli), där den första behandlar obligationsrätt i allmänhet, den andra kontraktsrätt i allmänhet och den tredje de enskilda kontraktstyperna, såsom köp, uthyrning, leasing och transportavtal. I den andra boken finner man många relevanta artiklar vad gäller avtalsrätt.

6.2. Allmänna avtalsvillkor (art 1341)

Art 1341 är en nyckelparagraf, vad gäller Italiensk avtalsrätt, då den behandlar allmänna avtalsvillkor (condizioni generali del contratto). Paragrafen har funnits sedan tillkomsten av den Italienska civilkoden 1942, och var då en mycket modern bestämmelse. Artikeln används för att ogiltigförklara avtalsvillkor som en av parterna fört in i kontraktet.³⁷ Lagstiftaren uttrycker det som att avtalsvillkor som har införts av endera parten har effekt såvida motparten visste om dem eller borde ha gjort så, enligt normal aktsamhet (ordinaria diligenza).

³⁵ Till gruppen räknas förutom Frankrike och Italien även Spanien och Portugal.

³⁶ Fortfarande gäller dock framförallt på familjerättsens område "Lateranavtalet" från 1929 vilket ger kyrkan en stark ställning. Det är ett samarbetsavtal mellan kyrka och stat.

³⁷ Zweigert och Kötz, An Introduction to comparative law, volym 2, sid 18.

I andra stycket tar man upp vissa klausuler som är särskilt tyngande och för att dessa skall ha effekt måste de ha blivit ”specifikt godkända skriftligen”. Detta innebär att part måste skriva under kontraktet med dubbel signatur, d.v.s. att han dels måste skriva under hela kontraktet i vanlig ordning, dels måste han skriva under att han har godkänt de tyngande klausulerna i avtalet. Paragrafen är i första hand tillämplig på standardavtal som införts av en part och den används vanligtvis då en av parterna är svagare. Den svagare parten kan, men måste inte vara en konsument. De klausuler som räknas upp i paragrafen är först och främst friskrivningsklausuler, vilka regleras även i art 1229 (i tredje boken om obligationsrätt). Man tar även upp klausuler som ger part rätt att frånträda kontraktet eller avbryta dess utförande, eller sådana som begränsar parts avtalsfrihet med tredje part, klausuler med automatisk förnyelse av kontraktet, samt skiljeklausuler.

Art 1342 reglerar kontrakt som slutits genom färdiga formulär, alltså avtal som har slutits genom att parterna har skrivit under redan färdiga kontrakt. Paragrafen reglerar uteslutande standardavtalsrätt. Vad som stadgas i paragrafen är att sådana klausuler som har lagts till ett standardavtal skall gälla framför en motsvarande klausul som redan står tryckt i standardavtalet, oavsett om den ursprungliga klausulen finns kvar eller har tagits bort. För att en klausul skall omfattas av artikeln gäller naturligtvis att den måste reglera samma sak som den tillskrivna klausulen. Detta kan i vissa fall medföra problem vad gäller tolkningen av vad som menas med att en klausul reglerar samma sak som en annan klausul. Man har alltså lagfäst en variant av tolkningsregeln ”skrivet går före tryckt”.

6.3. Friskrivning

I art 1229, vilken till skillnad från övriga nämnda stadganden återfinns under första titeln i fjärde boken, ”Delle obbligazioni in generale” (allmänt om obligationsrätt) finns ett stadgande som reglerar friskrivningsklausuler. I artikeln stadgas att varje klausul som utesluter eller begränsar gäldenärens ansvar, från uppsåt (dolo) eller grov vårdslöshet (colpa grave) är en nullitet, enligt art 1419³⁸, vilken behandlar partiell nullitet.

6.4. Tolkning av avtalsklausuler

I artiklarna 1362-1371 finns ett antal tolkningsregler lagfästa. I art 1362 stadgas att man i första hand skall ta hänsyn till partsviljan och att man skall ta hänsyn till parternas uppträdande även efter det att avtalet har slutits. I artikeln stadgas även att man inte skall begränsa sig till ordens språkliga betydelse när man tolkar ett avtal. I art 1363 stadgas att man vid tolkning av en avtalsklausul skall tolka den aktuella klausulen i ljuset av de andra klausulerna i avtalet, detta är en så kallad systeminriktad tolkningsmetod. I art 1366 stadgas att ett avtal måste tolkas enligt

³⁸ se nedan under rubrik 6.5.

principerna om god tro (buona fede), d.v.s. ”good faith”. Även i art 1367 finns ett uttryck för vad vi på svenska kallar för betydelseregeln, nämligen att vid tvivelsmål om vad som menas med en klausul eller hela avtalet, skall man tolka så att den aktuella klausulen eller avtalet får någon betydelse. I art 1368 ges uttryck för en norm- eller branchinriktad metod, vilket innebär att oklara klausuler skall tolkas enligt den betydelse uttrycket har i den omgivning eller i den bransch där det har blivit slutet. I art 1369 stadgas att man vid tolkning av ett uttryck som kan ha fler än en betydelse skall tolkas i enlighet med den betydelse som är mest lämplig med tanke på avtalsobjektet, även denna metod kan hänföras till vad vi kallar en branchinriktad metod.

6.4.1. Oklarhetsregeln (Interpretatio contra stipulatorem)

I art 1370 finner man oklarhetsregeln, vilken innebär att vid tolkning av standardavtal, eller sådana avtal som har slutits genom att man har skrivit under färdiga formulär, vilka jag beskrivit ovan angående artiklarna 1341 och 1342, vid oklarhet som inte kunnat klargöras med hjälp av de övriga avtalstolkningsmetoderna, skall tolkas till förmån för den (oftast svagare) part som inte har avfattat avtalsvillkoret. En oklar avtalsklausul skall alltså enligt denna regel tolkas mot den part som har fört in klausulen i avtalet. Denna regel har stor betydelse vid tolkning av friskrivningsklausuler. Cian menar att detta är den regel, som borde ha företräde framför andra vad gäller konsumentavtal, han menar vidare att regeln kan användas både vid standardavtal och individuellt upprättade avtal, trots att regeln torde komma till störst användning vid standardavtal.³⁹ Man måste dock hålla i minnet att oklarhetsregeln endast kan tillämpas när en klausul är oklar, regeln är alltså ingen regel som per automatik ger en svagare part rätt i en tvist bara för att det inte är han som har avfattat en viss avtalsklausul.

6.5. Nullitet

De tidigare nämnda stadgandena hänvisar alla till artiklarna 1418 och 1419, vilka rör nullitet. Om en klausul finnes strida mot ovanstående stadganden och andra normer påbjudna i lagtext, främst art 1341 kommer den att drabbas av nullitet, såvida inte annat framgår av lagtexten. Även andra faktorer kan leda till att ett kontrakt drabbas av nullitet, dessa är främst om avtalet inte innehåller de fundamenta i form av ”causa” och ”oggetto”, som måste finnas för att ett avtal överhuvud taget skall komma till stånd. Rättsföljden av nullitet är att man skall handla som om klausulen aldrig hade funnits.

I art 1418 beskrivs två fall av partiell nullitet. Den första avses nullitet som drabbar en så viktig klausul att den var en förutsättning för resten av kontraktet. Om parterna aldrig skulle ha ingått avtalet utan ett stadgande som reglerar det område i avtalet som drabbats av nullitet, så gäller att hela avtalet är en nullitet. Detta stadgande drabbar sålunda främst viktiga avtalsklausuler, i artikeln

³⁹ Se Cian i Studium Iuris (Civile) sid. 419.

hänvisas särskilt till artiklarna 1229 och 1341, vilka som jag nämnt ovan båda reglerar friskrivningsklausuler.

Om klausulen som drabbats av nullitet istället inte är av ovan nämnda slag, d.v.s. parterna skulle ha slutit kontraktet även om de inte hade reglerat avtalsområdet som drabbats av nullitet, eller om frågan är reglerad i dispositiv rätt, så gäller enligt art 1419 att avtalet som sådant lever vidare och att endast den aktuella klausulen drabbas av nullitet. Exempel på sådana delar av ett avtal är angivande av pris, vilket enligt art 1339 skall insättas automatiskt i ett avtal om det inte är angivet. Vilket priset skall vara om det inte har angivits i kontraktet blir givetvis en fråga för tolkning⁴⁰.

6.7. Konsumentskydd i Italiensk rätt

När man behandlar den lagstiftning som reglerar friskrivningsklausuler, har den i första hand kommit till för att skydda en svagare part. Även om jag i denna uppsats har försökt att rikta in mig på kommersiella avtal känns det naturligt att i sammanhanget ta upp ett avsnitt om italiensk konsumenträtt.

Art 1341, som tillkom redan 1942 var på sin tid väldigt modern då den skyddade en svagare part. Det står inget uttryckligt i artikeln att den är till för att skydda konsumenter, men det ligger i sakens natur att ett stadgande som skyddar en svagare part även kan tillämpas då den svagare parten är konsument. Basen då man skall bedöma oskäligen avtalsvillkor gentemot en konsument står dock fortfarande att finna i den aktuella paragrafen. Även art 1342, vilken reglerar avtal slutna genom formulär, går att tillämpa till skydd för en konsument om denne har drabbats genom att skriva på ett färdigt standardavtal.

6.7.1. EG-direktivet 1993:13

Detta direktiv kom till för att harmonisera konsumentskyddslagstiftningen inom den Europeiska Unionen. I direktivet har man försökt jämka samman olika modeller i EU, men till sin största del bygger direktivet på den franska konsumentskyddslagstiftningen.⁴¹ Som bekant gäller att ett direktiv, till skillnad från en förordning, ger den enskilda medlemsstaten möjlighet att utforma lagstiftningen på ett sätt som passar i den aktuella staten. I detta fall är det alltså upp till varje stat att se till att man har ett adekvat regelsystem, vilket skyddar konsumenter från ofördelaktiga avtalsvillkor. Tanken bakom direktivet är att konkurrensen på den europeiska marknaden skall stimuleras genom att en näringsidkare vet att ett visst konsumentskydd gäller i hela unionen. En näringsidkare kan alltså inte använda otillåtna avtalsklausuler någonstans i Europa. Direktivet är

⁴⁰ I svenska KöpL gäller enligt 45§ att då priset inte följer av avtalet ” skall köparen betala vad som är skäligt med hänsyn till varans art och beskaffenhet, gängse pris vid tiden för köpet, samt omständigheter i övrigt. Motsvarande bestämmelser finns i CISG art 55 och UNIDROIT 2.14, 5.6 och 5.7.

⁴¹ ”Loi sur la protection et l'information du consommateur”, från 1978, se vidare Studium Iuris (civile) årgång 1996 sid 411.

tänkt att skydda konsumenter framförallt från standardkontrakt. Regleringen i direktivet anger endast en miniminivå på konsumentskyddet. Det är alltså tillåtet för en stat att ha ett längre gående konsumentskydd. En otillåten avtalsklausul definieras i direktivets art 3 som en klausul som inte har varit föremål för individuell förhandling, och klausulen är till skada för konsumenten, samt att den medför en märkbar obalans mellan parterna i avtalet. I art 5 anges även att vid oklarhet om vad som gäller enligt en avtalsklausul så skall den tolkningen gälla som är mest fördelaktig för konsumenten. Vi ser här att enligt direktivet så måste man tillämpa oklarhetsregeln på konsumentavtal.

Som jag nämnt ovan ger artiklarna 1341, 1342 och 1370⁴² ett visst stöd för svagare part. I art 1370 återfinns just oklarhetsregeln. I Italien har man dock valt att ta in ett helt nytt avsnitt i Codice civile, då nämnda lagstiftning inte ansågs ge konsumenten tillräckligt skydd. Det nya avsnittet har sedan dess tillkomst varit föremål för en stor debatt i den juridiska doktrinen. Man har frågat sig vad skyddet i praktiken skall få för praktisk betydelse. För avtalsförhållanden utanför konsumenträtten, d.v.s. mellan två näringsidkare eller mellan två privatpersoner skall man givetvis även i fortsättningen använda sig av artiklarna 1341, 1342 och 1370.

6.7.2. Art 1469

I denna artikel hittar man de regler som gäller som skydd för en konsument i Italien. Artikelken antogs 6 februari 1996⁴³ som en direkt följd av ovan nämnda EU-direktiv och följer till stor del direktivet rakt av. I artikeln definieras vilka avtal och klausuler som är att anse som tyngande, eller oskäligen för konsumenten (Clausole vessatorie). Här har man följt definitionen i direktivet, nämligen att det skall vara ett kontrakt mellan en konsument och en näringsidkare, där oavsett om parterna har handlat i god tro, konsumenten drabbas av en signifikant obalans. Därefter följer en definition av konsument och näringsidkare, som inte skiljer sig från gängse definitioner i svensk rätt. Man har därefter listat ett antal klausuler som är att anse som otillåtna såvida inte motsatsen bevisats (d.v.s. en presumtion) om de har som syfte eller effekt att begränsa konsumentens rätt i något av nämnda avseenden. Uppräkningen är endast en exemplifiering, vilket innebär att även klausuler som inte nämnts kan drabbas. De typer som nämns är framförallt olika slags friskrivningsklausuler, sådana klausuler som utesluter eller begränsar ansvaret för näringsidkaren vad gäller konsumentens dödsfall eller personskada, friskrivning från näringsidkarens försummelse, adhesionsklausuler, där konsumenten inte har haft någon möjlighet att få reda på klausulens innehåll före kontraktsslutet. Under www-adressen ”Occhio”⁴⁴, utgiven av en italiensk konsumnetorganisation, finner man beskrivet vilka klausuler som i praktiken kan drabbas av den nya konsumentskyddande lagstiftningen. Det gäller bl.a. klausuler inom banksektorn, som tillåter banken att ensidigt ändra villkoren för konsumentens konto, forum- eller skiljedomsklausuler inom försäkringssektorn, som utesluter konsumenten från rätten att gå till vanlig domstol, prisklausuler vid köp av begagnad bil, som lämnar priset oreglerat tills dess att avlämnandet sker, mäklares

⁴² Vilka alla hörör från Codice civiles tillkomst 1942.

⁴³ Cirka ett år efter det att implementeringsfristen hade gått ut.

⁴⁴ Hittas på Internet under adressen <http://www.adiconsum.it/Occhio/Cvess.htm>.

provisionsklausuler, som säger att mäklaren har rätt till provisionen även om konsumenten (uppdragsgivaren) frånträder kontraktet, klausuler som tillåter en leverantör av elektricitet, telefon eller liknande att stänga av respektive förnödenhet vid konsumentens försummelse, klausuler som tvingar en kursdeltagare att betala en kurs hela pris, även ifall han frånträder kursen innan den har börjat och klausuler, som vid terapeutisk behandling utesluter terapeuten från ansvar för skador på patienten. Som jag tidigare nämnt är denna uppräkningslista bara en exemplifiering på vanligen förekommande klausuler som drabbas av art 1469.

Rättsföljden av att en klausul är av ovan nämnda slag är att klausulen ogiltigförklaras. Det är endast klausulen ifråga som drabbas och inte hela kontraktet. Denna reglering påminner om 36§ AvtL, men den stora skillnaden är att en italiensk domare endast kan välja att ogiltigförklara en klausul och inte som i Sverige ha möjlighet att jämka den. En klausul kan enligt bestämmelsen ogiltigförklaras om det är till fördel för konsumenten och domaren har rätt att ogiltigförklara en avtalsklausul ex officio, d.v.s. utan att konsumenten har yrkat så. Regleringen framstår som onödig, då jag finner det svårt att komma på fall där det inte är till konsumentens fördel att en för honom tyngande klausul ogiltigförklaras och tas bort från kontraktet. Vidare gäller att en avtalsklausul som strider mot art 1469 kan ogiltigförklaras även om den skulle vara tillåten i ett annat EU-land.

I artikelns sista del stadgas att konsumentorganisationer, handelskammaren eller liknande organisationer kan stämma näringsidkare eller sammanslutningar av näringsidkare att inhibera användandet av vissa klausuler i sina standardformulär. Den aktuella näringsidkaren kan också dömas att publicera domen i en eller flera tidningar, där minst en skall vara nationellt täckande. Man har alltså valt att ta med en marknadsrättslig reglering i art 1469, vilket kan tyckas märkligt, då regeln återfinns i civilkoden. Även i Sverige har EU-direktivet 1993:13 lett till att man infört nya paragrafer i avtalsvillkorslagen för konsumenter, samt en hänvisning till dessa i 36 § AvtL.

6.7.3. Jämförelse med svensk konsumenträtt

Skillnaden mot vår svenska 36§ AvtL är att den italienska regleringen för konsumentskydd är mer uttömmande. Detta torde vara till en fördel då det är lättare för var och en att uppfatta vilken slags klausuler som är tyngande för en konsument. Det finns i art 1469 uppräknade fall, vilka täcks av regleringen. Denna uppräkningslista är dock bara en exemplifiering och även andra klausultyper kan tänkas täckas av artikeln. Man kan alltså enligt min mening som konsument i Italien lättare få en idé om vad för slags klausuler som kan ogiltigförklaras till förmån än för en konsument. Den svenska beskrivningen där man nämner ”oskäligen avtalsvillkor” och att man skall ta särskild hänsyn till behovet av skydd för den som är ”konsument eller eljest intager en underlägsen ställning”. När en konsumenttvist väl kommer inför domstol torde dock inte skillnaden mellan svensk eller i en italiensk domstol vara stor, vad gäller vilka klausuler som anses vara oskäligen, men den italienska regleringen torde leda till att konsumenter lättare kan skapa sig en bild av vilka avtalsklausuler som kan angripas. I Sverige nämns visserligen de avtalsvillkor som kan jämkas

enligt 36§ AvtL i förarbetena till paragrafen, men det är enligt min mening enklare att informera sig om innehållet i lagen (Codice civile), än att gå till förarbetena.

Allmänt gäller att man i Italiensk lagstiftningsteknik är motvillig till att ha för allmänna regleringar i form av generalklausuler och istället har gått in för en mer genomarbetad och detaljerad reglering⁴⁵. Art 1469 kan dock kallas en generalklausul eller åtminstone anses vara en allmän reglering, då den lämnar dörren öppen för alla de klausuler som kan anses vara oskäligen avtalsklausuler.

En nackdel med den italienska modellen är att resultatet då en konsument stämmer in en näringsidkare inför domstol är att en avtalsklausul endast kan drabbas av ogiltighet. Den svenska varianten med jämningsmöjligheten är en mjukare reglering som i det enskilda fallet borde leda till en mer lämplig lösning, då den svenske domaren kan forma en ny mer lämplig klausul. I Italien blir resultatet istället att en klausul drabbas av ogiltighet. Vad skall man då göra med det avtalsområde som då lämnas oreglerat? I art 1469 står uttryckligen att resten av kontraktet skall leva vidare i oförändrat skick. Det är uppenbart att art 1419, 1 st inte är tillämplig, d.v.s. att ogiltigheten av en klausul medför att hela kontraktet blir ogiltigt, ifall parterna aldrig hade slutit avtalet under förutsättningen att aktuella klausulen inte fanns.⁴⁶ Istället finns det enligt Cian två möjligheter. Den ena är att man följer ordalydelsen i artikeln och låter det bli frågan om full ogiltighet, d.v.s. klausulen lämnas utan avseende, då kommer istället dispositiv reglering automatiskt istället för den ogillade klausulen. Det är inte säkert att detta alltid är den bästa lösningen för någon av parterna. Ett annat alternativ är enligt Cian att det hela så att säga reglerar sig självt genom att de båda parterna genom konkludent handlande utformar en annan lösning. Jag har dock svårt att se att detta skulle vara en bättre lösning på problemet. Risken med detta är att näringsidkaren genom sin dominans i form av större kunskap skapar en ny (om än oreglerad) oskäligen avtalsklausul och då är man tillbaka på ruta A. En sådan klausul kan aldrig drivas igenom i en domstol, utan det är upp till konsumenten att på nytt stämma in näringsidkaren, så att domstolen ogiltigförklarar klausulen.

Cian menar vidare att regleringen är onödig, då området enligt hans mening redan täcks av art 1229, 2 st.⁴⁷ Som jag nämnt ovan reglerar denna artikel friskrivningsklausuler, men i dess andra stycke stadgas även att varje avtal (patto) som är en ansvarsbegränsning (läs friskrivning) är ogiltig om den strider mot allmän ordning (ordine pubblico). Som sagt reglerar denna artikel inte specifikt konsumentförhållanden, men den kan användas även på konsumentförhållanden. Vad som är vunnet med den nya regleringen är att det tas upp vilka slags avtalsklausuler det är frågan om. Art 1469 bidrar enligt min mening till ökad tydlighet. Jag tycker inte att regleringen är onödig, utan den fyller sin funktion genom att man tydligt listar de klausuler som kan ogiltigförklaras av en domstol, samt att man genom regleringen understryker att det är fråga om lagstiftning till skydd just för konsument och ingen annan.

⁴⁵ Se Giorgio Cian i tidskriften *Studium Iuris* (civile), där han kritiserar art 1469 för att inte stämma in i det Italienska systemet.

⁴⁶ Se Cian, aa sid. 417.

⁴⁷ Se Cian, aa sid. 419.

En klausultyp som inte nämns i den nya konsumentskyddslagstiftningen är de klausuler som reglerar en automatisk förläggning av ett kontrakt. Det är intressant att notera att klausulen ingår i uppräknningen av klausuler som måste godkännas genom dubbel underskrift i art 1341, men att den inte tas upp i art 1469. Om man som konsument blir drabbad av en sådan klausul får man alltså förlita sig på skyddet i art 1341.

6.8. Beloppsklausuler Art 1382- 1384

I Italien, liksom i Sverige, är det vanligt att man i kommersiella kontrakt tar in vitesklausuler.⁴⁸ Till skillnad från i svensk rätt så finns det i italiensk rätt lagreglering på området. Dessa klausuler kallas på italienska ”clause penale”.⁴⁹ Dess syfte är att tvåfaldigt, dels att stimulera säljaren att fullgöra sin skyldighet, dels att i förväg bestämma en kompensation, då det är svårt att visa skadan och kanske ännu svårare att visa dess storlek. I art 1382 ges en definition av klausulen och där beskrivs även dess syfte. En ”clausola penale” är en klausul som vid fel eller dröjsmål med avtalsuppfyllelse ger en part (köparen) rätt till ett visst förutbestämt belopp, vilket begränsar parts rätt till ytterligare skadestånd, såvida det inte förseningen eller felet beror på uppsåt eller grov oaktsamhet. Här hänvisas till art 1229, som stadgar att det är ogiltigt att friskriva sig från uppsåt eller grov vårdslöshet. I fallet ovan⁵⁰, där en säljare av ett skepp fördröjer leveransen för att på detta sätt tvinga fram en hävning, gäller alltså enligt italiensk rätt att ett sådant förfarande är ogiltigt och att denne säljare i dröjsmål tvingas betala fullt skadestånd, trots att det finns en vitesklausul, då förseningen beror på uppsåt eller grov oaktsamhet. En sådan säljare skall alltså inte tjäna något på sitt förhållande, utan han skall istället straffas genom att han tvingas betala fullt skadestånd, även för utebliven vinst. I art 1384 finner man en jämningsparagraf, som är tillämplig på dessa vitesklausuler. Det är intressant att notera att man i italiensk rätt inte har någon allmän jämningsklausul, likt vår 36§ AvtL, inte ens vad gäller konsumenträtt, utan istället blir resultatet att en avtalsklausul antingen är i sin ordning eller så är den ogiltig, en nullitet. Vad gäller vitesklausuler har man alltså en jämningsparagraf, som säger att ett kontraktsvite kan jämkas av en domare om en del av prestationen har skett eller om vitessumman är överdriven, med tanke på skadan part har lidit av en felaktig eller försenad avtalsuppfyllelse. Vad menas då med att vitessumman är överdriven med tanke på liden skada? Givetvis är detta upp till domaren att avgöra i det enskilda fallet, och det är därför svårt att ge några allmänna riktlinjer. Enligt ORGALIME⁵¹ gäller att vitesbeloppet skall vara ” blantly excessive” förr att det skall kunna jämkas enligt art 1384.

Varför väljer då köparen att ta in en vitesklausul i ett kontrakt? Givetvis kan det vara så att han är i ett underläge rent förhandlingsmässigt och därför måste acceptera de villkor han erbjuds. Ett annat skäl är att köparen är angelägen att få godset även om det är sent och helt enkelt inte är

⁴⁸ Se ORGALIMES publikation; Delay in Delivery, Erection and Payment, Mars 1984, sid 55 f.

⁴⁹ Penalty clausus på engelska, på svenska kallar vi dem vitesklausuler, se ovan under kapitel 4.6.

⁵⁰ Se under kapitel 4.6.

⁵¹ se ORGALIME, aa ovan.

intresserad av hävning. Köparen får då åtminstone en del av sina skador täckta vad gäller den skada som orsakats av förseningen.

7. Italiensk reglering av friskrivningsklausuler.

Jag skall nu göra en djupdykning i den italienska regleringen av friskrivningsklausuler för att försöka få fram en mer nyanserad bild än den jag ovan redovisat.

7.1. Friskrivning från grov culpa och uppsåtligt handlande Art 1229, 1 st

Som jag tidigare nämnt innehåller art 1229, 1 st ett förbud mot att man friskriver sig från uppsåt eller grov vårdslöshet. Följden av en sådan friskrivningsklausul är att den drabbas av nullitet. Det är alltså ingen idé att försöka friskriva sig från detta, då det är ett absolut förbud, vilket inte kan lindras av att motparten gett sitt samtycke eller att han fått kompensation i form av ett lägre pris. Redan i den romerska rätten ansågs det vara otillåtet att friskriva sitt eget uppsåt då man såg det som omoraliskt. I doktrinen har det redan innan tillkomsten av civilkoden 1942 hävdats att en friskrivning av detta slag gör hela avtalsuppfyllelsen onödig, då en sådan friskrivning förstör den bindning mellan två parter som man stävar efter att uppnå genom att binda sig i ett avtal.⁵² Klausuler där part friskriver sig från uppsåt eller grov culpa strider enligt italiensk praxis mot "ordine pubblico" då de strider mot de mest grundläggande värderingarna i den juridiska ordningen.⁵³ Denna typ av friskrivning strider alltså mot grunderna för Italiens civilkod. Detta förbud gäller även utomobligatoriska förhållanden. Följaktligen går alltså sådana klausuler som begränsar skadeståndets storlek, eller sådana som fråntar en part rätten att frånträda ett kontrakt att ogiltigförklara.

Vid avtal om transport, förvaring eller arbete på egendom, får man begränsa skadeståndets storlek endast om utförande part uttrycker denna vilja då han tar emot godset och att han då försäkrar att han endast ansvarar för godset upp till ett visst värde. Om denne part vet om att den vara han tar emot har ett högre värde än det högsta man angivit i friskrivningsklausulen innebär detta att han har friskrivit sig från sitt eget uppsåt. En sådan friskrivning kan ogiltigförklaras enligt art 1229.

Det vilar alltså enligt italiensk doktrin ett relativt tungt ansvar på den som avfattar en friskrivningsklausul att ha bör förvissa sig om de faktiska förhållanden som gäller i avtalet. Detta kan bli aktuellt främst då banker eller andra institutioner begränsar sitt ansvar för sådant kunder deponerar i bankfack eller liknande. Ett sätt för banken att undgå detta ansvar är att ta in en klausul som säger att man inte får deponera mer än ett visst värde i bankfacket. Om banken vet eller misstänker att kunden deponerar saker till ett högre värde är dock banken i vetskap och friskrivningsklausulen kan ogiltigförklaras. Det man inte kan friskriva sig ifrån enligt den aktuella

⁵² Chironi, colpa contrattuale och Giorgi, Teoria delle obbligazioni.

⁵³ Corte di cassazione 24-04-1962, n. 818, hittas i Rivista Diritto, nav. (Corte di cassazione är Italiens högsta domstol).

artikeln är alltså sådant som man har vetskap om eller som man lätt skulle kunna få vetskap om, samt sådant som man själv orsakar genom sitt eget uppsåtliga handlande eller sin egen grova vårdslöshet.

Förbudet mot att friskriva sig från uppsåt eller grov vårdslöshet gäller även i samband med vitesklausuler. Om en part genom uppsåtligt handlande inte uppfyller sin avtalsprestation och han vet att han endast kommer att behöva betala skadestånd enligt ett förutbestämt vite som i själva verket inte täcker skadan är effekten av detta handlandet att man har friskrivit sig från sitt eget uppsåt. En sådan klausul kan ogiltigförklaras enligt art 1229. Vitesklausulen faller sålunda och den part som inte uppfyller sin del av avtalet blir skyldig att täcka skadan fullt ut.

Vad gäller force majeure -klausuler kan man som säljare i dess klausuler inte friskriva sig från sådant som man hade vetskap om. Om man som säljare vet att exempelvis en strejk kommer att inträffa och köparen inte vet om det gäller det att det är ogiltigt för säljaren att friskriva sig från just ansvar från avtalsbrott som beror på strejk. Även detta agerande ser man som att säljaren har friskrivit sig från sitt eget uppsåt och klausulen kan ogiltigförklaras enligt art 1229.. I den svenska doktrinen talas mycket om sådant som sker inom säljarens kontroll, i Italien är man istället mer benägen att dra gränsen för säljarens ansvar i samband med friskrivning vid vad han hade vetskap om.

Även klausuler som friskriver en part från sådant som beror på hans anställda kan ogiltigförklaras enligt art 1229. I praxis har man ogiltigförklarat en klausul i ett avtal mellan en bank och ett väktarbolag, där väktarbolaget hade friskrivit sig från allt ansvar vad gällde sådan skada som inträffade på grund av de anställda väktarnas uppsåt eller oaktsamhet.⁵⁴ Parts anställda räknas alltså i ansvarshänseende som parten själv och då man inte som part kan friskriva sig från ansvar beroende på uppsåt eller grov vårdslöshet kan man inte heller göra det för sina anställda.

Jag tycker dock att det är lite konstigt och stelbent med ett absolut förbud av detta slag mot alla friskrivningsklausuler från grov vårdslöshet. Om en part har accepterat att han får köpa en vara till fördelaktiga villkor mot att han accepterar en så långt gående friskrivning borde det vara upp till dessa båda parter att reglera sitt avtal på det sätt de båda tycker är lämpligast. En reglering som denna kan i det enskilda fallet leda till orättvisa konsekvenser för den part som kanske gett upp många fördelar för att friskriva sig från sin egen grova culpa. Å andra sidan borde man veta vad lagen säger om man är näringsidkare och om man friskriver sig från sin egen grova culpa gör man det på egen risk, då det alltid finns en risk att motparten stämmer in en för att man fört in en sådan friskrivningsklausul. En fördel med att lagstiftaren har tagit in ett sådant tydligt förbud mot aktuella friskrivningar är att man säkert vet att de kommer att underkännas om de kommer under en domstols prövning. I svensk rätt då man bara kan rätta sig efter generalklausulen i 36§ AvtL är det svårare för en friskrivande part att veta om hans klausul kommer att bli föremål för jämkning eller inte. Det kan i många fall i slutändan bli frågan om en chansning. Man tar in en friskrivningsklausul från grov culpa och hoppas att motparten inte skall uppmärksamma den.

⁵⁴ Tribunale di Milano, 14 september 1989.

7.2. Friskrivning från culpa Art 1229, 2 st

Enligt italiensk rätt gäller att det är tillåtet att friskriva sig från vanlig culpa och icke- självförvällat avtalsbrott så länge friskrivningen inte bryter mot något stadgande som utgår från allmän ordning (*ordine pubblico*), d.v.s. att man exempelvis inte får friskriva sig från ansvar för personskada.⁵⁵ Denna regel finner man i art 1229, 2 st. Vad gäller övriga sorters friskrivningar såsom friskrivning från kvalitet eller allmänt hållna friskrivningsklausuler av typen befintligt skick så finns det i italiensk rätt inget särskilt förbud mot dessa, utan man får gå till art 1341, som reglerar vissa tyngande avtalsvillkor. Jag har tidigare nämnt denna reglering och kommer senare i uppsatsen att mera ingående redogöra för vad som gäller i dessa fall. Nu skall jag dock behandla friskrivning från den slags culpa som regleras i art 1229.

I kommersiella förhållanden är ju som bekant det viktigaste det ekonomiska värdet som båda parter förhoppningsvis får ut av affären. I ett snävt perspektiv kan man då säga att en friskrivning från culpa där det endast handlar om ekonomiska värden aldrig strider mot ”*ordine pubblico*”. Friskrivningar från culpa (som inte strider mot *ordine pubblico*) regleras dock inte i denna artikel, vilken är den materiella regeln i italiensk rätt som i kommersiella förhållanden som är nyckelparagrafen för regleringen av friskrivningar. Det är alltså fritt fram att i kommersiella förhållanden ta in friskrivningsklausuler i ett avtal, med begränsning för de formella regler som gäller enligt art 1341, som främst gäller till skydd för svagare part. Som jag förklarat ovan gäller dock att förbudet mot friskrivningen från uppsåt och grov culpa och från culpa vad gäller sådana värden som bör skyddas genom ”*ordine pubblico*” utgör en begränsning av parternas avtalsfrihet.

7.2.1. Bevisbörda

Om part inte uppfyller sin del av avtalet antar man, presumerar, att det är vårdslöst av honom. Det är alltså den som inte uppfyller sin del av avtalet som har att visa att han inte har varit försumlig. Den som författar en friskrivningsklausul, d.v.s. den som vill använda den till sin fördel vet ofta vilka situationer som kan komma att inträffa. Den som vill visa att motparten har varit culpös har enligt detta resonemang endast att visa att motparten inte uppfyllt sin del av avtalet i rätt tid. Då är det sedan upp till icke uppfyllande part att visa att han inte varit försumlig för att gå fri från ansvar.

7.3. Formell reglering av friskrivningsklausuler Art 1341

Som jag nämnt ovan var art 1341 vid dess tillkomst 1942 modern då den reglerade allmänna avtalsvillkor. Den kom till för att skydda svagare part, vilken enligt italiensk doktrin, liksom enligt

⁵⁵ För en utförlig analys av begreppet *ordine pubblico*, se G. B. Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970 sid 174 ff.

svensk kan vara en näringsidkare⁵⁶. Efter tillkomsten av det nya konsumentskyddet i italiensk rätt gäller att man för konsumentavtal får gå till art 1469. För regleringen av kommersiella avtal gäller dock fortfarande art 1341.

Artikeln reglerar i första hand standardavtal. För att falla under artikelns tillämplighet räcker det att det är ett avtal upprättat av en av parterna och är avsett att användas mer än en gång. Det behöver alltså inte vara meningen att avtalet skall vara avsett att användas i affärer med flera parter, utan det räcker att det är ett avtal avfattat av ena parten och som kan användas flera gånger även mellan samma kontrahenter.⁵⁷ Syftet med bestämmelsen är att undvika att sådana tyngande klausuler i ett avtal som den svagare parten inte har haft möjlighet att ta del av innan det att klausulen har integrerats i avtalet blir en del av avtalet. De klausuler man med bestämmelsen vill åt är sådana som förts in i avtalet och avfattats av en kontrahent utan att den andra parten haft en möjlighet att påverka dess utformning. Klausuler som varit föremål för överläggningar mellan parterna kan alltså inte omfattas av klausulen oavsett hur tyngande de än är för någon av parterna.⁵⁸

Klausuler som återfinns i avtal som slutits genom ”atto pubblico”, d.v.s. då man har slutit ett kontrakt med hjälp av vad vi i Sverige skulle kalla notarius publicus omfattas inte av paragrafen, då den tjänsteman som upprättar ett sådant kontrakt måste avsluta avtalet med att försäkra att det är båda parters fria viljor som kommit till uttryck i avtalet. Man ålägger sålunda en notarie ett ansvar att avtalet är skäligt. Om en av parterna i ett sådant avtal känner sig förfördelad skall han rikta anspråk mot den notarie som upprättat avtalet genom ”atto pubblico” och inte motparten i avtalet för det fall att notarien inte har fullgjort sin plikt att se till att det är båda parters fria viljor som kommit till uttryck i avtalet.

Inte heller standardavtal i form av agreed documents, som förhandlats fram av företrädare för fack- och arbetsgivareföreningar eller av respektive branchorganisationer omfattas av bestämmelsen, såvida inte standardavtalet är ett resultat av den starkare partens övertag.⁵⁹ De avtalsvillkor som finns i agreed documents är alltså i sin ordning enligt italiensk praxis, såvida man inte kan visa på att standardavtalet främjar endera part. Problemet borde inte uppstå om det verkligen är frågan om ett agreed document, då det ligger i sakens natur att ett sådant standardavtal är en välbalanserad överenskommelse mellan företrädare för två i branschen typiska avtalsparter. Men för att de skall få verkan måste de ha implementerats i avtalet på rätt sätt, vilket regleras under andra lagrum, främst tolkningsreglerna i art 1362- 1370.

⁵⁶ Se G Patti och S Patti, Responsabilita precontrattuale e contratti standard, Giuffrè, sid 306 och rättsfallet Cass 27-4-1991, n 4638.

⁵⁷ I rättsfallet från corte di cassazione 26-3-1965 n. 513 kom man fram till att art 1341 gällde även för en serie avtal mellan samma avtalsparter.

⁵⁸ Se Cass 28-10-1976, n. 3973 och Cass 21-11-1978, n. 5422.

⁵⁹ Se Cass 17-7-1967, n. 1830 och Cass 12-9-1970, n. 1412.

Det finns inget som säger att part som drabbas av en tyngande klausul måste vara en svagare part, man har i praxis istället fastslagit att art 1341 är tillämplig även då en jämbördig eller starkare part drabbas av en tyngande klausul.⁶⁰

7.4. Klausulkatalogen i art 1341, 2 st

I artikelns andra stycke räknas det upp ett antal klausuler som typiskt sett är så farliga för den part som inte har avfattat dem att de kan ogiltigförklaras av rättsordningen såvida inte den part som drabbas av klausulen har accepterat den genom en specifik underskrift. Detta innebär alltså att en av parterna i ett avtal kan tvingas att skriva under ett avtal två gånger, först själva avtalet och sedan den klausul som ingår i katalogen i det aktuella lagrummet. Listan är uttömmande och det är inte tänkt att den skall tolkas analogt. Däremot får man tolka de olika klausul typerna extensivt för att få in inte endast de klausuler som har en speciell rubrik, utan även de klausuler som reglerar samma område som det man vill skydda i artikeln⁶¹. De klausuler som måste godkännas med speciell underskrift är; friskrivningsklausuler, klausuler som ger part rätt att frånträda kontraktet, klausuler som ger en part rätt att ställa in utförandet, preskriptionsklausuler, klausuler som begränsar parts rätt att göra anspråk gällande vid avtalsbrott, klausuler angående begränsningar i avtalsfriheten med tredje man, klausuler om automatisk förlängning av avtalet, skiljemannaklausuler och forumklausuler. Det är alltså en hel del klausuler som faller in under denna skyddslagstiftning, men påfallande är att vitesklausuler inte ingår i förteckningen. Dessa regleras istället i artiklarna 1382-1384, vilka som jag tidigare nämnt innehåller en jämningsregel.

För friskrivningsklausuler gäller alltså att då en av avtalsparterna för in en friskrivningsklausul i ett avtal måste motparten speciellt uppmärksammas på klausulen och skriva under den för att den skall bli giltig. Vi talar nu endast om de slags friskrivningar som inte omfattas av art 1229. De friskrivningsklausuler som där nämns, d.v.s. friskrivning från uppsåt, grov vårdslöshet, eller sådana friskrivningar från culpa som strider mot ”ordine pubblico”, kan aldrig godkännas av den drabbade parten, inte ens genom dubbel underskrift. Den typ av friskrivningar som är aktuell i art 1341 är alltså friskrivningar från vanlig culpa eller andra motsvarande typer av friskrivningsklausuler, exempelvis de klausuler som begränsar parts skadeståndsskyldighet. Den dubbla underskriften är ett absolut formkrav som inte kan ersättas av något annat. Det spelar ingen roll om den drabbade parten får en fördel, som exempelvis ett lägre pris mot att han accepterar en friskrivningsklausul.⁶² Det räcker att det faktum att motparten för in sina avtalsklausuler innebär fara för den part som tvingas att acceptera avtalsvillkoret.

Själva underskriften kan ske antingen vid varje klausul eller genom att man i slutet av kontraktet hänvisar till de klausuler som man accepterar genom den dubbla underskriften, om det av detta framgår att den underskrivande parten genom detta förfarande har förstått vad det är han skriver

⁶⁰ Se Cass 4-6-1979, n. 3153.

⁶¹ Se Cass 19-8-1971, n. 2555.

⁶² Se Cass 16-6-1976, n. 2266.

under.⁶³ Det finns däremot inget krav på att part måste ha insett betydelsen och konsekvensen av klausulen, det räcker att han insett att det är en klausul som friskriver motparten från ansvar i något avseende. Om underskrivande part har skrivit under utan att bry sig om vad det stod i klausulen även om han har haft möjlighet att ta reda på det är det upp till honom och underskriften gäller ändå. Problemet med denna formella reglering är att underskrivande part genom sin egen oaktsamhet kan skriva under och godkänna en för honom tyngande klausul utan att han inser dess innebörd. Det positiva med en formell reglering av detta slag är att den part som för in en tyngande friskrivningsklausul i ett avtal alltid har ett incitament att uppmärksamma den andre parten på att det finns en sådan klausul. På detta sätt har den underskrivande parten åtminstone teoretiskt sett en rimlig chans att skydda sig, antingen genom att välja att inte ingå avtalet genom att inte skriva på, eller att skriva på men då vara beredd på vad klausulen kan medföra.

Om det finns många klausuler i avtalet som speciellt måste godkännas är det bättre för tydligheten att underskrivande part skriver under vid varje enskild klausul. Det räcker således inte att den part som inte har skrivit under dubbelt kände till klausulen då han undertecknade avtalet som sådant, eller att han efter avtalsslutet får vetskap om klausulen. En sådan klausul kan alltid klandras. Det är inte bara den drabbade parten, utan även den part som har fört in friskrivningsklausulen kan klandra den, även om det är mindre troligt att han gör det, då anledningen att han tagit in en friskrivningsklausul är att han skall få någon nytta av den. Domstolen kan också ex officio ogilla klausulen, d.v.s. utan att någon av parterna har stämt in den andre för att undanröja friskrivningsklausulen och avtalet på något annat sätt kommit under domstols prövning⁶⁴.

Effekten av att en friskrivningsklausul ogiltigförklaras blir ogiltighet för själva klausulen. Det är alltså frågan om den sortens partiell nullitet som beskrivs i art 1419, 1 st och det beror på omständigheterna i det enskilda fallet om det faktum att friskrivningsklausulen drabbas av nullitet medför att hela avtalet skall drabbas av nullitet. Det rekvisit som avgör ifall resten av avtalet skulle få leva vidare i oförändrat skick är om parterna skulle ha ingått avtalet under förutsättningen att friskrivningsklausulen inte var en del av avtalet. Om friskrivningen är en förutsättning för avtalet medför detta att hela avtalet blir en nullitet på grund av att friskrivningsklausulen. Det avgörande är alltså hur viktig friskrivningsklausulen var för parterna i förhållande till resten av avtalet. Man ser det som om klausulen aldrig var en del av avtalet och därför kan det aldrig bli aktuellt att hela avtalet ogillas på grund av att man aldrig ingått avtal under förutsättningen att klausulen inte ingick. Det är ju i slutändan precis vad man gjort, nämligen ingått avtal utan den aktuella klausulen.⁶⁵

7.5. Individuellt framförhandlade friskrivningsklausuler

I artiklarna 1229 och 1341 finner vi en omfattande reglering för att skydda en italiensk kontrahent från att drabbas av en friskrivningsklausul. De typer av friskrivningsklausuler lagstiftaren vill

⁶³ Se Cass 3-3-1980, n. 1415.

⁶⁴ Se bl.a. Cass 11-1-1978, n. 79.

⁶⁵ Cian, aa sid. 366.

skydda ifrån är de som friskriver en part för ansvar för dolus grov culpa eller culpa vad gäller dels sådana klausuler som strider mot ordine pubblico, dels sådana klausuler som förs i i ett avtal av en part i de standardavtal han tillhandahåller utan att motparten har en chans att granska dem. Full avtalsfrihet gäller alltså för de friskrivningsklausuler som inte inkräktar på ovanstående områden, d.v.s. sådana friskrivningsklausuler som avtalats fram av två parter som inte omfattas av konsumentskyddet, d.v.s antingen två näringsidkare eller två privatpersoner. Det viktiga för att man själv skall få sin friskrivningsklausul godkänd av det italienska systemet är alltså att den är individuellt framförhandlad och att den inte bryter mot art 1229.

8. Analys och slutsatser

Jag skall i detta avsnitt peka på vad det finns för likheter och skillnader mellan det italienska och det svenska systemet vad gäller regleringen av friskrivningsklausuler. En del av detta har jag redan nämnt ovan, men här skall jag samla alla iakttagelser i ett kapitel.

8.1. Lagstiftningsteknik

Den italienska lagstiftningstekniken skiljer sig från den svenska genom att den är mer formell, teoretisk, detaljerad och utförlig. Det finns många exempel på detta. Det tydligaste är att man ställer upp fyra kriterier i lagen för att ett avtal överhuvudtaget skall föreligga. I Sverige har mycket vuxit fram i praxis, men i Italien får man känslan av att det är lagen som styr praxis och inte tvärt om. Codice civile har ändrats i mycket liten omfattning sedan dess tillkomst 1942 och det är inte så konstigt, då det redan då fanns en bra reglering av så moderna företeelser som exempelvis leasing och standardavtal.

8.2. Avtalsolkningsregler

De avtalsolkningsregler som finns lagfästa i art 1362- 1370 i codice civile gäller i stor utsträckning även i Sverige, men här vilar de på en mindre stadig grund och man kan inte var helt säker på vad som gäller. I Italien vet man åtminstone säkert att de där uppräknade tolkningsreglerna måste tillämpas av en domstol då de är lagfästa. En part vet att han alltid kan åberopa reglerna i en process och att domstolen måste tillämpa dem. Om man som part i en process endast stöder sig på uttalanden i doktrin har man en svårare situation framför sig. Vad man däremot aldrig kan veta när man som förfördelad part stämmer in sin motpart inför domstol är hur domstolen skall tillämpa dessa tolkningsregler. Det enda man kan veta med säkerhet är att domstolen kommer att tillämpa dem. Det känns därför som att oklarhetsregeln, vilken är lagfäst i art 1370 har större betydelse i Italien än vad den har i Sverige och att man i Italien är mer benägen att tolka ett avtal till fördel för den svagare part som inte har avfattat den aktuella klausulen. När man talar om oklarhetsregeln får man dock aldrig glömma att för att den överhuvudtaget skall kunna användas

gäller att det måste föreligga oklarhet angående innehållet i avtalet. Detta faktum begränsar naturligtvis i hög grad användningen av oklarhetsregeln, både i Sverige och i Italien.

8.3. Generalklausuler

I Sverige täcks behovet av skyddslagstiftning till fördel för en svagare avtalspart av regleringen i generalklausulen i 36§ AvtL. I Italien har man däremot mer detaljerade regler som på det kommersiella området säger att en friskrivningsklausul inte får befria part från ansvar för uppsåt eller grov culpa eller culpa där den bryter mot sådana värden som skyddas av allmän ordning. Själva skyddsparagrafen, art 1341 är inte alls utformad som en generalklausul, utan den är istället en uttömmande uppräknig av fall där man genom ett formellt förfarande måste godkänna en tyngande klausul. Man talar inte om vad som är skäligt, utan endast vad den part som för in ett villkor formellt måste göra för att klausulen skall gälla. Det finns alltså på avtalsrättens område inga renodlade generalklausuler i den italienska regleringen. Däremot är vissa klausuler allmänt hållna, men aldrig helt generella liksom de vi har i Sverige.

8.4. Vitesklausuler

Vad gäller vitesklausuler har man i Italien till skillnad från i Sverige en speciell reglering i artiklarna 1382-1384, där man i art 1384 finner en regel som innebär att man kan jämka beloppet i en oskälig vitesklausul. Detta är en fördel jämfört med i Sverige där man endast har 36§ AvtL att förlita sig på. I realiteten blir säkert inte skillnaden stor mellan en klausul som jämkas enligt den svenska generalklausulen och en klausul som jämkas enligt den italienska jämkningsregeln. Fördelen är den att man enligt den italienska regleringen har större förutsebarhet, man kan med större säkerhet förutsäga hur den italienske domaren kommer att döma. I den svenska regleringen, d.v.s. praxis och lag finns det inget som säger hur man skall jämka en vitesklausul och om den överhuvudtaget får jämkas. I Italien vet man åtminstone att en vitesklausul kan jämkas om vitet är satt överdrivet högt.

8.5. Reglering av standardavtal

I Sverige har vi som bekant ingen specifik reglering av standardavtal, utan vi använder oss av 36§ AvtL, samt de regler som utvecklats i doktrin angående inkorporering av standardavtal, d.v.s. att man kan ställa vissa krav på att en avtalspart har fått möjlighet att ta del av de avtalsklausuler som införts av hans motpart för att de skall gälla. I Italien finns däremot en reglering i artiklarna 1341 och 1342. Som jag tidigare nämnt gäller att de avtalsklausuler som förts in i avtalet av en av kontrahenterna endast är giltiga om den andre avtalsparten hade kännedom om klausulerna vid avtalsslutet. Vad gäller friskrivningsklausuler och övriga åtta uppräknade klausultyper i artikelns andra stycke så har de ingen effekt såvida inte den drabbade parten har godkänt klausulen specifikt genom dubbel underskrift. Denna formella reglering medför att den som vill ha in sina

standardavtalsklausuler i ett avtal måste se till att motparten godkänner klausulerna. Denna regel minskar risken för konflikter vid tillämpningen av ett avtal. Har motpart godkänt klausulen så gäller den. Har part inte godkänt klausulen gäller den inte. Det blir alltså omöjligt för en part att smyga in en friskrivning i ett avtal.

Art 1342 reglerar endast det faktum att sådant som läggs till ett standardavtal skall gälla före den ursprungliga lydelsen. Denna regel har också utvecklats i svensk doktrin, men som jag nämnt är det en fördel att en regel av detta slag är lagfäst, då den på detta sätt får större tyngd.

8.6. Jämkning av avtalsvillkor

I Sverige kan man jämka oskäligen avtalsvillkor enligt 36§ AvtL. I Italien kan man antingen godkänna eller underkänna, d.v.s. ogiltigförklara avtalsvillkor. Detta gäller både konsumentskyddet i art 1469 och skyddet för avtalspart i allmänhet i artiklarna 1229 och 1341. Man kan däremot, som jag nämnt ovan jämka en vitesklausul om den är uppenbarligen överdriven. Jag tycker att den svenska regleringen är bättre i detta hänseende, då en jämkning av en klausul kan leda fram till en lämpligare reglering. Risken med att jämka avtalsvillkor är dock att man riskerar att komma bort från den ursprungliga partsviljan. Det parterna ofta vill när de sluter ett avtal är att komma ifrån dispositiv reglering som är det som styr parternas förhållande då de inte reglerat sitt avtalsförhållande på något sätt. Då en domare jämkar ett avtalsvillkor är risken att han tenderar att följa regleringen i dispositiv rätt och man kommer sålunda fram till en lösning som kanske ingen av parterna tycker om. När man som i Italien inte har jämningsmöjligheten blir det istället ett resultat som säkerligen är än mer orättvist än en jämkning, då domaren inte kan konstruera en klausul som skall komma istället för det aktuella avtalsvillkoret. Resultatet blir att dispositiv rätt kommer att gälla. Parterna har ju efter det att en klausul blivit ogiltigförklarad inte reglerat sitt avtal i det avseendet och då fylls självklart avtalet ut av dispositiv rätt. Alltså gäller till syvende och sist att det blir dispositiv rätt eller något som liknar dispositiv rätt som kommer att gälla mellan parterna, vilket inte är den bästa lösningen. Den svenska regleringen är bättre då domaren åtminstone har en möjlighet att jämka avtalsklausulen och komma fram till en bra lösning som inte nödvändigtvis måste stämma överens med dispositiv rätt.

8.7. Svagare part

I Italien liksom i Sverige finns lagstiftning till skydd för svagare part. Självklart kan en konsument vara denna svagare part och det är i typfallet just en konsument man har tänkt att skydda. Även en näringsidkare kan vara svagare part enligt båda ländernas doktrin. I art 1341 skyddas inte bara svagare part från nämnda avtalsvillkor, utan stadgandet är tillämpligt för att skydda en jämbördig eller till och med en starkare avtalspart, från sådana friskrivnings- eller andra tyngande klausuler som artikeln avser. Det är dock främst en svagare part som är avsedd att skydda. I Sverige gäller att 36§ AvtL endast skyddar svagare part, näringsidkare eller konsument. En starkare part som drabbas av en oförmånlig friskrivningsklausul som en part smugit in i ett avtal genom att använda

sina standardvillkor har inget skydd i den svenska lagstiftningen. Frågan är dock hur ofta en starkare part har behov av en skyddslagstiftning, det kanske är mer rättvist att som Sverige inte ha något såpass allmänt skydd att det kan användas även för att skydda en starkare part. Det italienska systemet torde alltså i detta avseendet vara mer fördelaktigt för en starkare part, men även för en svagare part i form av en näringsidkare som vill vara säker på att inte drabbas av de överrumplande friskrivningsklausuler som kan smygas in i ett avtal, genom att man använder sig av standardavtal.

8.8. Konsumentskydd

I och med EG- direktivet 1993: 13 har skillnader i konsumentskydd utjämnats i hela Europa. Målsättningen är att samma konsumentskydd skall gälla i hela Europeiska Unionen. Skillnaden mellan Italien och Sverige är som i de flesta fall att den italienska regleringen är mer detaljerad och mer lättfattlig för en konsument, då det i lagrummet, art 1469 ges en uppräknning, visserligen inte uttömmande, men ändå vägledande vad gäller vilka slags klausuler som bör ogillas i konsumentssammanhang. Alla dessa klausultyper ryms dock säkerligen inom den svenska regleringen, men det är inte lätt för en konsument att veta innan han har fått pröva sitt fall. Den italienska tydliga lagstiftningstekniken är här att föredra.

8.9. Befintligt skick- klausuler

Den svenska regleringen av allmänna friskrivningar saknar motsvarighet i den italienska regleringen. 19§ KöpL och 17§ KköpL är avsedda att skydda en köpare från allmänna friskrivningar. I Italien gäller istället att sådana här friskrivningar i kommersiella förhållanden gillas så länge det är frågan om individuellt framförhandlade avtalsvillkor. Även i Sverige gäller för befintligt skick- klausuler att de troligtvis gillas då det är frågan om individuellt framförhandlade avtalsklausuler mellan två jämbördiga näringsidkare. I 19§ KöpL sägs att en vara är att se som felaktig även om säljaren friskrivit sig, d.v.s. sålt varan i befintligt skick, då säljaren samtidigt lämnat en garanti, om säljaren inte lämnat uppgifter om sådant köparen med fog kunde räkna att bli upplyst om eller om varan är i väsentligt sämre skick än vad köparen kunde väntat sig. Dessa förhållanden är i själva verket sådant som i italiensk rätt regleras genom institutet ”culpa in contrahendo”, vilket regleras i art 1337, som säger att parterna måste uppträda enligt ”buona fede” då de ingår avtal. De tre fall som 19§ KöpL vill skydda från skulle enligt min mening kunna ingå i sådant som regleras av art 1337. Alltså torde även den italienske köparen vara skyddad från att en säljare uppträder otillbörligt vid ingåendet av ett avtal på de sätt som 19 § KöpL vill skydda emot.

8.10. Fördelar och nackdelar

På det hela taget märker man att skillnaden mellan den svenska och den italienska regleringen av friskrivningsklausuler inte är så stor. I praktiken, då ett fall kommer inför domstol i något av

länderna borde resultaten inte skilja sig särskilt mycket åt. Vad som är fördelen med den italienska regleringen är att den är mer överskådlig, samt att det framgår av lagtexten vad som gäller. Det är en fördel i det italienska systemet att man har reglerat standardavtal, vitesklausuler och friskrivning från grov culpa på ett uttömmande sätt i lagtexten. Den svenska lagtexten är mer kryptisk och man tvingas att gå till doktrin för att veta vad som gäller angående friskrivningar. Varken lagtext eller praxis säger vad som gäller för exempelvis friskrivning från grov culpa. Då rättsläget i Sverige på detta sätt är oklart är det svårt att säga vilket av länderna som har strängast reglering av friskrivningsklausuler. Vad man kan säga är att i Italien vet man vad som gäller. En fördel med den svenska regleringen är dock att en friskrivningsklausul kan jämkas enligt 36§ AvtL. Varken i italiensk eller i svensk rätt finns någon regel som säger hur en friskrivningsklausul rent faktiskt får vara utformad. För två jämbördiga näringsidkare gäller att det råder avtalsfrihet angående utformningen av en friskrivningsklausul, så länge man följer formkravet i art 1341.

8.11. Lagval

Vad gäller lagval, för det fallet att en svensk och en italiensk part ingår ett avtal innehållande friskrivningsklausuler, så tycker jag att man skall hänvisa till Italiensk rätt då den säger vad som gäller på ett tydligare sätt.

9. Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck m.m.

Prop 1971:15. Lag om förbud mot otillbörliga avtalsvillkor.

Prop 1973:138. Förslag till konsumentköplag m.m.

Prop 1975/76:81. Förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m.m.

Prop 1988/89:76. Ny köplag.

Prop 1990/91:197. Produktskadelag.

SOU 1974:83. Generalklausul i förmögenhetsrätten.

Övrig svensk litteratur

Adlercreutz, A, Avtalsrätt II, 4 uppl, 1996

Bernitz, U, Standardavtalsrätt, 6 uppl, 1993

Lundmark, T, Friskrivningsklausuler, giltighet och räckvidd, Uppsala, 1996.

Grönfors, K, Avtal och omförhandling, Stockholm, 1995

Hedvall, M, Tolkning av kommersiella avtal,

Hellner, J, Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet, årgång 1998/99, 1 häftet

Hellner, J, Skadeståndsrätt, 5 uppl, 1995

Hellner, J, Speciell avtalsrätt II, 2 häftet, 3 uppl, 1996

Svensson, O, Svensk juristtidning, 1997:7

Intervju

Intervju med Jur kand Stefan Brocker, Mannheimer och Svartling, 4 november 1998

Svenska rättsfall

NJA 1975 s 545

NJA 1976 s 217

NJA 1981 s 400
NJA 1993 s 436
NJA 1998 s 390

MD 1977:20

Standardavtal

AB 92
ALOS 81
ECE 188
IML 91
NL 92
ORGALIME

Internationella konventioner

United Nations Convention of Contracts for the International sale of Goods (1980) CISG
UNIDROIT, Principles of International Commercial Contracts

Engelsk litteratur

Zweigert och Kötz, An introduction to comparative law, Second edition, Oxford, 1987
ORGALIME, Delay in Delivery, Erection and Payment, 1984

Italiensk litteratur

Bianca, C M, Diritto Civile III, Le condizioni generali del contratto, Giuffrè, Milano
Bianca, C M, Diritto Civile 5, La responsabilita, Giuffrè, Milano
Cian, G, Il nuovo capo XIV-bis (Titolo II libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori, Studium Iuris (Civile) årgång 1996
Chironi, Colpa contrattuale
Giorgi, Teoria delle obbligazioni
Ferri, G B, Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto, Milano, 1970

Patti, G och Patti, S, Responsabilita precontrattuale e contratti standard, Giuffre, Milano
Ponzanelli, G, Responsabilita civile e previdenza, Le clausole di esonero dalla responsabilita civile, Giuffre, Milano 1984

Occhio, <http://www.adiconsum.it/Occhio/Cvess.htm>

Italienska rättsfall

Från corte di cassazione:

Cass 24-4-1962, n. 818
Cass 26-3-1965, n. 513
Cass 17-7-1967, n. 1830
Cass 12-9-1970, n. 1412
Cass 19-8-1971, n. 2555
Cass 16-6-1976, n.2266
Cass 28-10- 1976, n. 3973
Cass 11-1-1978, n. 79
Cass 21-11-1978, n. 5422
Cass 4-6-1979, n. 3153
Cass 3-3-1980, n. 1415
Cass 27-4-1991, n. 4638

Övrigt

Tribunale di Milano, 14-9-1989

1. Inledning

Friskrivningsklausuler är en av de viktigaste klausulerna överhuvudtaget i ett avtal. Dess funktion är att begränsa den ene partens skyldigheter i något avseende. Det är främst säljaren som begränsar sitt ansvar, då det är hans prestation som är intressant i sammanhanget. Köparen har ju som bekant oftast bara att betala priset för varan. Då inget annat nämns är det säljarens friskrivning som avses.

Friskrivning är den viktigaste formen av ansvarsbegränsning. Andra sätt för en avtalspart att begränsa sitt ansvar kan vara att upplysa motparten om fel, uppmana köparen att undersöka, begränsa rätten till reklamation, samt förkorta preskriptionstiden. Anledningarna till att man som säljare tar in en friskrivningsklausul är främst två, dels att klippa av banden med kontraktsparten, då man vill kunna vara säker på att köparen inte kommer tillbaka för att kräva någon påföljd, dels att beräkna sitt eget ekonomiska handlingsutrymme, då man genom en friskrivningsklausul kan beräkna hur mycket man eventuellt blir skyldig att betala om varan är felaktig.⁶⁶

Det finns flera olika typer av friskrivningsklausuler, men de kan delas upp i främst följande grupper: påföljdsfriskrivningar (från skadestånd eller andra påföljder, t.ex. inskränka till avhjälpande) och ansvarsfriskrivningar (culpa, kontrollansvar, kvalitet, etc.)

Jag skall först beskriva den rättsliga regleringen av dessa klausuler i svensk- respektive italiensk rätt och därefter jämföra dessa båda system, för att slutligen komma fram till hur man lämpligast bör utforma en friskrivningsklausul så att den gäller i båda länderna.

Tänkta användare av detta arbete är dels affärsmän i både Sverige och Italien som vill använda sig av friskrivningsklausuler i sina avtal, dels lagstiftaren, främst då UNCITRAL som en hjälp i harmoniseringsarbetet.

2 Metod

Jag har först studerat den svenska doktrinen på området, där jag främst haft stor hjälp av Lundmarks avhandling⁶⁷. Jag har därefter studerat området i den italienska litteraturen, och med hjälp av detta först beskrivit och sedan analyserat och jämfört de båda rättssystemen. Jag har i avsnittet om den italienska regleringen ibland lagt in jämförande kommentarer parallellt med de beskrivande avsnitten för att tydliggöra komparationen.

Materialet jag har använt mig av har förutom lagtext varit förarbeten, praxis, doktrin, och ledande standardavtal på området. I Italien använder man inte sig av förarbeten vid lagtolkning som vi gör. Förarbeten publiceras inte och går därför inte att använda vid juridiska studier. Jag utgår i uppsatsen från att praxis från högsta domstolen har bindande verkan i Italien liksom i Sverige och att dess domar är att betrakta som gällande rätt. Vad gäller doktrinen ställning som rättskälla så har detta diskuterats flitigt i den juridiska litteraturen. Doktrin anses i huvudsak inte vara en bindande rättskälla, men doktrinen har ändå stor relevans, åtminstone som inspiration för högsta domstolen. Vad gäller betydelsen av en viss rättskälla går det kanske inte att dra en exakt gränslinje mellan legala- och ickelegala normer. Detta gäller främst standardavtal, men man skulle även kunna dra en parallell till doktrinen, och istället för att avgöra vad som är en rättskälla fråga

⁶⁶ Christina Hultmark, föreläsning i Kommersiell avtalsrätt, 24 februari 1998.

⁶⁷ Torsten Lundmark, Friskrivningsklausuler, giltighet och räckvidd.

sig om materialet är relevant. Uttalande i doktrin har alltså inflytande vare sig man räknar doktrin som en rättskälla eller inte. Jag utgår från att man kan ge italiensk doktrin lika stor relevans som vi ger åt den svenska.

Enligt resonemanget ovan använder jag till stor del doktorsavhandlingen av Torsten Lundmark, då den är det mest heltäckande verket som behandlar friskrivningsklausuler. I avsnittet om italiensk rätt har jag istället i högre grad valt att analysera lagtexten direkt, då den är så uttömmande, men jag har även där förlitat mig på praxis och doktrin. I avsnittet om italiensk konsumenträtt har jag i hög grad hänvisat till professor Giorgio Cian, då han anses som en auktoritet på området.⁶⁸

Det har inneburit stora svårigheter för mig att finna italienskt material ifrån Sverige. Jag har med hjälp av italienska vänner och bekanta dock funnit det material jag har behövt, trots att det har tagit tid. Jag råder den som vill studera italiensk rätt att själv åka till Italien och leta på biblioteken där istället för att försöka leta material ifrån Sverige.

2.1 Disposition

Jag skall först beskriva de olika sorters friskrivningar som finns och vad dessa innebär. Därefter skall jag gå in på att beskriva den svenska regleringen av friskrivningsklausuler, vilken i första hand utgörs av 19§ KöpL och 36§ AvtL. Därefter kommer jag att beskriva det italienska rättssystemet i allmänhet och den italienska avtalsrätten i synnerhet. Jag kommer sedan att beskriva den italienska regleringen av friskrivningsklausuler, vilken återfinns i artiklarna 1229 och 1341, Codice Civile. Jag skall avsluta uppsatsen genom att peka på skillnader och likheter mellan de båda systemen och även försöka visa på fördelar och nackdelar i de olika systemen.

2.2 Avgränsningar

Jag har som sagt främst lagt tonvikten på den italienska regleringen av friskrivningsklausuler och har därför i vissa fall av behandlat den svenska regleringen något summariskt. De typer av avtal jag främst haft i åtanke när jag har skrivit min uppsats är avtal vid köp av lös egendom i kommersiella förhållanden, d.v.s. mellan två näringsidkare. Det är i första hand friskrivningar från felansvar jag behandlar, men jag har på något ställe också nämnt dröjsmål, av den anledningen att om en säljare har en ofärdig eller felaktig vara i leveransögonblicket eller om han av andra skäl väljer att inte leverera i tid förvandlar han så att säga felet i varan till att bli ett dröjsmål.

Trots att jag lagt tonvikten på kommersiella förhållanden har jag valt att relativt ingående beskriva konsumentskyddslagstiftningen, med tonvikt på den italienska regleringen då det är intressant av främst två anledningar. För det första ligger det alltid nära till hans när man talar om skyddslagstiftning som inskränker avtalsparternas avtalsfrihet att ta upp konsumentskyddet,

⁶⁸ Professor Cian är verksam vid universitetet i Ferrara och sysslar förutom med konsumenträtt med komparativ rätt, främst mellan tysk och italiensk rätt, samt allmän civilrätt.

vilket är det mest utvecklade skyddet för en svagare part. För det andra är den italienska konsumentskyddslagstiftningen intressant i sig, då den är ny, den trädde i kraft så sent som 1996.

3 Syfte

Syftet med denna uppsats är att analysera och komparera den italienska och den svenska regleringen av friskrivningsklausuler, för att genom detta ta reda på vad som är likt respektive olik i de olika systemen. Jag har främst riktat in mig på det Italienska systemet och har därför valt att analysera den italienska delen av uppsatsen mera ingående, då jag finner detta mer relevant. För den svenske läsaren är det säkert mer givande att få reda på vad som gäller i Italien än att få reda på vad som gäller i Sverige. Den svenska regleringen av friskrivningar kan man informera sig om på annat sätt, då de flesta böcker om avtalsrätt har ett avsnitt om friskrivningar. För övrigt hänvisar jag till Torsten Lundmark⁶⁹, vad gäller den svenska regleringen av friskrivningsklausuler. Jag har själv märkt under arbetet med denna uppsats att det inte är det lättaste att få tag på material om regleringen av friskrivningsklausuler i Italien, så detta borde verkligen underlätta för den som är intresserad av vad som gäller i Italien.

Det är i dagens läge relevant att veta vad som gäller i de olika europeiska länderna vad gäller en så central avtalsklausul som just friskrivningsklausulen. För den som skall sluta ett avtal med en italiensk avtalspart är det bra att veta vad som gäller i Italien. Det är också därför jag valt att allmänt beskriva den italienska avtalsrätten i ett något bredare perspektiv. Vad gäller lagval i ett internationellt avtal är det av yttersta vikt att känna till vad som gäller i motpartens land. Det är kanske inte alltid en nackdel för en svensk avtalspart att man i avtalet tar in en italiensk lagvalsklausul. Det viktiga är att man vet vad det är man väljer respektive väljer bort då man i ett avtal bestämmer tillämplig lag.

4. Svensk rätt

4.1 Inledning

Det finns en mängd olika former att friskriva sig på och vid en judiciell bedömning är ofta rubriceringen av ringa värde. Av pedagogisk och framställningstekniska hänsyn har jag dock valt att dela upp dem i följande grupper, där jag i huvudsak följer Lundmark.⁷⁰

4.2. Ansvarsfriskrivningar

⁶⁹ Torsten Lundmark, a a.

⁷⁰ Torsten Lundmark,,a a , sid 131 ff.

4.2.1. Inledning

Ofta är man som säljare intresserad av att friskriva sig ifrån sin egen vårdslöshet, eller culpa och gärna även grov sådan. Culpa är reglerat i KöpL 27§4st, 40§3st, samt i KköpL 30§. I KöpL har dock numera det så kallade kontrollansvaret fått allt större betydelse, vilket jag återkommer till nedan.

4.2.2. Grov culpa

Det finns i svensk rätt ingen legaldefinition av begreppet grov culpa trots att det används i ett flertal sammanhang. Med grov culpa avses åtminstone för området entreprenad ”medvetet risktagande av allvarigare karaktär”, så kallat yrkesfusk.⁷¹ Som grov culpa kan även räknas ”kvalificerade avvikelser från normal aktsamhet”. I rättsfallet Mariebergs skola, NJA 1992 s 130 ansågs det vara grov oaktsamhet då man vid uppsättande av ett innertak i skolbetspisningen hade hållit för långt spikavstånd, vilket medförde att taket sedermera ramlade ner. Till följd av detta har i AB 92 begränsningen till grov oaktsamhet tagits bort och det räcker numera med ”vanlig culpa” för att entreprenören skall ansvara⁷².

Enligt SOU 1974:83s180 är det i sin ordning att använda sig av avtalsklausuler som friskriver part från grov culpa om det är brukligt att använda dem i branschen. Med andra ord gäller att om ett bruk av friskrivningsklausuler angående grov culpa har accepterats i en bransch genom att de används i standardavtal är det tillåtet att använda dessa klausuler. Numera har man dock i de flesta standardavtal tagit in en klausul som begränsar friskrivningar till att gälla vanlig culpa⁷³. Som näringsidkare bör man alltså hålla sig a jour med gällande större avtal i branschen och på så sätt följa utvecklingen.

Vilka slags friskrivningar från grov culpa är då otillåtna? Det måste vara sådana villkor som är oklara och otydliga och inte vanligtvis i branschen förekommande. Ofta kan ett avtalsvillkor i form av en friskrivning vara att anse som otillåten enligt 36§ AvtL om den ”strider mot gott affärsskick”⁷⁴. När det gäller en såpass tyngande klausul som en som friskriver från grov culpa bör man ställa extra höga krav på att klausulen har införlivats med avtalet på ett tydligt sätt.

HD har i ett fall bedömt vad som är grov culpa i rättsfallet NJA 1979 s 483. Här gällde det en klausul där säljaren friskrev sig från ansvar för indirekta skador med undantag för fall av grov vårdslöshet. Köparen hävdade att säljaren förfarit grovt vårdslöst med tanke på vissa konstruktionsfel i de elektroniska priskalkylatorer för bensinpumpar köpet avsåg. HD kom fram till att säljaren inte hade förfarit grovt vårdslöst och man får sålunda ingen ledning för hur sådana friskrivningsklausuler skall bedömas.

⁷¹ Ulf Bernitz, Standardavtalsrätt, sid 53.

⁷² se AB 92 kap 5 § 7.

⁷³ se t. ex. AB 92 kap 5 § 7.

⁷⁴ se prop 1975/76: 81 sid. 119 f.

HD har nyligen bedömt friskrivning från grov culpa i rättsfallet NJA 1998 s 390 ”Posten och de stulna diamanterna”. En av frågorna HD tog upp var giltigheten av en ansvarsbegränsning i Postverkets kungörelse (1966:120) angående postverkets ansvarighet för försändelser och medel. Enligt kungörelsens 3§ d gäller att ”postverket är fritt från ansvar, när fråga är om indirekt skada eller utebliven vinst”. Innehållet i en försändelse med diamanter hade under det att paketet var i postens vård bytts ut mot batterier inlindade i en tidning från en dag då försändelsen var i postens vård. HD har i domen fastslagit att klausulen var en del av avtalet mellan parterna, men var själva ansvarsbegränsningen giltig? Enligt HD gäller en huvudregel i svensk rätt att ”den som mot ersättning tar emot egendom för befordran, förvaring eller annat ändamål inte kan friskriva sig från ansvar för skadegörelse, stöld eller andra brott mot egendomen som begås av mottagaren eller hans arbetstagare och inte heller för skador på egendomen som dess förorsakar av grov vårdslöshet”.⁷⁵ HD väljer att hålla fast vid denna allmänna princip och man fastslår i domen att postens ansvarsbegränsning är ogiltig vad gäller grov culpa. Slutsatsen man kan dra av denna dom är att ansvarsfriskrivningar från grov vårdslöshet är ogiltiga vad gäller egendom som någon mot ersättning har i sin vård. Man kan dock inte dra slutsatsen att alla friskrivningar från grov culpa skall underkännas. Vad som i övrigt kan noteras är att HD inte hänvisar till jämningsregeln i 36§ AvtL, utan man utövar så kallad dold kontroll.

Rättsfallet har redan kritiserats⁷⁶, och innebörden av kritiken är att det vore rimligare att gå på minoritetens linje, vilken ville tillåta den aktuella ansvarsbegränsningen med tanke på att postens motpart hade tecknat en ansvarsförsäkring och sålunda fick sin förlust täckt på annat håll. Hellner menar vidare att det vore beklagligt ”om det skulle dras några vittgående slutsatser för framtiden av majoritetens avgörande”. Framtiden får utvisa om avgörandet kommer att stå sig men för nuvarande är HD s avgörande att anse som gällande rätt.

4.2.3 Culpa

Friskrivning från culpa är en vanligt återkommande klausul i standardavtal och denna sortens friskrivningar får anses vara allmänt accepterade. Då lagstiftaren vill komma åt särskilt tyngande klausuler i standardavtal kan sådana klausuler vara i sin ordning då de som regel inte är särskilt tyngande. Detta gäller såvida klausulen är klar och tydlig. Är klausulen luddigt avfattad och kanske under en vilseledande rubrik kan det dock te sig annorlunda.

Ett annat område där det är aktuellt med friskrivning från culpa är då banker, revisorer, advokater och kvalificerade konsulter utför uppdrag av olika slag. I dessa fall kan det vara befogat för uppdragstagaren att friskriva sig från sin egen vårdslöshet. Skulle man inte kunna göra detta vore det kanske en riskabel affär för en självständig uppdragstagare av nämnda slag att åta sig ett uppdrag. I kommersiella avtalsförhållanden är sådana typer av avtalsvillkor godkända.

⁷⁵ Se SOU 1974:83 s 177, Adlercreutz, Avtalsrätt II, 4 uppl 1996 sid. 101, Bernitz, Standardavtalsrätt, 6 uppl 1993 sid. 53 och 88 samt Hellner, Skadeståndsrätt, 5 uppl 1995 s 86 och Speciell avtalsrätt II, 2 häftet, 3 uppl 1996 sid. 224.

⁷⁶ Se Jan Hellner, Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet, Årgång 1998/99, 1 häftet sid. 150 ff.

Det vanligaste sättet att utforma friskrivningsklausuler från culpa är att man som i standardavtalen ECE 188 och ORGALIME S 92, ger klausulen en generell utformning där man friskriver sig från ansvar vid culpa, men att man gör ett undantag för grov vårdslöshet. En annan metod som blir allt vanligare är att man istället för att friskriva sig från culpa eller för den delen kontrollansvar, tar in en klausul där man beloppsbegränsar ansvaret. Detta är ett enkelt sätt att få fram hur mycket man skall ansvara för, samt gör att man på ett smidigt sätt klipper av banden från sin kontraktspart som säljare. Enligt NL 92 gäller att säljaren vid dröjsmål svarar för 0.5 % av kontraktssumman för varje påbörjad vecka och totalt max 7.5% av kontraktssumman. Jag skall nedan närmare beskriva dessa klausuler.

4.3. Kontrollansvar

Enligt KöpL 27§ gäller att en säljare svarar för skada beroende på händelser som ligger inom hans kontroll. Kontrollansvar är även det ansvarsgrund som är aktuellt enligt CISG 67§. Tanken med kontrollansvar är att vardera part skall svara för sådant som ligger inom hans kontrollsvär oavsett vållande. Enligt Lundmark gäller fyra rekvisit för att säljaren skall undgå skadeståndsskyldighet för skada inom hans kontroll.

1. Det skall föreligga ett hinder för avtalsenlig fullgörelse,
2. hindret skall ligga utanför säljarens kontroll,
3. han skall inte rimligtvis ha kunnat räkna med hindret vid köpet,
4. och han skall slutligen inte heller ha kunnat undvika eller övervinna hindret.⁷⁷

Även sådana hinder som beror på förseningar eller brister hos tidigare led faller ofta inom säljarens kontroll, om han hade kunnat få tag i varan på ett alternativt sätt, eller om fallet är så att han kunde ha organiserat sin verksamhet på ett annat sätt för att undvika förseningar eller fel i det egna ledet. Om en säljare är helt beroende av sina leverantörer på grund av att han tillämpar ett så kallat ”just in time” system, är det oftast inom hans egen kontroll att han har organiserat sin verksamhet på detta sätt, vilket är otroligt känsligt för leveransstörningar. Enligt prop 1988/89:76 s 110 gäller att man skall ha valt sina leverantörer med ”omsorg” eller ”på ett försvarligt sätt”.

Med tanke på att säljaren i många fall svarar även för tredje man i tidigare led är det vanligt och ofta av stor betydelse för säljaren att ta in en friskrivningsklausul angående ansvaret för sådant som ligger inom hans kontroll men har orsakats av hans underleverantörer. I flera större standardavtal finns det klausuler som begränsar säljarens ansvar för fel eller försening av leveranser från underleverantör som orsakats av sådan befrielsegrund som gäller mellan parterna.⁷⁸ Dessa klausuler tas in under rubriken Force Majeure, där aktuella befrielsegrunder kan vara eldsvåda, krig, mm, och tanken bakom denna systematik är att man som säljare inte skall behöva svara för sina underleverantörers fel och dröjsmål, såvida man själv inte hade behövt svara för fel och dröjsmål beroende på de befrielsegrunder som nämns i friskrivningsklausulen.

⁷⁷ Lundmark, aa sid. 156.

⁷⁸ se exempelvis NL 92 p 37 samt ORGALIME 92 p 39.

I kommersiella sammanhang är denna typ av friskrivning som regel fullt giltig. Även här finns dock en viss möjlighet att jämka en friskrivningsklausul av nämnda slag enligt 36§ AvtL. En friskrivning som säger att säljaren är helt fri att leverera när han själv vill är dock ett exempel på en sådan långtgående friskrivningsklausul som kan bli föremål för jämkning även i kommersiella förhållanden.⁷⁹

Enligt Lundmark⁸⁰ finns det två sätt att begränsa kontrollansvaret i övrigt, d.v.s. möjligheten för säljaren att friskriva sig från ansvar för sådant som enligt KöpL ligger inom hans kontroll. Förutom att vidga området för hinder som får åberopas i förhållande till köplagen och CISG, kan man medge lättnad i bevisbördan för säljaren, vilket i praktiken medför att säljarens kontrollansvar inskränks. Man kan, som också gjorts i standardavtal befria säljaren från sådant som gör avtalets fullgörande oskäligt betungande⁸¹, eller redan att det försvårar fullgörandet⁸². Det vanligaste sättet att utforma en friskrivningsklausul för det aktuella området är att ange omständigheter som får åberopas för befrielse. Dessa klausuler är oftast utformade på så sätt att de först allmänt bestämmer vilka omständigheter som får åberopas, därefter ges en exemplifiering⁸³. Om man tittar på aktuella standardavtal sammantaget så kan man få fram följande rekvisit för säljarens befrielse från kontrollansvar:

1. Avtalets fullgörande hindras (ALOS 81), blir oskäligt betungande (NL 92, ORGALIME 92), eller försvåras (IML 91).
2. Omständigheten skall ligga utanför parts kontroll (NL 92).
3. Om omständigheten redan inträffat skall dess inverkan inte ha kunnat förutses (ALOS 81).
4. Part skall inte ha förutsett eller bort räkna med omständighetens inträffande (ORGALIME 92)
5. Omständigheten skall ha inträffat efter avtalsslutet(ECE 188).

Följden av att dessa förutsättningar föreligger är att tiden för fullgörandet av avtalet skjuts upp, om kontraktsbrottet föreligger i mer än sex månader har köparen som regel rätt att häva avtalet. Ovannämnda friskrivningsklausuler finner man oftast under rubriken force majeure.

Det finns ingen rättspraxis på området för just den här sortens friskrivningsklausul, men man kan utgå ifrån att ju längre man går från KöpLs reglering, desto större är risken att klausulen jämkas enligt 36§ AvtL. Som nämnts ovan gäller dock att man vid en bedömning får ta hänsyn till avtalet i övrigt, om köparen exempelvis har fått ett lägre pris eller lång reklamationsfrist kan detta uppväga en sträng force majeure-klausul, eller friskrivning av kontrollansvar.

Gäller friskrivning från kontrollansvar som friskrivning för culpa? Ola Svensson påpekar i sin kritik av Torsten Lundmarks doktorsavhandling om friskrivningar att Lundmark inte behandlar frågan om ifall en friskrivning från kontrollansvar även kan gälla som en friskrivning från culpa.⁸⁴ Kontrollansvaret anses allmänt vara en strängare ansvarsgrund än ansvar för sådant som beror

⁷⁹ Jfr SOU 1974:83 s 175 och prop 1975/76 s 144.

⁸⁰ Lundmark, aa s 174.

⁸¹ se NL 92 p 27 och ORGALIME 92 p 39.

⁸² se IML 91 p 31.

⁸³ se NL 92 p 37, ORGALIME 92 p 39, ALOS 81 p 19, samt ECE 188 p 10.1.

⁸⁴ Svensk Juristtidning 1997:7 s 587-592.

endast på parts vållande. Som jag nämnt ovan gäller kontrollansvaret som bekant även för sådant som part inte vållar, men ändå anses ligga inom hans kontroll. På grund av detta borde, åtminstone i vissa fall en friskrivning från kontrollansvar gälla även som en friskrivning från culpa. Detta borde ligga i linje med CISG, där man inte delar upp säljarens ansvarsgrunder i culpa- och kontrollansvar. I framtiden torde man se en utveckling mot att friskrivningar från säljarens kontrollansvar kan komma att innesluta även culpaansvar, för att vi här i Sverige skall harmonisera med utvecklingen i övriga Europa, och för all del även resten av världen. Jag kommer nedan in på problematiken då jag skall behandla friskrivningar i italiensk rätt.

4.4 Produktansvar

Produktskada är sådan skada som orsakas av en produkt på person eller sak på grund av en säkerhetsbrist. Denna sorts skada regleras inte av KöpL, utan av produktansvarslagen (PAL). Denna lag begränsar säljarens möjlighet att friskriva sig från produktskador. Skadeståndsansvaret är strikt och omfattar inte ersättning för ren förmögenhetsskada. Lagen är dessutom tvingande till den skadelidandes förmån. I ett förhållande mellan två näringsidkare som en tillverkare och en återförsäljare kan det dock vara av intresse för tillverkaren att friskriva sig från ansvar för produktskada som orsakats av hans produkt. Om en konsument har köpt en produkt av en återförsäljare och produkten orsakar en produktskada är det i många fall intressant för tillverkaren att friskriva sig från skadeståndsansvar på grund av produktskada, så att återförsäljaren inte kan gå vidare med det krav som konsumenten ställer på honom. Det finns inget som hindrar att två näringsidkare som i detta fall avtalar om vem som skall bära det slutliga ansvaret för produktskadan, såvida man inte begränsar regressrätten i 10§ PAL, d.v.s. att man helt inskränker konsumentens rätt att vända sig mot antingen tillverkaren eller återförsäljaren.⁸⁵

4.5. Friskrivning från kvalitet

Friskrivningar från kvalitet kan delas upp i dels allmänt hållna, så kallade ”befintligt skick” - klausuler, dels preciserade friskrivningar.

4.5.1. Allmänna

Denna typ av friskrivning regleras i köplagen⁸⁶ och vad som gäller är att en friskrivning där man säljer en vara måste vara klar och tydlig för att den skall vara giltig. Regleringen i 19§ KöpL är en så kallad halvtvingande paragraf, vilket innebär att lagstiftaren genom att ta in paragrafen vill styra tolkningen av friskrivningar. Vad som gäller enligt praxis är att man för att vara säker på att en friskrivningsklausul av detta slag skall vara giltig, på något sätt måste ta bort köparens förväntningar. Detta gör man genom att vara;

1. klar och tydlig

⁸⁵ Se prop 1990/91:197 s 111.

⁸⁶ KöpL 19§.

2. förklara varför man friskriver sig (kan framgå redan av eventuell avtalsingress)
3. informera köparen om att stor risk ligger på honom
4. låta det framgå att priset har påverkats av friskrivningen

Anledningen till att man ändock använder uttrycket befintligt skick i så stor utsträckning är att det låter bra och ofarligt när man skriver det. Att skriva enbart att varan säljs i befintligt skick låter inte så avskräckande för en köpare, som en klausul som anger precis vad som gäller. För att vara på den säkra sidan kan man dock som säljare ta det säkra för det osäkra och ta in en klar tydlig och även väl synlig friskrivningsklausul, enligt ”röda rutans princip”⁸⁷ ett exempel på en sådan ytterst tydlig och säkerligen godtagbar friskrivningsklausul är:

” Köpeobjektet säljs i befintligt skick. Köparen kan inte göra gällande ansvar för synliga och dolda fel, köparen kan inte heller göra gällande rådgighetsfel. Detta innebär att köparen inte har rätt till prisavdrag, avhjälpande, omleverans, hävning, skadestånd eller någon annan påföljd till följd av ett eventuellt fel.”

I ett avtal där man lämnar preciserade uppgifter på ett ställe, men har en friskrivningsklausul som friskriver säljaren även för sådant som har garanterat på ett annat ställe i avtalet gäller enligt praxis att ”en allmän friskrivning, gällande allt ansvar för fel, anses dock inte ha någon verkan mot positiva uppgifter”⁸⁸. Enligt Bernitz gäller som en allmän princip vid tolkning av standardavtal att ”preciserade avtalsvillkor ges företräde framför allmänt hållna klausuler”, vilket följer av bland annat rättsfallet NJA 1976 s 36 Kungsgaraget.⁸⁹ För övrigt är praxis på området svårtolkad och delvis inaktuell då det inte finns mycket efter ikraftträdandet av nya köplagen. Det finns dock fall där marknadsdomstolen har ansett villkor där fabriksnya varor sålts i befintligt skick är oskäligt⁹⁰.

För vissa typer av varor är det dock allmänt sett tillåtet med denna typ av allmänt hållna klausuler, detta gäller främst varor som säljs på auktion, men även vid fastighetsköp. Sammanfattningsvis kan man säga att befintligt skick klausuler oftast är tillåtna vid försäljning av begagnade varor enligt KöpL och ofta otillåten vid försäljning av fabriksnya varor. Vad som gäller i det enskilda fallet får dock avgöras från gång till gång.

4.5.2. Preciserade

Det är oftast i sin ordning med preciserade friskrivningsklausuler, då man genom dessa tar bort köparens förväntningar. Det kan dock bli aktuellt att underkänna dessa klausuler om de strider mot 30, 33 eller 36§§ AvtL, i det fallet att säljaren friskrivit sig ifrån ett fel som han visste om. Oftast kan det dock vara svårt för en köpare att bevisa vad säljaren visste om innan han sålde en viss vara, men om man som köpare lyckas bevisa att så är fallet gäller som regel att en sådan friskrivning går att jämka enligt 36§ AvtL.

⁸⁷ Christina Hultmark, föreläsning i Kommersiell avtalsrätt 24 februari 1998, där hon skämtsamt föreslår att man även borde rama in friskrivningen i rött.

⁸⁸ NJA 1993 s 436.

⁸⁹ Ulf Bernitz, Standardavtalsrätt sid 48.

⁹⁰ MD 1977:20.

4.6. Påföljdsfriskrivningar

Eftersom KöpL är dispositiv, kan man som regel friskriva sig från alla dess påföljder, såsom avhjälpande, omleverans, prisavdrag, hävning och skadestånd. Denna sortens friskrivningar kan vara antingen preciserade eller allmänna, gemensamt för dem är att de på något sätt inskränker köparens rätt att göra gällande en eller flera påföljder. En vanlig metod i flera standardavtal på området är att köparen får en utvidgad rätt till att få fel avhjälpna genom omleverans eller reparation, samtidigt som hans rätt till hävning inskränks⁹¹. För att en friskrivning av detta slag inte skall bli oskälig gäller den civilrättsliga principen att påföljden skall vara åtminstone någotsånär proportionell i förhållande till avtalsbrottet för området påföljdsfriskrivningar.⁹² Ett utslag av denna proportionalitetsprincip är att för att det skall bli aktuellt med hävning enligt KöpL måste avtalsbrottet ha varit väsentligt.

Vad gäller utformningen av dessa klausuler så uppfyller de oftast kravet på tydlighet och kan sålunda inte angripas på den grunden⁹³. Vad gäller kommersiella förhållanden torde det i praxis vara fastslaget att påföljdsfriskrivningar är tillåtna.⁹⁴ Även vid fastighetsköp mellan privatpersoner är det tillåtet att friskriva sig från påföljder, då det vore orimligt för en säljare av ett begagnat hus att ansvara för sådana fel som kanske visar sig först en lång tid efter det att man slutit avtal om köp. Det vore i sådana fall orimligt att låta en privatperson i form av säljaren stå ansvaret och även försäkra sig mot något sådant.

I standardavtal, som NL 92 är det vanligt att man använder sig av beloppsbegränsningar i form av vitesklausuler, även vad gäller friskrivningar från påföljder.

Friskrivning från just skadestånd är i sammanhanget speciellt intressant, då skadeståndet kan bli stort och i vissa fall större än själva kontraktssumman.

4.7. Vitesklausuler (Liquidated damages)

I kommersiella avtal rörande stora belopp, som exempelvis skeppsbyggnadskontrakt väljer man ofta att för att reglera dröjsmål använda sig av en speciell slags friskrivningsklausuler, nämligen vitesklausuler.⁹⁵ Dessa klausuler fungerar på så sätt att man istället för att skriva en allmänt hållen friskrivningsklausul, liksom de jag tidigare beskrivit, väljer att använda en klausul där framförallt dröjsmål

⁹¹ se t. ex. NL 92 p 21, p 31 och p 35.

⁹² Lundmark, aa sid 199.

⁹³ se fallen NJA 1975 s 545, NJA 1976 s 217, och NJA 1981 s 400 och Lundmark, aa sid 200.

⁹⁴ främst i NJA 1975 s 545.

⁹⁵ Jag inriktar mig i denna uppsats främst på friskrivning från felansvar, men jag tycker att det är på sin plats att även nämna något om dröjsmål, då de båda slagen av icke uppfyllelse i många fall går i varandra. Om man som säljare väljer att inte leverera en vara som är felaktig hamnar man i dröjsmål. Ofta kan alltså säljaren välja om han hamnar i dröjsmål eller levererar en felaktig vara.

regleras med att ett visst belopp (vite) skall betalas varje dag en säljare är i dröjsmål. Övriga faktorer som regleras just vid skeppsbyggnadskontrakt är skeppets fart och dess dödvikt.⁹⁶ Vid långvariga samarbetskontrakt av detta slag går det till så att köparen betalar i rater under kontraktstidens gång. Köparen finansierar sällan köpet själv, utan det finns en finansiär i form av en bank, som även har till uppgift att garantera att köparen betalar. När man som köpare sätter priset som en försening kostar sätter man det i förhållande till vad den aktuella finansieringen (lånet) kostar per dag, samt ett visst strafftillägg. Anledningen till att man väljer en vitesklausul är att man genom detta bedömer sin exponering på ett adekvat sätt. Man vet som säljare hur stor ekonomisk exponering man kan utsättas för. Nackdelen med denna reglering är att den kan missbrukas av säljaren. En duktig köpare beställer ett skepp som tar flera år att bygga i en stigande konjunktur, där man vet att priserna på skepp kommer att stiga. Köparen kan på detta sätt göra en väldigt bra affär om allt vill sig väl. Vid kontraktstidens utgång kanske säljaren har insett att han genom att hamna i dröjsmål och förhålla affären kan tvinga köparen att häva, så att säljaren istället kan sälja det färdiga skeppet till en annan köpare till det högre pris som gäller på marknaden. Den ursprunglige köparen får alltså inte täckning för sin uteblivna vinst, utan bara för sina faktiska kostnader, vilket innebär att han till slut hamnar på plus minus noll, vilket är en klen tröst för den köpare som har räknat med att göra en riktigt bra affär och kanske själv sälja skeppet vidare för att realisera vad han vunnit genom konjunkturuppgången.

I dessa stora kontrakt tar man dessutom vanligtvis in en ytterligare klausul om att ifall förseningen beror på grov vårdslöshet eller uppsåtligt förfarande skall säljaren täcka även skada som överskrider böterna i beloppsklausulen. Detta gör man för att som köpare skydda sig mot att säljaren förfar oegentligt enligt ovan. I realiteten är det dock inte alltid så lätt att bevisa att part har hamnat i dröjsmål uppsåtligt eller genom grov vårdslöshet, utan det är upp till beställaren att visa att säljaren har handlat oegentligt.

Nackdelen med att använda sig av vitesklausuler (Liquidated damages) är att säljaren måste betala ut just det beloppet som står i klausulen och inte enbart ersätta den skadan som köparen faktiskt lidit. Om resultatet av en sådan beloppsklausul skulle bli alldeles snett skulle man i särskilt allvariga fall kunna tänka sig en jämkning av avtalet enligt 36§ AvtL.

Man måste samtidigt hålla i minnet att den stora fördelen med att ta in vitesklausuler istället för en traditionell friskrivningsklausul är att man på detta sätt slipper att bedöma skadan, vilket oftast är problematiskt. Man kan allmänt se en utveckling mot sådana vitesklausuler, vilket enligt min mening leder till att ett avtal blir mer lättillämpat, vilket leder till att det förhoppningsvis inte ger upphov till så många juridiska tvister. Därför torde det i längden innebära ekonomiska fördelar att använda dessa klausuler, då det som bekant är väldigt dyrt att driva en juridisk process.

Denna typ av friskrivning finns i NL 92 och i ORGALIME. Dessa avtal är lämpliga vid massleveranser av komponenter och liknande. Vad gäller större avtal som sträcker över längre tid gäller att det är viktigt att man avtalar fram vad som är bäst i det enskilda fallet, då så stora värden står på spel.

⁹⁶ Intervju med Jur kand Stefan Brocker, Mannheimer och Svartling.

I de fall där säljaren begränsar sitt ansvar till kontraktssumman, kan resultatet bli orättvist fr.a. vid just in time, då en försening kan orsaka skador mycket större än kontraktssumman. Därför tar man in en "best efforts-klausul", vilket låter lindrigt för en leverantör, men i själva verket betyder en sådan klausul mycket. Den betyder att man vid leverans skall försöka med alla alternativa transportsätt om man får förhinder med sitt vanliga transportsätt. Det bästa är om man kopplar "best efforts" till en vitesklausul.

5.Reglering enligt svensk lag

5.1. 19§ Köplagen

Denna paragraf reglerar så kallade "befintligt skick - klausuler", eller liknande allmänt hållna förbehåll. En vara anses felaktig trots att den sålts med ett sådant förbehåll om något av paragrafens tre punkter är uppfyllda:

1. Om säljaren lämnar en garanti i form av positiva uppgifter samtidigt som han friskriver sig.
2. Om säljaren underlåtit att upplysa köparen om ett fel som han kände till.
3. Om varan är i väsentligt sämre skick med hänsyn till pris och andra omständigheter än vad man kan förvänta sig som köpare.

Lagstiftaren har valt dessa tre omständigheter med tanke på att köparen i övriga fall anses kunna åberopa allmänna avtalsrättsliga regler såsom svek eller skälighetsregeln i 36§ AvtL, som jag återkommer till senare.⁹⁷ Detta innebär att omständigheterna inte behöver vara så graverande som i ogiltighetsreglerna i avtalslagen för att omfattas av bestämmelsen. Denna paragraf är märklig, med tanke på att KöpL i övrigt är dispositiv. Paragrafen har i doktrinen betecknats som "halvtvingande", vilket innebär att den försöker styra tolkningen av liknande klausuler. Paragrafen har kommit till med bakgrund av 17§ i konsumentköplagen, vilken är till för att skydda konsumenter som typiskt sett intar en svagare ställning. Även 19§ KöpL är i första hand avsett till skydd för en svagare köpare trots att han inte är konsument och därför inte omfattas av konsumentköplagen. En sådan part kan vara ett familjeföretag som köper av ett storföretag, ett företag som köper från ett annat i monopolställning, eller helt enkelt att säljaren oftast har större erfarenhet av köpeobjektet på grund av branschvana. Ibland kan det dock vara så att köparen har större kunskap om köpeobjektet, exempelvis om en samlare köper ett föremål av någon som inte känner till föremålets värde. Denna situation uppstår kanske oftast mellan två privatpersoner, vilka omfattas av KöpL. Sådana fall omfattas dock inte av 19§, då köparen i detta fall inte är att anse som skyddsvärd.

⁹⁷ Prop 1973:138, konsumentköplag s 232.

Punkt 1 ovan var redan innan ikraftträdandet av 19§ KöpL gällande rätt genom HDs praxis, i rättsfallen NJA 1964 s 239 och NJA 1975 s 620. Båda fallen gällde försäljning av begagnade bilar, där uppgifter dels om antalet körda mil, dels om årsmodell ansågs gälla före en generell friskrivning av ”befintligt skick” - karaktär.

Resultatet av regleringen i denna paragraf blir att varan anses vara felaktig, och då får man gå till antingen KöpLs eller avtalets felregler och de påföljder som där erbjuds, såvida inte detta regleras i parternas avtal.

5.1. 36§ AvtL

Utgångspunkten i svensk rätt är att det råder avtalsfrihet mellan parterna, vilket kan delas upp i två komponenter, friheten att ingå avtal med vem man vill och friheten att utforma dessa avtal som man vill, och till detta kommer principen om avtalsbundenhet, ”Pacta sunt servanda”. Var och en har rätt att genom avtal binda sig, och när så skett gäller att avtal skall hållas. Detta är inte helt sant, utan domstolarna har genom 36§ AvtL en möjlighet att gå in och jämka en klausul i ett enskilt avtal. Numera gäller inom avtalsrättens område i många fall istället principen ”avtal skall genomföras”.⁹⁸ 36§ AvtL är till skillnad från köplagens reglering en generalklausul och användningen av den kan leda till jämkning av ett särskilt avtalsvillkor i detta fall en friskrivningsklausul. 36§ AvtL är till skillnad från KöpL tvingande, dvs den går inte att avtala bort. Man kan inte i ett avtal ta in en klausul att 36§ AvtL inte skall gälla. Detta lagrum gäller alla slags avtal, men är främst tänkt att användas för att skydda en svagare avtalspart, vilket stadgas i andra stycket där det står att ”särskild hänsyn skall tagas till behovet av skydd för den som i egenskap av konsument eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet”. Rekvisiten som enligt paragrafen skall vara uppfyllda för att ett avtalsvillkor skall kunna jämkas eller lämnas utan avseende är att villkoret skall vara oskäligt med hänsyn till:

1. avtalets innehåll
2. omständigheterna vid avtalets tillkomst
3. senare inträffade förhållanden
4. omständigheterna i övrigt.

Bestämmelsen är alltså allmänt hållen för att lagstiftaren har velat täcka in så mycket som möjligt. Vad gäller regleringen av friskrivningsklausuler, så har man i 19§ KöpL en specifik reglering just för allmänna friskrivningar, övriga slags friskrivningsklausuler bedöms istället under aktuella lagrum. Dessa klausuler kan enligt indelningen ovan vara antingen påföljds- eller egenskapsfriskrivningar av olika slag. Det väsentliga är inte vad för slags klausul det är frågan om, utan hur den verkar, det vill säga om det är oskäligt att mellan parterna i ett avtalsförhållande tillämpa en friskrivningsklausul.

⁹⁸ Kurt Grönfors, Avtal och omförhandling, sid. 23.

5.3. Tolkning

När man har en avtalsklausul måste man först ta reda på om klausulen överhuvudtaget är en del av avtalet. Detta gäller främst vid standardavtal, där det ofta är så att en köpare tvingas acceptera säljarens standardavtal, utan att han tagit del av det. Man kan få en bestämmelse i ett standardavtal att ingå i ett avtal på olika sätt, man kan hänvisa till standardavtalet i avtalstexten, man kan bifoga det, eller det kan också anses vara en del av avtalet om det kan anses vara praxis, antingen mellan parterna eller allmänt i branschen att tillämpa detta standardavtal. Om klausulen anses ingå i avtalet kan man gå vidare antingen genom tolkning eller jämkning för att fastställa innehållet i klausulen. Om man i det första ledet kommer fram till att klausulen inte är en del av avtalet är problemet ur världen redan där, klausulen anses ogiltig och ingår ej i avtalet.

5.4. Konsumenträtt

Konsumenter skyddas från betungande friskrivningsklausuler genom 36§ AvtL och 17§ KköpL. Konsumentköplagen är tvingande till konsumentens förmån och kan alltså inte avtalas bort. 17§ KköpL reglerar befintligt skick- klausuler, vilka jag har beskrivit ovan. Särskilt enligt KköpL ställs det höga krav på tydlighet och klarhet för att en befintligt skick- klausul skall vara giltig, då denna lag är tvingande till konsumentens förmån. I konsumentförhållanden är det alltid att anse som oskäligt att man säljer varor i befintligt skick.⁹⁹

Jämkningsregeln av ogiltiga avtalsvillkor, 36§ AvtL, som jag beskrivit ovan har till syfte att skydda en svagare part. I paragrafens andra stycke stadgas det att man skall ta särskild hänsyn till ”behovet av skydd för den i egenskap av konsument eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet”. Om man som konsument drabbas av en betungande friskrivningsklausul, har man alltså goda utsikter att denna klausul kan jämkas till konsumentens förmån.

Det är förbjudet enligt PAL 5 § att friskriva sig från produktansvaret gentemot slutanvändaren, d.v.s. konsumenten, som är den man med lagen vill skydda. Sådana avtalsvillkor är utan verkan, konsumenten kan alltså trots en friskrivning från produktansvar vända sig mot återförsäljaren eller tillverkaren av en vara som omfattas av lagen.

6. Italiensk rätt

6.1 Allmänt om Italiensk rätt

⁹⁹ Se Bernitz, a a sid. 101, samt prop. 1971:15 sid. 72 och 98.

Italien tillhör den romanska familjen¹⁰⁰, vad gäller dess lagstiftning. Liksom i Frankrike har man i Italien en Civilkod (Codice Civile), som trädde i kraft 21 april 1942. Den italienska civilkoden bygger på Napoleons civilkod från 1804, vilken kom till som en följd av strömningarna efter franska revolutionen. Tidigare gällande lagstiftning i Italien var och byggde till stor del på kanonisk rätt, d.v.s. kyrkans rätt¹⁰¹, men redan på 1800-talet antogs i de olika Italienska delstaterna civilkoder vilka byggde på Napoleons civilkod. Efter Italiens enande 1861 påbörjades kodifieringsarbetet, för att komma fram till den nuvarande civilkoden.

Den italienska civilkoden är både modern och detaljerad och skiljer sig från den svenska lagstiftningen genom att den är mer uttömmande i sin utformning. Codice civile innehåller 2969 artiklar vilka i många fall är indelade i underrubriker. Artiklarna ingår i sex avdelningar så kallade böcker (libri). Första boken handlar om familj och personer, andra handlar om successioner och arv, tredje handlar om ägande, fjärde handlar om obligationsrätt, d.v.s. avtals- och kontraktsrätt, femte handlar om arbete och associationsrätt och sjätte slutligen handlar om procedurfrågor. Jag kommer i fortsättningen att använda mig av regleringen i fjärde boken.

Fjärde boken är indelad i 3 titlar (titoli), där den första behandlar obligationsrätt i allmänhet, den andra kontraktsrätt i allmänhet och den tredje de enskilda kontraktstyperna, såsom köp, uthyrning, leasing och transportavtal. I den andra boken finner man många relevanta artiklar vad gäller avtalsrätt.

6.2. Allmänna avtalsvillkor (art 1341)

Art 1341 är en nyckelparagraf, vad gäller Italiensk avtalsrätt, då den behandlar allmänna avtalsvillkor (condizioni generali del contratto). Paragrafen har funnits sedan tillkomsten av den Italienska civilkoden 1942, och var då en mycket modern bestämmelse. Artikeln används för att ogiltigförklara avtalsvillkor som en av parterna fört in i kontraktet.¹⁰² Lagstiftaren uttrycker det som att avtalsvillkor som har införts av endera parten har effekt såvida motparten visste om dem eller borde ha gjort så, enligt normal aktsamhet (ordinaria diligenza).

I andra stycket tar man upp vissa klausuler som är särskilt tyngande och för att dessa skall ha effekt måste de ha blivit ”specifikt godkända skriftligen”. Detta innebär att part måste skriva under kontraktet med dubbel signatur, d.v.s. att han dels måste skriva under hela kontraktet i vanlig ordning, dels måste han skriva under att han har godkänt de tyngande klausulerna i avtalet. Paragrafen är i första hand tillämplig på standardavtal som införts av en part och den används vanligtvis då en av parterna är svagare. Den svagare parten kan, men måste inte vara en konsument. De klausuler som räknas upp i paragrafen är först och främst friskrivningsklausuler, vilka regleras även i art 1229 (i tredje boken om obligationsrätt). Man tar även upp klausuler som

¹⁰⁰ Till gruppen räknas förutom Frankrike och Italien även Spanien och Portugal.

¹⁰¹ Fortfarande gäller dock framförallt på familjerättsens område ”Lateranavtalet” från 1929 vilket ger kyrkan en stark ställning. Det är ett samarbetsavtal mellan kyrka och stat.

¹⁰² Zweigert och Kötz, An Introduction to comparative law, volym 2, sid 18.

ger part rätt att frånträda kontraktet eller avbryta dess utförande, eller sådana som begränsar parts avtalsfrihet med tredje part, klausuler med automatisk förnyelse av kontraktet, samt skiljeklausuler.

Art 1342 reglerar kontrakt som slutits genom färdiga formulär, alltså avtal som har slutits genom att parterna har skrivit under redan färdiga kontrakt. Paragrafen reglerar uteslutande standardavtalsrätt. Vad som stadgas i paragrafen är att sådana klausuler som har lagts till ett standardavtal skall gälla framför en motsvarande klausul som redan står tryckt i standardavtalet, oavsett om den ursprungliga klausulen finns kvar eller har tagits bort. För att en klausul skall omfattas av artikeln gäller naturligtvis att den måste reglera samma sak som den tillskrivna klausulen. Detta kan i vissa fall medföra problem vad gäller tolkningen av vad som menas med att en klausul reglerar samma sak som en annan klausul. Man har alltså lagfäst en variant av tolkningsregeln ”skrivet går före tryckt”.

6.3. Friskrivning

I art 1229, vilken till skillnad från övriga nämnda stadganden återfinns under första titeln i fjärde boken, ”Delle obbligazioni in generale” (allmänt om obligationsrätt) finns ett stadgande som reglerar friskrivningsklausuler. I artikeln stadgas att varje klausul som utesluter eller begränsar gäldenärens ansvar, från uppsåt (dolo) eller grov vårdslöshet (colpa grave) är en nullitet, enligt art 1419¹⁰³, vilken behandlar partiell nullitet.

6.4. Tolkning av avtalsklausuler

I artiklarna 1362-1371 finns ett antal tolkningsregler lagfästa. I art 1362 stadgas att man i första hand skall ta hänsyn till partsviljan och att man skall ta hänsyn till parternas uppträdande även efter det att avtalet har slutits. I artikeln stadgas även att man inte skall begränsa sig till ordens språkliga betydelse när man tolkar ett avtal. I art 1363 stadgas att man vid tolkning av en avtalsklausul skall tolka den aktuella klausulen i ljuset av de andra klausulerna i avtalet, detta är en så kallad systeminriktad tolkningsmetod. I art 1366 stadgas att ett avtal måste tolkas enligt principerna om god tro (buona fede), d.v.s. ”good faith”. Även i art 1367 finns ett uttryck för vad vi på svenska kallar för betydelseregeln, nämligen att vid tvivelsmål om vad som menas med en klausul eller hela avtalet, skall man tolka så att den aktuella klausulen eller avtalet får någon betydelse. I art 1368 ges uttryck för en norm- eller branschriktad metod, vilket innebär att oklara klausuler skall tolkas enligt den betydelse uttrycket har i den omgivning eller i den bransch där det har blivit slutet. I art 1369 stadgas att man vid tolkning av ett uttryck som kan ha fler än en betydelse skall tolkas i enlighet med den betydelse som är mest lämplig med tanke på avtalsobjektet, även denna metod kan hänföras till vad vi kallar en branschriktad metod.

6.4.1. Oklarhetsregeln (Interpretatio contra stipulatorem)

¹⁰³ se nedan under rubrik 6.5.

I art 1370 finner man oklarhetsregeln, vilken innebär att vid tolkning av standardavtal, eller sådana avtal som har slutits genom att man har skrivit under färdiga formulär, vilka jag beskrivit ovan angående artiklarna 1341 och 1342, vid oklarhet som inte kunnat klargöras med hjälp av de övriga avtalstolkningsmetoderna, skall tolkas till förmån för den (oftast svagare) part som inte har avfattat avtalsvillkoret. En oklar avtalsklausul skall alltså enligt denna regel tolkas mot den part som har fört in klausulen i avtalet. Denna regel har stor betydelse vid tolkning av friskrivningsklausuler. Cian menar att detta är den regel, som borde ha företräde framför andra vad gäller konsumentavtal, han menar vidare att regeln kan användas både vid standardavtal och individuellt upprättade avtal, trots att regeln torde komma till störst användning vid standardavtal.¹⁰⁴ Man måste dock hålla i minnet att oklarhetsregeln endast kan tillämpas när en klausul är oklar, regeln är alltså ingen regel som per automatik ger en svagare part rätt i en tvist bara för att det inte är han som har avfattat en viss avtalsklausul.

6.5. Nullitet

De tidigare nämnda stadgandena hänvisar alla till artiklarna 1418 och 1419, vilka rör nullitet. Om en klausul finnes strida mot ovanstående stadganden och andra normer påbjudna i lagtext, främst art 1341 kommer den att drabbas av nullitet, såvida inte annat framgår av lagtexten. Även andra faktorer kan leda till att ett kontrakt drabbas av nullitet, dessa är främst om avtalet inte innehåller de fundamenta i form av "causa" och "oggetto", som måste finnas för att ett avtal överhuvud taget skall komma till stånd. Rättsföljden av nullitet är att man skall handla som om klausulen aldrig hade funnits.

I art 1418 beskrivs två fall av partiell nullitet. Den första avses nullitet som drabbar en så viktig klausul att den var en förutsättning för resten av kontraktet. Om parterna aldrig skulle ha ingått avtalet utan ett stadgande som reglerar det område i avtalet som drabbats av nullitet, så gäller att hela avtalet är en nullitet. Detta stadgande drabbar sålunda främst viktiga avtalsklausuler, i artikeln hänvisas särskilt till artiklarna 1229 och 1341, vilka som jag nämnt ovan båda reglerar friskrivningsklausuler.

Om klausulen som drabbats av nullitet istället inte är av ovan nämnda slag, d.v.s. parterna skulle ha slutit kontraktet även om de inte hade reglerat avtalsområdet som drabbats av nullitet, eller om frågan är reglerad i dispositiv rätt, så gäller enligt art 1419 att avtalet som sådant lever vidare och att endast den aktuella klausulen drabbas av nullitet. Exempel på sådana delar av ett avtal är angivande av pris, vilket enligt art 1339 skall insättas automatiskt i ett avtal om det inte är angivet. Vilket priset skall vara om det inte har angivits i kontraktet blir givetvis en fråga för tolkning¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Se Cian i *Studium Iuris (Civile)* sid. 419.

¹⁰⁵ I svenska KöpL gäller enligt 45§ att då priset inte följer av avtalet "skall köparen betala vad som är skäligt med hänsyn till varans art och beskaffenhet, gängse pris vid tiden för köpet, samt omständigheter i övrigt. Motsvarande bestämmelser finns i CISG art 55 och UNIDROIT 2.14, 5.6 och 5.7.

6.7. Konsumenterskydd i Italiensk rätt

När man behandlar den lagstiftning som reglerar friskrivningsklausuler, har den i första hand kommit till för att skydda en svagare part. Även om jag i denna uppsats har försökt att rikta in mig på kommersiella avtal känns det naturligt att i sammanhanget ta upp ett avsnitt om italiensk konsumenträtt.

Art 1341, som tillkom redan 1942 var på sin tid väldigt modern då den skyddade en svagare part. Det står inget uttryckligt i artikeln att den är till för att skydda konsumenter, men det ligger i sakens natur att ett stadgande som skyddar en svagare part även kan tillämpas då den svagare parten är konsument. Basen då man skall bedöma oskäliga avtalsvillkor gentemot en konsument står dock fortfarande att finna i den aktuella paragrafen. Även art 1342, vilken reglerar avtal slutna genom formulär, går att tillämpa till skydd för en konsument om denne har drabbats genom att skriva på ett färdigt standardavtal.

6.7.1. EG-direktivet 1993:13

Detta direktiv kom till för att harmonisera konsumenterskydds­lagstiftningen inom den Europeiska Unionen. I direktivet har man försökt jämka samman olika modeller i EU, men till sin största del bygger direktivet på den franska konsumenterskydds­lagstiftningen.¹⁰⁶ Som bekant gäller att ett direktiv, till skillnad från en förordning, ger den enskilda medlemsstaten möjlighet att utforma lagstiftningen på ett sätt som passar i den aktuella staten. I detta fall är det alltså upp till varje stat att se till att man har ett adekvat regelsystem, vilket skyddar konsumenter från ofördelaktiga avtalsvillkor. Tanken bakom direktivet är att konkurrensen på den europeiska marknaden skall stimuleras genom att en näringsidkare vet att ett visst konsumenterskydd gäller i hela unionen. En näringsidkare kan alltså inte använda otillåtna avtalsklausuler någonstans i Europa. Direktivet är tänkt att skydda konsumenter framförallt från standardkontrakt. Regleringen i direktivet anger endast en miniminivå på konsumenterskyddet. Det är alltså tillåtet för en stat att ha ett längre gående konsumenterskydd. En otillåten avtalsklausul definieras i direktivets art 3 som en klausul som inte har varit föremål för individuell förhandling, och klausulen är till skada för konsumenten, samt att den medför en märkbar obalans mellan parterna i avtalet. I art 5 anges även att vid oklarhet om vad som gäller enligt en avtalsklausul så skall den tolkningen gälla som är mest fördelaktig för konsumenten. Vi ser här att enligt direktivet så måste man tillämpa oklarhetsregeln på konsumentavtal.

Som jag nämnt ovan ger artiklarna 1341, 1342 och 1370¹⁰⁷ ett visst stöd för svagare part. I art 1370 återfinns just oklarhetsregeln. I Italien har man dock valt att ta in ett helt nytt avsnitt i Codice Civile, då nämnda lagstiftning inte ansågs ge konsumenten tillräckligt skydd. Det nya avsnittet har sedan dess tillkomst varit föremål för en stor debatt i den juridiska doktrinen. Man har frågat sig vad skyddet i praktiken skall få för praktisk betydelse. För avtalsförhållanden

¹⁰⁶ ”Loi sur la protection et l’information du consommateur”, från 1978, se vidare Studium Iuris (civile) årgång 1996 sid 411.

¹⁰⁷ Vilka alla hörrör från Codice civiles tillkomst 1942.

utanför konsumenträtten, d.v.s. mellan två näringsidkare eller mellan två privatpersoner skall man givetvis även i fortsättningen använda sig av artiklarna 1341, 1342 och 1370.

6.7.2. Art 1469

I denna artikel hittar man de regler som gäller som skydd för en konsument i Italien. Artikelens antogs 6 februari 1996¹⁰⁸ som en direkt följd av ovan nämnda EU-direktiv och följer till stor del direktivet rakt av. I artikeln definieras vilka avtal och klausuler som är att anse som tyngande, eller oskäligen för konsumenten (Clausole vessatorie). Här har man följt definitionen i direktivet, nämligen att det skall vara ett kontrakt mellan en konsument och en näringsidkare, där oavsett om parterna har handlat i god tro, konsumenten drabbas av en signifikant obalans. Därefter följer en definition av konsument och näringsidkare, som inte skiljer sig från gängse definitioner i svensk rätt. Man har därefter listat ett antal klausuler som är att anse som otillåtna såvida inte motsatsen bevisats (d.v.s. en presumtion) om de har som syfte eller effekt att begränsa konsumentens rätt i något av nämnda avseenden. Uppräkningen är endast en exemplifiering, vilket innebär att även klausuler som inte nämnts kan drabbas. De typer som nämns är framförallt olika slags friskrivningsklausuler, sådana klausuler som utesluter eller begränsar ansvaret för näringsidkaren vad gäller konsumentens dödsfall eller personskada, friskrivning från näringsidkarens försummelse, adhesionsklausuler, där konsumenten inte har haft någon möjlighet att få reda på klausulens innehåll före kontraktsslutet. Under www-adressen ”Occhio”¹⁰⁹, utgiven av en italiensk konsumentorganisation, finner man beskrivet vilka klausuler som i praktiken kan drabbas av den nya konsumentskyddande lagstiftningen. Det gäller bl.a. klausuler inom banksektorn, som tillåter banken att ensidigt ändra villkoren för konsumentens konto, forum- eller skiljedoms-klausuler inom försäkringssektorn, som utesluter konsumenten från rätten att gå till vanlig domstol, prisklausuler vid köp av begagnad bil, som lämnar priset oreglerat tills dess att avlämnandet sker, mäklarens provisionsklausuler, som säger att mäklaren har rätt till provisionen även om konsumenten (uppdragsgivaren) frånträder kontraktet, klausuler som tillåter en leverantör av elektricitet, telefon eller liknande att stänga av respektive förnödenhet vid konsumentens försummelse, klausuler som tvingar en kursdeltagare att betala en kurs hela pris, även ifall han frånträder kursen innan den har börjat och klausuler, som vid terapeutisk behandling utesluter terapeuten från ansvar för skador på patienten. Som jag tidigare nämnt är denna uppräknings bara en exemplifiering på vanliga förekommande klausuler som drabbas av art 1469.

Rättsföljden av att en klausul är av ovan nämnda slag är att klausulen ogiltigförklaras. Det är endast klausulen ifråga som drabbas och inte hela kontraktet. Denna reglering påminner om 36§ AvtL, men den stora skillnaden är att en italiensk domare endast kan välja att ogiltigförklara en klausul och inte som i Sverige ha möjlighet att jämka den. En klausul kan enligt bestämmelsen ogiltigförklaras om det är till fördel för konsumenten och domaren har rätt att ogiltigförklara en avtalsklausul ex officio, d.v.s. utan att konsumenten har yrkat så. Regleringen framstår som onödig, då jag finner det svårt att komma på fall där det inte är till konsumentens fördel att en för honom tyngande klausul ogiltigförklaras och tas bort från kontraktet. Vidare gäller att en

¹⁰⁸ Cirka ett år efter det att implementeringsfristen hade gått ut.

¹⁰⁹ Hittas på Internet under adressen <http://www.adiconsum.it/Occhio/Cvess.htm>.

avtalsklausul som strider mot art 1469 kan ogiltigförklaras även om den skulle vara tillåten i ett annat EU-land.

I artikelns sista del stadgas att konsumentorganisationer, handelskammaren eller liknande organisationer kan stämna näringsidkare eller sammanslutningar av näringsidkare att inhibera användandet av vissa klausuler i sina standardformulär. Den aktuella näringsidkaren kan också dömas att publicera domen i en eller flera tidningar, där minst en skall vara nationellt täckande. Man har alltså valt att ta med en marknadsrättslig reglering i art 1469, vilket kan tyckas märkligt, då regeln återfinns i civilkoden. Även i Sverige har EU-direktivet 1993:13 lett till att man infört nya paragrafer i avtalsvillkorslagen för konsumenter, samt en hänvisning till dessa i 36 § AvtL.

6.7.3. Jämförelse med svensk konsumenträtt

Skillnaden mot vår svenska 36§ AvtL är att den italienska regleringen för konsumentskydd är mer uttömmande. Detta torde vara till en fördel då det är lättare för var och en att uppfatta vilken slags klausuler som är tyngande för en konsument. Det finns i art 1469 uppräknat fall, vilka täcks av regleringen. Denna uppräkning är dock bara en exemplifiering och även andra klausultyper kan tänkas täckas av artikeln. Man kan alltså enligt min mening som konsument i Italien lättare få en idé om vad för slags klausuler som kan ogiltigförklaras till förmån än för en konsument. Den svenska beskrivningen där man nämner ”oskäligen avtalsvillkor” och att man skall ta särskild hänsyn till behovet av skydd för den som är ”konsument eller eljest intager en underlägsen ställning”. När en konsumenttvist väl kommer inför domstol torde dock inte skillnaden mellan en svensk eller i en italiensk domstol vara stor, vad gäller vilka klausuler som anses vara oskäligen, men den italienska regleringen torde leda till att konsumenter lättare kan skapa sig en bild av vilka avtalsklausuler som kan angripas. I Sverige nämns visserligen de avtalsvillkor som kan jämkas enligt 36§ AvtL i förarbetena till paragrafen, men det är enligt min mening enklare att informera sig om innehållet i lagen (Codice Civile), än att gå till förarbetena.

Allmänt gäller att man i Italiensk lagstiftningsteknik är motvillig till att ha för allmänna regleringar i form av generalklausuler och istället har gått in för en mer genomarbetad och detaljerad reglering¹¹⁰. Art 1469 kan dock kallas en generalklausul eller åtminstone anses vara en allmän reglering, då den lämnar dörren öppen för alla de klausuler som kan anses vara oskäligen avtalsklausuler.

En nackdel med den italienska modellen är att resultatet då en konsument stämmer in en näringsidkare inför domstol är att en avtalsklausul endast kan drabbas av ogiltighet. Den svenska varianten med jämningsmöjligheten är en mjukare reglering som i det enskilda fallet borde leda till en mer lämplig lösning, då den svenske domaren kan forma en ny mer lämplig klausul. I Italien blir resultatet istället att en klausul drabbas av ogiltighet. Vad skall man då göra med det avtalsområde som då lämnas oreglerat? I art 1469 står uttryckligen att resten av kontraktet skall leva vidare i

¹¹⁰ Se Giorgio Cian i tidskriften *Studium Iuris* (civile), där han kritiserar art 1469 för att inte stämma in i det Italienska systemet.

oförändrat skick. Det är uppenbart att art 1419, 1 st inte är tillämplig, d.v.s. att ogiltigheten av en klausul medför att hela kontraktet blir ogiltigt, ifall parterna aldrig hade slutit avtalet under förutsättningen att aktuella klausulen inte fanns.¹¹¹ Istället finns det enligt Cian två möjligheter. Den ena är att man följer ordalydelsen i artikeln och låter det bli frågan om full ogiltighet, d.v.s. klausulen lämnas utan avseende, då kommer istället dispositiv reglering automatiskt istället för den ogillade klausulen. Det är inte säkert att detta alltid är den bästa lösningen för någon av parterna. Ett annat alternativ är enligt Cian att det hela så att säga reglerar sig självt genom att de båda parterna genom konkludent handlande utformar en annan lösning. Jag har dock svårt att se att detta skulle vara en bättre lösning på problemet. Risken med detta är att näringsidkaren genom sin dominans i form av större kunskap skapar en ny (om än oreglerad) oskäligen avtalsklausul och då är man tillbaka på ruta A. En sådan klausul kan aldrig drivas igenom i en domstol, utan det är upp till konsumenten att på nytt stämma in näringsidkaren, så att domstolen ogiltigförklarar klausulen.

Cian menar vidare att regleringen är onödig, då området enligt hans mening redan täcks av art 1229, 2 st.¹¹² Som jag nämnt ovan reglerar denna artikel friskrivningsklausuler, men i dess andra stycke stadgas även att varje avtal (patto) som är en ansvarsbegränsning (läs friskrivning) är ogiltig om den strider mot allmän ordning (ordine pubblico). Som sagt reglerar denna artikel inte specifikt konsumentförhållanden, men den kan användas även på konsumentförhållanden. Vad som är vunnet med den nya regleringen är att det tas upp vilka slags avtalsklausuler det är frågan om. Art 1469 bidrar enligt min mening till ökad tydlighet. Jag tycker inte att regleringen är onödig, utan den fyller sin funktion genom att man tydligt listar de klausuler som kan ogiltigförklaras av en domstol, samt att man genom regleringen understryker att det är fråga om lagstiftning till skydd just för konsument och ingen annan.

En klausultyp som inte nämns i den nya konsumentskyddslagstiftningen är de klausuler som reglerar en automatisk förlängning av ett kontrakt. Det är intressant att notera att klausulen ingår i uppräknningen av klausuler som måste godkännas genom dubbel underskrift i art 1341, men att den inte tas upp i art 1469. Om man som konsument blir drabbad av en sådan klausul får man alltså förlita sig på skyddet i art 1341.

6.8. Beloppsklausuler Art 1382- 1384

I Italien, liksom i Sverige, är det vanligt att man i kommersiella kontrakt tar in vitesklausuler.¹¹³ Till skillnad från i svensk rätt så finns det i italiensk rätt lagreglering på området. Dessa klausuler kallas på italienska ” clause penale”.¹¹⁴ Dess syfte är att tvåfaldigt, dels att stimulera säljaren att fullgöra sin skyldighet, dels att i förväg bestämma en kompensation, då det är svårt att visa skadan och kanske ännu svårare att visa dess storlek. I art 1382 ges en definition av klausulen och där

¹¹¹ Se Cian, aa sid. 417.

¹¹² Se Cian, aa sid. 419.

¹¹³ Se ORGALIMES publikation; Delay in Delivery, Erection and Payment, Mars 1984, sid 55 f.

¹¹⁴ Penalty clausus på engelska, på svenska kallar vi dem vitesklausuler, se ovan under kapitel 4.6.

beskrivs även dess syfte. En ”clausola penale” är en klausul som vid fel eller dröjsmål med avtalsuppfyllelse ger en part (köparen) rätt till ett visst förutbestämt belopp, vilket begränsar parts rätt till ytterligare skadestånd, såvida det inte förseningen eller felet beror på uppsåt eller grov oaktsamhet. Här hänvisas till art 1229, som stadgar att det är ogiltigt att friskriva sig från uppsåt eller grov vårdslöshet. I fallet ovan¹¹⁵, där en säljare av ett skepp fördröjer leveransen för att på detta sätt tvinga fram en hävning, gäller alltså enligt italiensk rätt att ett sådant förfarande är ogiltigt och att denne säljare i dröjsmål tvingas betala fullt skadestånd, trots att det finns en vitesklausul, då förseningen beror på uppsåt eller grov oaktsamhet. En sådan säljare skall alltså inte tjäna något på sitt förhållande, utan han skall istället straffas genom att han tvingas betala fullt skadestånd, även för utebliven vinst. I art 1384 finner man en jämkningsparagraf, som är tillämplig på dessa vitesklausuler. Det är intressant att notera att man i italiensk rätt inte har någon allmän jämkningsklausul, likt vår 36§ AvtL, inte ens vad gäller konsumenträtt, utan istället blir resultatet att en avtalsklausul antingen är i sin ordning eller så är den ogiltig, en nullitet. Vad gäller vitesklausuler har man alltså en jämkningsparagraf, som säger att ett kontraktsvite kan jämkas av en domare om en del av prestationen har skett eller om vitessumman är överdriven, med tanke på skadan part har lidit av en felaktig eller försenad avtalsuppfyllelse. Vad menas då med att vitessumman är överdriven med tanke på liden skada? Givetvis är detta upp till domaren att avgöra i det enskilda fallet, och det är därför svårt att ge några allmänna riktlinjer. Enligt ORGALIME¹¹⁶ gäller att vitesbeloppet skall vara ”blantly excessive” förr att det skall kunna jämkas enligt art 1384.

Varför väljer då köparen att ta in en vitesklausul i ett kontrakt? Givetvis kan det vara så att han är i ett underläge rent förhandlingsmässigt och därför måste acceptera de villkor han erbjuds. Ett annat skäl är att köparen är angelägen att få godset även om det är sent och helt enkelt inte är intresserad av hävning. Köparen får då åtminstone en del av sina skador täckta vad gäller den skada som orsakats av förseningen.

7. Italiensk reglering av friskrivningsklausuler

Jag skall nu göra en djupdykning i den italienska regleringen av friskrivningsklausuler för att försöka få fram en mer nyanserad bild än den jag ovan redovisat.

7.1. Friskrivning från grov culpa och uppsåtligt handlande Art 1229, 1 st

Som jag tidigare nämnt innehåller art 1229, 1 st ett förbud mot att man friskriver sig från uppsåt eller grov vårdslöshet. Följden av en sådan friskrivningsklausul är att den drabbas av nullitet. Det är alltså ingen idé att försöka friskriva sig från detta, då det är ett absolut förbud, vilket inte kan lindras av att motparten gett sitt samtycke eller att han fått kompensation i form av ett lägre pris.

¹¹⁵ Se under kapitel 4.6.

¹¹⁶ se ORGALIME, aa ovan.

Redan i den romerska rätten ansågs det vara otillåtet att friskriva sitt eget uppsåt då man såg det som omoraliskt. I doktrinen har det redan innan tillkomsten av civilkoden 1942 hävdats att en friskrivning av detta slag gör hela avtalsuppfyllelsen onödig, då en sådan friskrivning förstör den bindning mellan två parter som man stävar efter att uppnå genom att binda sig i ett avtal.¹¹⁷ Klausuler där part friskriver sig från uppsåt eller grov culpa strider enligt italiensk praxis mot "ordine pubblico" då de strider mot de mest grundläggande värderingarna i den juridiska ordningen.¹¹⁸ Denna typ av friskrivning strider alltså mot grunderna för Italiens civilkod. Detta förbud gäller även utomobligatoriska förhållanden. Följaktligen går alltså sådana klausuler som begränsar skadeståndets storlek, eller sådana som fråntar en part rätten att frånträda ett kontrakt att ogiltigförklara.

Vid avtal om transport, förvaring eller arbete på egendom, får man begränsa skadeståndets storlek endast om utförande part uttrycker denna vilja då han tar emot godset och att han då försäkras att han endast ansvarar för godset upp till ett visst värde. Om denne part vet om att den vara han tar emot har ett högre värde än det högsta man angivit i friskrivningsklausulen innebär detta att han har friskrivit sig från sitt eget uppsåt. En sådan friskrivning kan ogiltigförklaras enligt art 1229.

Det vilar alltså enligt italiensk doktrin ett relativt tungt ansvar på den som avfattar en friskrivningsklausul att ha bör förvissa sig om de faktiska förhållanden som gäller i avtalet. Detta kan bli aktuellt främst då banker eller andra institutioner begränsar sitt ansvar för sådant kunder deponerar i bankfack eller liknande. Ett sätt för banken att undgå detta ansvar är att ta in en klausul som säger att man inte får deponera mer än ett visst värde i bankfacket. Om banken vet eller misstänker att kunden deponerar saker till ett högre värde är dock banken i vetskap och friskrivningsklausulen kan ogiltigförklaras. Det man inte kan friskriva sig ifrån enligt den aktuella artikeln är alltså sådant som man har vetskap om eller som man lätt skulle kunna få vetskap om, samt sådant som man själv orsakar genom sitt eget uppsåtliga handlande eller sin egen grova vårdslöshet.

Förbudet mot att friskriva sig från uppsåt eller grov vårdslöshet gäller även i samband med vitesklausuler. Om en part genom uppsåtligt handlande inte uppfyller sin avtalsprestation och han vet att han endast kommer att behöva betala skadestånd enligt ett förutbestämt vite som i själva verket inte täcker skadan är effekten av detta handlandet att man har friskrivit sig från sitt eget uppsåt. En sådan klausul kan ogiltigförklaras enligt art 1229. Vitesklausulen faller sålunda och den part som inte uppfyller sin del av avtalet blir skyldig att täcka skadan fullt ut.

Vad gäller force majeure -klausuler kan man som säljare i dess klausuler inte friskriva sig från sådant som man hade vetskap om. Om man som säljare vet att exempelvis en strejk kommer att inträffa och köparen inte vet om det gäller det att det är ogiltigt för säljaren att friskriva sig från just ansvar från avtalsbrott som beror på strejk. Även detta agerande ser man som att säljaren har friskrivit sig från sitt eget uppsåt och klausulen kan ogiltigförklaras enligt art 1229.. I den svenska

¹¹⁷ Chironi, colpa contrattuale och Giorgi, Teoria delle obbligazioni.

¹¹⁸ Corte di cassazione 24-04-1962, n. 818, hittas i Rivista Diritto, nav. (Corte di cassazione är Italiens högsta domstol).

doktrinen talas mycket om sådant som sker inom säljarens kontroll, i Italien är man istället mer benägen att dra gränsen för säljarens ansvar i samband med friskrivning vid vad han hade vetskap om.

Även klausuler som friskriver en part från sådant som beror på hans anställda kan ogiltigförklaras enligt art 1229. I praxis har man ogiltigförklarat en klausul i ett avtal mellan en bank och ett väktarbolag, där väktarbolaget hade friskrivit sig från allt ansvar vad gällde sådan skada som inträffade på grund av de anställda väktarnas uppsåt eller oaktsamhet.¹¹⁹ Parts anställda räknas alltså i ansvarshänseende som parten själv och då man inte som part kan friskriva sig från ansvar beroende på uppsåt eller grov vårdslöshet kan man inte heller göra det för sina anställda.

Jag tycker dock att det är lite konstigt och stelbent med ett absolut förbud av detta slag mot alla friskrivningsklausuler från grov vårdslöshet. Om en part har accepterat att han får köpa en vara till fördelaktiga villkor mot att han accepterar en så långt gående friskrivning borde det vara upp till dessa båda parter att reglera sitt avtal på det sätt de båda tycker är lämpligast. En reglering som denna kan i det enskilda fallet leda till orättvisa konsekvenser för den part som kanske gett upp många fördelar för att friskriva sig från sin egen grova culpa. Å andra sidan borde man veta vad lagen säger om man är näringsidkare och om man friskriver sig från sin egen grova culpa gör man det på egen risk, då det alltid finns en risk att motparten stämmer in en för att man fört in en sådan friskrivningsklausul. En fördel med att lagstiftaren har tagit in ett sådant tydligt förbud mot aktuella friskrivningar är att man säkert vet att de kommer att underkännas om de kommer under en domstols prövning. I svensk rätt då man bara kan rätta sig efter generalklausulen i 36§ AvtL är det svårare för en friskrivande part att veta om hans klausul kommer att bli föremål för jämkning eller inte. Det kan i många fall i slutändan bli frågan om en chansning. Man tar in en friskrivningsklausul från grov culpa och hoppas att motparten inte skall uppmärksamma den.

7.2. Friskrivning från culpa Art 1229, 2 st

Enligt italiensk rätt gäller att det är tillåtet att friskriva sig från vanlig culpa och icke- självförvällat avtalsbrott så länge friskrivningen inte bryter mot något stadgande som utgår från allmän ordning (ordine pubblico), d.v.s att man exempelvis inte får friskriva sig från ansvar för personskada.¹²⁰ Denna regel finner man i art 1229, 2 st. Vad gäller övriga sorters friskrivningar såsom friskrivning från kvalitet eller allmänt hållna friskrivningsklausuler av typen befintligt skick så finns det i italiensk rätt inget särskilt förbud mot dessa, utan man får gå till art 1341, som reglerar vissa tyngande avtalsvillkor. Jag har tidigare nämnt denna reglering och kommer senare i uppsatsen att mera ingående redogöra för vad som gäller i dessa fall. Nu skall jag dock behandla friskrivning från den slags culpa som regleras i art 1229.

¹¹⁹ Tribunale di Milano, 14 september 1989.

¹²⁰ För en utförlig analys av begreppet ordine pubblico, se G. B. Ferri, Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto, Milano, 1970 sid 174 ff.

I kommersiella förhållanden är ju som bekant det viktigaste det ekonomiska värdet som båda parter förhoppningsvis får ut av affären. I ett snävt perspektiv kan man då säga att en friskrivning från culpa där det endast handlar om ekonomiska värden aldrig strider mot "ordine pubblico". Friskrivningar från culpa (som inte strider mot ordine pubblico) regleras dock inte i denna artikel, vilken är den materiella regeln i italiensk rätt som i kommersiella förhållanden som är nyckelparagrafen för regleringen av friskrivningar. Det är alltså fritt fram att i kommersiella förhållanden ta in friskrivningsklausuler i ett avtal, med begränsning för de formella regler som gäller enligt art 1341, som främst gäller till skydd för svagare part. Som jag förklarat ovan gäller dock att förbudet mot friskrivningen från uppsåt och grov culpa och från culpa vad gäller sådana värden som bör skyddas genom "ordine pubblico" utgör en begränsning av parternas avtalsfrihet.

7.2.1. Bevisbörda

Om part inte uppfyller sin del av avtalet antar man, presumerar, att det är vårdslöst av honom. Det är alltså den som inte uppfyller sin del av avtalet som har att visa att han inte har varit försumlig. Den som författar en friskrivningsklausul, d.v.s. den som vill använda den till sin fördel vet ofta vilka situationer som kan komma att inträffa. Den som vill visa att motparten har varit culpös har enligt detta resonemang endast att visa att motparten inte uppfyllt sin del av avtalet i rätt tid. Då är det sedan upp till icke uppfyllande part att visa att han inte varit försumlig för att gå fri från ansvar.

7.3. Formell reglering av friskrivningsklausuler Art 1341

Som jag nämnt ovan var art 1341 vid dess tillkomst 1942 modern då den reglerade allmänna avtalsvillkor. Den kom till för att skydda svagare part, vilken enligt italiensk doktrin, liksom enligt svensk kan vara en näringsidkare¹²¹. Efter tillkomsten av det nya konsumentskyddet i italiensk rätt gäller att man för konsumentavtal får gå till art 1469. För regleringen av kommersiella avtal gäller dock fortfarande art 1341.

Artikelns reglerar i första hand standardavtal. För att falla under artikelns tillämplighet räcker det att det är ett avtal upprättat av en av parterna och är avsett att användas mer än en gång. Det behöver alltså inte vara meningen att avtalet skall vara avsett att användas i affärer med flera parter, utan det räcker att det är ett avtal avfattat av ena parten och som kan användas flera gånger även mellan samma kontrahenter.¹²² Syftet med bestämmelsen är att undvika att sådana tyngande klausuler i ett avtal som den svagare parten inte har haft möjlighet att ta del av innan det att klausulen har integrerats i avtalet blir en del av avtalet. De klausuler man med bestämmelsen vill åt är sådana som förts in i avtalet och avfattats av en kontrahent utan att den andra parten haft en möjlighet att påverka dess utformning. Klausuler som varit föremål för överläggningar mellan

¹²¹ Se G Patti och S Patti, Responsabilita precontrattuale e contratti standard, Giuffrè, sid 306 och rättsfallet Cass 27-4-1991, n 4638.

¹²² I rättsfallet från corte di cassazione 26-3-1965 n. 513 kom man fram till att art 1341 gällde även för en serie avtal mellan samma avtalsparter.

parterna kan alltså inte omfattas av klausulen oavsett hur tyngande de än är för någon av parterna.¹²³

Klausuler som återfinns i avtal som slutits genom ”atto pubblico”, d.v.s. då man har slutit ett kontrakt med hjälp av vad vi i Sverige skulle kalla notarius publicus omfattas inte av paragrafen, då den tjänsteman som upprättar ett sådant kontrakt måste avsluta avtalet med att försäkra att det är båda parternas fria viljor som kommit till uttryck i avtalet. Man ålägger sålunda en notarie ett ansvar att avtalet är skäligt. Om en av parterna i ett sådant avtal känner sig förfördelad skall han rikta anspråk mot den notarie som upprättat avtalet genom ”atto pubblico” och inte motparten i avtalet för det fall att notarien inte har fullgjort sin plikt att se till att det är båda parternas fria viljor som kommit till uttryck i avtalet.

Inte heller standardavtal i form av agreed documents, som förhandlats fram av företrädare för fack- och arbetsgivareföreningar eller av respektive branschorganisationer omfattas av bestämmelsen, såvida inte standardavtalet är ett resultat av den starkare partens övertag.¹²⁴ De avtalsvillkor som finns i agreed documents är alltså i sin ordning enligt italiensk praxis, såvida man inte kan visa på att standardavtalet främjar endera part. Problemet borde inte uppstå om det verkligen är frågan om ett agreed document, då det ligger i sakens natur att ett sådant standardavtal är en välbalanserad överenskommelse mellan företrädare för två i branschen typiska avtalsparter. Men för att de skall få verkan måste de ha implementerats i avtalet på rätt sätt, vilket regleras under andra lagrum, främst tolkningsreglerna i art 1362- 1370.

Det finns inget som säger att part som drabbas av en tyngande klausul måste vara en svagare part, man har i praxis istället fastslagit att art 1341 är tillämplig även då en jämbördig eller starkare part drabbas av en tyngande klausul.¹²⁵

7.4. Klausulkatalogen i art 1341, 2 st

I artikelns andra stycke räknas det upp ett antal klausuler som typiskt sett är så farliga för den part som inte har avfattat dem att de kan ogiltigförklaras av rättsordningen såvida inte den part som drabbas av klausulen har accepterat den genom en specifik underskrift. Detta innebär alltså att en av parterna i ett avtal kan tvingas att skriva under ett avtal två gånger, först själva avtalet och sedan den klausul som ingår i katalogen i det aktuella lagrummet. Listan är uttömmande och det är inte tänkt att den skall tolkas analogt. Däremot får man tolka de olika klausultyperna extensivt för att få in inte endast de klausuler som har en speciell rubrik, utan även de klausuler som reglerar samma område som det man vill skydda i artikeln¹²⁶. De klausuler som måste godkännas med speciell underskrift är; friskrivningsklausuler, klausuler som ger part rätt att frånträda kontraktet, klausuler som ger en part rätt att ställa in utförandet, preskriptionsklausuler,

¹²³ Se Cass 28-10-1976, n. 3973 och Cass 21-11-1978, n. 5422.

¹²⁴ Se Cass 17-7-1967, n. 1830 och Cass 12-9-1970, n. 1412.

¹²⁵ Se Cass 4-6-1979, n. 3153.

¹²⁶ Se Cass 19-8-1971, n. 2555.

klausuler som begränsar parts rätt att göra anspråk gällande vid avtalsbrott, klausuler angående begränsningar i avtalsfriheten med tredje man, klausuler om automatisk förlängning av avtalet, skiljemannaklausuler och forumklausuler. Det är alltså en hel del klausuler som faller in under denna skyddslagstiftning, men påfallande är att vitesklausuler inte ingår i förteckningen. Dessa regleras istället i artiklarna 1382-1384, vilka som jag tidigare nämnt innehåller en jämningsregel.

För friskrivningsklausuler gäller alltså att då en av avtalsparterna för in en friskrivningsklausul i ett avtal måste motparten speciellt uppmärksammas på klausulen och skriva under den för att den skall bli giltig. Vi talar nu endast om de slags friskrivningar som inte omfattas av art 1229. De friskrivningsklausuler som där nämns, d.v.s. friskrivning från uppsåt, grov vårdslöshet, eller sådana friskrivningar från culpa som strider mot "ordine pubblico", kan aldrig godkännas av den drabbade parten, inte ens genom dubbel underskrift. Den typ av friskrivningar som är aktuell i art 1341 är alltså friskrivningar från vanlig culpa eller andra motsvarande typer av friskrivningsklausuler, exempelvis de klausuler som begränsar parts skadeståndsskyldighet. Den dubbla underskriften är ett absolut formkrav som inte kan ersättas av något annat. Det spelar ingen roll om den drabbade parten får en fördel, som exempelvis ett lägre pris mot att han accepterar en friskrivningsklausul.¹²⁷ Det räcker att det faktum att motparten för in sina avtalsklausuler innebär fara för den part som tvingas att acceptera avtalsvillkoret.

Själva underskriften kan ske antingen vid varje klausul eller genom att man i slutet av kontraktet hänvisar till de klausuler som man accepterar genom den dubbla underskriften, om det av detta framgår att den underskrivande parten genom detta förfarande har förstått vad det är han skriver under.¹²⁸ Det finns däremot inget krav på att part måste ha insett betydelsen och konsekvensen av klausulen, det räcker att han insett att det är en klausul som friskriver motparten från ansvar i något avseende. Om underskrivande part har skrivit under utan att bry sig om vad det stod i klausulen även om han har haft möjlighet att ta reda på det är det upp till honom och underskriften gäller ändå. Problemet med denna formella reglering är att underskrivande part genom sin egen oaktsamhet kan skriva under och godkänna en för honom tyngande klausul utan att han inser dess innebörd. Det positiva med en formell reglering av detta slag är att den part som för in en tyngande friskrivningsklausul i ett avtal alltid har ett incitament att uppmärksamma den andre parten på att det finns en sådan klausul. På detta sätt har den underskrivande parten åtminstone teoretiskt sett en rimlig chans att skydda sig, antingen genom att välja att inte ingå avtalet genom att inte skriva på, eller att skriva på men då vara beredd på vad klausulen kan medföra.

Om det finns många klausuler i avtalet som speciellt måste godkännas är det bättre för tydligheten att underskrivande part skriver under vid varje enskild klausul. Det räcker således inte att den part som inte har skrivit under dubbelt kände till klausulen då han undertecknade avtalet som sådant, eller att han efter avtalsslutet får vetskap om klausulen. En sådan klausul kan alltid klandras. Det är inte bara den drabbade parten, utan även den part som har fört in friskrivningsklausulen kan klandra den, även om det är mindre troligt att han gör det, då anledningen att han tagit in en

¹²⁷ Se Cass16-6-1976, n. 2266.

¹²⁸ Se Cass 3-3-1980, n. 1415.

friskrivningsklausul är att han skall få någon nytta av den. Domstolen kan också ex officio ogilla klausulen, d.v.s. utan att någon av parterna har stämt in den andre för att undanröja friskrivningsklausulen och avtalet på något annat sätt kommit under domstols prövning¹²⁹.

Effekten av att en friskrivningsklausul ogiltigförklaras blir ogiltighet för själva klausulen. Det är alltså frågan om den sortens partiell nullitet som beskrivs i art 1419, 1 st och det beror på omständigheterna i det enskilda fallet om det faktum att friskrivningsklausulen drabbas av nullitet medför att hela avtalet skall drabbas av nullitet. Det rekvisit som avgör ifall resten av avtalet skulle få leva vidare i oförändrat skick är om parterna skulle ha ingått avtalet under förutsättningen att friskrivningsklausulen inte var en del av avtalet. Om friskrivningen är en förutsättning för avtalet medför detta att hela avtalet blir en nullitet på grund av att friskrivningsklausulen. Det avgörande är alltså hur viktig friskrivningsklausulen var för parterna i förhållande till resten av avtalet. Man ser det som om klausulen aldrig var en del av avtalet och därför kan det aldrig bli aktuellt att hela avtalet ogillas på grund av att man aldrig ingått avtal under förutsättningen att klausulen inte ingick. Det är ju i slutändan precis vad man gjort, nämligen ingått avtal utan den aktuella klausulen.¹³⁰

7.5. Individuellt framförhandlade friskrivningsklausuler

I artiklarna 1229 och 1341 finner vi en omfattande reglering för att skydda en italiensk kontrahent från att drabbas av en friskrivningsklausul. De typer av friskrivningsklausuler lagstiftaren vill skydda ifrån är de som friskriver en part för ansvar för dolus grov culpa eller culpa vad gäller dels sådana klausuler som strider mot ordine pubblico, dels sådana klausuler som förs i i ett avtal av en part i de standardavtal han tillhandahåller utan att motparten har en chans att granska dem. Full avtalsfrihet gäller alltså för de friskrivningsklausuler som inte inkräktar på ovanstående områden, d.v.s. sådana friskrivningsklausuler som avtalats fram av två parter som inte omfattas av konsumentskyddet, d.v.s. antingen två näringsidkare eller två privatpersoner. Det viktiga för att man själv skall få sin friskrivningsklausul godkänd av det italienska systemet är alltså att den är individuellt framförhandlad och att den inte bryter mot art 1229.

8. Analys och slutsatser

Jag skall i detta avsnitt peka på vad det finns för likheter och skillnader mellan det italienska och det svenska systemet vad gäller regleringen av friskrivningsklausuler. En del av detta har jag redan nämnt ovan, men här skall jag samla alla iakttagelser i ett kapitel.

8.1. Lagstiftningsteknik

¹²⁹ Se bl.a. Cass 11-1-1978, n. 79.

¹³⁰ Cian, aa sid. 366.

Den italienska lagstiftningstekniken skiljer sig från den svenska genom att den är mer formell, teoretisk, detaljerad och utförlig. Det finns många exempel på detta. Det tydligaste är att man ställer upp fyra kriterier i lagen för att ett avtal överhuvudtaget skall föreligga. I Sverige har mycket vuxit fram i praxis, men i Italien får man känslan av att det är lagen som styr praxis och inte tvärt om. Codice Civile har ändrats i mycket liten omfattning sedan dess tillkomst 1942 och det är inte så konstigt, då det redan då fanns en bra reglering av så moderna företeelser som exempelvis leasing och standardavtal.

8.2. Avtalstolkningsregler

De avtalstolkningsregler som finns lagfästa i art 1362- 1370 i Codice Civile gäller i stor utsträckning även i Sverige, men här vilar de på en mindre stadig grund och man kan inte var helt säker på vad som gäller. I Italien vet man åtminstone säkert att de där uppräknade tolkningsreglerna måste tillämpas av en domstol då de är lagfästa. En part vet att han alltid kan åberopa reglerna i en process och att domstolen måste tillämpa dem. Om man som part i en process endast stöder sig på uttalanden i doktrin har man en svårare situation framför sig. Vad man däremot aldrig kan veta när man som förfördelad part stämmer in sin motpart inför domstol är hur domstolen skall tillämpa dessa tolkningsregler. Det enda man kan veta med säkerhet är att domstolen kommer att tillämpa dem. Det känns därför som att oklarhetsregeln, vilken är lagfäst i art 1370 har större betydelse i Italien än vad den har i Sverige och att man i Italien är mer benägen att tolka ett avtal till fördel för den svagare part som inte har avfattat den aktuella klausulen. När man talar om oklarhetsregeln får man dock aldrig glömma att för att den överhuvudtaget skall kunna användas gäller att det måste föreligga oklarhet angående innehållet i avtalet. Detta faktum begränsar naturligtvis i hög grad användningen av oklarhetsregeln, både i Sverige och i Italien.

8.3. Generalklausuler

I Sverige täcks behovet av skyddslagstiftning till fördel för en svagare avtalspart av regleringen i generalklausulen i 36§ AvtL. I Italien har man däremot mer detaljerade regler som på det kommersiella området säger att en friskrivningsklausul inte får befria part från ansvar för uppsåt eller grov culpa eller culpa där den bryter mot sådana värden som skyddas av allmän ordning. Själva skyddsparagrafen, art 1341 är inte alls utformad som en generalklausul, utan den är istället en uttömmande uppräkningslista av fall där man genom ett formellt förfarande måste godkänna en tyngande klausul. Man talar inte om vad som är skäligt, utan endast vad den part som för in ett villkor formellt måste göra för att klausulen skall gälla. Det finns alltså på avtalsrättens område inga renodlade generalklausuler i den italienska regleringen. Däremot är vissa klausuler allmänt hållna, men aldrig helt generella liksom de vi har i Sverige.

8.4. Vitesklausuler

Vad gäller vitesklausuler har man i Italien till skillnad från i Sverige en speciell reglering i artiklarna 1382-1384, där man i art 1384 finner en regel som innebär att man kan jämka beloppet i en oskäligen vitesklausul. Detta är en fördel jämfört med i Sverige där man endast har 36§ AvtL att förlita sig på. I realiteten blir säkert inte skillnaden stor mellan en klausul som jämkas enligt den svenska generalklausulen och en klausul som jämkas enligt den italienska jämkningsregeln. Fördelen är den att man enligt den italienska regleringen har större förutsebarhet, man kan med större säkerhet förutsäga hur den italienske domaren kommer att döma. I den svenska regleringen, d.v.s. praxis och lag finns det inget som säger hur man skall jämka en vitesklausul och om den överhuvudtaget får jämkas. I Italien vet man åtminstone att en vitesklausul kan jämkas om vitet är satt överdrivet högt.

8.5. Reglering av standardavtal

I Sverige har vi som bekant ingen specifik reglering av standardavtal, utan vi använder oss av 36§ AvtL, samt de regler som utvecklats i doktrin angående inkorporering av standardavtal, d.v.s. att man kan ställa vissa krav på att en avtalspart har fått möjlighet att ta del av de avtalsklausuler som införts av hans motpart för att de skall gälla. I Italien finns däremot en reglering i artiklarna 1341 och 1342. Som jag tidigare nämnt gäller att de avtalsklausuler som förts in i avtalet av en av kontrahenterna endast är giltiga om den andre avtalsparten hade kännedom om klausulerna vid avtalsslutet. Vad gäller friskrivningsklausuler och övriga åtta uppräknade klausultyper i artikelns andra stycke så har de ingen effekt såvida inte den drabbade parten har godkänt klausulen specifikt genom dubbel underskrift. Denna formella reglering medför att den som vill ha in sina standardavtalsklausuler i ett avtal måste se till att motparten godkänner klausulerna. Denna regel minskar risken för konflikter vid tillämpningen av ett avtal. Har motpart godkänt klausulen så gäller den. Har part inte godkänt klausulen gäller den inte. Det blir alltså omöjligt för en part att smyga in en friskrivning i ett avtal.

Art 1342 reglerar endast det faktum att sådant som läggs till ett standardavtal skall gälla före den ursprungliga lydelsen. Denna regel har också utvecklats i svensk doktrin, men som jag nämnt är det en fördel att en regel av detta slag är lagfäst, då den på detta sätt får större tyngd.

8.6. Jämkning av avtalsvillkor

I Sverige kan man jämka oskäligen avtalsvillkor enligt 36§ AvtL. I Italien kan man antingen godkänna eller underkänna, d.v.s. ogiltigförklara avtalsvillkor. Detta gäller både konsumentskyddet i art 1469 och skyddet för avtalspart i allmänhet i artiklarna 1229 och 1341. Man kan däremot, som jag nämnt ovan jämka en vitesklausul om den är uppenbarligen överdriven. Jag tycker att den svenska regleringen är bättre i detta hänseende, då en jämkning av en klausul kan leda fram till en lämpligare reglering. Risken med att jämka avtalsvillkor är dock att man riskerar att komma bort

från den ursprungliga partsviljan. Det parterna ofta vill när de sluter ett avtal är att komma ifrån dispositiv reglering som är det som styr parternas förhållande då de inte reglerat sitt avtalsförhållande på något sätt. Då en domare jämkar ett avtalsvillkor är risken att han tenderar att följa regleringen i dispositiv rätt och man kommer sålunda fram till en lösning som kanske ingen av parterna tycker om. När man som i Italien inte har jämningsmöjligheten blir det istället ett resultat som säkerligen är än mer orättvist än en jämkning, då domaren inte kan konstruera en klausul som skall komma istället för det aktuella avtalsvillkoret. Resultatet blir att dispositiv rätt kommer att gälla. Parterna har ju efter det att en klausul blivit ogiltigförklarad inte reglerat sitt avtal i det avseendet och då fylls självklart avtalet ut av dispositiv rätt. Alltså gäller till syvende och sist att det blir dispositiv rätt eller något som liknar dispositiv rätt som kommer att gälla mellan parterna, vilket inte är den bästa lösningen. Den svenska regleringen är bättre då domaren åtminstone har en möjlighet att jämka avtalsklausulen och komma fram till en bra lösning som inte nödvändigtvis måste stämma överens med dispositiv rätt.

8.7. Svagare part

I Italien liksom i Sverige finns lagstiftning till skydd för svagare part. Självklart kan en konsument vara denna svagare part och det är i typfallet just en konsument man har tänkt att skydda. Även en näringsidkare kan vara svagare part enligt båda ländernas doktrin. I art 1341 skyddas inte bara svagare part från nämnda avtalsvillkor, utan stadgandet är tillämpligt för att skydda en jämbördig eller till och med en starkare avtalspart, från sådana friskrivnings- eller andra tyngande klausuler som artikeln avser. Det är dock främst en svagare part som är avsedd att skydda. I Sverige gäller att 36§ AvtL endast skyddar svagare part, näringsidkare eller konsument. En starkare part som drabbas av en oförmånlig friskrivningsklausul som en part smugit in i ett avtal genom att använda sina standardvillkor har inget skydd i den svenska lagstiftningen. Frågan är dock hur ofta en starkare part har behov av en skyddslagstiftning, det kanske är mer rättvist att som Sverige inte ha något såpass allmänt skydd att det kan användas även för att skydda en starkare part. Det italienska systemet torde alltså i detta avseendet vara mer fördelaktigt för en starkare part, men även för en svagare part i form av en näringsidkare som vill vara säker på att inte drabbas av de överrumplande friskrivningsklausuler som kan smygas in i ett avtal, genom att man använder sig av standardavtal.

8.8. Konsumentskydd

I och med EG- direktivet 1993: 13 har skillnader i konsumentskydd utjämnats i hela Europa. Målsättningen är att samma konsumentskydd skall gälla i hela Europeiska Unionen. Skillnaden mellan Italien och Sverige är som i de flesta fall att den italienska regleringen är mer detaljerad och mer lättfattlig för en konsument, då det i lagrummet, art 1469 ges en uppräkningslista, visserligen inte uttömmande, men ändå vägledande vad gäller vilka slags klausuler som bör ogillas i konsumentens sammanhang. Alla dessa klausultyper ryms dock säkerligen inom den svenska

regleringen, men det är inte lätt för en konsument att veta innan han har fått pröva sitt fall. Den italienska tydliga lagstiftningstekniken är här att föredra.

8.9. Befintligt skick- klausuler

Den svenska regleringen av allmänna friskrivningar saknar motsvarighet i den italienska regleringen. 19§ KöpL och 17§ KköpL är avsedda att skydda en köpare från allmänna friskrivningar. I Italien gäller istället att sådana här friskrivningar i kommersiella förhållanden gillas så länge det är frågan om individuellt framförhandlade avtalsvillkor. Även i Sverige gäller för befintligt skick- klausuler att de troligtvis gillas då det är frågan om individuellt framförhandlade avtalsklausuler mellan två jämbördiga näringsidkare. I 19§ KöpL sägs att en vara är att se som felaktig även om säljaren friskrivit sig, d.v.s. sålt varan i befintligt skick, då säljaren samtidigt lämnat en garanti, om säljaren inte lämnat uppgifter om sådant köparen med fog kunde räkna att bli upplyst om eller om varan är i väsentligt sämre skick än vad köparen kunde väntat sig. Dessa förhållanden är i själva verket sådant som i italiensk rätt regleras genom institutet "culpa in contrahendo", vilket regleras i art 1337, som säger att parterna måste uppträda enligt "buona fede" då de ingår avtal. De tre fall som 19§ KöpL vill skydda från skulle enligt min mening kunna ingå i sådant som regleras av art 1337. Alltså torde även den italienske köparen vara skyddad från att en säljare uppträder otillbörligt vid ingåendet av ett avtal på de sätt som 19 § KöpL vill skydda emot.

8.10. Fördelar och nackdelar

På det hela taget märker man att skillnaden mellan den svenska och den italienska regleringen av friskrivningsklausuler inte är så stor. I praktiken, då ett fall kommer inför domstol i något av länderna borde resultaten inte skilja sig särskilt mycket åt. Vad som är fördelen med den italienska regleringen är att den är mer överskådlig, samt att det framgår av lagtexten vad som gäller. Det är en fördel i det italienska systemet att man har reglerat standardavtal, vitesklausuler och friskrivning från grov culpa på ett uttömmande sätt i lagtexten. Den svenska lagtexten är mer kryptisk och man tvingas att gå till doktrin för att veta vad som gäller angående friskrivningar. Varken lagtext eller praxis säger vad som gäller för exempelvis friskrivning från grov culpa. Då rättsläget i Sverige på detta sätt är oklart är det svårt att säga vilket av länderna som har strängast reglering av friskrivningsklausuler. Vad man kan säga är att i Italien vet man vad som gäller. En fördel med den svenska regleringen är dock att en friskrivningsklausul kan jämkas enligt 36§ AvtL. Varken i italiensk eller i svensk rätt finns någon regel som säger hur en friskrivningsklausul rent faktiskt får vara utformad. För två jämbördiga näringsidkare gäller att det råder avtalsfrihet angående utformningen av en friskrivningsklausul, så länge man följer formkravet i art 1341.

8.11. Lagval

Vad gäller lagval, för det fallet att en svensk och en italiensk part ingår ett avtal innehållande friskrivningsklausuler, så tycker jag att man skall hänvisa till Italiensk rätt då den säger vad som gäller på ett tydligare sätt.

9. Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck m.m.

Prop 1971:15. Lag om förbud mot otillbörliga avtalsvillkor.

Prop 1973:138. Förslag till konsumentköplag m.m.

Prop 1975/76:81. Förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m.m.

Prop 1988/89:76. Ny köplag.

Prop 1990/91:197. Produktskadelag.

SOU 1974:83. Generalklausul i förmögenhetsrätten.

Övrig svensk litteratur

Adlercreutz, A, Avtalsrätt II, 4 uppl, 1996

Bernitz, U, Standardavtalsrätt, 6 uppl, 1993

Lundmark, T, Friskrivningsklausuler, giltighet och räckvidd, Uppsala, 1996.

Grönfors, K, Avtal och omförhandling, Stockholm, 1995

Hedvall, M, Tolkning av kommersiella avtal,

Hellner, J, Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet, årgång 1998/99, 1 häftet

Hellner, J, Skadeståndsrätt, 5 uppl, 1995

Hellner, J, Speciell avtalsrätt II, 2 häftet, 3 uppl, 1996

Svensson, O, Svensk juristtidning, 1997:7

Intervju

Intervju med Jur kand Stefan Brocker, Mannheimer och Svartling, 4 november 1998

Svenska rättsfall

NJA 1975 s 545

NJA 1976 s 217

NJA 1981 s 400

NJA 1993 s 436

NJA 1998 s 390

MD 1977:20

Standardavtal

AB 92
ALOS 81
ECE 188
IML 91
NL 92
ORGALIME

Internationella konventioner

United Nations Convention of Contracts for the International sale of Goods (1980) CISG
UNIDROIT, Principles of International Commercial Contracts

Engelsk litteratur

Zweigert och Kötz, An introduction to comparative law, Second edition, Oxford, 1987
ORGALIME, Delay in Delivery, Erection and Payment, 1984

Italiensk litteratur

Bianca, C M, Diritto Civile III, Le condizioni generali del contratto, Giuffrè, Milano
Bianca, C M, Diritto Civile 5, La responsabilità, Giuffrè, Milano
Cian, G, Il nuovo capo XIV-bis (Titolo II libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori, Studium Iuris (Civile) årgång 1996
Chironi, Colpa contrattuale
Giorgi, Teoria delle obbligazioni
Ferri, G B, Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto, Milano, 1970
Patti, G och Patti, S, Responsabilità precontrattuale e contratti standard, Giuffrè, Milano
Ponzanelli, G, Responsabilità civile e previdenza, Le clausole di esonero dalla responsabilità civile, Giuffrè, Milano 1984

Occhio, <http://www.adiconsum.it/Occhio/Cvess.htm>

Italienska rättsfall

Från corte di cassazione:

Cass 24-4-1962, n. 818
Cass 26-3-1965, n. 513
Cass 17-7-1967, n. 1830
Cass 12-9-1970, n. 1412
Cass 19-8-1971, n. 2555
Cass 16-6-1976, n.2266
Cass 28-10- 1976, n. 3973
Cass 11-1-1978, n. 79
Cass 21-11-1978, n. 5422
Cass 4-6-1979, n. 3153
Cass 3-3-1980, n. 1415
Cass 27-4-1991, n. 4638

Övrigt

Tribunale di Milano, 14-9-1989

Innehållsförteckning

1. INLEDNING	1
2 METOD	41
2.1 Disposition	42
2.2 Avgränsningar	42
3 SYFTE	43
4. SVENSK RÄTT	43
4.1 Inledning	43
4.2. Ansvarsfriskrivningar	43
4.2.1. Inledning	44
4.2.2. Grov culpa	44
4.2.3. Culpa	45
4.3. Kontrollansvar	46
4.4 Produktansvar	48
4.5. Friskrivning från kvalitet	48
4.5.1. Allmänna	48
4.5.2. Preciserade	49
4.6. Påföljdsfriskrivningar	50
4.7. Vitesklausuler (Liquidated damages)	50
5. REGLERING ENLIGT SVENSK LAG	52
5.1. 19§ Köplagen	52

5.1. 36§ AvtL	53
5.3. Tolkning	54
5.4. Konsumenträtt	54
6.ITALIENSK RÄTT	54
6.1 Allmänt om Italiensk rätt	54
6.2. Allmänna avtalsvillkor (art 1341)	55
6.3. Friskrivning	56
6.4. Tolkning av avtalsklausuler	56
6.4.1. Oklarhetsregeln (Interpretatio contra stipulatorem)	56
6.5. Nullitet	57
6.7. Konsumentskydd i Italiensk rätt	58
6.7.1. EG-direktivet 1993:13	58
6.7.2. Art 1469	59
6.7.3. Jämförelse med svensk konsumenträtt	60
6.8. Beloppsklausuler Art 1382- 1384	61
7. ITALIENSK REGLERING AV FRISKRIVNINGSKLAUSULER.	62
7.1. Friskrivning från grov culpa och uppsåtligt handlande Art 1229, 1 st	62
7.2. Friskrivning från culpa Art 1229, 2 st	64
7.2.1. Bevisbönda	65
7.3. Formell reglering av friskrivningsklausuler Art 1341	65
7.4. Klausulkatalogen i art 1341, 2 st	66
7.5. Individuellt framförhandlade friskrivningsklausuler	68
8. ANALYS OCH SLUTSATSER	68
8.1. Lagstiftningsteknik	68
8.2. Avtalsstolkningsregler	69
8.3. Generalklausuler	69
8.4. Vitesklausuler	70
8.5. Reglering av standardavtal	70
8.6. Jämkning av avtalsvillkor	70
8.7. Svagare part	71

8.8. Konsumentkydd	71
8.9. Befintligt skick- klausuler	72
8.10. Fördelar och nackdelar	72
8.11. Lagval	72
9. KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	73
Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet	
Tillämparuppsats i Kommersiell Avtalsrätt, 20 p	
Juris Kandidatprogrammet, 180 p	

Friskrivningsklausuler

En jämförelse av svensk och italiensk rätt

Handledare: Professor Christina Hultmark

Författare: Marcus Pinzani

731017-4714