

Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal*

Av professor ROLF DOTEVALL

Syftet med denna artikel är att med utgångspunkt i 36 § avtalslagen och ekvivalensprincipen belysa under vilka förutsättningar långvariga avtal kan jämkas då ändrade förhållanden rubbat balansen mellan prestation och motprestation.

1. Inledning

I en avtalsrätt som helt präglas av tanken på avtalsfrihet spelar det ingen roll om köparen har betalt ett kraftigt överpris för varan eller om säljaren får ett uppenbart underpris, utan friheten att välja under vilka villkor som avtalet skall ingås förhindrar en avtalskorrigering utan parternas samtycke med syfte att skapa balans mellan prestationerna. Avtalsrättens uppgift blir med denna förutsättning att försäkra att parterna haft möjlighet att uttrycka sin fria vilja utan påtryckningar, utnyttjandet av trångmål, svek eller andra omständigheter som kunnat förhindra detta. Proceduren vid själva avtalslutet hamnar i fokus, medan avtalsinnehållet blir av underordnad betydelse. Avtalsinnehållet blir med denna utgångspunkt automatiskt skäligt om avtalsproceduren fungerat väl eftersom båda parterna då fått gehör för sina önskningsar.¹

En tydlig tendens, inte enbart i nordisk rätt, är att avtalsrätten håller på att utvecklas från att vara formellt präglad till att bli mer materiellt inriktad där frågan om avtalsinnehållets skälighet skjuts i förgrunden.² En konsekvens av detta är att balansen mellan parternas prestationer blir viktig för att avgöra om ett ömsesidigt avtal är skäligt. Denna tendens i avtalsrätten illustreras bl.a. av art. 3.10 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts från 1994 där part kan få avtalet jämkat om detta "unjustifiably gave the other party an excessive advantage".³

Den formella grundsynen på avtalet som präglat nordisk rätt kan vara förklaringen till att reglerna om ogiltighet på grund av felaktig-

* Stöd för projektet har erhållits från Institutet för Rättsvetenskaplig Forskning.

¹ Jfr Bydlinski, F., Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäft, 1967, s. 106 f.

² Se t.ex. Canaris, C. W., Wandlung des Schuldrechts — Tendenzen zu seiner 'Materialisierung', Archive für die civilistische Praxis, Band 200 s. 273 ff., 2000, och Wilhelmsson, Th., Standardavtal, 1995, s. 5 ff. Jfr även Habermas, J. Between Facts and Norms, 1997, s. 392 ff.

³ Se även art. 6.111 i The Principles of European Contract Law. Parts I and II. Prepared by the Commission on European Contract Law, utg. O. Lando & H. Beale, 2000.

heter i samband med avtalsproceduren fått stor uppmärksamhet, medan möjligheten att med stöd av generalklausulen i 36 § avtalslagen jämka avtalet på grund av att innehållet är oskäligt inte rönt samma intresse, utom möjligen vad avser konsumentförhållande och ifråga om standardavtal.

Den vaghet som präglar generalklausulen i 36 § avtalslagen skiljer den ifrån andra lagregler. Den skälighetsstandard som är kärnan i stadgandet är konkret till sin karaktär. Ett avtalsvillkor kan därför bedömas som oskäligt i ett avtalsförhållande men inte nödvändigtvis i ett annat. Stadgandet har dock vissa abstrakta inslag. Den som är konsument eller på annat sätt har en underlägsen ställning skall skyddas. För alla avtalsförhållanden kan därför krävas att den part som vid avtalets ingående är uppenbart ekonomiskt eller kunskapsmässigt överlägsen inte skall utnyttja sitt övertag till uppenbar nackdel för medkontrahenten. Men inget hindrar att generalklausulen tillämpas även i renodlat kommersiella förhållanden i avtal mellan jämbördiga parter.⁴ En sådan tillämpning kan särskilt bli aktuell vid långvariga avtal då förhållandena ändrats.

Genom skälighetsstandarden får domaren ett stort handlingsutrymme. Det är möjligt att skapa nya plikter för avtalspart eller förändra sådana plikter som följer av avtalet. Det är vidare möjligt att jämka avtalet om de ekonomiska eller sociala förhållandena förändrats så att avtalsbalansen rubbas och avtalet blir mycket tyngande för ena parten. Av 36 § avtalslagen framgår nämligen att avtalet kan jämkas om det blivit oskäligt på grund av ”senare inträffade förhållanden”. Generalklausulen blir därför det mest lämpliga hjälpmedel som står till buds för att anpassa långvariga avtal i dessa fall.⁵

För att motverka att skälighetsbedömningen blir oreflekterad eller godtycklig genom att de normer som läggs till grund för skälighetsbedömningen helt grips ur luften bör vissa riktlinjer skapas, utan att för den skull generalklausulens speciella funktion i grunden förändras.

Ett viktigt rättviseargument vid bedömningen av avtalsinnehållets skälighet är att det skall råda balans mellan avtalsparternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet.⁶ En obalans kan vara ursprunglig om den uppkommit redan i samband med avtalsslutet eller inträda senare i sådana avtal som löper under längre tid då förhållandena förändras.

⁴ Se Bernitz, U., Standardavtalsrätt, 6 uppl., 1999, s. 82 f., Bryde Andersen, M., Grundläggande aftaleret, 1997, s. 326 och Lyngge Andersen, L. & Bo Madsen, P., Aftaler og mellemmand, 4 uppl., 2001, s. 206.

⁵ Se Hellner, J., Speciell avtalsrätt II:2, 3 uppl., 1996, s. 65 och Nystén-Haarala, S., The Long Term Contract, 1998, s. 193.

⁶ Se t.ex. Atiyah, P.S., Contract and Fair Exchange, Essays on Contract, Oxford 1986, s. 329 ff., Bydlinski, F., Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln, Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, utg. av O. Behrends, M. Diebelhorst & R. Dreier, 1990, s. 189 ff., Gordley, J., Equality in Exchange, Cal. L. Rev. Vol. 69 s. 1587 ff. (1981) och Hellner, J., Metodproblem i rättsvetenskapen. Studier i förmögenhetsrätt, 2001, s. 53.

Kravet att det skall råda balans mellan parternas prestationer enligt avtalet får emellertid en vidare innebörd vid tillämpningen av 36 § avtalslagen än att enbart avse relationen mellan prestationernas värde. Av betydelse blir balansen mellan samtliga förpliktelser och den riskfördelning som gäller enligt avtalet, även om vederlaget för en vara eller en tjänst är ett viktigt kriterium vid bedömningen. Denna grund-sats, som kan kallas ekvivalensprincipen, får karaktären av materiell ordningsprincip vid tillämpningen av 36 § avtalslagen. Då avtalsrät-tens materialisering diskuteras blir skillnaden mellan subjektiv och objektiv ekvivalens grundläggande. Subjektiv eller formell ekvivalens innebär att rättsordningen erkänner den balans som parterna har kommit överens om. Med objektiv eller materiell ekvivalens menas då att förhållandet mellan prestationerna bestäms utan hänsyn till parts-viljan. Syftet med denna uppsats är att med utgångspunkt i 36 § avtals-lagen och ekvivalensprincipen belysa under vilka förutsättningar långvariga avtal kan jämkas då förändrade förhållanden rubbat balan-sen mellan prestation och motprestation.

2. Precisering av generalklausulen

En generalklausul som bygger på en skälighetsstandard förekommer i de flesta kontinentaleuropeiska rättsordningarna.⁷ Den är typiskt en öppen och principorienterad norm.⁸

Skälighetsstandarden är ett ganska typiskt uttryck för kontinental-europeisk rättskultur. Särskilt i tysk rätt har generalklausulen i § 242 BGB, som funnits sedan lagen trädde ikraft år 1900, spelat en mycket viktig roll i att anpassa den tämligen formella civilkodifikationen till samhällseliga förändringar.⁹ I engelsk rätt har ännu inte någon skälighetsstandard enligt kontinentaleuropeiskt mönster lagfästs men nyligen accepterats i rättspraxis.¹⁰

Avtalsrätten har beskrivits som "principles of voluntarism superimposed on underlying social patterns and statuses".¹¹ Generalklausulen ger möjlighet för domaren att beakta dessa utomrättsliga sociala ordningsmönster och ta hänsyn till sådana värdeuppfattningar som är gemensamma inom en viss grupp men som inte direkt återspeglas i några lagregler. Den får då genom sin öppenhet en viktig funktion som andra avtalsrättsliga regler till viss del saknar.

⁷ Se t.ex. *Good Faith in European Contract Law*, utg. av R. Zimmerman & J. Whittaker, 2000, och Hesselink, M., *Good Faith, Towards a European Civil Code*, 2 uppl., 1998, utg. av A. S. Hartkamp & Ch. von Bahr, s. 285 ff.

⁸ Jfr Bydlinski, F., *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2 uppl., 1991, s. 582 ff.

⁹ Se Wieacker, F., *Privatrechtsgesichte der Neuzeit*, 2 uppl., 1996, s. 476 ff. och Zweigert, K. & Kötz, H., *Introduction to Comparative Law*, 3 uppl., 1998, s. 143 ff.

¹⁰ Se vidare Teubner, G., *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, *Moder L. Rev.*, 1998, s. 11 ff.

¹¹ Se Rakoff, T. D., *The Implied Terms of Contracts: Of 'Default Rules' and Situation-Sense*, *Good Faith and Fault in Contract Law*, utg. av J. Beatson & D. Friedmann, 1995, s. 191 och s. 220 samt Atiyah, P. S., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1979, s. 716 ff.

Det har hävdats att skälighetsstandarden genom denna öppenhet ökar utrymmet för godtycklighet och skapar risk för att de moraliska värderingar som rent av kan äventyra demokratiskt legitimerade värdegrundsatser som rättsordningen vilar på får fritt spelrum.¹² Utrymmet för den enskilde domarens privata värdeuppfattning blir emellertid i praktiken begränsat eftersom domstolen i dispositiva tvistemål ofta har ett kollegialt arbetssätt och rättegången blir en dialog mellan parter som vanligen har ombud. De domare som skall avgöra en avtalsrättslig fråga tvingas sträva efter att uppnå bärkraftig samstämmighet mellan parterna. Den egna värdeuppfattningen kan då behöva jämkas med andra uppfattningar, och den ståndpunkt som blir resultatet skall utförligt motiveras för att nå acceptans.

Lagregler syftar vanligen till att täcka vissa typsituationer.¹³ Generalklausulen ger däremot domaren möjlighet att ta fasta på det individuella. Öppenheten gör det nämligen möjligt att anpassa avtalet till de vanor och typiska värderingar som är rådande i den krets, den affärsbransch där parterna är verksamma eller i den profession de tillhör.¹⁴ Dessa handlingsmönster och värderingar kan variera, inte bara från bransch till bransch och över tiden utan också från ett geografiskt område till ett annat.¹⁵ Standarder som skapas av intresseorganisationer är av betydelse vid skälighetsbedömningen. De är ofta resultatet av att typiska partsintressen jämkats samman.¹⁶ Av den anledningen kan ett i en viss bransch spritt standardavtal där intresseorganisationer för såväl säljare som köpare deltagit vid utformningen få betydelse vid skälighetsprövningen även om parterna inte uttryckligen tillämpat det.¹⁷

Den vaghet som utmärker generalklausulen ökar förvisso svårigheten för part att förutse utgången i det enskilda fallet. Men med förutsebarhet menas inte bara att utgången i en konkret tvist skall sammanfalla med tidigare snarlika avgöranden eller att en överenskommelse skall bestå under alla omständigheter, utan också att andra typer av förväntningar hos parterna skall kunna mötas. Dessa förväntningar grundas ofta i de värderingar och de vanor som är rådande inom de grupper där parterna hör hemma. Skäligheten överens-

¹² Se Fastricht, L., *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, 1992, s. 29 ff. Jfr även Börner, F., *Die Bedeutung der Generalklauseln für die Umgestaltung der Rechtsordnung in der nationalsozialistischen Zeit*, 1989.

¹³ Jfr Coing, H., *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 5 uppl., 1993, s. 220.

¹⁴ Se t.ex. NJA 1999 s. 629 och NJA 1983 s. 332. Se även Lynge Andersen & Bo Madsen, s. 210 med hänvisning till en tämligen omfattande dansk rättspraxis. Jfr angående NJA 1999 s. 629 Westberg, P., *Överraskande rättsbildning på grundval av handelsbruk eller allmänt tillämpade standardvillkor*, JT 2000–01, s. 348 ff.

¹⁵ Se t.ex. Burton, S. J., *Breach of Contract and Common Law Duty to Perform in Good Faith*, *Harvard L. Rev.*, Vol. 94, s. 369 (1980) och Wilhelmsson, Th., *Good Faith and the Duty of Disclosure in Commercial Contracting — The Nordic Experience i Good Faith in Contract: concept and context*, utg. av R. Brownsword, N. Hird & G. G. Howells, 1999, s. 165 ff.

¹⁶ Jfr vad gäller engelska förhållanden, Collins, H., *The Law of Contract*, 3 uppl., 1997, s. 271.

¹⁷ Se NJA 1979 s. 483 och NRt 1994.626.

stämmer enligt detta synsätt med vad som kan betecknas som normalt beteende bland vissa grupper eller inom ett visst geografiskt område.¹⁸ Skälighetsstandarden blir då ett referensbegrepp där avtalsparts rättmätiga förväntan är jämförelsematerialet. Avtalet kan genom sådana hänsynstaganden anpassas till de uttalade eller underförstådda förväntningar som parterna har på det.

Eftersom vår samtid i så hög grad präglas av skilda värderingar och social fragmentering är det knappast möjligt att finna någon allmän moralisk princip utanför rättsordningen som helt kan styra skälighetsbedömningen.¹⁹ Det är därför naturligt att domaren, för att få acceptans för sitt avgörande och skapa någorlunda förutsebarhet, låter sig vägledas av normer och värderingar som han hämtar från den positiva rätten.²⁰ Det blir enligt Teubner ytterst fråga om att definiera ”quasi-constitutional rights and to protect them against encroachments of private government, to set low-discretionary rules that draw clearly-defined legal limits to quasi-administrative discretion”.²¹ Generalklausulens öppenhet begränsas alltså av att de valda lösningarna måste vara förenliga med intresseavvägningar och principer som återfinns i gällande rättsregler. Vid tillämpningen av stadgandet bör med andra ord göras en systematisk test.²²

Skälighetsstandarden kan preciseras genom att rättspraxis systematiseras med avsikt att få fram typfall. En sådan sammanställning blir onekligen en lättillgänglig källa ur vilken argument och exempel kan hämtas. Men den får inte bli en tvångströja så att en stelbent rättspraxispositivism utvecklas. Detta skulle riskera att motverka den flexibilitet som måste vara ett grundläggande drag hos skälighetsstandarden. Av samma skäl bör de typfall som redovisas i förarbetena användas med försiktighet.²³

Det är vid tillämpningen av 36 § avtalslagen möjligt att använda ekonomiska argument för att motivera att avtalet jämkas t.ex. för att fördelningen av rättigheter och skyldigheter inte är ekonomiskt effektiv.²⁴ Men det ligger emellertid en risk i att använda en viss ekonomisk teori som normativ måttstock. Vid prövningen av om avtalet överensstämmer med en sådan teori finns, på motsvarande sätt som jag nyss

¹⁸ Jfr Teubner, G., Standards und Direktiven in Generalklauseln, 1971, s. 91 och Heldrich, A., Die Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht, Archiv für die civilistische Praxis, Vol. 186, s. 774 ff. (1986).

¹⁹ Se t.ex. Behrends, P., Utilitaristische Ethik und ökonomische Analyse des Recht, Die ethischen Grundlagen des Privatrecht, F. Bydlinski & Ch. Mayer-Maly, 1994, s. 35 ff. Teubner i Modern L. Rev., s. 11 ff. och Wilhelmsson, Good Faith, s. 165 ff.

²⁰ Se Bydlinski, Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung, s. 189 och s. 203 f.

²¹ Se Teubner i Modern L. Rev., s. 29 och även t.ex. Roth, G. H. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil: §§ 241–432, 4 uppl. 2001, § 242, anm. 52 ff.

²² Se Bydlinski, Juristische Methodenlehre, s. 584.

²³ von Post har i sin undersökning helt låtit förarbetena styra synen på hur 36 § avtalslagen bör tillämpas. Se von Post, C. R., Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden, 1999, s. 25.

²⁴ Se Wilhelmsen, T. L., Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet, TFR 1995 s. 19 ff. Jfr även Runesson, E., Rekonstruktion av ofullständiga avtal, 1996, s. 37 ff.

nämnde ifråga om rättspraxis och förarbeten, en risk att skälighetsstandarderna blir stelbent och därvid förlorar sin speciella funktion.

Tidigare har jag nämnt att generalklausulen utmärker sig av att vara en öppen och principorienterad norm. Med principer menas normativa utsagor av mer allmän karaktär som kan ses som uppmaningar att vissa förhållanden bör optimeras.²⁵ En regel är, till skillnad från principen, binär och utgör ett definitivt skäl för eller emot en viss lösning.²⁶ Den typiska egenskapen hos generalklausulen att inte kunna läggas till grund för en regelrätt subsumtion delar den med den framförallt på senare tid uppmärksammas typ av rättsliga normer som brukar betecknas principer.

En rättsprincip kan vara olika starkt förankrad i rättsordningen. De rättsliga principer som kan tjäna som vägledning för domaren härleds ur ett komplex av lagregler eller från rättspraxis. För att principen skall tjäna till ledning vid tillämpningen av skälighetsstandarderna krävs naturligtvis att den är mer precis än denna.

Ifråga om rangordningen av principer gäller att sådana principer som kan utläsas ur lagregler väger tyngst, men även principer som framgår av rättspraxis eller branschsedvana har ett värde.²⁷ En rättsprincip gäller därför att den är uttryck för en allmän uppfattning om rättvisa och har sina rötter i den positiva rätten.²⁸ Regler tycks i större utsträckning vara knutna till den formella sidan av rätten medan principer rör den materiella. Den systematiska test jag nyss berörde medför att de normer som används för att konkretisera generalklausulen bör vara förenliga med framträdande intresseavvägningar och principer i den positiva rätten.

Inom avtals- och köprätten är det, som jag inledningsvis berörde, ett centralt rättvisekrav att det skall råda balans mellan parternas prestationer enligt avtalet.²⁹ Ekvivalensprincipen blir ett standardiserat bedömningsfaktum vid prövningen av om ett långvarigt avtal skall jämkas beroende på att förhållandena ändrats.³⁰

3. Närmare om ekvivalensprincipen

Det är en gammal idé att det vid ömsesidiga avtal skall råda jämvikt mellan prestation och motprestation. Tanken om jämvikt i avtalsförhållandet har sitt ursprung i den romerskrättsliga principen om *laesio*

²⁵ Jfr Alexy, R., *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, Conditions of Validity and Cognition in Modern Legal Thought*, utg. av N. McCormick, S. Panou & L. L. Vallauri, 1985, s. 13 ff. och Taxell, L. E., *Avtal och rättsskydd*, 1972, s. 73.

²⁶ Se Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, 1977, s. 24.

²⁷ Se Eckhoff, T., *Legal Principles, Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*, Festschrift for Robert Summers, 1994, s. 33 ff.

²⁸ Se Dworkin, s. 40 och s. 340 samt Peczenik, A., *Vad är rätt?*, 1995, s. 628 f. Jfr Lorenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6 uppl., 1991, s. 421 ff. och Taxell, *Avtalsrätt*, 1997, s. 34 ff.

²⁹ Se Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen*, s. 52 ff., Herre, J., *Ersättningar i köprätten*, 1996, s. 99 ff., Lynge Andersen, & Bo Madsen, s. 211, Runesson, s. 382 ff. och Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s. 414.

³⁰ Jfr Luhmann, N., *Rechtssoziologie*, 1983, s. 156.

enormis. Enligt denna princip kunde ett köpeavtal ogiltigförklaras om köpeskillingen understeg hälften av värdet på det köpta godset. Värdet bestämdes på grundval av marknadspriset vid den aktuella tidpunkten. Under medeltiden ansåg bl.a. Thomas av Aquino som uttolkare av Aristoteles syn på rättvisa att varje avtal skulle präglas av balans. Denna uppfattning ansågs ha stöd i naturrätten och uppfattades inte enbart vara en följd av kristen moral utan något som var framsprunget ur mänskligt förnuft.³¹

I Code Civil erkänns principen främst vid fastighetsköp där säljaren måste erhålla minst 7/12 av egendomens värde för att avtalet inte skall vara oskäligt.³² Enligt §§ 934 och 935 i den österrikiska ABGB gäller t.ex. att båda avtalsparter har rätt att häva avtalet om värdet på en prestation överstiger värdet på motprestationen med mer än hälften.³³ Vid införandet av den tyska BGB avstyrktes emellertid införandet av en sådan jämviktsregel, istället införlivades § 138 BGB som i korthet innebär att ett avtal inte får strida mot god moral. Ett avtal kan med stöd av detta stadgande jämkas om det innebär att part utnyttjat svagheter hos motparten och på så sätt erhållit fördelar som står i ett uppenbart missförhållande till motprestationen.³⁴ Även i nordisk avtalsrätt kan ockerstadgandet sägas vila på principen om *laesio enormis*.³⁵

Under tidens lopp har utvecklingen gått dithän att *laesio enormis* fått karaktären av grundläggande rättviseargument.³⁶ Uppfattningen att balansen mellan prestation och motprestation kännetecknar ett skäligt avtal lever på så sätt fortfarande, inte enbart i Code Civil vad gäller fastighetsköp, kvar i modern avtalsrätt.³⁷

Att kravet på avtalsbalans får en central roll vid skälighetsbedömningen framgår uttryckligen av artikel 3 i EG-direktivet rörande oskäliga avtalsvillkor i konsumentförhållande. Där sägs bl.a. att ett kontraktvillkor som inte blivit individuellt förhandlat skall anses som oskäligt om det "causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract".

Av 11 § lag om avtalsvillkor i konsumentförhållande, som bygger på direktivet, framgår att ett avtalsvillkor till konsuments nackdel skall jämkas om det strider mot god sed och medför en betydande obalans i avtalsförhållandet till nackdel för konsumenten. Det är enligt min uppfattning inte nödvändigt att koppla goda seder med kravet på betydande avtalsobalans. Det räcker för jämkning att domstolen konstaterar att det råder en sådan oba-

³¹ Se vidare Zimmermann, R., *Law of Obligations*, 1996, s. 259 ff.

³² Code Civil art. 1674.

³³ Se Kötz, H., *Europäisches Vertragsrecht I*, 1996, s. 199.

³⁴ Se Canaris i AcP 2000, s. 276 och s. 295 ff.

³⁵ Se NJA II 1915 s. 245 ff., Lassen, J., *Haandbog i obligationsretten*, 3 uppl. 1917-20, s. 95 ff., Stang, F., *Innledning til formueretten*, 3 uppl., 1935, s. 509 ff. och Using, H., *Aftaler paa formuerettens omraade*, 3 uppl., 1950, s. 146 ff.

³⁶ Jfr Atiyah, *Contract and Fair Exchange*, s. 329 ff. och Bydlinski, *Juristische Methodenlehre*, s. 357 ff.

³⁷ Se Kötz, s. 199.

lans till konsumentens nackdel; något ytterligare steg att konstatera vad god sed i betydelsen sedvänja innebär behöver alltså inte göras.

Kravet i engelsk och amerikansk rätt på *consideration* för att part skall vara bunden av avtalet kan sägas vara ett uttryck för jämviktstanken. Detta krav på motprestation innan bundenhet uppkommer var ursprungligen tänkt som ett sätt att skapa balans i avtalet.³⁸

I amerikansk rätt lever ekvivalenstanken vidare även på så sätt att ett avtal blir ogiltigt vid *unconscionability*. Detta institut kan till sin funktion i viss mån sägas motsvara skälighetsstandarden i kontinentaleuropeisk och nordisk rätt.³⁹ I § 2-302 UCC,⁴⁰ där begreppet *unconscionability* definieras, framgår bl.a. att ett avtal är ogiltigt om det råder stor obalans mellan parternas prestationer.⁴¹ I kommentaren till stadgandet sägs bl.a. att kravet på avtalsbalans "enacts the moral sense of the community into the law of commercial transactions".⁴² Och det är tydligt att i amerikansk rättspraxis tillmäts balansargumentet ofta stor betydelse vid bedömningen om det föreligger *unconscionability*.⁴³

I amerikansk rätt finner man två former av *unconscionability*, nämligen processuell, som rör förhållandena vid avtalets ingående, och substantiell som syftar till avtalsinnehållet. Dess båda former står i ett förhållande till varandra men kan var och en för sig leda till ogiltighet. Detta slogs fast i det ledande rättsfallet *West v. Henderson*:⁴⁴

"However, there is a sliding scale relationship between the two concepts: the greater the degree of substantive unconscionability, the less the degree of procedural unconscionability that is required to annul the contract or the clause... A compelling showing of substantive unconscionability may overcome a weaker showing of procedural unconscionability".

Rättsläget i amerikansk rätt kan sammanfattas så att det krävs en kraftig obalans i avtalet för att detta förhållande ensamt skall leda till att det blir ogiltigt.⁴⁵ Ju ogynnsammare de materiella villkoren är desto mindre viktiga blir förhållandena vid avtalets ingående. Om det förekommit felaktigheter i samband med avtalslutet så saknar dessa felaktigheter betydelse om de inte orsakat någon obalans mellan prestation och motprestation.⁴⁶ Föreligger det klara brister i avtalsprocedu-

³⁸ Se Atiyah, *Contract and Fair Exchange*, s. 329 ff., Köndgen, J., *Selbstbindung ohne Vertrag. Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*, 1981, s. 235 ff. och Zimmerman, R., *Roman Law and European Legal Unity, Towards a European Civil Code*, 2 uppl., 1998, utg. av A. S. Hartkamp & Ch. von Bar s. 21 ff.

³⁹ Se Grobecker, W., *Implied terms und Treu und Glauben. Vertragsergänzung im englischen Recht in rechtsvergleichender Perspektive*, 1999, s. 38 ff.

⁴⁰ Se även § 208 i *Restatement of the Law, Second. Contracts 2d*, Vol. 2, 1983.

⁴¹ *Uniform Commercial Code*, 1976, § 2-302, 252.

⁴² Se UCC 2-302 (5).

⁴³ Se Lord, R. A., *A Treatise on the Law of Contract by Samuel Williston*, 4 uppl., Vol. 8, 1998, s. 91.

⁴⁴ 278 Cal. Rep. 570 (1991).

⁴⁵ Se White, J. W. & Summers, R. S., *Uniform Commercial Code*, 3 uppl., 1998, s. 137 f.

⁴⁶ Se Lord, s. 92.

ren t.ex. då parterna inte är jämbördiga så behöver emellertid inte obalansen vara särskilt stor för att avtalet skall jämkas.⁴⁷ Ett belysande uttalande återfinns i Restatement of Contracts:⁴⁸

”Inadequacy of consideration does not of itself invalidate a bargain, but gross disparity in values exchanged may be an important factor in a determination that a contract is unconscionable.”

4. Avtalsobalans och jämkning av långvariga avtal

4.1 Allmänt

I nordisk rätt har praktiserats flera metoder för att avgöra om förändrade förhållanden skall leda till att ett avtal jämkas eller blir ogiltigt. Av dessa har omöjlighetsläran knappast längre någon framträdande roll.⁴⁹ Särskilt i svensk rätt tycks däremot förutsättningsläran ha en tämligen stark ställning.⁵⁰

Kärnan i förutsättningsläran, som uppträder i några olika varianter, är att avtalet blir ogiltigt om parts förutsättning varit väsentlig eller bestämmande för avtalet. Såväl förutsättningen som dess väsentlighet skall ha varit synbar för medkontrahenten. Vid den relevansprövning som sedan skall göras beaktas bl.a. vilken tänkbar lösning som parterna fastnat för om den oriktiga förutsättningen kommit på tal i samband med avtalslutet eller vilken riskfördelning som kan vara lämplig i det aktuella fallet.⁵¹

En svaghet med förutsättningsläran är att dess starkt subjektiva karaktär riskerar att tillämpningen får karaktären av spekulationer. Denna risk blir uppenbar om avtalslutet ligger långt tillbaka i tiden.

Som jag inledningsvis konstaterade är 36 § avtalslagen numera det viktigaste redskapet då frågan är om långvariga avtal skall jämkas på grund av att förhållandena förändrats. I fråga om relationen mellan förutsättningsläran och 36 § avtalslagen gäller att moment av förutsättningsläran kan användas för att precisera skälighetsstandarden.⁵² Men att foga in förutsättningsläran i 36 § avtalslagen medför att de mest subjektiva beståndsdelarna måste försvinna med tanke på den objektiva karaktären hos detta stadgande. Vid tillämpningen av 36 § avtalslagen behöver därför inte avtalsparts faktiska eller hypotetiska förutsättningar klarläggas. Stadgandet kräver heller inte att det visas att dessa förutsättningar varit det egentliga skälet till att part ingått avtalet. Istället kan man när 36 § avtalslagen tillämpas gå mer direkt på

⁴⁷ Se Lord, s. 66.

⁴⁸ § 208 comment c i Restatement of the Law: Contracts.

⁴⁹ Se Hellner, J., Speciell avtalsrätt, 3 uppl. 2 häftet, 1996, s. 61 och Ramberg, J. & Hultmark, Ch., Allmän avtalsrätt, 5 uppl., 1999, s. 30 f.

⁵⁰ Se Hellner, Speciell avtalsrätt II:1, s. 31 och II:2, s. 62. Jfr NRt 1999 s. 922.

⁵¹ Se t.ex. Adlercreutz, A., Avtalsrätt I, 11 uppl., 2000, s. 271 f.

⁵² Om relationen mellan förutsättningsläran och 36 § avtalslagen, se t.ex. prop. 1975/76:81, s. 128, SOU 1974:83, s. 157, Grönfors, K., Avtalslagen, 3 uppl., 1995, s. 150, Kleineman, J., Förutsättningsläran tre steg tillbaka, JT 1996–97 s. 438, Lyngge Andersen & Bo Madsen, s. 220 ff. och Ramberg & Hultmark, s. 182 f.

frågan var risken för den uppkomna obalansen skall placeras utan att fästa avgörande vikt vid de mest subjektiva momenten.

Vid tillämpningen av 36 § avtalslagen på långvariga avtal blir avtalsbalansen ett viktigt kriterium vid skälighetsbedömningen. För bedömningen av om part orsakat balansrubningen eller haft möjlighet att mildra dess följder är frågan vilken ansvarsgrund som skall tillämpas. Sedan kontrollansvaret införts har argumenterats för att detta ansvar skall betraktas som en allmän ansvarsgrund.⁵³ Kontrollansvaret är tänkt som ett ansvar för direkt skada vid dröjsmål. Kontrollansvaret är emellertid inte utformat för varaktiga avtal.⁵⁴ Det är culpaansvaret där bevisbördan är omvänd, det s.k. presumtionsansvaret, som har ställningen av allmän kontrakträttslig ansvarsprincip i den mån något annat inte särskilt framgår för en viss kontraktstyp.⁵⁵ Det medför att i de fall orsakerna till obalansen beror på försummelse hos den avtalspart som drabbas talar detta mot att avtalet jämkas.⁵⁶ Om orsaken däremot är försummelse hos den avtalspart som gynnas så talar detta för en jämkning.

Ekvivalensprincipen, som alltså går ut på att säkra balansen mellan prestation och motprestation, innebär t.ex. att då avtalsparts prestation minskat i värde så faller risken för detta på medkontrahenten. Den är en rättsetisk princip vars syfte är att hindra att avtalspart får ekonomiska fördelar på den andre avtalspartens bekostnad, men är i denna tappning alltför allmän för att ge närmare ledning vid skälighetsbedömningen. En fråga som därvid inställer sig är om balansen skall grundas i parternas egna värderingar eller om en objektiv bedömning av prestationernas värde skall göras.

4.2 *Objektiv eller subjektiv obalans?*

En obalans är ursprunglig om avtalspart inte haft möjlighet att hävda sina intressen när avtalet ingicks. Avtalet kan t.ex. genom en omfattande friskrivning innebära att den risk som den ena parten tar inte står i rimlig proportion till de fördelar han får av avtalet. Då ett avtal inte enbart är en momentan utväxling av prestationer utan löper under en längre tidsperiod kan även obalans uppkomma i ett senare skede. Obalans kan, som jag tidigare berört, vara orsakad av någon av avtalsparterna, men den kan också vara resultatet av förhållanden över vilka parterna inte råder, t.ex. allmänna kursförändringar på aktie- eller valutamarknaden.

Vid tillämpningen av 36 § avtalslagen finns inget som hindrar att en objektiv prövning görs av prestationernas värde. En sådan innehålls-

⁵³ Se Keskitalo, P., *From Assumptions to Risk Management*, 2000, s. 232 ff. och Taxell, L. E., *Avtalsersättning och culpa*, TfR 1987 s. 343 ff.

⁵⁴ Se prop. 1990/91:63 s. 45.

⁵⁵ Se t.ex. Hellner, J., *Speciell avtalsrätt II:1*, s. 31, Ramberg, J., *Köplagen*, 1995, s. 106, Runesson, s. 300 ff. och Wilhelmsson, Th., *Ny ansvarsgrund i köprätten*, Juhlajulkaisu — Festschrift Curt Olsson 1919 28/9 1989, 1989, s. 407 ff.

⁵⁶ Jfr RH 1980:14.

kontroll är emellertid i de flesta fall förenad med praktiska svårigheter. Det gäller att finna en objektiv måttstock, t.ex. ett gängse marknadspris på en vara eller tjänst.⁵⁷ Om detta inte är möjligt måste förhållanden som produktionskostnader och den aktuella vinstmarginalen beaktas. Men det går inte att tillämpa någon enkel formel för att bedöma om dessa är skäliga. I vilken utsträckning skall t.ex. säljarens behov av att investera i sin verksamhet beaktas vid bedömningen av om vinstmarginalen är skälig? Det är knappast överraskande att det inte finns särskilt många exempel i nordisk rättspraxis, utom möjligen i konsumentförhållanden, på att avtalsinnehållet bedömts vara oskäligt.⁵⁸

Med tanke på den nyss skisserade praktiska svårigheten att göra en objektiv bedömning av prestationernas skälighet blir istället utgångspunkten att den avtalsbalans som parterna kommit fram till vid avtalslutet bör bibehållas under hela avtalstiden.⁵⁹ Parternas individuella preferenser hamnar då i centrum. Ett sådant betraktelsesätt ligger också i linje med vad som t.ex. gäller inom köprätten där parternas avtal blir avgörande vid felbedömningen.⁶⁰ NJA 1979 s. 731 är ett exempel på att den balans mellan prestation och motprestation som parterna kommit fram till bevarades i ett avtal som löper under mycket lång tid.

Ett arrendeavtal som rörde en tomt för en fritidsbostad hade ingåtts 1960 för en tid av 49 år. HovR, vars dom fastställdes av HD, fann att den ursprungliga uppgörelsen skulle bestå även om arrendeavgiften var mycket lågt satt. HovR fann vidare att det var oskäligt att avtalet saknade indexklausul.

Även om en part sätter ett till synes lågt värde på sin prestation i förhållande till hur han värderar motprestationen så kan detta värdeförhållande bestå inom tämligen vida gränser. Det är vid en prövning enligt 36 § avtalslagen inte möjligt att enbart fästa avseende vid avtalsbalansen utan uppmärksamhet måste också riktas mot förhållandena vid avtalsslutet och parternas inbördes ställning för att på så sätt utröna om part haft möjlighet att hävda sina intressen.

4.3 Förutsebarheten

Det är när ett långvarigt avtal ingås svårt att förutse alla de händelser som under tidens lopp kan orsaka obalans i avtalet. En part kan ha varit väl medveten om att det var sannolikt att en viss händelse skulle inträffa, men missbedömt dess styrka och i vilken utsträckning den kom att påverka avtalet.

Om parterna utifrån vad de förutsett när avtalet ingicks kommit överens om att risken skall fördelas på ett visst sätt finns knappast nå-

⁵⁷ Jfr dock Collins, s. 264 f.

⁵⁸ Jfr UfR 1993.52 H och Nordisk domssamling 1995 s. 333.

⁵⁹ Se NJA 1979 s. 731 och Runesson, s. 382.

⁶⁰ Jfr Kihlman, J., Fel, 1999, s. 55 ff. och Ramberg, Köplagen, s. 267 ff.

gon anledning att frångå denna överenskommelse, under förutsättning att parterna är någorlunda jämbördiga. I dessa fall bör den förutsedda risken ha beaktats i avtalet och part kan antas ha på något sätt försökt kompensera den nackdel som kan komma att drabba honom.

I NRt 1988.276 (Røstad)⁶¹ motiverades jämkningen främst med den kraftiga avtalsobalans som uppkommit men av betydelse var också att parterna inte förutsett de händelser som lett till obalansen.

Det var i målet fråga om ett arrendeavtal som ingicks 1899. Då bestämdes arrendet till 200 kronor. Høyesterett konstaterade att inflationen, som parterna inte kunnat förutse, hade orsakat en extrem obalans mellan prestationerna. Høyesterett höjde arrendet till 5 000 norska kronor, vilket motsvarade den försämring av penningvärdet som skett sedan avtalet ingicks, samt knöt det till konsumentprisindex. Det avgörande skälet för att jämka var att det uppkommit en "extrem ubalans i avtalen". Av betydelse var också att parterna "ikke hadde grunnlag for å forutse den utvikling som har funnet sted, og som har ført til denne ubalans". Att avtalet inte gick att säga upp kan möjligen ha påverkat utgången.

Med tanke på att det är den subjektiva balansen som är utgångspunkten bör prövningen av om en omständighet varit möjlig att förutse göras med ett *ex ante* perspektiv, dvs. avgörande blir vad part bort förutse vid avtalsslutet. Det måste ha funnits reella möjligheter att få kännedom om den aktuella omständigheten och att den kunde komma att påverka avtalet. Även om en händelse kunde förutses men dess inverkan på det aktuella avtalet är osannolik betraktas den självfallet som oförutsebar. Förutsättningen är att avtalspart skall bära de risker som är typiska för hans verksamhet. NJA 1983 s. 383 är ett exempel på att HD gjort en objektivt inriktad bedömning av vad part bort förutse vid tidpunkten för avtalsslutet.⁶²

Det var i målet fråga om ett arrendeavtal som slutits på 49 år med en årlig avgift på 30 kronor jämte "100 kg höstvetete efter ett pris av den notering, som gäller den 1 jan. samma år arrendet betalas i förskott" kunde jämkas. Priset på höstvetete hade nästan tredubblats under de drygt trettio år avtalet löpt, medan konsumentprisindex under samma tid stigit mer än sex gånger. HD höjde arrendeavgiften till 265 kronor och knöt den till konsumentprisindex. Avgörande för domslutet var "den ringa erfarenhet av indexklausuler som får antas ha funnits år 1950". I likhet med NJA 1979 s. 731 var utgångspunkten för HD att den subjektiva balansen mellan prestation och motprestation skulle återställas.

Andra faktorer som får betydelse är t.ex. under hur lång tid avtalet löper och om det är särskilt riskfyllt, som vid spekulationer i valutor eller råvaror. Bruket på den ort där parterna var verksamma att inte använda någon indexklausul i arrendeavtal fick i NRt 1988.295

⁶¹ Jfr minoritetens uppfattning i NRt 1999.922.

⁶² Runesson är kritisk till ett objektivt betraktelsesätt, s. 422.

(Skjelsvik) betydelse vid bedömningen av om avtalet skulle jämkas på grund av att obalans uppkommit.

I målet var det fråga om ett arrendeavtal som ingåtts 1955. Genom den försämring av penningvärdet som skett under arrendetiden hade avtalsbalansen blivit "radikalt förrykket". Det reella värdet av arrendet hade sjunkit till under 1/7. Høyesterett konstaterade att vid tidpunkten då avtalet ingicks var inflation inte ett alldeles okänt fenomen, men på den orten där parterna verkade var indexklausuler inte vid denna tidpunkt vanliga i arrendeavtal. Avtalet hade slutits med utgångspunkt i ett förtryckt formulär och ingen av parterna hade något juridiskt biträde. Høyesterett jämkade avtalet.

Vid prövningen av om part typiskt haft möjlighet att förutse en händelse blir det ofta en fråga om att avgöra hur sannolikt det var att den skulle inträffa. Det måste åtminstone ha varit så hög sannolikhet att det varit förnuftigt att kalkylera med den då avtalet ingicks.⁶³ Det skall vid avtalslutet ha funnits tecken på att det under avtalstiden kan inträffa förhållanden som påverkar avtalsbalansen.

Vissa avtalsstörningar finns det typiskt sett anledning att räkna med. Då avtalet t.ex. rör utnyttjandet av viss teknisk utrustning som är nyutvecklad för ett visst ändamål så är risken ofta större att det kan uppstå driftsproblem än om det är fråga om en väl beprövad anläggning.

Detta var avgörande i skiljedomen NDS 1993.181 (Bentech Subsea). Ett sonarsystem som skulle användas vid oljeutvinningen i Nordsjön höll inte den standard som angivits. Skiljenämnden jämkade emellertid inte avtalet eftersom beställaren bort förutse att systemet, som inte var färdigutvecklat, sannolikt inte skulle komma att fungera utan problem. Parterna hade stor erfarenhet på området och förhandlade ingående innan avtalet slöts.⁶⁴

Även om part räknat med att en viss händelse skall inträffa så kan omfattningen av förändringen ha varit svår att förutse. Det bör emellertid vara fråga om större avvikelser innan en jämkning kan bli aktuell.

4.4 Obalansens omfattning

Minsta rubbning av balansen orsakad av oförutsedda händelser får inte leda till att avtalet jämkas. Om detta var fallet skulle avtalsförhållandet komma att präglas av stor osäkerhet. För att minska osäkerheten skulle parterna tvingas lägga ned orimligt stor möda på att detaljutföra avtalet. Praktiska skäl talar sålunda för att den uppkomna obalansen bör vara tämligen omfattande innan jämkning av avtalet kan komma ifråga.

En jämförelse med UNIDROIT Principles, som i detta avseende följer mönstret i flera rättsordningar, visar att det för jämkning inte ens är tillräckligt att obalansen är betydande. Om obalansen blivit så om-

⁶³ Jfr Graf, G., *Vertrag und Vernunft. Eine Untersuchung zum Modellcharakter des vernünftigen Vertrages*, 1997, s. 143 och Trebilcock, M. J., *The Limits of Freedom of Contract*, 1997, s. 128.

⁶⁴ Se även skiljedomen NDS 1995.276 (Nor-Trans) som rörde avtal mellan parter som båda var professionella inom transportbranschen.

fattande att den allvarligt skakar "the conscience of a reasonable person" kan jämkning komma ifråga.⁶⁵

En för dessa fall något annorlunda lösningsmodell har valts i European Principles. Av art. 6.111 (2) framgår bl.a. att om avtalet blir "excessively onerous because of a change of circumstance" skall parterna inleda omförhandlingar om förändringarna inte kunde förutses av någon part. Misslyckas parterna att nå en överenskommelse kan domstol sedan jämka avtalet. I European Principles krävs inte att det skall vara omöjligt för part att prestera, men risken skall vara uppenbar om prestation sker att parts ekonomiska ställning allvarligt försämras.⁶⁶

Ett genomgående drag i de nyss berörda reglerna är att det krävs att det uppstått en kraftig obalans mellan prestation och motprestation innan jämkning av avtalet kan komma ifråga. I svensk rätt är offergränsen etablerad, inte minst genom bestämmelsen i 23 § köplagen som rör säljarens möjlighet att undgå fullgörelse av avtalet, som metod för att närmare bestämma hur stora nackdelar som skall tolereras innan avtalet kan jämkas.⁶⁷

I NJA 1994 s. 359⁶⁸ var det fråga om ett avtal mellan ett bolag och en kommun där bolaget överlät sina vattentäkter och vatten- och avloppsledningar till kommunen, mot att kommunen betalade ett kontantbelopp och lämnade bolaget "befrielse från anslutningsavgifter för all framtid ävensom framtida årliga avgifter". Efter avtalsslutet infördes lagregler som ställde högre krav på rening av avloppsvattnet, vilket förorsakade kommunen kraftigt ökade kostnader. Dessutom hade inflationen medfört att penningvärdet försämrats sedan avtalsslutet. Enligt HD var huvudskälet till jämkningen att avtalsbalansen kraftigt rubbats till följd av dessa händelser. Sannolikt motiverades jämkningen av att offergränsen skulle komma att överskridas.

Utgångspunkten är att offergränsen passeras om prestationen på grund av förändrade förhållanden blivit extraordinärt betungande för part.⁶⁹ Utmärkande för bedömningen i det enskilda fallet är att den är skälighetsinriktad. Enligt 23 § köplagen skall det nämligen vara fråga om "upppoffringar som inte är rimliga" för att offergränsen skall passeras.⁷⁰ Bedömningen går ut på att öppet väga svårigheterna för den ena avtalsparten att fullgöra sitt åtagande mot den andre partens intresse av att avtalet består. Det är fråga om en helhetsbedömning där omständigheter som avtalstidens längd, möjligheten för part att säga upp avtalet och parternas inbördes styrkeförhållande får betydelse.

⁶⁵ Se artikel 3.10 kommentar 1.

⁶⁶ Se The Principles of European Contract Law, s. 323 f.

⁶⁷ Se Hellner J. & Ramberg, J., Speciell avtalsrätt I. Köprätt, 2 uppl., 1991, s. 131 och s. 147 f. och Ramberg & Hultmark, s. 30 f. Även i tysk rätt är denna regel etablerad. Se t.ex. BGHZ 115, 132 och BGHZ 105, 243 samt Härle, Ph., Die Equivalenzstörung, 1995, s. 98.

⁶⁸ Rättsfallet har kommenterats av Hellner, J., Jämknings av långvariga avtal m. m., JT 1994–95 s. 137 ff.

⁶⁹ Jfr prop. 1988/89:76, s. 99.

⁷⁰ Jfr Runesson, s. 73 ff. och s. 404, som är kritisk till kravet på extrem obalans för att jämkning skall ske.

Keskitalo hämtar ledning för hur offergränsen skall bestämmas i rättsekonomiska argument för att göra bedömningen oberoende av den kultur och de förhållanden i övrigt som råder där avtalsparterna är verksamma.⁷¹ Enligt min uppfattning är detta mindre lämpligt eftersom en skälighetsbedömning bör vara inriktad på de förhållanden som är särpräglade i det enskilda fallet och på så sätt ligga i linje med den typiska funktion som 36 § avtalslagen har.

Den omständigheten att det är fråga om ett avtal som löper under längre tid och inte är av momentan karaktär är ett förhållande som i sig ökar kravet på lojalitet mellan avtalsparterna.⁷² Föreligger dessutom en tydlig intressegemenskap mellan dem, vilket är fallet då avtalet syftar till att uppnå ett gemensamt ändamål, är detta en faktor som ytterligare skärper lojalitetsplikten.

En sådan intressegemenskap kan som i rättsfallet RH 1990:14 föreligga när en kommun och ett aktiebolag slutit avtal om en mäsas. Deras ändamål med verksamheten var till viss del gemensamt eftersom de haft ett intresse av att mässan kom till stånd och genomfördes på ett framgångsrikt sätt.

Genom det gemensamma ändamålet får avtalsförhållandet ett bolagsliknande drag och skiljer sig tydligt från t.ex. köpavtal där det föreligger ett tydligt motsatsförhållande mellan parterna. Att ändamålet är gemensamt blir tydligt då verksamheten syftar till att ge vinst som skall fördelas mellan bolagsmännen. I dessa fall bör avtalet betraktas som ett enkelt bolag och parternas lojalitetsplikt blir då särskilt stark.⁷³

Lojalitetsplikten innebär bl.a. att parterna bör upplysa varandra om sådana förhållanden som är av betydelse för samarbetet.⁷⁴ Om avtalet är så utformat att parterna för att uppnå flexibilitet undvikit detaljregleringar och istället angivit allmänna målsättningar bör större krav ställas i detta avseende. Lojalitetsplikten innebär också att part måste visa hänsyn till den andre avtalspartens intresse av att avtalsförhållandet består. Det bör därför inte krävas samma långtgående uppoffringar innan avtalet jämkas i de fall det gemensamma ändamålet är en framträdande del i avtalet.

I NDS 1985.234 (Mascot) jämkades två långvariga samseglingsavtal mellan två rederier på grund av uppkommen obalans. Avtalen reglerade hur intäkterna skulle fördelas. Till avtalen var knuten en invecklad utgifts- och vinstfördelningsregel som baserades på dollar. Avsikten med denna klausul var att rederiet skulle tillförsäkras tillräckliga intäkter i norska kronor, eftersom utgifterna betalades i denna valuta. En långvarig och oförutsedd uppgång av dollarkursen medförde att rederiet drabbades av ekonomiska svårigheter. Skiljenämnden ansåg att en jämkning av valutaklausulen gagnade båda

⁷¹ Se Keskitalo, s. 258 ff.

⁷² Se Grönfors, K., Avtal och association, 1997, s. 11 f., Lindskog, S., Lagen om handelsbolag och enkla bolag. En kommentar, 2001, s. 80 och Ramberg & Hultmark, s. 243.

⁷³ Se Nial, H., Om handelsbolag och enkla bolag, 3 uppl., 1992, s. 46 ff.

⁷⁴ Jfr Nystén-Haarala, s. 38 ff. och Wilhelmsson, Good Faith, s. 165 ff.

parter eftersom avtalsförhållandet då kunde fortgå. Avseende fästes också vid att tredje man som finansieringsinstitut, leverantörer och mottagare av last skulle drabbas om avtalet inte kunde fullföljas.

Om vinsten ökar utöver vad parterna förutsett och detta främst gynnar ena parten bör inte den avtalade fördelningen av vinsten frångås om den är väl övervägd. Detta följer av kravet på att medkontrahenten drabbas av så omfattande förluster att offergränsen passeras.

Mot denna bakgrund är utgången i skiljeavgörandet NDS 1990 s. 204 knappast överraskande.⁷⁵ Någon jämkning gjordes inte av den avtalade fördelningen av vinsten i ett långvarigt avtal eftersom obalansen inte inneburit att avtalspart drabbats av några större förluster. Avtalet rörde oljetransporter från ett oljefält via pipeline under fältets hela ekonomiska livstid. En av parterna åtog sig att bygga rörledningen och transportera oljan mot en viss månatlig avgift samt en särskild kostnad för varje fat. Det visade sig att oljefältet innehöll mer än dubbelt så mycket olja jämfört med vad som var känt då avtalet ingicks. Detta medförde en ökning av vinsten för bägge parter. Med tanke på hur vederlaget fastställdes var transportkostnaderna oförändrade, medan det oljebolag som utvann oljan kunde tillgodogöra sig en relativt sett större del av vinsten genom den oförutsedda ökningen av oljefyndigheten. Skiljenämnden fann att avtalet var ett uttryck för en övervägd riskfördelning mellan parterna. Om det blev mindre olja än vad som blev fallet, kunde det ha uppstått förlust för den part som utvann oljan, medan den andra parten hade risken om det motsatta blev fallet.

5. Avslutning

Utmärkande för 36 § avtalslagen är att den är en öppen och principorienterad norm. I fråga om ömsesidiga avtal är ett grundläggande rättviseargument vid skälighetsbedömningen att det skall råda balans mellan prestation och motprestation.

Då denna ekvivalensprincip tillämpas blir parternas egen värdering av förhållandet mellan prestation och motprestation utgångspunkten vid bedömningen av om förändrade förhållanden skall leda till jämkning av avtalet. Det är möjligt enligt 36 § avtalslagen att använda en objektiv måttstock men svårigheten för en utomstående att bedöma prestationens värde gör att en sådan sannolikt endast kan användas i mindre utsträckning. Parternas egna behovspreferenser sätts alltså i centrum. Nästa steg blir som en följd av detta att bedöma vilka omständigheter part bort förutse vid avtalsslutet. Slutligen måste bedömas om obalansen mellan parternas prestationer blivit så omfattande att den passerat offergränsen. Var offergränsen skall placeras i det enskilda fallet varierar. Det är fråga om en öppen värdering av avtalsparternas motstående intressen. I sådana långvariga avtal där parterna har en tydlig intressegemenskap är lojalitetsplikten starkare än i avtalsförhållanden där motsatsförhållandet mellan parterna är tydligt. Det bör därför inte krävas samma långtgående uppoffringar innan avtalet jämkas i de fall det gemensamma ändamålet är en framträdande

⁷⁵ Jfr NDS 1974.173.

del i avtalet. En annan omständighet som påverkar var offergränsen skall placeras är om ena parten haft en underlägsen ställning. Om detta är fallet krävs inte en obalans av samma omfattning som då parterna varit jämbördiga.