

Jag har av advokaten Marcus Johansson ombetts att avge min bedömning av frågor i anslutning till myndighetsåtgärder av den svenska Pensionsmyndigheten riktade mot Allra Asset Management S.A. med säte i Luxemburg. Jag inkommer i anledning härav med följande

UTLÅTANDE

UPPDRAG OCH MATERIAL

Uppdraget har fått utföras under tidspress. Jag har inte fått i uppdrag att bedöma huruvida Allra Asset Management S.A., herefter Allra, förbrutit sig mot några regler.

Jori Munukka

professor

Centralvägen 34

183 57 Täby

08-16 20 64

073-209 61 07

jori.munukka@juridicum.su.se

Utöver tre telefonkontakter om cirka en halvtimme vardera där omständigheter beskrivits har jag fått del av

- Samarbetsavtal, fastställt 990617, justerat 990928,
- General Terms and Conditions for co-operation between the Swedish Pensions Agency and Fund Managers, 01/01/2015,
- Co-operation agreement, undertecknat 2015-05-20 och 2015-05-22,
- Allmänna villkor för samarbete mellan Pensionsmyndigheten och fondförvaltare, 2015-01-01
- Allmänna villkor för samarbete mellan Pensionsmyndigheten och fondförvaltare, 2016-10-01,
- Anvisningar till samarbetsavtalet. Information till fondförvaltare inför slutande av anmälan och fonder, 2016-10-01,
- Pensionsmyndighetens meddelande till Allra om köpstopp, 2017-02-14,
- Pensionsmyndighetens offentliga meddelande om köpstopp, 2017-02-14,
- Pensionsmyndighetens brev till fondsparare, "Information om köpstoppade fonder", odaterat,
- Allras svar på Pensionsmyndighetens frågor, "Avseende: Pensionsmyndighetens begäran om uppgifter kring Allra Asset Management S.A.'s fonder", odaterat,
- Pensionsmyndighetens skrivelse till Allra, "Ytterligare frågor med anledning av Pensionsmyndighetens utredning", 2017-02-14,
- Allras svar på Pensionsmyndighetens frågor, "Ytterligare svar med anledning av Pensionsmyndighetens utredning", 2017-02-27,
- Professor Joakim Nergelius utlåtande, 2017-03-16,
- Pensionsmyndighetens beslut om avregistrering 2017-03-16.

Advokaten Marcus Johansson har bett om min bedömning av följande frågor:

1. Kan Pensionsmyndigheten ur ett civilrättsligt perspektiv åberopa det s.k. Samarbetsavtalet till grund för beslut om s.k. köpstopp för Allras fonder inom ramen för premiepensionssystemet, avregistrering av Allra som förvaltare inom premiepensions-systemet eller liknande ingripanden?

2. Oberoende av svaret på den första frågan: Om Samarbetsavtalet skulle anses ge Pensionsmyndigheten någon slags ingripandebefogenhet, kan Allra framställa invändningar häremot på avtalsrättslig grund?

Min anställning som professor i civilrätt har särskild inriktning mot allmän förmögenhetsrätt, med visst ansvar för fastighetsrätt. Min forskning och övriga yrkesverksamhet fokuserar därför på förmögenhetsrätt och fastighetsrätt, om än med regelbunden kontakt med offentlig rätt inom bl.a. finansmarknadsrätt och konsumenträtt, och jag har snart 20 års erfarenhet av statlig anställning. Uppdraget nödvändiggör att jag emellanåt träder utanför förmögenhetsrätten.

BEDÖMNING

1. Några utgångspunkter

Det allmänna som helhet kan i de flesta avseenden betraktas ha intagit juridisk personlighet, och delar av det allmänna likaså. Avtalsvillkor uppställda mellan det allmänna och näringsidkare kan underkastas marknadsrättslig kontroll, även om avtalet inte kan hänföras till näringsverksamhet, 1 § 2 st. lagen (1984:292) om avtal mellan näringsidkare.¹ Det allmänna intar dock på många sätt en särställning. Det allmänna har inte samma friheter som enskilda. Ett övergripande krav på saklighet gäller och ett offentligt organ ska verka inom de ändamål för vilka det inrättats. Handlande som ligger utanför organets uppdrag ska inte förekomma.

En myndighet kan inte i egenskap av avtalspart utsträcka sitt offentligrättsliga mandat eller inskränka verkningarna av den reglering som den är underkastad genom att avtala till eller avtala bort uppgifter eller sanktionsmöjligheter av offentligrättslig karaktär. I det förra fallet skulle de stränga kraven på meddelad normgivningsdelegation i 8 kap. regeringsformen annars

¹ Jfr Munukka J., Lag (1984:292) om avtal mellan näringsidkare, Karnov Lagkommentarer, databasen Karnov per 2016-01-01, not 2 med hänvisningar.

kunna kringgå av myndigheterna. Hur pass angeläget eller lämpligt det i övrigt än vore med sådana rättsliga instrument förutsätts riksdagsbeslut. De skulle stå i strid med svensk förvaltningstradition, och oftast med grundlag och ibland EU-rätt. Traditioner kan givetvis överges eller förändras, men en sådan utveckling måste ha stöd i lag och vara förenlig med grundlag, åtminstone så länge traditionen påkallar respekt för dessa normer.

Enligt direktivet om kollektiva investeringar i överlåtbara värdepapper, UCITS, ska inte annan än "de behöriga myndigheterna" i fondförvaltarens hemmedlemsstat göra en prövning vid auktorisation och vid sin tillsyn.² Tillsynen ligger alltså på myndigheten där förvaltaren har sitt säte.

Den nu nämnda principen om hemlandstillsyn i UCITS innebär, som jag tolkar bestämmelserna, att hemmedlemsstatens myndigheter ska reglera och utöva tillsyn över fondförvaltarens verksamhet och beteende. Värmedlemsstaten har en plikt att låta fondförvaltaren verka så länge förvaltaren upprätthåller tillstånd i sin hemlandsstat. Värstater får föreskriva informationsregler, art. 94.1 a UCITS, men endast hemstater utövar tillsyn inom direktivets tillämpningsområde, art. 108.1. Endast i undantagsfall får behörig myndighet i värlandet vidta åtgärder, se art. 108.5. Behörig myndighet såvitt gäller Sverige är dock, såvitt jag förstår, Finansinspektionen, inte Pensionsmyndigheten. Såvitt bekant har "berörda myndigheter" i Allras hemlandsstat inte ingripit mot Allra och än mindre återkallat Allras tillstånd före Pensionsmyndighetens beslut.

Man kan jämföra med fastighetsmäklarbranschen. Sedan drygt 20 år finns statlig tillsyn över området. Utvecklingen av det offentligrättsligt präglade begreppet god fastighetsmäklarsed sker i ett dialektiskt förhållande mellan branschens faktiska sed, Fastighetsmäklarinspektionens beslut om att anmärka på mäklares beteende och förvaltningsdomstols överprövning av ifrågasatta beslut av Fastighetsmäklarinspektionen. Det vore ju för övervakningens skull mycket effektivare om myndigheten för rätt att bedriva verksamhet kunde kräva avtal med fastighetsmäklarna. Avtalsbrott skulle ju då kunna påtalas i civilrättslig ordning, dvs. genom

² Dir. 2009/65/EG om samordning av lagar och andra författningar som avser företag för kollektiva investeringar i överlåtbara värdepapper (fondföretag).

hot om och genomdrivande av uppsägning. Avtalsvillkoren skulle ju också kunna utformas så att varje möjlighet till ifrågasättande av uppsägningen skulle kunna omintetgöras. Om man utvecklar denna tanke skulle man kunna knyta närmast all offentligt styrd verksamhet till avtal. Riksdagsmän skulle kunna bytas ut p.g.a. brott mot villkor som en myndighet bestämt, domare skulle kunna behöva yrkestillstånd från en myndighet oberoende av anställningsregelverk, etc. Samma idé kan exporteras till f.n. icke offentligt styrd verksamhet. Sådana effektivitetshöjande åtgärder utgör givetvis kränkningar av rättsstatliga principer.

Utan ansträngning har jag den senaste tiden fått del av kritik via media mot den aktuella fondförvaltaren. Upprördheten i media är stor. Jag saknar anledning att utforska om den är berättigad och skulle den vara det är det illa. Men upprördhet får inte utvecklas till ett ad hoc-verktyg för kringgående av rättsstatlighet. Samma stränga eller veka regelverk ska gälla för alla. En opassande aktör ska lyda under samma regler som de passande. Om regelverket inte förmår att leverera det önskade resultatet måste regelverket ändras, och inte överträdas eller kringgåas.

2. Utgör Samarbetsavtalet ett avtal och utgör Pensionsmyndighetens allmänna villkor avtalsinnehåll?

Mitt uppdrag avser civilrättsliga frågeställningar. En sådan civilrättslig frågeställning är enligt mitt förmenande huruvida det regelverk som fondförvaltarna ska underkasta sig kan klassificeras som avtalsgrundat. I 64 kap. 19 § 2 socialförsäkringsbalken (2010:110), SFB, anges att en förutsättning för att en överföring från allmänt förvaltade pensionsmedel till en privat fondförvaltare är att ett samarbetsavtal har slutits med myndigheten.³ Därjämte uppställs vissa krav på åtaganden från förvaltarens sida. Åtagandet om att lämna information enligt 64 kap. 19 § 3 SFB ska ske mot pensionsspararna och åtagandena enligt 4–6 ska ske mot

³ Här vore en lagstiftningsåtgärd angelägen. Det finns ju subjekt som ännu inte har några pensionsmedel att "överföra" och subjekt som inte har sina medel i statlig förvaltning, även om det senare var fallet vid regelverkets införande för snart 20 år sedan.

myndigheten.⁴ Bestämmelsen motsvarar 8 kap. 3 § i den upphävda lagen (1998:674) om inkomstgrundad ålderspension.

Upplysningarna om samarbetsavtalet är knapphändiga i förarbetena.⁵ Det anges att rutiner för fonders upphörande och sammanslagning bör regleras i samarbetsavtalet,⁶ liksom hur överföringar från statligt förvaltade medel till förvaltarna bör gå till.⁷ Det anges att avtalet syftar till att vara inriktat på att lösa praktiska frågor samt prisfrågor.

”Fondförvaltarna skall ... sluta avtal med myndigheten om det praktiska samarbetet och om priset för förvaltartjänsten ... ”⁸

”Förvaltaren måste också ingå ett avtal om det praktiska samarbetet med myndigheten. Avtalet skall bestämma rutiner för överföring av information och medel mellan parterna. I avtalet mellan Premiepensionsmyndigheten och förvaltaren skall också tas in en eventuell överenskommelse om reducering av priset på förvaltartjänsten (se avsnitt 20.2). Avtalet benämns samarbetsavtal. Även när det gäller prisreduktion på förvaltartjänsten bestämmer myndigheten de krav som skall gälla för förvaltarnas tillträde till systemet. Det görs efter en intresseavvägning som beskrivs i den allmänna motiveringen.”⁹

Angående prisfrågorna framgår av 64 kap. 19 § 6 SFB att priset för tjänstetyperna förvaltning respektive förvaring årligen ska redovisas till myndigheten, så i den delen behövs inte något avtal. Uttrycket praktiskt samarbete framstår som ett uttryck för tekniska praktikabiliteter och hanteringsfrågor: Under vilka förutsättningar kontakt ska tas med myndigheten, inom vilken tid, i vilket format, etc.

⁴ Prop. 1997/98:151, Inkomstgrundad ålderspension, m.m., s. 723 ff.

⁵ Jfr SOU 1997:131, Lag om premiepension, s. 65 och 144, Prop. 1997/98:151, s. 408 och 724, SOU 2005:114, Socialförsäkringsbalk, s. 281, 739 ff. och 1031 och prop. 2008/09:200, Socialförsäkringsbalk, s. 502.

⁶ SOU 1997:131, s. 65.

⁷ SOU 1997:131, s. 144.

⁸ Prop. 1997/98:151, s. 408.

⁹ Prop. 1997/98:151, s. 724.

Ett avtal brukar bygga på ömsesidig vilja. Ett avtals innehåll ska uppfattas i enlighet med parternas vilja. Pensionsmyndigheten lär emellertid i detta fall ha kontraheringsplikt och därmed inte ha något utrymme för att avstå från att ingå avtalet, utan endast en möjlighet att göra en bedömning av huruvida de rättsliga förutsättningarna för en fondförvaltares inträde i premiepensionssystemet föreligger. Det faktum att en part har kontraheringsplikt innebär emellertid inte i sig att relationen inte skulle betraktas som ett avtal, jfr 3 kap. 1 § och 11 kap. 1 § försäkringsavtalslagen (2005:104). En fondförvaltare har heller inte något val att avstå från att avtala, om den vill att fonden ska kunna förmedlas inom ramen för premiepensionssystemet. Inte heller en parts reella avsaknad av möjlighet att påverka avtalsinnehållet utesluter att relationen ska betraktas som ett avtal. Denna företeelse är känd som s.k. adhesionsavtal, anslutningsavtal, som innebär att valet endast ligger i att delta eller avstå, inte i villkorsförhandling.¹⁰ Någon avtalsförhandling kan inte ske, utan synpunkter får i stället beaktas inom ramen för ett remissförfarande eller genom spontant inkomna synpunkter från aktörer i branschen. Varje förvaltare måste underkasta sig de villkor som myndigheten vid var tid uppställer. Utrymme att beakta endera partens uppfattning om resultatet av avtalsförhandlingarna måste helt och hållet saknas. Förvaltarna måste till följd av förvaltningsrättsliga principer få konkurrera på lika villkor. Till detta kommer att Pensionsmyndigheten har ensidig ändringsrätt. Relationen bygger i grunden på en koncessionstanke, dvs. på krav på myndighetstillstånd, som inte ens huvudsakligen placerats i händerna på Pensionsmyndigheten, utan hos Finansinspektionen eller motsvarande utländsk tillsynsmyndighet inom EES-området. Samarbetsavtalet får då mera karaktär av att vara myndighetsföreskrifter. Det är sammantaget inte utan besvär att betrakta relationen mellan myndigheten och respektive förvaltare som ett avtal. I lag, 64 kap. 19 § 2 SFB, förutsätts dock ingående av ett samarbetsavtal mellan Pensionsmyndigheten och varje enskild förvaltare, så det finns lagstöd för själva samarbetsavtalet som sådant. Men samarbetsavtalet saknar åtskilliga vanligen förekommande element hos avtal. Om avtalets innehåll hade begränsat sig till vad som klart faller utanför myndighetsutövning skulle problemet vara mindre, men med en befogenhet att meddela köpstopp, redan det en ingripande åtgärd dels till följd av minskad

¹⁰ Se t.ex. Bernitz U., Utvecklingen mot en standardavtalsrätt. I. Standardavtalen i rättstillämpningen, SvJT 1972 s. 404, och Bernitz U., Standardavtalsrätt, 8 u. Stockholm 2013, s. 17.

omsättningsmöjlighet, dels till följd av goodwillförlust, och avregistrering jämte hävning av samarbetsavtalet, blir avtalskaraktären tveksam.¹¹ Det är naturligt att sådana bestämmelser är underkastade inte enbart avtalsrättsliga regler utan även regler inom den offentliga rätten.

Vad som ligger bakom den svenska lagstiftarens önskemål att använda avtalsterminologi kan inte utläsas av förarbetena, eftersom detta överhuvudtaget inte diskuteras, men det ligger nära till hands att anta att det beror på lagstiftarens anvisning om att avtalet skulle omfatta "det praktiska samarbetet". Svensk förvaltningstradition ger inte myndigheten, med åberopande av förarbetsuttalanden om "det praktiska samarbetet", tillräckligt författningsstöd för att uppfinna sin egen sanktionsarsenal. Baserat på det nu sagda utgår jag från att vårt rättssystem inte medger detta, och kommer i detta yttrande fortsätta att göra så.

I samarbetsavtalsdokumentet från 1999 föreskrevs att det för avregistrering skulle krävas att fonden inte längre uppfyllde kraven till följd av ändringar i lagstiftning eller samarbetsavtalet (§ 3.1) eller att fondförvaltaren önskade att avregistrering skulle ske (§ 3.3). Avregistreringsgrunderna har utökats 2015 respektive 2016. I nuvarande lydelse, § 6.4, föreligger bl.a. befogenhet hos Pensionsmyndigheten att avregistrera en fond som Pensionsmyndigheten bedömer inte vara lämplig att vara registrerad i premiepensions-systemet. Således är måttstocken vag. Den är också subjektiv i den meningen att Pensionsmyndighetens bedömning avgör, och inte huruvida fonden på grundval av objektiva kriterier är lämplig eller inte.

Det bör alltså i rättslig ordning prövas om avtalets bestämmelser av sanktionskaraktär kan anses utgöra avtalsinnehåll.

Också vissa av bedömningsnormerna bör prövas. I § 6.5 i samarbetsavtalet från 2016 och de tillhörande anvisningarna anges ett lämplighetskrav, dvs. som går utöver formella behörighetskriterier för att delta i premiepensionssystemet. Det anges också att kraven på lämplighet ställs högt för att tillförsäkra ett gott konsumentskydd.

¹¹ Jfr Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 20.

Högt ställda krav på förvaltarens lämplighet för att åstadkomma ett gott konsumentskydd framstår som utmärkt, och inte minst på området för investerarskydd, och ligger i linje med lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden, MiFID,¹² MiFID II,¹³ lagen (2013:561) om förvaltare av alternativa investeringsfonder och lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter. Något korrekt lagstöd för lämplighetskravet förefaller dock inte att finnas i detta fall, jfr 5 kap. 1 § lagen (2004:46) om värdepappersfonder angående riskspridning.

I § 11 i samarbetsavtalet och i 3.1–3.2 nämnda anvisningar införs konceptet god sed på premiepensionsområdet. Förvaltaren anges ha bevisbördan för att handlandet överensstämmer med god sed. Förvaltaren ska också presumeras ha samräde med annan aktör som myndigheten misstänker samräde med förvaltaren.

Dessa regler utgör instrument som är stränga mot förvaltarna. Lagstöd torde erfordras, men jag har inte kunnat hitta sådant.

3. Avtalsrättslig bedömning

3.1 Allmänt

Under detta avsnitt analyseras den eventualiteten att samarbetsavtalet och de villkor som ursprungligen och senare anknutits till detta inte bör betraktas ur annat än rent avtalsrättsligt perspektiv, även om jag personligen ställer mig frågande till detta, oberoende av vad som läggs den enskilde fondförvaltaren till last.

3.2 Lindrigare tvång

29 § lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, AvtL, följer att rättshandlingar framkallade genom lindrigare tvång än sådant grovt tvång

¹² Dir. 2004/39/EG om marknader för finansiella instrument.

¹³ Dir. 2014/65/EU om marknader för finansiella instrument. Ännu inte

(råntvång) som avses i 28 § AvtL också är ogiltiga. Definitionen av lindrigare tvång är vag. Tvånget ska ha varit lindrigare än det som anges i 28 § eller vara mindre akut, tvångsmedlen behöver inte ha varit olagliga i sig men tvångsmedelsanvändningen ska framstå som rättsstridig. Följden av att en rättshandling framkallats genom sådant tvång är att rättshandlingen inte är gällande. I detta ligger ett kausalitetskrav mellan tvång och rättshandling, som i lagtexten uttryckts med "att rättshandlingen framkallats genom rättsstridigt tvång".

29 § AvtL aktualiseras särskilt vid oförmånliga onerösa avtal. Något generellt krav på att avtalsinnehållet ska vara oförmånligt uppställs dock inte, till skillnad mot ocker enligt 31 § AvtL. När tvångsutövaren använt lagenliga tvångsmedel kan rättsstridighetskravet förutsätta uppkomsten av obehöriga förmåner för tvångsutövaren. Naturligtvis kan även framtvingande av benefika avtal, benefika skuldebrev och benefika borgensåtaganden komma ifråga. Att ett framtvingat avtal objektivt är förmånligt för den tvungne, även om förmånligheten som sådan kan utgöra en indikation på att det inte varit fråga om tvång, kan inte bota den ogiltighet som är en följd av tvånget. Exempel härpå är en ofrivillig försäljning till ett högt pris eller ett ofrivilligt köp till lågt pris. Det kan även vara fråga om rättshandlingar utan någon ekonomisk belastning, t.ex. att den tvungna förmås säga upp häva ett avtal.

Tvånget måste vara rättsstridigt för att rättshandlingen ska vara ogiltig. Vid grovt tvång är det klart att rekvisitet är uppfyllt. För att konstatera lindrigare tvång är det emellertid inte lika enkelt. En åtgärd kan vara laglig, men det kan vara rättsstridigt att vidta eller hota om den lagliga åtgärden för att därigenom framtvinga en rättshandling. Varje åtgärd eller hot om en åtgärd är givetvis inte rättsstridig. Härmed avses närmast att tvånget ska vara otillbörligt.¹⁴ Något krav på att tvånget ska vara straffbart uppställs inte.

"För att en rättshandling skall vara ogiltig på grund av tvång förutsättes, att det använda tvånget varit rättsstridigt. Detta är fallet, icke blott om de använda tvångsmedlen i och för sig varit

14 Hov J. & Høyberg A.-P., Alminnelig avtalerett, Oslo 2009, s. 361

rättsstridiga, utan även då någon medelst hot att företaga en åtgärd, vartill han är berättigad, tilltvingat sig obehöriga förmåner.”¹⁵

Myndighets hot om att inte lämna tillstånd som annars skulle ha lämnats, eller i vart fall inte skulle gjorts beroende av rättshandlingens företagande, kan innebära lindrigare tvång.

NJA 1980 s. 1: En kommun hade krävt att två ägare till var sin grannfastighet, vilka båda ingick ett och samma exploateringsavtal med kommunen, skulle åta sig solidariskt ansvar för vardera ägarens förpliktelser. En av ägarna hade därefter inte uppfyllt sina förpliktelser, och kommunen hade då begärt skadestånd, avtalat vite, anslutningsavgifter m.m. av fastighetsägarna solidariskt, trots att den ena fastighetsägaren hade fullgjort sina förpliktelser. Kravet hade uppställts som förutsättning för bygglov. HD fann att kommunen tillförsäkrat sig åtaganden som gick längre än vad byggnadslagstiftningen medgav, i vart fall avseende det solidariska ansvaret. Detta ansågs innebära att kommunen hade utövat rättsstridigt tvång enligt 29 §, varför det solidariska ansvaret inte skulle kunna göras gällande.

Härav följer att krav som ställts vid bl.a. myndighetsutövning som inte är lagligen grundade inte kan göras gällande. Några krav som kan ifrågasättas är följande:

- Efterlevnaden av kravet på lämplig fond, eftersom detta ska prövas av hemlandsstatens berörda myndigheter och därmed står i direkt strid med lag, jfr 1 kap. 6 § 1 st. 2 och 4 st. lagen (2004:46) om värdepappersfonder och eftersom stränga påföljder knutits till kravet, vilka i sig saknar erforderligt lagstöd.
- Kravet på god sed på premiepensionsområdet, eftersom det saknar stöd i lag och stränga påföljder utan stöd i lag knutits till detta krav.
- Bevisbördeomkastningar avseende samröre med annan aktör respektive efterlevnad av god sed samt procedurregeln om att Pensionsmyndighetens bedömning är exklusivt bevismedel i fråga om en fonds lämplighet, eftersom detta saknar stöd i lag eller står i direkt strid med lag.

¹⁵ Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp m.m. avgivna den 31 jan. 1914 av därtill utsedda kommitterade, Stockholm 1914, s. 124.

3.3 Oskäligt utövande av ensidig bestämmanderätt m.m.

Avtalsvillkor som ger en part en avgörande fördel i någon grundläggande fråga i avtalsförhållandet riskerar att ifrågasättas. Det kan vara fråga om en rätt att ensidigt bestämma avtalets innehåll eller något annat relevant förhållande, t.ex. att ensidigt bestämma om fel begåtts av parten själv eller av motparten, att ensidigt bestämma om någon eller vilken rätt till påföljd som motparten kan tillerkännas, eller en rätt att utse en majoritet bland skiljemän i ett skiljeförfarande. Ett överdrivet nyttjande av en rättighet kan betecknas som rättsmissbruk. Effekterna därav kan vara att avtalet ska tolkas så att den som uppställt den ensidiga rätten ändå inte kan komma att få utöva den, NJA 2005 s. 142, eller att en jämkning av villkoret ska ske med stöd av 36 § AvtL, vanligen genom att helt lämna det utan avseende. Även ensidiga bedömningsklausuler kan ifrågasättas med stöd av 36 § AvtL. I NJA 1994 s. 712 III godtogs inte försäkringsvillkoret om försäkringsbolagets bedömning som ensidigt avgörande för förekomsten av försäkringsfall (som avsåg frågan huruvida den försäkrade stod till arbetsmarknadens förfogande, vilket ansågs vara fallet), och i NJA 2009 s. 408 godtogs inte försäkringsbolagets val av ersättningsmetod.

Det faktum att ett avtal är ingånget med en myndighet eller allmänt organ utesluter givetvis inte möjligheten att pröva dess skälighet.¹⁶ I NJA 1998 s. 390 lämnades en ansvarsbegränsning meddelad i författning utan avseende. Ansvarsbegränsningen gällde till förmån för det statligt ägda Posten AB och avsåg förhållanden före postverkets privatisering. I NJA 1994 s. 359 skedde jämkning till förmån för en kommun. Ett fabriksföretag hade 1954 överlåtit sina vattentäkter och va-ledningar till kommunen. Ett av villkoren var att vissa angivna fastigheter skulle vara befriade från anslutnings- och bruksavgifter för vatten för all framtid. Kommunen ansökte hos Statens va-nämnd om fastställande av va-avgifter fr.o.m. 1988 för de berörda fastighetsägarna. En fastighetsägare ifrågasatte detta. HD jämkade klausulen om avgiftsbefrielse så att befrielse skulle fortsatt löpa så länge fastighetsägaren bebodde fastigheten. I RH 14:80 jämkades ett avtal till nackdel mot kommun.

¹⁶ Prop. 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m.m., s. 113 f. och Grönfors K., Begränsningar hos avtalet som styrmedel, i Festschrift Sveriges Advokatsamfund, Stockholm 1987, s. 217 ff.

Det faktum att avtalsvillkoren ansluter till lagstiftning eller annan författning utgör inte heller ett absolut hinder mot jämkning av villkoren.¹⁷ Lagar kan givetvis inte ändras av domstolar som inte givits en sådan konstitutionell ställning. Däremot kan tillämpningen av lag och annan författning modifieras så att ett annat resultat kan uppnås än vad som skulle följa av författningstexten. I mångt och mycket kan en sådan operation ske med hjälp av lagtolknings- och lagtillämpningstekniker som restriktiv och extensiv tolkning samt analogi- och reduktionsslut. Sådana tekniker är lämpliga när ändamålet med en tillämpning enligt ordalydelsen skulle förfelas. När domstolen vill åstadkomma en tillämpning som kommer i konflikt med lagtextens ordalydelse, utan att denna kan förklaras av ändamålet hos bestämmelsen eller regleringen i stort, blir det emellertid mera problematiskt.

I nyssnämnda NJA 1998 s. 390 jämkades vad som formellt utgjorde författning. JustR Håstad ifrågasatte i sitt tillägg till NJA 2010 s. 467 om inte 2010 års avgörande kunde uppfattas så att en lagbestämmelse jämkats. I NJA 2011 s. 67, p.11 uttalade HD: "Det sagda ligger väl i linje med att 36 § avtalslagen i fråga om avtalsinnehåll är ett fundamentalt yttersta och tvingande rättsskydd för den enskilde avtalsparten. Här kan också erinras om att jämkning av ett avtalsvillkor som flutit in i avtalsförhållandet på grund av en dispositiv lagregel inte kan anses utesluten". Om det är möjligt att jämka avtalsvillkor som endast upprepar dispositiva lagregler måste det i konsekvensens namn vara möjligt att jämka motsvarande lagregler när någon upprepning av dessa inte har skett i avtalet.

Den aktuella ensidiga ändringsrätten har utövats på ett sätt som kan angripas med stöd av 36 § AvtL. Införandet av bedömningskriterier, förpliktelser och bevisregler till nackdel för den enskilde som inte grundas på lag kan gemensamt eller var för sig medföra jämkning. Oskäligt nyttjande av en rättighet kan också neutraliseras med hjälp av en restriktiv tolkning, där rättssäkerhetsgarantier läses in i rättighetsutövandet.

¹⁷ Jfr SOU 1974:83, Generalklausul i förmögenhetsrätten, s. 142 med not 1. Håstad T., Rättstillämpning i strid mot lag, Vänbok till Axel Adlercreutz, Lund 2007, s. 167 ff., och Ingvarsson T., Allmänna råd och jämkning av borgensåtaganden, SvJT 2008 s. 868 f. Jfr även NJA 1987 A 2.

I den aktuella situationen kan åtskilligt åberopas till stöd för jämkning eller åsidosättande av avtalsvillkor. Sanktionsmöjligheterna är mycket stränga. De har tillgripits utan att beslutet motiverats på tydligt sätt. Bedömningsnormerna god sed och fondens lämplighet är vaga och saknar anknytning till en utarbetad förståelse för deras innebörd. Bedömningsnormen fondens lämplighet anknyter helt subjektivt till avtalsskrivarens ensidiga bedömning, utan anknytande objektiva fakta. Ändringsrätten, som tillämpats, är helt ensidig, och den har kommit till bruk för att införa de nämnda stränga sanktionerna, vilka ska tillämpas på grundval av de nyss nämnda vaga och subjektivt avfattade normerna. Därtill kommer de ovannämnda bevis- och procedurreglerna, vilka alla är långtgående inskränkningar i förhållande till dispositiv avtalsrätt och förvaltningsrättsliga principer. De nyinförda avtalsnormerna saknar lagstöd och står i strid med grundläggande förvaltningsrättsliga principer. Om de ändrade villkoren fr.o.m. 2015-01-01 ska anses utgöra del av avtalet, måste de jämkas eller lämnas helt utan avseende.

4. Slutsatser

1. Kan Pensionsmyndigheten ur ett civilrättsligt perspektiv åberopa det s.k. Samarbetsavtalet till grund för beslut om s.k. köpstopp för Allras fonder inom ramen för premiepensionssystemet, avregistrering av Allra som förvaltare inom premiepensionssystemet eller liknande ingripanden?

Nej. En myndighet kan inte vidga sin beslutskompetens inom sitt myndighetsuppdrag genom att avtala till sig detta. Trots att villkoren fått formen av avtal kan de inte göras gällande, i vart fall på den grunden att tilltvingandet av sådana villkor har utgjort tvång enligt 29 § AvtL, eftersom villkoren överskrider förutsättningarna för registreringsbesluts meddelande och registrerings vidmakthållande.

2. Oberoende av svaret på den första frågan: Om Samarbetsavtalet skulle anses ge Pensionsmyndigheten någon slags ingripandebefogenhet, kan Allra framställa invändningar häremot på avtalsrättslig grund?

Ja. Vid sidan av 29 § AvtL kan Allra åberopa rättsfiguren rättsmissbruk för att komma till rätta med den rättsutövning som Pensionsmyndigheten tillgripit, vilket bör medföra att den skenbara rätt som myndigheten haft inte kan tillämpas på det aktuella sättet. I linje härmed, och även som självständig grund, kan Allra åberopa att avtalsvillkoren är oskäligen i den mening som avses i 36 § AvtL, redan på grundval av sin avfattning men också – uppenbart – till följd av det resultat som deras tillämpning har lett till.

Stockholm 2017-03-20



Jori Munukka

