

Oskälighet måste alltid prövas ex officio

– *men konsumenten kan avstå från detta*¹

JORI MUNUKKA

1. Inledning

I *Pannon GSM* konstaterade EU-domstolen (EUD)² för första gången att oskälighet enligt avtalsvillkorsdirektivet³ *måste* prövas ex officio av domstol.⁴ Samtidigt förklarade domstolen att konsumenten kan avstå från följderna av att ett avtalsvillkor bedöms vara oskäligt. Domen har givetvis mycket stor betydelse ur praktiska konsument- och processrättsliga synvinklar. Ur principiell synvinkel belyses innebörden av konsumenträttens tvingande natur ytterligare. En liknande fråga har på nytt prövats i *Martín Martín*.⁵ Här var det fråga om eventuell ogiltighet grundad på hemförsäljningsdirektivet. Dessa avgöranden bekräftar en påtaglig tendens till ökad officialprövning och Pannon GSM framtvingar en omvärdering av de svenska reglerna om att även konsumenter måste begära jämkning vid oskälighet.

EUD har tidigare prövat frågor om s.k. prorogationsklausulers (avtalade forumbestämmelsers) förenlighet med avtalsvillkorsdirektivet. I *Pannon GSM* var det även denna gång fråga om en ifrågsatt prorogationsklausul. I

¹ Ett varmt tack till Lars Heuman för värdefulla synpunkter och litteraturreferenser.

² Innan den 1 december rätteligen benämnd EG-domstolen, men av förenklingsskäl här genomgående benämnd EU-domstolen, EUD.

³ Rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal (EGT L 95, 21.4.1993, s. 29; svensk specialutgåva, område 15, volym 12, s. 169).

⁴ EUD 2009.06.04, mål C-243/08, Pannon GSM Zrt. Mot Erzsébet Sustikné Gyórfi, REG 2009, s. I-04713. Refererad i Fritz M. & Hettne J., Rättsfall från EG-domstolarna, Ny Juridik 3:09 s. 78 ff.

⁵ EUD 2009.12.17, mål C-227/08, Eva Martín Martín mot EDP Editores, SL, REG 2009, s. I-11939. Kommenterad i Sunnqvist M., Allmän domstols officialprövning, materiella processledning och upplysande verksamhet i konsumenttvister, JT 2010–11 s. 162 ff.

Martín Martín var det i stället fråga om underlåtenhet att skriftligen informera om ångerveckan i enlighet med hemförsäljningsdirektivet.⁶

2. Omständigheterna och de hänskjutna frågorna

2.1 Pannon GSM

En konsument i Ungern hade skaffat sig ett mobilabonnemang. Telefonbolagets standardvillkor införlivades genom en referensklausul. Standardvillkoren innehöll en prorogationsklausul, som utpekade domstolen vid telefonbolagets säte som exklusivt forum. Telefonbolaget ansökte sedermera om betalningsföreläggande mot konsumenten vid den angivna domstolen. Det framgår att förfarandet vid betalningsföreläggande i Ungern inte är kontradiktoriskt. Föreläggandet utfärdades och bestreds därefter av konsumenten. Konsumenten bodde 27 mil från domstolen, och det saknades direkta tåg- och bussförbindelser mellan orterna. Den nationella domstolen konstaterade att frågan om behörig domstol tas upp ex officio, att forumet inte var exklusivt men att en foruminvändning måste framställas av svaranden senast när svaranden går i svaromål i sak. Härutöver kan domstolen ifrågasätta forumet på grundval av om de angivna behörighetsgrundande omständigheterna motsägs av notoriska fakta eller fakta som domstolen har officiell kännedom om, eller om omständigheterna framstår som föga troliga eller om motparten har bestritt dem. Den nationella domstolen ställde följande tolkningsfrågor till EUD:

”1) Kan artikel 6.1 i [direktiv 93/13] – enligt vilken medlemsstaterna ska föreskriva att oskäliga villkor som används i avtal som en näringsidkare sluter med en konsument inte, på sätt som närmare stadgas i deras nationella rätt, är bindande för konsumenten – tolkas så, att det faktum att konsumenten inte binds av ett oskäligt villkor som uppställts av näringsidkaren inte följer av själva lagen, utan förutsätter att konsumenten med framgång bestrider detta oskäliga villkor genom att framställa ett yrkande i detta syfte?

2) Kräver det skydd som konsumenten åtnjuter enligt [direktiv 93/13] – oberoende av förfarandets art och huruvida detta är kontradiktoriskt eller ej – att den nationella domstolen ex officio prövar huruvida det avtal som företetts för domstolen innehåller oskäliga villkor, utan att yrkande om fastställande av att villko-

⁶ Rådets direktiv 85/577/EEG av den 20 december 1985 för att skydda konsumenten i de fall då avtal ingås utanför fasta affärslokaler (EGT L 372, 31.12.1985, s. 31; svensk specialutgåva, område 15, volym 7, s. 83). Hemförsäljning kan snart antas regleras av det kommande Europaparlamentets och rådets direktiv om konsumenträttigheter.

ret är oskäligt behöver framställas, och att den nationella domstolen på detta sätt, inom ramen för kontrollen av dess egen geografiska behörighet, *ex officio* prövar det villkor som näringsidkaren uppställt?

3) Om den andra frågan besvaras jakande, vilka kriterier ska då den nationella domstolen beakta och bedöma inom ramen för nämnda kontroll?”

Frågorna i något mera pregnant formulering är om (1) direktivet medger att en oskälighetsprövning är villkorad av att konsumenten begär en sådan, (2) direktivet – även inom ramen för summarisk process – kräver att domstolen *ex officio* bedömer skäligheten av ett avtal i samband med prövningen av domstolens behörighet, och (3) vilka kriterier som ska vara styrande vid en oskälighetsprövning. Fråga 2 är något olyckligt formulerad, för den omfattar formellt alla slags avtalsvillkor, men den syftar uppenbarligen på prorogationsklausuler.

2.2 Martín Martín

En konsument i Spanien hade beställt ett bokverk på femton volymer, fem dvd-skivor och en dvd-spelare. Varorna levererades 13 dagar senare. Sedan betalning uteblivit förde bokförlaget talan inför domstol. Konsumenten ålades i dom att utge det omstämda beloppet. Hon överklagade. Överrätten fann att avtalet skulle kunna vara ogiltigt i enlighet med spansk rätt, p.g.a. att konsumenten inte i laga ordning hade informerats om sin rätt att häva köpet (jfr ångerrätt). Konsumenten hade inte gjort ogiltighet gällande. Den nationella domstolen ställde följande fråga till EUD:

”Ska artikel 153 EG, jämförd med artiklarna 3 EG och 95 EG, med artikel 38 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna [som offentliggjordes i Nice den 7 december 2000 (EGT C 364, s. 1)] samt med [direktivet], särskilt artikel 4 häri, tolkas så att en domstol som prövar ett överklagande av ett avgörande från en underrätt *ex officio* får ogiltigförklara ett avtal som omfattas av nämnda direktivs tillämpningsområde, trots att konsumenten mot vilken anspråk har riktats inte vid något tillfälle, vare sig vid bestridande under handläggningen av ärendet om betalningsföreläggande, vid den muntliga förhandlingen eller vid överklagandet, har framställt något yrkande om sådan ogiltigförklaring?”

Den nationella domstolen undrade alltså om det är tillåtet för en överrätt att *ex officio* ogiltigförklara avtal som omfattas av hemförsäljningsdirektivet.

Enligt den spanska lagstiftningen var ogiltighetsförklaringen villkorad av att konsumenten begärde detta.⁷

3. Kan domstols möjlighet till officialprövning begränsas?

I domen i de förenade målen *Océano Grupo Editorial och Salvat Editores* hade EUD funnit att en nationell domstol får pröva avtalsvillkors skälighet enligt art. 6.1⁸ ex officio.⁹ I *Pannon GSM* var frågan om det är möjligt att i nationell rätt uppställa krav på att konsumenten ska begära en sådan prövning. Denna fråga kan ju anses helt omöjlig att besvara jakande mot bakgrund av uttalandet i *Océano Grupo Editorial och Salvat Editores*,¹⁰ men ett krus här var att art. 6.1 gör en referens till nationell rätt. Men EUD fann i *Pannon GSM* att uttrycket ”på sätt som närmare stadgas i deras nationella rätt” inte kunde förstås så att medlemsstaterna har rätt att kräva konsumentens uttryckliga begäran om att företa en oskälighetsprövning.¹¹ Av bisatsens placering ges intrycket att referensen avser att nationell rätt närmare ska bestämma *innebörden av* konsumentens *obundenhet* till det oskäliga villkoret.

Svaret på frågan blev att det inte var möjligt att i nationell rätt uppställa ett krav på att konsumenten med framgång bestrider villkoret. Således kan

⁷ Ley 26/1991, de 21 de noviembre de 1991, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (BOE nº 283, de 26 de noviembre de 1991), art. 4 parr. 1, som översatts till: ”Ett avtal som har ingåtts eller ett anbud som har lämnats med åsidosättande av de villkor som föreskrivs i föregående artikel kan ogiltigförklaras på begäran av konsumenten.”

⁸ ”Medlemsstaterna skall föreskriva att oskäliga villkor som används i avtal som en näringsidkare sluter med en konsument inte är, på sätt som närmare stadgas i deras nationella rätt, bindande för konsumenten och att avtalet skall förbli bindande för parterna på samma grunder, om det kan bestå utan de oskäliga villkoren.”

⁹ EUD 2000.06.27, förenade målen C-240–C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA och Salvat Editores SA*, REG 2000, s. I-4941, p. 26. I spansk rätt fanns en motstridig praxis avseende officialprövningsfrågan. Det stod genom *Océano Grupo Editorial och Salvat Editores* klart att varje domstol genom direktivet hade en befogenhet att ta upp oskälighetsfrågan ex officio.

¹⁰ EUD:s resonemang här är starkt förkortat. EUD hänvisade till följande fall: EUD 2001.05.10, mål C-144/99, kommissionen mot Nederländerna, REG 2001, s. I-3541, p. 18; EUD 2002.05.07, mål C-478/99, kommissionen mot Sverige, REG 2002, s. I-4147, p. 16 och 18; *Océano Grupo Editorial och Salvat Editores*, p. 25; EUD 2006.10.26, mål C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro* mot *Centro Móvil Milenium SL*, REG 2006, s. I-10421, p. 36.

¹¹ *Pannon GSM*, p. 27.

nationella domstolars rätt till officialprövning inte begränsas varken genom materiella eller, som här, processuella regler.

En tidigare oprövad fråga var om ogiltighet kunde tänkas gälla vid tillämpningen av hemförsäljningsdirektivet och om en överrätts officialprövningsbefogenheter efter ett överklagande skulle kunna vara mera begränsade. Dessa frågor besvarades i Martín Martín.

Det förhållandet att det var en överrätt som prövade ett överklagande berördes över huvud taget inte av EUD, vilket bör kunna tolkas så att överprövningsdimensionen inte kan påverka officialprövningsbefogenheten.

Det konstaterades att underlåtenhet att lämna hävningsblankett (jfr ångerblankett) enligt den nationella, spanska, lagstiftningen leder till ogiltighet på konsumentens begäran. EUD erinrade inledningsvis med hänvisning till praxis¹² om att gemenskapsrätten i princip inte kräver officialprövning av om gemenskapsrättsliga bestämmelser åsidosatts, eftersom detta skulle tvinga de nationella domstolarna ”att gå utöver tvistens ramar såsom dessa har angivits av parterna genom att basera sig på andra fakta och omständigheter än dem på vilka den part som har intresse av att nämnda bestämmelser tillämpas har grundat sitt yrkande”.¹³ EUD förklarade att denna begränsning grundas på den processuella dispositionsfriheten ”och att [den nationella] domstolen följaktligen endast kan handla ex officio i undantagsfall, när allmänintresset så kräver”.¹⁴ EUD prövade därefter om bestämmelsen om skyldigheten att skriftligen lämna information om ångerveckan, art. 4 hemförsäljningsdirektivet, kunde anses vila på ett sådant allmänintresse. Härav följer att det inte bara är den nationella domstolen som kan avgöra denna fråga *in casu*, utan att intresseprövningen kan företas principiellt av EUD. EUD konstaterade efter ett längre resonemang att betydelsen av genomslagskraften hos art. 4 har ett sådant allmänintresse,¹⁵ och att ”[o]m konsumenten inte informerats om sin hävningsrätt i vederbörlig ordning ... att den nationella domstol som målet är anhängigt vid ex officio kan pröva om bestämmelserna i artikel 4 i

¹² EUD 1995.12.14, mål C-430/93, van Schijndel och van Veen, REG 1995, s. I-4705, p. 22; EUD 2007.06.07, förenade målen C-222/05–C-225/05, van der Weerd m.fl., REG 2007, s. I-4233, p. 36

¹³ Martín Martín, p. 19.

¹⁴ Martín Martín, p. 20, med hänvisning till van Schijndel och van Veen, p. 21, och van der Weerd m.fl., p. 35.

¹⁵ Martín Martín, p. 21–28, med hänvisning till EUD 2008.04.10, mål C-412/06, Hamilton, REG 2008, s. I-2383, p. 32; EUD 2001.12.13, mål C-481/99, Heiningen, REG 2001, s. I-9945, p. 45, och generaladvokatens förslag p. 55 och 56.

direktivet har åsidosatts”.¹⁶ Därefter prövade EUD om det på grund av åsidosättande av skyldigheten skulle kunna vara möjligt för den nationella domstolen att ogiltigförklara avtalet. Enligt art. 4 tredje stycket ska medlemsstaterna ”se till att deras nationella lagstiftning innehåller lämpliga bestämmelser som skyddar konsumenten” om den föreskrivna ångerinformationen inte lämnats. EUD hänvisade till tidigare praxis rörande tillämpningen av detta lagrum, enligt vilken det åligger ”de nationella domstolar som prövar ett mål där parterna består av enskilda att, i den utsträckning det är möjligt, tolka samtliga nationella rättsregler mot bakgrund av direktivets lydelse och syfte för att komma fram till en lösning som överensstämmer med direktivets målsättning”, och erinrade om dels att lagrummet ger de nationella myndigheterna ett utrymme för eget skön att på lämpligt sätt nå direktivets huvudakliga målsättning, dels att direktivet enligt art. 8 är ett minimidirektiv.¹⁷ EUD fann att ogiltigförklaring utgjorde en sanktionsåtgärd mot åsidosättande av en skyldighet vars iakttagande utgjorde en förutsättning för konsumentens bindande samtycke och att denna åtgärd kunde ”anses ’lämplig’” i lagrummets mening. Härefter påpekades att det inte förelåg hinder mot att tillgripa också andra åtgärder, som att hävningsfristen börjar löpa på nytt,¹⁸ och, med referens till Pannon GSM, att den nationella domstolen kan behöva ta hänsyn till konsumentens önskan att inte få avtalet ogiltigförklarat. Slutsatsen blev att art. 4 inte utgör hinder mot att en nationell domstol ex officio ogiltigförklarar ett avtal, trots att konsumenten inte vid något tillfälle har åberopat ogiltigheten inför behöriga nationella domstolar.

4. Obligatorisk officialprövning?

I fallet Océano Grupo Editorial och Salvat Editores hade EUD som sagt funnit att nationella domstolar *får* pröva oskälighetsfrågan ex officio.¹⁹ I Pannon

¹⁶ Martín Martín, p. 29.

¹⁷ Martín Martín, p. 31–33, med hänvisning till EUD 2005.10.25, mål C-350/03, Schulte, REG 2005, s. I-9215, p. 69, 71 och 102.

¹⁸ Jfr 1 kap. 10 och 11 §§ distans- och hemförsäljningslagen (2005:59), enligt vilken ångerristen inte börjar löpa förrän ångerblanketten tillhandahållits, dock att den totala ångertiden maximalt kan bli lite drygt ett år.

¹⁹ Océano Grupo Editorial och Salvat Editores, p. 26 och domslutet p. 1. Se Andersson T., EG-domstolens avgörande i Océano-målet samt konsumenträtt och forumregler i Sverige, ERT 2001 s. 568 och 570, och Munukka J., Kontraktuell lojalitetsplikt, Stockholm 2007, s. 418 f.

GSM var frågan om domstolarna *måste* pröva frågan *ex officio*. Förutom att de argument som i det fallet återopades till stöd för domstolarnas *rätt* talade också starkt talade för en *plikt*, uttalade EUD dessutom att en domstol är skyldig att bedöma möjligheten av att *ex officio* pröva om en prorogationsklausul är oskälig eller inte på grundval av den bestämmelse som ger domstolen en sådan befogenhet (nämligen art. 6).²⁰ En av den nationella domstolen aldrig ställd fråga, men som var den som egentligen besvarades var om en underlåten nationell implementering av ett direktiv kunde utgöra hinder mot nationella domstolens beaktande av direktivet,²¹ men som svaret formulerades kunde det läsas som en plikt att beakta avtalsvillkorsdirektivets bestämmelser *ex officio*.²²

I fallet Cofidis ansågs det strida mot direktivets art. 6.1 och 7.1 att uppställa preklusionsfrister för konsumenters invändningar mot anspråk från näringsidkare.²³ Där var det fråga om ett potentiellt oskäligt kreditvillkor. Frågan om oskäligheten aktualiserades först efter tre år från avtalets ingående. Eftersom det potentiellt oskäliga villkoret funnits där sedan avtalsingåendet kunde den ursprungliga oskäligheten uppfattas vara den händelse som givit upphov till tvisten. Oskäligheten skulle då vara prekluderad i enlighet med tvårsfristen för konsumentkreditvister i franska Code de la consommation.²⁴ En sådan preklusionsregel fick enligt EUD inte hindra en skälighetsprövning, vare sig *ex officio* eller efter konsumentens begäran.²⁵ I samband härmed klargjordes att skyddet även gäller den konsument som avstår från att

²⁰ Domstolen uttalade detta i p. 31 och 32, och t.o.m. i domslutet p. 2, trots att detta gick utöver den hänskjutna frågan. Frågan löd: ”Kan en nationell domstol *ex officio* bedöma huruvida ett villkor är oskäligt eller inte innan den beslutar om en ansökan kan tas upp till sakprövning vid allmän domstol, med hänsyn till konsumentskyddet i rådets direktiv 93/13/EEG om oskäliga villkor i konsumentavtal?”

²¹ Se Bernitz U., Till frågan om lagförarbetens position: En oförbindande direktivbilaga angående oskäliga avtalsvillkor kunde införlivas genom förarbetsuttalanden, ERT 2003 s. 159.

²² Domslutets p. 2 löd: ”Den nationella domstolen är, vid tillämpningen av bestämmelser i nationell rätt som har antagits före eller efter nämnda direktiv, skyldig att i den utsträckning det är möjligt tolka bestämmelserna mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte. Kravet på en konform tolkning innebär särskilt att den nationella domstolen skall ge företräde åt den bestämmelse som medför att domstolen *ex officio* kan vägra att godta en behörighet som den tilldelas enligt ett oskäligt villkor.”

²³ EUD 2002.11.21, mål C-473/00, Cofidis SA mot Jean-Louis Fredout, REG 2002, s. I-10875.

²⁴ Code de la consommation article L. 311-37 alinéa 1.

²⁵ Cofidis, p. 38 och domslutet.

åberopa sin rätt på grund av antingen okunnighet eller kostnaderna att driva en rättsprocess.²⁶

I fallet *Mostaza Claro* fann EUD att "[d]irektivet skall tolkas så, att en nationell domstol som har att pröva ett yrkande om upphävande av en skiljedom skall pröva huruvida skiljeavtalet är ogiltigt och upphäva denna skiljedom om nämnda avtal innehåller ett oskäligt avtalsvillkor, trots att konsumenten inte har åberopat skiljeavtalets ogiltighet under skiljeförfarandet utan endast inom ramen för klandertalan".²⁷

Denna rättspraxis pekade alltså tydligt i riktning mot en obligatorisk officialprövning. Den hänskjutna frågan i *Pannon GSM* var (trots att det även denna gång var fråga om ett processuellt hinder och dessutom en prorogationsklausul) formulerad med *generell tillämplighet på oskäliga avtalsvillkor*. *Pannon GSM* kan uppfattas som slutpunkten i en serie rättsfall där svaret hela tiden varit detsamma men där de processtekniska förutsättningarna fulländats först nu, när den nationella domstolen formulerat frågan om ex officio-prövningen är obligatorisk.

Utgångspunkten får antas vara att den obligatoriska officialprövningen endast omfattar villkor som är oskäliga enligt avtalsvillkorsdirektivet. Någon antydning till att ett åsidosättande av kravet på ångerblankett enligt hemförsäljningsdirektivet skulle leda till en obligatorisk ogiltighetsprövning kan inte utläsas ur *Martín Martín*.

5. Är prorogationsklausuler oskäliga per se?

I avtalsvillkorsdirektivets bilaga, den s.k. "grå listan", uppräknas avtalsvillkor som kan presumeras vara oskäliga. Den innehåller ingen tydlig referens till ensidiga prorogationsklausuler, men dessa befanns i *Océano Grupo Editorial* och *Salvat Editores* falla in under den presumtivistiskt oskäliga kategorin "[a]vtalsvillkor vars mål eller konsekvens är ... att upphäva eller inskränka konsumentens rätt att gå till domstol eller vidta andra rättsliga åtgärder".²⁸ I fallet ansågs det att en prorogationsklausul som utpekar näringsidkarens hemmaforum uppfyller samtliga kriterier för att anses som oskälig enligt direktivet och att det oberoende av avtalstyp var möjligt att fastställa oskäligheten utan att pröva samtliga omständigheter om det, som i *Océano Grupo Editorial*

²⁶ Cofidis, p. 34.

²⁷ *Mostaza Claro*, p. 39.

²⁸ Dir. 93/13/EEG, Bilaga. Avtalsvillkor till vilka hänvisas i artikel 3.3, 1 q).

och Salvat Editores, var fråga om ett avtalsvillkor som ensidigt verkade till näringsidkarens förmån.²⁹ Kommissionens numera inskränkta förslag till konsumentskyddsdirektiv innehöll en grå och en svart lista,³⁰ den senare angivande vilka villkor som skulle vara att anse som oskäliga *per se*. Inte heller någon av dessa listor upptar uttryckligen ensidiga prorogationsklausuler men den svarta listan innehåller kategorin ”[a]vtalsvillkor som utesluter eller inskränker konsumentens rätt att gå till domstol eller söka annan rättslig prövning”, vilken alltså nära ansluter till den äldre presumtivistiska oskäliga kategorin.³¹

Acquis-gruppen, som består av akademiker, har till uppgift att systematisera EU:s gällande privaträtt.³² Gruppen har utfärdat Principles of the Existing EC Contract Law, ”Acquis Principles” (ACQP). I ACQP finns också en svart lista på vilka avtalsvillkor som enligt gällande unionsrätt utan undantag är att anse som oskäliga i sig. Listan består ännu så länge av endast en villkorstyp, nämligen just exklusiva prorogationsklausuler i standardavtal.³³ Bryssel I-förordningen³⁴ art. 15–17 föreskriver överksamhet för vissa prorogationsklausuler i gränsöverskridande rättsförhållanden men godtar exempelvis en klausul som innebär att näringsidkaren har rätt att vända sig till ett visst forum i konsumentens medlemsstat.³⁵

Även privaträttskodifikationen Draft Common Frame of Reference (DCFR), utarbetad av Study Group on a European Civil Code i samråd med Acquis-gruppen, föreskriver att vissa avtalsvillkor ska anses oskäliga som så-

²⁹ Océano Grupo Editorial och Salvat Editores, p. 22. Se även EUD 2004.04.01, mål C-237/02, Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG mot Ludger Hofstetter och Ulrike Hofstetter, REG 2004, s. I-3403, p. 23. Se även Mostaza Claro, p. 27. Jfr DCFR Vol. 1, München 2009, s. 661 (II. – 9:409, Note 1).

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

³¹ KOM(2008) 614 slutlig, Kommissionens Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om konsumenträttigheter, Bilaga II. Avtalsvillkor som alltid ska betraktas som oskäliga, c).

³² <http://www.acquis-group.org/>.

³³ ACQP art. 6:304: List of unfair terms [I] The following is a non-exhaustive list of terms which are unfair in contracts between a business and a consumer if they have not been individually negotiated: [I] – terms conferring exclusive jurisdiction for all disputes arising under the contract on the court for the place where the business is domiciled.

³⁴ Rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (EGT L 12, 16.1.2001, s. 1) (Bryssel I).

³⁵ Bryssel I art. 16.2 och 17.3.

dana. Prorogationsklausuler som exklusivt utpekar näringsidkarens hemmaforum är att anse som oskäligen också enligt denna lista.³⁶ Den av Kommissionen tillsatta Expert Group on European contract law har vidarebearbetat centrala delar av DCFR,³⁷ i en s.k. feasibility study.³⁸ I denna finns en lista på drygt tio klausultyper, varav en är exklusiva prorogationsklausuler av detta slag.

Även om man enligt Océano Grupo Editorial och Salvat Editores vid skälighetsbedömningen av ensidiga prorogationsklausuler inte behöver beakta samtliga omständigheter bör man inte dra slutsatsen att ensidigt gynnande prorogationsklausuler alltid är oskäligen. Utöver klausulens utformning kan och bör man beakta också andra, om än inte samtliga, omständigheter. Det måste finnas utrymme att kunna beakta sådant som att det utpekade forumet också är konsumentens hemmaforum³⁹ eller att avståndet och övriga transportförutsättningar till näringsidkarens hemmaforum är lika goda eller bättre än till konsumentens hemmaforum.

Därtill kommer att *individuellt avtalade* prorogationsklausuler inte omfattas av avtalsvillkorsdirektivet eller de svenska implementeringsbestämmelserna 10–13 §§ lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (AVLK),⁴⁰ vilket gör att sådana klausuler förblir gällande om de inte är att anse som oskäligen med stöd av 36 § avtalslagen. En annan sak är att ett avtalsvillkor gentemot en konsument enligt lag alltid ska presumeras vara ett standardvillkor.⁴¹

³⁶ DCFR II. – 9:409: Exclusive jurisdiction clauses.

³⁷ Främst den allmänna avtalsrätten och köprätten. Behandlingen av köprätten har redan resulterat i ett förslag till en förordning om en s.k. optional instrument om konsumentköp, KOM(2011) 635 slutlig.

³⁸ Den senaste versionen från 19 augusti 2011, http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf.

³⁹ Den omständigheten att konsumentens forum sammanfaller med näringsidkarens erkänns som oskälighetsbefriande i DCFR II. – 9:409: Exclusive jurisdiction clauses: (1) A term in a contract between a business and a consumer is unfair for the purposes of this Section if it is supplied by the business and if it confers exclusive jurisdiction for all disputes arising under the contract on the court for the place where the business is domiciled. [/] (2) Paragraph (1) does not apply if the chosen court is also the court for the place where the consumer is domiciled. Så även enligt expertgruppens feasibility study, art. 85(e), version augusti 2011.

⁴⁰ Dir. 93/13/EEG art. 3.1 och 11 § 1 st. AVLK.

⁴¹ Dir. 93/13/EEG art. 3.2 och 12 § AVLK.

6. Är eftergivande av konsumenträttigheter verkningfulla?

Ett skydd som följer av tvingande rätt innebär att det inte kan uppges på förhand. Däremot kan skyddet enligt svensk rätt uppges sedan rättigheten materialiserat sig.⁴² Man kan tala om en efterhandsdispositivitet.⁴³

Enligt ACQP är avtalsvillkor som är till nackdel för en konsument och som avviker från regler som specifikt är tillämpliga i konsumentförhållanden inte bindande för konsumenten. Däremot anges att detta inte gäller för avtal som bilägger pågående tvister, dvs. förlikningar.⁴⁴ I Bryssel I-förordningen godtas överenskommelser om behörigt forum sedan en tvist har uppstått.⁴⁵ I DCFR hittar man ett uttryck som ligger närmast den svenska uppfattningen: ”A provision to the effect that parties may not exclude the application of a rule or derogate from or vary its effects does not prevent a party from waiving a right which has already arisen and of which that party is aware.”⁴⁶ Ett sådant efterhandsdispositivt uttryck återfinns också i konsumentköpsdirektivet.⁴⁷ Om tanken är densamma i förslaget till konsumentskyddsdirektiv

⁴² Se t.ex. NJA 1978 s. 64, NJA 2001 s. 381 och Munukka J., *Avtalsfrihet i hyresrätten. Om betydelsen av hyresgästs dispositioner*, Skrifter till minne av Anders Victorin, Uppsala 2009, s. 420 ff. med vidare hänvisningar.

⁴³ Sjöberg G., *Tvångsinlösenreglerna tvingande*, JT 2011–12 s. 155 ff.

⁴⁴ ACQP art. 1:203: Mandatory nature of consumer rules: (1) Unless provided otherwise, contract terms which are prejudicial to the consumer and which deviate from rules applicable specifically to relations between businesses and consumers are not binding on the consumer. This does not apply to contracts which settle an existing dispute. [1](2) Paragraph (1) applies accordingly to unilateral promises.

⁴⁵ Bryssel I art. 17.1: Avvikelse från bestämmelserna i detta avsnitt i ett avtal om domstols behörighet gäller endast om avtalet [1] 1) har ingåtts efter tvistens uppkomst.

⁴⁶ DCFR II. – 1:102(3). DCFR Vol. I, München 2009, s. 131: ”Paragraph (3) is designed to avoid a doubt which has sometimes arisen. The fact that a rule is mandatory does not prevent any right which has already arisen under that rule from being waived. In particular it does not prevent a party from settling any dispute relating to that right.” Se även den liknande formuleringen i kompromissen om direktivförslaget, European Parliament, Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights, 23 June 2011, <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201106/20110624ATT22578/20110624ATT22578EN.pdf>.

⁴⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/44/EG av den 25 maj 1999 om vissa aspekter förande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier, EGT L 171, 7.7.1999, s. 12, art. 7.1: ”Avtalsvillkor eller överenskommelser som ingås med säljaren innan denna får kännedom om den bristande avtalsenligheten, och som direkt eller indirekt åsidosätter eller begränsar de rättigheter som följer av detta direktiv, skall enligt nationell lagstiftning inte vara bindande för konsumenten.”

framställs den otydligt, för att inte säga direkt vilseledande: ”Om tillämplig lag på avtalet är lagen i en medlemsstat får konsumenterna inte avstå från de rättigheter som de ges genom detta direktiv.”⁴⁸ Liknande oreserverade uttryck återfinns i andra direktiv och direktivförslag.⁴⁹

Man får härav huvudsakligen dra slutsatsen att en konsument också enligt gällande EU-rätt har förmågan att efterge sitt skydd sedan detta aktualiserats. Av Pannon GSM och Martín Martín framgår något liknande. Konsumenten kan ge upp sitt skydd. Något om hur detta kan gå till inom ramen för svensk myndighetsprövning diskuteras i nästa avsnitt.

7. Betydelsen för svensk rätt

Vid tillämpningen av 36 § avtalslagen och 11 § AVLK gäller sedan tidigare att det är tillräckligt att åberopa de omständigheter som medför oskälighet.⁵⁰ Av satsen *iura novit curia* följer att varken oskälighet eller några jämnings- eller ogiltighetsbestämmelser behöver åberopas,⁵¹ även om en sådan tydlighet i kommunikationen med motparten och domstolen naturligtvis sällan kan skada. Däremot måste talan kunna uppfattas så att partens inställning är att ändring eller ogiltighetsförklaring av avtalet bör ske.⁵²

Pannon GSM innebär att en oskälighetsprövning med stöd av avtalsvillkorsdirektivet är obligatorisk.⁵³ För svensk rätts del följer av detta att tillämpningen av 11 § AVLK, i motsats till tillämpningen av 36 § avtalslagen, är obligatorisk. Detta innebär att konsumenter aldrig när det är fråga om sådana villkor som är oskäliga enligt avtalsvillkorsdirektivet behöver vare sig åberopa motfakta som konstituerar oskälighet eller begära jämkning. Detta gör skälighetsskyddet starkare än det materiella konsumentskyddet. I ett dis-

⁴⁸ KOM(2008) 614 slutlig, art. 43.

⁴⁹ Se t.ex. art. 12.1 Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/65/EG av den 23 september 2002 om distansförsäljning av finansiella tjänster till konsumenter, EGT L 271,9.10.2002, s. 16, och art. 22.1 Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/48/EG av den 23 april 2008 om konsumentkreditavtal, EGT L 133, 22.5.2008, s. 66.

⁵⁰ Jfr NJA 1982 s. 230.

⁵¹ NJA 1982 s. 230. NJA 1982 s. 738. NJA 1996 s. 663: ”En domstol är i och för sig inte bunden av det lagrum som part åberopat. För tillämpning av 36 § avtalslagen gäller dock vissa bestämda förutsättningar.”

⁵² Jfr Adlercreutz A. & Gorton L., *Avtalsrätt I*, 13 u. Lund 2011, s. 311: ”Utan yrkande kan inte hela avtalet ogiltigförklaras.” Jfr även NJA 1994 s. 359.

⁵³ Pannon GSM, p. 32 och 35, domslutet p. 2.

positivt fordringsmål i svensk allmän domstol måste konsumenten bestrida näringsidkarens krav och åberopa motfakta för att domstolen ska ha möjlighet och skyldighet att beakta tillämpliga materiella konsumentskyddsregler, 17 kap. 3 § rättegångsbalken.⁵⁴ En svensk domstol har inte någon officialprövningsrätt ens vid klara överträdelser av tvingande materiell konsumentlagstiftning eller när konsumenten högst sannolikt skulle önska något, t.ex. att ett avtalsvillkor inte skulle ges verkan. Domsskrivningen i Pannon GSM får emellertid antas innebära att en domstol utan föregående jämningsyrkande eller åberopande av motfakta som konstituerar oskälighet ska göra en prövning av samtliga avtalsvillkor och andra relevanta fakta. Detta är sannolikt få rättssystem helt och hållet rustade för.

Den nationella domstolen förefaller emellertid inte ha någon undersökningsplikt. Av Pannon GSM följer att domstolen kan begränsa sin prövning till ”de rättsliga och faktiska omständigheter” ”den har kännedom om”.⁵⁵ Däremot får man anta att det ankommer på den nationella domstolen att undersöka om det rör sig om ett konsumentförhållande eller inte. Ex officio-prövningen av skäligheten ska ju begränsas till konsumentförhållanden. Det faktum att en part är fysisk person innebär inte med nödvändighet att denne är konsument och det faktum att båda parterna är fysiska personer utesluter inte att det rör sig om ett konsumentförhållande.⁵⁶

Oskäliga avtalsvillkor får genom Pannon GSM en starkare nullitetsprägel. Trots detta har konsumenten möjlighet att låta villkoret bestå oförändrat. Detta ligger i linje med att den som åtnjuter en tvingande rätt har möjlighet att efterge rättigheten sedan den materialiserat sig. Förfarandet ska enligt Pannon GSM tillgå så att den nationella domstolen ska uppmärksamma konsumenten om att avtalsvillkoret är oskäligt. Konsumenten kan därefter välja ”att inte göra gällande att villkoret är oskäligt och icke-bindande”.⁵⁷ Denna möjlighet för nationell domstol att efterhöra med konsumenten om avtalsvillkoret ska bestå ska enligt EUD framgå av direktivet,⁵⁸ men det är

⁵⁴ Westberg P., Domstols officialprövning. En civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p. 1, Lund 1988, s. 455 ff. Heuman L., Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, Stockholm 2005, s. 97 ff.

⁵⁵ Pannon GSM, p. 32 och 35, domslutet p. 2.

⁵⁶ Se t.ex. NJA 2001 s. 155, KOM(2008) 614 slutlig, art. 2(1) och (2), ACQP art. 1:201 och 1:202, och DCFR I. – 1:105. Jfr särskilt DCFR Vol. I, München 2009, s. 94 om ”mixed purpose contracts”.

⁵⁷ Pannon GSM, p. 33.

⁵⁸ Pannon GSM, p. 33.

oklart vilket ställe i direktivet som avses.⁵⁹ Den nationella domstolens åtgärd att uppmärksamma konsumenten om oskäligheten och invänta konsumentens besked huruvida oskäligheten ska beaktas är bara en möjlighet och inte en skyldighet för nationell rätt. Även om svensk rätt inte känner till denna form av materiella processledning, vilken typiskt sett verkar till förmån för näringsidkaren, torde en sådan ordning ligga närmare dispositionsprincipen än motsatsen, och kan därför vara att föredra framför lösningen att domstolen åsidosätter villkoret utan att ens efterfråga konsumentens inställning. En kvardröjande oklarhet är om domstolen är skyldig att åsidosätta oskäligen villkor när konsumenten beretts tillfälle att yttra sig men av en eller annan anledning underlåter att ge ett klart besked.

Enligt 11 § 3 st. AVLK ska ett jämkat avtal (om möjligt) gälla utan andra ändringar om det ifrågasatta villkoret strider mot god sed och medför en betydande obalans.⁶⁰ Bestämmelsen måste läsas i förening med 36 § 1 st. 2 p. avtalslagen. Härav följer att ett avtal som inte kan jämkas så att det blir skäligt ska lämnas utan avseende helt och hållet.⁶¹ Härmed avses att avtalet ska vara skäligt för båda parter. Av 11 § 3 st. AVLK följer att ett avtal som genom åsidosättande av ett eller flera oskäligen villkor till förmån för konsumenten kan få bli oskäligt åt andra hållet, dvs. till nackdel för näringsidkaren. En förutsättning för avtalets bestånd i sådana fall är att konsumenten ska begära att avtalet ska fortsätta att gälla. Kravet på att konsumenten ska begära att avtalet ska bestå saknar uttryckligt stöd i direktivet.⁶² Kravet medför en viss begränsning av direktivets materiella genomslag och strider möjligen mot art. 7.1 om det inte uppvägs av att denna begäran inte behöver framställas på konsumentens initiativ utan att domstolen dryftar frågan ex officio.⁶³ Efter Pannon GSM framstår det som en naturlig ordning att den svenska domstolen ställer

⁵⁹ Möjligen är det uttrycket ”på sätt som närmare stadgas i deras nationella rätt” i art. 6.1 som avses.

⁶⁰ 11 § 3 st. AVLK: ”Jämkas ett avtalsvillkor eller lämnas det utan avseende, skall, om villkoret strider mot god sed och medför en betydande obalans till konsumentens nackdel, avtalet gälla utan andra ändringar, om konsumenten begär det och om avtalet kan bestå med i övrigt oförändrat innehåll.”

⁶¹ 36 § 1 st. 2 p. avtalslagen: ”Har villkoret sådan betydelse för avtalet att det icke skäligen kan krävas att detta i övrigt skall gälla med oförändrat innehåll, får avtalet jämkas även i annat hänseende eller i sin helhet lämnas utan avseende.”

⁶² Detta medges i förarbetena, prop. 1994/95:17, Oskäligen avtalsvillkor m.m. Införlovande med svensk rätt av EG:s direktiv om oskäligen avtalsvillkor i konsumentförhållanden, s. 103.

⁶³ Enligt art. 7.1 ska medlemsstaterna ”se till att det i konsumenternas och konkurrenternas intresse finns lämpliga och effektiva medel för att hindra fortsatt användning av oskäligen

frågan om avtalet ska bestå samtidigt som den uppmärksammar konsumenten om oskäligheten.

De till EUD hänskjutna frågorna har hittills avsett domstolars hantering av presumtivt oskäligen avtalsvillkor. I Pannon GSM var det fråga om summarisk process inför domstol i första instans.⁶⁴ Högst sannolikt saknar det betydelse om prövningen sker i domstol eller förvaltningsmyndighet, så länge den aktuella myndigheten kan fatta ett rättskraftigt beslut. Något annat skulle ge medlemsstaterna starka incitament att inrätta summariska förfaranden hos förvaltningsmyndigheter och därmed försvaga direktivets genomslagskraft.

För svensk rätts del innebär detta sannolikt att *ex officio*-prövningen också måste ske inom ramen för summariska myndighetsförfaranden som betalningsförelägganden hos kronofogdemyndigheten. Eventuella organisatoriska svårigheter hos nationella förvaltningsmyndigheter att mäta med en regelmässig sådan prövning lär inte påverka EUD:s direktivtolkning. Av Pannon GSM i förening med Martín Martín bör man kunna dra slutsatsen att officialprövningen ska ske på instansordningens samtliga nivåer.

villkor i avtal som näringsidkare sluter med konsumenter”. En jämförelse kan ske med rättsfallet Cofidis, där det ansågs strida mot avtalsvillkorsdirektivets art. 6.1 och 7.1 att uppställa preklusionsfrister för konsumenters invändningar mot icke prekluderade anspråk från näringsidkare.

⁶⁴ Jfr även följande relevanta fall: Océano Grupo Editorial och Salvat Editores, p. 17: Summariskt domstolsförfarande i första instans. Cofidis, p. 12: Domstolsprövning i första instans, se p. 12–14. Mostaza Claro, p. 19: Domstolsförfarande i första instans. Freiburger Kommunalbauten, p. 13: Revisionsförfarande i högsta instans (Bundesgerichtshof).

