Utvecklingslinjer i avtalsrätten — fördelning av oförutsebara risker mellan ömkansvärdhet, kontext och ekonomi

Av advokaten Eric Runesson

I denna artikel behandlas frågan om oskälighet på grund av ändrade förhållanden kan återföras på förutsebara och transparanta kriterier. Författaren tror på ökad förståelse för vad risk och riskaversion innebär.

Avtalet har sedan gammalt använts som ett instrument för bytestransaktioner; en vara mot en peng som utväxlas ”*Zug um Zug*” i anslutning till avtalet.

När bytet är tänkt att ske så att den ena parten presterar först och den andra parten senare är det särskilt viktigt att den senare parten är bunden vid sitt prestationslöfte enligt principen om att avtal är ”bindande”. I dessa fall används avtalet inte bara som ett instrument för en bytestransaktion, utan också som ett instrument för spekulation om den framtida värdeutvecklingen av parternas prestationer. Det typiska upplägget är terminsaffären. Avtalet ingås i mening att prestationerna ska utväxlas senare till ett redan vid avtalet fastställt pris. För att detta ska fungera måste avtalet vara bindande, eftersom parterna inser att en av parterna lär förlora på transaktionen allt beroende på prisutvecklingen efter avtalet. Avtalet får ett inslag av försäkring mot inverkan av framtida prisförändringar eller om man så vill en vadslagningskaraktär.

Avtalets kan härtill vara ett instrument för organisation. En part kan exempelvis välja att ingå ett agent-, återförsäljar- eller licensavtal. Alternativet för en part som överväger att ingå ett sådant avtal är att i egen regi göra det som motparten tänks göra. Istället för att verka genom en agent eller återförsäljare kan en tillverkare agera genom egna anställda eller filialer eller dotterbolag. Avtalet blir varaktigt och dess bytes- och spekulationsfunktioner träder i bakgrunden. Ett annat exempel är långvariga avtal för leverans av råvaror eller komponenter. Avtalet är ett alternativ till att själv ta över rådigheten över råvarorna eller komponenterna — kanske genom ett köp en järnmalmsgruva och ett smältverk *Zug um Zug*. När detta inte är möjligt eller när det framstår som ineffektivt, kan ett avtal vara ett alternativ. Avtalet syftar här till att säkra den framtida tillgången till vissa produktionsfaktorer och det kommer till därför att det framstår som en sämre lösning att införskaffa produktionsfaktorerna ge-

nom en serie *à vista*-avtal allteftersom behovet uppstår. Anledningen till att sådana serier av korta ”bytesavtal” kan vara sämre än ett långtidsavtal är hänförlig till transaktionskostnaderna. Det är framförallt en aspekt på transaktionskostnader som talar för långtidsavtal.

När den ena parten gör investeringar som är specifikt anpassade till den andra partens levererade råvaror eller komponenter, uppstår ett beroendeförhållande. Den första investerande parten förlorar alltså värdet av sin investering om han måste gå över till en tredje parts råvaror eller komponenter. Om den andra parten inser detta, hamnar den första parten i en gisslansituation som kännetecknas av att den andra parten, intill en viss gräns, kan diktera avtalsvillkoren från och med avtal nummer 2 i en serie *à vista*-avtal. Den första parten vill förebygga detta genom ett långtidsavtal innan investeringen görs och beroendet av den andra parten uppstår.

Allt detta är välkänt inom rättsekonomin; till exempel genom Ronald Coase, *The Nature of the Firm* (1937), Oliver E. Wiliamson, *The Economic Institutions of Capitalism* (1985) och Oliver Hart, *Firms, Contracts and Financial Structures* (1995).

Om syftet nu är att åstadkomma stabila leveranser över tid — såsom om den första parten hade producerat råvarorna eller komponenterna själv — kan priset få variera precis som kostnaderna i egenproduktion lär variera över tid. När avtalet inte har till funktion att försäkra mot framtida pris- eller kostnadsvariationer, gäller det för parterna att finna en avtalad mekanism för prisjustering. Den mest näraliggande lösningen är att avtala om en indexering av priset.

Alla avtalsskrivare vet emellertid att verkligheten överträffar dikten i den meningen att långvariga avtalsförhållanden prövas av ändrade oförutsedda förhållanden. Det är inte ovanligt att en indexklausul inte leder till prisjustering, varvid den ena parten gör en vinning på den andra partens bekostnad. Man kan ju då säga att avtal ska hållas och att indexklausulens ordalydelse ska slå igenom. Den tappande parten får skylla sig själv ”som inte bättre förutsåg” i kristallkulan. Men man kan också säga att det inte var parternas ursprungliga avsikt att denna typ av obalans i förhållandet mellan prestationerna skulle få finnas, varför klausulen ska anpassas till nu rådande förhållanden.

Om man driver principen att avtal — det vill säga dess förklaringsinnehåll — ska gälla (*pacta sunt servanda*) skapar man i vissa typer av avtalsförhållanden juridiska risker som motverkar ingåendet av långvariga avtal. Därmed kan parterna tvingas till ineffektiva och mera kostbara substitut för sådana avtal. Om man driver den andra linjen, att avtal ska jämkas och anpassas efter ändrade förhållanden (*clausula rebus sic stantibus*) uppstår en osäkerhet som förstör bland annat avtalets funktion att fördela risk.

Varför nu denna omständliga inledning till en betraktelse över utvecklingslinjer i avtalsrätten?

Inledningen försvaras med att det är troligt att långvariga avtal med organisatoriska inslag kommer att öka i förekomst i takt med att trycket på en effektiv kapitalanvändning fortsätter och tilltar. Omvärlden förefaller samtidigt bli alltmer föränderlig och volatil. Detta gör att problematiken med långvarig avtalsbindning kan förväntas hamna mer i fokus framöver.

Som exempel på att långvariga avtal tilldragit sig intresse på senare tid kan nämnas Petra Sund-Norrgård, Lojalitet i licensavtal (akademisk avhandling 2011) och Levi Bergstedt, Affärsrelationer, affärer, relationer, avtal och relationella avtal, SvJT 2014 s. 721. I mångt och mycket bygger intresset på en sentida upptäckt av Ian Macneils teori om "*relational contracts*". Se t.ex. *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, 72 Northwestern University Law Review, s. 854–905 (1978). Det har i sin tur lett till tankar om att intressekonflikter inom ramen för långvariga avtalsförhållanden borde lösas med hjälp av en lojalitetspliktskonstruktion.

Det är möjligt att en lojalitetsplikt blir ett spår i den framtida utvecklingen av avtalsrätten. Det är också möjligt att avtalsrätten avvarar sig en sådan konstruktion och i stället inriktar sig på en ökad kontextkänslighet. Hur spänningsförhållandet mellan *pacta sunt servanda* och *clausula rebus sic stantibus* löses bör då i tydligare grad få bli beroende av det omtvistade avtalets grundläggande funktion. Det kan också förväntas att förståelsen för risk och riskkänslighet ökar och tillmäts rättslig betydelse.

Ändrade förhållanden kan drabba naturagäldenärssidan i ett avtalsförhållande. Det typiska fallet är att kostnaderna för att fullgöra avtalet *in natura* ökar, varvid gäldenären tycker att fortsatt fullgörelse blir orimlig. Avtalsrätten har utvecklat läror för att ta sig an denna situation. Omöjlighetsläran säger att gäldenären inte behöver fullgöra om det är omöjligt. Denna lära har vidareutvecklats till att säga att fullgörelse inte behöver ske om fullgörelse är praktiskt taget eller ekonomisk sett omöjlig. Jfr NJA 1923 s. 20. Gränserna för kravet på fullgörelse av en naturaprestation anges nu i 23 och 53 §§ köplagen. Borgenären tappar sin rätt till skadestånd som substitut för fullgörelse om rekvisiten i kontrollansvarsregeln är uppfyllda; 27 § och 57 § 2 st. köplagen. Det uppställs alltså ett krav på att fördyrningen ska vara oförvållad och utom gäldenärens kontroll. Den ska också vara oförutsebar vid avtalsslutet. Slutligen ska det framstå som *oskäligt* att gäldenären ska prestera trots fördyrningen. Då går risken för de ändrade förhållandena över på borgenärssidan. Lösningen är binär. I detta sammanhang kan kort noteras att risken för ökade kostnader för en penningprestation i princip aldrig går över helt från penninggäldenären. En temporär befrielse från skade-

ståndsansvar kan dock uppkomma enligt 57 § 1 st. köplagen och därmed uppstår ett visst mått av riskövergång.

Ändrade förhållanden kan också drabba naturaborgenärssidan i ett avtalsförhållande. Det typiska fallet är att nyttan med motpartens i och för sig felfria naturaprestation blir mindre eller uteblir helt på grund av ändrade förhållanden. Borgenären vill då befrias från sin korresponderande prestationsskyldighet; oftast vill han slippa betala. Även här finns det läror, men de är vagare i konturerna. Gällande rätt kan väl bäst beskrivas så att naturaborgenären kan befrias helt eller delvis om det avtalade betalningsvillkoret framstår som *oskäligt* med hänsyn till ”senare inträffade förhållanden”; 36 § avtalslagen. Det som till synes kan göra det oskäligt att kräva ett genomförande av en affär när den blivit meningslös för den ena parten kan ibland vara att det blir tydligt att den ena parten gör en vinning på den andra partens bekostnad, inte på grund av att den första parten haft tur, utan för att den andra parten har haft otur. Tanken leds till den besläktade principen om motverkande av obehörig vinst — principer som fått förnyad aktualitet genom *DCFR Book VII*, särskilt artikel VII.- 2:101 (4): En vinst är obehörig om den förlorande parten ska överföra vinsten för ett syfte som inte uppnås eller gör det med en förväntan som inte infrias *och* den berikade parten kan antas ha känt till syftet eller förväntningen och den berikade parten rimligen kan antas ha accepterat att vinningen ska återgå om inte syftet uppnås eller förväntningen infrias. Det är tydligt att tillämpningen av regeln förutsätter en ingående avtalstolkning eller individuell utfyllnad med en mer eller mindre uttalad skälighetsprövning. Om intresset för obehörig vinst i andra sammanhang, se t.ex. Mårten Schultz, Obehörig vinst-motiveringar, SvJT 2012 s. 372 ff.

De typer av fall som nu avses kan illustreras med situationen i de engelska så kallade ”kröningsfallen”. Kröningsfallen avser en rad avgöranden som följde i anledning av hyresavtal som ingåtts för att hyrestagare skulle kunna titta på den engelske kungen Edward VII:s och drottning Alexandras kröningskortege genom London den 26 juni 1902. Festligheterna ställdes in på grund av sjukdom och fråga uppkom om hyrestagaren ändå var tvungen att betala hyra. I några fall betraktades avtalet som förfallet på grund av ”*frustration of purpose*”. I andra fall stod sig avtalet därför att syftet — att titta på kröningskortegen — inte nämndes i avtalet. I ett av fallen som ofta citeras, *Krell v. Henry*, 2 K.B. 740 (1903), ansågs emellertid att syftet med ett avtal också kunde framgå av ”*surrounding circumstances*”. Så vitt jag kunnat se bygger inte avgörandena på någon skälighetsprövning, utan de illustrerar närmast en tolkningsbaserad approach för svar på frågan om vem som ska anses ha tagit risken för att en syftesförstörande händelse inträffar. I modern svensk rätt skulle motsvarande tvist otvivelaktigt lösas genom en tydning av avtalsinnehållet för att konstatera att någon befrielse från skyldigheten att betala hyra

inte kan grundas direkt på avtalet, varefter prövningen direkt går över till att avse om det är skäligt att full hyra ska utgå, om det är skäligt att ingen hyra ska utgå eller om det är skäligt att viss hyra utgår.

Oavsett på vilken sida i avtalsförhållandet som ödet oförvållat slår till är det troligen i svensk rätt nödvändigt med en skälighetsbedömning. Därmed tillskapas också en osäkerhet som parterna inte vill ha — i vart fall inte när de ingår avtalet. Utmaningen blir då att utveckla någorlunda förutsebara och begripliga kriterier för skälighetsbedömningar i fall av ändrade förhållanden så att inte en avtalad riskfördelning åsidosätts. Det som nedan sägs har särskilt avseende på ändrade förhållanden som yttrar sig i prisförändringar.

I ett avgörande av Belgiens högsta domstol (*Hof van Cassatie*) den 19 juni 2009 (*Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S*; No. C.07.0289.N) ansågs det vara korrekt att genom CISG artikel 7.2 utfylla CISG med *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)* artikel 6.2.3. Avgörandet diskuteras i European Review of Private Law s. 101–154 (2011). Kommentatorerna uppvisar olika grader av tvivel på avgörandets rimlighet.

Tvisten gällde ett antal avtal om leveranser av stålrör till fast pris. Efter avtalet ökade stålpriserna med 70 procent, vilket gjorde det dyrare för säljaren att fullgöra. Säljaren begärde då omförhandling, men köparen påfordrade fullgörelse av avtalet. Vid utebliven leverans krävde köparen skadestånd. Säljaren genstämde med krav på prisanpassning på grund av den oförutsedda och drastiska prisökningen. Med det synsätt som anlades kan en prisökning utgöra ett skadeståndsbefriande prestationshinder enligt CISG artikel 79. Artikel 79 ansågs inte fullständigt reglera rättsverkan av ett sådant hinder, varför bestämmelsen måste kompletteras. CISG artikel 7.2 ansågs innebära att de utfyllande normerna skulle tas från internationella handelsrättsliga principer. Domstolen ansåg att dessa principer, särskilt UPICC artikel 6.2.3, innebar att den drabbade parten hade rätt att begära omförhandling om jämvikten mellan parternas prestationer hade fundamentalt rubbats på grund av någon oförutsedd omständighet som utgjorde ”*hardship*”. Det kan tilläggas att om omförhandlingen blir resultatlös, kan domstolen ”*if reasonable*” upphäva avtalet vid en tidpunkt och på villkor som domstolen får ange eller anpassa avtalet i syfte att återställa jämvikten.

UPICC artikel 6.2.2 definierar *hardship* så att begreppet träffar både naturagäldenärer (vars prestationskostnader typiskt sett ökar) och naturaborgenärer (vilkas intresse av naturaprestationen typiskt sett minskar). Begreppet bygger på tanken att en händelse väsentligen rubbar avtalets jämviktsförhållande (ekvivalensrekvisitet). Händelsen ska ha inträffat efter avtalet eller ha blivit känd efter avtalet (efterhandsrekvisitet). Händelsen borde inte rimligen ha beaktats av den riskpåverkade parten vid avtalsslutet (oförutsebarhetsrekvisitet). Händelsen ska ligga

utom den riskpåverkade partens kontroll (kontrollrekvisitet) *och* risken för händelsen ska inte ha tagits av den riskpåverkade parten genom avtalet (risktaganderekvisitet).

Den aktualitet som *Scafom*-fallet förlänat åt *hardship* som rättsfigur motiverar en närmare diskussion av begreppet för att utvärdera dess potential att bilda utgångspunkt för utveckling av förutsebara och kriterier för fördelning av risk i fall av ändrade förhållanden.

En diskussion om *hardship*-definitionen försvåras av att rekvisiten delvis går in i varandra, var och en med sitt rätthistoriska bagage, särskilt tanken på att den semantiskt strikta omöjlighetsläran borde justeras till att avse ”praktisk omöjlighet”. Här ska ett försök till diskussion göras utan rättshistoriska tillbakablickar. Perspektivet är alltså: Hur borde det vara framöver?

Utgångspunkten är att en händelse (riskhändelse) leder till en verkan (riskverkan). I fall liknande *Scafom* är riskhändelsen i säljarens perspektiv ökade stålpriser på spotmarknaden. Riskverkan är förlusten motsvarande skillnaden mellan avtalat pris och kostnaden för såld vara.

Risken är produkten av sannolikheten för att riskhändelsen ska inträffa och riskverkan uttryckt i alternativkostnadstermer. Även bedömningen av riskverkan innefattar ofta en sannolikhetsbedömning av olika tänkbara utfall. En riskhändelse kan t.ex. tänkas leda till fyra olika scenarios; –10, –20, –30 eller –40. Om alla scenarios är lika troliga är den sammanvägda förväntade kostnaden –100/4=–25.

När det gäller identifikationen av riskhändelsen kan anmärkas svårigheten att avgöra var i en kedja av orsakande händelser man ska mäta sannolikheten. Varje riskhändelse kan på sitt sätt sägas vara unik. Prisökning på råvarorna kan i princip bero på utbudsminskning eller efterfrågeökning, vilka bägge kan ha olika sannolikheter. En utbudsminskning kan bero på krig, blockad eller strejk, vilka händelser alla kan ha olika sannolikhetstal. För den praktiska juridiken förefaller det enda rätta vara att försöka uppskatta sannolikheten (såsom den tett sig vid avtalet) för den riskhändelse som rimligen kan ha haft betydelse för den riskpåverkade parten. För säljaren i *Scafom*-fallet kan det antas ha varit betydelselöst om prisökningen orsakades av ökad efterfrågan eller minskat utbud. I ett sådant fall bör följande frågor ställas: Hur borde en förnuftig person av samma slag som parten ha bedömt sannolikheten för att *någon* omständighet kommer att medföra en prisökning på stål under avtalstiden? Hur borde den sammanvägda förväntade kostnaden om en prisökning inträffar ha bedömts?

Den som i första läget (*prima facie*) drabbas av riskverkan kallas här den riskpåverkade parten. *Hardship* bygger på att den riskpåverkade parten får finna sig i att drabbas av risk som han tagit enligt avtalet och detta hur rubbad ekvivalensen än blir. Här skiljer sig rättsfiguren *hardship* från jämkning enligt 36 § avtalslagen. Vid jämkning prövas frågan om ett

avtalsvillkor som lägger risken på en part har blivit oskäligt på grund av efterföljande omständigheter.

Av definitionen för *hardship* följer emellertid också att den riskpåverkade parten kan drabbas av risk som han *inte* tagit enligt avtalet. Detta motiveras av två olika riskallokeringsargument som ligger i hardship-definitionens rekvisit. Den riskpåverkade parten ska ensam bära risk som han inte tagit antingen därför att han borde ha tagit riskhändelsen i beräkning vid avtalet *eller* därför att riskhändelsen eller riskverkan ligger innanför hans kontroll. Omvänt uttryckt, den riskpåverkade parten kan undgå att ensam bära risken om han inte rimligen borde ha beaktat riskhändelsen vid avtalet och riskhändelsen liksom riskverkan ligger utanför hans kontroll.

Förklaringen till denna ordning är antagligen intuitionen att om en part beaktar en riskhändelse som *prima facie* kommer att påverka den egna avtalsnyttan, så bör han se till att risken helt eller delvis tas av motparten. I Scafom-fallet skulle det ha kunnat ske genom ett avtalsvillkor som berättigar säljaren att säga upp avtalet om stålpriset ökar t.ex. med 70 procent.

Om inte motparten är villig att ta risken, har parten att välja mellan att avstå från avtalet eller att ingå det med insikten att motparten inte tar den risk som nu beaktats. I det senare fallet ligger det nära till hands att säga att den riskpåverkade parten *får anses* ha tagit risken. Avtalsinnehållet kan fastställas genom ordalydelsen (fastpris utan indexering eller kostnadstak) i kombination med denna avtalspreliminär. Ett liknande resonemang kan föras med avseende på risk som den riskpåverkade parten väl inte faktiskt beaktat, men som domstolen tycker att han *borde* ha beaktat. Han får skylla sig själv som inte förutsett riskhändelsen och försökt skjuta över risken på motparten. Häri ligger ett aktsamhetskrav och riskhändelsens förutsebarhet framstår som ett riskallokeringsargument vid en avtalsutfyllnad.

Problemet är närmast att bestämma vad som *bör* beaktas. Med anknytning till *Scafom*-fallet, kan frågas om säljaren vid avtalet borde ha beaktat riskhändelsen prisökning. Det är självklart att säljaren borde ha gjort det; stålmarknaden är volatil. Men för att kunna bedöma risken med avtalet måste han också bedöma inom vilka gränser stålpriserna kan tänkas fluktuera. Ska han i kalkylen över riskverkan behöva ta med vilka som helst prisökningar på stål eller räcker det med riskverkan som ligger inom den historiska erfarenheten? Omvänt kan frågas om köparen bör beakta risken för vilka som helst prisfall eller om det räcker med prisfall inom ramen för historiska prisvariationer.

Om *hardship* ska ha någon praktisk betydelse, måste antas att kravet på förutsebarhet ska bottna i historiska erfarenheter. Det är tidigare allmänt tillgängliga erfarenheter av riskhändelsen som rimligen bör beak-

tas. Det som härutöver i och för sig är tänkbart intill gränserna för den mänskliga föreställningsförmågan behöver rimligen inte beaktas.

Anta att vi har en tvist om säljarens skyldighet att leverera varor till ett fast pris trots att priset på de råvaror som behövs för tillverkningen har stigit bortom den historiska erfarenheten och att alltså den inträffade prisökningen *inte* borde ha tagits i beräkning av säljaren vid avtalet.

Förhållandet att ett fast pris avtalats kan då inte åberopas för en tolkning av avtalet som innebär att säljaren tagit risken för en oförutsebar riskhändelse eller riskverkan. Intresset går nu till kontrollrekvisitet.

Kontrollrekvisitet kan uttryckas så, att en risk ska antas ligga på den part som kan påverka sannolikheten för att riskhändelsen ska inträffa eller som kan påverka dess riskverkan. Även kontrollerbarheten är ett riskallokeringsargument vid en avtalsutfyllnad. Den underliggande notoriteten är att ingen part vill ”försäkra” motparten mot risk som motparten kontrollerar.

Säljaren i *Scafom*-fallet kunde inte påverka sannolikheten för riskhändelsen. Frågan är däremot om han kunnat begränsa riskverkan, t.ex. genom att säkra sina leveranser med långtidsavtal. Man får nu bära i minne att det handlar om att begränsa verkningarna av en riskhändelse som enligt det föregående befunnits vara oförutsebar. Frågan blir då vid vilken tidpunkt förmågan att begränsa riskverkan blir relevant. Svaret på frågan måste rimligen vara; vid den tidpunkt riskhändelsen i efterhand blev förutsebar. Problemet är att det dock då i regel lär vara för sent därför att alla marknadsaktörer beaktar risken i sin prissättning. För att bli meningsfullt måste därför kontrollrekvisitet rimligen förstås så att det avser möjligheter att söka hindra riskhändelsen eller dess verkan sedan riskhändelsen blivit förutsebar till kostnader som understiger risken; dvs. kostnaden är mindre än sannolikheten för riskhändelsen multiplicerat med riskverkans bedömda sammanvägda kostnad.

För att uppfylla hardship-definitionen måste slutligen den oförutsebara och okontrollerbara riskhändelsen, som den riskpåverkande parten inte tagit på sig enligt avtalet, också påvisas leda till en väsentlig obalans mellan värdet av prestationen och värdet av vederlaget. Kravet på ”väsentlig obalans” är ett uttryck för att en skälighetsprövning ska göras. Vilken obalans mellan prestation och vederlag ska den riskpåverkade parten behöva drabbas av ensam givet att den riskpåverkade parten inte ska bära risken enligt vad som avtalats, riskhändelsen var oförutsebar och utanför den riskpåverkade partens kontroll?

Det som behöver en förklaring är varför den riskpåverkade parten alls ska behöva drabbas ensam av en sådan riskhändelse. En förklaring kan vara att en avtalsanpassning ger upphov till transaktionskostnader. Obalansen bör därför vara av en sådan betydenhet att transaktionskostnaderna för en avtalsanpassning är relativt sett små. Uttrycket ”väsentlig obalans” kan då förstås som en obalans som inte är oväsentlig.

En obalans kan inte uppkomma om den riskpåverkade parten ska stå för riskhändelsen enligt vad som avtalats. Avtalets ”jämvikt” inkluderar ”vikten” av de orealiserade risker som vardera parten tar genom avtalet. Den part som tar en risk bör se till att göra det mot en riskpremie. Riskpremien kan normalt antas motsvara minst den förväntade kostnaden för riskhändelsen. I ett tärningskast är risken för att en etta ska komma upp lika med 1/6. Om två parter avtalar att den ena ska ge den andra 100 kronor om tärningen visar en etta, är den förväntade kostnaden för den risktagande parten 16,67 kronor. Den risktagande parten kan normalt antas se till att han får en motprestation av den andra parten som den risktagande parten värderar till minst 16,67 kronor. Jämvikten i ett sådant avtal rubbas inte av att risken realiseras genom att en etta kommer upp. Det bör vara ovidkommande om ett vederlag för risken faktiskt uppburits. Det viktiga är att ett adekvat vederlag hade kunnat betingas.

Omvänt uttryckt; en obalans kan uppkomma om ingen vid avtalet kunde bedöma vilket vederlag som motsvarar risken. Detta kan vara fallet när den omständighet som utlöser risken inte borde ha tagits i beräkning vid avtalet. Det kan också vara fallet därför att ingen vet hur många sidor tärningen har eller ingen kan bedöma vad det kostar om en etta kommer upp.

Det nu sagda innebär inte att det skulle vara omöjligt att avtala om att en part ska bära en okalkylerbar risk. Om avtalet har till syfte och ändamål att fördela okalkylerbara risker finns ingen anledning att hindra parterna. Ett avtal om fast pris i en sådan kontext ska givetvis inte anpassas, jämkas eller åsidosättas bara därför att en av parterna haft otur.

Avgörandet i Scafom-fallet kan därför ha varit fel; om parterna huvudsakligen avsett att spekulera i stålprisets framtida utveckling. Avgörandet kan också ha varit rätt; om parterna huvudsakligen avsett att långsiktigt trygga köparens behov av stålrör.

Några avslutande betraktelser ska nu göras i fråga om möjligheten att åsidosätta en avtalad riskfördelning genom jämkning enligt 36 § avtalslagen. Frågan om jämkning av kommersiella avtal har fått ökad aktualitet. I den nyligen utkomna födelsedagsskriften till SvJT:s jämnårige, Bryde Andersen & al. [red.], Aftaleloven 100 år (2015), behandlas ämnet av justitierådet Stefan Lindskog på s. 305–330. I en andra del som riktar sig till en utomnordisk läsekrets, Håstad [red.], *The Nordic Contracts Act* (2015) behandlas ämnet av prof. Johan Bärlund på s. 83–106.

Vad som nu ska sägas utgör ingen kritik mot vad dessa författare anfört, utan är avsett som en början på en fortsättning av diskussionen genom två observationer.

Den ena är att det är tydligt att jämkningsmöjligheten medger en avtalstolkning enligt vilken den riskpåverkade parten kan få ”anses” ha tagit en okalkylerbar risk utanför partens kontroll även i avtalsförhållanden som inte är spekulativa. Konsekvensen av avtalstolkningen blir inte

dramatisk när den sker i ett första steg som en ansats inför en kommande jämkningsoperation. I sådana fall kan man drista sig säga att jämkning på grund av efterföljande förhållanden och *hardship* legeras.

Den andra observationen rör den inte så ofta diskuterade betydelsen av parternas relativa riskaversion som jämkningsargument. Riskaversion är ett begrepp som används inom ekonomin och psykologin. Det betecknar en parts grad av ovilja att ta risk. En riskavert part är villig att betala mer än riskens värde (sannolikheten för riskhändelsen multiplicerat med den förväntade riskverkan) för att slippa risken. Det är enkelt att förstå hur riskaversionen verkan med hjälp av ett exempel.

Anta att du som just nu läser detta ställs inför ett val att ta en av två lotter ur en burk. På den ena står det vinst. Det betyder att du får 4 miljoner kronor i kontanter. På den andra står det förlust. Det betyder att du får en exigibel dom mot dig att betala 3 miljoner kronor (jämte dröjsmålsränta). Sannolikheten för en vinst är 50 procent. Min erfarenhet är att ingen vill vara med i ett sådant lotteri. Detta trots att lotten med riskneutralitet (dvs. utan riskaversion) är värd (0,5*4–0,5*3=) 500 000 kronor. Förklaringen är att en förlust av 3 miljoner kronor upplevs svida mer för de allra flesta än ett tillskott av 4 miljoner kronor smakar. Hur stark denna upplevelse är beror på den ekonomiska grundstyrkan. Jämför nyssnämnda lotteri med vinst på 40 kronor och förlust på 30 kronor. Jag vågar påstå att fler vill ta lotten då.

Vad det sagda betyder är att den ekonomiskt starkare parten kunde förväntas ha tagit risken mot ett lägre vederlag än den ekonomiskt svagare parten om parterna hypotetiskt hade förhandlat om risken inför avtalsslutet. Om avtalet träffas av en risk som ingen av parterna är närmare att bära enligt något annat riskallokeringsargument, kan det i sista hand vara avgörande vid utfyllnad eller jämkning. Den svagare parten slipper risken helt eller delvis, inte därför att han är ömkansvärd, utan därför att han är mest riskaversiv.

Lotteriexemplet kan också belysa hur risk kan fördelas mellan parter som är lika riskaversiva, men där den ena parten kan delta i en serie likadana lotterier medan den andra bara kan delta i ett lotteri. Den part som t.ex. kan delta i tio lottdragningar kan räkna med att få vinst i ungefär hälften av dragningarna och förlust i resten. Väntevärdet (10*500 000 kronor) kan då realiseras för den parten. Det sagda betyder att den part som kan repetera en riskfylld transaktion har en förmåga att sprida risken i en enskild transaktion över en serie liknande transaktioner, vilket borde ha betydelse i sista hand vid utfyllnad eller jämkning.

Med den turbulenta och allt mer snabbrörliga omvärld som vi har kan förväntas att frågor om hur oförutsebara risker ska fördelas kommer att bli allt vanligare. Jag vill tro att en av de utvecklingslinjer vi kan komma att få se i avtalsrätten drar mot ökad användning av och förstå-

else för ekonomiska argument i riskfördelningsfrågor för ökad transparent och förutsebarhet i skälighetsbedömningar.