

Kapitel 1

Ändrade förhållanden vid långtidsavtal

1.1 Inledning

Förekomsten av långvariga avtal och samarbetsförhållanden blir allt vanligare i samhället, inte minst när det gäller kedjesamverkan inom handeln. Med en ökad användning av sådana avtalsformer följer naturligt nog en ökning av de problem som är förknippade med dessa avtal. Ju längre ett avtal sträcker sig i tiden desto större är risken för att de förhållanden som råder när avtalet ingås kommer att förändras. Vid slutande av avtal gör parterna därför i förebyggande syfte bäst i att reglera och så långt möjligt försöka förutse eventuella kommande förändringar som skulle kunna påverka avtalets uppfyllelse. Har parterna inte reglerat ett förhållande och det sedermera uppstår en konflikt på grund av att förhållandena ändrats så måste man försöka finna en lösning utanför avtalet och söka bland lagregler och allmänna rättsprinciper.

Så här inledningsvis kan nämnas två rättsliga ytterligheter, två motsatta principer, som teoretiskt skulle kunna tillämpas i denna situation. Den ena är ett strikt fasthållande av principen *pacta sunt servanda*, d.v.s. en undantagslös tillämpning av avtalet utan någon som helst hänsyn tagen till ändrade omständigheter. Den andra är principen om *clausula rebus sic stantibus*, den så kallade klausulläran. Denna princip kan kortfattat sägas utgå ifrån att det vid avtalets ingående föreligger ett tyst förbehåll om att förhållandena skall kvarstå oförändrade. En strikt tillämpning av den förstnämnda principen skulle i de allra flesta fall leda till oskäligen resultat och överhuvudtaget inte främja det kommersiella livet. Detsamma gäller om den senare principen skulle dominera rättstillämpningen - rättsosäkerheten skulle i så fall bli alldeles för stor. Klausullärans många svagheter har gjort att den praktiskt taget övergivits i svensk rätt. Skall avtalsbundenheten ha någon verklig, praktisk innebörd krävs

att den gäller även under ändrade förhållanden. Principen om att avtal skall hållas har länge varit härskande i svensk rätt och huvudregeln är att var part själv står risken för att förhållandena ändras.

Ingen av dessa metoder förefaller således vara lämpliga att strikt tillämpa med hänsyn till såväl kommersiella aspekter som till den komplexitet ett långtidsavtal består av. För att komma till rätta med problemen som uppstår när förhållandena ändras måste i stället mer nyanserade bedömningar göras och anpassade metoder sökas. Enligt Kurt Grönfors får principen om att avtal skall hållas ge vika till förmån för att avtal skall *genomföras* just på grund av att det under ett långvarigt avtalsförhållande kan uppstå en del förändringar som gör att det inte går att genomföra avtalet som det var tänkt från början.

I det stora flertalet rättsordningar finns endast mycket begränsade möjligheter till justering av ett avtal på grund av ändrade förhållanden. Detta anses motiverat och nödvändigt för att öka rättssäkerheten och förutsebarheten vid avtalsslutande.¹ Jämknings kan dock i vissa länders rättssystem anses motiverat men detta förutsätter vanligtvis att den ändrade omständigheten med hänsyn till dess omfattning och art varken omfattas av avtalet eller dess underlag och ej heller fångas upp av den riskfördelning som utifrån olika aspekter får anses följa av avtalet.

Inom avtalsrätten finns även goda möjligheter att ta hjälp av och beakta utländsk rätt i fall då rättsläget förefaller osäkert. Vid försök till att hitta lösningar på det i denna uppsats aktuella problemet finns det ett flertal internationella handelsföreskrifter att tillgå, i vilka man försökt kodifiera internationellt gemensamma regler. Exempel på organ som utarbetat sådana föreskrifter som är avsedda att motsvara internationellt vedertagna principer är Internationella handelskammaren och UNIDROIT principles.

¹ Ramberg, Hultmark, Allmän avtalsrätt, s. 208

1.1.2 Syfte

Denna tillämpningsuppsats behandlar i sin första del vilka möjligheter det finns för en avtalspart i ett långvarigt avtalsförhållande att jämka en avtalsförpliktelse eller helt komma ifrån ett avtal på grund av ändrade förhållanden. Följande frågeställningar tas upp och utreds. Vem bär risken för ändrade förhållanden? Vilka regler och principer står till buds för bestämmandet härav?

I uppsatsens andra del behandlas möjligheterna till fortsatt samarbete vid långvariga avtalsrelationer när förhållandena ändrats. De frågeställningar jag arbetat utifrån i denna del är främst vilka kontraktsklausuler man kan införa i ett avtal för att förbättra möjligheterna för parterna att fortsätta samarbeta trots ändrade omständigheter.

Den tredje delen av uppsatsen knyter an till den föregående och fokuserar på omförhandlingsinstitutets roll för möjligheterna till fortsatt samarbete.

I den avslutande delen ämnar jag sammanfatta uppsatsen.

1.1.3 Avgränsning

Jag har inte för avsikt att behandla långvariga samarbeten i bolagsformer och de associationsrättsliga spörsmål som uppkommer i samband härmed. En gränsdragning till det enkla bolaget kommer jag därför att redogöra för, se 1.2.2 nedan. För att begränsa mig ämnar jag heller inte behandla frågan om *avvecklingen* av parternas mellanhavanden efter det att avtalet upphört i förtid.

1.1.4 Metod

I min framställning har jag huvudsakligen studerat doktrin, praxis och lagstiftning. Studier av internationella handelsföreskrifter har också förekommit. Jag har till största delen valt att hålla mig till en deskriptiv metod och inte i någon större utsträckning gjort egna undersökningar. I uppsatsens senare delar har jag dock anlagt ett mer praktiskt perspektiv, men med studier av främst litteratur och artiklar som grund.

1.2 Långvariga avtal

1.2.1 Karaktäristika för det långvariga avtalet

Långtidsavtal kännetecknas kanske inte så underligt nog av att de löper under lång tid. Till skillnad från ett kortvarigt avtal som sker momentant och där avtalets fullgörande är huvudpoängen och allt så att säga sker i ett, tidsmässigt, kan man beskriva det långvariga avtalet som mer fokuserat på själva samarbetet och affärsförhållandet mellan parterna.

Kurt Grönfors anser att man bör göra en åtskillnad mellan långtidsavtal och samverkansavtal, som ju också karaktäriseras av utsträckningen i tiden. Orsakerna till att Grönfors placerar samverkansavtalen i en grupp för sig är flera. Lojalitetsplikten är större vid samverkansavtal och dessa har ofta stora likheter med bolagsavtal, se närmare härom nedan. Samverkansavtalen är profilerade på ett mycket speciellt sätt, vilket Grönfors vill belysa med ett exempel som han beskriver som en vanlig situation för joint ventures. Grönfors vill visa att joint venture karaktären är skissartad och ej möjlig att precisera mer än att det sker kontinuerliga förändringar i takt med utvecklingen på olika områden. Grönfors beskriver följande fall.

För att minska sina produktionskostnader ämnar ett företag förlägga en del av sin tillverkning i ett annat land som i sin tur är i behov av ökad sysselsättning. Företaget och ett företag i det främmande landet fastställer ramen och målsättningen för samarbetet. Man avtalar och utfäster garantier om produktionsvolymerna och bildar ett produktionsbolag på 50-50 basis. Det finns dessutom ett sysselsättningspolitiskt inslag i samarbetet som ligger i att ett statsbidrag utgår till investeringarna. Efter hand blir det emellertid allt tydligare

att samarbetet kräver en kontinuerlig marknadsanpassning och justering enligt de erfarenheter som erhållits, vilket resulterar i att specialbestämmelser om tillverkningsvolymerna tas med såsom delar av det ursprungliga avtalet. Härmed

tillgodoses skälighetskravet enligt 36 § avtalslagen och balansen mellan parterna justeras löpande. Efter att samverkansavtalet fungerat väl i tio år anser den första parten det vara nödvändigt att ansluta sig till en större grupp av samverkande företag bestående av nio tillverkningsbolag över hela Europa. Detta godkänns av den andra parten och det gemensamt bildade tillverkningsbolaget blir därefter den tionde samarbetspartnern. Målet med detta samarbete är att utjämna valuta och arbetsmarknadsrisker, samt politiska och ekonomiska risker genom att sprida produktionen. Tyngdpunkten av sysselsättningsmålet i det gamla avtalet har härmed förskjutits till en central bedömning av totaliteten av samverkande företag. Vid en neddragning av den samlade produktionen av enheter kan det bli fråga om att välja mellan osthyvelmetoden och eller hel nedläggning av en enda produktionsanläggning av de tio. Detta kan rimligen inte försvaras om inte nedläggningen kompenseras på något sätt. Nio tillverkande enheter återstår. Avvägningen görs utifrån en central bedömning och inte utifrån sysselsättningsgarantin i det ursprungliga avtalet.² Vad Grönfors med detta exempel vill illustrera är just att ett samverkansavtal i allmänhet syftar till att man snabbt skall kunna anpassa samarbetet till ändrade förhållanden.

När jag talar om långtidsavtal eller långvariga avtal har jag emellertid inte för avsikt att bryta ut samverkansavtalen från övriga typer av långtidsavtal utan talar om långvariga avtalsförhållanden i en mer generell bemärkelse. Det är dock inte utan betydelse att fortsättningsvis vara medveten om samverkansavtalets speciella karaktärsdrag.

1.2.2 Typfall av långvariga avtal

Exempel på typiska långvariga avtalsförhållanden är entreprenad, franchising, licensavtal, avtal för samarbete om produktion och försäljning av varor eller tjänster. Andra är samarbetsformer som joint ventures och pool-avtal. Joint

² Grönfors, Kurt, Avtal och omförhandling,

Ventures är en form av allians mellan två företag som samarbetar för att sänka sina kostnader.

1.2.3 Avgränsningen till bolagsavtal

Det är inte alltid helt lätt att dra en skiljelinje mellan långtidsavtal enbart avseende samverkan och bolagsavtal, eftersom flera kriterier kan sammanfalla. I långvariga avtalsförhållanden blir det efter hand ofta nödvändigt att vidta ett antal olika åtgärder från parternas sida som gör att sammanslutningen mer och mer liknar det enkla bolaget.³ Det gäller därför att avgöra om associationsrättsliga regler blir tillämpliga eller enbart avtalsrättsliga regler. För att en sammanslutning skall omfattas av associationsrättsliga regler måste två rekvisit vara uppfyllda.

Det skall finnas

- 1) ett avtal om samverkan mellan parterna, och
- 2) ett för de samverkande gemensamt ändamål

För att ett bolag skall föreligga krävs även att ytterligare ett rekvisit är uppfyllt, nämligen

- 3) förpliktelse att verka för det gemensamma ändamålet

Är samtliga dessa tre förutsättningar för handen föreligger ett enkelt bolag, för vilka regler finns i 4 kapitlet *Lagen (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag*.

Vad finns det då vid gränsfall för övriga faktorer som kan ha avgörande betydelse för bestämmandet av samarbetets art? Många olika faktorer kan påverka vilket innebär att en helhetsbedömning får göras när man skall försöka avgöra huruvida en association i form av ett enkelt bolag eller enbart ett avtalsförhållande föreligger.⁴ Först och främst får man lägga avtalet till grund för bedömningen.⁵ För att ett bolag skall anses föreligga skall ändamålet vara gemensamt för bolagsmännen. Om det finns gemensamma tillgångar eller ej

³ K. Grönfors, Avtal och Association s. 9

⁴ Grönfors, Kurt, Avtal och Association s. 14

⁵ A.a.s. s.13

kan inverka på bedömningen. Andra faktorer av betydelse är hur kontrollrätten och medbestämmanderätten ser ut i avtalet. Hur parterna själva valt att benämna avtalet kan inte tillmätas lika stor relevans men skall ändå räknas som en, om än mindre, påverkande faktor.⁶

Långtidsavtal används ofta just när bolagsformen av olika anledningar vill undvikas av parterna. Exempel härpå är när stora företag går samman i så kallade konsortier för att samverka i en begränsad verksamhet.⁷ Anledningen till att man väljer denna samverkansform i stället för en associationsform kan vara att man vill kunna fortsätta existera och fungera självständigt i förhållande till övriga avtalsparter. En annan anledning kan vara att parterna vill undvika en orolig marknadssituation genom gemensam reglering.

Frågan är hur man skall betrakta dessa konsortier, faller de under någon kategori som juridisk person? Stor osäkerhet råder i denna fråga, vilket kan ge fördelar i form av friåkning utanför olika delar av rättssystemen.⁸ Samma sak gäller så kallade pool-avtal - en annan form av juridiskt-tekniskt mycket invecklade och svåröverskådliga samverkansavtal.

1.3 Vanliga ändrade förhållanden

Som exempel på omständigheter som kan inträffa och som kan rubba en fortsatt tillämpning av avtalet kan nämnas förändringar i valutavärde, ny lagstiftning och rättspraxis, växlande konjunkturer med ändrade strukturella förhållanden, naturkatastrofer och krig. Extrema händelser som de sistnämnda brukar man beteckna som force majeure. Dessutom kan förändringarna bestå av växlande persongalleri hos parterna, nya produkter och tjänster, nya konkurrenter, nya metoder avseende exempelvis teknisk utveckling eller arbetssätt, geografiska eller demografiska förändringar. Förhållanden kan också

⁶ A.a.s s. 14

⁷ A.a.s s.12

⁸ A.a.s s. 12

ha ändrats på grund av parternas handlingar.

Kapitel 2

Vilka rättsregler och principer kan åberopas vid ändrade förhållanden?

1. Inledning

Huvudregeln är alltså att man själv står risken för att utgången inte blir den väntade på grund av senare inträffade förhållanden. För att justering i undantagsfall trots allt skall kunna ske krävs att den som vill ha jämkning till stånd varken kunnat eller bort förutse att förhållandena skulle ändrats på sätt som skett. Jag skall utreda och redogöra för vilka regler och principer som finns inom avtalsrätten som kan åberopas till grund för avtalsjämkning alternativt befrielse från hela avtalet.

Eftersom avtalsrätten till stora delar är dispositiv gäller det i första hand att utgå ifrån *avtalet* och tillämpa de regler som avtalsparterna själva kommit överens om när det gäller riskfördelning och om hur konfliktlösning skall ske. Vad jag i detta kapitel skall utreda är emellertid det fall då avtalet *inte* uttryckligen reglerar vad som gäller i dessa situationer.

I ett inledande skede prövar man först om den förändrade omständigheten kan inbegripas under avtalets bestämmelser genom dess lydelse eller andra tolkningsdata.⁹ Man kan också använda så kallad individuell utfyllning och analogvis tillämpa en kontraktsbestämmelse i överensstämmelse med avtalets allmänna syfte.¹⁰ När detta inte ger något resultat gäller det, som inom alla andra rättsområden, att tillämpa lagregler som eventuellt är tillämpliga i det aktuella fallet med principen *lex specialis* som utgångspunkt. Just när det gäller den här behandlade rättsproblematiken finns det inte mycket svensk i

⁹ Adlercreutz, A. Avtalsrätt II s. 138

¹⁰ A.a.s. s. 139

lagstiftning att hänvisa till. Nämnas kan emellertid lagstadganden som innehåller regler om uppsägningsrätt vid varaktiga avtal, såsom exempelvis 7§ LAS och JB §12:11-14, samt regeln i 27 § köplagen om kontrollansvar (force majeure), (se mer om en möjlig analog tillämpning av 27 § köplagen under 2.7 nedan.)

I andra fall får man söka ta hjälp av olika rättsliga metoder som att analogvis tillämpa en bestämmelse eller argumentera utifrån allmänna avtalsrättsliga principer för att kunna hitta lämpliga lösningar på de rättsliga problemen.¹¹

Beroende på vilken typ av avtal det gäller och vilken rättsföljd som eftersträvas kan olika regler och principer bli aktuella att åberopa och tillämpa. De rättsföljder som främst är eftersträvade och möjliga vid ändrade förhållanden är jämkning respektive ogiltighet. Enligt Hellner är det emellertid bättre att använda termen överksamhet i stället ogiltighet, eftersom ogiltighet förutsätter att verkan beror på någon omständighet som förelåg redan då avtalet ingicks.¹² Då andra författare som jag hänvisar till använder sig av ogiltighetstermen även i detta fall så anser jag att det inte är missvisande för mig att göra likadant.

Beträffande rättspraxis på området är den något oklar och bristfällig speciellt i de fall då det ändrade förhållandet påverkat utgången av målet. Domstolarna har varit restriktiva i sin bedömning och med att tillåta befrielse från förpliktelse eller jämkning av avtalet i dessa fall.¹³

2.2 Omöjlighetsläran

Omöjlighetsläran är något av en historisk föregångare till idag mer frekvent använda läror. Omöjlighetsläran härstammar ursprungligen från romersk rätt

¹¹ J Ramberg och Christina Hultmark, Allmän avtalsrätt s. 19

¹² Hellner, Jan, Speciell avtalsrätt s. 60

¹³ Adlercreutz, Axel, Avtalsrätt II s. 141

och utvecklades i Tyskland på 1800-talet. Flera tyska civilrättsregler ger uttryck för denna lära. I synnerhet kan nämnas 306 § BGB: (Unmögliche Leistung) ”Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.”

Enligt omöjlighetsläran kan man göra åtskillnad mellan olika sorters omöjlighetsfall. Rör det sig om en företeelse som var omöjlig redan då avtalet ingicks föreligger ett misstag och den av parterna som orsakat detta misstag kan bli skyldig att ersätta den andra parten om denna varit i god tro avseende omständigheten.¹⁴ Mer intressant i detta sammanhang är naturligtvis ”omöjligheter” som inträffar efter att avtalet väl har ingåtts. Vilka krav som ställs på en avtalspart när förhållandena ändras så att denne ej längre har möjlighet att fullgöra sina förpliktelser enligt avtalet beror på huruvida part kunnat eller bort förutse det inträffade. Detta beror i sin tur på vad omöjligheten består av. Innebär omöjligheten ett absolut hinder för genomförandet av avtalet och borde detta inte ha förutsetts, kan detta föranleda att skadeståndsskyldighet uteblir. Man skall dock ha klart för sig att de flesta hinder mot fullgörande av avtalsförpliktelser ej är absoluta och avtal i många fall är möjliga att genomföra, dock kanske inte med lika gynnsamt resultat som det från början var tänkt.¹⁵

Omöjlighetsläran har särskilt haft betydelse och tillämpats på ändrade förhållanden men torde inte längre vara av betydelse i svensk rätt i detta avseende. I vissa fall torde den emellertid kunna åberopas till grund för befrielse från bundenhet av ett avtal, t. ex. om avtalspart avlider med följd att avtalet ej kan fullföljas.¹⁶

2.3 Force majeure

Begreppet force majeure har kommit att användas flitigt och har fått lite olika betydelser i olika sammanhang. I stora drag kan man hitta två olika force

¹⁴ J. Ramberg och Christina Hultmark, Allmän avtalsrätt s. 210

¹⁵ A.a.s s. 211

¹⁶ Hellner, Jan, Speciell avtalsrätt II, s. 61

majeure definitioner; en snävare och en vidare. Den snävare definitionen omfattar extrema händelser som medför att avtalet inte kan uppfyllas.¹⁷ Rodhe definierar force majeure begreppet i denna snävare mening som ”en utifrån kommande händelse, omfattande och sällan inträffande tilldragelse som medför ett oöverstigligt hinder för gäldenären att prestera.”¹⁸ Enligt Hellner så avses emellertid den vidare definitionen, d.v.s. alla händelser som utgör befrielsegrund när man talar om force majeure vid ändrade förhållanden och om befrielse från förpliktelser i dessa fall.¹⁹ Kravet på omfattande och betydande händelser bibehålls dock alltid.²⁰ Begreppet förekommer allmänt i avtal då man vill reglera riskfördelningen mellan parterna. (Återkommer mer om detta i kapitel 4, nedan.)

En viktig fråga att ställa sig vid bedömningen av om en force majeure situation kan anses föreligga är om den senare händelseutvecklingen är tillräckligt varaktig och har en så stor inverkan på avtalet att det får anses motiverat med ett ingrepp.

I UNIDROITs internationella principer stadgas om force majeure i artikel 7.1.7:

- (1) Non-performance by a party is excused if that proves that the nonperformance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.
- (2) When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect of for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract.
- (3) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect and its effect on its ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the

¹⁷ Adlercreutz, Axel, Avtalsrätt II s. 134

¹⁸ Rodhe, Knut, Obligationsrätt, s. 355

¹⁹ Hellner, J. Speciell avtalsrätt, Kontraktsrätt andra häftet, s. 59

party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, it is liable for damages resulting from such non-receipt.

(4) Nothing in this article prevents a party from exercising a right to terminate the contract or to withhold performance or request interest on money due.

Art. 7.1.7 i UNIDROITS principles har utformats i nära överensstämmelse med såväl Internationella handelskammarens force majeure klausul som Art. 79 CISG.²¹ Punkten (1) har till sitt innehåll och sin utformning även stora likheter med kontrollansvarsregeln i 27 § köplagen, (se mer om kontrollansvarsregeln under 2.7 nedan). På senare år har tillkommit en europeisk publikation framtagen av Lando-kommissionen, ”The Principles of European Contract Law 1998”(”European Principles”), som är ämnad att utgöra en kodifiering av de principer som gäller gemensamt inom den europeiska rätten.²² Lando-kommissionen har trots detta inte begränsat sig till europeiska regler utan även tagit i beaktande materiella regler som är internationellt vedertagna på området.²³ Force majeure regel motsvarande art 7.1.7 UNIDROIT Principles återfinns i art. 8.108 European Principles.

Internationella handelskammarens force majeure regel innehåller, till skillnad från såväl 7.1.7 i UNIDROITS principles och Art 79 CISG som 27 § köplagen, dels en icke uttömmande uppräkningslista av olika händelser som omfattas av regeln, dels en bestämmelse om hävningsrätt.²⁴ Beträffande de uppräknade händelserna kan nämnas att de är av traditionell force majeure karaktär, med några undantag såsom bojkotter, strejker, och lockouter av olika slag. Kravet på att händelsen skall vara ”impediment” upprätthålls emellertid.

²⁰ Grönfors, K. Avtal och omförhandling, s. 73

²¹ Se bilaga.

²² Se bilaga.

²³ Bonell, M,J, JT s. 270

²⁴ Ramberg, Hultmark, Allmän avtalsrätt s. 260

2.4 Förutsättningsläran

Förutsättningsläran härstammar ursprungligen från tysk rätt. Den förutsättningslära som har utvecklats i Norden och som idag är möjlig att tillämpa i svensk rätt kan man utifrån ämnet för denna uppsats dela in i två olika delar. Den ena avser misstag beträffande förhållanden vid tidpunkten när parterna sluter avtalet som man betecknar oriktiga förutsättningar. Denna del är inte relevant inom ramen för min framställning. Intressantare är den andra delen som syftar till om man misstagit sig vad gäller framtida händelser som inträffar efter avtalets ingående, så kallade bristande förutsättningar.²⁵

För att förutsättningsläran skall kunna tillämpas krävs att följande rekvisit är för handen:

- förutsättningen skall vara *väsentlig* och ha inverkat på förutsättningskontrahentens vilja att ingå avtalet på överenskomna villkor
- förutsättningen skall ha varit *synbar för medkontrahenten*, samt
- att det skall kunna anses vara skäligt att lägga risken för förutsättningsfelet på den andra parten, den s.k. *relevansbedömningen*.²⁶

Förutsättningens felaktighet, den okända eller oförutsedda omständigheten, måste ha påverkat den berörda parten på så sätt att det kan antas att denne inte skulle ha ingått avtalet på samma villkor om han hade förutsett hur förhållandena skulle utvecklas. I väsentlighetsbedömningen ligger således ett så kallat hypotetiskt prov. I rättspraxis berörs väsentlighetsfrågan ofta inte överhuvudtaget. I de flesta fall står det utom allt tvivel att förutsättningen är väsentlig. Flertalet domar talar dock för att ett väsentlighetsrekvisit i traditionell mening tillämpats. Rekvisitet har i dessa fall tagits hänsyn till på så sätt att oväsentliga förutsättningar inte tillmäts rättslig relevans.²⁷

²⁵ Ramberg, Hultmark, Allmän avtalsrätt s. 177

²⁶ A.a.s s. 167

Kravet på synbarhet innebär att såväl den aktuella förutsättningen som hur väsentlig den var för förutsättningskontrahenten skall ha varit synbart för medkontrahenten. Förutsättningar som vanligtvis föreligger vid vissa typer av överenskommelser, så kallade typförutsättningar, får part emellertid räkna med. Samma sak gäller om det är förutsättningar som typiskt sett är väsentliga – då finns det stor anledning att räkna med att de får anses vara väsentliga även i detta fall.

Till sist tas i beaktande de faktorer som måste övervägas för att avgöra om en förutsättning skall tillerkännas rättsverkan. Denna relevansbedömning kan i sin tur delas upp i olika rekvisit. Ett av dessa är godtrosrekvisitet, vilket innebär att medkontrahenten när avtalet ingicks inte får ha känt till eller bort känna till att förutsättningen var felaktig. Ett annat rekvisit att beakta vid relevansbedömningen är att en förutsättning normalt inte är relevant om avgivaren själv orsakat att den slagit fel.²⁸

Huvudregeln är emellertid att parterna själva står risken för sina förutsättningar. Ovan nämnda rekvisit utgör särskilda relevansgrunder som kan leda till att en förutsättning ändå trots huvudregeln tillmäts rättslig relevans

Man kan säga att förutsättningen är en omständighet som ligger utanför själva avtalet, d.v.s. att den inte tagits in som villkor för avtalets giltighet. Förutsättning enligt förutsättningsläran kan ses som ett antagande från en parts sida om ett för avtalet betydelsefullt förhållande och om detta antagande inte stämmer så blir resultatet ofördelaktigare för parten än denne räknat med.²⁹

Det föreligger en hel del svårigheter vid tillämpningen av förutsättningsläran vid ändrade förhållanden. Oftast förhåller det sig troligtvis på det viset att det

²⁷ Lehrberg, Bert, Förutsättningsläran, s. 181

²⁸ Lehrberg, Bert, Omförhandlingsklausuler s. 48

²⁹ Adlercreutz, Axel, Avtalsrätt I s. 127

egentligen inte förelegat någon förutsättning som medvetet inverkat på parts vilja att ingå avtalet. Istället är det nog ofta så att denna medvetenhet uppkommer först i samband med att något inträffar som är till nackdel för avtalspart.³⁰

Förutsättningsläran används fortfarande av svenska domstolar och dess allmänna vida rekvisit gör att domstolarna har möjlighet att själva avgöra när de vill tillämpa och avgöra målet i enlighet med denna princip. Den tillämpas dock sällan vid ändrade förhållanden.³¹

Domstolarna har emellertid undantagsvis tillämpat förutsättningsläran i några fall. Ett sådant område är lagstiftning och myndighetsbeslut.³² I ett rättsfall från Högsta domstolen, avgjorde domstolens majoritet ett mål om ändrade förhållanden enligt förutsättningsläran:

NJA 1936 s 368. I detta fall hade en grossist stämt en säljare som han samarbetade med på grund av att denne hade förstört grossistens möjligheter att göra sig en förtjänst när säljaren istället hade börjat sälja direkt till detaljister. HD bedömde att det rörde sig om ett fall av bristande förutsättningar och dömde således till kärandens fördel, som frigjordes från bundenheten till avtalet.

Utgången kritiserar av Adlercreutz som menar att det i detta fall vore lämpligare att antingen ta utfyllande regler till hjälp eller om sådana saknas, försöka tillämpa 36 § avtalslagen på situationen.³³ Att notera är emellertid att 36 § tillkommit efter det nyss nämnda rättsfallet. Ytterligare två rättsfall från Högsta domstolen, *NJA 1981 s. 269* och *NJA 1997 s. 5*, visar på att förutsättningsläran fortfarande kan tillämpas vid bristande förutsättningar.

De rättsföljder som aktualiseras vid tillämpning av förutsättningsläran är främst överksamhet och i vissa fall jämkning av avtalet. En ny förpliktelse kan däremot inte uppkomma med tillämpning av förutsättningsläran. Någon rätt till

³⁰ A.a.s s. 177

³¹ Hellner, J. Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt andra häftet, s. 62

³² Adlercreutz, Axel, Avtalsrätt II, s. 144

ersättning för det positiva kontraktsintresset föreligger inte heller.³⁴ Detta framgår av NJA 1989 s. 614.

Hellner nämner ett fall då förutsättningsläran torde vara den enda eller i vart fall bästa principen att tillämpa, nämligen om part vill ha ett avtal förklarat överksamt då förändringen består i att syftet med avtalet helt förfelats.³⁵

Det råder meningsskiljaktigheter i den juridiska litteraturen om förutsättningslärans roll. Taxell menar exempelvis att man inte skall tillämpa förutsättningsläran utan förespråkar bedömningar mer in casu och att man skall sträva efter mer typanpassade regler.³⁶

2.5 36 § avtalslagen

Avtalslagens generalklausul är tillämplig även när det gäller senare inträffade, förhållanden. Generalklausulens första stycke stadgar:

”Avtalsvillkor får jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt.”

Paragrafen torde emellertid inte utesluta tillämpningen av de ursprungliga metoderna för att angripa ändrade förhållanden.³⁷ Förutsättningsläran skall enligt förarbetena³⁸ kunna åberopas trots införandet av 36 §, men med ett mer begränsat utrymme än tidigare.

Generalklausulen kan ses som ett alternativ till de traditionella metoderna, men man bör dock observera att det även här krävs att man tar ställning till liknande omständigheter. Med andra ord måste man bland annat se till avtalad riskfördelning, avtalstyp, om det inträffade kan anses vara permanent eller endast snabbt övergående, om det låg inom partens kontroll o.s.v., innan man går in och jämkar enligt 36 §. Man kan även ta hänsyn till andra aspekter vid

³³ Adlercreutz, Axel, Avtalsrätt II, s. 141

³⁴ Hellner, Jan, Speciell avtalsrätt II, s. 62

³⁵ Hellner, Jan, Speciell avtalsrätt II, s. 63

³⁶ Adlercreutz, Axel, Avtalsrätt II s. 140

³⁷ A.a.s. s. 148

³⁸ Prop. 1975/1976: 81 s. 28

skälighetsbedömningen såsom allmänna marknads- och samhällsförhållanden samt rättsekonomiska aspekter.³⁹

Skillnaden vid tillämpningen av 36 § och förutsättningsläran är inte obetydliga. Till skillnad från förutsättningsläran krävs vid tillämpningen av 36 § att avtalsvillkoret bedöms vara oskäligt. En tillämpning av förutsättningsläran kräver dock å sin sida att vissa subjektiva rekvisit är uppfyllda.⁴⁰ Eftersom 36 § är en jämningsklausul är det i första hand denna rättsföljd som gäller vid dess tillämpning men man skall observera att tillämpningen kan leda till att hela avtalet lämnas utan avseende. Jämkning enligt 36 § kan ske såväl uppåt som nedåt som genom ändring eller tillskapande av kontraktsbestämmelser.⁴¹ Vid tillämpningen av generalklausulen i konsumentförhållanden och där parterna ej är jämnstarka tas särskilt i beaktande behovet av skydd för den som intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet. Bedömningen av verkan av senare inträffade förhållanden skall enligt förarbetena emellertid inte ske för att kompensera parts övertag vid avtalslutandet. I vissa fall kan jämkning till och med ske till förmån för den starkare parten.⁴²

Det förhåller sig naturligtvis annorlunda om parterna reglerat vem som skall bära ansvaret och stå risken för det fall att vissa angivna förhållanden ändras. Jämkning skall i detta fall inte ske om den part som enligt avtalet står risken för förändringarna har kompenserats på annat sätt. Däremot kan jämkning bli aktuellt även om reglering skett för det fall att part som tagit på sig ansvaret är den svagare parten i avtalsförhållandet. Enligt Lehrberg torde generalklausulen i viss mån kunna användas för att anpassa kontraktsbestämmelser till nykommen lagstiftning som trätt i kraft efter avtalets ingående, speciellt om avtalet slutits för ovanligt lång tid.⁴³

³⁹ Ramberg, Hultmark, Allmän avtalsrätt, s. 218

⁴⁰ Hellner, Jan, Speciell avtalsrätt II, s. 66

⁴¹ Lehrberg, Bert, Omförhandlingsklausuler, s. 51

⁴² A.a.s. s. 53

⁴³ A.a.s. s. 54

2.6 Viktig grund

Här avses fallet då långvariga avtal gäller för bestämd tid eller om uppsägningstid är avtalad. Vissa omständigheter av extraordinär karaktär kan anses utgöra viktig grund och ge möjlighet åt part att säga upp avtalet i förtid för omedelbart upphörande. Regler om viktig grund finns i bl.a. kommissionslagen och handelsagenturslagen. Om och i vilken utsträckning det i andra avtalsförhållanden går att tillämpa viktig grund är emellertid osäkert.⁴⁴

2.7 Kontrollansvarsregeln, 27 § köplagen

Den praktiskt viktigaste regeln när det gäller verkan av ändrade förhållanden har hittills varit 27 § köplagen som gäller skadeståndsansvaret, den s.k. *kontrollansvarsregeln*.⁴⁵ En analog tillämpning av 27 § köplagen torde kunna vara ett möjligt verktyg att använda sig av vid fastställandet av riskfördelningen mellan parterna i ett långvarigt samarbetsavtal. Ändrade förhållanden utgör en viktig del av vad som kan anses ligga utanför säljarens kontroll. 27 § köplagen har följande lydelse:

”Köparen har rätt till ersättning för en skada han lider genom säljarens dröjsmål, om inte säljaren visar att dröjsmålet beror på ett hinder utanför hans kontroll som han inte skäligen kunde förväntas ha räknat med vid köpet och vars följder han inte heller skäligen kunde ha undvikit eller övervunnit.”

Kärnan och den rättspolitiska grundtanken får här sägas vara det i 27 § stadgade ”*utanför säljarens kontroll*”. Denna s.k. kontrollansvarsregel är således en form av riskfördelningsregel och innehåller följande fyra rekvisit: *hinderrekvisitet, utomkontrollrekvisitet, oförutsebarhetsrekvisitet samt aktivitetsrekvisitet*.

Inledningsvis gäller det att ta ställning till om det föreligger ett faktiskt hinder för fullgörelse. Hindret måste inte vara absolut och det är tillräckligt att enbart

⁴⁴ Hellner, Jan, Speciell avtalsrätt II, s. 64

⁴⁵ A.a.s s. 66

säljaren och inga andra drabbats av händelsen. Det räcker dock inte att fullgörelsen har blivit besvärligare eller dyrare än vad säljaren räknat med.⁴⁶ I nära anslutning till detta första steg gäller det att avgöra om det föreligger ett hinder som överhuvud kan åberopas för att befria säljaren från ansvar, det s.k. ”utomkontrollrekvisitet”. Det är tillräckligt att den hindrande omständigheten i *princip* varit kontrollerbar för säljaren. I förarbetena anges några situationer som omfattas respektive inte omfattas. Säljaren anses exempelvis bli befriad från ansvar om en pyroman anlagt en brand, medan en brand som orsakats av en kortslutning inte medger ansvarsfrihet.⁴⁷ Andra hinder som nämns i förarbetena och som kan anses ligga utanför säljarens kontroll är transporthinder på grund av naturkatastrofer, produktionsstopp till följd av elavbrott, import eller exportförbud. Även strejk och vissa slag av olyckshändelser nämns som tänkbara ansvarsbefriande hinder. Vid bedömningen om t. ex. vissa stridsåtgärder kan anses ligga inom säljarens kontrollsfär, får tas i beaktande huruvida dessa utlösts av förhållanden som arbetsgivaren genom sedvanliga åtgärder kan påverka. Kan han inte det kan de åberopas som sådana typhändelser som kan medföra ansvarsbefrielse enligt kontrollansvarsregeln.⁴⁸ Beträffande olyckshändelser får man från fall till fall bedöma om händelsen varit kontrollerbar eller om den typiskt sett legat utom säljarens kontroll. Gemensamt för de ansvarsbefriande händelser som anges i förarbetena är att det handlar om situationer som kan drabba var och en och som inte är kontrollerbara för den verksamhet som bedrivs enskilt. Detta är även karaktäristiskt för begreppet *force majeure*, se nedan.⁴⁹

Kontrollansvarsregeln kräver inte att hindret skall ha allmänt omfattande verkan - även hinder utom kontroll som endast drabbar den enskilde säljaren eller köparen kan medföra ansvarsbefrielse. I förarbetena nämns även ytterligare situationer som ligger *inom* säljarens kontroll. Som exempel kan nämnas tekniska störningar i tillverkningen samt reducerad produktionskapacitet. Bristande finansiella resurser kan inte utgöra befrielsegrund. Epidemier av

⁴⁶ Gerhard, Peter, Köprättens grunder, s. 31

⁴⁷ Håstad, Torgny, Den nya köprätten, s. 58

⁴⁸ Ramberg, Köplagen, s. 349

ovanligt slag torde kunna åberopas men däremot inte den årligen återkommande influensan.

Aktivitetsrekvisitet relaterar som övriga rekvisit till själva hindret och här får man gå in på bedömningen vad man kan kräva av säljaren efter det att hindret väl uppstått. Även om säljaren inte lyckats undvika hindret berättigar det inte honom till att förhålla sig passiv - han måste snarast motverka följderna av hindret.⁵⁰

Det sista ledet i bedömningen är det s.k. oförutsebarhetsrekvisitet, vilket innebär att man får göra en skälighetsbedömning. Kunde säljaren skäligen ha väntats räkna med hindret? Vad som här kan förväntas och krävas av säljaren är att han tar i beaktande vanligt förekommande förändringar samt räknar med en viss marginal med hänsyn till en eventuell negativ händelseutveckling. Även hinder som normalt inte beaktas av säljare kan ibland förutses vid avtalets ingående. Säljaren anses då därför ta med dem i beräkningen.

Sammanfattningsvis får poängteras att de fyra olika rekvisiten är nära sammanflätade med varandra och att det är svårt att göra en helt avskild bedömning avseende ett av dem utan att snegla på de andra. Man är därför tvungen att göra en helhetsbedömning av om rekvisiten är uppfyllda eller ej.⁵¹ Å andra sidan måste samtliga rekvisit vara för handen för att säljaren skall undslippa ansvar.

Kontrollansvaret innebär för den avtalsbrytande parten ett strikt ansvar som han endast undgår om han kan visa att det förelegat ett hinder mot ett riktigt fullgörande av prestationen, vilket varken skäligen kunnat förutses eller undvikas samt att heller inte följderna av hindret skäligen kunnat övervinnas. Kontrollansvaret medger inte ansvarsfrihet för vissa hinder som på grund av deras nära samband med den avtalsbrytande partens verksamhet typiskt sett anses möjliga att kontrollera. Kontrollansvaret medger inte heller ansvarsfrihet för sådana händelser som hindrat kontraktsmedhjälpare att medverka till

⁴⁹ Ramberg, Köplagen, s. 348

⁵⁰ A.a.s. s. 151

⁵¹ Gerhard, Peter, Köprättens grunder, s. 32

fullgörelsen av prestationen utom när ett motsvarande hinder skulle ha medfört ansvarsfrihet för såväl den avtalsbrytande parten som kontraktsmedhjälparen.

2.8 Sammanfattning och kommentar

Som tidigare påpekats är vilken rättsgrund man väljer att åberopa i mångt och mycket beroende på vilken rättsföljd som eftersträvas. Förhållandet mellan 36 § avtalslagen och förutsättningsläran kan således i detta sammanhang beskrivas som att om part endast vill ha till stånd jämkning av ett avtalsvillkor skall denne åberopa 36 § och om ogiltighet av avtalet eftersträvas så bör parten i stället i första hand åberopa förutsättningsläran.

När det gäller utsikterna att vinna framgång med att försöka bli befriad från en avtalsförpliktelse eller att få en justering till stånd domstolsvägen torde utgången vara oviss. Enligt Sacklén bör en jämkning enligt 36 § i affärsmässiga sammanhang endast komma i fråga i ytterlighetsfall. Domstolar och skiljenämnder har enligt Sacklén ej heller med stöd av lojalitetsplikten eller upplysningsplikten något utrymme att justera ett långvarigt avtal på grund av att förhållandena ändrats⁵².

På senare tid har det förts diskussioner om inte riskfördelningsregeln i 27 § köplagen skulle kunna vara vägledande inom detta problemområde och kunna fungera som en allmän princip. Med anledning av kontrollansvarsregelns nära koppling till de force majeure regler som finns att hämta i flertalet internationella handelsföreskrifter torde god vägledning kunna finnas vid tillämpningen, (se vidare slutsatser nedan i kapitel 6.)

⁵² Sacklén, Mats, Om avtal och omförhandling, s. 382

Kapitel 3

Möjligheterna till fortsatt samarbete

3.1 Inledning

Efter att ha gått igenom de metoder och rättsprinciper som kan åberopas om man vill jämka eller fränkomma en avtalsförpliktelse ämnar jag fortsättningsvis anlägga ett mer praktiskt perspektiv och koncentrera resten av arbetet på att försöka utreda vilka möjligheter som finns för fortsatt samarbete trots eventuella motsättningar och konflikter på grund av ändrade förhållanden. I detta kapitel behandlas olika kontraktsklausuler och i ett senare kapitel omförhandlingsinstitutets betydelse. Eftersom det främst är avtalet man i första hand utgår ifrån när man skall bedöma vem som bär risken för ändrade förhållanden, är det naturligtvis säkrast dels vad gäller frågan om jämkning eller bortfall av viss eller alla förpliktelser och dels när det gäller möjligheterna till fortsatt samarbete, att reglera detta förhållande i avtalet. Detta är också vanligt förekommande vid avtalsslutande. Eftersom parterna disponerar över avtalet kan de även *efter* avtalets ingående besluta om ändringar eller annan tillämpning av avtalet.⁵³

Problemet kan vid långvariga avtalsförhållanden motverkas genom att man till exempel bestämmer avtalstidens längd. Många större långtidsavtal har även utformats som principavtal och innehåller bara de stora dragen för samarbetet. Detaljer som påverkas av den ekonomiska utvecklingen regleras då under kortare perioder i taget.⁵⁴

Ett annat sätt att försöka förebygga dessa konflikter är att föra in lämpliga kontraktsklausuler som reglerar ändrade förhållanden. Klausulerna som tas in i avtalen för detta ändamål kan i stora drag delas in i två huvudgrupper. Antingen avser de mer begränsade, specifika situationer som är fallet med till exempel prisjusteringsklausuler och indexklausuler eller så är de istället mer

⁵³ A. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 13

⁵⁴ Hellner, J. *Speciell avtalsrätt II*, s. 73

generellt utformade. Gardering mot händelser av extrem natur, d.v.s. force majeure är ett sådant exempel på kontraktsklausuler som har en mer generell tillämpning.⁵⁵ Ett annat exempel är omförhandlingsklausuler.

3.2 Generella kontraktsklausuler

3.2.1 Force majeure klausuler

När det gäller force majeure klausulerna är det av stor vikt att man inte missar att noggrant klargöra och formulera för det första *vilka* ändrade förhållanden, som klausulen tar sikte på. För det andra bör man också precisera hur dessa händelser skall påverka parterna och vilka krav man uppställt på att part borde förutsett det inträffade. Följderna av att klausulen blir tillämplig bör slutligen också regleras.⁵⁶

Det är således av stor betydelse vad man tar med i klausulerna och hur dessa är formulerade. I praktiken kan force majeure klausulerna vara lite olika disponerade och utformade och antingen innehålla en allmän formulering eller uppräknningar av de händelser som önskas reglerade. Övriga ställningstaganden som är väsentliga är huruvida avtalsbestämmelsen är ämnad att enbart gälla för ena parten eller om båda parter skall ha möjlighet att åberopa sig av den.⁵⁷ De kan med andra ord antingen vara ensidiga eller dubbelsidiga, vilket kan ses som mest rättvist i många fall. Vid långa samverkansavtal är parterna ofta relativt jämställda med varandra och prestationerna likvärdiga, vilket gör sådan ömsesidighet berättigad.

En annan möjlighet är att införa så kallade revisionsklausuler, som anger specifika tidpunkter då revidering av avtalet skall ske samt vanligtvis även efter vilka principer detta skall göras.⁵⁸

3.2.2 Omförhandlingsklausuler

⁵⁵ Ramberg, Hultmark, Allmän avtalsrätt, s. 256

⁵⁶ A.a.s s. 256 - 257

⁵⁷ A.a.s s. 257

För att så långt som möjligt undvika de osäkerheter som finns när det gäller möjligheterna att få till stånd en avtalsändring kan den bästa lösningen för konfliktlösning för senare uppkomna problem vara att införa omförhandlingsklausuler i avtalet. Dessa skall manifesteras båda parternas avsikt att medverka till lösning, vilket också kan ses som uttryck för lojalitetsplikten mellan avtalsparterna.⁵⁹ Till skillnad från force majeure klausulerna har man här ofta inte kunnat förutse arten och omfattningen av förändringen och därför ej kunnat detaljreglera dessa delar. Eftersom jag ägnar ett helt kapitel åt omförhandlingsinstitutet, utvecklar jag resonemanget där.

3.3 Specifika klausuler

I långvariga avtalsförhållanden uppkommer vanligtvis frågor om eventuell inflation eller prisfluktuationer kan ha någon inverkan på det pris som avtalats. Vid omfattande och invecklade avtal, till exempel i entreprenadförhållanden, blir frågan om prisets bestämning ofta komplicerade,⁶⁰

I fråga om avtal som sluts mellan företag i olika länder uppkommer ofta problem vid bestämning av valutor och priser. Det är därför vanligt att man i kontraktet tar med bestämmelser av, till skillnad från force majeure klausuler, mer specifik natur som till exempel anger i vilken valuta affären skall göras upp.

3.3.2 Valutaklausuler

Valutaklausuler är vanligt förekommande i avtal där priset i avtalet är angivet i nationell valuta, men betalningen till största delen skall ske i främmande valuta. Vid utformningen av valutaklausuler är det viktigt att ange hur stor del av priset som skall påverkas av växelkursförändringar. Särskilt problematisk

⁵⁸ Hellner, J, Speciell avtalsrätt II, s. 73

⁵⁹ Grönfors, K, Avtal och omförhandling , s. 70

⁶⁰ Hellner, Jan, Speciell avtalsrätt, s. 44

kan situationen bli när en part har kostnader i flera främmande valutor. Under sådana förhållanden kan det vara lämpligt att införa s.k. *multicurrency clauses*. Problematiken förvärras dels om kursen på en av valutorna höjs samtidigt som kursen på en annan av valutorna sänks, jämfört med kursen på svenska kronor, dels om valutaklausulen kombinerats med en annan typ av prisjusteringsklausul.⁶¹

3.3.3 Indexklausuler

Med hänsyn till bland annat risken för inflation är indexklausuler vanligt förekommande i långvariga avtal.⁶² Särskilda svårigheter uppkommer även vid denna tillämpning – indexklausulen kan nämligen medföra att priset blir missvisande. Den avtalade prisregleringen återspeglar med andra ord inte på ett korrekt sätt prisutvecklingen för den typ av vara eller tjänst som avtalet gäller. I dessa fall kan det bli aktuellt att med justering av detta villkor enligt 36 §⁶³ avtalslagen eller på annan grund, se bland annat NJA 1979 s. 401.

Kapitel 4

Omförhandlingsinstitutet

4.1 Inledning

Omförhandling är på intet sätt ett nytt fenomen vare sig som juridisk eller

⁶¹ Ramberg, Hultmark, Allmän avtalsrätt s. 261

⁶² Hellner, Jan, Speciell avtalsrätt s. 46

⁶³ Bernitz, Ulf, Standardavtalsrätt, s. 90

praktisk problemlösningsmetod. När man refererar till ”den svenska modellen” brukar man i begreppet inbegripa en etablerad tradition att försöka lösa tvister i samförstånd och att försöka undvika rättsliga tvister. Om ett problem uppstår vid tillämpningen eller fullgörandet av ett avtal är avtalsparternas första åtgärd vanligtvis inte att granska avtalstexten för att kontrollera vad som rättsligt gäller mellan parterna. Vanligare är att man kontaktar avtalsparten för att uppmärksamma problemet och tillsammans försöker man uppnå en praktisk lösning på problemet utan att någon hänvisar till vad som gäller juridiskt mellan parterna. Om parterna genast eller relativt snart kan komma överens och lösa de uppstådda svårigheterna har de undvikit att tvist uppkommit. I vissa fall kan man säga att en omförhandling här får anses ha ägt rum för det fall att parternas nya överenskommelse innebär att man får ändra de ursprungliga avtalsvillkoren. I detta fall har omförhandling skett troligtvis utan att parterna varit medvetna om att de förtagit en ändring av det ursprungliga avtalet och eventuellt utan att bry sig om vad avtalstexten stipulerar. Omförhandlingen kan avse antingen enbart ett speciellt tillfälle eller även för framtiden. Lyckas parterna inte enas om en lösning på det uppstådda problemet vid ett första försök är det inte ovanligt att de avväger att ta sig ytterligare tid till att fundera ut en lösning för att senare försöka enas i samförstånd. Hur långdraget detta agerande blir beror till stor del på av hur stor vikt problemen är. Misslyckas den part som vill genomföra en justering av avtalet med att få till stånd en lösning torde det vara vanligt att han ger upp och att ingen omförhandling sker.

Utsikterna att få motparten att acceptera en omförhandling med avsikt att ändra de ursprungliga kontraktsvillkoren varierar mellan olika kontraktstyper.⁶⁴ De ovan nämnda så kallade samarbetsavtalen öppnar för möjligheter att omförhandla, eftersom parternas förpliktelser ofta inte uttryckligen preciserats i avtalet utan växer fram alltefter att samarbetet utvecklas och fortskrider. Till skillnad från vid momentana avtal ligger det under längre bestående

⁶⁴ Lehrberg, Bert, Omförhandlingsklausuler, s. 27

avtalsrelationer i båda parterns intresse att avtalsrelationen skall bestå och vara under en längre period. Detta illustreras av de kollektiva förhandlingslösningar som utvecklats med avseende på anställningsavtal och hyresavtal men har inte fått samma genomslagskraft i kommersiella affärssammanhang.

Ovan beskrivna situation är visserligen vanligt förekommande, men av olika orsaker går inte alla uppkomna samarbetsproblem att lösa lika friktionsfritt och enkelt. Sådana orsaker kan vara att det rör sig om stora ekonomiska intressen eller att parterna vill upprätthålla sin ställning och bibehålla personlig prestige. I sådana fall föreligger ofta stora svårigheter med att lösa tvisten och till skillnad från föregående beskrivna fall blir kontraktstexterna ofta omsorgsfullt granskade av parterna och deras jurister för att försöka klargöra vad som rent juridiskt gäller mellan parterna.

Det faktum att ingendera av parterna vill ge efter på sina krav föranleder fortsatt korrespondens och förhandlingar. Parterna lägger fram de juridiska argument som framför allt kan härledas från kontraktstexten, men även andra faktorer som har relevans vid tolkningen av avtalet, som kan framföras till deras fördel. Tryter argumenten eller vill part stärka sin ståndpunkt ytterligare framhävs vanligtvis ekonomiska konsekvenser och moraliska påpekanden i argumentationen. En annan åtgärd som parterna kan vidta är att föra en tvist av stor ekonomisk betydelse för de berörda företagen upp på högre hierarkisk nivå inom den interna organisationen, vilket efter ytterligare förhandlingar kan leda till en, kanske medelst omförhandling, överenskommelse mellan parterna.

I takt med att det blir allt svårare för parterna att uppnå en lösning i samförstånd där båda är nöjda ökar således de juridiska argumenten i

betydelse.⁶⁵ Dessförinnan finns det andra överväganden och faktorer som väger över, såsom fortsatta goda relationer mellan parterna. När parterna inser att det hela kommer att utvecklas till en rättstvist ändras karaktären av parternas fortsatta förhandlingar. Vid denna tidpunkt minskar möjligheterna till en spontan omförhandlingssituation avsevärt. Den part som önskar få till stånd

⁶⁵ Lehrberg, Bert, Omförhandlingsklausuler, s. 30

en ändring av avtalet kanske hävdar att avtalstexten är oklar och att den skall tolkas till hans förmån eller att det finns andra relevanta omständigheter förutom själva avtalstexten vilket leder till att avtalet skall tolkas annorlunda än vad avtalslydelsen säger. Framgången med dessa argument är sällan stor då motparten hävdar en annan tolkning och de ofta är svåra att bevisa. Tvisten kan här få karaktären av tolkningstvist utan ingripanden i form av ändring av avtalslydelsen. Föreligger ingen oenighet mellan parterna om hur avtalstexten skall tolkas har den som kan hänvisa till formuleringar i avtalet ofta ett övertag i argumentationen och förhandlingssituationen. Den andra parten får i detta läge försöka finna övertygande rättsliga argument för att avtalet inte skall tillämpas i sin nuvarande utformning utan måste ändras.⁶⁶

Termen omförhandling är i det praktiska affärlivet inte lika vanligt förekommande som förlikningsförhandling. En förlikningssituation kan inträffa efter att ett rättsligt förfarande inletts. Domstolen har enligt rättegångsbalkens regler att verka för att parterna förlikas. Det torde dock vara vanligare att följden av en tvist som gått så här långt blir att parterna, trots att de ändå i slutändan lyckades förlikas, avslutar sitt affärssamarbete. En skillnad mellan en förlikning och en omförhandling vid långvariga avtalsrelationer är vad avtalsparterna typiskt sett ser som ändamålet med förhandlingarna. En förlikningsförhandling har ofta till enbart till syfte att lösa en speciellt

uppkommen tvist medan det i en omförhandlingssituation finns en avsikt att ändra avtalsvillkoren för att avtalet och samarbetet skall fungera bättre i framtiden.⁶⁷ Självklart går det inte att helt dra en gräns mellan förliknings- och omförhandlingsinstitutet - vid en förlikningsförhandling kan ju parterna komma överens om att ändra i avtalsvillkoren och då kan man ju säga att ett omförhandlingsmoment blivit beståndsdel i förlikningsförhandlingen.

Vid en jämförelse mellan omförhandling och ”vanlig” avtalsförhandling är

⁶⁶ Lehrberg, Bert, Omförhandlingsklausuler s. 29

kanske den självklara skillnaden den, att det vid omförhandling i botten redan finns ett avtal mellan parterna som helt eller i begränsad utsträckning skall ändras. Detta förtydligande görs här, eftersom termen omförhandling har kommit att användas även i andra sammanhang då någon omförhandling i juridisk mening egentligen inte är för handen.⁶⁸ Omförhandlingsinstitutet förekommer främst i kommersiella sammanhang och får sin största genomslagskraft vid långvariga avtalsförhållanden, eftersom det vid dessa finns störst risk att förhållandena ändras och att någon form av avtalsanpassning måste ske för att samarbetet skall kunna fortsätta.

Skall ej enbart småjusteringar göras utan skall parterna sluta ett helt nytt avtal kan man fråga sig om detta egentligen är att anse som en omförhandling eller om det i stället skall anses utgöra en helt ny avtalsförhandling. Avgörande för denna fråga är i vilken utsträckning det gamla avtalet inverkar och sätter upp ramarna för det nya.⁶⁹ Omförhandlingen är således därför typiskt sett partiell vilket innebär att överläggningarna inte blir så betungande. Det som består oförändrat från det gamla till det nya avtalet föranleder kontinuitet och stor vilja hos parterna att komma överens även i de delar som behöver omjusteras.⁷⁰ Kommersiella överväganden och billighetsaspekter tar i detta läge

överhanden och man strävar efter att fortsätta att samarbeta utan vidare störningar efter att de tillfälliga problemen har lösts.⁷¹

Fördelarna med omförhandlingsinstitutet vid långvariga avtal är flera. Om parterna för att skydda sig mot de problem som den framtida händelseutvecklingen kan föranleda i förväg försöker reglera dessa förhållanden är risken stor att många felbedömningar görs och att man missar att reglera flera viktiga delar. Den säkerhet man vill uppnå genom att införa en liknande bestämmelse går således lätt om intet. Det torde därför vara lämpligare att ta med en avtalsbestämmelse om omförhandling så att man kan

⁶⁷ Lehrberg, Bert, Omförhandlingsklausuler s. 31

⁶⁸ Grönfors, Kurt, Avtal och omförhandling s. 12

⁶⁹ Grönfors, K. Avtal och omförhandling, s. 12

⁷⁰ A.a.s. s. 37

⁷¹ A.a.s s. 66

reglera frågorna med facit i hand eller åtminstone få en säkrare prognos. Härmed främjas såväl en mjukare anpassning till marknadsutvecklingen som avtalsparternas inställning att fullfölja samarbetet. Man kan beskriva det som så att omförhandlingen kan ses som ett bolagsrättsligt element mot vilket det skulle strida om någon av parterna i stället startade en juridisk process.⁷²

Karakteristiskt för omförhandlingen som avtalsrättsligt instrument är således bland annat att avtalets genomförande skall underlättas och parternas medverkan garanteras i fall då avtalet, i den mening som 36 § avtalslagen innebär, i något avseende har blivit oskäligt och att balansen mellan avtalsparterna har påverkats negativt.⁷³

4.2 Om omförhandlingen misslyckas

Enligt Grönfors är allt hopp inte ute om omförhandlingarna skulle haverera. Om parterna är överens kan de lämna över till någon annan att avgöra tvisten dem emellan. Detta kan ske exempelvis genom förordnande av god man eller genom att parterna tillkallar en skiljenämnd.

I en artikel av Sohlberg⁷⁴ har kritik framförts när det gäller de reella möjligheterna till ett lyckat skiljedomsförfarande när parternas avtal mer liknar ett samarbete än just ett avtal rörande en affär. Han menar att det är stor risk att parterna i skiljeförfarandet inte alls är benägna till att komma överens utan snarare att sista chanserna till enighet och fortsatt samverkan här går förlorade. Ett annat hinder kan vara att skiljemännen saknar tillräcklig kompetens och inställning för att bäst kunna tillgodogöra parternas gemensamma intresse. Sohlberg förespråkar en mer omfattande klausul i de fall då varken parterna eller medlare kunnat komma på någon lösning på hur samarbetet skall kunna fortsätta trots att de aktuella förhållandena har ändrats, detta för att undvika att hamna i en konflikt som egentligen beror på pragmatiska problem. Här föreslås

⁷² Grönfors, K. Avtal och omförhandling, s. 62

⁷³ A.a.s s. 76

⁷⁴ Sohlberg, S, Omförhandling – och sedan? s. 972 ff

en utförligt utformad slutlösningsklausul i kontraktet som förslagsvis pekar ut en utomstående som vid konflikt skall bistå med att utveckla en ny kontraktsklausul och förslå eventuell lämplig, nödvändig jämningsåtgärd. Vem som skall tillkallas bör enligt Sohlberg vara en fråga som får besvaras i varje enskilt fall. Vanligt är att man i avtalet hänvisar till parternas revisorer. För att detta bäst skall kunna ske i båda parter gemensamma intresse underlättar en noggrant utförd ingress som beskriver vad parterna har för avsikt med sitt samarbete. Detta har blivit alltmer vanligt förekommande vid avtalsskrivande, b.l. a. i franchisesammanhang. Om det därutöver finns en möjlighet att rådfråga en kommitté eller ett partssammansatt råd och det bestämts hur kostnaderna för detta förfarande skall fördelas torde utsikterna öka för att samarbetet i välvillig form skall kunna fortsätta. Kan parterna ej enas om något av dessa alternativ eller motsätter sig båda parter dem, kan tvisten försöka lösas genom att parterna stämmer varandra domstolsvägen. För det fall att omförhandlingarna går i stöpet kan en annan utväg enligt Grönfors vara att skadelidande part får ersättning från den part som varit försumlig och att det föreligger möjlig hävningsgrund under förutsättning att ett väsentligt kontraktsbrott begåtts.⁷⁵

4.3 Omförhandlingsklausuler

Användning av omförhandlingsklausuler i avtal utgör en på senare år speciellt aktualiserad metod att försöka undvika problemet med ändrade förhållanden. En förklaring till den ökade användningen av omförhandlingsklausuler är att näringslivet behöver en vidare definition av force majeure begreppet än den som avses i den juridiska begreppsuppfattningen.

⁷⁵ Grönfors, K. Avtal och omförhandling, s. 67

Klausulerna tillerkänner vanligtvis en part rätt att omförhandla för det fall att vissa förhållanden skulle ändras. Förekomsten av omförhandlingsklausuler är vanligare internationellt än vad den är i Sverige. I första hand har de dock inte kommit att fungera som en allmän eller ens tillgänglig utväg ur ett avtal som blivit mindre förmånligt på grund av ändrade förhållanden.⁷⁶ En part som oroar sig över den framtida utvecklingen i något avseende och befärrar att något för honom ofördelaktigt kan komma att inträffa, kan föreslå att en omförhandlingsklausul tas med i avtalet som stadgar att han har rätt till omförhandling av avtalet om det befärrade inträffar. Den andra parten kan då sannolikt också komma med motkrav på att få tillgodosett egna krav och bli kompenserad om medkontrahenten skall åtnjuta den fördelen. Han kan till exempel kräva ett annat pris eller kompensation genom att införa en annan omförhandlingsklausul som han i sin tur kan dra nytta av i framtiden.

4.4 Utformningen av omförhandlingsklausuler

4.4.1 Hur utformas omförhandlingsklausuler?

Omförhandlingsklausuler kan vara utformande på många olika sätt. Det är ännu för tidigt att beskriva någon form av standardklausul eller liknande, eftersom detta rättsområde håller på att utvecklas och olika tekniker och metoder blandas för att anpassa klausulerna till varje enskilt fall. Vissa karakteristiska drag kan dock på detta stadium skönjas. En gemensam nämnare är att de stipulerar att avtalet skall omförhandlas för det fall att vissa mer eller mindre väl preciserade omständigheter av betydelse för parterna inträffar.⁷⁷

4.4.2 Hur bör omförhandlingsklausuler utformas?

Vissa saker är viktiga att tänka igenom och ta ställning till vid utformningen av omförhandlingsklausuler. På grund av att avtal till sin karaktär i varje enskilt fall skiljer sig åt är det emellertid inte möjligt att beskriva och definiera den

⁷⁶ Lehrberg, Bert, Omförhandlingklausuler s. 25

⁷⁷ Lehrberg, Bert, Omförhandlingklausuler s. 11

ultimata klausulformuleringen som passar för alla individuella avtal och avtalstyper. Dock kan som antytts vissa riktlinjer tas upp. För det första gäller det att ange under vilka förutsättningar och hur förhållanden skall ändras för att klausulen skall kunna åberopas. Vanligt förekommande är att man anger en toleranspunkt samt reglerar i avtalet att omförhandlingsrätten inträder när denna punkt passerats.⁷⁸ Ytterligare en fråga att ta ställning till är vilka följder det skall få för det fall att part bryter mot förhandlingsplikten i omförhandlingsklausulen. En annan viktig fråga att reglera är om omförhandlingsklausulen är tillämplig vid såväl bristande som oriktiga förutsättningar. Kan den med andra ord enbart åberopas vid ändrade förhållanden eller även vid omständigheter som förelåg vid avtalets ingående men som var okända för parterna?⁷⁹ Problematiken kring detta avgörande försvåras då det inte alltid är lätt att bestämma när en viss händelse uppstod – en speciell händelse kan ju till exempel ha orsakats av en tidigare. Dessa frågor behandlas i följande internationella publikationer.

4.4.3 Stadgade riktlinjer för omförhandling

I ett par publikationer utgivna av UNIDROIT och Internationella handelskammaren (ICC) kan man finna rekommendationer och förslag på klausulformuleringar som är ämnade att hjälpa parterna vid avtalsslutandet.

4.4.3.1 ICC:s publikation No 421 Force majeure and hardship

Begreppet hardship är ett relativt nytillkommet avtalsrättsligt begrepp vilket innebär att det befinner sig på utvecklingsstadiet. Med hardship menas att ändrade förhållanden har gjort prestationen ”excessively onerous”.

De här förespråkade så kallade hardshipklausulerna, även kallade renegotiation clauses, är främst avsedda att tillämpas vid långvariga avtal och vad som avses är omförhandling och revidering av kontraktsbestämmelserna för att

⁷⁸ Ramberg, Hultmark, Allmän avtalsrätt s. 264

⁷⁹ A.a.s s. 71

möjliggöra att avtalet trots de ändrade förhållandena kan genomföras.⁸⁰ Fyra olika utformningsalternativ anges från vilka det är möjligt att ta ut de delar som bäst lämpar sig för varje individuellt avtal. Alternativt kan parterna välja att anta hardshipklausulerna som de är formulerade i ICC:s rekommendation.

Praktiskt kan parterna gå till väga så att de hänvisar till publikationen eller i avtalet formulerar det de vill ha med.⁸¹

4.4.3.2 UNIDROITs omförhandlingsriktlinjer

UNIDROIT (Rominstitutet för privaträttens förenhetligande) har publicerat regler som så långt möjligt skall försöka motsvara den allmänna synen inom handelslivet. Dessa regler är också avsedda att kunna fungera som modellklausuler.⁸² Liksom för de riktlinjer som är uppställda av Internationella Handelskammaren så anses dessa främst få betydelse vid långtidsavtal. Även i detta fall är det tillrådligt att parterna väljer ut de delar som passar till den avtalstyp det är fråga om och till de individuella momenten i varje enskilt avtal.⁸³

I preambeln till riktlinjerna sägs att principerna som här ställts upp skall ses som generella regler möjliga att tillämpa på internationella kommersiella avtal. Reglerna som berör omförhandling återfinns i artikel 6.2 där det stadgas om hardship:

Article 6.2.1

(Contract to be observed)

Where the performance of contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.

Article 6.2.2

(Definition of hardship)

⁸⁰ Grönfors, K Avtal och omförhandling, s.73

⁸¹ A.a.s. s. 74

⁸² Grönfors, K. Avtal och omförhandling, s. 14

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the value of the performance a party receives has diminished, and

- (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after conclusion of the contract;
- (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;
- (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and
- (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party

Här uppställs ett väsentlighetskrav, men det preciseras inte hur detta skall bedömas. Applicerat på svensk rätt kan man finna i vart fall tre olika angreppsformer eller rekvisit. Det första är ett subjektivt rekvisit i enlighet med förutsättningslärans rekvisit. Förfördelad part skulle inte ingått avtalet på samma villkor om han hade vetat vad som skulle inträffa. Den andra parten skall därutöver ha insett eller bort inse att förutsättningen förelåg samt dess väsentlighet. Det andra är ett högre ställt krav på väsentlighet – det inträffade innebär att syftet med avtalet för förfördelad part går om intet. Det tredje rekvisitet är ett objektivet väsentlighetskrav.

Det är inte helt självklart vilken form av väsentlighetskrav man skall uppställa. Enligt Lehrberg är dock de två förstnämnda alternativen de bästa som här står till buds.

Article 6.2.3

(Effects of hardship)

- (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.
- (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.

⁸³ Grönfors, Kurt, Avtal och Omförhandling, s. 74

- (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.
- (4) If the court finds hardship it may, if reasonable,
 - (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed; or
 - (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

Av kommentarerna till kapitlet framgår att hardship kan användas som ett vidare begrepp än force majeure. Ett och samma fall kan därför komma att falla under båda dessa begrepp. Hardship definieras här som en grundläggande ändring av balansen i avtalet. Följden vid tillämpande av UNIDROITs regler är en rätt för den drabbade parten att begära omförhandling utan att under tiden innehålla prestation.

Bestämmelserna föreskriver också att domstol skall avgöra frågan om parterna inte lyckas komma någon vart genom omförhandlingarna. Skulle domstolen bedöma att hardship på grund av ändrade förhållanden föreligger finns det vid tillämpningen av dessa bestämmelser två alternativ att välja mellan. Antingen hävning av avtalet eller jämkning för återställande av den rubbade balansen mellan parterna. Detta kan jämföras med 36 § Avtalslagen, där möjlighet finns till ogiltighetsförklaring eller jämkning på grund av ändrade förhållanden.⁸⁴

Kapitel 5

Sammanfattande synpunkter

Efter att ha genomfört denna framställning kan det konstateras att det finns flera möjliga instrument för att försöka komma till rätta med problemen vid ändrade förhållanden. Problemen som uppstår vid ändrade förhållanden är inga nya företeelser. Det har länge existerat olika rättsliga teorier som förändrats

och utvecklats genom åren. De rättsliga instrument som idag kan användas har stora likheter och flera av dem bygger enligt min mening mer eller mindre på samma grund. Åtminstone är flertalet beståndsdelar i många fall desamma. Någon praktisk konkret vägledning är det emellertid inte helt enkelt att få i varje enskilt fall av dessa rättsgrundsatser på grund av dess allmänna och i många fall obestämda karaktär. I allmänhet är det inte helt lätt att i rättspraxis hitta exempel på hur man tar i tu med problemen vid förändrade omständigheter vilket medför att det föreligger svårigheter med att fastställa någon vedertagen rättsuppfattning på området.

Det vore naturligtvis lämpligt och eftersträvansvärt om man kunde införa en uppsättning objektiva regler som reglerar när nya omständigheter skall kunna medge befrielse från avtalet. Svårigheterna härmed är emellertid betydande.

Som inledningsvis betonats vidtas som första rättslig åtgärd en kontroll huruvida avtalet parterna emellan föreskriver något som är tillämpligt på den uppkomna situationen. Även om inget uttryckligen stadgats därom kan det hända att man tolkningsvis kan komma fram till en slutsats om vad som gäller mellan parterna – situationen kan ju till exempel tänkas kunna subsumeras under en bestämmelse i avtalet. Av stor betydelse för bedömningen spelar här riskfördelningen enligt avtalet, d.v.s. vem av parterna som står närmast att bära risken för att en oväntad omständighet uppstår. Avtalstypen och uppläggningsavtalet kan här vara vägledande för parternas avsedda riskfördelning.

Vilka möjligheter kan man då tänka sig stå till buds för det fall att inget är avtalat mellan parterna beträffande den oväntade situationen och det ej heller går att tolka avtalet till förmån för någon av parterna? Två alternativa möjligheter som behandlats är förutsättningsläran respektive avtalslagens generalklausul.

⁸⁴ Ramberg, Hultmark, Allmän Avtalsrätt s. 266

Syftet med införandet av 36 § avtalslagen var enligt förarbetena naturligt nog att öka möjligheterna till jämkning. Vid en tillämpning av 36 § beaktas även eventuella fördelar som kan ha förelegat i ett tidigare skede och som då kan anses uppväga de senare uppkomna fördelarna. Tyngdpunkten i bedömningen flyttas vid tillämpning av avtalslagens generalklausul från avtalets lydelse och parternas inställning över till resultatet av utvecklingen, d.v.s avtalsvillkorets oskälighet vid den senare uppkomna situationen. Detta kan jämföras med en tillämpning av förutsättningsläran på samma situation, där det krävs att förutsättningen skall ha varit relevant redan vid avtalets ingående. Enligt Lehrberg har förhållandet mellan 36 § avtalslagen och förutsättningsläran utvecklats så att förutsättningsläran i första hand bör användas vid felaktiga förutsättningar och att för flertalet sådana fall ger förutsättningsläran mer utförliga och preciserade bedömningsgrunder. 36 § avtalslagen torde å andra sidan kunna tillgripas om förutsättningen inte är relevant eller om relevansfrågan är svår att bedöma och oskälighetsnormen ger besked om att ett avtalsvillkor är oskäligt även bortsett från förutsättningen.

Det har från en del håll framförts kritik mot att hänvisa till förutsättningsläran vid ändrade förhållanden. Denna kritik består vanligtvis av att det i flertalet situationer inte förelegat något för löftestagaren synbart medvetet antagande beträffande den aktuella förutsättningen, varför verkan av ändrade förhållanden borde hållas utanför förutsättningsläran.

Införandet av 36 § avtalslagen har alltså inneburit att jämkningsregler har fått ett ökat utrymme gentemot ogiltighetsregler. Det blir alltmer nödvändigt med en möjlighet att i efterhand kunna justera ju mer man kräver en strikt uppfyllelse av avtalets innehåll så att syftet med avtalet inte helt skall förfelas och hela samarbetet misslyckas. Fasthållandet vid avtalsinnehållet har också medfört att andra möjligheter att justera har vuxit fram som till exempel att man lägger en större upplysningsplikt på den ena parten. Det finns emellertid

en fara med att på detta sätt korrigera ett avtal i efterhand. Denna fara består i att det föreligger stor risk att man utjämnar resultatet för att tillskipa rättvisa, vilket ur affärsmässig risksynpunkt inte är tillfredsställande eller ändamålsenligt. Den riskfördelning som följer av avtalet får ju inte rubbas så att avtalet förlorar sin karaktär.

Ett annat alternativ som skulle kunna vara möjligt att beakta vid bedömningen av riskfördelningen är en analog tillämpning av köplagens 27 §. En fördel med att här använda sig av riskfördelningen i 27 § köplagen som en allmän vägledande princip bör enligt min åsikt vara, att det i förarbetena till denna lag beskrivs vilka situationer som kan bli aktuella och att rättstillämparna därigenom kan finna viss konkret vägledning. Det finns fler orsaker som motiverar att riskfördelningen i kontrollansvarsregeln borde kunna fungera som en allmän princip vid tillämpningen på långvariga avtalsförhållanden och ändrade förhållanden. Till skillnad från vid en tillämpning av förutsättningsläran krävs det inte man gör en bedömning av ett antal subjektiva rekvisit, vilket gör kontrollansvarsregeln till ett smidigare instrument att använda sig av än förutsättningsläran. En annan fördel med att tillämpa kontrollansvarsregeln torde vara dess nära samhörighet med de force majeure klausuler som står att finna i bl. a. UNIDROIT principles och den internationella köplagen. Härigenom borde man kunna hitta ytterligare konkret rättsligt stöd och hjälp vid tolkningssvårigheter. Vid en analog tillämpning av kontrollansvarsregeln kan man således finna bättre vägledning än vid tillämpningen av många andra rättsgrundsatser.

Vad kan man då dra för slutsats av hur man skall angripa ett problem som uppkommit på grund av ändrade omständigheter? Enligt min mening får man i varje enskilt fall väga in skälighetsaspekter och föra ett skälighetsresonemang. För att kunna legitimera ett sådant resonemang kan man ta hjälp av lagregler och framvuxna rättsgrundsatser. Det är min uppfattning att domstolarna i många fall bygger upp sina resonemang på liknande sätt. Vad är rimligt- är

frågan man måste ställa sig – här som på andra rättsområden. Vad är det lagstiftningen vill skydda? I en skälighetsavvägning är det naturligt att man tar hänsyn till samtliga aspekter och gör en helhetsbedömning med ett samtidigt fasthållande av principen om att avtal skall hållas i en strävan att bevara ett upprätthållande av rättssäkerheten. Som tidigare påpekats kan emellertid svaret på frågan om vilka rättsgrunder man bör åberopa vid ändrade förhållanden även vara beroende av vilken rättsföljd som eftersträvas.

Kontrollansvarsregeln i 27 § köplagen, tillsammans med de med kontrollansvarsregeln nära överensstämmande artiklarna i internationella handelsföreskrifter, torde av ovan angivna skäl utgöra lämpliga regler att utgå ifrån och att tillämpa som allmänna principer på dessa problem. Ett annat av de generellt sett mest användbara verktygen för att komma till rätta med problemen vid ändrade förhållanden är jämkning enligt generalklausulen i 36 § avtalslagen. Generalklausulen är emellertid begränsad såtillvida att det för dess tillämpning krävs att själva avtalsvillkoret är oskäligt. Enligt Adlercreutz torde generalklausulen främst fungera som ett incitament till omförhandling.

Omförhandlingsinstitutet utgör ett tillvägagångssätt för parterna att fortsätta sitt samarbete trots konflikter på grund av ändrade förhållanden. Parterna ser då vanligtvis till de kommersiella aspekterna och ser omförhandlingen som det effektivaste sättet att förvandla en tvist till förlikning. För att undvika konflikter är det naturligtvis lämpligt att så långt möjligt vidta åtgärder i förebyggande syfte. I uppsatsens andra del har behandlats möjligheterna till fortsatt samarbete genom förebyggande åtgärder i form av olika kontraktsklausuler som kan tas med i avtalet. Vilka klausuler parterna väljer att ta med beror dels på typen av avtal, dels på vilka egenintressen var part har, annorlunda uttryckt vilka prioriteringar parterna har. För varje förmån en part driver igenom får denne vanligtvis räkna med att den andra parten ser om sitt eget hus och ser till att denne också åtnjuter fördelar som i slutändan kanske innebär att parterna så att säga är ”tillbaka på noll”.

Beträffande omförhandlingsklausuler kan sägas att dessa kan komma till användning just när en part känner osäkerhet inför framtiden och när det är svårt att förutse exakt hur utvecklingen kommer att bli. Utformningen av och innehållet i en omförhandlingsklausul kan emellertid variera en hel del. Lite tandlösare klausuler som inte stipulerar några följder för det fall att en part motsätter sig en omförhandling kan fylla en psykologiskt pådrivande funktion medan en mer preciserad klausul, i vilken följderna regleras, kan ha mer direkt genomslagskraft. I det senare fallet kan tänkas att avtalet exempelvis stipulerar att kontraktet skall justeras enligt någon viss standard ifall parterna inte kan komma överens om nya villkor i en omförhandlingssituation. Ett annat alternativ är att rätten att besluta om de nya kontraktsbestämmelserna överlämnas till en särskild medlare.

Det finns några saker man bör ta ställning till vid utformningen av en omförhandlingsklausul. En av dessa är vid vilka ändrade förhållanden omförhandlingsklausulen är ämnad att bli tillämplig. Ett annat viktigt ställningstagande i anslutning till detta är huruvida klausulen är ämnad att vara tillämplig även på okända omständigheter som förelåg redan vid avtalsslutet.

Vissa vanligt förekommande formuleringar motsvarar förutsättningslärans rekvisit medan andra formuleringar kan hämtas från force majeure bestämmelser respektive kontrollansvarsregler. Härmed sluts cirkeln - de regler och rättsgrundsatser som i efterhand kan åberopas för att frångomma eller jämka en förpliktelse används i stället i ett inledande skede för att bygga upp en klausul i förebyggande syfte och för att förhindra att så allvarliga konflikter och motsättningar uppstår att ett fortsatt affärsmässigt samarbete mellan parterna omöjliggörs. Till hjälp vid osäkerhet om hur man skall utforma en omförhandlingsklausul kan man använda sig av endera Internationella handelskammarens eller UNIDROITS hardshipsklausul. Dessa torde vara av stor betydelse såväl vid utformningen som tolkningen av omförhandlingsklausuler. Vid långvariga internationella avtal är det

synnerligen fördelaktigt att använda sig av dessa internationella handelsföreskrifter om parterna vill undvika att omfattas av de regler som gäller till nackdel för dem i den andra partens land.

Sammanfattningsvis kan jag dra den slutsatsen att det vid ändrade förhållanden inte finns något generellt instrument för varje enskilt fall utan att det krävs att man gör mer situationsanpassade bedömningar. Detta gäller såväl i situationer då part på grund av ändrade omständigheter vill bli befriad från avtalsförpliktelse eller att avtalet skall jämkas, som vid utformandet av kontraktsklausuler i förebyggande syfte. Man skall också ha klart för sig att domstolarna med hänsyn till förutsebarhets- och rättssäkerhetsaspekter tillämpar jämnings- och ogiltighetsreglerna restriktivt och i begränsad utsträckning. Då faran för ändrade förhållanden av naturliga skäl är större vid långtidsavtal kan det också innebära att parterna insett och får anses ha tagit den risken.