ERIC M. RUNESSON

Rekonstruktion av ofullständiga avtal

Särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader

EX LIBRIS

Knut Rodhe

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

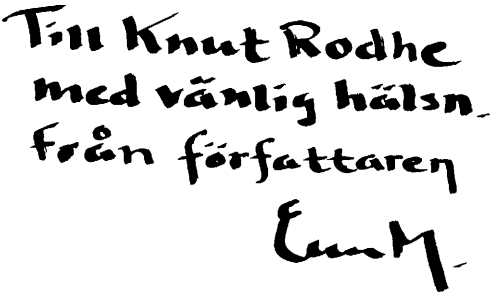
• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f427b



Rekonstruktion av ofullständiga avtal

Särskilt om köplagens reglering av risken
för ökade prestationskostnader

Eric M. Runesson

Eric M. Runesson

Rekonstruktion av ofullständiga avtal

Särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader

Juristförlaget

Juristförlaget ingår i Norstedts Juridik AB

Adressen till förlaget:
Norstedts Juridik AB, Box 6472, 113 82 Stockholm
Fax 08-690 90 70, telefon 08-690 91 00
Stockholm

Beställningar:
Norstedts Juridik AB, Kundtjänst, Box 6454, 113 82 Stockholm

Rekonstruktion av ofullständiga avtal – särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader
Eric M. Runesson
Upplaga 1:1
ISBN 91-39-20003-5
© 1996 Eric M. Runesson och Norstedts Juridik AB

Sättning och tryck: Gotab 16329, Stockholm 1996
Omslag: Pontus Castenfors

Att mångfaldiga innehållet i denna bok, helt eller delvis, utan medgivande av Norstedts Juridik AB, är förbjudet enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära verk. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande, såsom tryckning, kopiering, bandinspelning etc.

Förord

Under ett doktorandseminarium vid Stockholms universitet med professor emeritus Jan Hellner fäste jag mig vid dennes råd till avhandlingsförfattare att avlägsna "byggnadsställningarna" kring avhandlingen innan den läggs fram för presentation. Jag kan ha syndat härutinnan. Min avhandling består till stor del av en byggnadsställning i det jag försökt renodla vissa analytiska utgångspunkter för tillämpning på gällande rätt i vad den avser fördelning av risk, särskilt risken för ökade prestationskostnader inom köprätten. Byggnadsställningen, eller som den kallas i boken, rekonstruktionsmodellen, sammanfattar ett resonemang, men avser inte att i varje individuellt fall tillhandahålla givna lösningar.

Den grundbult som håller byggnadsställningen samman är antagandet att det är samhällsekonomiskt önskvärt att den part bär risken för ökade prestationskostnader som med objektiva utgångspunkter kan antas ha varit villig att uttryckligen åta sig risken mot det minsta vederlaget.

Vad skall då läsaren ha denna byggnadsställning eller modell till?

Min förhoppning är att domare, genom de resonemang som här förs skall få hjälp att tränga bakom vissa gängse uttrycksformer i förekommande riskallokeringsresonemang, t ex att risken måste fördelas under beaktande av vad som är skäligt i det enskilda fallet, att avtal skall hållas och att avtal inte behöver hållas om den utlovade prestationen blivit praktiskt taget omöjlig. Jag hoppas också att partsombud skall finna en rikhaltigare argumentationsarsenal än den gängse. Slutligen hoppas jag att de resonemang som jag för skall kunna stimulera till en rättspolitisk diskussion och ett konstruktivt ifrågasättande av de inte alltid helt försiktiga teser som här kommer att framläggas.

Min ambition har inte varit att åstadkomma en fullständig och encyklopedisk redovisning av allt det material som finns inom det vida område som denna bok spänner över. Jag har istället valt att redovisa ett representativt urval. Med ett undantag har jag inte beaktat vad som blivit allmänt tillgängligt först efter den 31 december 1995. Undantaget utgör Johnny Herres avhandling "*Ersättningar i köprätten*", Juristförlaget, Stockholm 1996, vilken har utkommit senare, men som detta oaktat anförs, eftersom jag har haft förmånen att tillgå den i manuskriptform i sådan tid att den kunnat beaktas.

Beträffande behandlingen av materialet kan här framhållas att jag vid undersökningen av utländsk rätt stundom tillåtit mig att använda annat än

den senaste upplagan. Detta gäller t ex *Münchener Kommentar* i upplaga från 1985 och Farnsworth, *Contracts*, i upplaga från 1990.

Arbetet med denna bok har bedrivits allt annat än kontinuerligt under ett flertal år och med allt större dröjsmål i förhållande till de tidsplaner som löpande reviderats. Jag är ett stort tack skyldig till min handledare professor Gunnar Karnell som med anmärkningsvärt stort tålamod stimulerat mig till att göra fortsatta ansträngningar genom att komma med kritiska synpunkter på en räcka av mer eller mindre genomarbetade utkast. Jag tror inte att jag skulle ha orkat slutföra arbetet utan hans kloka och förstående stöd. Jag vill också särskilt tacka professor emeritus Leif Mutén, professor Lars Gorton, docent Per Samuelsson och juris doktor Johnny Herre, vilka följt mitt arbete under en längre tid. Min tacksamhet gäller också alla övriga vänner och kollegor vid Handelshögskolans Rättsvetenskapliga institution för många värdefulla synpunkter på utkast och manuskript. Ett stort tack riktas också till professor emeritus Jan Hellner för hans omsorgsfulla och kritiska granskning av mitt slutmanus.

Till de personer, utanför kretsen av de akademiskt verksamma, som här särskilt skall tackas hör vännerna och kollegorna vid Sandart & Partners Advokatbyrå, där jag varit verksam sedan 1989 – ett särskilt tack till Karin Bergendal för all hjälp med korrekturarbetet under våren 1996. Nuvarande tingsnotarien jur.kand. Salim Medghoul har under sommaren 1995 lämnat värdefull hjälp med materialanskaffning och källkontroll. Advokat Bjørn Slaatta på Advokatfirmaet Stabell i Oslo underlättade samtidigt min tillgång till norskt material. Jur.stud. Ragnheidur Birgisdottir har under försommaren 1996 hjälpt mig bl a med att upprätta register. Peter Ferguson har varit behjälplig med översättningen av sammanfattningen till engelska. Jag vill också särskilt tacka min vän och förläggare Stephan Carlsson för stöd, tjänster och samvaron i den lilla herrklubben Garum under arbetets gång.

Ett varmt tack skall också riktas till Handelshögskolan i Stockholm med anslutna fonder liksom till *the Foundation for Economics and Law* för ekonomiskt bistånd under en periods tjänstledighet sommaren 1991.

Sist men inte minst vill jag rikta ett tack till min hustru, Cecilia, som inte bara visat förståelse och skapat förutsättningar för min önskan att genomföra arbetet med denna bok. Hon har dessutom varit nyttigt pådri-

vande. Tack också Alrik och Thorun. Jag skall förhoppningsvis nu kunna bli mer pappa för er.

Saltsjö-Boo den 19 juni, 1996
Eric M. Runesson

Innehållsförteckning

Förkortningar 15

1. Inledning 19
1.1 Ämnet, avgränsningar och syfte 19
1.1.1 Frågeställningen 19
1.1.2 Risk och nytta 20
1.1.3 Nyttominskande omständigheter och misstag 22
1.1.4 Nyttominskande omständigheter och förutsättningar 25
1.1.5 Nyttominskande omständigheter och tolkning 25
1.1.6 Två typfall 28
1.1.7 Tänkbara angreppssätt 31
1.1.8 Syftet 32
1.1.9 Rekonstruktionsmodellen 34
1.1.10 Behandling och avgränsning av rättskällorna 34
1.2 Effektivitet och värdemaximering 37
1.2.1 Ekonomisk effektivitet 37
1.2.2 Ekonomisk effektivitet, ett olämpligt kriterium för riskallokering 39
1.2.3 Värdemaximeringsprincipen 41
1.3 Transaktionskostnader 43
1.3.1 Coase-teoremet 43
1.3.2 Transaktionskostnadsbegreppets innehåll 44
1.4 Disposition 45

2. Rekonstruktionsmodellen 49
2.1 Inledning 49
2.2 Rekonstruktion enligt Posner & Rosenfield 51
2.2.1 Inledning 51
2.2.2 Den specialtillverkade maskinen 55
2.2.3 Fastprisavtalet 57
2.2.4 Utvärdering av rekonstruktion enligt Posner & Rosenfield 59
2.3 Rekonstruktion enligt Schäfer & Ott 62
2.3.1 Inledning 62
2.3.2 Afrokommers Export 63
2.3.3 Kritik mot rekonstruktion enligt Schäfer & Ott 66
2.4 Den tillämpade rekonstruktionsmodellen 69

2.4.1 Inledning 69
2.4.2 Regressrekvisitet 73
2.4.3 Förebygganderekvisitet 74
2.4.4 Riskområdesrekvisitet 79
2.4.5 Riskspridningsrekvisitet 82
2.4.6 När värdemaximeringsprincipen inte ger vägledning 87
2.5 Rekonstruktionsmodellen och marknaden 89
2.5.1 Inledning 89
2.5.2 Risken för strejk i säljarens fabrik 90
2.6 Rekonstruktionsmodellen och förutsättningslärans riskrekvisit 99
2.7 Sammanfattning 108

3. Ond tro och enuntiativt uppträdande 111
3.1 Inledning 111
3.2 Dolöst förtigande 115
3.2.1 Analytiska utgångspunkter 115
3.2.2 Karlgrens motgrunder 121
3.2.3 Konkreta fakta eller risk 127
3.2.4 Avtalets kontext 129
3.2.5 Ett problematiskt fall 130
3.3 Culpösa förtiganden 132
3.3.1 Culpabedömningens föremål 132
3.3.2 Culpösa förtiganden och förutsättningsargument ... 135
3.3.3 Fakta inom löftesgivarens eller löftesmottagarens sfär 138
3.3.4 Fakta utanför löftesgivarens och löftesmottagarens sfärer 139
3.3.5 Ett problematiskt fall 142
3.3.6 Gemensamma villfarelser 145
3.3.6.1 Gemeinschaftlicher Irrtum och Mutual Mistake 145
3.3.6.2 Den egna prestationen framstår som oväntat mycket värd 149
3.3.6.3 Gemensamma rättsvillfarelser 152
3.3.6.3.1 Skatterättslig villfarelse 155
3.3.6.3.2 Konkurrensrättslig villfarelse 156
3.4 Enuntiativt uppträdande 158
3.4.1 Inledning 158

3.4.2 Löftesmottagarens enuntiativa uppträdande med avseende på förhållanden inom den egna sfären..... 159
3.4.3 Löftesmottagarens enuntiativa uppträdande med avseende på förhållanden utanför respektive parts sfär 164
3.5 Sammanfattning 165

4. Ökade prestationskostnader..... 167
4.1 Inledning 167
4.2 Rättsutvecklingen: Ett steg från Rom till BGB och UCC..... 169
4.2.1 De gamla romarna 169
4.2.2 Den senare rättsutvecklingen 171
4.2.3 Ökade prestationskostnader i tysk rätt: Läran om *Unmöglichkeit*..... 173
4.2.3.1 Inledning 173
4.2.3.2 Dröjsmål 174
4.2.3.3 Exempel på omöjlighet..... 175
4.2.3.4 Omöjlighetsläran som befrielsegrund 176
4.2.4 Ökade prestationskostnader i amerikansk rätt: Läran om *impracticability*..... 179
4.2.4.1 Inledning 179
4.2.4.2 Den engelska bakgrunden 179
4.2.4.3 *Impracticability* som befrielsegrund..... 182
4.2.4.4 Grundläggande antaganden 184
4.2.4.5 Förpliktelser utöver utfyllande rätt..... 185
4.2.4.6 Frånvaro av culpa..... 189
4.2.5 Tankebyggnaden i 24 § 1905 års köplag 190
4.2.5.1 Inledning 190
4.2.5.2 Säljarens ansvar före 1905..... 191
4.2.5.3 Ansvaret enligt 24 § 1905 års köplag..... 193
4.2.5.4 Sydfruktslasten och kravet på objektiv omöjlighet..... 199
4.2.5.5 Lagstiftningens utveckling efter 1905 204
4.2.6 Uppluckringen av omöjlighetsbegreppet 207
4.2.6.1 Framväxten av begreppet praktisk omöjlighet.. 207
4.2.6.2 Den s k "ekonomiska omöjligheten"..... 210
4.2.6.2.1 Tyskland 211
4.2.6.2.2 U.S.A..... 216
4.2.6.2.3 Sverige..... 217

4.3 Kontrollansvar ... 225
4.3.1 Inledning ... 225
4.3.1.1 Kontrollansvarsregelns syfte ... 227
4.3.1.2 Kontrollansvarsregelns förhållande till avtalstolkning ... 229
4.3.1.3 Kontrollansvarsregelns tillämplighet vid ursprungliga prestationshinder ... 230
4.3.1.4 Kontrollansvarsregeln och hindrets varaktighet 232
4.3.1.5 Kontrollansvarsregeln och partiella prestationshinder ... 234
4.3.2 Kontrollrekvisitet ... 235
4.3.2.1 Kontrollrekvisitet och möjligheten att förebygga risken ... 235
4.3.2.2 Kontrollrekvisitet och tredje man ... 243
4.3.2.3 Kontrollrekvisitet och betalningsdröjsmål ... 248
4.3.2.4 Kontrollrekvisitet och ansvaret för fel ... 250
4.3.2.5 Kontrollrekvisitet, sydfruktsfallet och rekonstruktionsmodellen ... 252
4.3.3 Oförutsebarhetsrekvisitet ... 256
4.3.3.1 Oförutsebarhet som juridiskt-tekniskt begrepp ... 256
4.3.3.2 Oförutsebarhetsrekvisitet och rekonstruktionsmodellen ... 261
4.3.4 Aktivitetsrekvisitet ... 267
4.3.4.1 Inledning ... 267
4.3.4.2 Aktivitetsrekvisitet och möjligheten till fullgörelse efter modifikation av avtalet ... 270
4.3.4.2.1 Löftesmottagarens skyldighet att acceptera ett modifierat avtal; begränsningsregeln ... 270
4.3.4.2.2 Löftesgivarens/gäldenärens skyldighet att fullgöra ett modifierat avtal ... 274
4.3.4.3 Kravet på svårigheternas intensitet ... 281
4.3.4.4 Aktivitetsrekvisitet och prestationens värde ... 288
4.3.4.5 Aktivitetsrekvisitet och värdemaximeringsprincipen ... 290
4.3.5 Rekonstruktionsmodellen och kontrollansvaret; en samlad jämförelse ... 297
4.4 Culpaansvar ... 299

4.4.1 Inledning 299
4.4.2 En översiktlig inventering av culpaansvaret i svensk kontraktsrätt 302
4.4.3 Culpabedömningen 306
4.4.3.1 Culpa och prestationshinder innanför gäldenärens kontroll – culparegelns förebygganderekvisit 311
4.4.3.2 Culpa och de relativa informationskostnaderna – culparegelns oförutsebarhetsrekvisit 321
4.4.3.3 Culpa och prestationssvårigheternas intensitet – "det strikta culpaansvaret" 327
4.4.4 Sammanfattande slutsats 332

5. Riskdelning genom val av rättsföljd 333
5.1 Analytiska utgångspunkter 333
5.1.1 Inledning 333
5.1.2 Pacta sunt servanda 340
5.1.3 Avtalets kontext 344
5.1.4 Val av långvarig avtalsbindning 348
5.2 Riskdelning genom uppsägnings- och frånträdanderätt . 351
5.2.1 Bestämd eller obestämd avtalstid 353
5.2.2 Uppsägningstid 359
5.2.3 Frånträdande pga ökade prestationskostnader 364
5.2.3.1 Icke lagreglerade fall av frånträdanderätt 365
5.2.3.2 Lagreglerade fall av frånträdanderätt 367
5.2.3.3 Viktig grund 369
5.2.3.4 Viktig grund som ett förtydligande av culparegeln 371
5.3 Riskdelning genom jämkning 377
5.3.1 Inledning 377
5.3.2 En utblick över rättsutvecklingen med särskilt avseende på U.S.A och Tyskland 386
5.3.2.1 U.S.A 387
5.3.2.2 Tyskland 390
5.3.3 Den svenska rättsutvecklingen före 36 § avtalslagen 394
5.3.4 36 § avtalslagen 401
5.3.4.1 Risken för inflation 401
5.3.4.2 Risken för ökade prestationskostnader 406
5.3.4.3 Jämkning av avtal med indexering 418

5.4 Sammanfattning 425

6. Sammanfattning – utgångspunkter och slutsatser 431

Summary 447

Citerade lagrum 465

Citerade rättsfall 471

Källförteckning 476

Sakregister 494

Förkortningar

A.C.	Appeal Cases (England)
A.L.R.	American Law Reports
AB [år]	Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Aleyn	Aleyn's King's Bench Reports (England)
Am. Soc. Rev.	American Sociological Review
Am. Econ. Rev.	American Economic Review
App.Div.	Appellate Division (USA)
ATTR	Antitrust and Trade Regulation Reporter (USA)
B.U.L.Rev.	Boston University Law Review
BB	Der Betriebsberater
Best & S	Best and Smith's English Queen's Bench Reports (England)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
C.B	Law Reports, Common Bench Division (England)
C.L.R.	Commonwealth Law Reports
Cert.	Certiorari
Cir.	Circuit, Court of Appeals (USA)
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna 1980
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Conn.	Connecticut Reports (USA)
Ct. Cl.	Court of Claims (USA)
Doc.	Document
DT	Dom i tvistemål (Sverige)
East	East's King's Bench Reports (England)
ECE 188	General Conditions for the supply of Plant and Machinery for exports. Prepared under the auspices of the U.N. Economic Commission for Europe, Genève 1953
Eng.Rep.	English Reports – Full Reprint
F.2d	Federal Reporter, Second Series (USA)
F.Supp.	Federal Supplement (USA)
Ga. L. Rev.	Georgia Law Review

H	Højesteret (Danmark, förkortningen efter sida i UfR)
H.L.	House of Lords
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings L. Rev.	Hastings Law Review
HB	Handelsbalken
HD	Högsta domstolen (Sverige)
HR	Häradsrätten
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review
HovR	Hovrätt
Hurl & C	Hurlstone & Coltman's English Exchequer Reports
ICC	International Chamber of Commerce
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
Int. Enc. of Comp.L.	International Encyclopedia of Comparative Law
Int. L. Rep.	International Law Reports
Int'l Rev. L. & Econ.	International Review of Law and Economics
J. Bus. L.	Journal of Business Law
J. Ec. Theory	Journal of Economic Theory
J. L. & Econ.	Journal of Law and Economics
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
J. World Trade L.	Journal of World Trade Law
JB	Jordabalken
JCL	Journal of Contract Law
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet
JustR	Justitieråd
JZ	Juristenzeitung
K.B.	Law Reports, King's Bench Division (England)
L	Legislation (förkortning i Official Journal)
Lloyd's Rep.	Lloyd's List Law Reports
Mich.	Michigan Reports (USA)
Minn.	Minnesota Reports (USA)
Mo	Missouri Reports (USA)
Mo.Ct.App.	Missouri Court of Appeals (USA)
N.C.	North Carolina Reports (USA)
N.E.	North Eastern Reporter (USA)
N. Rev.	Nedre Justitierevisionen

N.W.	North Western Reporter (USA)
Nw.U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
N.Y.S.	West's New York Supplement (USA)
N.Y.U.J.Int. L. & Pol.	New York University Journal of International Law and Politics
ND	Nordiske Domme i sjøfartsanliggender
NJA	Nytt Juridiskt arkiv (avdelning I, domar från Högsta domstolen)
NJA II	Nytt Juridiskt arkiv (avdelning II, förarbeten)
NJM	Förhandlingar vid de nordiska juristmötena
NL [år]	Allmänna leveransbestämmelser för leveranser av maskiner samt annan mekanisk, elektrisk och elektronisk utrustning inom och mellan Danmark, Finland, Norge och Sverige
Nord. domss.	Nordisk domssamling
NU	Nordisk utredningsserie
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
Ohio St. L. J.	Ohio State Law Journal
OJ	Official Journal
OLG	Oberlandesgericht
P.2d	Pacific Reporter, Second Series (USA)
Prop	Regeringens proposition
RB	Rättegångsbalken
RG	Rettens Gang (Norge)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RH	Rättsfall från hovrätterna
RR	Rådhusrätten
Rn	Randnot
Rom. Abt.	Romanistische Abteilung
Rt	Norsk Retstidende
S.E.	South Eastern Reporter (USA)
S.W.	South Western Reporter (USA)
S.W.2d	South Western Reporter, Second Series (USA)
Sc.St.L.	Scandinavian Studies in Law
SFS	Svensk Författningssamling
SH	Sø og Handelsreten (Danmark, förkortningen efter sida i UfR)
SHT	Sø og Handelsretstidende (Danmark)
SOU	Statens offentliga utredningar

Supp	Supplement
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U.N.	United Nations
U.S.	United States
U.S.F. L. Rev.	University of San Fransisco Law Review
UCC	Uniform Commercial Code
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen (Danmark)
ULIS	Uniform Law on the Formation of Contracts for International Sale of Goods, The Hague 1964
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
V	Vestre Landsret (Danmark, förkortningen efter sida i UfR)
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
vol	volume
W.D.Pa.	Western District of Pennsylvania
Wheat	Wheaton (U.S. Supreme Court Reports)
Wis.	Wisconsin Reports (USA)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen, Teil IV (Tyskland)
Y.B. Comm. Arb.	Yearbook of Commercial Arbitration
Ø	Østre Landsret (Danmark, förkortningen efter sida i UfR)

Kapitel 1
Inledning

1.1 Ämnet och dess avgränsning

1.1.1 Frågeställningen

Vem av parterna i ett ömsesidigt avtalsförhållande på förmögenhetsrättens område skall bära risken av ett rådande eller senare inträffande förhållande, som gör en prestation mer betungande för den ena parten eller mindre förmånlig för den andra parten?[1]

11-001 Ovanstående frågeställning avser rättsfakta; det som undersöks är de principer med vilkas hjälp den av parterna utpekas som kan anses närmare att bära den aktuella risken. Utgångspunkt för undersökningen kommer härvidlag att vara att risken kan allokeras på ett sätt som leder till värdemaximering *ex ante*. Vi skall strax återkomma till begreppet "värdemaximering".

11-002 Undersökningen utgår vidare från antagandet att den som skall utföra en prestation i regel bär risken för att prestationen blir omöjlig eller mer betungande än beräknat *och* att den som är berättigad till en prestation i regel bär risken för att det blir meningslöst eller mindre förmånligt än beräknat att motta prestationen. Om den ena parten inte fullgör avtalet, eftersom det blivit mer betungande eller mindre förmånligt, kan den andra parten i regel kräva fullgörelse och/eller kräva skadestånd på grund av kontraktsbrott. Detta kallas i det följande "*grundregeln*". Uppmärksamheten inriktas i denna framställning på vilka rättsfakta eller snarare *riskallokeringsargument* som föranleder undantag från grundregeln. Undantagen kan t ex yttra sig i att avtalet blir ogiltigt *ex tunc*, att det kan frånträdas *ex*

[1] Se den närmast identiska frågeställningen i Rodhe, *Jämkning*, s 13.

nunc, att eljest förekommande skadeståndsskyldighet bortfaller eller jämkas eller att själva avtalet jämkas.[2]

11-003 De principer och överväganden som styr valet av rättsföljd i sådana undantagssituationer undersöks inte. Det vore sannolikt inte möjligt att inrymma ens en någorlunda utförlig diskussion kring val av rättsföljd i ett arbete av rimligt omfång. Likafullt har rättsfakta med avseende på riskallokering och rättsföljd ett nära samband, som gör det svårt att konsekvent hålla dem isär. Det sagda är därför främst ägnat att signalera var tyngdpunkten i undersökningen ligger och att rättsföljden i princip inte kommer att styra klassifikationen av rättsfakta.

11-004 Det nära sambandet mellan rättsfakta och rättsföljd yttrar sig bland annat i att rättsföljden kan utformas så, att en större eller mindre grad av riskdelning uppnås. Om avtalet exempelvis blir ogiltigt, så delas risken i den bemärkelsen att bägge parter går miste om de fördelar avtalet beräknades medföra. Jag har ansett det vara nödvändigt att ägna uppmärksamhet åt vissa principfrågor rörande val av rättsföljd, trots undersökningens inriktning i övrigt. I denna del kan undersökningen sägas röra rättsföljdsbetingade *riskdelningsargument*.

11-005 Parterna till avtalet kommer i det följande att kallas för "löftesgivare" respektive "löftesmottagare".[3] Med löftesgivare avses den part som enligt grundregeln skall bära risken och med löftesmottagare avses den part som sålunda undgår risken. Eftersom endast ömsesidiga avtalsförhållanden undersöks är parterna givetvis ömsom löftesgivare och ömsom löftesmottagare, allt beroende på vilken verkan den realiserade risken har. Beroende på vilken avtalstyp och frågeställning som behandlas är det ibland naturligare att tala om exempelvis köpare och säljare eller gäldenär och borgenär. När så är fallet har jag valt att tala om "löftesgivaren/köparen", etc. Detta är förstås otympligt, men sker i klarhetens intresse och det är av vikt att betydelsen av dessa termer hålls i minnet vid den fortsatta läsningen.

1.1.2 Risk och nytta

11-006 Med risk avses här produkten av å ena sidan sannolikheten för att en viss negativt verkande sakomständighet råder eller inträder (vare sig

[2] För en översiktlig framställning av tänkbara rättsföljder, se Krüger, *Kontraktsrett*, s 695 med fig 12 och ff.
[3] Jfr. Lehrberg, s 19.

sannolikheten är känd eller inte) och å andra sidan de negativa verkningarnas storlek (vare sig omfattningen av de negativa verkningarna kan bedömas på förhand eller inte).[4] Riskbegreppet implicerar inte något beträffande den negativa verkningens orsak[5], manifestation eller valet av rättsföljd.[6]

11-007 När någon gång diskussionen specifikt rör risken för förstörelse av varor eller andra tillgångar, begagnas begreppet fara.[7] I 13 § köplagen (1990:931) begagnas för motsvarande situationer uttrycket risk. Det riskbegrepp som här används är som framgått åtskilligt vidare, varför det i klarhetens intresse är lämpligt att avvika från köplagens terminologi.[8]

11-008 Det tämligen banala antagande, som ligger till grund för den fortsatta undersökningen, är att avtal, oavsett om avtalet är avsett att tjäna som instrument för utbyte av olika slags nyttigheter eller om det skall tjäna som styrningsmedel[9], i regel ingås därför att parterna var och en enligt sin egen bedömning anser att fullgörelse å ömse sidor kommer att öka respektive parts nytta[10] i förhållande till alternativet – att inte ingå avtal.[11] När

[4] Stundom görs i den ekonomiska litteraturen en distinktion mellan risk och osäkerhet; risk föreligger när sannolikheten för den negativa händelsen är känd och osäkerhet föreligger när sannolikheten är okänd. Se Knight, s 233 f. Någon sådan distinktion kommer dock inte att upprätthållas här. I den mån bedömningen av sannolikheten för den negativa händelsen inte kan återföras på en frekvens är det måhända riktigast att, som Oxenstierna, s 259, karakterisera bedömningen av riskens storlek som en *ars conjectandi* – en gissandets konst – innebärande en förfining av det sunda förnuftet. Någon matematisk exakthet kan då givetvis inte eftersträvas.

[5] Det kan finnas skäl att med Rasmusen & Ayres, 22 J. Legal Stud., s 309 (1993) på s 337 f urskilja artificiell risk som en särskild riskkategori. Artificiell risk kan genom utformningen av lämpliga rättsregler elimineras (till skillnad från annan "naturlig" risk, som bara kan allokeras eller delas): "*A pure artificial risk exists: (a) if the uncertainty does not effect the combined wealth of buyer and seller, but (b) if one party makes a mistake, the other party reaps a positive windfall (and the mistaken party loses a corresponding amount).* Risken att göra en förlust på grund av förklaringsmisstag kan anföras som ett exempel på artificiell risk.

[6] Beträffande riskbegreppet i andra rättsvetenskapliga framställningar, se t ex Gomard, *Obligationsret I*, s 46 ff; Krüger, *Kontraktsrett*, s 306 ff; Mestad, s 7 ff; Krokeide, s 578 ff; och Taxell, *Avtal och rättsskydd* s 88 ff, samtliga med vidare hänvisningar. Se även analysen av risken med finansiell verksamhet i Afrell mfl., s 132 ff.

[7] Se allmänt härom Karlgren, *Prestation och fara.*

[8] Jfr. Hellner, *SpA II:2,* s 54 ff.

[9] Se Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s 13.

[10] Begreppet "nytta" hänför sig till individens *preferenser*, dvs önskemål eller önskemålsstruktur, vilka förklarar hur individen väljer, exempelvis mellan att ingå avtal eller att inte göra det. En avtalspart antas ha valt att ingå avtal därför att avtalet enligt partens egna preferenser medför mer nytta än att inte ingå avtal. I en *nyttofunktion* kan preferenserna visas, exempelvis med avseende på olika tänkbara avtalsinnehåll vad gäller relationen mellan vederlag och risk. För enkelhets skull kan sägas att det bästa tänkbara avtalet är värt

avtalstidpunkt och prestationstidpunkt är åtskilda i tiden, eller när fullgörelsen är tidsmässigt odelbar och pågår under viss tid, antas här att beslutet att ingå avtal grundas på en diskontering av en nyttoökning som förväntas utfalla i framtiden.

1.1.3 Nyttominskande omständigheter och misstag

11-009 En omständighet som leder till att nyttan med avtalet blir mindre än beräknat genom att prestationen blir mer betungande för den ena parten eller att motprestationen blir mindre förmånlig för den andra parten, kallas i det följande en *nyttominskande omständighet*. En nyttominskande omständighet kan vara såväl ursprunglig, dvs föreligga vid tidpunkten för avtalets ingående, som efterföljande, dvs inträffa efter avtalets ingående.[12] Jag har inte funnit skäl att med avseende på rättsfakta göra någon skillnad mellan ursprungliga och efterföljande nyttominskande omständigheter.[13] En sådan skillnad ter sig även sakligt omotiverad, efter-

100 "nyttopoäng" och det sämsta tänkbara avtalet värderas till 0 "nyttopoäng". Det sämsta avtalet ger således inte något tillskott av nytta utöver vad parten redan har. När avtal ingås anser i regel båda parter att de ökat sin nytta. På grund av nyttominskande omständigheter kan det emellertid visa sig att den förväntade nyttoökningen inte bara uteblev utan att en förlust av nytta i förhållande till läget *ex ante* uppstått. Det bör därvid observeras att den ena partens tillskott eller förlust av "nyttopoäng" inte kan jämföras med den andra partens tillskott eller förlust av nytta. Begreppet nytta såsom det används i ekonomisk teori skall alltså inte ses som ett utilitaristiskt mått på lycka. För en samlad framställning om det ekonomiska begreppet nytta, se Varian, s 54 ff.

[11] Se t ex Friedman, s 13: "*The possibility of coordination through voluntary cooperation rests on the elementary – yet frequently denied – proposition that both parties to an economic transaction benefit from it, provided the transaction is bilaterally voluntary and informed.*" Se dock Trebilcock, s 19 f, som i sin analys av tvång påtalar att den ekonomiska teorin inte kan brukas för att fastställa vilka transaktioner som grundar sig på avtal som ingåtts frivilligt och med full information. Se även a a, s 78 ff. Jfr. Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 215 f.

[12] Beteckningen *nyttominskande omständighet* täcker området för motivvillfarelse, men är vidare genom att även efterföljande omständigheter inbegrips. Se beträffande avgränsning av begreppet motivvillfarelse Karlgren, s 82 not 2, och Vahlén, *Formkravet*, s 188. Beteckningen täcker således även "ändrade förhållanden". Jfr. Rodhe, *Jämkning*. Beteckningen har valts för att markera att studien utgår från inträffandet av en effekt. Jfr. begreppet *hardship*; *UNIDROIT Principles*, s 145 ff. Jag har velat undvika att redan i valet av terminologi implicera att omständigheternas egenskap av att vara oförutsebara kommer att styra problemformuleringarna. Se dock Vahlén, *Formkravet*, s 215, som föreslår beteckningen "*vid avtalsslutet oförutsedda omständigheter*". Beteckningen nyttominskande omständigheter ligger nära vad som brukar kallas oriktiga eller bristande förutsättningar. Jag har dock velat undvika missförståndet att studien på något sätt skulle utgå från parts (medvetna eller omedvetna) förutsättningar eller premisser med avseende på existensen, inträffandet eller frånvaron av någon viss omständighet och har bl a av detta skäl avstått från förutsättnings-

som det många gånger är svårt att avgöra huruvida nyttominskningen beror av en ursprunglig eller efterföljande omständighet. Som exempel kan nämnas att vissa fel som visar sig efter avlämnandet kan sägas ha förelegat *in nuce* (t ex vid smitta)[14], varvid det knappast lär kunna utredas, om det vid avlämnandet bara förelåg en risk för att fel skulle utbryta eller om fel nödvändigtvis skulle utbryta.[15] Ett annat exempel är att part kan ha försökt skydda sig mot efterföljande kostnadsökningar genom att rycka in en indexklausul i avtalet. Om indexklausulen inte ger önskat skydd kan den nyttominskande omständigheten anses som ursprunglig i den mån den avser indexklausulens förmåga att ge kostnadstäckning (något som ligger nära förklaringsmisstag). Den nyttominskande omständigheten kan också anses vara efterföljande om uppmärksamheten riktas mot kostnadsökningen som sådan.[16]

11-010 Nyttan med ett avtal kan bli mindre än beräknat på grund av att en part varit okunnig om eller missförstått innehållet i de viljeförkla-

lärans terminologi. Se närmare avsnitt 1.1.4 och 2.6 nedan. Den av Taxell använda beteckningen "avtalsstörning", dvs bristande överensstämmelse mellan handlingsnorm och faktisk situation, innefattar bl a fel i avtalsmekanismen och alla typer av kontraktsbrott. Se Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 6 ff. Begreppet är således alltför vidsträckt för att passa denna framställning.

[13] Jfr. Vahlén, *Formkravet*, s 215 och Lando & Beale, s 115. En saklig skillnad mellan ursprungliga och efterföljande nyttominskande omständigheter kan vara att ursprungliga nyttominskande omständigheter är lättare att upptäcka för löftesgivaren (liksom i och för sig även för löftesmottagaren); se Almén & Eklund, § 24 vid not 41. Jfr. Treitel, s 10.

[14] Se Hellner & Ramberg, s 65.

[15] Praxis gäller främst köp av djur. I NJA 1938 s 273 ansågs exempelvis fel i form av istadighet hos häst som som blivit synlig efter avlämnandet kunna påtalas därför att felet var betingat av arvsanlag. Jfr. NJA 1940 s 359 – lynnesfel hos sto. Beträffande kastningssjuka hos kor se t ex NJA 1942 s 373; NJA 1942 s 542 och NJA 1948 s 123. Se även NJA 1989 s 156 rörande hundvalp med anlag för höftledsdysplasi. Beträffande köp av fast egendom se NJA 1989 s 117 (huset vid Göta Älv) – fel i form av sättningsrisk; NJA 1986 s 670 I och II (radonfallen) och NJA 1981 s 894 (rondellfallet), där säljaren hade kännedom om vissa icke lagakraftvunna beslut om trafikomläggningar och "måste ... ha förstått, att risken för ... förändringar var av väsentlig betydelse" för köparen (s 896). Liknande problem aktualiseras också vid rådighetsfel. Se NJA 1991 s 808 – fel i form av risk för uteblivet myndighetstillstånd. Se även NJA 1935 s 57 – fel i form av rivningsrisk; NJA 1951 s 716 – fel i form av risk för sänkning av grundhyror. Se dock NJA 1994 s 85 (risk för föreläggande från hälsovårdsmyndighet). Möjligen är det befogat att i dessa fall tala om "riskfel" som en feltyp jämte faktiska fel, rättsliga fel och rådighetsfel. Jfr. Grobgeld & Hertzman, SvJT 1981 s 241 ff och André, SvJT 1983 s 145 ff.

[16] Jfr. *Aluminium Co. of America v. Essex Group*, 53-036 nedan. Beträffande kostnadsbegreppet, se 13-001 med not 81 nedan.

ringar som givits eller mottagits.[17] Dessa situationer faller utanför studien. Däremot inbegrips i begreppet nyttominskande omständigheter fall när de uteblivna fördelarna beror på missförstånd eller bristande kännedom om andra rättsfakta, sedvanor eller rättsregler som normerar eller förändrar viljeförklaringens innebörd eller som konstituerar en förpliktelse.[18]

11-011 En besläktad situation är att en part finner avtalet oförmånligt, eftersom det inte hindrar medkontrahenten från en handling eller underlåtenhet som medför negativa konsekvenser för parten i fråga (eller omvänt att avtalet hindrar parten från handling eller passivitet).[19] Nyttominskningen beror då på parts handlande eller underlåtenhet *in contractu* och det blir i första hand fråga om att fastställa innehållet i parternas förpliktelser. Även dessa situationer faller utanför studien, vilken utgår från förpliktelserna som givna, varvid frågan snarast är i vilken mån dessa förpliktelser kan upphöra eller förändras på grund av nyttominskande omständigheter.[20]

[17] Hit hör fall av förklaringsmisstag och situationer som torde behandlas analogt med förklaringsmisstag; se vidare Lehrberg, s 108 ff och Ramberg, *Avtalsrätt*, s 189 ff. Jfr. Andersen & Nørgaard, s 155 f.

[18] Se Rodhe, § 29 efter not 20 och Vahlén, *Formkravet*, s 189.

[19] En pedagogisk illustration av hithörande fall kan hämtas ur en historisk anekdot. Timur Lenk lär ha belägrat en stad och under följande förhandlingar lovat att om försvararna gav upp, inget blod skulle utgjutas. Försvararna gav upp. Timur Lenk höll sitt löfte; försvararna begravdes levande. Utan all jämförelse i övrigt se t ex NJA 1936 s 368 där en tygfabrikant ansågs inte ha rätt att sälja direkt till detaljister med förbigående av grossist; NJA 1949 s 134 där konkurrensklausul som förbjöd etablering av butik inom visst område ansågs hindra även försäljning till kunder inom området från butik belägen utanför området (Jfr. Rt 1898 s 135, den s.k. "læge-domen"); NJA 1950 s 15 där underlåtenhet att uppta tillverkning ej befriade licenstagare från att utge royalty; NJA 1951 s 625 där överenskommelse mellan återförsäljare och fabrikant inför återförsäljares deltagande i upphandling inte ansågs hindra fabrikanten från att också delta; NJA 1957 s 770 där författare ansågs ha kränkt förlags ensamrätt genom att utge en uppföljning av tidigare utgivet verk; NJA 1969 s 409 där uppdrag till journalist, som var medlem i arbetarekommunen, att göra en valbroschyr medförde ersättningsskyldighet; och NJA 1971 s 474 där avtal mellan bortfraktare och befraktare om förtida upphörande av ett certeparti inte påverkade bortfraktarens utfästelse att erlägga provision till mäklare. Jfr. dock det norska avgörandet i ND 1990 s 293 (och för en översikt av i likartade problem i norsk praxis, Krüger, *Kjøpsrett*, s 173 f). Se även Karlgren, SvJT 1956 s 521, beträffande inställd lunchservering i hyresavtal med omsättningsbaserad hyra.

[20] Ett praktiskt viktigt exempel på en nyttominskande omständighet är när ett offentligt rättssubjekt negativt påverkar avtalets nytta genom normgivning eller myndighetsutövning. I den mån ett sådant offentligt rättssubjekt (löftesmottagaren) slutit avtal med ett annat offentligt rättssubjekt eller med ett privat rättssubjekt kan löftesmottagaren då sägas ha minskat nyttan genom en handling *in contractu*. Trots att situationen företer stora likheter med

1.1.4 Nyttominskande omständigheter och förutsättningar

11-012 Man kan väl säga att realisering av en nyttoökning utgör ett grundläggande motiv eller en väsentlig förutsättning för alla avtal.[21] Denna terminologi undviks dock här, eftersom den implicerar hypotetiska frågeställningar av typen: Skulle parten ha ingått ett avtal med det aktuella innehållet med full vetskap om föreliggande omständigheter eller med full kännedom om utvecklingen i framtiden?

11-013 Det kan starkt ifrågasättas huruvida svaret på en sådan hypotetisk frågeställning kan utvecklas till ett lämpligt riskallokeringsargument.[22] Inget avtal torde ingås med full vetskap om att avtalet kommer att leda till en förlust av nytta. En bättre fråga torde vara:

Vad har det för betydelse att en av parterna har lättare att bedöma betydelsen av föreliggande omständigheter eller bättre kan bedöma sannolikheten för en negativ händelseutveckling så att nyttominskningen kan förebyggas eller undvikas?

Denna fråga kan ställas utan att det föreligger något behov av att anknyta till parternas motiv eller förutsättningar med avseende på frånvaron eller uteblivandet av någon nyttominskande omständighet.

11-014 Som vi skall se återgår åtskilliga lösningar i gällande rätt på sådana hypotetiska frågeställningar och undersökningen kan här bidra till en diskussion om i vilken mån lösningarna i allmänhet blir desamma med andra analytiska utgångspunkter.

11-015 För tydlighets skull får här tilläggas att de hypotetiska frågeställningarnas betydelse i och för valet av den ena eller andra rättsföljden inte undersöks eller ifrågasätts.

1.1.5 Nyttominskande omständigheter och tolkning

11-016 Ofta kan frågan om vem som skall bära risken besvaras med ledning av det objektivt fastställbara innehållet i löftesgivarens viljeförklaring (avtalets lydelse). Det objektiva förklaringsinnehållet[23] i löftesgiva-

den som uppstår pga ändrade förhållanden i avtal mellan privata rättsubjekt kan här antas att särskilda ändamålsöverväganden gör sig gällande, vilket motiverar att dessa fall bryts ut ur studien och lämpligen görs till föremål för en särskild behandling. Se för exempel på hithörande fall NJA 1923 s 402 och NJA 1981 s 269. Beträffande NJA 1981 s 269 se 33-063 nedan. Se härtill Kleineman, JT 1991-92 s 63 ff och Lehrberg, s 365 f och 422.

[21] Se Ramberg, *Avtalsrätt*, s 208.

[22] Jfr. Bengtsson, *Hävningsrätt*, s 190 ff. Se dock Lehrberg, s 227 ff.

[23] Se härom Vahlén, *Avtal och tolkning*, s 29.

rens prestationslöfte kan dock inte alltid ensamt vara avgörande[24], utan andra tolkningsdata som visar vad parterna kan ha avsett behöver ofta tillgripas. Stundom kan det bli fråga om en helhetsbedömning, där särskild hänsyn tas till om en part med fog kunnat utgå från att medkontrahenten skulle bära risken[25] i enlighet med den i 32 § 1 st avtalslagen (1915:218) motsatsvis uttryckta tillitsgrundsatsen.[26] Det borde vara en rimlig utgångspunkt att, i den mån inte några tolkningsdata föreligger som tyder på en annan partsavsikt, en part med fog skall kunna utgå från att medkontrahenten skall bära risken, om denne kan anses vara "*den bättre riskbäraren*". Vad som avses med den bättre riskbäraren skall utvecklas i kapitel 2. Enligt min uppfattning är det av underordnad betydelse om denna utgångspunkt sägs vara ett uttryck för tillitsteorin eller sägs vara grundad på rent objektiva överväganden.[27]

11-017 I den mån den nyttominskande omständigheten faktiskt inte beaktats av någon av parterna eller var oförutsebar ter det sig mindre naturligt att tala om tolkning.[28] Man skulle visserligen kunna säga att implicita begränsningar i ett enligt sitt objektiva förklaringsinnehåll förbehållslöst prestationslöfte kommer till synes genom en "tolkningsoperation". Det ter sig dock naturligare att säga att en lucka i avtalet – avsaknaden av förbehåll – täpps till genom individuell utfyllning.[29]

11-018 Om nu angivna generella synpunkter skall vara styrande vid riskallokeringen, är det givetvis oacceptabelt att låta löftesgivaren bära risken endast av det skälet att han underlåtit att uppställa ett explicit förbehåll, i synnerhet om risken inte bara var oförutsedd utan också *oförutsebar*. Frågan är om han *bort* uppställa ett sådan förbehåll[30] och det borde han rimligen inte ha behövt om löftesmottagaren kan anses vara den bättre riskbäraren. Det torde tvärt om vara rimligare att vid sådant förhållande begära av löftesmottagaren att han i avtalet klargör att han inte går med på att bära risken.

[24] Se NJA II 1915 s 251; Grönfors, *Avtalslagen*, s 197 och Ramberg, *Avtalsrätt*, s 192 f.

[25] Jfr. den av Smit i komparativt perspektiv behandlade "*Gap Filling Doctrine*"; Smit, 58 Colum. L. Rev., s 287 ff (1958).

[26] Se Grönfors, *Avtalslagen*, s 198 f och Ramberg, *Avtalsrätt*, s 190. Jfr. Roos, SvJT 1972 s 625 ff; Karlgren, SvJT 1966 s 161, särskilt s 167 och Schmidt, SvJT 1959 s 497 på s 501. Jfr. även NJA II 1915 s 251. Se dock Hellner, *HD och avtalsrätten*, s 207 f.

[27] Jfr. kritiken mot tillitsteorin, Schmidt, SvJT 1959 s 497 och ds., SvJT 1960 s 420. Se härtill replik av Holmbäck, SvJT 1960 s 321. Se även Grönfors, JT 1992-93 s 267 på s 269.

[28] Se Krüger, *Kontraktsrett*, s 683.

[29] Om individuell utfyllning se Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s 23 ff; Holmbäck, s 135 ff; och Vahlén, *Avtal och tolkning*, s 202 f. Jfr. Taxell, *Avtalsrättens normer*, s 82 f.

[30] Jfr. Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s 136.

11-019 Även om, såsom Karlgren framhåller[31], en tolkningsregel av objektiv art kan härledas eller anses bekräftad av 32 § 1 st avtalslagen, har subjektiva element på löftesmottagarens sida stor betydelse enligt tillitsgrundsatsen. Således framstår inte tilliten till medkontrahentens prestationslöfte som lika skyddsvärd som annars, när löftesmottagaren varit i ond tro om förhandenvaron av någon nyttominskande omständighet. Löftesgivaren kan sägas dolöst eller culpöst[32] ha förtigit den nyttominskande omständigheten. Stundom kvalificeras läget genom att löftesmottagaren härtill har lämnat uppgifter eller eljest uppträtt på ett sätt som är ägnat att framkalla eller vidmakthålla okunnighet eller missförstånd hos löftesgivaren om den nyttominskande omständigheten. Även ett sådant så kallat enuntiativt uppträdande som skett i god tro kan få betydelse vid riskallokeringen genom att t ex ge upphov till ett utvidgat felansvar enligt 18 § 1 st köplagen eller ge löftesgivaren rätt att påkalla avtalets återgång.[33]

11-020 Stor osäkerhet råder emellertid beträffande relevansen av nyttominskande omständigheter när löftesmottagaren inte är i ond tro och inte heller kan sägas ha framkallat eller vidmakthållit någon okunnighet eller något missförstånd hos löftesgivaren. Jag har sett det som en given forskningsuppgift att undersöka huruvida några generella utfyllande[34] principer kan formuleras för riskallokering i dessa fall.

11-021 Även om det är situationer kännetecknade av att löftesmottagaren är i god tro om den nyttominskande omständigheten som här är av primärt intresse, så bör inte bortses från möjligheten att de lagregler som specifikt avser betydelsen av ond tro eller enuntiationer kan ge viktig vägledning när det gäller formuleringen av utfyllande principer för riskallokering i fall av god tro och frånvaro av enuntiationer. Det bör nämligen kunna antas att om grundregeln inte genombrutits trots förhandenvaro av enuntiationer eller ond tro hos löftesmottagaren, så bör grundregeln *a fortiori* upprätthållas i liknande situationer där ond tro eller enuntiationer inte förekommer. Det är därför nödvändigt att uppmärksamma även fall där riskal-

[31] Karlgren, SvJT 1966 s 161.

[32] Beträffande termen culpa, se 44-001 med not 570 nedan.

[33] Beträffande termen enuntiativt uppträdande, se 31-003 f. Beträffande 18 § 1 st köplagen, säljarens s k marknadsföringsansvar, se t ex Ramberg, *Köplagen*, s 276 ff med vidare hänvisningar. Som ett exempel på hur parts enuntiativa uppträdande (i god tro) synes ha givit medkontrahenten rätt att påkalla avtalets återgång, se NJA 1985 s 178 (*AB Järnsida ./. Kalmar Varv AB i konkurs*). Se närmare 34-009 ff nedan.

[34] Problem hänförliga till tolkning i inskränkt bemärkelse förbigås. Se härom Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s 12 f.

lokeringen grundas på subjektiva faktorer för att ta ställning till utrymmet för motsatsslut.

1.1.6 Två typfall

11-022 Som ovan antydningsvis framgått kan förhållandet att avtalet inte leder till en ömsesidig nyttoökning bero på att den ena av de utlovade prestationerna visar sig vara omöjlig att fullgöra eller att fullgörelsen medför sådana kostnader (eller faror) för den part som skall prestera att nyttoökningen uteblir för honom eller förbyts i en förlust av nytta. Denna situation betecknas i det följande *nyttominskning på grund av ökade prestationskostnader.* Avsaknaden av ömsesidig nyttoökning kan också bero på att det vederlag som medkontrahenten lovat utge som motprestation visar sig vara så litet värt att avtalet inte leder till någon ökning av nytta eller att en förlust av nytta uppstår för en av parterna. Det kan också vara så att löftesgivaren finner att det är meningslöst att motta löftesmottagarens prestation. Dessa situationer betecknas i det följande *nyttominskning på grund av minskat vederlagsvärde.*

11-023 Ett särpräglat fall är att den egna prestationen ter sig mer värdefull än beräknat. Strängt taget är det här inte fråga om en nytto*minskande* omständighet; transaktionens sammanlagda värde ökar istället. Situationen har dock *ex post* för löftesgivaren påtagliga likheter med situationen att vederlaget framstår som mindre värt än beräknat. Situationen har också påtagliga beröringspunkter med ökade prestationskostnader i så måtto att den för löftesgivaren/gäldenären framstår som en nyttominskning hänförlig till den egna prestationens värde (alternativkostnaden att prestera har ökat).[35]

11-024 Det är naturligt att analysera situationen att nyttan minskar på grund av ökade prestationskostnader ur ett gäldenärsperspektiv.[36] Frågan blir då huruvida löftesgivaren/gäldenären kan göra anspråk på att få någon lättnad i sin prestationsskyldighet – på löftesmottagarens/borgenärens bekostnad. Om någon sådan lättnad bereds löftesgivaren/gäldenären får löftesmottagaren/borgenären helt eller delvis bära risken för de förhållanden som orsakat nyttominskningen. Löftesgivaren/gäldenären kan få en sådan lättnad genom att löftesmottagaren/borgenärens rätt att kräva fullgörelse

[35] Jfr. typindelningen av förutsättningsfall i Ussing, s 132 ff och s 158 ff; Lehrberg, s 286 ff och med inbegripande av kontraktsbrott, Krokeide, TfR 1977 s 569 på s 575.
[36] Jfr. *UNIDROIT Principles*, s 147.

bortfaller och en mer eller mindre begränsad rätt till ersättning träder i dess ställe; se t ex 23 § 1 st och 52 § 2 st köplagen. Löftesmottagaren/borgenären kan också få behålla rätten att kräva fullgörelse, men tvingas tolerera ett kontraktsbrott utan rätt till ersättning för skada; se t ex 27 § köplagen och 12:13 2 st jordabalken [cit JB][37]. I dessa situationer sammanfaller frågan om riskfördelning med frågan om ansvarsförutsättningar. Stundom tillåts att löftesgivaren/gäldenären frånträder avtalet utan att ersättningsskyldighet uppstår; se t ex 26 § 1 st handelsagenturlagen (1991:351) och NJA 1970 s 72 (*Blom ./. Dannemora kommun*). Lättnader kan också beredas löftesgivaren/gäldenären genom jämkning enligt 36 § avtalslagen. I samband med jämkning finns också möjligheten att löftesgivaren istället för en lättnad i den egna prestationsskyldigheten får till stånd en ökning av det vederlag som löftesmottagaren åtagit sig att utge.

11-025 Det är på motsvarande sätt oftast naturligt att ur ett borgenärsperspektiv analysera situationen att nyttan minskar på grund av minskat vederlagsvärde. Det kan förekomma att löftesgivaren/borgenären, t ex med åberopande av förutsättningsläran, får frånträda avtalet utan att löftesmottagaren/gäldenären anses ha begått något kontraktsbrott. Frågan är dock vanligen om nyttominskningen skall tilläggas relevans i felhänseende eller icke.

11-026 Denna grova typindelning är inte avsedd att signalera att jag skulle anse att de två typfallen av nyttominskning principiellt borde behandlas olika. Man skulle kunna tycka att ett särskiljande faktum är att den i 11-002 angivna (och för den fortsatta framställningen fundamentala) grundregeln vid ökade prestationskostnader exponerar löftesgivaren/gäldenären för en i princip obegränsad förlustrisk, medan grundregeln vid minskat vederlagsvärde endast exponerar löftesgivaren/borgenären för risken att inte få något vederlag alls för sin egen prestation.[38] För ett rättssystem som det svenska är olikheten dock endast skenbar. Löftesmottagarens/borgenärens möjligheter att begära fullgörelse i fall när prestationskostnadshinder förekommer är begränsade (23 § köplagen) och vid utebliven naturaprestation är skadeståndsansvaret begränsat till skador som i princip har varit förutsebara för löftesgivaren/gäldenären.[39] Vid sådant förhållande förtjänar snarast likheterna mellan de bägge typfallen att framhållas framför de eventuella skillnaderna.[40]

[37] Omtryck SFS 1971:1209.
[38] Se Treitel, s 243.
[39] Se avsnitt 5.1.1.
[40] Jfr. Rodhe, *Jämkning*, s 13. Se dock Karlgren, NJM 1951 s 206 ff.

11-027 Ett exempel väl ägnat att illustrera det sagda anförs av Zweigert & Kötz:[41]

"Suppose that a manufacture of fertilizer makes a longterm contract to produce a special fertilizer for tobacco plants and deliver it to a dealer for export to places overseas where tobacco is grown. If the fertilizer factory is then nationalized or if the manufacture of fertilizer is forbidden or if a government decree requires all fertilizers to be delivered to a state export organisation, we have a case of impossibility. It would be an instance of distortion of parity if after the conclusion of the contract enormous import duties were imposed on the import of the raw materials required for the manufacture of the fertilizer; finally, frustration of purpose would occur if the importation of fertilizer was forbidden in the consumer country: it remains possible for the manufacturer to produce the fertilizer and for the dealer to accept and pay for it but it is now impossible to achieve the only purpose for which, as the manufacturer knew, the dealer entered the contract, namely to deliver the fertilizer to the consumer country. We are not concerned at the moment with the question whether or how far the nationalization of the factory, the increase of import duties, or the prohibition of importation into the consumer country may release the parties from their duties to deliver or accept the fertilizer, but it is important to realize that the critical question may be put in the same form in all three cases: given the express contract they have made and the typical intention of parties to such contracts, which of the parties has accepted the risk that such circumstances might arise? If it is the manufacturer who has accepted the risk that his factory may be nationalized or that production costs may soar, then, if either event occurs, he must still deliver the fertilizer or compensate the dealer for the damage which failure to deliver causes. If the dealer has accepted the risk that the goods may not be imported into the consumer country, then he must either take the fertilizer and tender the price or pay damages for non-acceptance. If both parties bear the risk of the circumstances in question, the manufacturer is released from his duty to deliver and the dealer from his obligation to accept; both lose the chance of making any profit from the execution of the contract."

11-028 Även om de bägge typfallen således har tydliga beröringspunkter med varandra, torde en tillfredsställande behandlig av fall där nyttominskningen är hänförlig till vederlaget kräva en grundläggande analys av bland annat felbegreppet. För att i någon mån kunna begränsa omfånget

[41] Zweigert & Kötz, s 556 f.

av denna studie, har jag funnit det naturligt och lämpligt att dra en skiljelinje mellan de bägge typfallen och ge studien en särskild inriktning på fall av ökade prestationskostnader.[42]

1.1.7 Tänkbara angreppssätt

11-029 Ett tänkbart angreppssätt vore naturligtvis att aldrig låta nyttominskande omständigheter få relevans utan uttryckligt avtal. Avtal skall hållas och alla prestationslöften antas vara fullständiga i riskallokeringshänseende i den bemärkelsen att en underlåtenhet att reglera verkan av en given nyttominskande omständighet drabbar löftesgivaren. Ett känt gammalt engelskt rättsfall kan illustrera detta angreppssätt.

Paradine v Jane[43] rörde frågan huruvida en arrendator var skyldig att erlägga arrende sedan han utestängts från den arrenderade marken efter ockupation av en tysk prins, fiende till den engelske kungen. *The Court of King's Bench* fann att arrendatorn, trots denna oförskyllda händelse, var pliktig att utge avtalat arrende, eftersom skyldigheten att utge arrende härrörde från arrendatorns eget åtagande (och inte följde pga lag) och han hade kunnat friskriva sig från betalningsansvar för sådana händelser vid avtalets ingående.

11-030 Ett sådant antagande om att risken kan anses vara fullständigt reglerad enbart genom ett konstaterande av att prestationslöftet varit förbehållslöst passar dåligt när det gäller att allokera risken för oförutsebara förhållanden, men även i andra fall leder regeln till att oproportionerligt stora krav ställs på den som utformar löftet. Antagandet kan också på ett obefogat sätt gynna de löftesmottagare som från samhällsekonomisk synpunkt kan anses vara "bättre riskbärare".

11-031 Ett annat tänkbart angreppssätt vore att alltid låta nyttominskande omständigheter få relevans. Avtal skall anses slutna med det tysta förbehållet att det grundläggande motivet uppnås; att den egna nyttan ökar.

[42] Fall när nyttominskningen är hänförlig till vederlaget behandlas i tysk rätt i läran om *Geschäftsgrundlage* och i amerikansk rätt i läran om *frustration*. I svensk rätt förefaller förutsättningsläran stundom ha åberopats. I ett par särpräglade fall som kan sägas vara kännetecknade av att löftesgivaren på grund av efterföljande omständigheter förhindrats att utfå vederlag torde principen om obehörig vinst ha varit utslagsgivande; se t ex NJA 1925 s 184 rörande fastighetsöverlåtelse med ett tidsbegränsat förbehåll om avverkningsrätt. Se 42-039 med not 57 nedan. Ett i köprätten typiskt fall av minskning av vederlagets värde är när rådigheten över varan är eller blir inskränkt. Ett särpräglat avgörande i denna kategori är NJA 1937 s 113.

[43] Aleyn 26, 82 Eng.Rep 897, (K.B. 1647). Se närmare 42-039 ff nedan.

Uppenbarligen leder denna ståndpunkt långt bort från gällande rätt. Att en sådan ståndpunkt dessutom försvårar en samhällsekonomiskt önskvärd planering och specialisering torde inte behöva påpekas.

11-032 Avtalslagens angreppssätt är ett annat. I motiven anges att det vore "obilligt att under alla förhållanden avskära möjligheten att taga hänsyn till ett misstag, om vilket mottagaren varken ägt eller bort äga kännedom. Särskilt i sådana fall, då den rättshandling, varom fråga är, ... för medkontrahenten medför förmåner, vilka i värde väsentligen överstiga den betingade motprestationen, torde en sådan möjlighet böra hållas öppen."[44] Yttrandet har uppenbarligen avseende på ursprungliga nyttominskande omständigheter och motiven håller frågan om relevansen av efterföljande omständigheter öppen.[45]

11-033 Avtalslagen tycks således lämna en anvisning om att valet av riskallokering skall ske med ledning av rättskänslan. Problemet är att det uppstår betydande svårigheter att förutse resultatet av en sådan skönsmässig rättstillämpning.[46] Något tillspetsat och provokativt skulle kunna hävdas att parterna i sådana fall skulle kunna avgöra frågan om nyttominskande omständigheters relevans genom lottdragning eller tärningskast, varvid samhället och parterna åtminstone skulle besparas kostnader för tvistelösning.

1.1.8 Syftet

11-034 Det är givetvis en angelägen uppgift att försöka minska osäkerheten genom att formulera kriterier enligt vilka domaren skall låta sin rättskänsla styras. Betydande försök i denna riktning har gjorts i den litteratur som avsatt sig kring förutsättningslärans riskrekvisit. Syftet med denna studie är att med utgångspunkt i gällande svensk rätt bidraga till dessa försök, men samtidigt ifrågasätta de riskallokeringsargument som framförts i litteraturen, exempelvis billighetsprincipen[47] och där så befinnes vara erforderligt söka och utveckla alternativa analytiska utgångspunkter. Resonemangen i dessa delar sker till stor del *de sententia ferenda*, med vilket uttryck här avses min uppfattning om vilka rättsliga avgöranden som

[44] NJA II 1915 s 251.
[45] Se NJA II 1915 s 264 f.
[46] Se Vahlén, TfR 1953 s 394 på s 395. Jfr. Ussing, s 204 f, som på sin tid företog en enkel empirisk undersökning av förutsebarheten i rättstillämpningen.
[47] Se Lehrberg, s 282 f.

bör träffas när gällande rätt är oklar. Jag skall särskilt försöka att besvara följande frågor.

1. I vilken mån är det möjligt att *de lege ferenda* formulera en generell regel för tillämpning i icke lagreglerade fall rörande relevansen av ökade prestationskostnader, vilken ger lösningar som från samhällets synpunkt skulle vara mest tillfredsställande.[48] Allmänt uttryckt gäller det att finna kriterier, baserade på samhällsnyttans princip[49], enligt vilka den part utses som kan anses vara närmare att bära risken.

2. Om en sådan regel kan formuleras, kan den då anses ge uttryck för gällande rätt på det icke lagreglerade området i så måtto att regeln är förenlig med de resultat som uppnåtts i praxis?

3. Om en sådan generell regel kan formuleras med anspråk på att ge uttryck för gällande rätt på det icke lagreglerade området, hur förhåller sig då regeln till lagreglerade specialfall? Om den generella regeln avviker från de lagreglerade fallen, bör det vara en given forskningsuppgift att försöka utröna vilka skäl som uppbär avvikelsen. En sådan undersökning kan ge grund för rättspolitiska ställningstaganden i andra sammanhang till huruvida de skäl som uppbär lagregeln kan anses tillräckligt starka för att ett analogislut grundat på lagregeln skall tillåtas undanträngа den generella regeln (som ju skall leda till en lösning som från samhällets synpunkt skulle vara mest tillfredsställande). Undersökningen kan i detta avseende möjligen bidra till resonemang *de sententia ferenda* i fråga om lämpligheten av analogier eller resonemang *de lege ferenda* i fråga om lämpligheten av att införa modifierade regler.[50]

11-035 Med tanke på att gällande rätt även tillhandahåller vissa rättsföljdsbetingade mekanismer för riskdelning, är det även av vikt att försöka formulera lämpliga och mer precisa kriterier för när en sådan riskdelning bör kunna komma ifråga. Allmänt sett gäller det att identifiera fall när löftesmottagaren inte fritt får sträva efter att maximera det egna värdet *ex post*. Klarhet i detta hänseende torde bidra till att reducera utrymmet för ett transaktionskostnadsdrivande strategiskt beteende hos parterna i omförhandlingar *ex post*.

[48] Jfr. Adlercreutz, TfR 1992 s 282 ff.

[49] Därmed inte sagt att "samhällsnyttans princip" vilar på billighetssynpunkter som skulle minska säkerheten i affärslivet; snarare tvärt om. Jfr. Lundstedt, SvJT 1921 s 325 på s 339.

[50] Se Roos, TfR 1993 s 227 på s 237.

1.1.9 Rekonstruktionsmodellen

11-036 Den metod som skall tillämpas i strävan att nå svar på de i avsnitt 1.1.8 ställda frågorna återgår på en förhandlingsbaserad tankemodell, där avtalsparterna enbart tänks vara intresserade av att maximera transaktionens sammanlagda värde *ex ante* och tänks vara helt ointresserade av frågan hur detta värdetillskott skall fördelas dem emellan.[51] Denna tankemodell, kallad rekonstruktionsmodellen[52], skall tjäna som en utfyllande norm genom hela detta arbete och resultatet av dess tillämpning skall jämföras med den riskallokering som följer av lagregler och principer som utvecklats i praxis utanför det lagreglerade området. Rekonstruktionsmodellen kan därvid samtidigt tjäna som bas för ett ifrågasättande av de överväganden varpå den i lag valda riskallokeringen kan antas vila.

1.1.10 Behandling och avgränsning av rättskällorna

11-037 Studien är, när det gäller det lagreglerade området, genomförd med särskilt avseende på avtal om köp av lös egendom. Detta har tett sig motiverat med tanke på de stora förändringar som nyligen genomförts inom köprätten. Bidragande har också varit köpeavtalens stora ekonomiska betydelse. När det gäller andra avtalstyper – som ägnas ett proportionellt sett mindre utrymme – har jag inskränkt mig till en inventering av regelfloran i syfte att lyfta fram principerna för riskallokeringen, utan ambition att åstadkomma en fullständig beskrivning av alla lagrum i vilka dessa principer framträder. Jag vill, beträffande redovisningen av litteratur och rättsfall, här uttryckligen framhålla att min ambition inte varit att efterforska och finna allt som dömts och skrivits inom det vida fält som undersökningen spänner över. Målsättningen har i stället varit att presentera ett övergripande synsätt, eller resonemang, som löpande prövas mot gällande rätt såsom den låter sig beskrivas med beaktande av vedertagna rättskällor. Jag har ansett mig nödsakad att göra ett urval i det rikhaltiga materialet.

[51] Jfr. Rawls' liknande analytiska utgångspunkt i "*the original position*", där parterna i ett slags samhällskontrakt tänks förflyttade till en *ex ante*-situation utan kunskap ("*the veil of ignorance*") om vilken samhällsställning de senare kommer att inta. Se Rawls, s 17 ff.

[52] Valet av uttrycket "rekonstruktion" grundar sig på Schäfer & Ott som med en liknande metod talar om "*die Rekonstruktion des vollständigen Vertrages*"; Schäfer & Ott, s 327. Uttrycket "rekonstruktion" kan lätt missförstås som innebärande en behandling av ett ursprungligen fullständigt avtal som kommit att bli ofullständigt. Vad som istället åsyftas är en behandling *ex post* av ett ofullständigt avtal i ett *ex ante*-perspektiv. Som jag uppfattat Schäfer & Ott har prefixet "re"- ingen annan betydelse än att just detta *ex ante*-perspektiv i efterhand skall intas.

Jag är medveten om att mitt urval kunde ha gjorts annorlunda av en annan författare och att mitt urval kan diskuteras. Jag hoppas emellertid att det som jag redovisat skall vara representativt för att underbygga de slutsatser som jag vartefter kommer fram till under behandlingen av ämnet.

11-038 Visst nordiskt material beaktas. I fråga om gällande köprätt är rättslikheten stor mellan Sverige och företrädelsevis Finland och Norge. Finländsk och norsk doktrin måste därför rimligen kunna ha ett betydande värde för undersökningen. På samma sätt torde det förhålla sig med den doktrin som i framförallt Danmark och Norge utvecklats med avseende på förutsättningsläran och dess riskrekvisit. Det nordiska rättsfallsmaterialet kan här möjligen illustrera hur liknade situationer skulle kunna komma att behandlas av en svensk domstol.[53] Även 36 § avtalslagen har nära motsvarigheter i de övriga nordiska länderna och det föreligger starka skäl att beakta inte bara doktrinen utan även den praxis som där hunnit utvecklas.[54] Finländsk praxis är på grund av författarens bristande språkkunnighet tämligen svåråtkomlig och åtkomlig isländsk praxis är knapphändig, medan norsk och dansk praxis är rikhaltig. Flera norska avgöranden rör inverkan av ändrade förhållanden på långvariga avtal. Riskallokering och riskdelning i långvariga avtalsförhållanden är här av särskilt intresse. Av denna anledning kan norsk praxis komma att te sig "överrepresenterad" i det följande.

11-039 Även visst utomnordiskt material har beaktats. Undersökningens köprättsliga inriktning gör att sådant material får större betydelse för svensk rätt än det eljest skulle ha. Köplagen baserar sig ju till stora delar på *the 1980 U.N. Convention of Contracts for the International Sales of Goods* (i SFS 1987:822 bil.), nedan benämnd CISG. I den mån CISG och köplagen har motsvarande bestämmelser bör därför den rikhaltiga utländska doktrin som redan avsatt sig kring CISG i hög grad beaktas.[55] Utomnordiskt material utnyttjas i övrigt för den historiska förståelsen av de studerade problemen. Tyngdpunkten ligger här på den idéhistoriska utvecklingen och på problemformuleringarna snarare än på detaljutformningen av rättsregler och praxis.[56]

[53] Jfr. Hellner, *Rättsteori*, s 113 f.

[54] Se Grönfors, *Avtalslagen*, s 221 f; Ramberg, *Avtalsrätt*, s 209 f och Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 13 f.

[55] Se Ramberg, *Köplagen*, s 38. Betydelsen av utländsk doktrin är givetvis än större när CISG är direkt tillämplig. Se CISG Art. 7. Jfr. Hellner, *Rättsteori*, s 114 f. Jfr. NJA 1983 s 3, det s k "Tsesis-fallet. Se härtill Peczenik, s 173.

[56] Jfr. Strömholm, SvJT 1971 s 251 på s 256.

11-040 När det gäller de utomnordiska rättsfallen har dessa behandlats främst som en erfarenhetsbank.[57] Jag har därför endast undantagsvis funnit anledning att gå till källan utan i de flesta fall ansett det vara tillräckligt för ändamålet att basera beskrivningen på referat som återfinns i lagkommentarer och doktrin. Detta har markerats genom hänvisning till respektive kommentar eller författare där fallet refereras. Jag har tillåtit mig en sådan begränsad undersökning, eftersom min avsikt inte varit att göra någon självständig utvärdering av rättsfallets betydelse i och för den rättsordning vari det uppkommit.

11-041 Jag har valt att begränsa de historiska utblickarna till rättsutvecklingen i Tyskland, såsom en representant för ett kodifierat rättssystem, och till rättsutvecklingen i U.S.A (där den engelska rätten utgör historisk bakgrund) såsom en representant för *common law.* Bägge dessa rättsordningar utgår från grundregeln, men bägge erbjuder trots sina skilda historiska utgångspunkter en i jämförelse med exempelvis England och Frankrike rikhaltigare exempelsamling på olika situationer när grundregeln genombrutits.[58] Argumenten för att tillägga nyttominskande omständigheter relevans är på grund av undersökningens inriktning av större intresse som erfarenhetsbank än argumenten mot relevans. Dessa förhållanden gör att rättsutvecklingen i Tyskland och USA har jämförelsevis större intresse än rättsordningar med striktare attityder, t ex England och Frankrike. Beträffande tysk rätt har för övrigt sagts att "*[t]here has been more scholarly discussion of, and greater judicial involvement with, the problem of changed or unforeseen circumstances in Germany than in any other country.*"[59]

11-042 En ytterligare betydelsefull avgränsning av det studerade materialet har gjorts: Avtalsrelationer där riskallokeringsargumenten kan antas vara baserade på att den ena parten typiskt sett anses inta en underlägsen ställning har uteslutits från studien. Således beaktas exempelvis inte konsumentlagstiftningen. Skälen för denna avgränsning skall förklaras närmare i det följande avsnittet.

[57] Jfr. Strömholm, SvJT 1971 s 251 på s 257.

[58] Det tycks som om inverkan av nyttominskande omständigheter, låt vara i olika stor omfattning, kan tilläggas relevans enligt de flesta – kanske rent av alla – nu existerande rättsordningar. För en översiktlig beskrivning av ett stort antal rättsordningar med inbegripande av afrikansk, arabisk, asiatisk och i viss mån latinamerikansk rätt, se Horn, *Adaptation,* s 15 ff.

[59] von Mehren & Gordley, s 1066.

1.2 Effektivitet och värdemaximering

1.2.1 Ekonomisk effektivitet

12-001 Stundom framhålls att det är ett intresse att tillämpningen av rättsreglerna leder till ekonomisk effektivitet.[60] Denna målsättning tycks emellertid vara kontroversiell.[61]

12-002 Hellner framhåller att ekonomisk effektivitet och rättvisa ofta framstår som skilda mål inom den förmögenhetsrättsliga lagstiftningen.[62] Den ekonomiska effektiviteten som mål kan tyckas ha en inneboende hårdhet som kan antas minska dess rättspolitiska genomslagskraft. Om ekonomisk effektivitet skall uppnås, så är vad som framstår som en skälig eller rättfärdig lösning i sig irrelevant. Därmed är naturligtvis inte sagt att man alltid skulle komma till resultat som framstår som oskäliga med tillämpning av den ekonomiska effektiviteten som kriterium.

12-003 Den ekonomiska effektiviteten har också kritiserats för att bedömningarna bygger på egendomsfördelningar som redan är givna; det ligger ingen förändrande kraft i strävan att uppnå effektivitet.[63]

12-004 Det kan också ifrågasättas i vilken mån man i ekonomisk ef-

[60] Beträffande ekonomisk effektivitet eller snarare värdemaximering som rättskälla (eller rättsnorm) se Stavang, s 2 ff och s 41 ff med vidare hänvisningar. Se även Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 8 f och 18 ff.

[61] Se t ex Hellner, *Lagstiftning*, s 176 f och Roos, TfR 1993 s 227 på s 237.

[62] Se Hellner, *Lagstiftning*, s 176. Därmed antyds att det skulle föreligga en motsättning mellan (social) rättvisa och effektivitet. Uppfattningen om en sådan motsättning kan ha bidragit till att göra talet om ekonomisk effektivitet till ett kontroversiellt ämne. För en översiktlig framställning angående relationen mellan effektivitet och sociala skydds- och rättviseaspekter, se Sandgren, JT 1992-93 s 456 ff och JT 1992-93 s 643 ff, med kommentar av Wilhelmsson i JT 1993-94 s 499 ff. Sandgrens framställning är rik på vidare hänvisningar. Den utländska litteraturen är omfattande. Effektivitet som generell beslutsregel och särskilt dess etiska kvalitéer har behandlats på *Symposium on Efficiency as a Legal Concern*; diskussionsinläggen är publicerade i 8 Hofstra L. Rev. s 485-771, 811-973 (1980). Se även t ex Coleman, Trebilcock och Veljanovski, 1 Int'l Rev. L. & Econ, s 5 ff (1981) och, med andra utgångspunkter, Macneil, JITE s 6 ff (1988).

[63] Se Roos, TfR 1993 s 227 på s 233. Jfr. Schäfer & Ott, s 42 f. En annan invändning skulle kunna vara att en rättstillämpning grundad på ekonomisk effektivitet skulle kunna leda till ett förbiseende av den historiska utvecklingen och dess inverkan på rättsuppfattning och sedvänjor; jfr. Carlsson, SvJT 1922 s 361 (replik till Lundstedt om 24§ 1905 års köplag i SvJT 1921 s 325). Det finns också anledning att här åter uppmärksamma de av Trebilcock påtalade begränsningarna i den ekonomiska teorin, nämligen att de för den ekonomiska analysen så fundamentala begreppen "samtycke" och "full information" inte torde kunna definieras eller förstås med hjälp av ekonomisk teori. Se 11-008 med not 11 ovan. Att dessa betingelser är uppfyllda, hur innebörden av begreppen än må ha bestämts, får därför sägas vara ett axiom i den fortsatta framställningen.

fektivitet skall väga in samhällsekonomiska följdverkningar av att löftesgivaren åläggs att bära risken. Det kan t ex tyckas att det vore samhällsekonomiskt ineffektivt att lägga risken på en löftesgivare som är stor arbetsgivare på en liten ort hårt drabbad av arbetslöshet om löftesgivaren därigenom blir ruinerad. Det kan tyckas vara lämpligare att istället lägga risken på löftesmottagaren om denne t ex är ett stort och kanske utlandsbaserat multinationellt företag som med lätthet kan bära förlusten (vilken då ytterst drabbar de utländska ägarna). Enligt min uppfattning finns det skäl att innan sådana hänsynstaganden görs ifrågasätta huruvida avtalsrätten verkligen är det lämpligaste medlet för att bedriva närings- och socialpolitik.[64]

12-005 Den ekonomiska teorin om effektivitet är emellertid inte ägnad att ligga till grund för några etiska ställningstaganden eller ställningstaganden till vad som är skäligt eller rättvist. Den ekonomiska teorin kan inte upplysa om att effektivitet *bör* uppnås. Den ekonomiska teorin kan däremot begagnas för att upplysa om vilka kostnader som uppstår om ett annat mål skall väljas, t ex distributiv rättvisa. Om effektivitet kan antas vara ett på förhand givet mål, så kan den ekonomiska teorin också påvisa att det sätt med vilket vi försöker nå målet kan ersättas med ett bättre sätt och att målet kan uppnås med förbrukande av mindre resurser.[65]

12-006 Den nyssnämnda kritiken mot den ekonomiska effektiviteten som beslutskriterium kan således sägas bygga på en metodologisk kontamination. Kritiken synes bottna i antagandet att ett påstående om att en viss regel är ekonomiskt effektiv i sig innefattar ett påstående att regeln *bör* väljas framför andra tänkbara regler.

12-007 Den ekonomiska effektiviteten kan antas vara mindre kontroversiell inom det område av avtalsrätten där valet av lösningar inte torde styras av hänsynen till konsumenter och andra slags avtalsparter som typiskt sett antas befinna sig i en "underlägsen ställning". Genom att avgränsa ämnet till det område av avtalsrätten där effektiviteten som beslutskriterium torde ha störst betydelse – företrädesvis till avtal mellan näringsidkare – kan möjligen resultatet av detta arbete få större praktisk betydelse än eljest.[66]

[64] Jfr. dock Taxell, *Skadestånd*, s 196.

[65] Se Posner, s 20 f.

[66] Roos synes anse att den avgränsning av ämnet som här gjorts är ett välkänt sätt att "klara sig ur" nyssnämnda (och enligt min uppfattning missriktade) kritik. Se Roos, TfR 1993 s 227 på s 232. Det tycks finnas skäl att, som här, uttryckligen påpeka att uteslutandet av vissa avtalsförhållanden inte enbart föranleds av eskapism utan även av metodologiska överväganden.

12-008 Hellner framhåller att "ingen torde tro att rättvisan kan sammanfattas i några enkla formler", men att det ibland förekommer "uttalanden som tyder på att ekonomisk effektivitet skulle kunna bestämmas entydigt."[67] Hellner anför som exempel på ett sådant uttalande en passage ur Polinsky: "*Contract law can be viewed as filling in [...] 'gaps'*[68] *in the contract – attempting to reproduce what the parties would have agreed to if they could have costlessly planned for the event initially. Since the parties would have included contract terms that maximize their joint benefits net of their joint costs – both parties can thereby be made better off – this approach is equivalent to designing contract law according to the efficiency criterion.*"[69]

12-009 Hellner torde syfta på någon annan svårighet än att entydigt bestämma vad som menas med ekonomiskt effektivitet, ty själva begreppet kan entydigt bestämmas:

> "En ekonomisk situation (en allokering[70]) är *effektiv* om det inte föreligger någon annan tänkbar situation (allokering) som skulle innebära att åtminstone någon individ fick det bättre medan samtidigt ingen annan individ fick det sämre, allt efter varje individs egen bedömning."[71]

12-010 Ekonomisk effektivitet applicerad på en situation där en rättsregel tillåts utfylla ett avtal skulle alltså innebära att det utfyllda avtalet inte skall kunna ersättas med ett annat avtalsinnehåll som medför att åtminstone en part fick det bättre medan samtidigt ingen annan avtalspart fick det sämre, allt efter varje parts egen bedömning.

1.2.2 Ekonomisk effektivitet, ett olämpligt kriterium för riskallokering

12-011 En första svårighet att tillämpa ekonomisk effektivitet som beslutskriterium är att det teoretiskt är möjligt att föreslå ett oändligt antal

[67] Hellner, *Lagstiftning*, s 176.

[68] Dvs de luckor som uppstår därför att parterna inte kan eller vill utsätta sig för det besvär eller de kostnader som är förenade med en fullständig reglering av alla risker.

[69] Polinsky, s 27. Hellner, *Lagstiftning*, s 25, hänvisar till den i detta stycke likalydande upplagan från 1983 .

[70] En allokering exempelvis av risk inom ramen för ett avtalsförhållande [min anmärkning].

[71] Werin, s 66. Den angivna definitionen avser pareto-effektivitet. Ett annat slags effektivitet är effektivitet enligt Kaldor Hicks-kriteriet. Kaldor Hicks-kriteriet är avsett för beslutsfattande i ett makroperspektiv, men skiljer sig i övrigt föga från pareto-effektivitet. Se vidare Schäfer & Ott, s 30 ff.

effektiva allokeringar eller lösningar.[72] Det vore teoretiskt tänkbart att regel a) förbättrar för A utan att försämra för B, samtidigt som regel b) förbättrar för B utan att försämra för A. Det kan också tänkas att domaren eller lagstiftaren upptäcker en tredje regel c) som förbättrar läget för både A och B, men att A skulle föredra regeln a) och B skulle föredra regeln b). Samtliga tre regler skulle kunna vara ekonomiskt effektiva. Effektiviteten som beslutskriterium duger då inte; valet av regel måste göras efter ett ställningstagande i distributivt hänseende.

12-012 En andra svårighet är att en tillämpning av ekonomisk effektivitet som juridiskt beslutskriterium ställer domaren inför en formidabel undersökningsuppgift. Domaren måste inte bara fastställa parternas preferenser i olika avseenden var för sig, utan också som ett resultat av sin undersökning finna en uppsättning regler som är olika i distributivt avseende, men som var för sig inte kan förbättras ytterligare; den ekonomiskt effektiva regeln måste vara *paretoöverlägsen*.[73] Om risken allokeras med utgångspunkt i målet att uppnå ekonomisk effektivitet, sägs att *paretokriteriet* tillämpas.

12-013 I fall av ökade prestationskostnader tycks den ekonomiska effektiviteten som beslutskriterium föranleda antingen att löftesgivaren/gäldenären skall bära risken eller att avtalet utfylls med en prisjusteringsformel.

12-014 Den närmare utformningen av prisjusteringsformeln måste bli beroende av ett flertal faktorer, såsom parternas relativa inställning till risk, deras respektive nyttofunktioner, deras respektive tillgång till nyttigheter utanför avtalet liksom brutto- och nettofördelarna av avtalet.[74] Prisjusteringsformeln är också beroende av om prestationskostnaderna kommer att

[72] Dessa lösningar har det gemensamt att de kan prickas in på den så kallade kontraktskurvan, dvs den kurva som tänks framträda som en funktion av parternas preferenser. Se närmare, Werin, s 82 f och Varian, s 487 f.

[73] Den effektiva regeln uppfyller paretokriteriet när varje samhällsmedlem antingen föredrar samhällstillståndet x framför samhällstillståndet y eller är likgiltig inför vilket av de bägge tillstånden som gäller. Tillståndet x skall väljas om åtminstone en samhällsmedlem föredrar tillståndet x. Om en övergång från samhällstillståndet y till x då inträffar, sägs en *paretoförbättring* ha skett och tillståndet x sägs vara *paretoöverlägset* tillståndet y. Ett krav på att varje samhälleligt beslut skall innebära en paretoförbättring kan te sig mycket svårt att tillämpa. I princip skulle varje beslut behöva fattas med full enighet och varje individ skulle ha vetorätt om han föredrog den redan rådande ordningen. I en tvist mellan två avtalsparter, skulle således en part kunna inlägga sitt veto mot en regel som han förlorar på trots att förbättringen för den andra parten överstiger den första partens förlust. Se Schäfer & Ott, s 22 f.

[74] Se Sykes, 19 J. Legal Stud., s 43 (1990) på s 48.

ha en kontinuerlig sannolikhetsfördelning (*continuous probability distribution*) eller ej.[75] Formeln påverkas vidare av om värdet av prestationen ökar när prestationskostnaderna ökar. Prestationskostnaderna kan stiga på grund av att priset på vissa ingående komponenter ökar. Detta kan – men behöver inte – föranleda att medkontrahentens betalningsvillighet ökar; noteras bör att värde (betalningsvillighet) och avtalat pris inte är samma sak.[76]

12-015 Om parterna skulle tvingas dela på kostnaderna för att administera en sådan regel, t ex genom att betala en skiljeman, skulle de troligen *ex ante* ofta välja ett annat beslutskriterium som inte förutsätter så ingående undersökningar. Kanske skulle dock parterna ignorera de administrativa kostnaderna om dessa kunde övervältras på någon annan, t ex skattebetalarna, som får hålla domstol "gratis", trots att den sammanlagda vinst som parterna gör med den paretoöverlägsna regeln är mindre än de administrativa kostnaderna. Vid sådant förhållande framgår att strävan att skapa ekonomiskt effektiva regler inte alltid är samhällsekonomiskt motiverad.

1.2.3 Värdemaximeringsprincipen

12-016 För juridiken behövs ett mer praktiskt beslutskriterium än ekonomisk effektivitet. Kravet på paretoöverlägsenhet kan ersättas med ett anspråk på att istället uppnå en nettoförbättring. Detta innebär att regeln a) väljs framför en annan tänkbar regel om regeln a) intagen i avtalet *ex ante* skulle ha givit upphov till en större pott av nytta att dela på. Det är förmodligen en sådan målsättning som ligger bakom Polinskys nyss återgivna uttalande.[77]

12-017 Det finns således skäl att ifrågasätta om inte talet om ekono-

[75] En sannolikhetsfördelning (*probability distribution*) är en lista med sannolikhetstal som åsatts alla tänkbara utfall. Se Varian, s 212. Att sannolikhetsfördelningen är kontinuerlig innebär att en liten förändring av förhållandena medför att också prestationskostnaderna endast förändras litet och inte hoppar (diskontinuerligt) till en annan nivå.

[76] Sykes identifierar flera ytterligare faktorer: diskontering av pris och värde på grund av tidsutdräkten mellan avtalstidpunkt och prestationstidpunkt samt parternas tillgång till nyttigheter vare sig de ingår avtalet eller ej. För att en prisjusteringsformel skall kunna utformas med ledning av alla dessa faktorer fordras härtill att löftesmottagaren inte har ådragit sig några utgifter i förlitan på att prestationen skall fullgöras. Löftesgivaren skall inte kunna undvika eller övervinna ökade prestationskostnader och löftesmottagaren skall inte kunna begränsa sin skada om prestation uteblir. Se Sykes, 19 J. Legal Stud., s 43 (1990) på s 47.

[77] Citatet ur Polinsky är hämtat ur en grundläggande lärobok och författaren framhåller med en tydlig förenkling att "*efficiency corresponds to 'the size of the pie'*" (Polinsky, s 7) och att begreppet effektivitet i hans framställning skall uppfattas som ett "*intuitive concept*" (a st, not 4).

misk effektivitet som målsättning bör överges till förmån för en mindre ambitiös målsättning, nämligen att av flera möjliga riskallokeringsregler välja den som *ex ante* kan antas ge den största nettoförbättringen i förhållande till en alternativ regel.

12-018 Av teoretiska och praktiska skäl är det förmodligen nödvändigt att finna ett kriterium för dessa nettoförbättringar som inte bygger på nytta. När det gäller riskallokering blir det nämligen i praktiken nödvändigt att *ex post* välja mellan en regel som förbättrar för parten A, men försämrar för parten B eller vice versa. Det synes inte vara möjligt att i dessa fall utreda huruvida den ena eller den andra lösningen leder till en nettoökning av nytta.[78] Det är här begreppet *värde* kommer in i bilden. Med ekonomiskt värde avses pris, dvs hur mycket någon är villig att betala för en viss nyttighet, eller hur mycket någon kräver för att ge upp en viss nyttighet som redan innehas. Värdet mäts således i termer av betalningsvillighet.[79] Betalningsvilligheten är naturligvis en funktion av betalningsförmågan. Det är här viktigt att klargöra att det är fråga om att tillämpa värdemaximering som *tankemodell*. I tankemodellen kan antas att bägge parter har *samma betalningsförmåga*.

12-019 Om vi således i tankemodellen fingerar att de berörda parterna har samma betalningsförmåga, bör betalningsvilligheten bli en acceptabel indikator på nytta. När således allokeringen av risk sker så att den part som kan antas vara villig att bära risken mot det minsta vederlaget också får bära risken, vare sig något vederlag betingats för detta eller ej, sägs här att riskallokeringen sker enligt *värdemaximeringsprincipen*.[80]

12-020 Att eftersträva värdemaximering är väsentligt mindre ambitiöst än att eftersträva ekonomisk effektivitet. Det kan sägas att vi med värdemaximering som kriterium är beredda att nöja oss med det näst bästa och att vi strävar efter att undvika sämre lösningar.

[78] Den ena partens nytta kan inte subtraheras från eller adderas till den andra partens nytta så att beslutsfattaren kan göra sig en föreställning om nettoresultatet. Se 11-008 med not 10 ovan.

[79] Betalning avser inte endast betalning med pengar. Innehav av pengar ses i det följande endast som ett potentiellt anspråk på konsumtion av nyttigheter. Se Posner, s 11 ff.

[80] Uttrycket värdemaximeringsprincipen skall här tilläggas en juridisk, snarare än en ekonomisk konnotation. Valet av uttryck innebär således inte något ställningstagande till Posners *wealth maximization principle*, vilken har kritiserats bl a av Coleman, s 95 ff.

1.3 Transaktionskostnader

1.3.1 Coase-teoremet

13-001 Uttalandet att rättsreglerna bör utformas så att transaktionskostnaderna hålls låga väcker knappast någon gensaga. Detta kan tyckas märkligt, eftersom det, till skillnad från begreppet ekonomisk effektivitet, finns betydande svårigheter att ge begreppet transaktionskostnader ett entydigt innehåll.[81]

13-002 Studiet av transaktionskostnadernas betydelse för rättsreglerna påbörjades i ett relativt sent skede. Möjligen får Ronald Coases ca 30 år gamla arbete betecknas som startskottet.[82] Den av Coase lanserade lärosatsen, Coase-teoremet, torde kunna sammanfattas:

Om transaktioner är kostnadsfria, kommer tillgängliga resurser att fördelas så att värdet av resurserna maximeras (graviterar mot ekonomisk effektivitet) oavsett hur det ursprungliga innehavet av resurser gestaltat sig.

13-003 Enligt Coase-teoremet borde det vara likgiltigt om gällande rätt säger att avtal alltid skall fullgöras *eller* att avtal alltid är slutna med förbehåll om att omständigheterna skall förbli desamma, *eller* att avtal skall fullgöras, men bara om det är skäligt. Den slutliga allokeringen av resurser kommer inte att påverkas. På samma sätt förhåller det sig med regler om riskfördelning. Som exempel kan tänkas en regel som säger att säljaren inte ansvarar för dröjsmål som orsakats av eldsvåda i hans fabrik. Men vi kan också tänka oss en regel som säger att ett sådant dröjsmål är ett skadeståndsgrundande kontraktsbrott. Enligt Coase-teoremet kan risken, oavsett vilken regel vi väljer, förväntas slutligt hamna hos den part som är villig att bära den mot det minsta vederlaget. Dock kan en av de två tänkbara reglerna visas vara att föredra enligt värdemaximeringsprincipen.[83] Om den dispositiva rätten bygger på den motsatta regeln, följer av Coase-teoremet att parterna genom förhandlingar kan förväntas avtala om en annan riskfördelning. Parterna kan sägas göra en *korrigerande transaktion* mot ökat totalt värde.

13-004 En av förtjänsterna med Coase-teoremet är dess förmåga att tydliggöra konsekvenserna av det orealistiska antagandet att transaktio-

[81] Med kostnad avses i det följande *alternativkostnad*, dvs värdet av en resurs i dess bästa alternativa användning. Se Werin, s 41. Alternativkostnadsbegreppet är helt framåtriktat. Redan nedlagda kostnader (*sunk costs*) antas sakna relevans vid ekonomiskt beslutsfattande.

[82] Coase, 3 J. L & Econ., s 1 ff (1960).

[83] Se avsnitt 2.4.

nerna är kostnadsfria. Den omvända följden av Coase-teoremet blir att rättsreglerna har ekonomisk betydelse så snart transaktionerna medför kostnader – och det gör de alltid.[84] Förhållandet att transaktionskostnaderna aldrig är noll, omkullkastar i och för sig inte Coase-teoremet; transaktionen kan antas äga rum enligt teoremet om respektive parts andel av transaktionskostnaderna är lägre än transaktionens värde för respektive part. Det väsentliga är dock här att betydelsen av rättsreglerna belyses; om låga transaktionskostnader är en målsättning, bör rättsreglerna ges ett sådant innehåll att ett minimum av korrigerande transaktioner erfordras för att uppnå värdemaximering.

1.3.2 Transaktionskostnadsbegreppets innehåll

13-005 Någon enighet om hur transaktionskostnadsbegreppet skall bestämmas synes inte föreligga; begreppet framträder som den ekonomiska motsvarigheten till fysikens friktion. Begreppet tycks inte kunna befrias från vaghet.[85] Jag har valt att i stort ansluta mig till den innebörd som Williamson ger begreppet.[86] Enligt Williamson bör en uppdelning ske mellan transaktionskostnader *ex ante* och transaktionskostnader *ex post*. Transaktionskostnader *ex ante* är kostnader förenade med att anskaffa information, förhandla och skapa mekanismer för att säkerställa fullgörelse. Transaktionskostnader *ex post* är kostnader förenade med åtlydnad av avtal som framstår som dåliga, kostnader förenade med att rätta till detta (t ex genom omförhandling), kostnader förenade med att skapa, vidmakthålla och använda tvistelösningsmekanismer (inte alltid allmän domstol eller ens genom intervention av en tredje man), kostnader förenade med att övervaka fullgörelsen, etc.

13-006 Transaktionskostnadsbegreppet har en ansenlig vidd. När transaktionskostnaderna beaktas blir varje undersökning mer komplex än

[84] Däri ligger kanske teoremets största landvinning. Se Schäfer & Ott, s 84 f, angående kritiken att Coase-teoremet skulle vara en tautologi. Coase-teoremet hävdas härtill bygga på ett par ytterligare (implicita) antaganden. Ändringen av den ursprungliga fördelningen av resurser får inte bero på inkomstfördelning; "*no income effects*". Se Varian, s 550 f. Vidare antas att marknaden för transaktionerna är perfekt, dvs vi behöver exempelvis inte räkna med konkurrenshämmande karteller, transaktionerna berör inte några publika nyttigheter och periodiska instabiliteter antas inte förekomma. Se Schäfer & Ott, s 86 ff. Se även Hellner, *Coase-teoremet,* s 110 f.

[85] Se t ex Werin, s 33, där det blott konstateras att "det drar kostnader att träffa och genomföra ett avtal, s.k *transaktionskostnader.*"

[86] Se Williamson, s 20 ff.

vad som blir fallet om man bortser från att transaktionskostnader förekommer.[87] En ekonomisk analys av avtalsrättsliga frågor som inte beaktar att transaktionskostnader finns och styr parternas handlande, torde få begränsad praktisk betydelse. Om å andra sidan transaktionskostnaderna beaktas, riskerar hypoteserna att bli så komplexa att de varken kan falsifieras eller verifieras genom empirisk iakttagelse.[88] Huruvida denna risk skall tas eller inte måste förmodligen avgöras från fall till fall. Jag har valt att beakta inverkan av transaktionskostnader; det tillstås att resonemangen i dessa delar är i hög grad intuitiva.

13-007 Något förenklat kan nu sägas att målet att minska transaktionskostnaderna i ekonomin är den egentliga orsaken till varför vi skall bekymra oss om innehållet i den dispositiva rätten. Om rättsreglerna tenderar att allokera resurser och risk enligt värdemaximeringsprincipen bör det totala antalet korrigerande transaktioner bli mindre än eljest. Transaktionskostnaderna *ex ante* minskar. Om regeln dessutom är klar och förutsebar kan det förväntas att det totala antalet tvister minskar.[89] Transaktionskostnaderna *ex post* minskar. Vissa slag av transaktionskostnader *ex ante* och *ex post* berörs inte alls eller endast undantagsvis av att risken regleras enligt värdemaximeringsprincipen, t ex kostnader för att skapa mekanismer för att säkerställa och övervaka fullgörelse.

1.4 Disposition

14-001 Detta arbete är disponerat såsom följer. I *kapitel 2* presenteras den metod som skall tillämpas. Vissa försök diskuteras att med ekonomisk effektivitet eller värdemaximering som rättesnören konstruera generella riskallokeringsregler. Med utgångspunkt i dessa tidigare försök föreslås en sådan regel – rekonstruktionsmodellen – för tillämpning i icke lagreglerade fall rörande relevansen av nyttominskande omständigheter.

14-002 I ett särskilt avsnitt jämförs rekonstruktionsmodellen med marknadens val av riskallokering vad gäller specifikt risken för strejk. I ett annat avsnitt jämförs rekonstruktionsmodellen med förutsättningsläran riskrekvisit.

14-003 I *kapitel 3* undersöks i ett övergripande perspektiv i vilken

[87] Williamson, s 19.
[88] Se Posner, s 16.
[89] Se Cooter & al., 9 J. Legal Stud., s 225 ff (1982) och Roos, JT 1994-95 s 476 på s 482 ff.

mån ond tro och enuntiativt uppträdande har självständig betydelse vid val av riskallokering (betydelsen av sådana faktorer vid val av rättsföljd undersöks däremot inte). Särskilt intresse tillkommer fall där förekomsten av ond tro och enuntiativt uppträdande befunnits vara irrelevanta i riskallokeringshänseende. Om löftesgivaren trots löftesmottagarens onda tro eller enuntiativa uppträdande med avseende på en viss nyttominskande omständighet får bära risken, borde risken *a fortiori* ligga på löftesgivaren när löftesmottagaren kan anses ha varit i god tro eller inte har uppträtt enuntiativt. Delvis som en produkt av detta synsätt föreslås vissa analytiska utgångspunkter för relevansen av ond tro och enuntiation.

14-004 I *kapitel 4* övergår undersökningen till att specifikt avse fall när löftesgivaren/gäldenärens prestationskostnader ökat. Som inledningsvis framhållits tilläggs i svensk rätt ökade prestationskostnader främst betydelse på så sätt att löftesgivaren/gäldenären i vissa fall befrias från skadeståndsansvar vid kontraktsbrott. Efter en inledande beskrivning av rättsutvecklingen undersöks huvudsakligen de riskallokeringsargument som mer eller mindre explicit kommer till synes i de ansvarsförutsättningar som anges i kontrollansvarsregeln respektive culparegeln. Tyngdpunkten ligger på köplagens kontrollansvarsregel. Framställningen syftar till att klarlägga förekommande avvikelser i riskallokeringshänseende – och skälen för dessa avvikelser – mellan å ena sidan de lagreglerade fallen och å andra sidan rekonstruktionsmodellen. Undersökningen är främst avsedd att bidra till diskussionen om huruvida kontrollansvarsregeln bör tillämpas analogt eller om den bör få stå tillbaka för andra tänkbara riskallokeringsregler.

14-005 I *kapitel 5* diskuteras förhållandet mellan riskallokering och valet av rättsföljd med särskilt avseende på rättsföljdsbetingade *riskdelningsargument*. Det *ex ante*-perspektiv som värdemaximeriengsprincipen bygger på konfronteras här med betraktelser *ex post* inför valet av rättsföljd. Som vi skall se, varken kan eller bör värdemaximeringsprincipen ensam vara styrande, utan en syntes är erforderlig. Speciell uppmärksamhet ägnas långvariga avtalsrelationer och det behov av flexibilitet som där föreligger. Problemställningen är inte specifikt köprättslig och det ter sig därför befogat (och nödvändigt) att studera även andra avtalsrelationer, dock utan anspråk på fullständighet. Resonemangen är skissartade och förs tämligen fritt i förhållande till vedertagna rättskällor. I focus står den betydelse som ifrågakommande rättsföljder, t ex uppsägning, frånträdande och jämkning, kan antas ha för parternas efterföljande strategiska överväganden och därmed för transaktionskostnaderna *ex post*. Tyngdpunkten

ligger på betydelsen av svårigheten att förutse huruvida och i vilken mån avtalet kan komma att jämkas om inte parterna förmår omförhandla sitt avtal i ljuset av ändrade förhållanden. Syftet är att med dessa utgångspunkter för en vidare rättspolitisk diskussion föreslå åtminstone mindre svårförutsebara kriterier främst för när uppsägning, frånträdande och jämkning bör kunna komma ifråga. Resultaten av studien sammanfattas i *kapitel 6*.

Kapitel 2
Rekonstruktionsmodellen

2.1 Inledning

21-001 Den utfyllande norm som skall presenteras och utvecklas i detta kapitel bygger på tanken att ett avtal som uppvisar en ofullständig reglering av risk genom vad jag valt att kalla rekonstruktion skall kunna bli fullständigt i riskallokeringshänseende. Denna rekonstruktionsmodell är härledd ur värdemaximeringsprincipen. Rekonstruktionsmodellen är avsedd att i efterhand ge domaren en anvisning om vad som kan antas ha utgjort en värdemaximerande riskallokering *ex ante*. Rekonstruktionsmodellen skall samtidigt tillgodose målsättningen att nedbringa transaktionskostnaderna.

21-002 Rekonstruktionsmodellen kan lämpligen presenteras med hjälp av en fiktion. Parter som befinner sig i en tvist *ex post* tänks förflyttade till situationen *ex ante* i en förhandling om ett avtal som fullständigt beskriver och allokerar all upptänklig risk. Som inledningsvis förutskickats stannar rekonstruktionen på rättsfaktaplanet. Efter rekonstruktionen kan således endast uttalas huruvida grundregeln att löftesgivaren skall bära risken bör genombrytas eller icke.

21-003 För enkelhets skull antas att parterna i det fullständiga avtalet är *riskneutrala* eller att de är lika *riskaversiva*.[1] Parterna antas också vara opåverkade av kognitiva imperfektioner med avseende på förhållningssättet till risk.[2] De antas slutligen vara helt inriktade på värdemaximering. En

[1] Om värdet av risken får utgöras av produkten av sannolikheten för att en viss negativ händelse skall inträffa och den förlust som uppstår om denna händelse inträffar, kan A sägas vara riskneutral om han är villig att utge en ersättning som exakt motsvarar riskens värde för att B skall bära risken. Om A istället endast är villig att utge en ersättning som understiger riskens förväntade värde, sägs han vara riskbenägen. Om A är villig att utge en ersättning som överstiger riskens förväntade värde, sägs han vara riskaversiv. För den riskaversive gäller att marginalnyttan av ökade intäkter är avtagande. För den riskbenägne förhåller det sig tvärtom. För den riskneutrale är marginalnyttan av ökade intäkter konstant. Se Varian,

följd av detta antagande är att parterna tänks avstå från alla slags värdekrävande beteenden vid den tänkta förhandlingen *ex ante*.

21-004 Verklighetens avtalsparter kan naturligtvis inte förväntas uppträda på detta värdemaximerande sätt. En samverkan mellan parterna framtvingas, eftersom de har ett gemensamt intresse; att maximera transaktionens sammanlagda värde. Men parterna har å andra sidan också motstridiga intressen; varje part vill ha så mycket som möjligt av detta sammanlagda värde för egen del. I så måtto är avtalsförhandlingen *a game of strategy* eller *a mixed motive game*.[3]

21-005 Parternas strävan att kräva värde för egen del föranleder distributivt betingade strategiska och taktiska beteenden, exempelvis förtigande av väsentliga fakta och vilseledande om reservationspris, preferenser och bedömningar av den framtida utvecklingen. När ett sådant förhandlingsbeteende förekommer blir det givetvis svårare för parterna att komma fram till ett värdemaximerande avtal. Varje part för sig kan förväntas avstå från att ge information som skulle öka den gemensamma potten därför att parten fruktar att medkontrahenten kommer att utnyttja informationen så att det blir svårare för parten att kräva värde.[4]

21-006 Rekonstruktionsmodellen avser därför inte att fastställa den riskallokering som parterna *faktiskt* hade kommit fram till om de verkligen förhandlat *ex ante*.[5] Vad som efterforskas är den riskallokering som ter sig samhällsekonomiskt mest önskvärd; det kan då vara träffande nog att säga att den ena parten anses vara närmare att bära risken. Rekonstruktionsmo-

s 220 f. Detta kan också uttryckas så, att den riskneutrale är villig att riskera hela sin förmögenhet för en chans om 50% att kunna fördubbla den. Den riskaversive är däremot inte villig att göra det. Inställningen till risk anses inte enbart vara en personlighetsfråga; principen om den avtagande marginalnyttan antas leda till att riskbenägenheten minskar när den innehavda nyttan uppnått en viss nivå.

[2] För en översikt av forskningsresultat avseende psykologiskt betingade förhållningssätt till risk se Noll & Krier, 19 J. Legal Stud., s 747 ff (1990).

[3] Se Schelling, s 99 ff och *passim*.

[4] Detta förhållande har träffande betecknats "*the negotiator's dilemma*". Se Lax & Sebenius, s 29 ff. Jfr. Taxell, *Avtalsrättens normer*, s 11.

[5] Se dock Smit, 58 Colum. L. Rev., s 287 (1958) på s 313, som framhåller att den relevanta frågeställningen för riskallokeringen bör vara "*what the parties would have done, if they had taken into account the possibility and degree of probability of the occurrence of the unanticipated events.*" Möjligen skall uttalandet inte förstås så att det är vad domaren kan anta i fråga om vad parterna antagligen faktiskt skulle ha avtalat som skall vara styrande, utan vilken riskallokering som är "*reasonable with accustomed fairness and efficiency*"; a a, s 315.

dellen är alltså inte subjektivt inriktad utan syftar till formuleringen av en objektiv utfyllande norm.[6]

21-007 Det kan noteras att en rekonstruktion med dessa utgångspunkter inte med nödvändighet medför att det fullständiga avtalet alltid framstår som förnuftigt vid en efterföljande bedömning, gjord sedan man fått kunskap om att någon risk realiserats.[7] En domare kan tänkas tycka att avtalet trots att det är fullständigt aldrig borde ha ingåtts, t ex därför att avtalet ger upphov till en nettoförlust av värde. Domarens åsikt härom är enligt rekonstruktionsmodellen irrelevant.

21-008 Det första konsekventa försöket att tillämpa en metod som liknar rekonstruktionsmodellen tycks kunna tillskrivas Posner & Rosenfield.[8] Det skall genast framhållas att Posner & Rosenfield inte haft ambitionen att utveckla någon utfyllande regel för riskallokering, utan att de haft den mindre långtgående målsättningen att tillskapa "*an analytical framework*" med vars hjälp skulle kunna påvisas att "*the common law has an internal economic logic stronger than many scholars believe.*"[9] Avsikten med den följande presentationen av Posner & Rosenfields modell är att påvisa i vilka avseenden modellen behöver vidareutvecklas för att kunna tjäna som analytisk utgångspunkt när det är fråga om att försöka formulera en utfyllande riskallokeringsregel.

2.2 Rekonstruktion enligt Posner & Rosenfield

2.2.1 Inledning

22-001 Posner & Rosenfields undersökning är inriktad på de amerikanska lärorna om *impracticability*[10] och *frustration*[11]; läran om *mistake*[12]

[6] Jfr. Taxell, *Skadestånd*, s 52.

[7] Se närmare 23-021 ff nedan.

[8] Posner & Rosenfield, 6 J. Legal Stud., s 83 (1977). Artikeln uppmärksammades tidigt i Sverige och finns införd i Skog, s 57–94. Den tycks emellertid inte ha inspirerat till några vidare diskussioner här. Artikeln finns i sammandrag i Goldberg. Posner & Rosenfield hänvisar på s 83 med not 2, till en tidigare undersökning med liknande inriktning; Birmingham, 20 Hastings L. J., s 1393 (1969).

[9] Posner & Rosenfield, a a, s 118.

[10] Se närmare avsnitt 4.2.4 nedan.

[11] Se Treitel, s 281 ff för en översikt över läran om frustration och dess framväxt.

[12] Läran om *mistake* behandlas däremot med liknande utgångspunkter av Kronman, 7 J. Legal Stud., s 1 ff (1978) och med inbegripande av spelteori av Rasmusen & Ayres, 22 J. Legal Stud., s 309 ff (1993). Se även Cooter & Ulen, s 257 ff. Se om *mutual mistake* 33–052 ff nedan.

lämnas därhän.[13] Utgångspunkten för deras studie är att det inte behöver ske någon ytterligare undersökning av riskallokeringen om avtalet uttryckligen anger vem som skall bära risken.[14] Detta följer även av författarnas antagande att avtalsrättens funktion är att säkerställa att de önskningar som parterna uttryckt i avtalet blir gällande.

22-002 Om parternas önskningar inte kan uttydas hävdar Posner & Rosenfield att avtalsrätten skall verka för reducerade förhandlingskostnader. Förhandlingskostnader är som tidigare påpekats en typ av transaktionskostnader som uppstår *ex ante*. Modellen tycks dock helt okänslig för betydelsen av transaktionskostnader *ex post*.[15]

22-003 Enligt Posner & Rosenfield kan förhandlingskostnaderna antas bli reducerade om lagstiftaren tillhandahåller utfyllande regler som parterna troligen skulle ha antagit om förhandlingar hade ägt rum. Modellen synes således legitimeras genom en hänvisning till en hypotetisk partsvilja och inte direkt till effektivitet eller värdemaximering som mål i sig.[16]

22-004 Endast om avtalet inte tar uttrycklig ställning till riskens fördelning skall vi sålunda gå vidare och då med frågan vilken av parterna som är den bättre bäraren av risken (*the superior risk bearer*). Enligt författarna är detta den av parterna som har relativt sett bättre möjligheter än den andra att förhindra att risken realiseras.

22-005 Endast om löftesmottagaren är den bättre bäraren av risken *kan* risken läggas på honom. Om å andra sidan löftesgivaren är den bättre bäraren av risken, *skall* risken läggas på honom.

22-006 Författarna anser att det vore ekonomiskt ineffektivt att lägga risken på löftesmottagaren om löftesgivaren haft möjlighet att förhindra att risken realiseras till kostnader som understiger riskens förväntade negativa värde, men det omvända förhållandet anses inte nödvändigtvis gälla. Löftesgivaren kan nämligen vara den bättre försäkraren (*the superior insurer*).[17]

[13] Märkas bör att Posner & Rosenfield genomför sitt resonemang med utgångspunkt i att rättsföljden antingen är *discharge* eller *damages*, vilket är naturligt eftersom studien specifikt avser lärorna om *impracticability* och *frustration*. Mitt betraktelsesätt och val av terminologi gör att Posner & Rosenfields uttalanden här kommer att återges på ett annat sätt än författarna själva valt. När författarna exempelvis uttalar att säljaren befrias från avtalet, sägs istället här att löftesmottagaren får bära risken. Skillnaderna i framställningssätt är enligt min uppfattning utan saklig betydelse.

[14] Posner & Rosenfield, a a, s 90.

[15] Jfr. Posner & Rosenfield, a a, s 91 med not 25.

[16] Se Posner & Rosenfield, a a, s 88.

[17] Posner & Rosenfield, a a, s 90. Här avses inte enbart den relativa förmågan att försäkra sig mot förluster genom köp av en försäkring från ett försäkringsbolag.

22-007–9 Enligt modellen avgörs frågan om vem av parterna som är den bättre försäkraren av två frågor:

(1) Vem kan till lägst kostnad göra en uppskattning av risken?

Denna första fråga sönderfaller i två underordnade frågor.

a) Vem kan till lägst kostnad uppskatta sannolikheten för att en viss negativ händelse skall inträffa?

b) Vem kan till lägst kostnad uppskatta de skadeverkningar som uppstår om händelsen inträffar?

Enligt författarna måste bägge dessa faktorer vara kända för att en part skall kunna ta ställning till mot vilket vederlag risken skall bäras.

Om informationskostnaderna skall kunna beaktas är distinktionen mellan å ena sidan sannolikheten för att risken skall realiseras och å andra sidan storleken av skadeverkningarna om risken realiseras fundamental. Fall av informationsasymmetri är emellertid inte ovanliga. Det rör sig om situationer kännetecknade av att den ena parten bäst kan uppskatta sannolikheten för en skadlig händelse medan den andra parten bäst kan uppskatta skadeverkningarna. Detta medför genast tillämpningsproblem. Tillämpningsproblemen kan återföras på Posner & Rosenfields subjektiva teoretiska utgångspunkt, att det verkligen är nödvändigt att parten måste ha haft möjlighet att utkräva ett vederlag för att bära risken. Problem uppstår även när det gäller att avgöra vilken betydelse parternas subjektiva inställning till risk skall tillmätas i det konkreta fallet.

(2) Vem kan till lägst kostnad eliminera eller minimera riskens negativa verkningar genom försäkring, t ex diversifiering eller köp av en försäkring på marknaden?[18]

22-010 Enligt modellen *kan*, som nyss framhållits, risken läggas på löftesmottagaren om han är den bättre riskbäraren. En annan fråga är om risken *skall* bäras av löftesmottagaren redan av det skälet. Detta synes inte vara avsett. Löftesmottagaren måste tydligen vara både den bättre riskbäraren och den bättre försäkraren för att löftesgivaren skall slippa bära risken enligt Posner & Rosenfields modell. Man söker förgäves efter några skäl för detta ställningstagande. Författarnas ståndpunkt kommer inte till explicit uttryck, men den framgår av deras beskrivning av hur modellen typiskt skall tillämpas.[19]

[18] Posner & Rosenfield, a a, s 91 f.
[19] Posner & Rosenfield, a a, s 92.

22-011 I det enkla fallet kan löftesmottagaren få bära risken när löftesgivaren inte rimligen (*not reasonably*) kunde ha förhindrat den händelse som medfört att prestationen blivit oekonomisk (*uneconomical*).

22-012 Tydligen släpper författarna här kravet på att löftesmottagaren (rimligen) skall ha haft möjlighet att förhindra händelsen. Möjligen beror detta på att författarna utgår från att en av parterna alltid kan utses till den bästa riskbäraren. Denna utgångspunkt kan dock knappast vara riktig. Vem kan exempelvis förhindra ett myndighetsbeslut som påverkar nyttan av avtalet? Författarnas resonemang är inte klart på denna punkt.

22-013 Författarna släpper emellertid inte bara kravet på att löftesmottagaren skall ha haft möjlighet att förhindra risken från att realiseras, utan de inför två nya kriterier. Dels uppställs ett "rimlighetsrekvisit", dels ett krav på att prestationen skall ha blivit oekonomisk. Författarna kan med rimlighetsrekvisitet möjligen antas ha åsyftat att kostnaderna för att förhindra risken från att realiseras måste vara mindre än riskens förväntade negativa värde. De utvecklar innebörden av uttrycket "*uneconomical*" enligt följande: "*But whether the cost [of performance] is infinite, or merely prohibitive relative to the gains from performance (as in the impracticability and frustration cases), is a distinction without relevance to the purposes of contracts or contract law. There is thus no functional distinction between impossibility and frustration cases on the one hand and impracticability cases on the other.*"[20]

22-014 När det gäller den amerikanska läran om *frustration* är problemet inte hänförligt till prestationskostnaderna. Vad som istället är av betydelse är frågan om löftesgivaren inte längre har något intresse av att uppbära vederlag och därför skall befrias från sin prestationsskyldighet.[21] Eftersom författarnas resonemang även avser *frustration* måste uttrycket "*uneconomical*" avse bytesrelationen som sådan.

22-015 När författarna i första hand låter riskallokeringen styras av huruvida löftesgivaren rimligen kunde ha förhindrat den händelse som medfört att bytesrelationen blivit oekonomisk antas implicit att parterna – om de förhandlat *ex ante* – skulle ha enats om att löftesgivaren skall svara för alla risker, vare sig han kan förhindra dem från att realiseras till rimliga kostnader eller ej, om bara riskens realisering inte medför att bytesrelationen inte blir oekonomisk (men väl förlustbringande för löftesgivaren). En-

[20] Posner & Rosenfield, a a, s 86.
[21] Se t ex Farnsworth, s 689 ff.

ligt min uppfattning saknas stöd för detta antagande.[22]

22-016 Det förefaller inte heller stå i överensstämmelse med värdemaximeringsprincipen att låta löftesgivaren svara för de risker som löftesmottagaren kunde ha förhindrat från att realiseras till en lägre kostnad bara därför att bytesrelationen inte kan anses ha blivit oekonomisk, såsom uttrycket får förstås mot bakgrund av lärorna om *impracticability* och *frustration*.

22-017 Men även om löftesgivaren visar att han inte rimligen kunde ha förebyggt risken och dessutom visar att prestationen blivit oekonomisk måste enligt Posner & Rosenfield ytterligare betingelser vara uppfyllda för att risken skall läggas på löftesmottagaren.

22-018 Löftesmottagaren måste ha haft möjlighet att försäkra sig mot risken till en lägre kostnad än löftesgivaren på grund av att löftesmottagaren:

(a) kunde bättre än löftesgivaren bedöma både
(i) sannolikheten att händelsen skulle inträffa och
(ii) skadan om händelsen inträffade *och*

(b) kunde ha försäkrat sig billigare, t ex genom att sprida risken, medan löftesgivaren hade nödgats köpa en dyrare försäkring av tredje man.

22-019 Posner & Rosenfield visar hur modellen skall tillämpas i två hypotetiska fall. Fallen rör dels ett avtal om specialtillverkning av en maskin, dels ett avtal om leveranser av kol till fast pris.

2.2.2 Den specialtillverkade maskinen[23]

22-020 En säljare sluter avtal med en köpare rörande tillverkning och installation av en tryckpress. Köparen är medveten om att tryckpressen kommer att tillverkas efter hans egna specifikationer och att maskinen efter färdigställandet kommer att ha ett begränsat värde för andra tryckerier än hans eget. När maskinen färdigtillverkats, men före installationen hos köparen, totalförstörs köparens tryckeri genom brand, vilket föranleder köparen att förklara att leverans av maskinen inte kommer att mottas. Vi antar att maskinen kan säljas till en annan köpare endast med förlust samt att säljaren häver avtalet och ansöker om stämning mot köparen med yrkande om skadestånd. Köparen bestrider käromålet och förebringar utred-

[22] Se avsnitt 4.3.4 angående aktivitetsrekvisitet i kontrollansvarsregeln.
[23] Posner & Rosenfield, a a, s 92 ff.

ning från brandmyndigheten som visar att branden uppkommit utan hans vållande och att han inte kunde ha förhindrat branden till rimliga kostnader.

22-021 Författarna konstaterar att löftesgivaren/köparen måste anses ha haft bättre möjligheter än löftesmottagaren/säljaren att förebygga branden, men att detta inte skall tillmätas någon avgörande betydelse. Troligen intas denna ståndpunkt därför att utredningen i det hypotetiska fallet ju uttalar att löftesgivaren/köparen inte kunde ha förhindrat branden till rimliga kostnader.

22-022 Enligt Posner & Rosenfields synsätt måste vi vid sådant förhållande försöka utröna vem som är den bättre försäkraren. Författarna hävdar utan närmare motivering, att löftesgivaren/köparen i jämförelse med löftesmottagaren/säljaren kan antas ha haft lättare att uppskatta sannolikheten för en brand, men att löftesmottagaren/säljaren, å andra sidan, i varje stadium av maskinens tillverkning har haft lättare att uppskatta skadan av utebliven leverans. Detta förklaras av att endast löftesmottagaren/-säljaren kan veta hur tillverkningskostnaderna fördelar sig över tiden.

22-023 Posner & Rosenfield tar inte närmare ställning till hur denna informationsasymmetri skall lösas, utan antar för det fortsatta resonemanget att risken var möjlig att uppskatta för åtminstone en av parterna, det vill säga att produkten av sannolikheten för en eldsvåda och storleken av den resulterande skadan lät sig fastställas vid avtalets ingående. Författarna uttalar att löftesmottagaren/säljaren, beroende på produktionsvolym och tidigare erfarenhet av liknande händelser[24], kan ta ut ett högre pris (en försäkringspremie) för att täcka risken. Han antas således genom priset ha en möjlighet att självförsäkra sig.

22-024 Det synes sakna betydelse om löftesmottagaren/säljaren faktiskt lagt på en riskpremie på priset; det avgörande är att han haft möjlighet att göra detta. Det måste emellertid vara svårt att bestämma storleken av denna riskpremie, eftersom löftesgivaren/köparen vid avtalsslutet antagits bättre än löftesmottagaren/säljaren kunna bedöma sannolikheten för eldsvåda. Resonemanget är oklart på denna punkt.

22-025 Författarna anser att löftesgivaren/köparen skulle ha svårare att självförsäkra sig. Skadan (på grund av vägran att ta emot leverans) skulle vara alltför stor för att kunna täckas genom tillägg på det pris som löftesgivaren/köparen kan ta ut av sina kunder.

[24] Förhållandet att tidigare erfarenhet av liknande händelser nämns tyder på att författarna avsett reglering av risk som kan återföras på en frekvens. Se 11-006 med not 4 ovan.

22-026 Inte heller detta påstående kommenteras närmare av författarna. Posner & Rosenfield antar slutligen att löftesgivaren/köparen inte haft realistiska möjligheter att köpa sig en försäkring mot risken för eldsvåda med skydd även för skadeståndskrav till följd av icke fullgjorda avtalsförpliktelser. Han skall därför befrias från sin skyldighet att fullgöra avtalet; dvs löftesmottagaren/säljaren skall bära risken. Som synes bygger modellen i tillämpning på en mängd åsikter som inte närmare beläggs eller diskuteras. Misstanken insmyger sig att modellen utformats så att den skall kunna bekräfta författarnas hypotes, att ekonomisk effektivitet såsom Posner & Rosenfield uppfattar den är immanent i *common law.*

2.2.3 Fastprisavtalet[25]

22-027 Säljaren är en större koncern som bedriver kolbrytning jämte tillverkning och försäljning av koleldade värmepannor. Säljaren sluter avtal om försäljning av värmepannor med tre sinsemellan oberoende köpare. Enligt avtalen åtar sig säljaren jämväl att leverera kol till respektive köpare till ett visst pris och under en viss tid. Enligt avtalen skall priset på det levererade kolet justeras enligt konsumentprisindex. Några år efter avtalssluten fyrdubblas oväntat priset på kol. Prisökningen är hänförlig till faktorer som får liten genomslagskraft i det valda indexet. Indexklausulen ger därför grund endast för en marginell ökning av priset. Till följd härav förklarar säljaren att ytterligare kolleveranser till köparna inte kan påräknas. Som skäl anför säljaren att han skulle gå i konkurs om han tvangs att fullgöra avtalen. Säljaren hävdar att prisstegringen var oförutsebar och att säljaren borde vara fritagen från skyldighet att fortsätta sina leveranser. Var och en av köparna kräver skadestånd av säljaren för skillnaden mellan avtalat pris och marknadspris för kolleveranser under den återstående avtalstiden.

22-028 Posner & Rosenfield berör inte frågan om avtalsinnehållet skall fastställas så att löftesgivaren/säljaren skall anses ha åtagit sig att bära risken för prisökningar som inte täcks av konsumentprisindex.[26]

22-029 De uttalar att ingen av parterna kan sägas ha haft bättre möjligheter än den andra att förebygga prisstegringen. Vi får därför direkt försöka avgöra vem den bättre försäkraren är. Vi måste då avgöra om någon

[25] Posner & Rosenfield, a a, s 94 f.

[26] Se däremot 53-038 nedan beträffande *Northern Indiana Public Service Co v. Carbon County Coal*, 799 F.2d 265 (7th Cir. 1986).

av parterna kan sägas ha haft större möjligheter än den andra att bedöma sannolikheten för den förlustbringande händelsen, dvs en stark prisökning på kol.

22-030 Posner & Rosenfield uttalar att löftesgivaren/säljaren inte kan antas ha haft större möjligheter än löftesmottagarna/köparna att bedöma sannolikheten för detta. Jag finner detta ställningstagande föga övertygande. En kolproducent borde i allmänhet ha större erfarenhet av kolmarknaden med dess prisfluktuationer än den typiske köparen av en värmepanna. Men låt oss bortse från detta och spetsa till det hypotetiska fallet; kolpriserna antas förut i stort sett ha följt konsumentprisindex och aldrig någonsin ha fyrdubblats såsom nu skett. I ett sådant fall blir författarnas antagande rimligare.

22-031 Posner & Rosenfield tar nu nästa steg i sin analys med frågan om vem som bäst kan uppskatta skadans storlek. De finner att det är löftesmottagarna/köparna som bäst kan göra detta. Endast dessa kan veta huruvida det är möjligt att begränsa skadeverkningarna genom att övergå till ett substitut till kol, t ex olja. Skall då var och en av löftesmottagarna/köparna anses vara den bättre försäkraren? Posner & Rosenfield anser inte detta och anför ett nytt kriterium som hittills inte nämnts: Löftesgivaren/säljaren är den av parterna som bäst kan undvika de skadliga verkningarna av prisökningen.

22-032 Vid sådant förhållande synes författarna inte tillmäta de möjligheter säljaren har att uppskatta sannolikheten och skadan någon betydelse. Möjligheten att undvika de skadliga verkningarna framträder som en sidoordnad yttring av "försäkringstestet".

22-033 Författarna framhåller att två faktorer är avgörande för att kunna bedöma de skadliga verkningarna nämligen dels mängden kol som löftesgivaren/säljaren åtagit sig att leverera till bestämt pris, dels hans priskänslighet. Priskänsligheten beror i sin tur av vilken mängd kol som han lovat leverera utan täckning i befintliga lager eller utan täckning av befintliga leveransavtal till fast pris i bakre led. Författarna framhåller att löftesgivaren/säljaren måste anses ha större möjligheter än någon av löftesmottagarna/köparna att bedöma den potentiella förlusten, vilket ju är någonting annat än att bedöma storleken av den skada som löftesmottagarna/köparna kan komma att lida om leveranser från löftesgivaren/säljaren uteblir. Posner & Rosenfield kommer på grund av detta fram till att löftesgivaren/säljaren, bl a på grund av skalfördelar, måste antas ha bättre möjligheter än löftesmottagarna/köparna att undvika de skadliga verkningarna av oväntade prisökningar genom att lägga sig i en neutral position med hjälp

av terminskontrakt eller *futures contracts*.[27] Slutresultatet blir därför att löftesgivaren/säljaren skall stå risken för den oväntade prisökningen.

2.2.4 Utvärdering av rekonstruktion enligt Posner & Rosenfield

22-034 Posner & Rosenfields modell är, som framhållits ovan, otydlig i fråga om vilka omständigheter i det enskilda fallet som domstolen skall beakta. Om domstolen i första hand skall försöka rekonstruera det fullständiga avtal som just de tvistande parterna skulle ha ingått *ex ante* bör parternas inställning till risk tillmätas betydelse. En sådan undersökning av parternas preferenser *ex ante* är dock i regel inte möjlig att genomföra.

22-035 Modellen inbjuder också till tämligen svårhanterliga försök att utforska huruvida det avtalade priset kan ge en antydan om hur parterna valt att fördela risker.[28]

22-036 Det finns en uppsjö av frågor att ställa. Bland annat kan frågas vilken betydelse det skall ha om det kan utredas att den ena parten har åsatt en förutsedd risk ett lägre sannolikhetstal än den andra parten och den andra parten på objektiva grunder måste anses vara den bättre försäkraren.

22-037 I de båda hypotetiska fallen kommer författarna fram till att säljaren skall bära risken. Skulle deras tillämpning av modellen ändras om det i fallen kunde styrkas att bägge säljarna hade låg produktionsvolym? Vilken betydelse har det i exemplet med den specialtillverkade tryckpressen om det kan styrkas att säljaren saknade all erfarenhet av händelser liknande den som köparen råkat ut för? Vilken betydelse skulle det i detta fall ha om säljaren kunde visa att köparen faktiskt kunde ha fått tag i en försäkring som täcker även skadeståndskrav på grund av icke fullgjorda avtalsförpliktelser eller täcker den onyttiga utgift som köparen skulle ha haft för att ta emot tryckpressen?

22-038 Värre än dessa oklarheter beträffande vilka omständigheter som skall anses relevanta, är att modellen synes kunna brukas för att i vissa fall motivera en motsatt lösning mot den som Posner & Rosenfield kommit fram till. Låt oss återvända till exemplet med den specialtillverkade tryckpressen. Vi antar att parterna har samma inställning till risk, dvs är riskneutrala eller lika riskaversiva.

22-039 I det hypotetiska fallet antogs att löftesgivaren/köparen haft relativt sett bättre möjligheter att förebygga branden, även om de förebyg-

[27] Se 24-053 ff nedan.
[28] Jfr. 24-004 beträffande NJA 1950 s 389 (*AB Tegefors ./. Äggfors AB*).

gande åtgärderna skulle ha kostat mer än de smakat i förhållande till riskens storlek *ex ante*. Den relativa förmågan att förebygga händelsen tillmättes emellertid inte avgörande betydelse. Det kan ifrågasättas om typiska parter till ett sådant avtal skulle ha resonerat så *ex ante*. Det förefaller rimligare att parterna under avtalsförhandlingarna (som antas vara helt inriktade på värdemaximering och sakna inslag av konkurrens) i första hand lägger risken på den som har den bästa förmågan att förebygga händelsen.

22-040 Om löftesmottagaren/säljaren skulle ta risken för händelser som löftesgivaren/köparen kan förebygga, har löftesmottagaren/säljaren anledning frukta att köparen *ex post* får ett reducerat incitament att lägga ned ens rimliga kostnader för att förebygga händelsen. I vårt hypotetiska fall befanns det ju genom brandmyndighetens utredning vara styrkt att löftesgivaren/köparen inte kunde ha förhindrat branden till rimliga kostnader, dvs till kostnader som understeg riskens förväntade negativa värde.

22-041 Att incitamentet att vidta förebyggande åtgärder borde minska, om löftesgivaren/köparen vet att domstolen – om åtgärderna inte vidtas – kommer att beakta löftesmottagarens/säljarens bättre möjligheter till självförsäkring, framgår av följande exempel.

22-042 Antag att löftesgivaren/köparen har sitt tryckeri under daglig uppsikt efter avtalsslutet. Antag vidare att han inte har någon försäkring mot anspråk på skadestånd på grund av icke fullgjorda avtal, men att brandförsäkring finns. Han kan finna det ovisst huruvida kostnaderna för att förebygga brandrisken är lägre än riskens negativa värde. Om han ändå ådrar sig dessa kostnader kommer avtalet att kunna fullgöras som planerat, men avtalet blir mindre förmånligt än om risken inte behöver förebyggas. Om han väljer att inte förebygga, kommer troligen avtalet att kunna fullgöras med ett förmånligare resultat. Men det kan också tänkas att brand inträffar. Detta scenario kan sluta på två sätt. Antingen förpliktar domstolen löftesgivaren/köparen att utge köpeskillingen/skadeståndet, därför att domstolen finner att branden kunde ha förebyggts till rimliga kostnader, eller läggs risken på löftesmottagaren/säljaren i egenskap av bäste försäkrare, därför att domstolen finner att branden inte kunde ha förebyggts till rimliga kostnader. En riskneutral löftesgivare/köpare som strävar efter att maximera det egna utfallet av avtalet sedan förhandlingarna avslutats kommer inte alltid att välja att ta en säker kostnad för att förebygga brand även om kostnaderna är mindre än riskens negativa värde, utan kan föredra att chansa på att domstolen kommer att anse att kostnaderna inte var rimliga.

22-043 Löftesmottagaren/säljaren lär få svårt att värdera betydelsen av detta och får svårt att bestämma en adekvat riskpremie (vilket han som

ovan framgått skall ha möjlighet till enligt Posner & Rosenfields synsätt). Det kan ju också inträffa att riskens värde förändras under avtalets bestånd; om risken ökar efter avtalsslutet har löftesmottagaren/säljaren kanske tagit ut en för låg riskpremie. Han åtar sig en risk som i vart fall teoretiskt kan kontrolleras av medkontrahenten. Det kan nog typiskt sett förväntas att löftesmottagaren/säljaren kommer att sträva efter att vara på den säkra sidan och söka överkompensation för att ta över risken. Det ligger nära till hands att förmoda att en riskneutral löftesgivare/köpare väljer att köpa maskinen billigare och själv ta risken. Det är förmodligen den lösning som skulle maximera det totala värdet av parternas avtal i denna del. Detta talar för att den relativa förmågan att förebygga risken borde tillmätas betydelse i första hand. I sådant fall bör löftesgivaren/köparen bära risken för brand.

22-044 Låt oss nu gå vidare och pröva hållbarheten i Posner & Rosenfields resonemang kring parternas relativa förmåga att bedöma riskens negativa värde. Här blir den subjektiva modellen riktigt problematisk. Det handlar nämligen om att värdera en given risk som inte var förutsedd vid avtalsslutet. Vi håller oss fortfarande till det hypotetiska fallet med tryckpressen.

22-045 Författarna hävdar att löftesgivaren/köparen i jämförelse med löftesmottagaren/säljaren haft lättare att uppskatta sannolikheten för en brand. Detta påstående motiveras inte närmare, men påståendet förefaller *prima facie* åtminstone lika rimligt som att bägge parter haft lika goda möjligheter att uppskatta sannolikheten. Vad som inte omnämns i modellen är att löftesgivaren/köparen, med samma logik, borde ha lättare än löftesmottagaren/säljaren att bedöma huruvida det finns anledning att revidera bedömningen av sannolikheten under tiden för fullgörelsen. Detta förhållande skulle kunna tänkas ha viss betydelse. Om risken ligger på löftesgivaren/köparen, kan han vid insikt om att sannolikheten ökat välja att förebygga händelsen. Om risken ligger på löftesmottagaren/säljaren, kan han bara konstatera att han tagit ut en för låg riskpremie vid avtalsslutet.

22-046 Författarna hävdar vidare att löftesmottagaren/säljaren haft lättare att uppskatta skadan av en utebliven leverans i varje stadium av maskinens tillverkning; det är egentligen bara löftesmottagaren/säljaren som kan veta hur tillverkningskostnaderna fördelar sig över tiden. Detta är säkert i allmänhet riktigt. Av resonemanget framgår emellertid inte varför förmågan att bedöma tillverkningskostnadernas fördelning över tiden skall ha någon betydelse. Det som borde vara intressant för parterna vid tidpunkten för avtalsslutet är den potentiella förlustrisken och här har vi ju utgått från att den är maximerad till köpeskillingens belopp. Denna skada

har parterna lika goda möjligheter att bedöma. Vid värderingen av risken *ex ante* vore det rimligt om parterna antog att risken för eldsvåda hos löftesgivaren/köparen är lika stor vid varje tidpunkt av tillverkningen. Risken borde därför utgöras av ett sammanvägt värde av alla potentiella utfall mellan noll och hela köpeskillingens belopp. Betraktat på detta sätt borde löftesgivaren/köparen ha bättre möjligheter än löftesmottagaren/säljaren att värdera risken.

22-047 Resonemang kring parternas relativa förmåga att värdera risken blir artificiella när sannolikheten för en negativ händelse inte, som vid brand, kan bedömas med utgångspunkt i frekvens. När modellen kräver att parten *faktiskt* skall ha haft möjlighet att försäkra sig eller ta ut en premie, måste dock även sådan risk värderas.

22-048 När det gäller parternas relativa förmåga att försäkra sig mot risken uttalar Posner & Rosenfield att löftesmottagaren/säljaren kan ta ut ett pris som inkluderar en riskpremie. De framhåller, på oklara grunder, att löftesgivaren/köparen däremot skulle ha svårare att självförsäkra sig, eftersom skadan skulle vara alltför stor. Men detta kan knappast vara riktigt. Båda parter borde väl kunna ta ut en riskpremie på det pris de uppger till sina respektive kunder. Löftesgivaren/köparen, som säljer trycksaker, tidningar och böcker bör ha riskpremien utslagen på varje enskild produkt. Den blir liten, men kan spridas på många fler kunder än vad fallet är med löftesmottagaren/säljaren. Ytterst borde omsättningen här bli avgörande.

2.3 Rekonstruktion enligt Schäfer & Ott

2.3.1 Inledning

23-001 Posner & Rosenfields modell har vidareutvecklats av Schäfer & Ott till en mer praktisk beslutsregel.[29] Rekonstruktionsmodellen framträder hos dessa närmast som ett verktyg för individuell utfyllnad (*ergänzende Vertragsauslegung*) och har tydliga beröringspunkter med läran om *Geschäftsgrundlage*.[30]

23-002 Författarna utgår i likhet med Posner & Rosenfield från att avtalets uttryckliga reglering av risk i första hand skall gälla. Till stöd härför anför de Pareto-kriteriet.[31]

[29] Se Schäfer & Ott, s 327–340.
[30] Se närmare 42–126 ff nedan.
[31] Se 12-012 ovan.

23-003 Sedan skiljer sig modellerna åt. Schäfer & Ott låter analysen inledas med frågan huruvida någon av parterna haft möjlighet att förhindra risken från att realiseras till en kostnad som understiger riskens förväntade negativa värde. Posner & Rosenfield är som vi sett otydliga i sin inställning på denna punkt.

23-004 Om inte någon av parterna haft möjlighet att förhindra risken, övergår Schäfer & Ott till att undersöka huruvida det var möjligt att försäkra sig mot risken genom att ingå ett försäkringsavtal. Vi skall strax återkomma till betydelsen av att en marknad för försäkringar mot vissa risker utvecklat sig.[32] Endast om risken inte kunnat försäkras på detta sätt, går Schäfer & Ott vidare med frågan vilken av parterna som får anses vara den bättre bäraren av risken (*der überlegene Risikoträger*).[33]

23-005 Vi ska närmast undersöka hur Schäfer & Ott finner sin *überlegener Risikoträger*. Författarna utgår därvid från två kriterier. Dels storleken av de informationskostnader som uppstår för att överhuvudtaget identifiera risken, dels parternas relativa förmåga att utnyttja sin produktionsvolym för att sprida risken över ett stort kollektiv.[34] Det senare kriteriet framskymtade även hos Posner & Rosenfield.

2.3.2 Afrokommers Export

23-006 Schäfer & Ott illustrerar sina tankegångar med hjälp av följande hypotetiska fall.

> Afrokommers Export I[35]: Exportföretaget Afrokommers fick en beställning avseende leverans av 100 lyftkranar till en afrikansk stat som startat ett projekt för att flytta landets huvudstad. Afrokommers beställde i sin tur de 100 kranarna att tillverkas av ett ledande företag på marknaden för byggkranar. Innan tillverkningen påbörjats förklarade den afrikanska staten att projektet avbrutits och avbeställde köpet. Afrokommers avbeställde i sin tur de kranar som tillverkaren skulle producera. Tillverkaren kräver ersättning för förlorad handelsvinst. Afrokommers vägrar att utge ersättning och saken går till domstol, där Schäfer & Ott dömer med tillämpning av rekonstruktionsmodellen.

23-007 Schäfer & Ott finner att löftesgivaren/Afrokommers skall anses vara den bättre riskbäraren. Författarna resonerar som följer. Afrokom-

[32] Se avsnitt 2.4.5.

[33] Det är således inte samma sak som Posner & Rosenfields *superior risk bearer*.

[34] Stöd i den ekonomiska teorin för att tillämpa detta kriterium anser sig författarna finna bl a hos Arrow, s 29 ff.

[35] Schäfer & Ott, s 337 f.

mers är ett företag som regelbundet bevakar den afrikanska marknaden. Företagets vinst är till och med beroende av att information införskaffas löpande. Löftesmottagaren/tillverkaren har inte denna insikt om förhållandena på den afrikanska marknaden. Hans framgång är beroende av information hänförlig till andra marknadssegment. Löftesgivaren/Afrokommers borde veta hur riskabla affärer med u-länder är. Löftesgivaren/Afrokommers kan förväntas kompensera sig för dessa risker genom relativt höga riskpåslag på priserna och genom att bygga upp fonder. Löftesmottagaren/tillverkaren har sin uppmärksamhet riktad åt helt annat håll och kan inte antas vid en förhandling om det fullständiga avtalet ha varit beredd att ta risken för att den afrikanske beställaren drar sig ur affären. Ersättning till löftesmottagaren/tillverkaren skall därför utgå.

23-008 Schäfer & Ott nämner inte det mycket tunga skäl för den valda lösningen som består i att löftesgivaren/Afrokommers har större möjligheter att få kompensation för skadan sedan den väl uppkommit genom att i sin tur kräva den afrikanska staten på ersättning för dess kontraktsbrott. Detta är en ju en omständighet som starkt talar för att parterna i en förhandling om det fullständiga avtalet skulle ha enats om att löftesgivaren/Afrokommers skall bära risken.

23-009 Det bör sakna betydelse om löftesgivaren/Afrokommers i det enskilda fallet har avhänt sig denna möjlighet genom att godta en rätt för den afrikanske beställaren att frånträda avtalet eller accepterat en begränsning av dennes skadeståndsansvar.[36] Löftesgivaren/Afrokommers bör bära konsekvenserna av sitt beslut. Det finns i vart fall inte något skäl att bara av denna anledning lägga risken på löftesmottagaren/tillverkaren. Förmodligen skulle löftesgivaren/Afrokommers dessutom ha uppburit ett vederlag från den afrikanske beställaren för att acceptera ett sådant avtal.

23-010 Schäfer & Ott ändrar därefter sakomständigheterna i det hypotetiska fallet på några punkter.

> Afrokommers Export II: Tillverkaren antas nu vara ett multinationellt företag med inriktning på u-länder. Vid sina affärer med Afrika använder sig tillverkaren stundom av små företag, t ex Afrokommers, vilket är ett företag bestående av fem medarbetare. Afrokommers har i detta fall råkat ta ordern och anlitat tillverkaren för att fullgöra avtalet.

23-011 Författarna kommer nu fram till att löftesmottagaren/tillverkaren är den bättre riskbäraren. Den relativa förmågan att hantera informationskostnaderna är här inte något lämpligt kriterium att fördela risken efter.

[36] Jfr. 24-016 f nedan.

Bägge företagen är ju specialiserade på u-länder. Löftesmottagaren/tillverkaren har emellertid den bättre förmågan att hantera risken på grund av sin mycket större omsättning och transaktionsfrekvens. Afrokommers undgår ersättningsskyldighet.

23-012 Resultatet kan enligt min uppfattning kritiseras, om inte löftesmottagaren/tillverkaren kan föra skadeståndstalan mot den afrikanske beställaren på kontraktuell grund.[37]

23-013 Schäfer & Ott bemöter genast läsarens förmodade invändning att fallet bara är en maskerad billighetsjustis, styrd av vem av parterna som har "*the deepest pocket*". De framhåller häremot att det inte är skillnaden i storlek och förmögenhet som är avgörande.

23-014 I förhandlingen om det fullständiga avtalet kan det förväntas att den part tar risken som kan täcka sig genom det minsta prispåslaget på sina produkter.

23-015 Men hur skall man bedöma ett fall där den ena parten har bättre förmåga att skaffa information och den andra parten bättre förmåga att täcka risken genom prispåslag? Schäfer & Ott hävdar att detta fall skall avgöras så, att den part som har lägst informationskostnader skall bära risken. Schäfer & Ott uttalar att det eljest skulle uppstå ett incitament för mindre företag att övervältra risker som de borde ha bäst insikt om på de större företagen.

23-016 Schäfer & Ott räknar inte med att rekonstruktionsmodellen kan leda till lösningar i samtliga tänkbara fall. Det finns risker som parterna i den fiktiva förhandlingen om det fullständiga avtalet skulle åsätta samma negativa värde. Om löftesgivaren tar risken ökar hans krav på vederlag med x kronor och vice versa. En sådan situation kan tänkas uppkomma om bägge parter har lika stora informationskostnader och samma förmåga att sprida risken. Varken den ena eller den andra riskallokeringen kan då motiveras med hjälp av värdemaximeringsprincipen.

23-017 Författarna framhåller att det i sådana fall är av synnerlig vikt att rättsordningen tillhandahåller en enhetlig lösning till ledning för prisbildningen. Schäfer & Ott framlägger försiktigtvis förslaget att risken i sådana fall skall fördelas med beaktande av rådande rättviseföreställningar och de anser att parterna skall dela på risken.[38]

23-018 Rekonstruktionsmodellen i denna tappning undanröjer de

[37] Se Hellner, *SpA II:2*, s 127, beträffande möjligheterna att föra talan mot medkontrahentens medkontrahent.

[38] Se Schäfer & Ott, s 340.

otydligheter som vidlåder Posner & Rosenfields modell. Med Schäfer & Ott löser vi lättare både det hypotetiska fallet med tillverkningen av tryckpressen och fallet med kolleveranserna. I bägge fallen torde de relativa informationskostnaderna vara avgörande.

23-019 I tryckpress-fallet läggs risken på löftesgivaren/köparen, eftersom denne typiskt sett har lättast att bedöma risken för brand i den egna fabriken. I kolleverans-fallet läggs risken på löftesgivaren/säljaren därför att han typiskt sett har lättast att bedöma risken för prisfluktuationer på den marknad där han är aktiv. Resultaten torde vara relativt förutsebara. Domstolen kan tillämpa regeln utan att parterna behöver föra in någon bevisning om förutsebarhet eller det eventuellt oekonomiska i bytesrelationen. Det är irrelevant för lösningarna i vilken utsträckning parterna *faktiskt* haft någon möjlighet att bilda sig en uppfattning om riskens negativa värde och därefter utkräva ett tillägg till priset.

2.3.3 Kritik mot rekonstruktion enligt Schäfer & Ott

23-020 Schäfer & Otts rekonstruktionsmodell har kritiserats av Helmut Köhler.[39] Det finns anledning att uppehålla sig härvid, eftersom ett bemötande av kritiken tydliggör rekonstruktionsmodellens utgångspunkter.

23-021 Köhlers kritik avser modellens tillämpning när den uppkomna skadan överstiger avtalets ursprungligen beräknade samlade nytta. Köhler finner även modellen vara illa ägnad att förklara lösningar vid "oförnuftiga avtal" och slutligen påpekar han, vilket även Schäfer & Ott gjort, att modellen inte ger vägledning i fall när riskens fördelning inte ger upphov till någon ökning av avtalets totala värde. Denna senare invändning skall här inte kommenteras utöver vad som redan skett.

23-022 Låt oss undersöka bärkraften i den första invändningen och med Köhler utgå från stängningen av Suezkanalen i november 1956, en händelse som på sin tid förorsakade många tvister.

23-023 Låt oss ge problemet en köprättslig formulering och anta att en löftesgivare/säljare i Sudan åtagit sig att frakta varor med båt till en löftesmottagare/köpare i Sverige enligt leveransvillkoret CIF. Låt oss vidare anta att löftesgivaren/säljaren i sin priskalkyl utgått från att det skulle vara möjligt att ta vägen via Suezkanalen och Medelhavet. Stängningen av Suezkanalen gör det omöjligt att ta denna väg. Vi antar också att stängningen var oförutsebar och att CIF-klausulen därför inte utan vidare avgör

[39] Köhler, s 156 ff.

riskallokeringsfrågan. Löftesgivaren/säljaren måste för att utföra transporten ta vägen runt Afrika. Antag slutligen att merkostnaderna för denna transport är så stora att avtalet, om det fullgörs, ger ett negativt samlat nettovärde, dvs att löftesgivarens/säljarens förlust är större än löftesmottagarens/köparens vinning av ett fullgjort avtal. Problem uppstår här egentligen endast om löftesgivaren/säljaren tvingas fullgöra i stället för att beredas möjlighet att frånträda avtalet mot att utge skadestånd; jfr. 23 § köplagen.[40] Men låt oss spetsa till problemet och anta att än större nettoskador uppkommer om avtalet inte fullgörs.

23-024 Köhler frågar sig hur avtalet borde ha sett ut om parterna hade förutsett risken och kommit fram till att riskens negativa värde översteg avtalets sammanlagda värde. Köhler drar slutsatsen att något avtal då inte hade ingåtts. Köhler förefaller här sammanblanda skadan *ex post* och riskens negativa värde *ex ante* i ett slags efterklokhet. Det förhållandet att risken var avlägsen eller oförutsebar tyder på att riskens negativa värde *ex ante* skulle ha betraktats som obetydligt (trots att den tänkbara skadan var stor). Parterna kan då förväntas ingå avtalet och fortfarande ha uppträtt helt förnuftigt. Köhlers kritik aktualiserar kanske istället det problem som uppstår när löftesgivaren gjort en uppenbar felbedömning av risken; t ex därför att löftesmottagarens beteende eller yttranden försvagat incitamentet hos löftesgivaren att själv göra en bedömning av risken. Det bör givetvis vara möjligt att frångå den riskallokering som följer av rekonstruktionsmodellen i sådana fall.[41]

23-025 Risken för skadliga händelser kan inte alltid förebyggas, men de skadliga verkningarna av att risken realiseras kan ofta undvikas eller mildras. Vid den fiktiva avtalsförhandlingen om det fullständiga avtalet skulle parterna uppmärksamma den i och för sig avlägsna risken att Suezkanalen skulle komma att stängas (för första gången i världshistorien!) och först fråga sig vem av parterna som har en kostnadsfördel när det gäller att skaffa information om riskens storlek. Detta kan vara den sudanesiske säljaren, om han har omfattande affärsförbindelser med aktörer i det aktuella området eller regelmässigt åtar sig fraktrisker genom att ingå CIF-avtal. Om sakomständigheterna i fallet är sådana att detta inte kan antas, förväntas parterna undersöka vem som kan åta sig att sprida risken mot det minsta vederlaget. Detta kan vara den svenske köparen beroende på transaktionsfrekvens och omsättning.

[40] Jfr. Tiberg, s 97 ff.
[41] Se närmare avsnitt 3.4.

23-026 Hur förhåller det sig då med de "oförnuftiga avtalen" (*die unvernünftigen Verträge*). Köhler utgår från ett hypotetiskt exempel rörande konsumentköp av bil, men denna omständighet har ingen betydelse för riskallokeringen i förevarande sammanhang. En arbetslös köpare (löftesgivaren), som antar att han snart kommer att få arbete, köper en dyr bil på avbetalning. Löftesmottagaren/bilhandlaren delar löftesgivarens/köparens optimistiska inställning. Men parternas förväntningar kommer snart på skam. Köhler frågar sig nu hur det fullständiga avtalet skulle ha sett ut. Han kommer fram till att parterna haft möjlighet att hantera situationen på fyra skilda sätt och att parterna misslyckats med att sluta det avtal som hade varit förmånligast för dem:

(i) Avtal ingås med bestämmelse att löftesgivaren/köparen står risken för att betalning inte kan erläggas. Mot denna lösning talar att löftesmottagaren/säljaren skulle lida en förlust om betalningen uteblir. Köhler anför här att ett skadestånd inte kommer att täcka alla kostnader och att det är osäkert om löftesgivaren/köparen överhuvudtaget kommer att kunna utge något skadestånd alls. Här må anmärkas att förhållandet att rättsföljden av ett kontraktsbrott kan vara inadekvat inte är en faktor i rekonstruktionsmodellen och att den inte heller skall vara det. Det som efterforskas är den bästa allokeringen av risken som sådan.

(ii) Avtal ingås, men löftesmottagaren/säljaren tar risken mot en riskpremie på priset. Löftesgivaren/köparen har emellertid parterna emellan störst möjligheter att bedöma risken för att han inte skall få arbete. Fel part tar risken. Riskallokeringen är undermålig.[42]

(iii) Avtal ingås inte nu, utan parterna avvaktar att löftesgivaren/köparen skall få anställning. Förnuftigt, säger Köhler, men löftesmottagaren/säljaren kan inte resa anspråk på att få genomföra försäljningen om löftesgivaren/köparen verkligen får anställning.

(iv) Den bästa lösningen vore att ingå ett avtal nu, men villkora avtalets bestånd av att löftesgivaren/köparen får anställning, vilket ju bägge parterna tror.

23-027 Kritiken bygger på en paternalistisk inställning vilken inte kan motiveras med ekonomiska utgångspunkter; Köhler vet bättre än parterna i det hypotetiska exemplet vilket avtal de borde ha träffat. Bortsett från att

[42] Jfr. UfR 1963 s 429 Ø (bilköp återgick utan ersättningsskyldighet sedan köparen inte klarat av att ta körkort).

det inte torde vara möjligt att på detta sätt rangordna de olika möjliga avtalen åt parterna, vilar kritiken på en missuppfattning. Vad som är föremål för rekonstruktionen är det faktiskt föreliggande avtalet och inte något annat avtal som parterna kunde ha ingått.

2.4 Den tillämpade rekonstruktionsmodellen

2.4.1 Inledning

24-001 Efter ovanstående diskussion skall nu en generell utfyllande riskallokeringsregel föreslås för jämförelse med riskallokering i lagreglerade fall och för tillämpning *de sententia ferenda* i icke-lagreglerade fall.

24-002 I likhet med Posner & Rosenfield och Schäfer & Ott är här den primära utgångspunkten att partsviljan i första hand bör vara avgörande för riskallokeringen i den mån någon partsvilja kan utläsas av avtalet.

24-003 Detta ställningstagande kan återföras på pareto-kriteriet; parterna antas själva veta vilken riskallokering som är lämpligast. Detta förutsätter emellertid att den process som lett fram till avtalet är fri från brister i form av t ex vilseledande, utnyttjande av medkontrahents beroende ställning och annat som kan utlösa avtalslagens ogiltighetsregler eller föranleda jämkning med hänsyn till förhållandena vid avtalets tillkomst.

24-004 Ett par exempel ur rättspraxis må nämnas, utvisande hur domstolarna synes ha allokerat risken för en nyttominskande omständighet med utgångspunkt i partsviljan, utan att denna dokumenterats explicit. I NJA 1946 s 679 (*Tjänstemännens egnahemsförening vid Storängen m.b.p.a. ./. Järnvägs AB Stockholm-Saltsjön*), rörande kostnadsökningar i ett avtal om persontransporter på järnväg, synes riskallokeringen ha avgjorts på grund av löftesgivarens/järnvägens efterföljande beteende.[43]
I NJA 1950 s 389 (*AB Tegefors ./. Äggfors AB*) tillmättes tydligen relationen mellan prestation och vederlag avgörande betydelse.[44]

> Avgörandet rörde frågan huruvida ett cellulosaföretag kunde kräva ersättning för oförutsedda skador vid vattenreglering initierad av kraftproducenter. Parterna hade träffat avtal enligt vilket ersättning skulle utgå för särskilt angivna skador. Tegefors hävdade bl a att avtalet var ogiltigt på grund av bristande förutsättningar. HD uttalade att avtalet skulle bestå med hänsyn till omfattningen av

[43] Se 53-066 nedan.
[44] Jfr. beträffande vederlagsmomentet, Holmbäck, SvJT 1960 s 321 på s 332 f; Ussing, *Aftaler*, s 425 ff och Huser, s 297.

det vederlag som Tegefors uppburit. HD uttalade att den av Tegeforsbolaget åberopade omständigheten att medkontrahenterna delat bolagets uppfattning om vilka skador som kunde förväntas bli aktuella föranledde "ej heller utan vidare ett annat bedömande."[45]

24-005 Det kan dock i de nämnda fallen ifrågasättas om inte resultatet är en produkt av utfyllnad utan stöd i någon gemensam partsvilja i den meningen att ingen av parterna torde ha tänkt på att de aktuella händelserna kunde inträffa.[46] I bägge fallen resulterade det tolkningsinriktade angreppssättet i att den nyttominskande omständigheten inte tillades relevans.[47]

24-006 I den mån inte någon partsvilja med avseende på riskallokeringen kan utläsas, förespråkas här att domaren i första hand undersöker om någon av parterna typiskt sett kan minimera skada till följd av en realiserad risk genom att föra talan i bakre led (*regressrekvisitet*). Att regressrekvisitet som riskallokeringsargument bör väga förhållandevis tungt kan motiveras med intresset att via den primärt drabbade parten försöka kanalisera förlusten till den som givit upphov till den.[48] Om detta rekvisit inte ger något utslag får prövas huruvida någon av parterna haft en informationskostnadsfördel, vilket skulle medge den parten att förebygga eller undvika skadan (*förebyggande-* respektive *riskområdesrekvisiten*). Om inte detta rekvisit ger något utslag får slutligen undersökas huruvida någon av parterna haft bättre möjligheter att sprida risken (*riskspridningsrekvisitet*). Riskspridningsrekvisitet ges en förhållandevis mindre tyngd beroende på att en part som bör ha bättre insikter om den aktuella risken (enligt riskområdesrekvisitet) inte bör få vältra över risken på den i regel mer för-

[45] Beträffande krav på tilläggsersättning pga oförutsedda skador, se allmänt von Eyben, 34 Sc.St.L., s 29 ff (1990).

[46] Jfr. Ramberg, JT 1992-93 s 358 på s 368.

[47] Se även: NJA 1914 s 475 rörande skyldighet för järnvägsstyrelsen att på grund av bestämmelse i avtal inlösa av nyttjanderättshavare uppförd hotellbyggnad sedan utskänkningsrätt upphört. NJA 1943 s 109 där fastighetsköp på yrkande av säljaren inte ansågs kunna återgå trots att köparen på grund av uteblivet tillstånd från tillsynsmyndighet inte förmådde fullgöra sin förpliktelse att uppföra "ett första klassens hotell". I NJA 1941 s 205 och NJA 1945 s 305 tycks tolkningen av garantier inte ha påverkats av hänsyn till eventuella förutsättningar. Jfr. NJA 1930 s 507 II (*Civilassessorn W.R. Ditzinger ./. Försäkringsaktiebolaget Skandia*), se 53-060 ff och NJA 1956 s 136 (*Motala Ströms Kraft AB ./. David Andersson*), se 52-025 ff.

[48] Jfr. Prop 1988/89:76 s 49. Jfr. även diskussionen för och mot att låta försäkringsbolag regressa när försäkringsersättning utgivits i SOU 1989:88 s 140 ff. Utredningen framhåller på s 147 att regressmöjligheterna inte bör inskränkas när det gäller ansvaret för ren förmögenhetsskada i kontraktsförhållanden.

mögne bättre riskspridaren.[49] Som tidigare påpekats finns fall när inte heller riskspridningsrekvisitet ger vägledning, varvid det får konstateras att värdemaximeringsprincipen inte kan åberopas till stöd vare sig för den ena eller andra riskallokeringen.

24-007 Ordningsföljden mellan rekonstruktionsmodellens olika rekvisit är betingad av att vart och ett av rekvisiten i sig upptar ett riskallokeringsargument som enligt min uppfattning har en stegvis avtagande tyngd.

24-008 Av det nu sagda framgår att parternas relativa kostnader för att få information om risken har stor betydelse. I enlighet med vad som påpekats ovan består risken av två storheter, dels sannolikheten för att risken skall realiseras, dels skadans storlek när så sker. Ofta har den ena parten bättre möjligheter att bedöma sannolikheten och den andra parten bättre möjligheter att bedöma skadan. Avgörande för bedömningen bör dock vara huruvida en av parterna haft bättre möjligheter än den andre att bedöma sannolikheten för riskens realisering fram till fullgörelsetidpunkten. Skadan bör, som antytts i anlutning till utvärderingen av Posner & Rosenfields modell, regelmässigt kunna antas uppgå till det maximala ersättningsgilla beloppet, vilket ytterst bestäms av skadans adekvans eller förutsebarhet.[50]

24-009 Omfattningen av de åtgärder som krävs för att förebygga eller undvika skadan bör i princip sakna betydelse. En motsatt regel skulle visserligen kunna leda till att åtgärder för att förebygga skada blev optimala, medan den nu föreslagna regeln kan leda till att sådana åtgärder vidtas i större omfattning än vad som är optimalt i förhållande till den verkliga (minimerade) skadan. En sådan avvikelse från det optimala torde dock få accepteras om avsikten är att utveckla en praktiskt tillämpbar riskallokeringsregel som inte går så långt som till att eftersträva effektiva lösningar i enskilda fall, utan nöjer sig med att anvisa lösningar som typiskt sett kan antas vara värdemaximerande *ex ante*. Som vi strax skall se behöver denna utgångspunkt dock nyanseras.

24-010 I detta sammanhang får tydliggöras att det är den relativa typiska *förmågan* att anskaffa information som bör vara utslagsgivande; inte förhållandet att en av parterna *faktiskt har* information som tillåter en bedömning av sannolikheten för att risken skall realiseras. Den kritiska frågan i ett sådant fall är huruvida den andra parten har lika god eller bättre förmåga att skaffa motsvarande information (även om han inte gjort det).

[49] Se 23-015 strax ovan.
[50] Se 51-004 ff nedan.

Att låta det faktiska informationsinnehavet generellt bli utslagsgivande skulle enligt min uppfattning föra alltför långt.[51] Anskaffad information kan betraktas som en nyttighet med ett givet värde.[52] Löftesmottagarens *faktiska* bättre förmåga att bedöma sannolikheten kan vara ett resultat av att han redan före avtalsförhandlingarna har investerat i information. En sådan investering är otvivelaktigt samhällsekonomiskt önskvärd och får givetvis inte föranleda negativa konsekvenser i riskallokeringshänseende.[53] Principerna för riskallokering bör utformas så att de ger incitament till informationsanskaffning och inte tvärt om. Detta önskemål torde tillgodoses genom att parternas faktiska informationsinnehav frånkänns betydelse och bedömningen istället får anknyta till förmågan som sådan att skaffa information.

24-011 Med denna utgångspunkt uppkommer genast två frågor:

(1) Hur stora kostnader för informationsanskaffning skall parterna behöva ådra sig?
(2) Bör det inte finnas någon begränsning i fråga om hur stora kostnader en part rimligen skall behöva nedlägga för att förebygga skada?

Vi skall återkomma till den andra frågan i avsnitt 2.4.3 strax nedan. Beträffande den första frågan kan sägas att det torde vara samhällsekonomiskt önskvärt att information införskaffas om värdet av informationen är större än anskaffningskostnaderna. Värdet av informationen kan i sin tur sägas vara en funktion av *dels* sannolikheten för att en risk överhuvudtaget föreligger och kostnaderna för att förebygga skada, *dels* sannolikheten för att en risk inte föreligger och de kostnader som i onödan nedläggs för att förebygga när risken för skada är obefintlig (vilket ju kan bli fallet om informationen inte inhämtas).[54]

24-012 Om detta är riktigt måste det vara en i det närmaste hopplös uppgift att försöka besvara frågan hur stora informationskostnader parterna skall behöva ådra sig. Enligt min uppfattning behöver frågan emellertid inte besvaras i det enskilda fallet; det avgörande för bedömningen bör vara huruvida en av parterna typiskt sett kan anses ha haft lättare att skaffa information och göra en bedömning av sannolikheten för att risken skall realiseras. Det saknar enligt värdemaximeringsprincipen betydelse

[51] Se närmare avsnitt 3.2 beträffande betydelsen av dolösa förtiganden som självständigt riskallokeringsargument.
[52] Se 32-016 nedan.
[53] Jfr. dock Sykes, 19 J. Legal Stud., s 43 (1990) på s 68 ff.
[54] Se närmare 24-020 strax nedan.

om han faktiskt gjort det eller om han bort göra det. Valet är partens eget – och han bör få bära konsekvenserna oavsett hur valet utfallit.

24-013 En annan sak är att det i skadeståndshänseende kan vara nödvändigt att ta ställning till om någon av parterna kan anses culpöst ha underlåtit att inhämta information och därför inte förebyggt skadan. Frågan kan då få ny aktualitet.[55]

2.4.2 Regressrekvisitet

24-014 Om någon partsvilja med avseende på riskallokeringen inte kan utläsas, bör som nyss framhållits i första hand undersökas om någon av parterna har en möjlighet att minimera skadan genom att på kontraktuell grund föra talan regressvis i bakre led. Detta "regressrekvisit" kan givetvis endast ge utslag när risken är hänförlig till kontraktsbrott som begåtts av tredje man. När det gäller utomkontraktuellt ansvar, torde parterna i regel ha lika goda eller dåliga möjligheter att föra talan mot den som vållat skadan, vilket förklarar den avgränsning av regressrekvisitet som här valts.

24-015 De situationer som typiskt sett kommer att avgöras med detta rekvisit är de som uppstår när prestationskostnaderna har ökat på grund av att en anställd, en leverantör eller annan person som anlitats för att helt eller delvis fullgöra avtalet underlåter att prestera enligt sitt avtal; se 27 § 2 st köplagen.[56] En annan typsituation är att, såsom i Afrokommers-fallen, det betingade vederlaget (byggkranarna) har förlorat i värde på grund av minskade möjligheter till avsättning i bakre led. Som ovan påpekats återfinns inte detta rekvisit i den av Schäfer & Ott föreslagna rekonstruktionsmodellen.

24-016 Vad som här bör efterforskas är inte parternas relativa konkreta möjligheter att regressa mot tredje man och utfå kompensation. Det saknar därför betydelse i riskallokeringshänseende om löftesgivaren i sitt avtal med en underleverantör eller, som i Afrokommers, i avtalet med den slutlige köparen, accepterat en friskrivning eller en rätt att frånträda.

24-017 Det nu sagda torde vara helt okontroversiellt. Det är däremot inte självklart att kriteriet bör vara utslagsgivande när legala begränsningar

[55] Se närmare avsnitt 4.4.3.2.

[56] Se även Almén & Eklund, § 23 vid not 15a–25b beträffande motsvarande situation när ansvaret bygger på culpa.

vidlåder den regressande partens möjligheter att utfå ersättning[57], exempelvis när de tillämpliga reglerna inte ger rätt till ersättning eller endast ger rätt till ersättning för en del av den lidna skadan, t ex när skadeståndsfordran helt eller delvis prekluderats eller preskriberats. Tveksamhet uppstår på motsvarande sätt om den som den regressande parten anlitat för fullgörelsen kan åberopa tvingande regler om ansvarsbegränsning; se t ex §§ 32–39 lagen (1974: 610) om inrikes vägtransport.[58] Likaså torde en arbetsgivare sakna möjligheter att utfå adekvat ersättning av arbetstagare som går i vild strejk.[59]

24-018 Dessa och liknande fall behöver dock knappast bereda några praktiska problem, eftersom vid osäkerhet prövningen istället bör företas med ledning av den relativa förmågan att skaffa information om risken. Vid denna prövning torde risken i regel allokeras till den part som anlitat underleverantören eller uppdragit åt någon att helt eller delvis fullgöra avtalet. Undantag torde vara befogade när underleverantören eller annan tredje man har anlitats av löftesgivaren på grund av att löftesmottagaren i sitt eget intresse krävt detta eller lämnat anvisning därom.[60]

2.4.3 Förebygganderekvisitet

24-019 När inte heller regressrekvisitet lämnar någon vägledning, bör undersökas vem av parterna som till lägsta kostnad kunde ha förebyggt att risken realiserades.[61] Till att börja med måste den part som har en informationskostnadsfördel identifieras. Om parterna har lika goda möjligheter att

[57] Jfr. Sandvik, s 79, med ståndpunkten att det talar för jämkning av skadestånd när säljaren bär ett strikt ansvar och säljarens medkontrahent bär ett culpaansvar och kan avstyra regresskravet genom att t ex åberopa en i och för sig dispositiv ansvarsbegränsning som gäller i frånvaro av culpa.

[58] Se härtill Grönfors, *Fraktavtalet under etthundra år*, s 134.

[59] Sedan 1992 är den så kallade 200-kronorsregeln i 60 § Lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet avskaffad. Se Prop 1991/92:155. Hur skadeståndspraxis vid olovliga stridsåtgärder påverkas härav återstår att se.

[60] Se 43-066 ff nedan.

[61] Det bör här anmärkas att förebygganderekvisitet inte är utformat efter beaktande av makroekonomiska överväganden, exempelvis enligt Calabresis teori om "*general deterrence*". Enligt denna teori synes ett strikt ansvar böra åvila den som har bäst möjlighet att förebygga skada genom att kunna påverka handlingar begångna av potentiella skadevållare i senare led. Se Calabresi, särskilt s 68 ff. Se även Hellner, *Värderingar i skadeståndsrätten*, s 320 ff. Sådana vidare gående överväganden kan möjlighen ha en plats i den utomobligatoriska skadeståndsrätten, men ter sig enligt min uppfattning svåra att förena med en modell avsedd för en värdemaximerande utfyllning av ofullständiga avtal. Modellens begränsning till det mikroekonomiska planet bör särskilt framhållas.

skaffa information om riskens värde, ger rekvisitet inte något utslag och vi får gå vidare till riskspridningsrekvisitet.

24-020 Informationsanskaffning medför en kostnad; att vidta förebyggande åtgärder medför också kostnader. Även de skador som inträffar om risk realiseras utgör kostnader. Det torde utan vidare inses att det är samhällsekonomiskt önskvärt att om en part skaffar information som visar att en risk föreligger, parten iakttar en högre grad av aktsamhet. Å andra sidan, om det visar sig att någon risk inte föreligger, så är det samhällsekonomiskt önskvärt att parten inte ådrar sig några kostnader alls för aktsamhetsåtgärder. Om parten, därför att det är optimalt, underlåter att skaffa information, så är det samhällsekonomiskt önskvärt att parten iakttar en sådan grad av aktsamhet som beaktar både möjligheten att risk föreligger och möjligheten att risk faktiskt inte föreligger; måttlig aktsamhet bör då iakttas. Det kan sägas vara samhällsekonomiskt optimalt att information skaffas, om värdet av informationen är större än informationskostnaderna. Värdet av informationen kan sägas vara en funktion av *dels* produkten av sannolikheten för skada och den reduktion av skadekostnader som uppnås genom att en hög grad av aktsamhet iakttas, *dels* produkten av sannolikheten för att det inte föreligger någon risk för skada och kostnaderna förknippade med att iaktta måttlig aktsamhet.[62]

24-021 Förebyggandерekvisitet bör kvalificeras så att det bara tillämpas om riskens realisering kunnat förebyggas till kostnader understigande riskens värde innan den realiserades. Detta innebär att de förebyggandekostnader som det kan krävas att part nedlägger ökar om sannolikheten för skada ökar efter avtalsslutet men innan prestationen fullgjorts. Givetvis är det inte möjligt för den part som således skall förebygga skadan att vid en sådan efterföljande ökning av sannolikheten för skada utta en adekvat riskpremie *ex ante*, men det är heller inte nödvändigt enligt värdemaximeringsprincipen. Enligt min uppfattning bör det samhällsekonomiska intresset att skada i möjligaste mån förebyggs till rimliga kostnader väga tyngre än parts distributivt betingade anspråk på att kunna utta kompensation för dessa kostnader. Effekten av att kompensation inte utgår är att medkontrahenten får behålla en större del av avtalets sammanlagda mervärde (vilket här hävdas vara samhällsekonomiskt egalt).

24-022 Kvalifikationen, att risk endast skall behöva förebyggas om kostnaderna för detta är mindre än riskens värde innan den realiseras, bygger på den så kallade *Learned Hand*-formeln som återgår på avgörandet i

[62] Se Shavell, 21 J. Legal Stud., s 259 ff (1992).

United States v. Carroll Towing Co[63]. Fallet som avser utomobligatoriskt skadeståndsansvar och där aktualiserad culpabedömning rörde frågan vilken aktsamhet ägaren till en bärgningsbåt var skyldig att visa. *Chief Justice Learned Hand* uttalade att det inte fanns någon allmän regel för culpabedömning, men att det fanns omständigheter under vilka varje fartyg sliter sig ur sin förtöjning. När så sker kan fartyget hota omgivningen. Learned Hand formulerade därefter regeln att den skyldighet som fartygets ägare har att försöka förekomma en sådan händelse är en funktion av tre variabler:

(1) Sannolikheten för att skeppet kommer loss ur sin förtöjning;
(2) skadans storlek om så sker och;
(3) förekomsten av lämpliga åtgärder för att förebygga skadan.

24-023 Posner har tolkat avgörandet så, att ansvar på grund av underlåtenhet att förebygga skada skall ifrågakomma om och endast om kostnaderna för att förebygga skadan är mindre än produkten av sannolikheten för skada och skadans storlek. Formeln måste enligt Posner emellertid beakta de marginalkostnader som är förknippade med att vidta förebyggande åtgärder (*the marginal Hand Formula*). Antag att en skada värderad till 100 kronor helt kan förebyggas genom ett antal åtgärder som tillsammans kostar 90 kronor. De förebyggande åtgärderna skall då vidtas. Antag nu att skadans värde kan nedbringas till 10 kronor genom en förebyggande åtgärd som kostar 20 kronor. Detta innebär att ytterligare förebyggande åtgärder som kan nedbringa det förväntade skadevärdet från 10 kronor till 0 kronor skulle kosta 70 kronor (90-20 kronor). Dessa ytterligare åtgärder bör då inte företas.[64]

24-024 Kritik mot *Learned Hand*-formeln kan givetvis avse dess praktiska tillämplighet. Domaren kan knappast få tillgång till information som möjliggör en exakt bestämning av kostnaderna för förebyggande åtgärder, sannolikheten för skadan och den förväntade skadans storlek. I synnerhet gäller detta de marginella effekterna av de förebyggande åtgärderna.[65] *Learned Hand*-formeln kan dock mycket väl duga som analytisk utgångspunkt för en intellektuell sammanvägning, trots de nu påta-

[63] 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947). Det skall för ordningens skull anmärkas att Hellner, *Skadeståndsrätt*, s 130, anför ett annat och tidigare avgörande av Learned Hand som ursprung till *Learned-Hand*-formeln; *Conway v. O'Brien*, 111 F.2d 611 (2d Cir. 1940).

[64] Posner s 148. Se även Landes & Posner, 15 Ga. L. Rev. 851 (1981) på s 884 f.

[65] *Learned Hand*-formeln ter sig också som en verklighetsfrämmande tankekonstruktion om den skall tillämpas på handlingar i snabba händelseförlopp.

lade tillämpningssvårigheterna. Nästan alla beslut fattas under osäkerhet, och resultatet av beslutet är i de flesta fall bara en grov gissning om att ett bättre tillstånd uppnås.[66]

24-025 *Learned Hand*-formeln synes ursprungligen vara utvecklad för tillämpning på utomobligatoriska rättsförhållanden. Det saknas emellertid skäl att anta att principen inte skulle kunna appliceras även när det gäller frågan om skyldighet föreligger att förebygga skador i avtalsförhållanden.[67] Om detta är riktigt kommer rekonstruktionsregeln att innesluta ett culpaansvar i så måtto att en culpös underlåtenhet att förebygga skada är en tillräcklig betingelse för att lägga risken på den part som lättast kunde ha vidtagit förebyggande åtgärder.

24-026 Frågan är nu närmast om det kan krävas att part för att undgå verkan av förebygganderekvisitet skall nedlägga större kostnader än som erfordras för att undgå ett skadeståndsansvar baserat på *Learned Hand*-formeln.

24-027 Om det är riktigt att culparegeln har en preventiv effekt[68] kan invändningar resas mot *Learned Hand*-formeln. I anslutning till diskussionen om Posner & Rosenfields tryckpressfall påpekades att löftesgivarens/köparens kännedom om att domstolen kan komma att finna att branden inte kunde ha förebyggts till rimliga kostnader skulle kunna minska incitamentet att förebygga i tveksamma fall; en säker kostnad undviks och löftesgivaren/köparen frestas att satsa på möjligheten att ändå undgå skadestånd.[69] Härtill kommer att endast löftesgivaren/köparen kan bedöma om sannolikheten för att risken skall realiseras ökar mellan avtalstidpunkten och prestationstidpunkten. Detta blir särskilt problematiskt om löftesgivaren/köparen har en försäkring som täcker alla aktuella skador utom den förlust som uppstår i avtalsförhållandet med löftesmottagaren/säljaren.

[66] *Learned Hand*-formeln diskuteras utförligt i Schäfer & Ott, s. 128 ff.

[67] Se 44-054 ff. Se även Almén & Eklund, § 23 vid not 9 a, antydande att någon principiell skillnad mellan kontraktuell och utomkontraktuell culpa inte ansetts föreligga, såvida inte avtalet fixerat några särskilda handlingsregler. Se härtill Rodhe, § 29 vid not 5. Jfr. Gomard, *Obligationsret 2*, s 155 ff; Krüger, *Kontraktsrett*, s 788 ff och Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 96 ff. Taxell framhåller dock den principiella skillnaden mellan kontraktuellt och utomkontraktuellt skadeståndsansvar, bestående i att det kontraktuella ansvaret bygger på mer omfattande och nyanserade skadeståndsförutsättningar; se Taxell, *Skadestånd*, s 60. Se även Lookofsky 27 Sc.st.L., s 107 (1983) på s 115 med hänvisning till Ussing, *Obligationsretten. Almindelig Del*, s 110.

[68] Till frågan om culparegelns preventiva funktion se Hellner, *Skadeståndsrätt*, s 41 ff och Andersson, s 327 ff med vidare hänvisningar. Se även Roos, *Prevention av skador enligt Steven Shavell*, s 517.

[69] Se 22-042 ovan.

24-028 Vad som tidigare sagts kan illustreras med ett exempel:

> Antag att den köpeskilling/skadestånd som löftesgivaren/köparen kan förpliktas utge uppgår till 100. Om brand inte inträffar uppstår inte några kostnader för honom. Om brand inträffar kan han på grund av sitt försäkringsskydd maximalt drabbas av en kostnad på 100. Antag att sannolikheten för brand är så pass hög som 10%. Antag vidare att löftesgivaren/köparen uppskattar att kostnaderna för att förebygga branden uppgår till 10. Antag slutligen att han finner det lika sannolikt att domstolen finner att branden kunde ha förebyggts till rimliga kostnader som att domstolen kommer till motsatt resultat; sannolikheten för att han skall förpliktas utge köpeskillingen kan således antas uppgå till 50%. Den förväntade kostnaden för att inte förebygga branden kan därför uppskattas till 0,1 x 0,5 x 100 = 5, att jämföra med den säkra kostnaden för att förebygga, som uppgår till 10.[70] En riskneutral löftesgivare/köpare kan då inte förväntas förebygga branden.

24-029 På grund härav kan möjligen tyckas att *Learned Hand*-formeln inte borde tillämpas som ett kriterium för riskallokering, utan att prövningen istället borde avse den relativa förmågan att förebygga risken, och detta oavsett om förebyggandet kunnat ske till rimliga kostnader eller ej. Med en sådan tillämpning torde man dock gå för långt i fråga om att tillmäta det betydelse att någon part kunde ha förebyggt skadan. Med det tankeexempel som uppbär rekonstruktionsmodellen kan sägas att parterna *ex ante* knappast skulle välja att låta riskallokeringen styras av möjligheten att förebygga skada utan hänsyn till kostnaderna. De negativa följder som framgår av ovanstående exempel kan också minskas eller rent av elimineras, om den part som kunde ha förebyggt skadan presumeras ha kunnat göra det till rimliga kostnader.[71]

24-030 När det gäller frågan vad som kan anses utgöra rimliga kostnader bör noteras att de uppoffringar som krävs står i proportion till riskens värde (produkten av sannolikhet för skada och skadans storlek). Förhållandet att en förlust uppkommer för den part som skall vidta de förebyggande åtgärderna är irrelevant. Annorlunda kanske bör bedömas det kvalificerade fall som kan uppkomma när *Learned Hand*-formeln appliceras på obligatoriska rättsförhållanden; formeln kan peka på att så stora förebyggandekostnader skall nedläggas att avtalet ger upphov till en sammanlagd förlust av värde. Förebyggande åtgärder är då inte samhällsekonomiskt försvarbara. Om så stora kostnader erfordras, är den relativa förmågan att före-

[70] Jfr. Sykes, 19 J. Legal Stud., s 43 (1990) på s 71 f.

[71] Så skulle kunna tänkas bli fallet om *Learned Hand*-formeln fick utgöra en beståndsdel i den kontraktuella presumtionsansvarsregeln. Se 44-001 nedan.

bygga skadan måhända inte längre något lämpligt riskallokeringsargument. Riskallokeringen bör i sådana fall lämpligen bedömas med ledning av riskområdesrekvisitet och riskspridningsrekvisitet, vilka strax skall behandlas.

24-031 En annan fråga är om parten kan undgå risken på grund av att förebyggandekostnaderna är större än avtalets totala mervärde, när parten insett eller borde ha insett risken, men ändå inlåtit sig på avtalet och, så att säga, chansat på att avtalet trots allt skulle kunna fullgöras (med medkontrahentens befogade tillit som insats). Enligt min uppfattning utgör detta ett skolexempel på när subjektiva faktorer motiverar avsteg från värdemaximeringsprincipen.[72]

2.4.4 Riskområdesrekvisitet

24-032 Rekonstruktionsmodellens tredje rekvisit, "riskområdesrekvisitet", låter i likhet med förebyggande rekvisitet riskallokeringen bero av parternas relativa förmåga att skaffa information om risken. I likhet med förebyggande rekvisitet handlar det därvid inte enbart om den relativa förmåga att värdera risken som må ha förelegat vid avtalsslutet, utan jämväl den relativa förmågan att värdera risken i ett senare skede bör tillmätas betydelse. Den som har störst förmåga härtill kan i regel också antas ha störst förmåga att undvika de skadliga verkningarna. Men det är inte någon förutsättning att skadan skall ha varit möjlig att undvika för att riskområdesrekvisitet skall kunna tillämpas. Som vi skall se bör riskområdesrekvisitet, på grund av intresset att premiera investering i information, tillämpas så att risken antingen läggs på löftesgivaren eller så att riskallokeringen i sista hand får avgöras med ledning av riskspridningsrekvisitet. Det vill säga att riskområdesrekvisitet aldrig bör få medföra ett genombrott av grundregeln; regeln att löftesgivaren får bära risken för nyttominskande omständigheter.

24-033 Häri ligger den avgörande skillnaden mellan förebyggande rekvisitet och riskområdesrekvisitet. Förebyggande rekvisitet kan, till skillnad från riskområdesrekvisitet, föranleda ett genombrott av grundregeln. För ett sådant genombrott talar intresset av att på ett samhällsekonomiskt försvarbart sätt undvika förluster. Mot ett sådant genombrott talar intresset att stimulera till investering i information. Om intresset att på ett ekonomiskt försvarbart sätt undvika förluster pekar på en riskallokering,

[72] Se t.ex. 32-006 nedan beträffande förtigande av destruktiva fakta.

exempelvis att löftesmottagaren skall bära risken, och intresset att premiera investering i information pekar på att motsatt riskallokering skall väljas, då bör, enligt min uppfattning, intresset att undvika förluster väga tyngre. Detta motiverar den inbördes ordningsföljden mellan förebyggande rekvisitet och riskspridningsrekvisitet.

24-034 Ett exempel som anförs av Grönfors kan illustrera hur riskområdesrekvisitet skulle kunna fungera:

> "Antag att ett licensavtal inom läkemedelsindustrin har angivit sådana kommersiella risker som skall åvila tillverkaren-agenten och sådana som faller inom licensgivarens eget område. Parterna har noga bestämt omfattningen av envars riskområde i förväg. Vad som inträffar är emellertid, att marknaden har påverkats av en överraskande introduktion av ett konkurrerande preparat, som fångar den köpande publiken. Samtidigt har införts nya regler om nationella läkemedelssubsidier, som helt kullkastar gjorda kalkyler på sålda mängder. För just en sådan situation har avtalet inte meddelat någon särskild regel. Men sådant kan hända och är också något alldeles naturligt i ett marknadsekonomiskt system. Den byråkratiska hanteringen av subsidier på agentens egen marknad är han själv närmast att vara bekant med och hålla sig orienterad om. Fördelningen av affärsriskerna utpekar, även utan något stöd i avtalstexten, licenstagaren som riskbärare. Vad skall licenstagaren hålla reda på om inte just sina egna marknadsförutsättningar?"[73]

24-035 Riskområdesrekvisitet leder till samma resultat, när det gäller risken för nya eller ändrade regler om subsidier. Det torde vara uppenbart att licenstagaren har en informationskostnadsfördel i detta avseende. Men av exemplet framgår inte huruvida Grönfors anser att licenstagaren är närmare till hands att bära risken även när det gäller introduktion av nya konkurrerande preparat på marknaden. Om det nya preparatet introducerats även utanför licenstagarens marknad, så kan introduktionen inte sägas vara hänförlig till specifika förhållanden inom licenstagarens riskområde och han kan då knappast vara närmare än licensgivaren att bära risken. Om licensgivaren själv bedriver en omfattande tillverkning på flera marknader kan det i stället vara så att denne är närmast att vara bekant med och hålla sig orienterad om de globala eller generella marknadsförutsättningarna. Därav följer emellertid inte omedelbart att licensgivaren också skall bära risken.

24-036 Det kan enligt min uppfattning ifrågasättas om det är lämpligt att låta grundregeln – att löftesgivaren skall stå risken för nyttominskande omständigheter – genombrytas bara för att löftesmottagaren har en infor-

[73] Grönfors, *Avtal och omförhandling*, s 32.

mationskostnadsfördel. Som ovan framhållits är det av vikt att inte incitamenten till informationsanskaffning försvagas genom att det faktiska innehavet av information leder till negativa konsekvenser i riskallokeringshänseende. Det är ju då typiskt sett bättre att vara oinformerad. Tvärtom kan det vara befogat att i stor utsträckning låta en underlåtenhet att införskaffa information gå ut över löftesgivaren i den mån han alls haft praktiska möjligheter att inhämta relevant information. Därmed förstärks hans incitament att investera i information, vilket gör att han i många fall kan undvika de skadliga verkningarna när en viss risk realiseras. En sådan regel skulle dock leda till att mer information inhämtas än vad som är samhällsekonomiskt optimalt. Med tanke på denna icke önskvärda effekt kan regeln kritiseras, men om målsättningen är att utforma en praktiskt tillämplig och förutsebar riskallokeringsregel är förmodligen det enda alternativet till den nu föreslagna regeln att uppställa motsatt regel, vilken leder till att för litet information inhämtas. En sådan motsatt regel kan enligt min uppfattning utsättas för än starkare kritik.

24-037 Riskområdesrekvisitet kommer inte att ge något utslag när informationen är allmänt tillgänglig för båda parter (även om informationen är svåråtkomlig). Rekvisitet kan däremot tyckas få ett viktigt tillämpningsområde när löftesmottagaren har en monopolliknade ställning med avseende på informationen. Men inte ens då bör risken bäras av honom. Om löftesmottagaren *faktiskt* besitter relevant information skulle han antingen behöva avstå från avtalet eller yppa informationen för att undgå risken. Men det kan förhålla sig så att löftesmottagaren inte skall behöva dela med sig av informationen ens när han har monopol på den; t ex när det skulle innebära att företagshemligheter avslöjas. Det kan då inte heller begäras att löftesmottagaren skall behöva avstå från ett vinstgivande avtal bara därför att han vet att det finns en viss risk för att löftesgivaren kommer att drabbas av en nyttominskande omständighet. Om löftesmottagaren någon gång anses ha skyldighet att dela med sig av sin information, men underlåter att göra detta kan riskallokeringen grundas på ett subjektivt rekvisit; ett dolöst eller culpöst förtigande. Löftesmottagaren kan då sägas ha åsidosatt en upplysningsplikt. Vi skall återkomma till detta i kapitel 3.

24-038 Om löftesmottagaren inte kan sägas ha åsidosatt någon upplysningsplikt borde utgångspunkten vara att löftesgivaren skall "straffas" i riskallokeringshänseende för att han underlåtit att inhämta åtkomlig information vilken han kunnat skaffa med uppbjudande av mindre kostnader än löftesmottagaren. Detta bör gälla oavsett att parterna kan anses ha haft lika goda möjligheter att inhämta information. Om däremot informationen

inte varit åtkomlig för löftesgivaren, eftersom löftesmottagaren haft ett monopolliknande informationsinnehav (och inte åsidosatt sin upplysningsplikt), så får riskallokeringen ytterst avgöras med ledning av det i nästa avsnitt behandlade riskspridningsrekvisitet. Därvid kan bedömningen likaväl leda till att såväl löftesgivaren som löftesmottagaren får bära risken.

24-039 Efter dessa överväganden vill jag ge riskområdesrekvisitet följande formulering: *Om löftesgivaren haft bättre möjligheter än löftesmottagaren att bedöma sannolikheten för att risken skulle realiseras, skall löftesgivaren bära risken.*

24-040 Om inte detta rekvisit ger någon vägledning, antingen därför att löftesmottagaren hade bättre möjligheter att bedöma risken eller ingen av parterna kan sägas ha haft bättre möjligheter än den andre, får riskallokeringen i sista hand avgöras med ledning av ett riskspridningsrekvisit som vi nu avslutningsvis skall behandla.

24-041 Riskområdesrekvisitets tillämpning kommer att illustreras ytterligare i samband med diskussionen av framförallt relevansen av dolösa och culpösa förtiganden (avsnitt 3.2 och 3.3) samt vid behandlingen av kontrollansvarsregeln (avsnitt 4.3).

2.4.5 Riskspridningsrekvisitet

24-042 En tydlig skillnad mellan den rekonstruktionsmodell som här förordas och den som framläggs av Schäfer & Ott, är att enligt deras modell domaren redan i tredje hand – och skilt från det besläktade spörsmålet om de relativa möjligheterna till riskspridning – skall pröva frågan vilken av parterna som kunde ha tecknat en försäkring till lägst kostnad. Anledningen härtill är att Schäfer & Ott tillämpar teorin att de samhällsekonomiska kostnaderna av att skador inträffar kan bli mindre om försäkringar finns att tillgå.[74]

24-043 Enligt denna teori ger förekomsten av försäkring upphov till samhällsekonomiska fördelar när en grupp individer – det kan exempelvis vara invånarna i ett land – är utsatta för en känd risk och är beredda att betala en summa som minst motsvarar riskens förväntade negativa värde för att undvika de skadliga konsekvenser som uppstår om risken realiseras. Detta kan uttryckas så att de samhällsekonomiska kostnaderna av att skador inträffar blir mindre om försäkringar finns att tillgå.

[74] Se Schäfer & Ott, s 106 ff.

24-044 Under vilka förhållanden detta gäller brukar inom mikroekonomin studeras med hjälp av *expected utility functions*, eller som det också kallas *von Neumann-Morgensterns nyttofunktion.*[75]

24-045 En individ i den grupp som är utsatt för risk kan förväntas vara villig att betala en summa som motsvarar riskens förväntade negativa värde när individens nytta inte ökar proportionellt med inkomsterna (avtagande marginalnytta). Detta leder till det märkliga förhållandet att den part som har de lägsta förväntade inkomsterna är villig att betala mest för försäkringen, men, att å andra sidan, den part som har högst inkomster kan köpa försäkringen med uppgivande av minst nytta:

> von Neumann-Morgensterns nyttofunktion kan illustreras med ett exempel som anförs av Schäfer & Ott.[76] Vi antar att en säljare (S) och en köpare (K) bägge har en nyttofunktion där nyttoökningen av en inkomstökning minskar kvadratiskt; NYTTA = $\sqrt{\text{INKOMST}}$. Marginalnyttan minskar således på visst sätt proportionellt.
>
> Vi antar att det föreligger risk för skada uppgående till 10.000 kronor och att sannolikheten för att risken skall realiseras är 1%. Riskens förväntade negativa värde är således 100 kronor. Antag att en försäkring skulle kosta 115 kronor på grund av försäkringsbolagets administrativa kostnader. Antag att K har en förväntad inkomst om 15.000 och S har en förväntad inkomst om 100.000.
>
> Utan en försäkring är K:s förväntade nytta:
> $0{,}99 \times \sqrt{15.000} + 0{,}01 \times \sqrt{15.000-10.000} = 121{,}95$ "K-nyttopoäng"
> Detta motsvarar en säker inkomst om $121{,}95^2 = 14.873$.
> K borde därvid vara villig att som mest betala 15.000–14.873 för försäkringen, dvs 127 kronor. Han ökar sin nytta genom att köpa försäkringen. K är 12 kronor under sitt reservationspris.
>
> Utan försäkring är S' förväntade nytta:
> $0{,}99 \times \sqrt{100.000} + 0{,}01 \times \sqrt{100.000-10.000} = 316{,}06$ "S-nyttopoäng". Detta motsvarar en säker inkomst om 99.893 kronor. S borde vara villig att som mest betala 100.000–99.893 kronor för försäkringen, dvs 107 kronor. Om han tvingas köpa försäkringen minskar S' nytta. Försäkringspremien ligger 8 kronor över S' reservationspris.
>
> I exemplet skall, om värdemaximering åsyftas, en försäkring köpas; försäkringen ger ett totalt mervärde om 4 kronor (12-8 kronor). Resultatet erhålls emellertid endast vid antagen kännedom om bägge parters nyttofunktioner. Ett sådant antagande är orealistiskt. Försäkringstestet är därför inte något lämpligt praktiskt beslutskriterium, i synnerhet inte när det är svårt eller ogörligt att uppskatta sannolikheten för den negativa händelsen.

24-046 Schäfer & Ott återför försäkringstestet på ett samhällsekonomiskt intresse. Jag finner det emellertid på grund av det ovan anförda ex-

[75] Se Varian, s 216 ff.
[76] Se Schäfer & Ott (1 u, 1986), s 89 f.

emplet tveksamt om några slutsatser i fråga om vad som är samhällsekonomiskt önskvärt kan grundas på försäkringsmöjligheterna vid enskilda avtal.

24-047 Härtill kommer att försäkringstestet har en betydande begränsning: det kan bara tillämpas vid allokering av risker som kan försäkras.[77] Försäkringsmöjligheten är väl huvudsakligen öppen för sak- och personskador.[78]

24-048 En försäkring kan endast undantagsvis förväntas täcka rena förmögenhetsskador som uppstår hos en part på grund av att medkontrahenten inte kan eller inte vill prestera. Inte heller synes förekommande försäkringar annat än undantagsvis täcka skador som uppstår på grund av skyldighet att utge ersättning på grund av kontraktsbrott.[79] Försäkringstestet blir då ofullständigt; löftesmottagaren skulle kunna åläggas att bära en viss risk till den del förlusten kan försäkras (men bara om han kunde köpa försäkringen billigare än löftesgivaren) och löftesgivaren skulle, enligt något annat kriterium i rekonstruktionsmodellen, kunna åläggas att bära samma risk, men bara till den del förlusten inte kan försäkras. En sådan tillämpning av rekonstruktionsmodellen skulle knappast bidra till ökad förutsebarhet i rättstillämpningen.

24-049 Det är för mig oklart om Schäfer & Ott tänker sig att en köpare borde kunna få föra bevisning om att säljaren kunde köpa en försäkring billigast. I sådant fall kommer säljaren att föra motbevisning om att köparen hade bättre eller i vart fall lika goda möjligheter att köpa en försäkring. Vilka omständigheter kommer då att åberopas?

24-050 När det gäller försäkringar som tillhandahålls av försäkringsbolag torde det härtill förhålla sig så att försäkringen erbjuds på samma villkor till bägge parter. Frågan vem som kan köpa försäkringen billigast torde således sällan vara utslagsgivande. Däremot kan det stundom antas att det är billigare för den som drabbats av skadan att täcka sig genom en egen försäkring än genom skadevållarens försäkring.[80]

24-051 Där försäkring finns att tillgå och den ena parten redan har ett försäkringsskydd kan den faktiska utformningen av avtalet givetvis

[77] Se t ex Arrow, s 141 ff, som återför begränsningarna i försäkringsmöjligheterna på "*moral hazard*"-problemet.

[78] Jfr. Hellner, *SpA II:2*, s 57.

[79] Se Gorton, *Något om gränsdragningen mellan borgen och kreditförsäkring.* Beträffande vissa möjligheter till försäkring mot strejkrisk se Löwisch, 174 AcP, s 203 (1974) på s 213 ff.

[80] Se Bull, s 346 ff och s 353, beträffande den s.k. "*knock for knock*"-principen.

komma att påverkas.[81] Möjligen kan också förekomsten av en försäkring nedbringa transaktionskostnaderna *ex post* genom att tvister undviks (förutsatt att försäkringsbolaget avstår från att regressa), vilket är ett samhällsekonomiskt intresse som kan göra sig gällande vid utfyllning av enskilda avtal där en försäkring faktiskt finns. Men försäkringstestet som rekvisit i en regel ger inte nödvändigtvis samma fördelar.

24-052 Inför dessa svårigheter har jag valt att utesluta det av Schäfer & Ott föreslagna försäkringstestet ur den rekonstruktionsmodell som kommer att tillämpas i det följande.

24-053 Något bör också här sägas om de försäkringsliknande instrumenten optioner, terminer och *futures* och deras eventuella inverkan på val av riskallokering. Skillnaden mellan å ena sidan optioner och å den andra sidan terminer och *futures* är att optionen ger innehavaren en rätt som han *kan* men inte behöver utöva. En annan skillnad är att en innehavare av ett optionskontrakt måste betala för att köpa kontraktet; att ingå ett terminskontrakt eller ett *futures contract* förutsätter inte någon betalning (annat än vid leverans). Terminer, eller så kallade *forward contracts*, och *futures* är bägge former av avtal som ingås mellan två parter där något köps eller säljs för ett visst pris vid en given framtida tidpunkt. Den praktiska skillnaden mellan å ena sidan terminer och å andra sidan *futures* är att innehavaren av ett *futures contract* är garanterad fullgörelse.[82]

24-054 Samtliga dessa instrument kan genom så kallad *hedging* användas för att förebygga eller undvika risken för vissa ökade prestationskostnader och risken för penningvärdeförsämringar.[83] Ett praktiskt exempel är att en säljare som finner att de framtida prestationskostnaderna riskerar att bli högre på grund av en ökning av spotpriset på vissa råvaror, kan undvika risken genom att ingå ett *futures contract*.

24-055 Köparen kan däremot sällan skydda sig på motsvarande sätt ens om han skall köpa en råvara. Han skulle då behöva arrangera specialgjorda och villkorade *futures* som endast förpliktade honom att ta leverans om den förste säljaren inte levererar.[84] Det vore inte heller praktiskt för köparen (i jämförelse med säljaren) att ingå ett sedvanligt *futures contract*,

[81] Någon gång kan förekomsten av försäkringar till och med motverka införandet av lagregler som ändrar mönstret för riskallokering. Ett exempel på detta är det motstånd som förekommit mot att, i enlighet med vad som föreslås i *1978 års FN-konvention om sjötransport av gods* (de så kallade Hamburgreglerna), avskaffa ansvarsfrihet vid nautiska fel (t ex felnavigering); se SOU 1990:13 s 87 ff och s 118.

[82] Se allmänt Hull, s 2 ff.

[83] Se Hull, s 12.

[84] Se Sykes, 19 J. Legal Stud., s 43 (1990) på s 67.

eftersom han då skulle riskera att behöva ta emot den dubbla kvantiteten av varan eller drabbas av besväret att försöka göra sig av med överskottet.

24-056 Möjligheten att utnyttja terminer och *futures contracts* för att eliminera risk bör enligt mitt synsätt beaktas redan enligt förebyggande-rekvisitet. Detta trots att det strängt taget inte rör sig om att förebygga att risken realiseras utan det snarare rör sig om att undvika de negativa följderna av att risken realiseras. De funktionella likheterna med de fall som där avses är dock betydande.

24-057 Med utgångspunkt i att förekommande försäkringsmöjligheter inte bör tillåtas påverka riskallokeringen i avtalsförhållanden kan riskspridningsrekvisitet ges innebörden att riskallokeringen i sista hand skall avgöras med ledning av parternas relativa förmåga att sprida risken och utta kompensation genom transaktioner i främre led i enlighet med vad som utvecklats i anslutning till diskussionen kring Schäfer & Ott.[85]

24-058 Enligt min uppfattning kan sägas att tillämpningen av riskspridningsrekvisitet innebär att det i den utomobligatoriska skadeståndsrätten förekommande pulvriseringsargumentet, vilket även avser förmågan till självförsäkring, flyttas in i kontraktsrätten, dock att rättsföljden enligt rekonstruktionsmodellen ej nödvändigtvis måste bli att skadestånd utgår.[86] Riskspridningsrekvisitet som riskallokeringsargument ter sig mest övertygande i fråga om skador som statistiskt sett inte kan undgås, det vill säga i fall när sannolikheten för skada kan återföras på en frekvens.[87] Det kan emellertid vara rimligt att beakta den relativa förmågan att sprida risken även i andra fall, framförallt i brist på ett bättre kriterium för riskallokering. Min ståndpunkt här grundas på en rent initutiv gissning att värdemaximerande avtalsparter i den tänkta förhandlingen om det fullständiga avtalet, som så att säga *ex ante* inte vet om de senare skall uppträda på borgenärs- eller gäldenärssidan, i brist på ett bättre kriterium, lätt skulle enas om att den bättre riskspridaren skall bära risken.

24-059 En aspekt på riskspridning som tas upp av Posner & Rosenfield är huruvida domaren skall beakta att en av parterna kan vara ett börsnoterat bolag.[88] Betydelsen härav är att ägarna av aktierna kan diversifiera riskerna genom sitt val av portföljinnehav eller genom att utnyttja optioner

[85] Se avsnitt 2.3.2 ovan.

[86] Beträffande skadeståndets så kallade pulvriserande funktion se Hellner, *Skadestånd*, s 40 f och Andersson, s 336 f, den senare med särskilt avseende på försäkringens pulvriserande funktion (och med vidare hänvisningar).

[87] Se 11-006 med not 4 ovan. Se även Krüger, *Kontraktsrett*, s 780.

[88] Posner & Rosenfield, 6 J. Legal Stud., s 83 (1977) på s 94 not 28. Jfr. Arrow, s 135.

och indexoptioner. Säkert är det därför ofta rimligt att anta att ett börsnoterat bolag som eftersträvar vinstmaximering (enligt en linjär funktion) är riskneutralt och att ett onoterat bolag med en eller ett fåtal kontrollaktieägare är riskaversivt.[89] Att ett sådant kriterium generellt skall vara avgörande för riskallokeringen i sista hand vore onekligen radikalt. Jag ställer mig emellertid starkt tveksam till att låta parts val av finansieringsform (beslut om börsintroduktion) eller val av organisationsform vara avgörande för riskallokeringen. Förhållandet att den ena parten må vara ett börsnoterat bolag har därför inte beaktats i rekonstruktionsmodellen.

24-060 Om inte riskspridningsrekvisitet ger någon vägledning får erkännas att värdemaximeringsprincipen inte kan åberopas till stöd vare sig för den ena eller andra riskallokeringen. Det borde emellertid även vid sådant förhållande vara av stor vikt att riskallokeringen sker i enlighet med normer som ger ett förutsebart resultat.

2.4.6 När värdemaximeringsprincipen inte ger vägledning

24-061 Som framgått ovan förordar Schäfer & Ott att när värdemaximeringsprincipen inte ger vägledning risken i sista hand skall delas mellan parterna med beaktande av rådande rättviseföreställningar.

24-062 En sådan lösning torde dock skapa förutsebarhetsproblem med avseende på situationen *ex post*. Enligt vilka kriterier kommer domstolen att fördela risken? Skall den alltid delas lika? Lika till belopp eller lika till förmåga att bära förlusten? Det större företaget får i sådant fall ta en större andel av förlusten, men hur mycket större? Om osäkerhet i något av dessa hänseenden kvarstår lär regeln inte underlätta prisbildningen. Det kan dessutom förmodas att transaktionskostnaderna *ex post* vid förlikningsförhandlingar blir större än om en annan och tydligare regel tillämpas. Härtill kommer de administrativa kostnader som uppstår för samhället om parterna inte kan enas utom rätta.

24-063 Ett belysande exempel på de administrativa kostnader som kan uppstå om riskallokeringen sker med ledning av en alltför ängslig strävan att uppnå rättvisa i det enskilda fallet kan hämtas från JZ 1952 s 145, det så kallade *Volkswagen*-målet.[90]

[89] Detta förhållande kan också återföras på lagen om avtagande marginalnytta. Jfr. Schäfer & Ott, s 47.

[90] Se härtill Dawson, 63 B.U.L. Rev., s 1039 (1983) på s 1083 ff.

I *Volkswagen*-målet stod som kärande två köpare som gjort förskottsbetalningar för beställda Volkswagen-bilar strax före det andra världskrigets utbrott. Det fanns härtill 336 000 andra köpare, vilka också gjort förskottsbetalningar. Förskottsbetalningarna, uppgående till 268 000 000 Mark, hade deponerats i en bank. Medlen konfiskerades av Sovjetunionen. Säljarens fabrik togs i anspråk av tyska regeringen för krigsproduktion och bombades under kriget, varefter endast 35% av anläggningen återstod oskadd. Volkswagen återupptog produktionen efter kriget och köparna stämde bolaget för utfående av de beställda bilarna till en slutlig köpeskilling att bestämmas av rätten. *Bundesgerichtshof* fann att avtalsgrunden bortfallit (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*), men att detta inte nödvändigtvis ledde till att avtalet var att betrakta som verkningslöst. Utgångspunkten för domstolens resonemang var principen att alla avtalen skulle fullgöras. Det var därför nödvändigt att undersöka huruvida avtalen kunde jämkas till att passa den förändrade situationen. Domstolen uttalade att BGB § 242 i fall av bristande avtalsgrund gav stöd för att inskrida i en kontraktuell relation för att jämkningsvis omskapa den. Denna jämkning ansågs inte påverka de andra 336 000 avtalen, utan dessa ansågs bara relevanta i fråga om vilken prestation kärandena skäligen kunde kräva av svaranden. Det blev därför nödvändigt att utreda hur många av de andra köparna som avsåg att utkräva leverans och hur många som önskade återfå de pengar som inbetalats. I fråga om avtalsparter i denna sistnämnda kategori var det också nödvändigt att utreda huruvida de var berättigade att återfå hela beloppet eller endast 1/10, som fallet var med andra fordringar som uppkommit före 1948. För att kunna bestämma ett skäligt pris fordrades utredning om produktionskostnaden. För att kunna bestämma en frist för leveransen till kärandena fordrades utredning om den rådande produktionstakten och om huruvida produktionen kunde öka och i så fall med hur mycket och vilken andel som skulle avsättas för att uppfylla de avtal som ingåtts före kriget. Fallet återförvisades till underinstansen för utredning i dessa hänseenden.

24-064 Jag kan inte undgå känslan av att Schäfer & Otts förslag i denna del grundas på en önskan att göra den ekonomiska analysen mera rumsren bland de jurister och samhällsvetare som sätter skälighet och distributiv rättvisa i första rummet. Enligt min uppfattning bör, som inledningsvis framhållits, den ekonomiska analysen sluta där de rättspolitiska övervägandena tar vid.

24-065 Om intresset att reducera transaktionskostnaderna *ex post* här skall vara avgörande, bör antingen löftesgivaren eller löftesmottagaren få bära risken i dessa tveksamma fall. Det är i ekonomiskt perspektiv likgiltigt vem som får bära risken så länge lösningen tillämpas konsekvent.[91]

24-066 Jag är därvid böjd att förorda att löftesgivaren i sista hand skall åläggas att bära risken. Grundregeln skulle därmed upprätthållas. För tyd-

[91] Se Gillette, 19 J. Legal Stud. 535 (1990) på s 575 ff.

lighets skull bör tilläggas att detta ställningstagande inte förändras på grund av att löftesgivaren förklarar sig konkursmässig inför att behöva fullgöra eller utge ersättning. Konkursrisk och annan oförmåga att utge ersättning bör, av lätt insedda skäl, aldrig utgöra grund för att kasta över risken på den andra parten, i den mån inte regler om ackordsförfarande[92] är aktuella.[93]

2.5 Rekonstruktionsmodellen och marknaden

2.5.1 Inledning

25-001 Vi har i det föregående fört ett resonemang baserat på antagandet att avtal ingås för att parterna med avtalet som medel önskar åstadkomma en ökning av nytta i förhållande till alternativet, att inte ingå avtalet. Parterna antas alltså vara nyttomaximerande. Det har påvisats att det för en utomstående bedömare är svårt eller rent av omöjligt att utreda huruvida den ena eller den andra riskallokeringen är ekonomiskt effektiv. Som en grov approximation har i stället tillämpats värdemaximeringsprincipen, utifrån vilken en modell för rekonstruktion av avtal har utvecklats.

25-002 Även om parterna i verklighetens avtalsförhandlingar inte kan förväntas vara helt inriktade på att maximera det *totala* värdet, utan till stor del istället är inriktade på att maximera det *egna* värdet, så borde man kunna konstatera att parterna tenderar att fördela nyttigheter och risk, så att nyttigheterna tillkommer den som åsätter dem det högsta värdet och risk tillkommer den som är villig att bära den mot det minsta vederlaget.

25-003 Det ovan diskuterade *Coase-teoremet*[94] implicerar att, om utfyllande regler inte står i överensstämmelse med paretokriteriet eller värdemaximeringsprincipen, så kommer avtalsparterna att avvika från dessa regler.[95] Det borde således vara möjligt att empiriskt konstatera huruvida sådana avvikelser så att säga graviterar mot värdemaximering i ett slags marknadens naturliga urvalsprocess. De lösningar i utfyllande rätt som inte står i överensstämmelse med paretokriteriet eller värdemaximerings-

[92] Jfr. Prop 1995/96:5 s 85 ff, beträffande förslag till lag om företagreskonstruktion och dess inverkan på ingångna avtal. Se även Lennander, JT 1992-93 s 318 ff.

[93] Se Posner & Rosenfield, 6 J. Legal Stud., s 83 (1977) på s 96. Jfr. Rodhe, *Jämkning,* s 31 och Larenz, s 134 f.

[94] Se avsnitt 1.3.

[95] För empiriska belägg för att så torde ske se Hoffman & Spitzer, 25 J. L. & Econ., s 73 ff (1982). Jfr. dock Hellner, *Coase-teoremet*, s 120 f.

principen borde i ett slags evolutionsprocess kunna förväntas långsamt dö ut genom att korrigerande transaktioner företas.

25-004 En undersökning av förekommande skillnader mellan riskallokeringsregler i standardavtal och utfyllande rättsregler borde kunna ge vissa fingervisningar om vad marknaden anser vara värdemaximerande, åtminstone om standardavtalen tillhör kategorin *agreed documents*, dvs standardavtal som tillkommit efter förhandlingar mellan jämstarka företrädare för berörda intressegrupper på ömse sidor om avtalet.

25-005 En sådan undersökning ryms emellertid inte inom ramen för detta arbete. Jag vill dock inte helt förbigå möjligheten av att marknadens standardavtal kanske helt eller delvis falsifierar värdemaximeringsprincipen såsom den utvecklats i rekonstruktionsmodellen ovan. Jag har därför valt att uppmärksamma åtminstone ett praktiskt viktigt fall där standardavtalen i stor utsträckning synes avvika från både köplagen och rekonstruktionsmodellen. Det rör sig om fördelningen av risken för dröjsmål på grund av strejk i säljarens fabrik. Förhållandet att allmänt förekommande *agreed documents* som ECE 188 och NL 92 (och dess föregångare) inte allokerar strejkrisken på samma sätt som enligt rekonstruktionsmodellen ger en anvisning om att någonting inte stämmer. Gör marknaden fel på denna punkt eller är det något fel på formuleringen av rekonstruktionsmodellen? En annan möjlighet är att marknadens aktörer har haft strategiska skäl att avvika från värdemaximeringsprincipen just när det gäller risken för strejk.

2.5.2 Risken för strejk i säljarens fabrik

25-006 I 1905 års köplag (1905:38 s 1) gjordes som bekant en grundläggande distinktion mellan speciesköp och leveransavtal. Säljarens ansvar för dröjsmål vid speciesköp reglerades i 23 §; det rörde sig där om ett presumtionsansvar. Ansvaret vid leveransavtal reglerades i 24 §; ansvaret var strikt med undantag för force majeure och objektiv omöjlighet.[96]

25-007 När det gällde dröjsmål orsakade av strejk bland säljarens anställda tycks den allmänna uppfattningen ha varit att 24 § inte kunde leda

[96] Se närmare avsnitt 4.2.5.3.

till ansvarsbefrielse.[97] Detta berodde på att ansvarsbefrielse i allmänhet förutsatte att prestationen blivit objektivt omöjlig för så vitt förseningen inte berodde på "förstörelse av allt gods av det slag eller det parti som köpet avser, eller krig, införselförbud eller därmed jämförlig händelse". Strejk ansågs inte vara en händelse jämförlig med krig, etc.[98] Inte ens om strejken undantagsvis hade förorsakat objektiv omöjlighet skulle ansvarsbefrielse ifrågakomma; strejk ansågs i regel *inte* vara en sådan händelse "som ej av säljaren vid köpets avslutande bort tagas i beräkning".[99] Enligt Almén var ett ytterligare skäl att inte medge ansvarsbefrielse, att säljaren ofta kunde "förebygga eller få slut på en strejk genom att tillmötesgå arbetstagarnas fordringar".[100] Om strejken emellertid berodde på missnöje med förhållanden över vilka den enskilde arbetsgivaren inte kunde råda bortföll detta motiv.[101] Almén höll det inte för omöjligt att säljaren skulle kunna undgå ansvar om "leveransen omöjliggjordes genom allmän strejk bland stuvarna i den hamn, varifrån varan enligt avtalet skolat skeppas".[102]

25-008 Almén behandlade inte specifikt frågan om strejk i anslutning till 23 § 1905 års köplag. Möjligen kan ändock antas att culpa i det enskilda fallet var utslagsgivande vid speciesköp. Säljarens ansvar för anställda, synes dock ha varit strikt.[103] Skillnaden mellan speciesköp och leveransavtal var därför måhända liten eller obefintlig.[104]

> I NJA 1917 s 58 (*Byggmästaren Persson ./. Nyman*) uppkom fråga huruvida dröjsmål på grund av lockout medförde rätt för byggherren att häva avtalet och få skadestånd. Byggmästaren hade drabbats av lockout på grund av sin anslutning till det centrala arbetsgivareförbundet. Avtalet föreskrev att allt invändigt arbete skulle vara färdigställt den 10 augusti och att arbetet skulle vara helt slutfört den 10 september 1911. Byggmästaren påbörjade arbetet i mars och lockouten utbröt den 10 juli och upphörde ett stycke in i oktober. Den 10 augusti hävde byggherren avtalet. Byggmästaren påstod i målet att han omedelbart vid lockoutens början begärt tillstånd hos arbetsgivareföreningen att återuppta ar-

[97] Se Almén & Eklund, § 24 vid not 86. Lundstedt, SvJT 1921 s 325 på s 356, intar för ovanlighetens skull här samma ståndpunkt som Almén i en konkret fråga. För rättspraxis hänvisas till NJA 1876 s 60 (*Motala mekaniska verkstads AB ./. Max Heineman*). Jfr NJA 1959 s 562, särskilt HD:s resonemang på s 576. Se dock SOU 1976:66 s 34 och s 247. Jfr. Nøager-Nielsen & Theilgaard, s 337. Beträffande tysk rätt se Löwisch, 174 AcP s 203 ff (1974). Beträffande amerikansk rätt se Goger, 70 A.L.R, s 1266 ff (1976).

[98] Se dock Ljungholm, SvJT 1936 s 577 på 588 f. Jfr. Almén & Eklund, § 24 not 87.

[99] Se Almén & Eklund, § 24 vid not 82.

[100] Almén & Eklund, § 24 vid not 84.

[101] Almén & Eklund, § 24 not 83. Se även Hellner, *Köprätt*, s 106.

[102] Almén & Eklund, § 24 vid not 87.

[103] Se Almén & Eklund, § 23 vid not 19 ff.

[104] Jfr. Almén & Eklund, § 24 vid not 73 ff.

betet med oorganiserad arbetskraft. Tydligen erhölls ett sådant tillstånd efter ett par veckor, men ännu vid hävningen den 10 augusti hade arbetet inte återupptagits. HD ansåg att byggherren haft grundad anledning att anta att väsentligt dröjsmål med utförandet av arbetet skulle inträda och att lockouten "icke, såvitt visats, varit av beskaffenhet att förringa den rätt, som Nyman i anledning av dröjsmålet tillkommer gentemot Persson." I ett särvotum yttrade Almén: "Då kontraktet icke innehåller något förbehåll för [lockout] och Persson i allt fall icke ådagalagt, att eller i vad mån det förelupna dröjsmålet haft sin grund i det sålunda åberopade förhållandet, anser jag honom emellertid icke kunna undgå att ersätta Nyman den skada som genom dröjsmålet tillskyndats denne." Det ser ut som om HD tillämpat ett strikt ansvar.[105] Men tydligen lämnade HD öppet för möjligheten att visa att dröjsmålet haft sin grund i arbetskonflikten. Detta talar mot att strikt ansvar tillämpats och för att det egentligen rört sig om ett exculpationsansvar.[106]

25-009 Enligt 27 § i nu gällande köplag är den primära frågan huruvida strejk kan anses ligga inom säljarens kontrollsfär eller icke.[107] Därvid är orsaken till strejken av stor betydelse. Det kan antas att när strejken beror på förhållanden som den enskilde arbetsgivaren inte kan påverka, t ex strejk under allmänna kollektivavtalsförhandlingar, ligger strejkrisken utanför säljarens kontrollsfär. Det kan förhålla sig annorlunda vid lokala arbetskonflikter.[108] Men även om strejkrisken ligger utanför säljarens kontroll, är säljaren ansvarig om han vid köpet skäligen kunde ha förväntats räkna med att strejk skulle hindra fullgörelsen. Men inte ens om strejken var oförutsebar skall ansvarsbefrielse medges. Det fordras härtill att säljaren inte skäligen kunde ha undvikit eller övervunnit strejkhindret. Bedömningen enligt 27 § köplagen är sträng, men kommer säkerligen att kunna bli mer nyanserad än enligt 24 § 1905 års köplag. En för riskallokeringen avgörande fråga blir givetvis i vilken mån domstolarna kommer att anse

[105] Se Hellner *SpA II:1*, s 106.

[106] Byggherren hade i hovrätten anfört att lockouten bara var en förevändning och att den egentliga anledningen till dröjsmålet var byggmästarens "mindre goda ekonomi". Påståendet kan möjligen ha gjort intryck på HovR:n och HD, som båda ansåg byggmästaren ansvarig. Detta framgår emellertid inte av domskälen.

[107] Jfr. Lando & Beale, s 142 beträffande *European Contract Principles* Art. 3.108.

[108] Se Prop 1988/89:76 s 110 f, Ramberg, *Köplagen*, s 348 f. Jfr. Krüger, *Kjøpsrett*, s 190; Sandvik, s 57 ff och Caemmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 42–44 och Neumayer & Ming, s 520. Jfr. även Almén & Eklund, § 24 not 83. Se dock Hellner, *Kontrollansvaret*, s 139 f med uppfattningen att orsaken till arbetskonflikt i princip borde sakna betydelse och att motivens ståndpunkt är allför sträng mot säljaren. Även Bergem & Rognlien synes vilja gå längre än vad som direkt kan utläsas av motiven genom att framhålla att även vilda strejker bör anses ligga utanför säljarens kontroll. Se Bergem & Rognlien, s 154. Se dock Hjerner, *Om köp av bestämt gods*, s 289 f.

att strejk i allmänhet är en förutsebar företeelse.[109] En annan viktig fråga blir vilka uppoffringar som kommer att krävas av säljaren för att undvika eller övervinna hindret. Vi skall återkomma till kontrollansvaret i avsnitt 4.3. Det är här tillräckligt att konstatera att säljaren i stor omfattning, torde bära risken för strejk även när risken klart ligger utanför hans kontroll.

25-010 Om rekonstruktionsmodellen skulle tillämpas istället för 27 § köplagen, torde risken för strejk inom löftesgivarens/säljarens kontroll ofta åläggas löftesgivaren/säljaren på grund av förebygganderekvisitet och när strejken är avtalsstridig kan strejkrisken läggas på honom redan på grund av regressrekvisitet, i vart fall nu sedan 60 § 3 st medbestämmandelagen har avskaffats. Men även om inte något av dessa rekvisit är tillämpligt, torde strejkrisken ofta hamna på löftesgivaren/säljaren genom att han i regel kan antas bättre än löftesmottagaren/köparen kunna bedöma risken för att just hans bransch och just hans personal skall tas ut i kollektiva stridsåtgärder. Detta gäller särskilt tydligt vid internationella köp. Om någon gång parterna kan anses ha haft lika goda möjligheter att bedöma strejkrisken, t ex när det är fråga om en storkonflikt som hindrar fullgörelsen av ett nationellt köp, kommer riskallokeringen i sista hand att ske med ledning av riskspridningsrekvisitet. Hur man än ser på det, kommer således löftesgivaren/säljaren att i stor omfattning bära strejkrisken.

25-011 Marknaden kom tämligen snart att avvika från riskallokeringen i 1905 års köplag. Detta gällde särskilt leveranser av maskiner samt annan mekanisk och elektrisk utrustning. Sådana leveranser kunde med den gamla köplagens klassifikationssystem vara såväl leveransavtal som köp av bestämt gods, exempelvis en specialtillverkad maskin.[110] Avvikelserna består även vid en jämförelse med 27 § köplagen och rekonstruktionsmodellen, även om avvikelserna då blir något mindre påtagliga.

25-012 Enligt ECE 188 (publicerad 1953), NL 70 och NL 79 inträder exempelvis befrielse från dröjsmålsvite/skadestånd redan om arbetskonflikten utgör ett hinder mot rättidig prestation. Det krävs således inte att svårigheten når den intensitet som tillämpningen av 1905 års köplag förutsätter, det vill säga att prestationen åtminstone blivit praktiskt taget omöjlig.[111] I NL 92 p 37 har kravet på svårighetens intensitet möjligen ytterligare avtagit och det räcker numera att prestationen blivit oskäligt betungande.[112] Därför torde numera inte ens den grad av prestationssvårig-

[109] Jfr. Almén & Eklund, § 24 vid not 82.
[110] Se Almén & Eklund, § 24 vid not 68 ff och Hellner, *Köprätt*, s 36 f.
[111] Se Almén & Eklund, § 24 vid not 98 ff.
[112] Se Kolrud & al., s 147.

heter som förutsätts enligt 27 § köplagen erfordras för ansvarsbefrielse enligt NL 92. Det är en öppen fråga i vilken mån säljaren enligt ECE 188 och NL skall försöka övervinna hindret.[113] Sannolikheten för att köparen skall behöva tåla en leveransförsening utan att få ersättning ökar om kravet på svårighetens intensitet minskar.[114] Detta innebär en riskförskjutning i förhållande till 24 § 1905 års köplag och även i förhållande till 27 § köplagen.[115]

25-013 I såväl ECE 188 som NL intar strejker och annan arbetskonflikt en särställning. I ECE 188 p 10.1 heter det:

> *"The following shall be considered as cases of relief if they intervene after the formation of the Contract and impede its performance: industrial disputes and any other circumstances...when such other circumstances are beyond the control of the parties."*

25-014 I NL 92 p 37 heter det på motsvarande vis:

> "Följande omständigheter utgör befrielsegrunder om de medför att avtalets fullgörande hindras eller blir oskäligt betungande: arbetskonflikt och varje annan omständighet, som parterna inte kan råda över..."

25-015 Som synes skall arbetskonflikt i princip alltid anses ligga utanför parts kontroll och skall därför utgöra befrielsegrund.[116] Märkas bör att ECE 188 enligt dess ordalydelse medger ansvarsbefrielse endast på grund av efterföljande prestationshinder, medan NL 92 kan tillämpas på såväl ursprungliga som efterföljande prestationshinder.

25-016 Givetvis undantas fall av arbetskonflikt, som säljaren uppsåtligen eller culpöst själv har vållat, från området för ansvarsbefriande omständigheter.[117] I NL 92 p 37 kan sannolikt också inläsas ett krav på att säljaren när det gäller lokala arbetskonflikter skall ha utnyttjat sina eventuella möjligheter att avvärja konflikt.[118] Även med dessa begränsningar är

[113] Det är likaså en öppen fråga i vilken mån prestationshindret måste ha varit oförutsebart till sina konsekvenser. Se Stenberg, s 139 och Sandvik, s 29.

[114] I här angivna standardavtal har dessutom säljarens skadeståndsskyldighet vid oförvållat dröjsmål begränsats, se ECE 188 p 11.1 och NL 92 p 13-14. Detta innebär att köparen kan räkna med att få bära en del av de negativa följderna av en händelse även om säljaren i princip skall bära risken för händelsen.

[115] Enligt rekonstruktionsmodellen är prestationssvårigheternas intensitet irrelevanta för riskallokeringen. Se närmare avsnitt 4.3.4.5.

[116] Se Kolrud & al., s 147 och Deullar-Nordström, s 242.

[117] Se Deullar-Nordström, s 242.

[118] Se Kolrud & al., s 147.

avvikelsen i förhållande till rekonstruktionsmodellen (och 27 § köplagen) påtaglig.

25-017 Vilken är då orsaken till denna avvikelse? Är det inte en värdemaximerande riskallokering att säljaren i regel står risken för strejk i den egna fabriken, eller begicks misstag av de personer som förhandlade fram ECE och NL?

25-018 ECE-texterna ansågs, i vart fall på sin tid, vara anpassade till behoven inom den moderna internationella handeln; bl a påstods texterna innehålla balanserade lösningar efter beaktande av såväl exportörers som importörers legitima intressen.[119] Det utmärkande för ECE-texterna har hävdats vara att de tagits fram av kompetenta personer under överinseende av en opartisk och objektiv organisation.[120] Både exportörer och importörer har varit företrädda. Även departementstjänstemän har medverkat i arbetsgrupperna. Arbetsprocessen inleddes med att medlemsländerna skickade existerande avtal till ECE-sekretariatet, som genomförde en jämförelse och analys av vad som antogs utgöra rådande avtalspraxis.[121] Resultatet låg till grund för arbetsgrupperna, vilkas sammanträden ofta resulterade i regelrätta förhandlingar mellan köpar- och säljarintressen. ECE-sekretariatet agerade därvid som en neutral medlare.[122]

25-019 Denna arbetsprocess borde ha minskat utrymmet för misstag i fråga om vad som är värdemaximerande; den färdiga texten borde vara en balanserad spegelbild av den riskfördelning marknaden redan valt. Mot att misstag begåtts talar också förhållandet att lösningarna i ECE 188 tycks ha fått utomordentligt stor genomslagskraft i andra standardavtal, exempelvis NL.[123] Innan vi sluter oss till att värdemaximeringsprincipen genom rekonstruktionsmodellen har formulerats på ett felaktigt sätt bör dock undersökas vilka skäl som anförts för att strejkrisken enligt ECE 188 i så hög grad ansetts böra ligga på köparen.

25-020 Den officiella kommentaren till ECE 188 ger föga vägledning. Jugoslaviens och Turkiets representanter reserverade sig mot arbetsgruppens ställningstagande. Dessa bägge länders representanter anförde att:

> *"this ... was quite at variance with the principle established and currently applied in business in most continental countries. Industrial disputes could not*

[119] Cornil, 3 J. World Trade L., s 390 (1969) på s 395.
[120] Cornil, 3 J. World Trade L., s 390 (1969) på s 397.
[121] Beträffande svensk avtalspraxis vid denna tid se Eklund, *Om force majeure-klausuler i köpeavtal och befraktningsavtal* (1940). Jfr. översikten i Godenhielm, s 109 ff.
[122] Benjamin, J. Bus. L., s 113 (1961) på s 123 f.
[123] Se Stenberg, s 137 f och Lando, 34 ICLQ, s 75 (1985).

be regarded as possible cases of relief unless they both prevented the performance of the contract and were beyond the control of the parties."[124]

25-021 Möjligen står förklaringen till den valda riskfördelningen att finna i förhållandet att ECE 188 är avsedd att tillämpas på leveranser av relativt komplicerad teknisk utrustning. Att så skulle vara fallet hävdas av ett par kommentatorer till standardavtalet i fråga:

"*In the field of engineering, a considerable period of time elapses between the moment an order is signed and the end of the period of guarantee after the material has been delivered; it is therefore necessary to lay down a flexible relief clause allowing the parties to withdraw from the contract whenever some external factor intervenes independently of the will of the parties. On the other hand, in the trade in cereals, which is speculative by nature, it is necessary to define the cases of relief in such a restrictive way as to preclude all possibility of manoeuvre by the interested party.*"[125]

25-022 P. Benjamin anför samma förklaring[126] och påvisar att särskilt strikta regler däremot gäller i spannmålshandeln.[127] Således lyder *Contract for the Sale of Cereals C.I.F (Maritime)* 1 A, cl.19:

"*Where the fulfilment of the contract in whole or part is rendered absolutely and permanently impossible by exceptional circumstances beyond the control of the parties and arising after the conclusion of the contract, the contract or the unfulfilled part thereof shall be cancelled but neither party shall be liable to pay damages.*"[128]

25-023 Om motivet för den valda riskfördelningen varit att det i allmänhet saknas ett spekulativt inslag vid köp av maskinell utrustning och att tidsutdräkten mellan avtal och slutligt godkänd leverans kan vara betydande, har vi att göra med ett riskallokeringsargument som rimligen måste vara irrelevant. Risken för att säljaren önskar slippa leverera på grund av strategiska

[124] *Commentary on the General Conditions for the supply of Plant and Machinery for Export*, E/ECE/169 E/ECE/IM/WP,5/9 s 10.

[125] Cornil, 3 J. World Trade L., s 390 (1969) på s 394. Jfr. Stenberg, s 138 och s 142.

[126] Benjamin, J. Bus. L., s 113 (1961) på s 125 f.

[127] Möjligen kan det stränga ansvaret i 24 § 1905 års köplag motiveras på samma sätt, eftersom lagen har ansetts vara särskilt avsedd för handel med råvaror och stapelvaror, t ex spannmål. Se Prop 1988/89:76 s 21 och Hellner & Ramberg, s 19.

[128] En säljare av citrusfrukt skulle tydligen ha något lättare att undgå skadeståndsansvar vid dröjsmål än säljare av spannmål. *General Conditions for the Sale of Citrus Fruits*, No 312: Art 13 (i) lyder:
Any circumstances beyond the control of the parties which a diligent party could not have avoided and the consequences of which he could not have prevented, shall be considered as a case of relief where it intervenes after the conclusion of the contract and prevents its fulfilment whether wholly or partially.

försök att maximera det egna värdet *ex post* (partsopportunism), är kanske mindre vid köp av teknisk utrustning än vid köp av råvaror som fluktuerar i pris; säljaren kan i en sådan kontext tänkas vilja anföra strejk som ett hinder för att undkomma sin skyldighet att leverera vid stigande priser.

25-024 Detta duger emellertid inte som förklaring till den valda riskfördelningen. Argumentet bygger på en sammanblandning av avtalsrättens olika funktioner. Risken för opportunism får motverkas genom adekvata ersättningsregler vid kontraktsbrott. Detta är någonting annat, väsensskilt från en av avtalsrättens uppgifter, nämligen att tillhandahålla parterna goda standardregler för riskallokering. Att risken för strategiskt betingade avtalsbrott minskar leder inte till en minskning av risken för skada vid dröjsmål orsakat av arbetskonflikt (även om strejk anförs som hinder utan opportunistiska avsikter). Köparens ställning som riskbärare i detta hänseende är densamma oavsett om han köper spannmål eller en avancerad tryckpress. I bägge fallen borde säljaren normalt vara den bättre bäraren av risken för strejk.

25-025 Det är också möjligt att politiska överväganden med hemvist i det kalla kriget gjorts just i frågan om vem som skall bära risken för strejk. En konsekvens av den marxistiska ideologin är att det alltid borde vara arbetsgivarens fel när det blir strejk. Strejken – en företeelse som inte skulle förekomma i länder där den marxistiska ideologin var statsbärande – framstår som ett vapen i den historiskt nödvändiga klasskampen. Skulle arbetsgivaren då också undgå att utge skadestånd (till en köpare i östblocket)? De kapitalistiska länderna kan ha önskat värja sig mot att denna uppfattning fick slå igenom.

25-026 Men de socialistiska länderna i Östeuropa godtog inte att arbetskonflikt skulle utgöra grund för befrielse. För östhandeln utarbetades därför särskilda villkor. I ECE 574 (1955) p 10.1 heter det:

> "*Any circumstances beyond the control of the parties intervening after the formation of the contract and impeding its reasonable performance shall be considered as cases of relief. For the purposes of this clause circumstances not due to the fault of the party invoking them shall be deemed to be beyond the control of the parties.*"[129]

25-027 De västeuropeiska länderna lät notera att den generella formeln accepterades som en kompromiss utan att det skulle tolkas som ett

[129] Se Benjamin, J. Bus. L., s 113 (1961) på s 121 och Cornil, 3 J. World Trade L., s 390 (1969) på 392 f.

övergivande av exemplen i ECE 188.[130] De undgick således att ta uttrycklig ställning till frågan om arbetskonflikt skall vara befrielsegrund i österhandeln, vilket måste ses som ett fall av medveten otydlighet.[131]

25-028 Med detta som bakgrund är det intressant att notera hur strejkrisken behandlas i den av ICC föreslagna standardklausulen för force majeure:[132]

> *"1. A party is not liable for a failure to perform any of his obligations in so far as he proves:*
> *– that the failure was due to an impediment beyond his control; and*
> *– that he could not reasonably be expected to have taken the impediment and its effects upon his ability to perform into account at the time of the conclusion of the contract;*
> *and*
> *– that he could not reasonably have avoided or overcome it or at least its effects.*
>
> *2. An impediment within paragraph (1) above, may result from events such as the following, this enumeration not being exhaustive:*
> ...
> *(d) boycotts, strikes and lock-outs of all kinds, go-slows, occupation of factories and premises, and work stoppages which occur in the enterprise of the party seeking relief;"*

25-029 Klausulen företer stora likheter med de mer abstrakta stadgandena i CISG Art. 79 och 27 § köplagen. Skillnaden gentemot ECE 188 och NL 92 är att risken för arbetskonflikt enligt dessa avtal *per se* skall anses ligga utanför säljarens kontroll. ICC-klausulen uttalar endast att arbetskonflikt skall anses utgöra ett hinder. En annan skillnad är att skyldigheten att försöka övervinna eller undvika hindret har kommit till klart uttryck.[133]

25-030 Möjligen kan ICC-klausulen antyda en rättsutveckling bort

[130] Se Honnold, s 540 not 15.

[131] Jfr. Ramberg, JT 1992-93 s 358 ff. En annan hypotes, helt utan belägg, är att marknadens parter önskade ge varandra ömsesidigt stöd i kampen mot strejkande arbetstagare. Om part blev skadeståndsskyldig skulle parten ha större skäl att gå de strejkande till mötes och därmed belöna strejker med eftergifter.

[132] ICC Publication No 421 (1985).

[133] Efter en tolkning av ordalydelsen av ICC-klausulen kan man få intrycket att endast arbetskonflikt i löftesgivarens/gäldenärens egna företag omfattas. Detta synes inte ha varit avsikten. I kommentaren till ICC-klausulen uttalas följande:"*Various types of labour conflicts have been listed, but they are all subject to the qualification that they have to relate to the work in the obligor's enterprise. A transport strike affecting the obligor's enterprise may qualify, but a strike in the plant of a supplier not specifically mentioned in the contract may not normally be covered.*" ICC Publication No 421 s 13.

från de kategoriska ställningstagandena i ECE 188 och nu senast i NL 92.[134] Som ovan framhållits kan ställningstagandet i ECE 188 också ha haft politiska övertoner. Avvikelsen mellan ECE 188 och rekonstruktionsmodellen behöver därför inte betyda att rekonstruktionsmodellen är felformulerad.[135] Det som kan sägas är att möjligheten av en felformulering inte kan uteslutas.

2.6 Rekonstruktionsmodellen och förutsättningslärans riskrekvisit

26-001 Rekonstruktionsmodellen har påtagliga likheter med förutsättningsläran, dock att förutsättningsläran gör anspråk på att täcka ett betydligt vidare område.[136]

[134] Det bör i detta sammanhang noteras att rättsutvecklingen medfört att ett klart fall av patologisk riskallokering försvunnit ur NL 92. Det rör sig om risken för så kallad kassation av större arbetsstycken. Vid arbetet med ECE 188 framförde belgiska, franska och svenska experter att kassation av större arbetsstycken borde nämnas i punkt 10.1 som en händelse vilken typiskt sett kan medföra befrielse. Dessa experter angav att produktionsmetoderna vid exempelvis framställning av gjutjärnsdelar inte var tillräckligt raffinerade för att säkert leda till godtagbara resultat redan vid det första tillverkningsförsöket. Arbetsgruppen ansåg emellertid att denna befrielsegrund skulle kunna utnyttjas av inkompetenta säljare för att undgå konsekvenserna av misstag begångna i produktionen. Arbetsgruppen uttalade diplomatiskt att det inte var uteslutet att kassation av större arbetsstycken under tillverkningen i och för sig skulle kunna leda till befrielse, trots att kassation inte medtogs bland exemplen i p 10.1. Se *Commentary on the General Conditions for the Supply of Plant and Machinery for Export*, E/ECE/169 E/ECE/IM/WP,5/9, s 10. Den nordiska verkstadsindustrin lät sig inte nöja med detta, utan enade sig om ett addendum till ECE 188. Tillägget till p 10.1 har följande lydelse:

"*As further cases of relief, additional to those quoted in Paragrapf 10.1, shall be included rejection of large workpieces due to scrap as well as delays or defects in subcontractor's deliveries by reason of such circumstances as are mentioned in Paragraph 10.1.*"

Kassation av större arbetsstycken fick också inflyta som exempel på hinder enligt NL 70 och NL 79. Att en sådan händelse skulle kunna medföra ansvarsbefrielse utesluts kategoriskt i motiven till köplagen. Se Prop 1988/89:76, s 111; förhållanden som direkt eller indirekt kan hänföras till säljarens egna åtgärder eller hans eget handlande anses ligga inom hans kontrollsfär. Se även SOU 1976:66 s 248. I NL 92 p 37 har kassation av större arbetsstycken fått utgå ur den exemplifierande uppräkningen, vilket måste anses som en förbättring av avtalet. Det kan tänkas att industrins företrädare äntligen tagit till sig den invändning som gjordes av arbetsgruppen redan under arbetet med ECE 188 under 1950-talet. Förändringen kan dock likaväl bero på att tillverkningsprocesserna i allmänhet har förbättrats så mycket att de nordiska säljarna nu kan acceptera kassationsrisken.

[135] Jfr. Stenberg, s 143, vilken framhåller att det kan finnas situationer där ICC-klausulen är att föredra på grund av ECE-klausulens behandling av arbetskonflikt.

[136] Det är lättare att säga vilka områden som förutsättningsläran inte brukar sägas täcka. Beträffande rekonstruktionsmodellens föreslagna tillämpningsområde se avsnitt 1.1.3-1.1.5. Utanför förutsättningslärans tillämpningsområde anses i regel falla förklaringsmisstag,

26-002 Med en förutsättning avses i förutsättningsläran dels fall där löftesgivaren medvetet utgått från ett visst *antagande* (medveten förutsättning), dels fall när det förelegat eller inträffat ett förhållande som löftesgivaren inte räknat med (omedveten förutsättning).[137] När en felslagen förutsättning avser förhållanden som förelåg redan när avtalet ingicks talar man om en *oriktig* förutsättning. Om förutsättningen avser den efterföljande utvecklingen talar man om en *bristande* förutsättning. Som en gemensam beteckning för dessa bägge fall kan användas *felaktiga* förutsättningar.[138]

26-003 För att få relevans skall förutsättningen som ett första moment ha varit väsentlig för löftesgivaren (väsentlighetsrekvisitet).[139] Detta innebär ett krav på kausalitet mellan löftesgivarens förutsättning och hans beslut att ingå avtal *eller* hans beslut att acceptera ett avtal med det aktuella innehållet.

26-004 I rekonstruktionsmodellen uppställs inte något väsentlighetsrekvisit. Väsentlighetsrekvisitet tycks vara betingat av att förutsättningsläran rättföljd traditionellt ansetts vara ogiltighet.[140] För att en felaktig förutsättning skall få en så ingripande effekt kan det te sig motiverat att upp-

villfarelse rörande identitet hos person, *error in persona*, villfarelse beträffande identitet av sak, *error in corpore*, samt räknefel. Se Ussing, s 124 ff. Enligt Lehrberg kan åtskilliga utfyllande rättsregler ses som speciella förutsättningsregler, bl a avtalslagens ogiltighetsregler. Förutsättningsläran skulle dock inte undantagslöst s a s slås ut av dessa speciella förutsättningsregler utan reduktionsslut kan komma ifråga. Se Lehrberg, s 168 ff. Jfr. Krüger, *Kontraktsrett*, s 693. Jfr. dock Gomard, *Kontraktsret*, s 161 f.

[137] Se Lehrberg, s 83 ff med vidare hänvisningar. Kritiken mot förutsättningsbegreppet tycks främst ha riktats mot termen "omedvetna förutsättningar". Se Vahlén, *Formkravet*, s 211 f och ds., TfR 1953 s 394 på s 396 f. Enligt Arnholm är det riktigare att i dessa fall tala om "*bakutsetninger*". Se Arnholm, *Almindelig obligasjonsrett*, s 102 och ds., *Privatrett I*, s 249. Se även Ramberg, *Avtalsrätt*, s 199 f. och Krüger, *Kontraktsrett*, s 683. Jfr. Larenz, s 324, beträffande liknande problem i den subjektiva formuleringen av läran om *Geschäftsgrundlage*. Se närmare 33-050 nedan och avsnitt 4.2.6.2.1. Lehrberg har häremot framhållit att förutsättningsbegreppet bör ses som en juridisk snarare än en faktisk eller psykisk företeelse. Se Lehrberg, SvJT 1990 s 543 på s 546. Jfr. Gomard, *Obligationsret I*, s 145 med not 29 och ds., *Kontraktsret*, s 152 med not 6. Enligt min uppfattning kan man, när det gäller s k omedvetna förutsättningar, vid sådant förhållande både ha och mista förutsättningsbegreppet.

[138] Se Lehrberg, s 79 f.

[139] Se närmare Lehrberg, kapitel 5 med vidare hänvisningar.

[140] Se Rodhe, *Jämkning*, s 32 f. Efter HD:s uttalanden i NJA 1989 s 614 (*Anne-Marie Q ./. Lars Q*) på s 619 f synes det nu stå klart att ogiltighet eller reduktion av löftesgivarens förpliktelser är de enda rättsföljder som kan bli aktuella. Se härtill Ramberg, *Avtalsrätt*, s 203; Kleineman, JT 1989-90 s 522 ff och Lehrberg, JT 1990-91 s 403 ff (kritisk).

ställa ett krav på att förutsättningen skall ha varit väsentlig.[141]

26-005 Rekonstruktionsmodellen rör sig emellertid bara på rättsfaktaplanet, varför det inte föreligger något behov av en väsentlighetsprövning.

26-006 Här skall blott framhållas att väsentlighetsrekvisitet åtminstone i teorin tycks kunna leda till besynnerliga resultat när det skall samsas med förutsättningslärans riskrekvisit, vilket skall behandlas strax nedan. Ett problem med väsentlighetsrekvisitet är att bedömningen sker med utgångspunkt i en redan realiserad risk. Det är väl ett rimligt antagande att löftesgivaren inte skulle ha ingått avtalet om han vetat att nyttan med avtalet skulle bli mindre än nyttan med det bästa alternativa handlingssättet. Förutsättningen (frånvaron av en nyttominskande omständighet) borde då vara väsentlig för honom. Sett på detta vis tillför väsentlighetsrekvisitet föga utöver det konstaterbara förhållandet att löftesgivaren vill slippa undan avtalet. Det intressanta borde i stället vara huruvida löftesgivaren inte uppmärksammat eller felbedömt riskens storlek *ex ante* och om denna felbedömning någon gång skall gå ut över löftesmottagaren. Vid förutsebara risker kan vid sådant förhållande förmodas att löftesgivaren uttagit en för låg riskpremie. Å andra sidan blir frågan om riskpremien av intresse endast om löftesgivaren enligt förutsättningslärans riskrekvisit skall bära risken. Det är ju endast då som en riskpremie behöver uttas. I sådant fall blir frågan om väsentlighet överspelad. Vid risker som inte är förutsebara uppstår andra problem. Även om löftesmottagaren i och för sig måste anses vara närmare att bära en given risk, kommer risken att ligga på löftesgivaren så länge inte väsentlighetsrekvisitet är uppfyllt; hur nu detta rekvisit än må formuleras. Detta är enligt min uppfattning mindre tillfredsställande. Å andra sidan bör av transaktionskostnadsskäl givetvis inte hur små nyttoförändringar som helst få medföra att löftesgivaren kan påkalla exempelvis jämkning. En sådan ordning skulle sannolikt medföra att transaktionskostnaderna *ex post* många gånger kommer att bli större än nyttominskningen. Rekonstruktionmodellen är emellertid inte avsedd att utgöra underlag för

[141] Jfr. Lehrberg, s 228, som anser att väsentlighetsrekvisitets ändamål är att urskilja de fall när förutsättningens felaktighet är det verkliga motivet för löftesgivarens önskan att *frånträda* avtalet. Väsentlighetsrekvisitet skulle således vara uppställt på grund av ett hänsynstagande till löftesmottagaren. Enligt Lehrberg vore det "obilligt om löftesgivaren kunde åberopa ett kontraktsbrott, vars konsekvenser varit så obetydliga för honom, att denna möjlighet inte skulle utnyttjas i annat fall än då löftesgivaren vill *komma ifrån avtalet* [min kursivering] av något annat skäl." A a, s 224.

ett ställningstagande till detta problem.[142]

26-007 För att få relevans krävs vidare att löftesmottagaren insett eller bort inse *både* förutsättningens förhandenvaro *och* dess väsentlighet (synbarhetsrekvisitet). Synbarhetsrekvisitet kan efterges vid vissa förutsättningar som är normalt förekommande vid en viss typ av löften, så kallade typförutsättningar.[143] I rekonstruktionsmodellen uppställs inte något synbarhetsrekvisit.

26-008 Enligt Lehrberg skall synbarhetsrekvisitet i första hand innebära "att relevans är utesluten om löftesgivaren låtit sitt handlande bestämmas av ett antagande, som normalt ej är för handen – eller i vart fall ej av bestämmande betydelse – vid löften av aktuell typ, såvida löftesmottagaren ej insåg eller borde inse att löftesgivarens preferenser avvek från det normala".[144] Ett annat sätt att formulera synbarhetsrekvisitet är att säga att felaktiga förutsättningar inte skall kunna åberopas mot en löftesmottagare i god tro.[145] Men detta synes vara en förenkling. I motiven till avtalslagen framhålls att "det vore obilligt att under alla förhållanden avskära möjligheterna att taga hänsyn till ett misstag, om vilket mottagaren varken ägt eller bort äga kännedom".[146]

26-009 Jag har svårt att inse hur rekonstruktionsmodellen skulle kunna leda till annat än naturliga lösningar i detta hänseende trots avsaknaden av ett synbarhetsrekvisit. När löftesgivarens nytta med avtalet styrs av särpräglade eller onormala faktorer, kommer risken för att dessa förhållanden inte föreligger eller inte senare inträffar att enligt rekonstruktionsmodellen hamna på löftesgivaren enligt riskområdesrekvisitet.[147]

26-010 Efter att ha uppmärksammat dessa skillnader mellan förutsättningsläran och rekonstruktionsmodellen, skall närmast undersökas likhe-

[142] Se även avsnitt 4.3.4.3 beträffande kravet på att prestationssvårigheterna skall ha uppnått en viss intensitet för att löftesgivaren skall medges ansvarsbefrielse enligt kontrollansvarsregeln.

[143] Se beträffande diskussionen kring synbarhetsrekvisitet Lehrberg, kapitel 6 med vidare hänvisningar.

[144] Lehrberg, s 271.

[145] Se Ramberg, *Avtalsrätt*, s 199. Även enligt Lehrberg skulle synbarhetsrekvisitet egentligen vara en tillämpning av tillitsprincipen. Se Lehrberg, s 280.

[146] NJA II 1915 s 251.

[147] Möjligen har synbarhetsrekvisitet, uttryckt som ett krav på insikt hos medkontrahenten om att förutsättningen fanns och var kausal för löftet, gradvis kommit att överges. Förutsättningsläran skulle därvid framstå som en typförutsättningslära. Se Ramberg, *Avtalsrätt*, s 90. Hellner har härtill ifrågasatt om individuella förutsättningar (till skillnad mot typförutsättningar där något synbarhetsrekvisit inte uppställs) alls har någon relevans när förhållandena ändras efter avtalsslutet; se Hellner, *Förutsättningsläran*, s 90.

terna mellan rekonstruktionsmodellen och förutsättningslärans riskrekvisit, vilket skall tillämpas först sedan förutsättningen har konstaterats vara väsentlig och synbar.

26-011 Riskrekvisitet tycks mycket tidigt ha motiverats med önskemål om att uppnå vad som här kallas värdemaximering. Norrmannen N Gjelsvik hävdade redan 1897 att "*[d]et vil ... have en vis betydning, hvem der har lettest for att bedømme, om den motiverende kjendsgjerning vil inträde eller har indtraadt. Den nemlig, der har lettest for at gjøre det, kan under ellers lige omstændigheder beregne sig mindre godtgjørelse for at staa risikoen end modparten. Det vil derfor stemme bedst med parternes gjensidige interesseforhold, at han har risikoen.*"[148]

26-012 Henry Ussing, som har haft stor betydelse för förutsättningslärans fortsatta utveckling, menade sig i huvudsak kunna instämma i Gjelsviks uttalande, dock med vissa reservationer, vilka till största delen urvattnar uttalandet. Enligt Ussing skulle det för det första vara nödvändigt att skilja mellan bristande och oriktiga förutsättningar. Bland de oriktiga förutsättningarna skulle Gjelsviks synsätt kunna tillämpas när förutsättningens riktighet eller oriktighet kunde konstateras av parterna "*uden urimeligt Besvær*".[149] Tydligen ansåg Ussing att det fanns en gräns för hur mycket besvär eller – med min termologi – för hur stora kostnader parterna skulle behöva ådra sig för att konstatera riktighet eller oriktighet av förutsättningar med avseende på rådande förhållanden. Därav borde man kunna sluta sig till att Ussing skulle ha ansett att den faktiska möjligheten att kontrollera förutsättningens riktighet saknade betydelse, om informationskostnaderna var för höga.

26-013 I fråga om övriga förutsättningar – dvs bristande förutsättningar och förutsättningar vilkas riktighet inte lätt kan konstateras när avtalet ingås – sade Ussing följande:

> *Gjelsvik gaar her ud fra...at Risikoen ved gensidig bebyrdende Aftaler er et Moment, der tages i Betragtning ved Fastsættelsen af Vederlagets Størrelse. Af denne Grund er det i Tilsagnsgiverens egen Interesse, at Risikoen paalægges ham, hvis den Præmie, han maa beregne sig for at overtage Risikoen, er lavere end den, Medkontrahenten vilde beregne sig, og dette er den normalt, hvis han kan bedømme Chancen nøjagtigere end Tilsagnsmodtageren.*[150]

26-014 Med "*nøjagtigere*" menade Ussing "*væsentlig sikrere*".[151]

[148] Gjelsvik, s 45 f. Jfr. Møller, s 51.
[149] Ussing, s 198.
[150] Ussing, s 199.
[151] Se Ussing, s 198.

Giltigheten av Gjelsviks synpunkt har nu inskränkts betydligt. Men inte ens med dessa begränsningar var Ussing beredd att skriva under på vad Gjelsvik sagt. Ussing krävde dessutom att risken inte skulle avse händelser som var av en så osedvanlig karaktär att parterna över huvudtaget inte tagit dem i beräkning. Ussing synes ha menat att den part som skulle bära risken enligt Gjelsviks synsätt då inte skulle ha kunnat ta ut en riskpremie.[152]

26-015 Gjelsviks uttalande skulle enligt Ussing således vara vägledande i stort sett endast vid allokering av en förutsebar risk för att löftesgivarens förutsättning var oriktig och då endast om förutsättningens oriktighet kunde konstateras utan orimligt besvär. Men även detta tycks enligt Ussing vara att gå för långt:

> *Selv med disse Begrænsninger kan den opstillede Sætning dog langtfra gennemføres i Almindelighed. Forholdsvis størst Grund dertil er der i Kontrakter, der indgaas i Omsætningen ud fra rent økonomiske Motiver.*[153]

26-016 Det framgår inte vad Ussing menade med avtal som ingås av rent ekonomiska motiv – möjligen åsyftades avtal mellan näringsidkare, möjligen avses endast avtal med spekulativa inslag.

26-017 E Møller föreslog liknande utgångspunkter för riskallokeringen som Gjelsvik. Enligt Møller skulle det ha stor betydelse om den omständighet till vilken förutsättningen anknöt låg utanför löftesmottagarens kontroll.[154]

26-018 Ussing ville inte heller godta denna ståndpunkt. Ussing medgav visserligen att vissa skäl kunde anföras för att lägga risken på den part som kunde påverka den genom sitt sätt att handla. Men omständigheten att en part kan kontrollera risken kunde enligt Ussing endast sällan få självständig betydelse. Ussing tycks ha ansett att den part som kan kontrollera risken också kan sägas kunna värdera den väsentligt säkrare än den andra parten, varför detta borde vara utslagsgivande (där denna omständighet kan vara utslagsgivande enligt vad som sagts ovan om Ussings synsätt).[155]

26-019 Ussing tycks ha känt ovilja mot det *ex ante*-perspektiv som Gjelsvik intog och som också rekonstruktionsmodellen bygger på. Gjelsviks *ex ante*-perspektiv framgår av följande uttalande:

> *Man stiller sig paa parternes standpunkt i kontraktsøieblikket og spørger: Hvil-*

[152] Som ovan framhållits bör möjligheten att ta ut en riskpremie vara ett ur samhällsekonomisk synvinkel ovidkommande riskallokeringsargument. Se 24-021.
[153] Ussing, s 199.
[154] Se Møller, s 51. Jfr. Karlgren, s 115 f.
[155] Se Ussing, s 199 f.

ken bestemmelse vilde de som gode, forstandige og med retslivets tarv fortrolige mænd have fattet, om de ved retshandelens indgaaelse havde havt det indtraadte tilfælde for øie?[156]

26-020 Ussing uttalade att Gjelsviks *ex ante*-perspektiv i de flesta fall leder till ett riktigt resultat, men att det inte är lätt att säga när Gjelsviks synsätt kan tillämpas:

Man kan vistnok ikke en gang sige, at Reglen bør følges ved alle obligatoriske Tilsagn. Maaske kan man ikke sige andet end, at man i hvert enkelt Tilfælde bør undersøge, om der efter Tilsagnets afgivelse er intraadt Omstændigheder, der taler for at fravige Reglen; naar dette Spørgsmaal besvares benægtende, kan Reglen anvendes.[157]

26-021 Ussing invände mot *ex ante*-perspektivet att domaren mången gång kan finna att om parterna haft "*indtraadte Tilfælde for Øje*" skulle avtalet inte ha ingåtts.[158] Kritiken är berättigad så som Gjelsvik formulerat sig. Kritiken träffar emellertid inte rekonstruktionsmodellen, som utgår från att det är den icke realiserade risken som skall allokeras. Vad domaren tror att parterna skulle ha gjort *ex ante*, om de vetat att risken skulle realiseras, är därvid utan betydelse.

26-022 Ussing invände också att Gjelsviks *ex ante*-perspektiv kan leda till att domaren tvingas välja orättfärdiga lösningar. Om den ena parten är "överlägsen", skulle rekonstruktionen bygga på att den överlägsna parten också skulle utnyttja sin ställning för att uppnå distributiva fördelar i den fiktiva förhandlingen om det fullständiga avtalet.[159] Denna invändning träffar möjligen Gjelsvik men inte rekonstruktionsmodellen, där parterna vid förhandlingen om det fullständiga avtalet antas vara ointresserade av förhandlingens distributiva aspekter.

26-023 Ussing påtalade slutligen att det inte alltid är lämpligt att basera en regel för riskallokering på partshänsyn; andra och mer allmänna hänsyn kan behöva tas.[160] Regeln för riskallokering borde enligt honom istället utgå från vad "*Retfærdighed eller Billighed tilsiger.*"[161] Ussing ställde sig emellertid avvisande till möjligheten att formulera några avgränsade regler för vad som är rättfärdigt eller billigt:

Det er i høj Grad usandsynligt, at man skulde kunne naa til at lægge hele Emnet

[156] Gjelsvik, s 63 f.
[157] Ussing, s 211.
[158] Ussing, s 209.
[159] Se Ussing, s 210 och s 62 f.
[160] Ussing, s 211 f.
[161] Ussing, s 36.

ind under nogle faa almindelige Regler; men det er meget sandsynligt, at man paa en Række Punkter ved en hensigtsmæssigere Gruppedeling kan naa simplere Regler, og man kan maaske udfinde en Del almindelige (mere omfattende) Regler..."[162]

26-024 Intresset av värdemaximering *ex ante* tycks således inte ha haft stort utrymme i Ussings förutsättningslära, utan riskallokeringen skulle ske efter en skönsmässig bedömning. Även om det enligt Ussing inte var möjligt att uttömmande ange vad rättfärdigheten kräver, dvs vad skönet skall gå ut på[163] skulle det däremot vara möjligt (och nödvändigt) att indela förutsättningarna i grupper.[164] Genom att undersöka vad som var *den normala lösningen* inom varje förutsättningsgrupp var för sig, skulle domaren få vägledning vid utövandet av skönet i tveksamma fall.[165]

26-025 Lehrberg går längre än Ussing i fråga om möjligheten att formulera en allmän regel för förutsättningars relevans. Han påtalar att Ussings undersökning främst utmynnade i uttalanden om hur ofta förutsättningarna i de olika grupperna var relevanta, men att en sådan undersökning sällan kan ge besked om rättsreglernas närmare innebörd. Lehrberg förordar istället "att man...i möjligaste mån arbetar med sådana ändamål som kommer till uttryck i existerande rättsregler och håller sig inom ramen för de värderande ställningstaganden till konflikter mellan ändamål som manifesterar sig i rättsreglerna."[166] Dessa ändamålssynpunkter, som Lehrberg löpande utvecklar i sin avhandling, gör det enligt honom möjligt att uppställa en regel som är tillämplig inte bara för oreglerade fall, utan regeln skall också kunna tjäna som grund för reduktionsslut![167]

26-026 Den regel som Lehrberg föreslår synes kunna sammanfattas enligt följande:[168]

1) En (väsentlig och synbar) förutsättning är irrelevant när löftesgivaren insåg att förutsättningen var felaktig *eller* när löftesgivaren hade tillgång till sådan information att han borde ha insett att förutsättningen var felaktig.

2) En (väsentlig och synbar) förutsättning är relevant när

[162] Ussing, s 183.
[163] Se Ussing, s 213.
[164] Ussing, s 132.
[165] Ussing, s 214.
[166] Lehrberg, s 277 f.
[167] Se Lehrberg, s 172.
[168] Se även avhandlingens engelska *Abstract*. Jfr. Lehrberg, SvJT 1990 s 187, på s 214.

(a) förutsättningen är gemensam för bägge parter *eller* när förutsättningen grundas på fakta som är synbara för löftesmottagaren *och*
(b) löftesmottagaren till följd av förutsättningens felaktighet gjort en vinst på löftesgivarens bekostnad *och*
(c) (i) det vederlag som löftesmottagaren utger inte kommer löftesgivaren till godo eller ej blir till avsedd nytta
eller
(ii) det syfte som löftesgivaren hade med avtalet inte kan uppnås
eller
(iii) löftesgivaren har gjort en stor förlust.

26-027 Adlercreutz har förhållit sig kritisk till den av Lehrberg föreslagna regeln, utan att han för den skull synes vilja utesluta möjligheten att formulera en övergripande regel för riskallokering i icke lagreglerade fall. Adlercreutz efterlyser en på fri hand företagen prövning av vilken lösning som från samhällets synpunkt skulle vara mest tillfredsställande.[169]

26-028 Jag ställer mig kritisk till den av Lehrberg föreslagna regeln framförallt i tre hänseenden. I det första ledet (1) uppställs tydligen inte något krav på att löftesgivaren på egen hand skall skaffa sig tillgång till information, utan det är måttet av faktiskt föreliggande information som är avgörande. Det kan ifrågasättas om en sådan regel i tillräcklig grad skapar incitament för löftesgivaren att skaffa information.

26-029 I det andra ledet (2) avgörs relevansen primärt av förutsättningens synbarhet. Parternas relativa förmåga att bedöma sannolikheten av förutsättningens *felaktighet* har inte någon betydelse. Om således löftesmottagaren insett löftesgivarens förutsättning, men löftesgivaren typiskt sett haft lättare än löftesmottagaren att skaffa information angående risken för förutsättningens felaktighet (men likväl besparat sig kostnader genom att inte göra det) kan förutsättningen bli relevant. Detta förefaller inte särskilt tillfredsställande.

26-030 Enligt rekvisitet 2) (b) synes relevans utesluten när löftesgivaren gör en förlust, utan att löftesmottagaren samtidigt gör en vinst på löftesgivarens bekostnad. Detta förefaller omotiverat; avtalet kan då ha lett till en nettoförlust av värde och det kan därför tyckas föreligga särskilt starka skäl för att låta avtalet återgå för att undvika en samhällsekonomiskt icke önskvärd förlust. Förutsättningen får istället relevans när löftesgivarens förlust uppvägs av en vinst för löftesmottagaren. Nettovärdet av avta-

[169] Se Adlercreutz, TfR 1992 s 282 ff. Jfr. Krügers s k *"avveiningsmarkører"*; Krüger, *Kontraktsrett*, s 690.

let behöver således inte ha minskat utan kan mycket väl istället ha ökat på grund av den felaktiga förutsättningen. En regel som låter förutsättningen bli relevant just i dessa fall, uppvisar en betydande okänslighet för avtalet som samhällsekonomiskt instrument för värde- eller nyttoökning. Hur värdet fördelar sig mellan parterna kan ha betydelse om föreställningar kring distributiv rättvisa skall styra, men fördelningen torde i samhällsekonomiskt perspektiv vara i stort sett betydelselös. Kritik kan också anföras mot rekvisitet 2) (c) (iii), vilket synes ha betydelse för relevansen av ökade prestationskostnader. Vi skall återkomma härtill framförallt i samband med behandlingen av kontrollansvarsregelns aktivitetsrekvisit (se avsnitt 4.3.4.5).

26-031 Värdemaximeringsprincipen såsom den kommer till uttryck i rekonstruktionsmodellen förefaller mig vara en lämpligare analytisk utgångspunkt än förutsättningsläran när det gäller allokering av risken för nyttominskande omständigheter i icke-lagreglerade fall.

2.7 Sammanfattning

27-001 I det föregående har vi med utgångspunkt i värdemaximeringsprincipen undersökt möjligheterna att formulera generella kriterier för riskallokering med avseende på avtal som uppvisar en ofullständig reglering av risk.

27-002 Metoden har presenterats med hjälp av en fiktiv avtalsförhandling där avtalsparterna – som typiskt sett *ex post* tvistat om vem som skall bära risken för en nyttominskande omständighet – tänks förflyttade till situationen *ex ante*. Den tänkta förhandlingen skall leda fram till en reglering av den aktuella (och nu realiserade) risken. Utan hänsyn till hur de verkliga parternas inställning och hur de sannolikt skulle ha betett sig i en sådan förhandling, antas parterna vara riskneutrala och helt inriktade på värdemaximering.

27-003 Metoden, som efter Schäfer & Ott, har betecknats rekonstruktionsmodellen, är inte subjektivt inriktad utan avser att åstadkomma en utfyllnad av avtalet med en norm som kan antas leda till lösningar som torde vara de från samhällets synpunkt mest tillfredsställande inom det område av avtalsrätten som här studeras. En sedvanlig tolkning av avtalet förutsätts ske innan rekonstruktionsmodellen tillämpas.

27-004 Rekonstruktionsmodellen avser inte att ge någon vägledning vid valet av rättsföljd. Värdemaximering *ex ante* är knappast en lämplig

ändamålssynpunkt när det gäller val av rättsföljd. Vid val av rättsföljd förskjuts i stället uppmärksamheten mot situationen *ex post*.

27-005 Undersökningen har lett fram till ett antal generella kriterier för riskallokering, vilka kan rangordnas och schematiskt sammanfattas enligt följande:

1. *Regressrekvisitet*

Hade någon av parterna möjlighet att minimera skadan genom att på kontraktuell grund föra regresstalan i bakre led?
- Om ja, placera risken på den part som haft en sådan regressmöjlighet.
- Om nej, gå till 2.

2. *Förebyggande rekvisitet*

Hade någon av parterna bättre möjligheter än den andra att förebygga att risken skulle realiseras?
- Om ja, placera risken på den part som kunde förebygga risken.
- Om nej, gå till 3.

3. *Riskområdesrekvisitet*

Hade löftesgivaren typiskt sett bättre möjligheter än löftesmottagaren att bedöma sannolikheten för att risken skulle realiseras?
- Om ja, placera risken på löftesgivaren.
- Om nej, gå till 4.

4. *Riskspridningsrekvisitet*

Hade någon av parterna bättre möjligheter än den andra att bära risken genom riskspridning?
- Om ja, placera risken på den bättre riskspridaren.
- Om nej, placera risken på löftesgivaren.

27-006 När inte heller riskspridningsrekvisitet ger utslag, har förordats att risken i sista hand placeras på löftesgivaren. Om risken ytterst placeras på honom, eftersom ingendera parten kan anses vara en bättre riskspridare, kan riskallokeringen inte motiveras med värdemaximering *ex ante*. Den valda riskallokeringen motiveras istället med att det är angeläget att en konsekvent och förutsebar lösning tillhandahålls. Detta har antagits minimera transaktionskostnaderna *ex post*.

27-007 Rekonstruktionsmodellen har konfronterats med marknadens lösningar av ett särskilt riskallokeringsproblem; risken för strejk bland säljarens anställda. I två dominerande standardavtal inom området för leveranser av maskinell utrustning (ECE 188 och NL 92) har kunnat konstateras att marknadens aktörer inte alls har uppträtt på det sätt som enligt rekonstruktionsmodellen antagits vara värdemaximerande. Detta gör att det i avvaktan på ett spelcialstudium av standardavtalen inte kan uteslutas att rekonstruktionsmodellen kan ha formulerats felaktigt eller ofullständigt på någon punkt.

27-008 Rekonstruktionsmodellen har slutligen jämförts med förutsättningsläran. Till skillnad från förutsättningsläran uppställer inte rekonstruktionsmodellen något väsentlighets- eller synbarhetsrekvisit. Väsentlighetsrekvisitet har antagits vara betingat av att rättsföljden av att en förutsättning tilläggs relevans i regel är att avtalet blir ogiltigt. Genom att rekonstruktionsmodellen inte är tjänlig vid val av rättsföljd kan således väsentlighetsrekvisitet undvaras. Även synbarhetsrekvisitet har konstaterats vara överflödigt. Förutsättningslärans avslutande riskrekvisit ger upphov till frågan om det är möjligt att formulera någon generell regel för riskallokering. Ovan har undersökts två ambitiösa försök i denna riktning, utförda av Ussing och Lehrberg. Varken Ussing eller Lehrberg synes vilja tillmäta intresset av värdemaximering *ex ante* någon större betydelse. Däremot synes tankegångar likartade dem på vilka rekonstruktionsmodellen bygger ha förfäktats i viss tidigare doktrin. Ussings skälighetsinriktade synsätt tycks dock ha lagt en tung hand över fortsatta försök i den riktningen.

27-009 Enligt Lehrberg tycks löftesmottagarens onda tro (insikt) om existensen av löftesgivarens förutsättning utgöra ett kvalificerat fall av relevans. Vi skall återkomma till betydelsen av löftesmottagarens onda tro i kapitel 3. Som vi då skall se bör den onda tron tillmätas ett mycket begränsat värde som riskallokeringsargument. Enligt Lehrberg skall i övrigt frågan om löftesmottagaren på grund av förutsättningens felaktighet gjort en vinst på löftesgivarens bekostnad tilläggas stor betydelse för riskrekvisitet. Det befogade i en sådan regel har ifrågasatts. Betydelsen av att avtalets ekvivalens rubbats skall med utgångspunkt från jämkning närmare diskuteras i avsnitt 5.3 och då med utgångspunkt från betydelsen av den rubbade ekvivalensen som ett rättsföljdsbetingat riskdelningsargument.

Kapitel 3
Ond tro och enuntiativt uppträdande

3.1 Inledning

31-001 Som påpekats i avsnitt 1.1 kan löftesmottagarens förhållningssätt vid avtalets ingående vara avgörande för riskallokeringen. När riskallokeringen styrs av sådana subjektiva faktorer kan sägas att lösningarna i princip återförs på tillitsprincipen; löftesmottagarens förhållningssätt visar att han inte kan hysa någon skyddsvärd tillit till löftesgivarens prestationslöfte. Det rör sig typiskt sett om fall när löftesmottagaren insett eller bort inse att löftet avgivits på grund av ett viljefel (för att använda en något ålderdomlig term)[1]. Löftesmottagaren sägs vara i ond tro. I de fall löftesmottagarens onda tro på ett eller annat sätt får relevans sägs vanligen löftesmottagaren ha en upplysningsplikt grundad på 30, 31, 33 eller 36 §§ avtalslagen. Tankegångarna är av gammalt ursprung och kan åtminstone spåras till romersk rätt.[2] I tysk rätt grundas en upplysningsplikt (*Aufklärungspflicht*) i vissa avtalsförhållanden på BGB § 242.[3] Liknande principer har även utvecklats i amerikansk rätt.[4]

31-002 Läget kan också vara kvalificerat så att den ondtroende löftesmottagaren inte bara passivt utnyttjat löftesgivarens viljefel, utan han kan

[1] Se Hellner, TfR 1987 s 300 på s 316.

[2] Se Tamm, s 142 ff och med särskilt avseende på köp (*emptio-venditio*), s 151. Se även Madsen, s 14 ff.

[3] Se Palandt, § 242 Rn 37 och *Münchener Kommentar* § 242 Rn 197 ff. Det bör observeras att det sistnämnda verket här genomgående begagnas i upplaga från 1985 och att senare upplagor, vilka jag inte haft tillgång till, finns i form av lösbladssystem. Se även Larenz, s 111 f. För en rättshistorisk översikt, se Medicus, *Zur Entdeckungsgeschichte*. Se även Madsen, s 22 ff och 242 ff.

[4] Se Farnsworth s 238 ff och *Restatement (Second) of Contracts* § 161.

också genom ett enuntiativt uppträdande anses ha positivt framkallat viljefelet.[5]

31-003 Med enuntiativt uppträdande avses här ett uppträdande av löftesmottagaren som är ägnat att reducera löftesgivarens incitament att själv göra en bedömning av risken för att någon nyttominskande omständighet föreligger eller kan komma att inträffa.[6] Termen enuntiativt uppträdande har valts i anslutning till Lehrberg som påpekat att betydelse inte bara borde tillmätas löftesmottagarens skriftliga eller muntliga utsagor utan att alla betydelsebärande tecken bör beaktas, exempelvis framläggande av varuprover, minspel och gester.[7] Även tystnad kan vara enuntiativ; t ex när löftesmottagaren underlåter att svara på löftesgivarens fråga.[8]

31-004 Termen enuntiation förekommer huvudsakligen när det är fråga om att avgöra huruvida löftesmottagarens prestation är behäftad med fel.[9] En närmare undersökning av förhållandet mellan enuntiativt uppträdande och kriterierna för felbedömning är emellertid inte nödvändig för att kunna tillgodose det begränsade syftet att finna de generella argumenten för att tillägga eller inte tillägga subjektiva faktorer på löftesmottagarens sida relevans.[10] Jag kommer således att använda termen i en vidare mening och funktion än vad som är sedvanligt.

[5] Se Karlgren, s 79. Jfr. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s 245. Ansvaret för enuntiationer knyts traditionellt till tillitsprincipen. Se för kritiska synpunkter André, *En allmän regel om säljarens uppgiftsansvar*, s 53 ff.

[6] Se Karlgren, SvJT 1970 s 126. Jfr. NJA 1985 s 178 (*AB Järnsida ./. Kalmar Varv AB i konkurs*) på s 192. Termen synes inte ha någon bestämd och vedertagen innebörd i svensk rätt. Se Hellner, *SpA II:2*, s 111. Huvudsakligen avses muntliga eller skriftliga utsagor om faktiska förhållanden som inte nått den grad av precision som krävs för att konstituera en utfästelse. Det avgörande torde då vara huruvida utsagan hos mottagaren är ägnad att uppväcka befogad tillit. Se Karlgren, s 94; André, *Marknadsföringsansvar*, s 306 och Taxell, *Skadestånd*, s 145. Se även Lehrberg, s 330 ff med vidare hänvisningar. Jfr. Krüger, *Kontraktsrett*, s 269 och Gomard, *Obligationsret 1*, s 182 ff.

[7] Se Lehrberg, s 353. Jfr. Karlgren, s 91 och ds., SvJT 1970 s 126 not 1.

[8] Se Krüger, *Kontraktsrett*, s 275 f beträffande "konkludent passivitet".

[9] Se t ex 18 § 2 st 3 p och 19 § köplagen. Enuntiativt uppträdende har haft särskild betydelse för rätten till skadestånd. Se 42 § i 1905 års köplag där säljarens skadeståndsansvar knöts till s k "anses-utfästelser". Denna reglering kvarstår i 4:19 JB, medan det enligt köplagen nu krävs att säljaren särskilt utfäst något (eller förfarit culpöst) för att fullt skadestånd skall utgå; se 40 § 3 st. I tysk rätt ansvarar säljaren enligt regler om *Gewährleistung*; se BGB §§ 434 ff (rättsliga fel) och BGB §§ 459 ff (faktiska fel). Skadestånd för faktiska fel utgår dock endast vid utfästelse eller svek; BGB §§ 463. Jfr. BGB § 440. Enuntiativt uppträdande kan få betydelse för att konstituera en "anses-utfästelse". Jfr. *stillschweigende Zusicherung*; Palandt § 459 Rn 17 f. I amerikansk rätt anknyter skadeståndsansvaret direkt till *implied warranties* (utan att ansvaret behöver grundas på säljarens faktiska uppträdande); UCC §§ 2–314 och 2–315 jfr. UCC § 2–711 ff.

[10] Jfr. Rasmusen & Ayres, 22 J. Legal Stud., s 309 (1993) på s 326 f.

31-005 För att löftesmottagarens enuntiativa uppträdande skall ges betydelse krävs inte att uppträdandet sker i ond tro, utan uppträdandet i sig kan vara tillräckligt för att motivera ett genombrott av grundregeln, att löftesgivaren bär risken för nyttominskande omständigheter. När löftesmottagarens förhållningssätt medfört att grundregeln genombrutits, har resonemang om förutsättningar stundom tillgripits.[11] I några fall har förutsättningsläran uttryckligen tillämpats.[12] Här skall dock förutsättningsterminologin undvikas. Istället sägs att riskallokeringen avgjorts på grundval av löftesmottagarens enuntiativa uppträdande.

31-006 I tysk rätt tillmäts löftesmottagarens enuntiativa uppträdande generell betydelse inom ramen för den subjektiva läran om *Geschäftsgrundlage*.[13] Löftesmottagarens förhållningssätt kan enligt denna lära anses innebära att han accepterat att löftesgivaren inte skall bära risken för en given nyttominskande omständighet. I amerikansk rätt knyts relevansen av löftesmottagarens enuntiativa uppträdande tydligt till tillitsprincipen och får betydelse när löftesmottagaren anses ha uppväckt löftesgivarens *justified reliance*.[14]

31-007 Föreliggande undersökning rör som tidigare framhållits relevansen av nyttominskande omständigheter – och specifikt risken för ökade prestationskostnader – när löftesmottagaren inte är i ond tro och inte heller har uppträtt enuntiativt. Icke desto mindre kan en undersökning av riskallokeringsargument som grundar sig på löftesmottagarens onda tro och/eller hans enuntiativa uppträdande vara av värde när det gäller att ta ställning till relevansen av nyttominskande omständigheter i andra fall. Det bör nämligen kunna antas att om grundregeln upprätthålls trots löftesmottagarens onda tro eller enuntiativa uppträdande, så kommer grundregeln *a fortiori* att upprätthållas i likartade fall när ond tro eller enuntiativt uppträdande inte kan påvisas.

31-008 Det låter sig en smula defaitistiskt sägas att vilken relevans som skall tilläggas löftesmottagarens förhållningssätt *in contrahendo* i sista hand avgörs genom en konkret värdering av om det skulle strida mot

[11] För en genomgång av rättspraxis fram till 1951 kan hänvisas till Karlgren, s 114 ff. För en översikt av praxis under senare tid rörande betydelsen av löftesmottagarens dolösa förtigande, se Hultmark, *Upplysningsplikt*, s 88 ff.

[12] Se NJA 1981 s 269 (*Carl Johan B ./. Bodens Kommun*), NJA 1985 s 178 (*AB Järnsida ./. Kalmar Varv AB i konkurs*) och NJA 1989 s 614 (*Anne-Marie Q ./. Lars Q*). Förutsättningsterminologin kan här sägas vara onödig och fördunkla de reella tillitssynpunkter som synes ha styrt avgörandena. Se Hellner, *Förutsättningsläran*, s 143.

[13] Se närmare 33-050 och 42–137 nedan.

[14] Se Farnsworth s 244 ff och *Restatement (Second) of Contracts* § 164 (1).

rättskänslan att inte ge förhållningssättet betydelse, antingen så att kontraktsbrott anses föreligga, eller så att avtalet eljest kan upphöra eller jämkas.[15]

31-009 Syftet med den följande framställningen är att klarlägga förhållandet mellan värdemaximeringsprincipen och betydelsen av löftesmottagarens förtigande respektive enuntiativa uppträdande. Framställningen syftar härutöver till att föreslå vissa utgångspunkter för analys och vidareutveckling av gällande rätt för tillämpning i problematiska fall när det gäller allokeringen av risken som sådan. Jag kommer därvid att motsätta egna synpunkter vad som framförts i doktrinen. Rättsföljdsaspekterna av den valda riskallokeringen ges underordnad betydelse i enlighet med vad som inledningsvis sagts.

31-010 Till att börja med skall undersökas betydelsen av att löftesmottagaren *faktiskt* känner till eller måste antas ha känt till att en nyttominskande omständighet kommer att drabba löftesgivaren, men underlåtit att upplysa löftesgivaren härom; se nedan om "dolösa förtiganden" (avsnitt 3.2).[16] Främst blir det här fråga om att undersöka riskallokeringsargumenten i avtalslagens ogiltighetsregler. Därefter undersöks relevansen av att löftesmottagarens förtigande kan betecknas som culpöst (avsnitt 3.3). Därpå skall vi betrakta fall där löftesmottagaren i god tro (culpöst eller ej) uppträtt enuntiativt (avsnitt 3.4). I dessa fall får förhållningssättet stor betydelse just när innehållet i löftesmottagarens förpliktelser skall fastställas särskilt med avseende på gränserna för löftesmottagarens/säljarens felansvar. Eftersom förpliktelsernas innehåll i denna framställning antas vara givna, förbigås denna felansvarsaspekt på löftesmottagarens enuntiativa uppträdande och i stället undersöks förekommande argument för att låta avtalet upphöra (*ex tunc* eller *ex nunc*) utan att ett kontraktsbrott anses föreligga. Som Hellner påpekat framträder därvid förutsättningssynpunkter som en grund för att tillskapa "en 'mellanlösning' mellan att betrakta ett handlande som kontraktsbrott och att lämna det helt utan påföljd."[17]

[15] Se Krüger, *Kontraktsrett*, s 290.
[16] Jfr. uttrycket civil *dolus*, Karlgren, s 84.
[17] Hellner, *Förutsättningsläran*, s 91. Se även Karlgren, s 139.

3.2 Dolöst förtigande

3.2.1 Analytiska utgångspunkter

32-001 Det står helt utom tvivel att löftesmottagarens blotta kännedom om att en nyttominskande omständighet kommer att drabba löftesgivaren inte är en tillräcklig betingelse för att utlösa rättsföljder enligt 30 §, 31 § eller 33 § avtalslagen.[18] Blotta kännedomen härom torde inte heller vara tillräcklig för att konstituera oskälighet enligt 36 § avtalslagen.[19] Ytterligare element av rättsstridighet eller ohederlighet måste föreligga.[20]

32-002 Anledningen till detta sakernas tillstånd tycks vara att det enligt konventionell visdom anses som ett utflöde av en samhällsekonomiskt önskvärd affärsskicklighet att löftesmottagaren utnyttjar löftesgivarens missförstånd eller okunnighet för att nå ett förmånligt avtal för egen del. Ussing har givit uttryck åt denna tanke i följande ord:

> *"Kendsgerninger, som man ved sikker Besked om, behøver man ikke altid at aabenbare, blot fordi man indser, at de kan være af Betydning for den paagældendes Beslutning. Man maa i vidt omfang have Ret til at udnytte sin bedre Viden – der bl a kan være Udtryk for samfundsgavnlig Forretningsdygtighed – til Opnaaelse af fordelagtige Retshandler."*[21]

32-003 Löftesmottagarens tystnad ter sig som strategiskt och distributivt betingad. Han förskjuter kontraktspunkten i en för honom själv förmånlig riktning, vilket från värdemaximeringssynpunkt är utan betydelse; det spelar så att säga inte någon roll om A eller B får ett mervärde motsva-

[18] Beträffande inverkan vid avtalstolkning, se Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s 114 f.

[19] Jfr. Prop 1975/76:81 s 125 f.

[20] Beträffande den moraliska grunden för 33 § avtalslagen, se Karlgren, SvJT 1933 s 219 på s 236 ff (kritisk) och Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s 263 f. Jfr. Gomard, *Kontraktsret*, s 128 ff och Madsen, s 99 och 108 ff. Blotta kännedomen synes dock stundom vara tillräcklig i den speciella kontraktsrätten. Se t ex 4 § försäkringsavtalslagen (1927:77); se härtill Hellner, *Försäkringsrätt*, s 151 ff med vidare hänvisningar. Se beträffande föreslagen ny reglering SOU 1989:88 s 173 ff. (sakförsäkring) och SOU 1986:56 s 310 ff. (personförsäkring). Ett annat exempel är 13:41 sjölagen (1994:1009). Se Prop 1993/94:195 s 250. Även 4:5 konkurslagen (1987:672) kan nämnas i detta sammanhang.

[21] Ussing, *Aftaler*, s 141. Se även NJA II 1915 s 262. Jfr. Ramberg, *Avtalsrätt*, s 185, Grönfors, *Avtalslagen*, s 189 och 209, Rodhe, *Förmögenhetsbrotten*, s 12 f och Lehrberg, s 508.

rande 100, utan huvudsaken är att avtalet skapar detta mervärde.[22]

32-004 Ett strategiskt betingat förtigande kan således i regel inte skapa värde.[23] Däremot kan det hindra att parterna lyckas exploatera allt potentiellt mervärde som står att vinna genom att ingå ett avtal. Förtigandet kan således göra att parterna endast lyckas samverka för att skapa en gemensam pott om ett visst belopp, som sedan skall bli föremål för distribution. För att parterna skall lyckas med att exploatera allt mervärde fordras en ömsesidig öppenhet om preferenser och motiv. Det finns därför skäl att ifrågasätta om ett förtigande av betydelsefull information någonsin skulle kunna vara ett utflöde av en *"samfundsgavnlig Forretningsdygtighed"*.

32-005 Som vi skall se kan emellertid vissa förtiganden framstå som samhällsekonomiskt försvarbara. Frågan är därför närmast i hur *"vidt omfang"* detta är fallet.

32-006 Cooter & Ulen vill göra en åtskillnad mellan olika fall beroende på vilka slags fakta som förtigs. Förtigande av *destruktiva fakta* kan enligt Cooter & Ulen inte försvaras från de av dem tillämpade effektivitetssynpunkterna:

> *"By 'destructive' facts we mean information that, if not disclosed, will cause harm to someone's property or person. To illustrate, failing to disclose the side*

[22] Frågan kan ställas om löftesmottagarens förhållningssätt enligt gällande rätt skulle kunna få ökad betydelse om det kan påvisas att löftesgivarens nytta minskar och löftesmottagarens nytta samtidigt ökar på grund av ett förtigande. Till detta skall noteras att en förmögenhetsöverföring inte är en nödvändig betingelse för att svek skall föreligga. Se Grönfors, *Avtalslagen*, s 188, Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s 245 och Karlgren, s 109. Än mindre är en förmögenhetsöverföring en nödvändig betingelse för att 33 § eller 36 § skall kunna tillämpas. För Lehrberg är dock billighets- och vinstprinciperna viktiga analytiska utgångspunkter. Man skulle därför kunna förvänta sig att han vore beredd att tillmäta förmögenhetsöverföringen betydelse som sådan. Märkligt nog räknar dock Lehrberg inte med att de av honom uppställda billighets- och vinstprinciperna skall beaktas i fall av ond tro; det skulle nämligen enligt honom äventyra rättssäkerheten. Se Lehrberg s 506. Jfr. a a, s 454 f. För egen del kan jag inte förstå varför dessa principer skulle äventyra rättssäkerheten när löftesmottagaren är i ond tro, men inte annars. I enlighet med vad som skall utvecklats i kapitel 5 torde föreställningar om distributiv rättvisa i viss kontext kunna föranleda att en nyttominskande omständighet (oavsett om ett förtigande föreligger), som medfört en förlust för löftesgivaren och vinning för löftesmottagaren, får relevans i vidare mån än eljest, t ex enligt 36 § avtalslagen. I än högre grad borde detta gälla om en nettoförlust kan konstateras.

[23] Ett förtigande kan visserligen vara en betingelse för att ett visst avtal ingås: Om löftesmottagaren hade upplyst löftesgivaren om föreliggande risker, så hade i detta fall löftesgivaren avstått från att ingå avtal. Förtigandet kan således föranleda att en transaktion genomförs. Detta kan tyckas vara värdeskapande. Beslutet att ingå avtal ger emellertid enligt löftesgivarens egen bedömning ett sämre utfall än det alternativa beslutet; att avstå från avtalet. Avtalet är därför i denna bemärkelse ineffektivt och därmed knappast *"samfundsgavnligt"*.

effects of drugs can harm their users."[24]

32-007 Det är givetvis inte "*samfundsgavnligt*" att värde förstörs. Det borde därför stå klart att förtiganden om destruktiva fakta inte kan accepteras.[25] Detta är knappast ett problematiskt fall och skall därför inte dryftas vidare.

32-008 Enligt Cooter & Ulen kan emellertid inte heller förtigande av rena *redistributiva fakta* försvaras:

> *"By 'redistributive' facts we mean information creating a bargaining advantage that can be used to redistribute wealth in favor of the knowledgeable party but that does not lead to the creation of new wealth. To illustrate, knowing a week in advance of the public where a new highway will be located provides a powerful advantage in the real estate market."*[26]

32-009 Förtiganden om redistributiva fakta anses kunna leda till transaktionskostnadsdrivande defensiva åtgärder från medkontrahentens sida. Detta för att han inte skall förlora det värde som han innehar *ex ante*.[27] Vidare kan anföras att om sådana förtiganden inte accepteras, så skulle exempelvis en köpare slippa ådra sig kostnader för att undersöka varan bara för att upptäcka vad säljaren redan kände till.[28] Acceptans av förtiganden om redistributiva fakta anses också kunna leda till investeringar i information som överstiger det samhällsekonomiska värdet av informationen.[29]

32-010 Däremot är det förenligt med Cooter & Ulens effektivitetsgrundsats att förtiga *produktiva fakta*:

> *"By 'productive facts' we mean information that can be used to increase wealth. To illustrate, the discovery of a vaccine for polio*[30] *and the discovery of a water-route from Europe to China were productive. Incentives for discovery of productive facts are efficient when the discoverer is compensated at a rate commensurate with the increase in wealth yielded by her discovery."*[31]

32-011 Det kan sägas att produktiva fakta med avseende på en viss vara typiskt sett inte bara påverkar priset, utan också användningsområdet.

[24] Cooter & Ulen, s 264. Jfr. Kronman, 7 J. Legal Stud., s 1 (1978) på s 22 ff.
[25] Jfr. Lando & Beale, s 59.
[26] Cooter & Ulen, s 259. Jfr. Rasmusen & Ayres, 22 J. Legal Stud., s 309 (1993) på s 324.
[27] Se Cooter & Ulen, s 259.
[28] Se Hultmark, *Upplysningsplikt*, s 10 och Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 113.
[29] Se Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 115 med not 225 och vidare hänvisningar.
[30] Upptäckten av vaccinet är således ett produktivt faktum, men kännedom om risk för att vaccinet i vissa fall kan ge negativa biverkningar är ett destruktivt faktum; jfr. 32-006 strax ovan.
[31] Cooter & Ulen, s 259.

Som exempel kan nämnas köparen som upptäcker att den tavla som alla tror är en kopia i själva verket är ett original eller upptäcker att den ko alla tror är gall i själva verket är fertil.[32]

32-012 I åtskilliga fall avser förtigandet fakta med både redistributiva och produktiva element. Förtiganden av sådana blandade fakta skall enligt Cooter & Ulen accepteras.[33] Som skäl härför kan anföras att det skulle leda till osäkerhet och större transaktionskostnader *ex post* om den rättsliga prövningen gick ut på att försöka skilja ut redistributiva element från produktiva element och härtill väga dem mot varandra.[34]

32-013 Jag vill för egen del utgå från ett något annorlunda synsätt och ta fasta på hur förtigandet påverkar avtalets ekonomi. Genom att löftesmottagaren inte upplyser löftesgivaren om ett visst förhållande, vare sig det rör redistributiva eller produktiva fakta, ökar löftesmottagaren sin förmåga att konkurrera om det (inte alltid maximerade) sammanlagda mervärde som avtalet ger upphov till. Förtigandet kan emellertid också ge löftesmottagaren en möjlighet att åstadkomma en värdeöverföring därutöver; dvs löftesgivaren gör en förlust i förhållande till läget *ex ante*. Detta är fallet om löftesmottagarens vinning är mindre än löftesgivarens förlust. För att denna effekt skall inträda fordras inte nödvändigtvis att löftesmottagaren förtigit destruktiva fakta, utan det kan också röra sig om förtiganden av redistributiva fakta.

32-014 Oavsett vilket slags fakta som förtigs, kan således antas att förtigandet har en distributiv funktion och att förtigandet i sig inte är ägnat att skapa något värde. Inte ens förtigandet av produktiva fakta skapar något värde. Det som skapar värde – som i utgångsläget ligger i den "gemensamma potten" – är löftesmottagarens geni och/eller eventuella ansträngningar för att insamla information som tillåter just honom att upptäcka poliovaccinet, att tavlan är ett original eller att kon är fertil.

32-015 Från denna synpunkt finns det således inte någon anledning att alls tolerera förtiganden; snarast borde en vidsträckt upplysningsskyldighet föreligga.

32-016 Ett förtigande implicerar emellertid att den part som förtiger något har information och information i sig har ett värde som vilken annan

[32] Se Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 114.
[33] Cooter & Ulen, s 260.
[34] Se Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 116 med not 227. Jag vill här tillstå att jag inte lyckats bli helt klar över Cooter & Ulens distinktion mellan produktiva och redistributiva fakta, något som dock är ett förhållande som inte torde påverka de fortsatta resonemangen.

nyttighet som helst.[35] Att anskaffa och bearbeta information är dessutom i regel förenat med kostnader. Det kan givetvis inte begäras att den som skaffat information alltid skall dela med sig "gratis" och därtill riskera minskade möjligheter att ingå ett förmånligt avtal genom att istället medkontrahenten utnyttjar den givna informationen i konkurrensen om den gemensamma potten.

32-017 Om detta är riktigt borde det bärande skälet till att tolerera dolösa förtiganden vara att investeringar i information skall premieras.[36] Detta är den bärande tanken hos Kronman: Han vill göra en åtskillnad mellan fall där information anskaffats som ett resultat av medvetna ansträngningar och fall där information kommit någon till handa slumpvis. På grund av de praktiska svårigheterna att tillämpa ett sådant kriterium för relevans av dolösa förtiganden synes Kronman vilja föreslå att det avgörande skall vara huruvida viss information typiskt sett är ett resultat av medvetna ansträngningar.[37] Investeringar i information om produktiva fakta ter sig därvid som särskilt skyddsvärda.

32-018 När det gäller förtiganden av redistributiva fakta har vi i princip att avgöra vem som är mest skyddsvärd, löftesmottagaren – som investerat i information – eller löftesgivaren – som underlåtit att göra detta. Enligt min uppfattning kan löftesgivaren i vart fall inte anses mer skydds-

[35] Se Cooter & Ulen, s 112 f. Jfr. SOU 1992:110 s 155 ff beträffande frågan i vilken mån information (och inte endast bäraren av information) kan betraktas som egendom. Jfr. Kronman, 7 J. Legal Stud., s 1 (1978) på s 14.

[36] Jfr. Prop 1990/91:42 s 38 f (insiderlagen). Lehrberg tycks vara helt okänslig för denna aspekt; se särskilt Lehrberg, s 506 f.

[37] Se Kronman, s 18 och *passim*. Jfr. dock Cooter & Ulen, s 260 med not 8. Rasmusen & Ayres, 22 J. Legal Stud., s 309 (1993) utför en analys enligt tre skilda modeller. En av modellerna utgår från att en part förfogar över information som uppkommit slumpmässigt dvs utan medvetna ansträngningar. Författarnas tes är att förtigandet i princip bör vara irrelevant så länge transaktionen ger upphov till ett mervärde eller om transaktionskostnaderna som är förenade med en återgång av avtalet är större än den förlust av värde som transaktionen givit upphov till. Se särskilt a a, s 323. När det gäller medvetna ansträngningar för att skaffa information gör författarna en distinktion mellan fall där information om redistributiva fakta är lätt åtkomlig (låga informationskostnader) och fall där informationen är svåråtkomlig (höga informationskostnader). Med utgångspunkt i att informationsanskaffning här är ineffektiv (dvs leder till kostnader som inte är samhällsekonomiskt försvarbara), förordas i fall av låga informationskostnader att löftesgivarens misstag skall tilläggas relevans. Detta gäller även när enbart löftesmottagarens informationskostnader är låga. En sådan regel avskräcker löftesmottagaren från onödig informationsanskaffning (eftersom avtalet ändå kan förväntas återgå). I fall av höga informationskostnader förordas att löftesgivarens misstag skall frånkännas relevans. Se a a, s 330 ff. Medvetna ansträngningar för att skaffa produktiv information är skyddsvärda. Detta föranleder författarna att förorda en regel om att löftesgivarens villfarelse skall frånkännas relevans. Se a a, s 332 f. Jfr. även Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 113 f med not 216.

värd än löftesmottagaren, varför det ter sig riktigt att frånkänna löftesmottagarens onda tro självständig betydelse även i dessa fall. Följden av detta blir att riskallokeringen skall ske på grundval av objektiva överväganden. För detta talar också enligt min uppfattning att utnyttjande av information rent allmänt borde premieras så att informationseffekten i samhället i stort stärks.

32-019 För att denna synpunkt skall vara utslagsgivande bör dock rimligen krävas att bägge parter typiskt sett haft någorlunda likartade möjligheter att skaffa information *ex ante* om redistributiva fakta.[38] Löftesgivaren ter sig så att säga mer skyddsvärd ju svårare det varit för honom att anskaffa information.[39]

32-020 I nordisk doktrin synes Fredrik Stangs lära om synbara viljefel gå längst i fråga om att tillmäta löftesmottagarens onda tro relevans. Läran bygger på en extensiv tolkning av 33 § avtalslagen; det skulle strida mot tro och heder om löftesmottagaren gjorde löftet gällande när han insett eller bort inse att löftet avgivits under inflytande av en villfarelse.[40] Åsikten hos de flesta författare synes dock vara att åtskilliga undantag bör göras; relevans skall kunna frånkännas förtigandet när särskilda "motgrunder" kan anföras.[41]

32-021 Karlgren[42] anför flera exempel på sådana motgrunder, bl a att upplysningen skulle röja fakta angående prisbildning[43] eller konjunkturer,[44] att upplysningen skulle röja löftesmottagarens affärshemlighet, eller att upplysningen skulle röja löftesmottagarens vacklande ekonomi. Karlgren synes i det sista fallet anse att löftesmottagaren är skyldig att upplysa om sin vacklande ekonomi om en konkurs är omedelbart förestående.[45] Karlgren nämner inte som exempel på en motgrund att fakta skulle avse

[38] Se Cooter & Ulen, s 260 med not 8 och hänvisningen till Kim Scheppele, *Efficiency and Equality in the Common Law: An analysis of Nondisclosure as Fraud*, (opubl 1985). Jfr. Hultmark, *Upplysningsplikt*, s 69.

[39] Jfr. Karlgren, s 108 som beträffande villfarelse om värdet och användbarheten av en prestation antar att ett dolöst förtigande kan få relevans om förtigandet avsåg ett faktum som varit svårt att upptäcka eller varit av säregen eller överraskande beskaffenhet. Se dock Hultmark, *Upplysningsplikt*, s 15 och 28.

[40] Se Stang, TfR 1930 s 51 på s 93 ff och ds, *Innledning til Formueretten*, s 480 ff. Jfr. Christensen, TfR 1973 s 482 på s 498. Se även Madsen, s 83 ff. Se beträffande Stangs lära Hellner, TfR 1987 s 300 ff och Karlgren, SvJT 1933 s 219 på s 222 ff.

[41] Se särskilt Karlgren, s 105. För en översikt av nordisk doktrin se Lehrberg, s 460 ff.

[42] Karlgren, s 106 f.

[43] Se dock Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 117 f med vidare hänvisningar beträffande *price ignorance*.

[44] Jfr. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s 267.

[45] Karlgren, s 106 f. Jfr. NJA II 1915 s 262.

innehållet i gällande rätt (rättsvillfarelse). Vi skall återkomma till detta i det följande.[46]

32-022 Jag skulle som generell motgrund vilja föreslå att upplysningen skulle avse andra fakta än destruktiva fakta och i fall när rena redistributiva fakta förtigits, att fakta var tillgängliga för löftesgivaren på annat sätt än genom en upplysning från löftesmottagaren. Effekten av att en motgrund kan anföras är dock inte att risken automatiskt skall ligga på löftesgivaren, utan endast att förtigandet förklaras sakna självständig betydelse. Härtill skall redan nu framhållas att avtalets kontext kan implicera ett förtroendeförhållande eller eljest medföra stora krav på lojalitet och att en längre gående upplysningsskyldighet därför kan gälla; se avsnitt 3.2.4.

3.2.2 Karlgrens motgrunder

32-023 De av Karlgens motgrunder som nedan skall diskuteras skall inte ses som en fullständig lista på motgrunder som kan tänkas ha betydelse i svensk rätt. Som redan antytts kan andra motgrunder finnas, men de nedan behandlade motgrunderna torde ha störst praktisk och principiell betydelse.[47]

32-024 Med de analytiska utgångspunkter som presenterats i det föregående bör, när det gäller fakta angående prisbildning eller konjunkturer, beaktas huruvida löftesgivaren haft någon realistisk möjlighet att skaffa sig information. Om löftesmottagaren haft monopol på informationen finns i regel inget skäl att tolerera ett förtigande.

32-025 Ett amerikanskt rättsfall, *Laidlaw v. Organ*[48], kan användas för att utveckla det som ovan sagts beträffande redistributiva fakta.

> *Laidlaw v. Organ* hade sin upprinnelse i den brittiska blockaden av New Orleans inledd i anledning av USA:s krigsförklaring mot Storbritannien 1812. Genom freden i Gent den 24 december 1814 upphävdes blockaden. Det förväntades allmänt att tobakspriserna skulle stiga om och när blockaden upphörde. På kvällen innan fredsfördaget offentliggjordes kom tre män till New Orleans med ett brev från den brittiska flottan. Brevet innehöll nyheten om freden. En bror till en av männen berättade nyheten för Organ. Organ begav sig tidigt på morgo-

[46] Se avsnitt 3.3.6.3.

[47] I det följande bortses t ex från förtiganden om personliga antecedentia, där lösningarna torde vara föranledda av tämligen särpräglade rättspolitiska ställningstaganden; se vidare Lehrberg, s 500 ff.

[48] Se Farnsworth s 238, 241 not 31 med hänvisning till 15 U.S. (2 Wheat.) 178 (1817). Se även Kronman, 7 J. Legal Stud., s 1 (1978) på s 9 ff. Jfr. *Münchener Kommentar* § 242 Rn 202. Det är tydligen ovisst hur det slutligen gick i målet.

nen nästa dag till Laidlaw och köpte en stor kvantitet tobak. Säljaren frågade Organ om han kände till några nyheter som skulle kunna påverka priset, men tydligen besvarades inte frågan. Köpeavtalet ingicks mellan klockan 8 och 9 på morgonen. Nyheten blev offentlig genom en "*handbill*" klockan 8. Tobakspriserna steg med 30–50%. Laidlaw försökte få avtalet ogiltigförklarat genom att åberopa svek (*fraud*). Domstolen ogillade talan. Organ ansågs inte ha varit skyldig att upplysa om fredsslutet: "*It would be difficult to circumscribe the contrary doctrine within proper limits, where the means of intelligence are equally accessible to both parties.*"[49]

32-026 Tydligen tillmättes det betydelse att båda parter hade lika goda möjligheter att skaffa sig kännedom om freden. Om så verkligen varit fallet – vilket kan ifrågasättas – är utgångspunkten principiellt riktig.

32-027 Om vi antar att Laidlaw inte hade några realistiska möjligheter att ta del av nyheten innan avtalet ingicks, talar detta för att förtigandet skall tilläggas relevans och grundregeln genombrytas.

32-028 Anses Laidlaw å andra sidan ha haft möjligheter att ta del av informationen innan avtalet ingicks skulle det vara riktigt att bortse från förtigandet vid valet av riskallokering. Intresset att generellt premiera investeringar i information bör då vara utslagsgivande även om informationen i det konkreta fallet här tycks ha uppkommit genom en slump.[50]

32-029 Avgörande borde då vara en riskallokering med objektiva utgångpunkter; i regel bör löftesgivaren/säljaren anses vara närmare till hands att hålla reda på sina marknadsförutsättningar (riskområdesrekvisitet).[51] Säljaren, löftesgivaren/Laidlaw, i *Laidlaw v. Organ* torde också ha haft bättre möjligheter än köparen att sprida risken (riskspridningsrekvisitet).[52] I den mån värdemaximeringsprincipen inte kan lämna någon vägledning bör löftesgivaren/Laidlaw i princip få bära risken. Något utrymme för att beakta förhållandet att Organ gjort en vinning på Laidlaws bekostnad kan knappast finnas. Effekten av avtalet är ju bara att värde överförs från Laidlaw till Organ och någon icke-önskvärd nettoförlust har inte uppkommit. Om så är fallet ter det sig helt obefogat att tillmäta förtigandet betydelse och t ex låta avtalet återgå, så att Laidlaw genom en ny försäljning kan uppbära hela vinsten. Givetvis kan förmögenhetsöverföringen än mindre motivera ett eventuellt skadeståndsansvar (enligt 30 § avtalslagen i den mån detta stadgande kan anses tillämpligt).

32-030 Om motsvarande situation skulle bedömas enligt svensk rätt

[49] 15 U.S. (2 Wheat.) 178, 195.
[50] Jfr. dock Kronman, 7 J. Legal Stud., s 1 (1978) s 9 ff.
[51] Se avsnitt 2.4.4 ovan.
[52] Se avsnitt 2.4.5 ovan.

borde alltså *de sententia ferenda* avtalet bli bestående.[53] Det förhållandet att löftesmottagaren i regel inte behöver upplysa om fakta rörande prisbildning och konjunkturer, skall dock inte tas till intäkt för att han alltid undgår risken helt och hållet. Det innebär endast att det subjektiva elementet, löftesmottagarens dolösa förtigande, inte påverkar riskallokeringen som istället får ske enligt objektiva kriterier.

32-031 Självfallet kan särpräglade ändamålssynpunkter föranleda en annan bedömning än den av mig nu förordade, exempelvis om Organ utnyttjat informationen till transaktioner på värdepappersmarknaden och därvid brutit mot förbudet mot insiderhandel.[54]

32-032 *Laidlaw v. Organ* rör en typsituation som karakteriseras av att löftesgivaren/Laidlaw i efterhand upptäcker att den egna prestationen var oväntat värdefull. Utgångspunkten för riskallokeringen måste otvivelaktigt här liksom eljest vara att grundsatsen att löftesgivaren får stå risken.

32-033 Låt oss så variera fakta i *Laidlaw v. Organ* en smula och anta att Laidlaw hade fått besked om att en blockad skulle inledas samt att man vid denna eventualitet allmänt räknade med att tobakspriserna skulle sjunka. Om Organ då hade uppsökt Laidlaw på morgonen innan nyheten var känd för att köpa ett större parti tobak skulle rimligen inte Laidlaw vara skyldig att upplysa honom om nyheten. Underlåtenheten att upplysa kan inte ha inverkat på Organs redan fattade beslut att köpa tobaken. En upplysning skulle däremot otvivelaktigt ha medfört att Organ justerat innehållet i sitt beslut och skjutit upp sitt inköp. Laidlaw utnyttjar här inte informationen. Underlåtenheten att upplysa bör därför vara irrelevant och riskallokeringen bör ske enligt objektiva kriterier.

32-034 Men om å andra sidan Laidlaw uppsökt Organ på morgonen och förmått honom att köpa just då, trots att han annars skulle ha avvaktat med sitt inköp, synes en annan bedömning vara motiverad. Säljarens "affärsskicklighet" framstår som allt annat än skyddsvärd. Transaktionen skapar inte något mervärde, den överför bara värde och värdeöverföringen är inte ett resultat av att säljaren investerat i allmänt tillgänglig information. Det bör vid sådant förhållande kunna komma ifråga att tillmäta det dolösa förtigandet självständig betydelse vid val av riskallokering. Avtalet bör kunna jämkas eller återgå. Avtalet bör däremot inte bli bestående bara därför att förhållandet må röra något som köparen inte typiskt sett förvän-

[53] Jfr. Hultmark, *Upplysningsplikt*, s 86.
[54] Jfr. Hultmark, *Upplysningsplikt*, s 65.

tar sig att bli upplyst om, vilket Hultmark synes anse.[55]

32-035 Motiven till avtalslagen synes även tillmäta betydelse åt förhållandet att löftesmottagaren aktivt utnyttjat ett informationsmonopol. Som exempel på hur 33 § avtalslagen skulle kunna tillämpas nämns "fall, då en styrelseledamot i ett bolag, vilken vet, att bolaget gjort så stora förluster, att konkurs är omedelbart förestående, skyndar sig att sälja sina aktier i bolaget, innan dessa förhållanden blivit kända för utomstående. Ett dylikt beteende måste anses stridande mot tro och heder".[56] Förhållandet att ett aktivt utnyttjande av ett informationsmonopol här synes ha föresvävat lagstiftaren framgår enligt min uppfattning av uttrycket "skyndar sig att sälja ... innan dessa förhållanden blivit allmänt kända".[57]

32-036 Finlands högsta domstol synes i ett avgörande 22.4.1985, Nord. Domss. 1985 s 289, ha intagit en liknande hållning.

> Ett avtal om aktieköp återgick enligt 33 § avtalslagen. Säljarna utfick FIM 120/aktie (för 13,35% av bolagets aktier). Säljarna kände inte till att förhandlingar pågick mellan bolagets styrelse och en annan intressent (C) och att C i ett fast anbud erbjudit FIM 750/aktie. Köparens ställföreträdare satt i styrelsen för bolaget och hade kännedom om anbudet från C. Avtalet återgick trots att säljarna inte förebringat bevisning om hur köpeförhandlingarna mellan säljarna och köparna gick till. Häradsrätten som ansåg att avtalet borde bli bestående fäste sig särskilt vid att det inte var visat att köparens ställföreträdare tagit initia-

[55] Hultmark har utvecklat en tes rörande vilka omständigheter löftesmottagarens upplysningsplikt skulle omfatta. I korthet går tesen ut på att upplysningsplikt föreligger endast beträffande fakta som löftesmottagaren har helt säker kunskap om. Löftesmottagaren måste härtill ha faktisk kunskap om att löftesgivaren inte känner till dessa fakta och att de var av betydelse för hans beslut att ingå avtal. För relevans skulle härutöver krävas att löftesgivaren typiskt sett har en förväntan att bli upplyst om dessa fakta. Se Hultmark, *Upplysningsplikt*, s 19. Att det skulle vara svårt eller omöjligt för löftesgivaren att själv ta reda på dessa fakta skulle däremot sakna betydelse; a a, s 28. Jag är inte säker på att ha förstått Hultmarks tankegång till alla delar. Det kan synas som om upplysningsplikt skulle konstitueras av en typisk förväntan om att bli upplyst. Men förhandenvaron av en upplysningsplikt måste väl rimligen konstituera en typisk förväntan om att bli upplyst. Tesen förefaller att återgå på ett cirkelresonemang i den mån den gör anspråk på att förklara gällande rätt. Härtill må läggas att Hultmark med uttrycket "typisk förväntan" knappast kan ha avsett de statistiskt mest frekventa förväntningarna hos alla tänkbara avtalsparter. Snarare synes upplysningsplikt föreligga om någon utomstående finner löftesmottagaren skyddsvärd på grund av någon gällande rättsregel, ändamålsöverväganden eller fritt skön. Om detta är riktigt måste Hultmarks tes anses vara innehållslös.

[56] NJA II 1915 s 262.

[57] Se härtill Karlgren, SvJT 1933 s 219 på s 240 f. Enligt Adlercreutz, skulle det inte krävas att säljaren aktivt utnyttjade informationen genom att ta initiativ till försäljningen; se Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s 267. Enligt min uppfattning kan det i detta fall vara motiverat med en strängare bedömning än eljest, om köparen stått i ett förtroendeförhållande till styrelseledamoten/säljaren. I övrigt borde köplagens felregler kunna tillämpas analogt.

tivet och förlett säljarna att ingå avtalet eller att han eljest skulle ha missbrukat sin ställning som ledamot i bolagets styrelse.

32-037 Højesterettens avgörande i Rt 1921 s 267 är väl ägnat att illustrera betydelsen av att löftesmottagaren tar initiativet till avtalet. Avgörandet kan trots sin ålder antas ha fortsatt aktualitet i norsk rätt.[58]

En mäklare hade fått i uppdrag att sälja ett fartyg för ett aktiebolags räkning. Fartyget var bolagets enda egentliga tillgång. Mäklaren lyckades få ut ett oväntat högt pris. Innan detta blivit känt kontaktade mäklaren en annan mäklare och uppdrog åt denne att köpa aktier i bolaget. Avtalet återgick. Till utgången torde ha bidragit att mäklaren fått informationen under utövande av ett förtroendeuppdrag och att han aktivt förmått aktiesäljaren att ingå avtal.

32-038 Enligt gällande svensk rätt torde avtalet i Rt 1921 s 267 strida mot 4 § insiderlagen (1990:1342). Om emellertid insiderlagen inte skulle vara tillämplig, t ex därför att transaktionen inte äger rum på värdepappersmarknaden, skulle i ett fall som detta en dolös underlåtenhet att upplysa kunna få självständig betydelse för riskallokeringen, ty fakta var inte tillgängliga för löftesgivarna *och* löftesmottagaren förmådde aktivt löftesgivaren att ingå avtal *samt* förteg omständigheter av väsentlig betydelse för löftesgivarens beslut att ingå avtal.

32-039 Om löftesmottagarens upplysning skulle röja en företagshemlighet avseende annat än prisbildning och konjunkturer bör någon upplysningsskyldighet i regel inte föreligga. Undantag från denna huvudregel bör ske om företagshemligheten avser destruktiva fakta. Det kan kanske också någon gång också vara befogat att som i Nord. Domss. 1985 s 289 och Rt 1921 s 267 hålla dörren öppen för att anlägga moraliska synpunkter på förfaranden där löftesmottagaren aktivt förmår löftesgivaren att ingå ett oförmånligt avtal.

32-040 Utgångspunkten bör eljest vara att skyddet av företagshemligheter motiveras just av en strävan att skydda dem som investerar i information och kunskap mot att utsättas för snyltning.[59] Ett sådant vitalt samhällsintresse kan knappast anses vara underordnat intresset av att skydda löftesgivaren från de negativa konsekvenserna av hans okunnighet.[60] Lagstiftaren synes utgå från att innehavaren av en affärshemlighet skall tillämpa en sträng säkerhetspolicy och således skaffa sig ett skydd utöver det legala

[58] Se Krüger, *Kontraktsrett*, s 643. Jfr. Hultmark, *Upplysningsplikt*, s 64 f.
[59] Se SOU 1983:52 s 268 ff och Prop 1987/88:155 s 9.
[60] Se dock Lehrberg, s 508. Jfr. Hultmarks resonemang kring principen "*abstain or disclose*"; Hultmark, *Upplysningsplikt* s 11.

skyddet.[61] Lagstiftaren tycks alltså räkna med att upplysningar om företagshemligheter inte skall behöva lämnas ut "gratis". Löftesmottagaren bör således kunna få utnyttja sin investering trots att han vet att avtalet inte kommer att bli så förmånligt som löftesgivaren synbarligen räknar med (därest företagshemligheten inte avser ett destruktivt faktum). Men lika lite som i fråga om fakta rörande prisbildning och konjunkturer skall löftesmottagarens innehav av en företagshemlighet i sig medföra att löftesgivaren alltid får bära risken, utan en prövning på objektiva grunder av vem som är närmare att bära risken skall alltid företas när onda tron frånkänns relevans.

32-041 När det slutligen gäller förtiganden av ekonomiska svårigheter får det antas att löftesgivarens okunnighet om löftesmottagarens dåliga ekonomi typiskt sett medfört att löftesgivaren lämnat kredit i en eller annan form. Frågan om upplysningsplikt är ur riskallokeringssynpunkt tämligen ointressant. Den nyttominskande omständigheten torde alltid vara relevant, dock inte på grund av förtigandet i sig, utan på grund av att löftesmottagarens bristande fullgörelse av sina betalningsförpliktelser i regel är ett skadeståndsgrundande kontraktsbrott. Löftesgivaren/kreditgivaren kan förstås finna att hans kontraktuella remedier är av litet värde på grund av exekutionsrättsliga och sakrättsliga regler som uppställs till förmån för borgenärerna som kollektiv. Frågan om löftesmottagarens förtigande skall ha självständig relevans eller inte blir en ren rättsföljdsfråga gällande valet mellan ogiltighet och skadestånd. Det ligger dock utanför ämnet för denna framställning att dryfta vilken rättsföljd som är lämpligast.[62]

[61] SOU 1983:52 s 269 f.

[62] Om en motgrund i Karlgrens bemärkelse inte anses föreligga skulle löftesgivaren kunna åberopa löftesmottagarens dolösa förtigande för att åstadkomma ogiltighet. Löftesgivarens önskan att få avtalet ogiltigförklarat torde ha praktisk betydelse främst när löftesmottagaren gått i konkurs; det är då den med ogiltigheten följande separationsrätten som eftersträvas. Detta leder i sin tur till ett behov av att göra avvägningar mot de övriga borgenärernas intressen och det är inte givet att dessa intressen skall behöva stå tillbaka för att skydda en okunning och dessutom synbarligen riskbenägen löftesgivare. Huruvida förtigandet på detta sätt skall ha självständig betydelse och kunna föranleda ogiltighet är ovisst. I vart fall har enuntiativt uppträdande i god tro med avseende på ekonomiska svårigheter ansetts kunna leda till ogiltighet. Se 34-009 nedan beträffande NJA 1985 s 178 (*AB Järnsida ./. Kalmar Varv AB i konkurs*). Jfr. Krüger, *Kontraktsrett*, s 278 som uttalar att det kan vara önskvärt att framtvinga upplysningar rörande kreditvärdighet också vid kreditgivning i avtal rörande varor och tjänster. Jfr. även a a, s 640 f. En ogiltighetstalan skulle också kunna kombineras med en skadeståndstalan. Men detta torde sakna praktisk betydelse i en kon-

3.2.3 Konkreta fakta eller risk

32-042 Som ovan framhållits tycks det vara en förhärskande uppfattning att dolösa förtiganden skall tilläggas relevans som huvudregel, men att särskilda motgrunder kan medföra att förtigandet är acceptabelt. Karlgren ifrågasätter om det för relevans härutöver borde krävas att löftesmottagarens underlåtenhet att upplysa skall avse konkreta och distinkta fakta – till skillnad mot vaga och allmänna förhållanden.[63] Hultmark går något längre och hävdar att upplysningsplikten endast kan avse fakta om vilka löftesmottagaren har säker kunskap, såvida inte ett förtroendeförhållande mellan parterna medför en längre gående plikt att upplysa.[64] Hultmark synes dock inte vilja utesluta att det även skulle kunna ha betydelse att löftesmottagaren anat oråd eller fattat misstanke beträffande existensen av något sakförhållande.[65]

32-043 Relevansen av dolösa förtiganden har i doktrinen huvudsakligen behandlats enligt 33 § avtalslagen; ett stadgande som kan anses supplera 30 § och 31 §.[66] Enligt 33 § avtalslagen skall bedömningen ske med utgångspunkt i situationen vid viljeförklaringens avgivande och det får inte tas någon hänsyn till vad som inträffar efter denna tidpunkt[67] eller åtminstone inte efter den tidpunkt då viljeförklaringen inverkade bestämmande på löftesmottagarens handlingssätt enligt 39 § avtalslagen.[68] Det borde enligt min uppfattning vara möjligt att hävda att 33 § kan tillämpas även i fall av förtiganden av annat än rådande förhållanden; förtigandet av risk för negativa efterföljande omständigheter kan vara kausalt och göra att det t ex skulle strida mot tro och heder att åberopa avtalet.[69] Bedöm-

kurssituation. Skadestånd enligt 15:1 aktiebolagslagen torde inte bli aktuellt. Se SOU 1995:44 s 247 och NJA 1979 s 157. Jfr. Karlgren, SvJT 1938 s 187. En möjlighet vore dock att låta förtigandet utgöra grund för ansvarsgenombrott. Se SOU 1987:59 s 111. Jfr. *Münchener Kommentar* § 242 Rn 203 och Clark, s 74 ff. Beträffande möjligheterna att utfå skadestånd med stöd av 33 § avtalslagen, se Hellner, *HD och avtalsrätten*, s 219 f.

[63] Karlgren, s 107. Jfr. Grönfors, *Avtalslagen*, s 189 och Rodhe, *Förmögenhetsbrotten*, s 12 f.

[64] Hultmark, *Upplysningsplikt*, s 80 f.

[65] Hultmark, *Upplysningsplikt*, s 21.

[66] Se Grönfors, *Avtalslagen*, s 206 och Karlgren, SvJT 1933 s 219 på s 254.

[67] Se Grönfors, *Avtalslagen*, s 207 och Hellner, *HD och avtalsrätten*, s 218 f. Jfr. Andersen & Nørgaard s 163 och Gomard, *Kontraktsret*, s 130.

[68] Se Madsen, s 122 ff om 39 § avtalslagen och efterföljande ond tro. Se även Karlgren, SvJT 1933 s 219 på s 226. Jfr. Andersen & Nørgaard s 163 f.

[69] Jfr. 11-009 med not 13 ovan.

ningen måste enligt ordalydelsen inte utgå från att det är rådande omständigheter som förtigandet avser.[70]

32-044 Betydelsen av denna begränsning har emellertid starkt minskat sedan 36 § avtalslagen införts; oskälighet kan ju enligt detta stadgande uttryckligen uppkomma på grund av efterföljande omständigheter.[71] Det borde då vara rimligt om ett dolöst förtigande av en risk för efterföljande nyttominskande omständigheter ses som ett förstärkande element i oskälighetsbedömningen.

32-045 Frågan kan därför ställas: Behöver löftesmottagaren upplysa om att det föreligger en risk, exempelvis för att hans prestation är sämre än löftesmottagaren synes räkna med, att det föreligger en risk för t ex rådighetsinskränkningar eller att balansen mellan prestation och vederlag kommer att rubbas?[72]

32-046 I *Laidlaw v. Organ* var exempelvis fredsfördraget ett distinkt faktum, men att priserna på tobak skulle stiga var en risk, eller snarare en möjlighet. Någon kunskap om att en prisökning verkligen skulle inträffa hade ju inte Organ, utan han tog en chans. Skulle Laidlaw ha kunnat förmå Organ till inköp i det omvända exemplet, rörande risk för prissänkning, och undgå ansvar bara därför att han inte haft säker kunskap? Det förefaller inte motiverat.

32-047 Frågeställningen aktualiserar dels betydelsen av skillnaden mellan fakta och utvärderingen av betydelsen av dessa fakta[73], dels betydelsen av skillnaden mellan fakta och rykten.[74]

32-048 Med den analytiska utgångspunkt som här antagits – att förtiganden kan vara acceptabla på grund av intresset att uppmuntra investeringar i information – kan upplysningsskyldigheten inte sträcka sig så långt att löftesmottagaren skulle vara skyldig att utvärdera informationen åt löftesgivaren.[75] Detta måste vara löftesgivarens egen sak; det är däremot

[70] Jfr. Grönfors, *Avtalslagen*, s 209 beträffande förhållandet mellan 33 § avtalslagen och förutsättningsläran.

[71] Jfr. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s 237.

[72] Jfr. Krüger, *Kontraktsrett*, s 257. Se dock Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s 268.

[73] Jfr. Hultmark, *Upplysningsplikt*, s 71 f beträffande *inequality regarding information* och *inequality regarding judgement*.

[74] I den mån löftesmottagaren är skyldig att upplysa om rykten och liknande, aktualiseras frågan om ansvar för utgivande av felaktig information. Ett sådan ansvar kan dock knappast bli aktuellt. Löftesmottagaren har all anledning att framhålla att det inte är fråga om distinkta fakta, varför ansvar rimligen inte kommer ifråga.

[75] Förhållandena kan givetvis vara annorlunda om 31 § avtalslagen är tillämplig eller när en liknande situation medför att visst avtalsvillkor framstår som oskäligt med hänsyn till förhållandena vid avtalets tillkomst.

av betydelse att löftesgivaren får möjlighet att själv utvärdera situationen. Omständigheten att löftesmottagaren har utvärderat informationen, eller borde ha utvärderat informationen, saknar dock inte betydelse. För att upplysningsplikt beträffande fakta någonsin skall komma i fråga, måste ju löftesmottagarens dolus i princip också omfatta förhållandet att informationen skulle ha inverkan på löftesgivarens beslut att avge viljeförklaringen. Av detta kausalitetskrav följer att löftesmottagaren, för att upplysningsplikten skall kunna anses åsidosatt, själv måste ha utvärderat informationen. Därav följer däremot inte han han skulle vara skyldig att upplysa löftesgivaren om sin egen utvärdering. Det är dock knappast rimligt om löftesmottagaren undgår upplysningsplikten bara därför att han påstår sig ha underlåtit att utvärdera informationen. Det avgörande bör vara om han *borde* ha insett informationens betydelse för löftesgivaren. Det kan alltså bli aktuellt att företa en culpabedömning i ett dolusfall.

32-049 Omfattar då löftesmottagarens upplysningsskyldighet annat än distinkta fakta, om vilka han har säker kunskap, t ex rykten? För att upplysningsplikt över huvud taget skall komma ifråga, krävs att löftesgivaren inte har några realistiska möjligheter att få ta del av ryktet, så att han kan utvärdera dess betydelse. Man kan ju tycka att löftesgivaren borde få samma möjligheter att utvärdera betydelsen av rykten som av distinkta fakta och att upplysningsplikten därför bör omfatta även t ex rykten. Men ryktesspridning är knappast ett samhällsintresse. Enligt min uppfattning bör en underlåtenhet att upplysa om sådant som löftesmottagaren inte har säker kunskap om behandlas i enlighet med reglerna om culpösa förtiganden till vilka vi strax skall återkomma.

32-050 En ytterligare förutsättning för relevans är – här liksom i andra fall – att förtigandet kan antas ha inverkat på löftesgivarens beslut att ingå avtal med det aktuella innehållet. Ofta torde ett förtigande av ett rykte eller liknande kunna frånkännas relevans på denna grund: Det kan ofta antas att löftesgivaren hade ingått avtalet även om han vetat om ryktet.

3.2.4 Avtalets kontext

32-051 Karlgren synes också ha räknat med en längre gående upplysningsplikt, när avtalet grundas på ett förtroende mellan parterna.[76]

32-052 Att upplysningsplikten påverkas, så att en dolös underlåtenhet kan få större betydelse än annars, är otvivelaktigt riktigt när förtroendeför-

[76] Se Karlgren, s 106 not 38.

hållandet föreligger redan innan avtalet ingås, i synnerhet om förtroendeförhållandet medför insikter i medkontrahentens ekonomiska förhållanden[77]; jfr. 42 § kommissionslagen (1914:45), 5 § och 7 § handelsagenturlagen, 12 § ff fastighetsmäklarlagen (1995:400) och 13 § försäkringsmäklarlagen (1989:508).[78]

32-053 En annan fråga är om en utökad upplysningsplikt kan anses följa av att parterna *avser* att inleda en avtalsrelation baserad på ömsesidigt förtroende.[79] Ofta är detta fallet. Det vore ju också en krystad åtskillnad att låta löftesmottagaren ansvara för dolösa förtiganden under fullgörandet av ett avtal som grundar sig på ett förtroende, men samtidigt låta löftesmottagaren förespegla löftesgivaren en förtroendefull relation och utan att det anses relevant kunna inleda relationen med ett dolöst förtigande.

32-054 En underlåtenhet att upplysa i en sådan avtalsrelation bör här kunna få självständig betydelse som riskallokeringsargument. I vissa avtalsrelationer bör krav kunna ställas på ett altruistiskt uppträdande *ex post*. När det gäller upplysningsskyldighet torde motsvarande krav kunna ställas på ett altruistiskt uppträdande *ex ante*. För analytiska utgångspunkter rörande i vilka fall detta kan tänkas gälla hänvisas till avsnitt 5.1.3.

3.2.5 Ett problematiskt fall

32-055 I ett känt skolexempel beställer en flicka en skräddarsydd brudklänning hos en skräddare inför sitt förestående bröllop. Det visar sig

[77] Se Hultmark, *Upplysningsplikt*, s 59 ff. Jfr. Krüger, *Kontraktsrett*, s 281.

[78] Däremot kan det inte antas att upplysningsplikten skulle vara mindre än enligt den ovan skisserade huvudregeln bara därför att avtalet ingås i en konfliktladdad miljö. Hultmark identifierar förlikningsavtal som en sådan kontext: "vissa typer av upplysningar måste man dock ge motparten *trots* att det är fråga om ett förlikningsavtal." (min kurs.) Se Hultmark, *Upplysningsplikt*, s 53 f. Svensk praxis som ger tydliga besked saknas. Jfr. NJA 1981 s 269 (*Carl Johan B ./. Bodens Kommun*) och NJA 1989 s 614 (*Anne-Marie Q ./. Lars Q*). Se vidare avsnitt 3.3.6 nedan. Av en knapphändig praxis i Norge och Danmark att döma tycks upplysningsplikten i dessa sammanhang överensstämma med huvudregeln eller snarare vara något vidare; jfr. Krüger, *Kontraktsrett*, s 288 och s 642. I UfR 1981 s 725 V, jämkades en förlikning rörande förköpsrätt i ett hyresförhållande, därför att löftesgivaren inte begrep vad förpliktelsen gick ut på. Detta trots att han biträtts av advokat! I detta avseende liknar avgörandet i NJA 1989 s 614, där löftesgivaren undgick ansvar vid ursprunglig omöjlighet pga något som närmast är att betrakta som en rättsvillfarelse. I amerikansk rätt tycks också just vissa förlikningsavtal (*personal injury releases*) inta en särställning vad gäller relevansen av löftesgivarens okunnighet. Se Farnsworth, s 652 f. Även i BGB intar förlikningsavtal en särställning; se BGB § 779. Se vidare s 33-051 nedan.

[79] Jfr. Hultmark, *Upplysningsplikt*, s 7.

emellertid att bröllopet inte blir av.[80] Frågan är om skräddaren eller flickan skall stå risken för att klänningen blivit onyttig. Enligt allmän uppfattning bör flickan bära risken. Detta följer också av värdemaximeringsprincipen. Men hur vore det om skräddaren innan beställningen gavs råkat få veta att fästmannen hade tagit hyra på en båt och tänkte bryta förlovningen? Skulle detta medföra att skräddaren fick bära risken på grund av sin kännedom om vad som närmast får karakteriseras som ett destruktivt faktum?

32-056 Mot detta talar att en upplysning skulle kunna tas illa upp av flickan eller utsätta skräddaren för fästmannens ringaktning.[81]

32-057 Å andra sidan talar det för att skräddaren här har risken, eftersom en upplysning skulle kunna leda till att onödig värdeförstöring förhindrades. Det som håller emot att lämna en upplysning om det rätta förhållandena är att skräddarens utsikter till vinst uteblir.[82]

32-058 Vad resultatet i en svensk domstol skulle bli är en öppen fråga. Enligt min uppfattning torde intresset att undvika värdeförstöring i regel väga tyngre än intresset att skräddaren inte vill förarga kunden eller utsätta sig för fästmannens ringaktning. Man kan förstås tycka att en väg ur dilemmat – i synnerhet om skräddaren fått uppgiften från fästmannen i förtroende – vore att avstå från avtalet utan att upplysa; *abstain or disclose*. Det är emellertid knappast en lösning som tillgodoser intresset att undvika värdeförstöringen. Flickan vänder sig då till en annan skräddare som får fullgöra det i grunden onyttiga avtalet.

32-059 Anledningen till att jag tar upp detta "skolexempel" är att det är väl ägnat att belysa att intresset av förlustminimering undantagsvis kan ha självständig betydelse som riskallokeringsargument. Verkligheten

[80] Exemplet har stor spridning. Se Treitel, s 294 med hänvisning till det australiska avgörandet *Scanlan's New Neon Ltd. v. Tooheys Ltd.*, (1943) 67 C.L.R. 169, 201.

[81] Karlgren nämner också som exempel på en motgrund att en upplysning skulle tas illa upp av löftesgivaren. T ex skulle en bokförsäljare inte behöva upplysa köparen om att han saknar tillräckliga fattningsgåvor för att tillgodogöra sig bokens innehåll. Karlgren, s 106 vid not 37. Om skräddaren dessutom inte var säker på sin sak och upplysningen var felaktig skulle han kunna anklagas för att sprida falska rykten. I praktiskt avseende skulle det nog inte ha betydelse i ett fall som detta om skräddaren framhöll att fakta inte var *helt* säkra.

[82] En upplysning i omedelbar anslutning till avtalsslutet skulle sannolikt inte heller grunda någon rätt till ersättning för utebliven vinst; jfr. 39 § avtalslagen. Han lär heller inte kunna avvakta med att upplysa bara för att upparbeta ett anspråk på ersättning för utebliven vinst; det vore helt enkelt ett alltför cyniskt handlande för att kunna antas förtjäna rättsordningens skydd. *De lege ferenda* kan dock ifrågasättas om inte "upplysaren" som förhindrar värdeförstöring borde kunna resa anspråk på någon ersättning (informationshittelön) för att ge ett naturligt incitament till spridning av information och motverka ett strategiskt betingat undanhållande av information (vilket kan antas förekomma om löftesgivarens/beställarens villfarelse frånkännes relevans).

överträffar ju också ofta som bekant dikten. Skolboksexemplet med dess illustration av hur intresset av förlustminimering skulle kunna fungera kan tänkas få betydelse i kommersiella avtalsrelationer rörande specialtillverkning eller anskaffningsköp. En fråga av stort intresse torde därvid ofta kunna bli huruvida skyddet av den som investerat i allmänt tillgänglig information rörande exempelvis efterfrågestrukturer får vika för intresset av förlustminimering. Enligt min uppfattning borde det inte förhålla sig så, men frågeställningen måste *de lege lata* anses helt öppen, liksom frågan om löftesmottagaren i sådana kommersiella sammanhang kan få någon form av ersättning för att avtalet inte kommer till stånd på grund av att han lämnat värdefull information till löftesgivaren.

3.3 Culpösa förtiganden

3.3.1 Culpabedömningens föremål

33-001 Med hänsyn till de subjektiva rekvisiten i 32 § 1 stycket ("bort inse") och 33 § ("måste antagas hava ägt sådan vetskap") öppnas uppenbarligen en möjlighet att tillägga löftesgivarens okunnighet relevans utan att det behöver visas att löftesmottagaren har haft faktisk kunskap om okunnigheten.[83] För att det skall bli fråga om relevans fordras här liksom vid dolösa förtiganden att förtigandet kan antas ha inverkat bestämmande på löftesgivarens beslut att ingå ett avtal med det aktuella innehållet.

33-002 Det större innesluter det mindre. Det kan hävdas att om någon gång ett culpöst förtigande skall tilläggas relevans, borde givetvis samma förtigande *a fortiori* vara relevant om det kan betecknas som dolöst.[84] Ett dolöst förtigande är så att säga ännu mer rättsstridigt och anstötligt än ett culpöst.[85] Culpösa förtiganden torde då vara relevanta, om inte i färre situationer än dolösa förtiganden, så i vart fall inte i fler.

33-003 Riktigheten av denna "moraliska" utgångspunkt kan dock betvivlas. Det skulle nämligen kunna hävdas att ramarna för relevans tvärt om är vidare vid culpösa förtiganden än vid dolösa. Ett dolöst förtigande av ett faktum skulle kunna anses vara ett utflöde av en "*samfundsgavnlig*

[83] Bestämmelsen i 33 § avtalslagen lär dock endast avse dolusfall; se Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s 260.

[84] Jfr. Lehrberg, s 466.

[85] I amerikansk rätt görs exempelvis skillnad mellan dessa två typer av förtiganden i så måtto att culpösa förtiganden bara blir relevanta om förtigandet ger upphov till ett *material mistake*. Se Farnsworth, s 239.

Forretningsdygtighed" och som sådan skyddsvärd. Ett culpöst förtigande av samma faktum skulle emellertid vara att återföra på bristande omsorg. När löftesmottagaren får vinning på grund av slarv och inte på grund av skicklighet skulle utrymmet för att skydda löftesgivaren kunna vara större. En sådan utgångspunkt skulle emellertid få smått bisarra konsekvenser. Man skulle nämligen få räkna med att löftesmottagaren i flertalet fall för att undgå relevans skulle hävda att hans förtigande varit dolöst. Hur skulle löftesgivaren kunna motbevisa det? Alternativt skulle löftesmottagaren behöva bevisa att han haft faktisk insikt om löftesgivarens villfarelse. Skulle det i sådant fall räcka med att han bevisade att han "måste antagas hava ägt sådan vetskap"?[86]

33-004 Ett element som skiljer det culpösa förtigandet från det dolösa är att den culpöse löftesmottagaren kan åberopa att han trots sin ifrågasatta culpa inrättat sig i tillit till löftesmottagarens viljeförklaring. I den mån löftesmottagarens culpa tilläggs relevans, kan det sägas att viljeteorin tillåts ta över tillitsteorin.[87] Den centrala uppgiften blir därvid att bestämma gränserna för tillitsskyddet, eller om man så vill klarlägga enligt vilka kriterier ett förtigande skall betecknas som culpöst.

33-005 Om vad som nu sagts är riktigt, skulle en möjlig analytisk utgångspunkt för att bedöma betydelsen av culpösa förtiganden kunna vara tillitsgrundsatsen i 32 § 1 st avtalslagen och inte, som vid dolösa förtiganden, intresset att premiera dem som investerat i allmänt tillgänglig information.[88] Ett culpöst förtigande skulle med denna utgångspunkt kunna få betydelse vid tolkning av avtal och inverka vid fastställandet av innehållet i parternas förpliktelser.[89] Tolkningsfrågor skall emellertid här lämnas åt sido, liksom även det culpösa förtigandets eventuella betydelse för den köprättsliga felbedömningen.[90] Med sagda begränsning blir det

[86] Domstolen skulle kunna tänkas behöva formulera sig på följande sätt: "Rätten finner inte att förtigandet kan betecknas som ohederligt på ett sådant sätt att avtalet skall återgå jämlikt 33 § avtalslagen. Dock har löftesmottagaren inte kunnat styrka sitt påstående att han insett löftesgivarens villfarelse. Löftesgivarens talan om återgång av avtalet skall därför bifallas." En sådan dom skulle åtminstone på mig göra intryck av att vara en början på en ny och hittills oprövad rättsutveckling.

[87] Se Karlgren, s 118.

[88] Jfr. Madsen, s 87. Beträffande alternativa analytiska utgångspunkter grundade på "sed och moral", se Karlgren, s 129 ff.

[89] Se Huser, s 417 ff; Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s 116 ff; Schmidt, SvJT 1959 s 497 ff och ds., SvJT 1960 s 420 ff.

[90] En dolös eller en culpös underlåtenhet att upplysa köparen kan ha betydelse för säljarens skadeståndsansvar och köparens möjligheter att åberopa fel efter utgången av eljest gällande preklusions- och preskriptionsfrister; se 33 § köplagen. Felbedömningen som sådan

närmast fråga om att undersöka betydelsen av culpösa förtiganden i ogiltighetshänseende; man kan då säga att culpösa förtiganden undersöks med utgångspunkt i förekommande förutsättningsargument. Som vi skall se torde tillitsgrundsatsen kunna undvaras och risken allokeras enligt objektiva principer. Men först några ord om det vartill löftesmottagarens culpa anknyter.

33-006 Enligt Karlgrens, av förutsättningssynpunkter präglade synsätt, kan löftesmottagarens culpa avse löftesgivarens okunnighet om ett visst förhållande. Det culpösa består alltså i att löftesmottagaren borde ha känt till löftesgivarens okunnighet (att en oriktig förutsättning förelåg eller att förutsättningen skulle brista). Culpan kan också avse vilken inverkan okunnigheten hade på löftesgivarens viljeförklaring. Culpan kan härtill avse löftesmottagarens underlåtenhet att undanröja löftesgivarens okunnighet.[91]

33-007 Enligt min uppfattning kan beträffande culpa i det sistnämnda hänseendet sägas, att samma överväganden rimligen måste göras som beträffande dolösa förtiganden. Detta förutsatt att man inte vill ge culpösa förtiganden en mer vidsträckt betydelse än dolösa förtiganden – och det finns inte grund för antagandet att detta skulle vara fallet enligt gällande rätt. Om det således inte föreligger en upplysningsplikt i dolusfallet, skulle det heller inte vara culpöst att underlåta att lämna upplysningar. Enligt min uppfattning saknas skäl att inte på samma sätt behandla den omvända situationen; om det skulle föreligga en upplysningsplikt i dolusfallet, bör också en culpös underlåtenhet att upplysa vara relevant. I annat fall motverkas det syfte som här kan antas uppbära culpanormen; att prevenera mot förslappning.[92].

33-008 Enligt min uppfattning bör det vidare förhålla sig så, att om det inte är culpöst att underlåta att upplysa löftesgivaren, så kan ansvaret knappast påverkas av att culpa i övriga hänseenden föreligger. Om alltså upplysningsskyldighet inte föreligger, måste det rimligen sakna betydelse om löftesmottagaren borde ha känt till okunnigheten eller dess inverkan på löftesgivarens beslut att ingå avtal.

synes dock i huvudsak vara oberoende av säljarens onda tro. Frågan om relevansen av säljarens onda tro har särskilt diskuterats i anslutning till sk rådighetsfel. Se t ex Hellner, *SpA II:2*, s 117 f; Hellner/Ramberg, s 170 med vidare hänvisningar; Hultmark, JT 1991-92 s 701 ff; Martinsson, JT 1992-93 s 436 ff och Håstad, JT 1992-93 s 607 ff. Se även Lehrberg, SvJT 1990 s 543 på s 563 f. Enligt Lehrberg skulle säljarens vinning kunna utgöra en särskild felansvarsgrund; a a, s 561.

[91] Karlgren, s 112 f.

[92] Jfr. Karlgren, s 120.

33-009 Här är emellertid inte något av de nu nämnda föremålen för culpa av primärt intresse, utan uppmärksamheten skall riktas mot det culpösa i att inte skaffa information. Huruvida Karlgren skulle ha räknat detta som ytterligare ett föremål för culpabedömning vid sidan om de nu nämnda, eller om denna culpa skall innefattas i culpös okunnighet om existensen av löftesgivarens förutsättningar, framgår inte klart. Jag anser emellertid att en analys av hithörande frågor vinner på att culpös underlåtenhet att inhämta information särskiljs som det mest betydelsefulla föremålet för culpabedömningen. Resonemangen kan frigöras från omvägar över förutsättningssynpunkter och går så att säga mer direkt på saken.

33-010 Att underlåtenheten att inhämta information torde ha primär betydelse framgår av det följande. Om löftesmottagaren borde ha inhämtat viss information och denna skulle ha utvisat att löftesgivaren kommer att drabbas av en nyttominskande omständighet av väsentlig betydelse för dennes beslut att ingå avtalet, måste det rimligen också anses culpöst att inte inse att löftesgivaren är okunnig om förhållandena. Att löftesmottagarens ifrågasatta culpa avser löftesgivarens okunnighet torde därför sällan ha någon självständig betydelse.

33-011 När det sedan gäller sådan culpa som består i att löftesmottagaren (med den information som han borde ha inhämtat) borde ha insett att förhållandena var av väsentlig betydelse för löftesgivaren, torde kunna konstateras att sådan insikt i regel inte borde föreligga när utfallet av avtalet är beroende av förhållanden som är specifika för den särskilde löftesgivaren. I andra fall borde culpa kunna presumeras.

33-012 När det i det följande talas om culpöst förtigande avses således fallet att förtigandet avser fakta som löftesmottagaren borde ha haft kännedom om.

3.3.2 Culpösa förtiganden och förutsättningsargument

33-013 Enligt Karlgren skulle culpösa förtiganden inte ha någon större betydelse som självständig ogiltighetsgrund.[93] När tvekan råder huruvida tillräckligt starka objektiva relevansgrunder föreligger, kan enligt Karlgren förhandenvaron av culpa på löftesmottagarens sida ändock vara avgörande.[94]

33-014 Om förutsättningsläran begagnas som lösningsmodell, får sä-

[93] Karlgren, s 123.
[94] Karlgren, s 127.

gas att fall av culpa (ond tro) är kvalificerade såtillvida att löftesmottagaren inte bara borde ha insett förutsättningens existens och väsentlighet, vilket anses tillräckligt för att göra en prövning av förutsättningens relevans befogad. Löftesmottagaren borde dessutom ha insett förutsättningens felaktighet. Detta kan påverka relevansprövningen så att risken läggs på löftesmottagaren just på grund av hans onda tro.[95] Som synes går här prövningen inte primärt ut på att fastställa huruvida löftesmottagaren inhämtat fakta, utan den avser löftesgivarens okunnighet och kausalsambandet mellan okunnigheten och viljeförklaringen. Lehrberg förespråkar detta synsätt och synes också vara villig att gå åtskilligt längre än Karlgren när det gäller den självständiga betydelsen av culpa.[96]

33-015 Enligt Lehrberg skall löftesgivarens okunnighet (förutsättning) tilläggas relevans utanför det lagreglerade området när okunnigheten varit ursäktlig och löftesmottagaren med normal uppmärksamhet och aktsamhet borde ha upptäckt okunnigheten med begagnande av den information som fanns till hands när löftesgivarens viljeförklaring mottogs. För detta skulle tala intresset att prevenera mot att avtal ingås under inflytande av villfarelse ("preventionsprincipen").[97] Enligt Lehrberg är löftesmottagaren mer tillgänglig för prevention, eftersom löftesgivaren har naturliga incitament att hålla reda på för honom betydelsefulla förhållanden.[98] Underlåtenheten att upplysa skall dock framstå som klandervärd: "Någon gång kan det nämligen vara försvarligt att löftesmottagaren inte upplyser om vad han känner till."[99] Lehrberg identifierar såsom undantagssituationer, såvitt jag kan se, i stort samma motgrunder som anförts av Karlgren. Men dessa motgrunder "bör tillämpas restriktivt och endast i fall där omständigheterna verkligen är sådana, att löftesmottagarens handlande framstår som försvarligt och inte culpöst."[100] Exempelvis anser Lehrberg, till skillnad mot Karlgren, att löftesmottagaren är skyldig att antingen upplysa

[95] Angreppssättet har likheter med 33 § avtalslagen. Likheterna mellan 33 § och förutsättningsläran har påvisats av Guldberg, SvJT 1953 s 1.

[96] Se Lehrberg, s 503 ff.

[97] Lehrberg, s 506. För egen del finner jag det befogat att inta en mer försiktig hållning till betydelsen av preventionssynpunkten. Det är ju ingalunda klart att culparegeln faktiskt har en handlingsdirigerande effekt. Se beträffande prevention Andersson, s 327 ff med vidare hänvisningar. Jfr. Hoppu, NJM 1978 Bil. 12 s 11.

[98] Lehrberg, s 507. Lehrberg avser här möjligen endast dolösa förfaranden. Se dock Krüger, *Kontraktsrett*, s 687. Denne framhåller att man "*ved uaktsamhet på begge sider nok vil anse avgiverculpa for en tyngre avveiningsmarkør enn adressatculpa.*"

[99] Lehrberg, s 506.

[100] Lehrberg, s 508.

löftesgivaren om innehållet i sina affärshemligheter eller låta bli att ingå avtal.[101]

33-016 Det får väl anses vara i hög grad tvivelaktigt i vilken mån Lehrbergs tes ger uttryck för gällande rätt. I och med införandet av jordabalken 1970 (köparens undersökningsplikt) och köplagen 1990 tycks i vart fall betydelsen av säljarens onda tro ha minskat.[102] Viktigare är emellertid att andra och kanske tyngre ändamålsskäl kan anföras till stöd för lösningar rakt motsatta dem som förordats av Lehrberg. Det kan således antas att ett viktigt ändamålsskäl (som inte Lehrberg upptar) kan vara intresset att stimulera till investeringar i information. Löftesmottagaren skall således inte behöva lämna ut värdefull information "gratis". Det är vidare ett viktigt samhällsekonomiskt intresse att avtal ges ett värdemaximerande innehåll *ex ante*. Lehrbergs analys uppvisar en betydande okänslighet i dessa hänseenden. Det bör väl också rimligen förhålla sig så, att styrkan hos löftesgivarens naturliga incitament att hålla reda på för honom betydelsefulla förhållanden minskar ju oftare hans okunnighet får relevans.

33-017 Jag kommer att i det följande bygga på Karlgrens diskussion av hithörande frågor. Karlgren för sin analys vidare med grundtemata som lätt låter sig förenas med värdemaximeringsprincipen. Karlgren skiljer således mellan fall när löftesgivaren är okunnig om förhållanden som hänför sig till löftesmottagarens sida (nedan kallade förhållanden inom löftesmottagarens sfär) och fall när okunnigheten är hänförlig till förhållanden på löftesgivarens sida (nedan kallade förhållanden inom löftesgivarens sfär) samt förhållanden som är av allmän natur (nedan kallade förhållanden utanför parternas sfärer).[103] Men han ställer sig samtidigt kritisk till 32 § 1 st avtalslagen som analytisk utgångspunkt. Om nämligen den aktsamhetsgrad som är lämplig när det gäller tolkning av viljeförklaringar vore bestämmande, så skulle regeln inte bli tillräckligt vittgående i vissa fall och föra för långt i andra fall.[104]

33-018 Regeln skulle föra för långt när det gäller förhållanden inom löftesgivarens sfär, liksom när okunnigheten rör förhållanden utanför parternas sfärer. Den skulle däremot vara för snäv när det gäller förhållanden inom löftesmottagarens sfär. Härtill måste, enligt Karlgren, en begränsning göras i regelns tillämpning; riskallokeringen skall inte enbart bero på vad löftesmottagaren borde ha insett, utan omständigheten att löftesgiva-

[101] Lehrberg, s 508.
[102] Se 34-015 med not 182 nedan.
[103] Se Karlgren, s 115 f.
[104] Karlgren, s 120.

ren haft större möjligheter än löftesmottagaren att överblicka de förhållanden varom han är okunnig måste rimligen utesluta relevans.[105]

33-019 I enlighet med vad som utvecklats i kapitel 2 skulle vad som ingår i respektive parts sfär ytterst avgöras med ledning av riskområdesrekvisitet och möjligen även av riskspridningsrekvisitet.[106]

33-020 Här skall närmast påvisas att subjektiva element i än mindre grad än i de dolösa fallen behöver tillgripas för att lösa förekommande riskallokeringsspörsmål.

3.3.3 Fakta inom löftesgivarens eller löftesmottagarens sfär

33-021 Enligt Karlgren kan löftesmottagarens okunnighet om förhållanden inom löftesgivarens sfär inte annat än i mycket särpräglade undantagsfall tilläggas relevans. Detta eftersom löftesmottagaren endast på grund av rena tillfälligheter kan vara mer initierad än löftesgivaren.[107]

33-022 Om det är riktigt att dolusfallen ger de yttre relevansramarna för culpafallen, skulle undantag från den av Karlgren angivna huvudregeln kunna tänkas när parterna står i ett förtroendeförhållande till varandra och löftesmottagaren culpöst underlåtit att upplysa löftesgivaren. Man kan när det gäller förtroendeförhållanden säga att det krävs att löftesmottagaren åsidosatt sin lojalitetsplikt culpöst; uppmärksamheten förskjuts här mot det culpösa i att inte upplysa. Innehållet i den tillämpade culpanormen torde här, liksom när culpa är en ansvarsförutsättning, bestämma de närmare principerna för riskallokeringen.[108] Därmed är inte sagt att samma culpastandard kan användas när det gäller frågan om det varit culpöst av löftesmottagaren att inte inhämta information.

33-023 Det avgörande för culpabedömningen i fråga om fakta inom löftesgivarens kontroll, borde inte vara huruvida löftesmottagaren *är* eller *kan* vara mer initierad, utan om löftesmottagaren *bör* vara det.

33-024 Antag att löftesmottagaren/köparen *vet* att en vild strejk kommer att drabba löftesgivaren/säljaren. I analogi med *Laidlaw v. Organ* ovan och med de utgångspunkter som utvecklats i kapitel 2 kommer riskallokeringen här att avgöras objektivt, ytterst med ledning av riskområdesrekvi-

[105] Karlgren, s 120.
[106] Se avsnitt 2.4.4 och 2.4.5.
[107] Karlgren, s 120. Se även Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s 268.
[108] Se närmare härom avsnitt 4.4.3.

sitet och riskspridningsrekvisitet.[109] Om löftesmottagaren/köparen *inte vet* att strejk skall utbryta men av någon anledning *borde veta* detta, ter det sig som om det finns än starkare skäl att låta riskallokeringen förbli opåverkad av subjektiva element på löftesmottagarens sida. På motsvarande sätt skulle löftesmottagaren vara närmare att bära risken, när okunnigheten rör förhållanden inom hans kontroll.

33-025 Betydelsen av subjektiva faktorer torde vara ytterst begränsad. Avgörandet i RG 1990 s 66 är illustrativt.

> Det gällde här köp av ett datasystem med tillhörande service och underhåll. Systemet var, för att kunna fungera väl, beroende av en jämn eltillförsel. Spänningsvariationer och statisk elektricitet i köparens lokaler (en läkarmottagning) medförde att det tog ca 18 månader innan datasystemet fungerade som det var tänkt. Köparen hävdade att det vore oskäligt om han skulle behöva betala för service och underhåll under den tid systemet inte fungerade. Rätten fann att köparen inte tidigare haft problem med elektriciteten och att han inte visste att det fanns mycket statisk elektricitet i lokalerna. Säljaren ansågs däremot ha känt till att systemet var känsligt och hade dessutom viss tidigare erfarenhet av liknande problem. Säljaren ansågs dock med fog ha kunnat utgå från att de aktuella lokalerna var väl ägnade för datasystemet. Köparen ansågs därför närmare att bära risken.[110]

33-026 Utgången kan förklaras av att elförhållandena i köparens lokal ansågs vara att betrakta som fakta inom löftesgivarens/köparens sfär. Även om säljaren genom sin kunskap och tidigare erfarenhet av liknande problem i viss mån skulle kunna anses ha förfarit culpöst genom att inte inhämta information om de rätta förhållandena, var detta inte tillräckligt för att genombryta grundregeln.

3.3.4 Fakta utanför löftesgivarens och löftesmottagarens sfärer

33-027 Det föregående visar att en undersökning av culpa i regel inte behövs när det är fråga om att allokera risk inom någon parts sfär. Värdemaximeringsprincipen kan tillämpas utan hänsyn till förekomsten av sub-

[109] Om det konstateras att löftesgivaren/säljaren skall bära risken kan löftesmottagarens/köparens vetskap eventuellt kunna tänkas få betydelse vid utformningen av rättsföljden, t ex föranleda jämkning av skadeståndet enligt 70 § 2 st köplagen. Jfr. Prop 1988/89:76 s 206. Se härtill Ramberg, *Köplagen*, s 700. Detta rubbar likväl inte det grundläggande förhållandet – utgångspunkten för en sådan jämkning är att löftesgivaren bär risken och det är ingalunda säkert att löftesmottagarens/köparens insikt om den kommande strejken är tillräcklig för att utlösa jämkning. Jfr. Prop 1975/76:81 s 125 f.

[110] Se Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 122.

jektiva element, för så vitt inte relationen mellan parterna föranleder en annan bedömning.

33-028 En klar avvikelse från värdemaximeringsprincipen tycks däremot föreligga i Karlgrens synsätt när det gäller relevansen av okunnighet om förhållanden utanför parternas respektive sfärer. Karlgren anser att löftesgivaren, precis som när okunnigheten ligger inom hans egen sfär, skall bära risken för okunnighet rörande förhållanden utanför parternas respektive sfärer.[111]

33-029 Med ett viljeteoretiskt synsätt skulle givetvis även ett synbart antagande rörande frånvaron av en nyttominskande omständighet utanför parternas respektive sfärer kunna uttydas som en begränsning i löftesgivarens vilja. Enligt Karlgren skulle det emellertid föra för långt att underkasta löftesmottagaren det aktsamhetskrav som uppställs i 32 § 1 st avtalslagen beträffande tolkning av viljeförklaringar. Löftesmottagaren skulle nämligen behöva ägna en viss grad av uppmärksamhet åt de "motiv som må besjäla" löftesgivaren eller åt att pröva riktigheten av olika antaganden och föreställningar om sakläget som löftesgivaren har.[112]

33-030 Jag är onekligen böjd att hålla med, men endast för så vitt inte någon av parterna typiskt sett har ett informationskostnadsövertag, dvs när inte någon part typiskt sett har bättre möjligheter att inhämta information och bedöma förhållandena. Karlgren menar att risken oavsett utgången av denna bedömning ändå skall ligga på löftesgivaren. Karlgren grundar sitt ställningstagande på att okunnigheten "ju har betydelse för fördelen av det av [löftesgivaren] förvärvade resp. bördan av hans prestation".[113]

33-031 Med all respekt för Karlgren får dock här ifrågasättas om inte hans argument för att låta löftesgivaren bära risken bottnar i ett cirkelresonemang. När man säger att löftesgivaren skall bära risken därför att det är nyttoutfallet på hans sida som påverkas negativt, synes man implicit redan ha tagit ställning till riskallokeringen; den negativa effekten uppträder just därför att löftesgivaren anses närmare att bära risken för villfarelsen. Det är inget riskallokeringsargument, ty man kunde lika gärna säga att löftesgivaren skall bära risken för att han är löftesgivare. Det kan man visserligen med fog hävda, men enligt min uppfattning endast när det från värdemaximeringssynpunkt är egalt hur risken fördelas.

33-032 Man skulle kunna tycka att graden av culpa på ömse håll skall

[111] Se Karlgren, s 121 f.
[112] Karlgren, s 121.
[113] Karlgren, s 122

jämföras; löftesmottagarens försumlighet i att inte undersöka skulle då jämföras med motsvarande försumlighet på löftesgivarens sida. Om den enes försumlighet jämförs med den andres kan möjligen anses att löftesgivarens försumlighet rent intuitivt väger tyngre och att han därför bör bära risken. Men Karlgrens resonemang utvisar inte att detta skulle vara skälet. Tvärt om synes Karlgren i princip ställa sig avvisande till att en sådan jämförande culpabedömning skulle vara utslagsgivande.[114]

33-033 Istället anförs att 21 § 1905 års köplag innebär att löftesgivaren/säljaren undgår inverkan av nyttominskande omständigheter (här ursprungliga prestationshinder) endast om förhandenvaron av omständigheten beror av löftesmottagaren/köparen. Enligt Karlgren ger stadgandet "ingalunda någon antydan om att samma verkan skulle uppkomma enbart därför, att [löftesmottagaren/]köparen haft större möjligheter än [löftesgivaren/]säljaren att överskåda och bedöma risken för prestationens uteblivande på grund av hindret."[115]

33-034 Oavsett hur det därmed må ha förhållit sig enligt 1905 års köplag, torde bedömningen ha utfallit på ett annat sätt om 24 § 1905 års köplaghade fått ge vägledning.[116] Under alla förhållanden utfaller bedömningen annorlunda idag, om man utgår från 27 § köplagen.[117] Av detta stadgande framgår klart att löftesgivaren/säljaren kan undgå ansvar för prestationshinder utanför sin kontroll. Detta innefattar frihet från ansvar för prestationshinder som även ligger utanför löftesmottagarens/köparens kontroll.

33-035 En bättre förklaring till att löftesmottagarens ifrågasatta culpa i regel inte skall inverka här torde istället vara att söka i de yttre relevansramarna för de culpösa fallen. Om det är riktigt att de dolösa fallen bestämmer de yttre relevansramarna för de culpösa fallen, kan det inte komma i fråga att låta löftesmottagaren bära risken när fakta är allmänt tillgängliga, eller åtminstone inte när en motgrund föreligger. Han skulle ju då i regel ha kunnat förtiga fakta (annat än destruktiva fakta). Den målsättning som påvisats kunna vara en utgångspunkt i de dolösa fallen, framträder här i

[114] Jfr. Huser, s 424 f. Se dock Schmidt, SvJT 1959 s 497 på s 519 f; Adlercreutz, *Avtalsrättens framväxt*, s 82; ds., *Avtalsrätt I*, s 249; Krüger, *Kontraktsrett*, s 687. Se även 33-015 med not 98 ovan.

[115] Karlgren, s 122 not 61. Karlgren nämner inte att stadgandet härtill innehåller uttrycket "eller av händelse, för vilken han [löftesmottagaren/köparen] står faran", vilket skulle kunna innebära en sådan antydan.

[116] Beträffande tillämplighet vid ursprungliga prestationshinder, se Almén & Eklund, § 23 vid not 38 och § 24 vid not 41.

[117] Beträffande tillämplighet vid ursprungliga prestationshinder, se närmare avsnitt 4.3.1.3.

negativ form: Löftesgivaren straffas för att han underlåtit att inhämta och bearbeta information.

33-036 Med denna utgångspunkt är det närmast fråga om att utreda när löftesgivaren så att säga förtjänar att straffas på denna grund. Om hans underlåtenhet anses culpös, så utgör culpan ett förstärkande skäl för att upprätthålla grundregeln. Om hans underlåtenhet å andra sidan inte kan betecknas som culpös, skulle det bli fråga om att låta riskallokeringen bero av objektiva överväganden.

3.3.5 Ett problematiskt fall

33-037 Ett fall väl ägnat att belysa frågan om när riskallokeringen avgörs med ledning av löftesgivarens underlåtenhet att inhämta information är NJA 1989 s 614.[118] Avgörandet angår visserligen ett familjerättsligt avtal där andra ändamålssynpunkter än värdemaximering många gånger torde göra sig gällande. HD åberopade dock uttryckligen allmänna kontraktsrättsliga grundsatser, varför avgörandet torde ha ett principiellt intresse här.

> NJA 1989 s 614 (*Anne-Marie Q ./. Lars Q*) rörde bl a frågan hur risken skulle allokeras när ett åtagande visade sig vara omöjligt att infria. Åtagandet avsåg underhåll i anledning av förestående äktenskapsskillnad. Mannen skulle utge hälften av sin efterlevandepension från SPP till hustrun. Åtagandet stred emellertid mot försäkringsvillkoren. HD prövade hustruns talan bl a enligt allmänna kontraktsrättsliga grundsatser. HD fann att det var av betydelse, inte bara att mannen hade bort undersöka, om förpliktelsen var möjlig att genomföra innan han gjorde åtagandet, utan även att hustrun hade bort göra motsvarande kontroll innan hon lade fram förslaget. Mannen ansågs därför inte vara närmare att bära risken än hustrun.

33-038 HD uttalade:

> "Vid ... bedömningen är av betydelse inte bara att Lars Q hade bort undersöka, om förpliktelsen var möjlig att genomföra enligt försäkringsvillkoren innan han åtog sig den, utan även att Anne-Marie Q hade bort göra motsvarande kontroll innan hon lade fram förslaget om andel i efterlevandepensionen. Det kan nämligen hållas för visst att Anne-Marie Q vid en förfrågan hos SPP utan vidare skulle ha fått upplysningar om vad som allmänt gällde enligt försäkringsvillkoren..." (s 620)

33-039 HD går därefter över till ett tillitsresonemang som förmodli-

[118] Jfr. NJA 1906 s 592 ang återkallande av kvittningsmedgivande i samband med boskillnad.

gen skall anses betingat av att yrkandet avsåg ett naturasubstitut, vilket liknar skadestånd:

> "Enligt allmänna kontraktsrättsliga grundsatser är den förpliktade normalt skyldig att utge skadestånd...när det redan vid avtalets ingående förelåg hinder mot fullföljande av avtalet, under förutsättning att den förpliktade visat försumlighet genom att inte pröva sina möjligheter att fullfölja avtalet...Att det förhåller sig på det sättet torde bero på att en löftesmottagare, som i god tro utgått från att ett avtal skall fullföljas, bör kompenseras för den händelse det senare visar sig att avtalet inte kunde genomföras." (s 620)

33-040 HD synes ha ansett att hustrun inte med fog kunnat fästa tillit till mannens viljeförklaring, därför att hon med lätthet hade kunnat kontrollera hans möjligheter att fullgöra åtagandet. HD fortsätter:

> "Det förhållandet att den berättigade inte ägt förlita sig på att avtalet skulle genomföras, bör därför i princip medföra att den berättigade inte har anspråk på att hållas skadeslös när avtalet inte fullgörs."(s 621)

33-041 Vad menar HD med "*i princip*"? HD kan ha avsett att den berättigade (löftesmottagaren) inte har anspråk på att hållas skadeslös om han inte kan åberopa en motgrund. I detta fall skulle förhållandet att fakta rörde innehållet i allmänt förekommande försäkringsvillkor inte erkännas som en sådan motgrund. Detta ställningstagande är anmärkningsvärt, i synnerhet eftersom både Lars och Anne-Marie Q biträddes av advokater. Möjligen kan på grund härav antas att HD inte heller skulle vara beredd att godta förhållandet att fakta avser rättsregler (rättsvillfarelse) som en motgrund, särskilt inte när den okunniga parten (här löftesgivaren) saknat ombud.

33-042 Det är emellertid vanskligt att ge avgörandet denna vidsträckta tolkning. För det första är försiktighet anbefalld, eftersom avgörandet trots allt gäller ett förlikningsavtal på familjerättens område. För det andra har HD anfört ytterligare en faktor för sitt ställningstagande:

> "Härtill kommer i detta fall att både Lars och Anne-Marie Q, enligt vad utredningen visar, vid avtalets ingående utgick från att det inte skulle kosta Lars Q någonting att överföra hälften av efterlevandepensionen till Anne-Marie Q."(s 621)

33-043 HD skulle således kunna tänkas ha grundat avgörandet på förekomsten av ett benefikt inslag i avtalet. Om så har skett kan HD:s ställningstagande i hög grad kritiseras. Anne-Marie Q:s advokat krävde tydligen i förhandlingarna att hon skulle få ett avtal om livsvarigt underhåll. Lars Q:s advokat motsatte sig detta. Förhandlingarna resulterade i en kom-

promiss. Anne-Marie Q:s advokat föreslog att hon skulle få del i efterlevandepensionen. Detta accepterades. Parterna tyckte nog att de hade åstadkommit en elegant mervärdeskapande lösning. Lars Q hade gjort en eftergift, som inte kostade något (se s 621) och Anne-Marie Q hade fått värde. Därav följer dock inte att Lars Q:s eftergift skall ses som benefik. Om denna lösning inte hade nåtts, hade han sannolikt, för att nå en överenskommelse, fått göra någon annan eftergift som hade kostat något. HD:s uttryckssätt tyder emellertid närmast på att det förment benefika inslaget inte tillmätts någon självständig betydelse för utgången.

33-044 Sett från Lars Q:s sida har i detta fall en rättsvillfarelseliknande omständighet befriat löftesgivaren/gäldenären när prestationskostnaderna ökat (till omöjlighet). Sett från Anne-Marie Q:s synpunkt innebär avgörandet att en villfarelse, som medfört att nyttan med det utlovade vederlaget uteblivit, har befunnits vara irrelevant. Enligt min uppfattning kan den försiktiga tolkningen ges åt fallet, att det inte är en motgrund att informationen är allmänt tillgänglig. Om det är riktigt – vilket avgörandet inte motsäger – att dolusfallen avgör de yttre relevansramarna i culpafallen, så behöver dock ytterligare undersökas i vilken mån relevansen i culpafallen är snävare än i dolusfallen. Det blir således fråga om att undersöka culpanormen med avseende på underlåtenhet att inhämta information. Jag vill här göra gällande att denna culpanorm sammanfaller med rekonstruktionsmodellens riskområdesrekvisit. Jag skall strax utveckla detta närmare, men innan så sker skall HD:s culpabedömning uppmärksammas.

33-045 Med den terminologi som här begagnas kan fallet hänföras till kategorin "okunnighet om fakta utanför parternas sfärer". Båda parter synes ha haft lika goda möjligheter att bedöma risken (här för ursprunglig omöjlighet). Utan tvekan utgör NJA 1989 s 614 ett svårt fall. På något sätt måste ju bedömningen utfalla trots att parterna, om man så vill, kan anses ha lika skuld till den uppkomna situationen.[119]

33-046 HD har tydligen fäst avgörande avseende vid att Anne-Marie Q:s advokat framförde förslaget om del i efterlevandepensionen. Detta kan tyckas vara att låta den viktiga frågan om riskallokering bli beroende av rena tillfälligheter. Det kunde ju lika gärna ha varit så att det råkat vara Lars Q:s advokat som framkastat förslaget under förhandlingarna. Det hade också kunnat vara så, att han bara råkat nämna något som givit upp-

[119] Jfr. det isländska avgörandet Nord. domss. 1984 s 432; avtal rörande köp av fartyg återgick, dock med skyldighet för löftesgivaren/köparen att utge ersättning för det negativa intresset. Beträffande denna mellanlösning se Arnholm, *Privatrett II*, s 327. Jfr. NJA 1934 s 209. Se härtill Karlgren, TfR 1938 s 473 och Ramberg, *Avtalsrätt*, s 206.

hov till en idé hos Anne-Marie Q:s advokat som därpå presenterat ett ofullgånget förslag som under vidare förhandlingar tagit allt konkretare form. Avgörandet är från denna synpunkt olyckligt. Man skulle kunna försöka rädda det undan denna kritik med tesen att HD ansett Anne-Marie Q vara närmare att bära risken, eftersom hennes advokat utfört en försumlig rättsutredning. Men motsvarande skulle kunna sägas om Lars Q:s advokat, som låtit sin klient ikläda sig en omöjlig förpliktelse.[120] En annan möjlighet är att i omständigheten att ett förslag framförts av någon inläsa ett enuntiativt element, vilket skulle reducera löftesmottagarens underlåtenhet att själv ta reda på fakta.

33-047 Enligt min uppfattning hade det varit en bättre lösning, som också skulle göra det lättare att för framtiden förutse utgången i liknande tvister, om det uttalats att löftesgivaren/Lars Q skall bära risken i ett *in dubio*-fall som detta.[121]

3.3.6 Gemensamma villfarelser

3.3.6.1 Gemeinschaftlicher Irrtum och Mutual Mistake

33-048 Avgörandet i NJA 1989 s 614 (*Anne-Marie Q ./. Lars Q*) ger anledning att särskilt betrakta fall av så kallade gemensamma villfarelser, dvs fall där bägge parter svävat i villfarelse om vissa fakta som haft betydelse för beslutet att ingå avtal. Situationen företer vissa likheter med de

[120] Likartade situationer kan lätt uppstå i samband med rättshandlande genom mellanman; se t ex 11 § 1 st avtalslagen och 8:14 aktiebolagslagen (1975:1385). Jfr. Ramberg, *Avtalsrätt*, s 197. I NJA 1990 s 591 synes HD kan ha beaktat den relativa förmågan att inhämta information. Avgörandet rörde behörighet för en avdelningsföreståndare att träffa slutlig uppgörelse i anledning av tvist med en köpare, Byriel. HD fann att avdelningsföreståndaren inte kunde binda sin huvudman, Montagne. Byriel ansågs ha tagit en risk genom att sluta avtalet utan att ha förvissat sig om avdelningsföreståndarens behörighet. Den verkställande direktören för Montagne kände till att Byriel hade hävt ett köpavtal och att föreståndaren skulle diskutera saken med Byriel vid ett möte. HD fann emellertid inte något belägg för att den verkställande direktören varit införstådd med att föreståndaren på eget bevåg skulle träffa ett avtal med Byriel och ansågs därför *inte ha varit skyldig att fästa köparens uppmärksamhet* på avdelningsföreståndarens bristande behörighet. Det kan tyckas som om Byriel haft anledning att fästa tillit till att föreståndaren haft behörighet att ingå förlikningen. Föreståndaren hade ingått avtalet och synes helt ha omhänderhaft kontakterna med Byriel. Avgörande för utgången kan tänkas ha varit att Byriel ansetts ha haft lättare än Montagne att kontrollera huruvida föreståndaren överskred sin behörighet, exempelvis genom att kontakta huvudmannen innan avtalet ingicks. Det får antas vara svårare för huvudmannen att lämna upplysningar till alla möjliga medkontrahenter som han vet (eller borde veta) att mellanmannen kommer att träffa.

[121] Jfr. JustR Palm s 621 skiljaktig.

ovan behandlade fallen av culpösa förtiganden och bör därför behandlas i detta sammanhang. I regel förlorar en part och den andra parten vinner på den "gemensamma villfarelsen". Det gemensamma kan sägs bestå i att bägge parter varit lika culpösa.[122]

33-049 Gemensamma villfarelser beaktas i såväl tysk som amerikansk rätt. Utgångspunkten är att sådana misstag är irrelevanta och att grundregeln således upprätthålls. Men undantag finns.

33-050 I tysk rätt medges vissa undantag enligt läran om gemensamma misstag (*gemeinschaftlicher Irrtum*), vilken kan betraktas som ett utflöde av den mer generella läran om *Geschäftsgrundlage* i dess subjektiva utformning. Undantagen motiveras då med att de gemensamma föreställningarna efter en värdering enligt *Treu und Glauben* anses ha väglett bägge parter vid avtalsslutet. Föreställningar eller förväntningar som bara löftesgivaren haft och vilka legat till grund för hans vilja att ingå avtal blir således relevanta endast om de kan anses utgöra gemensam partsvilja.[123] Det anses inte tillräckligt att löftesgivaren nämner sina förväntningar under avtalsförhandlingarna så att dessa bringas till löftesmottagarens kännedom. Det avgörande är huruvida löftesmottagaren förhållit sig på ett sådant sätt att han enligt *Treu und Glauben* inte bara haft kännedom om föreställningarna utan också får anses ha samtyckt till att låta dem ligga till grund för avtalet.[124] Skyddet av löftesmottagarens befogade tillit till löftesgivarens löfte synes ha stor betydelse[125], men en löftesmottagare som ensidigt gynnats av avtalet förefaller vara mindre skyddsvärd.[126] Till skillnad mot amerikansk rätt, till vilken vi strax skall komma, är det dock inte något självständigt krav att en värdeöverföring skett för att misstaget skall kunna tilläggas relevans.[127]

33-051 Misstag i samband med ingående av förlikningar är föremål för särreglering i BGB § 779. Där stadgas att ett förlikningsavtal (*Vergleich*) som ingås genom ömsesidiga eftergifter för att bilägga en tvist (eller undanröja ovisshet) i ett rättsförhållande blir overksamt om parterna

[122] För en diskussion om relevansen av gemensamma misstag som ett särfall av oriktiga förutsättningar i förutsättningsläran se Christensen TfR 1973 s 482 på s 498 ff. Det som skulle motivera en särbehandling av gemensamma misstag förefaller enligt Christensen vara att förutsättningslärans synbarhetsrekvisit då kan efterges. Jfr. Lehrberg, s 374 f. och 377.

[123] Gränsdragningen mot tillämpningsområdet för förklaringsmisstag (BGB § 119) kan stundom vålla problem. Se *Münchener Kommentar* § 242 Rn 626.

[124] Palandt § 242 6) B) c)

[125] Se *Münchener Kommentar* § 242 Rn 626, 631, 635.

[126] *Münchener Kommentar* § 242 Rn 635.

[127] Se *Münchener Kommentar* § 242 Rn 648.

gemensamt misstagit sig om ett förhållande, vilket föranlett tvisten (eller ovissheten). Det kan sägas röra sig om ett specialfall av *Fehlen der subjektiven Geschäftsgrundlage*.[128] Om BGB § 779 inte är direkt tillämplig, t ex därför att den nyttominskande omständigheten är efterföljande, tillämpas läran om *Geschäftsgrundlage*, varvid i första hand en jämkning skall ske.[129] Som exempel ur praxis kan nämnas ett avgörande där en iransk ölimportör delvis hade avstått från ett skadeståndsanspråk mot en tysk exportör mot löfte om ölleveranser på särskilt gynnsamma villkor. Den iranska revolutionen omöjliggjorde import. Importörens eftergift ansågs ha förlorat sitt syfte.[130]

33-052 I amerikansk rätt medges vissa undantag enligt läran om *mistake*. En grundläggande distinktion görs mellan ensidiga (*unilateral*) och ömsesidiga (*mutual*) misstag. Förutsättningarna för att tillägga ensidiga misstag relevans är tämligen hårt beskurna.[131] Läran om *mutual mistake* förefaller vara en amerikansk produkt utan motsvarighet i den engelska rätten.[132] Enligt *Restatement (Second) of Contracts* § 151 skall ett misstag hänföra sig till "*a belief that is not in accord with facts.*"

33-053 Läran om *mutual mistake* sammanfattas i *Restatement (Second) of Contracts* § 152. För det första skall misstaget avse ett grundläggande antagande ("*basic assumption*").[133] Marknadsförhållanden och fi-

[128] Larenz, s 96.

[129] Larenz, s 97.

[130] Se Larenz, s 328 och s 324 med hänvisning till BGH NJW 1984 s 1746.

[131] I princip krävs att alla krav för att ge gemensamma misstag relevans skall vara uppfyllda. Härutöver krävs enligt *Restatement (Second) of Contracts* § 153 antingen att fullgörelse av avtalet skulle vara oskälig (*unconscionable*), se 53-032 ff, eller att löftesmottagaren "had reason to know of the mistake or his fault caused the mistake." Distinktionen mellan ensidiga och ömsesidiga misstag är knappast glasklar. Cooter & Ulen, s 258 framhåller att begreppet ömsesidiga misstag tycks användas av domstolarna som en efterhandskonstruktion: "*The term 'mutual mistake' will be used to announce a decision not to enforce the promise, and 'unilateral mistake' will be used to announce a decision to enforce the promise.*"

[132] Den engelska rättsutvecklingen kännetecknas av att "*[d]uress and mistake were whittled away in the nineteenth century as defences to actions on executory contracts til virtually nothing was left of [it].*" Atiyah, s 435. Jfr. Treitel, s 7 f. I detta sammanhang kan dock nämnas det s k *Peerless*-fallet, *Raffles v. Wichelhaus*, Hurl & C 906, 159 Eng. Rep. 375 (1864). Se beträffande avgörandet i amerikanskt perspektiv, t ex Gilmore, s 40 ff och Fried, s 59.

[133] Rasmusen & Ayres, 22 J. Legal Stud., s 309 (1993) på s 323 föreslår följande analytiska utgångspunkt (i fall av hos en av parterna slumpmässigt innehavd information) för att avgöra huruvida kravet på "*basic assumption*" är uppfyllt: "*[T]he question comes down to whether performance increases the welfare of the buyer more than it reduces the welfare of the seller. Or, put it differently, would the trade have taken place under suitably modified*

nansiell förmåga skall inte anses som "*basic*". Däremot kan existensen, identiteten, kvaliteten och kvantiteten hos avtalsföremålet vara "*basic*".[134] För det andra skall misstaget ha haft en väsentlig betydelse för bytesförhållandet. Det räcker härvid inte att löftesgivaren får vidkännas en förlust. I kravet på väsentlig betydelse för bytesförhållandet ligger att obalansen skall ha blivit så allvarlig att det inte rimligen kan krävas att löftesgivaren skall fullgöra avtalet. I *Restatement (Second) of Contracts* § 152 *comment* c uttrycks detta så att löftesgivaren "*must show that the resulting imbalance in the agreed exchange is so severe that he cannot fairly be required to carry it out.*" Farnsworth uttalar att amerikanska domstolar har varit obenägna att tillämpa läran om *mutual mistake* om villfarelsen påverkar endast löftesgivarens nytta.[135] Chanserna att framgångsrikt åberopa *mutual mistake* ökar således om löftesmottagaren gynnats på löftesgivarens bekostnad.[136]

33-054 För att det gemensamma misstaget slutligen skall få relevans krävs att löftesgivaren inte skall kunna anses vara närmare att bära risken för misstaget. Detta tredje och sista rekvisit är möjligen en produkt av att upphovsmännen till *Restatement (Second) of Contracts* försökt att finna en konsistent linje i tidigare rättspraxis.[137] I princip anses löftesgivaren närmare att bära risken för det gemensamma misstaget om det är rimligt med hänsyn till föreliggande omständigheter; *Restatement (Second) of Contracts* § 154 (c). En sådan vag formel får väl närmast uppfattas som en hänvisning till domarens känsla för rättfärdighet. Tydligen bör någon gång parternas relativa förmåga att skaffa sig information om risken beaktas. Således nämner Farnsworth att den som åtar sig en entreprenad till fast pris bör stå risken när det visar sig att arbetena blir väsentligt svårare på grund av oförmånliga markförhållanden "*in the light of the builder's generally greater expertise in judging subsoil conditions.*"[138]

33-055 Läran om *mutual mistake* kan illustreras med det välkända av-

terms even if the parties not been mistaken? If so, the mistake does not concern a basic assumption...If a judge found that there were still gains from the mistaken trade, there would be no finding of basic assumption and therefore no excuse. Even if the judge found that mistaken trade produced negative gains [...], there would only be excuse [...] if the excpected costs of rescission were less than the inefficiency of mistaken trade".

[134] Farnsworth, s 654.

[135] Farnsworth, s 658.

[136] För en kritisk utvärdering av läran om *mutual mistake* i ekonomisk och spelteoretisk belysning, se Rasmusen & Ayres, 22 J. Legal Stud., s 309 (1993).

[137] Se Farnsworth, s 659.

[138] Farnsworth, s 661.

görandet i *Sherwood v. Walker*.[139] Tvisten rörde säljarens rätt att frånträda ett avtal om försäljning av en ko. Säljaren hävdade att bägge parter utgått från att kon var gall. Säljaren upptäckte sedermera att kon var dräktig. Köpeskillingen motsvarade därmed endast 1/10 av kons värde. *The Supreme Court of Michigan* medgav säljaren rätt att frånträda köpeavtalet. Å andra sidan medgavs säljaren inte rätt att frånträda köpeavtalet i ett annat känt fall: *Wood v. Boynton*.[140] Säljaren hävdade att parterna utgått från att den sten som försålts var en topas; den visade sig vara en diamant. Möjligen ansågs inte misstaget vara gemensamt. Säljaren sade sig tro att stenen var en topas. Köparen lär ha svarat "*it might be*".[141]

33-056 Om *mutual mistake* föreligger är rättsföljden i princip ogiltighet (*avoidance*). Domstolen är emellertid, enligt *Restatement (Second) of Contracts* § 158 (2), inte förhindrad att välja andra lösningar. Domstolen kan således "*supply a term that is reasonable in the circumstances*", om detta är nödvändigt för att undvika en orättvisa ("*avoid injustice*").[142]

33-057 Enligt läran om *mutual mistake* krävs i princip att misstaget rört fakta sådana de förelegat vid avtalsslutet. Distinktionen mellan fakta som förelåg vid avtalsslutet och senare händelser är dock inte alltid klar.[143]

3.3.6.2 Den egna prestationen framstår som oväntat mycket värd

33-058 Fall som *Sherwood v. Walker* och *Wood v. Boynton* kan sägas röra situationer där löftesgivaren upptäcker att den egna prestationen var oväntat mycket värd och att det betingade vederlaget därför är för litet.

33-059 Alldeles bortsett från om löftesgivarens/säljarens misstag i någon bemärkelse också kan sägas vara delat med löftesmottagaren/köparen skulle man kunna tycka att löftesgivaren/säljaren i viss omfattning borde få kunna göra gällande att hans prestation blivit mer värdefull än han "med fog kunnat förutsätta". Löftesmottagaren/köparen kan ju i det omvända fallet göra gällande fel genom att säljarens prestation var mindre värd än

[139] 66 Mich. 568, 33 N.W. 919 (1887).
[140] 64 Wis.265,25 N.W. 42 (1885).
[141] Se distinktionen mellan dessa fall hos Rasmusen & Ayres, 22 J. Legal Stud., s 309 (1993) på s 325 f.
[142] I *National Presto Indus. v. United States*; 338 F.2d 99 (Ct. Cl. 1964), cert. denied, 380 U.S. 962 (1965), fick exempelvis parterna bära förlusten lika när en tillverkningsprocess inte fungerade såsom antagits. Se även *Aluminum Corp. of America v. Essex Group Inc*, 499 F.Supp. 53 (W.D. Pa. 1980), där domstolen jämkade en indexklausul som inte förmådde ge löftesgivaren kompensation för ökade energikostnader. Se närmare 53-036 nedan.
[143] Se 53-036 nedan.

han "med fog kunnat förutsätta"; se 17 § 3 st köplagen. Borde inte löftesgivaren/säljaren då få åberopa att han begått ett *error in substantia* eller *error in qualitate*? Om detta vore fallet skulle kunna sägas att det rör sig om löftesgivarens/säljarens möjligheter att åberopa "inverterade kontraktsbrott" för att förändra eller upphäva avtalets förpliktelser trots att löftesmottagaren/köparen må ha varit i god tro.[144]

33-060 En annan fråga är om det finns skäl att i riskallokeringshänseende göra någon principiell åtskillnad mellan fall där den nyttominskande omständigheten förelegat redan vid avtalsslutet och fall där den nyttominskande omständigheten inträtt senare.

33-061 Till skillnad mot vad som är fallet enligt lärorna om *gemeinschaftlicher Irrtum* och *mutual mistake*, synes det enligt svensk rätt i princip krävas att löftesmottagaren dolöst eller culpöst varit i ond tro för att löftesgivarens villfarelse skall kunna få relevans.[145]

33-062 Kravet på ond tro är emellertid knappast helt undantagslöst eller helt oomstritt. Rodhe antar exempelvis, utan att ta upp ett krav på ond tro, att när säljaren har presterat en för stor kvantitet – således en slags inverterad dröjsmålssituation – huvudregeln är att köparen inte utan vidare kan tillgodogöra sig överskottet.[146]

33-063 Det gäller här närmast att undersöka om den omständigheten att den egna prestationen blir oväntat värdefull kan tillmätas betydelse utan att ond tro eller någon tillitsskapande enuntiation föreligger på mottagarsidan. Rättspraxis ger föga vägledning. Däremot finns anledning att anta att nyttominskningar som inträtt efter avtalsslutet kan beaktas i vart fall i kombination med en tillitsskapande enuntiation. Avgörandet i NJA 1981 s 269 (*Carl Johan B ./. Bodens kommun*) är belysande.

> Fallet rörde frågan om resning kunde beviljas mot en stadfäst förlikning enligt vilken en jordbruksarrendator avstått från förlängning av ett arrendeavtal. Vid tidpunkten för förlikningen gällde att det aktuella markområdet var avsett för nybebyggelse. Senare skedde dock en planändring, varvid markområdet undantogs från bebyggelse. Kommunen utarrenderade därvid marken till en annan jordbrukare. HD fann att sannolika skäl förelåg för att avtalet inte var bindande. HD tillämpade förutsättningsläran och fann det vara "lämpligt och rimligt" att kommunen skulle bära risken för att arrendatorns väsentliga och synbara förutsättning brustit genom att marken inte längre skulle användas för nybebyggelse.

[144] Jfr. Rasmusen & Ayres, 22 J. Legal Stud., s 309 (1993) på s 337 f beträffande önskvärdheten att utforma regler som bidrar till att eliminera artificiell risk. Se om begreppet artificiell risk 11-006 med not 5 nedan.

[145] Se t ex Almén & Eklund, Rubriken till § 42–54 vid not 50 f.

[146] Rodhe, § 19 vid not 26.

HD fäste avseende vid att det var kommunen som under förlikningsförhandlingarna – låt vara i god tro – åberopade att markanvändningen skulle ändras till att avse nybebyggelse och att kommunen haft särskilda möjligheter att överblicka den framtida markanvändningen. HD ansåg därför att kommunens uppgifter varit ägnade att göra särskilt intryck på arrendatorn.

33-064 HD avgjorde fallet med tillämpning av två rekvisit; dels kommunens överlägsna förmåga att bedöma sannolikheten för ändrad markanvändning, dels verkan av kommunens enuntiation. Lehrberg har i sin kommentar till avgörandet tagit fasta på kommunens överlägsna ställning i informationshänseende och påpekat att det kan vara en särskild grund för att tillägga felaktiga förutsättningar relevans när löftesmottagaren väl känner till de fakta som är avgörande för prestationens värde medan löftesgivaren svårligen kan verkställa en undersökning.[147]

33-065 I NJA 1941 s 608 (*direktörerna W. Fagerberg och H. Rooswald ./. doktorn K.H. Nilsson*) ogillades säljarnas talan om att få ut ett icke förutsatt övervärde. Köparen ansågs ha varit i god tro. Emellertid inverkade även andra faktorer; bl a säljarnas kännedom om de aktuella omständigheterna.[148]

Avgörandet rörde försäljning av andelar i en bostadsförening, vars fastighet var graverad med inteckningslån till ett lägre belopp än som angivits i avtalet. Säljarnas yrkande att köparen skulle utge skillnadsbeloppet ogillades. Köparen ansågs visserligen ha varit i god tro, men RR:n, vars dom i stort godtogs av HD, synes ha fäst avgörande vikt vid att säljarna kände till de rätta förhållandena när avtalet ingicks. HD tillade härtill att köparen inte åtagit sig ett personligt betalningsansvar i sådan omfattning som ett bifall till säljarnas yrkande skulle medföra.

33-066 Rättspraxis tycks varken bekräfta eller motsäga tesen att det kan få rättslig betydelse att den egna prestationen visat sig vara mer värde-

[147] Lehrberg, s 321 och 365 f. Avgörandet aktualiserar särskilda problem som inte rekonstruktionsmodellen är ägnad att lösa; arrendatorns prestation (en eftergift av en eventuell rätt till förlängning) blev på grund av kommunens eget agerande mer värdefull än arrendatorn räknat med. Se 11-011 ovan. Jfr. det omvända fallet i RG 1992 s 1296 där en kommun beviljat ett bolag viss avgiftsfrihet vid en företagsetablering. En lagändring som gav kommunen ökade möjligheter att utta avgifter ansågs inte böra medföra jämkning. Ekvivalenssynpunkter synes ha beaktats när domstolen uttalade att de ekonomiska föredelar som kommunen uppnådde vid företagsetableringen klart skulle överstiga de aktuella hamnavgifterna. Se Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 156 f.

[148] Se härtill Hellner, SvJT 1952 s 1 på s 30 ff och Lehrberg, s 403. Även NJA 1950 s 560 (*advokaten G. Dyhre ./. målarmästaren Leander Carlsson och lantbrukaren Erik Andersson*), rörande överlåtelse av tomträtt, företer beröringspunkter med det här diskuterade problemet. Fallet rör dock främst avtalstolkning. Se 33-071 f nedan.

full än beräknat även om inslag av ond tro hos medkontrahenten eller tillitsskapande enuntiationer saknas. Det fundamentala problemet kan sägas bestå i frågan om vad som utgör en lämplig riskallokering. Denna fråga måste ju bedömas även i fall där ond tro eller enuntiationer saknas. Rekonstruktionsmodellen kan därvid vara ett lämpligt verktyg.

33-067 När det gäller köp kan det synas symmetriskt om löftesgivaren/säljaren på grund av sitt innehav av varan jämställs med en köpare som undersökt varan. Säljaren skulle således inte få åberopa sådant som han på grund av sin besittning till varan borde ha märkt. Kanske bör den avgörande frågan vara om köparen eller säljaren hade de relativt sett bästa möjligheterna att bedöma prestationens värde *vid avtalets ingående*[149]. Just när det gäller köp får väl säljaren, på grund av att han är innehavare av varan, så gott som alltid antas vara den som är närmast till hands att stå risken för sin felvärdering.[150]

33-068 Om symmetri med säljarens felansvar skall uppnås, bör säljaren inte kunna åberopa förhållanden som inträtt efter avtalsslutet, t ex att en sakrättslig belastning eller en rådighetsinskränkning bortfallit och att hans prestation blivit oväntat mycket värd.[151] Detta medför samtidigt att det mycket sällan torde bli fråga om att ge rättslig relevans åt omständigheten att löftesgivaren/säljaren finner att den egna prestationen var mer värdefull än beräknat.

3.3.6.3 Gemensamma rättsvillfarelser

33-069 Som ovan påpekats nämner Karlgren inte som exempel på en motgrund att fakta skulle avse innehållet i gällande rätt. Sannolikt skulle

[149] Jfr. Håstad, s 141. Ussing uttalar att säljaren av en gammal målning inte bör kunna påtala att målningen utförts ovanpå ett mästerverk, vilket köparen senare upptäckt. Fördelen bör tillkomma den "*dygtige eller heldige Finder*". Ussing, s 172. Ussing antar dock att säljaren bör kunna frånträda avtalet eller utkräva ett pristillägg om han själv gjort upptäckten efter avtalet, men före avlämnandet. Det är oklart om Ussing menar att detta skall gälla även om köparen varit så "*dygtig*" att han, när avtalet ingicks, anat att det fanns en underliggande målning men underlåtit att upplysa om detta produktiva faktum. Även i sådant fall borde väl köparen duktighet premieras. Ussings tanke om att avlämnandedagen skall vara avgörande synes leda till onödigt komplicerade bedömningar i enskilda fall och innebär dessutom att parterna generellt sett får anledning att sätta mindre tillit till prestationslöftet som ett instrument vid planering av sin resursanvändning.

[150] Se Lehrberg, s 321. Jfr. den norska skiljedomen ND 1990 s 204 där upptäckten att den oljefyndighet som var föremål för gemensam exploatering var större än som ursprungligen antagits inte tillades relevans i jämkningshänseende. Se närmare 53-109 nedan.

[151] Jfr. Rt 1993 s 509, där såld konst hade ökat i värde mellan avtalsdagen och en långt senare tidpunkt för avtlämnandet. Säljarens dödsbo fick ej jämkning.

även detta enligt Karlgren kunna räknas som en motgrund, beroende på den gamla grundsatsen *ignorantia iuris semper nocet*.[152]

33-070 Det kan ifrågasättas om det finns något skäl att skilja mellan rättsvillfarelser och villfarelser om faktiska förhållanden. Enligt min uppfattning är så inte fallet.[153] Det avgörande för att i princip inte tillmäta rättsvillfarelser relevans när löftesmottagaren är i ond tro bör vara att information om innehållet i gällande rätt är allmänt tillgänglig och i princip inte kan vara föremål för löftesmottagarens informationsmonopol.[154] Riskallokeringen bör därför kunna ske med ledning av värdemaximeringsprincipen oberoende av om löftesmottagaren är i ond tro eller ej. Tekniskt sett kan det sägas att löftesgivarens rättsvillfarelse är ensidig om löftesmottagaren är i ond tro och gemensam om löftesmottagaren i god tro utgår från samma uppfattning om rättsläget som löftesgivaren.

33-071 Ett fall som möjligen får sägas angå en gemensam rättsvillfarelse är det ovan nämnda avgörandet i NJA 1950 s 560 *(advokaten G. Dyhre ./. målarmästaren Leander Carlsson och lantbrukaren Erik Andersson)*.

> Avgörandet gällde tolkningen av ett villkor rörande beräkning av priset vid köp av en bebyggd tomträtt. Parterna hade avtalat att viss del av köpeskillingen skulle motsvara en procentandel av den tillåtna hyra som skulle fastställas av hyresnämnd eller hyresråd. Parterna trodde felaktigt att grundhyra inte lagligen kunde fastställas för ett skyddsrum. Säljaren krävde att få ut en högre köpeskilling än köparna räknat med genom att beräkningen av köpeskillingen även kom att omfatta viss del av grundhyran för skyddsrummet. Köparna förpliktades utge den högre köpeskillingen.

33-072 I NJA 1950 s 560 lades risken för den gemensamma rättsvillfarelsen på köparna; ordalydelsen av prisberäkningsformeln synes ha varit avgörande: "Mot avfattningen av detta kontraktsvillkor hava [köparna] inte förebragt sådana omständigheter i följd varav villkoret vore annorle-

[152] Se Strömholm, s 315 f.

[153] Se Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s 274. Se även 43-016 ff nedan. Skillnaden mellan *mistakes of facts* och *mistakes of law* synes ha övergivits i amerikansk rätt såsom varande en "*useless duffle on an older and more arbitrary day*"; *Peterson v. First Natl. Bank*, 162 Minn. 369, 203 N.W. 53 (1925). Se Farnsworth, s 649. Macneil varnar emellertid för att distinktionen "*is rather like a dead rattlesnake; handled gingerly it should cause no harm, but there is still venom in the fangs dangerous to the unwary who persist in putting their fingers in its mouth.*"; Macneil, *Exchange Transactions and Relations*, s 1207. Även enligt den tyska läran om gemensamma misstag synes gemensamma rättsvillfarelser kunna ges relevans inom tämligen vida ramar. Se *Münchener Kommentar* § 242 Rn 651 f. Det förefaller således inte ha någon principiell betydelse att villfarelsen avser just rättsregler.

[154] Jfr. Krüger, *Kontraktsrett*, s 642.

des att förstå" (s 568). HD övergick därefter till en prövning av om köparnas rättsvillfarelse kunde föranleda rätt till *nedsättning* av köpeskillingen, men fann att så inte var fallet.

33-073 Avgörandet i NJA 1945 s 94 kan vid första påseendet tyckas gå i motsatt riktning.

> NJA 1945 s 94 (*Paul och Birger Lövgren ./. Bengt Conradsson*) rörde försäljning av fastighet. Till förmån för fastigheten gällde ett servitut avseende skogsfång och vägar. Säljarna förbehöll sig rätten till servitutet (till förmån för en annan av dem ägd fastighet), men var uppenbarligen okunniga om att ett servitut är knutna till fastigheten och inte till ägaren. Köpet gick åter på grund av en tillämpning av förutsättningsläran, dock utan att riskrekvisitet diskuteras uttryckligen.

33-074 Från riskallokeringssynpunkt ter sig avgörandet i NJA 1945 s 94 klart otillfredsställande. Lehrberg förklarar utgången med att villfarelsen varit *oreflekterad* och att *oreflekterad villfarelse* skulle vara särskilt skyddsvärd.[155] Varför det skulle vara ett särskilt ömmande intresse att skydda just sådana avtalsparter som underlåtit att uppmärksamma en förutsebar risk (förbiseende eller missförstånd av gällande rättsregler) framgår dock inte av Lehrbergs undersökning.[156] En sådan ordning synes inte skapa incitament för den intresserade parten att skaffa sig information och kunskaper; konsekvenserna av okunnighet går ut över medkontrahenten, bara parten förhåller sig så okunnig att det inte ens kan påstås att han reflekterat över gällande regler eller möjligheten av att ha missförstått dessa!

33-075 Något funktionellt stöd för Lehrbergs tes synes knappast kunna anföras, snarare tvärt om. Skillnaden mellan fallen får nog en bättre förklaring med tesen att en rättsvillfarelse inte skall kunna förändra förpliktelserna; t ex som i NJA 1950 s 560 ej kunna medföra rätt till nedsättning av köpeskillingen. En rättsvillfarelse skall däremot kunna få negativ relevans så till vida som avtalet inte anses bindande; NJA 1945 s 94. Detta förefaller bekräftas av avgörandet i NJA 1989 s 614, där HD ansåg att en rättsvillfarelseliknande omständighet (eller förutsättningsläran) inte kan åberopas för att åstadkomma en förändring av en gäldenärs förpliktelser i skärpande riktning.

33-076 Även avgörandet i UfR 1978 s 973 V är illustrativt.

> En förlikning i en tvist om hyresförhöjning träffades efter det att *Boligretten* uttalat sig om innebörden i en bestämmelse i *Lejeloven*. Den av *Boligretten*

[155] Se Lehrberg, s 434.
[156] Se särskilt Lehrberg, s 383 f.

tillkännagivna tolkningen underkändes senare av *Højesteret* i ett annat sammanhang. Löftesgivaren/hyresvärden fann att förlikningsavtalet därför var oförmånligt för honom. Hyresvärden instämde hyresgästen på nytt och krävde att förlikningsavtalet skulle åsidosättas och hyran höjas såsom ursprungligen krävts. Hyresvärdens talan bifölls med stöd av förutsättningsläran.[157]

3.3.6.3.1 Skatterättslig villfarelse

33-077 I tysk rätt synes fall av skatterättslig villfarelse i viss mån inta en särställning.[158] Skatterättslig villfarelse[159] torde ha särskild betydelse även i svensk rätt, men rättspraxis är knapphändig.[160] I NJA 1933 s 33 (*Brand- och livförsäkrings AB Svea ./. Svenska riksgäldskontoret*) kom frågan om riskallokering i ett fall av skatterättslig villfarelse tyvärr inte att prövas. Målet avgjordes istället efter en tolkning av en viss utfästelse om skattefrihet.[161]

33-078 Det kan tänkas vara motiverat att behandla fall av skatterättslig villfarelse något annorlunda än övriga fall av villfarelse, eftersom parterna här – för ovanlighetens skull – i vissa fall har möjlighet att undanröja all osäkerhet genom att inhämta förhandsbesked. När det gäller förhandsbesked i skatteärenden bör dock beaktas att tidsutdräkten inte alltid tillåter att ett förhandsbesked inhämtas om avtalet skall kunna genomföras.

33-079 Ett annat problem som kan uppstå i dessa fall är den utrerade risken för att ändrad praxis kan komma att påverka nyttan med avtalet. Ändrad praxis får så att säga lätt starkare inslag av retroaktivitet än ändrad skattelagstiftning.[162] När ett förhandsbesked föreligger lär dock praxisänd-

[157] Se härtill Andersen & Nørgaard, s 198 f. Se även UfR 1981 s 725 V och Andersen & Nørgaard, s 176. Jfr. dock UfR 1989 s 1039 H rörande villfarelse om faktiska omständigheter och förlikning med anledning av fel i fastighet. Se härtill Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 123 f. För norsk praxis rörande rättsvillfarelse och rättsvillfarelseliknande situationer, se Krüger, *Kontraktsrett*, s 642 f.

[158] Se Palandt, § 242 6 C d) aa).

[159] Anmärkas bör att jag inte undersökt eventuellt förekommande fall av skattedomstols prövning av relevansen av rättsvillfarelse. Se allmänt om rättsvillfarelse i förvaltningsprocessen, Wennergren, s 314 f.

[160] Beträffande inverkan av skatterättslig villfarelse på benefika avtal, se NJA 1982 s 493. Ett särpräglat avgörande om relevans av skatterättslig villfarelse återfinns i NJA 1993 s 319, där en skatterådgivare förmått ett antal ägare av en fastighet att avyttra denna till ett av dem bildat och ägt handelsbolag (med förödande skattekonsekvenser som följd). Köpet ansågs kunna återgå pga oriktiga förutsättningar.

[161] Se härtill Mutén, s 392 f.

[162] Se Mutén, s 411.

ringar inte drabba redan ingångna avtal.[163]

33-080 Vid nyttominskningar föranledda av skatterättsliga regler, kan det också finnas skäl att beakta att nyttominskningen, framförallt vid periodiska utbetalningar av vederlag, kan förete likheter med det läge som uppstår när nyttan minskar genom valutaförändringar.[164]

3.3.6.3.2 Konkurrensrättslig villfarelse

33-081 På motsvarande sätt som skatterättslig villfarelse torde konkurrensrättslig villfarelse ha – eller åtminstone komma att få – stor praktisk betydelse.

33-082 Om ett visst avtalsvillkor strider mot 6 § konkurrenslagen (1993:20) inträder ogiltighet *ex tunc*.[165] Situationen torde huvudsakligen vara densamma som när ett avtal som strider mot lag eller goda seder förklaras ogiltigt.[166] Särskilda problem synes därvid kunna uppstå när avtalsvillkoret kommer att strida mot 6 § på grund av en efterföljande utveckling, t ex när en parts marknadsandelar ökar och överstiger något tillämpligt tröskelvärde. Kanske borde här ogiltighet *ex nunc* istället ifrågakomma.

33-083 Ogiltigheten är partiell; endast det eller de avtalsvillkor som strider mot 6 § konkurrenslagen drabbas av ogiltighet. I allmänhet torde alltså avtalsbindningen bestå, men avtalet får ett annat innehåll än åtminstone en av parterna tänkt sig. Konkurrensrättens partiella ogiltighetspåföljd torde därför typiskt sett leda till att förhållandet mellan prestation och vederlag rubbas. Ett exempel på detta är att en återförsäljare eller licenstagare plötsligt finner att hans rättigheter inte är exklusiva.

33-084 I motiven uttalas att det kan bli fråga om att jämka andra avtalsvillkor eller att lämna hela avtalet utan avseende med stöd av 36 § avtalslagen eller enligt förutsättningsläran.[167] När det gäller allokeringen av risken som sådan torde det konkurrensrättsliga sammanhanget knappast inverka på annat sätt än att det får beaktas att parterna ofta kan antas ha

[163] I tysk rätt anses att efterföljande ändringar av den skatterättsliga lagstiftningen är en normal risk som borde tas i beräkning. Se *Münchener Kommentar* § 242 Rn 591. Förmodligen gör sig samma synpunkt gällande när det gäller risken för ändrad praxis.

[164] Se Mutén, s 374 och 387 ff. Se vidare avsnitt 5.3.4.1.

[165] Se Prop 1992/93:56 s 76, där det uttalas att ogiltigheten inträder "*när avtalet sluts*". Jfr. Prop 1981/82:165 s 234 ff. Se allmänt om ogiltighet i konkurrensrätten Linder & Westin, SvJT 1995 s 45 och Blok, TfR 1974 s 488 .

[166] Se allmänt beträffande konsekvenserna av ogiltigheten i sådana fall, Karlgren, *Obehörig vinst och värdeersättning*, s 96 f (1982).

[167] Prop 1992/93:56 s 77.

lika lätt att undanröja osäkerhet genom att ansöka om icke-ingripande eller undantag.

33-085 Det är tydligt att en part kan lida stora förluster på grund av ogiltigheten, t ex när en återförsäljares investeringar minskar i värde eller blir värdelösa på grund av att han inte får den exklusiva rätt som han utgått från. Detta kan föranleda skadeståndsanspråk enligt 33 § konkurrenslagen.[168] I motiven uttalas att ren förmögenhetsskada här skall ersättas enligt utomobligatoriska principer.[169] Det är således fråga om ett culpaansvar, vilket – som vi skall se i avsnitt 4.4 – lämnar stort utrymme för en *riskallokering* på objektiva grunder.

33-086 Konkurrensmyndighets beslut kan också bestå i annat än att avtalet förklaras fullständigt eller partiellt ogiltigt. Avgörandet i UfR 1995 s 277 H är belysande.

> En säljare av ett medel för försegling av termoglas åtog sig i en förlikning med sina köpare (producenter av termoglas) genom deras branschorganisation att ersätta de utgifter som uppkom vid utbyte av termoglas som skadats på grund av förseglingsmedlet. Säljaren skulle utge ett belopp motsvarande priset för termoglas enligt en prislista som godkänts av köparnas branschorganisation efter avdrag med med 40%. Avdraget motsvarade den högsta rabatt som gavs till köparnas storkunder. Avtalet ingicks 1988. Den 1 oktober 1990 ålade *Konkurrencerådet* köparna att nedsätta listpriset med 30%. Beslutet överklagades men fastställdes av *Konkurrenceankenævnet* med verkan från den 1 november 1991. Köparna gjorde gällande att avtalet borde jämkas så att säljaren från och med den 1 november 1991 skulle åläggas att utge ett belopp motsvarande de nya listpriserna med ett avdrag om 17,58%, vilket med beaktande av en viss prisökning skulle innebära att säljaren utgav samma belopp som före konkurrensmyndighetens ingripande. Köparnas talan bifölls med hänsyn till att konkurrensmyndighetens oförutsedda ingripande annars skulle medföra en oavsedd reduktion av säljarens betalningsskyldighet i strid mot parternas förutsättningar. En invändning från säljaren om att högre rabatter än 40% börjat förekomma i branschen efter avtalets ingående beaktades inte.

[168] Se även 44-009 med not 588 nedan.
[169] Prop 1992/93:56 s 96.

3.4 Enuntiativt uppträdande

3.4.1 Inledning

34-001 Förhandenvaron av en utfästelse avgör i regel riskallokeringen utan vidare. Det kan dock tänkas att utfästelsegivarens okunnighet om vissa fakta kan föranleda att hans utfästelse blir ogiltig. En utfästelse skulle då kunna behandlas som vilken viljeförklaring som helst. Lehrberg synes anse att detta i stort sett skall vara fallet. Han framhåller att "i praktiken är rättsreglerna ej sällan desamma för utfästelser som för genom utfyllning fastställt avtalsinnehåll."[170] Detta är möjligen logiskt enligt Lehrbergs av preventionssynpunkter färgade synsätt. Enligt Lehrberg är ju löftesmottagaren/utfästelsemottagaren mest åtkomlig för prevention.[171] Det är därför naturligt att han stundom får ådra sig informationskostnader, så att han kan avgöra om utfästelsen motsvarar de verkliga förhållandena.

34-002 Enligt min mening är detta att gå väl långt. Funktionen av en utfästelse är väl just att mottagaren i princip inte skall behöva inhämta ytterligare information.[172] Detta har särskild betydelse i de fall då han i avsaknad av en utfästelse skulle ha varit närmare att bära risken för en nyttominskande omständighet. Vid förhandenvaron av en utfästelse borde därför rimligen mottagarens underlåtenhet därutinnan aldrig kunna betraktas som culpös. Relevansen av mottagarens onda tro borde inskränkas till sådana rena dolusfall där mottagaren inte kan åberopa en motgrund.

34-003 Det är rimligt att part även i andra fall kan underlåta att inhämta information, nämligen där medkontrahenten har uppträtt enuntiativt. Med enuntiativt uppträdande avses här, som inledningsvis framhållits, varje handling i vid bemärkelse som ger löftesgivaren befogad anledning att reducera sina ansträngningar att själv skaffa information.[173] I det följande är det alltså löftesgivaren som tar emot och antas i större eller mindre

[170] Lehrberg, s 330.

[171] Lehrberg, s 507.

[172] Vanligen avses med en utfästelse en preciserad utsaga om ett faktiskt förhållande t ex naturaprestationens kvalité eller prestanda. Mindre ofta avses uttalanden om tidpunkten för prestationens fullgörelse. Här grundas naturagäldenärens ansvar dock stundom på en garantifiktion. Se 42-091 ff nedan. Det räcker således normalt inte för att konstituera en utfästelse (med åtföljande strikt utfästelseansvar) att naturagäldenären utlovar prestation en viss dag. Beträffande frågan om utfästelse/garanti för prestationens rättidiga fullgörelse se NJA 1994 A 2. Se härtill Millqvist, JT 1995-96 s 109 ff. Avgörandet kan möjligen uttydas som innebärande att särskilt strikta krav gäller för att en garanti med avseende på tiden för fullgörelse skall anses föreligga.

[173] Se 31-003 ovan.

utsträckning bli påverkad av löftesmottagarens enuntiativa uppträdande. Med denna utgångspunkt skall innebörden av "befogad anledning" närmare undersökas.

34-004 Praxis saknas som utvisar att relevans kan tilläggas löftesmottagarens enuntiativa uppträdande med avseende på förhållanden inom löftesgivarens sfär. Möjligen skall ett sådant enuntiativt uppträdande i regel inte tillmätas någon betydelse. Befogad anledning kan sällan föreligga när det enuntiativa beteendet avser förhållanden inom löftesgivarens sfär. Av en mycket knapphändig praxis att döma, tycks även enuntiativt uppträdande med avseende på förhållanden utanför parternas respektive sfärer i regel inte tillmätas relevans. Annorlunda förhåller det sig med enuntiativt uppträdande som avser förhållanden inom löftesmottagarens egen sfär.

3.4.2 Löftesmottagarens enuntiativa uppträdande med avseende på förhållanden inom den egna sfären

34-005 När det enuntiativa uppträdandet avser förhållanden inom löftesmottagarens egen sfär tycks i regel löftesgivaren befrias från besväret att företa undersökningar av fakta. Av NJA 1985 s 178 (*AB Järnsida ./. Kalmar Varv AB i konkurs*) framgår att detta gäller även om undersökningen skulle ha medfört obetydligt besvär. Vi skall strax återkomma till detta avgörande.

34-006 Som exempel på att enuntiativt beteende i god tro kan få självständig betydelse kan från det lagreglerade området nämnas 5 § försäkringsavtalslagen; försäkringsgivaren får rätt att säga upp avtal om skadeförsäkring med iakttagande av två veckors uppsägningstid när försäkringstagare i god tro lämnat oriktiga uppgifter.[174]

34-007 På det lagreglerade området aktualiseras eljest regler om fel. Enligt 9 § 2 st skuldebrevslagen (1936:81) svarar överlåtare av fordran för dess godhet (*bonitas*) endast efter särskild utfästelse; enuntiationer torde inte ha någon betydelse, men förhållandena i det enskilda fallet kan föranleda att överlåtaren tolkningsvis skall anses ha åtagit sig ett sådant ansvar.[175] Det är således inte uteslutet att enuntiativt uppträdande även här kan få självständig betydelse, men det finns inte grund för antagandet att ett enuntiativt beteende i god tro skulle kunna få relevans.

[174] Se t ex NJA 1949 s 786 rörande sjöförsäkring. Avgörandet kan också ses som ett fall rörande culpöst förtigande. Culpan skulle i sådant fall avse kausaliteten.
[175] Se Walin, s 82.

34-008 Vid köp av fast egendom har enuntiationer i form av "anses-utfästelser"[176] självständig betydelse för frågan om skadestånd kan utgå på grund av faktiskt fel; 4:19 st 1 JB. Dessa "anses-utfästelser" har också den verkan att köparen befrias från sin undersökningsplikt. Helt klart är att culpa inte krävs för relevans; jfr. NJA 1989 s 117 (makarna Å./.makarna C), eller "huset vid Göta Älv". Även vid köp av lös egendom har enuntiativt uppträdande i god tro självständig betydelse till att utvidga ansvaret för faktiska fel; 18 § 1 st köplagen.[177]

34-009 På det icke lagreglerade området synes enuntiativt uppträdande kunna ha betydelse i ogiltighetshänseende. NJA 1985 s 178 (*AB Järnsida ./. Kalmar Varv AB i konkurs*) kan nämnas som ett exempel på detta.[178]

> NJA 1985 s 178 rörde ett avtal mellan Järnsida och Kalmar Varv om leverans av fartygsplåt. Varvet råkade i betalningssvårigheter och inställde sina betalningar, varvid Järnsida innehöll sina leveranser. En statlig arbetsgrupp tillsattes för att utreda möjligheterna till en finansiell rekonstruktion av varvet, vilket resulterade i en principöverenskommelse. Denna blev dock inte bindande för staten med mindre än att regering och riksdag lämnat sitt godkännande. Varvet meddelade felaktigt att staten tillskjutit kapital för en finansiell rekonstruktion och att verksamheten således räddats. Järnsida återupptog därför leveranserna av fartygsplåt. Regeringen avslog emellertid senare ansökan om ekonomiskt stöd och varvet gick i konkurs. HD avgjorde fallet med tillämpning av förutsättningsläran och fann att avtalet var ogiltigt. HD ansåg att den oriktiga uppgiften om att en finansiell rekonstruktion var säkrad väl kunde anses ha lämnats i god tro. En tryggad kapitalförsörjning befanns ha varit en bestämmande förutsättning för bägge parter. Varvet ansågs därför ha haft ett särskilt ansvar för att påståendet om att den ekonomiska krisen var överstånden var väl underbyggt. Riskallokeringen synes ha avgjorts på grund av att varvet ansågs ha haft de bättre möjligheterna att bedöma om rekonstruktionsavtalet var hållbart och att varvet ingivit Järnsida en överdriven föreställning om hur pass definitiv den träffade rekonstruktionsuppgörelsen var. Detta ansågs ha medfört att varvet fått ett försvagat incitament att självt företa en bedömning av uppgörelsens villkor och närmare innebörd.

34-010 Avgörandet bekräftar den grundläggande regeln för allokering av risken för att köpavtal inte kan fullgöras på grund av köparens bristande ekonomiska förmåga; köparen skall bära risken utom i fall som avses i

[176] Jfr. Ramberg, *Avtalsrätt*, s 125 f.

[177] Enligt avgörandena i Rt 1980 s 1586 ("*Veikko-saken*") och UfR 1985 s 334 H ("*EDB-anskaffelsen*") synes enuntiativt uppträdande på säljarsidan ha begränsat säljarens möjligheter att utfå vederlag i löpande räkning.

[178] Se även NJA 1981 s 269 (*Carl Johan B ./. Bodens kommun*). Jfr. NJA 1944 s 653, rörande överdebitering. Se om det sistnämnda avgörandet Lehrberg, s 406 f och 477 f.

57 § 1 st köplagen. Riskallokeringen är inte beroende av ond eller god tro eller av huruvida köparen uppträtt enuntiativt eller inte. I princip skall situationen betraktas som ett kontraktsbrott begånget av köparen (anteciperat dröjsmål med betalning). I riskallokeringshänseende är avgörandet därför ointressant.[179] Men det är av intresse att notera att HD tydligt redovisat sin syn på varför en parts enuntiativa uppträdande kan få betydelse: Uppträdandet kan *med fog* försvaga säljarens incitament att utvärdera risken för att avtalet skall medföra en förlust av nytta.[180]

34-011 Det torde vara överflödigt att påpeka att löftesgivarens underlåtenhet att själv inhämta den information som han normalt skulle ha behövt göra saknar betydelse när löftesmottagaren dolöst uppträtt enuntiativt, det vill säga när han med vett och vilja försökt vidmakthålla löftesgivarens okunnighet. Det har också länge varit klart att löftesmottagarens enuntiativa uppträdande kan tillmätas betydelse i felhänseende; se numera 18 § köplagen. Mer ovisst har det varit huruvida löftesmottagarens enuntiativa uppträdande kunde ha betydelse i andra fall.[181] Denna ovisshet måste till största delen anses ha upphört i och med avgörandet i NJA 1985 s 178.

34-012 I någon mån kvarstår ovisshet i så måtto att det kan ifrågasättas om culpa på löftesmottagarens sida är ett nödvändigt rekvisit för att det enuntiativa uppträdandet skall kunna påverka valet av riskallokering. Till att börja med måste föremålet för culpabedömningen klarläggas.

34-013 Culpan kan kan anknyta till löftesmottagarens uppträdande

[179] Avgörandet torde däremot ha stor betydelse för frågan om rättsverkan av okunnighet i förhållande till den speciella avtalsrättens kontraktbrottsregler. Märkligt nog är denna aspekt av avgörandet föga uppmärksammad. Se dock, Hellner, *Förutsättningsläran*, s 143. För egen del tillåter jag mig följande reflexion. Normalt borde ju säljaren vara hänvisad till att häva avtalet och ansluta sig till gruppen av oprioriterade fordringsägare. Risken – vilken får betecknas som sakrättsligt betingad – för att hamna i denna grupp kan säljaren förebygga genom att uppställa ett verksamt återtagandeförbehåll eller betinga sig annan säkerhet. Säljaren hade i fallet uppenbarligen inte betingat sig någon säkerhet, vilket i och för sig tyder på riskbenägenhet. Det faller utanför ramen för detta arbete att diskutera lämpligheten av att låta rättsföljden bli ogiltighet förenad med en separationsrätt (vilket i princip går ut över prioriterade fordringsägare). Det må dock vara tillåtet att påpeka att HD synes ha ansett förutsättningsläran vara kumulativt tillämplig vid kontraktsbrott. Principerna bakom avgörandet förefaller leda långt. Möjligen ger avgörandet uttryck åt en generell regel att säljaren kan hävda att avtalet är ogiltigt när han grundat sitt beslut att leverera varor till köparen på en uppgift från denne att han har uppfyllelseförmåga; till och med när säljaren – för ovanlighetens skull – har möjlighet att själv kontrollera huruvida gäldenärens uppgift är riktig.

[180] Se Lehrberg, s 339 f.

[181] Se Ussing, *Aftaler*, s 181 f; Stang, *Innledning*, s 601 ff (skärpt upplysningsplikt); Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s 272 och Gomard, *Kontraktsret*, s 160 f.

som sådant; han borde inte ha uppträtt på detta sätt. Culpan kan också avse insikten om kausaliteten; han borde ha insett att uppträdandet kunde inverka på löftesgivarens beslut att ingå avtalet. Det senare torde vara detsamma som att säga att löftesmottagaren borde ha insett att uppträdandet var ägnat att reducera löftesgivarens egna undersökningar. Detta kan i sin tur betyda samma sak som att säga att det är culpöst att inte upplysa löftesgivaren. Det är det eventuella kravet på culpa i detta hänseende som här skall behandlas.

34-014 Om dolus eller culpa skall tilläggas relevans enligt vad som utvecklats i föregående avsnitt, så kan det givetvis inte ha någon självständig betydelse att den part som skall bära risken dessutom kan anses ha bibehållit medkontrahenten i hans okunnighet genom sitt enuntiativa uppträdande. Det enuntiativa uppträdandet framstår som ett förstärkande skäl för att välja den riskallokering som ändå vore anbefalld.

34-015 När det enuntiativa uppträdandet förekommer tillsammans med ond tro är det därför i allmänhet svårt att utläsa huruvida uppträdandet har haft någon självständig betydelse vid riskallokeringen.[182] Möjligen ger en jämförelse mellan NJA 1929 s 90 (*A.F. Larsson et al. ./. Aron Andersson et al.*) och NJA 1966 s 555 (*Byggnadsaktiebolaget Harry Karlsson ./. Nils Hellborg*) visst stöd för antagandet att, när löftesgivaren uppträtt enuntiativt, ramarna är vidare för att ge löftesgivarens okunnighet relevans.

NJA 1929 s 90 rörde ett fastighetsköp och en i samband därmed övertagen ansvarsförbindelse som medförde betalningsskyldighet till en elektrisk distributionsförening. Av HD:s mycket kortfattade domskäl framgår inte huruvida det ansetts styrkt att säljarna varit i ond tro om att ansvarsförbindelsen skulle behöva infrias, men HD torde inte ha värderat bevisningen på annat sätt än under-

[182] I NJA 1991 s 808, rörande rådighetsfel och dolus, har HD valt att marginalisera betydelsen av en enuntiation och i stället framhållit säljarens upplysningsplikt. HD ansåg det uppenbarligen vara irrelevant att uppgift lämnats om att ett visst tillstånd fanns, eftersom uppgiften lämnats "innan parterna ingått i verkliga avtalsförhandlingar" (s 815). Däremot ansågs det åligga säljarna att sedan "tydligt klargöra" att tillstånd enligt livsmedelslagstiftningen saknades. Fallet avgjordes med tillämpning av 1905 års köplag enligt vilken förekomst av enuntiation enligt 42 §("anses utfäst") hade självständig betydelse såtillvida att det var en förutsättning för skadestånd. Köparna fick här prisavdrag, men skadestånd utgick inte. Jfr. NJA 1961 s 330 rörande frukt- och konfektyraffären Lyktan, där betydelsen av säljarens eventuella enuntiativa beteende inte aktualiserades, eftersom köparen inte framställde något skadeståndsyrkande. Köpet gick åter. Närmare om dessa avgöranden med särskilt avseende på betydelsen av ond tro, se Hultmark, JT 1991-92 s 701 ff, Martinsson, JT 1992-93 s 436 på s 450 ff, Håstad, s 135 ff och ds, JT 1992-93 s 607 ff. Se även NJA 1974 A 4 beträffande enuntiationer och "lönsamhetsfel". Jfr. NJA 1965 s 107 (avvikelse från god advokatsed).

instanserna och N. Rev. Det kan därför antas att köparens okunnighet ej ansetts relevant, trots säljarens förtigande.

34-016 Utgången i NJA 1929 s 90 torde ha berott på att löftesgivaren/köparen måste anses ha accepterat en risk att behöva infria ansvarsförbindelsen genom att överta densamma.[183]

NJA 1966 s 555 rörde ett entreprenadavtal enligt vilket beställaren förband sig att teckna medlemskap i en ekonomisk förening för kollektiv tvätt. Bolaget hade uppgivit att medlemskapet skulle medföra kostnader om 200-300 kronor. Enligt föreningens stadgar, som antagits innan avtalet med beställaren ingicks, skulle emellertid en insats om 1.000 kronor uttas samt underskott om maximalt 200 kronor per år utdebiteras på medlemmarna.

34-017 Ond tro – åtminstone en culpös sådan – får anses ha förelegat i bägge fallen. Om de principer som synes ha varit bärande i 1929 års fall skulle tillämpas i 1966 års fall, så bör den onda tron inte ha varit tillräcklig för att okunnigheten skulle bli relevant. I 1966 års fall synes bolagets enuntiationer därför ha haft avgörande betydelse. Möjligen har förhållandet att beställaren i 1966 års fall ansågs ha varit aktiv för att skaffa information också bidragit till utgången. HD förefaller emellertid främst ha beaktat denna omständighet vid kausalitetsbedömningen. Genom beställarens aktivitet ansågs han ha ådagalagt att storleken av de ekonomiska förpliktelserna var av väsentlig betydelse. Här synes alltså det culpösa i att underlåta att ta beställaren ur okunnigheten ha haft självständig betydelse.

34-018 Av detta följer emellertid inte att culpa skulle vara en nödvändig betingelse för relevansen av enuntiativt uppträdande.[184] Kleineman synes dock anse detta.[185] Men det kan ju också förhålla sig så, att culpa bara är en nödvändig betingelse för att löftesmottagaren skall få rätt till skadestånd, alltså ett rent rättsföljdsrelaterat spörsmål. Denna ståndpunkt har intagits av Ramberg som framhåller att det ifrågasatta culpamomentet är ett onödigt överskottsrekvisit, av betydelse endast för den hypotetiska frågan om skadestånd hade kunnat utgå till Järnsida.[186]

34-019 Det kan dock fortfarande ifrågasättas om inte i NJA 1985 s 178 culpa hos löftesmottagaren/köparen även kan ha haft betydelse för synpunkten att löftesgivarens/säljarens underlåtenhet att inhämta information

[183] Jfr. dock Rt 1993 s 1497. Se härtill Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 130. Jfr. även UfR 1983 s 741 B. Se härtill Wilhelmsen, a a, s 139 och Andersen & Nørgaard, s 202.
[184] Jfr. Madsen, s 80.
[185] Se Kleineman, s 427. Se även ds., JT 1989-90 s 522 ff. Detta synes även vara Lehrbergs ståndpunkt; se Lehrberg, s 339 f. Jfr. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s 272.
[186] Se Ramberg, *Avtalsrätt*, s 202.

framstår som relativt sett mindre culpös och att risken därför skall läggas på löftesmottagaren/köparen.

34-020 En sådan culpa-avvägning skulle också kunna tänkas ha betydelse för jämkning. [187]

34-021 HD:s domskäl lämnar otvivelaktigt frågan öppen, varför det torde finnas utrymme för att överväga om culpa-konstruktionen är ett rättspolitiskt lämpligt riskallokeringsargument. Om culpa betraktas som en nödvändig betingelse för att påverka riskallokeringen över huvud och alltså inte bara påverkar skadeståndsskyldigheten, måste bevisning införas i processen inte bara om att det *inte* varit culpöst av löftesgivaren att underlåta att inhämta information, utan dessutom om att löftesmottagarens enuntiativa uppträdande varit culpöst. Ifrågasatt culpa i dessa bägge hänseenden måste sedan avvägas mot varandra. Detta förefaller att vara en onödig komplikation. Enligt min mening är det fullt tillräckligt att begränsa undersökningen/bevisningen till om det enuntiativa uppträdandet givit löftesgivaren befogad anledning att begränsa sin undersökning av kringliggande förhållanden. Detta gäller då oavsett om löftesmottagaren bort inse att hans uppträdande kunde få denna effekt eller ej; jfr. 18 § 1 st köplagen. Om detta är riktigt kan löftesmottagarens enuntiativa uppträdande alltså förväntas få självständig betydelse när riskallokeringen beror av parternas relativa förmåga att inhämta information.

3.4.3 Löftesmottagarens enuntiativa uppträdande med avseende på förhållanden utanför respektive parts sfär

34-022 I praxis kan åtminstone ett avgörande anföras om betydelsen av enuntiativt uppträdande i god tro med avseende på omständigheter utanför parternas kontroll.[188]

> NJA 1940 s 325 (*konsuln C.W. Schumacher ./. Stockholms läns sparbank*) rörde banks felaktiga uppgift om en allmänt förestående ränteuppgång. Den felaktiga uppgiften föranledde en låntagare i banken att byta ut ett inteckningslån som löpte på 6 månader mot ett lån till fast ränta löpande på 10 år. Några dagar

[187] Se SOU 1974:83 s 133. En förutsättning för jämkning i för löftesmottagaren skärpande riktning synes dock vara att ett oskäligt avtalsvillkor kan konstateras. Se NJA 1989 s 614 på s 620 (*Anne-Marie Q ./. Lars Q*). Jfr. NJA 1971 s 474 (tolkning av provisionsklausul i ett certeparti). Se härtill Adlercreutz, *Avtalsrättens framväxt*, s 113 f.

[188] I den mån man är benägen att se frågor om rådgivaransvar som exempel på relevansen av enuntiativt uppträdande så är praxis naturligtvis rikhaltig. Enligt min uppfattning är det naturligare att i dessa fall betrakta informationen som avtalsföremål och se rådgivaren såsom en säljare av information. Se även 44-017 med not 600 nedan.

innan det nya lånet upptogs (men sedan bankens styrelse beviljat lånet), sänkte banken räntan på korta lån. Låntagaren yrkade att låneavtalet skulle förklaras ogiltigt enligt 33 § avtalslagen samt att banken därtill skulle förpliktas att utge skadestånd. HR:n, vars dom fastställdes av HovR:n och HD, fann ej anledning att förklara låneavtalet ogiltigt.

34-023 I NJA 1940 s 325 bekräftas att okunnighet rörande prisbildning och konjunkturer inte får relevans ens när löftesgivaren uppträtt enuntiativt. Det enuntiativa uppträdandet har så att säga inte ansetts neutralisera motgrunden; att villfarelsen rört fakta angående prisbildningen. Det förhållandet att löftesgivaren var en bank och att förhållandet mellan bank och kund idag i hög grad torde anses böra präglas av förtroende bör ge anledning att ifrågasätta avgörandets prejudikatvärde.[189]

34-024 Ovanstående översikt tillåter möjligen slutsatsen att enuntiativt uppträdande i god tro kan ha självständig betydelse för riskallokeringen enligt gällande rätt till att minska betydelsen av löftesgivarens underlåtenhet att inhämta information om förhållanden inom löftesmottagarens sfär. När det gäller riskallokeringen som sådan torde i övrigt rent objektiva principer vara styrande.

3.5 Sammanfattning

35-001 Sammanfattningsvis kan sägas att värdemaximeringsprincipen inte kan åberopas för att vare sig tillägga eller frånkänna dolösa förtiganden relevans. Däremot kan intresset att premiera investering i information vara en lämplig analytisk utgångspunkt.

35-002 Denna utgångpunkt synes tillåta nyanserade lösningar utan den moraliska stigmatisering som följer av ett ställningstagande till det dolösa förtigandet som "klandervärt". Troligen uppnås härtill en högre grad av förutsebarhet i rättstillämpningen genom att bedömningen i stor utsträckning lösgörs från det fria skönet och därtill knutna moraliska värderingar (som kan skifta från person till person och förändras över tiden).

35-003 Om man väljer nämnda analytiska utgångspunkt skall man vara medveten om att den inte fullt ut bekräftas av vad som torde vara gällande rätt. Utgångspunkten föranleder utan vidare hypotesen att förhållandet att löftesgivarens okunnighet avser allmänt tillgänglig information gör okunnigheten irrelevant. Den analytiska utgångspunkten förbyts här i

[189] Jfr. Kleineman, JT 1992-93 s 289. Jfr. även Hultmark, *Upplysningsplikt*, s 77.

ett argument *de lege ferenda*. Om man vill använda den föreslagna analytiska utgångspunkten för bedömning av problematiska fall (*de sententia ferenda*) är därför försiktighet anbefalld.

35-004 Enligt gällande rätt torde dolösa förtiganden som huvudregel vara relevanta, dvs medföra att grundregeln genombryts. Relevansen kan bortfalla när den dolöse löftesmottagaren kan åberopa någon motgrund. Den i praktiskt avseende viktigaste motgrunden torde vara att förtigna fakta rör prisbildning och konjunkturer.

35-005 Att ett dolöst förtigande frånkänns relevans innebär inte att riskallokeringsfrågan är avgjord i så måtto att löftesgivaren alltid får bära risken. Istället bör vid sådant förhållande en riskallokering företas med ledning av värdemaximeringsprincipen och den därur härledda rekonstruktionsmodellen.

35-006 Dolösa förtiganden kan få ökad relevans, så att löftesmottagarens möjligheter att anföra motgrunder minskar. Detta gäller i avtalsförhållanden som förutsätter en förtroenderelation och när ockerliknande situationer föreligger.

35-007 När det så gäller betydelsen av culpösa förtiganden har påvisats att de yttre relevansramarna bör bestämmas med ledning av de dolösa fallen. Relevansen av culpösa förtiganden är dock mindre än i dolusfallen och relevans synes ingalunda vara någon huvudregel, snarare tycks det vara så att culpösa förtiganden endast har självständig betydelse när löftesmottagarens förtigande angår förhållanden inom hans egen sfär. När det gäller att avgöra avgränsningen av denna sfär kan riskområdesrekvisitet ge vägledning. Undersökningen ger vid handen att löftesmottagarens förtigande av förhållanden inom löftesgivarens sfär i regel bör vara irrelevanta, liksom förtiganden av förhållanden utanför parternas respektive sfär. Liksom i dolusfallen torde riskallokeringen då kunna avgöras enligt värdemaximeringsprincipen.

35-008 Slutligen har påvisats att enuntiativt uppträdande på löftesmottagarens sida kan reducera betydelsen av att löftesgivaren underlåter att hålla sig informerad. Detta synes dock gälla endast om det enuntiativa uppträdandet avser förhållanden inom löftesmottagarens egen sfär. Huruvida det därtill kan krävas att det enuntiativa uppträdandet är culpöst, torde vara en öppen fråga. Enligt den uppfattning som här har framförts torde det emellertid vara rättspolitiskt olämpligt att tillägga culpamomentet denna självständiga betydelse.

Kapitel 4
Ökade prestationskostnader

4.1 Inledning

41-001 I såväl svensk som tysk och amerikansk köprätt knyts relevansen av ökade prestationskostnader huvudsakligen till frågan huruvida löftesgivaren/gäldenären skall undgå skadeståndsansvar vid utebliven eller försenad prestation.

41-002 I tysk rätt är den grundläggande ansvarsförutsättningen culpa; detta innebär att frånvaro av culpa i regel är en tillräcklig betingelse för ansvarsbefrielse. I amerikansk rätt är frånvaro av culpa en nödvändig, men ingalunda tillräcklig, betingelse för ansvarsbefrielse. I svensk rätt har vi att räkna med huvudsakligen två skilda grunder för ansvar. I vissa fall har vi ett strikt ansvar med – som plägar sägas – undantag för objektiv omöjlighet och force majeure.[1] I köprätten har denna ansvarsgrund numera ersatts av kontrollansvar. Kontrollansvar förekommer också i tysk och amerikansk rätt, men endast i internationella köp och för så vitt CISG är tillämplig. I andra fall har vi i svensk rätt ett culpaansvar, ofta med omkastad bevisbörda – ett så kallat presumtionsansvar; se vidare avsnitt 4.4.

41-003 Även om relevansen av ökade prestationskostnader i svensk rätt huvudsakligen yttrar sig i bortfall av skadeståndsansvar[2], förekommer åtskilliga fall när ökade prestationskostnader ger löftesgivaren/gäldenären en rätt att frånträda avtalet[3], liksom fall när de ökade prestationskostnaderna anses böra föranleda jämkning.[4] Jämkning förekommer också i tysk

[1] Se närmare avsnitt 4.2.5.3.

[2] Om den förmodade orsaken härtill se Hellner, *SpA II:2*, s 67.

[3] Se avsnitt 5.2.3.

[4] Se avsnitt 5.3.4 och särskilt avsnitt 5.3.4.2. Härutöver kan anmärkas att i särpräglade fall tillmäts ökade prestationskostnader relevans genom att vissa frister förlängs. Enligt 54 § växellagen (1932:130) och 48 § checklagen (1932:131) kan hinder i form av "lagbud...eller annat oöverstigligt hinder (force majeure)" medföra att tiden för uppvisande och tiden för upptagande av protest förlängs. Enligt en speciell lag (1940:79) om utsträckning av tiden

rätt, men är sällsynt i amerikansk rätt.[5]

41-004 Detta kapitel skall disponeras enligt följande.

41-005 I avsnitt 4.2 skall vi inledningsvis uppmärksamma rättssutvecklingen med utgångspunkt i den klassiska romerska rätten och följa dess linjer in i den tyska rätten. Vi skall också uppmärksamma rättsutvecklingen i USA, varvid äldre engelsk rätt får tjäna som utgångspunkt. Avsikten är att försöka lyfta fram vissa generella riskallokeringsargument; argument för att genombryta respektive inte genombryta grundregeln att löftesgivaren står risken för nyttominskande omständigheter som medför att hans prestation försvåras eller är omöjlig.

41-006 Den internationella rättsutvecklingen jämförs med motsvarande utveckling i svensk rätt, varvid den diskussion som utspunnit sig kring 24 § 1905 års köplag kan vara av intresse för förståelse av den nu gällande kontrollansvarsregeln. I avsnittet företas också en översiktlig inventering av regler i gällande rätt, vilka ännu kan anses bygga på den gamla konstruktionen i 24 § 1905 års köplag. Undersökningen utvisar att rättsutvecklingen gått från ett krav på att prestationen skulle vara bokstavligt talat omöjlig för att ansvarsbefrielse skulle komma på fråga till ett juridiskt, uppluckrat, eller rimlighetsbehandlat omöjlighetsbegrepp. Avsnittet utmynnar i en jämförelse mellan det tyska, amerikanska respektive svenska uppluckrade omöjlighetsbegreppen. Avsnittet utgör en idéhistorisk avstamp inför undersökningen av möjligheterna till ansvarsbefrielse enligt gällande rätt.

41-007 I avsnitt 4.3 undersöks kontrollansvaret och dess innebörd. Därvid tas också ställning till prejudikatvärdet av tidigare svensk praxis. I avsnittet sker en löpande jämförelse med rekonstruktionsmodellen, varvid skälen till avvikelserna mellan modellen och kontrollansvaret diskuteras.

för upptagande av växelprotest m.m. vid krig och krigsfara kan regeringen meddela generell förlängning av tiden. Om förutsättningarna i dessa bestämmelser är uppfyllda har borgenären kvar växel- respektive checkrätten. Se allmänt Mestad, s 98 ff. Jfr. den på kontrollansvaret byggande regeln i 1988 års *U.N. Convention on International Bills of Exchange and Promissory Notes* Art 56 (1). Se Herre, TfR 1990 s 390 ff. I detta sammanhang bör också nämnas lagen (1940:300) ang. förordnande om anstånd med betalning av gäld mm., den så kallade moratorielagen. Fråga om förlängning av frister kan aktualiseras även i anlutning till preskriptionslagen (1981:130). Enligt den norska preskriptionslagen (*foreldingslov*) kan vissa hinder mot preskriptionsavbrott föranleda förlängning av preskriptionstiden; se Mestad, s 110 ff. I brist på uttryckligt lagstöd synes motsvarande möjligheter saknas eller i vart fall vara betydligt mindre; se Lindskog, s 425. Jfr. även 58:11 RB. Nu nämda fall av fristförlängning saknar principiell betydelse för det ämne som här behandlas och kommer därför inte att ytterligare beröras.

[5] Se avsnitt 5.3.2.

Diskussionen utmynnar stundom i rekommendationer *de sententia* och *de lege ferenda*. I det förra fallet tjänar rekonstruktionsmodellen som ett redskap för en lagtolkning som stundom avviker från härskande uppfattning.

41-008 I avsnitt 4.4 undersöks det kontraktuella culpa- och presumtionsansvaret i ett övergripande och principiellt perspektiv. Culpaansvaret, vilket här får innefatta även presumtionsansvar, framstår som en med kontrollansvaret konkurrerande ansvarsgrund – eller i ett omvänt perspektiv, som en konkurrerande ansvarsfrihetsgrund. Avsikten med undersökningen är att försöka utröna huruvida de riskallokeringsargument som uppbär culpaansvaret står i bättre överensstämmelse med värdemaximeringsprincipen än de argument som stöder kontrollansvaret. Härigenom blir det möjligt att *de sententia ferenda* motivera ett större eller ett mindre analogiutrymme för kontrollansvaret.

4.2 Rättsutvecklingen: Ett steg från Rom till BGB och UCC

4.2.1 De gamla romarna

42-001 Den klassiska romerska rätten synes ha intagit en mycket restriktiv hållning till betydelsen av nyttominskande omständigheter. Nyttominskande omständigheter torde ha beaktats endast om det i objektiv mening var bokstavligt talat omöjligt att fullgöra den avtalade prestationen.[6] Samtida kritik mot den strikta attityden tycks inte ha saknats. Cicero lär exempelvis ha hävdat att löften inte borde hållas om uppfyllelsen var mer skadlig för löftesgivaren än nyttobringande för löftesmottagaren. Ciceros tankegång avvisas senare av Grotius med det tämligen svaga argumentet att den som avgivit löftet inte själv borde få avgöra hur fördelaktigt det skulle vara för löftesmottagaren om löftet uppfylldes.[7]

[6] Kaser I, s 490. Se även Tamm, s 151. Medicus diskuterar ett för den moderne betraktaren smått bisarrt specialfall rörande slavhandel. Om en slav före avlämnandet råkat hamna i fiendens händer, tycks avtalet ha blivit ogiltigt. Någon omöjlighet i strikt mening är det emellertid inte fråga om i detta fall; säljaren måste ha haft en teoretisk möjlighet att åtminstone försöka uppsöka och ta tillbaka slaven. Medicus anser dock inte att detta exempel visar att den romerska rätten tillämpat annat än ett strikt omöjlighetsbegrepp. Se Medicus, *Zur Funktion*, s 87 ff. Medicus nämner avtalstypen *vadimonium* som ett isolerat undantag från den generella omöjlighetsregeln; den som åtagit sig att uppträda som rättegångsombud kunde befrias från sitt löfte, eller snarare befrias från skyldighet att utge vite, i fall av sjukdom och liknande. A a, s 90.

[7] Se Grotius *De iure belli ac pacis* II, XVI (1625), utdrag ur verket i engelsk översättning i von Mehren & Gordley, s 1043.

42-002 Innebörden av den kända romerska maximen om omöjlighet, *impossibilium nulla obligatio est*, kan sammanfattas: Ett avtal blir ogiltigt om prestationen är omöjlig på grund av att det utlovade föremålet förstörts, om det på grund av rättsreglerna är omöjligt att prestera eller om det utlovade föremålet redan tillhör löftesmottagaren.[8]

42-003 För de fall när omöjlighet inträdde efter avtalsslutet – det som sedermera kommit att kallas efterföljande omöjlighet – infördes under senare republikansk tid ett långtgående undantag från ogiltighetsregeln genom institutet *perpetuatio obligationis*.[9] Skadestånd till löftesmottagaren kunde enligt *perpetuatio obligationis* utgå, om omöjlighet inträtt på grund av löftesgivarens *dolus* eller *culpa*.[10] Ansvar enligt *perpetuatio obligationis* kunde också åläggas löftesgivaren om denne råkat i dröjsmål och omöjlighet därefter inträtt (vare sig culpa orsakat omöjligheten eller ej).[11]

42-004 Den rättsföljdsbetingade riskdelning som följde av omöjlighetsläran, upphävdes således när *dolus* eller *culpa* låg löftesgivaren till last; han bar då så att säga hela risken. Om prestationen var omöjlig redan vid avtalsslutet – det som sedemera kommit att kallas ursprunglig omöjlighet – saknade avtalet rättsverkningar på grund av sin ogiltighet.[12] Om innehållet i löftesgivarens förpliktelse skulle fastställas med *bonae fidei iudicia*[13] – såsom fallet var exempelvis vid köp (*emptio venditio*) – var ogiltighet vid ursprunglig omöjlighet begränsad till ett antal typfall och en löftesmottagare i god tro synes som huvudregel ha varit berättigad till ersättning för skada oavsett om avtalet betraktades som ogiltigt eller ej.[14]

42-005 Vid köp (*emptio venditio*) gick faran som huvudregel över på löftesmottagaren/köparen redan vid avtalsslutet.[15] Principiellt bar alltså löftesmottagaren/köparen risken för efterföljande omöjlighet. Dock gällde att när leverans av varan skulle ske någon tid efter avtalet, hans risk reducerades genom att löftesmottagaren/säljaren hade en vårdplikt så länge som

[8] Kaser I, s 489 f. Härtill brukar nämnas löfte att utge ett fantasiföremål, t.ex. en kentaur.

[9] *Perpetuatio obligationis* var inte tillämplig vid ursprunglig omöjlighet; institutet ansågs endast kunna medföra en fortsättning av en förpliktelse som var giltig när den uppstod. Medicus, *Zur Funktion*, s 71. Beträffande övriga undantag från ogiltighet på grund av omöjlighet, se a a, s 94 ff.

[10] Se Kaser I, s 513 f med vidare hänvisningar.

[11] Kaser I, s 513 f.

[12] Löftesmottagaren tycks i regel haft möjlighet att utfå ersättning av löftesgivaren om denne ingått avtal med vetskap om att ursprunglig omöjlighet förelåg (*exceptio doli*); se Kaser I, s 488 f och Medicus, *Zur Funktion*, s 71 ff.

[13] Om *fides*-principen se Beck.

[14] Se Medicus, *Zur Funktion*, s 100 ff och Kaser I, s 549. Se även Tamm, s 136.

[15] Kaser I, s 552

han omhänderhade varan; säljaren bar ett *custodia*-ansvar. Vad som i praktiken återstod av faran i dessa fall var således risken för att varan förstördes eller försämrades på grund av en vådahändelse (*vis maior*).[16] *Custodia*-ansvaret förefaller att under senklassisk tid ha utvecklats till ett presumtionsansvar.[17]

42-006 När risken undantagsvis gick över på köparen efter avtalsslutet, t ex vid köp av varor att tas ur ett bestämt lager eller vid köp av varor som skulle tillverkas[18] tycks läget ha varit att bedöma enligt de allmänna reglerna om omöjlighet och *perpetuatio*.

42-007 Den romerska omöjlighetsläran har haft en utomordentligt stor betydelse för den fortsatta rättsutvecklingen och det kan därför finnas skäl att fråga vilken funktion läran kan ha fyllt i den romerska rätten. Den allmänna uppfattningen tycks vara att omöjlighetsläran inte fyllt någon funktion alls. Omöjlighetsläran betingades av en stel tolkning av prestationslöftet; "*eine primitive, keinen bestimmten Zweck verfolgende Unbeholfenheit, nämlich als ein ungewollter Reflex aus der starren Interpretation*".[19] Det är snarare de undantag från ogiltighetsregeln som med tiden framträdde som skulle kunna tillskrivas en funktion. Enligt Medicus öppnade undantagen för billighetsöverväganden: "*Der Schuldner sollte trotz Unmöglichkeit verurteilt werden können, wo seine Freisprechung als besonders unverdient erschien.*"[20]

42-008 Om detta är riktigt har problemformuleringen, som vi skall se, kastats om från romersk tid – när skall löftesgivaren hållas ansvarig trots att prestationen är omöjlig? – till idag när det torde vara mer träffande att ställa den omvända frågan: När skall löftesgivaren befrias från ansvar trots att prestationen *inte* är omöjlig?

4.2.2 Den senare rättsutvecklingen

42-009 Denna omkastning av frågeställningen kan spåras till den ur historiens dunkel framträdande maximen att avtal skall anses ingångna med det underförstådda villkoret att förhållandena skulle förbli oföränd-

[16] Se Kaser I, s 506 f.
[17] Se Kaser II, s 353 och Larenz, s 277.
[18] Se Kaser I, s 552 f.
[19] Medicus, *Zur Funktion*, s 69. Medicus ställer sig dock kritisk till denna uppfattning och vill i vart fall delvis söka förklaringen till omöjlighetslärans uppkomst i en exekutionsrättsligt betingad svårighet att åsätta en omöjlig prestation ett motvärde i pengar; se vidare a a, s 75 ff.
[20] Medicus, *Zur Funktion*, s 70.

rade, *clausula rebus sic stantibus*.[21] Maximen utvecklades av naturrättsjuristerna, vilka byggde sina resonemang på begreppet samtycke snarare än på underförstådda villkor.[22]

42-010 En parts samtycke ansågs enligt naturrättsjuristerna innefatta hela beslutsprocessen och inte endast beslutsprocessens resultat, löftet. Löftesgivarens grundläggande – essentiella – motiv bakom beslutet att ingå avtal kunde beaktas till skillnad från accidentella motiv. Tanken synes i korthet ha varit att avtal ingås som medel för att uppnå ett givet mål; det essentiella motivet för t ex en köpare är att få tillgång till en viss vara.

42-011 Naturrättsjuristerna synes inte ha drivit analysen så långt att de betraktat tillgången till en viss vara endast som ett delmål i strävan mot det yttersta målet – att köparen med varan skulle öka sin nytta.

42-012 Köparens antagande att avtalet skulle vara det mest direkta och minst kostsamma medlet – bland flera andra tänkbara medel – till att få tillgång till varan förefaller att ha betraktats som ett accidentellt motiv och därför irrelevant. Om avtalet trots de nyttominskande omständigheterna fortfarande kunde leda till det avsedda målet, var det bindande, och det saknade betydelse om det medförde en förlust av nytta i förhållande till situationen *ex ante*.[23]

42-013 För naturrättsjuristerna framstod relevansen av en prestations omöjlighet som en fråga om hur långt löftesgivarens/säljarens samtycke sträckte sig. Om prestationen var omöjlig, hade ett essentiellt motiv bortfallit; avtalet kunde inte längre anses vara ett medel för att uppnå målet. Om emellertid löftesgivaren/säljaren borde ha insett att löftet var omöjligt att uppfylla, eller om omöjlighet senare hade inträtt på grund av hans

[21] Om maximens historia, se Bugge, TfR 1902 s 184 på s 185 ff. Artikeln innehåller ett utförligt referat av Pfaff, *Die Clausul: rebus sic stantibus in der Doctrin und der österreichischen Gesetzgebung* i Festschrift zum siebzigsten Geburtstage Dr. Joseph Ungers 221-351 (1898). Enligt denne härleder sig principen från glossatorerna. Se även Zweigert & Kötz, s 557. Från annat håll har emellertid hävdats att principen har sitt ursprung i kanonisk rätt, se Ussing, s 32 not 1, vilken refererar till Fritze i 17 *Archiv für Bürgerliches Recht*, s 20-49 (1900). Jfr. Jørgensen, TfR 1967 s 457 på s 465 ff.

[22] Se Grotius, *De iure belli ac pacis* tredje boken II, XVI (1625), utdrag ur verket i engelsk översättning i von Mehren & Gordley, s 1043. Helt generellt tycks inte tanken om tysta villkor ha förkastats. Samuel Pufendorf motiverade ansvarsfrihet vid prestations omöjlighet med att löftet varit underkastat ett tyst villkor; se Pufendorf, *De iure naturae et gentium* åttonde boken III,VII, utdrag i von Mehren & Gordley, s 1042.

[23] Se von Mehren & Gordley, s 1038 ff.

vårdslöshet, ansågs avtalet visserligen vara ogiltigt, men ersättningsskyldighet förelåg.[24]

4.2.3 Ökade prestationskostnader i tysk rätt: Läran om Unmöglichkeit

4.2.3.1 Inledning

42-014 Maximen *clausula rebus sic stantibus* i dess naturrättsliga formulering kom att upptas i *Codex Maximilianeus bavaricus civilis* (1756) och i *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (1794). Inom tysk rättsvetenskap började man dock kort därefter allmänt att inta en avvisande hållning till relevansen av de rättshandlandes motiv.[25] Ett ambitiöst försök att bygga vidare på ett motivinriktat betraktelsesätt gjordes emellertid 1850 när Windscheid presenterade sitt verk *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, en allmän lära om den rättsliga betydelse som borde ges åt *Voraussetzungen* – begränsningar i den avtalandes vilja som inte riktigt utvecklats till villkor.[26]

42-015 Någon lära om *Voraussetzungen* upptogs dock inte i *Bürgerliches Gesetzbuch* (1900); grundtanken var där att motiv och underförstådda villkor inte skulle tilläggas relevans. BGB kom istället att vidareutveckla den romerska omöjlighetsläran som befrielsegrund.[27]

42-016 Genom Friedrich Mommsens arbete *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse* (1853) försågs omöjlighetsbegreppet med en mängd underbestämningar såsom ursprunglig och efterföljande omöjlighet, objektiv och subjektiv omöjlighet, permanent och övergående omöjlighet samt total och partiell omöjlighet. Mommsens lära kom att ligga till grund för författarna av BGB.[28]

42-017 Enligt motiven till BGB skulle inte ens extrema svårigheter att

[24] Pufendorf ville emellertid inte förorda en ersättning motsvarande det positiva kontraktsintresset; ersättning för utebliven vinst skulle inte utgå. Se Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, utdrag i von Mehren & Gordley, s 1042.

[25] Se Zweigert & Kötz, s 557.

[26] För en svenskspråkig redogörelse för innehållet i Windscheids lära se Lehrberg, s 34 ff. Som vi har sett ovan tycks den härskande uppfattningen idag vara att de rättshandlandes förutsättningar i princip helt saknade relevans i den klassiska romerska rätten. Windscheid hade emellertid en annan åsikt om källmaterialets rätta innebörd; se Windscheid, s 11 ff.

[27] Windscheid betraktade prestationens omöjlighet som ett specialfall av bristande förutsättningar. Se Windscheid, s 11 och s 175 ff.

[28] Se Emmerich, s 8 f.

uppfylla avtalet falla under omöjlighetsbegreppet.[29] Uppenbarligen blev denna inställning ohållbar i praktiken och omöjlighetsbegreppet började strax att i praxis uppluckras och genomgå något som kan kallas en rimlighetsbehandling; löftesgivaren kunde befrias från avtalet trots att prestationen inte var omöjlig.

42-018 Enligt gällande tysk rätt synes dessa fall numera huvudsakligen vara att bedöma enligt läran om *Geschäftsgrundlage*, varvid rättsföljden inte primärt är ogiltighet utan jämkning.[30]

42-019 I den tyska rätten används begreppet *Leistungsstörungen* som samlingsbeteckning för en mängd olikartade fall när borgenären i ett fordringsförhållande inte erhåller avtalad prestation.[31]

42-020 Som *Leistungsstörungen* betraktas bland annat omöjlighet och dröjsmål. För förståelsen av funktionen hos dessa regelkomplex bör noteras att tysk rätt – till skillnad mot amerikansk (och romersk) rätt – utgår från att borgenären vid utebliven prestation i första hand har att väcka fullgörelsetalan.[32] På grund härav torde reglerna fylla dubbla funktioner, dels att bereda borgenären en möjlighet att avveckla avtalet på annat sätt, även om gäldenären önskar fullgöra, dels ge gäldenären en lättnad genom befrielse från skadeståndsansvar eller befrielse från avtalsbundenhet.

4.2.3.2 Dröjsmål

42-021 I den mån omöjlighetsläran utövat inflytande på den nordiska köprätten, har den genom 24 § 1905 års köplag främst haft betydelse vid säljarens dröjsmål.[33] I tysk rätt tillämpas emellertid inte reglerna om omöjlighet på dröjsmål (*Verzug*). Det bör emellertid noteras att de tyska och

[29] Se *BGB Motive* II, s 44 ff.

[30] Se avsnitt 4.2.6.2.1.

[31] Se Palandt, *Vorbemerkungen vor* § 275 1) b). Definitionerna varierar. Se t ex Medicus, *Schuldrecht*, s 133 ff och Emmerich, s 4. Som prestationsstörningsfall anses enligt denne omöjlighet, dröjsmål, vissa speciellt reglerade fall av fel och brist (vid köp och byte, BGB §§ 459-493, vid hyra §§ 537ff., vid arbets- och reseavtal §§ 537 ff, 633ff., 651ff.), övriga fall av kontraktsbrott (*positive Vertragsverletzungen*), culpa in contrahendo, ursprunglig subjektiv omöjlighet (BGB § 306) och *Wegfall der Geschäftsgrundlage*. Jfr. begreppet avtalsstörningar hos Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 6 ff.

[32] Emmerich, s 10. Treitel betecknar principen att borgenären i första hand skall väcka fullgörelsetalan "*the principle of enforced performance*". Påföljderna skall vara substitut för fullgörelsen: "*... the creditor obtains as nearly as possible the actual subject-matter of his bargain...*". Treitel, i Int. Enc. of Comp. L.. Vol VII, kap 16 s 6. För en redogörelse för de fordringsrättsliga reglernas samspel med exekutions- och processrätt, se Medicus, *Schuldrecht*, 163 f.

[33] Se Hellner, *The Influence*, s 710.

svenska dröjsmålsbegreppen är olikartade. De praktiska skillnaderna i riskallokeringshänseende synes dock inte vara stora.

42-022 För att dröjsmål enligt tysk rätt skall föreligga, fordras enligt BGB § 284 att löftesgivaren/gäldenären uppmanats att prestera (*Mahnung*) och att förseningen av prestationen kan tillräknas honom som försummelse (BGB § 285).[34] Föreligger dröjsmål har löftesmottagaren/borgenären rätt till skadestånd och hävning (*Rücktritt*); BGB §§ 286, 326.

42-023 Den praktiska betydelsen av culpa som förutsättning för att dröjsmål skall anses föreligga minskar i hög grad dels genom att culpa presumeras[35], dels genom att kravet på vållande bortfaller vid generisk prestation (*Gattungsschuld*).[36] Om löftesgivaren/gäldenären i ett sådant fall inte kan prestera i tid och detta beror på "*nicht kalkulierbare außerordentliche Umstände*" som ligger utanför hans normala "*Beschaffungsrisiko*" går han fri med åberopande av huvudregeln i BGB § 285.[37]

4.2.3.3 Exempel på omöjlighet

42-024 Parallellt med ovan beskrivna dröjsmålsregler förekommer reglerna om omöjlighet.[38]

42-025 Genom att det tyska prestationsbegreppet inte bara avser prestationshandlingen som sådan, utan även avser uppnåendet av syftet med prestationen kan omöjlighetsläran tillämpas även i andra fall än vid ökade prestationskostnader.[39]

42-026 Omöjlighet anses således föreligga när prestationshandlingen visserligen ännu kan utföras, men det eftersträvade resultatet uppnåtts utan att mottagaren av den tilltänkta prestationen vidtagit några åtgärder och utan att prestationshandlingen utförts (*Zweckerreichung*). Som exempel nämns stundom att ett skepp som gått på grund kommer flott innan bärgning har utförts eller att en patient som skickat efter en läkare tillfrisknar innan läkaren hunnit åtgärda krämpan. På motsvarande sätt behandlas fall

[34] Se beträffande det svenska dröjsmålsbegreppet i relation till det tyska Bengtsson, *Hävningsrätt*, s 23 ff. Vid vissa dröjsmål, *absolute Fixgeschäfte*, kan dock omöjlighetsreglerna tillämpas. Som exempel på sådana dröjsmål har nämnts dröjsmål med leverans av julgran (leverans efter julafton) och dröjsmål med tillhandahållande av taxi för färd till flygplatsen (passageraren hinner inte till planet). Se vidare Medicus, *Schuldrecht*, s 167 ff.

[35] Se Palandt, § 285 1).

[36] Se härom Larenz, s 348 f.

[37] Larenz, s 348.

[38] Noteras bör att nedan beskrivna regler föreslås förändrade. Enligt Hellner är det ovisst om de föreslagna ändringarna kommer att genomföras; Hellner, *SpA II:2*, s 61.

[39] Se Larenz, s 315.

där föremålet för prestationshandlingen upphört att existera; ett hus som skall målas brinner upp eller den nyssnämnde patienten dör (*Zweckfortfall*).[40]

42-027 Omöjlighet kan föreligga på grund av fysiska eller rättsliga förhållanden. Som exempel på omöjlighet på grund av fysiska förhållanden kan, bortsett från förstörelse av den sak som skall utges, nämnas licensiering av företagshemlighet när hemligheten visade sig vara känd redan vid avtalsslutet, eller att det föremål som skall utges genomgått sådan försämring att det inte längre kan anses motsvara det föremål som utlovats vid avtalsslutet. Omöjlighet anses också föreligga när visst utlovat resultat inte kan uppnås på grund av naturlagarna.[41] Som exempel på omöjlighet på grund av rättsliga förhållanden kan nämnas leverans av vara som drabbats av omsättningsförbud, beslag av allt gods av det slag som skall levereras och upphörande av arbetstillstånd.[42]

4.2.3.4 Omöjlighetsläran som befrielsegrund

42-028 Omöjlighetsläran som befrielsegrund enligt gällande tysk rätt torde kunna sammanfattas enligt följande.[43]

42-029 En grundläggande åtskillnad görs mellan ursprunglig och efterföljande omöjlighet. Vid ursprunglig omöjlighet görs härtill en skillnad mellan objektiv omöjlighet (*Unmöglichkeit*) och subjektiv omöjlighet (*Unvermögen*). Vid ursprunglig objektiv omöjlighet (dvs när prestationen var omöjlig för var och en redan när avtalet ingicks) är rättsföljden ogiltighet; BGB § 306. Om löftesgivaren/gäldenären borde ha insett att prestationen var omöjlig skall han utge ersättning för det negativa intresset, dock inte om även löftesmottagaren/borgenären borde ha insett att omöjlighet förelåg; BGB § 307. Verkan av ursprunglig subjektiv omöjlighet regleras inte i BGB och verkningarna är föremål för delade meningar i doktrinen. Enligt Larenz skall "*größere Teil der Lehre*" omfatta åsikten att löftesgivaren/gäldenären oberoende av culpa är skyldig att utge ersättning intill

[40] Se Palandt, § 275 2) d) och Larenz, s 312 f. Jfr. *Zweckstörungen*, 42-130 och 52-062 not 126 nedan. Motsvarande resonemang är ovanliga för svensk rätts vidkommande; se dock NJA II 1936 s 458 beträffande 131 § 1891 års sjölag (1891:35) om skyldighet att erlägga frakt när specifikt fraktgods förstörts och därför ej kan avlämnas till bortfraktaren.

[41] Se Palandt, § 275 2) a).

[42] Se Palandt, § 275 2) b).

[43] Här förbigås de regler i den speciella kontraktsrätten som medför ansvarsbefrielse på grund av *höhere Gewalt*. Se härom Mestad, s 28 ff.

det positiva kontraktsintresset.[44] Resonemangen synes huvudsakligen bygga på en garantifiktion.

42-030 Vid efterföljande omöjlighet (BGB §§ 275-283) görs inte någon skillnad mellan subjektiv och objektiv omöjlighet. Det avgörande är istället om löftesgivaren/gäldenären skall anses bära skulden för att prestationen blivit omöjlig. Om så är fallet blir han skadeståndsskyldig; BGB §§ 279-280. I annat fall befrias han från ansvar; BGB § 275. Det avgörande för frågan huruvida ansvarsbefrielse kan komma i fråga är således löftesgivarens/gäldenärens skuld, eller om skuld skall tillräknas honom (utan att culpa föreligger i det konkreta fallet). Vi skall återkomma till innehållet i denna skuldprincip i avsnitt 4.4.3.[45] Det må i detta sammanhang räcka med att påpeka att ett prestationshinder i princip skall vara möjligt att förutse och att undvika för att aktsamhetskravet skall kunna anses åsidosatt. Härtill bör läggas att löftesgivaren/gäldenären enligt BGB § 278 svarar för sina medarbetares försumlighet såsom för sin egen och att han oberoende av culpa svarar för att en generisk förpliktelse kan fullgöras; BGB § 279. Även i dessa fall grundas ansvaret stundom på en garantifiktion.[46]

42-031 Rättsföljden av efterföljande omöjlighet är att skyldigheten att fullgöra upphör oberoende av löftesgivarens/gäldenärens önskan att fullgöra. Fordringsförhållandet som sådant upphör dock inte helt. Löftesgivaren/gäldenären är skyldig att till löftesmottagaren/borgenären vidarebefordra varje ersättning som han uppburit på grund av den händelse som medfört omöjligheten; BGB § 281 (*stellvertretendes commodum*).[47]

42-032 Vid ömsesidiga förpliktelser tillämpas reglerna i BGB §§ 320–327. Huvudregeln i BGB § 323 är att om den ena partens prestation blivit omöjlig, även medkontrahentens förpliktelse att utge vederlag utsläcks. Om medkontrahenten redan utgivit sin prestation har han rätt att återfå prestationen enligt reglerna om obehörig vinst (*ungerechtfertigte Bereicherung*); BGB § 818 III. Restitutionsregeln är försedd med ett flertal undantag. Om vid köp faran gått över till köparen är restitution exempelvis inte längre möjlig; BGB §§ 324, 446 och 447.

42-033 Om den part som inte kan fullgöra har uppburit ersättning i följd av den händelse som medfört omöjlighetens inträde, kan medkontra-

[44] Larenz, s 100 ff. Se även Medicus, *Schuldrecht*, s 171 f.
[45] Se härom Larenz, s 275 ff och Medicus, *Schuldrecht*, s 138 ff.
[46] Se Larenz, s 279.
[47] Se beträffande svensk rätt 43-024 nedan.

henten utkräva denna ersättning, förutsatt att han fullgör sin del av avtalet; BGB § 323 II.[48]

42-034 Om omöjligheten anses vara av övergående art, tillämpas dröjsmålsreglerna. Om omöjligheten inte är att tillräkna löftesgivaren/gäldenären som försummelse undgår han prestationsskyldighet så länge omöjlighet föreligger. Hur länge prestationshindret får bestå innan det i och för sig övergående hindret jämställs med ett bestående hinder beror av om det skäligen kan krävas att gäldenären skall vara fortsatt bunden. Detta avgörs i sin tur med ledning av *Treu und Glauben*; BGB § 242.[49]

Som exempel ur praxis kan nämnas avgörandet i BGH 83, 197 (1982), *Schlachthof Mahabad*. Byggstarten av ett slakthus i Iran blev fördröjd på grund av utbrottet av den iranska revolutionen. *Bundesgerichtshof* uttalade med hänvisning till principen om *Treu und Glauben* att ett övergående hinder var att jämställa med ett varaktigt hinder när tvivel förelåg om syftet med avtalet kunde tillgodoses sedan hindret upphört och det inte skäligen kunde krävas att löftesgivaren/gäldenären skulle kvarstå bunden i avvaktan på hindrets upphörande. Byggstarten var redan fördröjd med tre år och domstolen uttalade att det inte kunde förutses när förhållandena i Iran skulle stabiliseras.

42-035 Parternas beteenden kan inverka på bedömningen; har gäldenären tillkännagivit att han betraktar hindret som övergående, kan han fasthållas vid förpliktelsen. Om avtalet blivit ogiltigt på grund av att den övergående omöjligheten ansetts vara att jämställa med varaktig omöjlighet och hindret oväntat upphör, kan gäldenärens förpliktelser inte återuppväckas. En förpliktelse att ingå nytt avtal anses dock kunna följa av BGB § 242.[50]

42-036 Man har slutligen att räkna med partiell och fullständig omöjlighet. Vid partiell omöjlighet medges befrielse endast för den del av prestationen som är omöjlig att fullgöra. Partiell omöjlighet jämställs med fullständig omöjlighet, om en partiell prestation inte är meningsfull för borgenären.[51]

[48] Se härtill Larenz, s 308 ff och Medicus, s 212 ff.
[49] Jfr. Zweigert & Kötz, s 558 f.
[50] Palandt, § 275 5).
[51] Palandt, § 275 6).

4.2.4 Ökade prestationskostnader i amerikansk rätt: Läran om impracticabilty

4.2.4.1 Inledning

42-037 Som ovan nämnts är relevansen av ökade prestationskostnader såvida de anses medföra omöjlighet i tysk rätt i princip beroende av om culpa på löftesgivarens/gäldenärens sida anses föreligga eller ej. Tankegångarna kan spåras till den romerska rätten. Culpanormen har inte alls denna centrala betydelse inom den angloamerikanska rätten[52], vilken utvecklades tämligen oberoende av romersk rätt.[53] I amerikansk rätt är utgångspunkten i stället strikt ansvar; frånvaro av culpa framstår som en nödvändig, men ingalunda tillräcklig betingelse för att omöjlighet skall ges relevans. Vi har också sett att den tyska omöjlighetsläran fyller dubbla funktioner, dels att ge löftesmottagaren/borgenären en möjlighet att avveckla fordringsförhållandet på annat sätt än genom krav på fullgörelse, dels att befria löftesgivaren/gäldenären från skadeståndsansvar.

42-038 Inom den angloamerikanska rätten finns inte något behov av att tillskapa regler som ger löftesmottagaren/borgenären en möjlighet att avveckla fordringsförhållandet på annat sätt än genom krav på fullgörelse. Tvärt om måste löftesmottagaren/borgenären själv ta initiativ om han skall få framställa krav på fullgörelse *in natura*. Löftesmottagaren/borgenären är i allmänhet hänvisad att grunda sådana krav på *equity*, ett processtypsystem som under medeltiden utvecklades parallellt med *common law*.[54] Att prestationen är omöjlig framstår då givetvis som ett tvingade skäl att ogilla en fullgörelsetalan. Talan kan också ogillas om prestationen väl inte är omöjlig, men väl "*unreasonably burdensome*".[55] Att en talan om fullgörelse ogillats i *equity* utesluter dock alls inte att löftesmottagaren/borgenären kan få ut skadestånd genom en talan grundad på *common law*.

4.2.4.2 Den engelska bakgrunden

42-039 En undersökning av den amerikanska rättens utveckling med avseende på omöjlighet som befrielsegrund tar lämpligen sin utgångspunkt i *Paradine v Jane*[56] trots att avgörandet inte gäller ökade prestations-

[52] Se Larenz, s 277 och Treitel, s 5 f.
[53] Se Anners, s 60.
[54] Beträffande equity i amerikansk rätt, se Farnsworth, s 818 ff med vidare hänvisningar. Se även 53-031 ff nedan.
[55] Farnsworth, s 823.
[56] Aleyn 26, 82 Eng.Rep 897, (K.B. 1647). Se även 11-029 ovan.

kostnader utan rör förhållandet att motprestationen minskat i värde; en arrendator förhindrades att utnyttja marken på grund av ockupation.[57]

42-040 *The Court of King's Bench* gjorde en avgörande skillnad mellan fall där förpliktelsen uppstått på grund av utfyllnad av avtalet[58] och fall där förpliktelsen uppstått på grund av ett uttryckligt åtagande:

> "*Where the law creates a duty or charge, and the party is disabled to perform it without any default in him, and hath no remedy over, there the law will excuse him.*" Men "*when the party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract.*"(Aleyn 26, (K.B. 1647) på s 27.)

42-041 I senare avgöranden fastslogs att grunderna för *Paradine v. Jane* ägde tillämpning även när gäldenärens prestation blivit omöjlig.[59]

42-042 *Paradine v. Jane* ger uttryck för vad som kommit att kallas läran om absoluta avtal (*the doctrine of absolute contracts*).[60] Det absoluta kan sägas bestå i att inga implicita begränsningar intolkas i löftesgivarens prestationslöfte. Läran om absoluta avtal hade dock vissa begränsningar, av vilka somliga utvecklades över tiden.[61] Således ansågs att gäldenären skulle befrias genom *discharge*, dvs *ex nunc*[62] om prestationen blivit olaglig. Denna begränsning är synlig i *Paradine v. Jane* genom uttalandet att löftesgivaren/gäldenären "*is bound to make it good* ***if he may***".[63] Den som innehade annans egendom (*bailment*) undgick ansvar om egendomen inte kunde lämnas tillbaka på grund av att den förstörts av våda. När det gällde personligt färgade uppdragsavtal undgick löftesgivaren/gäldenären ansvar vid egen död eller vid inträffande av fysiska kapacitetshinder (t ex när en målare blivit blind). Liknande överväganden tycks i vissa fall ha gjorts inom sjörätten beträffande skyldigheten att utbetala lön till sjömän, när fartyget gått på grund, etc. Inom köprätten kom det förhållandevis sent att stå klart att löftesgivaren/säljaren undgick ansvar när specifikt gods för-

[57] Avgörandet skulle också kunna ses som ett fall av omöjlighet; det blev omöjligt för arrendatorn att tillgodogöra sig motprestationen. Detta är dock ett mindre naturligt betraktelsesätt, eftersom det inte var fråga om huruvida arrendatorn hade någon förpliktelse att utnyttja den arrenderade marken. Se det näraliggande fallet NJA 1925 s 184. Se härtill Hellner, *Om obehörig vinst*, s 403 ff; ds., Förutsättningsläran, s 91; Vahlén, *Formkravet*, s 237 ff och Lehrberg, s 319. Se även NJA 1925 s 497 och NJA 1931 s 642. Jfr. NJA 1924 s 372.

[58] Se Treitel, s 14.

[59] Se Treitel, s 19 ff.

[60] Treitel, s 13.

[61] Se närmare Treitel, s 22 ff. Jfr. Farnsworth, s 671 ff.

[62] Se Treitel, s 507 ff.

[63] Aleyn 26, (K.B. 1647) på s 27. Min fetstil. Se Treitel, s 23.

störts innan faran gått över på löftesmottagaren/köparen. Detta torde också ha gällt när generiskt gods avskilts för löftesmottagarens/köparens räkning.[64]

42-043 Principerna i *Paradine v. Jane* upptogs i amerikansk rätt och kommer tydligt till synes i amerikanska avgöranden rörande avtal om uppförande av byggnad. I ett avgörande rörande relevansen av att en byggnad förstördes genom blixtnedslag uttalades "*the Act of God will not operate to discharge a promise which is absolute and unqualified in its terms*".[65] *Paradine v. Jane* tycks därför ha fortsatt giltighet i dessa fall – till skillnad från i fall rörande *reparation* av byggnad.[66] Möjligen återgår också säljarens strikta ansvar vid leverans av generiska varor på *Paradine v. Jane* och läran om absoluta avtal. I så kallade *crop failure cases*, där en jordbrukare typiskt sett söker undkomma skadeståndsansvar när svårigheter att leverera inträtt efter en misslyckad skörd, har ansvarsbefrielse inte medgivits därför att prestationslöftet ansetts absolut. Om det däremot framgår att grödorna skulle härröra från jordbrukarens egen mark medges i regel ansvarsbefrielse.[67]

42-044 Ett betydande steg i rättsutvecklingen togs genom avgörandet i *Taylor v. Caldwell*[68] nära 200 år efter avgörandet i *Paradine v. Jane*.

> *Taylor v. Caldwell* rörde hyra av lokal för musikframträdande. Lokalen förstördes av brand några dagar innan det första framträdandet skulle äga rum. Hyresgästen stämde hyresvärden med yrkande om ersättning för de kostnader han ådragit sig till följd av förberedelser inför sina framträdanden. *The Court of King's Bench* fann att ersättning inte skulle utgå. Avgörandet uppbars ytterst av att avtalet ansågs innehålla "*an implied condition*". Domstolen uttalade att "*in contracts in which the performance depends on the continued existence of a given person or thing, a condition is implied that the impossibility of performance arising from the perishing of the person or thing shall excuse the performance.*"[69]

42-045 Genom att relevansen av omöjlighet knyts till "*the perishing of the person or thing*", en händelse som skulle vara oförskylld [70], undveks

[64] Se Treitel, s 30 med hänvisning till *Rugg v. Minett* (1809) 11 East 210. Se även Chitty, s 1106 ff, beträffande *common types of frustrating events* och s 1115 ff, beträffande doktrinens tillämpning på olika avtalstyper.

[65] *School Dist. No 1 v. Dauchy*, 25 Conn. 530 (1857). Detta och andra avgöranden citerade av Farnsworth, s 674 med not 17.

[66] Se Farnsworth, s 674 f.

[67] Se UCC 2-615 *comment* 9 och Farnsworth, s 675 f. Jfr. 43-167 ff nedan.

[68] 5 Best & S. 826, 122 Eng.Rep. 309 (K.B. 1863).

[69] 5 Best & S. 826 på s 839.

[70] Se 5 Best & S. 826 på s 834.

en direkt motsättning till *Paradine v. Jane* samtidigt som tanken på att avtal skulle kunna innehålla *implied conditions* öppnade för en fortsatt rättsutveckling så att *Paradine v. Jane* kom att framstå som ett undantag från *Taylor v. Caldwell* och inte – som kanske ursprungligen var avsett – tvärtom.[71]

42-046 *Taylor v. Caldwell* kan antas ha haft stor betydelse för den amerikanska rättsutvecklingen. Farnsworth har betecknat avgörandet som "*the fountainhead of the modern law of impossibility*".[72] Avgörandet torde fortfarande ligga till grund för huvudreglerna att ansvarsbefrielse medges om reparationsarbeten inte kan utföras sedan byggnaden förstörts och att ansvarsbefrielse medges om jordbruksprodukter från viss mark inte kan levereras på grund av misslyckad skörd.[73] *Taylor v. Caldwell* torde också ligga till grund för stadgandet i UCC § 2-613 beträffande ansvarsbefrielse sedan specifika varor eller varor som identifierats[74] förstörts eller minskat utan att culpa ligger någon av parterna till last.[75] Medan *Taylor v. Caldwell* är begränsad till efterföljande omöjlighet[76] avser UCC § 2-613 dock både ursprunglig och efterföljande förstörelse av varor.[77]

4.2.4.3 Impracticability som befrielsegrund

42-047 Den amerikanska rätten lösgjorde sig från *Taylor v. Caldwell* och dess lära om *implied conditions* i och med att läran om *impracticability* infördes i UCC § 2-615 (1952).[78] Stadgandet återfinns under rubriken *Excuse by Failure of Presupposed Conditions*. Uttrycket "*presupposed conditions*" kan föranleda missuppfattningen att läran om *impracticability* är subjektivt inriktad och att riskallokeringen skall avgöras med ledning av en fingerad partsvilja. Så är dock inte fallet. Avgörandet skall istället grundas på ett objektivt övervägande huruvida rättskänslan (*justice*) talar för avsteg från den allmänna utgångspunkten att löftesgivaren skall bära

[71] Se Treitel, s 38 f.
[72] Farnsworth, s 673.
[73] Farnsworth, s 675.
[74] Det avgörande synes vara att avtalet avser varor "*whose continued existence is presupposed by the agreement*"; se UCC § 2-613 *comment* 1.
[75] Se Farnsworth, s 673 f.
[76] Se Treitel, s 240 beträffande den restriktivare inställningen till ursprunglig omöjlighet i engelsk rätt.
[77] UCC § 2-613 *comment* 2.
[78] Läran anses också komma till uttryck i UCC § 2-613 (förstörelse av identifierat gods), § 2-614 (fullgörelse med substitut) och § 2-616 (underrättelseskyldighet); se Farnsworth, s 677 not 1.

risken för ökade prestationskostnader.[79]

42-048 Stadgandet i UCC 2-615 är utformat med avseende på säljarens dröjsmål.[80] Läran om *impracticability* har dock i *Restatement (Second) of Contracts* § 261 (1981) givits en mer generell utformning med avseende på naturagäldenärens dröjsmål i följd av ökade prestationskostnader. Nedan kommer läran om *impracticability* att behandlas i säljarperspektiv och med huvudsaklig utgångspunkt i UCC § 2-615.

42-049 *Impracticability* skall vara efterföljande. Om prestationskostnaderna blir större än beräknat på grund av någon omständighet som förelåg redan vid avtalsslutet, skall i princip läran om *mistake* istället tillämpas.[81] Gränsen mellan efterföljande och ursprungliga prestationshinder är dock knappast glasklar. Således rör åtskilliga avgöranden som ofta citeras till belysning av läran om *impracticability* ursprungliga prestationshinder; så t ex det avgörande som allmänt anses ha legat till grund för läran, *Mineral Park Land Co. v. Howard.*[82] Ett annat känt om än isolerat avgörande är *Aluminum Corp. of America v. Essex Group Inc.*[83]

42-050 Läran upptar i sig fyra rekvisit. För det första skall prestationen vara *impracticable*. För det andra skall frånvaron av den händelse som givit upphov till *impracticability* ha utgjort ett grundläggande antagande (*a basic assumption*). För det tredje krävs att löftesgivaren/säljaren inte åtagit sig längre gående förpliktelser än som följer av utfyllande rättsregler. Slutligen krävs att prestationshindret inte skall ha vållats av löftesgivaren/säljaren.[84]

42-051 Den skillnad som i tysk rätt görs mellan subjektiv och objektiv omöjlighet upprätthålls i regel inte i amerikansk rätt. Däremot brukar ansvar åläggas vid vad som enligt tysk rätt skulle betraktas som subjektiv omöjlighet, eftersom löftesgivaren/säljaren anses ha åtagit sig att bära risken för prestationshinder inom sin kontroll.[85]

42-052 Följden av att *impracticability* anses föreligga är att försenad eller utebliven leverans inte betraktas som ett avtalsbrott; löftesgivaren/säljaren undgår således skadeståndsansvar. Avtalsbundenheten blir i princip bestående, dock att löftesmottagaren/köparen har möjlighet att häva

[79] Farnsworth, s 678.
[80] Beträffande *impracticability* på köparsidan, se UCC § 2-615 *comment 9* och § 2-614 (2).
[81] Se 33-052 ff ovan.
[82] Se 42-119 nedan.
[83] Se härtill Farnsworth, s 651. Se närmare 53-036 f nedan.
[84] Detta rekvisit framgår av *Restatement (Second) of Contracts* § 261, men framgår inte av texten till UCC 2-615. Rekvisitet anses ändå böra uppställas. Se Farnsworth, s 678.
[85] Se Farnsworth, s 688 f.

eller modifiera avtalet genom att motta leverans av den del av prestationen som kan utföras. Passivitet mot löftesgivarens/säljarens underrättelse till löftesmottagaren/köparen om det inträffade prestationshindret leder till att avtalet anses hävt efter högst 30 dagar från det att löftesmottagaren/köparen mottog underrättelsen.[86] Om löftesgivaren/säljaren ingått flera avtal och väl skulle kunna fullgöra vart och ett av dessa avtal, men inte alla, uppstår en fråga om något avtal skall prioriteras eller om löftesgivaren/säljaren skall fördela de resurser han har på samtliga avtal. UCC § 2-615 (b) intar där den senare ståndpunkten; löftesgivaren/säljaren är skyldig att rättvist fördela sina resurser bland de löftesmottagare/köpare som förklarat sig intresserade av partiell fullgörelse.

42-053 Domaren kan också vid *impracticability* välja mellanlösningar och jämka avtalet.[87]

4.2.4.4 Grundläggande antaganden

42-054 Innebörden av kravet på att frånvaron av den nyttominskande omständigheten skall ha varit ett grundläggande antagande för beslutet att ingå avtalet är inte närmare klargjord i UCC.[88] Kommentaren till *Restatement (Second) of Contracts* lämnar däremot vägledning:

> *"Determining whether the non-occurrence of a particular event was or was not a basic assumption involves a judgment as to which party assumed the risk of its occurrence. In contracting for the manufacture and delivery of goods at a fixed price in the contract, for example, the seller assumes the risk of increased costs within the normal range. If, however, a disaster results in an abrupt tenfold increase in costs to the seller, a court might determine that the seller did not assume this risk by concluding that the non-occurrence of the disaster was a "basic assumption" on which the contract was made."*[89]

42-055 Yttrandet ger upphov till slutsatsen att frånvaron av rena kostnadsökningar kan vara ett grundläggande antagande för avtalet.[90] Farnsworth identifierar i övrigt tre typer av sådana grundläggande antaganden som vunnit gehör i domstolarna. Det rör sig dels om antagandet att fullgörelsen inte skall förhindras på grund av myndighetsingripande[91], dels om antagandet att fullgörelsen inte skall förhindras genom att löftesgivaren

[86] Se UCC § 2-616.
[87] Se 53-035 nedan.
[88] Jfr. Lookofsky, 27 Sc.St.L., s 107 på s 120 ff (1983). Jfr. även 33-053 med not 133 ovan.
[89] *Restatement (Second) of Contracts Chapter 11, Introductory Note.*
[90] Beträffande relevansen av kostnadsökningar, se avsnitt 4.2.6.2.2.
[91] Jfr. UCC § 2-615 *comment* 10.

dör eller drabbas av reducerad fysisk förmåga.[92] Dessa olika typer av grundläggande antaganden känns igen från den engelska rättens kvalifikationer av *Paradine v. Jane*.[93] Som ett tredje typiskt grundläggande antagande anges att det föremål som prestationen avser skall existera och vara av en sådan beskaffenhet att prestationen kan fullgöras.[94] Detta antagande känns igen från *Taylor v. Caldwell*.

42-056 Det kan inte uteslutas att även andra antaganden i praxis upphöjs till status av grundläggande antaganden.[95]

42-057 Det bör noteras att domstolens undersökning av vilka grundläggande antaganden som parterna kan anses ha gjort kan vara begränsad enligt regeln om *parol evidence*; se t ex UCC § 2-202. I korthet innebär regeln, som inte bara är tillämplig på köp, att bevisning om vad som avtalats inte får föras om ett skriftligt avtal föreligger, vilket skall anses *completely integrated*, dvs fullständigt reglera parternas mellanhavanden.[96] Enligt Farnsworth bör dock inte *parol evidence*-regeln hindra en undersökning av vilka grundläggande antaganden som parterna kan antas ha gjort.[97]

4.2.4.5 Förpliktelser utöver utfyllande rätt

42-058 UCC § 2-615 anger att bestämmelsen skall tillämpas "*[e]xcept so far as a seller may have assumed a greater obligation*". Stadgandet besvarar inte den naturliga frågan – *greater than what*? Enligt Farnsworth skall svaret på frågan vara "*a greater obligation than the law imposes*".[98] Rekvisitet leder i sådant fall in i en cirkel, eftersom läran om *impracticability* är en del av den utfyllande rätten.

42-059 Rekvisitet bör måhända uttydas mot bakgrund av *Paradine v. Jane* där ju en grundläggande distinktion gjordes mellan förpliktelser som uppstått på grund av parts eget uttryckliga åtagande och förpliktelser som uppkommit på grund av utfyllnad. Enligt UCC § 2-615 *comment* 8 får vad löftesgivaren/säljaren åtagit sig avgöras genom en "*reasonable, commercial interpretation from the circumstances*." Det behöver således inte röra

[92] Farnsworth, s 683.
[93] Se 42-039 ff ovan.
[94] Farnsworth, s 683.
[95] Se Farnsworth, s 683. Jfr. UCC § 2-615 *comment* 5 *failure of production by an agreed source* utgör "*without more a basic assumption of the contract*". Se 42-066 nedan.
[96] Beträffande *parol evidence*, dock med avseende främst på engelsk rätt i jämförelse med svensk rätt, se Hellner, *The parol evidence rule*, s 185 ff.
[97] Farnsworth, s 683 f.
[98] Farnsworth, s 684.

sig om löftesgivarens/säljarens uttryckliga åtagande, vilket kan tyckas vara en utvidgning av *Paradine v. Jane*. Rekvisitet innebär dock inte att UCC § 2-615 bygger på läran om absoluta avtal[99], det tycks snarare vara så att andra faktorer skall beaktas jämte prestationslöftets objektiva förklaringsinnehåll i en helhetsbedömning.[100] Bedömningen tycks delvis ske genom tolkning eller något som liknar individuell utfyllnad.

42-060 Självfallet är ansvarsbefrielse utesluten om löftesgivaren/säljaren gjort en explicit utfästelse om förevaron av visst förhållande och utfästelsen sedan visar sig slå fel. Se t ex *Gulf Oil Corp. v. F.P.C.*, där domstolen framhöll: "*By warranting, rather than merely promising, the availability of sufficient quantities of gas, Gulf assumed for itself the entire risk that future conditions would raise the cost of gas.*"[101]

42-061 För att avgöra huruvida löftesgivaren/säljaren skall anses ha åtagit sig längre gående förpliktelser än vad som följer av utfyllande rätt har det betydelse om det inträffade prestationshindret var förutsebart. En löftesgivare/säljare som obetingat åtar sig att prestera trots ett förutsebart prestationshinder anses i princip ha åtagit sig att bära risken. Detta synsätt tycks vara förhärskande i praxis.[102] Läran om *impracticability* upptar dock inte i sig något självständigt oförutsebarhetsrekvisit. Det är därför tänkbart att säljaren kan undgå ansvar för ett förbehållslöst prestationslöfte trots att prestationshindret var förutsebart.[103] För att förutsebarheten skall sakna betydelse i riskallokeringshänseende krävs möjligen att det i och för sig förutsebara prestationshindret framstått som osannolikt. I *Restatement (Second) of Contracts* § 261 *comment* c yttras:

> *If the supervening event was not reasonably foreseeable when the contract was made, the party claiming discharge can hardly be expected to have provided against its occurrence. However, if it was reasonably foreseeable, or even foreseen, the opposite conclusion does not neccessarily follow. Factors such as the practical difficulty of reaching agreement on the myriad of conceivable terms*

[99] Det har dock hävdats att rättstillämpningen borde utgå från denna princip med tanke på det allmänna bruket av friskrivningsklausuler: se Berman, 63 Colum. L. Rev., s 1413 på s 1437 f (1963).

[100] Se Wuorine, 50 Ohio St.L.J., s 163 (1989) på s 171 f.

[101] Se Farnsworth, s 685 not 35 med hänvisning till 563 F.2d 588 (3d Cir. 1977).

[102] Se Wuorine, 50 Ohio St. L. J., s 163 (1989) på s 173 med vidare hänvisningar.

[103] Se Wuorine, 50 Ohio St. L. J., s 163 (1989) på s 173 not 62 med hänvisning till *Transatlantic Fin. Corp. v. United States* 363 F. 2d 312 (D.C. Cir. 1966) "*Foreseeability or even recognition of a risk does not necessarily prove its allocation.*" Avgörandet är ett av de amerikanska så kallade *Suez cases*. Ansvarsbefrielse medgavs inte. Se Treitel, s 251. Se även Farnsworth, s 687. Suez-fallen analyseras av Birmingham, 20 Hastings.L.J., s 1393 ff (1969).

of a complex agreement may excuse a failure to deal with improbable contingencies.

42-062 Ansvarsbefrielse ges i regel inte om fullgörelsen förutsätter godkännande av myndighet; risken att ett sådant godkännande uteblir anses förutsebar (och inte osannolik).[104]

42-063 Andra faktorer av betydelse är bland annat förhandlingspreliminärer, avtalets syfte och parternas relativa förmåga att undvika skada vid realisering av risken.

42-064 Som ett exempel på betydelsen av förhandlingspreliminärer kan nämnas *Scullin Steel Co. v. PACCAR, Inc.*[105] Domstolen fann att parterna inte avsett att ansvarsbefrielse skulle ifrågakomma. Av betydelse torde ha varit att PACCAR under avtalsförhandlingarna utan framgång försökte få med en force majeure-klausul i avtalet.

42-065 Som ett exempel på att avtalets syfte beaktats – och då som ett förstärkande argument för att inte medge ansvarsbefrielse – kan nämnas *Maple Farms v. City School District of Elmira.*[106] Fallet gällde ett fastprisavtal avseende mjölkleveranser till en skola under skolåret 1973-74. Priset på mjölk steg med 23%. Ansvarsbefrielse medgavs inte, delvis eftersom löftesmottagarens/köparens syfte med avtalet ansågs ha varit "*to guard against fluctuations in the price of milk as a basis for the school budget.*"

42-066 Som exempel på hur parternas relativa förmåga att förebygga risken eller undvika skada beaktats kan nämnas *Canadian Industrial Alcohol Co. v. Dunbar Molasses Co.*[107] där löftesgivaren/säljaren fått svårigheter att fullgöra leveranser av melass på grund av att tillverkaren, ett sockerraffinaderi, dragit ner på produktionen. Löftesgivaren/säljaren ålades an-

[104] Se Farnsworth, s 687 med vidare hänvisningar. Märkas bör att det därstädes omnämnda avgörandet i *In re Westinghouse Elec. Corp.* slutligen ändrades efter överklagande; se Wuorine, 50 Ohio St. L. J., s 163 (1989) på s 175 med hänvisning till *Florida Power & Light Co. v. Westinghouse Elec. Corp.* 826 F.2d 239 (4th Cir. 1987). Westinghouse befriades från sitt åtagande att omhänderta utbränt uran sedan myndigheterna upphört att stödja verksamheten. Domstolen, s 265, framhöll att fallet var "*a textbook illustration of the circumstances warranting the application of the doctrine of impracticability/impossibility of performance as a valid excuse for breach of contract.*" Läran om *impracticability* undersöks med särskilt avseende på uranmarknaden av Joskow, 6 J. Legal Stud., 119 (1977), med utgångspunkt i ett annat "Westinghouse-fall" än det som ovan nämnts.

[105] Se Wuorine, 50 Ohio St. L. J., s 163 (1989) på s 172 med hänvisning till 708 S.W.2d 156 (Mo.Ct.App 1986) överklagat efter återförvisning 748 S.W.2d 910 (Mo.Ct.App. 1988).

[106] Se t ex Treitel, s 247 med hänvisning till 352 N.Y.S. 2d 4784 (1974).

[107] Se Treitel, s 162 vid not 85 och Farnsworth, s 688 med not 46, bägge med hänvisning till 179 N.E. 383 (1932).

svar eftersom han kunde ha säkerställt tillräckliga kvantiteter genom att i tid träffa avtal med raffinaderiet. UCC § 2-615 *comment* 5 uttalar med hänvisning till *Canadian Industrial Alcohol Co. v. Dunbar Molasses Co.* generellt: "*There is no excuse under this section...unless the seller has employed all due measures to assure himself that his source will not fail*". Om det däremot av avtalet eller omständigheterna i övrigt framgår att löftesgivaren/säljaren avsett att fullgöra efter mottagande av leveranser från viss underleverantör, så är möjligheterna till ansvarbefrielse större: "*In the case of failure of production by an agreed source for causes beyond the seller's control, the seller should, if possible, be excused since production by an agreed source is without more a basic assumption of the contract*".[108] Om löftesgivaren/säljaren kan utfå skadestånd av underleverantören är han enligt vad som sägs i *comment* 5 skyldig att enligt *good faith* (UCC § 1-203) delvis överlåta skadeståndsanspråket på löftesmottagaren/köparen. På motsvarande sätt torde en part som haft möjlighet att undvika skada genom försäkring kunna anses ha åtagit sig risken.[109] Även förhållandet att en av parterna innehar expertis kan vara avgörande vid riskallokeringen.[110]

42-067 Det tycks således som om omständigheterna i det konkreta fallet skall beaktas tämligen fritt när det skall avgöras huruvida löftesgivaren-/säljaren skall anses ha åtagit sig längre gående förpliktelser än vad som följer av utfyllande rätt.

42-068 Det är sällsynt att kostnadsökningar i sig tilläggs relevans. Det är emellertid inte nödvändigt att ta ställning till om kostnadsökningen är tillräckligt beaktansvärd, om det kan anses att löftesgivaren/säljaren åtagit sig risken för kostnadsökningar. I regel anses frånvaron av en prisjusteringsklausul utvisa att han åtagit sig att bära risken för kostnadsökningar. När avtalet innehåller en prisjusteringsklausul, men denna inte förmår spegla den verkliga kostnadsutvecklingen, eller om klausulen innehåller ett tak eller ett golv för prisförändringarna, så anses i regel att parterna avsett att löftesgivaren/säljaren skall bära risken för de kostnadsökningar som inte täcks av prisjusteringsklausulen.[111]

42-069 Det bör noteras att UCC § 2-615 *comment* 9 anger att UCC § 2-306 reglerar allokeringen av risk i *Output and Requirement Contracts*, dvs avtal där köparen åtagit sig att köpa allt eller en kvot av vad säljaren

[108] UCC § 2-615 *comment* 5.
[109] Farnsworth, s 687. Jfr. dock 24-051 ovan.
[110] Se Farnsworth, s 685 not 37 med vidare hänvisningar.
[111] Se 53-038 nedan.

producerar (eller vice versa). I sådana avtal uppkommer stundom fråga om säljaren kan dra ner på produktionen eller köparen dra ner på sina inköp (eller vice versa). Enligt UCC 2-306 *comment* 2 är det avgörande huruvida parterna agerar i enlighet med *good faith*. Respektive parts löfte är här inte preciserat med avseende på kvantitet, vilket tycks föranleda att nyttominskande omständigheter kan ges större betydelse än enligt läran om *impracticability*. En löftesgivare/köpare kan således få dra ner på sina inköp på grund av minskad orderingång, men däremot inte enbart för att undgå förluster.[112]

4.2.4.6 Frånvaro av culpa

42-070 För att ansvarsbefrielse skall komma ifråga krävs, förutom att de bägge ovan behandlade rekvisiten är uppfyllda, att prestationshindret inte beror på löftesgivarens/säljarens vårdslöshet.

42-071 Rekvisitet framgår inte direkt av UCC § 2-615, men väl av *Restatement (Second) of Contracts* § 261. Culparekvisitet skall dock förmodligen tolkas in i UCC § 2-615.[113] Ett uttryckligt culparekvisit upptas däremot i UCC § 2-613 (förstörelse av identifierade varor "*without fault*") och i § 2-614 (substitut). Av UCC § 2-613 *comment* 1 framgår att *fault* är avsett att inkludera vårdslöshet (*negligence*) och inte endast uppsåtligt handlande (*wilful wrong*).

42-072 Detta culparekvisit har en helt annan betydelse än den tyska rättens *Verschuldensprinzip*. Den angloamerikanska utgångspunkten är, som inledningsvis sagts, strikt ansvar med undantag för *impracticability*. Culparekvisitet framstår därmed som ett undantag från undantaget; dvs ansvarsbefrielse skall inte komma ifråga om prestationshindret beror på löftesgivarens culpa, även om övriga förutsättningar för ansvarsbefrielse är uppfyllda. Den tyska utgångspunkten är som vi sett den motsatta; ett culpaanvar med vissa inslag av strikt ansvar.

42-073 På grund av den amerikanska utgångspunkten i strikt ansvar behöver inte culpafiktioner tillgripas. Man kanske däremot kan säga att vissa typiska underlåtenheter anses culpösa. I UCC § 2-615 *comment* 4 uttalas beträffande relevansen av kostnadsökningar att ansvarsbefrielse kan komma ifråga om löftesgivaren/säljaren, på grund av t ex "*shutdown of major sources of supply*", förhindras att säkerställa en tillräcklig kvantitet insatsvaror (råvaror, halvfabrikat, etc.). Därav torde motsatsvis kunna

[112] Se UCC § 2-306 *comment* 2.
[113] Farnsworth, s 678 med not 8.

utläsas att löftesgivaren/säljaren anses skyldig att säkerställa tillgången på insatsvaror och liknande.[114] Förmodligen är det oriktigt att säga att ansvaret grundas på culpa i dessa fall; riskallokeringen synes snarare grunda sig på att löftesgivaren/säljaren skall anses ha åtagit sig risken för prestationshindret i enlighet med de principer som beskrivits i det föregående.

42-074 Från rättspraxis kan nämnas ett par avgöranden där culpa synes ha avgjort frågan om ansvarsbefrielse. I *Arnold v. Ray Charles Enterprises* framhölls att det ålegat flygtransportör att "*exercise reasonable care in the inspection of its engines*".[115] I *Blount-Midyette & Co. v. Aeroglide Corp.* ansågs det åligga en reparatör att visa att en brand inte orsakats av hans vårdslöshet. Den omkastade bevisbördan torde ha berott på att reparatören hade "*exclusive control*" över det föremål som skulle repareras.[116]

4.2.5 Tankebyggnaden i 24 § 1905 års köplag

4.2.5.1 Inledning

42-075 I det följande skall 24 § 1905 års köplag behandlas i vad som närmast kan betecknas som ett idéhistoriskt perspektiv. Den övergripande frågan är hur man i doktrinen motiverat att löftesgivaren/säljaren vid leveransavtal skulle bära ett ansvar oberoende av culpa och hur man motiverat de särskilda undantagen från löftesgivarens/säljarens eljest strikta ansvar. Med ett fåtal undantag kommer den omfattande praxis som under åren utspunnit sig kring stadgandet att behandlas i avsnitt 4.3, där ett av syftena är att ta ställning till prejudikatvärdet av de äldre avgörandena i förhållande till den nya regeln om kontrollansvar. Stadgandet i 24 § 1905 års köplag företer vissa likheter med kontrollansvarsregeln sådan den kommer till uttryck i 27 § köplagen. Således uppställer bägge stadgandena ett krav på oförutsebarhet för att befrielse från skadeståndsansvar skall komma ifråga. Vid en behandling av oförutsebarhet som riskallokeringsargument i kontrollansvarsregeln finns därför goda skäl att beakta vad som sagts genom åren i anslutning till diskussionen om 24 § 1905 års köplag. Vad som något otympligt må kallas "oförutsebarhetsrekvisitet", liksom en del andra spörsmål som i lika mån berör de bägge stadgandena, får därför anstå till samlade överväganden i avsnitt 4.3.

[114] Jfr. *Industrial Alcohol Co. v. Dunbar Molasses Co.* 42-066 ovan.
[115] Se Farnsworth, s 684 not 32 med hänvisning till 264 N.C.92, 141 S.E. 2d 14 (1965).
[116] Se Farnsworth, s 684 not 33 med hänvisning till 254 N.C. 484, 119 S.E. 2d 225 (1961).

42-076 Vad som nedan sägs är inte uteslutande av historiskt intresse. Tankebyggnaden i 24 § 1905 års köplag kvarstår i åtskilliga stadganden, vilka ännu utgör en del av vår gällande rätt. En kortfattad inventering av dessa stadganden kommer att ske parallellt med beskrivningen av 24 §.

4.2.5.2 Säljarens ansvar före 1905

42-077 Det måste anses vara en tämligen öppen fråga hur man i svensk rätt såg på relevansen av ökade prestationskostnader före ikraftträdandet av 1905 års köplag.

42-078 Stadgandena i 9:3 HB[117] och 12:1 RB[118] i 1734 års lag torde ha givit vissa hållpunkter.[119]

42-079 I fråga om leveransavtal synes Nordling ha räknat med att endast *vis major*, såsom blockad och exportförbud, skulle föranleda ansvarsbefrielse.[120] Härjämte nämns att ansvarsbefrielse skulle medges när löftesgivaren/gäldenären förhindrades att fullgöra ett personligt uppdrag på grund av olycksfall. Hasselrot å sin sida synes ha ansett att ansvarsfrihet borde ifrågakomma om löftesgivaren/säljaren kunde styrka att han varit "utan någon som helst skuld" till dröjsmål.[121] Hasselrot räknade dock med att det i ett leveransavtal "i de flesta fall för att icke säga alltid"

[117] 9:3 HB i 1734 års lag hade följande lydelse:
"Kan ej then, som gälda bör, skaffa samma slags mynt, eller wahror, som utlåntes; stånde til honom som förstreckte, hvad han helre wänta wil, eller taga fyllnad i annat slag, efter thy, som thet utlånte wid förfallodagen högst gäller."

[118] 12:1 2 meningen RB i 1734 års lag hade följande lydelse:
"Thesse äro laga förfall: om man siuk är: om man i Konungens och Rikets tienst är uppbådad, eller faren: om man i hächtelse sitter: om man af fienden, eller annan fahra, wådeld, eller watuflod hindras..."
I fjärde meningen heter det: "Nu kunna andre förfall gifwas före; äge Domaren ock them pröfwa, om the äro af then wigt, at the gälla måge."

[119] Dessa stadganden torde i vart fall länge ha bildat utgångspunkt för den finländska rättsutvecklingen. Se Söderholm, NJM 1922 s 132 på s 134. I 1826 års förslag till allmän civillag uppställdes en allmän culparegel i HB 15:5 och 6. Vad som nu torde få kallas ersättning för indirekt förlust utgick endast vid grov culpa om ej annat särskilt stadgades. Beträffande säljarens dröjsmål synes ett strikt ansvar för direkt förlust ha föreslagits; se HB 1:20. Jfr. a a, s 175 f. Skadestånd på grund av fel knöts till säljarens onda tro; se HB 1:23. När säljaren var i god tro (dolda fel) skulle han endast vara skyldig att utge ersättning för köparens kostnader. Jfr. 1:4 HB i 1734 års lag. Se härtill Sandvik, s 2. I tiden före 1734 års lag synes romersk rätt ha tillämpats på det köprättsliga ansvaret för fel och dröjsmål. Se Jägerskiöld, 11 Sc. St. L., s 175 (1967) på s 192 f.

[120] Nordling, s 273 f.

[121] Hasselrot, s 114.

skulle vara omöjligt för löftesgivaren/säljaren att förebringa bevisning härom.[122]

42-080 Från praxis före 1905 kan med Hasselrot noteras exempelvis NJA 1876 s 60 och NJA 1878 s 65. Bägge avgörandena tyder på att frånvaro av culpa utgjorde ett viktigt argument mot att ålägga löftesgivaren/säljaren skadeståndsansvar.

> I NJA 1876 s 60 (*Motala mekaniska verkstads aktiebolag ./. Max Heineman*) hindrades leverans av tackjärn på grund av att kolarna vid Säfvenäs bruk gick i strejk. Avtalet innehöll en force majeure-klausul. RR:n fann att klausulen endast medförde ansvarsfrihet i fall av "eldsolycka eller andra naturhinder". Klausulen ansågs således inte inbegripa strejk. Säljaren förpliktades att utge skadestånd. RR:n yttrade, vilket tyder på att man beaktat ett culpaelement, att "Heineman icke ens uppgifvit, mindre visat, att arbetsinställningen skulle egt rum, derest han velat vidkännas den förhöjning i aflöningen till arbetarne, hvarmed desse kunnat finna sig belåtna".[123] N.Rev delade RR:ns bedömning och dess hemställan bifölls av HD.
>
> NJA 1878 s 65 (*bolaget D.J. Ekenbergs söner ./. Hallsberg-Motala-Mjölby jernvägsaktiebolag*) rörde dröjsmål med leverans av järnvägsvagnar till följd av en eldsvåda. Vid eldsvådans utbrott hade löftesgivaren/säljaren redan råkat i dröjsmål. Järnvägsbolaget ansågs berättigat att innehålla viss del av köpeskillingen. HD fastställde HovR:ns dom. HovR:n gillade HR:ns motivering för skadeståndsskyldighet. HR:n synes ha grundat sin uppfattning om att skadestånd borde utgå på läran om *perpetuatio obligationis*: "det af olyckshändelsen förorsakade ytterligare fördröjandet af leveransen, i anseende till D.J. Ekenbergs söners redan före olyckan inträffade försummelse, måste lända dem ensamt till men".[124] N.Rev ville däremot här inte medge skadestånd för dröjsmålet till den del det orsakats av eldsvådan "då det ej ens uppgifvet är, att D.J. Ekenbergs söner varit till eldens uppkomst vållande".[125] Detta tyder på att frånvaro av culpa åtminstone utan det redan tidigare inträffade dröjsmålet skulle ha kunnat vara utslagsgivande.

42-081 31 § 1 st i 1894 års köplagsförslag lydde:

> Försummar säljaren att aflämna godset, äge köparen häfva köpet, så ock, ehvad köpet häfves eller ej, njuta ersättning för all skada.[126]

42-082 Bestämmelsen tycks stipulera ett culpaansvar. Denna tolkning är dock knappast riktig. De justitieråd som granskade förslaget förefaller

[122] Hasselrot, s 114.
[123] NJA 1876 s 60 på s 61.
[124] NJA 1878 s 65 på s 67. Se Karlgren, TfR 1955 s 361 på s 382 f och Rodhe, § 48 not 66.
[125] NJA 1878 s 65 på s 69.
[126] NJA II 1901 s 68. Jfr. 32 § 1 st beträffande köparens dröjsmål; NJA II 1901 s 71.

ha räknat med att ett ansvar även utan vållande var avsett.[127] JustR Norberg önskade att detta skulle utmärkas tydligare beträffande leveransavtal. Däremot skulle ett sådant ansvar vara för strängt vid speciesköp och ansvaret borde där grundas på culpa.[128] JustR Herslow instämde och menade att rättvisa och billighet talade för att göra en bestämd skillnad mellan leveransavtal och speciesköp i detta hänseende.[129] Denna ståndpunkt kom att prägla det fortsatta arbetet. I motiven till 1905 års köplag uttalas:

> Rättvisa och billighet synes fordra, att, då köpet afser bestämdt gods och detta ej i rätt tid aflämnats, skillnad göres emellan det fall, då dröjsmålet beror på försummelse från säljarens sida, och det, då dröjsmålet är honom otillräkneligt. I det förra fallet bör skadeståndsplikt åligga säljaren. I det senare åter saknas rättslig grund för hans förpliktande att ersätta genom dröjsmålet timad skada."[130]

42-083 För mig som sentillkommen betraktare står det inte alldeles klart varför löftesmottagaren/speciesköparen, bara för att säljaren är fri från culpa, skall drabbas av skadan på grund av dröjsmålet.[131] Orsaken till dröjsmålet kan väl tänkas vara också honom otillräknelig? De praktiska effekterna av culpaansvaret som riskallokerare blir dock synliga först genom en undersökning av culpanormen. Vi skall återkomma till detta i avsnitt 4.4.3. Vi skall här börja i motsatt ände och företa en undersökning av vilka argument som anförts till stöd för att ansvaret vid leveransavtal skulle vara strängare.[132]

4.2.5.3 Ansvaret enligt 24 § 1905 års köplag

42-084 24 § i 1905 års köplag löd:

> Är köpet att hänföra till leveransavtal, och uppstår skada genom dröjsmål å säljarens sida, varde, ändå att dröjsmålet ej kan tillräknas säljaren som försummelse, skadan av honom ersatt, utan så är att han på grund av förbehåll vid köpet är från ersättningsskyldighet befriad, eller ock möjligheten att fullgöra avtalet må anses utesluten i följd av omständighet, som ej bort av säljaren vid köpets avslutande tagas i beräkning, såsom förstörelse av allt gods av det slag

[127] Se NJA II 1901 s 70 f och Ljungman, *Sydfruktslasten*, s 158.
[128] NJA II 1901 s 70.
[129] NJA II 1901 s 71.
[130] NJA II 1906 s 47.
[131] Att frångå culpaansvaret vid speciesköp har nu tvärtom ansetts innebära en "rimlig avvägning mellan parternas intressen och en lämplig anpassning till dagens samhälle." Prop 1988/89:76 s 44.
[132] Det har för övrigt varit omdebatterat i vilken mån speciessäljarens ansvar i realiteten var mildare än leveranssäljarens. Se Andersen, SvJT 1944 s 625 på s 626 ff.

eller det parti köpet avser, eller krig, införselförbud, eller därmed jämförlig händelse.

42-085 Som synes förutsatte ansvarsbefrielse att prestation var omöjlig ("må anses utesluten"). Som vi strax skall se innebar detta enligt Almén ett krav på att prestationen skulle vara objektivt *praktiskt* omöjlig. För att ansvarsbefrielse skulle kunna komma ifråga fordrades härtill att den omständighet som medförde omöjlighet skulle ha varit oförutsebar ("ej bort ... tagas i beräkning"). Förmodligen för att att motverka en extensiv tolkning av stadgandet nämns sedan ett antal exempel på sådana typiska, oförutsebara omständigheter.[133]

42-086 När det gällde löftesgivarens/säljarens skadeståndsansvar för fel skulle enligt 43 § 1905 års köplag 24 § äga motsvarande tillämpning. Vid speciesköp var skadeståndsskyldigheten enligt 42 § knuten till culpa, svek eller avsaknad av egenskap som kunde *anses* utfäst.

42-087 Prestationshinder kan naturligtvis uppträda även på köparsidan; dels kan hindret avse köparens möjligheter att betala köpeskillingen, dels kan hindret avse köparens möjligheter att medverka till köpet eller motta varan. Löftesmottagarens/säljarens rätt till skadestånd behandlades i 30 § 1905 års köplag. Stadgandet innehöll en hänvisning till 24 § och ger intryck av att rätten till skadestånd förutsatte hävning. Almén höll det dock inte för uteslutet att skadestånd kunde utgå även utan hävning för skador som löftesgivaren/köparen kunde förutse som en följd av dröjsmålet, liksom för skador till följd av kursförlust.[134] Säljaren ansågs dock i regel tillräckligt tillgodosedd genom sin rätt till dröjsmålsränta och rätten till kostnadsersättning enligt 36 § 1905 års köplag.[135] Almén synes ha räknat med att befrielse från skyldigheten att utge dröjsmålsränta kunde medges vid extraordinära förhållanden som medförde objektiv omöjlighet.[136] Detsamma torde anses ha gällt i fråga om den förmodade rätten till skade-

[133] Se Almén & Eklund, § 24 vid not 44ba. Beträffande begreppet objektiv omöjlighet se 42-107 med not 190 nedan.

[134] Se Almén & Eklund, § 38 vid not 53 ff. Beträffande kursförlust se 7 § 2 st skuldebrevslagen.

[135] Köparens ansvar för sådana utgifter, t ex vårdkostnad, var enligt Almén rent strikt, dvs något undantag när dröjsmålet orsakats av objektiv omöjlighet var inte avsett. Almén & Eklund, § 36 vid not 2a ff. Detta är fallet även enligt gällande köplag. Se 75 § köplagen och CISG Art 85. Se härtill Ramberg, *Köplagen*, s 720.

[136] Se Almén & Eklund, § 38 vid not 56 ff.

stånd.[137] På liknande sätt torde ännu fastighetsköparens ansvar enligt 4:25 JB vid dröjsmål med betalningen vara att bedöma[138], liksom sannolikt också hyresgästens ansvar för betalningsdröjsmål efter hävning av hyresavtal; 12:42 st 3 JB. Ett rent strikt ansvar synes uppställas i 14:50 sjölagen (dröjsmål efter tilläggstid med fraktbetalning i kvantumkontrakt), medan regeln i 14:71 st 3 sjölagen (dröjsmål med betalning av tidsfrakt) gör undantag för vissa betalningshinder, på samma sätt som sker i 57 § 1 st köplagen.[139] I detta sammanhang kan också noteras att löftesgivarens/gäldenärens ansvar för skada på grund av betalningsdröjsmål i vissa fall synes vara strikt även om insolvensen hindrar fullgörelse av ett avtal där ett culpaansvar i övrigt gäller; se 51 § 3 st kommissionslagen och 34 § 2 st handelsagenturlagen.[140]

42-088 Vid köp av lös egendom gäller nu som bekant kontrollansvarsregeln; se avsnitt 4.3.2.3 om 57 § 1 st köplagen.

42-089 Bortfall av köparens skadeståndsskyldighet synes eljest ha uppmärksammats främst när fob-köpare mötte hinder att befrakta fartyg för att avhämta varan.[141]

42-090 Hellner har påpekat att 24 § torde ha inspirerats av den tyska omöjlighetsläran.[142] Rodhe har noterat att motiven dock inte talar om objektiv omöjlighet (men väl om omöjlighet, utan särskild kvalifikation) och att begreppet vis major nämns.[143] Distinktionen mellan subjektiv och

[137] Almén framhåller att i fråga om pengar satsen "*genus non perit*" gäller i eminent grad. Se Almén & Eklund, § 38 vid not 57. Beträffande bortfall av rätten till skadestånd efter hävning på grund av dröjsmål med betalningen, se a a, § 30 vid not 6b ff. Möjligheterna till ansvarsbefrielse ansågs vara försvinnande små.

[138] Jfr. Grauers, s 120 f. Hellner, *SpA II:1*, s 76 anser att en analogi med 57 § 1 st köplagen inte är utesluten. Om säljaren inte kan häva köpet har han å andra sidan inte rätt till något skadestånd alls utan får nöja sig med dröjsmålsränta. Hellner utesluter dock inte att säljaren även utan hävning kan få ersättning för särskilda utgifter som orsakats honom på grund av köparens dröjsmål med betalningen. A a, s 77.

[139] Se även Prop 1993/94:195 s 324. Rätt till skadestånd uppkommer inte endast efter hävning, utan också om löftesmottagaren/borgenären ställer in fullgörelsen av sin prestation till följd av dröjsmålet.

[140] Se närmare 44-045 nedan.

[141] Se Almén & Eklund, § 24 not 54 och § 30 vid not 7a ff. Se även Hjerner, s 573 ff. Jfr. 14:32 st 4, 14:35 st 1 och 13:11 st 4 sjölagen, beträffande avsändarens eller resebefraktarens frånträdande och dröjsmål med avlämnande, samt 14:48 st 3 sjölagen, beträffande dröjsmål med anmälan om skeppning och skeppningsplaner i fråga om kvantumkontrakt.

[142] Se Hellner, *The Influence, passim*. Jfr. motivens uttalande att förslaget överensstämde med "nyare främmande lagstiftning". NJA II 1906 s 49. Det är svårt att tänka sig att man avsett någon annan lagstiftning än BGB.

[143] Se Rodhe, *Jämkning*, s 9 med not 1 och NJA II 1906 s 49. Jfr. Hellner, *The Influence*, s 710 f.

objektiv omöjlighet gjordes uppenbarligen av Almén inte förrän 1904.[144] I den mån omöjlighetsläran inspirerat till utformningen av 24 §, bör noteras att den tyska omöjlighetsläran inte, som 24 §, tillämpas vid dröjsmål och att det tyska dröjsmålsbegreppet är ett annat än det svenska.[145] Det bör härtill noteras att den av Almén införda distinktionen mellan subjektiv och objektiv omöjlighet endast har betydelse vid ursprunglig omöjlighet i tysk rätt.[146] Stadgandet i 24 § 1905 års köplag hade dock sitt praktiskt viktigaste tillämpningsområde vid efterföljande omöjlighet.[147] Enligt Rodhe har tillämpningen av distinktionen i fall av efterföljande omöjlighet visat sig inte utan vidare passa för dessa fall.[148] Det bör slutligen noteras att omöjlighetsbegreppet i köplagen inte avsåg bara omöjlighet *stricto sensu*, utan att det rörde sig om ett praktiskt omöjlighetsbegrepp som snarare liknar *impracticability* än det omöjlighetbegrepp som de tyska lagkoncipisterna avsett.[149]

42-091 Almén motiverade det strikta ansvaret med att leveranssäljarens prestationslöfte ansågs innefatta en garantiutfästelse.[150] Han erkänner dock att garantifiktionen inte ger någon verklig förklaring, utan att dess främsta funktion är att bryta "med fiktionen om culpa såsom ersättningsskyldighetens grundval"; den verkliga grunden för ansvaret skulle vara av övervägande teroretiskt intresse.[151] Måhända är det inte förfluget att förmoda att denna "verkliga grund" enligt Almén skulle kunna vara tillitsteorin.[152] Hur det därmed må förhålla sig får väl sägas vara ovisst. Numera torde man vara mindre benägen att ålägga löftesgivaren/gäldenären ansvar enbart på grund av att denne påtagit sig en förpliktelse att fullgöra en

[144] Se Rodhe, *Jämkning*, s 9 med not 1 med hänvisning till Almén, TfR 1904 s 398.
[145] Se Hellner, *The Influence*, s 712.
[146] Se 42-030 ovan.
[147] Beträffande 24 § 1905 års köplag och ursprungliga prestationshinder se Øvergaard, TfR 1949 s 241.
[148] Se Rodhe, *Jämkning*, s 8.
[149] Se närmare avsnitt 4.2.6.2.3. Se även 42-017 ovan.
[150] Almén & Eklund, § 24 vid not 9.
[151] Almén & Eklund, § 24 vid not 9b.
[152] Almén skall ha varit "en hängiven anhängare av Lassens tillitsteori"; Ekeberg, SvJT 1919 s 65 på s 69. Almén hänvisar också i samtliga upplagor till Lassen i § 24 noterna 10 och 11. Jfr. diskussionen om tillitsteorin hos Lundstedt, SvJT 1921 s 325 på s 350 f; ds., SvJT 1924 s 241 på s 278 ff och Björling, SvJT 1923 s 281 på s 290 med not 1. Almén skall också ha tagit intryck av Nordling, varför det i detta sammanhang kan vara av intressse att uppmärksamma dennes diskussion av Lassens tillitsteori; se Nordling, s 221 med not 1. Nordling förespråkar istället för tillitsteorin en "*intresseteori*" utgående från "det objektivt bestämbara förnuftigare intresset hos förverfvaren". A st. Se även Adlercreutz, *Avtalsrättens framväxt,* s 26 f.

prestation.[153] Klart är emellertid att garantifiktionen haft stor betydelse för att motivera ett skadeståndsansvar utanför köplagens tillämpningsområde och då när det gäller ansvaret för fel, där det kan tyckas vara naturligare att tala om garantier eller utfästelser.

42-092 Här skall nämnas stadgandet i 4:19 JB angående säljarens ansvar för egenskaper hos den sålda fastigheten som han "får anses ha utfäst". Dessa "anses-utfästelser" omfattar även förhandenvaron av vissa kärnegenskaper.[154] Vid rådighetsfel och rättsliga fel synes ett strikt ansvar gälla utan att lagstiftaren känt något behov av att uttryckligen återföra lösningen på någon egenskap som kan anses vara utfäst; 4:18 och 4:15-17 JB.[155] Garantiargumentet har däremot brukats i 9 § skuldebrevslagen för att motivera cedentens strikta ansvar för att ett överlåtet skuldebrev är giltigt.[156] Liknande överväganden har före införandet av 1990 års köplag gjort sig gällande vid överlåtelse av andra rättigheter, t ex patent.[157] Det torde emellertid nu stå klart att gällande köplag – och inte 9 § skuldebrevslagen analogt – skall tillämpas även på överlåtelse av rättigheter, t ex patent och varumärken.[158]

[153] Se Krüger, *Kjøpsrett*, s 311.

[154] Omfattningen av fastighetssäljarens skadeståndsansvar ställdes på sin spets i NJA 1989 s 117 (*makarna Å./.makarna C*) rörande sättningsrisk i ett hus vid Göta Älv. Minoriteten uttryckte att ett culpaansvar eller ett presumtionsansvar vore en rimligare reglering än det av majoriteten tillämpade strikta utfästelseansvaret, NJA 1989 s 117 på s 130 f. Minoriteten synes ha ansett att husköparna (i avsaknad av enuntiativt uppträdande på säljarsidan) inte kunde hysa någon befogad tillit till att sättningsrisk inte skulle föreligga.

[155] Se Hellner, *SpA II:1*, s 71 ff.

[156] Se Walin, s 81 där det talas om en garantiplikt.

[157] Se Almén & Eklund, § 23 not 51 och Koktvedgaard, TfR 1965 s 571.

[158] Se Prop 1988/89:76 s 61 och Ramberg, *Köplagen*, s 136 f. I CISG Art 42 anges kriterierna för att ett s k immaterialrättsligt fel skall anses föreligga. Bestämmelsen är dock endast direkt tillämplig på inverkan av tredje mans immaterialrätt. Se Caemmerer & Schlechtriem/Schwenzer Art 42 Rn 6. Skadeståndsansvaret bygger på kontrollansvarsregeln i CISG Art 79. Om bestämmelsen skulle tillämpas analogt i fall av rättighetens ogiltighet, skulle löftesgivaren/säljaren åläggas ansvar endast om han vid avtalsslutet visste eller då inte kunde ha varit ovetande om att rättigheten var ogiltig (eller skulle komma att ogiltigförklaras). Ett så lindrigt ansvar är knappast motiverat och en analog tillämpning bör därför vara utesluten. Köplagen saknar någon motsvarighet till CISG Art 42. Med hänsyn till att skadeståndsskyldigheten vid rättsliga fel är strikt enligt 41 § 2 st köplagen, kan ifrågasättas om löftesgivaren/säljaren svarar för löftesmottagarens/köparens skada enligt kontrollansvarsregeln i 40 § (faktiska fel) eller strikt enligt 41 § 2 st (rättsliga fel). Ett strikt ansvar ligger nära till hands på grund av likheterna mellan dessa fall och överlåtelser av ogiltiga skuldebrev. I motiven uttalas att 41 § inte skall tillämpas när felet består i att tredje man gör gällande att varans användning eller vidareförsäljning skulle innebära intrång i hans immateriella rättigheter och att "allmänna regler" istället skall tillämpas. Prop 1988/89:76 s 141 f. Se dock SOU 1976:66 s 343 f. Vad som avses med "allmänna regler" är oklart. Se Ramberg, *Köplagen*, s 445 f. Ramberg anser att reglerna om ansvaret för fak-

42-093 En annan och i mitt tycke mer givande förklaring till att leveranssäljarens skadeståndsansvar inte bör baseras på culpa kan, som Lundstedt föreslagit, vara att en sådan säljare har oändligt många olika möjligheter att fullgöra sin förpliktelse och att culpabevisning i sådana fall skulle bli så komplicerad att en omotiverad rättsosäkerhet skulle uppkomma.[159] Om sådana bevistekniska synpunkter undantagsvis inte gjorde sig gällande, skulle således ansvarsbefrielse på grund av avsaknad av culpa kunna medges.

42-094 Att betrakta löftesgivarens/säljarens prestationslöfte som absolut skulle enligt Almén i vissa fall komma att strida mot det allmänna rättsmedvetandets krav. Löftesgivaren/säljaren skulle därför inte anses ha iklätt sig en garanti att prestationen inte skulle vara omöjlig i följd av oförutsebara förhållanden.[160] Med ett tillitsteoretiskt uttryckssätt skulle kunna sägas att löftesmottagaren/köparen i ett sådant fall inte skulle anses kunna ha någon skyddsvärd tillit till prestationslöftet; i löftesgivarens/säljarens löfte skulle då kunna inläsas en implicit begränsning av ansvaret.[161]

tiska fel skall gälla med vissa modifikationer; dvs kontrollansvarsregeln skulle vinna tillämpning. Se a a, s 258 f. Av betydelse skulle också vara huruvida löftesgivaren/säljaren var i god tro. A a, s 259. Jfr. dock Hultmark, JT 1993–94 s 687 ff. Det nu sagda avgör dock inte frågan om löftesgivarens/säljarens ansvar för att en överlåten immaterialrättighet är ogiltig. Enligt min uppfattning bör ansvaret för ogiltighet och ansvaret för anspråk från tredje man i möjligaste mån vara enhetligt. En ogiltighetsförklaring grundar sig ju stundom på att annan innehar en tidigare immaterialrätt. Detta synes få praktisk betydelse särskilt i varumärkesrättsliga tvister; se t ex 25 § jämförd med 14 § 1 st p 4-7 varumärkeslagen (1960:644). Tredje mans intrångstalan kan således kombineras med en ogiltighetstalan. Ogiltighetstalan kan därför ses som ett anspråk grundat på hans immateriella rättigheter. En enhetlig materiellrättslig behandling av de bägge fallen – intrångstalan respektive ogiltighetstalan – synes dock inte vara möjlig enligt CISG. Det torde för köplagens vidkommande vara en tillfredsställande lösning att tillämpa reglerna om faktiska fel modifierade på sätt som Ramberg föreslagit. I praktiken torde ansvaret för att överlåtna rättigheter är giltiga bli strikt. Se 4.3.2.4. Situationen är f ö jämförbar med att löftesgivaren/säljaren lovar att leverera en specifik vara som sedan visar sig inte existera. Jfr. beträffande *Unmöglichkeit*, 42-027 ovan. Skadeståndsansvaret anses i ett sådant fall böra regleras enligt kontrollansvarsregeln. Se avsnitt 4.3.1.3.

[159] Se Lundstedt, SvJT 1921 s 325 på s 346 f. Jfr. Hellner, *Köprätt*, s 102 f. Denna synpunkt skulle enligt Lundstedt däremot inte göra sig gällande i fall när säljaren kan visa att han med iakttagande av normal aktsamhet koncentrerat sin förpliktelse på visst gods och att detta gods genom olyckshändelse förstörts, så att därigenom rättidig prestation blivit omöjlig. Se a a, s 352.

[160] Se Almén & Eklund, § 24 ovanför not 11*.

[161] Jfr. *Taylor v. Caldwell*, 42-044 ff ovan. Jfr. även Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll Art 79 Rn 7.

4.2.5.4 Sydfruktslasten och kravet på objektiv omöjlighet

42-095 För att ansvarsbefrielse skulle kunna medges fordrades enligt Almén, som nyss antytts, att omöjligheten var av objektiv art.[162] För att belysa skillnaden mellan objektiv och subjektiv omöjlighet använder Almén ett exempel som blivit mycket omdiskuterat och känt; den så kallade "sydfruktslasten".[163]

> Förhållandena i exemplet med sydfruktslasten är följande: En köpman i Hamburg har åtagit sig att i maj månad fritt Stockholm leverera en hel fartygslast sydfrukter av ett slag, som vid leveranstiden inte skulle finnas i handeln på leveransorten. Fartyget med vilket leverans skulle ske stöter emellertid på ett okänt grund och går till botten utanför Sandhamn den 30 maj.

42-096 Enligt Almén är fullgörelse omöjlig, men säljaren skall i detta fall ändå bli skadeståndsskyldig, därför att objektiv omöjlighet inte föreligger: "ett annat fartyg befraktat av en annan säljare, kunde ju hava tagit en annan väg eller lyckligen passerat det farliga stället."[164]

42-097 Lundstedt framhåller Alméns garantifiktion – liksom distinktionen mellan subjektiv och objektiv omöjlighet – som odugliga instrument för att avgöra omfattningen av löftesgivarens/säljarens ansvar.[165] Enligt Lundstedt skulle allmänt sett skadeståndsskyldighet som inte grundade sig på culpa betraktas från samhällsnyttans synpunkt. Avgörande

[162] Detta skulle enligt Almén överensstämma med tidigare rättsuppfattning. Almén & Eklund § 24 vid not 6**. Detta uttalande har kritiserats bl a av Ljungman, Sydfruktslasten, s 159 f. Almén synes ha varit obekymrad om att det omfattande bruket av force majeure-klausuler satte 24 § ur kraft. Det vore ju annars naturligt att känna farhågor att omsättningens intresse, som åberopades för den stränga regleringen av leveranssäljarens skadeståndsansvar, härigenom skulle skadas. Jfr. Ljungman, Sydfruktslasten, s 163 f.

[163] Enligt Ramberg kan "den tankemöda som spillts på exemplet på intet sätt motsvara dess praktiska betydelse." Ramberg, *Köplagen*, s 362. Det är säkerligen riktigt att exemplet har begränsad praktisk betydelse. Se dock UfR 1916 s 598 H och UfR 1953 s 973 SH. Sydfruktsfallet tycks emellertid ha fungerat som en katalysator för en diskussion där målsättningarna och tankemönstren bakom 24 § 1905 års köplag tydligt kommit till synes.

[164] Almén & Eklund § 24 efter not 16. Ett liknande exempel anförs enligt Almén av Serlachius rörande leverans av javakaffe. Fartyget förliser utanför Hangö hamn. Enligt Serlachius skulle säljaren gå fri från skadeståndsansvar. Almén kritiserar Serlachius ståndpunkt såsom innebärande "ett totalt misskännande av det riktiga i den förkättrade satsen *'genus non perit'* ". Almén & Eklund, § 24 not 5. Han frågar sig också hur Serlachius skulle ha bedömt fallet att fartyget förliste på Nordsjön, i Röda havet eller i sundet vid Malacka eller om kaffepartiet brann upp medan det låg på säljarens lager i Batavia, eller om det fartyg som säljaren befraktat för att transportera kaffet från Batavia till Hangö, förolyckats på vägen till Batavia och annan fraktlägenhet icke omedelbart kunnat anskaffas. A a, not 14. Jfr. Hasselrot, som i ett liknande exempel kommer till samma resultat som Almén, men med culpanormen som grund. Se Hasselrot, s 114.

[165] Se Lundstedt, SvJT 1921 s 325 på s 340 ff.

skulle därvid vara vad som krävdes av hänsyn till den allmänna rättssäkerhetens och omsättningens intresse. Om säker vägledning inte kunde erhållas med begagnade av dessa synpunkter, "lotsar man sig fram genom en vägning mot varandra av partsintressena, d.v.s. genom att beakta billighetssynpunkter."[166] Med dessa utgångspunkter fann Lundstedt att exemplet med sydfruktslasten borde få en annan utgång än den av Almén förordade. Lundstedt uttalar:

> "Kan säljaren visa, att de varor, på vilka han koncentrerat sin förpliktelse, genom ren olyckshändelse gått förlorade och att därigenom prestationens behöriga fullgörande omöjliggjorts ..., då torde svårligen kunna sägas, att säljarens ansvarsfrihet skulle råka i strid med den allmänna rättssäkerhetens och omsättningens intressen."[167]

42-098 Riktigheten av det sagda framkommer enligt Lundstedt i att det bara är fråga om övergående omöjlighet och att löftesmottagaren/köparen kan vidbli avtalet. Skadestånd utgår till löftesmottagaren/köparen om inte löftesgivaren/säljaren presterar så snart prestationen blivit möjlig.[168] Därmed skulle fältet vara fritt för att anlägga billighetssynpunkter. Lundstedt fortsätter:

> "Går man härefter till billighetssynpunkter, så är det ganska påtagligt att sådana snarare kunna åberopas till förmån för säljaren än för köparen. Den senare, som utan sin förskyllan lider en viss förlust, har visserligen ett beaktansvärt intresse att få denna ersatt, men säljaren, som icke heller låtit något klandervärt komma sig till last, har först och främst därför ett lika beaktansvärt intresse att befrias från skadeståndsplikten. Härtill kommer emellertid att han, därest han bleve skadeståndsskyldig, drabbades – i anledning av ett rent olycksöde – av en dubbel förlust: enär han stått risken för godset blir han av med detta utan att erhålla något vederlag; därtill skulle nu komma, att han ytterligare måste gottgöra köparens förlust på grund av dröjsmålet.[169] Att däremot köparen, som genom sitt medkontrahentskap faktiskt varit lika mycket invecklad i affären, skulle komma *alldeles fri från ekonomiska verkningar av olyckshändelsen* måste betraktas som en sådan obillighet mot säljaren, att den måste anses strida mot samhälls-

[166] Lundstedt, SvJT 1921 s 325 på s 328.
[167] Lundstedt, SvJT 1921 s 325 på s 352.
[168] A st.
[169] Lundstedt beaktar inte att risken för denna dubbla förlust kunde undvikas genom försäkring. Detta borde ju ta gadden ur det mesta av Lundstedts billighetsöverväganden. Se Carlsson, SvJT 1922 s 361 på s 369 f. Möjligheterna att teckna försäkring anförs i motiven som ett argument för den valda riskallokeringen; se NJA II 1906 s 49. Att Lundstedt bortser från detta förhållande må vara naturligt med hänsyn till hans utrerat fientliga inställning till försäkring såsom ett hot mot skadeståndets preventiva funktion. Se härtill Andersson, s 330 f. Men även Lundstedt borde ha varit villig att beakta försäkringsmöjligheten i sina billighetsöverväganden här, eftersom ju culpa inte ligger säljaren till last.

nyttans intresse, såvida den icke krävdes av hänsynen till ett påtagligt krav ur den allmänna rättssäkerhetens och omsättningens synpunkt, vilket ... icke torde kunna påstås vara händelsen."[170]

42-099 Lundstedts uttolkning av 24 § och sydfruktsfallet stötte på patrull. JustR Gustaf Carlsson ifrågasatte om inte just omsättningsintressets krav åsidosattes om löftesgivaren/säljaren befriades från skadeståndsansvar. Carlsson ansåg att löftesmottagaren/köparen inte gärna kunde klandras om han i tillit till avtalet sålt motsvarande myckenhet sydfrukter till sina kunder i landsorten att levereras fritt banvagn Stockholm med en efter hans inköp avpassad leveranstid.[171] Enligt Carlsson borde löftesmottagaren/köparen bli skadeståndsskyldig i förhållande till sina kunder vid utebliven leverans.[172] Frågan skulle då vara vad som var det minst onda; att förlusten stannade på Stockholmsköparen eller på Hamburgsäljaren. Carlsson finner det dock osannolikt att Hamburgsäljaren skulle ha inlåtit sig på ett avtal av det ifrågavarande slaget. Om han ändå gjort det kan detta enligt Carlsson misstänkas ha skett i reklamsyfte eller mot ett särskilt högt pris (en riskpremie).[173] Resonemanget implicerar att det skulle ha betydelse att risken för transporthinder rent allmänt måste anses förutsebar (och att betydelse inte tillmäts förhållandet att den specifika risken för att stöta på ett okänt grund utanför Sandhamn rimligen måste anses oförutsebar).

42-100 Enligt Carlsson "synes det mest överensstämma med rättssäkerhetens och omsättningens krav, att man lägger ansvarigheten på den, som dock närmast kan överskåda möjligheterna för leveransens fullgörande; och det är väl i detta fall säljaren."[174] När det gäller Lundstedts billighetsöverväganden finner Carlsson löftesmottagaren/köparen snarare än löftesgivaren/säljaren vara sämre ställd på grund av det inträffade, eftersom löftesgivaren/säljaren kunnat försäkra sig mot sakskada (och utebliven handelsvinst).

[170] Lundstedt, SvJT 1921 s 325 på s 353.
[171] Carlsson, SvJT 1922 s 361 på s 366.
[172] A a, s 366 f.
[173] A a, s 368.
[174] A st. Jfr. riskspridningsrekvisitet i avsnitt 2.4.5 ovan. Lundstedt såg däremot en motsättning mellan argumentet att en part kunde anses vara närmare att bära risken och rättssäkerhetens och omsättningens krav. Vem som var närmare att bära risken skulle vara ett spörsmål där det "anlägges en på avvägning av partsintressena vilande billighetssynpunkt, som naturligtvis i detta fall på grund av själva förutsättningen, bortseende från culpa, icke kan erhålla betydelse och vars beaktande just skulle innebära, att det icke vore synpunkten av allmän rättssäkerhet, som gjorde sig gällande." Lundstedt, SvJT 1921 s 325 på s 339.

42-101 Lundstedt tycks aldrig ha bemött den kritik som Carlsson framförde.[175] Lundstedts energi synes istället ha gått åt till att gå i polemik mot den i mitt tycke långt mindre intressanta kritik som hans lundensiske professorskollega C.G. Björling framförde.[176] Efter deras meningsutbyte tycks det i Sverige ha blivit tämligen tyst i många år.[177] I mitten på 40-talet kom diskussionen igång igen.

42-102 Enligt Ussing var den av Lundstedt föreslagna tolkningen av 24 § visserligen möjlig, men den medförde olämpliga resultat, eftersom det skulle uppstå bevissvårigheter när det gällde att avgöra huruvida säljaren för leverans till den aktuella köparen verkligen avsett just de varor som förolyckats.[178]

42-103 Bagge synes för sin del ha räknat med att Hamburgsäljaren av sydfrukter skulle kunna undgå skadeståndsansvar, om nämligen transporten kunde anses indragen i köpeavtalet genom att avtalet innehöll bestämmelser om inlastningsort eller tidpunkt för inlastningen eller om varorna var av sådan karaktär att affären, trots varornas formellt generiska karaktär, i verkligheten vore inriktad på ett mer eller mindre bestämt godsparti.[179] Det väsentliga för Bagges resonemang synes ha varit att löftesmottagaren/köparen då kunde ha insikt om transportrisken.[180]

42-104 Kristen Andersen framför i likhet med Lundstedt, dock med utgångspunkt i norsk rätt, kritik mot Alméns distinktion mellan subjektiv och objektiv omöjlighet.[181] Enligt Andersen borde den analytiska utgångspunkten vara att "*sørge for at selgeren ikke fristes til noen form for sabotasje, men tvert imot stimuleres til energisk og lojal aktivitet.*"[182] Denna synpunkt kan enligt Andersen upprätthållas även om löftesgivaren/säljaren befrias från skadeståndsansvar när extraordinära omständigheter medför att prestationen "må anses utesluten". Det skulle nämligen vara lätt för löftesmottagaren/köparen att kontrollera riktigheten av löftesgivarens/säljarens påstående att prestationen omöjliggjorts till följd av sådana extraor-

[175] Se Ljungman, *Sydfruktslasten*, s 155.
[176] Se Björling, SvJT 1923 s 281 och Lundstedt, SvJT 1924 s 241.
[177] Se dock Ljungholm, SvJT 1936 s 577.
[178] Ussing, *Køb*, s 68 ff. (1946). Ussings ståndpunkt synes emellertid ha vacklat. Se Ussing, UfR 1932 s 100 ff och ds., UfR 1949 s 227 på s 232.
[179] Se Bagge, SvJT 1944 s 853 på s 882. Bagge stöder sig därvid på uttalanden i tysk doktrin och anser även resultatet överensstämma med den lösning som skulle uppnås genom en tillämpning av läran om *impracticability*. A st.
[180] Bagge, SvJT 1944 s 853 på s 882. Jfr. Ljungman, *Sydfruktslasten*, s 164.
[181] Andersen, SvJT 1944 s 625.
[182] A a, s 635.

dinära förhållanden.[183] Tolkningen av 24 § 1905 års köplag skulle därvid till stora delar röra sig om vilka hinder som borde medföra att prestationen "må anses utesluten". Enligt Andersen skulle därvid Ussings förutsättningslära kunna tillämpas.[184] Andersen låter oss inte direkt veta hur det borde gå i exemplet med sydfrukterna, men det förefaller som om Andersens tolkning skulle leda till att löftesgivaren/säljaren undgick skadeståndsansvar. I vart fall synes Andersen inte ha varit beredd att godta Alméns resonemang.[185]

42-105 Ljungman biträdde klart Lundstedts tolkning och anförde mot Carlssons invändningar om att Stockholmsköparen skulle bli skadeståndsskyldig gentemot sina kunder, att det endast torde vara i sällsynta undantagsfall som överlåtelsekedjan i tiden skulle vara så nära anknuten till det första köpet att möjligheter till leveranser från andra sydfruktssäljare helt och hållet skulle saknas.[186] Enligt Ljungman borde således löftesgivaren/säljaren undgå skadeståndsansvar i fall av transporthinder om det är uppenbart att han eller de för vilka han svarar absolut inte brustit i normal aktsamhet vid leveransens planläggning och varan inte heller kan anskaffas från annat håll utan oproportionerliga offer.[187]

42-106 Ljungman önskade inskränka denna regel till transporthinder. Ansvar skulle således enligt honom utgå – tydligen i enlighet med Alméns uppfattning – i andra fall av felslagna uppfyllelseföranstaltningar, exempelvis om löftesgivarens/säljarens leverantörer mot all förmodan ställde honom utan varor.[188] Lundstedt synes dock inte ha inskränkt sina synpunkter till enbart transporthinder.[189]

42-107 Utan att ta ställning i sak påpekar Rodhe att stadgandet i 24 § 1905 års köplag byggde på en icke medveten kompromiss mellan två tankegångar. Den ena tankegången var ansvarsbefrielse på grund av objektiv

[183] A a, s 636.
[184] A a, s 637 ff.
[185] Jfr. a a, 630 f.
[186] Ljungman, *Sydfruktslasten*, s 164. Ljungman antyder dock ett element av culpa i att säljaren "varit nästan otillåtligt sent ute".
[187] A a, s 164. Jfr. Hjerner, *Om köp av bestämt gods*, s 293.
[188] A a, s 165.
[189] Se Lundstedt, SvJT 1921 s 325 på s 347, 349 f och 355.

omöjlighet[190], den andra var ansvarsbefrielse på grund av vis major.[191] Enligt Rodhe kännetecknas vis major av att det är en utifrån kommande, omfattande och sällan inträffande tilldragelse, som medför ett oöverstigligt hinder för löftesgivaren/gäldenären att prestera.[192] När det gäller objektiv omöjlighet finns inte något krav på att prestationshindret skall ha berott på en sällan inträffande tilldragelse. Icke desto mindre måste enligt Rodhe ett sådant krav uppställas på grund av ordalydelsen i 24 §.[193] Detta har lett till frågan om det för ansvarsbefrielse skulle krävas både objektiv omöjlighet och force majeure.[194]

4.2.5.5 Lagstiftningens utveckling efter 1905

42-108 Som torde ha framgått av ovanstående diskussion gjordes det från åtskilliga håll gällande att regeln i 24 § var för sträng mot säljaren. Det internationella arbetet med en uniform köplag synes också ha utgått från att ett mindre strängt ansvar borde tillskapas. Jag skall här inskränka mig till att låta detta arbete speglas i ett par brottstycken.

42-109 Ett förslag från *the International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT) till *Uniform Law on International Sales of Goods* Art 77.1 av år 1939 löd:

> *Where one of the parties has not performed one of his obligations, he shall not be liable for such non-performance if he can prove that it was due to an obstacle which, according to the intention of the parties at the time of the conclusion of the contract, he was not bound to contemplate or to avoid or overcome. In the absence of an intention of the parties, regard shall be had to the intention*

[190] Den gängse definitionen av objektiv omöjlighet var vid denna tid att objektiv omöjlighet förelåg om det varit omöjligt att fullgöra prestationen icke blott för gäldenären utan även för alla och envar. Se Almén & Eklund, § 24 vid not 11a. Enligt Rodhe bör definitionen förtydligas så att objektiv omöjlighet sägs föreligga "om det varit omöjligt för vem som helst att prestera, vilka föranstaltningar för uppfyllelse han än gjort *efter tidpunkten för avtalets slutande*."[Min kurs] Rodhe, *Jämkning*, s 8. Rodhe påpekar i annat sammanhang att Alméns objektiva omöjlighetsbegrepp måste kvalificeras på ett avvikande sätt när det gäller förstörelse av allt gods av det slag köpet avsåg. Frågan måste i detta fall ställas vid tidpunkten för förstörelsen och inte vid avtalets ingående. Se Rodhe, § 30 vid not 44.

[191] Rodhe, *Jämkning*, s 9.

[192] A a, s 7. Se närmare om begreppet vis major, Rodhe, § 30.3. Se även Mestad, s 5 f och s 277 ff; Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 120 samt Sandvik, s 99 ff.

[193] Rodhe, *Jämkning*, s 11.

[194] Se Rodhe, *Jämkning*, s 10 och beträffande den ännu gällande 24 § i den danska köplagen Nørager-Nielsen & Theilgaard, s 320 f. Båda är av uppfattningen att detta ej skulle krävas.

usually prevailing among persons of the condition of the parties in an identical situation.[195]

42-110 *Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods* (ULIS) byttes ordet "*obstacle*" ut mot "*circumstances*". Art 74.1 lyder:

Where one of the parties has not performed one of his obligations, he shall not be liable for such non-performance if he can prove that it was due to circumstances which, according to the intention of the parties at the time of the conclusion of the contract, he was not bound to take into account or to avoid or to overcome; in the absence of any expression of the intention of the parties, regard shall be had to what reasonable persons in the same situation would have intended.

42-111 ULIS Art 74 ansågs dock alltför säljarvänlig.[196] Två förslag till reform av bestämmelsen framlades. I det ena förslaget, A, hade 1 st följande lydelse:

Where a party has not performed one of his obligations in accordance with the contract and the present law, he shall not be liable in damages for such non-performance if he proves that, owing to circumstances which have occurred without fault on his part, performance of that has become impossible or has so radically changed as to amount to performance of an obligation quite different from that contemplated by the contract. For this purpose there shall be deemed to be fault unless the non-performing party proves that he could not reasonably have been expected to take into account, or to avoid or to overcome the circumstances.[197]

[195] *International Institute for the Unification of Private Law, A general survey of work for the unification of private law (Drafts and Conventions)*, Editions "UNIDROIT", Rom 1948, s 135 f. Godenhielm synes ha influerats av förslaget till Art 77 vid utformningen av sin riskteori. Se Godenhielm, s 107 och 248. Förslaget innebär ett förhållandevis stort steg i jämförelse med 1935 års förslag till Art 61. Förslaget i dess franska avfattning lyder: "*L'inexécution des obligations du vendeur autres que celles de la délivrance et de la garantie en raison des défauts de la chose, qu'elles soient imposées au vendeur par la présente loi, par les usages ou le contrat, donne à l'acheteur droit à des dommages-intérêts, à moins qu'un obstacle insurmontable et qu'on ne pouvait pas prévoir au moment de la conclusion du contrat ne se soit opposé à leur exécution. Ces dommages-intérêts sont égaux au préjudice causé, sans qu'ils puissent être jamais supérieurs à ceux résultant des événements qu'il était raisonnablement possible de prévoir lors de la conclusion du contrat.*" *Institut international de Rome pour l'unification du droit privé, Avant-projet d'une loi internationale sur la vente*, Vente – Doc No 82 C.V.-C.D., Juillet 1934 (ur JustR Algot Bagges handlingar, förvarade i riksarkivet).

[196] Se UNCITRAL Yearbook V, s 39 (1974), Caemmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 1 och Nørager-Nielsen & Theilgaard, s 319 f.

[197] UNCITRAL Yearbook V, s 39 f (1974). I den grupp som utarbetat förslaget (*Drafting Party V*) ingick representanter för Ghana, Ungern, Sovjetunionen och Storbritannien. Härtill deltog en norsk observatör.

42-112 Det första stycket i det andra förslaget, B, löd:

> *Where a party has not performed one of his obligations [in accordance with the contract and the present law], he shall not be liable [in damages] for such non-performance if he proves that* ***it was due to an impediment***[198] *[which has occurred without fault on his side and being] of a kind which could not reasonably be expected to be taken into account at the time of the conclusion of the contract or be avoided or overcome thereafter.*[199]

42-113 Förslagen låg till grund för det som sedan blev CISG Art 79.[200] I Sverige ledde kritiken mot 24 § 1905 års köplag fram till att köplagsutredningen föreslog en genomgripande förändring av stadgandet. 24 § i förslaget hade följande lydelse i SOU 1976:66:

> Vid leveransavtal har köparen rätt till ersättning för skada genom säljarens dröjsmål, även utan att detta följer av 23 § [generellt exculpationsansvar]. I sådant fall utgår dock ej ersättning om fullgörande av köpet hindrats eller blivit oskäligt betungande för säljaren i följd av krig, uppror eller inre oroligheter, rekvisition eller annat förfogande efter beslut av myndighet, införsel- eller utförselförbud, naturkatastrof, avbrott i den allmänna samfärdseln eller kraftförsörjningen, omfattande eldsvåda, betydande arbetskonflikt eller annan omständighet av lika ovanlig beskaffenhet och ingripande betydelse."

42-114 Förslaget utformades under intryck av affärslivets omfattande bruk av force majeure-klausuler. Utredningen ansåg att befrielse från skadeståndsansvar borde inträda "vid omständigheter som allmänt kan beskrivas som force majeure."[201] Uppenbarligen togs vissa intryck av den amerikanska läran om *impracticability*.[202]

42-115 Från rättsutvecklingen efter 1905 utanför köprätten skall helt kort noteras den transporträttsliga regleringen av prestationshinder, där möjligheterna till ansvarsbefrielse synes gå längre än i 24 § 1905 års köplag.[203] Järnvägstransportörens skadeståndsansvar bortfaller således bland annat enligt 3:23 p 4 järnvägstrafiklagen (1985:192), om skadan or-

[198] Min fetstil.

[199] UNCITRAL Yearbook V, s 40 (1974). Förslaget utarbetades av den norske observatören som ingick i *Drafting Party V.*

[200] Beträffande förhistorien till CISG, se Caemmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 1-5 och Sandvik, s 18 ff med vidare hänvisningar.

[201] SOU 1976:66 s 141. Jfr. den senare tidens uttydning av 24 § i den danska köplagen, där stadgandet anses medföra befrielse i fall av force majeure (fall kännetecknade av att culpa inte ligger säljaren till last). Se Nørager-Nielsen & Theilgaard, s 322 f.

[202] Se SOU 1976:66 s 248 f.

[203] Beträffande utvecklingen av det transporträttsliga ansvaret, se Grönfors, *Fraktavtalet under 100 år*, s 153 ff.

sakats av "någon omständighet som inte kan hänföras till befordringen och järnvägen inte hade kunnat undgå eller förbygga följderna av även om den hade vidtagit alla åtgärder som rimligen hade kunnat krävas av den." Regleringen torde innebära ett ansvar som är oberoende av culpa.[204] Järnvägen kan emellertid också undgå ansvar enligt en "ansvarsfrihetskatalog" i 3:24. Detta gäller bland annat om skadan är en följd av den särskilda risk som är förbunden med visst av avsändaren godkänt transportsätt (befordran i öppen vagn) eller visst gods (t ex transport av levande djur).[205] En liknande reglering gäller för vägtransporter enligt 28 § lagen om inrikes vägtransport, med en "ansvarsfrihetskatalog" i 29 §. Till skillnad mot järnvägstrafiklagen skall dock 28 § lagen om inrikes vägtransport anses ge uttryck för ett presumtionsansvar.[206] Fraktförarens ansvar enligt luftfartslagen (1957:297) synes däremot relativt långtgående. 9:18 luftfartslagen saknar någon motsvarighet till den generella ansvarsfrihetsgrunden i 3:23 järnvägstrafiklagen och "ansvarsfrihetskatalogen" i 9:19 är påfallande kort.

4.2.6 Uppluckringen av omöjlighetsbegreppet

4.2.6.1 Framväxten av begreppet praktisk omöjlighet

42-116 Som ovan framhållits intogs i motiven till BGB ståndpunkten att inte ens extrema svårigheter att uppfylla avtalet skulle anses medföra omöjlighet, utan att prestationsskyldigheten skulle bli bestående. Denna inställning kom tämligen omgående att överges i praxis. Omöjlighetsläran kunde vinna tillämpning trots att omöjlighet *stricto sensu* inte förelåg. Med omöjlighet jämställdes fall när det skulle vara obilligt (*unzumutbar*) att utkräva prestation av löftesgivaren/gäldenären.[207]

Avgörandet i *RGZ 57, 116* (1904) rörde successiva leveranser av en mjölprodukt av ett speciellt märke "*Eichenlaub*", vilken endast tillverkades av en kvarn

[204] Se Hellner, *SpA II:1*, s 167.

[205] Presumtionsansvaret gäller ju i allmänhet den som omhänderhar annans egendom. När det gäller levande djur synes speciella ansvarsförutsättningar i allmänhet gälla. Konsumenttjänstlagen (1985:716) undantar exempelvis enligt 1 § tjänst avseende levande djur. I NJA 1983 s 617 ansågs att travtränare som omhänderhaft en häst som omkommit under träning inte behövde exculpera sig. Skadeståndskravet presenterades som en motfordran. Jfr. dock utgången i NJA 1966 s 18. Se allmänt Agell, s 6 f där det sistnämnda avgörandet kommenteras.

[206] Se Hellner, *SpA II:1*, s 170 och Ramberg, *Spedition och fraktavtal*, s 68 ff.

[207] Se Zweigert & Kötz, s 559. Beträffande rådande uppfattning om innebörden av *Unzumutbarkeit*, se Larenz, s 134 ff.

i Hamburg. Kvarnen brann ner, varvid hela det inneliggande lagret förstördes. *Reichsgericht* fann att avtalet avsåg generiskt gods (*Gattungsschuld*) och att produkten fanns tillgänglig hos tidigare köpare; bland annat hade ett fartyg lastats strax före branden. Allt det gods som avtalet avsåg kunde således inte sägas ha förstörts. Ansvarsbefrielse medgavs dock trots att objektiv omöjlighet *stricto sensu* inte förelåg. Omöjlighetsbegreppet utsträcktes till att omfatta även fall där fullgörande, på grund av casushändelse, var förenat med så stora svårigheter att det inte skäligen kunde krävas av någon att fullgörande skulle ske. Domstolen uttalade att svårigheterna skulle vara av en sådan intensitet att de från affärslivets synpunkt var att jämställa med omöjlighet. Det ansågs inte kunna krävas av säljaren att han skulle försöka återköpa produkten genom att söka återförsäljare över hela Tyskland och kanske även på utländska marknader (vilket i och för sig troligen skulle ha möjliggjort prestationen).

42-117 Till skillnad från det tyska omöjlighetsbegreppet byggde stadgandet i 24 § köplagen redan från början på ett – vad man kan kalla – uppluckrat omöjlighetsbegrepp, i den mån omöjlighetsläran alls föresvävat upphovsmännen. Detta framgår av lokutionen "må anses utesluten". Almén framhåller att omöjlighetsbegreppet i köplagens bemärkelse inte var logiskt utan praktiskt. Det avgörande skulle då vara huruvida "fullgörandet skulle kräva *ekonomiska uppoffringar, som helt och hållet ligga utanför kontrahenternas förutsättningar*"[208], så att det inte rimligen med stöd av avtalet kunde påfordras att uppoffringarna skulle bäras av säljaren *ensam*.[209] Detta sista yttrande, antydande en jämkningsmöjlighet, nämns först i den tredje upplagan av kommentaren, utgiven av Eklund. I likhet med *Reichsgericht* i *RGZ 57, 116* (1904) ansåg Almén att det i regel inte kunde påfordras att säljaren i fall av sådana så kallade halvgeneriska köp skulle behöva återköpa sina varor från detaljhandlare i tillräcklig mängd för att kunna fullgöra avtalet.[210]

42-118 Det uppluckrade omöjlighetsbegreppet kom i den tyska doktrinen att kallas *faktische* eller *praktische Unmöglichkeit*. Praktisk omöjlighet föreligger när fullgörelse väl inte är logiskt utesluten, men när det skulle medföra så stora svårigheter att ingen förnuftig människa skulle komma på idén att försöka prestera.[211] Uttrycken "*überobligationsmäßige*

[208] Almén (1906), § 24 vid not 23.

[209] Almén & Eklund, § 24 vid not 23a. Jfr. NJA 1923 s 20 (*Åhlén & Holm AB ./. Forssså bruks nya AB*) och NJA 1925 s 624 (*Carl Setterwall & C:o AB ./. Högfors och Persbo AB*). Se närmare avsnitt 4.2.6.2.3.

[210] Almén (1906), § 24 vid not 74 med hänvisning till *RGZ 57, 116* (1904).

[211] Se Emmerich, s 23. Härtill förekommer beteckningen *wirtschaftliche Unmöglichkeit*. Distinktionen mellan *wirtschaftliche* och *praktische Unmöglichkeit* är för mig svårgripbar; se Larenz, s 319 med not 48. Systematiskt anses dessa fall inte höra till omöjlighet *stricto*

Anstrengungen" och offergräns (*Opfergrenze*) förekommer i detta sammanhang.[212]

42-119 För den anglo-amerikanska rättens del innebar *Taylor v. Caldwell* att relevansramarna för omöjlighet utvidgades, men avgörandet kan knappast sägas ha inneburit någon uppluckring av omöjlighetsbegreppet; även om det kanske var teoretiskt tänkbart att byggnaderna skulle kunna återuppföras under de fem dagar som återstod tills Taylor skulle arrangera den första konserten.[213] En uppluckring av omöjlighetsbegreppet kom däremot att ske i den amerikanska rätten genom avgörandet i *Mineral Park Land Co. v. Howard.* Detta bildade utgångspunkt för den senare och ovan behandlade läran om *impracticability.*[214]

> *Mineral Park Land Co. v. Howard* rörde ett avtal där Howard åtagit sig att från ett grustag ta ut allt grus som behövdes till en byggnad som skulle uppföras på Mineral Parks mark mot en betalning om 5 ¢ per yard^3. När omkring hälften av gruset uttagits upptäcktes att resten befann sig under vatten. Howard underlät att ta ut detta grus och Mineral Park yrkade skadestånd. Howard invände att det resterande gruset kunde uttas endast till "*prohibitive costs*", 10–12 gånger den normala kostnaden. Domstolen fann att "*a thing is impossible in legal contemplation when it is not practicable.*"[215] Mineral Parks talan ogillades.

42-120 En liknande situation uppmärksammas av Almén, dock med åsikten att skadestånd borde utgå. Han ansåg att en säljare som åtagit sig att ur ett stenbrott leverera viss myckenhet av "någon sällsynt stenart ... för uppförande av en praktbyggnad" var ersättningsskyldig om stenbrottet innehöll mindre än säljaren, låt vara på goda grunder, räknat med.[216]

42-121 Treitel påpekar att uttalandet att "*a thing is impossible in legal contemplation when it is not practicable*" återgår på ett uttalande av Beach *On Contracts* Vol I § 216 vilket i sin tur skulle grundas på det engelska avgörandet i *Moss v. Smith* rörande den sjöförsäkringsrättsliga läran om *constructive total loss*, dvs att ett fartyg skall anses totalförstört om repara-

sensu såsom begreppet kommit att bestämmas i tysk rätt, eftersom gäldenären kan välja att försöka prestera trots svårigheterna och lita till en statistisk möjlighet att lyckas. *Praktische Unmöglichkeit* förefaller att kunna hänföras till BGB 275. *Wirtschaftliche Unmöglichkeit* behandlas under BGB § 242. Se Medicus, *Schuldrecht*, s 166, Larenz, s 318 ff och Palandt, § 275 2 e).

[212] Se t ex Medicus, *Schuldrecht*, s 165 f.

[213] Se Treitel, s 237.

[214] Se Treitel, s 239 med hänvisning till 156 P. 458 (1916).

[215] 156 P. 458 på s 459.

[216] Almén (1906), § 24 vid not 42. Av annan uppfattning, Lundstedt, SvJT 1921 s 325 på s 351.

tionskostnaderna överstiger fartygets värde efter reparation.[217] *Moss v. Smith* gällde dock inte omöjlighet "*in legal contemplation*" utan omöjlighet "*in matters of business*". I *Moss v. Smith* nämns som exempel[218]: "*A man may be said to have lost a shilling when he had dropped it in deep water, though it might be possible by some very expensive contrivance to recover it.*" I sådant fall tycks det för den amerikanska rättsutvecklingen viktiga ställningstagandet i *Mineral Park Land Co. v. Howard* vara grundat på ett missförstånd i Beach *On Contracts*. Almén gjorde i den andra upplagan av köplagskommentaren (utgiven året efter avgörandet i *Mineral Park Land Co. v. Howard*) en liknade koppling mellan köplagens praktiska omöjlighetsbegrepp och dåvarande 6 § i 1891 års sjölag.[219] Detta kan tyda på att den anglo-amerikanska rättsutvecklingen följdes noga av Almén och att den kan ha haft betydelse för den köprättsliga utvecklingen, i vart fall när det gäller kravet på prestationssvårigheternas intensitet.[220] Likheten mellan *impracticability*-begreppet och köplagens praktiska omöjlighet har också framhållits av Bagge.[221]

42-122 Begreppet *impracticability* som ett slags praktisk omöjlighet "*in a business sense*" förekommer hos Williston, *Treatise on the Law of Contracts* § 1963 (1 uppl. 1920) och upptas senare i *Restatement of Contracts* § 454 (1932)[222]: "*impossibility means not only strict impossibility but impracticability*". Begreppet *impracticability* ger närmast intryck av att vara ett uppluckrat omöjlighetsbegrepp i likhet med *praktische Unmöglichkeit*.[223]

4.2.6.2 Den s k "ekonomiska omöjligheten"

42-123 Synen på det praktiska omöjlighetsbegreppet utvecklades av Almén och förändrades över tiden. I första upplagan av köplagskommentaren (1906) angavs som exempel på praktisk omöjlighet att om hela den svenska Östersjökusten blockerades av en fientlig flotta, så kunde det inte krävas att en säljare av tjära i Vasa skulle leverera tjäran från Vasa till

[217] Treitel, s 241.

[218] Treitel, s 241 med hänvisning till 9 C.B.94, 103 (1850).

[219] Almén (1917), § 24 not 23. 6 § 1891 års sjölag lydde: "Fartyg, som lidit skada, skall anses icke vara iståndsättligt...jämväl i det fall, att fartyget icke är värdt att iståndsättas." Se härtill NJA II 1891 s 18.

[220] Jfr. Hellner, *The influence*, s 709 med hänvisning till Lassen, s 330 not 19.

[221] Se Bagge, SvJT 1944 s 853 på s 886. Bagge använder just begreppet *impracticability* för att beskriva prestationssvårigheterna i sydfruktsfallet. A a, s 882.

[222] Där professor Williston var inflytelserik som *reporter*. Se Farnsworth, s 24.

[223] Jfr. Treitel, s 246.

Stockholm landvägen runt Bottniska viken eller via järnväg över Petersburg och Berlin.[224] I den andra upplagan (1917) byttes exemplet ut. Järnvägsförbindelsen runt Bottniska viken hade då öppnats. Detta medförde tydligen ett behov av att skärpa exemplet. I andra upplagan anges istället att det inte kunde krävas att en åländsk säljare av ved skulle leverera veden till Stockholm genom järnvägsfrakt runt Bottniska viken istället för som tänkt, sjövägen från Åland.[225] I den tredje upplagan från 1934 ströks exemplet helt av Eklund.[226]

42-124 Det praktiska omöjlighetsbegreppet aktualiserar, i likhet med det tyska omöjlighetsbegreppet, frågan om var offergränsen går. Det har sagts att denna offergräns måste ligga klart utanför det normala riskområdet, så att ökade prestationskostnader blir relevanta först om den realiserade risken medför verkningar som avtalsparterna inte brukar räkna med *och* som de i det konkreta fallet inte räknat med.[227]

42-125 Uppluckringsprocessen eller rimlighetsbehandlingen av omöjlighetsbegreppet blir eljest bäst synlig vid en undersökning av relevansen av rena kostnadsökningar, vilka kan urskiljas som en kategori av orsaker till prestationskostnadsökningar vid sidan om ändrade fysiska eller rättsliga förhållanden.

4.2.6.2.1 Tyskland

42-126 I tysk rätt kom det uppluckrade omöjlighetsbegreppet i *RGZ 57, 116* (1904) snart att tolkas mot bakgrund av kravet i BGB § 242 på att avtal skall fullgöras i enlighet med *Treu und Glauben*. Detta kommer till klart uttryck i *RGZ 88, 172* (1916) rörande successiva leveranser av tenn, där priserna på kort tid mer än fördubblats. *Reichsgericht* tolkade det uppluckrade omöjlighetsbegreppet i *RGZ 57, 116* (1904) mot bakgrund av kravet i BGB § 242 på att avtal skall fullgöras i enlighet med *Treu und Glauben*. Domstolen uteslöt emellertid att prisökningar på råvaror skulle kunna tilläggas betydelse. Domskälen antyder att säljaren för att uppfylla avtalet alltid borde kunna köpa råvaran till marknadspris eller leverera ur sitt lager. I *RGZ 95, 41* (1919), även detta avgörande rörande leveranser av tenn, framhölls att BGB § 242 inte kunde åberopas vid prisökning, även om den ledde till stora förluster för säljaren. Domstolen fann att alltför stor rättslig

[224] Almén (1906), § 24 vid not 21 ff.
[225] Almén (1917), § 24 vid not 21 ff.
[226] Denna förändring över tiden har bl a uppmärksammats av Rodhe, *Jämkning*, s 17 not 2.
[227] Se Rodhe, *Jämkning*, s 30.

osäkerhet skulle följa av en motsatt regel, eftersom det inte fanns något kriterium för hur stora förluster som krävdes innan prestationsplikten borde upphöra.

42-127 Det behöver knappast påpekas att så snart man frångår det logiska strikta omöjlighetsbegreppet uppstår givetvis en svårighet att avgöra var gränsen går för vilka ansträngningar man kan kräva att löftesgivaren/gäldenären gör för att övervinna förekommande prestationshinder. Rågången synes enligt härskande tysk mening upprättas med hjälp av läran om *Geschäftsgrundlage*.[228] Enligt denna lära skall avtalet primärt jämkas om det vore oskäligt (*unzumutbar*) att kräva prestation i enlighet med det ursprungliga avtalet.[229] Någon betydelse för att minska osäkerheten i fråga om vilka ansträngningar som kan krävas av en gäldenär synes läran inte ha haft.[230] Betydelsen av att läran skall tillämpas subsidiärt i förhållande till reglerna om omöjlighet synes i stället vara att domstolen inte är bunden vid ogiltighet som enda rättsföljd, utan får en möjlighet att åstadkomma en lämpligare riskfördelning i konkreta och problematiska fall.[231]

42-128 Läran om *Geschäftsgrundlage* tillämpades för första gången i avgörandet RGZ 103, 328 (1921).

> I RGZ 103, 328 hade en säljare sålt en fastighet utan att äga den. Säljaren hoppades att kunna förvärva fastigheten av ett bolag i likvidation. Likvidationsprocessen drog emellertid ut på tiden och fastighetspriserna ökade flerfalt på grund av inflation. Säljaren ville frånträda avtalet. *Reichsgericht* fann att parterna utgått från att relationen mellan prestation och vederlag skulle vara konstant vid tiden för fullgörelse. Domstolen fann emellertid inte att detta skulle ge säljaren en rätt att frånträda. Köpeskillingen skulle istället jämkas med hänsyn till inflationen, så att säljaren fick en möjlighet att köpa fastigheten av bolaget. Endast om köparen inte gick med på en sådan jämkning, kunde avtalet frånträdas.[232]

42-129 Från senare tid kan nämnas att läran tillämpats på ett avtal om ölleveranser, där en restauratör åtagit sig att driva ett värdshus. Rörelsen blev förlustbringande och restauratören befriades från sitt åtagande.[233] At-

[228] Larenz, s 320. I tidigare tysk rättspraxis förekommer tanken att löftesgivarens ruin (*Existenzvernichtung*) skulle kunna vara en självständig befrielsegrund; se Zweigert & Kötz, s 559 f. Jfr. von Mehren & Gordley, s 1081. Enligt gällande tysk rätt synes möjligheten av att prestation skulle leda till löftesgivarens konkurs inte beaktas som en självständig befrielsegrund; se Larenz, s 134 f.

[229] Se närmare 5.3.2.2 nedan.

[230] Se beträffande praxis Palandt, § 242 6 C cc).

[231] Se *Münchener Kommentar* § 242 Rn 546.

[232] Avgörande för utgången torde ha varit att köpet saknade spekulativa inslag; se Zweigert & Kötz, s 561.

[233] Se *Münchener Kommentar* § 242 Rn 604 med vidare hänvisningar.

tityden till relevansen av kostnadsökningar som beror på allmänna marknadsförhållanden – efter den ekonomiska turbulensen i Tyskland under Weimarrepubliken – förefaller eljest tämligen återhållsam.[234]

42-130 Tillämpningsområdet för läran om *Geschäftsgrundlage* är synnerligen vidsträckt; läran framstår närmast som den tyska motsvarigheten till den i nordisk doktrin utvecklade förutsättningsläran. Genom att läran utgår från principen om *Treu und Glauben* i BGB § 242 är den på intet sätt begränsad till ökade prestationskostnader, utan den kan tillämpas även i övriga fall av så kallade ekvivalensstörningar (*Äquivalenzstörung*), dvs på situationer där ett grovt missförhållande mellan prestation och vederlag orsakats av en händelse som parterna normalt inte skall behöva räkna med.[235] Till ekvivalensstörningar räknas förutom fall av ökade prestationskostnader även de därmed besläktade typfallen ökning av penningprestationens värde och ökning av naturaprestationens värde. Hit hör också typfallen minskning av penningprestationens värde och minskning av naturaprestationens värde. Läran kan också tillämpas på så kallade ändamålsstörningar (*Störungen des Verwendungszwecks*) och vid gemensamt misstag (*gemeinschaftlicher Irrtum*).[236]

42-131 Läran om *Geschäftsgrundlage* framlades i doktrinen ursprungligen av Oertmann i arbetet *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff* (1921). Läran gavs där en subjektiv prägel med tydlig anknytning till Windscheids lära om *Voraussetzungen*. Skillnaden gentemot Windscheids lära är att det enligt Oertmann inte var tillräckligt att löftesgivaren hade en förutsättning, utan det krävdes härtill att löftesmottagaren delade denna förutsättning eller i vart fall att löftesmottagaren manifesterat att förutsättningen accepterats som gemensam.[237]

42-132 Oertmanns subjektiva formel kom att anammas av domstolarna: "*Die Geschäftsgrundlage ist die beim Geschäftsschluß zutage tretende und von etwaigen Gegnern in ihrer Bedeutsamkeit erkannte und nicht beanstandete Vorstellung eines Beteiligten oder die gemeinsame Vorstellung von mehreren beteiligten vom Sein oder vom Eintritt gewisser Umstände, auf deren Grundlage der Geschäftswille sich aufbaut.*"[238]

42-133 Läran är tillämplig på antaganden om vid avtalsslutet rådande omständigheter (*Fehlen der Geschäftsgrundlage*) såväl som på antaganden

[234] Se avsnitt 5.3.2.2.
[235] Se Larenz, s 325. Se närmare avsnitt 5.3.2.2.
[236] Beträffande *gemeinschaftlicher Irrtum*, se 33-050 f ovan.
[237] Se *Münchener Kommentar* § 242 Rn 477; Larenz, s 322 och Zweigert & Kötz, s 560.
[238] *Münchener Kommentar* § 242 Rn 477. Se även Palandt § 242 6) B) a).

som slår fel på grund av efterföljande omständigheter (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*).[239] Någon principiell skillnad i behandling av de bägge fallen synes inte föreligga.[240]

42-134 Oertmann hade tänkt sig att relevansen av nyttominskande omständigheter skulle yttra sig i att avtalet blev ogiltigt.[241] Nu anses att en tillämpning av läran om *Geschäftsgrundlage* i första hand skall leda till jämkning (*Anpassung*)[242]; upplösning av avtalet *ex nunc* eller *ex tunc* skall komma i fråga endast i sista hand. Allmänt sett gäller det för domaren "*eine möglichst interessengerechte Verteilung des verwirklichten Risikos bei möglichst geringem Eingriff in die ursprüngliche Regelung herzustellen.*"[243]

42-135 Jämkningen tycks kunna innefatta ett relativt fritt omgestaltande av avtalet. Således kan en löftesgivare/naturagäldenär åläggas att utge ett annat föremål av samma kvalité som det utlovade om det blivit betungande att fullgöra avtalet med det föremål som ursprungligen var tänkt.[244] I den mån läran tillämpas i fall av ökade prestationskostnader torde jämkningen i regel gå ut på att löftesgivarens prestationsskyldighet reduceras eller att löftesmottagaren förpliktas utge ett större vederlag än avtalat. Ofta ges löftesmottagaren en rätt att istället få frånträda avtalet.[245]

42-136 Den rätta formuleringen av läran om *Geschäftsgrundlage* är

[239] Se Palandt, § 242 6) B) d) bb)

[240] Se *Münchener Kommentar* § 242 Rn 498.

[241] Larenz, s 322.

[242] När läran anses ha kommit till uttryck i speciella rättsregler utesluts dess tillämpning, i vart fall om de speciella reglerna anger jämkning som rättsföljd. Rätten till uppsägning av vissa långvariga avtalsförhållanden under åberopande av *wichtiger Grund* utträngер exempelvis tillämpligheten av läran om *Geschäftsgrundlage*, men endast om uppsägning framstår som en lämpligare rättsföljd än jämkning. Se Palandt, § 242 6 B) b).

[243] *Münchener Kommentar* § 242 Rn 507. Se även Larenz, s 322.

[244] Detta illustreras av avgörandet i JZ 1966 s 409 (BGH, 23/3 1966). Fallet rörde något som närmast kan karakteriseras som bostadsarrende. Ett myndighetsingripande omöjliggjorde ett förutsatt uppförande av bostadsbyggnad. Anpassning skedde varvid arrendatorn hade att godta en annan fastighet av motsvarande kvalitet. I ett annat avgörande, JZ 1972 s 120 (OLG Karlsruhe 2/3 1971), blev utgången den motsatta. Fallet rörde ett 10-årsavtal avseende kolleveranser från tre namngivna gruvor. Gruvorna stängdes på grund av höga produktionskostnader. Säljaren erbjöd sig att leverera kol av samma kvalitet från andra gruvor. Domstolen accepterade inte denna anpassning av avtalsrelationen.

[245] Se *Münchener Kommentar* § 242 Rn 511.

omstridd.[246] Larenz har kritiserat den subjektiva formeln, eftersom den bygger på en fiktion. Det är enligt Larenz oriktigt att tala om parternas antaganden om förhandenvaron eller frånvaron av vissa omständigheter när parterna inte gjort sig några konkreta föreställningar om dessa antaganden eller inte ens varit medvetna om dem.[247]

42-137 Larenz vill därför skilja mellan *subjektive* och *objektive Geschäftsgrundlage*. Enligt Larenz bör den subjektiva läran behandlas inom ramen för läran om *Irrtum*.[248]

42-138 Innebörden av *objektive Geschäftsgrundlage* torde kunna sammanfattas som avseende sådana allmänna förhållanden vars existens eller fortsatta existens objektivt sett krävs för att avtalet skall kunna fortsätta att vara en ändamålsenlig reglering med avseende på vad parterna avsett uppnå.[249] Det fordras dock inte att en sådan objektiv *Geschäftsgrundlage* omnämnts vid avtalsslutet eller ens varit uppe i parternas medvetande.[250]

42-139 Förutsättningarna för en tillämpning av läran om *Geschäftsgrundlage* torde kunna sammanfattas enligt följande[251]:

Jämkning kommer endast i fråga om

a) en väsentlig rubbning av *Geschäftsgrundlage* föreligger, så att det inte råder något tvivel om att i vart fall en av parterna med kännedom om de rätta förhållandena inte skulle ha ingått avtalet (eller skulle ingått avtalet endast om det skulle ha fått ett annat innehåll);
b) den realiserade risken var oförutsebar[252] och inte kan anses som en normal risk som parterna har att räkna med i ett avtal av det ifrågava-

[246] Således har uttryckts en rent objektiv formel och en formel med såväl subjektiva som objektiva element. Det har också föreslagits att läran borde uppdelas i två självständiga läror, en subjektiv och en objektiv. Andra anser frågan om vad som utgör en lämplig riskfördelning vara utslagsgivande eller att läran sammanfaller med utfyllande avtalstolkning. Åsikten att läran helt borde avvisas har också framförts. Se härom, *Münchener Kommentar* § 242 Rn 477 ff; Palandt, § 242 6 B) a) och Larenz, s 322 f.

[247] Se Larenz, s 324. Jfr. den diskussion förutsättningsläran har givit upphov till i fråga om "omedvetna förutsättningar" Se Lehrberg, s 83 ff med vidare hänvisningar. Se även 26-002 med not 137 ovan.

[248] Larenz, s 322.

[249] Se Palandt, § 242 6 B) d) aa).

[250] Se Larenz, s 324. Jfr. begreppet typförutsättningar. Se Lehrberg, s 249 ff med vidare hänvisningar.

[251] Palandt, § 242 6 e).

[252] *Münchener Kommentar* § 242 Rn 506 anger att förutsebarheten möjligen inte skall betraktas som ett självständigt rekvisit utan att det sammanflyter med oskälighetsbedömningen, rekvisit c).

rande slaget och;

c) det vore oskäligt (*unzumutbar*) att låta avtalet bestå opåverkat av *Geschäftsgrundlage*-rubbningen.

42-140 Rekvisitet b) kan sägas utgå från antagandet att parterna har varsin risksfär. Om den nyttominskande omständigheten berör en risk som ligger inom löftesgivarens risksfär – vars omfång bestäms av avtalet, syftet med avtalet och utfyllande rätt – kan han i regel inte åberopa förhållandet för att få en jämkning till stånd. Om effekten av att risken realiseras dock är sådan att den inte normalt behöver tas i beräkning, kan jämkning ske.[253] Här synes oförutsebarhetsrekvisitet övergå i skälighetsrekvisitet.

42-141 Om löftesgivaren uttryckligen åtagit sig en risk som annars skulle ha burits av löftesmottagaren eller om det rör sig om ett spekulativt avtal[254] skall jämkning i princip inte komma ifråga.[255] På samma sätt förhåller det sig om löftesgivaren vållat eller på annat sätt själv bidragit till att förhållanden utvecklats på ett negativt sätt och inte heller om förhållandet inträtt sedan löftesgivaren råkat i dröjsmål.[256]

4.2.6.2.2 U.S.A.

42-142 När det gäller den amerikanska rättens inställning till betydelsen av kostnadsökningar som prestationshinder ges viss vägledning i UCC 2-615 *comment* 4:

> *Increased cost alone does not excuse performance unless the rise in cost is due to some unforeseen contingency which alters the essential nature of the performance. Neither is a rise or a collapse in the market in itself a justification, for that is exactly the type of business risk which business contracts made at fixed price are intended to cover. But a severe shortage of raw materials or of supplies due to a contingency such as war, embargo, local crop failure, unforeseen shutdown of major sources of supply or the like, which either causes a marked increase in cost or althogether prevents the seller from securing supplies necessary to his performance, is within the contemplation of this section.*

42-143 Som synes skall kostnadsökningar i sig i regel inte medföra ansvarsbefrielse. Uttalandet kvalificeras dock med tillägget "*unless the rise in costs is due to some unforeseen contingency which alters the essential nature of the performance.*" Det är orsaken till kostnadsökningarna

[253] Se Palandt, § 242 p 6 B e) bb) och Larenz, s 325.
[254] *Münchener Kommentar* § 242 Rn 504
[255] Palandt, § 242 B e) bb).
[256] Se Palandt, § 242 B e) bb) (2) och *Münchener Kommentar* § 242 Rn 505.

som har betydelse. I regel tilläggs inte kostnadsökningar som beror på allmänna marknadsförhållanden någon relevans.[257]

42-144–145 Mot bakgrund av vad som ovan sagts beträffande betydelsen av oförutsebarhet i läran om *impracticability* torde kravet på oförutsebarhet inte vara helt avgörande.[258] Det avgörande är i stället huruvida säljaren kan anses ha åtagit sig risken för att den aktuella omständigheten skulle medföra kostnadsökningar. Vidare skall sådana ha medfört att prestationens "essentiella natur" förändrats. Vad som skall förstås med detta är inte gott att säga.[259] Uttryckssättet påminner en smula om Grotius och Pufendorf.[260] Förändringen av prestationens essentiella natur tycks i amerikansk rätt inträffa om ett visst tröskelvärde överskrids; det skall som tumregel röra sig om en tiofaldig ökning av kostnaderna – med andra ord en ökning om 1 000 % – såsom var fallet i *Mineral Park Land Co. v. Howard*.[261]

4.2.6.2.3 Sverige

42-146 I svensk rätt beaktades kostnadsökningar tydligen stundom i skiljedomssammanhang redan i seklets början.[262] Almén yttrar härom att en av krig eller därmed jämförlig händelse framkallad prisstegring kan, om den är abnormt stor leda till befrielse från skadeståndsansvar.[263] Av betydelse för om ansvarsfrihet i det konkreta fallet skulle medges ansågs vara huruvida säljaren enligt gott handelsskick bort ha varan i lager.[264] Avgörandena i NJA 1918 s 20 I-III (*F:a Fredrik Nyström mfl ./. Malmö stora valskvarn mfl.*) kan antas ge uttryck för detta.

I NJA 1918 s 20 I-III avdömde HD tre mål i vilka två valskvarnar ville komma

[257] Se t ex Joskow 6 J. Legal Stud., 119 på s 150 ff.

[258] Se 42-061 ovan.

[259] Ett liknande uttryckssätt begagnas av Almén beträffande leveransskyldighet sedan prestationshindret upphört. Det sägs att säljaren inte behöver leverera om fullgörandet efter hindret upphörande "framstår som något, ekonomiskt sett, helt annat än ett fullgörande av det ursprungliga avtalet." Almén & Eklund, § 24 vid not 101i.

[260] Se avsnitt 4.2.2.

[261] Se Wuorine, 50 Ohio St. L. J. 163 (1989) på s 168 som uttalar: "*generally, increases in the cost of performance less extreme than those that occurred in Mineral Park will not satisfy [the defence of impossibility, impracticability or frustration]*".

[262] Se Sandström, SvJT 1917 s 177 på s 178 och ds., NJM 1922 s 114 ff.

[263] Almén & Eklund, § 24 vid not 23e. Jfr. Steglich-Petersen, s 5 beträffande tidig norsk och dansk praxis. Se särskilt det där omnämnda avgörandet i SHT 1915 s 128 där säljare av slaktavfall till svinföda befriades från leveransplikt och skadeståndsansvar, eftersom slaktavfallet efter krigsutbrottet betingade ett mycket större värde som människoföda!

[264] Almén & Eklund, § 24 not 98d.

ur avtal om mjölleveranser, ingångna strax före utbrottet av det första världskriget. I två av målen innehöll avtalen force majeure-klausuler. Detta synes emellertid inte ha påverkat domstolarnas bedömning. Priserna på spannmål steg med mellan 50% och nära 100%. Säljaren förklarades skyldig att utge skadestånd.[265]

42-147 Almén framhåller också att hänsyn kan tas till huruvida köparen erbjudit förhöjning av köpeskillingen så att säljarens förlust kunnat reduceras.[266] Avgörandet i NJA 1923 s 20 *Åhlén & Holm AB ./. Forssså bruks AB* är av särskilt intresse, eftersom domstolarna förutom ökade tillverkningskostnader hade att bedöma betydelsen av att avtalet föreskrev leveranser till fasta priser under en längre tid. Säljaren hade friskrivit sig från leveransskyldighet i händelse av force majeure. Denna omständighet förefaller dock inte ha tillmätts någon betydelse.

Sakomständigheterna i NJA 1923 s 20 var huvudsakligen följande. Parterna ingick med verkan från och med den 1 januari 1914 ett avtal enligt vilket köparen förband sig att under en tid av fem år köpa minst 100 ton brun kartongpapp från säljaren. Parterna avtalade ett fast pris om 15 kronor och 75 öre per 100 kg. I början av 1916 begärde säljaren en höjning av det avtalade priset på grund av att kriget medfört stegrade tillverkningskostnader. Köparen accepterade detta. Kvantiteten reducerades från återstående 300 ton till 200 ton. Priset för 120 ton bestämdes till 19 kronor och 75 öre per 100 kg och för resterande 80 ton till 22 kronor per 100 kg. Den 20 mars 1918, när således endast nio månader av avtalsperioden återstod, meddelade säljaren förhinder att fullgöra 1918 års leveranser till priser som avtalats 1916. De "oerhört ökade tillverkningskostnaderna vore för [säljaren] fullkomligt ruinerande". Säljaren hävdade att tillverkningskostnaderna under perioden 1916-1918 stigit med över 168%. Kostnadsökningen påstods vara en följd av viss lagstiftning och det oinskränkta u-båtskriget. Parterna hade, före meddelandet av den 20 mars 1918, sammanträffat i februari samma år och därvid försökt omförhandla avtalet. Säljaren uppgav sig därvid vara villig att fullgöra leveranserna till ett pris av 45 kronor per 100 kg. Köparen ville endast gå med på en prishöjning till 33 kronor per 100 kg. Köparen hade under förhandlingarna begärt utredning om på vilket sätt u-båtsblockaden medfört ökade tillverkningskostnader för brun kartongpapp (till skillnad från vit kartongpapp som antogs vara dyrare att tillverka). En sådan utredning hade inte presenterats och förhandlingarna hade avbrutits. Tvist utbröt. Parternas argumentation inriktades huvudsakligen på om de prisökningar som inträffat efter omförhandlingen 1916 var förutsebara eller ej. HD ansåg att de kostnadsökningar som inträffat efter omförhandlingen 1916 var orsakade av skärp-

[265] Rodhe ställer sig med företagsekonomiska utgångspunkter (valorism) kritisk till att säljaren generellt skulle vara skyldig att leverera ur befintligt lager. Se Rodhe, *Jämkning*, s 26 f. Godenhielm, s 214 f, anser att en sådan skyldighet ej bör föreligga om säljaren inryckt en force majeure-klausul i avtalet. Se Adlercreutz, *Avtalsrättens framväxt*, s 83 f beträffande HD:s tolkning av i målen aktuella force majeure-klausuler.

[266] Almén & Eklund, § 24 vid not 23g.

ningen och utvidgningen av kriget och att säljaren inte borde ha förutsett denna händelseutveckling. HD ansåg vidare att fullgörelse av 1918 års leveranser skulle "medföra en ekonomisk uppoffring av den storlek, att densamma måste antagas ha legat helt och hållet utanför förutsättningarna för överenskommelsen".[267] Köparen ansågs dock ha erbjudit sådana eftergifter att prestation kunde påfordras. Säljaren ålades därför ändå att utge ett visst skadestånd, som dock begränsades till skillnaden mellan marknadspriset och det högsta pris som köparen under förhandlingarna förklarat sig villig att betala.[268]

42-148 Fallet kan antas vara avgjort enligt 24 § 1905 års köplag. Avgörandet innebär åtminstone ett indirekt erkännande av att kostnadsökningar som huvudsakligen framkallats av krig kunde ha betydelse. Om detta är riktigt synes kravet på den procentuella kostnadsökningen ha varit måttligt i förhållande till *Mineral Park Land Co. v. Howard*.[269]

42-149 Tydligen har HD i princip ansett att löftesmottagaren/köparen skulle bära risken av kostnadsökningarna trots att han garderat sig med ett fastprisavtal. Det enda skälet för denna uppfattning förefaller ha varit att löftesgivaren/säljaren inte kunnat förutse kostnadsökningarna.

42-150 I NJA 1925 s 624 (*Carl Settervall & C:o AB ./. Högfors och Persbo AB*) rörande leveranser av tackjärn, ansåg HD på motsvarande sätt att verkan av ökade prestationskostnader blivit neutraliserad genom att köparen medgivit förskjutningar av leveranser som givit säljaren möjlighet att sälja tackjärn till andra köpare till det rådande högre marknadspriset, varvid säljaren kunnat täcka en väsentlig del av den förlust som skulle uppkomma vid leveranser till köparen. Säljaren fick utge fullt skadestånd, trots att leveranser till avtalat pris i och för sig "icke kunnat med stöd av avtalet rimligen påfordras".[270]

42-151 Det ansågs givetvis också ha betydelse att säljaren förebringade en utredning om hur kostnadsökningarna ekonomiskt inverkat på hans rörelse som helhet.[271] En förlust på ett avtal kan givetvis uppvägas av att

[267] NJA 1923 s 20 på s 26.

[268] Detta tycks mig inom parentes sagt besynnerligt: Köparens rätt till skadestånd minskar på grund av att säljaren avvisat en eftergift. En annan besynnerlighet synes vara att HD:s metod förutsätter att vad som förekommit vid det som närmast får betraktas som förlikningsförhandlingar åberopas inför rätta. Detta strider – i vart fall numera – mot god advokatsed. Se allmänt härom, Heuman, SvJT 1991 s 87.

[269] Se 42-119 ovan.

[270] NJA 1925 s 624 på s 628.

[271] Almén & Eklund, § 24 vid not 23j.

säljaren gör vinst på grund av de ändrade förhållandena i sina övriga avtalsförhållanden.[272]

42-152 Tämligen tidigt i diskussionen kring 24 § 1905 års köplag framkom åsikten att relevansen av kostnadsökningar borde bedömas enligt förutsättningslärans principer såsom uttryckande en "förfinad" och "mänsklig" billighetskänsla.[273] Löftesgivaren/gäldenären skulle således kunna befrias från skadeståndsansvar därför att han i någon bemärkelse förtjänade det. I och med detta har den ovan antagna funktionen hos den romerska läran om omöjlighet transformerats till sin motsats.

42-153 Det förutsättningsbaserade synsättet har därefter särskilt utvecklats av Kristen Andersen, vilken med utgångspunkt i Ussings objektiva förutsättningslära ville uttyda 24 § enligt följande:

> *Grunnvilkåret for at selgeren fritas for erstatningsansvar i de tilfeller hvor helt ekstraordinære omstendigheter, visstnok har* ***vanskeliggjort****, men* ***ikke utelukket*** *kontraktsmessig levering, er at omstendighetene har medført en gjennomgripende forandring i den opprinnelige situasjon. Det betyr, for å holde seg til de mest praktiske tilfeller, at det må være inntrådt en radikal økonomisk omveltning i den bransje kjøpekontrakten er knyttet til. Det er ikke tilstrekkelig at kontraktsmessig oppfyllelse på grunn av de ekstaordinære omstendigheter ville være økonomisk skjebnesvanger for* ***den enkelte selger****. Det bør kreves at oppfyllelsen fra et nøkternt forrettningsmessig synspunkt vil ha denne virkning for enhver jevnt solid forrettningsmann i bransjen. Hvis man ikke stiller dette krav, risikerer man lett å gli ut i konkrete billighetsavgjørelser, som varierer fra tilfelle til tilfelle med den utrygghet som følger med det.*[274]

42-154 Ett sådant billighets- eller förutsättningsbaserat synsätt avvisas däremot bestämt av Lundstedt.[275] Kostnadsökningar borde enligt honom aldrig medföra ansvarsbefrielse. Anledningen härtill angavs vara att kostnadsökningar i regel berodde på ett komplex av faktorer. Det avgörande skulle då vara huruvida säljaren insett eller bort inse att just de i

[272] Ljungholm framhåller dock att säljarens risk kan anses hänförlig till samtliga av honom ingångna avtal, medan köparens risk endast anknyter till ett isolerat avtal. Säljaren skulle därför inte kunna sägas vara närmre än köparen att bära risken (för felslagna uppfyllelseföranstaltningar). Se Ljungholm, SvJT 1936 s 577 på s 586. Det finns emellertid goda skäl för att hävda motsatt ståndpunkt. Säljaren kan anses vara närmare att bära risken just därför att han kan sprida kostnaderna för att inhämta och bearbeta information om risken för felslagna uppfyllelseföranstaltningar på ett flertal avtal. Jfr. Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 189 f (se även 53-077 nedan).

[273] Se Rosén, SvJT 1918 s 300 på s 303 med not 3. Jfr Steglich-Petersen, s 6 ff.

[274] Andersen, SvJT 1944 s 625 på s 647. Jfr. Bagge, SvJT 1944 s 853 på s 884 f. Jfr. även de norska avgörandena i Rt 1935 s 122 och Rt 1970 s 1059, den s k "*Knutelin-dommen*". Se härtill Mestad, 66 ff.

[275] Se Lundstedt, SvJT 1921 s 325 på s 355 ff.

fallet kausala faktorerna var för handen eller skulle inträffa. Orsakssammanhanget och dess förhållande till en normalt aktsam säljares psyke skulle vara allför vagt för att lämpligen göras till föremål för bevisning i rättegång. Säljaren skulle därför vara skadeståndsskyldig. Den motsatta lösningen skulle innebära att "giltigheten av ingångna avtal mitt i det pulserande rättslivets centrum mer eller mindre berodde på en slump: advokaternas större eller mindre skicklighet och domarnes större eller mindre mottaglighet för argumentationskraften i deras prestanda."[276] Enligt Lundstedt skulle motsvarande regel gälla även när kostnadsökningarna hade en påtaglig orsak, t ex i fall av tullförhöjningar.[277]

42-155 Enligt Rodhe bör begreppet ekonomisk omöjlighet avföras ur diskussionen; problem i samband med ändrade ekonomiska förhållanden borde enligt honom behandlas avskilt från frågan om omöjlighet.[278]

42-156 Godenhielm intar en liknande ståndpunkt. Enligt honom utgör det uppluckrade omöjlighetsbegreppet "en etikett för en situation där rättsfaktum är något annat."[279] Enligt Godenhielm tillför inte omöjlighetsbegreppet något utan är istället ägnat att fördunkla de rättsfakta som avgör frågan om löftesgivarens ansvarighet.[280] Han ställer sig också avvisande till att förutsättningsläran skulle kunna ge vägledning när det gäller att finna lösningar när parterna inte beaktat någon viss efterföljande omständighet som gjort att prestationen blivit mer betungande.[281] Han presenterar en riskteori utgående från en analys av situationen *in casu* och uttalar:

> "Vad ... rättsgrunden angår, kan man genom att taga fasta på de realiteter varpå avtalet bygger, omständigheterna vid köpslutet, arten av kontrahenternas affärsverksamhet, huruvida säljaren är producent eller återförsäljare, de omständigheter varpå riskberäkningen inom branschen vanligen baseras, etc., draga den slutsatsen ... att en avtalad prestation icke skall kunna krävas när risken för den

[276] Lundstedt, SvJT 1921 s 325 på s 357.
[277] A a, s 357 f.
[278] Se Rodhe, § 30 vid not 5 f. Jfr. Rosén, SvJT 1918 s 300 på s 304. Enligt Karlgren skulle metoden att behandla kostnadsökningar enligt omöjlighetsläran vara den sämsta av alla tänkbara metoder; se Karlgren, NJM 1951 s 206 på s 207. Karlgren förespråkar istället förutsättningsläran som lösningsmodell. Som vi skall se i avsnitt 5.2.3.1 har dock förutsättningsläran på det icke lagreglerade området haft utomordentligt begränsad betydelse som riskallokeringsargument i fall av ökade prestationskostnader utanför det lagreglerade området. Jfr. dock avsnitt 5.3.4 beträffande jämkning.
[279] Godenhielm, s 104.
[280] A st.
[281] A a, s 107.

prestationspliktige (oförutsett)[282] ökat så att man kan säga att avtalsunderlaget bortfallit."[283]

42-157 När det gäller "realiteter varpå avtalet bygger" torde Godenhielm i första hand ha avsett företagsekonomiska överväganden.[284] Han hävdar också att det med denna utgångspunkt inte alltid skulle vara befogat att begränsa rättsföljden till bortfall av skadeståndsansvar eller bortfall av avtalsbundenhet. Även jämkning av avtalet borde kunna komma ifråga; framförallt så att löftesmottagaren/köparen ges en rätt att påyrka prestation mot erbjudande av ett högre pris.[285]

42-158 Diskussionen om kostnadsökningar kan konstituera omöjlighet har väl numera upphört. Till frågan om jämkning kan sägas att den av Godenhielm förordade modellen liknar läran om *Geschäftsgrundlage*. I amerikansk rätt tycks däremot jämkning vara sällsynt. Efter införandet av 1990 års köplag torde möjligheten att jämka köpeavtal på grund av ökade prestationskostnader få avses vara utesluten.[286] Däremot kan skadeståndet jämkas enligt 70 § 2 st köplagen.[287] Vi skall återkomma till frågan om jämkning av avtal i avsnitt 5.3.

42-159 Redan här skall dock noteras att den senare utvecklingen inom den internationella avtalsrätten tycks gå mot ståndpunkten att risken för oförutsedda nyttominskande omständigheter i princip skall delas snarare än läggas på en av parterna. Det primära remediet är löftesgivarens rätt att initiera omförhandling; om omförhandlingen misslyckas, förespråkas att domstolen skall ha kompetens att tämligen fritt omgestalta avtalet.

42-160 *European Contract Principles Art* 2.117 (*Change of Circumstances*) lyder således:

> (*1*) *A Party is bound to fulfil his obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance he receives has diminished.*
>
> (*2*) *If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that*:

[282] Enligt Godenhielm skulle oförutsebarhetsrekvisitet dock kunna avvaras. Se A a, s 235 ff. Se även 43-108 nedan.
[283] A a, s 103.
[284] A a, s 107.
[285] A a, s 247 f.
[286] Se Prop 1988/89:76 s 101.
[287] Se 43-207 nedan.

(*a*) *the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract, or had already occurred at that time but was not and could not reasonably have been known to the parties; and*
(*b*) *the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract; and*
(*c*) *the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.*

(*3*) *If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may*:
(*a*) *terminate the contract at a date and on terms to be determined by the court; or*
(*b*) *adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances; and*
(*c*) *in either case, award damages for the loss suffered through the other party refusing to negotiate or breaking off negotiations in bad faith.*

42-161 *UNIDROIT Principles* bygger på begreppet *hardship*, vilket i Art 6.2.2 ges följande definition:

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party received has diminished, and
(*a*) *the events occur or become known to the disadvantaged party after the 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.*

I *UNIDROIT Principles* 6.2.3 anges effekten av *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.*
(*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.*

42-162 Vad avser ökade prestationskostnader åsyftar de nu nämnda stadgandena fall där prestationskostnaderna stegrats, men inte så mycket

att man kan tala om att prestationen blivit omöjlig. Den gamla omöjlighetsläran har dock ingalunda övergivits. När prestation kan anses vara omöjlig, skall enligt *European Contract Principles* Art 3.108 och *UNIDROIT Principles* Art 7.1.7 risken inte längre delas genom omförhandling/jämkning, utan i princip läggas på löftesmottagaren/borgenären i så måtto att han får tåla löftesgivarens/gäldenärens kontraktsbrott utan att ha rätt till skadestånd. Denna särbehandling av omöjlighetsfallen ter sig inte motiverad med hänsyn till att "*there is sometimes a very fine line between a performance which is only possible by totally unreasonable efforts, and a performance which is only very difficult*"[288].

42-163 Som riskallokeringsargument är omöjlighet – ekonomisk eller ej – inte särskilt lyckat.[289] Enligt Almén yttrade sig den grundläggande skillnaden mellan speciesköp och leveransavtal i att speciessäljarens förpliktelse var knuten till ett visst föremål. Vid undergång av detta föremål försvinner möjligheten av naturafullgörelse.[290] Man frestas fråga – hur så? Det var ju skadeståndsskyldigheten som skulle behandlas och inte frågan om naturafullgörelse skulle kunna ske.[291]

42-164 Det finns så att säga inte någon naturlig koppling mellan skadeståndet och möjligheten till naturaprestation, eftersom skadeståndet kan utgöra ett surrogat för naturaprestationen.[292] Det gör därvid naturligtvis inte någon skillnad om man för att ansvarsfrihet skall inträda kräver omöjlighet *stricto sensu*, praktisk omöjlighet, *impracticability* eller om man, i anslutning till kontrollansvarsregeln, säger att ansvarsfrihet kan komma i fråga om det inte skäligen kan krävas att löftesgivaren/gäldenären undviker eller övervinner hindret. Lika litet grundad på någon apriorisk insikt ter sig ståndpunkten att speciessäljarens ansvar skulle inskränka sig till fall där culpa föreligger.

42-165 Anledningen till att vissa undantag gjordes i den romerska rätten från regeln att omöjlighet medförde avtalets ogiltighet torde ha varit att det stundom tedde sig stötande att löftesgivaren/gäldenären kunde undgå ansvar bara för att prestationen var omöjlig. Vid en genomgång av rättsut-

[288] Lando & Beale, s 114.

[289] Se Ramberg, *Cancellation*, s 148 f. Jfr. Hellner & Ramberg, s 143.

[290] Almén & Eklund, § 24 vid not 6.

[291] Jfr. Ramberg, *Avtalsrätt*, s 205. En tänkbar förklaring till åsikten att prestationens omöjlighet bör ha ansvarsbefriande verkan är att det är meningslöst att försöka framtvinga prestationen och att därför skadeståndssanktionen har förlorat sin preventiva funktion. Se Tiberg, SvJT 1972 s 295 på s 296. Detta förklarar dock inte varför skadeståndets reparativa funktion inte skulle kunna beaktas.

[292] Detta påtalas redan i motiven till 1905 års köplag; se NJA II 1906 s 48.

vecklingen kan man konstatera att problemet kommit att kastats om. Löftesgivaren/gäldenären anses stundom böra slippa ansvar trots att prestationen *inte* är omöjlig och detta eftersom han i någon bemärkelse inte förtjänar att åläggas ansvar samtidigt som man i princip vill utgå från ett strikt ansvar – när det gäller Tyskland och Sverige, i vart fall när prestationen är generiskt bestämd.

42-166 Vilka konkreta skäl som uppbär detta billighetsbaserade riskallokeringsargument är inte lätt att sammanfatta. Ett tämligen intetsägande försök vore att säga att löftesgivaren/gäldenären inte kan anses ha omedvetet samtyckt till att göra vilka ansträngningar som helst för att övervinna prestationshinder som han inte kunnat förutse eller behärska, i vart fall när prestationens "essens" ändras. Med ett tillitsteoretiskt uttryckssätt skulle istället kunna sägas att löftesmottagaren inte kan anses ha någon skyddsvärd tillit till att löftesgivaren/gäldenären åtagit sig att bära risken för sådana prestationshinder. Med ett rättsrealistiskt språkbruk skulle kunna sägas att det inte hotar omsättningens intressen att i vissa fall låta löftesgivaren/gäldenären slippa ett eljest strikt ansvar.

42-167 Här skall närmast undersökas om de konkreta skälen bakom denna riskallokering blir tydligare genom ett studium av kontrollansvarsregeln och förhållandet mellan denna regel och värdemaximeringsprincipen sådan den här uttrycks i rekonstruktionsmodellen.

4.3 Kontrollansvar

4.3.1 Inledning

43-001 Som ovan påpekats har principerna bakom 23 § och 24 § 1905 års köplag i nu gällande köplag ersatts av en enhetlig regel om kontrollansvar.[293] Denna regel har kommit till uttryck i CISG Art 79 respektive 27 §, 40 § och 57 § köplagen.[294] Som gemensam sammanfattande benämning på de rättsfakta som medför befrielse från skadeståndsskyldig-

[293] Krüger förordar "*hindringsansvar*" som en mer träffande beteckning än uttrycket kontrollansvar. Krüger, Kjøpsret, s 330.

[294] Se även CISG Art 80. Något motsvarande stadgande finns inte i köplagen, utan det underförstås att köparen inte kan göra anspråk på skadestånd om kontraktsbrottet beror på hans egen handling eller underlåtenhet.

het[295] enligt regeln i CISG och enligt reglerna i köplagen begagnas i det följande uttrycket "kontrollansvarsregeln".[296]

43-002 Vissa skillnader föreligger mellan CISG Art 79 och stadgandena i köplagen. Trots dessa skillnader – vilka kommer att uppmärksammas i det följande – torde en undersökning av regeln i CISG och nämnda stadganden i köplagen med fördel ske parallellt, eftersom köplagens regler om kontrollansvar bör tolkas mot bakgrund av regeln i CISG Art 79.[297]

43-003 Nedan skall först några inledande anmärkningar göras om kontrollansvarsregelns syfte, dess förhållande till avtalstolkning och dess tillämpningsområde. Därefter övergår framställningen till en undersökning av kontrollansvarsregelns tre rekvisit; *kontrollrekvisitet*, *oförutsebarhetsrekvisitet* och *aktivitetsrekvisitet*.[298]

43-004 I samband med behandlingen av kontrollansvarsregelns tre rekvisit kommer praxis från 1905 års köplag att uppmärksammas. Detta sker för att bedöma prejudikatvärdet av äldre praxis i ett försök att fastställa vad som nu kan anses vara gällande rätt. Resultatet jämförs sedan med rekonstruktionsmodellen. Syftet med framställningen är att klarlägga och utvärdera de skäl som anförs, eller kan anföras, till stöd för konstaterade skillnader i vad avser resultatet av en tillämpning av å ena sidan kontrollansvarsregeln och å andra sidan rekonstruktionsmodellen.

[295] CISG Art 79 anses inte vara tillämplig på en skyldighet att utge kvantifierat skadestånd, stundom betecknat vite. I stället skall nationell rätt tillämpas. Se Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 15 och Bianca & Bonell/Tallon, s 589.

[296] Beträffande den "horisontala" lagstiftningsteknik som bl a medfört att kontrollansvarsregeln i CISG kommit till uttryck i ett lagrum, medan regeln i köplagen uttrycks i flera lagrum, se Hellner, TfR 1983 s 449 och ds., TfR 1992 s 1 på s 8 f.

[297] Se Prop 1988/89:76 s 44.

[298] Denna disposition kring tre rekvisit skiljer sig från den som vanligen förekommer i svenska framställningar, där uttrycket "hinder" bryts ut till ett självständigt rekvisit. Se t ex Prop 1988/89:76 s 108 ff, Hellner & Ramberg, s 140 ff, Ramberg, *Köplagen*, s 345 och Bergem & Rognlien, s 151. Jag har emellertid inte funnit något behov av att behandla "hinder" skilt från uttrycket "utanför...kontroll". Jfr. Bianca & Bonell/Tallon, s 579, med uttalande att uttrycket *impediment* "*does not constitute a separate condition, it must be linked to the condition 'beyond control'*". Enligt det synsätt som här intas är den självständiga innebörden av uttrycket "hinder" uttunnad; ett kausalt hinder föreligger vid varje ökning av prestationskostnaderna. Det kan noteras att valet av "*impediment*" utgör en av ett antal smärre förändringar i CISG Art 79 i förhållande till ULIS Art 74. Se beträffande ULIS Art 74, 42-110 ff. ovan. Det är ovisst huruvida någon saklig skillnad är avsedd. Se Bianca & Bonell/Tallon, s 575 och 579. Jfr. Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll Art 79 Rn 2 f. Se dock Honnold, s 535 f.

4.3.1.1 Kontrollansvarsregelns syfte

43-005 Syftet bakom CISG Art 79 torde vara att med hjälp av en generell formel uttömmande ange vilka begränsningar som skall anses vidlåda löftesgivarens/gäldenärens prestationslöfte.[299] Ett grundläggande antagande bakom detta försök att ange vilka implicita begränsningar som domaren genom utfyllning får förse prestationslöftet med, tycks vara att löftesgivaren/gäldenären kan antas villig att stå risken för prestationshinder som beror på faktorer som han kan kontrollera.[300] I motiven till köplagen sägs det vara "[p]oängen med föreskriften" att förhållanden som löftesgivaren/gäldenären "i princip har kunnat påverka ... inte skall kunna åberopas som befrielsegrunder."[301] Om detta är riktigt synes kontrollansvarsregelns syfte sammanfalla med det syfte som uppbär rekonstruktionsmodellens förebygganderekvisit. Det skulle med andra ord vara en samhällsekonomiskt sett lämplig riskfördelning att låta löftesgivaren/gäldenären bära risken för sådana omständigheter som han kan förebygga. Detta kan dock näppeligen inrymma hela sanningen, eftersom löftesgivaren/gäldenären inte undgår ansvar enbart på grund av att det inträffande prestationshindret legat utanför hans kontroll. Han ansvarar trots detta om prestationshindret varit förutsebart (oförutsebarhetsrekvisitet)[302] *eller* om han rimligen kunde ha undvikit eller övervunnit hindret (aktivitetsrekvisitet)[303].

43-006 Enligt Ramberg är syftet med kontrollansvarsregeln att åstadkomma en reduktion av transaktionskostnaderna *ex post* – närmare bestämt tvistelösningskostnaderna – genom att parterna och domaren kan utesluta möjligheten till ansvarsbefrielse utanför vissa snävt avgränsade typfall. Regeln kan antas leda till lägre transaktionskostnader *ex post* genom att en eventuell tvist inte kommer att tyngas av diverse utredningar och bevisning om en mängd förhållanden som kan ha påverkat säljarens leveransmöjligheter i det enskilda fallet.[304] De typfall som skulle kunna leda till ansvarsbefrielse tycks enligt detta synsätt vara att karakterisera

[299] Stoll uttrycker detta med hjälp av en garantifiktion; syftet anges vara *"die Grenzen der dem Schuldner auferlegten Erfüllungsgarantie abschließend zu regeln"*. Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 40. Se även Neumayer & Ming, s 529.

[300] Se Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 7.

[301] Prop 1988/89:76 s 44.

[302] Se avsnitt 4.3.3.

[303] Se avsnitt 4.3.4.

[304] Se Ramberg, *Köplagen*, s 357, där det dock inte talas om transaktionskostnader utan om rättsekonomiska fördelar. Som jag uppfattar uttrycket torde det röra sig om samma sak. Jfr. Sandvik, s 56 och Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 276.

som "utifrån kommande".[305] Såtillvida skulle kontrollansvarsregeln likna förekommande regler om ansvarsbefrielse på grund av force majeure.[306] Till skillnad från ansvarsbefrielse på grund av force majeure krävs dock inte enligt kontrollansvarsregeln att prestationshindret skall ha allmänt omfattande verkan.[307]

43-007 Mot detta kan invändas att om det primära syftet bakom kontrollansvarsregeln varit att reducera transaktionskostnaderna *ex post*, så skulle en regel om rent strikt ansvar teoretiskt ha varit mer ändamålsenlig.[308] Erfarenheterna från den stränga regleringen i 24 § 1905 års köplag visar emellertid att en sådan regel i praktiken sällan skulle komma att tillämpas. Det kan nämligen antas att parterna i regel skulle avtala om att avvika från det rent strikta ansvaret. Syftet att uppnå reducerade transaktionskostnader skulle då bli illusoriskt.[309]

43-008 Mot synpunkten att syftet med kontrollansvarsregeln är att åstadkomma reducerade transaktionskostnader *ex post* kan också invändas att motiven framhåller att de hinder som kan medföra ansvarsbefrielse inte är begränsade på samma sätt som enligt 1905 års köplag.[310] Lagstiftaren synes alltså vara beredd att acceptera förhållandevis större transaktionskostnader *ex post* än som skulle bli fallet om 24 § 1905 års köplag tillämpades, liksom *a fortiori* vad som skulle bli fallet om en regel om rent strikt ansvar tillämpades.

43-009 Den närmare utformningen av kontrollansvarsregeln förefaller till stor del vara föranledd av en önskan att åstadkomma en anpassning till förekommande standardavtal.[311] Lagstiftaren synes ha velat minska behovet inom affärslivet att fly från den lösning på riskallokeringsproblemet som den dispositiva rätten tillhandahåller. Kontrollansvarsregeln skulle då ge uttryck för en typiskt sett "rimlig avvägning mellan parternas intres-

[305] Se Ramberg, *Köplagen*, s 348. Jfr. Bianca & Bonell/Tallon, s 479, Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 17.

[306] Ramberg, *Köplagen*, s 348. Jfr. Sandvik, s 103 ff. Se dock Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 not 55.

[307] Se Ramberg, *Köplagen*, s 348. Se även 42-107 ovan.

[308] Jfr. Almén & Eklund, § 24 efter not 11.

[309] Enligt Hjerner skulle det tvärtom vara önskvärt att hålla möjligheterna så pass inskränkta att parterna stimuleras att försöka närmare precisera säljarens prestation och de ansvarsbefriande omständigheter som skall kunna åberopas. Hjerner, *Om köp av bestämt gods*, s 292.

[310] Prop 1988/89:76 s 44.

[311] Beträffande standardavtal som tolkningsbakgrund till kontrollansvaret, se Honnold, s 538 ff. Se även diskussionen hos Sandvik, s 27 ff. Jfr. Hellner, *Kontrollansvaret*, s 130 och 139 f. Jfr. även Krüger, *Kjøpsrett*, s 330.

sen"[312] från vilken det normalt inte skulle finnas anledning att avvika. Syftet skulle då snarast kunna sägas vara att reducera transaktionskostnaderna *ex ante*.

43-010 Vad menas då med uttycket "rimlig avvägning"? Sannolikt menas att det rimliga ligger i förhållandet att den part som typiskt sett kan förväntas vara villig att bära risken mot det minsta vederlaget också får bära risken (även om denna part kan påvisa att något särskilt vederlag härför inte utgått).[313] Om detta är riktigt torde kontrollansvarsregelns syfte vara detsamma som rekonstruktionsmodellens; syftet är att åstadkomma en typiskt sett värdemaximerande riskallokering *ex ante*.

43-011 Detta syfte står inte i någon motsättning till det samhällsekonomiska intresset att tillhandahålla en regel som ger lägre transaktionskostnader *ex post* än andra tänkbara regler. En ledande – om än underordnad – synpunkt vid tolkningen av kontrollansvarsregeln bör således vara att regeln skall vara enkel att tillämpa och leda till ett förutsebart resultat. Utrymmet för billighetsöverväganden bör därför vara begränsat.[314]

4.3.1.2 Kontrollansvarsregelns förhållande till avtalstolkning

43-012 Enligt Stoll skall en tillämpning av CISG Art 79 alltid föregås av en avtalstolkning med beaktande av avtalets syfte.[315] Att partsavsikten på detta sätt skall ha företräde framför kontrollansvarsregeln följer av CISG Art 6. Även en tillämpning av köplagens regler om kontrollansvar torde förutsätta en föregående tolkningsoperation för att utröna huruvida parterna avsett att en från köplagen avvikande riskallokering skall gälla.

43-013 Kontrollansvarsregeln överensstämmer i denna del med rekonstruktionsmodellens utgångspunkt att där det låter sig göra bör riskallokeringen ske i enlighet med partsviljan (pareto-kriteriet). Beträffande faktorer som kan inverka vid en tolkningsbaserad riskallokering hänvisas till vad som sagts i det föregående.[316]

43-014 För den svenska rättens del finns anledning att ställa den med tolkning besläktade frågan huruvida avtalets kontext kan beaktas så att ris-

[312] Prop 1988/89:76 s 44.

[313] Jfr. Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 7, där det sägs att CISG Art 79 bygger på "*einer verständigen Interpretation des durchschnittlichen Parteiwillens*".

[314] Jfr. Lundstedt, SvJT 1921 s 325 på s 339, beträffande utrymmet för billighetsöverväganden inom ramen för 24 § 1905 års köplag. Enligt Tallon skulle däremot utrymmet för billighetsöverväganden vara relativt stort. Se Bianca & Bonell/Tallon, s 595.

[315] Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 7. Jfr. Honnold, s 532.

[316] Se avsnitt 2.4.1. Jfr. även beträffande läran om *impracticability*, avsnitt 4.2.4.5.

ken delas genom en jämkning av skadeståndet enligt 70 § 2 st köplagen.[317] Motsvarande jämkningsmöjlighet finns inte i CISG.[318] Enligt motiven till köplagen skall köpets karaktär beaktas vid ett ställningstagande till frågan om skadeståndet skall jämkas.[319] Uttrycket "köpets karaktär" är i och för sig tillräckligt obestämt för att tillåta att de synpunkter som skall utvecklas i avsnitt 5.1.3 beträffande betydelsen av avtalets kontext skall kunna beaktas *de sententia ferenda*.

4.3.1.3 Kontrollansvarsregelns tillämplighet vid ursprungliga prestationshinder

43-015 Kontrollansvarsregeln kan i likhet med 24 § 1905 års köplag[320] tillämpas vid såväl ursprungliga som efterföljande prestationshinder.[321] Med en sådan tillämpning undviker man de problem som stundom kan uppkomma när det gäller att avgöra huruvida prestationshindret skall anses vara ursprungligt eller inte.[322]

43-016 Om kontrollansvarsregeln således kan tillämpas vid ursprungliga prestationshinder, blir en praktiskt viktig konsekvens att regeln kommer att tillämpas även i fall av villfarelse och detta även när villfarelsen är gemensam. En annan konsekvens är att en villfarelse som inte avser frånvaron av ett prestationshinder aldrig bör kunna bli relevant i köprättsliga sammanhang. Ytterligare en konsekvens borde vara att det inte har någon principiell betydelse för bedömningen om villfarelsen avser faktiska förhållanden eller tillämpliga rättsregler (rättsvillfarelse).[323] Härifrån

[317] Se närmare härom Ramberg, *Köplagen*, s 697 ff; Taxell, *Skadestånd*, s 191 ff och Sandvik, s 156 ff. Taxell uppmärksammar särskilt frågan huruvida omständigheter utanför gäldenären och hans verksamhet har medverkat till skadan.

[318] Frånvaron i CISG av en jämkningsmöjlighet motsvarande den i 70 § 2 st köplagen tyder på att ändrade förhållanden inte skall kunna medföra något annat än att löftesgivarens/gäldenärens skadeståndsskyldighet bortfaller temporärt. Ändrade förhållanden skall inte kunna medföra någon förändring av förpliktelserna i övrigt. Se Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 39. Se även Sandvik, s 157. En ventil mot större flexibilitet i rättsföljdshänseende öppnas dock genom att en tolkningsoperation skall föregå kontrollansvarsregelns tillämpning.

[319] Prop 1988/89:76 s 206.

[320] Se Almén & Eklund § 24 vid not 11*.

[321] Se Ramberg, *Köplagen*, s 351. Se även Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll Art 79 Rn 18 f, Neumayer/Ming, s 522. Jfr. Honnold, s 169 not 16 och Lando & Beale, s 141. Se dock Bianca & Bonell/Tallon, s 577 f.

[322] Se 11-009 ovan.

[323] Se även avsnitt 3.3.6.3. Jfr. NJA 1946 A 63 (bl a rörande uteblivet myndighetstillstånd).

får dock skiljas fall av förklaringsmisstag och fall som skall behandlas analogt med förklaringsmisstag.[324]

43-017 Enligt Almén skulle 24 § 1905 års köplag inte kunna medföra ansvarsbefrielse ens när en rättsvillfarelse framstod som ursäktlig.[325] Rodhe synes inte vara beredd att gå så långt i restriktivitet. Han skiljer mellan fall av okunnighet om de rättsfakta som konstituerar en förpliktelse, okunnighet om sedvanor som normerar förpliktelsen och okunnighet om de rättsregler som på grund av föreliggande rättsfakta konstituerar en förpliktelse.[326]

43-018 Beträffande det första fallet – okunnighet om rättsfakta som sådana – uttalar Rodhe att den okunniga parten stundom kan ursäkta sig om medkontrahenten underlåtit att precisera sin ståndpunkt när oklarhet vidlåder förpliktelsens innehåll.[327] Betydelsen av parts medverkan till att förpliktelsens innehåll klargörs torde ha ökat genom regeln i 50 § 1 stycket köplagen.[328] Bristande medverkan framträder nu som ett självständigt kontraktsbrott och säljaren får, enligt 60 §, genom egna åtgärder klarlägga innehållet i sina förpliktelser för att kunna fullgöra.

43-019 När det gäller verkan av okunnighet om sedvana som normerar förpliktelsen föreligger enligt Rodhe ovisshet, medan okunnighet om rättsregler enligt honom förmodligen aldrig kan åberopas av löftesgivaren/gäldenären för att undgå avtalets verkningar.[329]

43-020 Enligt Stoll skulle det generellt krävas att löftesgivaren/gäldenären gör allt vad som rimligen kan begäras av honom för att upptäcka rådande prestationshinder med alla "*üblichen und zumutbaren Untersuchungsmetoden*".[330] Uppenbarligen räknar Stoll med att en åtskillnad skall göras mellan misstag avseende faktiska förhållanden å ena sidan och misstag rörande rättsliga förhållanden å den andra sidan, ty han uttalar att "*[e]in Rechtsirrtum, mag er auch entschuldbar sein, ist kein Hinderungsgrund i[m] S[inne] des Art. 79.*"[331]

[324] Se avsnitt 1.1.3 med vidare hänvisningar.

[325] Se Almén & Eklund, § 23 vid not 32a. Jfr. tillägg till § 1 not 31f. Det uttalas härtill att det torde saknas skäl att bedöma speciesköp annorlunda. Se Almén & Eklund, § 23 vid not 32b. Detta uttalande ter sig en smula märkligt, eftersom säljaren bar ett exculpationsansvar vid speciesköp. Det borde därför logiskt sett ha haft viss betydelse om villfarelsen varit ursäktlig.

[326] Rodhe, § 29 efter not 20.

[327] Rodhe, § 29 vid not 21 och § 18 vid not 39.

[328] Jfr. Hellner & Ramberg, s 114.

[329] Rodhe, § 29 vid not 23.

[330] Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 18.

[331] Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 17.

43-021 För egen del kan jag inte finna något stöd i ordalydelsen eller i de anförda ändamålen bakom kontrollansvarsregeln för att upprätthålla en sådan åtskillnad mellan rättsvillfarelser och villfarelser om faktiska förhållanden. Enligt min uppfattning saknas anledning att behandla rättsvillfarelse i köprätten på annat sätt än i kontrakts- och avtalsrätten i övrigt; resonemangen i avsnitt 3.3.6.3 borde därför, *de sententia ferenda*, kunna gälla även i köprättsliga sammmanhang. Rättsvillfarelser intar dock i praktiken en särställning genom att informationen om tillämpliga rättsregler är allmänt tillgänglig. En rättsvillfarelse bör därför i regel inte kunna medföra bortfall av skadeståndsansvar, eftersom parterna i de flesta fall torde ha lika möjligheter att skaffa information om innehållet i gällande rätt.[332] Undantag kan möjligen vara befogade i sådana internationella rättsförhållanden där löftesmottagarens lag är tillämplig på avtalet.

4.3.1.4 Kontrollansvarsregeln och hindrets varaktighet

43-022 Enligt 24 § 1905 års köplag gällde att ansvarbefrielse medgavs endast så länge prestationshindret bestod.[333] Detta gäller även enligt köplagens kontrollansvarsregel[334] och slås uttryckligen fast i CISG Art 79 (3). Löftesgivaren/gäldenären är därför fortsatt bunden av avtalet, trots att ett prestationshinder föreligger.

43-023 Om hindret omedelbart kan konstateras vara permanent, såsom t ex när specifika varor förstörs, kan avtalet upphöra genom att löftesmottagaren/borgenären häver avtalet, liksom vid annat väsentligt dröjsmål. Om löftesmottagaren/borgenären inte häver, måste rimligen löftesgivaren/gäldenären kunna förklara att han frånträder avtalet.[335] Jag har dock inte kunnat finna något uttryckligt stöd för denna ståndpunkt.

43-024 Trots hävning eller en sådan förklaring om att löftesgivaren/gäldenären frånträder avtalet, kan vissa rättsverkningar av avtalet kvarstå. Det kan således tänkas att löftesgivaren/gäldenären mot att få det avtalade priset är skyldig att till löftesmottagaren/borgenären utge ersättning som

[332] Se närmare avsnitt 2.4.4.

[333] Almén & Eklund, § 24 vid not 29*.

[334] Se Prop 1988/89:76 s 113 och Ramberg, *Köplagen*, s 367.

[335] Jfr. beträffande hävning *ipso facto*, Hellner, *SpA II:2*, s 184 och Ramberg, *Cancellation*, s 401 ff. När det gäller CISG synes en uttrycklig hävningsförklaring erfordras; uteslutandet av möjligheten till hävning *ipso facto* är en av skillnaderna mellan CISG och ULIS. Beträffande ULIS, se Hellner, *Ipso facto avoidance*. Jfr. dock *European Contract Principles* Art 4.303 (4). Se härtill Lando & Beale, s 143 f.

uppburits på grund av försäkring eller liknande.[336]

43-025 En annan fråga är hur länge hindret måste bestå innan löftesmottagarens/borgenärens rätt att kräva fullgörelse bortfaller.[337] Frågan är varken reglerad i CISG eller köplagen. Beträffande CISG kan noteras att Art 79 (3) i tidigare utkast löd: "*only for the period during which the impediment exists.*" Ordet "*only*" ströks, vilket har ansetts öppna för att borgenärens rätt att kräva fullgörelse kan bortfalla i extrema situationer.[338]

43-026 Enligt grunderna för 24 § 1905 års köplag kunde löftesmottagarens/borgenärens rätt att kräva fullgörelse bortfalla om prestationshindret bestått så länge att prestationen, sedan hindret upphört, framstod som något ekonomiskt sett helt annat än en fullgörelse av det ursprungliga avtalet.[339] Så vitt det kan utläsas ur den magra rättspraxis som finns att tillgå, har bedömningen inte anknutit till lokutionen att fullgörelse "må anses utesluten" sedan prestationshindret upphört att verka. Istället har löftesgivaren/gäldenären befriats från prestationsplikt med en allmän hänvisning till väsentligen förändrade förhållanden.

I NJA 1924 s 115 (*Köpmannen Löfte ./. Ahlafors nya spinneriaktiebolag*) ansågs säljaren skadeståndsskyldig på grund av underlåtenhet att leverera sedan prestationen åter blivit möjlig. I NJA 1925 s 354 (*AB Skandinaviska trådgardinsfabriken ./. Rydboholms AB*) undgick däremot säljaren skadeståndsansvar. Avgörandena är inte helt lätta att särskilja. Bägge fallen rörde hinder mot bomullsimport som inträffade i mitten av 1917 och som upphörde i mitten av 1919. I bägge fallen synes hindret i och för sig ha varit av sådan karaktär att befrielse medgivits så länge hindret varade. Det första fallet rörde avtal ingånget den 19 juli 1917 utan föreskrift om när leveranserna skulle vara fullgjorda; det andra fallet rörde avtal ingångna i augusti och oktober 1916 med bestämd tid inom vilken leveranserna skulle vara fullgjorda. Tydligen har HD i det första fallet ansett att tiden mellan avtalsslut och hindrets upphörande – nära tre år – och de ändrade förhållanden som inträtt däremellan var tillräckliga; i det andra fallet bestod hindret endast i två år, under vilken tidsrymd förhållandena mellan avtalsslut och hindrets upphörande tydligen inte ansågs ha förändrats i tillräcklig mån.

43-027 En bättre regel, med tanke på transaktionskostnaderna *ex post*, vore otvivelaktigt att – oavsett ändrade förhållanden under den tid som hindret varat – låta skyldigheten att fullgöra kvarstå intill dess löftesmotta-

[336] Se Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll Art 79 Rn 53. Jfr. Hellner, *Köprätt*, s 93. Se även beträffande *stellvertretendes commodum* 42-031 ovan.
[337] Jfr. 42-034 f ovan.
[338] Se Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 49.
[339] Se Almén & Eklund, § 24 vid not 101i.

garen/borgenären häver avtalet. En alldeles onödig oklarhet i rättsläget tillskapas om parternas rättigheter och skyldigheter blir avhängiga av en på oklara billighetssynpunkter grundad bedömning *in casu* avseende graden av ändrade förhållanden. Därtill offras löftesmottagarens/borgenärens intresse av att få fullgörelse; ett intresse som kan ha förstärkts på grund av de ändrade förhållandena.

4.3.1.5 Kontrollansvarsregeln och partiella prestationshinder

43-028 Kontrollansvarsregeln torde kunna tillämpas även när prestationen endast delvis förhindras.[340]

43-029 I detta sammanhang bör nämnas fall där löftesgivaren/säljaren har förmåga att fullt ut uppfylla en del av de ingångna avtalen. De övriga avtalen kommer då endast delvis eller inte alls att kunna uppfyllas. I denna situation uppkommer frågan om löftesgivaren/säljaren skall proratera sina otillräckliga resurser på alla avtal så att ett partiellt prestationshinder kan sägas ha uppstått eller om han skall prioritera några avtal och helt underlåta att fullgöra andra. Den allmänna uppfattningen synes vara att löftesgivaren/säljaren skall proratera fullgörelsen.[341] En skyldighet att proratera synes ha ålegat säljaren även enligt 24 § 1905 års köplag.[342]

43-030 Från praxis kan nämnas NJA 1920 s 175 (*Carl Wigén ./. Oscar Wigén AB*).[343]

> I avgörandet befriades säljaren från skadeståndsansvar på grund av klausulen "under förbehåll att beställda råvaror...i rätt tid komma bolaget till handa samt att dylika, som eventuellt ytterligare behövas, kunna anskaffas till mot varans försäljningspris svarande kostnad." Fallet rörde importsvårigheter av bisamskinn orsakade av "det allmänna läget under världskriget". Bisamskinn ansågs inte kunna anskaffas till ett mot varans försäljningspris svarande inköpspris. Tydligen hade säljaren en viss mängd bisamskinn i lager. Han ansågs ha agerat riktigt när han proraterat denna mängd mellan olika köpare.

43-031 I NJA 1938 s 365 (*I. Olausson i Klädesholmen et al. ./. AB Bröderna Ameln*) uppkom fråga huruvida en löftesgivare/säljare, som hade

[340] Partiella prestationshinder är dock inte uttryckligen omtalade i CISG Art 79. Se Honnold, s 548 ff och Bianca & Bonell/Tallon, s 588. Jfr. Bergem & Rognlien, s 669 och Lookofsky, 27 Sc.St.L., s 107 (1983) på s 118 f. Beträffande partiella prestationshinder se även Lando & Beale, s 144 angående *European Contract Principles* Art 3.108.

[341] Se Ramberg, *Köprätt,* s 353 ff och Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll Rn 31. Jfr. 42-052 ovan.

[342] Se Almén & Eklund, § 24 not 66. Jfr. Nørager-Nielsen & Theilgaard, s 370 ff.

[343] Se även SvJT 1943 rf s 15. Jfr. dock Rt 1970 s 1059 ("*Knutelin-domen*").

behov av varan (islandssill) även för egen del, var berättigad att tilldela sig själv en kvotdel. HD besvarade frågan nekande. Enligt Ramberg bör säljaren ha rätt att delta i prorateringen om han har behov av varan för den egna verksamheten och kan styrka att hans beställning från sin leverantör i bakre led avsett även egna behov.[344] För egen del finner jag denna ståndpunkt svår att *de lege lata* förena med aktivitetsrekvisitets krav att löftesgivaren/säljaren för att undgå ansvar inte skäligen skall kunna övervinna (det partiella) prestationshindret. Innebörden av aktivitetsrekvisitet torde vara att säljaren är skyldig att avstå från den del av de varor som han har fått tillgång till även om han bevisligen avsett att använda denna del för egen räkning. En annan sak är att riskallokeringen i den utsträckning som den beror av aktivitetsrekvisitet ofta är svår att förena med värdemaximeringsprincipen.[345]

4.3.2 Kontrollrekvisitet

4.3.2.1 Kontrollrekvisitet och möjligheten att förebygga risken

43-032 Kontrollansvarsregeln uppställer som en första nödvändig betingelse för att löftesgivaren/gäldenären skall komma i åtnjutande av ansvarsbefrielse att ett prestationshinder utanför hans kontroll föreligger.

43-033 Om hindret anses ligga inom hans kontroll, gäller omvänt att han är skadeståndsskyldig. Det är därför av stor betydelse att kunna avgöra huruvida hindret ligger innanför eller utanför gäldenärens kontroll. Frågan är om något eller några generella kriterier låter sig uppställas eller om bedömningen måste bli kasuistisk.

43-034 Tallon har som ett generellt kriterium för att avgöra om ett prestationshinder skall anses ligga innanför eller utanför löftesgivarens/gäldenärens kontroll föreslagit att hindret måste vara utifrån kommande; hindret skall vara "*extraneous to the activity of the defaulting party*".[346] Om hindret har något att göra med löftesgivarens/gäldenärens verksamhet, skall hindret således anses ligga inom hans kontroll. Utifrån kommande hinder beror typiskt sett på sådana händelser som traditionellt betraktats som *force majeure* och *fait du prince*, såsom embargo, blockad, krig samt ex-

[344] Se Ramberg, *Köplagen*, s 356. Jfr. Nørager-Nielsen & Theilgaard, s 372 och UCC § 2-615 (c). Jfr. dock Rt 1970 s 1059 ("*Knutelin-domen*").
[345] Se närmare avsnitt 4.3.4.5.
[346] Bianca & Bonell/Tallon, s. 579. Se även Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 17.

portförbud och vägrade licenser.[347] Även vissa *acts of man*, såsom strejk, stöld[348] och av människor framkallade olyckshändelser kan betraktas som hinder utanför löftesgivarens/gäldenärens kontroll.[349] På grund av kravet att hindret skall vara utifrån kommande anses en köpares betalningssvårigheter inte ligga utanför dennes kontroll annat än när betalning hindras av en utifrån kommande händelse, exempelvis en rättsstridig konfiskation av köparens egendom på grund av statskupp.[350]

43-035 Att avgöra huruvida en händelse är utifrån kommande eller ej ger utrymme för godtycke. Skall exempelvis en stöld som förövats av en anställd betraktas som en utifrån kommande eller inifrån kommande händelse? Skall en vägrad licens eller ett exportförbud betraktas som en utifrån kommande händelse även om säljaren är ett statligt företag?[351] Krävs det i det senare fallet att det statliga företaget är en separat juridisk person, skild från den ägande staten, för att hindret skall anses utifrån kommande? Frågorna är många och det är, som Tallon säger, omöjligt att räkna upp alla de händelser som i princip kan anses utgöra hinder utanför gäldenärens kontroll.[352]

43-036 Att händelsen kan sägas vara utifrån kommande kan väl anses vara en nödvändig betingelse för att kontrollrekvisitet skall vara uppfyllt, men det torde inte vara en tillräcklig betingelse. Stoll har som kriterium

[347] Bianca & Bonell/Tallon, s 583.

[348] Se Sandvik, s 107 f med vidare hänvisningar beträffande synen på stöld som befrielsegrund.

[349] Bianca & Bonell/Tallon, s 584.

[350] Bianca & Bonell/Tallon, s 583.

[351] Hjerner yttrar att en objektivt betingad riskfördelning efter identifikation här vore att föredra, så att en medlem av ett visst kollektiv anses närmare att bära risken för en åtgärd som vidtagits i hela kollektivets intresse. Hjerner, *Om köp av bestämt gods*, s 294. Jfr. SOU 1976:66 s 246 med vidare hänvisningar. Frågan om ansvarsbefrielse skall medges för statliga företag när fullgörelse hindras på grund av vägrade licenser har ställts i ett antal internationella skiljeavgöranden, varav det mest bekanta torde vara *Czarnikow Ltd. v. Centrala Handlu Zagranieznego Rolimpex*, Lloyd's Rep. 2 (1978) 305. Fråga var där om den polska statens exportorgan, Rolimpex, kunde undgå ansvar för bristande fullgörelse av sockerleverans, när den polska staten beslutat återkalla exportlicenser på grund av en befarad inhemsk sockerbrist. Rolimpex undgick ansvar, eftersom en i kontraktet intagen force majeure-klausul uttryckligen nämnde "*government intervention*" som en ansvarsbefriande händelse. Köparen, Czarnikow, gjorde utan framgång gällande att Rolimpex och den polska staten konspirerat om att återkalla exportlicenserna och att detta borde utesluta ansvarsbefrielse. Liknande konspirationsinvändningar har dock i andra sammanhang föranlett en skiljenämnd att vägra ansvarsbefrielse; se ICC Case No. 3099/3100 (1979), 7 Y.B. Comm.Arb 87 (1982). Beträffande Rolimpex-fallet, se vidare Becker, 10 N.Y.U.J Int.L. & Pol., s 447 (1978).

[352] Bianca & Bonell/Tallon, s 583.

föreslagit att hindret skall anses ligga inom gäldenärens kontroll om han rimligen – dvs genom "*zumutbare Maßnahmen*"[353] – kunde ha förebyggt orsaken till hindret. Prestationshinder på grund av exempelvis sabotage skulle därför i regel anses ligga utanför gäldenärens kontroll.[354]

43-037 Stolls kriterium förefaller ha stöd i motiven till den svenska köplagen. Det avgörande för om ett hinder skall anses ligga utanför säljarens kontroll är om "hindret beror på omständigheter som i princip är kontrollerbara".[355] I motiven förekommer en exemplifiering av omständigheter innanför respektive utanför kontroll.[356] Där anges således att löftesgivarens/gäldenärens egna ekonomiska förhållanden ligger inom hans kontrollsfär. Undantag finns dock. Som exempel nämns att en löftesgivare/säljare, vars förberedelser för fullgörelse hindras på grund av en bankstrejk, som medför avbrott i betalnings- och finansieringsrörelsen, kan befrias från skadeståndsansvar, eftersom orsaken till hindret ligger utanför hans kontroll. I motiven anges också att omständigheter som rör gäldenärens anställda typiskt sett ligger inom gäldenärens kontrollsfär, men att strejk *kan* vara ett undantag.[357]

43-038 Förhållanden som direkt eller indirekt kan hänföras till löftesgivarens/gäldenärens egna åtgärder och verksamhet ligger innanför hans kontroll. Att tekniska störningar förekommer, att produktionskapaciteten slår fel och att brand förekommer är allt exempel på hinder som beror av omständigheter som kan vara kontrollerbara. Det antyds i motiven att brand på grund av kortslutning i el-systemet skulle ligga innanför löftesgivarens/säljarens kontroll, medan brand på grund av pyromandåd skulle ligga utanför hans kontroll. Det är möjligt att detta ofta är riktigt, men det avgörande måste vara om löftesgivaren/gäldenären rimligen kunde ha förebyggt branden. I det enskilda fallet kan det visa sig att kortslutningen inte hade gått att förebygga, men att det varit möjligt att förebygga pyromandådet, t ex genom att anordna bättre bevakning i synnerhet om det på

[353] Jfr. beträffande *Unzumutbarkeit* 42-116.

[354] Se Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 20. Jfr. Hellner, *Kontrollansvaret*, s 129 f och den där förda diskussionen om Rabels "*Sphärentheorie*" som utgångspunkt för förståelsen av kontrollrekvisitet. Jfr. Neumayer & Ming, s 520. Sandvik framhåller häremot att denna teori leder tankarna i rätt riktning, men att den torde sakna någon större relevans för förståelsen av kontrollrekvisitet, bl a därför att kontrollansvaret enligt honom utgår från betydligt vidare kontrollsfärer än vad som skulle följa av sfärteorin. Sandvik, s 56 f.

[355] Prop 1988/89:76 s 110. Se även Bergem & Rognlien, s153 och Krüger, *Kjøpsrett*, s 331.

[356] Exemplen nämns i Prop 1988/89:76 s 110 f.

[357] Se avsnitt 2.5.2 om risken för strejk.

säljarens ort är bekant att en pyroman härjar.[358] Enbart det förhållandet att pyromandådet till skillnad från en kortslutning kan karakteriseras som utifrån kommande bör inte vara tillräckligt för att motivera ansvarsbefrielse.[359]

43-039 Det av Stoll föreslagna kriteriet synes förutsätta en skälighetsprövning.[360] Frågan är ju om gäldenären genom "*zumutbare Maßnahmen*" kunde ha förebyggt orsaken till hindret. Uttryckssättet leder tankarna till det uppluckrade omöjlighetsbegrepp som vi stött på i det föregående.

43-040 Kontrollansvarsregelns ordalydelse ger inget stöd för att anlägga en sådan skälighetsaspekt på kontrollrekvisitet (till skillnad mot övriga två rekvisit). En sådan skälighetsprövning torde ändå behöva företas; om inte någon hänsyn tas till kostnaderna för att förebygga, så kan säkerligen de flesta prestationshinder sägas vara möjliga att förebygga. En skälighetsprövning kan grundas på kontrollansvarsregelns utgångspunkt i den genomsnittliga partsviljan. Intuitivt förefaller det riktigt att löftesgivaren/gäldenären i regel bör vara villigare än löftesmottagaren/borgenären att bära de risker som löftesgivaren/gäldenären kan förebygga. Men om förebyggandet kräver kostnader som inte står i proportion till riskens värde, är möjligheten att förebygga inte ett lika övertygande kriterium för riskallokering.

43-041 Det kan med goda skäl hävdas att löftesgivaren/gäldenären bör kunna underlåta att förebygga risken om kostnaderna för förebyggande åtgärder överstiger riskens värde och likväl undgå ansvar enligt kontrollrekvisitet.[361] Så kan kontrollrekvisitet *de lege lata* emellertid knappast uppfattas. Löftesgivaren/gäldenären bär ett vidare gående ansvar, vilket i princip torde motiveras med att valet att förebygga prestationshindret eller att underlåta detta ligger hos löftesgivaren. Han kan visserligen underlåta att förebygga prestationshindret därför att det ter sig för kostsamt. Han bör också allmänt sett underlåta det, om det från samhällsekonomisk synpunkt framstår som suboptimalt att vidta förebyggande åtgärder. Kontrollrekvisitet synes utgå från att det i ett sådant fall därmed inte är sagt att löftesmottagaren/borgenären då istället skall bära risken. Att förebygga eller att inte förebygga är löftesgivarens/gäldenärens val. Det måste vara detta som är kärnan i kontrollrekvisitet.

[358] Se Sandvik, s 106.
[359] För en utförligare diskussion av brand som befrielsegrund, se Sandvik, s 63 ff med vidare hänvisningar.
[360] Jfr. Lando & Beale, s 143 angående *European Contract Principles* Art 3.108.
[361] Se avsnitt 2.4.3 angående *Learned Hand*-formeln. Se även 44-052 ff nedan.

43-041a Hur stora ekonomiska uppoffringar som rimligen kan krävas borde kunna bestämmas med samma analytiska utgångspunkt som vid en prövning av huruvida löftesgivaren/gäldenären skäligen borde ha övervunnit hindret. När de förebyggande åtgärderna således skulle ha varit så kostsamma att avtalet skulle ge upphov till en nettoförlust av värde om risken förebyggdes, bör prestationshindret generellt anses ligga utanför löftesgivarens/gäldenärens kontroll.[362]

43-042 Om detta är riktigt kvarstår frågan vad som skall förebyggas. Är det risken för prestationshindret som sådant eller är det också dess konsekvenser?

43-043 Med utgångspunkt i denna frågeställning kan kontrollrekvisitet ges en av två alternativa bestämningar:

(i) Om löftesgivaren/gäldenären (rimligen) kunde ha förebyggt *hindret*, skall hindret anses ligga innanför hans kontroll.

(ii) Om löftesgivaren/gäldenären (rimligen) kunde ha förebyggt hindret eller dess *konsekvenser*, skall hindret anses ligga innanför hans kontroll.[363]

43-044 Om kontrollrekvisitet bestäms enligt den första möjligheten, koncentreras uppmärksamheten på karaktären av hindret som sådant. Det får då stor betydelse att avgöra huruvida hindret är utifrån kommande. Ett importförbud som leder till brist på komponenter eller råvaror kan med denna bestämning av kontrollrekvisitet anses vara ett hinder utanför säljarens kontroll. Om kontrollrekvisitet bestäms på detta sätt, har det ingen betydelse att löftesgivaren/säljaren kunde ha förhindrat importförbudets konsekvenser, t ex genom att säkerställa att ett tillräckligt lager av nödvändiga komponenter eller råvaror alltid innehades. Om löftesgivaren/säljaren inte skäligen kunde förväntas ha räknat med hindret vid köpet undgår han ansvar, eftersom konsekvenserna av hindret i det givna exemplet inte skäligen kan undvikas sedan hindret väl uppstått. Det är ju rättsligt omöjligt att importera.

43-045 Om kontrollrekvisitet bestäms på det alternativa och vidare sättet, koncentreras uppmärksamheten på hindrets verkningar. Att orsaken till hindret kommer utifrån har inte någon principiell betydelse för möjlig-

[362] Se 24-030 ovan. Jfr. beträffande aktivitetsrekvisitet avsnitt 4.3.4.5.

[363] Detta är något annat än det krav som följer av aktivitetsrekvisitet, enligt vilket löftesgivaren/gäldenären skall försöka undvika hindrets konsekvenser sedan väl hindret uppstått. Se avsnitt 4.3.4.1.

heterna att undgå skadeståndsansvar.[364] Det är möjligt att förebygga råvarubrist även om den orsakats av ett importförbud. Denna bestämning av kontrollrekvisitet har dock föga stöd i motiven, där det tvärt om framhålls att ett allmänt importförbud för ett visst ämne, som gör att köpet inte kan genomföras, i princip utgör en befrielsegrund, eftersom det är fråga om ett förhållande utanför löftesgivarens/säljarens kontroll.[365] Men å andra sidan framhålls att löftesgivaren/säljaren bör bygga upp ett lager som är tillräckligt för att han skall kunna möta tillfälliga leveransproblem.[366]

43-046 Valet mellan den snävare och den vidare bestämningen av kontrollrekvisitet får otvivelaktigt störst betydelse när det gäller omfattningen av löftesgivarens/säljarens skyldighet att hålla lager.

43-047 Avgörandet i SvJT 1918 rf s 57[367] (*Eriksson ./. Kolafabrikören Mellqvist*) är väl ägnat att belysa skillnaden mellan 1905 års köplag och kontrollansvarsregeln i detta hänseende.

> Det gällde här köp av viss mängd kolakarameller att levereras successivt *i mån av köparens behov* under 1916. Under hösten 1916 reglerades sockerförbrukningen och industrin tilldelades endast 50% av tidigare förbrukning. Säljaren tillskrev köparen och förklarade sig endast kunna fullgöra hälften av återstående leveranser. Köparen godtog inte en sådan minskning av leveransskyldigheten. HovR:n ansåg dock att säljaren hade rätt till den begärda minskningen av leveranserna. HovR:n synes ha fäst sig vid att säljaren själv skulle tillverka kolakaramellerna och att köparen ej ens påstått att säljaren skulle ha tillgång till en större sockermängd än han uppgivit eller att han innehaft lager av socker eller färdiga kolakarameller.

43-048 Det framgår inte av referatet huruvida säljaren med den tilldelade sockerförbrukningen skulle ha haft några svårigheter att fullgöra redan ingångna avtal och låta den reducerade sockertillgången gå ut över framtida transaktioner. Säljaren behövde inte ens visa att hans sockerlager var slut eller att han saknade möjlighet att skaffa socker till fullgörande av de återstående leveranserna. Avtalet ingicks den 5 mars 1916 mitt under det första världskriget och sockerregleringen infördes under hösten samma år. Risken för ett myndighetsingripande kan inte ha varit helt avlägsen. Detta förhållande kommenteras inte enligt vad som framgår av referatet.

[364] Jfr. Prop 1988/89:76 s 109.
[365] Prop 1988/89:76 s 111.
[366] Se Prop 1988/89:76 s 112.
[367] Fallet har ansetts vara att bedöma enligt 24 § 1905 års köplag. Se Almén & Eklund, § 24 not 50a.

Vi får inte heller veta något om hur dyrt det hade varit att lägga upp ett sockerlager.[368]

43-049 Med den vidare bestämningen av kontrollrekvisitet får undersökas huruvida säljaren kunde ha förebyggt att sockerransoneringen skulle hindra fullgörelse. En utgångspunkt för denna undersökning är att säljaren ansvarar för det sätt på vilket verksamheten har organiserats.[369] Det bör således vara befogat att fråga huruvida säljaren skall ansvara för att verksamheten är så organiserad att tillräckliga lager finns för att ingångna avtal skall kunna fullgöras.

43-050 Om säljaren anses ha ett sådant ansvar och ett tillräckligt stort lager faktiskt hålls, så uppkommer givetvis större kostnader än vad som skulle bli fallet om säljaren slapp hålla lager. Priskonkurrensen avgör om säljaren helt eller delvis kan vältra över kostnaderna för detta på köparen. Förhållandet att säljaren bär ansvar för att ett tillräckligt lager finns, innebär emellertid inte att han faktiskt *måste* hålla ett sådant lager. Om säljaren ingår avtal utan att ha säkrat råvarutillgången, måste rimligen anses att han – och inte köparen – tagit en risk. Om säljaren inte vill bära denna risk är det rimligt att begära av säljaren att han fäster köparens uppmärksamhet på de risker som är förenade med den för honom billigare lagerhållningspolicyn och friskriver sig från ansvar i händelse råvarutillgången skulle stoppas på grund av någon utifrån kommande händelse.[370] Köparen kan då välja huruvida han vill ta denna risk (som klart ligger utanför hans kontroll) eller om han vill ingå ett mindre riskabelt avtal, vilket typiskt sett torde ske till ett högre pris.

43-051 Enligt detta synsätt skulle kolafabrikören Mellqvist ha kunnat undgå ansvar endast om kolaköparen Eriksson meddelat sitt årsbehov i ett så sent skede att ransoneringen skulle ha hindrat Mellqvist från att skaffa ett tillräckligt lager.

43-052 Enligt motiven skall dock en principiell skillnad göras mellan å ena sidan fall där råvarubristen beror på att säljaren underlåtit att tillförsäkra sig om råvaruleveranser från tredje man eller leveranserna uteblir på grund av kontraktsbrott begångna av tredje man och å andra sidan råvarubrist som uppstår trots att sådana leveransavtal har slutits med leverantörer

[368] Möjligheten finns att uppbyggande av ett lager hade betraktats som illojal hamstring – något som i sådant fall vore att jämställa med rättslig omöjlighet.
[369] Prop 1988/89:76 s 111.
[370] Se dock Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 30.

som inte begått kontraktsbrott.[371] Det senare skulle ju ha gällt i *Eriksson ./. Kolafabrikören Mellqvist*. Inte ens om säljaren hade slutit avtal om löpande sockerleveranser från raffinaderier eller andra leverantörer under hela 1916, skulle han ha haft tillgång till råvaran. Enligt det synsätt som framkommer i motiven skall således prestationshindret anses ligga utanför kolafabrikören Mellqvists kontroll, eftersom hindret berott på en sockerransonering. Vi måste då pröva huruvida oförutsebarhetsrekvisitet är uppfyllt.

43-053 Enligt min uppfattning är den vidare bestämningen av kontrollrekvisitet förenlig med lagtexten. Den är också bättre ägnad att reducera transaktionskostnaderna *ex post* och mer logisk än den alternativa, snävare bestämningen.

43-054 Den vidare bestämningen är bättre ägnad att reducera transaktionskostnaderna *ex post*, eftersom det inte blir nödvändigt att utreda komplexa orsaksförhållanden bakom inträffade prestationshinder. Det blir således enklare att med den vidare bestämningen av kontrollrekvisitet avgöra fall där köpet inte kan genomföras på grund av ett flertal samverkande orsaker, exempelvis när orsaken kan anses hänförlig till både säljarens val att organisera sin verksamhet på ett billigt sätt – genom att t ex hålla små lager – och inträdet av ett allmänt importförbud eller en ransonering.[372]

43-055 Intresset att minimera transaktionskostnaderna *ex post* låter sig här förenas med önskemålet att uppnå en värdemaximerande riskallokering *ex ante*: Några samhällsekonomiska argument för att låta köparen bära risken för utebliven leverans bara för att säljaren vill bespara sig lagerhållningskostnader synes inte kunna anföras, snarare tvärt om.

43-056 Enligt den snävare bestämningen av kontrollrekvisitet krävs inte någon aktivitet av gäldenären innan hindret inträffat (förutsatt givetvis att hindret inte var förutsebart när avtalet ingicks). Enligt aktivitetsrekvisitet krävs däremot ett betydande mått av ansträngningar för att undvika konsekvenserna av ett vid avtalstidpunkten oförutsebart och utom kontroll liggande hinder sedan hindret väl inträffat! Detta förhållande inrymmer enligt min uppfattning en bristande logik. Detta logiska problem undanröjs

[371] Prop 1988/89:76 s 111. Jfr. Krüger, *Kjøpsrett*, s 188, med uttalandet att tyngdpunkten i bedömningen av hinder bestående i varuknapphet sannolikt "*vil ligge på den praktiske vurdering av selgerens egen planlegning i forholdet, særlig når det kan være tvil om hvorvidt problemene burde vært tatt i betraktning på avtaletiden.*"

[372] Jfr. dock Stoll, enligt vilken Art 79 fordrar att den omständighet som medför ansvarsbefrielse är den enda och uteslutande orsaken till icke-uppfyllelse; Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 26. Jfr. även Bianca & Bonell/Tallon, s 584.

om kontrollrekvisitet bestäms enligt det vidare alternativet.[373]

43-057 I åtminstone ett HD-avgörande har ett kontrollrekvisit i en force majeure-klausul givits den här förordade vidare innebörden. Avgörandet, NJA 1942 s 130 (*AB Textilfabriken Mercur ./. Sjöberg AB*), gällde säljarens skyldighet att hålla ett lager som var tillräckligt stort för att ingångna avtal skulle kunna uppfyllas. HD tog inget intryck av säljarens ståndpunkt att det inte borde krävas en mer omfattande lagerhållning än vad som vore förenligt med en god ekonomi.[374] Avgörandet kan tolkas som att säljaren givits en valrätt att hålla mindre lager mot risk för skadeståndsskyldighet.[375]

4.3.2.2 Kontrollrekvisitet och tredje man

43-058 Såsom ovan framhållits skall sådant som kan hänföras till löftesgivarens/gäldenärens egna åtgärder och verksamhet anses ligga innanför hans kontroll. Löftesgivaren/gäldenären svarar emellertid på samma sätt för tredje man som han anlitat för att helt eller delvis fullgöra köpet, leverantörer och andra i tidigare säljled.[376] Att ansvaret är utsträckt på detta sätt kan motiveras enligt följande.

43-059 Om löftesgivaren/gäldenären är beroende av tredje man för att kunna fullgöra avtalet, har han valt att organisera sin verksamhet på ett sätt som utsätter honom för risken att tredje man inte uppfyller sitt avtal. Han kanske inte kan förebygga att en risk realiseras hos tredje man, men han kan väl förebygga risken genom att välja en annan organisationsform för

[373] Ett annat sätt att uppnå en bättre logisk konsistens mellan kontrollansvarsregelns olika rekvisit vore annars att i aktivitetsrekvisitet inläsa ett krav på aktivitet innan risken realiseras. Så torde också delvis ske. Se Prop 1988/89;76 s 112 och Ramberg, *Köplagen*, s 352 beträffande aktivitetsplikt när hinder kan förutses först efter avtalsslutet, men före avlämnandet.

[374] Jfr. dock Ramberg, *Köplagen*, s 352 med uttalandet att det från allmän synpunkt inte finns skäl att kräva att säljaren skall gardera sig mot oförutsebara risker genom en ovanligt omfattande lagerhållning. Se även Bergem & Rognlien, s 156. Detta är otvivelaktigt riktigt, men utgör inte något argument för att risken i dessa fall istället skall bäras av köparen i så måtto att han inte får rätt till skadestånd.

[375] En annan möjlig tolkning är att HD ansett att något hinder mot rättidig leverans ej förelåg. Se även NJA 1892 s 223, där utebliven leverans av trävaror på grund av förlisning av fartyg inte ansågs orsakad av händelse "utom afskepparens kontroll". Jfr. dock NJA 1951 s 600, där ett kontrollrekvisit i en force majeure-klausul tolkades så att dröjsmål orsakat av en underleverantör (vilket i sin tur orsakat förseningar hos en undertillverkare till denne) ansågs ligga utanför säljarens kontroll. HovR:n, vars dom fastställdes av HD, fann att culpa ej låg säljaren till last. Avgörandet torde med hänsyn till lydelsen av 27 § 2 st köplagen nu helt sakna prejudikatvärde.

[376] Se även 44-058 ff ovan.

sin verksamhet; det vill säga ytterst välja en ökad grad av integration. Det är löftesgivaren/gäldenären som kan välja att anlita tredje man – i regel därför att det är ekonomiskt fördelaktigt, får man förmoda – eller att låta bli och producera den efterfrågade nyttigheten inom sin egen organisation. Löftesgivaren/gäldenären bör därför inte kunna uppnå några fördelar i riskhänseende genom att organisera sin verksamhet på det ena eller andra sättet.[377] Med hänsyn till löftesgivarens/gäldenärens valmöjlighet är det befogat att i princip utsträcka löftesgivarens/gäldenärens ansvar till att omfatta fullgörelse av tredje mans prestation oavsett vad prestationen går ut på, dvs oavsett om dennes prestation går ut på att fullgöra t ex en tjänst eller avser leveransen av en vara. Det skulle då heller inte vara en tillräcklig betingelse för att undgå ansvar enligt kontrollrekvisitet att löftesgivaren/gäldenären visat tillbörlig omsorg vid val av tredje man.[378] Att på detta sätt utsträcka kontrollrekvisitet skapar också ett incitament att genom regresstalan slutligen placera skadan hos den som givit upphov till den.

43-060 Frågan om löftesgivarens/gäldenärens ansvar för tredje man diskuteras dock ofta som en från kontrollrekvisitet skild frågeställning. Ansvaret för tredje man har också i konventions- och lagtext brutits ut till ett särskilt andra stycke. CISG och köplagen har här skilda lydelser. I CISG Art 79 (2) särregleras ansvaret för tredje man som fått i uppdrag att helt eller delvis fullgöra avtalet.[379] 27 § 2 stycket köplagen nämns härutöver "leverantör som säljaren har anlitat eller någon annan i tidigare säljled." Lydelsen synes utesluta ansvar enligt 27 § 2 st när prestationen uteblivit på grund av att en tredje man som säljaren anlitat brustit vid fullgörelse av en tjänsteprestation. En sådan restriktiv tolkning av stadgandet låter sig emellertid dåligt förenas med det skäl som här antagits ligga bakom säljarens utsträckta ansvar och borde därför vara oriktig.[380]

43-061 De avvikelser som konventionstext och 27 § 2 st köplagen företer med avseende på leverantörer och andra i tidigare säljled torde inte inne-

[377] Se Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 35 och Neumayer & Ming, s 523.

[378] Se dock Sandvik, s 88 f.

[379] För att CISG Art 79 (2) skall kunna tillämpas krävs möjligen att tredje man är medveten om att han skall fullgöra avtalet för löftesgivarens/gäldenärens räkning. Se Cæmmerer & Schelchtriem/Stoll, Rn 36; Neumayer & Ming, s 526 och Bianca & Bonell /Tallon, s 585. En annan ståndpunkt som torde förenkla ifrågakommande tvister är att det skulle vara tillräckligt att säljaren delegerar en del av sin tillverkning till tredje man. Se Honnold, s 544.

[380] Se Hellner, TfR 1991 s 141 på s 157 ff. Se även Sandvik, s 84 och Hagstrøm, TfR 1995 s 561 på s 566 f, den senare med ståndpunkten att tillämpligheten av CISG Art 79 (2) är begränsad till s k substitut. Beträffande substitut se 44-059 not 664.

bära att någon saklig skillnad föreligger mellan CISG och köplagen.[381] Avvikelsen från konventionstexten i 27 § 2 st köplagen kan därför tyckas vara opåkallad. Talet om ansvar för leverantörer blir också oklart, när som i motiven framhålls att en leverantör av elström inte skall betraktas som leverantör.[382] Det har hävdats att detta undantag från det generella ansvar som stipuleras i 27 § 2 st måste bero på att CISG Art 2 f) utesluter el-leveranser från konventionens tillämplighet.[383] Inte heller köplagen torde vara tillämplig på el-leveranser.[384] Om denna förklaring vore riktig tyder det närmast på att lagstiftaren avsett att 27 § 2 st av någon anledning skulle tolkas restriktivt. Förklaringen är emellertid ologisk, eftersom det då skulle ha funnits lika stor anledning att uttryckligen undanta även andra tjänster på vilka ju CISG och köplagen är lika litet tillämpliga. Förklaringen torde snarare ligga i själva avfattningen av 27 § 2 st, vilken gör det nödvändigt att förklara att vissa leverantörer (t ex en leverantör av elektricitet) inte skall betraktas som leverantörer, så att löftesgivaren/säljaren skall kunna undgå ansvar på grund av leveranshinder som säljaren rent praktiskt inte kunnat förebygga. En avfattning av 27 § 2 st i enlighet med CISG Art 79 (2) skulle ha tillåtit en förenkling; löftesgivaren/säljaren kan undgå ansvar vid prestationshinder på grund av elavbrott därför att han i regel inte kan förebygga händelsen eller dess konsekvenser.[385] I samband med att elmarknaden avregleras kan det möjligen finnas skäl att ompröva huruvida el-leveranser bör inta denna särställning. Om ett flertal el-leverantörer finns att tillgå på marknaden kan ju hävdas att säljaren kunde ha valt en annan och bättre el-leverantör.

43-062 Det antagna syftet bakom det utsträckta ansvaret – att förhindra att löftesgivaren/gäldenären skall kunna uppnå fördelar genom att organisera sin verksamhet på det ena eller andra sättet – gör det också befogat att ifrågasätta huruvida 27 § 2 st bör äga tillämpning när det gäller tredje mans bristande fullgörelse av ett speciesköp. Sevón har i denna fråga hävdat att så inte bör vara fallet, eftersom sådana köp normalt är tillfälliga och icke-professionella och därför inte ingår i en produktions- eller distributionskedja.[386] Enligt min uppfattning saknas skäl att göra något så-

[381] Se Ramberg, *Köplagen*, s 358 f. Jfr. Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 38.
[382] Prop 1988/89:76 s 115.
[383] Se Sandvik, s 85 not 238.
[384] Ramberg, *Köplagen*, s 137.
[385] I vissa särpräglade fall kan en investering i ett reservaggregat vara en tillräcklig åtgärd för att undvika el-avbrottets konsekvenser. Löftesgivaren/säljaren bör i ett sådant fall inte kunna undgå ansvar.
[386] Se Sevón, & al., s 125. Se även Sandvik, s 86.

dant undantag för speciesköp. Det avgörande bör vara löftesgivarens/säljarens lagligen givna möjligheter att föra en regresstalan mot den tredje mannen.

43-063 Löftesgivaren/gäldenären kan undgå det ansvar för tredje man som avses i CISG Art. 79 (2) och 27 § 2 st köplagen endast om han vad gäller de egna möjligheterna att fullgöra kan visa att samtliga rekvisit i kontrollansvarsregelns första stycke är uppfyllda beträffande honom själv *och* att tredje man på samma sätt hindrats från att kunna fullgöra. Gäldenärens ansvar för tredje man som omfattas i CISG Art. 79 (2) och 27 § 2 st köplagen har därför i svensk doktrin betecknats som "dubbel force majeure".[387]

43-064 Frågan om säljarens ansvar för underleverantör har i viss mån i viss mån prövats enligt 24 § 1905 års köplag i NJA 1970 s 478 (*Kodinrakentaja Oy ./. Skandinaviska Träimport AB*).

> Målet gällde frågan om säljarens ansvar för prestationshinder på grund av uteblivna leveranser från en underleverantör av abachiträ. Det aktuella träslaget lär förekomma uteslutande i den tropiska zonen av västra Afrika – huvudsakligen i Elfenbenskusten och i Nigeria. Det uppgavs i målet att för den kvalitet som avtalats fanns de bästa produktionsplatserna i Elfenbenskusten. Det uppgavs vidare att abachiträ var mycket känsligt och att det inte kunde lagras under någon längre tid. Det avtalade virkespartiet fanns inte i lager hos säljaren utan måste inköpas i Elfenbenskusten. Leveransen därifrån hindrades av en exceptionellt lång och häftig regntid; det hade blivit omöjligt att forsla virket från skogarna till sågverken och därifrån till utskeppningshamnen. Fråga var huvudsakligen huruvida säljaren friskrivit sig för händelsen av uteblivna leveranser från underleverantören. Frågan om ansvarsbefrielse enligt 24 § 1905 års köplag berördes föga. Domstolarna gick inte in på en prövning huruvida hindret borde ha förutsetts. HD yttrade endast att säljaren inte visat att förutsättningar förelåg för att tillämpa 24 § i 1905 års köplag.

43-065 Säljarens uppgift i målet om att virket inte kunde lagras under någon längre tid bestreds ej. Säljaren kan alltså inte antas ha haft någon möjlighet att förebygga risken genom att hålla virket i lager. Hindret måste

[387] Se t ex Ramberg, *Köplagen*, s 346. Enligt min uppfattning är denna beteckning olämplig. Beteckningen leder tankarna till det traditionella force majeure-begreppet, vilket inte tjänar klarhetens intresse. Jfr. Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll Art 79 Rn 55. Se även 43-185 nedan. Beteckningen skapar också ett oriktigt intryck av att det i dessa fall är fråga om en ansvarsskärpning, snarare än om ett förtydligande av kontrollrekvisitets innebörd. Se dock Prop 1988/89:76 s 114. Jfr. Ramberg, *Köplagen*, s 359 och Bergem & Rognlien, s 159. Jfr. även Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 35, där CISG Art 79 (2) betecknas som innebärande "*eine Haftungsverschärfung, mindestens im Sinne einer Klarstellung.*"

därför anses ha legat utanför säljarens kontroll. Huruvida säljaren skall undgå ansvar enligt kontrollansvarsregeln kommer därvid att vara beroende av oförutsebarhetsrekvisitet och aktivitetsrekvisitet.[388]

43-066 Enligt motiven skall 27 § 2 st köplagen endast tillämpas när löftesgivaren/säljaren anlitat tredje man. En särpräglad situation uppstår därför när löftesmottagaren/borgenären anvisar att löftesgivaren/gäldenären skall anlita en viss tredje man. Enligt motiven får frågan om löftesgivaren/säljaren anlitat den av löftesmottagaren/köparen anvisade tredje mannen avgöras med hänsyn till avtalets innehåll och omständigheterna i övrigt; om en bestämd tredje man anvisats i löftesmottagarens/köparens intresse skulle 27 § 2 st i allmänhet inte vara tillämpligt.[389]

43-067 Frågan är då om löftesgivarens/gäldenärens kontrollsfär skall utsträckas till att omfatta den anvisade tredje mannen eller om ett avtalsbrott, begånget av den anvisade tredje mannen, generellt skall anses ligga utanför löftesgivarens/gäldenärens kontroll. Goda skäl kan anföras för att det senare bör anses vara fallet.[390] Intresset bakom att utsträcka löftesgivarens/gäldenärens ansvar till tredje man är att inte tillåta honom att komma i en bättre position än om han anlitat egen personal. I detta fall är emellertid frågan snarast huruvida löftesmottagaren/borgenären skall kunna ställa löftesgivaren/gäldenären i en sämre situation genom att denne hindras från att anlita egen personal eller en annan tredje man, som han tror är mer tillförlitlig. Löftesgivaren/gäldenären har här inte några möjligheter att förebygga risken genom att välja en annan organisation eller tredje man. Det kan visserligen hävdas att löftesgivaren/gäldenären accepterat att fullgöra avtalet med utnyttjande av den anvisade tredje mannen[391], men detta innebär inte att han är närmare att bära risken för kontraktsbrott begångna av denne. Det kan tyckas vara rimligare att i dessa fall begära av löftesmottagaren/borgenären att han klargör att löftesgivaren/gäldenären skall ansvara, därest löftesmottagaren/borgenären inte själv vill bära risken för dröjsmål som förorsakats av den av honom anvisade tredje mannen.

43-068 Icke desto mindre bör löftesgivaren/gäldenären ansvara enligt regeln i 27 § 2 st även i dessa fall. Det ovan anförda motivuttalandet ger, som Ramberg konstaterat, uttryck för en värdering som är oförenlig med

[388] Jfr. Sandvik, s 95.
[389] Se Prop 1988:89:76 s 115. Se även Sandvik, s 82.
[390] Se Neumayer & Ming, s 524. Jfr. Håstad, s 62. Se dock Hellner & Ramberg, s 157; Ramberg, *Köplagen*, s 360 f; Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 37 och Bianca & Bonell/Tallon, s 585.
[391] Se Bianca & Bonell/Tallon, s 585.

lagtextens lydelse.[392] Om intresset av en värdemaximerande riskallokering *ex ante* skall vara styrande för kontrollansvarsregelns tillämpning bör det avgörande i riskallokeringshänseende vara löftesgivarens/gäldenärens möjligheter att föra en regresstalan mot den anvisade tredje mannen.[393] Helt undantagslös kan emellertid inte denna regel vara. Förhållandet att tredje man kan åberopa tvingande ansvarsbegränsningsregler bör kunna föranleda avsteg från den nu rekommenderade utgångspunkten.[394] Löftesgivaren/gäldenären bör också kunna undgå ansvar om den anvisade tredje mannen ingår i samma koncern som löftesmottagaren/borgenären; en regresstalan skulle i ett sådant fall endast vara ett transaktionskostnadskrävande sätt att överföra en skada från ett koncernbolag till ett annat.[395]

43-069 Den nu beskrivna situationen är besläktad med den som uppstår när löftesgivaren/gäldenären är tvungen att anlita en viss tredje man, eftersom denne har monopol. Denna situation skiljer sig från den föregående genom att borgenären inte kan sägas ha försämrat gäldenärens möjligheter att förebygga risken. Den förhärskande uppfattningen synes vara att löftesgivaren/gäldenären här svarar såsom för hinder innanför sin kontroll.[396] Samma överväganden som beträffande ansvaret för en av löftesgivaren/gäldenären anlitad tredje man bör därför här kunna göras.

4.3.2.3 Kontrollrekvisitet och betalningsdröjsmål

43-070 Löftesgivarens/gäldenärens ansvar för betalningsdröjsmål regleras i 57 § 1 st köplagen. Stadgandet har givits en i förhållande till CISG Art 79 och 27 § köplagen avvikande lydelse.

43-071 I 57 § 1 st köplagen har uttrycket "beror på ett hinder utanför...kontroll" utbytts mot "beror på lag, avbrott i den allmänna samfärdseln eller betalningsförmedlingen eller annat liknande hinder." Lagstiftaren har dock knappast avsett att några andra principiella överväganden skall göras beträffande ansvaret för betalningsdröjsmål än i andra fall av dröjsmål. Detta framgår av att uttrycket "annat liknande hinder" enligt

[392] Ramberg, *Köplagen*, s 360.

[393] Se avsnitt 2.4.2. Se även Hellner, *Kontrollansvaret*, s 149. Se dock Bergem & Rognlien, s 162 och Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll Art 79 Rn 35. Jfr. Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 38 och Rn 47 beträffande mellanmans ansvar.

[394] Se 24-017 ovan.

[395] Jfr. Ramberg, *Köplagen*, s 361 och Bianca & Bonell/Tallon, s 585 samt CISG Art 80.

[396] Se Prop 1988/89:76 s 115; Hellner, *Kontrollansvaret*, s 149 f (kritisk); Bergem & Rognlien, s 162; Sandvik, s 82 och Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 37. Se dock Neumayer & Ming, s 530 f. Jfr. dock Rt 1970 s 1059 ("*Knutelin-domen*"). Se härtill Mestad, s 68.

motiven innebär att hindret skall ligga utanför gäldenärens kontroll.[397]

43-072 Anledningen till den från 27 § 1 st köplagen avvikande lydelsen är en önskan att betona parallelliteten med 7 § skuldebrevslagen. Av exemplen i lagtexten påstås framgå att möjligheterna till befrielse från skadeståndsskyldighet på grund av köparens betalningsdröjsmål är mer begränsade än motsvarande befrielsegrunder vid säljarens dröjsmål.[398] Någon skillnad i praktiken kan det emellertid knappast bli, eftersom även säljaren i princip anses kunna kontrollera sina ekonomiska förhållanden.[399] Liksom säljaren kan befrias från skadeståndsskyldighet om fullgörandet hindras av en bankstrejk som medför avbrott i betalnings- och finansieringsrörelsen, måste rimligen köparen i denna situation, om han hindras från att betala, också kunna befrias från skadeståndsansvar.

43-073 Motiven uttalar att köparens möjligheter att undgå skadeståndsansvar vid hinder mot fullgörande av skyldigheter enligt 48 § köplagen – att vidta åtgärder som behövs för att möjliggöra betalning – beror av om hindret är av ett sådant kvalificerat slag som anses framgå av 57 § köplagen.[400] Här finns det enligt min uppfattning än mindre anledning till avvikelse från vad som redan följer av 27 § köplagen.[401]

43-074 I motiven till 57 § 1 st köplagen tycks önskvärdheten av en strikt bedömning av möjligheten till befrielse från skadeståndsansvar vid fullgörande av penningprestationer sammanblandas med förhållandet att hinder utanför löftesgivarens/gäldenärens kontroll i dessa fall oftast är av särskilt kvalificerad art.

43-075 När det gäller den önskade parallelliteten med 7 § skuldebrevslagen är följande att notera. Enligt 7 § 2 st skuldebrevslagen kan skadeståndsansvaret för kursförluster vid betalningsdröjsmål bortfalla om

[397] Prop 1988/89:76 s 171. Jfr. dock Ramberg, *Köplagen*, s 563 som synes vilja beteckna ordalydelsen som innebärande en skärpning i förhållande till 27 §. Den praktiska skillnaden skulle dock inte vara stor; a a, s 564.

[398] Prop 1988/89:76 s 171.

[399] Jfr. Ramberg, *Köplagen*, s 564.

[400] Prop 1988/89:76 s 171.

[401] Köparens medverkansförpliktelser enligt 50 § skall däremot bedömas enligt principerna i 27 § köplagen till vilken 57 § 2 stycket hänvisar. Märkas bör att de medverkansförpliktelser som är underkastade kontrollansvar är specifikt angivna i 50 §. Övriga typer av medverkansförpliktelser – t ex att efter särskilt åtagande hindra viss vidareförsäljning – är ej direkt hänförliga till 57 § 2 st. Enligt Ramberg skulle i stället här ett presumtionsansvar gälla. Se Ramberg, *Köplagen*, s 566 f. Detta innebär en inskränkning av kontrollansvarets tillämpningsområde i förhållande till CISG Art 79 jämförd med Art 60 och 61 och även i förhållande till norsk köprätt (se 51 § (1) i den norska köplagen). Se a a, med hänvisning till Bergem & Rognlien, s 303 och 316.

dröjsmålet beror på "lagbud, avbrott i den allmänna samfärdseln eller liknande oöverstigligt hinder, som gäldenären ej bort ta i beräkning vid skuldebrevets utfärdande".[402] Skadestånd för kursförlust har utgått enligt en analog tillämpning av stadgandet vid dröjsmål med utbetalning av provision[403] och dröjsmål med utbetalning av brandersättning på grund av regler i huvudsak liknade dem som gäller för depositarie.[404] Inget av fallen berörde direkt möjligheterna till befrielse från skadeståndsansvar. I det senare fallet finns emellertid ett uttalande *obiter dictum* av visst intresse i frågan. Det har ifrågasatts huruvida en analog tillämpning av 7 § 2 st skuldebrevslagen borde vara underkastad vissa inskränkningar genom att särskilda förhållanden kan motivera befrielse från ersättningsskyldighet även i andra fall än dem som anges i lagtexten.[405]

43-076 I detta sammanhang bör också nämnas att löftesgivaren/gäldenären inte torde kunna åberopa prestationshinder för att undgå skyldigheten att utge dröjsmålsränta.[406]

4.3.2.4 Kontrollrekvisitet och ansvaret för fel

43-077 Kontrollansvarsregeln är tillämplig inte bara vid dröjsmål utan även vid fel.[407] När det gäller CISG följer detta av bestämmelsens gene-

[402] Se närmare härom Walin, s 68. Se även Mestad, s 125 ff. Jfr. lösningen i 41 § växellagen och 36 § checklagen.

[403] Se NJA 1951 s 444, där Walin i ett särvotum utvecklat bl a kravet på skadans förutsebarhet/adekvans. Något krav på adekvans i strid mot ordalydelsen ansågs inte böra uppställas. Walin ger också uttryck för sin syn på riskdelningsfrågan: "Det är klart att regeln kan bli hård mot gäldenären, men det är ju lika hårt mot borgenären, om han ej får ersättning för skada i anledning av inträdd kursförändring. Man har ju endast att bestämma på vilkendera sidan förlusten skall stanna. Den som är i dröjsmål kan i allmänhet sägas vara närmare därtill." (NJA 1951 s 444 på s. 450). Se även Ramberg, *Köplagen*, s 568, beträffande kravet på adekvat kausalitet.

[404] Se NJA 1967 s 195.

[405] NJA 1967 s 195 på 200.

[406] Se Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 54 och CISG Art 79 (5). Enligt Bergem & Rognlien bör frågan om befrielse från skyldighet att utge annan ränta än ränta på skadestånd bedömas enligt nationell rätt; Bergem & Rognlien, s 663. Se Almén & Eklund, § 38 vid not 56 ff beträffande bortfall av skyldigheten att utge dröjsmålsränta enligt 1905 års köplag. Jfr. även 8 § räntelagen (1975:635) beträffande jämkning. Skyldigheten att utge dröjsmålsränta kan bortfalla enligt 10 § 2 st i den finländska räntelagen. Enligt Mestad inrymmer den finländska synen "*eit pønalt element*" till skillnad från synen i de övriga nordiska länderna där dröjsmålsränta ses som ett vederlag för en kredit. Se Mestad, s 134. I den mån anspråket på dröjsmålsränta avser skadeståndsfordran, bör detta anspråk rimligen bortfalla samtidigt med huvudfordran. Se Bianca & Bonell/Tallon, s 589.

[407] Se Hjerner, *Om köp av bestämt gods*, s 295 ff och Sandvik, s 116 ff. För en kritisk diskussion kring kontrollansvarsregelns tillämplighet vid fel, se även Hagstrøm, TfR 1995 s 561 på s 583 ff.

rella avfattning; jfr. "*failure to perform any ... obligation*".[408] När det gäller köplagen slås detta uttryckligen fast i 40 §. Befrielse från skadeståndsansvaret kommer dock inte i fråga om varan avviker från vad säljaren särskilt har utfäst.[409]

43-078 Om det är en riktig tolkning att frågan om ett hinder ligger utanför löftesgivarens/gäldenärens kontroll skall avgöras genom en undersökning av dennes möjligheter att förebygga risken, så är det svårt att inse att kontrollansvaret kan få någon större betydelse vid fel i varan. Skadeståndsansvaret har inte heller samma fundamentala betydelse vid fel som vid dröjsmål. Vid fel har ju löftesmottagaren/borgenären fler remedier mot löftesgivarens/gäldenärens avtalsbrott, bl a prisavdrag och avhjälpande, vilka kan göras gällande oberoende av rätten till skadestånd.[410]

43-079 För att befrielse från skadeståndsansvar skall komma i fråga krävs att det förelegat ett hinder utanför säljarens kontroll att leverera en felfri vara och att säljaren ej bort räkna med hindret när avtalet ingicks. Enligt aktivitetsrekvisitet torde det härtill krävas att säljaren gjort vad som skäligen kan krävas av honom för att avhjälpa felet – dvs för att övervinna hindret.[411] Felet som sådant kan inte åberopas och inte heller att löftesgivaren/säljaren saknade anledning misstänka eller inte kunnat upptäcka felet i den levererade varan om felfria varor fanns att tillgå vid avlämnandetidpunkten.[412] Det kan väl inte uteslutas att en säljare som enligt denna princip skall undgå skadeståndsansvar för fel, ändå drabbas av ansvar om felfria varor åter finns att tillgå, inte vid avlämnandetidpunkten, men väl senare. Köparen synes kunna aktualisera denna fråga genom att begära omleverans.

43-080 I motiven nämns exempel på fall där 40 § kan bli tillämplig.[413] Således anses en säljare kunna undgå skadeståndsansvar vid leverans av felaktig vara, om varan har ett dolt fel som härstammar från tillverkningsprocessen och det inte var möjligt att leverera felfri vara i tid, oavsett sälja-

[408] Se Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 12; Bianca & Bonell/Tallon, s 579 f och Lookofsky, 27 Sc.St.L., s 107 (1983) på s 135 ff. Se dock Honnold, s 535 f. Möjligen skall, såsom Sandvik framhåller, utländska ställningstaganden begagnas med större försiktighet än eljest när de gäller tolkningen av kontrollansvaret vid fel i varan. Se Sandvik, s 12 och 118.

[409] Se Sandvik, s 68 ff., beträffande kontrollansvaret och säljarens ansvar för enuntiationer.

[410] Beträffande förhållandet mellan kontrollansvarsregeln och övriga påföljder vid fel, se Hellner, TfR 1991 s 141 på s 166 ff.

[411] Se Sandvik, s 123 och Bergem & Rognlien, s 238.

[412] Prop 1988/89:76 s 137.

[413] Se Prop 188/89:76 s 137. Se även Bergem & Rognlien, s 153 f och Sandvik, s 135 ff för det ytterligare exemplet; sjukdom hos sålda djur.

rens bristande kännedom om felet, förutsatt att orsaken till felet låg utanför hans kontroll. Denna sista förutsättning kan sällan vara uppfylld om kontrollrekvisitet skall prövas mot säljarens principiella möjligheter att förebygga felorsaken. Det kan på denna punkt förhålla sig annorlunda med ansvaret för så kallade utvecklingsfel. Ett utvecklingsfel sägs föreligga när varan tillverkats enligt vid tiden för avtalsslutet vedertagen teknik och vedertagen vetenskap, men varan blir att anse som felaktig på grund av senare tillkommen kunskap.

43-081 Stoll nämner, beträffande CISG, att så kallade utvecklingsfel regelmässigt skall anses ligga utanför säljarens kontroll.[414] Denna situation kan givetvis inte jämställas med fall där säljaren begått misstag vid bedömningen av vad som är möjligt enligt teknik och vetenskap.[415] Stoll synes även beredd att frita säljaren från ansvar om han i sin tur erhållit varan från någon i tidigare säljled och felet varit svårt att upptäcka.[416]

43-082 Mer frekvent kanske det andra av typexemplen i motiven kan bli: En säljare som har fått hela sitt lager skadat på grund av ett hinder utanför sin kontroll kan undgå skadeståndsansvar trots att varan avlämnats i felaktigt skick. Om lagret endast delvis förstörts, så föreligger inte något hinder vid tidpunkten för att avlämna felfria varor till köparen.[417] Säljaren kan som nyss påpekats inte freda sig genom att visa att han inte kunde upptäcka felet. Om säljaren utan kännedom om felet råkar avlämna felaktiga varor ur ett lager som bara delvis förstörts istället för felfria varor, så ansvarar han således för den skada som köparen drabbats av.

43-083 Slutligen nämns i motiven det kanske praktiskt mest viktiga fallet, nämligen fel som uppkommer under transport före avlämnandet.[418]

4.3.2.5 Kontrollrekvisitet, sydfruktsfallet och rekonstruktionsmodellen

43-084 Det kan efter denna genomgång av kontrollrekvisitet nu vara lämpligt att göra en sammanfattande jämförelse med 24 § 1905 års köplag och med rekonstruktionsmodellen.

43-085 När det gäller en jämförelse mellan 24 § 1905 års köplag och

[414] Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 20. Se dock Neumayer & Ming, s 518. Jfr. även Sandvik, s 129.

[415] Jfr. Farnsworth, s 681 och 698.

[416] Se Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 47.

[417] För tydlighets skull får betonas att ytterligare förutsättningar måste vara uppfyllda för att skadeståndsskyldighet skall undgås.

[418] Prop 1988/89:76 s 137; se även s 116 beträffande självständig transportör. Jfr. Sandvik, s 139 ff.

kontrollrekvisitet är det gamla "sydfruktsfallet" illustrativt.[419] Även Hellner har funnit skäl att använda exemplet för detta ändamål och en närmare undersökning av hans jämförande diskussion är ägnad att belysa vissa problem rörande kontrollrekvisitets tillämpning.[420]

43-086 Hellner anser att säljaren i fallet inte kan undgå skadeståndsansvar, bl a därför att säljaren koncentrerat sin uppfyllelse av en generiskt bestämd förpliktelse på en särskild prestation som misslyckats.[421] Det är för mig oklart hur detta argument skall relateras till 27 § köplagen. Möjligen menar Hellner att säljarens beteende – att vara ute i allra sista minuten – innefattar ett element av culpa och att ett culpaansvar här så att säga konsumerar kontrollansvarsregeln eller menar han möjligen att förlisningen inte skall räknas som ett prestationshinder. Detta överensstämmer i sådant fall inte med motiven. Där nämns att om köpet avser en standardvara och det parti som säljaren avsänt förstörs genom en olyckshändelse under transporten, så kan säljaren måhända inte få fram en leverans i tid. Olyckshändelsen utgör därvid ett prestationshinder.[422]

43-087 Det för ansvarsfrågan i första hand avgörande är emellertid huruvida händelsen legat utanför säljarens kontroll eller inte. Enligt Hellner bör förlisningen anses ligga utanför sydfruktssäljarens kontroll, eftersom grundet tidigare var okänt.[423] Hellner synes här slå samman kontroll- och oförutsebarhetsrekvisiten. Hellner hävdar nämligen att händelsen skall anses ligga utanför säljarens kontroll, eftersom vållande saknas och händelsen till sin typ är extraordinär.[424] Resonemanget synes förutsätta att en culpaprövning genomförs och att det skall göra skillnad för bedömningen under kontrollrekvisitet om hindret var extaordinärt eller inte. Detta förefaller komplicera prövningen i onödan.

43-088 Enligt min mening borde sydfruktsfallet avgöras på följande sätt. I första hand skall riskfördelningen avgöras genom en tolkning (särskilt förekommande fraktklausul-"fritt Stockholm").[424a] Om risken inte kan allokeras därigenom, skall avtalet utfyllas med regeln i 27 § köplagen.

43-089 Frågan om prestationshindret är hänförligt till en orsak innanför säljarens kontroll bör, i enlighet med vad som utvecklats i det före-

[419] Se 42-095 ff ovan.
[420] Se Hellner, TfR 1991 s 141 på s 154 f.
[421] A a.
[422] Prop 1988/89:76 s 109 f.
[423] Hellner, TfR 1991 s 141 på s 155.
[424] Jfr. Sandvik, s 110 f.
[424a] Jfr. Hellner, TfR 1991 s 141 på s 154.

gående, avgöras med utgångspunkt i säljarens möjligheter att förebygga risken för att prestationshindret realiseras. Det avgörande är därvid huruvida prestationshindret skulle få till konsekvens att rättidig fullgörelse inte kan ske. Det avgörande är således inte möjligheten att förebygga risken för förlisning som sådan, utan risken för att förlisningen skall försvåra leverans i rätt tid. En av skillnaderna mellan regleringen i 24 § 1905 års köplag och det nu gällande kontrollansvaret är visserligen att distinktionen mellan specieskköp och leveransavtal inte längre upprätthålls i lagtexten.[425] Kontrollrekvisitet torde icke desto mindre vara att förstå så, att möjligheterna till ansvarsbefrielse ökar ju mer löftesgivaren/gäldenären varit tvungen att koncentrera sin uppfyllelse av en generiskt bestämd förpliktelse på en särskild prestation.[426] Det är därvid att märka att säljaren ansvarar för organisationen av sin verksamhet. Han hade kunnat förebygga risken för leveransförsening orsakad av förlisning genom att avsända fartyget tidigare än som skett. Säljaren är således ansvarig, eftersom hindret legat innanför hans kontroll.

43-090 Om förhållandena varit sådana att fartyget inte hade kunnat avsändas tidigare än som skett därför att tiden mellan avtalsslut och avtalad leverans varit kort, måste händelsen anses ligga utanför säljarens kontroll. Vi har då att gå in på en prövning av oförutsebarhetsrekvisitet och därefter aktivitetsrekvisitet.

43-091 Enligt den i kapitel 2 presenterade rekonstruktionsmodellen skulle riskallokeringen i första hand avgöras med ledning av regressrekvisitet; den av parterna som kan föra regresstalan skall bära risken för att avtalets nytta blivit mindre än beräknat. Förtydligandet av kontrollrekvisitets innebörd i 27 § 2 st köplagen och CISG 79 (2) överenstämmer väl med rekonstruktionsmodellens regressrekvisit.[427] Om detta rekvisit inte ger vägledning skall risken bäras av den av parterna som haft bättre möjligheter att förebygga risken.

43-092 Kontrollrekvisitet avviker här tydligt från vad som följer av rekonstruktionsmodellens förebygganderekvisit, dels emedan kontrollrekvisitet i princip betraktar som irrelevant att löftesmottagaren kunde ha förebyggt prestationshindret till lägre kostnader, dels emedan de maximala uppoffringar som krävs av löftesgivaren enligt kontrollrekvisitet är större

[425] Denna ordning har sin främste kritiker i Hjerner. Se Hjerner, *Om köp av bestämt gods*, s 277 ff. Se även Hjerner i NU 1984:5 s 395 ff.

[426] Se Sandvik, s 96.

[427] I motiven framhävs också regressmöjligheten som förklaring till regleringen i 27 § 2 st. Se Prop 1988/89:76 s 115 f.

än enligt rekonstruktionsmodellens förebygganderekvisit. Skillnaderna i det sistnämnda hänseendet blir dock i praktiken mindre än de kan synas vara. Om förebyggandekostnaderna överstiger riskens värde, är visserligen möjligheterna att förebygga ett mindre lämpligt riskallokeringsargument. Men att löftesgivaren över huvud kan förebygga att risken realiseras, torde i regel indikera att löftesgivaren skulle få bära risken även enligt rekonstruktionsmodellens riskområdesrekvisit. Enligt detta rekvisit är ju förebyggandekostnaderna irrelevanta. Avgörande är istället att löftesgivaren har en informationskostnadsfördel framför löftesmottagaren. Så torde i allmänhet vara fallet när ett prestationshinder relaterar till löftesgivarens verksamhet på ett sådant sätt att hindret kan sägas ligga innanför dennes kontroll.

43-093 Den nyss påtalade skillnaden mellan rekonstruktionsmodellen och kontrollrekvisitet – att en jämförelse mellan parternas respektive möjligheter att förebygga prestationshindret är irrelevant enligt kontrollrekvisitet – torde inte heller den ha någon större praktisk betydelse. Löftesgivaren/gäldenären torde typiskt sett ha bäst möjligheter att förebygga risken för prestationshinder inom sin kontroll. Om löftesmottagaren/borgenären å andra sidan kunde ha förebyggt risken till lägre kostnader än löftesgivaren/gäldenären, lär prestationshindret oftast ligga utanför löftesgivarens/gäldenärens kontroll.

43-094 Som ovan framgått synes kontrollrekvisitet tämligen väl överensstämma med rekonstruktionsmodellen i dessa delar. Det kan sägas att rekvisitet i sig helt upptar rekonstruktionsmodellens förebygganderekvisit och att det delvis upptar rekonstruktionsmodellens riskområdesrekvisit. Detta gäller i synnerhet om kontrollrekvisitet ges den vidare bestämning som har förordats ovan; ett givet prestationshinder skall anses ligga inom löftesgivarens/gäldenärens kontroll om han haft möjlighet att förebygga hindret eller dess konsekvenser utan att sådana kostnader uppkommer att avtalet leder till en nettoförlust av värde.[428]

43-095 Skillnaden mellan rekonstruktionsmodellen och kontrollansvarsregeln blir dock tydligare sedan regelns övriga rekvisit beaktats. Det räcker inte med att löftesgivaren/gäldenären lyckas visa att han skall undgå ansvar enligt det förhållandevis stränga kontrollrekvisitet. Han måste härtill visa att också övriga rekvisit i kontrollansvarsregeln är uppfyllda.

[428] Ansvaret för att risk förebyggs går således åtskilligt längre än vad som skulle följa av *Learned Hand*-formeln. Se avsnitt 2.4.3. Learned Hand-formeln bör dock kunna få betydelse när en culpabedömning skall göras enligt 27 § 4 st, 40 § 3 st och 57 § 4 st köplagen. Se 44-052 ff nedan.

Denna utsträckning av löftesgivarens/gäldenärens ansvar till att avse prestationshinder utanför hans kontroll är svår att motivera med hjälp av värdemaximeringsprincipen. Inte heller synes den av kontrollansvarsregeln föranledda riskallokeringen helt lätt att återföra på en "*verständige Interpretation des durchschnittlichen Parteiwillens*", som enligt Stoll skall vara en ledstjärna vid kontrollansvarsregelns tillämpning.[429] En närmare undersökning av denna konstaterade diskrepans mellan rekonstruktionsmodellen och kontrollansvarsregeln får dock anstå till de närmast följande avsnitten, 4.3.3 och 4.3.4.

4.3.3 Oförutsebarhetsrekvisitet

4.3.3.1 Oförutsebarhet som juridiskt-tekniskt begrepp

43-096 Såsom nyss framhållits *kan* löftesgivaren/gäldenären undgå skadeståndsansvar om ett föreliggande prestationshinder orsaktas av en händelse utanför hans kontroll. Huruvida löftesgivaren också *skall* befrias beror på om löftesgivaren/gäldenären lyckas visa "att dröjsmålet beror på ett hinder ... som han inte skäligen kunde förväntas ha räknat med vid köpet".[430] Enligt den engelska texten till CISG Art 79 undgår löftesgivaren/gäldenären på motsvarande sätt ansvar "*if he proves that ... he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract*".

43-097 Ett liknande oförutsebarhetsrekvisit återfanns även i 24 § 1905 års köplag: Löftesgivaren/säljaren kunde undgå ansvar endast om prestationshindret "ej bort av säljaren vid köpets avslutande tagas i beräkning".[431]

43-098 I den tyska omöjlighetsläran uppställs ett uttryckligt krav på

[429] Se Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 7.

[430] Ett oförutsebarhetsrekvisit uppställs också i 7 § 2 st skuldebrevslagen, men däremot inte i 54 § växellagen eller 48 § checklagen. Ett oförutsebarhetsrekvisit uppställs även i 14:58 st 2 sjölagen (tidsbortfraktares rätt till frånträde). I 14:38 st 1 och 15:15 sjölagen antyds endast betydelsen av att prestationshindret (fara och fareökning) skall vara oförutsett för att medföra rätt till frånträdande (jfr. uttrycket "[v]isar det sig"). I 14:51 st 1 och 14:74 sjölagen uppställs däremot inte något oförutsebarhetsrekvisit. Det kan ifrågasättas om detta antyder att ett *e contrario*-slut skall göras. Möjligen är detta inte fallet. Jfr. Sandvik, s 29 och Stenberg, s 139 beträffande motsvarande fråga vid tolkningen av ECE 188 relativt NL 92.

[431] Oförutsebarhetsrekvisitet har haft stor genomslagskraft. I NJA 1920 s 83 (*Gustavsfors AB ./. I. Ringborg AB*) inlästes ett krav på oförutsebarhet även i en force majeure-klausul som inte uppställde något sådant rekvisit. Se närmare om detta avgörande 43-130 nedan. Se dock NJA 1947 A 126.

oförutsebarhet beträffande ansvarsfrihet vid ursprunglig omöjlighet i BGB § 307. Till skillnad från oförutsebarhetsrekvisitet i kontrollansvarsregeln och i 24 § 1905 års köplag slås fast att skadestånd inte skall utgå om jämväl löftesmottagaren/borgenären bort inse att den utlovade prestationen var omöjlig. När det gäller efterföljande omöjlighet beror ansvaret, som ovan påpekats, på en skuldprincip; det torde vara tillräckligt att ett prestationshinder var möjligt att förutse vid avtalsslutet för att aktsamhetskravet skall anses åsidosatt.[432]

43-099 I den amerikanska läran om *impracticability* anses prestationshindrets förutsebarhet inte vara en tillräcklig betingelse för att löftesgivaren/gäldenären skall åläggas ansvar. Riskallokeringen beror istället av en prövning *in casu* huruvida löftesgivaren/gäldenären skall anses ha åtagit sig att bära risken; att prestationshindret var förutsebart är därvid ett tungt vägande indicium för detta.[433]

43-100 Det råder således stor enighet om att löftesgivaren/gäldenären bör beakta ett förutsebart prestationshinder vid löftets avgivande, även om hindret i och för sig ligger utanför hans kontroll. Är löftet förbehållslöst anses löftesgivaren/gäldenären ha accepterat risken för prestationshindret. Om löftesgivaren/gäldenären faktiskt inte har tagit risken i beräkning, kan riskallokeringen givetvis inte grundas på en verklig partsvilja. Lösningen grundas istället i realiteten på en värdering. I huvudsak tillgrips två förklaringar till varför löftesgivaren/gäldenären skall bära risken. En sådan förklaring är att löftesgivaren/gäldenären förfarit culpöst om han inte ville bära risken, men samtidigt underlåtit att uppställa ett förbehåll om detta.[434]

43-101 En annan förklaring är att löftesgivaren/gäldenären genom sitt förbehållslösa löfte anses ha garanterat löftesmottagaren/borgenären att avtalet skall fullgöras trots det förutsebara prestationshindret. Tankegången synes delvis bygga på den orealistiska föreställningen att parterna har möjlighet att utforma fullständiga avtal utan att transaktionskostnaderna lägger hinder i vägen och att utformningen av det fullständiga avtalet primärt är löftesgivarens/gäldenärens ansvar.[435]

43-102 En medlande förklaringsgrund mellan culpa och garantifiktio-

[432] Se 42-030 ovan.

[433] Se 42-061 f ovan.

[434] Se Lundstedt, SvJT 1924 s 341 på s 266 ff (vilken synes ha menat att oförutsebarhetsrekvisitet inte fyllde någon självständig funktion) och Bagge, SvJT 1944 s 853 på s 870. Jfr. Ljungman, *Sydfruktslasten*, s 164.

[435] Jfr. *Paradine v Jane*, 42-040 ovan. Se däremot *Restatement (Second) on Contracts* § 261 *comment* c, citerad i 42-061 ovan.

nen, kan sägas vara att risken skall läggas på löftesgivaren/gäldenären om denne är närmare än löftesmottagaren/borgenären att bära risken.[436] Om så är fallet sägs risken vara förutsebar.

43-103 Även om kontrollansvarsregeln företer likheter med det traditionella culpaansvaret (vilket ju – som närmare skall beröras strax nedan – inrymmer element av strikt ansvar), så skiljer sig kontrollansvaret från culpaansvaret genom att ansvarslindrande subjektiva överväganden synes vara uteslutna ur kontrollansvarsregelns olika rekvisit.[437] Trots detta tycks somliga bedömare benägna att när det gäller oförutsebarhetsrekvisitet falla tillbaka på culpabegreppet, låt vara att dessa bedömare synes anse att culpabedömningen skall ske med objektiva utgångspunkter. Tallon hävdar sålunda att bedömningen skall bygga på den välkända standarden för culpabedömning – *bonus pater familias* – och att bedömningen får ske med ledning av omständigheterna i det särskilda fallet.[438] Dock skall enligt Tallon bedömningen av förutsebarheten inte avse hindret som sådant utan förutsebarheten av att hindret skall inträffa under fullgörelsen av avtalet.[439] Enligt min uppfattning är det helt överflödigt att falla tillbaka på ett culparesonemang; dock att en culpaprövning givetvis erfordras enligt köplagen när det är fråga om att utdöma ersättning för indirekt förlust (som orsakats av annat än dröjsmål med betalning).[440] Som vi skall se, torde förutsebarhetsbedömningen enligt culparegeln inte kunna ske fristående från en prövning av löftesgivarens möjligheter att förebygga skadan. I den mån culparegeln innehåller ett element av strikt ansvar inom ramen för löftesgivarens skyldighet att övervinna inträffade prestationshinder (culparegelns aktivitetsrekvisit), torde en med culparegeln nära besläktad prövning

[436] Se Sandvik, s 37 med vidare hänvisningar.

[437] Se Bianca & Bonell/Tallon, s 573. Jfr. dock Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 9, där stadgandet sägs innebära uppställandet av en "*objektiviertes Verschuldensprinzip*"; se a a, Rn 3 samt not 36 och 37 (jfr. 1 u, 1990, Rn 11). Jfr. Sandvik, s 35 f, med vidare hänvisningar. Enligt Sandvik, skulle den med culparegeln besläktade prövningen gå ut på att identifiera den av parterna som objektivt sett kan anses vara närmare att bära risken; a a, s 37. Taxell synes inta en vacklande hållning i fråga om relevansen av subjektiva faktorer. Se Taxell, *Skadestånd*, s 101 jämförd med s 104.

[438] Bianca & Bonell/Tallon, s 580 f. Se även a a, s 585 f, där oförutsebarhetsrekvisitet i viss mån knyts till *culpa in eligendo* när det gäller tillämpningen av CISG Art 79 (2). Jfr. Lando & Beale, s 116 som uttalar att förutsebarhet föreligger om "*the matter would have been foreseen by a reasonable man in the same situation, by a person who is neither unduly optimistic or pessimistic nor careless of his own interests*".

[439] Bianca & Bonell/Tallon, s 581.

[440] Se närmare beträffande culpastandarden avsnitt 4.4.3.

kunna göras inom ramen för kontrollansvarsregelns oförutsebarhetsrekvisit.[441]

43-104 När det gäller ett hinder som löftesgivaren skäligen kunnat förutse vid avtalsslutet, kan det tyckas att löftesmottagaren skall kunna utgå från att löftesgivaren har beaktat risken i sina kalkyler och även övervägt hur hindret skall kunna övervinnas eller undvikas om risken realiseras.[442] Denna synpunkt liknar mycket den av Almén förfäktade garantifiktionen, dvs att i löftesgivarens prestationslöfte skulle kunna inläsas en garanti mot utebliven eller försenad prestation. Som ovan påpekats torde denna ståndpunkt kunna återföras på tillitsteorin[443] eller, med ett rättsrealistiskt betraktelsesätt, på omsättningsintresset[444]. Om ett tillitsteoretiskt resonemang konsekvent skulle appliceras på oförutsebarhetsrekvisitet, borde löftesgivaren kunna undgå ansvar om löftesmottagaren var i ond tro om både risken och löftesgivarens okunnighet. Det kan väl inte heller anses hota omsättningens intresse att löftesgivaren undgår ansvar i sådana fall.

43-105 Risken torde dock inte enligt gällande rätt på detta sätt gå över på löftesmottagaren i fall av ond tro, i vart fall inte när orsaken till prestationshindret ligger utanför bägge parters respektive kontrollsfärer.[445]

43-106 Någon garanti rör det sig inte om, ty omfattningen av ansvaret ankommer på en värdering; det avgörande var enligt 24 § i 1905 års köplag huruvida hindret *bort* tagas i beräkning. Motsvarande värdering skall göras enligt kontrollansvarsregelns oförutsebarhetsrekvisit; jfr. "skäligen ... räknat med".[446] Det synes således i första hand vara fråga om att hålla löftesgivaren/gäldenären ansvarig för risker som ofta realiseras och är typiska för hans verksamhet.[447] Vid sidan härom avses tydligen att löftesgivaren/gäldenären skall ansvara för atypiska risker endast när det föreligger en

[441] Se avsnitt 4.3.3.

[442] Se Ramberg, *Köplagen*, s 351. Jfr. Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 23 och Bianca & Bonell/Tallon, s 580.

[443] Se 42-091 ovan.

[444] Se 42-097 ovan.

[445] Jfr. avsnitt 3.3.4. Se dock Bagge, SvJT 1944 s 853 på s 876. Avgörandet i NJA 1912 s 204 får närmast sägas angå tolkning av en force majeure-klausul i ett fall där bägge parter kände till prestationshindret; ett förbehåll om förlängd leveranstid vid arbetskonflikt kunde åberopas trots att säljaren kände till att arbetskonflikt pågick när avtalet ingicks. Käranden gjorde utan framgång gällande att avtalet slutits under förbehåll av rättidig leverans trots strejken och att klausulen avsåg endast nya omständigheter som kunde tillkomma efter avtalslutet. Jfr. dock avgörandet i SHT 1927 s 77.

[446] Se Ramberg, *Köplagen*, s 351.

[447] Se Prop 1988/89:76 s 112. Jfr. Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 23.

viss högre grad av sannolikhet för att ett prestationshinder skall inträffa.[448]

43-107 Enligt Almén skulle oförutsebarhetsrekvisitet i 24 § 1905 års köplag innebära att frågan om förutsebarhet berodde av "den allmänna uppfattningen i handel och vandel."[449] Oförutsebarhet framträder därvid som ett juridiskt-tekniskt begrepp.

43-108 Denna ståndpunkt öppnar för en på objektiva överväganden grundad allokering av risken för prestationshinder utanför löftesgivarens/-gäldenärens kontroll. Ett försök att bestämma innehållet i 24 § 1905 års köplag med sådana utgångspunkter har gjorts av Godenhielm. Enligt honom skulle oförutsebarhetsrekvisitets rätta innebörd vara att förhindra att löftesgivaren/gäldenären åläggs bördor som går utöver hans objektiva förutsättningar.[450] Vilka dessa förutsättningar är skulle avgöras *in casu*.[451] Enligt Godenhielm skulle det dessvärre inte utan en rättssociologisk undersökning vara möjligt att närmare ange innebörden av dessa objektiva principer. Dock skulle enligt hans uppfattning förekommande force majeure-klausuler och karaktären av löftesgivarens/säljarens rörelse kunna ge vägledning om vilka principer för riskallokering som borde tillämpas.[452]

43-109 Mot bakgrund av vad som ovan sagts om kontrollansvarsregelns självständighet i förhållande till culpa och dess syfte att uttömmande ange vilka typiska begränsningar som kan inläsas i löftesgivarens/gäldenärens prestationslöfte, tycks skälen ha förstärkts för att uttyda oförutsebarhetsrekvisitet i enlighet med vad Godenhielm förespråkat redan beträffande motsvarande rekvisit i 24 § 1905 års köplag. Ett sådant angreppssätt är väl förenligt med mottivuttalanden om att oförutsebarhetsrekvisitet primärt är avsett att klargöra att löftesgivaren/gäldenären skall svara för risker som är typiska för hans verksamhet.

43-110 Enligt min uppfattning är det emellertid inte nödvändigt att genomföra en kasuistiskt inriktad rättssociologisk undersökning av vilka risker löftesgivare/gäldenärer i olika branscher faktiskt brukar åta sig. Det är nämligen inte givet att förekommande avtal allokerar risk på ett sam-

[448] Se Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 23. I motiven uttrycks detta så, att det skall föreligga "en aktuell risk" för ett sådant atypiskt prestationshinder för att ansvar skall ifrågakomma. Prop 1988/89:76 s 112.

[449] Almén & Eklund, § 24 vid not 32a. Jfr. Rodhe, § 29 vid not 76. Jfr. även Palmgren, NJM 1951 s 197. För kritiska sympunkter, se Lundstedt SvJT 1924 s 241 på s 266 ff.

[450] Godenhielm, s 241. Se även 42–156 f ovan. Jfr. Lookofsky, 27 Sc.St.L., s 107 (1983) på s 118 med hänvisning till Ussing, *Aftaler*, s 475 f.

[451] Godenhielm, s 241.

[452] A a, s 244. Jfr.43-009 ovan beträffande önskvärdheten av en tolkning av kontrollansvarsregeln i konformitet med förekommande standardavtal.

hällsekonomiskt önskvärt sätt, dvs enligt värdemaximeringsprincipen. Avtalen kan mycket väl präglas av att den ena parten ensidigt tillgodosett sina intressen i distributivt avseende.[453] Här skall därför ett försök göras att med ledning av värdemaximeringsprincipen utveckla Godenhielms synsätt. Det är säkerligen riktigt att oförutsebarhetsbedömningen även då i hög grad blir beroende av förhållandena *in casu*.[454] Det blir därför närmast fråga om att försöka klarlägga vad bedömningen skall gå ut på.

4.3.3.2 Oförutsebarhetsrekvisitet och rekonstruktionsmodellen

43-111 I enlighet med vad som utvecklats i kapitel 2 borde intresset av att uppnå en värdemaximerande riskallokering *ex ante* leda till att parternas relativa förmåga att bedöma sannolikheten för att risken skulle realiseras väga tungt när det gäller att avgöra vem av parterna som skall anses närmare att bära risken (riskområdesrekvisitet).

43-112 Som synes tillmäts det inte någon avgörande betydelse enligt riskområdesrekvisitet att löftesmottagaren kan ha haft bättre möjligheter än löftesgivaren att bedöma sannolikheten för att risken skulle realiseras. Detta beror på att en generell regel för riskallokering bör utformas så att den inte ger upphov till ett incitament emot att investera i information.[455] Ett upprätthållande av grundregeln att löftesgivaren står risken för nyttominskande omständigheter ger istället till effekt att en löftesgivare som underlåter att skaffa relevant information drabbas av de negativa konsekvenser som uppstår om risken realiseras. Såsom påpekats i avsnitt 3.2.2 kan dock grundregeln genombrytas när löftesmottagaren anses ha en upplysningsplikt. En sådan upplysningsplikt torde dock gälla endast om löftesmottagaren i praktiken haft ett informationsmonopol och ingen motgrund kan anföras mot att anse honom skyldig att "gratis" dela med sig av informationen till löftesgivaren.[456]

43-113 Om intresset av värdemaximering *ex ante* skall vara det som primärt avgör riskallokeringen, kan det konstateras att riskområdesrekvisitet inte är tjänligt när parterna haft lika goda möjligheter att bedöma sannolikheten för riskens realisering. Om riskområdesrekvisitet således inte ger vägledning, skall risken i sista hand placeras på den av parterna som haft

[453] Jfr. 21-004 ff ovan.
[454] Se Prop 1988/89:76 s 112. Jfr. Bianca & Bonell/Tallon, s 581. Ramberg, *Avtalsrätt*, s 205 f och Godenhielm, s 241.
[455] Se 24-033 ovan.
[456] Se 32-016 ovan.

de relativt sett bästa möjligheterna att sprida den (riskspridningsrekvisitet).[457]

43-114 Med denna utgångspunkt är det helt följdriktigt att löftesgivaren/gäldenären får bära sådan risk som är typisk för hans verksamhet. I så måtto synes rekonstruktionsmodellens riskområdesrekvisit stå i god överensstämmelse med kontrollansvarsregelns oförutsebarhetsrekvisit. I viss verksamhet kan exempelvis möjligheterna att fullgöra avtalet vara beroende av väderleksförhållandena.[458] Den löftesgivare/gäldenär som bedriver sådan verksamhet måste i regel anses ha bättre möjligheter än löftesmottagaren/borgenären (som typiskt sett driver en annan verksamhet) att bedöma sannolikheten för att dålig väderlek skall hindra rättidig fullgörelse.[459] Det bör i vart fall ankomma på löftesgivaren/gäldenären framför löftesmottagaren/borgenären att investera i information som underlättar sannolikhetskalkylen.[460]

43-115 Det blir däremot genast svårare att motivera varför löftesgivaren/gäldenären även skall ansvara för atypiska risker bara för att sannolikheten för att risken skall realiseras (vid en bedömning i efterhand) anses ha varit tillräckligt påtaglig redan när avtalet ingicks. När det gäller atypiska risker torde parterna ofta ha lika goda möjligheter att bedöma sannolikheten för att risken skall realiseras. Intresset av att skydda löftesmottagarens/borgenärens tillit eller omsättningsintresset kan därför inte gärna uppbära en sådan lösning. Detta intresse torde göra sig minst lika starkt gällande när det är fråga om ansvaret för atypiska risker som ter sig mer avlägsna: När sannolikheten är liten för att en atypisk risk skall realiseras, är löftesmottagaren/borgenären i regel i god tro. När sannolikheten å andra sidan är stor, kan löftesmottagaren/borgenären oftare antas vara i ond tro, varför han då kan te sig mindre skyddsvärd.

43-116 Om det är riktigt – som ovan antagits – att kontrollansvarsregelns oförutsebarhetsrekvisit kan ses som en juridisk-teknisk konstruktion för att åstadkomma en lämplig fördelning av risken för prestationshinder

[457] Jfr. Sandvik, s 56.

[458] Se härom Sandvik, s 39 och 105 f.

[459] Se Prop 1988/89:76 s 112. Jfr. Krüger, *Kjøpsrett*, s 187.

[460] Avgörandet i NJA 1970 s 478 (*Kodinrakentaja Oy ./. Skandinaviska Träimport AB*) borde således ha blivit detsamma om kontrollansvarsregeln hade tillämpats. Se 43-064 f ovan. Det må noteras att löftesgivaren/säljaren enligt 27 § 2 st köplagen skall identifieras med sina underleverantörer, etc, vilka av säljaren får i uppdrag att helt eller delvis fullgöra köpet. Att säljarens underleverantör i Elfenbenskusten hade bättre möjligheter än den finländske köparen att bedöma sannolikheten för att regntiden skulle hindra fullgörelsen torde utan vidare stå klart.

utanför löftesgivarens/gäldenärens kontroll, bör oförutsebarhetsrekvisitet *de sententia ferenda* kunna utbyggas med rekonstruktionsmodellens riskpridningsrekvisit.[461] Det skall dock genast framhållas att jag – utöver vad som sagts i det föregående beträffande intresset av värdemaximering – inte har kunnat finna något uttryckligt stöd för att en sådan utbyggnad är avsedd. Än mindre finns något stöd i praxis för att en sådan utbyggnad i själva verket skulle ha gjorts redan när det gällde tillämpningen av 24 § 1905 års köplag.

43-117 En sådan utbyggnad synes dock stå i överensstämmelse med kontrollansvarsregelns syfte, nämligen att med utgångspunkt i den typiska partsviljan åstadkomma en fullständig reglering av vilka begränsningar som kan anses vara implicita i gäldenärens löfte att prestera.[462] Med beaktande därav ter det sig naturligt att anta att parter, som vill maximera det sammanladga mervärde som avtalet kan ge upphov till, inte ser någon poäng med att låta löftesgivaren/gäldenären bära en risk som löftesmottagaren/borgenären kan diversifiera till lägre kostnader än löftesgivaren/gäldenären.

43-118 Kärnan i kontrollansvarsregelns oförutsebarhetsrekvisit synes således kunna antas vara att klargöra att löftesgivaren/gäldenären skall bära ansvaret för risker som är typiska för hans verksamhet. Det blir då av stor vikt att kunna avgöra vad som är typiskt respektive atypiskt. Frågan är därvid främst om det är risken för det specifika hindret som skall sättas i fokus eller om bedömningen skall vara mer allmän. Det kan exempelvis anses vara en typisk risk för den som åtar sig sjötransport att något transporthinder uppstår. Transporthinder kan emellertid ha många orsaker, varav några beror på typiska risker; beroende på årstid exempelvis ishinder och storm, beroende på farvatten exempelvis grundstötning, piratangrepp, etc. och beroende på det internationella politiska läget exempelvis flottblockad och beslag. En storm, en grundstötning eller en flottblockad kan emellertid lika gärna vara att karakterisera som en atypisk risk beroende

[461] Jfr. Lookofsky, 27 Sc.St.L., s 107 (1983) på s 134.
Kontrollansvarsregelns lydelse synes icke utesluta en sådan utbyggnad. Det bör här märkas att det för ansvarsbefrielse enligt regelns lydelse inte krävs att prestationshindret skall ha varit oförutsebart, utan att löftesgivaren inte skäligen kan förväntas ha räknat med hindret. Möjligen kan hävdas att skäligen förutse och skäligen räkna med är olika saker. Jfr. uttrycket *reasonably foresee* och konventionstextens engelska lydelse "*reasonably.. have taken... into account*". Det ter sig enligt min uppfattning mindre främmande att beakta förmågan till riskspridning när det skall avgöras huruvida löftesgivaren/gäldenären kunde *räkna med* risken än när fråga är huruvida det var möjligt för honom att *förutse* att risken kunde realiseras.
[462] Se Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 7 och Rn 39.

på det sammanhang i vilket risken realiseras.

43-119 Låt oss för att illustrera det sagda återvända till sydfruktsfallet. Hellner synes i sin diskussion av fallet anse att grundstötningen var oförutsebar.[463] Om säljaren då kan visa att han inte skäligen kunnat undvika eller övervinna prestationshindret, går risken över på köparen.

43-120 Ett annat möjligt synsätt vore att betrakta risken för grundstötning och förlisning som en typisk risk för sjöfarten. Vid avtalsslutet vet bägge parter att sjöfrakt är förenad med allehanda risker för förseningar och vådahändelser. Det förefaller naturligt att anse att säljaren – vilken enligt 27 § 2 st köplagen identifieras med tredje man som anlitats för att fullgöra köpet – då är närmare till hands än köparen att bära transportrisken. Säljaren (eller den han anlitat för fullgörelsen) skulle enligt detta resonemang ha bättre möjligheter att göra en samlad uppskattning av risken för att fullgörandet av transporten hindras.

43-121 Jag är emellertid mer benägen att utgå från ett synsätt som sätter risken för det specifika hindret i fokus. Frågan bör därför vara huruvida säljaren haft bättre möjligheter än köparen att bedöma sannolikheten för att det specifika hindret skulle uppstå. Så bör anses vara fallet vid sjöfart på Östersjön, när det gäller hinder orsakade av is vintertid och dålig väderlek. Detta gäller oavsett om det fanns anledning att räkna med att hinder där skulle inträffa under fullgörelsen av avtalet. Om det fanns anledning att räkna med sådana hinder under fullgörelsen, kan culpa föreligga och ersättning utgå även för indirekt förlust.

43-122 Det finns emellertid också andra specifika hinder som kan drabba sjöfarten på Östersjön och där det ter sig onaturligt att påstå att säljaren skulle ha lättare att bedöma sannolikheten för att risken skall realiseras. Det är närmast parternas fantasi som här sätter gränserna. Detta bör anses gälla t ex risken för att stöta på dittills okända grund i en farled utanför Sandhamn. Det vore ju också tänkbart att fartyget hade gått på en gammal mina och förlist eller att fartyget anfallits av sjörövare i Östersjön eller av misstag torpederats av en u-båt. Inga av dessa risker kan sägas vara förutsebara eller typiska. Ingen av parterna i sydfruktsfallet kan därför anses ha haft större möjligheter än den andra att ens identifiera risken för den aktuella händelsen.

43-123 Om oförutsebarhetsrekvisitet utbyggs i enlighet med vad som här föreslås skulle en lösning då ha sökts med ledning av parternas respektive omsättning och transaktionsfrekvens (riskspridningsrekvisitet). Köpa-

[463] Hellner, TfR 1991 s 141 på s 155.

ren skulle ha fått bära konsekvenserna av förlisningen om köparen varit en stor fruktimportör och säljaren ett litet företag med få transaktioner; vilket även implicerar att säljaren är mer riskaversiv än köparen. Sakomständigheterna i sydfruktsfallet lämnar emellertid här inte någon vägledning för ett avgörande.

43-124 Oförutsebarhetsrekvisitet som riskallokerare skall avslutningsvis konfronteras med en handfull äldre avgöranden avseende det praktiskt viktiga fallet, att prestationshindret orsakas av en myndighets göranden och låtanden.

43-125 Om löftesgivaren/gäldenären vid avtalsslutet vet eller bör veta att möjligheterna att fullgöra är beroende av att någon myndighet ger sitt tillstånd, torde det vara en typisk risk att sådant tillstånd uteblir.[464] Löftesgivaren/gäldenären bör således i princip inte kunna undgå skadeståndsansvar i ett sådant fall.[465]

43-126 Detta torde i realiteten ha gällt redan enligt 24 § 1905 års köplag. I NJA 1919 s 166 (*F:a Gebr. Kratzman Hamburg ./. Handels AB J.D. Ericson & Co*) ålades säljaren ansvar trots att leveransen omöjliggjorts på grund av exportförbud som utfärdats av engelska myndigheter efter avtalsslutet. Enligt vad som framgår av referatet var det dock redan vid avtalsslutet nödvändigt att införskaffa exporttillstånd. Fallet torde därför kunna ses som ett exempel på att säljaren står risken om hans prestation beror på att myndighetstillstånd erhålls.

43-127 Om ett tillståndskrav däremot införs efter avtalsslutet – eller generella förbud mot export eller import utfärdas – kan risken mycket väl vara att betrakta som atypisk eller, om man så vill, oförutsebar.

43-128 Avgörandet i SvJT 1942 rf s 43 (*G.A. Ljungholm ./. AB Hilding Regnander*) är illustrativt i detta hänseende; det illustrerar också att det är risken för det specifika prestationshindret som har betydelse och inte en allmän risk att fullgörelsen kan komma att hindras.

[464] Jfr. 42-062 ovan angående läran om *impracticability*.

[465] En diamentralt motsatt åsikt hävdas av Stoll. Enligt honom är förpliktelsen att införskaffa ett sådant nödvändigt myndighetstillstånd i regel att betrakta som en *obligation de moyen*; löftesgivaren/gäldenären skulle således undgå ansvar om tillstånd vägrats utan att försummelse ligger honom till last. Se Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll Art 79 Rn 21. Jfr. dock Bianca & Bonell/Tallon, s 584. Beträffande betydelsen av att en förpliktelse i svensk rätt betraktas som *obligation de moyen*, se Rodhe, § 3 vid not 5. Om den av Stoll förfäktade uppfattningen finge slå igenom, torde tillämpningen av kontrollansvarsregeln bli onödigt komplicerad; transaktionskostnaderna *ex post* skulle öka genom att det tvärt emot vad som är önskvärt blir nödvändigt att utreda en mängd förhållanden som kan ha påverkat löftesgivarens/gäldenärens möjligheter att erhålla det begärda, men vägrade tillståndet. Jfr. Ramberg, *Köplagen*, s 357.

En kokssäljare undgick ansvar när fullgörelse hindrats på grund av statsingripande efter avtalsslutet. Ingripandet framkallades av utbrottet av det andra världskriget. Krigsrisken och därav följande allmänna svårigheter att fullgöra kan rimligen inte ha betraktats som oförutsebara när avtalet ingicks den 14 augusti 1939. Säljaren hade t o m uppmanat köparen att omedelbart låta fylla sina källare på grund av den spända politiska situationen. Säljaren undgick trots detta ansvar.

43-129 Utgången i målet torde kunna förklaras med att myndighetsingripandet – med den terminologi som här begagnas – betraktades som en atypisk risk. Riskallokeringen synes emellertid avvika från den utbyggnad av oförutsebarhetsrekvisitet som här förespråkas; kokshandlaren borde typiskt sett ha bättre möjligheter att sprida risken än köparen som av allt att döma var en privatperson.[466]

43-130 Tillämpningen av oförutsebarhetsrekvisitet i 24 § 1905 års köplag belyses också av avgörandet i NJA 1920 s 83 (*Gustavsfors fabrikers AB ./. I. Ringborg AB*). Avgörandet kan sägas angå en situation mellan den att krav på tillstånd rådde redan vid avtalsslutet och den att ett tillståndskrav införs i efterhand.

Avgörandet rörde leverans av sulfat enligt avtal ingånget den 7 april 1916 med avtalad leverans att ske under sommaren samma år. En proposition till viss lagstiftning – krigshandelslagen – hade framlagts den 11 mars 1916. Lagen antogs den 13 april och utfärdades den 17 april samma år. Sulfatet skulle levereras till köparen via en engelsk underleverantör till säljaren. Den engelska regeringen fordrade en garanti innan konossement fick utges till säljaren, vilken i sin tur skulle utge dokumenten till köparen. Säljaren var enligt krigshandelslagen förhindrad att avge en sådan garanti. Köparen drabbades av omlastningskostnader och vårdkostnader intill dess varan kunde friges. Köparen hävdade att säljaren borde ha förutsett detta hinder, eftersom det pågått en synnerligen livlig pressdiskussion om propositionen till krigshandelslagen när avtalet ingicks och eftersom det föreföll råda stor enighet om att lagstiftningen skulle komma till stånd. Säljaren hävdade att han inte följt förarbetena till lagen med sådan noggrannhet att han haft en tanke på att den aktuella svårigheten skulle kunna uppstå. Säljaren tyckte dessutom att han hade nog med att "ställa sig till efterrättelse redan utkomna lagar." Samtliga instanser ansåg att säljaren borde ha räknat med hindret.

[466] Jfr. Andersen, *Norsk kjøpsrett i hovedtrekk*, s 100 med återgivande av en norsk skiljedom, vari en säljare av kol undgick ansvar trots att det "*var grunn till å regne med en fare for krig*". Avgörandet, som även uppmärksammas av Godenhielm, s 243, präglas av en skälighetsbedömning: det framstod som "*unaturlig og urimelig om en importør som på denne tid* [i juni 1939] *åtog seg att lever brensel til statsbanene...skulle ha risikoen for så vidtgående ekønomiske følger av et krigsutbrudd som det her er tale om.*" Även om inget vittnar om att skiljemännen skulle ha beaktat riskspridningsförmågan, synes avgörandet till sitt resultat vara väl förenligt med rekonstruktionsmodellens riskspridningsrekvisit.

43-131 Omständigheterna i fallet föranleder min gissning att bägge parter måste ha varit medvetna om att varan skulle levereras från England. Bägge parter måste anses ha haft lika goda möjligheter att identifiera risken för att hindret skulle inträffa; tydligen hade i vart fall köparen följt lagstiftningsarbetet. Säljaren borde då svara för skadan endast om han bättre eller lika bra som köparen kunde diversifiera risken. Inget i referatet tyder på att den ene skulle ha haft bättre möjligheter att sprida risken än den andre. Vid sådant förhållande bör i enlighet med vad som tidigare sagts risken i sista hand åvila löftesgivaren/säljaren.[467]

43-132 Redan denna ofullständiga inventering av rättspraxis visar att påtagliga diskrepanser föreligger mellan vad som torde ha varit gällande rätt enligt 24 § 1905 års köplag och det i enlighet med rekonstruktionsmodellen utbyggda oförutsebarhetsrekvisitet. Det återstår att se om praxis enligt kontrollansvarsregeln kommer att ignorera betydelsen av den relativa förmågan att sprida risken för atypiska händelser och istället företa en skönsmässig prövning *in casu*.

43-133 En annan och hittills icke uppmärksammad diskrepans består i att oförutsebarhetsrekvisitet uttryckligen avser risken sådan den kan bedömas vid avtalsslutet. Rekonstruktionsmodellens riskspridningsrekvisit innehåller inte någon sådan begränsning. Den praktiska betydelsen av denna skillnad torde dock inte bli stor om kontrollansvarsregelns kontrollrekvisit bestäms på det vidare sätt som förordats i det föregående eller om man i aktivitetsrekvisitet inläser ett krav på att löftesgivaren skall vara aktiv för att undvika konsekvenserna av hotande prestationshinder redan innan de inträffar.[468]

4.3.4 Aktivitetsrekvisitet

4.3.4.1 Inledning

43-134 Den mest påtagliga skillnaden mellan rekonstruktionsmodellen och kontrollansvarsregeln är att den senare i sig upptar ett krav på att löftesgivaren/gäldenären skall göra vad som skäligen kan begäras för att undvika eller övervinna hindret eller dess konsekvenser. Detta trots att hindret ligger utanför hans kontroll och trots att han inte skäligen kan förväntas ha tagit risken för prestationshindret i beräkning när avtalets ingicks.

[467] Se avsnitt 2.4.6.
[468] Se 43-056 med not 373 ovan.

43-135 Jag kommer i det följande att utgå från att de svårigheter som är förenade med att undvika eller övervinna hindret eller dess följder kan uttryckas som en ökning av prestationskostnaderna.[469] Frågan blir därför vilka kostnader för prestation som säljaren anses vara skyldig att ådra sig innan befrielse kan inträda. Jag begagnar här ömsom de sammanfattande benämningarna "offergräns" och "kravet på prestationssvårigheternas intensitet".

43-136 Det möter stora svårigheter att i rättskällorna finna kriterier med vilkas hjälp offergränsen kan bestämmas. Enligt lydelsen av CISG Art 79 tycks det ytterst vara fråga om en skälighetsbedömning; "*not reasonably...have avoided or overcome it or its consequences*". Motsvarande krav uttrycks i 27 § 1 st så att löftesgivaren/säljaren undgår ansvar om ett oförutsebart hinder utanför hans kontroll föreligger, "vars följder han inte...skäligen kunde ha undvikit eller övervunnit". Till skillnad från CISG Art 79 nämns i den svenska lagtexten endast skyldigheten att försöka övervinna hindrets följder och inte själva hindret.

43-137 Enligt CISG Art 79 skall frågan ställas om löftesgivaren/gäldenären kunde ha undvikit hindret (så att det inte blivit nödvändigt att försöka övervinna det sedan det uppstått): "*reasonably have avoided...it*". Givetvis kan man inte skäligen undvika ett hinder som man inte skäligen kunde förväntas ha räknat med ens när det inträffade. Men att gäldenären inte skäligen kunde räkna med hindret när avtalet ingicks – vilket är den relevanta tidpunkten enligt oförutsebarhetsrekvisitet – utesluter inte att gäldenären skäligen kunde räkna med hindret i ett senare skede och därför få en skyldighet att vara aktiv.

43-138 Någon saklig skillnad mellan CISG Art 79 och 27 § köplagen torde inte vara avsedd.[470] Det vore ju också märkligt om, enligt köplagen, löftesgivaren/gäldenären inte vore skyldig att vidta skäliga åtgärder för att undvika ett hotande prestationshinder innan det inträffar, medan löftesgivaren/gäldenären skulle ha en sådan skyldighet enligt CISG Art 79.

43-139 Enligt Tallon skall med uttrycket "*avoid*" (undvika) i CISG Art 79 förstås skyldigheten att vidta åtgärder för att förebygga att hindret inträffar och med uttrycket "*overcome*" (övervinna) skall förstås skyldig-

[469] Jfr. Prop 1988/89:76 s 109, där det uttalas att prestationshinder ofta är av ekonomisk art. I den mån det är fråga om att undvika eller övervinna hinder torde löftesgivarens/gäldenärens aktivitet alltid vara förenad med kostnader – oavsett om hindret som sådant kan sägas vara av ekonomisk art.

[470] Se Prop 1988/89:76 s 112. Skillnaden torde bero på att lagstiftaren ansett att hinder som kan förebyggas ligger innanför gäldenärens kontroll.

heten att vidta åtgärder för att utesluta att hindret får konsekvenser för möjligheterna att fullgöra.[471] Tallon anmärker att möjligheterna att undvika ett hinder oftast sammanfaller med kontrollrekvisitet.[472] Kravet att gäldenären skall förebygga hinder gäller enligt aktivitetsrekvisitet även orsaker till prestationshinder som ligger utanför gäldenärens kontroll.

43-140 Sydfruktsfallet kan återigen användas för att illustrera tillämpningen av kontrollansvarsregeln. Enligt förutsättningarna i sydfruktsfallet var det ju omöjligt för säljaren att leverera frukten i Stockholm påföljande dag.[473] Hellner anser att säljaren ändå skall bli skadeståndsskyldig. Enligt honom hade hindret kunnat undvikas (eller snarare dess konsekvenser undvikas) om säljaren inte förlitat sig på en enda leveransmöjlighet. Även om Hellner nämner ett flertal omständigheter, implicerar resonemanget, såvitt jag kan förstå och som påpekats ovan[474], att säljaren varit culpös och därför borde svara för skadan. Detta måste, som också påpekats i det föregående[475], antas strida mot grunderna för kontrollansvarsregeln, som ju inte bygger på culpabegreppet.

43-141 Enligt min uppfattning bör säljarens val att fullgöra avtalet i förlitan på en enda leveransmöjlighet rimligen anses ligga innanför säljarens kontroll; någon prövning enligt aktivitetsrekvisitet skulle då inte vara erforderlig. Säljarens val implicerar dessutom att han är riskbenägen, vilket kan betraktas som ett förstärkande skäl för den här förordade riskallokeringen.

43-142 Som påpekats i samband med behandlingen av kontrollrekvisitet, är det emellertid inte säkert att säljaren haft annat val för fullgörelsen än att förlita sig på en enda leveransmöjlighet; t ex kan tiden mellan avtalsslut och leveranstid vara kort. Det vore i sådant fall märkligt om det krävs av honom att han skulle undvika ett hinder som han inte kunnat förutse förrän fartyget står på grund. Kravet på att gäldenären skall undvika hinder måste antas vara uppställt för att fånga in de situationer när gäldenären får anledning att räkna med risk för prestationshinder efter avtalsslutet. Om frågan avgörs enbart med tillämpning av aktivitetsrekvisitet bör säljaren i sydfruktsfallet befrias från skadeståndsskyldighet. För tydlighets skull bör påpekas att avtalet inte är förfallet i och med detta. Säljaren är skyldig att

[471] Bianca & Bonell/Tallon, s 581. Jfr. Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 24 f.
[472] Bianca & Bonell/Tallon, s 581.
[473] Jfr. dock Bianca & Bonell/Tallon, s 583, beträffande satsen "*genera non pereunt*".
[474] Se 43-086 ovan.
[475] Se 43-103 ovan.

enligt 23 § köplagen genast ombesörja en ny leverans av sydfrukter till köparen, försåvitt denne inte väljer att häva avtalet.[476]

4.3.4.2 Aktivitetsrekvisitet och möjligheten till fullgörelse efter modifikation av avtalet

43-143 Frågan om offergränsen med avseende på löftesgivarens/gäldenärens skyldighet att undvika eller övervinna föreliggande prestationshinder, sammanhänger delvis med hans möjligheter att fullgöra prestationen på ett alternativt sätt liksom på möjligheten att fullgöra en alternativ prestation. Om fullgörelse i enlighet med avtalet är så kostnadskrävande att offergränsen kan ifrågasättas vara överskriden, men kostnaderna för att fullgöra prestationen på ett alternativt sätt eller fullgöra en alternativ prestation är lägre, så uppstår fråga om löftesgivaren/gäldenären skall anses skyldig att fullgöra på det alternativa sättet eller utge den alternativa prestationen. Frågeställningen kan generaliseras: Är löftesgivaren/gäldenären skyldig att prestera enligt ett modifierat avtal, om löftesmottagaren/borgenären kräver det?

43-144 En motsvarande frågeställning är huruvida löftesmottagaren/borgenären är skyldig att acceptera den alternativa prestationen eller någon annan förändring av avtalet. En obefogad vägran att acceptera ett modifierat avtal skulle kunna tänkas medföra bortfall eller nedsättning av en eljest föreliggande rätt till skadestånd. Denna frågeställning sammanhänger med löftesmottagarens/borgenärens skyldighet att försöka begränsa skadan i följd av löftesgivarens/gäldenärens kontraktsbrott; fortsättningsvis kallad begränsningsregeln.[477]

4.3.4.2.1 Löftesmottagarens skyldighet att acceptera ett modifierat avtal; begränsningsregeln

43-145 Löftesgivarens/gäldenärens skadeståndsskyldighet kan uppenbarligen påverkas av att löftesmottagaren/borgenären gjort underlättande eftergifter. Stöd för att så skulle vara fallet finns i äldre praxis; se

[476] Här bör nämnas att sydfruktsfallet angår leverans av generiska varor och att en säljare i exempelvis ett tillverkningsavtal inte givet kan åläggas att leverera på nytt. Se Hjerner, *Om köp av bestämt gods*, s 285.

[477] I den mån synsättet bakom *European Contract Principles* Art 2.117 och *UNIDROIT Principles* Art 6.2.3 blir styrande kan förväntas att parterna kommer att anses skyldiga att i omförhandlingar pröva inte bara möjligheterna att modifiera avtalet i tid och rum utan även överväga modifikation eller substitution av avtalsföremålet som sådant. Se 42-159 ff beträffande innehållet i dessa principer.

NJA 1923 s 20, NJA 1925 s 624 och NJA 1951 A 79.

43-146 I NJA 1923 s 20 (*Åhlén & Holm AB ./. Forssså bruks AB*)[478] fann HD att säljaren var skadeståndsskyldig trots att han på grund av ökade prestationskostnader haft fog för att vägra återstående leveranser. Parterna försökte omförhandla avtalet. Köparen hade därvid erbjudit säljaren ett pristillägg för att täcka en del av den uppkomna kostnadsökningen. HD ansåg att om säljaren hade accepterat köparens slutbud, så hade fullgörandet av återstående leveranser visserligen förorsakat en förlust, men de ekonomiska uppoffringarna hade då inte blivit så stora att befrielse från skadeståndsansvar hade kommit ifråga. I NJA 1925 s 624 (*Carl Settervall & C;o AB ./. Högfors och Persbo AB*)[479] tillmättes det på motsvarande sätt betydelse att löftesmottagaren medgivit en förlängning av leveranstiden.

43-147 NJA 1951 A 79 (*Svenska maskinagenturen, T. Johansson ./. Maskinfirma Hafo, Abrahamsson och Olsson & al.*) är mer svårtolkat. Fallet rör primärt löftesgivarens/säljarens rätt att frånträda på grund av en villfarelse.

> Ett åtagande av säljaren att leverera ett antal släpvagnar enligt specifikation visade sig vara mer betungande än säljaren räknat med. Säljaren hävde avtalet utan fog. HD uttalade att det ålegat säljaren att antingen fullgöra eller förhandla om nödig lättnad i leveransvillkoren.

43-148 Domstolen kan väl knappast förstås på annat sätt än att den i princip ansett att löftesgivarens/säljarens villfarelse, vilken avsåg tillgängligheten av fälgar med ett visst antal fästhål, inte kunde åberopas för att frånträda avtalet och inte heller att villfarelsen skulle ha kunnat leda till befrielse från skadeståndsansvar. Oavsett hur det därmed må förhålla sig antyds att löftesgivaren/säljaren borde ha försökt att omförhandla avtalet. Detta tyder på att löftesgivaren/säljaren ansetts skyldig att prestera även enligt ett modifierat avtal. I detta sammanhang går dock det större intresset till frågan om löftesmottagaren/borgenären vid en sådan omförhandling skulle vara tvungen att medge en "nödig lättnad i leveransvillkoren" för att kunna få ut fullt skadestånd om leveransen trots omförhandlingen uteblev. Domen tyder närmast på att så skulle ha varit fallet.

43-149 Huruvida en sådan skadebegränsande omförhandlingsskyldighet föreligger enligt gällande köplag är i hög grad tvivelaktigt. I vart fall synes en omförhandlingsskyldighet inte kunna grundas på CISG utan

[478] Se 42-147 ovan.
[479] Se 42-150 ovan.

tvärt om anses utesluten.[480] Frågan om vilka modifikationer i avtalet som löftesmottagaren/borgenären måste godta för att inte helt eller delvis förlora sin rätt till skadestånd torde få besvaras uteslutande med ledning av begränsningsregeln i CISG Art 77 och den därmed besläktade principen om *good faith* i CISG Art 7 (1).

43-150 Förmodligen kan begränsningsregeln återföras på en i de flesta rättsordningar erkänd rättsgrundsats.[481] Regeln återfinns i BGB § 254 och uttrycks i *Restatement (Second) of Contracts* § 350. Regeln uttrycks även i CISG Art 77, liksom i 70 § 1 st köplagen.[482]

43-151 Begränsningsregeln såsom den kommit till uttryck i CISG Art 77 och i 70 § 1 st köplagen är direkt tillämplig endast när löftesmottagaren-/borgenären yrkat skadestånd.[483] Den reglerar inte normerat skadestånd och vite. Bestämmelsen reglerar inte heller krav på prisavdrag eller fullgörelse; t ex säljarens krav på att utfå köpeskillingen när han förkastat ett anbud från tredje man om att genomföra en täckningsförsäljning till ett lägre pris än det avtalade; jfr CISG Art 62.[484] En motsättning mellan rätten att kräva fullgörelse och skyldigheten att begränsa skadan föreligger dock. Ett praktiskt viktigt exempel härpå – dock utan intresse i förevarande sammanhang – är att en löftesmottagare/köpare stundom kan anses böra avstå från sin rätt att begära fullgörelse, om skada på grund av löftesgivarens/säljarens kontraktsbrott kan begränsas genom täckningsköp efter hävning.[485]

43-152 I motiven till köplagen förutsätts att den skadelidande i allmänhet tar kontakt med sin medkontrahent för att samråda om möjligheterna att begränsa skadan.[486] Motiven ger ingen vägledning i frågan om

[480] Se Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 39.

[481] Se Lando & Beale, s 204, *European Contract Principles* Art 4.504 (jfr. a a, s 55); Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, s 179 ff och Goetz & Scott, 69 Va.L.Rev. 967 ff. Se även von Mehren, s 99 ff.

[482] 1905 års köplag saknade motsvarande stadgande, men principen torde ändå ha erkänts i praxis; se SOU 1976:66 s 161. För en ingående behandling av begränsningsregeln i köprätten se Herre, s 549 ff. Se även Ramberg, *Köplagen*, s 694, Hellner/Ramberg, s 247 och Sandvik, s 168 med vidare hänvisningar.

[483] Enligt Ramberg skall begränsningsregeln även anses tillämplig i fall av anteciperade kontraktsbrott; Ramberg, *Köplagen*, s 696 f. Jfr. dock Herre, s 555 och s 627 ff.

[484] Se Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 77 Rn 2.

[485] Se Prop 1988/89:76 s 206. Se även Ramberg, *Köplagen*, s 695; Hellner/Ramberg, s 247; Herre, s 617 ff; Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 77 Rn 11 och Honnold, s 270 och 520. Se beträffande en i äldre svensk köprätt eventuellt förekommande spekulationsmöjlighet, Hellner, *Köprätt* s 120 och 133 f. Se även Rodhe, § 46 vid not 3. Beträffande förhandenvaron av en spekulationsmöjlighet enligt CISG Art 77, se Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 77 Rn 10 vid not 32.

[486] Se Prop 1988/89:76 s 206. Se även Ramberg, *Köplagen*, s 695 f och Herre, s 593 f.

den skadelidande därvid själv bör ta initiativ till att föreslå modifikationer av avtalet eller bör acceptera medkontrahentens förslag till förändringar av avtalet; t ex så att den skadelidande köparen bör acceptera att säljaren utger en annan prestation än den avtalade.[487] Sannolikt bör alla åtgärder beaktas, som kan vidtas utan att den hotande eller redan uppkomna skadan ökar ytterligare.[488] Man kan således räkna med att köparen stundom har att själv avhjälpa fel[489] eller själv avhämta varan, om säljaren inte klarar av ett åtagande att ombesörja transport.[490] En löftesmottagare/köpare som fått kredit kan vara skyldig att pröva möjligheten att betala kontant vid leverans för att göra det möjligt för löftesgivaren/säljaren att prestera, i vart fall om hävning och täckningsköp skulle ge upphov till en större skada.[491] Bergem & Rognlien går längre och uttalar att en skadelidande löftesmottagare/säljare likaledes skulle kunna tänkas vara skyldig att pröva möjligheten att hjälpa en löftesgivare/köpare som råkat i betalningssvårigheter med att få bankkredit.[492] Enligt min uppfattning kan denna "skyldighet" att hjälpa köparen inte vara särskilt långtgående och bör givetvis inte utsträckas så långt att säljaren skall behöva ställa säkerhet för krediten eller på annat sätt ikläda sig kreditrisk.

43-153 En särpräglad situation uppstår när avtalet har hävts och löftesmottagaren/borgenären erbjuds ett nytt avtal av löftesgivaren/gäldenären. Fråga kan då uppkomma huruvida löftesmottagaren/borgenären kan anses skyldig att acceptera erbjudandet för att minimera skadan. En sådan skyldighet synes ha förelegat redan enligt 1905 års köplag. Det saknas grund för antagandet att situationen skulle vara att bedöma annorlunda enligt nu gällande köplag.[493]

43-154 Att så skulle ha varit fallet antyds i NJA 1951 A 79 och NJA 1953 s 14. I bägge fallen har den skadeståndsberättigade parten haft att

[487] Så skulle kunna vara fallet enligt Bergem & Rognlien, s 385.

[488] Beträffande löftesmottagaren/borgenärens "ansvar" för att skadan begränsas, skulle enligt Stoll kontrollansvarsregeln kunna anses analogt tillämplig; se Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 14.

[489] Se Herre, s 557 ff; Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 77 Rn 9 och Bergem & Rognlien, s 655.

[490] Se Bergem & Rognlien, s 655.

[491] Se Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 77 Rn 5.

[492] Se Bergem & Rognlien, s 655.

[493] Se Herre, s 586 ff och Ramberg, *Köplagen*, s 696. Enligt Rodhe borde ett erbjudande om ett nytt avtal kunna förkastas, om upptagande av förhandlingar skulle kunna uttydas som att den skadeståndsberättigade parten avstått från att göra påföljder gällande. Rodhe, § 46 vid not 4. Denna synpunkt kan möjligen ha förlorat i betydelse genom avgörandet i NJA 1993 s 436.

förklara varför nytt avtal inte kommit till stånd i följd av ett erbjudande från medkontrahenten. HD tycks ha ansett att ett erbjudande om nytt avtal inte kan förkastas utan skäl: Det vill säga att om borgenären förkastar erbjudandet utan skäl, så kan han av denna anledning komma att få bära en del av skadan.

NJA 1951 A 79 (*Svenska maskinagenturen, T. Johansson ./. Maskinfirma Hafo, Abrahamsson och Olsson & al.*) rörde delvis frågan om köparen kunde ha undgått förlust genom att acceptera ett senare erbjudande att fullgöra leverans, eftersom köparens kund (slutanvändaren) varit benägen att motta leverans till oförändrat pris trots visst dröjsmål. Köparen och säljaren inlät sig på förhandlingar, vilka emellertid inte ledde till resultat. HD fann att köparen inte kunde lastas för detta, eftersom säljaren inte förmått tillhandahålla de ritningar och beskrivningar som krävdes av slutanvändaren. Säljaren ansågs därför fullt ut skadeståndsskyldig.

NJA 1953 s 14 (*G.H. Wilkins & C:o Ltd ./. Aktiebolaget Gummiväveriet*) rörde betydelsen av att köparen, sedan köpet med fog hävts av säljaren, erbjudit sig att på i övrigt oförändrade villkor senare motta leverans. Säljaren ansågs ha haft fog för att skärpa betalningsvillkoren i förhållande till det ursprungliga avtalet genom att kräva att köparen skulle ställa en oåterkallelig remburs. Säljaren hävdade att förtroendet för köparen brustit genom det begångna kontraktsbrottet.

43-155 Av NJA 1953 s 14 följer att den brist på förtroende för löftesgivaren/gäldenären som stundom kan följa av ett kontraktsbrott kan vara ett tillräckligt skäl för att förkasta ett erbjudande om nytt avtal.

4.3.4.2.2 Löftesgivarens/gäldenärens skyldighet att fullgöra ett modifierat avtal

43-156 Efter denna betraktelse över begränsningsregeln, kan det finnas skäl att övergå till en undersökning av huruvida löftesgivaren/gäldenären är skyldig att prestera enligt ett modifierat avtal, om löftesmottagaren/borgenären kräver det.

43-157 Det klassiska problemet rörande risken för prestationshinder är att de varor med vilka löftesgivaren/säljaren hade tänkt sig att fullgöra avtalet har förstörts. Med kontrollansvarsregeln är det inte längre nödvändigt för löftesgivaren/säljaren att visa att prestationen blivit objektivt omöjlig i så måtto att prestationshindret drabbat alla säljare på marknaden, utan det räcker med att prestationshindret ligger utanför säljarens kontroll.[494] Utgångspunkten är dock fortfarande att löftesgivaren/säljaren

[494] Se Krüger, *Kjøpsrett*, s 332.

är skyldig att införskaffa nya varor om prestationen är generiskt bestämd. Prestationshindret är därför i princip alltid möjligt att övervinna; *genus non perit.*[495] I vissa fall kan även generiskt bestämda varor anskaffas endast med ansträngningar som går utöver offergränsen, varvid löftesgivaren/säljaren inte skäligen kan övervinna prestationshindret. Tallon nämner som exempel att sådana svårigheter kan uppstå när löftesgivaren/säljaren skall återanskaffa "*a rare metal produced in a single country.*"[496]

43-158 Det står helt utom tvivel att löftesgivaren/säljaren inte kan undgå ansvar om han kan anskaffa generiska varor från annat håll än han tänkt sig utan att offergränsen överskrids. Särskilda problem uppkommer emellertid när gäldenären har åtagit sig att leverera specifika varor.

43-159 När det gäller specifika varor kan frågas om kravet på att löftesgivaren/säljaren skall göra rimliga ansträngningar för att övervinna föreliggande prestationshinder innefattar en skyldighet att utge en alternativ prestation. Problemet har beröringspunkter med frågan om prestationen kan anses felaktig.

43-160 Detta samband framgår tydligt om löftesgivaren/säljaren, utan att ådra sig skadeståndsansvar, skulle kunna förpacka varan på ett annat sätt än som föreskrivs i avtalet, förutsatt att han inte rimligen kunnat övervinna hinder att följa avtalets föreskrifter om förpackning.[497] Enligt Tallon strider emellertid detta mot den uttryckliga föreskriften i CISG Art 35 (1)[498] att varan skall avlämnas "*contained or packaged in the manner required by the contract*".[499] Kontrollansvarsregeln bör enligt vad som ovan sagts anses tillämplig även på skadeståndsansvaret vid fel. Detta innebär att löftesgivaren/säljaren torde kunna undgå skadeståndsskyldighet om han förpackar varan på ett avtalsstridigt sätt för att övervinna ett hinder för förpackning i enlighet med avtalet. Säljaren kan exempelvis tänkas leverera varan i en avtalsstridig förpackning för att undvika ett varumärkesin-

[495] Se Almén & Eklund, § 24 vid not 1 ff.
[496] Se Bianca & Bonell/Tallon, s 583.
[497] Se Honnold, *Documentary History*, s 56.
[498] Se även 17 § 1 st köplagen.
[499] Bianca & Bonell/Tallon, s 583.

trång. En annan sak är att löftesmottagaren/köparen trots detta kan ha rätt till prisavdrag eller hävning.[500]

43-161 Enligt Tallon skulle det dock, enligt principen om *good faith* i CISG Art 7, finnas en skyldighet för löftesmottagaren/köparen att motta ett "'*commercially reasonable substitute' – very close to what the parties initially provided*", om löftesgivaren/säljaren inte kunde fullgöra enligt köparens specifikationer.[501] Om detta är riktigt borde också löftesmottagaren/köparen rimligen kunna kräva att utfå ett "*commercially reasonable substitute*".

43-162 Bestämmelsen om *substitute performance* i UCC § 2-614 tycks ha haft viss betydelse för tankegångarna bakom CISG i detta hänseende.[502] Det kan därför finnas skäl att något närmare uppmärksamma den amerikanska rättens regler härom och ställa dem mot kontrollansvarsregelns krav på att löftesgivaren/gäldenären skall göra vad som skäligen kan krävas av honom för att övervinna föreliggande prestationshinder.

43-163 Enligt amerikansk rätt tycks löftesgivaren/säljaren vara skyldig att utföra prestationen på ett alternativt sätt. Mindre klart är huruvida han också kan anses skyldig att utge en alternativ prestation genom att utge en annan vara än den avtalade.[503]

43-164 Skillnaden mellan att kunna utge en alternativ prestation och att kunna utföra prestationen på ett alternativt sätt illustreras i någon mån av de redan berörda så kallade *Suez*-fallen som uppkom på grund av stängningen av Suezkanalen. De amerikanska avgörandena rörde till skillnad mot flertalet engelska avgöranden passagerarbefordran. Ökningen av kostnaderna genom att istället runda Afrika var förhållandevis måttliga. Av större intresse här är att domstolarna fann att omvägen skulle tas trots att avtalen föreskrev resa genom Suezkanalen; man kan således säga att det rörde sig om omöjlighet *stricto sensu* att utföra den avtalade prestationen

[500] Ett särskilt spörsmål är huruvida löftesmottagaren/köparen kan gå miste om sin rätt till prisavdrag om han begär att varan skall avlämnas förpackad på ett avtalsstridigt sätt. Detta skulle kunna vara fallet om förpackningshindret är av tillfällig art; löftesmottagaren/köparen framtvingar då en felaktig prestation för att slippa drabbas av ett icke skadeståndsgrundande dröjsmål. En närmare utredning av denna frågeställning faller dock utanför ramen för detta arbete.

[501] Bianca & Bonell/Tallon, s 583. Se även Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 24.

[502] Se Bianca & Bonell/Tallon, s 583.

[503] Enligt Hjerner skulle detta inte vara fallet. Se Hjerner, *Om köp av bestämt gods*, s 287. Enligt läran om *Geschäftsgrundlage* kan dock detta uppenbarligen vara fallet; rättsföljden tycks enligt denna lära kunna utformas av domaren i största frihet. Se 42-135 med not 244 ovan.

och att en alternativ prestation fick utföras.[504]

43-165 Som exempel på motsatt utgång kan nämnas avgörandet i *Northern Corporation v. Chugach Electric Association*[505], gällande transport av byggnadsmaterial till en dammanläggning. Uppdragstagaren hade åtagit sig att hämta materialet från ett visst stenbrott och frakta det över en isbelagd sjö. Transportfordonen gick emellertid vid ett flertal tillfällen igenom isen och två man omkom. Uppdragstagaren befriades från sin prestationsskyldighet, eftersom den tilltänkta prestationshandlingen var *impracticable*. Att undvika transporten över isen skulle ha medfört en kostnad som var "*so disproportionate to that reasonably contemplated by the parties as to make the contract totally impractical in the commercial sense.*"[506] Enligt Treitel påverkades utgången otivelaktigt av att domstolen ansåg Chugachs attityd vara hård och omedgörlig med tanke på de inträffade dödsolyckorna.[507]

43-166 Vid uppdragsavtal sammanfaller prestation och prestationshandling. Några säkra slutsatser om vad som gäller varans beskaffenhet kan väl därför knappast grundas på de nu omnämnda avgörandena.[508]

43-167 Frågan om skyldighet att utge en alternativ prestation har särskilt stor betydelse när det gäller s k halvgeneriska köp. Enligt läran om *impracticability* skulle i vissa fall löftesgivaren/säljaren kunna anses skyldig att utge en annan vara än den avtalade. Farnsworth har exempelvis uttalat att en säljare av timmer, att tas från visst område, skulle kunna vara skyldig att utge likvärdigt timmer om det ursprungligen tilltänkta timret förstörts genom skogsbrand. Det är visserligen fråga om en brist i ett grundläggande antagande (antagandet att timret i det avsedda området inte skall brinna upp), men enbart detta räcker inte för att medföra ansvarsbefrielse enligt läran om *impracticability*. Det skall dessutom föreligga ett prestationshinder som inte rimligen skall kunna övervinnas.[509] Uttalandet

[504] Se Treitel, s 251 f med vidare hänvisningar. Jfr. 14:20 st 2 sjölagen. Se härtill Prop 1993/94:195 s 282. Se även 15:13 1 st sjölagen beträffande passagerarbefordran.

[505] Se Treitel, s 241 med hänvisning till 518 P.2d 76 (1974).

[506] 518 P.2d. 76, 81 (1974). Jfr. Lundstedt, SvJT 1921 s 325 på s 349, beträffande transport över svag is som ett fall där ansvarsfrihet enligt 24 § 1905 års köplag kunde ifrågakomma.

[507] Treitel, s 242.

[508] I UCC förbigås med tystnad frågan om löftesgivaren/säljaren kan anses skyldig att utge en alternativ vara. UCC § 2-615 *comment* 5 torde enbart röra vad som skall anses vara grundläggande antaganden. Jfr. Farnsworth, s 695 not 28. Se även avsnitt 4.2.4.4.

[509] Se Farnsworth, s 695 not 28.

står emellertid i bjärt kontrast till behandlingen av de s k *crop failure*-fallen.[510]

43-168 CISG lämnar öppet huruvida löftesmottagaren/köparen kan kräva utfående av en alternativ prestation; jfr. CISG Art 28. En sådan möjlighet skulle enligt svensk rätt i vart fall kunna tänkas förekomma, men vara begränsad till biförpliktelser.[511] När det gäller den besläktade frågan huruvida löftesgivaren/säljaren kan anses skyldig att övervinna föreliggande prestationshinder genom att erbjuda en sådan prestation, bör inskärpas att kontrollrekvisitet och oförutsebarhetsrekvisitet i första hand är avgörande för ansvaret. Frågan har därför aktualitet endast vid ansvar för oförutsebara prestationshinder utanför löftesgivarens/säljarens kontroll. Det avgörande borde då vara huruvida löftesgivaren med en "*verständige Interpretation des durchschnittlichen Parteiwillens*"[512] kan anses närmare att bära risken för prestationshindret. Om det utbyggda oförutsebarhetsrekvisitet anammas[513], bör detta i regel inte anses vara fallet.

43-169 Om avtalet uttryckligen anger att varan skall tas ur ett bestämt parti, synes detta vara ett förstärkande argument mot att anse löftesgivaren/säljaren skyldig att utge en alternativ prestation, även om denna i kvalité och övriga egenskaper motsvarar den ursprungligen avtalade varans. På grund av löftesgivarens/säljarens principiella skyldighet att anskaffa generiska varor från annat håll, om hinder möter mot att utge de varor som han ursprungligen tänkt sig, måste avtalet tolkas med avseende på varornas ursprung. Om löftesgivaren/säljaren t ex åtagit sig att leverera potatis och den potatis som han innehade vid avtalsslutet förstörs, måste tolkningsvis avgöras huruvida han skall anses ha åtagit sig att leverera vilken potatis som helst eller endast potatis ur sin egen skörd eller ur sitt eget lager.[514]

43-170 Detta problem belyses i NJA 1916 s 256 (*Lindhoff ./. Johnsson*). Detta avgörande är såvitt jag vet det närmaste vi i svensk rätt kommer det i amerikansk doktrin flitigt dryftade problemet *crop-failure*.[515]

[510] Se 42-043 nedan. Beträffande *crop failure* i rättsekonomisk belysning, se Posner & Rosenfield, s 106 f och Sykes, 19 J. Legal Stud., s 43 (1990) på s 88 ff.

[511] Se Hjerner, *Om köp av bestämt gods*, s 287.

[512] Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 7.

[513] Se avsnitt 4.3.3.2.

[514] Jfr. Prop 1988/89:76 s 110 och Hjerner, *Om köp av bestämt gods*, s 305. Jfr. även Krüger, *Kjøpsrett*, § 9 not 35.

[515] Se även NJA 1949 A 11 rörande frostskadade morötter; jämväl fråga om löftesgivaren/säljaren ådragit sig skadeståndsskyldighet genom försummelse att underrätta löftesmottagaren/köparen om att prestationshinder inträtt. Skadestånd utgick ej.

Här påstod säljaren att avtalet avsåg potatis som han skulle erhålla från viss lantbrukare. Köparen bestred att avtalet slutits med sådan begränsning. Den av säljaren åsyftade potatisen förstördes av stark frost. Säljaren hävdade att han vid avtalets ingående förbehållit sig att inte behöva leverera om potatisen blev frostskadad. Köparen medgav delvis detta, men förbehållet hade enligt köparen varit att säljaren skulle ha rätt att minska leveransen om potatisen vore delvis frostskadad. Säljaren hävdade att förbehållet om frostskada visade att parterna avsett ett bestämt parti potatis; förbehållet skulle annars sakna praktisk betydelse, eftersom det aldrig skulle vara objektivt omöjligt att skaffa fram den avtalade mängden potatis. Säljaren undgick skadeståndsansvar. HD ansåg att köparen inte lyckats styrka annat avtalsinnehåll än säljaren uppgivit.[516]

43-171 Sannolikt kommer liknande fall upp i framtiden. Skall avtalet då *in dubio* utfyllas med ett villkor om att varan skulle tas från viss egendom? Från amerikansk rätt kan noteras att domstolarna tycks vara mer benägna att befria löftesgivaren/säljaren om han är jordbrukare än om han är grossist. En grossist, som alltså befinner sig längre fram i distributionskedjan, har också typiskt sett bättre möjligheter att sprida risken av en skördeskada.[517] Det är emellertid, som Sykes påpekat, inte alltid som jordbrukaren har sämre möjligheter att sprida risken.[518]

43-172 Enligt rekonstruktionsmodellen är det riktigt att låta placeringen av risken på detta sätt ytterst bero av den relativa förmågan till riskspridning. Löftesgivaren/säljaren bör således undgå ansvar endast om löftesmottagaren/köparen är den bättre riskbäraren.

43-173 Motsvarande borde också gälla när leveransen klart avser generiska varor; det bör härvid observeras att löftesgivaren/säljaren redan svarar strikt för hinder inom sin kontroll liksom för förutsebara hinder. Med en sådan tillämpning skulle det stundom svåra problemet att avgöra huruvida köpet är generiskt eller endast halvgeneriskt inte uppkomma. Likaså torde en högre grad av förutsebarhet i rättstillämpningen uppstå och transaktionskostnaderna *ex post* reduceras. En förmedlande ståndpunkt vore att låta den bättre riskspridaren bära bevisbördan för vad som avtalats.

43-174 I *Lindhoff ./. Johnsson* tycktes bägge parterna handla i stora volymer; avtalet rörde 300.000 kg potatis. Vad som förekommer i fallet ger alltså inte anledning anta att köparen var den bättre riskbäraren. Det vore i så fall rimligt om säljaren *in dubio* får bära risken. I motsatt fall vore

[516] Jfr. NJA 1921 s 119 rörande leveranser av taktjära; skadestånd utgick ej. Jfr. dock NJA 1919 s 115 rörande leverans av raygräs och innebörden av klausulen "partiets lyckliga hitkomst".

[517] Se Farnsworth, s 676.

[518] Sykes, 19 J.Legal Stud., s 43 (1990) på s 90.

det rimligt om köparen får bära risken. Om kontrollansvarsregeln tillämpas, skall löftesgivaren/säljaren gå fri från skadeståndansvar om varorna skulle tas ur viss skörd eller ur något visst parti; dock förutsatt att han kan styrka att övriga förutsättningar i kontrollansvarsregeln är uppfyllda.

43-175 Det för kontrollrekvisitet avgörande bör i enlighet med vad som utvecklats i det föregående vara huruvida löftesgivaren/säljaren kunnat göra något för att förebygga prestationshindret eller dess konsekvenser. I fråga om vissa grödor skulle säljaren ha kunnat förebygga exempelvis vattenskada genom att anordna dränering och torkningsskador genom att anordna konstbevattning. Ofta torde risken för prestationshinder också kunna sägas vara typisk för verksamheten och därigenom förutsebar. Så kan t ex vara fallet med skörd som skadats av en icke exceptionell nederbörd eller frost.

43-176 Enligt ovanstående resonemang bör vid speciesköp löftesgivaren/säljaren heller inte vara skyldig att erbjuda löftesmottagaren/köparen en alternativ prestation.

43-177 Om resonemanget accepteras skulle innebörden av kontrollansvarsregelns krav på att löftesgivaren/gäldenären skall försöka övervinna uppträdande prestationshinder vara att han är skyldig att utföra prestationen på ett alternativt sätt, förutsatt att prestationskostnaderna därvid inte överskrider offergränsen.[519]

43-178 Löftesgivaren/säljaren torde således kunna anses skyldig att på löftesmottagarens/borgenärens begäran avlämna varan på annan ort än den avtalade.[520] Detta torde också ha varit fallet enligt 1905 års köplag.

43-179 I NJA 1920 s 178 (*A/S Höie Fabrikker ./. Fabrikören Kürzel*) hade en säljare av garn hindrats av exportförbud att som avtalat leverera till köparen i Norge. Köparen begärde då leverans vid säljarens fabrik. Säljaren vägrade och uppgav som skäl att det skulle ha varit en olägenhet från konkurrenssynpunkt om varan utbjöds på hans egen marknad istället för som tänkt, för leverans till Norge. Köparens talan om skadestånd ogillades, eftersom köparen inte utan oskäligt uppehåll givit säljaren meddelande om att leverans vid säljarens fabrik påfordrades. Avgörandet ger visst stöd för

[519] Se Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 25 med omnämnande av det kända engelska avgörandet i *Tsakiroglou & Co. Ltd v. Noblee Thorl GmbH*, [1962] A.C. 93 (H.L.). Se även Hellner & Ramberg, s 149 f. I fallet ansåg *House of Lords* att en sudanesisk säljare var skyldig att ta vägen runt Afrika för att leverera varor till en brittisk köpare när vägen genom Suezkanalen var blockerad.

[520] Se Ramberg, *Köplagen*, s 105 beträffande det härmed relaterade spörsmålet om säljarens ansvar för feldestination. Jfr. 13:15 st 2 och 14:20 st 2 sjölagen, vari stadgas *en rätt* för löftesgivare/transportör respektive bortfraktare att lossa på annan ort än som avtalats.

att HD ansett att säljaren principiellt var skyldig att efterkomma köparens krav.[521]

43-180 Det är däremot inte givet att A/S Höie Fabrikker enligt nu gällande köplag skulle gå förlustig sina möjligheter att kräva avlämnande hos säljaren på grund av försenad reklamation.[522]

4.3.4.3 Kravet på svårigheternas intensitet

43-181 Som ovan påpekats föreligger stora svårigheter att med en generell formel närmare ange var offergränsen går, dvs ange vilka krav på svårigheternas intensitet som uppställs.[523] Ett behov härav föreligger visserligen endast när det gäller verkan av oförutsebara prestationshinder utanför löftesgivarens/gäldenärens kontroll. Men när ett sådant behov finns, får kontrollansvarsregeln sägas illa kunna fylla funktionen av att bidra till låga transaktionskostnader *ex post*. Detta gäller i än högre grad om subjektiva faktorer styr bedömningen.[524] Som vi skall se försämrar aktivitetsrekvisitet också kontrollansvarsregelns förmåga att tillgodose intresset av värdemaximering *ex ante*.

43-182 Enligt Honnold borde kravet på svårigheternas intensitet avgöras med ledning av "*a consensus or 'common core' of domestic law*" i den mån nationell rätt avspeglar "*the practices and problems of international trade*".[525] Enligt Honnold bör också allmänt brukade standardavtal, t ex ECE 188, tillmätas betydelse.[526] Dessa kan ge en uppfattning om vilka händelser som skulle kunna utgöra hinder utanför löftesgivarens/gäldenärens kontroll, men de lämnar i allmänhet föga vägledning i fråga om kraven på prestationssvårigheternas intensitet i den konkreta situationen.

43-183 Tallon framhåller för sin del att frågan om svårigheternas in-

[521] Jfr. NJA 1922 s 612 där HD ansåg att ett meddelande om att prestationshinder inträffat skulle ha givit köparen möjlighet att kräva avlämnande på annan plats än den avtalade.

[522] 28 § köplagen ålägger inte köparen någon aktivitetsplikt. 29 § ålägger köparen reklamationsplikt först efter kännedom om avlämnandet. Möjligen kan anses att en reklamationsplikt (eller snarare plikt att klargöra innehållet i säljarens förpliktelser) inträder enligt grunderna för 24 § om säljaren frågar köparen om denne godtar avlämnande vid fabriken.

[523] Enligt Lando & Beale, s 141, skall den närmast med CISG Art 79 likalydande *European Contract Principles* Art 3.108 tillämpas endast vid omöjlighet. Övriga fall av ökade prestationskostnader kan föranleda jämkning enligt *European Contract Principles* Art 2.117. Enligt min uppfattning innebär detta inte att problemen kring kravet på prestationssvårigheternas intensitet har lösts, utan bara att problemet i *European Contract Principles* kommit att lyftas upp på en generell nivå. Se även 42-162 ovan.

[524] Jfr. dock Taxell som tycks föga känslig för denna aspekt; Taxell, *Skadestånd*, s 102.

[525] Honnold, s 538. Se dock Bianca & Bonell/Tallon, s 595.

[526] A a, s 538 ff. Se även 43-009 med not 311 ovan.

tensitet måste avgöras från fall till fall.[527] Han framför uppfattningen att kravet på svårigheternas intensitet måste bli präglad av den subjektiva inställningen hos domaren och att domaren har stor frihet när det gäller att avgöra om svårigheterna har en sådan intensitet att befrielse från skadeståndsansvar kan komma ifråga.[528] Kravet på svårigheternas intensitet skulle emellertid, enligt honom, otvivelaktigt vara strängare än vad som följer av bl a läran om *impracticability*.[529]

43-184 Tydligen bör prestationens värde för borgenären tillmätas betydelse vid bedömningen. Tallon anför exemplet att ett föremål förloras till sjöss. Hindret kan övervinnas genom att föremålet hämtas upp även om det sker till stora kostnader. Lösningen i ansvarsfrågan kommer inte att bli densamma om varan är en värdefull skulptur i det ena fallet och bara ett maskinverktyg i det andra fallet.[530] Kravet på svårigheternas intensitet skulle alltså kunna vara en funktion av det värde som löftesmottagaren/borgenären sätter på prestationen. Det skall redan här påpekas att det värde som löftesmottagaren/borgenären åsätter prestationen ofta – men inte alltid – kan öka med prestationskostnaderna. Så kan i allmänhet antas vara fallet vid brist på råvaror eller komponenter; priserna stiger då i regel på grund av minskad tillgång.

43-185 Tallon uttalar i likhet med de flera andra kommentatorer till CISG Art 79 att avsikten bakom bestämmelsen är att utveckla "*a system of its own*" och att hänvisningar till traditionella nationella begrepp som omöjlighet, force majeure, *frustration* och *impracticability* saknas i konventionstexten.[531] När det gäller kriterierna för bedömning av vad gäldenären skäligen kan anses vara skyldig att göra för att övervinna ett hinder sägs att "*the basis of reference is...the reasonable person.*"[532] Efter att ha pekat på vagheten hos detta kriterium fattar Tallon omedelbart tag i de traditionella begreppen och anför att "*it will often be most difficult to distinguish between what is possible and what is impossible to overcome.*"[533] Men att skilja mellan vad som är omöjligt och möjligt är inte nödvändigt enligt konventionstexten. Prövningen skall ju avse om löftesgivaren/gäldenären skäligen kunde ha övervunnit hindret.

[527] Se Bianca & Bonell/Tallon, s 581. Jfr. diskussionen i Neumayer & Ming, s 535 f.
[528] A a, s 584.
[529] A a, s 592.
[530] Se Bianca & Bonell/Tallon, s 581.
[531] Bianca & Bonell/Tallon, s 574. jfr. Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 not 55.
[532] Bianca & Bonell/Tallon, s 581.
[533] Bianca & Bonell/Tallon, s 581.

43-186 Stoll framhåller att frågan om var offergränsen går ytterst får avgöras efter en tolkning av avtalet i ljuset av CISG Art 7 (1). In dubio rekommenderas en sträng bedömning.[534]

43-187 I motiven till köplagen synes med hinder avses endast prestationssvårigheter av viss intensitet; det förefaller mig riktigare att säga att det i dessa fall inte skäligen kan krävas att hindret skall övervinnas. I motiven uttalas således att det för att ett hinder skall anses föreligga inte är tillräckligt att prestationen försvårats eller blivit mer kostsam än löftesgivaren/säljaren räknat med, men det krävs inte heller att den blivit omöjlig *stricto sensu*.[535] Enligt motiven får man räkna med att extraordinärt betungande omständigheter enligt en – som det sägs – objektiv bedömning faktiskt måste anses utgöra hinder.[536] Uppenbarligen förutsätts en objektiv bedömning med utgångspunkt i säljarens "faktiska möjligheter" att prestera.[537] Valet av uttryckssättet "faktiska möjligheter" tycks anknyta till omöjlighetsläran och begreppet praktisk omöjlighet. En gissning är att lagstiftaren, utan att detta tydligt kommit till synes, velat behålla de krav på svårigheternas intensitet som utvecklats inom ramen för äldre praxis.[538] Kravet på svårigheternas intensitet skulle då sättas så högt att det för befrielse krävs att möjligheterna att prestera "må anses uteslutna", som det hette i 24 § i 1905 års köplag. Att lagstiftaren påverkats av de traditionella force majeure- och omöjlighetsbegreppen framgår än tydligare av motivuttalandena till 57 § köplagen.[539]

43-188 Med tanke på köplagens förebild i CISG – med det uttalade målet att överge traditionella begrepp av typen "omöjlighet" – och lagtextens lydelse "skäligen kunde ha...övervunnit", har denna lösning inte mycket för sig. En lösning som innebär ett krav på praktisk omöjlighet eller förhandenvaro av ett "oöverstigligt" hinder skulle leda till den märkliga konsekvensen att ansvaret för hinder innanför löftesgivarens/gäldenärens kontroll skulle vara strikt och att ansvaret för händelser utanför hans kontroll på grund av aktivitetsrekvisitet också skulle vara strikt; åtminstone lika strikt som enligt 24 § i 1905 års köplag!

43-189 Detta förefaller stå i strid mot de allmänna motiven bakom

[534] Se Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 40. Se även Honnold, s 544 och Sandvik, s 52 med not 80.
[535] Prop 1988/89:76 s 108.
[536] Prop 1988/89:76 s 109.
[537] Prop 1988/89:76 s 109.
[538] Jfr. Krüger, *Kjøpsrett*, s 182 och Sandvik, s 112 ff.
[539] Prop 1988/89:76 s 170 f.

köprättens reformering. Det uttalas där att det finns anledning att "... i flera avseenden sätta i fråga det gällande regelsystemet. Till en början synes det vara en allmän uppfattning att det skadeståndsansvar vid genusköp som grundar sig på den s.k. omöjlighetsläran är alltför strängt."[540]

43-190 Ett sätt att förena uttalandena i de allmänna motiven med de uttalanden som görs i specialmotiven vore att betrakta uttalanden i äldre praxis och doktrin – i den mån befrielse ansetts komma ifråga – som exempel på vad som enligt köplagen definitivt skall anses utgöra hinder vilka inte skäligen kunde ha övervunnits.

43-191 Låt oss anbringa kontrollansvarsregeln på några äldre avgöranden rörande frågan om prestationshinders ifrågasatta oövervinnerlighet i fall av s k ekonomisk omöjlighet.

43-192 Om kontrollansvarsregeln hade tillämpats i NJA 1918 s 20 I-III (*F:a Fredrik Nyström mfl ./. Malmö stora valskvarn*)[541], så skulle någon prövning av svårigheternas intensitet inte ha varit erforderlig, eftersom säljarens lagerhållning av mjöl måste anses ligga inom hans kontroll. HD ansåg att de prisökningar som drabbat säljaren (50-100%) i princip låg inom offergränsen.[542]

43-193 Risken borde enligt kontrollansvarsregeln ha allokerats på enahanda sätt i NJA 1925 s 624 (*Carl Settervall & C:o AB ./. Högfors och Persbo AB*).[543] HD synes dock där ha ansett att de kostnadsökningar som drabbade säljaren i princip översteg offergränsen. Av referatet framgår inte hur stora kostnadsökningarna var.

43-194 I ett fall som NJA 1923 s 20 (*Åhlén & Holm AB ./. Forssså bruks AB*)[544] borde riskallokeringen ha kunnat avgöras genom en tolkningsoperation. Av vad parterna anförde i målet synes slutsatsen kunna dras att köparen trott på en prisuppgång medan säljaren trott på stabila priser eller kanske, på grund av den snara fred han förväntade sig, sjunkande priser. Säljaren borde därför måhända tolkningsvis anses ha åtagit

[540] Prop 1988/89:76 s 43.

[541] Se 42-146 ovan.

[542] I NJA 1918 s 20 I och II tolkades förbehåll att "[f]orce majeure...berättigar kvarnen till befrielse...från leveransskyldigheten eller i kvarnens val till motsvarande förlängning av leveranstiden." Förbehållet utfylldes tydligen med kravet i 24 § 1905 års köplag att prestationen skulle vara praktiskt taget omöjlig. Se även tolkning av förbehållet "med reservation i händelse av krig..." i NJA 1919 s 169. Jfr. NJA 1942 s 548. Förbehållet om force majeure "som kan hava inflytande på leveransens fullgörande" ansågs motivera en sänkning av offergränsen i NJA 1920 s 317. Sannolikt kommer kontrollansvarsregeln att få motsvarande betydelse vid tolkning av liknande allmänt hållna förbehåll.

[543] Se 42-150 ovan.

[544] Se 42-147 ovan.

sig risken för fortsatta prisökningar vare sig dessa varit förutsebara eller ej. Ett tolkningsdatum av stor betydelse synes numera också vara att avtalet föreskrev leveranser till fasta priser. Även oaktat detta bör kontrollansvarsregeln medföra att säljaren får bära risken. Säljarens råvaruförsörjning ligger i princip innanför dennes kontroll. Någon prövning enligt aktivitetsrekvisitet blir därför inte nödvändig. HD synes dock ha ansett att kostnadsökningarna (ca 170%) i princip låg utanför offergränsen.

43-195 Om kontrollrekvisitet uppfattas i en mer inskränkt bemärkelse, så kan risken för prestationshinder på grund av en utvidgning av u-båtskriget (som det i fallet var fråga om) anses ligga utanför löftesgivarens/säljarens kontroll. Det blir i sådant fall nödvändigt att företa en prövning enligt oförutsebarhetsrekvisitet. HD synes ha ansett att utvidgningen av u-båtskriget var oförutsebar. Om det utbyggda oförutsebarhetsrekvisit som här har förordats tillämpades, skulle riskallokeringen avgöras med hänsyn till parternas relativa förmåga att sprida risken för en kostnadsökning som framkallats av krigshändelserna. Referatet tillåter inte några säkra slutsatser om den relativa riskspridningsförmågan, men mycket talar för att säljaren haft den bättre förmågan. Köparen måste ju för övrigt anses ha försökt undgå risken för kostnadsökningar genom att sluta ett fastprisavtal.

43-196 Om oförutsebarhetsrekvisitet uppfattas i inskränkt bemärkelse – snarast som innebärande att krav på faktisk oförutsebarhet – erfordras en prövning enligt aktivitetsrekvisitet.

43-197 Om en sådan prövning skall företas, så bör noteras att ledande kommentatorer till CISG inte alls synes vilja beakta s k ekonomisk omöjlighet.[545] I motiven till köplagen intas en vacklande hållning.[546] Det avgörande skall enligt det uttryckssätt som där begagnas vara säljarens faktiska möjligheter att fullgöra köpet. Men det sägs samtidigt att kostnaderna för att övervinna hindret kan överstiga gränsen för vad som objektivt sett kan vara en tänkbar insats vid ett visst köp.

43-198 *De lege lata* kan konstateras att tanken på en offergräns kvarstår i köplagen. Något mer bestämt om var gränsen går synes inte kunna uttalas. Dock skulle kunna hävdas att om lagstiftaren ansett att 24 § köplagen, på grund av rekvisitet "må anses utesluten", var för sträng mot löftesgivaren/säljaren, så skulle kostnadsökningar av den omfattning som drab-

[545] Se Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 39 och Bianca & Bonell/Tallon, s 591 ff. Se även Hagstrøm, TfR 1995 s 561 på s 581 ff för en sammanfattning av den internationella diskussionen om offergränsens läge.

[546] Se Prop 1988/89:76 s 109.

bade säljaren i NJA 1923 s 20 (ca 170%) vara tillräckliga för att han enligt kontrollansvarsregeln skall undgå ansvar i en avtalsrelation av ifrågavarande art.

43-199 Kravet på kostnadsökningar synes gå betydligt längre i amerikansk rätt.[547] I tysk rätt förefaller prestationskostnadsökningar utanför området för omöjlighetsläran i huvudsak behandlas enligt den jämkningsinriktade läran om *Geschäftsgrundlage*, varför en jämförelse med svensk rätt blir svår.[548]

43-200 Enligt min uppfattning är det synnerligen olämpligt att bestämma offergränsens läge genom ange hur stora kostnadsökningar som krävs. I stället bör beaktas vem av parterna som är den bättre riskbäraren. Om löftesgivaren/gäldenären är den bättre riskbäraren innebär eljest idén om en offergräns en gräns över vilken löftesmottagaren/borgenären offras. Om emellertid löftesmottagaren/borgenären är den bättre riskbäraren, t ex därför att han är den bättre riskspridaren, innebär offergränsen en gräns under vilken löftesgivarens/gäldenären offras.

43-201 Om detta är riktigt begränsas betydelsen av aktivitetsrekvisitet till två fall:

(1) Fall i vilka risken ligger utanför löftesgivarens/gäldenärens kontroll, risken är oförutsebar och löftesmottagaren/borgenären är den bättre riskspridaren. Här bör för klarhets skull tilläggas att löftesgivaren/gäldenären enligt den bestämning av oförutsebarhetsrekvisitet som ovan förordats kommer att få bära risken om han är den bättre riskspridaren.

(2) Fall i vilka ingen av parterna kan sägas vara en bättre riskbärare än den andre.

43-202 I det första fallet – när löftesmottagaren/borgenären är den bättre riskspridaren – synes aktivitetsrekvisitet inte kunna fylla någon vettig funktion. Aktivitetsrekvisitet är istället ägnat att motverka intresset av värdemaximering *ex ante*. I princip bör ju löftesgivaren/gäldenären här helt undgå ansvar. I det andra fallet – när värdemaximeringsprincipen inte ger vägledning – tycks inte några skäl kunna anföras vare sig för eller emot en strikt standard; det är snarast intresset av förutsebarhet och klara principer som bör vara avgörande.

43-203 *De lege lata* är helt tydligt att omöjlighet *stricto sensu* inte erfordras för att löftesgivaren/gäldenären i dessa fall skall undgå ansvar.

[547] Se 42-144 ovan.
[548] Se avsnitt 4.2.6.2.1.

Detta skulle eljest ha varit den enklaste och klaraste lösningen. Denna lösning stämmer dock inte överens med kontrollansvarsregelns ordalydelse. Det återstår således att försöka finna någon annan princip för bedömningen enligt aktivitetsrekvisitet som kan leda till större förutsebarhet och därigenom minskade transaktionskostnader *ex post* jämfört med en obunden skälighetsprövning.

43-204 Enligt min uppfattning bör bedömningen grundas på avtalets ekonomi. Tre principiella lösningar är tänkbara:

(a) Löftesgivaren/gäldenären är i fall som avses i (1) och (2) ovan inte skyldig att övervinna föreliggande prestationshinder utan att han får ersättning för de ökade kostnaderna (ökat vederlag).
(b) Löftesgivaren/gäldenären är i fall som avses i (1) och (2) ovan inte skyldig att övervinna föreliggande prestationshinder om han drabbas av en förlust i förhållande till läget *ex ante*.
(c) Löftesgivaren/gäldenären är i fall som avses i (1) och (2) ovan inte skyldig att övervinna föreliggande prestationshinder om kostnaderna härför leder till att avtalet ger upphov till en nettoförlust av värde.

43-205 Enligt min uppfattning bör kravet på svårigheternas intensitet sättas mycket lågt i fall som avses i (1); i princip bör aktivitetsrekvisitet bestämmas enligt alternativ (a). Det är i vart fall svårt att motivera varför löftesgivaren/gäldenären skall förpliktas till så stora ansträngningar att han drabbas av en förlust (b).

43-206 Sannolikt är den striktaste normen (c) bäst ägnad att leda till förutsebarhet i fall som avses i (2). Denna norm är också mer förenlig med principen att avtal skall hållas och kan därför lättare inlemmas i en internationell rättstradition.

43-207 Kvar står då att löftesgivaren/gäldenären särskilt i fall som avses i (1) ovan i regel åtminstone bör kunna få åberopa att fullgörelsen utsätter honom för en förlust som skäl för en jämkning av skadeståndet enligt 70 § 2 st köplagen.[549] Ökade prestationskostnader torde däremot inte kunna åberopas för att motivera jämkning enligt 36 § avtalslagen.[550] När

[549] Jfr. Taxell, *Skadestånd*, s 191 ff. Se allmänt om jämkning enligt 70 § 2 st köplagen, Ramberg, *Köplagen* s 697 ff och Herre, s 673 ff. Se även Bengtsson, *Nya jämkningsmöjligheter*, s 51 ff.

[550] Se Prop 1988/89:76 s 101. Jfr. Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 79 Rn 39. Se dock Krüger, *Kjøpsrett*, s 175 och 336, Sandvik, s 51 f och Bergem & Rognlien, s 152, som emellertid synes vilja utesluta jämkning i rättsförhållanden där CISG är tillämplig; a a, s 674 f. Se häremot Hagstrøm, TfR 1995 s 561 på s 582.

det gäller jämkning av skadestånd bör dock observeras att stöd för en sådan jämkning saknas i CISG och att enligt köplagen skadeståndet i dessa fall redan är jämkat *de jure* på grund av att endast direkta skador behöver ersättas; se 27 § 2 st.[551]

43-208 Oavsett vilken av normerna (b) eller (c) som än väljs synes offergränsen kunna påverkas av att löftesmottagaren/borgenären gör eftergifter sedan prestationshindret inträtt.[552] Om den striktare normen (c) skall tillämpas synes skadeståndsansvaret även kunna påverkas av det värde som löftesmottagaren/borgenären åsätter prestationen.

4.3.4.4 Aktivitetsrekvisitet och prestationens värde

43-209 Hos Tallon framskymtade uppfattningen att gränsen för kravet på svårigheternas intensitet skulle kunna ha något att göra med det värde som borgenären åsätter prestationen. Betydelsen av det värde som löftesmottagaren/borgenären åsätter löftesgivarens/gäldenärens prestation sammanhänger eljest primärt med hans rätt att kräva prestation in natura och har inte några omedelbara beröringspunkter med rätten till skadestånd.[553] Frågan om bortfall av rätten att begära naturafullgörelse är inte fullständigt reglerad i CISG utan beror, om domaren så vill, av vad som följer av tillämplig nationell rätt; se CISG Art 28.

43-210 Enligt 23 § köplagen bortfaller löftesmottagarens/köparens rätt att kräva naturafullgörelse om fullgörelsen skulle förutsätta uppoffringar som inte är rimliga med hänsyn till hans intresse av att *löftesgivaren/säljaren* fullgör köpet. Intresset blir mindre beaktansvärt ju lättare köparen kan skaffa sig motsvarande vara på annat håll.[554]

43-211 Tydligen går löftesmottagaren/köparen förlustig möjligheten att kräva fullgörelse vid prestationssvårigheter vilkas intensitet är tillräcklig i förhållande till hans intresse av att just den löftesgivare/säljare med vilken han ingått avtal skall fullgöra. Även om rätten att kräva naturafullgörelse bortfaller är löftesmottagaren/köparen i princip fortfarande berättigad till skadestånd. Det avgörande är därvid i sista hand om löftesgivaren/

[551] Se 43-238 ff nedan.

[552] Se avsnitt 4.3.4.2.2.

[553] Se beträffande *equity* i amerikansk rätt 53-031 nedan. I tysk rätt sammanhänger frågan om naturaprestation och skadestånd i högre grad på grund av den tyska rättens utgångspunkt i principen om *Naturalerfüllung*. Se 42-020 med not 32 nedan.

[554] Se Prop 1988/89:76 s 101. Jfr. Lando & Beale, s 155 ff angående *European Contract Principles* Art 4.102 (2). Jfr. även a a, s 53 angående *European Contract Principles* Art 1.106 (*good faith and fair dealing*).

säljaren skäligen kan övervinna hindret enligt aktivitetsrekvisitet i kontrollansvarsregeln. I motiven framhålls dock det nära sambandet mellan orimliga uppoffringar och hinder som skäligen kan övervinnas.[555] Vad som åsyftas är fall där avtalsbalansen rubbats efter avtalsslutet på grund av ändrade förhållanden.[556]

43-212 Som exempel på ett fall när ett missförhållande kan uppstå mellan säljarens uppoffringar och köparens intresse av prestation från säljaren nämns i motiven köp av vara som säljaren skall importera där det sker "en oväntad och mycket drastisk ändring" i växelkursen för säljarens kontraktsvaluta, medan köparens intresse av fullgörelse kan tillgodoses genom anskaffning av en vara vars pris inte berörs av växelkursförändringen.[557] I ett sådant fall bör bortfall av skadeståndsskyldigheten dock på grund av kontrollrekvisitet i regel knappast komma ifråga.

43-213 Möjligen skall således kraven på vad en säljare skäligen bör göra för att övervinna ett hinder bedömas med ledning av 23 § köplagen.[558] Om säljaren råkat ut för ett prestationshinder utanför sin kontroll, som han inte skäligen kunde förväntas ha räknat med vid köpet och vars följder han inte heller skäligen kunde ha undvikit eller övervunnit, skulle skadeståndsskyldigheten bortfalla om säljaren för att övervinna hindret skulle tvingas till uppoffringar som inte står i rimligt förhållande till köparens intresse av att säljaren fullgör.

43-214 Om denna tolkning av aktivitetsrekvisitet är riktig skulle kravet på svårigheternas intensitet relateras till det värde som köparen tillskriver prestationen.

43-215 Mot denna tolkning finns emellertid vissa invändningar. En invändning kan omedelbart göras på rättssystematisk grund. 23 § köplagen angår frågan när säljaren kan slippa fullgöra, men ändå möjligen vara fortsatt skyldig att utge skadestånd. Köplagens 27 § angår istället frågan när säljaren kan slippa utge skadestånd men ändå vara fortsatt skyldig att fullgöra. Även om motiven nämner släktskapen mellan de två reglerna sägs också att ett hinder inte nödvändigtvis föreligger ens om prestationen skulle förutsätta uppoffringar som vore orimliga med hänsyn till köparens intresse av prestationen.[559] Uttalandet kan emellertid avse något annat än de specifika kraven på svårigheternas intensitet. Det är inte uteslutet att

[555] Prop 1988/89:76 s 100.
[556] Prop 1988/89:76 s 101.
[557] Prop 1988/89:76 s 101.
[558] Jfr. Krüger, *Kjøpsrett*, s 175.
[559] Se Prop 1988/89:76 s 109.

uttalandet snarare avser det generella förhållandet att stora prestationssvårigheter inte är en tillräcklig betingelse för att skadeståndsskyldigheten skall bortfalla.

43-216 En allvarligare invändning mot tolkningen är att kraven på svårigheternas intensitet skulle komma att avgöras enligt nationell rätt. Detta skulle äventyra en önskvärd internationell likhet vid tillämpningen av CISG. Häremot kan anföras att det inte är regeln i 23 § köplagen som skall vara avgörande. Det avgörande är att löftesgivaren/gäldenären i princip inte bör anses skyldig att vidta sådana åtgärder för att övervinna föreliggande prestationshinder att avtalet resulterar i en nettoförlust av värde. Denna grundtanke kommer till uttryck i 23 § köplagen, men borde utan uttryckligt stöd även kunna anses förenlig med regeln i CISG Art 79.

4.3.4.5 Aktivitetsrekvisitet och värdemaximeringsprincipen.

43-217 Doktrin och förarbeten lämnar, som vi sett, få hållpunkter för att avgöra vilka krav som skall uppställas på svårigheternas intensitet. Den enskilde domaren kommer uppenbarligen att ha stor frihet att avgöra hur stora kostnadsökningar gäldenären måste vidkännas innan ett befriande hinder i princip kan anses föreligga. Åtminstone gäller detta intill dess att en praxis utvecklat sig. Frågan är närmast om den ekonomiska teorin kan lämna några hållpunkter för en bedömning av vilka kostnadsökningar som det kan krävas att gäldenären skall tåla.[560]

43-218 Vi skall närmare undersöka under vilka förhållanden säljaren bör undgå skadeståndsansvar vid ökade prestationskostnader, men nedanstående resonemang kan precis lika gärna tillämpas på köparens situation. Resonemanget illustrerar samtidigt betydelsen av parternas inställning till risk – en faktor som på grund av mina förenklingssträvanden lämnas utanför rekonstruktionsmodellen.

43-219 Så mycket är klart att säljaren bär risken för ökade prestationskostnader upp till en viss nivå. Låt oss beteckna denna nivå med bokstaven H. Om prestationskostnaderna överstiger denna nivå, slipper säljaren prestera så länge hindret består eller intill dess köparen begagnar sig av sin eventuella rätt att häva köpet. Frågan är om H kan bestämmas så att intresset av värdemaximering åtminstone inte motverkas.

43-220 Låt oss beteckna kostnaderna för prestationen Pk och låta Pk

[560] Jag bygger den följande framställningen på den studie som utförts av Sykes i frågan om kraven på svårigheternas intensitet enligt *impracticability*-läran; Sykes, 19 J. Legal Stud., s 43 ff (1990).

variera mellan k (minsta tänkbara kostnadsökning) och K (största tänkbara kostnadsökning). Vi låter bokstaven V beteckna det bruttovärde som borgenären åsätter prestationen. För att bestämma storleken på V föreslår jag tumregeln att V ungefär motsvarar storleken på direkt och indirekt skada (ersättningsgill eller ej) som uppkommer om säljaren inte presterar. Det är teoretiskt tänkbart att arbeta med följande krav på svårigheternas intensitet, dvs grad av kostnadsökning.

H>k: För att ett befriande hinder skall anses föreligga uppfyllt fordras endast att prestationskostnaderna ökat utöver den minsta möjliga nivån.

H>k men H<V: För att ett befriande hinder skall anses föreligga fordras att prestationskostnaderna ökat utöver den minsta nivån, men inte att de fullt ut motsvarar köparens bruttovärde av prestation.

H=V: För att ett befriande hinder skall anses föreligga fordras att prestationskostnaderna motsvarar köparens bruttovärde av prestation.

H>V men H<K: För att ett befriande hinder skall anses föreligga fordras att prestationskostnaderna har stigit utöver köparens bruttovärde av prestationen, men det finns någon punkt därutöver som medför befrielse från prestationsplikten.

H=K: Prestation eller skadestånd skall alltid utgå.

43-221 Vi kan av den föregående diskussionen *de lege lata* genast utesluta den första och den sista möjligheten.

43-222 Låt bokstaven S beteckna det skadestånd som utgår om befrielse inte inträder. Låt oss för att förenkla resonemanget göra antagandet att skadeståndet utgör ett adekvat mått på köparens förlust av nettovärde vid avtalsbrott. I sådant fall blir skadeståndet (S) lika med bruttovärdet (V) minus priset (p): S=V-p. Så kan exempelvis vara fallet när CISG är tillämplig och alla skador som uppstår är förutsebara eller om köplagen är tillämplig och alla skador kan klassas som direkt förlust; jfr. CISG Art. 74 respektive 67 § köplagen.

43-223 Enligt de nyss angivna förutsättningarna utgår skadestånd om Pk $\leq$H; skadestånd utgår inte om Pk>H. Vi kan således skriva: S=V-p om Pk $\leq$H och S=0 om Pk>H.

43-224 Låt oss vid följande undersökning utgå från en regel som stadgar att befrielse inträder om prestationskostnaderna minst motsvarar köparens bruttovärde av prestationen, dvs H $\geq$ V. Om denna regel skall anses vara acceptabel från ekonomisk synpunkt, så måste den vara bättre än en

regel enligt vilken befrielse från skadeståndsansvar aldrig förekommer; dvs vi måste kunna anta att H=V enligt värdemaximeringsprincipen skall föredras framför H=K.

43-225 Enligt den ekonomiska teorin kommer priset att bli lägre vid H=V än vid H=K. I det senare fallet slipper ju köparen i princip all risk för att förlora det avtalade nettovärdet vid stigande prestationskostnader. Ett sådant avtal är värt mer för varje köpare, oavsett inställning till risk, än ett avtal förenat med risk. Varje köpare kommer då i princip att vara villig att betala mer för ett avtal där H=K. Hur mycket mer köparen är villig att betala beror av vilken nyttoökning köparen får av avtalet H=K jämfört med H=V. För en riskaversiv köpare är nyttoökningen större än för en riskneutral köpare. Nyttoökningen i det enskilda fallet beror härutöver på en mängd faktorer, t ex fördelningen av sannolikheter för olika nivåer på produktionskostnaderna (Pk) och köparens tillgång till förmögenhet utöver det avtalade priset (KöpF). Det är inte nödvändigt att närmare undersöka detta, eftersom vi kan anta att priset bestäms så att nyttan för köparen med avtalet H=K blir lika stor som vid avtalet H=V. Vi kan allmänt sett uttrycka köparens nytta, u(Köp), vid prestation som

u(Köp)=u(KöpF+V-p) och;
köparens nytta vid utebliven prestation
u(Köp)=u(KöpF+S).

43-226 På motsvarande sätt kan vi uttrycka säljarens nytta vid prestation, u(Sälj), som en funktion av den förmögenhet som säljaren har utöver avtalet

(SäljF), priset (p) och prestationskostnaderna (Pk)
u(Sälj)=u(SäljF+p-Pk) och;
säljarens nytta om han inte presterar
u(Sälj)=u(SäljF-S).

43-227 Vi kan inte förvänta oss att en nyttomaximerande säljare kommer att prestera när prestationskostnaderna Pk är större än H; dvs när Pk>H. I vissa fall kan måhända köparen framtvinga fullgörelse genom att få domstolen att utfärda ett vitessanktionerat åläggande att fullgöra.

43-228 Oavsett hur vi bestämmer H, kommer prestation att ske om priset p minskat med prestationskostnaderna är större än 0; dvs p-Pk>0. Vad som kommer att ske när p-Pk$\leqslant$0 är ovisst, men antas i den ekonomiska analysen bero på sanktionernas negativa värde. Vi kan då inte förvänta oss att säljaren presterar om

p-Pk<-S, dvs p-Pk<-(V-p).

43-229 Om vi väljer att bestämma H så att H är större än bruttovärdet för köparen av prestationen, dvs H>V, kan vi fortfarande inte förvänta oss prestation, om prestationskostnaderna är större än bruttovärdet för köparen. Om Pk > V kan säljaren förväntas föredra att betala skadestånd till köparen (*efficient breach*). Om vi å andra sidan väljer att bestämma H så att det är mindre än bruttovärdet för köparen, dvs H < V, så ökar risken för ineffektiva avtalsbrott. Utfallet av nytta beror av om köparen kan få till stånd en omförhandling med säljaren och vilka transaktionskostnader som omförhandlingen leder till.

43-230 Köparens och säljarens respektive nytta vid H=V respektive H=K antas enligt den ekonomiska teorin bero av hur parternas nyttofunktioner ser ut. Det finns därvid anledning att skilja mellan tre fall:
a) säljaren är riskneutral och köparen är riskaversiv;
b) säljaren är riskaversiv och köparen riskneutral;
c) säljaren och köparen har samma inställning till risk.

43-231 Parternas närmare inställning till risk lär inte kunna utforskas av en domstol och det är förmodligen inte ens önskvärt att parternas subjektiva inställning till risk skall ha betydelse som rättsfaktum. En sådan ordning skulle förmodligen inte gagna förutsebarheten i rättstillämpningen. Den skulle dessutom säkerligen föranleda administrativa kostnader utan motsvarande samhällsekonomiska fördelar. Men uppenbarligen kommer parternas subjektiva inställning till risk att ha avgörande betydelse för om H=V någonsin skall tillåtas dominera över H=K. En rimlig gissning är att partens förmåga att diversifiera risken för hinder utom kontroll kan ge en objektiv vägledning i fråga om parternas inställning till risk. En minskad förmåga att diversifiera risker kan antas leda till en ökad grad av riskaversion. Såsom oförutsebarhetsrekvisitet, efter utbyggnad med rekonstruktionsmodellens riskspridningsrekvisit, här bestämts finns det inte anledning att räkna med att en prövning av prestationssvårigheternas intensitet behöver göras i andra fall än när säljaren är riskaversiv och köparen riskneutral eller riskbenägen. Det är också endast då som det finns det anledning att avvika från H=K, dvs endast då bör det komma i fråga att befria gäldenären på grund av ökade prestationskostnader.

43-232 Om säljaren är riskneutral och köparen är riskaversiv, kan säljaren i regel antas ha lättare än köparen att diversifiera risken.

Om säljaren är riskneutral kan H<K aldrig leda till en ökning av parternas sammanlagda nytta, men regeln kan, som Sykes påpekat, väl minska

den sammanlagda nyttan. Om H=K, så utgår alltid skadestånd vid utebliven prestation och prestation uteblir endast om Pk>V, dvs när villkoren för *efficient breach* föreligger. Om H<K kommer köparen att betinga sig en riskpremie, vilken kommer att vara större än säljarens värdering av risken. Detta leder till en dålig riskallokering. Om dessutom H<V, tvingas köparen till omförhandling och ytterligare nyttoförlust uppstår om omförhandling uteblir eller medför transaktionskostnader. Den ekonomiska teorin kan således åberopas till stöd för en rättstillämpning som sätter H=K i situationer där säljaren har lättare att diversifiera risken för hinder utom kontroll.

43-233 Om istället säljaren är riskaversiv och köparen riskneutral, kan köparen i regel antas ha lättare än säljaren att diversifiera risken.

Enbart att säljaren är riskaversiv och köparen riskneutral tillåter inte i det enskilda fallet slutsatsen att H<K är bättre än H=K. Säljaren slipper risken för prestationskostnadsökningar inom ett visst intervall. Det kan uttryckas som att sannolikheten för S=0 ökar. Men om köparens förväntade nytta skall vara konstant, kommer köparen att dra en riskpremie från priset. Huruvida säljaren då föredrar H=V, H<K eller H=K beror på hur hans nyttofunktion ser ut. Ofta antas i den ekonomiska teorin att den riskaversiva partens nyttofunktion är konkav, dvs marginalnyttan av inkomster avtar kontinuerligt.[561] Om detta antagande är riktigt är H=V och H<K att föredra framför H=K. I valet mellan (H=V) och (H<K men H>V), måste beaktas parternas möjlighet att förutse hos vilken part risken skall placeras. Detta är motiverat både från prisbildningssynpunkt och från transaktionskostnadssynpunkt *ex post*. Ett val av H=V som normalregel för detta fall torde därvid erbjuda störst fördelar.[562]

43-234 Om slutligen båda parter är riskaversiva, kan i regel ingen av parterna antas ha lättare än den andra att diversifiera risken.

Vi kan knappast i denna situation ens grovt uppskatta i vilken mån H<K är bättre än H=K. Ett rimligt antagande är att H<K blir allt sämre för bägge parter ju mer riskaversiv köparen är.[563]

43-235 Sykes har visat att H<K är bättre än H=K, förutsatt att parterna är identiska i varje avseende och att prestationskostnaderna bara kan anta två värden Pk1 och Pk2, varvid Pk1<V och Pk2>V, samt att parterna förde-

[561] Se t ex Varian, s 221.
[562] Sykes, 19 J. Legal Stud., s 43 (1990) på s 57 drar inte denna slutsats utan lämnar frågan öppen.
[563] Sykes, 19 J. Legal Stud., s 43 (1990) på s 58.

lar transaktionens värde lika, dvs vid Pk1 är V-p=p-Pk1 och vid Pk2 inträder befrielse.[564]

43-236 Denna situation torde i praktiken vara mycket ovanlig och några allmänna slutsatser beträffande hur rättstillämpningen kan bidra till värdemaximering kan knappast dras.

43-237 I de fall en prövning av aktivitetsrekvisitet behöver göras, dvs strängt taget endast när gäldenären har sämre förmåga till diversifiering än borgenären, är vi av konventions- och lagtext tvingade till en prövning av prestationssvårigheternas intensitet. Därvid borde inte krävas mer än att prestationskostnaderna uppgår till det värde som borgenären kan antas åsätta prestationen; dvs H≥V. Med en sådan bestämning uppnås en avvägning mellan värdemaximering *ex ante* – med hänsyn till vilken H=k torde kunna försvaras – och intresset av låga transaktionskostnader *ex post*. Med H≥V minimeras borgenärens behov av omförhandling och regeln är förmodligen mer förutsebar än det mer obestämda H<K. Om gäldenären förklaras skadeståndsskyldig redan enligt kontroll- eller oförutsebarhetsrekvisitet har prestationssvårigheterna inte någon relevans; dvs H=K. Prestationssvårigheterna bör heller inte ha någon relevans om risken fördelas med hänsyn till möjligheterna att förebygga, identifiera och diversifiera risken. Med ett sådant innehåll kan kontrollansvarsregeln tillämpas utan alltför stora avvikelser från värdemaximeringsprincipen.

43-238 Det kan här vara på sin plats att göra en exkurs beträffande köplagens tillämpning av skilda grunder när det gäller ansvaret för direkt förlust (kontrollansvar) respektive indirekt förlust (culpaansvar). Uppdelningen innebär att löftesmottagaren/säljaren inte får ersättning för indirekta förluster om han inte kan styrka culpa, trots att löftesgivaren kan ha insett att sådana förluster kunde följa av ett kontraktsbrott och trots att det föreliggande prestationshindret ligger innanför löftesgivarens/köparens kontroll och/eller kunde förutses.[564a]

43-239 Vi har alltså anledning räkna med att löftesmottagaren/borgenären – trots att det vore en ekonomiskt sett bättre regel att förplikta löftesgivaren/gäldenären att utge fullt skadestånd – många gånger får finna sig i ett skadestånd som inte kompenserar honom för de faktiska förluster han lidit. Givetvis innebär detta en risk för löftesmottagaren/borgenären. På samma sätt som påpekats ovan beträffande prisbildningen när H<K kan vi

[564] Sykes, 19 J. Legal Stud., s 43 (1990) på s 58 f.

[564a] För en kritisk granskning av denna uppdelning i två kategorier av förluster se Herre, s 682 ff.

förvänta oss att han kompenserar sig genom en reducerad betalningsvillighet. Detta leder i de flesta fall till att parterna inte förmår exploatera transaktionens hela sammanlagda värde; dvs en värdeförlust uppstår. Men vi har också anledning att räkna med avtalsbrott, trots att betingelserna för *efficient breach*[565] inte är uppfyllda. Följden av detta torde bli att antalet transaktionskostnadskrävande omförhandlingar ökar.

43-240 Vi har tidigare antagit att köparens nytta vid prestation kan uttryckas som

u(Köp)=u(KöpF+V-p) och;
köparens nytta vid utebliven prestation
u(Köp)=u(KöpF+S) där S=V-p eller S=0. Antag nu istället att
S=V-p-x, där x motsvaras av förluster som inte förväntas bli ersatta, t ex indirekta skador.

43-241 På motsvarande sätt har vi antagit att säljarens nytta vid prestation kan uttryckas som

u(Sälj)=u(SäljF+p-Pk) och;
säljarens nytta om han inte presterar
u(Sälj)=u(SäljF-S)=u(SäljF-(V-p-x)).

43-242 Vi kan inte förvänta oss att en nyttomaximerande säljare kommer att prestera när prestationskostnaderna Pk är större än H; Vi kan då inte förvänta oss att säljaren presterar om p-Pk<-S, dvs p-Pk<-(V-p-x), dvs när Pk>V-x. Genom begränsningen av skadeståndet till indirekt förlust föreligger betingelserna för att ineffektiva avtalsbrott skall inträffa, nämligen när Pk>V-x men Pk<V.

43-243 Köplagens reglering på denna punkt torde ha inspirerats av lösningar på standardavtalsrättens område[566], men de närmare skälen till varför lagstiftaren ansett att gäldenärens strikta ansvar skall omfatta endast direkt förlust är oklara. Det kan dock – vilket är tillräckligt här – fastslås att effekten av regeln är att en ytterligare riskdelare införts via skadeståndsystemet. Denna ytterligare riskdelning är i vart fall inte ägnad att motverka opportunistiska beteenden.

43-244 En nyttomaximerande köpare kan förväntas vara beredd till omförhandling för att förmå säljaren till fullgörelse. Värdet av fullgörelse (V-p) är ju större än värdet av skadeståndet (V-p-x). Denna omförhandling

[565] Se härom t ex Cooter & Ulen, s 289 ff och Polinsky, s 31 ff.
[566] Se prop 1988/89:76 s 46 f.

kommer att kompliceras av två faktorer. För det första vet parterna att skadeståndet kommer att uppgå till V-p om säljaren kan styrka att kontraktsbrottet beror på försummelse på säljarens sida. För det andra vet parterna att skadeståndet i sådant fall kan bli lägre än V-p och till och med lägre än V-p-x[567] genom jämkning enligt 70 § 2 stycket, som stadgar att jämkning kan ske om skadeståndet anses oskäligt.

43-245 Detta ökar inte till kontrollansvarsregelns förmåga att skapa förutsättningar för låga transaktionskostnader *ex post*. I någon mån mildras de negativa verkningarna, om 70 § 2 stycket köplagen inte uppfattas som ett generellt bemyndigande till domstolen att jämka skadeståndet vid svårbedömda fall av kontrollansvar. Regeln i 70 § 2 st köplagen bör istället kunna användas för att minska de negativa verkningarna av aktivitetsrekvisitet på det sätt som anförts i föregående avsnitt.[568]

4.3.5 Rekonstruktionsmodellen och kontrollansvaret; en samlad jämförelse

43-246 Vi har sett att kontrollansvarsregeln i någon mån låter sig förenas med värdemaximeringsprincipen sådan den kommer till uttryck i rekonstruktionsmodellen.

43-247 Kontrollrekvisitet kan uppfattas som ett generellt uttryck för satsen att löftesgivaren/gäldenären skall svara för de risker som han har möjlighet att förebygga. Detta är förenligt med rekonstruktionsmodellens förebygganderekvisit i förening med dess riskområdesrekvisit och några påtagliga skillnader mellan rekonstruktionsmodellen och kontrollansvaret torde inte behöva föreligga i denna del.

43-248 Även oförutsebarhetsrekvisitet torde kunna leda till en riskallokering som i huvudsak överensstämmer med rekonstruktionsmodellens riskområdesrekvisit. Om oförutsebarhetsrekvisitet uppfattas innebära ett krav på att ett prestationshinder faktiskt borde ha förutsetts vid avtalets ingående, blir det, med den bestämning av kontrollrekvisitet som här har förordats, strängt taget redundant. Men om oförutsebarhetsrekvisitet ses som ett juridiskt-tekniskt uttryck för en strävan att åstadkomma en lämplig riskfördelning *in casu*, finns skäl att *de sententia ferenda* utbygga rekvisitet med rekonstruktionsmodellens riskspridningsrekvisit. Om så sker blir likheterna mellan kontrollansvaret och rekonstruktionsmodellen påtagliga.

[567] Se Prop 1988/89:76 s 206.
[568] Jfr. Herre, s 676.

43-249 En lika markant som från värdemaximeringssynpunkt omotiverad skillnad mellan kontrollansvarsregeln och rekonstruktionsmodellen visar sig dock när löftesmottagaren/borgenären är den bättre riskspridaren. Enligt rekonstruktionsmodellen undgår då löftesgivaren risken, medan han enligt kontrollansvarsregeln är skyldig att försöka övervinna föreliggande prestationshinder. Löftesgivaren undgår skadeståndsansvar först om det inte skäligen kan krävas att han övervinner hindret.

43-250 En annan diskrepans består i att rekonstruktionsmodellen kräver en klar och förutsebar regel för riskallokering när ingen av parterna kan sägas vara närmare att bära risken, dvs när det från värdemaximeringssynpunkt är egalt vem som bär risken. Klarhet är motiverad av hänsyn till intresset att försöka hålla transaktionskostnaderna *ex post* så låga som möjligt. Kontrollansvarsregelns aktivitetsrekvisit synes på grund av sitt svårbestämbara innehåll vara illa ägnat att tillgodose detta intresse.

43-251 Honnold har, synbarligen med särskilt avseende på aktivitetsrekvisitet, yttrat: "*In spite of strenuous efforts of legislators and scholars we face the likelihood that Article 79 may be the Convention's least successful part of the half-century of work towards international uniformity.*"[569]

43-252 En räddningsaktion förefaller vara påkallad. Med hänsyn till att kontrollansvarsregeln är avsedd att bryta med de traditionella begreppen *force majeure*, *impracticability* och omöjlighet och bilda "*a system of its own*" finns det inte några skäl att beträffande kravet på svårigheternas intensitet anknyta till dessa begrepp och traditioner. En lösning vore istället att låta kravet på att prestationskostnaderna skall ha ökat till en viss nivå bero av huruvida löftesgivaren/gäldenären enligt värdemaximeringsprincipen kan anses vara närmare att bära risken eller inte. Om han är närmare att bära risken, bör skadeståndsansvar åläggas honom oavsett om prestationshinder kan övervinnas eller icke. Om å andra sidan löftesmottagaren/borgenären är närmare att bära risken, bör kravet sättas lågt; i princip borde löftesgivaren/gäldenären inte behöva ådra sig några kostnader för att övervinna hindret utan att kompenseras härför.

43-253 Om ingen av parterna kan anses närmare att bära risken, bör aktivitetsrekvisitet bestämmas på ett entydigt sätt. Den klaraste regeln vore att tillämpa samma lösning som när löftesgivaren/gäldenären är närmare att bära risken; dvs ålägga honom ansvar oavsett om prestationshindret är oövervinnerligt eller ej. En sådan lösning står emellertid i dålig överensstämmelse med kontrollansvarsregelns lydelse. En alternativ och nöjaktigt

[569] Honnold, s 534. Jfr. Neumayer & Ming, s 537 f.

entydig regel vore då att låta löftesgivaren/gäldenären undgå risken om han kan visa att avtalets fullgörelse skulle medföra en nettoförlust av värde. Visst stöd för denna lösning på de problem som aktivitetsrekvisitet medför följer av rekvisitets hänvisning till skälighet.

4.4 Culpaansvar

4.4.1 Inledning

44-001 För köprätten gäller nu som vi har sett i det föregående avsnittet en enhetlig och objektiv ansvarsgrund; kontrollansvar. Parallellt härmed förekommer emellertid inom kontraktsrätten rent culpaansvar tillsammans med dess "strängare" variant, presumtionsansvar, där bevisbördan är omvänd.[570] För dessa ansvarsformer begagnas i det följande den gemensamma beteckningen culpaansvar. De rättsregler som uppställer ett sådant culpaansvar betecknas gemensamt culparegeln.

44-002 Efter införandet av kontrollansvarsregeln i köprätten har regeln visserligen vunnit visst insteg i den övriga kontraktsrätten. Således kan nämnas reglerna i 7:2 aktiekontolagen (1989:827).[571] Från sjölagen noteras bortfraktarens ansvar vid dröjsmål med nominering av fartyg vid kvantumkontrakt; 14:36 stycke 3. Culparegeln har dock sannolikt alltjämt ett starkt grepp om kontraktsrätten – köplagen inbegripen; se t ex 27 § 4 st. Hellner karakteriserar culparegeln som en allmän rättsgrundsats[572] och Gomard ser i culparegeln "*den almindeligt gældende erstatningsregel i*

[570] Beträffande termen culpa som en synonym till vårdslöshet se Rodhe, § 29 vid not 1. Ytterligare synonymer är oaktsamhet och ovarsamhet. Hellner, *Skadeståndsrätt*, s 123. Hellner påpekar att "försummelse" och "försumlighet" vanligen avser culpa, men att orden säkerligen även täcker uppsåtsfall. Hellner, a a. Enligt Taxell skulle orden "försummelse" och "försumlighet" beteckna vårdslöshet som består i underlåtenhet. Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 96. Rodhe använder termen vållande som ett överordnat begrepp innefattande både uppsåt och vårdslöshet. Rodhe, § 29 vid not 2. Hellner använder vållande för att beteckna vårdslöshet. Se Hellner, *Skadeståndsrätt*, s 124. Jfr. Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 93 f. I denna framställning begagnas culpa i och för sig som avseende annat än uppsåt (*dolus*). Se dock Krüger, *Kjøpsrett*, s 317 med not 17. Avgränsningen är i och för sig av underordnad betydelse, eftersom det är culparegelns yttre gränser som här efterforskas. Dolusfallen kan då lämnas därhän enligt principen att det större (culpa) innesluter det mindre och mer förtätade (dolus). Jfr. Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 96. Av samma skäl förbigås här fall av grov culpa (*culpa lata*).

[571] Se även 8:2 lag (1991:195) om penningmarknadskonton. Upphävd genom SFS 1992:1311.

[572] Hellner, *SpA II:1*, s 31. Jfr. Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 259 f.

kontraktsforhold, for så vidt som kontrahenters ansvar for opfyldelse af kontrakten bedømmes efter denne regel (eller standard), hvor ikke andet er bestemt i lovgivningen eller er særligt indiceret af tradition eller tungtvejende grunde."[573] Taxell har å andra sidan ifrågasatt om regeln bör ges principiell prioritet och hävdat att det vid normluckor skulle vara naturligt att i första hand utreda vilka faktorer som kan påverka ansvarsbedömningen samt utreda vilken lösning som bäst motsvarar en lämplig riskfördelning mellan parterna.[574]

44-003 Ett argument mot att ge culparegeln den av Gomard förespråkade prioriteten skulle kunna vara att det traditionella skadeståndssystemet väsentligen förändrats efter införandet av kontrollansvarsregeln i köprätten.[575] Köplagens regel om kontrollansvar tycks dock inte vara avsedd att uttrycka någon allmän kontraktsrättslig princip om skadeståndsansvar respektive bortfall av skadeståndsansvar, utan regeln tycks huvudsakligen vara utformad med avseende på köp.[576]

44-004 I motiven till lagen om handelsagentur avvisar departementschefen uttryckligen kontrollansvaret: "Det s.k. kontrollansvaret har utformats med hänsyn till relationen mellan en säljare och en köpare och torde inte utan vidare kunna överföras till varaktiga prestationer av det slag som det här är fråga om. Enligt min mening framstår en reglering med ett presumtionsansvar som en rimlig avvägning mellan parternas intressen i de nu aktuella fallen."[577]

44-005 Tyvärr låter oss departementschefen inte veta varför ett presumtionsansvar innebär en rimligare intresseavvägning än ett kontrollansvar vid varaktiga avtal.[578] Det kan ju anmärkas att även köpavtal kan vara varaktiga, t ex vid successiva leveranser. Det råder också stora likheter mellan agentavtal och vissa återförsäljaravtal[579], varför det kan ifrågasättas om kontrollansvaret där kan sägas vara en lämplig reglering av skadeståndsskyldigheten.

[573] Gomard, *Obligationsret II*, s 155. Jfr. den tyska rättens *Verschuldensgrundsatz*; BGB § 276. Se härtill Larenz, s 276 ff. För att culparegeln skall frångås synes det enligt tysk rätt krävas att ett strängare ansvar följer av en lagregel såsom t ex skett i fråga om ansvaret för generiska prestationer; se BGB § 279 och 42-023 ovan.

[574] Taxell, *Skadestånd*, s 127. Se även Taxell, TfR 1987 s 343 ff.

[575] Se Taxell, *Skadestånd*, s 127.

[576] Jfr. dock Taxell, TfR 1987 s 343 på s 357.

[577] Prop 1990/91:63 s 45.

[578] I motiven uttalas att detta är den lösning som valts i Danmark; Prop 1990/91:63 s 45. Situationen är emellertid knappast jämförbar med den svenska genom att man i Danmark inte har infört kontrollansvaret inom den nationella köprätten.

[579] Se SOU 1984:85 s 72 f.

44-006 Kanske är det verkliga motivet för att kontrollansvaret avvisats vid handelsagentavtal istället att förpliktelserna väsentligen går ut på att med omsorg eftersträva ett visst resultat eller med omsorg eftersträva bästa möjliga resultat (*obligation de moyen*), t ex verka för största möjliga avsättning, medan köpavtalet väsentligen går ut på att *åstadkomma* ett resultat (*obligation de résultat*).[580] Den förra typen av förpliktelser upptar i sig ett element av frånvaro av culpa. Kontrollansvaret skulle således kunna sägas vara en olämplig ansvarsgrund att applicera på de kontraktstyper som är definierade med en culpaterminologi.[581] Det motsatta förhållandet kan däremot inte antas; att en förpliktelse går ut på att åstadkomma ett resultat betyder inte att culparegeln skulle vara olämplig.[582]

44-007 Möjligen avsåg departementschefen med det nyss citerade uttrycket "varaktiga prestationer av det slag som det här är fråga om" sådana långvariga avtalsrelationer som förutsätter en längre gående samverkan och ett större mått av altruism eller, om man så vill, ett större mått av lojalitet än vad som normalt krävs av parterna i ett köpeavtal.[583] Agentavtalet skulle kunna anföras som ett exempel på ett sådant avtal; se 5 § och 7 § handelsagenturlagen. Kontrollansvaret kan möjligtvis ha tett sig alltför strängt och rigoröst i en sådan avtalsrelation.[584] Motsvarande synpunkt kan möjligen tillämpas även på avtal som går ut på personliga prestationer, trots att de kan gå ut på att åstadkomma ett resultat och trots att de inte alltid medför någon särskild lojalitetsplikt.[585]

44-008 Det har också hävdats att kontrollansvaret skulle vara mer lämpat för bedömningar av företags skadeståndsansvar[586], medan en culpaterminologi skulle vara mer motiverad när löftesgivaren/gäldenären är en enskild person.[587] Möjligen har lagstiftaren utgått från att handelsagenten vanligen är en enskild person och att culparegeln därför skulle vara lämpligare. En sådan generalisering torde dock inte beskriva verkligheten på ett adekvat sätt.

[580] Jfr. Rodhe, § 3 vid not 5. För kritiska synpunkter på denna klassifikation av förpliktelser se Krokeide, TfR 1977 s 569 på s 628 ff.

[581] Se Krüger, *Kjøpsrett*, s 315.

[582] Se Krüger, *Kontraktsrett*, s 134 ff.

[583] Se avsnitt 5.1.3.

[584] Jfr. Bergem & Rognlien, s 152, beträffande större möjligheter till ansvarsbefrielse när säljare och köpare är bundna till varandra genom ett kommissionsavtal.

[585] Jfr. Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 283.

[586] Taxell, *Skadestånd*, s 49; ds., *Avtal och rättsskydd*, s 303 ff. Se även Taxell, TfR 1987 s 342 på s 352.

[587] Se Taxell, *Skadestånd*, s 64; ds., *Avtal och rättsskydd*, s 284 och Sandvik, s 201. Jfr. Krüger, *Kjøpsrett*, s 312.

44-009 Intuitivt förefaller det mig riktigt att culparegeln är bättre ägnad än kontrollansvarsregeln för bedömning av enskilda personers skadeståndsansvar. Därmed är emellertid inte sagt att regeln skulle vara mindre lämplig för företags skadeståndsansvar. Man skulle ju kunna tänka sig att det vore en grundförutsättning för culparegelns tillämplighet att det skall vara möjligt att utpeka någon viss person inom företaget som förfarit culpöst och att sedan ålägga företaget ansvar för anställda och andra medarbetare. När det gäller framförallt större företag kan utletandet av den culpösa personen tänkas möta svårigheter; culpa kan exempelvis tänkas bestå i en brist i organisationen eller planeringen av verksamheten för vilken styrelsen eller företagsledningen kollektivt kan anses vara ansvarig. Genom anonym culpa som stödfunktion kan emellertid ett företag mycket väl åläggas culpaansvar utan att man behöver fastslå vilken eller vilka personer inom företaget som förfarit culpöst.[588] Att det kan vara svårt att identifiera en viss culpös person inom ett företag kan därför knappast anses vara något starkt argument mot att tillämpa ett culpaansvar även på företag.

44-010 Med hänsyn till culparegelns centrala ställning inom kontraktsrätten finns det skäl att efter den föregående undersökningen av kontrollansvarsregeln nu uppmärksamma huruvida de generella riskallokeringsargument som uppbär culparegeln står i bättre överensstämmelse med värdemaximeringsprincipen, sådan den uttrycks i rekonstruktionsmodellen, än de argument som befunnits möjliga att anföra till stöd för kontrollansvarsregeln. En sådan undersökning bör kunna ge vissa hållpunkter *de sententia ferenda* i fråga om analogiutrymmet kring kontrollansvarsregeln.

4.4.2 En översiktlig inventering av culpaansvaret i svensk kontraktsrätt

44-011 En översiktlig inventering av culparegeln i svensk kontraktsrätt ger följande hållpunkter.

44-012 Vid köp av fast egendom gäller beträffande säljarens dröjsmålsansvar att denne har att i tid avträda fastigheten och fullgöra sådant

[588] Se om anonym culpa, Hellner, *Skadeståndsrätt*, s 158 f; Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 109 f och ds., *Skadestånd*, s 69 f. Jfr. om juridiska personers skadeståndsansvar, Hellner, *Juridiska personers skadeståndsansvar*, s 122 ff; Rodhe, § 29 vid not 40 och Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 104 f. Det finns här skäl att med en återknytning till 33-085 ovan anmärka att anonym culpa inte tycks vara avsedd att ifrågakomma när det gäller skadeståndsansvar enligt 33 § konkurrenslagen. Se Prop 1992/93:56 s 96. Se även Helsingborgs tingsrätts dom, DT 1331 av den 21 december 1995.

som bereder köparen möjlighet att få lagfart. Enligt JB 4:13 och 4:14 blir säljaren dock endast skyldig att utge skadestånd om underlåtenheten varit "utan skäl". Lagrådet har beträffande innebörden av lokutionen "utan skäl" yttrat att för skadestånd endast torde fordras att köparen inte i rätt tid kommer i besittning av fastigheten och att detta "beror på säljaren".[589] Grauers antar dock att uttrycket "utan skäl" implicerar "ett visst mått av vårdslöshet".[590]

44-013 Vid faktiska fel ges fastighetsköparen enligt 4:19 st 1 JB rätt till skadestånd "om felet eller förlusten beror på försummelse på säljarens sida eller om fastigheten vid köpet avvek från vad säljaren får anses ha utfäst." Vi får således här räkna med ett rent culpaansvar, såvida inte ansvaret kan grundas på en "anses-utfästelse".[591] Enligt Hellner hänför sig den väsentliga delen av det skadeståndsansvar som åvilar fastighetssäljaren till *culpa in contrahendo*[592], medan rättsläget i övrigt är osäkert.[593]

44-014 Inom hyresrätten gäller presumtionsansvar jämsides med ett rent culpaansvar. Hyresvärden bär ett presumtionsansvar för dröjsmål enligt 12:13 och 14 JB och för fel enligt 12:11 JB. Om lägenheten däremot före tillträdesdagen är så förstörd att den inte kan användas för det avsedda ändamålet gäller dock ett rent culpaansvar enligt 12:10. Ett rent culpaansvar gäller även för rådighetsinskränkningar som meddelats före tillträdesdagen enligt 12:12. Hyresvärdens ansvar utsträcks i vissa fall till att gälla under hela hyrestiden enligt 12:16. Det bör noteras att hyresgästen i allmänhet har rätt till nedsättning av hyran i nämnda fall, varför hyresvärden bär en del av risken för ökade prestationskostnader även i avsaknad av culpa såsom också fallet är för en säljare när det gäller köparens rätt till prisavdrag vid fel. Hyresgästen har ett rent culpaansvar för att lägenheten vårdas under hyrestiden; 12:24 JB.[594]

44-015 Vid innehav av annans egendom har traditionellt ett presum-

[589] NJA II 1972 s. 92. Se även Hellner, *SpA II:1*, s 49 och Westerlind, s 362.

[590] Grauers, *Fastighetsköp*, s 117 not 1.

[591] Se Hellner, *SpA II:1*, s 64 f. Jfr. 42 § 1905 år köplag. Stadgandet angav tre olika ansvarsförutsättningar: svikligt förfarande, fel som uppkommit på grund av vanvård eller försummelse och slutligen avvikelse från egenskap som "kan anses tillförsäkrad". När det gällde fel som uppkommit på grund av vanvård eller försummelse angavs i lagtexten inte om det var fråga om ett culpaansvar eller ett presumtionsansvar. Den vedertagna uppfattningen synes ha varit att ett presumtionsansvar gällde. Se Almén & Eklund, § 42 vid not 99 f och § 44 vid not 42 ff.

[592] Se närmare 44-026 ff.

[593] Hellner, *SpA II:1*, s 65.

[594] Se närmare Bengtsson & Victorin, s 242.

tionsanvar uppställts.[595] Även i andra avtalsförhållanden där en skyldighet att vårda annans egendom ingår – såsom vid materiellt arbetsbeting och hyra av lös sak – gäller i regel presumtionsansvar beträffande skada på egendomen.[596] Parts skyldighet att vårda annans egendom sammanhänger nära med risken för att vederlaget skall minska i värde.

44-016 När det gäller ansvaret för uthyrarens och uppdragstagarens dröjsmål är rättsläget osäkert. Hellner synes inte vilja utesluta att kontrollansvarsregeln i köplagen skulle kunna tillämpas analogt vad gäller uthyrarens[597] och uppdragstagarens[598] ansvar i dessa fall. I de fall uppdraget går ut på att löftesgivaren/uppdragstagaren skall prestera ett penningbelopp kan antas att en regel om strikt ansvar upprätthålls; jfr. NJA 1991 s 217 (*AB W H Finans ./. Östgöta Enskilda Bank*).

44-017 När det gäller uppdragsavtal i övrigt synes det rena culpaansvaret vara den dominerande ansvarsgrunden; se t ex HB 18:4 och 15:1–2 aktiebolagslagen. Ett rent culpaansvar gäller även enligt 14 § försäkringsmäklarlagen och 20 § fastighetsmäklarlagen; jfr. NJA 1970 s 122 (*Uppsala Fastighetsbyrå AB ./. Byggmästaren Erik Andersson*). I de flesta av de de nu nämnda exemplen, liksom i avtalsrelationer som väsentligen går ut på rådgivning eller tillhandahållande av sakkunskap (t ex uppdrag utförda av revisorer eller advokater) torde culpabedömningen vanligen ske med utgångspunkt i den fullgjorda prestationen. Fastställandet av förpliktelsernas innehåll och culpabedömningen torde då bli ett och detsamma; oftast är frågan huruvida uppdraget utförts i enlighet med god yrkessed.[599] Sådana konsulter kan så att säga betraktas som säljare av information med ett cul-

[595] Jfr. dock NJA 1983 s 617 beträffande ansvar vid avtal om omhänderhavande, träning mm av häst där ett rent culpaansvar har tillämpats. På s 625 antyder emellertid HD att presumtionsansvar skulle vara en huvudregel. Beträffande ansvaret för omhänderhavd egendom, se allmänt Agell. Se även Bengtsson, *Särskilda avtalstyper I*, s 88 f.

[596] Se Hellner, *SpA II:1*, s 114 och 188.

[597] Se Hellner *SpA II:1* s 185. Mot detta talar enligt Hellner (a a) det förhållandet att hyresavtal i de flesta fall avser bestämda föremål.

[598] Se Hellner *SpA II:1* s 106. Hellner anför här NJA 1917 s 58 (*O Nyman ./. byggmästaren A.V. Persson*), vilket till synes är det enda rättsfall vari förutsättningarna för uppdragstagares skadeståndsskyldighet behandlas. Det kan enligt min uppfattning ifrågasättas huruvida detta avgörande kan anses innebära att HD tillämpat ett strikt ansvar. Se 25-008 ovan.

[599] Se Krüger, *Kontraktsrett*, s 790 f.

paansvar för fel i den sålda "varan", vanligen karakteriserat som vårdslös rådgivning.[600]

44-018 Enligt 17 § kommissionslagen svarar kommissionären för försumlighet vid fullgörande av uppdraget (rent culpaansvar). Någon motsvarande bestämmelse beträffande kommittentens ansvar finns inte. Det är därför oklart huruvida kommittenten har ett rent culpaansvar, ett presumtionsansvar eller någon form av strikt ansvar. Ett presumtionsansvar gäller emellertid, som inledningsvis noterats, bägge parter enligt 34 § 1 st handelsagenturlagen.

44-019 Riskallokeringen inom transporträtten är komplex. I allmänhet är transportörens skadeståndsansvar beloppsbegränsat; se t ex 13:30 sjölagen. 9:22 luftfartslagen, 32–39 §§ lagen om inrikes vägtransport, 3:28-31 järnvägstrafiklagen.[601]

44-020 Enligt sjölagen bär transportören/bortfraktaren i allmänhet ett presumtionsansvar, så t ex vid skada på lasten och vid dröjsmål med utlämnandet; 13:25 och 28, 14:27 och 57 sjölagen.[602] Enligt 13:26 st 1 punkt 1 sjölagen undgår transportören/bortfraktaren skadeståndsansvar om skadan beror på fel eller försummelse vid navigering eller handhavande av fartyget begånget av befälhavaren, besättningsmedlem eller annan som utfört arbete i fartygets tjänst (nautiskt fel). Regeln är särpräglad och återgår på den så kallade Haagregelkompromissen mellan redar- och befraktarintressen, enligt vilken sjöresa betraktades som ett gemensamt äventyr.[603]

44-021 Den särskilda regeln om nautiska fel har kommit att kritiseras och har utgått ur 1978 års FN-konvention om sjötransport av gods, de så kallade Hamburgreglerna. Hamburgreglerna har dock ännu inte helt införlivats med sjölagen. Motståndet mot att avskaffa den särskilda ansvarsfrihetsgrunden för nautiska fel har varit starkt, varvid Haagregel-kompromissens förespråkare har påtalat att försäkringsbranschen inrättat sig efter Haagreglernas riskallokeringsschema och att en förändring skulle medföra

[600] Se närmare härom Kleineman, s 509 ff och 531 ff. Frågan om revisorers rådgivaransvar har under senare tid bedömts bl a i NJA 1992 s 58 ang skatteeffekter vid ombildning av företag; NJA 1992 s 243 angående skatteeffekter vid aktieförsäljning; och NJA 1992 s 502 angående skatteeffekter vid företagsöverlåtelse. Fallen har diskuterats av Kleineman, JT 1992-93 s 289 på s 309 ff. Se även NJA 1994 s 598. Jfr. NJA 1994 s 532 (bristfällig redovisning av testresultat). Se härtill Kleineman, JT 1994-95 s 702 ff med replik av Millqvist, JT 1995-96 s 575 ff.

[601] Beträffande risken för ökade prestationskostnader enligt luftfartslagen, lagen om inrikes vägtransport och järnvägstrafiklagen hänvisas till 42-115 ovan.

[602] Se dock 14:64 sjölagen som stadgar ett rent culpaansvar.

[603] Se SOU 1990:13 s 72 ff.

negativa ekonomiska konsekvenser.[604]

44-022 Enligt 13:26 st 1 punkt 2 sjölagen kan ansvaret också bortfalla vid skada på grund av brand förutsatt att branden inte orsakats av fel eller försummelse av transportören/bortfraktaren (rent culpaansvar). Transportören/bortfraktaren är dock ansvarig enligt 2 st om han inte kan visa att han iakttagit tillbörlig omsorg för att göra fartyget sjövärdigt före resans början (presumtionsansvar). Ett presumtionsansvar gäller för transport av levande djur och däckslast; se beträffande levande djur 13:27 sjölagen[605] och beträffande däckslast 13:34.

44-023 När det gäller avsändaren/befraktaren dominerar det rena culpaansvaret; se 13:40, 14:37 och 14:65 st 1 sjölagen. Presumtionsansvar förekommer dock vid tidsbefraktning om befraktaren beordrar fartyget till osäker hamn; 14:65 st 2.

4.4.3 Culpabedömningen

44-024 En åtskillnad görs ofta mellan culpa vid avtals ingående (*culpa in contrahendo*) och culpa i fråga om avtals fullgörande (*culpa in contractu*). Möjligen har vi också att räkna med ett post-kontraktuellt culpaansvar, *culpa post pactum perfectum*, huvudsakligen bestående i en kvardröjande omsorgs- och upplysningsplikt med avseende på nytillkomna fakta.[606] *Culpa in contractu* har främst relevans för frågan om löftesmottagaren/borgenären skall ha rätt att utkräva skadestånd intill det positiva kontraktsintresset och för frågan om hävningsrätt föreligger.[607] *Culpa in contrahendo* aktualiserar härtill ofta frågan huruvida avtalet kan förklaras ogiltigt[608] eller jämkas. *Culpa in contrahendo* kan således mycket väl åberopas av löftesgivaren/gäldenären för att undgå risken för någon nyttominskande omständighet. Förhandenvaron av *culpa in contrahendo* kan också påverka tolkningen av avtal.[609] Historiskt återgår begrep-

[604] Se SOU 1990:13 s 87 ff.

[605] I 13:27 st 2 återfinns en regel som är avsedd att mildra det generella presumtionsansvaret; se Prop 1993/94:195 s 240. Jfr. 14:58 st 3 beträffande tidsbortfraktarens rätt att vägra transport av levande djur.

[606] Se Kleineman, s 433 f och s 401. Jfr. Krüger, *Kjøpsrett*, s 325 f.

[607] Beträffande culpa och hävningsrätt se Bengtsson, *Hävningsrätt*, s 234 ff.

[608] I samband med ogiltighet kan fråga uppkomma om den icke-culpösa parten kan ha rätt till skadestånd intill det positiva kontraktsintresset eller om skadeståndet endast får avse det negativa intresset. Se Hellner, *SpA II:2*, s 210 f och Kleineman, JT 1991-92 s 125 på s 127 f. Jfr. Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 95.

[609] Se ovan 33-005 med not 89.

pet till 1860-talet och den tyske rättsvetenskapsmannen Rudolf Jhering.[610]

44-025 *Culpa in contrahendo* torde främst böra ses som en sammanfattande benämning på olika typer av klandervärda förfaranden vid ingående av avtal.[611]

44-026 *Culpa in contrahendo* kan således konstitueras av att part inlåter sig på avtalsförhandlingar, men senare avbryter dessa.[612]

44-027 Ett ansvar för *culpa in contrahendo* kan sägas åvila löftesmottagaren/borgenären om han på ett klandervärt sätt föranleder löftesgivaren/gäldenären att ingå avtal genom att uppträda enuntiativt[613] eller genom att underlåta upplysa om någon väsentlig omständighet.[614] Rodhe karakteriserar detta som borgenärens *culpa in contrahendo* och nämner härtill borgenärens åsidosättande av föreliggande undersökningsplikt.[615] Ett ansvar för *culpa in contrahendo* kan också sägas bli aktuellt när en part ingått avtal med utnyttjande av processuell oskälighet.[616] Även denna form av culpa torde ha särskilt avseende på löftesmottagaren/borgenären, i så måtto att *culpa in contrahendo* kan medföra ett genombrott av grundregeln.

44-028 Även löftesgivaren/gäldenären kan sägas bära ett ansvar för *culpa in contrahendo*, nämligen om han på ett klandervärt sätt underlåtit att räkna med (ursprungliga) prestationshinder.[617] Logiskt sett borde löftesgivarens/gäldenärens underlåtenhet att räkna med efterföljande prestationshinder betraktas som *culpa in contractu*.

44-029 Moment som kan konstituera *culpa in contrahendo* har behandlats i avsnitt 3.3. Den följande framställningen har därför särskilt av-

[610] Se Medicus, *Zur Entdeckungsgeschichte*, s 169 ff. Se om *culpa in contrahendo* i tysk rätt, Larenz, s 106 ff.

[611] Rodhe, § 29 vid not 64. Jfr. Krüger, *Kontraktsrett*, s 789 (tillika med kortfattad genomgång av skandinavisk praxis). Enligt Kleineman skulle det för ansvarstypen utmärkande draget vara att det skall föreligga någon form av oaktsamt vilseledande; Kleineman, JT 1991-92 s 125 på s 132.

[612] Se Kleineman, s 428 ff.; ds, JT 1991-92 s 125 på s 130 ff. Adlercreutz, SvJT 1987 s 493 ff. Beträffande praxis, se NJA 1963 s 105, NJA 1978 s 147 och NJA 1990 s 745. Jfr. NJA 1977 s 92 och NJA 1962 s 276. Beträffande diskussionen om vilken rättsverkan som tillkommer s k avsiktsförklaringar, se Røsæg samt NJA 1992 s 375, NJA 1994 s 204 och NJA 1995 s 586.

[613] Se 31-003 ovan och avsnitt 3.4.

[614] Dessa fall behandlas i avsnitt 3.2 och 3.3.

[615] Rodhe, § 29 vid not 80.

[616] Se om begreppet processuell oskälighet 53-013 nedan.

[617] Se Hellner, *SpA II:1*, s 105 och Rodhe, § 29 vid not 67. Jfr. Almén & Eklund, § 23 vid not 45 ff.

seende på löftesgivarens/gäldenärens *culpa in contractu*.[618]

44-030 Culpabedömningen utgår i princip från frågan om gäldenären/löftesgivaren borde ha handlat på ett annat sätt än han gjort.[619] Det är därvid nödvändigt att som referenspunkt finna en aktsamhetsstandard. En sådan aktsamhetsstandard kan vara angiven i avtal[620], lagstiftning[621], praxis eller sedvana. Culpabedömningen i praxis är dock förmodligen i hög grad intuitiv och kasuistisk; innebörden av culpastandarden är därför knappast bestämd av faktorer som hör samman med en beskrivningsbar normbildning. Genom att culpabedömningen i allmänhet kan antas ske efter en prövning av omständigheterna *in casu* är måhända prejudikatvärdet av praxis begränsat, i vart fall när de individuella omständigheterna haft stor betydelse för utgången.[622] Prejudikatvärdet torde på motsvarande sätt vara mindre när culpabedömningen grundas på sedvanan.[623]

44-031 När det gäller aktsamhetsstandarder härledda ur sedvanan sägs dessa ofta motsvara den aktsamhet som är typisk för välaktade personer i den grupp av människor som brukar ställas inför den ifrågavarande

[618] Beträffande löftesmottagarens/borgenärens *culpa in contractu*, se Rodhe, § 29 vid not 53 ff och Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 102 ff.

[619] Jfr. Larenz, s 276: "*Die Freiheit im Sinne des Andershandelnkönnens und die trotzdem gezeigte Nichtachtung des Gebots sind die Elemente des Schuldvorwurfs.*"

[620] Se Rodhe, § 29 vid not 5; Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 95 och Krüger, *Kontraktsrett*, s 136.

[621] Ett stadgande kan innehålla en preciserad handlingsregel. Se t ex fastighetsmäklarens skyldighet att hålla penningmedel avskilda, 12 § 3 st fastighetsmäklarlagen. Det förekommer också stadganden som hänvisar till yrkesregler, varvid domaren närmast får sägas vara hänvisad till en culpabedömning grundad på sedvanan. Se t ex 12 § 1 st fastighetsmäklarlagen. Se allmänt Hagstrøm, TfR 1980 s 292 ff. Se även Krüger, *Kontraktsrett*, s 133 f. Gränsen mot strikt ansvar kan här bli flytande. Jfr. uttrycket "fingerad culpa". Se Karlgren, *Skadeståndsrätt*, s 144 not 1. Som exempel på hur en aktsamhetsstandard kan härledas ur lagstiftning kan från det utomobligatoriska området nämnas NJA 1984 s 721 och NJA 1991 s 580 rörande ersättningsskyldighet på grund av att va-anläggning påstods inte uppfylla "skäliga anspråk på säkerhet"; se 12 och 29 §§ lagen (1970:244) om allmänna vatten- och avloppsanläggningar. Se närmare om NJA 1991 s 580 och ansvarets förhållande till Svenska vatten- och avloppsverksföreningens anvisningar, Hemström, JT 1991-92 s 697 ff. Culpa ansågs föreligga trots att dessa anvisningar följts. I NJA 1993 s 764 karakteriserade HD ansvaret som ett genom praxis etablerat strikt ansvar. Se även Hellner, *Skadeståndsrätt*, s 180. Gränsen mot strikt ansvar blir sannolikt än otydligare i avtalsförhållanden. I NJA 1991 s 720 anför HD (s 725) som ett särskilt skäl för strikt ansvar att skada vanligen drabbar den som direkt eller indirekt står i avtalsförhållande till den som orsakat skadan. Detta "särskilda skäl" för strikt ansvar ter sig föga övertygande mot bakgrund av att culparegeln ju är frekvent förekommande i kontraktsrätten. Jfr. Hellner, JT 1991-92 s 646 på s 648.

[622] Se Hellner, *Skadeståndsrätt*, s 128.

[623] Se Rodhe, § 29 vid not 12.

situationen (*bonus pater familias*).[624] Givetvis är det en central fråga hur sammansättningen av denna grupp av referenspersoner skall bestämmas. Ju mer man tillåter en differentiering, så att gruppens sammansättning mer och mer liknar den individuelle gäldenären, desto närmare kommer vi en rent subjektiv culpabedömning.[625] Men oavsett hur vi bestämmer referensgruppens sammansättning är det som Rodhe framhållit inte möjligt att bedöma om en handling (eller underlåtenhet) är vårdslös utan att sätta den i relation till en viss oönskad effekt:

> "I själva verket innebär ... jämförelsen [mellan löftesgivaren/gäldenären och referenspersonerna] att en handling betecknas som vårdslös *om* det föreligger omständigheter, som medföra risk för en icke önskad effekt, *om* jämförelsepersonerna med kännedom om dessa omständigheter inse att den nämnda risken föreligger, *och om* denna risk är så stor att de välja att icke taga den."[626]

44-032 Genom att culpabedömningen i allmänhet utgår från en jämförelse mellan två eller flera tänkbara handlingssätt, varvid ett handlingssätt typiskt sett medför större kostnader men mindre risk och ett annat handlingssätt mindre kostnader men mer risk, blir enligt Rodhe culpaproblemets kärnpunkt frågan om vilka risker en löftesgivare/gäldenär får ta och vilka han inte får ta.[627]

44-033 Betraktat på detta sätt torde en culpabedömning med sedvanan som standard inte skilja sig nämnvärt från en skönsmässig eller fri culpabedömning.[628] Det är denna fria culpabedömning som kommer att behandlas i det följande.

44-034 Det skall genast medges att värdet av en jämförelse mellan culparegeln och kontrollansvarsregeln minskar på grund av denna avgränsning. Det kan ju förmodas att skillnaderna mellan culparegeln och kontrollansvarsregeln blir mindre påtagliga om man beaktar den objektivering av culpaansvaret som kan följa av att i lag eller praxis angivna aktsamhetsstandarder tillämpas.[629] En adekvat bild av de möjligheter till ansvarsbefrielse som inryms i culpaansvaret torde därför förutsätta en undersökning av de aktsamhetsstandarder (fingerad culpa inbegripen) som tilläm-

[624] Se Rodhe, § 29 vid not 6 ff; Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 98 f och Hellner, *Skadeståndsrätt*, s 125.
[625] Se Larenz, s 287. Beträffande det subjektiva culpabegreppet se även Weyers, s 709 ff.
[626] Rodhe, § 29 vid not 14.
[627] Rodhe, § 29 vid not 15. Utanför kärnpunkten faller då frågan om det tekniskt riktiga handlingsmönstret, dvs valet mellan två åtgärder som är lika kostnadskrävande. Se Rodhe, a.a.
[628] Beträffande den fria culpabedömningen se Hellner, *Skadeståndsrätt*, s 130 ff.
[629] Jfr. Taxell, *Skadestånd*, s 168.

pas på skilda avtalstyper och i de skilda situationer som aktualiseras inom var avtalstyp för sig.[630] En sådan ingående undersökning är dock knappast möjlig inom ramen för en övergripande framställning som denna. Jämförelsen får därför inskränkas till att avse principiella frågor. Denna avgränsning föranleder att beskrivningen av gällande rätt blir mindre tillförlitlig, men de principiella aspekter som skall anläggas på culparegeln utgår från ett objektivt synsätt och grundar sig på samma överväganden som torde uppbära objektiveringen av culparegeln, nämligen intresset att tillskapa en godtagbar regel för riskallokering.[631] Avgränsningen torde således inte ha någon betydelse för resonemang *de lege ferenda* och torde endast i mindre mån påverka resonemangen *de sententia ferenda*, vilka ju också avser att tillskapa en sådan riskallokeringsregel.

44-035 Som påpekats på ett flertal ställen i det föregående bar speciessäljaren ett presumtionsansvar enligt 23 § 1905 års köplag. Stadgandet torde fortfarande ha aktualitet för culpaansvaret i nu gällande kontraktsrätt i allmänhet – och för det kvarstående culpaansvaret i köprätten i synnerhet. Sambandet mellan å ena sidan 23 och 42 §§ och å andra sidan 24 och 43 §§ i 1905 års köplag har givit upphov till (eller förstärkt) en tendens i skandinavisk rättstradition att låta ansvaret bero av om prestationen är specifik eller generisk.[632] Det bör dock här noteras att köprätten numera begränsat relevansen av culpa till frågan om skyldighet att ersätta indirekta förluster utan att anknyta till den förut upprätthållna distinktionen mellan species och genus. Det bör härtill observeras att det nu är ett i princip rent culpaansvar som upprätthålls i köprätten.[633]

44-036 Almén formulerade kriterierna för culpabedömningen på följande sätt:

> "Det ankommer alltså på en prövning av omständigheterna i det särskilda fallet, huruvida säljaren kan anses hava i sitt görande och låtande iakttagit all *den omsorg som skäligen kunnat fordras*, så att anledningen till att godset icke i rätt tid avlämnats legat i omständigheter, vilka varit *av hans vilja oberoende* och *icke behövt av honom tagas i beräkning* eller om vållande (culpa) med avseende

[630] Jfr. Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 99.

[631] Jfr. Larenz, s 286. Ett annat skäl kan vara att undvika osäkerhet i värderingen av de bevis som anförs till styrkande respektive till bestridande av culpa. Se Gomard, *Obligationsret II*, s 163.

[632] Se Taxell, *Avtal och Rättsskydd*, s 292.

[633] Se Prop 1988/89:76 s 118.

å dröjsmålet ligger säljaren till last."[634]

Därtill ansåg Almén att gäldenären var skyldig att göra vad som skäligen kunde fordras av honom för att övervinna prestationshinder.[635]

44-037 När culparegeln uttrycks på detta sätt igenkänns konturer motsvarande kontrollansvarets tre rekvisit; jämte oförutsebarhetsrekvisitet urskiljer vi aktivitetsrekvisitet och kontrollrekvisitet, nedan kallat culparegelns förebygganderekvisit.

44-038 De specifika frågeställningar som skall undersökas i det följande avser att belysa skillnaderna mellan culpaansvaret och kontrollansvaret med särskilt avseende på de möjligheter till ansvarsfrihet som culparegeln erbjuder i förhållande till rekonstruktionsmodellen. Frågeställningarna kan sammanfattas:

I vilken mån kan den löftesgivare/gäldenär som bär ett culpaansvar undgå ansvar om han i princip kunnat förebygga orsaken till prestationshindret/skadan, dvs när hindret enligt kontrollansvaret ligger inom löftesgivarens/gäldenärens kontroll?

I vilken mån kan han undgå ansvar för risker som är typiska för hans verksamhet, dvs när han enligt kontrollansvarsregeln skäligen kunde förväntas ha räknat med prestationshindret vid avtalets ingående?

I vilken mån är löftesgivaren/gäldenären skyldig att undvika eller övervinna förekommande prestationshinder; dvs finns det anledning räkna med ett i culparegeln inbyggt aktivitetsrekvisit?

4.4.3.1 Culpa och prestationshinder innanför gäldenärens kontroll – culparegelns förebygganderekvisit

44-039 Enligt det nyss anförda uttalandet av Almén skulle ett viktigt kriterium för att medge ansvarsbefrielse vid culpaansvar vara att prestationen försvårats av omständigheter som varit oberoende av löftesgivarens/gäldenärens vilja.[636]

44-040 Man skulle kunna förledas till att tro att Alméns uttalande avsåg dolösa förfaranden. Som gällande rätt torde få uppfattas skall emellertid culpabedömningen ske utan referens till löftesgivarens/gäldenärens

[634] Almén & Eklund, § 23 vid not 9a. Min kursivering. Jfr. Larenz, s 282: "*Elemente des Fahrlässigkeitsvorwurfs sind insoweit Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit des rechtlich mißbilligten Erfolgs – beides unter der Voraussetzung der Anwendung der dazu erforderlichen Sorgfalt.*"

[635] Almén & Eklund, § 23 efter not 9a.

[636] Almén & Eklund, § 23 vid not 9a.

vilja[637] och Alméns uttryckssätt torde närmast vara en återklang av äldre tiders syn på culpabegreppet som i någon bemärkelse psykiskt betingat.[638] Man får istället ta fasta på innebörden i hela uttrycket "den omsorg som skäligen kunnat fordras, så att anledningen till [prestationshindret] legat i omständigheter, vilka varit av hans vilja oberoende". Detta uttryck måste då rimligen förstås som innebärande ett krav på att löftesgivaren/gäldenären skall göra vad som rimligen kan krävas av honom för att förebygga prestationshinder. Om detta är riktigt det kan förmodas att likheterna mellan culpaansvaret och kontrollrekvisitet är betydande. Det kan dock inte utan vidare antas att det skulle vara en nödvändig betingelse för ansvarsfrihet enligt culparegeln att prestationshindret kan karakteriseras som utifrån kommande.[639]

44-041 Rodhe vill beträffande culpaansvaret skilja mellan sådana element som berör den handlandes personliga förhållanden och sådana som ligger utanför den personliga sfären.[640]

44-042 När det gäller element hänförliga till den personliga sfären kan väl dessa med kontrollansvarets terminologi klart sägas ligga innanför löftesgivarens/gäldenärens kontroll. Rodhe vill här fånga culparegelns kärnproblem med frågan: skall förhållandet att löftesgivarens/gäldenärens personliga förhållanden avviker från vad som vanligen är fallet med andra personer i liknande ställning föranleda att ansvaret skärps eller efterges?[641] Det kan exempelvis tänkas att löftesmottagarens kännedom om sådana avvikelser vid avtalets ingående kan påverka ansvarsbedömningen. Således kan det krävas att en särskilt skicklig löftesgivare utnyttjar sin skicklighet vid fullgörelsen av avtalet. Å andra sidan kan det tänkas att kraven sätts lägre på en gäldenär med dålig förmögenhetsställning, fysiska eller psykiska defekter.[642] Mot detta talar att en löftesgivare/gäldenär som ingått ett avtal trots otillräckliga personliga resurser kan anses ha gjort sig skyldig till *culpa in contrahendo*. Sannolikt kan här sägas att löftesmottagarens/borgenärens insikt om de personliga förhållandena på löftesgivarens sida kan tjäna som utgångspunkt för att bestämma förpliktelsernas innehåll –

[637] Se Rodhe, § 29 vid not 27.
[638] Se Rodhe, § 29 vid not 27.
[639] Se 43-034 ff ovan. Jfr. dock Taxell, *Skadestånd*, s 47.
[640] Rodhe, § 29 vid not 14.
[641] Rodhe, § 29 efter not 18.
[642] Rodhe, § 29 vid not 19. Se även Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 98 f. Jfr. beträffande relevansen av personliga omständigheter i utomobligatoriska sammanhang, Hellner, *Skadeståndsrätt*, s 137 f.

på samma sätt som skall ske innan kontrollansvarsregeln tillämpas.[643]

44-043 Det torde eljest stå klart att löftesgivarens/gäldenärens personliga förhållanden, i synnerhet hans förmögenhetsvillkor, skall vara irrelevanta för ansvarets omfattning. Det får väl anses klart att en löftesgivare/gäldenär med dålig ekonomi inte kommer att åtnjuta en lindrigare culpabedömning. Å andra sidan torde det heller inte krävas mer av en särskilt förmögen löftesgivare/gäldenär än av en löftesgivare/gäldenär med normala förmögenhetsvillkor.[644]

44-044 Stundom sägs härtill att gäldenären/löftesgivaren svarar oberoende av culpa för att han har råd att fullgöra sina åtaganden. Gäldenären sägs således inte kunna ursäkta sig med att han inte har kreditvärdighet eller inte har råd att anskaffa nödvändiga råvaror.[645]

44-045 Ett ytterligare exempel på hur denna tankegång tagit sig uttryck återfinns i vissa avtalsrelationer där ett culpaansvar i övrigt gäller. Således anses löftesgivarens/gäldenärens konkurs ge upphov till skadeståndsskyldighet oberoende av om konkursen kan anses bero på culpa; se 54 § 3 st kommissionslagen och 34 § 2 st handelsagenturlagen.[646] I SOU 1984:85 s 147 sägs att 51 § 3 st kommissionslagen ger uttryck för "allmänna regler om att vardera parten har ett ansvar för sin solvens". Frågan är väl närmast hur långt detta ansvar är avsett att gå. I motiven till handelsagenturlagen klargörs att dessa "allmänna regler" innebär ett ansvar oavsett orsakerna till insolvensen.[647] Eftersom huvudmannens och handelsagentens skadeståndsskyldighet i övrigt knyts till respektive parts möjligheter att förebygga skadan, behöver det sagda inte innebära mer än att löftesgivaren/gäldenären ansvarar för sin solvens oberoende av om han borde ha förebyggt orsakerna till insolvensen. I motiven till kommissionslagen i dess ursprungliga lydelse, där motsvarande stadgande återfanns i 50 och 51 §§, åsyftas likaledes ett ansvar oberoende av culpa. Lösningen uppbars

[643] Se avsnitt 4.3.1.2 beträffande kontrollansvarsregelns förhållande till avtalstolkning. På motsvarande sätt torde culpaansvarets omfattning kunna påverkas av vilket vederlag löftesgivaren betingat sig för sin prestation. Se Gomard, *Obligationsret II*, s 156. Jfr. Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 284. Beträffande vederlagssynpunkten se även 24-004 med not 44 ovan.

[644] Rodhe, § 29 vid not 19.

[645] Detta har även uttryckts på så sätt att gäldenären ansvarar oberoende av culpa för dröjsmål som beror på hans egna ekonomiska förhållanden. Se Prop 1988/89:76 s 117 och Almén & Eklund, § 23 vid not 33 ff.

[646] Prop 1990/91:63 s 44 och Söderlund, s 145. Se även 42-087 ovan.

[647] Prop 1990/91:63 s 44.

emellertid där av att ett ansvar för den egna solvensen inte skulle vara "mer än billigt".[648]

44-046 Gällande rätt kan därför måhända uppfattas som inte helt avvisande till att närmare differentiera mellan olika orsaker till insolvensen för att i det enskilda fallet åstadkomma en värdemaximerande riskallokering. Otivelaktigt kan löftesgivaren i regel anses närmare att bära risken för sin solvens i så måtto att ansvaret blir rent strikt, men det kan ingalunda *a priori* vara så att han är närmare att bära risken för alla oväntade prestationshinder – exempelvis kostnadsökningar – som till slut resulterar i insolvens.[649] Insolvensen kan ju också vara en följd av att löftesgivaren/gäldenären faktiskt gör allt som rimligen kan begäras av honom för att övervinna prestationshindret.

44-047 Enligt min uppfattning saknas skäl att särbehandla insolvens; alla personligt betingade prestationshinder torde i princip kunna analyseras med samma utgångspunkter. När det gäller icke-ekonomiska prestationshinder (av typen sjukdom etc.) får dock observeras att den avtalstyp inom vilken ansvarsfrågan aktualiseras kan motivera ett större eller mindre inslag av riskdelning. Vi skall återkomma härtill i samband med diskussionen om rätten till jämkning och förtida frånträdande.[650]

44-048 Ofta nog torde frågan vara om gäldenären vid avtalets ingående borde ha insett att hans ekonomi eller övriga resurser var eller skulle bli otillräckliga för att kunna fullgöra en avtalsenlig prestation. Det kan t ex visa sig att gäldenären inte hade råd att utöka arbetsstyrkan i nödvändig grad för att kunna fullgöra i rätt tid. Det kan också röra sig om fall där gäldenären efter avtalsslutet handlat så att en risk för prestationshinder uppkommer. Gäldenären kan t ex tänkas ha reducerat arbetsstyrkan för att spara in lönekostnader.[651] Det problematiska fallet är emellertid när gäldenärens situation oväntat försämras efter avtalsslutet. Detta gäller exempelvis vid oförutsebara kostnadsökningar, vilka ju kan vara orsaken till att arbetsstyrkan reduceras och prestationshindret blir ett faktum.

44-049 Det är förmodligen inte särskilt meningsfullt att här efterfråga huruvida löftesgivaren/gäldenären borde ha förebyggt risken för att det personligt betingade prestationshindret skulle uppstå eller om han bort avhålla sig från en handling som riskerade att medföra exempelvis en sjuk-

[648] NJA II 1914 s 269.
[649] Jfr. Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 99, beträffande ansvarsfrihet i oförskyllda katastrofsituationer. Jfr. a a, s 306 f.
[650] Se avsnitt 5.2.3.
[651] Jfr. Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 94.

dom, fysisk defekt eller försämrad ekonomi. Man kommer då genast in på frågeställningar av typen: borde gäldenären med antagandet att hans förmögenhetsvillkor var normala (vilket de må ha varit när avtalet ingicks men inte längre är) tagit sig råd att förebygga en försämring av sin ekonomi eller; borde han ha tagit sig råd att underlåta den handling som utsatte borgenären för en risk för prestationshinder? Jag har svårt att se enligt vilka kriterier sådana frågeställningar skulle besvaras. Sannolikt skulle det leda till en riskallokering enligt domarens fria skön.

44-050 Att å andra sidan nöja sig med uttalandet att gäldenären svarar strikt – i bemärkelsen utan vidare överväganden – för sin ekonomi förefaller dock innebära att en alltför onyanserad regel godtas.[652] En sådan regel kan knappast heller anses stå i överensstämmelse med gällande rätt – möjligen med bortseende från fall av insolvens. Regeln skulle leda till att culpaansvaret i det närmaste förvandlades till ett rent strikt ansvar, eftersom ju de flesta prestationshinder kan sägas vara ekonomiskt betingade i så måtto att de kan övervinnas med förbrukande av tillräckliga ekonomiska resurser. Just detta förhållande torde dock inrymma en lämplig analytisk utgångspunkt: När bör gäldenären antingen övervinna förekommande prestationshinder eller utge skadestånd? Som strax skall påvisas bör detta ske – oavsett om prestationshindret kan anses personligt betingat eller ej – när gäldenären skall bära risken enligt rekonstruktionsmodellens riskområdes- eller riskspridningsrekvisit. För att kunna ta ställning till om risken skall bäras enligt riskområdesrekvisitet fordras att orsakerna till uppträdande prestationshinder närmare undersöks. Detta öppnar i sin tur för en önskvärd nyansering av det som med en kontradiktion närmast får lov att kallas "det strikta culpaansvaret".

44-051 Om vi så lämnar den personliga sfären och övergår till övriga prestationshinder, finns det skäl att med kontrollrekvisitets terminologi dela in förekommande prestationshinder i sådana som ligger innanför löftesgivarens/gäldenärens kontroll och sådana som ligger utanför hans kontroll. Avgörande för denna indelning är enligt kontrollansvarsregelns kontrollrekvisit löftesgivarens/gäldenärens principiella möjligheter att förebygga prestationshindret.[653] Culparegelns förebyggande rekvisit kan emellertid knappast leda till ansvar när prestationshindret även enligt kontrollansvarsregeln skulle anses ligga utanför löftesgivarens/gäldenärens kontroll. Om det är riktigt att den avgörande frågan för culpabedömningen är

[652] Jfr. Krüger, *Kontraktsrett*, s 798.
[653] Jfr. avsnitt 4.3.2.1.

vilka risker en löftesgivare/gäldenär får ta med hänsyn till kostnaderna för olika tänkbara handlingssätt, måste culparegelns förebygganderekvisit vara snävare än kontrollrekvisitet. Den avgörande skillnaden får anses bestå i att löftesgivaren/gäldenären enligt culparegelns förebygganderekvisit inte alltid svarar för hinder innanför den egna kontrollsfären, som ju fallet är med kontrollansvarsregeln.

44-052 Frågan vilka risker en löftesgivare/gäldenär får ta kan preciseras: Kan det anses culpöst av en löftesgivare/gäldenär att inte förebygga risken för skada om förebyggandekostnaderna överstiger den förväntade skadans storlek? Kan löftesgivaren/gäldenären således anses culpös trots att han agerar enligt *Learned Hand*-formeln?[654] Sannolikt måste detta spörsmål besvaras nekande.

44-053 En standard som påminner om *Learned Hand*-formeln synes ha tillämpats i svensk rätt i fråga om fri culpabedömning i ett utomobligatoriskt rättsförhållande. NJA 1981 s 683 (*Maj-Britt L ./. Väg- och Vattenbyggnadsfirman Eric Andersson AB*) ger uttryck för detta.[655]

> Fråga var om skadefall på grund av att vid pågående gatuarbeten en trappsten belägen utanför ett hus råkat hamna ca 2 cm ovanför den omgivande marknivån. När arbetet låg nere över en helg snavade en person på trappstenen och skadade sig. Byggnadsfirman hade i enlighet med normala rutiner placerat ut trafikkoner som varningsanordningar. Med hänsyn till att det var lätt för okända personer att flytta eller skada sådana koner när arbetet låg nere, brukade byggnadsfirman låta särskild servicepersonal åka runt och se till arbetsplatserna i samband med helger och arbetsfria dagar. Arbetsplatser där det enda faromomentet utgjordes av en låg asfaltskant brukade dock inte omfattas av sådan tillsyn. HD gjorde följande principiella yttrande: "Hur omfattande och vidlyftiga skadeförebyggande åtgärder som bör vidtagas av den som genom sin verksamhet har framkallat fara för olycksfall blir beroende på en avvägning mellan å ena sidan skaderiskernas art och omfattning och å andra sidan de kostnader och andra olägenheter som är förbundna med den ena eller andra av de åtgärder som kan komma ifråga. Skaderiskerna får härvid värderas med hänsyn till såväl hur stor risken för att olycksfall över huvud taget skall inträffa bedöms vara som hur omfattande skadeverkningar ett inträffat skadefall kan befaras medföra."[656] Vid tillämpning av denna formel på sakomständigheterna fann HD att byggnadsfir-

[654] 24-022 ff ovan.

[655] Se Hellner, *Skadeståndsrätt*, s 130 ff med hänvisning till ytterligare praxis. Jfr. Stavang, s 52 f med vidare hänvisningar bl a till Ussing, *Skyld og Skade*, s 113 med not 14 (1914): "*Kaldes Handlingens Nytte v, Skaden t, den Differance, der kræves mellom Nytte og Skade, d og Chansen 1:x, bliver Betingelsen for Handlingens Retmæssighed: Ved direkte Indgrep: v = t + d, ved farlige Handlinger v = (t + d)/x*. Stavang noterar att Ussings formel är identisk med *Learned Hand*-formeln när d = o.

[656] NJA 1981 s 683 på s 691 f.

man haft fog för att inte bedöma olycksfallsriskerna som särskilt allvarliga. Sannolikheten för skadefall befanns alltså vid en efterföljande objektiv bedömning vara liten. Byggnadsfirman ansågs också ha haft skäl att räkna med att ett eventuellt olycksfall inte skulle medföra några mer omfattande skadeverkningar. Risken för att konerna skulle flyttas och de förebyggande åtgärderna bli overksamma ansågs däremot påtaglig. Speciella åtgärder för att säkerställa att konerna stod kvar bedömdes vara "jämförelsevis tids- och arbetskrävande".[657] Byggnadsfirman ansågs därför inte skyldig att vidta sådana åtgärder.

44-054 Culpabedömningen synes på motsvarande sätt ske inom ramen för avtalsförhållanden. NJA 1995 s 274 (*Leif J ./. Nordmarkens Travsällskap och AB Nordmarkens Travbana*) är illustrativt.[658] Talan mot travsällskapet grundades på avtal, medan talan mot bolaget grundades på ett utomobligatoriskt rättsförhållande. HD synes ha företagit samma culpabedömning med avseende på bägge svarandena – en culpabedömning som tycks kunna återföras på grundtanken bakom *Learned Hand*-formeln.

Det gällde här skadeståndsskyldighet på grund av att en travhäst kvävts i en stallbox på en travbana. Kvävningsolyckan tillgick så att hästen stuckit in huvudet och fastnat i ett utrymme mellan stallboxens (gallerförsedda) sida och taket. HD fann att olyckan hade kunnat undvikas om antingen utrymmet varit större eller gallret gått ända upp till taket. HD fann att risken för skada inte kunde anses ha varit obetydlig och att den sannolika skadan var stor samt att det skulle ha varit enkelt och föga kostsamt att förebygga skaderisken.[659]

44-055 Om det är riktigt att *Learned Hand*-formeln kan tillämpas även i kontraktsförhållanden, så kan löftesgivaren/gäldenären enligt culparegelns förebygganderekvisit således genom sitt eget enligt *Learned Hand*-formelns korrekta val att inte förebygga skaderisken – därför att förebyggande inte är samhällsekonomiskt optimalt – åstadkomma att skadan, om risken realiseras, får bäras av löftesmottagaren/borgenären. Detta kan inte antas vara fallet med kontrollansvarsregeln. Snarare kan riskallokeringen där sägas utgå från förhållandet att den part som kan välja att förebygga typiskt sett bör svara för risken om den realiseras.

44-056 Vi har ovan diskuterat huruvida kontrollansvarsregeln går för långt i att ge betydelse åt förhållandet att prestationshindret ligger inom löftesgivarens/gäldenärens kontroll.[660] Enligt min uppfattning är detta fallet. Om det är riktigt att *Learned Hand*-formeln kan tjäna som analytisk

[657] NJA 1981 s 683 på s 692.
[658] Se härtill Hellner, *Skadeståndsrätt*, s 131.
[659] Avgörandet illustrerar också betydelsen av lagstiftning i och för culpabedömningen, vilken här utgick från Lantbruksstyrelsens kungörelse om djurhållning mm (1982:21).
[660] Se 44-040 ff ovan.

utgångspunkt för den fria culpabedömningen i vad avser underlåtenhet att förebygga prestationshinder, så skulle culparegeln i denna del stå närmare rekonstruktionsmodellen än den "konkurrerande" ansvarsgrunden, kontrollansvar.

44-057 Å andra sidan kan det antas att kontrollansvarsregeln leder till större förutsebarhet[661] och enklare tvistelösning och därigenom medför lägre transaktionskostnader *ex post*. Det skulle oftast räcka med att konstatera att löftesgivaren/gäldenären i princip kunde ha förebyggt skadan. Det skulle däremot mindre ofta föreligga ett behov av att utreda relationen mellan sannolikhet för skadan, förebyggandekostnader och den realiserade skadans storlek. I vart fall gäller detta om det är riktigt, vilket tidigare antagits, att möjligheterna till ansvarsbefrielse enligt kontrollansvarsregeln för hinder inom löftesgivarens kontroll bör medges endast om sådana förebyggandekostnader uppkommer att de konsumerar avtalets samlade nettovärde.[662]

44-058 Ytterligare en påtaglig skillnad mellan culpaansvaret och kontrollansvaret kan påvisas vid en undersökning av löftesgivarens/gäldenärens ansvar för tredje man, dvs utsträckningen av vad Taxell kallat ansvarskretsen.[663]

44-059 Löftesgivaren/gäldenären ansvarar som huvudregel för sina anställda och för anlitade osjälvständiga och självständiga tredje män.[664] Gäldenärens förhållande till en osjälvständig tredje man anses utmärkas av att han skall anskaffa och fortlöpande instruera och övervaka den tredje mannen, medan gäldenären i fråga om självständiga tredje män endast har att anskaffa och instruera dem.[665] En av gäldenären anlitad transportör kan anföras som exempel på en självständig tredje man.[666] Av motiven till 27 § 4 st köplagen kan möjligen utläsas att det för ansvar för en självständig tredje man krävs att gäldenären/löftesgivaren anlitat honom för att helt eller delvis fullgöra avtalet.[667] För detta talar uppfattningen att löftesgivaren

[661] Se Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 274.

[662] Se 43-041a ovan.

[663] Taxell, *Skadestånd*, s 70.

[664] Se Hellner, *SpA II:2*, s 205. Jfr. Almén & Eklund, § 23 vid not 15a ff. Stundom urskiljs även en kategori av självständiga tredje män, s k substitut, för vilka löftesgivaren/gäldenären inte ansvarar. Se Rodhe, § 29 vid not 34 ff och Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 111. Se beträffande substitut i tysk rätt, Larenz, s 299. Jfr. Krüger, *Kontraktsrett*, s 794. Jfr. även Gomard, *Obligationsret II*, s 161 beträffande situationen att det står klart att viss tredje man helt eller delvis skall fullgöra avtalet.

[665] Rodhe, § 29 vid not 33.

[666] Prop 1988/89:76 s 117. Jfr. Almén & Eklund, § 23 vid not 23 ff.

[667] Prop 1988/89:76 s 117.

inte ansvarar för leverantörer i tidigare led eller tillverkare av varor som köpts i den allmänna handeln.[668] Löftesgivarens/gäldenärens ansvar enligt 27 § 2 st köplagen kan således antas vara mer utsträckt än ansvaret för tredje man enligt culparegeln.

44-060 Den principiella skillnaden mellan culparegeln och kontrollansvarsregeln i denna del är dock att löftesgivaren/säljaren enligt culparegeln undgår ansvar när det kan konstateras att varken han själv eller tredje man förfarit culpöst.[669] Det avgörande för ansvaret torde alltså ytterst vara huruvida tredje man enligt den på löftesgivaren/gäldenären applicerbara aktsamhetsstandarden kan anses ha förfarit culpöst. Han skulle således då inte själv undgå ansvar enbart därför att den tredje mannen kan undgå ansvar enligt en på honom applicerbar mindre sträng aktsamhetsstandard.[670]

44-061 När det gäller köprätten torde en förändring i förhållande till 23 § 1905 års köplag kunna noteras. Enligt Almén skulle inte speciessäljaren kunna undgå ansvar för anställda (och transportörer) genom att föra bevisning om att inte *culpa in eligendo vel inspiciendo* legat honom till last.[671] I motiven till gällande köplag nämns emellertid som exempel på culpösa förfaranden att säljaren ingått avtal med en tredje man som saknat ekonomiska eller tekniska resurser för att fullgöra sin leveransskyldighet (*culpa in eligendo*) och att säljaren brustit i övervakning av anställdas eller underleverantörers prestationer (*culpa in inspiciendo*).[672] Lagstiftaren måste rimligen i köplagen ha avsett att säljaren här åtminstone skall ha möjlighet att exculpera sig. Om detta är riktigt kan säljaren inte längre gärna sägas ansvara för anställda och självständiga medhjälpare såsom för sig själv; snarare bär han ett ansvar för egen del för att dessa typer av tredje män utväljs och instrueras med tillbörlig omsorg. Detta måste betraktas som en köprättslig särlösning som möjligen kan förklaras av att culparegeln i köprättens skadeståndssystem endast har betydelse för skyldigheten att ersätta indirekta förluster. Att löftesmottagaren/borgenären erhåller sådan ersättning har möjligen framstått såsom mindre angeläget, så länge han i vart fall får ersättning för direkta förluster. Det är därför inte givet att motsvarande möjlighet till exculpation skall stå öppen i avtalstyper där distinktionen mellan direkt och indirekt förlust inte upprätthålls och när

[668] Se Hellner, *SpA II:2*, s 206. Jfr. dock Taxell, *Skadestånd*, s 74 och Krüger, *Kontraktsrett*, s 795.
[669] Se Hellner, *SpA II:2*, s 206.
[670] Se Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 107 och 109.
[671] Almén & Eklund, § 23 vid not 19 ff.
[672] Prop 1988/89:76 s 117.

möjligheten till exculpation med avseende på val och övervakning av tredje man kan beröva löftesmottagaren/borgenären all rätt till ersättning.

44-062 Det kan å andra sidan te sig ändamålsenligt att utveckla ansvaret för tredje män i en sådan riktning att löftesgivarens/gäldenärens ansvar för anlitade tredje män, när *culpa in eligendo vel inspiciendo* inte ligger honom till last, direkt knyts till hans i lag givna möjligheter att föra regresstalan.[673] Att löftesgivaren/gäldenären identifieras med vissa av honom anlitade tredje män torde ytterst motiveras med att skadan bör kanaliseras till den egentlige skadegöraren och att löftesgivaren/gäldenären torde ha lättare än löftesmottagaren/borgenären att föra regresstalan. Ibland är det dock tydligt att löftesgivarens/gäldenärens ersättningsskyldighet är längre gående än hans möjligheter till regress på grund av tvingande eller dispositiv lag. Det kan i dessa fall antas att lagstiftaren ansett att intresset av att kanalisera skadeståndet skall vika för något annat och överordnat intresse. Det kan då ifrågasättas om det *de lege ferenda* inte borde vara tillräckligt om löftesgivaren/gäldenären exculperar sig med avseende på *culpa in eligendo vel inspiciendo*. En sådan ordning skulle bl a få konsekvenser vad gäller löftesgivarens/gäldenärens ansvar för sina anställda; se 4:1 skadeståndslagen (1972:207) och för transportörer med ett begränsat ansvar.

44-063 Ett annat sätt att beakta diskrepanser mellan löftesgivarens/gäldenärens ersättningsskyldighet och hans lagliga regressmöjligheter vore att medge jämkning av skadeståndet genom en analog tillämpning av 70 § 2 st köplagen.[674]

44-064 Enligt min uppfattning bör emellertid detta inte få undanskymma förhållandet att löftesgivaren/gäldenären är närmare att bära risken för att hans anställda eller medhjälpare orsakar ett kontraktsbrott. Rekonstruktionsmodellens regressrekvisit är strängt taget bara ett argument *a fortiori*, som implicit ligger i förebygganderekvisitet, för att risken skall åvila löftesgivaren. I fall som nu avses kan stundom även förebygganderekvisitet och i regel även riskområdesrekvisitet anföras till stöd för att löftesgivaren skall bära risken. Undantag i fråga om denna princip för ansvaret för tredje man ter sig däremot befogade om löftesmottagaren/borgenären anvisat löftesgivaren/gäldenären att anlita viss tredje man[675], liksom när den tredje mannen har monopolställning och härtill kan åberopa en

[673] Jfr. Larenz, s 297.
[674] Jfr. Sandvik, s 79.
[675] Jfr. beträffande undantaget för substitut 44-059 med not 664 ovan.

mer eller mindre obligatorisk begränsning av ansvaret. Enligt min uppfattning är det i dessa fall mest ändamålsenligt att låta riskallokeringen bero av den relativa förmågan till riskspridning. I vissa avtalsrelationer torde en jämkning av skadeståndsskyldigheten ligga nära till hands.[676]

44-065 Ovanstående översikt av ansvaret för av löftesgivaren/gäldenären anlitade tredje män visar att rekonstruktionsmodellens regressrekvisit inte alltid kommer att få samma genomslag vid culpaansvar som vid kontrollansvar – framförallt synes detta gälla i köprätten till den del skadeståndsskyldigheten där beror av culpa. I detta hänseende synes således kontrollansvaret stå i bättre överensstämmelse med värdemaximeringsprincipen än culpaansvaret. Särskilt tydligt är detta när det gäller löftesgivarens/gäldenärens ansvar för leverantörer i tidigare led eller tillverkare av varor som köpts i den allmänna handeln. *De lege ferenda* vore en mer utsträckt ansvarskrets att föredra och något egentligt sakskäl kan enligt min uppfattning knappast anföras för att undanta denna typ av tredje män från ansvarskretsen.

4.4.3.2 Culpa och de relativa informationskostnaderna – culparegelns oförutsebarhetsrekvisit

44-066 Innebörden av culpabegreppet såsom det uttrycks av Almén är att ansvarsbefrielse förutsätter att ett prestationshinder inträffat oberoende av löftesgivarens/gäldenärens vilja *och* att prestationshindret "icke behövt av honom tagas i beräkning".[677] Frågan är närmast om en löftesgivare som bär ett culpaansvar behöver ta mer eller mindre "i beräkning" än en löftesgivare som svarar enligt kontrollansvarsregelns oförutsebarhetsrekvisit.

44-067 Culpaansvaret, liksom varje annan ansvarsregel, antas här påverka parternas incitament att skaffa information om risk. Som påpekats på ett flertal ställen ovan medför informationsanskaffning kostnader; att iaktta aktsamhet medför också kostnader. De skador som inträffar om risker realiseras utgör även de kostnader. Det torde utan vidare inses att det är samhällsekonomiskt önskvärt att om en part skaffar information som visar att en risk föreligger, parten iakttar en högre grad av aktsamhet. Å andra sidan, om det visar sig att någon risk inte föreligger, så är det samhällsekonomiskt önskvärt att parten inte ådrar sig några kostnader alls för aktsamhetsåtgärder.

[676] Jfr. 43-014 och 43-207 ovan.
[677] Almén & Eklund, § 23 vid not 9a.

44-068 Det är emellertid inte alltid som det är samhällsekonomiskt optimalt att skaffa information, t ex när kostnaderna för informationsanskaffningen är större än informationens värde. Det kan därför sägas vara samhällsekonomiskt optimalt att information skaffas, om värdet av informationen är större än informationskostnaderna. Värdet av informationen kan, med avseende på nyttominskning på grund av ökade prestationskostnader, sägas vara bestämt av *dels* produkten av sannolikheten för att det föreligger eller kommer att inträffa ett prestationshinder *och* den reduktion av prestationskostnaderna/skadan som uppnås genom att en hög grad av aktsamhet iakttas, *dels* produkten av sannolikheten för att det inte föreligger någon sådan sannolikhet *och* kostnaderna att iaktta måttlig aktsamhet.[678] Denna senare aktsamhetskostnad kan ju undvikas om information skaffas och den utvisar att risk inte föreligger.

44-069 Om parten underlåter att skaffa information, så är det samhällsekonomiskt önskvärt att parten iakttar en sådan grad av aktsamhet som beaktar både möjligheten att risk föreligger och möjligheten att risk faktiskt inte föreligger; måttlig aktsamhet bör då iakttas.

44-070 Det sagda innebär inte något ställningstagande till vem av parterna i ett avtalsförhållande som skall bära konsekvenserna av underlåten informationsanskaffning. Den samhällsekonomiska utgångspunkten borde emellertid vara att den som kan skaffa information om risken till lägst kostnad skall bära konsekvenserna av en underlåtenhet i detta hänseende. I enlighet med vad som utvecklats i avsnitt 2.4.4 och 3.2 bör dock denna princip inte få föranleda att löftesgivarens incitament att investera i information försvagas. Det förhållandet att löftesmottagaren haft en informationskostnadsfördel bör i enlighet med vad som tidigare sagts därför i sig knappast få medföra ett genombrott av grundregeln, att löftesgivaren skall bära konsekvenserna av nyttominskande omständigheter.

44-071 Det bör kunna antas att den grad av aktsamhet som skall iakttas för att undgå culpaansvar är en funktion av den information som löftesgivaren/gäldenären har eller borde ha. Vad som är optimal aktsamhet i det konkreta fallet beror av om information finns (eller borde finnas) som utvisar att risk föreligger, varvid det är optimalt att iaktta stor aktsamhet, eller om informationen utvisar att risk inte föreligger, varvid det är optimalt att inte iaktta någon aktsamhet alls.

44-072 En tänkbar utformning av culpaansvaret i detta hänseende vore att *ex post* utgå från antagandet att löftesgivaren/gäldenären faktiskt

[678] Se Shavell, 21 J. Legal Stud., s 259 ff (1992).

hade införskaffat ett samhällsekonomiskt optimalt mått av information om risken och aktualisera ansvar om han underlåter att iaktta optimal aktsamhet (som i det konkreta fallet kan vara stor, måttlig eller ingen alls); culparegel 1.

44-073 En annan möjlighet vore att ålägga honom ansvar om han underlåter att iaktta optimal aktsamhet med utgångspunkt i den information som han faktiskt besitter; culparegel 2.

44-074 En tredje möjlighet vore att ålägga löftesgivaren/gäldenären ansvar om han underlåter att iaktta optimal aktsamhet med antagande att gäldenären har införskaffat information, vare sig detta varit optimalt eller inte; culparegel 3.

44-075 Enligt Shavell tenderar culparegel 1, liksom även strikt ansvar, att leda till godtagbara resultat, medan culparegel 2 tenderar att ge incitament att underlåta informationsanskaffning trots att sådan anskaffning skulle ha varit det optimala. Culparegel 3 kan istället leda till att för stora informationskostnader uppstår.[679]

44-076 Den fria culpabedömningen inom svensk rätt utgår sannolikt närmast från culparegel 1. Domstolen måste bilda sig en uppfattning om huruvida information borde ha införskaffats (optimal informationsanskaffning) och huruvida graden av aktsamhet med ett optimalt mått av information varit tillräcklig (Learned Hand-formeln). Om denna slutsats är riktig, så är culparegelns oförutsebarhetsrekvisit i förening med förebyggande rekvisitet samhällsekonomiskt försvarbart.

44-077 Låt oss undersöka den nu formulerade culparegelns konsekvenser i två slags fall, dels i fall när löftesmottagaren har en informationskostnadsfördel framför löftesgivaren (i), dels i fall när ingen av parterna har en informationskostnadsfördel framför den andra och det inte är optimalt för någon att införskaffa information (ii). Vardera typsituationen kan delas in i två underordnade typer av fall, dels fall när informationen skulle utvisa att stor risk föreligger (a), dels fall när informationen skulle utvisa att ingen risk föreligger (b).

(i) (a) Om det är optimalt för löftesmottagaren att skaffa information och denna utvisar att stor risk föreligger, kommer löftesgivaren ändå bara att behöva iaktta måttlig aktsamhet. Om denna måttliga aktsamhet inte är tillräcklig för att förebygga att risken realiseras, kommer löftesmottagaren att få bära risken i så måtto att löftesgivaren undgår skadeståndsskyldighet;

[679] Shavell, 21 J. Legal Stud., s 259 (1992) på s 269.

han har ju iakttagit den grad av aktsamhet som är optimal med hänsyn till *hans* informationskostnad. Löftesmottagaren kan också undanröja denna konsekvens genom att upplysa löftesgivaren för att på så sätt kasta över risken på honom. En sådan upplysning torde i regel föranleda löftesgivaren att framställa ytterligare anspråk på vederlag. Om löftesmottagaren underlåter att upplysa löftesgivaren därför att han vill undgå ett sådant anspråk – och detta såsom utvecklats i avsnitt 3.2 utgör ett åsidosättande av en föreliggande upplysningsplikt – är det enligt min uppfattning rimligt att löftesmottagaren får bära risken. Om å andra sidan någon upplysningsplikt inte kan sägas ha åsidosatts innebär culparegeln i fallet (i)(a) att löftesmottagaren kan komma att få bära risken trots att löftesgivaren kan vara den bättre riskspridaren. Detta ter sig otillfredsställande.

(i) (b) Om det är optimalt för löftesmottagaren att skaffa information och denna utvisar att ingen risk föreligger, kommer löftesgivaren trots detta att iaktta måttlig aktsamhet. Detta innebär värdeförstöring; en onödig kostnad uppkommer för löftesgivaren utan motsvarande vinning för löftesmottagaren. Detta förefaller som en mindre tilltalande konsekvens. Den praktiska betydelsen torde dock vara ringa, eftersom det föreligger ett naturligt incitament att lämna upplysningar: Om löftesmottagaren upplyser löftesgivaren om att ingen risk föreligger torde löftesgivarens anspråk på vederlag kunna reduceras (vanligen genom att löftesmottagaren accepterar en friskrivning).

(ii) (a) Om det inte är optimalt för någon av parterna att skaffa information och stor risk föreligger, kommer samma brist som i fallet (i)(a) till synes. Löftesmottagaren kommer att få bära risken utan hänsyn till att löftesgivaren må vara den bättre riskspridaren.

(ii) (b) Om det inte är optimalt för någon av parterna att skaffa information och ingen risk föreligger, kan det tyckas att samma värdeförstöring som i fallet (i) (b) uppkommer. Det avgörande vid utformningen av en riskallokeringsregel bör emellertid vara faktum, att införskaffande av information och eliminering av aktsamhetskostnaderna skulle leda till än större värdeförstöring. Culparegeln torde få anses godtagbar i denna situation.

44-078 I fallen (i)(a) och (ii)(a) är culparegelns oförutsebarhetsrekvisit behäftat med samma brist som finns i motsvarande rekvisit i kontrollansvarsregeln med mindre det förses med en utbyggnad: förhållandet att ingen av parterna kan sägas ha haft en informationskostnadsfördel eller att löftesmottagaren kan sägas ha haft en sådan fördel (men inte eftersatt sin

upplysningsplikt), bör *de sententia ferenda* beaktas på så sätt att riskallokeringen inte avgörs med ledning av prestationshindrets förutsebarhet – varvid risken vid oförutsebarhet går över på löftesmottagaren – utan så att riskallokeringen avgörs med ledning av parternas relativa förmåga till riskspridning.[680]

44-079 Det ter sig emellertid mindre naturligt att företa en sådan utbyggnad av culparegeln: Det är ju rent språkligt svårt att i någon bemärkelse stämpla den bättre riskspridaren som culpös eller klandervärd. Härtill kommer svårigheten att en utbyggnad med riskspridningsrekvisitet skulle skapa ett starkt inslag av strikt ansvar i culparegeln, vilket knappast är förenligt med gällande rätt.

44-080 Det torde nämligen föreligga en skillnad i perspektiv mellan culparegelns oförutsebarhetsrekvisit och motsvarande rekvisit i kontrollansvarsregeln: Kontrollansvarsregelns oförutsebarhetsrekvisit är begränsat till tidpunkten för avtalets ingående. Motsvarande begränsning torde i fall av *culpa in contractu* inte kunna inläsas i culparegelns oförutsebarhetsrekvisit. Å andra sidan saknas enligt kontrollansvarsregeln anledning att fråga efter vad löftesgivaren/gäldenären skulle ha gjort med den information han borde ha införskaffat. Ansvar kan åläggas honom oaktat han inte kunnat förebygga skadan, i huvudsak därför att det rör sig om en för hans verksamhet typisk risk. Enligt culparegeln måste man dock fråga om löftesgivaren/gäldenären borde ha förhållit sig på ett annat sätt än han gjort. Om det enligt vad som sagts i det föregående inte varit culpöst att förebygga skadan, kan culparegelns oförutsebarhetsrekvisit – i vart fall när det gäller en culpabedömning *in contractu* – därför knappast ha någon självständig betydelse.

44-081 Skillnaden mellan culparegeln och kontrollansvarsregeln framkommer således i vad löftesgivaren har att göra med anledning av den information om risk som han borde besitta. Den praktiska effekten av detta visar sig genom att kravet på de uppoffringar som behöver göras för att förebygga risken, i enlighet med vad som ovan framhållits, är lägre än enligt kontrollansvarsregeln.

44-082 Härigenom kommer culparegeln att sakna någon adekvat motsvarighet till rekonstruktionsmodellens riskspridningsrekvisit liksom även till dess riskområdesrekvisit.

44-083 Visserligen skulle det kunna förhålla sig med oförutsebarhetsrekvisitet som Rodhe förmodar, nämligen att oförutsebarhetsrekvisitet i

[680] Jfr. avsnitt 4.3.3.2.

grund och botten inte leder till annat än att den inom jämförelsegruppen (gruppen av välaktade personer som brukar ställas inför den ifrågavarande situationen) gängse uppfattningen om riskfördelningen bör accepteras av domstolen.[681] Detta är emellertid något helt annat än att utreda hur dessa välaktade personer väljer mellan olika tillgängliga handlingsalternativ.

44-084 Om det som avses är jämförelsegruppens gängse uppfattning om riskfördelningen när löftesgivaren/gäldenären svarar enligt culparegeln, så blir kriteriet innehållslöst med mindre man efterforskar huruvida någon sedvana faktiskt etablerats. Om det som efterfrågas å andra sidan är jämförelsegruppens gängse uppfattning om en lämplig riskfördelning utan föregående hänsyn till typ av ansvar, så skulle kontrollansvarsregelns och culparegelns oförutsebarhetsrekvisit möjligen sammanfalla. Detta skulle i vart fall ske om en värdemaximerande riskallokering enligt gängse uppfattning ansågs som lämplig. Det skulle då så att säga uppstå en stor ö – eller rent av en hel kontinent – av strikt ansvar inom culparegelns hägn.

44-085 Konsekvensen blir då att ansvaret för prestationshinder inom löftesgivarens kontroll – som således i princip kan förebyggas – enligt culparegeln inte är strikt (*Learned Hand*-formeln), medan ansvaret för företrädelsevis typiska risker utanför löftesgivarens kontroll – och som alltså inte ens i princip kan förebyggas – blir strikt! Detta kan tyckas vara en märklig ordning. Än märkligare blir konsekvensen om man beaktar att löftesgivaren i regel torde ha en informationskostnadsfördel i fråga om hinder innanför sin kontroll. Detta medför att han, om han enligt *Learned Hand*-formeln kan anses agera försvarligt genom att inte förebygga risken för prestationshinder (trots att det i och för sig är möjligt), ändå kommer att ansvara enligt oförutsebarhetsrekvisitet.

44-086 Den nu beskriva ordningen är den som anvisas av rekonstruktionsmodellen, där ordningsföljden mellan de olika rekvisiten är betingad av styrkan i vart och ett av rekvisiten såsom riskallokeringsargument. De märkliga konsekvenserna uppstår först om modellen anbringas på culparegeln, som inte torde vara formulerad med utgångspunkt i att bilda ett övertygande och heltäckande riskallokeringsargument, utan snarare kan ses som en rättsföljdsrelaterad signal att lagstiftaren ansett att löftesgivarens ansvar *inte* skall vara strikt.

[681] Rodhe, § 29 vid not 76. Rodhe intar dock denna ståndpunkt i samband med diskussionen av *culpa in contrahendo* och det kan därför inte tas för givet att samma ståndpunkt intas beträffande *culpa in contractu*.

44-087 Den av rekonstruktionsmodellen anvisade lösningen saknar stöd i gällande rätt och någon utbyggnad *de sententia ferenda* av culparegelns oförutsebarhetsrekvisit med ett riskområdes- och/eller riskspridningsrekvisit är inte möjlig. Med en sådan utbyggnad skulle culparegeln lika gärna kunna undvaras. *De lege lata* torde det vara så, att man får acceptera att culparegelns oförutsebarhetsrekvist leder till ett otillräckligt hänsynstagande till såväl riskområdes- som riskspridningsrekvisiten. Som vi skall se torde det dock vara möjligt att ta hänsyn till dessa brister vid tillämpningen av culparegelns aktivitetsrekvisit och därigenom bringa culparegeln i god överensstämmelse med rekonstruktionsmodellen.

4.4.3.3 Culpa och prestationssvårigheternas intensitet – "det strikta culpaansvaret"

44-088 Strängt taget är culpa som ansvarsgrund i ett principiellt perspektiv undersökt i och med den ovanstående diskussionen kring culparegelns förebyggande- och oförutsebarhetsrekvisit. Det torde emellertid finnas skäl att ifrågasätta huruvida culparegeln i praktiken innehåller ett element av strikt ansvar. Detta kan tänkas vara fallet om löftesgivaren/gäldenären anses ha en skyldighet att övervinna inträffade prestationshinder. Jag betecknar den med en sådan skyldighet utbyggda culparegeln som "det strikta culpaansvaret". För tydlighets skull får framhållas att undersökningen här gäller något annat än löftesgivarens skyldighet att undvika prestationshinder eller deras konsekvenser innan de inträffar. I denna del kan det rimligen antas att samma principer som diskuterats i avsnitt 4.3.4 skall gälla.[682] På motsvarande sätt torde en löftesgivare också ha skyldighet att begränsa inträffade skador även om han inte bär ansvar för den primära skadans uppkomst.[683]

44-089 Frågan om löftesgivaren har en skyldighet att övervinna förekommande prestationshinder blir, här liksom annars, endast aktuell i den mån löftesgivaren i övriga hänseenden kvalificerar för ansvarsfrihet. För att frågeställningen skall uppkomma krävs för culparegelns vidkommande således att prestationshindret inte hade bort förebyggas; dvs enligt *Learned Hand*-formeln applicerad på en situation där optimal information förutsätts. Om culparegeln utbyggs med ett aktivitetsrekvisit, skulle frånvaron av culpa i den nyss behandlade bemärkelsen blott utgöra en faktor som

[682] Se 43-136 ff ovan beträffande skillnaden mellan uttrycken "övervinna" och "undvika".
[683] Se Gomard, *Obligationsret II*, s 156.

kan utesluta ansvar.[684] Frågan är därvid om gällande rätt lämnar något utrymme för värdemaximeringsprincipen och en på denna grundad skärpning av löftesgivarens/gäldenärens ansvar.[685]

44-090 Förmågan att övervinna inträffade prestationshinder kan, med undantag för objektiv omöjlighet, betraktas som en fråga om vilka ekonomiska resurser som rimligen skall sättas in för att försöka övervinna hindret. Genom att det ofta sägs att en gäldenär som i övrigt har ett culpaansvar ansvarar oberoende av culpa för kontraktsbrott som beror på hans egna ekonomiska förhållanden, kan det ifrågasättas om hans offergräns här skall dras på samma sätt som vid kontrollansvar.

44-091 Det finns emellertid först anledning att undersöka huruvida löftesgivaren/gäldenären enligt culparegeln alls har någon skyldighet att övervinna förekommande prestationshinder.

44-092 Det är otvivelaktigt så att hans underlåtenhet att övervinna ett prestationshinder kan vara en tillräcklig betingelse för att utlösa culpaansvar när hindret kan övervinnas genom att fel avhjälps. Således omnämns underlåtenhet och försummelse att avhjälpa fel i motiven till 40 § 3 st köplagen.[686] Ett sådant ansvar kan också otvivelaktigt aktualiseras inom hyresrätten; se t ex NJA 1992 s 326 (*Stig Jung AB ./. Kurt H*) beträffande hyra av lokal.[687] Liknande överväganden kan möjligen göra sig gällande när det gäller hyra av lös sak.[688]

44-093 Som vi ovan har sett förhåller det sig likaledes otvivelaktigt så att löftesgivaren/gäldenären i regel har skyldighet att försöka övervinna personligt betingade prestationshinder; t ex sjukdomar eller fysiska defekter. Hans ansvar för den egna ekonomin sägs stundom till och med vara strikt.

44-094 Vid varaktiga avtal kan emellertid löftesgivaren/gäldenären stundom åberopa sådana prestationshinder för att utan ersättningsskyldighet kunna frånträda avtalet i förtid.[689] Rätten till förtida frånträde kan i

[684] Jfr. Krüger, *Kontraktsrett*, s 137 med ståndpunkten att den rena culpan bygger på de positiva kriterierna fel och försummelse, medan en skyldighet att övervinna prestationshinder rent formellt har ett annat slags gränssättande funktion. Jfr. även Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 278.

[685] Jfr. den av Taxell förda ingående diskussionen om borgenärens behov av "rättsskydd"; Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 277 ff. Se särskilt de faktorer som Taxell anser motivera ett strängare ansvar; a a, s 293 ff. Se även ds., *Skadestånd*, s 52 f.

[686] Se Prop 1988/89:76 s 138 ff.

[687] Jfr. NJA 1934 s 190.

[688] Jfr. uthyrarens så kallade bevaringsplikt. Se Sundberg, s 206 ff och 223 ff, Bengtsson, *Särskilda avtalstyper I*, s 48 ff. Se dock Hellner, *SpA II:1*, s 178 ff.

[689] Se närmare avsnitt 5.2.3.4.

detta perspektiv ses som en förtydligande ansvarsfrihetsregel. I det culpaansvar som löftesgivaren/gäldenären i regel bär i sådana avtalsrelationer finns med andra ord en personlig offergräns.

44-095 Det är i hög grad ovisst om det för culpaansvar *de lege lata* eljest är en tillräcklig betingelse att löftesgivaren/gäldenären underlåtit att övervinna ett inträffat prestationshinder. Almén synes dock ha ansett att så skulle vara fallet.[690] Möjligen föresvävade det honom att det på motsvarande sätt som i fråga om ansvarsbefrielse enligt 24 § 1905 års köplag i princip skulle vara fråga om objektiv omöjlighet. Således nämns som exempel en situation när ansvarsfrihet skulle medges enligt 23 § 1905 års köplag fallet att specifikt gods förstörts av ren våda.[691]

44-096 Om en sådan skyldighet att övervinna prestationshinder inte skulle föreligga, kan det konstateras att culparegeln har bristen att i många fall låta risken gå över på löftesmottagaren/borgenären även om risken enligt rekonstruktionsmodellens riskområdes- och riskspridningsrekvisit borde ligga på löftesgivaren/gäldenären. Om en sådan skyldighet å andra sidan skulle föreligga, kan konstateras att culpaansvaret lider av samma allvarliga brist som kontrollansvaret genom att löftesgivaren, trots att löftesmottagaren kan vara den bättre riskspridaren, på grund av aktivitetsrekvisitet, omotiverat kan komma att få bära risken för ett prestationshinder som han inte hade bort förebygga.[692] Härtill kommer svårigheten att ange offergränsens läge på ett sätt som leder till en acceptabel förutsebarhet i rättslivet.

44-097 Givet är att culparegelns aktivitetsrekvisit inte kan bestämmas på samma sätt som motsvarande rekvisit i kontrollansvarsregeln. Om så skedde skulle ju culparegeln förvandlas till en regel om strikt ansvar.[693]

44-098 Enligt min uppfattning torde man ha att räkna med en generell skyldighet för löftesgivaren/gäldenären att övervinna förekommande prestationshinder. Med culparegelns utgångspunkt skulle frågan närmast vara huruvida en *bonus pater familias* eller en grupp av jämförelsepersoner skulle ha vidtagit handlingar och ådragit sig kostnader för att övervinna det inträffade prestationshindret.

44-099 Föreskrifter i lag kan tjäna som primär utgångspunkt för culpabedömningen i denna del. Reglerna om rätt till förtida frånträdande torde ha viss betydelse i detta sammanhang. Dessa regler skall dock av

[690] Almén & Eklund, § 23 vid not 9b. Jfr. Krüger, *Kjøpsrett*, s 323.
[691] Almén & Eklund, § 23 vid not 9.
[692] Jfr. 43-200 ovan.
[693] Jfr. dock Gomard, *Obligationsret II*, s 155.

framställningstekniska skäl behandlas i avsnitt 5.2.3.4.

44-100 Som vi konstaterat strax ovan kan löftesgivaren/säljaren ådra sig skadeståndsskyldighet för underlåtenhet att avhjälpa fel. Hans skyldighet att avhjälpa fel framgår av 34 § 1 st köplagen. Säljaren är således skyldig att avhjälpa fel om det kan ske utan oskälig kostnad eller olägenhet för honom. Av betydelse torde också vara stadgandet i 34 § 2 st som begränsar säljarens skyldighet att företa omleverans i fall som avses i 23 § köplagen. Säljaren behöver således inte företa omleverans om detta skulle medföra uppoffringar som inte är rimliga med hänsyn till köparens intresse av att omleverans företas. 23 § köplagen torde på motsvarande sätt ge vägledning i fråga om löftesgivarens/säljarens skyldighet att övervinna prestationshinder som medför dröjsmål.

44-101 I den mån dessa stadganden kan ge generell vägledning i fråga om offergränsen bör observeras att om skadestånd är uteslutet på grund av att offergränsen överskrids, får köparen ändå inte bära hela risken. Köparen kan ju alltid göra gällande sin rätt till prisavdrag och vid väsentligt fel också utöva sin hävningsrätt. Detta innebär att offergränsen kanske bör vara högre i avtalsförhållanden där prisavdrag och hävning inte är adekvata remedier mot kontraktsbrott. Det kan t ex röra sig om varaktiga avtal där hävning sker med verkan *ex nunc* och prisavdrag inte förekommer, dvs vid dröjsmål och liknande.

44-102 Uttrycken "utan oskälig kostnad" och "uppoffringar som inte är rimliga" är i hög grad vaga. Av motiven kan dock utläsas att det värde som löftesmottagaren/köparen tillskriver löftesgivarens/säljarens prestation har betydelse. I motiven till 34 § 1 st framhålls således att viss hänsyn bör tas till köparens intresse av att få felet avhjälpt, men att avhjälpandeskyldigheten inte är beroende av om felet är väsentligt.[694] I övrigt kan knappast utläsas mer än att de kostnader som säljaren utsätts för är avgörande. Möjligen styrs avhjälpandeskyldigheten i någon mån av samma överväganden som skyldigheten att fullgöra; det relevanta är i sådant fall köparens intresse av att just säljaren avhjälper felet.[695] Avhjälpandeskyldigheten torde också påverkas av om det vore billigare för säljaren att företa omleverans istället för att avhjälpa.[696] Den avgörande frågan i detta sammanhang är huruvida säljaren skall behöva utsättas för en större förlust än som motsvarar det eljest hotande prisavdraget. Om 34 § 1 st får ses som

[694] Prop 1988/89:76 s 126.
[695] Se Ramberg, *Köplagen*, s 405.
[696] Se Bergem & Rognlien, s 208.

ett uttryck för intresset att hindra värdeförstöring, borde detta inte vara fallet.

44-103 Det ter sig svårt att ur 34 § 1 st köplagen dra några generella slutsatser beträffande offergränsens läge. Det besläktade stadgandet i 23 § kan däremot ge fylligare vägledning. I denna del hänvisas till vad som anförts beträffande 23 § vid diskussionen av kontrollansvarsregelns aktivitetsrekvisit; 43-209 ff ovan. Att offergränsens läge här kommer att bestämmas av nationell rätt utgör emellertid inte något argument mot att definiera offergränsen med stöd av av 23 § köplagen.[697]

44-104 Enligt min uppfattning är 23 § köplagen dock inte en lämplig grund för att bestämma offergränsens läge, eftersom stadgandet dåligt beaktar betydelsen av rekonstruktionsmodellens riskområdes- och riskspridningsrekvisit. Härtill kommer att offergränsens läge med stadgandet kommer att bestämmas helt beroende av vilket värde som löftesmottagaren/borgenären åsätter prestationen *ex post*.

44-105 Några bestämda slutsatser om enligt vilka kriterier offergränsen skall bestämmas enligt gällande rätt förefaller inte att kunna dras. Detta gäller som vi sett även kontrollansvarsregeln, men synes i än högre grad gälla culparegeln, bortsett från 51 § 3 st kommissionslagen och 34 § 2 st handelsagenturlagen där lagstiftaren för fall av bristande solvens uttryckligen angivit att ett strikt ansvar skall gälla.

44-106 Genom att rekonstruktionsmodellens riskområdes- och riskspridningsrekvisit får ringa genomslag i culparegelns oförutsebarhetsrekvisit kan det vara lämpligt att öppna en ventil för ett sådant hänsynstagande i culparegelns aktivitetsrekvisit. *De sententia ferenda* förordas därför en lösning som går ut på att kravet på att löftesgivaren/gäldenären skall övervinna förekommande prestationshinder efterges när:

(a) löftesgivaren inte har någon informationskostnadsfördel – dvs typiskt sett när han drabbats av att en för hans verksamhet atypisk risk realiserats *och*[698];

(b) löftesmottagaren/borgenären är den bättre riskspridaren.[699]

[697] Jfr. 43-215 f ovan.

[698] Jfr. de av Taxell anförda rättspolitiska skälen för ett skärpt ansvar för företag; Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 303 ff. Se även det på tillitsprincipen grundade argumentet beträffande ett strikt ansvar för prestationshinder inom företags "riskområde"; Taxell, *Skadestånd*, s 134.

[699] Jfr. Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 304 (se även a a, s 316) och ds., *Skadestånd*, s 49, angående pulvrisering.

44-107 I övriga fall bör offergränsen bestämmas på samma sätt som enligt kontrollansvarsregeln, det vill säga så att löftesgivaren/gäldenären aldrig befrias från ansvar eller möjligen att han ytterst befrias från ansvar om kostnaderna för att övervinna uppträdande prestationshinder medför en nettoförlust av värde.[700]

4.4.4 Sammanfattande slutsats

44-108 Ovanstående undersökning har företagits för att ge underlag för resonemang *de sententia ferenda* för ett ställningstagande till huruvida kontrollansvarsregeln bör ges ett större eller mindre analogiutrymme på bekostnad av culparegeln.

44-109 Om culparegelns aktivitetsrekvisit bestäms på det sätt som förordats i det föregående, synes det vid en jämförelse med rekonstruktionsmodellen inte finnas något skäl att från värdemaximeringssynpunkt beklaga culparegelns centrala ställning i kontraktsrätten. Det synes därför vara önskvärt att ge culparegeln principiell prioritet.

44-110 Nackdelen med culparegeln – i vart fall när domstolen är hänvisad till en fri culpabedömning – är emellertid att regelns tillämpning i vidare mån än kontrollansvarsregelns förutsätter en prövning av omständigheterna i det enskilda fallet. Detta medför att culparegeln ger upphov till större transaktionskostnader *ex post* än vad som är fallet med kontrollansvarsregeln.[701] Men även när culpabedömningen är objektiverad, kan regeln, genom att den implicit riktar en förebråelse mot löftesgivaren att han agerat klandervärt, antas leda till onödiga transaktionskostnader *ex post* i så måtto att en beskyllning om klandervärdhet knappast underlättar uppgörelser utom rätta.[702]

44-111 Allmänt sett torde det därför finnas störst skäl att låta culparegeln stå tillbaka för kontrollansvarsregeln när intresset att minimera transaktionskostnaderna *ex post* väger tungt. Detta torde vara fallet när, som det brukar sägas, omsättningsintresset framstår som särskilt skyddsvärt. För egen del finner jag det mer klargörande att säga att kontrollansvarsregeln bör ha ett principiellt företräde när avtalet är ett instrument för utbyte av substituerbara varor mellan substituerbara parter – dvs vid marknadsstyrda avtal där den klassiska avtalsrättsmodellen är adekvat.[703]

[700] Se 43-207 ovan.
[701] Se 43-006 ovan.
[702] Jfr. Eisenberg, 89 Harv. L. Rev., s 637 (1976) på s 661.
[703] Se närmare avsnitt 5.1.3.

Kapitel 5
Riskdelning genom val av rättsföljd

5.1 Analytiska utgångspunkter

5.1.1 Inledning

51-001 En tillämpning av rekonstruktionsmodellen leder som vi sett till att antingen löftesgivaren eller löftesmottagaren skall bära risken; allt eller inget. Detta är dock möjligt endast så länge vi rör oss i modellens idévärld. I praktiken blir det nödvändigt att koppla en rättsföljd till den valda riskallokeringen. Härigenom framtvingas i regel ett visst mått av riskdelning, även när utgångspunkten är att den ena parten helt skall bära risken för en given nyttominskande omständighet.

51-002 Köplagens regler om löftesgivarens/säljarens skadeståndsansvar vid dröjsmål kan tas som ett exempel på detta. En riskdelning följer av gällande begränsningar i löftesmottagarens/köparens rätt att begära fullgörelse liksom i begränsningar av löftesgivarens/säljarens skadeståndsskyldighet.

51-003 Om utgångspunkten är att löftesgivaren/säljaren skall bära risken för ökade prestationskostnader, har i allmänhet löftesmottagaren/köparen rätt att begära fullgörelse. Om prestationen vid sådant förhållande försenas, utgår i regel skadestånd med det positiva kontraktsintresset. Vi kommer i detta fall tämligen nära modellens idévärld. Löftesmottagaren/köparen erhåller löftesgivarens/säljarens prestation och kompenseras för skada på grund av förseningen.

51-004 Löftesmottagaren/köparen kan dock inte alltid räkna med att bli fullt kompenserad, eftersom löftesgivarens/säljarens skadeståndsansvar är begränsat till att avse skador som anses vara en adekvat följd av

kontraktsbrottet[1] eller skador som när avtalet ingicks bort kunna förutses följa av kontraktsbrottet.[2]

51-005 Härtill kommer ytterligare begränsningar i löftesgivarens/säljarens skadeståndsskyldighet, t ex om skadan inte är ersättningsgill (27 § 3 st)[3], om löftesmottagaren/köparen försummat att vidta skäliga åtgärder för att begränsa sin skada (70 § 1 st)[4] eller om skadeståndet skall jämkas (70 § 2 st)[5]. Löftesmottagaren/köparen kan också ha svårigheter att bevisa sin skada, varvid skadeståndet bestäms till ett belopp som inte alltid motsvarar den faktiska skadan (35:5 RB).[6]

51-006 Begränsningar av skyldigheten att utge skadestånd respektive rätten att utfå skadestånd torde återgå på ett "*spenningsforhold mellom de resultater en rent erstatningsrettlig tankegang leder til og kontraktens – eller prestasjonstypens – økonomiske risiko- og interesseramme forøvrig.*"[7] En närmare undersökning av detta spänningsförhållande leder omedelbart in i skadeståndsrättens rättsfilosofiska fundament och måste här förbigås.[8]

51-007 Betydelsen av att skadeståndet inte alltid fullt ut kompenserar löftesmottagaren/köparen för alla olägenheter, t ex i fall av löftesgivarens/-säljarens dröjsmål, accentueras av begränsningar i löftesmottagarens/köparens rätt att begära fullgörelse. Enligt 23 § befrias löftesgivaren/säljaren, som vi ovan sett, från skyldighet att fullgöra om fullgörelsen skulle medföra uppoffringar som inte är rimliga med hänsyn till löftesmottagarens/-köparens intresse av att löftesgivaren/säljaren fullgör.[9]

51-008 Om utgångspunkten å andra sidan är att löftesgivaren/säljaren inte skall bära risken för de ökade prestationskostnaderna, dvs att skadeståndsskyldighet är utesluten enligt 27 §, får han likväl vara med och dela risken med löftesmottagaren/köparen. Löftesmottagaren/köparen kan häva avtalet enligt 25 och 26 §§. Detta innebär att bägge parter går miste om den nyttoökning som avtalet förväntades medföra, dvs risken för den nyttominskande omständigheten har delats. Om avtalet inte bringas att

[1] 67 § köplagen. Se Herre, s 330 ff.
[2] CISG Art 74; den så kallade *Hadley v. Baxendale*-principen. Se för en ingående analys, Herre, s 362 ff.
[3] Se 43-238 ff ovan.
[4] Se avsnitt 4.3.4.2.1.
[5] Beträffande jämkning av skadestånd enligt 70 § 2 st köplagen se 43–207 ovan.
[6] Se t ex Nordh, SvJT 1994 s 81 ff med vidare hänvisningar. Jfr. Taxell, *Skadestånd*, s 43.
[7] Krüger, *Kontraktsrett*, s 779.
[8] Se om detta Hellner, *Skadeståndsrätt*, s 49 ff med vidare hänvisningar.
[9] Se 43-209 ff ovan.

upphöra, kommer löftesgivaren/säljaren att fullgöra när prestationskostnaderna sjunkit så att ett relevant prestationshinder inte längre föreligger. I detta fall kommer löftesgivaren/säljaren i åtnjutande av vederlaget senare än tänkt och lider en icke ersättningsgill ränteförlust.[10]

51-009 Avbeställningsregeln i 52 § 2 st köplagen kan anföras som ett annat exempel på köprättslig riskdelning.[11] Stadgandet kan sägas stå som en pendang till 23 § köplagen.

51-010 Avbeställningsregeln begränsar löftesmottagarens/säljarens rätt att själv få fullgöra när löftesgivaren/köparen förklarat sig sakna intresse av fullgörelsen. Riskdelningselementet ligger i att löftesmottagaren-/säljaren får tåla alla olägenheter på grund av löftesgivarens/köparens avbeställning, såvida inte olägenheterna bedöms vara väsentliga.

51-011 Avbeställningsregeln har tydliga beröringspunkter med begränsningsregeln i 70 § 1 st köplagen, i det att båda reglerna kan antas ge uttryck för lagstiftarens intresse att minimera förlusterna *ex post* eller motverka värdeförstöring.[12]

[10] Detta kan sägas följa av samtidighetsprincipen och 22 § köplagen. Jfr. Neumayer & Ming, s 534 och Ramberg, *Köplagen*, s 488. Jfr. 43–076 med not 406 beträffande säljarens ställning med avseende på rätten till ränta när köparen råkat i dröjsmål.

[11] 52 § 2 st köplagen har inte någon motsvarighet i CISG, men liknande resultat torde kunna åstadkommas med tillämpning av principen om *good faith in international trade* som uttrycks i CISG Art 7 (1). Se Cæmmerer & Schlechtriem/Stoll, Art 7 Rn 7 f. Jfr. Honnold, s 518 ff, Bergem & Rognlien, s 644 f och Lando, s 314 f. Mot löftesmottagarens/säljarens krav på att utfå det avtalade priset skulle löftesgivaren/köparen således kunna invända att löftesmottagaren/säljaren har att avräkna värdet av fördelar som uppnåtts genom att han inte måst fullfölja sin prestation och fördelar som uppstått genom att ledig kapacitet kunnat utnyttjas i annan produktion. Jfr. *European Contract Principles* Art 4.101 (2)(b).

[12] Se Prop 1988/89:76 s 54 ff och NU 1984:5 s 194, s 321 ff samt Herre, s 639 och Ramberg, *Köplagen*, s 520. Regler liknande den i 52 § 2 st köplagen återfinns i 13:11 st 4 och 14:32 sjölagen. Se härtill Prop 1993/94:195 s 223. Även 46 § jämförd med 51 § kommissionslagen kan nämnas i detta sammanhang. Se härtill Hellner, *SpA II:2*, s 76 ff, *Nyström*, s 88 ff och Rodhe, § 59 vid not 32 ff. Jfr. Gomard, *Obligationsret I*, s 29 ff, Krüger, *Kontraktsrett*, s 543 ff och Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 164 ff. När det gäller 46 § kommissionslagen har regeln motiverats med det tämligen intetsägande argumentet att en fullmakt i regel bör vara möjlig att återkalla. Se NJA II 1914 s 260. Se härtill Roos, TfR 1967 s 326 ff. Enligt Hellner gäller avbeställningsrätt i tjänsteavtal, i vart fall om tjänsten utförts endast till en mindre del. Hellner, *SpA II:1*, s 98. Se även SvJT 1979 rf s 58; ersättning till fastighetsmäklare för nedlagda kostnader utgick inte när ett tidsobestämt uppdrag utan ensamrätt återkallades efter kort tid. Jfr. dock Nord. domss. 1993 s 494; Dom av Finlands högsta domstol den 7 juli 1992 om återkallelse av beställt annonsutrymme (jämkning av avtalets giltighetstid). Allmänt sett synes det dock inte föreligga skäl att tillmäta självständig betydelse åt att prestationen utförts till större delen; om tjänsten utförts till större delen torde avbeställningen däremot inte lika ofta medföra att värdeförstöring förhindras. Jfr. Ramberg, *Köplagen*, s 524. Avbeställningsrätten har också en exekutionsrättslig dimension. Se Nyström, s 91. Jfr. Ramberg, *Avtalsrätt*, s 211.

51-012 Regeln är direkt tillämplig endast vid köp av en vara som skall tillverkas eller anskaffas särskilt för köparens räkning[13], men orsaken till löftesgivarens/köparens avbeställning är i princip irrelevant.[14] En analog tillämpning av avbeställningsregeln är måhända inte utesluten om köpet avser andra slags varor och säljaren har åtagit sig att transportera dem till köparen. Om köparen har förklarat sig inte vilja ta emot varorna, skulle säljaren i sådant fall anses skyldig att inte lägga ned kostnader på att genomföra transporten.[15] Beröringspunkterna med begränsningsregeln i 70 § 1 st är påtagliga.[16]

51-013 Enligt ordalydelsen i avbeställningsregeln skall *skadestånd* utgå till löftesmottagaren/säljaren när löftesgivaren/köparen förklarar att han saknar intresse av fullgörelse och avbeställningsregelns övriga rekvisit är uppfyllda. Skadeståndet skall beräknas enligt 67–70 §§.[17] Löftesmottagarens/säljarens primära krav på att få ut köpeskillingen ersätts således av ett skadeståndsanspråk. Ordalydelsen tyder på att löftesgivarens/köparens avbeställning är att betrakta som ett skadeståndsgrundande kontraktsbrott.[18] Med ett sådant betraktelsesätt får löftesgivarens/köparens skadeståndsansvar betraktas som strikt och skadeståndsskyldigheten omfattar även indirekta förluster.[19]

[13] 52 § 2 st i den norska köplagen gäller endast tillverkning och omfattar således inte anskaffning. Se härtill Krüger, *Kjøpsrett*, s 209 ff. Avbeställning av ett anskaffningsköp torde ses som ett brott mot köparens medverkansförpliktelse. Se Krüger, *Kontraktsrett*, s 550. 52 § 2 st i den finländska köplagen överensstämmer med det svenska avbeställningsregeln. Den danska lagen innehåller inte något stadgande om avbeställningsrätt. Någon saklig skillnad i förhållande till den svenska regeln synes dock inte föreligga. Jfr. Nørager-Nielsen & Theilgaard, s 532 ff. Beträffande tysk rätt se BGB § 649 och § 651 i. Beträffande amerikansk rätt se UCC § 2-704.

[14] Se Ramberg, *Köplagen*, s 521. Motiven nämner t o m att köparen kan finna att köpet var mindre välbetänkt. Det skulle således vara fråga om en ångerrätt knuten till en begränsad skadeståndsskyldighet. Jfr. Prop 1988/89:76 s 54.

[15] Se SOU 1976:66 s 182.

[16] Se Herre, s 638. Jfr. Krüger, *Kjøpsrett*, s 213 som beträffande den norska avbeställningsregeln uttalar: "*Det dreier seg ... egentlig bare om en lovbestemt tapsbegrensningsplikt for selgeren.*"

[17] Beträffande skadeståndets beräkning, se utförligt Herre, s 643 ff med vidare hänvisningar. Se även Hjerners särskilda yttrande i NU 1984:5 s 413.

[18] Se Sevón & al., s 161. Jfr. Krüger, *Kjøpsrett,* s 213. Se dock Ramberg, *Köprätt*, s 527.

[19] Någon hänvisning görs inte till 57 § köplagen, som ju skulle ge löftesgivaren/köparen möjlighet att undgå skadeståndsansvar om avbeställningen föranleds av ett hinder utanför köparens kontroll. Enligt motiven skall dock skadeståndsansvaret kunna bortfalla; där uttalas att löftesmottagarens/säljarens rätt till skadestånd någon gång kan vara att bedöma enligt 57 § 1 st köplagen. Prop 1988/89:76 s 163 och s 172. Någon hänvisning till 57 § 2 st görs däremot inte i motiven. Detta kan bero på att hinder att medverka eller ta emot varan inte skall påverka säljarens rätt att enligt 52 § 1 st hålla fast vid köpet och kräva betalning. Jfr.

51-014 Om detta är riktigt föranleder inte avbeställningsersättningen någon riskdelning utöver vad som i allmänhet följer av de generella förutsättningarna för skadeståndsansvar intill det positiva kontraktsintresset. Avbeställningsregeln ger dock upphov till riskdelning på ett annat plan.

51-015 Som nyss påpekats motiveras avbeställningsregeln med det samhällsekonomiska intresset av att förebygga en ekonomiskt omotiverad prestation. Detta samhällsekonomiska intresse har ansetts behöva avvägas mot löftesmottagarens/säljarens intresse att i vissa fall få fortsätta tillverkning eller sina ansträngningar att anskaffa varan åt löftesgivaren/köparen. Denna avvägning kommer till uttryck i lagtexten, där det stadgas att löftesmottagaren/säljaren inte är skyldig att avbryta fullgörelsen om detta skulle medföra en *väsentlig* olägenhet för honom. Motiven nämner att en löftesmottagare/säljare genom löftesgivarens/köparens avbeställning inte skall vara skyldig att avbryta sin fullgörelse, om detta sätter honom i en sämre ekonomisk situation än om han hade fullföljt sin prestation.[20] Av exemplen i motiven att döma synes även böra beaktas nackdelar som svårligen kan kvantifieras i en senare talan om skadestånd; således nämns att det kan ha betydelse för säljaren att få färdigställa ett referensarbete.[21]

51-016 Denna intresseavvägning skall dock inte tillåta att det grundläggande ställningstagandet undanskyms; löftesmottagaren/säljaren anses böra få tåla all olägenhet som inte är väsentlig.

51-017 Detta ställningstagande har givit upphov till farhågor att avbeställningsregeln utgör ett betänkligt undantag från principen att avtal skall hållas. I motiven bemöts dessa farhågor med det bisarra argumentet att

Krüger, *Kjøpsrett*, s 211. Om detta är riktigt, tyder det på att skadestånd i avbeställningsregelns bemärkelse snarast är en begränsad köpeskillingsfordran, en avbeställningsersättning, som alltså inte påverkas av hinder på köparens sida att medverka till köpet eller motta varan. Uttalandet i motiven att löftesmottagarens/säljarens rätt till skadestånd någon gång kan vara att bedöma enligt 57 § 1 st, tycks kunna ställa löftesmottagaren/säljaren i ett mycket oförmånligt läge. Om ett hinder som är relevant enligt 57 § 1 st föreligger, och ingen avbeställningsförklaring meddelats, så skulle löftesmottagaren/säljaren enligt 52 § 1 st i princip kunna hålla fast vid kravet på full köpeskilling och härtill utfå ränta. Det är bara rätten till skadestånd som utesluts av 57 § 1 st. I och med löftesgivarens/köparens avbeställning omvandlas kravet till ett anspråk på skadestånd/avbeställningsersättning, varvid ersättningsanspråket kan bortfalla enligt 57 § 1 st. Detta synes vara att i oträngt mål komplicera en regel ägnad att motverka värdeförstöring, snarare än att allokera risk. Enligt min uppfattning bör därför bortses från uttalandet i motiven, vilket dessutom saknar stöd i lagtexten. Jfr. Håstad, s 173.

[20] Prop 1988/89:76 s 57.

[21] Prop 1988/89:76 s 57. Se även Ramberg, *Köplagen,* s 524 ff (kritisk).

avsteg från principen redan gjorts i och med införandet av 36 § avtalslagen.[22]

51-018 Enligt min uppfattning borde inte frågan vara vilka undantag som redan gjorts från principen att avtal skall hållas, utan – såsom strax skall utvecklas närmare – om undantagen på ett skadligt sätt är ägnade att minska löftesmottagarens/säljarens befogade tillit till löftesgivarens/köparens prestationslöfte. Svaret på denna fråga är delvis avhängigt av hur skadeståndet i följd av en avbeställning beräknas, men det är också avhängigt av hur svåra rättsliga bedömningar löftesmottagaren/säljaren tvingas göra vid löftesgivarens/köparens avbeställning.

51-019 Löftesmottagaren/säljaren måste göra en egen bedömning om olägenheterna av att avbryta fullgörelsen är väsentliga nog för att motivera en fortsatt fullgörelse. Om en domstol i efterhand anser att löftesmottagarens/säljarens bedömning av olägenheterna var oriktig, utfår säljaren inte fullt vederlag för sin prestation. Den bedömning som löftesmottagaren/säljaren har att göra med anledning av löftesgivarens/köparens avbeställning kan nog många gånger vara vansklig. Härtill kommer svårigheten för säljaren att avgöra vilken skada han kan visa att han lidit. Det hade onekligen tett sig säkrare för löftesmottagaren/säljaren om inte någon avbeställningsregel funnes. Han skulle då, om det inte föreligger någon risk för löftesgivarens/köparens insolvens, obekymrad kunna fortsätta fullgörelsen och utkräva det avtalade priset.

51-020 Om kraven ställs högt på bevisning om förhandenvaron av väsentliga olägenheter, ger avbeställningsregeln således upphov till en riskdelning utöver vad som följer av bestämmelserna om ersättningsberäkning. Sådana beviskrav kan accentuera det osäkerhetsmoment som ligger i väsentlighetsbedömningen och medföra att tvister blir vanliga. I sådant fall motverkas avbeställningsregelns syfte och den samhällsekonomiska vinsten med att undvika värdeförstöring kommer att urholkas. Risken för detta minskar dock om beviskraven på löftesmottagaren/säljaren sätts lågt i fråga om olägenheter med avbeställningen.[23] Därmed reduceras också risken för att avbeställningsregeln omvandlas till ett redskap för den löftesgivare/köpare som vill framtvinga en omförhandling av köpeavtalet för att pressa ner priset.

51-021 Kanske bör avbeställningsregeln tillämpas så restriktivt att löftesmottagaren/säljaren i princip alltid har rätt att fullfölja tillverkningen

[22] Prop 1988/89:76 s 55.
[23] Jfr. Ramberg, *Köplagen*, s 532.

och saknar denna rätt endast om hans underlåtenhet att avbryta fullgörelsen framstår som illojal.[24]

51-022 Det kan i regel förväntas att parterna i en avbeställningssituation inleder förhandlingar om en ersättningsuppgörelse.[25] Man bör i sådant fall kunna räkna med att den lojale löftesmottagaren/säljaren avbryter sin fullgörelse om han erbjuds en ersättning som motsvarar nettovärdet av ett fullgjort avtal. Man skulle då vid en efterföljande bedömning se säljarens val att inte avbryta som ett indicium på att olägenheterna varit väsentliga. Om parterna misslyckades i en sådan förhandling *ex post*, skulle säljaren således få fullfölja sin prestation och kräva betalning samt, vid kontraktsbrott, skadestånd.

51-023 Det kan emellertid tänkas att löftesmottagaren/säljaren illojalt har underlåtit att avbryta sin fullgörelse, t ex därför att han vill skada köparen ekonomiskt eller som ett led i en förhandlingsstrategi för att öka ersättningen från löftesgivaren/köparen.[26] Avbeställningsregeln skyddar löftesgivaren/köparen mot ett sådant beteende.

51-024 Det nu sagda talar enligt min uppfattning för att betrakta avbeställningregeln som ett instrument riktat mot löftesmottagaren/säljarens illojala eller strategiskt betingade beteende *in contractu*.

51-025 Som vi sett ligger ett visst mått av riskdelning redan i systemet av sanktioner vid kontraktsbrott. Vi skall emellertid i det följande främst befatta oss med den vidare gående riskdelning som betingas av rättsföljderna uppsägningsrätt, frånträdanderätt och jämkning.

51-026 Undersökningen av rättsföljdens betydelse som riskdelare relaterar inte direkt till rekonstruktionsmodellen. Avsikten är istället att försöka utveckla en kompletterande tankemodell som skall kunna tjäna som utgångspunkt för analys såväl av faktiskt förekommande (*de lege lata*) som tänkbara (*de sententia ferenda*) rättsföljdsbetingade riskdelningsargument i ett *ex post*-perspektiv. Av särskilt intresse kommer härvid att vara frågan hur förekommande riskdelningsmekanismer kan antas påverka parternas val av strategi *ex post*. Detta har i sin tur betydelse för frågan om det är möjligt att ge riskdelningsreglerna en sådan utformning att transak-

[24] Jfr. CISG Art 7 (2).

[25] Möjligen vore att föredra att helt avstå från att ge löftesgivaren/köparen en avbeställningsrätt och låta parterna söka en kommersiell uppgörelse. I motiven noteras att avtalsparter ofta väljer att omförhandla sina avtal frivilligt och utan stöd av rättsregler; det framhålls att förtroendet och det framtida samarbetet kan vara viktigare än avtalets bokstav. Prop 1988/89:76 s 55. Detta borde vara ett skäl mot och inte för att införa en regel om avbeställningsrätt. Jfr. dock Hellner, *Coaseteoremet*, s 19 f.

[26] Jfr. Ramberg, *Köplagen*, s 522 f.

tionskostnaderna *ex post* minimeras. De analytiska utgångspunkterna skall närmast utvecklas för att i avsnitt 5.2 appliceras på förekommande fall av uppsägningsrätt och frånträdanderätt och i avsnitt 5.3 på fall av jämkning.

5.1.2 Pacta sunt servanda

51-027 När risken delas kan det sägas att undantag görs från principen *pacta sunt servanda* genom att den part som inte skall bära risken ändå får tåla vissa negativa följder när risken realiseras. Undantag från principen plägar ge upphov till farhågor om att säkerheten i omsättningen av varor och tjänster påverkas negativt.

51-028 Principen baserar sig på begreppet avtal. För att man skall kunna tala om en princip att avtal skall hållas fordras således språkligt och logiskt sett att avtal över huvud taget har uppkommit, vilket strängt taget är en tautologi. Det skulle således inte strida mot principen om en löftesgivares villfarelse fick leda till att hans prestationslöfte betraktas som en nullitet med rättsföljden ogiltighet *ex tunc*. Tydligen bestäms principens innehåll vid sådant förhållande av vilka rättsfakta som krävs för att rättsföljden ogiltighet *ex tunc* skall inträda. I allmänhet krävs som vi sett att löftesmottagaren varit i ond tro om villfarelsen och dolöst eller culpöst underlåtit att ta löftesgivaren ur dennes villfarelse. Stundom kan dock löftesgivarens villfarelse bli relevant även om löftesmottagaren varit i god tro – ett förhållande som torde ha gällt redan vid avtalslagens tillkomst 1915.[27] Om vid sådant förhållande något giltigt avtal aldrig anses ha uppkommit blir principen om att avtal skall hållas egentligen inte tillämplig. Därtill uppstår den märkliga konsekvensen att det skulle strida mot denna princip (och gissningsvis ge upphov till betänkligheter) om rättsföljden av att villfarelsen anses relevant blev mindre ingripande än ogiltighet *ex tunc*, t ex bortfall av skadeståndsansvar eller jämkning.

51-029 För att principen om att avtal skall hållas skall ha någon som helst reell innebörd fordras härtill att ett avtalsinnehåll fastställts genom tolkning eller utfyllnad. Om det då framkommer att löftesgivaren inte skall bära risken för en viss händelse och han därför inte är skyldig att prestera (utan att få ytterligare vederlag) kan man knappast tala om att undantag görs från principen om att avtal skall hållas.[28] Principerna för tolkning och innehållet i de utfyllande normerna bestämmer därvid principens räckvidd.

[27] Se NJA II 1915 s 251.
[28] Se Hellner, *Pacta sunt servanda*, s 96.

51-030 Måhända är det mer meningsfullt att – istället för att tala om en princip att avtal skall hållas – tala om intresset att skydda en löftesmottagares befogade tillit, eller om man så vill, avtal bör hållas därför att löftesmottagaren typiskt sett skall kunna *få* tillit till löftet och lättare kunna planera sin framtida resursanvändning med utgångspunkt i att fullgörelse kommer att ske i rätt tid eller att i annat fall att ekonomisk ersättning kan utkrävas.[29] Såtillvida skulle principen kunna ha ett värde som juridiskt argument mot förändringar i rättssystemet vilkas verkningar på säkerheten i omsättningen inte kan överblickas.[30] Om skyddet av löftesmottagarens befogade tillit är det avgörande, kan det inte tas för givet att löftesgivaren skall kunna resa anspråk på att ändra ett avtal som på något sätt inte motsvarar hans förväntningar.[31] Det kan inte heller antas att principen är olämplig som argument *de lege* eller *de sententia ferenda* mot en tillämpning av exempelvis 36 § avtalslagen när löftesmottagaren vägrat att omförhandla ett avtal som löftesgivaren påstått inte motsvarade hans förväntningar.[32]

51-031 Tillitsprincipen i ovan angiven tappning skulle också kunna vara av värde när det gäller att ta ställning till frågan enligt vilka kriterier ofullständiga avtal skall utfyllas. Om avtalet utfylls med *naturalia negotii* eller blir föremål för en rekonstruktion enligt värdemaximeringsprincipen, skulle kunna hävdas att löftesmottagaren normalt inte kan ha befogad eller skyddsvärd tillit till att löftesgivaren skall bära sådana risker som löftesmottagaren är närmare att bära.

51-032 Rekonstruktionsmodellen och dess mål, värdemaximering *ex ante*, medger som påpekats i det föregående inte i sig några slutsatser om vilka konsekvenserna skall bli av att den ena eller andra parten anses vara närmare att bära risken. Modellen tar inte ställning till om rättsföljden skall utformas på bas av att parterna tänks sträva efter att maximera det *egna* värdet *ex post* eller om andra hänsyn bör vägas in, t ex det samhällsekonomiska intresset att minimera den totala förlusten.[33] Sådana överväganden ligger otvivelaktigt bakom t ex begränsningarna i köparens rätt att begära fullgörelse (23 § köplagen) och i säljarens rätt att fullgöra (52 § 2 st köplagen).

[29] Se Lundstedt SvJT 1924 s 241 på s 278 ff.
[30] Se Hellner, *Pacta sunt servanda*, s 96. Jfr. Grönfors, *Avtal och omförhandling*, s 23.
[31] Se dock Hellner, *Pacta sunt servanda*, s 100.
[32] Jfr. Hellner, *Pacta sunt servanda*, s 96.
[33] Jfr. Birmingham, 23 U.S.F. L. Rev., s 379 ff (1989) som vill tillmäta förlustminimeringsintresset avgörande betydelse vid valet av riskallokering.

51-033 Om parterna tillåts sträva efter att maximera det egna värdet *ex post*, bör – om löftesgivaren skall bära risken – löftesmottagaren få kräva fullgörelse eller skadestånd. Löftesgivaren skall ersätta all förlust och löftesmottagaren kan inte anses skyldig att acceptera ett modifierat avtal genom t ex omförhandling *ex post*. Avtalet bör inte heller kunna jämkas. Om det emellertid är ett vägande intresse att utforma rättsföljden så att de sammanlagda förlusterna minimeras, så kan det krävas att parterna omförhandlar avtalet. Löftesmottagarens agerande *ex post* bör då kunna få betydelse vid ett ställningstagande till vilka förluster som är ersättningsgilla. Om löftesmottagaren exempelvis vägrar att acceptera modifikationer i avtalet, kan detta således leda till att hans krav på skadestånd nedsätts; jfr. 70 § 1 st. köplagen.[34] När rättsföljden utformas på bas av sådana överväganden kan sägas att *förlustminimeringsprincipen* är bestämmande.[35]

51-034 Rättsföljden skulle också kunna utformas så att (den minimerade) förlusten delas genom jämkning och den balans återskapas som rådde mellan prestation och vederlag innan den nyttominskande omständigheten uppträdde. När rättsföljden utformas på bas av sådana vidare gående överväganden kan det sägas att *ekvivalensprincipen* är bestämmande.[36]

51-035 Ett övergripande och samhällsekonomiskt intresse vid utformning av rättsföljden med ledning av förlustminimerings- och ekvivalensprinciperna borde vara att inte gynna oskickliga aktörer på bekostnad av de skickliga aktörerna. Sådana överväganden kan emellertid knappast inverka, när avlägsna eller atypiska risker realiseras. Den drabbade löftesgivaren kan då inte gärna betecknas som oskicklig; det är naturligare att säga att löftesgivaren haft otur.[37] I den mån löftesmottagaren gynnas på löftesgivarens bekostnad har löftesgivaren enligt samma synsätt haft tur. I den mån värdemaximeringsprincipen inte kan lämna någon vägledning i fråga om vem som är närmare att bära risken för en given nyttominskande omständighet, bör det kunna antas att utrymmet för förlustminimerings- och ekvivalensprinciperna är större än eljest.

51-036 Hur förhåller sig då värdemaximeringsprincipen till ekvivalensprincipen om löftesgivaren, i enlighet med vad som utvecklats i kapitel 2, är närmare att bära risken?

[34] Se avsnitt 4.3.4.2.1.
[35] Jfr. Rodhe, *Jämkning*, s 32.
[36] Se närmare 53-018 nedan.
[37] Se Gillette, 19 J. Legal Stud., s 535 (1990) på s 576 ff.

51-037 I viss mån står de bägge principerna i ett motsatsförhållande. Trots att löftesgivaren enligt värdemaximeringsprincipen är närmare att bära risken kan det strida mot föreställningar om distributiv rättvisa att löftesmottagaren på grund av tur och inte på grund av skicklighet gör en vinst på löftesgivarens bekostnad. Motsättningen kan emellertid överbryggas.

51-038 Om den egentliga innebörden av principen *pacta sunt servanda* är att säkerheten i omsättningen kräver att löftesmottagarens skall kunna få tillit till löftesgivarens prestationslöfte, så borde rättsföljden utformas på ett sådant sätt att löftesmottagaren får den nyttoökning som han med fog räknat med vid avtalets ingående. Han skall inte behöva utfå mindre och framförallt inte behöva utsättas för en förlust i relation till läget *ex ante*. Men därav följer inte att han alltid skall få en extra nyttoökning på löftesgivarens bekostnad, utöver vad han kunnat räkna med vid avtalets ingående, bara därför att han haft tur. Ekvivalensprincipen kan här tänkas få betydelse. Det är således tänkbart att rättsföljden utformas så att ett incitament uppkommer att uppträda altruistiskt *ex post*. Det skulle då i princip krävas av löftesmottagaren att han går med på att omförhandla avtalet och delar med sig av sin vinst så att löftesgivarens förlust minskar.

51-039 Särskilda problem uppstår givetvis när löftesgivarens förlust trots en sådan altruistisk utjämning är så stor att den överstiger det värde som löftesgivaren har kvar och det således uppstår en nettoförlust av värde.[38] I ett sådant läge kan tänkas att samhällsekonomiska önskemål om förlustminimering föranleder att löftesgivaren får frånträda avtalet trots att han enligt värdemaximeringsprincipen är närmare att bära förlusten.

51-040 En intuitivt grundad synpunkt är att ett klart angivande av utgångspunkterna för utformningen av rättsföljden har betydelse för målsättningen att reducera transaktionskostnaderna *ex post*. Det torde framförallt ha betydelse för parternas benägenhet att förlikas.[39] Det är ett givet intresse att löftesmottagaren kan förutse i vilken mån en underlåtenhet att omförhandla avtalet är sanktionerad genom att en nedsättning av skadeståndet kommer i fråga, genom att löftesgivaren ges rätt att frånträda avtalet utan ersättningsskyldighet eller genom att avtalet jämkas.[40] Det finns goda skäl för att därvid avpassa kraven på parternas uppträdande *ex post* mot avtalets kontext.

[38] Jfr. 23-021 ff ovan.
[39] Jfr. Cooter & al., 9 J. Legal Stud., s 225 (1982) på s 238.
[40] Jfr. Gillette, 19 J. Legal Stud., s 535 (1990) på s 575 ff. Jfr. även *UNIDROIT Principles* Art 6.2.3 och *European Contract Principles* Art. 2.117. Se 42-159 ff ovan.

5.1.3 Avtalets kontext

51-041 Förlustminimerings- och ekvivalensprinciperna samt därmed förbundna krav på att parterna antingen enas om ett modifierat avtal frivilligt eller att domstolen upplöser avtalsbundenheten eller modifierar avtalet bör rimligen ha mindre betydelse vid avtal som ingås på grund av att parterna haft skilda preferenser och att avtalet därför framstår som ett instrument för byte (av bl a risk). Sådana avtal inrymmer ofta nog ett element av vadslagning om den framtida utvecklingen. Köp av generiska varor som är allmänt tillgängliga på en marknad är ett exempel på ett avtal med utpräglad byteskaraktär. Varan är substituerbar; ett parti av varan är lika gott som ett annat parti. Parterna är substituerbara; köparen kan antas tycka att säljaren är lika god som en annan säljare på marknaden och vice versa.

51-042 I andra fall fyller avtalet funktionen att vara ett instrument för en vidare gående samverkan, utöver den begränsade samverkan som krävs för att genomföra ett momentant byte av nyttigheter. Man skulle med Grönfors kunna säga att avtalets syfte "är direkt inriktat på en samverkan för ett gemensamt mål"[41] och att avtalet inrymmer ett "bolagsrättsligt element".[42] Grönfors föreslår att sådana avtal borde sammanföras till en särskild avtalstyp.[43] Det torde vara vanskligt att avgöra när avtalet kan anses syfta till en sådan samverkan att det är motiverat att inrymma det i en särskild avtalstyp.[44] Men genom att ta fasta på den praktiska effekten av avtalsbindningen kan säkrare hållpunkter för bedömningen erhållas och möjligen är det detta som Grönfors avser.

51-043 Särskilda krav på parternas uppträdande *ex post* skulle kunna vara motiverade när parterna i avtalsförhållandet inte är substituerbara och ett ensidigt eller ömsesidigt beroendeförhållande har uppstått. Ett sådant beroendeförhållande uppstår i regel när en part eller bägge parter inrättar sig efter avtalet och gör investeringar som skulle förlora allt eller en väsentlig del av sitt värde om avtalsrelationen upplöstes (relationsspecifika investeringar). Sådana relationsspecifika investeringar torde ofta förekomma inom ramen för bolagsavtal (*joint ventures*) och licensavtal, men även i vissa agentavtal och återförsäljaravtal. I sådana avtalsrelationer ter det sig rimligare att kräva ett visst mått av altruism av parterna och man

[41] Grönfors, *Avtal och omförhandling*, s 48.
[42] A a, s 23. Se även Stjernquist & v Eyben, TfR 1969 s 220.
[43] Grönfors, *Avtal och omförhandling*, s 49.
[44] Jfr. Taxell, *Avtalsrättens normer*, s 11.

bör kunna förvänta sig att ekvivalensprincipen får större betydelse vid val och utformning av rättsföljd.

51-044 Oliver Williamson föreslår en kontextuell typologi med utgångspunkt i tre parametrar: grad av osäkerhet, grad av anpassning till medkontrahenten och transaktionsfrekvens mellan parterna.[45]

51-045 Williamsons typologi återgår på Macneils distinktion mellan klassisk, neoklassisk och relationell avtalsrätt.[46]

51-046 Den klassiska avtalsrättens syfte är att underlätta utbyte av resurser; parternas identitet saknar betydelse och vid bristande fullgörelse är påföljdssystemet relativt förutsägbart; ytterst blir det fråga om hävning och skadestånd vid kontraktsbrott.[47] Karaktärsdragen i den klassiska avtalsrätten har sammanfattats: "*The emphasis is thus on legal rules, formal documents, and self-liquidating transactions.*"[48] Det är rimligt att parterna i sådana avtal maximerar det egna värdet *ex post* och att kraven på samverkan för förlustminimering och i synnerhet återställande av ekvivalens sätts lågt.

51-047 I den neoklassiska avtalsrätten framstår avtalet som ett instrument för samverkan; avtalsbindning mellan två parter är ett mer eller mindre gott alternativ till integration.[49] Avtalsbindningen är ofta långvarig. Genom att det är i det närmaste ogörligt att reglera inverkan av alla framtida riskfaktorer, är det vanligt att parterna lämnar luckor i avtalet eller försöker skapa explicita mekanismer för flexibilitet. Karaktärsdragen i den neoklassiska avtalsrätten har sammanfattats: "*A recognition that the world is complex, that agreements are incomplete, and that some contracts will never be reached unless both parties have confidence in the settlement machinery thus characterizes neoclassical contract law.*"[50] I den relationella avtalsrätten tillskapas flexibilitet genom att relationen, såsom den utvecklats över tiden, är utgångspunkt för anpassningen, snarare än det ursprungliga avtalet, såsom är fallet i den neoklassiska avtalsrätten.[51]

51-048 Williamson urskiljer som analytiska utgångspunkter istället avtal som är marknadsstyrda, bilateralt styrda och trilateralt styrda.[52]

[45] Se Williamson, s 72 ff.
[46] Se Macneil, 72 Nw. U. L. Rev., s 854 ff (1978).
[47] Se Macneil, 72 Nw. U. L. Rev., s 854 (1978) på s 862 ff.
[48] Williamson, s 69.
[49] Se Macneil, 72 Nw. U. L. Rev., s 854 (1978) på s 865.
[50] Williamson, s 70 f. Jfr. Grönfors, *Avtal och omförhandling*, s 96 ff.
[51] Macneil, 72 Nw. U. L. Rev., s 854 (1978) på s 890.
[52] Williamson, s 73 ff. Williamson räknar härtill med en fjärde kategori, *unified governance*, avseende närmast transaktioner inom en och samma organisation; Williamson, s 78.

51-049 I fall av marknadsstyrda avtal behöver inte parterna anpassa sina respektive prestationer till medkontrahenten och dennes behov. Trots att relationen mellan parterna som sådan inte har något självständigt värde genom att prestationerna och parterna är substituerbara, kan eftergifter och omförhandling förekomma. Parter som upprepade gånger träffar avtal med varandra, påverkas säkerligen återhållande i sin strävan att maximera det egna värdet *ex post* av kännedomen om att medkontrahenten har goda möjligheter att träffa avtal med någon annan i framtiden. När avtalet har engångskaraktär, kan det antas att ryktet på marknaden ofta fyller en liknande funktion.[53] Men rättsföljden bör inte påverkas av att en part valt att inte göra eftergifter eller inlåta sig på omförhandling; har parterna väl ansett att en tvist är värd att ta, blir det typiskt sett fråga om att häva avtalet och kräva skadestånd.[54] En avvägning av värdet av relation och rykte mot värdet av ett skadeståndskrav bör allmänt sett ankomma på löftesmottagaren och ingen annan.

51-050 Många avtal, även på köprättens område, förutsätter dock att en part anpassar sin prestation till medkontrahentens särskilda krav och behov. Intresset av fullgörelse är i allmänhet ömsesidigt och blir allt starkare ju högre grad av anpassning av prestationen som är erforderlig. När en part drabbas av någon nyttominskande omständighet ter det sig relativt sett mindre intressant att bryta avtalsrelationen och tvista om ersättning. Om intresset av fullgörelse helt bortfallit på löftesgivarens/köparens sida, är det som vi sett å andra sidan ett starkt samhällsintresse att löftesmottagaren/säljaren avbryter sin fullgörelse för att undvika värdeförstöring.

51-051 De bilateralt styrda köpavtalen kännetecknas av att parterna försökt att *ex ante* åstadkomma mekanismer för flexibilitet, flexibilitetsklausuler som t ex prisjusteringsklausuler, kvantitetsjusteringsklausuler och omförhandlingsklausuler.[55] De trilateralt styrda köpeavtalen kännetecknas av att en tredje part träder in och tolkar, utfyller eller jämkar avtalet med bestående avtalsbundenhet.[56]

[53] Se Macaulay, 55 Am. Soc. Rev., s 55 ff (1963). Jfr. Axelrod, passim. Detta förhållande har uppmärksammats i diskussionen kring 24 § 1905 års köplag; se t ex Ljungholm, SvJT 1936 s 577 på s 584.

[54] Se Macneil, 72 Nw. U. L. Rev., s 854 (1978) på s 877 och Williamson, s 74.

[55] För en översikt över sådana klausuler se t ex Gorton, *Penningvärdeförändring och partsdisposition, s 44 ff; Ramberg, Avtalsrätt*, s 214 ff och Horn, *Adaptation*, s 111 ff.

[56] Se Glossner, s 191 ff. Se även Schmitthoff, 20 J. Bus. L., 82 ff (1980). Jfr. Skiljedomsutredningen, SOU 1994:81 s 86 ff, där en vid behörighet för skiljenämnd att utfylla avtal och fastställa faktiska förhållanden förespråkas.

51-052 Det har sagts att redan 1905 års köplag i viss mån präglats av tanken att parterna inte var att se som motståndare "vilka var och en på sin sida uteslutande försöker tillgodose sina särskilda intressen utan som medarbetare vilka gemensamt verkar för något som är till fördel för dem båda."[57] Detta tyder möjligen på att till grund för köplagen ligger en förväntan om att parterna *ex post* inte enbart skall maximera det egna värdet och att en till sitt innehåll tämligen obestämd lojalitetsplikt *ex post* kan gälla.[58]

51-053 Denna grundtanke har uppenbarligen behållits och förstärkts i nu gällande köprätt. I motiven framhålls att köpeavtal nu i större utsträckning än förut avser tekniskt komplicerad utrustning som ofta är specifik för en viss tillverkare[59] och att köparen då kan bli beroende av säljaren när det gäller avhjälpande av fel, service och reservdelsleveranser.[60] Dessa observationer ger anledning att analysera det moderna köpeavtalet enligt den neoklassiska modellen.

51-054 Tanken att parterna i köpeavtalet skall betraktas som kompanjoner tycks också ha haft en påverkan på rättsföljdssidan genom att krav ställs på att parterna skall samverka lojalt för att avtalet främst skall avvecklas reguljärt genom fullgörelse och inte irreguljärt genom hävning.[61] Någon gång har även antytts att parterna skulle ha skyldighet att omförhandla avtal, så att rimliga uppgörelser främjas.[62] Det tycks således som om parterna inte alltid kan åberopa de rättigheter som tillkommer dem enligt köplagen, trots att de köprättsliga reglerna sägs bygga på en generellt sett rimlig avvägning mellan parternas intressen.[63] En domstol kan därför ha att pröva huruvida den förfördelade partens avvisande av ett erbjudande om ett modifierat avtal varit befogat eller inte och därefter ta ställning till i vilken mån någon ersättning skall utgå på grund av medkontrahentens kontraktsbrott.[64]

[57] Prop 1988/89:76 s 23.
[58] Se Grönfors, *Avtal och omförhandling*, s 39 och Hultmark, *Upplysningsplikt*, s 76. Jfr. Taxell, *Avtalsrättens normer*, s 11 f och ds, *Avtal och rättsskydd*, s 81 f.
[59] Se Prop 1988/89:76 s 21.
[60] Prop 1988/89:76 s 21 f.
[61] Se Prop 1988/89:76 s 39.
[62] Se SOU 1976:66 s 129.
[63] Se Prop 1988/89:76 s 23.
[64] Se avsnitt 4.3.4.2.1.

5.1.4 Val av långvarig avtalsbindning

51-055 Som nyss påpekats framstår avtalet i den neoklassiska avtalsrätten som ett instrument för samverkan och ett alternativ till integration. Parterna tenderar då att välja en långvarig avtalsbindning.

51-056 Med långvariga avtal avses här att fullgörelsen av naturaprestationen tar lång tid. Någon principiell skillnad görs inte här mellan avtal där fullgörelsen är tidsmässigt odelbar som t ex vid upplåtelse och där fullgörelsen koncentreras till en särskild händelse, t ex avlämnande eller en följd av händelser.[65]

51-057 När det gäller långvariga avtal är risken påtaglig för att förhållandet mellan prestation och vederlag skall rubbas på grund av av att någon nyttominskande omständighet inträffar. I så måtto är risken i vid mening förutsebar.[66] I den mån förutsebarhet skall ha någon avgörande betydelse vid domarens val av riskallokering och rättsföljd bör dock beaktas att den särskilda omständighet som medfört nyttominskningen inte behöver ha varit förutsebar (även om det således kan sägas ha varit förutsebart att någonting skulle kunna komma att inträffa som minskar nyttan).

51-058 Som påpekats ovan försöker avtalsskrivaren ofta skapa avtalsreglerade mekanismer för flexibilitet (flexibilitetsklausuler). Exempel ur rättspraxis visar dock att sådana flexibilitetsklausuler inte alltid förhindrar att ekvivalensen i avtalsförhållandet rubbas.

51-059 Därvid inställer sig givetvis frågan om förekomsten av en sådan flexibilitetsklausul kan tas till intäkt för en partsavsikt att löftesgivaren skall bära risken för exempelvis oförutsedda kostnadsökningar som inte täcks av klausulen. Samma fråga inställer sig om avtalet saknar flexibilitetsklausuler; kan exempelvis frånvaron av en indexklausul tas till intäkt för att löftesgivaren skall bära risken för alla kostnadsökningar?

51-060 Vi skall återkomma till dessa frågor i avsnitt 5.3. Här skall närmast översiktligt beröras några troliga orsaker till att långvariga avtal ingås. Genom att peka på ett antal sådana orsaker föreställer jag mig att det blir möjligt att underbygga en analys av hur de rättsföljdsbetingade riskdelningsargumenten lämpligen bör utformas med beaktande av de långvariga avtalens ekonomiska funktion.

[65] Se Hellner, *SpA II:2*, s 29.

[66] Ramberg synes vilja tillmäta detta förhållande stor betydelse; se Ramberg, *Avtalsrätt*, s 205. Jfr. dock ds., *Cancellation*, s 184 och 274, där motsvarande resonemang förefaller avse avtal med tydliga spekulativa inslag.

51-061 Som nyss påpekats medför i regel beslutet att ingå ett långvarigt avtal en förutsebar risk att förhållandet mellan prestation och vederlag kommer att påverkas av någon nyttominskande omständighet. Trots detta ingås långvariga avtal. Det bör vara av intresse att fråga varför parterna ger sig in på ett så osäkert äventyr. Generellt sett är väl integration alltid ett alternativ till en långvarig avtalsbindning, men integration är inte alltid ett lämpligt alternativ.[67]

51-062 Självfallet kan tiden mellan avtalstidpunkt och prestationstidpunkt vara utdragen helt enkelt därför att det tar lång tid att fullgöra en väl avgränsad engångsprestation. Här kan man säga att det knappast finns några alternativ till en långvarig avtalsbindning. Några alternativ till en långvarig avtalsbindning finns knappast heller om prestationen är tidsmässigt ouppdelbar som t ex fallet är vid upplåtelse. Förekomsten av sådana avtal torde inte behöva någon närmare förklaring och de kan därför förbigås här.

51-063 Om avtalet emellertid går ut på att löftesgivaren under en viss tid skall utföra flera i och för sig tidsmässigt uppdelbara prestationer, kan momentana avtal vara ett alternativ. Alternativet till att ingå ett långvarigt avtal avseende exempelvis levereranser av råvaror eller komponenter är att ingå ett momentant avtal avseende en enstaka leverans. Om detta avtal fullgörs till ömsesidig belåtenhet, kan det förväntas att en serie momentana avtal uppstår. En sådan serie momentana avtal skulle ofta kunna tillgodose samma behov som ett långvarigt avtal.

51-064 Att parterna ändå väljer att ingå ett långvarigt avtal kan självfallet bero på att de önskar spekulera i den framtida kostnads- och prisutvecklingen. Flera undersökningar av långvariga avtalsrelationer tyder emellertid på att andra överväganden är vanligare och bättre som förklaringsgrund; långvariga avtal ingås ofta för att avtalsbindningen ger skydd för relationsspecifika investeringar och för att en långvarig avtalsbindning kan leda till att parterna gemensamt besparar sig transaktionskostnader.[68]

51-065 Så snart avtalet förutsätter att den ena parten eller bägge parter gör investeringar, vilkas värde beror av att en serie momentana avtal verkligen kommer till stånd, ter sig alltså ett långvarigt avtal som en naturlig lösning.

[67] För en översikt om för- och nackdelar med integration, se Porter, s 286 ff.

[68] Se Klein & al., 21 J. Law & Econ., s 297 ff (1978) och Pittman, 34 J. Law & Econ., s 565 ff (1991) med vidare hänvisningar till branschspecifika studier. Jfr. Daintith, s 164 ff beträffande förhållandena på marknaden för järnmalm och dessas påverkan på avtalspraxis. Se även Hellner, *Kommersiell avtalsrätt*, s 103 f.

51-066 En investering görs mot bakgrund av en kalkyl att investeringen skall ge en avkastning som är större än den avkastning som skulle följa av en alternativ användning av de resurser som åtgår för investeringen. Om en part (A) finner att investeringens avkastningsförmåga är beroende av att samverkan med en viss annan part (B) kan upprätthållas under den tid det tar för att investeringen skall återbetala sig, så kommer A inte att göra investeringen med mindre än att B kan göra ett åtagande att samverka under åtminstone denna tid.

51-067 Det vore ju eljest möjligt för A att göra investeringen och sedan hoppas på möjligheten att träffa en serie momentana avtal med B. Problem uppstår om B vet att A gjort en investering som är beroende av att B avtalar med A i framtiden. I en förhandling mellan A och B om framtida avtal kan A räkna med att B kommer att styras av sitt incitament att utge ett vederlag för A:s prestation som är begränsat till A:s självkostnad för investeringen. B vet att A:s alternativ till en uppgörelse med B är dåliga och A vet att B vet.

51-068 En tänkbar orsak till att ett långvarigt avtal ingås kan således vara att sådana avtal krävs för att part skall våga göra en relationsspecifik investering.[69] Om avtalsmekanismen inte innehåller ett tillräckligt skydd för löftesmottagarens tillit till löftesgivarens åtagande, riskerar samhället att gå miste om investeringar som är önskvärda. Om denna målsättning skall inverka på betingelserna för att löftesgivaren skall få frånträda avtalet utan ersättningsskyldighet, bör frånträdande inte få ske, utan ersättningsskyldighet gälla för den tid som återstår till dess att löftesmottagaren fått täckning för sin investering.[70]

51-069 Långvariga avtal behöver således inte nödvändigtvis ingås som ett led i en vadslagning om den framtida händelseutvecklingen. Risken för att nyttan skall bli mindre än beräknad är dock ansenlig ju längre avtalet varar. Detta aktualiserar svåra problem för avtalsskrivaren. I den mån avtalet inte kan antas vara spekulativt, kan det förmodas att parterna försöker åstadkomma ett avtal som bibehåller den initiala jämvikten mellan prestation och motprestation för hela avtalsperioden. Som nämnts kan olika former av flexibilitetsklausuler tas in i avtalet. Svårigheten är emellertid att klausulen inte alltid kan utformas så att den förmår bibehålla den

[69] Se Williamson, 163 ff.

[70] En förklaring till att långvariga avtal ingås i fall när inte någon part gjort relationsspecifika investeringar kan vara att avtalet utgör ett substitut för imperfektioner på kapitalmarknaden, se Crawford, 78 Am. Econ. Rev., 485 (1988), eller att avtalet ingås på bas av asymmetrisk information, se Fudenberg & al, 51 J. Econ. Theory, s 1 ff (1990).

ursprungliga balansen i avtalet. En lösning är därvid att föreskriva att omförhandling skall ske.[71] En annan lösning är att ge löftesgivaren en rätt att säga upp eller frånträda avtalet. En sådan klausul ger samma rättsföljd som i vissa fall kan uppnås med stöd av utfyllande rättsregler om uppsägnings- eller frånträdanderätt. Sannolikheten för att ett långvarigt avtal skall innehålla en klausul om uppsägnings- eller frånträdanderätt har antagits bero på svårigheten att skapa ett index för de faktorer som parterna önskar skall styra relationen mellan prestation och vederlag under avtalsperioden.[72]

51-070 Med hänsyn till att långvariga avtal är samhällsekonomiskt önskvärda i det att de ger större förutsättningar för investeringar och verkar som instrument för reducerade transaktionskostnader samt mot bakgrund av svårigheten att utforma adekvata flexibilitetsklausuler, bör *de sententia ferenda* förekomsten av en omförhandlingsklausul i avtalet kunna uttydas som ett bemyndigande för domaren att efter misslyckade omförhandlingar jämka avtalet.[73]

51-071 Vi skall nu konfrontera dessa övergripande synpunkter med betydelsen av avtalets kontext och behovet av långvarig avtalsbindning med förekommande utfyllande regler om uppsägnings- och frånträdanderätt.

5.2 Riskdelning genom uppsägnings- och frånträdanderätt

52-001 Som inledningsvis påpekats är relevansen av ökade prestationskostnader i svensk rätt inte begränsad till bortfall av skadeståndsansvar, utan den drabbade löftesgivaren/gäldenären kan också ha rätt att frånträda avtalet i förtid.[74] Vid undersökningen av kontrollansvarsregeln fann vi exempel på att löftesmottagaren kunnat förhindra bortfall av löftesgivarens skadeståndsansvar genom att göra eftergifter. Det bör kunna antas att

[71] Se t ex *UNIDROIT Principles* Art 6.2.3.

[72] Se t ex Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 143 f med vidare hänvisningar.

[73] Se Grönfors, *Avtal och omförhandling*, s 78. Jfr. Krüger, *Kontraktsrett*, s 708 f, enligt vilken en omförhandlingsklausul med anvisning om att en utomstående expert kan inkopplas skulle kunna tänkas föranleda att "*terskelen for kontraktsrevisjon skal legges lavere*" Jfr. Skiljedomsutredningen SOU 1994:81 s 89. Jfr. även Ramberg, *Avtalsrätt*, s 214 och Gorton, *Penningvärdeförändring och partsdisposition*, s 73 med omnämnande av ND 1975 s 74 (norsk skiljedom) bl a rörande tolkning av en omförhandlingsklausul med avseende på valutakursförändringar. Se även 53–111 ff nedan om Rt 1994 s 1.

[74] För att kunna tala om frånträdande i förtid fordras att avtalstiden kan anses vara bestämd. Se närmare avsnitt 5.2.1.

det förhåller sig på samma sätt med löftesmottagarens möjligheter att undanröja löftesgivarens rätt till uppsägning eller frånträde; löftesmottagaren skulle t ex kunna erbjuda en ökning av vederlaget, så att skälen för att bringa avtalet till upphörande väger mindre tungt.[75] Så till vida liknar de bägge skilda rättsföljderna varandra.

52-002 En rätt att säga upp eller frånträda avtal kan visserligen betraktas som en rätt till avbeställning, i den bemärkelsen att löftesmottagaren i praktiken måste avbryta sin egen fullgörelse. I klarhetens intresse bör dock uttrycket avbeställning begagnas för fall där löftesgivaren i princip har att utge ersättning som i princip motsvar det positiva kontraktsintresset. Uppsägningsrätt respektive rätt att frånträda bör begagnas när någon ersättningsskyldighet inte föreligger eller endast begränsad ersättning kan utgå.[76] I stället för uttrycket frånträdande i förtid förekommer också stundom termen hävning, trots att situationen kännetecknas av att löftesmottagaren/borgenären inte har begått något kontraktsbrott.

52-003 En rätt att frånträda avtal i förtid kan sägas medföra att avtalet blir ogiltigt *ex nunc*.[77] Ökade prestationskostnader som sådana tycks däremot inte tillmätas betydelse i ogiltighetshänseende *ex tunc*, t ex enligt förutsättningsläran, utan det förefaller här krävas att de ökade prestationskostnaderna uppträder i förening med subjektiva moment.[78] I vart fall har jag inte funnit belägg i praxis för att ogiltighet *ex tunc* skulle kunna grundas på rent objektiva överväganden i de avtalsrelationer som undersöks i denna studie[79].

52-004 I focus för den följande undersökningen står förhållandet att löftesgivarens rätt att frånträda avtalet tillskapar en mekanism för riskdelning: Bägge parter går miste om den nyttoökning som avtalet beräknades medföra och vardera parten får stå de förluster som följer av att parterna på ömse håll inrättat sig efter att avtalet skulle fullgöras.

[75] Se Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 161.

[76] Jfr. Gomard, *Obligationsret I*, s 29 ff som gör en distinktion mellan *afbestilling* och *annullation*. Se dock Hellner, *SpA II:2*, s 78 och Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 162.

[77] Se Hellner, *SpA II*, s 64. Jfr. Andersen & Nørgaard, s 128 beträffande UfR 1970 s 666 V.

[78] Se t ex NJA 1966 s 555, där löftesmottagaren uppträtt enuntiativt och NJA 1984 s 280, där löftesgivaren intog den för konsumenter typiska underlägsna ställningen. Se härtill Lehrberg, s 362 f.

[79] Se 11-042 ovan beträffande avgränsningen av materialet.

5.2.1 Bestämd eller obestämd avtalstid

52-005 När det gäller rätten att säga upp och frånträda avtal går en principiell skiljelinje mellan avtal som anses slutna för bestämd tid å ena sidan och avtal som anses slutna för obestämd tid å andra sidan. När det gäller avtal slutna för obestämd tid anses parterna ha rätt att bringa avtalet till upphörande utan att några skäl behöver anföras. I vart fall gäller detta bolagsavtal, kommissions- och handelsagenturavtal, hyresavtal och avtal om immateriella tjänster.[80] I allmänhet måste dock en viss uppsägningstid iakttas.[81] Se t ex 2:24 och 4:7 lagen om handelsbolag och enkla bolag (1980:1102), 5:15 sjölagen (partsrederi), 50 § kommissionslagen, 24 § handelsagenturlagen och 12:4 JB. Det är här lämpligt att tala om en uppsägningsrätt.

52-006 Avtal slutna för bestämd tid skall däremot i princip bestå under hela avtalstiden; det fordras vägande skäl för att avtalet skall få frånträdas i förtid. Om avtalet kan frånträdas i förtid behöver i regel inte någon uppsägningstid iakttas. Se t ex 2:25 lagen om handelsbolag och enkla bolag, 14:38 sjölagen, 51 § kommissionslagen, 26 § handelsagenturlagen.[82] Det är här lämpligt att tala om en frånträdanderätt.

52-007 Mellan dessa två kategorier borde rimligen utrymme finnas för domstolen att som en "mellanlösning" medge frånträdande med uppsägningstid och/eller ersättningsskyldighet. Det avgörande skulle då liksom enligt 23 § köplagen vara huruvida fullgörelse rimligen kan påfordras, frikopplad från frågan om ersättningsskyldighet.[83] Jag har dock inte kunnat finna belägg i rättspraxis för att sådana mellanlösningar förekommer.[84] 36 § avtalslagen torde dock kunna tillämpas på ett sådant sätt.[85]

52-008 Om löftesgivaren har rätt att säga upp eller frånträda avtalet kan en uppsägning eller ett hot om förtida frånträdande bilda en fond för

[80] Hellner, *SpA II*, s 63.

[81] Se t ex Hellner, *SpA II:1*, s 177, Söderlund, s 107 ff, Nyström, s 94 ff och Rodhe, § 59 vid not 4 ff. Jfr. Gomard, *Obligationsret I*, s 26.

[82] Enligt 18:7 HB synes uppsägningstid behöva iakttagas. Å andra sidan behöver de skäl som kan anföras för uppsägningen inte vara särskilt vägande; bestämmelsen nämner t ex egna sysslor.

[83] Jfr. Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 161.

[84] Möjligen kan NJA 1970 s 72 (*Blom ./. Dannemora kommun*) ses ett exempel på en sådan lösning. Se 52-054 f nedan.

[85] Se NJA 1994 s 359 (*Borås kommun ./. Robert P*), närmare kommenterat i 53-083 ff nedan. Jfr. minoritetsvota i NJA 1946 s 679 (*Tjänstemännens egnahemsförening vid Storängen m.b.p.a ./. Järnvägs AB Stockholm-Saltsjön*) och SOU 1974:83 s 156 f.

omförhandling.[86] Om en löftesmottagare gjort relationsspecifika investeringar, föreligger naturligtvis en risk att den uppsägande löftesgivaren försöker utnyttja detta strategiskt. Han nöjer sig inte med att få den ursprungliga balansen mellan prestation och vederlag återställd, utan försöker tilltvinga sig ytterligare fördelar för att gå med på en fortsättning av avtalsförhållandet. Om avtalet bestått så länge att investeringen hunnit intjänas, kan ett anspråk från löftesgivaren om att få "en större del av kakan" te sig helt legitimt.[87]

52-009 I vissa fall har löftesmottagaren rätt till förlängning av avtalet; se t ex 9:3 och 9:7 ff JB. I andra fall ges medkontrahenten rätt till särskild ersättning vid avtalets upphörande; se t ex 11:3 och 11:5 ff JB[88] samt beträffande hyresavtal 12:57 JB. När det gäller hyresavtal bortfaller rätten till ersättning, om inte löftesmottagaren/ hyresgästen accepterar löftesgivarens/hyresvärdens skäliga krav för att förlänga hyresförhållandet; se även 9:9 JB.[89] Dessa stadganden ger ett funktionellt skydd mot ett sådant distributivt betingat strategiskt förhållningssätt hos löftesgivaren.

52-010 Utanför tillämpningsområdet för dessa stadganden har dock löftesmottagaren ett dåligt skydd för sina investeringar i avtalsförhållandet.

52-011 Skillnaden mellan avtal ingångna på viss tid och avtal ingångna tills vidare gör det givetvis viktigt att kunna avgöra om ett avtal skall hänföras till den ena eller andra kategorin.

52-012 I första hand får frågan om tidsbegränsning avgöras genom en tolkning av avtalet.[90] Vid en sådan tolkning kan det finnas skäl att fråga sig om parterna avsett att avtalet skulle bestå under en bestämd tid, men att avtalet trots detta skulle inrymma en möjlighet att säga upp det i förtid med iakttagande av skälig uppsägningstid, t ex när någon nyttominskande omständighet uppträder som rubbar den ursprungliga balansen i avtalet. Omvänt borde avtal som skall anses slutna för obestämd tid inte alltid vara möjliga att säga upp utan krav på att ange skäl. Några slutsatser beträffande

[86] Se Grönfors, *Avtal och omförhandling*, s 40 och Krüger, *Kontraktsrett*, s 702. Se även a a, s 353 ff.

[87] Jfr. Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 186 beträffande RG 1992 s 327 (skiljedom) där ett bolag efter utgången av avtalstiden (50 år) i omförhandling accepterat att utge ett högre vederlag till vissa fastighetsägare för rätten att utvinna mineraler, men resultatet av de nya avtalen lades inte till grund för jämkning av ett senare ingånget avtal som fortfarande löpte.

[88] Se Källström, SvJT 1988 s 622 om ersättning vid uppsägning av anläggningsarrende.

[89] Se allmänt härom Bengtsson & Victorin, s 129 ff med vidare hänvisningar. Jfr. Krüger, *Kontraktsrett*, s 582, beträffande "*oppsigelsevern*". Jfr. Ramberg, *Avtalsrätt*, s 212 f.

[90] Nial, s 254.

uppsägningsmöjligheterna synes inte böra grundas direkt på att avtalet är tidsobestämt. NJA 1992 s 439 (*Sko-City AB ./. Åhléns AB*) är här av principiellt intresse trots att fallet möjligen inte kan sägas angå betydelsen av nyttominskande omständigheter.

> Målet rörde frågan om ett förlikningsavtal med anledning av att en varumärkestvist kunde sägas upp. Enligt avtalet förband sig Åhléns att vid vite avstå från viss användning av kännetecknet CITY och CITY's. Avtalet angav inte någon tidsbegränsning. Åhléns sade upp avtalet efter mindre än ett år. HD fann efter en "naturlig tolkning" av avtalet, att avsikten varit att reglera förhållandena så länge Åhléns användning av kännetecknen skulle kunna föranleda tvist. HD fann därför inte att avtalet kunde anses slutet tills vidare. Åhléns kunde således inte säga upp avtalet "på sätt som skett".

52-013 Den naturliga tolkningen kan ha grundats på ett antagande om att syftet med att stadga en underlåtenhetsförpliktelse för Åhléns varit att tillskapa en bestående ordning. Avtalstiden, eller snarare avsaknaden av rätt till uppsägning, blir då funktionellt bestämd.[91]

52-014 Några entydiga kriterier för bedömningen av huruvida ett avtal är slutet för viss tid eller ej tycks inte heller kunna uppställas annat än i relativt uppenbara fall. Om ett avtal exempelvis är slutet för en period av 200 år, skall avtalet trots att det är tidsbestämt sannolikt anses gälla tills vidare.[92] Ett bolagsavtal som slutits för en bolagsmans livstid skall däremot anses gälla för bestämd tid, eftersom ett sådant avtal kan anses ha karaktären av en pensionsliknade förmån.[93]

52-015 Enligt Nial tycks det grundläggande kriteriet för tidsbestämda avtal vara att de är slutna för en beräknelig framtid.[94]

52-016 Kan HD i *Sko-City AB ./. Åhléns AB* ha ansett att den period under vilken Åhléns användning av kännetecknen skulle kunna föranleda tvist var beräknelig? Det vore knappast förenligt med normalt språkbruk. Möjligen har HD avstått från att begagna det vaga kriteriet "beräknelig framtid" och istället prövat frågan huruvida parterna rimligen kan ha avsett att avtalet skulle kunna uppsägas utan skäl med iakttagande av uppsägningstid. Innebörden av lokutionen "för viss tid" skulle då vara att uppsägning inte får ske utan att viktig grund föreligger. Om denna tolkning är

[91] Se Grönfors, *Avtal och omförhandling*, s 24. Jfr. Hellner, *SpA II:1*, s 177 f.
[92] Nial, s 257.
[93] Nial, s 256. Se även NJA 1993 s 228; ett hyresavtal avseende en lägenhet som upplåtits för hyresgästens livstid betraktades som slutet på bestämd tid. Se dock Prop 1990/91:63 s 97, där det sägs att agentavtal slutet på parts livstid skall anses slutet för obestämd tid. Se härtill Söderlund, s 102.
[94] Se Nial, s 256 f.

riktig skymmer uttrycket "för viss tid" i fall som det nu diskuterade endast det tolkningsbaserade angreppssättet.[95]

52-017 Frågan om uppsägningsrätt har tidigare på motsvarande sätt avgjorts efter tolkning i NJA 1961 s 642 (*Intendenten Skantze ./. Kuggavikens badförening*).

> Fallet rörde frågan vilka slutsatser som kunde dras av varaktigheten av upplåtelsen av ett område för uppförande av en dansbana. Markägaren ville efter omkring 20 år ekonomiskt utnyttja området genom att upplåta det till campingplats eller liknande. HD fann att föreningen hade iklätt sig icke oväsentliga kostnader för dansbanans uppförande, vilket tydde på att parterna avsett att upplåtelsen skulle vara långvarig. Frågan om upplåtelsens varaktighet ansågs i första hand vara att bedöma med hänsyn till bakgrunden till och ändamålet med upplåtelsen. HD kom med ledning av dessa faktorer fram till att det måste ha varit *underförstått* "att nyttjanderättsupplåtelsen...icke skulle från markägarens sida kunna uppsägas annat än om förutsättningarna för upplåtelsen ändrades på ett mera avgörande sätt, såsom att dansbanan vansköttes eller icke längre behövdes för sitt ändamål."

52-018 Fallet skiljer sig från *Sko-City AB ./. Åhléns AB* genom att dåvarande bestämmelser om upplåtelse av nyttjanderätt föreskrev en längsta avtalstid om 50 år, vilket ju inte innebar att avtalet nödvändigtvis skulle anses ingånget för bestämd tid, utan endast att avtalstiden var maximerad. Avgörandet får närmast sägas angå inverkan av nyttominskande omständigheter varigenom den ena parten funnit att värdet av den egna prestationen ökat, men det råder knappast någon tvekan om att Skantze var närmare än badföreningen att bära risken för detta.

52-019 Fråga uppstår då om ekvivalensprincipen eller förlustminimeringsprincipen ger skäl att genombryta grundregeln om att löftesgivaren/Skantze skall stå risken för de nyttominskande omständigheterna.

52-020 När det gäller ekvivalensprincipen kan konstateras att badföreningen inte kan sägas ha gjort någon vinst på Skantzes bekostnad; tvärtom skulle badföreningen göra en förlust genom att dess investeringar i dansbanan riskerade att bli onyttiga om avtalet upphörde. Ekvivalensprincipen kan därför inte anföras till stöd för att ge Skantze rätt att uppsäga avtalet i förtid utan ersättningsskyldighet.

52-021 När det gäller förlustminimeringsprincipen kan man däremot tycka att HD:s dom förhindrar att markområdet används på ett värdemaximerande sätt; möjligen skulle samhället totalt sett ha fått ut mer värde om Skantze fått exploatera marken. Sådana hänsyn bör dock vägas in endast

[95] Jfr. Kleineman, JT 1992-93 s 523 på s 526.

om det förelegat prohibitiva transaktionskostnader för löftesgivaren/ Skantze att omförhandla avtalet. Detta torde endast undantagsvis vara fallet när parterna redan befinner sig i en avtalsrelation.[96]

52-022 Inget har således hindrat Skantze från att försöka få tillgång till markområdet genom att förhandla med badföreningen om en ersättning för en förtida uppsägning. En sådan uppgörelse kan enligt Coase-teoremet endast förväntas om markägaren verkligen anser att den alternativa användningen är så värdefull att de utgifter som blir förenade med en uppgörelse kan bäras. Om en sådan uppgörelse uteblir (trots att transaktionskostnaderna för en omförhandling inte är prohibitiva), tyder frånvaron av en sådan uppgörelse på att badföreningens användning av markområdet är mer värdefull än Skantzes tilltänkta användning.

52-023 När det står klart att parterna åsyftat att avtalstiden skulle vara obestämd, t ex genom att uttryckligen ange att avtalet gäller tills vidare, kan synpunkten göras gällande att parterna genom att välja en obestämd avtalstid avsett att tillskapa just den flexibilitet som en generell uppsägningsrätt ger. Enligt min uppfattning bör emellertid detta endast betraktas som ett bland flera tolkningsdata och inte vara ensamt avgörande. Genom att i första hand avgöra frågan om uppsägningsrätt genom tolkning och individuell utfyllnad, kan intresset av värdemaximering och förlustminimering beaktas i högre grad än vad som annars blir möjligt. Endast i sista hand blir det nödvändigt att avgöra frågan om avtalet kan uppsägas på grundval av det för avtalets ekonomi relativt okänsliga faktum att avtalet är slutet för bestämd eller obestämd tid.

52-024 Ett exempel på ett sådant tolkningsinriktat angreppssätt återfinns i NJA 1946 s 679 (*Tjänstemännens egnahemsförening vid Storängen m.b.p.a ./. Järnvägs AB Stockholm-Saltsjön*) där ett järnvägsbolag inte medgavs rätt att höja priserna på persontransporter, trots stora kostnadsökningar under de nära 50 år som avtalet varit i kraft. Bolaget hade åtagit sig att tillhandahålla medlemmarna i en egnahemsförening resor med järnvägen till vissa i avtalet angivna fasta priser. Avtalet skulle upphöra om föreningsmedlemmarnas antal blev mindre än 30. Avtalet kan knappast anses ingånget för en beräknelig framtid; avtalet skulle således kunna betraktas som ett uppsägningsbart avtal ingånget på obestämd tid. Frågan om uppsägningsrätt prövades emellertid inte. Frågan var snarare om bolaget hade rätt att ensidigt ändra avtalsvillkoren. HD synes ha grundat avgörandet på en tolkning där bolagets efterföljande beteende utvisat en avsikt att bolaget

[96] Jfr. Coase, 3 J. L & Econ., s 1 (1960) på s 16 f.

skulle bära risken för kostnadsökningarna.

52-025 Ett annat belysande exempel återfinns i NJA 1956 s 136 (*Motala ströms kraft AB ./. David Andersson*).[97]

> Fallet rörde frågan om ett bolag skulle anses ha rätt att höja avgiften för rätten att använda en kloakledning. I samband med försäljning av fastigheter för bostadsbebyggelse hade bolaget åtagit sig att anlägga en kloakledning, vilken tomtägaren förband sig att bruka mot en fast årlig avgift "så länge bolaget vidmakthölle ledningar i brukbart skick". Efter drygt 20 år aviserade bolaget med ca tre månaders varsel att avgiften skulle höjas från 12 kronor till 30 kronor per år. En av tomtägarna vägrade att erlägga förhöjd avgift (men fortsatte av allt att döma att bruka ledningen). Bolaget hävdade att avtalet inte kunde innebära att bolaget åtagit sig att för all framtid vidmakthålla ledningen, varav skulle följa att bolaget vid fortsatt vidmakthållande ägt höja avgiften. Bolaget tycks ha menat att alternativet vore att sluta att vidmakthålla ledningen. Bolaget framhöll att penningvärdeförsämringen medfört att de årliga avgifterna inte längre förslog till att täcka kostnaderna. HD fann att bolaget inte kunde ha åtagit sig att utan begränsning i tiden vidmakthålla ledningen, men att den omständigheten inte gav bolaget rätt "att för tid då ledningen brukades utfå högre avgift."

52-026 HD förefaller ha ansett att bolaget väl kunde bringa avtalet till upphörande genom att de facto sluta vidmakthålla ledningen, men att detta inte gav bolaget någon rätt att istället ensidigt höja avgiften. Av betydelse för detta uttalande kan ha varit att avtalet förpliktade tomtägaren att bruka ledningen så länge den vidmakthölls.

52-027 Det förefaller rimligt att i avtalets brist på tidsbestämning lägga in en avsikt att avtalet i princip skulle få uppsägas av bolaget utan angivande av skäl. En sådan uppsägningsrätt kan givetvis inte medföra en rätt att ensidigt ändra avtalsvillkoren. Om HD godtagit bolagets ståndpunkt hade man ingripit i avtalet och ändrat dess innehåll, vilket HD uppenbarligen ryggat för i brist på lagstöd.

52-028 Ovanstående översiktliga genomgång utvisar att några bestämda slutsatser beträffande uppsägningsrätt inte kan dras enbart med ledning av om avtalet är ingånget för obestämd tid eller icke. Frågan om uppsägningsrätt torde få avgöras genom tolkning, varvid en obestämd varaktighet endast utgör ett indicium på att en uppsägningsrätt skall föreligga.

[97] Jfr. NJA 1994 s 359 (*Toarps kommun ./. Robert P*); jämkning av (tredjemans)avtal rörande frihet från VA-avgifter. Se närmare 53-083.

5.2.2 Uppsägningstid

52-029 När väl uppsägningsrätt föreligger gäller i regel att den uppsägande löftesgivaren skall iaktta en viss uppsägningstid.[98] Att uppsägningstid bör iakttas vid uppsägning av avtal slutna för obestämd tid kan återföras på sedvana.[99] Kravet på att löftesgivaren skall iaktta uppsägningstid kan dock, som inledningsvis påpekats, bortfalla om uppsägningen föranleds av viktig grund.

52-030 Det finns anledning att något undersöka vilka skäl som uppbär kravet på att uppsägningstid skall iakttas. I NJA 1993 s 555 (*KB Gerbalken 15 ./. Celluloid Gislaved AB*) uttalade HD:

> "Uppsägningstidens funktion i ett tillsvidareavtal är typiskt sett att ge parterna skäligt rådrum för att vidta erforderliga åtgärder i anledning av uppsägningen."[100]

52-031 En uppsägning kan också vara ett led i en omförhandling av avtalet. Avtalsförhållandet avslutas då endast om parterna inte uppnår enighet om de nya villkoren medan uppsägningstiden löper. I NJA 1946 s 679 (*Tjänstemännens egnahemsförening vid Storängen m.b.p.a ./. Järnvägs AB Stockholm-Saltsjön*) framskymtar i Just.R. Ericssons skiljaktiga mening uppfattningen att uppsägningstiden bör användas till en sådan omförhandling. Enligt Just.R. Ericsson skulle bolaget ha rätt att säga upp avtalet med en uppsägningstid om fem år, vilken borde begagnas till att träffa en "godvillig uppgörelse i ämnet".[101] En regel om uppsägningstid kan således ge parterna rådrum att utvärdera situationen och finna en lösning innan avtalets upphörande blir ett faktum.

52-032 Det kan i allmänhet antas att löftesmottagaren drabbas av en förlust, när avtalsförhållandet upphör tidigare än han önskat. I någon mån kan en regel om uppsägningstid ge honom en möjlighet att begränsa sin förlust. Löftesmottagaren kan således ha ett befogat krav på att få skälig tid för att planera en omläggning av verksamheten eller för att skaffa ett nytt likartat avtal. Men å andra sidan får uppsägningstiden inte heller göras så lång att löftesgivaren drabbas av en betungande tidsutdräkt innan han kan ställa om sin verksamhet på önskat sätt.[102]

[98] Jfr. dock NJA 1989 A 7.
[99] Se Rodhe, § 60 vid not 28. Jfr. Lando & Beale, s 85 f angående *European Contract Principles* Art 2.109.
[100] NJA 1993 s 555 på s 560.
[101] NJA 1946 s 679 på s 686.
[102] Se SOU 1984:85 s 134.

52-033 När löftesmottagaren gjort relationsspecifika investeringar kan avkastning på investeringen åtnjutas under uppsägningstiden, men därefter blir investeringen i stort sett värdelös. En löftesmottagare som gjort en relationsspecifik investering inom ramen för en tidsobestämd avtalsrelation, bör givetvis alltid räkna med att löftesgivaren kan säga upp avtalet när som helst och utan angivande av skäl så att avtalsrelationen upphör innan investeringen har betalat sig.

52-034 Det kan i det enskilda fallet förekomma tillitsskapande element, exempelvis kan löftesgivarens enuntiativa uppträdande ha framkallat investeringsbeslutet.[103] Sådana särskilda tillitsskapande faktorer borde *de lege ferenda* kunna få sådan betydelse att avtalstiden eller uppsägningstiden förlängs så att investeringen kan intjänas eller rent av uppsägning inte får ske; jfr. HD:s uttalande i NJA 1961 s 642 (*Intendenten Skantze ./. Kuggavikens badförening*) att föreningen hade iklätt sig icke oväsentliga kostnader för dansbanans uppförande. Detta ansågs tyda på att parterna avsett att upplåtelsen skulle vara långvarig.

52-035 Även om utgångspunkten är att löftesmottagaren, i avsaknad av särskilda tillitsskapande element, inte kan räkna med att avtalsrelationen skall bestå så länge att investeringen betalar sig, så finns det kanske anledning att beakta att löftesgivarens uppsägning kan vara strategiskt betingad. Som påpekats i det föregående riskerar alltid den löftesmottagare som företar en relationsspecifik investering inom ramen för en tidsobestämd avtalsrelation att löftesgivaren utnyttjar sin uppsägningsrätt för att framtvinga för honom bättre avtalsvillkor i en omförhandling. I ett sådant läge kan det finnas skäl att pröva huruvida uppsägningstiden bör vara längre än eljest.[104]

52-036 Stundom sägs att rätten till uppsägning inte får användas på ett illojalt sätt; om valet av tidpunkt för uppsägningen sker för att orsaka skada, kan den uppsägande löftesgivaren möjligen bli skadeståndsskyldig.[105] Det kan inte uteslutas att skadeståndsskyldighet kan ifrågakomma även i andra fall av "illojala" uppsägningar, t ex om uppsägningen kan visas vara föranledd enbart av en önskan att pressa fram ett för löftesgivaren bättre avtal. Enligt Nial kan man inom bolagsförhållanden räkna med

[103] Se om betydelsen av enuntiativt beteende avsnitt 3.4.

[104] Jfr. Lando & Beale, s 54 och 62.

[105] Se t ex SOU 1984:85 s 134. Jfr. Lando & Beale, s 54 som i det generella kravet på *good faith* (*European Contract Principles* Art 1.106) anser att den uppsagda parten skall ha rätt till skadestånd om medkontrahenten givit en för kort uppsägningstid.

en sådan skadeståndsskyldighet.[106] Att uppsägningen föranleds av en önskan att skapa vinning på löftesmottagarens bekostnad kan dock mycket väl vara godtagbart beroende på avtalets syfte. En huvudman kan således fritt säga upp en handelsagent som börjat bli framgångsrik för att själv ta över marknaden, eftersom handelsagentens uppgift just är att arbeta upp en marknad åt huvudmannen.[107]

52-037 Om parterna står i en stark ömsesidig beroendeställning, genom ömsesidiga relationsspecifika investeringar, bör man kunna räkna med att risken för illojala uppsägningar är mindre. Uppsägningsrätten kan därvid istället tillskapa en önskvärd flexibilitet i avtalsförhållandet och tillåta att parterna reagerar snabbt på ändrade förhållanden och anpassar avtalet till den nya situationen.

52-038 Strängt taget borde en sådan anpassning komma till stånd oberoende av om uppsägningsrätt föreligger eller ej. Enligt Coase-teoremet kommer ju parterna i avsaknad av transaktionskostnadshinder att finna en lösning som är bättre än den rådande situationen. Ett problem är dock att en omförhandling, även om den sällan är ett rent nollsummespel, ofta nog implicerar en omfördelning av nytta. Detta ger incitament till ett strategiskt betingat värdekrävande förhandlingsbeteende, vilket typiskt sett försvårar förhandlingsprocessen.

52-039 Befintliga rättsregler kan antas påverka den relativa "förhandlingsstyrkan" i en sådan distributiv omförhandling. Med uppsägningsrätt får löftesgivaren en fördel som eljest tillkommer löftesmottagaren. Om löftesgivaren kan påkalla omförhandling mot bakgrund av en uppsägningsrätt, är löftesmottagarens alternativ till en förhandlingsuppgörelse med löftesgivaren att söka någon annan samarbetspartner, att själv producera de nyttigheter löftesgivaren utgivit enligt avtalet eller att helt avstå från nyttigheterna.

52-040 Om löftesgivaren inte har någon uppsägningsrätt, så kan löftesmottagaren i regel kräva fullgörelse eller skadestånd. Det antagna värdet av den kommande domen blir i sådant fall löftesmottagarens reservationspris i omförhandlingen.[108]

52-041 Om det är riktigt att den part som har företagit relationsspecifika investeringar typiskt sett kommer i ett förhandlingsmässigt underläge, skulle man kunna tänka sig att regler om uppsägningstid avsåg att mildra

[106] Se Nial, s 259.
[107] Se Prop 1990/91:63 s 98 och Nyström, s 81.
[108] Jfr. Roos, JT 1994-95 s 476 på s 480 ff med vidare hänvisningar.

dessa negativa verkningar. Så tycks emellertid inte vara fallet. Snarare synes detta skydd för relationsspecifika investeringar ha blivit svagare med tiden. En typ av relationsspecifik investering som inte synes åtnjuta något skydd är investeringar i anställda.

52-042 En agent som för att kunna fullgöra sina skyldigheter enligt agentavtalet anställer personal, kan sägas ha gjort en relationssspecifik investering. Investeringen består bland annat i utbildningskostnader och lönekostnader.

52-043 Enligt 24 § lagen om handelsagentur gäller vid tidsobestämda agentavtal en minsta uppsägningstid om en månad under uppdragets första år. Därefter ökar uppsägningstiden med en månad för vart år uppdraget varat. Lagregeln stadgar en maximal uppsägningstid om sex månader. Om parterna önskar ha en längre uppsägningstid får de avtala därom. Om huvudmannen säger upp avtalet innan det tredje uppdragsåret påbörjats gäller således en uppsägningstid om två månader. Om agenten på grund av arbetsbrist nödgas säga upp de anställda, kan han vara skyldig att iaktta en längre uppsägningstid enligt 11 § lagen (1982:80) om anställningsskydd och drabbas därför av en förlust. Utredningen till lagen om handelsagentur föreslog en generell minsta uppsägningstid om sex månader för att få en överensstämmelse med den maximala uppsägningstiden i lagen om anställningsskydd.[109] I lagen om handelsagentur valdes emellertid en annan lösning, enligt vilken uppsägningstiden är beroende av avtalets varaktighet. Reglerna i 24 § är tvingande till agentens förmån och det förefaller som om lagstiftaren inte velat gå så långt som utredarna i fråga om tvingande skydd för handelsagenten.

52-044 Normalregeln är därför att agenten inte genom reglerna om uppsägningstid får skydd för förluster i samband med uppsägning av anställda när agentavtalet upphör. Agenten är vid uppsägning hänvisad till att göra anspråk på avgångsvederlag enligt bestämmelserna i §§ 28–31. Reglerna om avgångsvederlag skall emellertid inte uppfattas som någon ersättning för förluster i samband med avtalets upphörande, utan istället betraktas som en ersättning för det bestående värde som agenten tillfört huvudmannen under agentavtalets bestånd.[110]

52-045 Enligt 50 § kommissionslagen gäller för tidsobestämda kommissionsavtal en uppsägningstid om en månad om uppdraget vid uppsägningen varat kortare tid än ett år; i övrigt gäller en minsta uppsägningstid

[109] Se SOU 1984:85 s 134.
[110] Se allmänt Prop 1990/91:63 s 40 ff.

om tre månader. Bestämmelsen är tvingande till kommissionärens förmån. Inte heller här får den uppsagda parten genom reglerna om uppsägningstid skydd för förluster i samband med uppsägning av anställda.[111]

52-046 En kommissionär kan emellertid, till skillnad mot en handelsagent, få ersättning för andra investeringar som blivit onyttiga på grund av att avtalet upphör; se 52 § kommissionslagen.[112] Lagstiftaren avstod emellertid från att införa motsvarande regel i lagen om handelsagentur, uppenbarligen på grund av en önskan att utforma reglerna i överenstämmelse med EG-direktivet om handelsagenter.[113] Utrymmet för att analogt tillämpa regeln i 52 § kommissionslagen för att bereda skydd för relationsspecifika investeringar i andra avtalsrelationer än agentavtal bör emellertid inte härigenom ha minskat.

52-047 Om så vore fallet tycks utrymmet för strategiskt betingade uppsägningar kunna bli större. Enligt min uppfattning kan frånvaron av skydd för sådana investeringar som gjorts enligt överenskommelse med motparten eller efter antydningar från denne att sådana investeringar borde företas inte motiveras med att den investerande borde ha betingat sig en ersättningsrätt innan investeringen företogs. Det kan enligt min uppfattning dock precis lika gärna – och kanske hellre – krävas att medkontrahenten gör klart att någon ersättning vid avtalets upphörande inte kommer att utgå.

52-048 Om rättsordningen skall bidra till minskade transaktionskostnader *ex post* vid varaktiga avtal, så bör strategiskt betingade uppsägningar motverkas. Ett sätt är att tillämpa 52 § kommissionslagen analogt och betrakta reglerna om avgångsvederlag i §§ 28–31 lagen om handelsagentur som specialstadganden föranledda av en strävan mot rättslikhet inom området för agentavtal. Ett annat sätt är att i enlighet med vad Nial uttalat ålägga den uppsägande löftesgivaren en skyldighet att utge skadestånd, om uppsägningen föranletts av en önskan att pressa fram ett avtal som är mer förmånligt för honom och mindre förmånligt för löftesmottagaren än det ursprungliga avtalet. Skälen för en sådan regel blir enligt min uppfattning starkare i avtalsförhållanden som förutsätter att löftesmottagaren gör relationsspecifika investeringar.

[111] Se NJA II 1974 s 593.

[112] Se även 52-086 ff nedan.

[113] Se Art.8 *Council Directive of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents*, OJ No L 382/17.

5.2.3 Frånträdande på grund av ökade prestationskostnader

52-049 Syftet i detta avsnitt är att med avseende på inverkan av ökade prestationskostnader undersöka huruvida de riskdelningsmekanismer som gällande rätt tillhandahåller på ett adekvat sätt kan inordnas i ett övergripande system för ansvarsbefrielse. När det gäller rätten till frånträdande blir det främst fråga om att, med en återknytning till avsnitt 4.4, pröva huruvida frånträdandereglerna kan anses innebära ett förtydligande av culparegeln.

52-050 Vi skall inledningsvis undersöka existerande regler om rätt att frånträda avtal, varvid kan noteras att en rätt till frånträdande stundom kan grundas på löftesmottagarens förhållningssätt *in contrahendo* eller *in contractu*. Frånträdanderätten är emellertid inte såsom hävningsrätten knuten till att ett anteciperat eller fullbordat kontraktsbrott skall föreligga.[114] Allmänt sett rör det sig om fall av riskökning. Som exempel härpå kan reglerna i försäkringsavtalslagen nämnas; 5 § (försäkringstagaren har lämnat oriktig uppgift i god tro) och 47 § jämförda med 45 § (försäkringstagaren har med vilja förorsakat väsentligen ändrade förhållanden) samt 46 § (försäkringstagaren har utan vilja råkat ut för väsentligen förändrade förhållanden och utan skälig anledning underlåtit att meddela försäkringsgivaren härom).[115] Sjölagens regler om rätt för transportören att lossa, oskadliggöra eller förstöra farligt gods kan också nämnas i detta sammanhang; se 13:41 och 14:22 sjölagen.[116]

52-051 Vi skall emellertid här befatta oss med de situationer som kännetecknas av att förhållandena på löftesmottagarens sida inte påverkar bedömningen.Det blir då främst fråga om att undersöka rätten till frånträdande vid varaktiga avtal om samverkan. Regler om frånträdande aktualiseras främst i tidsbestämda avtalsrelationer. Reglerna kan dock få aktualitet i avtal som är slutna på obestämd tid, även om då i första hand får prövas om frånträdandegrunden är så tungt vägande att reglerna om iakttagande av uppsägningstid skall frångås.[117]

52-052 De regler som här ifrågakommer torde enligt min mening

[114] Som ett gränsfall kan nämnas köplagens regler om stoppningsrätt; se 61 § köplagen. Det rör sig här om en ökning av risken för kontraktsbrott. "Riskökningsregeln" i 61 § köplagen har därför en annan karaktär än de övriga nedan omnämnda riskökningsreglerna. Jfr. Rodhe, *Jämkning*, s 30.

[115] Se Hellner, *Försäkringsrätt*, s 165 ff och *passim* beträffande fareökning i försäkringsrätten.

[116] Se Prop 1993/94:195 s 250 f.

[117] Jfr. Prop 1990/91:63 s 106.

kunna ses som ett utflöde av en allmän kontraktsrättslig princip i långvariga avtalsrelationer. Jag kommer därför i det följande att gemensamt beteckna dessa regler "principen om viktig grund".

5.2.3.1 Icke lagreglerade fall av frånträdanderätt

52-053 Av en ytterst knapphändig praxis att döma tycks ökade prestationskostnader utanför det lagreglerade området inte ha haft någon betydelse som grund för en frånträdanderätt. Endast ett par tämligen särpräglade avgöranden tycks kunna anföras.

52-054 NJA 1970 s 72 (*Blom ./. Dannemora kommun*), nämns stundom som ett exempel på förutsättningslärans tillämpning.[118]

> Omständigheterna i fallet var följande: En entreprenör hade bland annat åtagit sig att gräva en brunn. Beställaren hade uppgivit att vissa markförhållanden rådde och svarade dessutom för riktigheten av uppgifterna enligt avtalet. Markförhållandena visade sig vara betydligt besvärligare än beställaren uppgivit. Enligt avtalet (AB 54) skulle löftesmottagaren/beställaren bära risken för att markförhållandena var sämre än han uppgivit vid avtalets ingående, varvid en omreglering av kontraktssumman skulle ske. Trots detta ansågs entreprenören vara berättigad att "häva avtalet" (och utfå ersättning för arbete och kostnader) till den del det gällde brunnsgrävning. Enligt HD kunde avtalet inte anses uttömmande reglera verkningarna av avvikelser från entreprenadavtalet. Om avvikelserna gick utöver vad som kunde anses förutsatt när avtalet ingicks, kunde "allmänna rättsgrundsatser" tillämpas. HD uttryckte den tillämpade rättsgrundsatsen på följande sätt: "De avvikelser med därav föranledda och opåräknade svårigheter att genomföra arbetet...måste här anses vara så betydande som nu sagts och...ha inneburit en väsentlig ändring av de förutsättningar som legat till grund för avtalet.[119]

52-055 Rättsfallet har begränsat intresse i detta sammanhang, eftersom riskallokeringen som sådan skedde enligt en uttrycklig bestämmelse i avtalet. Domen har ansetts bygga på en tillämpning av förutsättningsläran och har föranlett en diskussion inriktad på rättsföljden.[120] Till denna diskussion vill jag för egen del lägga möjligheten att de reella skälen till att kontraktets uttryckliga allokering av risken för och följderna av ogynn-

[118] Se t ex Lehrberg, s 364; Hellner, *Förutsättningsläran*, s 91; Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s 143 och Kleineman, JT 1989-90 s 525 ff. Jfr. NJA 1971 A 8.

[119] NJA 1970 s 72, s. 86.

[120] Se t ex Lehrberg, s 364; Hellner, *Förutsättningsläran*, s 91, Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s 143 och Bengtsson, *Särskilda avtalstyper I*, s 109. Beträffande en diskussion om rättsföljden, se Hellner, *SpA II:1*, s 120, Kleineman, JT 1989-90, s 522 på s 525, Karlgren, *Felansvaret*, s 58 f och Agell, SvJT 1972 s 722 på s 740 med not 60.

samma markförhållanden inte ansågs uttömmande väl kan ha varit andra än de som direkt framgår av HD:s domskäl, men väl framgår av parternas talan. Ingen av parterna synes ha varit angelägen om en fortsättning på avtalsförhållandet; beställaren hade kommit att betrakta entreprenörens kompetens med skepsis och ville bli av med honom för att anförtro brunnsgrävningen åt ett annat företag; se NJA 1970 s 72 på s 79. Att vid sådant förhållande tillämpa avtalet och förklara entreprenören förhindrad att frånträda avtalet vore en mindre lämplig lösning stridande mot bägge parters uttalade önskemål *ex post*.

52-056 Som ett annat exempel kan möjligen anföras NJA 1972 s 1 (*Skånska banken ./. Jann Westrup et al.*), där de ökade prestationskostnaderna dock inte tillades relevans.

> Svarandena hade tecknat avtal med banken om att denna skulle utställa en bankgaranti i USA för visst ändamål. Jan Westrup ingick en motförbindelse och anskaffade två proprieborgensmän. Enligt motförbindelsen skulle svarandena betala banken vad denna visat sig ha utgivit på grund av bankgarantin. Banken blev inblandad i två amerikanska rättegångar och förorsakades i övrigt betydande kostnader. Svarandena bestred bankens krav enligt motförbindelsen. Som grund angavs att bankens krav gällde oförutsebara och oberäkneliga kostnader och att motförbindelsen bara avsåg normala kostnader i anledning av bankgarantin. HD förklarade svarandena betalningsskyldiga.

52-057 HD synes ha nått avgörandet genom att utfylla avtalet med en norm som synes klart förenlig med rekonstruktionsmodellens riskområdesrekvisit.[121] HD yttrade (s 9):

> "Institutet bankgaranti fyller ett stort behov inom det ekonomiska livet. Men för att systemet skall fungera väl – till relativt låg avgift för kunderna – krävs att banken kan räkna med att den som beställt en bankgaranti i regel är skyldig att hålla banken helt skadeslös för kostnader med anledning av uppdraget."

52-058 Det anförda uttalandet kan möjligen uttydas så, att HD antagit att den genomsnittlige bankkunden *ex ante* skulle ha valt att bära kostnadsrisken, eftersom han typiskt sett kunnat göra det billigare än banken. Bankkunden står i regel närmast den underliggande transaktionen och kan då också antas ha en informationskostnadsfördel när det gäller att identifiera risken för kostnadsdrivande tvistigheter. Domen kan således sägas bekräfta den riskallokering som skulle ha följt om rekonstruktionsmodellen tillämpats.

52-059 Bägge dessa rättsfall rör långvariga avtal i så måtto att tiden

[121] Jfr. Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s 143.

mellan avtalsslut och prestation är utsträckt. De lagreglerade fallen av rätt till förtida frånträde tycks, med bortseende från sjörättens regler om riskökning, vara koncentrerade till en annan typ av långvariga avtal; nämligen sådana där åtminstone den ena prestationen är tidsmässigt ouppdelbar.[122] Vi skall närmast företa en översiktlig inventering av de lagreglerade fallen av rätten till förtida frånträdande.

5.2.3.2 *Lagreglerade fall av frånträdanderätt*

52-060 Som vi sett i det föregående medför ökade prestationskostnader huvudsakligen endast att en eljest gällande skadeståndsskyldighet bortfaller. Löftesgivaren kan däremot inte frånträda avtalet, utan det är i princip upp till löftesmottagaren att avgöra huruvida avtalsbundenheten skall bestå i avvaktan på en försenad prestation.

52-061 I sjölagen återfinns däremot regler som ger löftesgivaren rätt att frånträda på grund av prestationshinder; se 14:32 st 3 och 13:11 st 4. Enligt dessa stadganden får avsändare av styckegods och resebefraktare frånträda avtalet om möjligheterna att avlämna, befordra eller föra in godset till bestämmelseorten "måste anses utesluten" till följd av omständigheter som den frånträdande inte borde ha räknat med när avtalet ingicks. I 14:32 nämns på motsvarande sätt som i 24 § 1905 års köplag exemplen utförsel- eller införselförbud eller någon annan åtgärd av myndighet, förstörelse av allt gods av det slag som avtalet avser eller en därmed jämförlig händelse.[123] Härtill nämns att regeln gäller även när bestämt gods förstörts genom en olyckshändelse. Reglerna om bortfall av skadeståndsansvar vid frånträdande överensstämmer med motsvarande regel i 131 § 1891 års sjölag (1936 års lydelse).[124]

52-062 Anknytningen mellan 131 § 1891 års sjölag och 24 § 1905 års köplag med dess förmenta krav på objektiv omöjlighet gjordes inte utan rättsdogmatisk vånda. Strängt taget skulle det inte vara omöjligt för löftesgivaren/befraktaren att uppfylla avtalet ens om individuellt bestämt gods förstörts genom en olyckshändelse, eftersom det fortfarande skulle vara möjligt att betala frakten.[125] Räddningen blev att definiera befraktarens förpliktelse att betala frakt, inte endast som ett vederlag för *rätten* att få

[122] Jfr. 51-056
[123] Se diskussionen i NJA II 1936 s 457 ff.
[124] Se Prop 1993/94:195 s 291.
[125] Se NJA II 1936 s 455.

godset transporterat, utan vederlaget skulle också anses beroende av att resan verkligen utfördes.[126]

52-063 Ett flertal stadganden i sjölagen ger också rätt till frånträdande på grund av riskökning.[127] En närmare undersökning av dessa sjörättsliga frånträdanderegler går utöver syftet med denna studie. Jag inskränker mig därför till att blott peka på deras existens.

52-064 Vid styckegodstransporter och vid resebefraktning gäller enligt 13:15 st 3 och 14:38 st 1 sjölagen en ömsesidig rätt att frånträda avtalet, om det efter avtalsslutet visar sig att "resan skulle vara förenad med fara för fartyget, personer ombord eller lasten till följd av krig, blockad, uppror, oroligheter, sjöröveri eller annat väpnat våld, eller att en sådan fara ökat väsentligt".[128] När det gäller kvantumkontrakt och tidsbefraktning tillämpas en som det synes snävare regel. Enligt 14:51 st 1 och 14:74 st 3 gäller en ömsesidig frånträdanderätt om det under avtalsperioden inträder "krig, krigsliknande förhållanden eller en väsentlig ökning av krigsfaran och detta är av väsentlig betydelse för fullgörelsen av avtalet". Trots att 14:38 st 1 och 14:51 st 1 har skilda lydelser, kan det knappast anses helt klart att det skall krävas mer för att frånträda ett kvantumkontrakt än ett avtal om resebefraktning. I specialmotiven till 14:51 sägs att vid en bedömning av om en situation skall medföra frånträdanderätt, kan ledning hämtas från 14:38 sjölagen.[129] När det gäller tidsbefraktning kan avsikten däremot vara att regeln skall vara snävare.[130] Tidsbefraktning har likheter med hyra genom att befraktaren har viss förfoganderätt över fartyget. Tidsbortfraktaren har vid fareökning andra remedier än en frånträdanderätt. Bortfraktaren behöver således inte tolerera att fartyget utsätts för vissa faror. han behöver därför inte "utföra en resa vid vilken fartyget, personer

[126] NJA II 1936 s 458. Detta resonemang kring innehållet i löftesgivarens/befraktarens vederlagsförpliktelse torde ha ett principiellt intresse för frågan hur bortfall av avtalets ändamål skall betraktas. Hithörande problem behandlas i tysk rätt i läran om *Geschäftsgrundlage* under rubriker som *Zweckstörung* och *Zweckvereitelung*. Dessa fall skiljer sig från de till omöjlighetsläran hörande fallen av *Zweckerreichung* och *Zweckfortfall* genom att gäldenären/löftesmottagaren i de förra fallen kan prestera, men borgenären/löftesgivaren saknar intresse av att prestationen fullgörs. Se Palandt § 275 2 d), *Münchener Kommentar*, § 242 Rn 617 ff. Se även 42-026 ovan.

[127] Beträffande den historiska och internationella utvecklingen av riskökningsreglerna, se Ramberg, *Cancellation*, s 233 ff. Beträffande norsk sentida praxis, se Krüger, *Kontraktsrett*, s 719 med not 50.

[128] Jfr. 14:39 sjölagen beträffande konsekutiva resor och avtal enligt vilka resebefraktaren själv får avgöra vilka resor fartyget skall utföra.

[129] Se Prop 1993/94:195 s 306 f.

[130] Jfr. Prop 1993/94:195 s 327.

ombord eller lasten kan utsättas för fara till följd av krig, krigsliknande tillstånd, is eller annan fara eller väsentlig olägenhet, som han inte skäligen kunde ha räknat med när avtalet ingicks."; 14:58 st 2. Som synes går denna regel väsentligt längre än regeln om frånträdanderätt i 14:74 st 3. Tidsbortfraktaren har också rätt att föra fartyget i säkerhet om det befinner sig i en hamn eller annat område där krig eller krigsliknande förhållanden inträder eller faran för sådana förhållanden väsentligen ökar. Tidsbefraktaren har slutligen en rätt att begära ökning av vederlaget i fall av krigsrisk; 14:74 st 2.[131]

52-065 En rätt till förtida frånträde kan eljest grundas på principen om viktig grund vid varaktiga avtal om samverkan.

5.2.3.3 Viktig grund

52-066 Vid tidsbestämda avtal krävs som huvudregel att avtalstiden skall iakttas.[132] Kravet bortfaller om särskilda skäl för uppsägning föreligger. Visserligen ger uppsägningen upphov till en riskdelning genom att bägge parter går miste om den nyttoökning som avtalet beräknades medföra genom att vardera parten får stå för de förluster som följer av att de på ömse håll inrättat sig efter att avtalet skulle fullgöras. Denna riskdelning utlöses emellertid av den uppsägande parten, löftesgivaren, som således kastar över en del av risken på sin medkontrahent, löftesmottagaren, trots att löftesgivaren skulle ha burit hela risken enligt grundregeln. Det är för den analys som närmast skall företas träffande nog att uttrycka förhållandet så, att risken för sådana nyttominskande omständigheter som ger rätt till förtida frånträde ligger på löftesmottagaren.

52-067 Regler som på detta sätt skjuter över risken på löftesmottagaren finns i 18:7 HB ("hindrad av Konungens tjänst, eller sjukdom, eller egna sysslor, eller annan skälig orsak"), 51 § 2 st kommissionslagen ("det icke rimligen kan påfordras att uppdraget skall bestå"), 26 § 1 st handelsagenturlagen och 2:25 lagen om handelsbolag och enkla bolag ("viktig grund"). Regeln i HB 18:7 ger knappast någon vägledning utöver vad som kan hämtas i de övriga nu nämnda stadgandena och kommer därför att förbigås.[133] Regeln i 26 § 1 st p 2 handelsagenturlagen synes vara inspire-

[131] Tidsbortfraktaren behöver inte heller ta med farligt gods om det inte avlämnas i visst skick och han behöver heller inte ta med levande djur; 14:58 st 3. Jfr. 13:41 st 3 och 14:22 beträffande styckegodstransportörens respektive resebortfraktarens rätt att lossa, oskadliggöra eller förstöra farligt gods som mottagits i god tro.

[132] Se 52-005 f.

[133] Jfr. Hellner *SpA II:1*, s 206.

rad av de tyska reglerna om frånträdande under åberopande av *wichtiger Grund*; se BGB § 626 och 723.[134] Detta aktualiserar ett gränsdragningsproblem i förhållande till jämkningsregeln i 36 § avtalslagen.[135] Enligt min uppfattning bör principen om viktig grund ges företräde framför 36 § avtalslagen. I annat fall skulle en alltför stor rättsosäkerhet drabba parterna. Med den omvända ordningen skulle frågan inför ett frånträdande i regel bli huruvida löftesgivarens behov av lättnad i sin prestationsskyldighet skulle ha kunnat tillgodoses genom en för löftesmottagaren mindre ingripande jämkning av avtalet, vilket är en fråga som den frånträdande parten måhända har svårt att snabbt ta ställning till.

52-068 Med reservation för att det inte kan uteslutas att kommittenten bär någon form av strikt ansvar[136], bär löftesgivaren ett culpaansvar i de avtalsrelationer varom nu är fråga. För att en rätt till förtida frånträdande skall föreligga bör därför rimligen krävas att de förhållanden som åberopas till stöd för rätten att frånträda inte beror på löftesgivarens culpa. Vid denna culpaprövning torde det ha särskilt stor praktisk betydelse hur element hänförliga till löftesgivarens personliga sfär betraktas.[137] I synnerhet blir det av betydelse att försöka fastslå i vilken mån löftesgivaren kan antas ha någon skyldighet att försöka övervinna uppträdande prestationshinder.[138] Rätten att frånträda enligt principen om viktig grund kan därför knappast ses fristående från culparegelns innehåll.

52-069 När det gäller långvariga tidsbestämda avtal bör hänsyn tas även till den förmodade orsaken till att parterna valt att skapa en avtalsbindning som är utsträckt över tiden istället för att genomföra en serie momentana avtal. Enligt vad som framhållits i avsnitt 5.1.4 ovan torde en långvarig avtalsbindning typiskt sett ha valts därför att parterna önskar reducera transaktionskostnaderna *ex ante* eller, i de fall avtalets fullgörelse förutsätter relationsspecifika investeringar, att åtminstone den ena parten eljest i regel inte skulle ta den strategiska risken att genomföra investeringarna.

52-070 Vid sådant förhållande borde avsaknad av culpa inte vara en tillräcklig betingelse för rätten till förtida frånträdande. Härtill borde in-

[134] Se Prop 1990/91:63 s 38. Jfr. Rodhe, *Jämkning,* s 22 f.

[135] Jfr. Prop 1990/91:63 s 106. På motsvarande sätt uppstår gränsdragningsproblem i tysk rätt mellan reglerna om *wichtiger Grund* och den jämkningsinriktade läran om *Geschäftsgrundlage*. Se *Münchener Kommentar* § 242 Rn 548. Jfr. dock Palandt, § 242 6 B c) ee). Beträffande läran om *Geschäftsgrundlage*, se närmare avsnitt 4.2.6.2.1.

[136] Se 44-018 ovan.

[137] Jfr. 44-042 ff ovan.

[138] Se avsnitt 4.4.3.3.

tresset att skydda ännu icke intjänade relationsspecifika investeringar invägas i bedömningen.

5.2.3.4 Viktig grund som ett förtydligande av culparegeln

52-071 I 50 och 51 §§ kommissionslagen i dessa bestämmelsers ursprungliga lydelse från 1914 stadgades att parterna kunde frånträda kommissionsavtalet om "giltig anledning" härtill förelåg. I regel skulle ett förtida frånträdande medföra skadeståndsskyldighet. I motiven angavs som skäl för att löftesmottagaren/kommissionären skulle ha rätt till ersättning, att denne i fall av tidsbestämda avtal "med fog kunnat påräkna viss inkomst" på grund av uppdraget och att han kunde ha "lämnat andra inkomstkällor eller eljest gjort uppoffringar."[139] Motsvarande skäl anfördes beträffande löftesmottagaren/kommittentens rätt till skadestånd.[140]

52-072 Lagstiftaren synes ha antagit att "giltig anledning" att frånträda i regel skulle grunda sig på omständigheter hänförliga till medkontrahenten.

52-073 I övriga fall – vilka här är av intresse – uttalas i motiven att frågan om löftesgivarens/kommittentens rätt till förtida frånträdande även kunde grundas på omständigheter hänförliga till hans egen person eller hans egna förhållanden. Detta ansågs dock inte ha någon större praktisk betydelse. Även om skadestånd i princip utgick i dessa fall, skulle det nämligen vara svårt för löftesmottagaren/kommissionären att visa någon skada.[141] Som exempel nämns att löftesgivaren/kommittenten kan tänkas lägga ner sin rörelse på grund av ändrade konjunkturer och därför frånträda kommissionsavtalet. Om avtalsförhållandet bestod istället för att avslutas, så skulle löftesmottagaren/kommissionären inte ha fått några inkomster. Detta ansågs utesluta alla praktiska möjligheter att utfå skadestånd.[142]

52-074 Helt utan intresse är detta spörsmål dock inte. För det första besvarades inte den praktiskt viktiga frågan huruvida löftesmottagaren/-kommissionären kunde få ersättning för nedlagda relationsspecifika investeringar i ett sådant fall.[143] För det andra förbigicks frågan om det avgörande för möjligheterna att utfå skadestånd inte borde vara huruvida löftesgivaren/kommittenten genom culpa försämrat sina egna och löftesmotta-

[139] NJA II 1914 s 267.
[140] Se NJA II 1914 s 269.
[141] NJA II 1914 s 268.
[142] Se NJA II 1914 s 268. Se även NJA II 1974 s 592.
[143] Se 52-046 ovan.

garens/kommittentens förtjänstmöjligheter och detta – men inte frånträdandet som sådant – innefattat ett åsidosättande av någon av avtalets förpliktelser. Skadeståndet borde enligt min uppfattning då inte beräknas med utgångspunkt i de förtjänstmöjligheter som löftesmottagaren har *efter* löftesgivarens culpösa handling, utan efter en uppskattning av de förtjänstmöjligheter han skulle ha haft om löftesgivaren inte förfarit culpöst.[144] En nedläggning av rörelsen på grund av försämrade konjunkturer kan knappast anses innebära ett åsidosättande av avtalets förpliktelser, med mindre någon utfästelse föreligger från löftesgivaren att driva rörelsen under viss tid.[145] Dock kan andra orsaker till nedläggningen tänkas; t ex bristande styrning och kontroll av verksamheten. En närmare diskussion om detta leder omedelbart in i problematiken kring skadeståndsberäkning och faller därmed utanför ämnet för denna studie.

52-075 I samband med en översyn av kommissionslagen 1974 skedde en omredigering av lagtexten. Bestämmelsen om rätt till förtida frånträdande återfinns således nu i 51 § kommissionslagen. Översynen föranledde en ändring av ordalydelsen så att rätten att frånträda gjordes beroende, inte av huruvida "giltiga skäl" kunde anföras, utan huruvida "det icke rimligen kan påfordras att uppdraget skall bestå".

52-076 I de nya motiven anförs att kraven borde skärpas för att befrielse från skadeståndsskyldighet vid förtida frånträdande skulle medges. Det ansågs inte tillfredsställande att den uppsägande parten skulle kunna undgå att utge skadestånd bara därför att uppsägningen grundades på vikande lönsamhet.[146] Departementschefen framhåller således att bestämmelsen om rätt till förtida frånträdande bör tillämpas restriktivt och att möjligheten till frånträdande borde hållas öppen främst när force majeure tvingar någon av parterna att ställa in sin verksamhet.[147] En liknade, men klart mer nyanserad inställning intas senare i motiven till handelsagenturlagen.[148] Där framhålls också att inte bara plötsligt inträffande omständigheter kan beaktas, utan att frånträdande även kan komma i fråga när avtalets fullgörande successivt försvåras.[149]

52-077 Motivuttalandena i anslutning till kommissionslagen ger onekligen ett intryck av att stor restriktivitet är anbefalld. Den naturliga

[144] Jfr. den s k differensläran. Se härom Herre, s 312 ff med vidare hänvisningar.
[145] Jfr. NJA II 1914 s 268.
[146] NJA II 1974 s 590. Se även Prop 1990/91:63 s 39 och 108.
[147] NJA II 1974 s 591.
[148] Prop 1990/91:63 s 37 och 107.
[149] Se Prop 1990/91:63 s 106.

konsekvensen av en sådan tolkning är att i princip endast förhållanden som skulle ha lett till ansvarsbefrielse enligt gällande regler om strikt ansvar kan åberopas till stöd för ett förtida frånträdande. En så restriktiv tillämpning av regeln kan dock knappast vara avsedd.

52-078 En löftesgivare som frånträder avtalet i förtid utan att ha rätt därtill gör sig skyldig till kontraktsbrott. Om endast prestationshinder av force majeure-karaktär finge åberopas till stöd för en rätt att frånträda, skulle löftesgivarens skadeståndsansvar vid frånträdande vara strängare än vid övriga kontraktsbrott där culparegeln skall tillämpas.

52-079 Härtill kommer att syftet bakom den förespråkade restriktiviteten synes vara önskan att reducera betydelsen av omständigheter hänförliga till den uppsägande parten själv eller hans rörelse.[150] En löftesgivare torde som vi sett i avsnitt 4.4.3 knappast kunna undgå ansvar om fullgörelsen hindras av sådana orsaker, även om han skulle svara enligt culparegeln istället för enligt den strängare kontrollansvarsregeln. Något skäl för att skärpa förutsättningarna för ansvarsfrihet utöver vad som följer av culparegeln synes därför inte finnas.

52-080 Sannolikt kan principen om viktig grund sådan den kommer till uttryck i 51 § kommissionslagen ses som ett förtydligande av culparegeln och särskilt dess aktivitetsrekvisit. Det avgörande skulle då vara huruvida löftesgivaren anses skyldig att övervinna uppträdande prestationshinder. Om löftesgivaren inte har åsidosatt denna skyldighet torde kunna sägas att det inte "rimligen kan påfordras" att uppdraget skall fullgöras.[151]

52-081 Frågan är emellertid om principen om viktig grund sådan den kommer till uttryck i 26 § 1 st 2 p handelsagenturlagen går längre och utvidgar området för ansvarsfrihet utöver vad som skulle följa av culparegeln. Om min tolkning av 51 § kommissionslagen är riktig, tyder de motivuttalanden som gjorts i anslutning till motsvarande regel i handelsagenturlagen på att möjligheterna till förtida frånträdande där är avsedda att gå utöver vad som gäller enligt kommissionslagen[152] och därmed också gå utöver de möjligheter till ansvarsbefrielse som culparegeln bereder löftesgivaren.[153] Den nu ifrågasatta utvidgningen synes främst ha betydelse för

[150] Jfr. Prop 1990/91:63 s 39.

[151] Se om culparegelns aktivitetsrekvisit avsnitt 4.4.3.3.

[152] Se Prop 1990/91:63 s 38 och 106.

[153] Motsvarande frågeställning kan göras med avseende på 2:25 lagen om handelsbolag och enkla bolag. I motiven till denna lag anges att frånträdanderätten i bolagsförhållanden kan vara mer långtgående än i avtalsförhållanden i övrigt; bolagsförhållanden anses bygga på ett större förtroende mellan parterna än vanliga förmögenhetsrättsliga avtal. Som exempel på när en rätt att frånträda kan föreligga nämns en handelsbolagsman som utan att bli

behandlingen av personligt betingade icke-ekonomiska prestationshinder. Att sådana prestationshinder i viss mån skulle kunna tilläggas relevans stod emellertid klart redan i motiven till kommissionslagen där det uttalas att en kommissionär som inte bedriver sin verksamhet affärsmässigt borde kunna undgå skadeståndsskyldighet om han åberopar sjukdom eller förflyttning till annan ort som skäl för en förtida uppsägning.[154] Det får därför sägas vara oklart i vilken mån motivuttalandena till handelsagenturlagen inneburit någon utvidgning av ansvarsfriheten i förhållande till tidigare gällande rätt.

52-082 I motiven till handelsagenturlagen nämns att tilltagande ålder eller byte av bostadsort av annat än hälsoskäl inte utgör viktig grund[155], men att en "[l]ångvarig eller svår sjukdom bör ... berättiga en part att frånträda avtalet, om det inte skäligen kan krävas att han fortsätter avtalstiden eller uppsägningstiden ut."[156] Löftesgivarens dödsfall anses däremot inte ge dödsboet rätt att frånträda avtalet utan vidare. Det krävs härtill att den avlidne löftesgivaren valts av löftesmottagaren på grund av sin sakkunskap och andra personliga egenskaper.[157] Rätten till frånträdande synes i dessa fall vara ömsesidig.

52-083 Regleringen framstår inte som helt igenom logisk. Mot bakgrund av vad som gäller beträffande dödsfall ter det sig märkligt om den löftesgivare som inte avlider men väl drabbas av en svår sjukdom med automatik skall kunna frånträda avtalet. Det avgörande borde inte vara huruvida det skäligen kan krävas att *han* fortsätter avtalstiden ut, utan om han borde ha haft sin verksamhet så organiserad att den kan fortgå även om han drabbas av personliga prestationshinder.[158] Lagstiftaren synes emellertid inte ha avsett att ge något utrymme för att beakta förefintligheten av ett sådant verksamhetsansvar. Tvärtom framhålls att reglerna om frånträdande på grund av personliga omständigheter också kan tillämpas med avseende på centrala befattningshavare i juridiska personer, där ju

insolvent fått sin ekonomiska ställning så försvagad att hans fortsatta deltagande i bolaget skulle innebära ekonomiska belastningar som avsevärt överstiger vad han haft anledning räkna med vid bolagsavtalets tillkomst. Se Prop 1979/80:143 s 125 f. Å andra sidan har hävdats att rätten till förtida frånträde ur de enkla bolag som uppstår genom konsortialavtal bör förses med särskilda inskränkningar. Se Bengtsson, *Hävningsrätt*, s 591 med not 19 och vidare hänvisningar.

[154] Se NJA II 1974 s 592.

[155] Se dock NJA II 1914 s 270. Jfr. NJA II 1974 s 592.

[156] Prop 1990/91:63 s 107.

[157] Prop 1990/91:63 s 108.

[158] Jfr. NJA II 1914 s 270.

beaktandet av ett verksamhetsansvar framstår som än mer naturligt.

52-084 En gissning är att frånträdanderätten vid sjukdom återgår på en föreställning om vad som är rätt och billigt: Det känns inte rätt och billigt att låta den löftesgivare som haft olyckan att drabbas av en svår sjukdom (och minskad försörjningsförmåga) härtill drabbas av ett skadeståndskrav om han frånträder på grund av sjukdomen. Enligt min uppfattning införs härigenom ett väsensfrämmande socialförsäkringselement i kontraktsrätten.

52-085 En lösning på hithörande problem, vilken synes uppfylla rimliga krav på logisk konsistens och förutsebarhet vore att applicera culparegeln även på fall av personliga prestationshinder. Den primärt avgörande frågan för ansvarsbedömningen skulle då inte vara huruvida det personliga prestationshindret borde ha förebyggts, utan om det skäligen bort övervinnas.[159] I enlighet med vad som utvecklats i avsnitt 4.4.3.3 skulle en rätt för löftesgivaren att frånträda då föreligga när det personliga prestationshindret är atypiskt för hans verksamhet – vilket det i regel torde vara – *och* löftesmottagaren är den bättre riskspridaren.[160] Härtill borde också beaktas att rätten till förtida frånträdande kan behöva inskränkas med hänsyn till intresset att ge skydd för relationsspecifika investeringar.

52-086 Vi har i det föregående undersökt i vilken mån reglerna om uppsägningstid bereder skydd för relationsspecifika investeringar och funnit att 52 § kommissionslagen till skillnad från handelsagenturlagen i viss mån bereder löftesmottagaren/kommissionären ett sådant skydd, men att investeringar i anställda helt synes gå på löftesmottagarens risk.[161] När det gäller kravet på iakttagande av uppsägningstid vid frånträdande av tillsvidareavtal, kan tyckas att intresset att skydda relationsspecifika investeringar skulle väga mindre tungt än vid frånträdande av avtal ingångna på bestämd tid. I det senare fallet kan det i regel antas att investeringen gjorts på bas av en kalkyl grundad på att avtalet består så länge att investeringen betalar sig.

52-087 Enligt vad som tidigare utvecklats finns goda skäl att tillämpa 52 § kommissionslagen analogt och betrakta frånvaron av ett skydd för re-

[159] Se 44-049 f ovan.

[160] När det gäller parternas relativa riskspridningsförmåga kan här beaktas att det är möjligt att teckna en försäkring mot risken för bestående arbetsoförmåga och dödsfall. I den mån ett sådant försäkringstest skall vägas in torde i regel löftesgivaren vara den bättre försäkraren. Jfr. 24-050 ovan.

[161] Se 52-043 ff ovan.

lationsspecifika investeringar i handelsagenturlagen som en särlösning.[162] Ett skydd för relationsspecifika investeringar skulle då kunna ges även inom ramen för t ex licensavtal och återförsäljaravtal. Det finns därför skäl att närmare uppmärksamma gränserna för det skydd som stadgandet bereder löftesmottagaren.[163]

52-088 En första förutsättning för skydd enligt 52 § kommissionslagen är att avtalet är varaktigt. Vid upphörande av tillfälliga uppdrag kan dock viss ersättning för löpande utgifter utgå enligt 29 §. Det är inte alla typer av relationsspecifika investeringar som kan grunda ett ersättningsanspråk. I lagtexten anges att ersättning kan utgå för investeringar i byggnader, lager, maskiner, transportmedel och liknande. Lagstiftaren har inte avsett att ersättning för andra typer av relationsspecifika investeringar skall utgå. Således omfattar ersättningsregeln inte investeringar i reklamkampanjer, upplärning av personal eller testning av produkter.[164] Några skäl för denna gränsdragning anförs inte. Gränsdragningen synes vara helt godtycklig och borde *de lege ferenda* överges.

52-089 Den andra förutsättningen för skydd är att den relationsspecifika investeringen har gjorts efter överenskommelse eller i samförstånd med löftesgivaren/kommittenten. I motiven uttalas att när investeringen inte grundas på en explicit avtalsbestämmelse, skall det åtminstone krävas att parterna har diskuterat investeringen och att löftesgivaren/kommittenten därvid inte haft något att invända mot att den företas.[165] För att löftesgivaren/kommittenten skall undgå ersättningsskyldighet förefaller det krävas någon form av aktivitet, dvs att han "klart markerar att han inte finner investeringen vara befogad".[166]

52-090 Löftesgivaren/kommittenten undgår enligt 52 § 2 st ersättningsskyldighet om frånträdandet grundas på att löftesmottagaren/kommissionären gått i konkurs eller i väsentlig mån har åsidosatt sina avtalsenliga förpliktelser. Ersättningsskyldighet föreligger således endast om frånträdandet grundas på annat än löftesmottagarens/kommissionärens kontraktsbrott eller liknande omständigheter. Det är för ersättningsfrågan utan betydelse vem av parterna som frånträder med åberopande av viktig grund. Ersättning till kommissionären utgår nämligen även om det är han själv som utövar frånträdanderätten.

[162] Se 52-048.
[163] Frågor kring beräkningen av ersättningen förbigås dock. Se härom NJA II 1974 s 594 f.
[164] Se NJA II 1974 s 593.
[165] NJA II 1974 s 594.
[166] NJA II 1974 s 594.

52-091 Utformningen av ersättningsregeln i 52 § kommissionslagen är ensidig och är tvingande till förmån för kommissionären. Orsaken härtill synes vara lagstiftarens åsikt att kommissionären intar en beroende ställning och att han har små möjligheter att underlåta investeringar som kommittenten "mer eller mindre uttryckligt har begärt."[167] En annan tänkbar förklaring, dock utan stöd i motiven, är att kommittenten sällan torde göra investeringar som är specifika för en viss kommissionär. I den mån sådana undantagsvis skulle förekomma bör enligt min uppfattning en möjlighet till motsvarande skydd för kommittenten hållas öppen även om uttryckligt lagstöd härför saknas. I vart fall kan skäl *de sententia ferenda* anföras för att stadgandet – i den mån det kan tillämpas analogt – inte skall begränsa ersättningsrätten till endast en av parterna.

5.3 Riskdelning genom jämkning

5.3.1 Inledning

53-001 I samband med diskussionen om NJA 1946 s 679 (*Tjänstemännens egnahemsförening vid Storängen m.b.p.a ./. Järnvägs AB Stockholm-Saltsjön*) och NJA 1956 s 136 (*Motala ströms kraft AB ./. David Andersson*) ovan har påpekats att löftesgivarens rätt att säga upp avtalet inte kan tas till intäkt för att denne också skall ha rätt att ensidigt ändra avtalsvillkoren. Om avtalsvillkoren i ett sådant fall skall ändras krävs i princip att parterna blir överens under en omförhandling. Enligt min uppfattning är det rimligt att anta att omförhandlingen i distributivt hänseende i hög grad påverkas av huruvida en uppsägningsrätt finns eller ej.

53-002 Istället för att inleda en sådan omförhandling, med eller utan uppsägningsrätt som fond, kan numera endera parten påkalla jämkning för att framtvinga en mellanlösning.[168] Jämkning kan givetvis också påkallas om omförhandlingarna misslyckas. Jämkningsmöjligheten kan i så fall fungera som ett påtryckningsmedel. Om parterna anser sig vara bättre skickade att utforma lämpliga lösningar för sina mellanhavanden än en utomstående domare, vilket de nog i regel gör, kan jämkningsmöjligheten

[167] NJA II 1974 s 593.

[168] Enligt Grönfors skulle behovet av sådana mellanlösningar ha ökat i och med affärslivets utveckling; se Grönfors, Avtalslagen, s 178. Möjligen kan *European Contract Principles* Art 2.117 och *UNIDROIT Principles* Art 6.2.3 ses som ett uttryck för detta. Se 42-159 ff ovan.

alltså te sig som ett sämre alternativ till en uppgörelse.[169] Å andra sidan kan antas att svårigheterna att förutse om jämkning kommer att äga rum, liksom svårigheterna att förutse det närmare resultatet av en jämkning om den äger rum, i viss mån försvårar godvilliga uppgörelser; osäkerheten ger parterna en möjlighet att spekulera i att en dom skall ge ett bättre utfall än vad som kan uppnås i en omförhandling.[170]

53-003 Syftet med undersökningen i detta avsnitt om riskdelning genom jämkning är att med huvudsaklig utgångspunkt i rättspraxis undersöka huruvida det är möjligt att *de lege lata* eller *de sententia ferenda* formulera några kriterier för oskälighetsbedömningen, vilka kan leda till ökad förutsebarhet i rättstillämpningen.

53-004 Allmänt sett gäller det att eftersträva kriterier som kan leda "*tankarne i den rigtige retning*"[171] och som inte alltför mycket påverkas av att "en risk faktiskt har inträffat"[172]. Det gäller således att undvika att rättstillämpningen får styras av "*ureflekterede rimelighedsbetraktninger*" samtidigt som de med förutsättningsläran förenade vådorna för "*getteri og fiktion*"[173] undviks.[174]

53-005 Om det är möjligt att åtminstone påbörja utarbetandet av sådana kriterier borde också transaktionskostnaderna både *ex ante* och *ex post* kunna reduceras. I det senare hänseendet yttrar sig denna effekt i att utrymmet minskar för ett strategiskt betingat värdekrävande beteende i förekommande omförhandlingssituationer.

53-006 Jag skall således försöka lämna bidrag till svar på frågan vilka sakliga skäl som kan anföras till stöd för att grundregeln – att löftesgivaren ensam står risken för ökade prestationskostnader – skall åsidosättas och risken delas genom jämkning. Rekonstruktionsmodellen ger här inte nog vägledning, utan analysen kommer att bygga på de från rekonstruktions-

[169] Se Grönfors, *Avtal och omförhandling*, s 62. Jfr. Treitel, s 245 f med hänvisning till *Virginia Electric & Power Co. v. Westinghouse Electric Corp.* (referat i 887 ATTR No 887-A15 (1978), där domaren troligen förmådde parterna till en förlikning genom en uppmaning till dem att uppta förhandlingar och samtidigt lämnade frågan om jämkning öppen, antydande att jämkning skulle kunna ske.

[170] Jfr. Wangerin,, 5 JCL, s 241 ff (1992).

[171] Andersen & Nørgaard, s 196.

[172] Ramberg, *Avtalsrätt*, s 208. Se även Andersen & Nørgaard, s 196 och 187.

[173] Andersen & Nørgaard, s 196.

[174] Om förhållandet mellan 36 § avtalslagen och förutsättningsläran, se Prop 1975/76:81 s 128; SOU 1974:83 s 157; Grönfors, *Avtalslagen* s 250 f; Hellner, *SpA II*, s 66; ds., *Förutsättningsläran*, s 133 ff; Ramberg, *Avtalsrätt*, s 201 ff; Lehrberg, s 153 ff; ds., SvJT 1986 s 249 ff; Kleineman, JT 1989-90 s 522 ff; Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 141 f; Andersen & Nørgaard, s 195 f.

modellen fristående resonemang som utvecklats ovan.

53-007 Generalklausulen har motsvarigheter i de övriga nordiska länderna, dock att 36 § i den danska avtalslagen inte medger lika långt gående ingrepp i avtal som motsvarande bestämmelse i de övriga nordiska länderna gör. Den danska generalklausulen anger att avtalsvillkor endast kan "*tilsidesættes helt eller delvis*". Andra ändringar, t ex uppjustering av vederlag synes inte kunna ske.[175] Den danska generalklausulen saknar dessutom den hänvisning till "övriga omständigheter" som återfinns i de övriga nordiska ländernas generalklausuler. När det särskilt gäller långvariga avtalsförhållanden är dansk praxis knapphändig. Till viss del beror nog detta på att i Danmark "*læren om bristende forudsætninger (stadig) har betydelig magt over sindene i sager af den omtalte kategori ..., og at § 36 kun giver mulighed for at regulere forpliktelser nedad*".[176]

53-008 Vi skall här liksom i det föregående företrädelsevis befatta oss med sådana nyttominskande omständigheter som kan sägas yttra sig i ökade prestationskostnader. När det gäller en undersökning av jämkning och ur jämkningsmöjligheten härledbara riskdelningsargument är det emellertid fruktbart att något frångå denna begränsning och även inbegripa fall där nyttominskningen består i en försämring av penningvärdet (inflation); dvs att priset på nyttigheter generellt stiger, varvid prisökningen kan variera mellan olika nyttigheter. Nyttominskning på grund av inflation angår inte löftesgivarens prestation utan är direkt hänförlig till vederlaget. Nyttominskning på grund av inflation kanske därför skall betraktas från andra utgångspunkter än dem som gäller nyttominskning på grund av ökade prestationskostnader. Enligt min uppfattning vore detta dock opraktiskt, eftersom verkningarna av inflation och ökade prestationskostnader ofta är svåra att hålla isär. Detta gäller i synnerhet långvariga avtal där de ökade prestationskostnaderna kan yttra sig som inflationsframkallade prisökningar på t ex elektricitet eller råvaror.

53-009 Generalklausulen har en utomordentligt vid avfattning, men ter sig likväl begränsad på en viktig punkt: dess tillämpning förutsätter att avtalsinnehållet har fastställts genom tolkning och utfyllnad och att ett sålunda fastställt avtalsvillkor framstår som oskäligt.[177] Om avtalet efter

[175] Se Andersen & Nørgaard, s 199 ff och Gomard, *Kontraktsret*, 132 ff.

[176] Andersen & Nørgaard, s 184.

[177] Se Prop 1975/76:81 s 116, SOU 1974:83 s 114 ff, Bernitz, SvJT 1972 s 401 ff och Grönfors, *Avtalslagen*, s 222. Avgörandet i NJA 1989 s 346 är därvidlag anmärkningsvärt. Det gällde en pälshandlares anspråk på försäkringsersättning utan stöd i försäkringsvillkoren. Se om detta avgörande Kleineman, JT 1989-90 s 103 ff.

utfyllnad med dispositiv rätt eller med värdemaximeringsprincipen anses innehålla ett avtalsvillkor som utvisar att löftesgivaren skall bära risken för en viss nyttominskande omständighet, kan villkoret inte rimligen sägas vara oskäligt. Löftesgivaren är ju närmare att bära risken.[178] Det kan då tyckas att jämkning inte skall komma ifråga.[179]

53-010 När det gäller relevansen av kostnadsökningar är avtalsinnehållet ofta lätt att fastställa *prima facie*. I regel har löftesgivaren åtagit sig att prestera något, antingen mot ett fast vederlag eller mot ett på något sätt indexerat vederlag. Det är lätt att tycka att löftesgivaren genom att ha åtagit sig att prestera mot ett fast vederlag också har åtagit sig att bära risken för alla kostnadsökningar. I den mån han inte avsett att bära risken för vissa kostnadsökningar kunde ju löftesgivaren ha infogat en indexklausul i avtalet. På motsvarande sätt kan det tyckas att den löftesgivare som har infört en indexklausul skall anses ha åtagit sig att bära risken för de kostnadsökningar som inte täcks av indexklausulen.

53-011 Så enkelt förhåller det sig emellertid inte med jämkningsmöjligheten. Betydelsen av de efterföljande förhållandena bör bland annat utvärderas mot bakgrund av avtalets kontext; jfr. lagtextens uttryck "omständigheterna i övrigt".

53-012 Generalklausulens vida avfattning gör det härtill befogat att i och för den följande framställningen skilja mellan fall av processuell oskälighet å ena sidan och fall av substantiell oskälighet å andra sidan.[180]

53-013 Processuell oskälighet sägs här föreligga när någon brist i förhandlingsprocessen som sådan påverkat den rättshandlandes beslut att ingå ett avtal. Ogiltighetsreglerna i 30, 31 och 33 §§ avtalslagen ter sig som specialregler riktade mot processuell oskälighet.[181] Exempel på omständigheter som kan konstituera processuell oskälighet enligt 36 § avtalslagen är att en av parterna anses ha intagit en underlägsen ställning vid avtalsförhandlingarna eller att medkontrahenten begagnat aggressiva säljmetoder eller annat aggressivt förhandlingsbeteende.[182]

53-014 Reglerna synes huvudsakligen syfta till att säkerställa att en-

[178] Jfr. Ramberg, *Avtalsrätt*, s 130 f och s 208 f. Jfr. även Andersen & Nørgaard, s 195 f.

[179] SOU 1974:83 s 140 ff. Jfr. Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 180 ff, beträffande utrymmet för jämkning när riskallokeringen överensstämmer med dispositiv rätt.

[180] Se Leff, 115 U Pa.L.Rev. s 485 (1967) på s 487: "*I shall often refer to bargaining naughtiness as 'procedural unconscionability', and to evils in the resulting contract as 'substantive unconscionability'.*". Jfr. Prop 1975/76:81 s 125 f.

[181] Se generellt kap 3.

[182] Se SOU 1974:83 s 132 f. För en rättsekonomisk analys av hithörande fall, se Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 88 ff.

dast avtal som ingås av löftesgivaren med öppna ögon och av fri vilja skall bli bestående enligt sin lydelse. Att löftesmottagaren varit i god tro om de förhållanden som konstituerar den processuella oskäligheten synes inte tillmätas någon avgörande betydelse.[183]

53-015 Vi skall här förbigå fall av processuell oskälighet och uppmärksamma substantiell oskälighet. Med substantiell oskälighet avses att oskäligheten är hänförlig till avtalet som sådant utan att några brister i förhandlingsprocessen kan sägas ha påverkat avtalets innehåll.[184] Substantiell oskälighet kan uppstå på grund av något vid avtalsslutet föreliggande förhållande som löftesgivaren inte beaktat. Beträffande dessa fall hänvisas generellt till vad som sagts i kapitel 3. Här skall således i första hand undersökas substantiell oskälighet som uppkommit på grund av ändrade förhållanden. Undersökningen utgår därför från den närmare innebörden av uttrycket "oskälighet med hänsyn till ... senare inträffade förhållanden" som förekommer i 36 § avtalslagen.

53-016 Några vattentäta skott mellan processuell och substantiell oskälighet kan knappast upprätthållas, utan inslag av processuell oskälighet kan säkerligen kumuleras med inslag av substantiell oskälighet och utlösa jämkning, trots att de bägge typerna av oskälighet tagna var för sig inte skulle ha vägt tillräckligt tungt. Detta torde gälla främst vid en oskälighetsbedömning inriktad på avtalets innehåll.[185] Men misstanken om brister i förhandlingsprocessen kan också ha betydelse när det gäller substantiell oskälighet på grund av ändrade förhållanden. I motiven uttalas exempelvis att jämkning på grund av ändrade förhållanden kan ske till förmån för den starkare parten, men att det finns större förutsättningar att jämka avtalet när förhållandena ändrats till nackdel för en svagare part.[186] Synsättet implicerar att "den svagare parten" lättare kan antas vara offer för något "viljefel" och inte ha ingått avtalet med öppna ögon.

53-017 Ett ställningstagande till huruvida substantiell oskälighet föreligger förutsätter dels att avtalsinnehållet är fastställt, dels att en värde-

[183] Se Prop 1975/76:81 s 125 f.
[184] Jfr. Prop 1975/76:81 s 118 f.
[185] Se Prop 1975/76:81 s 118 f.
[186] Se Prop 1975/76:81 s 127. Vem som är svagare och starkare avgörs säkerligen oftast efter en typiserande bedömning utan hänsyn till förhållandena i det enskilda fallet. Men undantag finns. I SvJT 1944 rf s 36, rörande jämkning i hyresförhållande enligt 3:43 i den numera upphävda nyttjanderättslagen (1939:364), synes HovR:n ha beaktat att hyresgästen pga rådande förhållanden på hyresmarknaden kunnat betinga sig "osedvanligt fördelaktiga villkor". Hyresvärden ansågs tydligen ha varit den "svaga" parten i avtalsförhållandet.

standard tillämpas till vilken bedömningen av oskäligheten kan relateras. När det gäller denna värdestandard till vilken oskälighetsbedömningen kan relateras torde oskälighetsbedömningen kunna sägas ske utifrån två skilda bedömningsgrunder: en konkret respektive en abstrakt bedömning.[187] Den konkreta bedömningen utgår från omständigheterna i det enskilda fallet och den abstrakta bedömningen utgår från avvikelser från eljest tillämpliga rättsregler eller avvikelser från gott affärsskick.[188] Bedömningen av oskälighet på grund av ändrade förhållanden tycks vara avsedd att utgå från en konkret bedömning av avtalet som helhet.[189] Den konkreta bedömningen måste dock suppleras med någon annan värdestandard. I motiven till 36 § framhålls nämligen att inte varje förändring av förhållandena skall kunna åberopas till stöd för jämkning.[190] Det krävs tydligen att de ändrade förhållandena har resulterat i en negativ effekt för åtminstone en av parterna och att denna effekt har viss storlek. Det betydelsefulla är således att ett visst avtalsvillkor "*med hänsyn till de ändrade förhållandena framstår som oskäligt.*"[191]

53-018 Ekvivalensprincipen[192] utgör en sådan standard för att bedöma de negativa effekternas verkan och storlek. Med ekvivalensprincipen förstås att vardera parten i ett ömsesidigt avtalsförhållande genom avtalet kan antas ha fått ett värde (i form av vederlag) som minst motsvarar det mått av värde som parten ger upp (i form av prestation). Ekvivalensprincipen utgår från förhållandet mellan prestation och vederlag såsom det gestaltar sig när avtalet ingås. Ekvivalensprincipen är således i grunden konservativ; principen kan inte åberopas för att omfördela avtalets värde, utan syftar till att bevara *status quo*.[193] Om löftesgivaren således åsätter en viss risk ett obetydligt negativt värde och därför betingar sig ett för litet vederlag för att bära risken, föreligger inte någon avvikelse från ekvivalensprincipen *ex ante*, trots att risken sedan realiseras *ex post* och ger upphov till en stor förlust. En avvikelse från ekvivalensprincipen föreligger inte ens om löftesmottagaren gör motsvarande vinning på löftesgivarens bekostnad. Avta-

[187] Se Grönfors, *Avtalslagen*, s 223 ff.
[188] Se Grönfors, *Avtalslagen*, s 235 ff.
[189] Se Grönfors, *Avtalslagen*, s 234 f.
[190] Prop 1975/76:81 s 127.
[191] Prop 1975/76:81 s 127.
[192] Se 51-034 ovan.
[193] Se von Mehren, s 64.

let bör således i detta fall inte jämkas på grund av substantiell oskälighet.[194]

53-019 Detta synsätt förutsätter givetvis att riskens storlek på något sätt kan tas i beräkning när avtalet ingås. I motiven uttalas också:

> "Frågan huruvida jämkning bör ske på grund av ändrade förhållanden hänger givetvis nära samman med parternas möjligheter att överblicka ett avtals konsekvenser vid avtalets ingående. Har parterna räknat med möjligheten att förhållandena ändras och kommit överens om vem av dem som skall stå för risken för oförutsedda händelser, är det som regel inte påkallat att jämka avtalet när sådana händelser inträffar".[195]

53-020 Detta resonemang bygger på att löftesgivaren kan anses ha åtagit sig att bära risken, det vill säga att löftesmottagaren haft befogad tillit till att löftesgivaren skulle bära risken. Löftesmottagaren bör, som i det föregående påpekats, i regel kunna hysa en sådan befogad tillit när löftesgivaren framstår som den bättre riskbäraren enligt värdemaximeringsprincipen.

53-021 En annan fråga är emellertid vad löftesmottagarens befogade tillit kan anses omfatta. Skyddet av hans tillit kan ges den begränsade innebörden att han skall slippa drabbas av förluster på grund av att risken realiseras. Det kan ges den något vidare innebörden att han skall erhålla de förmåner som han räknat med när avtalet ingicks. Det kan ha den ännu vidare innebörden att han skall erhålla alla förmåner inklusive dem som resulterar av en oförutsedd händelseutveckling, dvs även förmåner som han inte rimligen kunde ha räknat med när avtalet ingicks. Enligt min uppfattning finns, som ovan påpekats, anledning att låta omfattningen av skyddet av tilliten bestämmas av avtalets kontext.

53-022 Det får anses vara i hög grad oklart i vilken mån skyddet av löftesmottagarens befogade tillit skall vara styrande för jämkningsmöjligheterna. Grönfors framhåller att den vidsträckta jämkningsmöjligheten i 36 § avtalslagen leder till en målkonflikt med principen om avtals bindande verkan.[196] I motiven erkänns att parterna inte på samma sätt som förut kan förutse konsekvenserna av träffade avtal.[197] Det manas därför till försiktighet när det gäller jämkning av avtal mellan näringsidkare, vilka

[194] Se Prop 1975/76:81 s 88 och 104. Grönfors uttalar: "Bedömningen skall fortfarande ske *ex ante*, inte *ex post*, men ... utifrån den kunskap man nu har om den faktiska utvecklingen." Grönfors, *Avtal och oförhandling*, s 28.
[195] Prop 1975/76:81 s 127.
[196] Grönfors, *Avtalslagen*, s 248.
[197] Prop 1975/76:81 s 116.

innefattar ett medvetet risktagande.[198] Jämkning i rena affärsförhållanden skall dock inte vara utesluten.[199] Enligt Grönfors vittnar motiven om "en sammanskrivning av motstridiga synpunkter, sådana dessa kommit till uttryck i remissomgången."[200]

53-023 Denna målkonflikt behöver dock inte bli särskilt besvärande om principen om avtals bindande verkan ges innebörden att löftesgivarens befogade tillit till prestationslöftet skyddas endast såvitt tilliten avser uppkomsten av fördelar som han kunnat ta i beräkning när avtalet ingicks. Det behöver inte strida mot principen om avtals bindande verkan att löftesmottagaren på grund av jämkning går förlustig fördelar som han då inte räknat med. Jämkningsmöjligheten skulle i sådant fall främst stå öppen när ändrade förhållanden har medfört att löftesgivaren enligt grundregeln får bära kostnader som överstiger den fördelning av kostnadsrisken som rimligen kan ha åsyftats med avtalet.[201]

53-024 Enligt min uppfattning bör utrymmet för ett sådant betraktelsesätt vara stort när avtalet i enlighet med vad som utvecklats ovan framstår som ett instrument för samverkan snarare än som ett instrument för en bytestransaktion. Sådana avtal kan, även när de är rent kommersiella, säkerligen sägas innefatta ett medvetet risktagande i den bemärkelsen att bägge parter vet att det inte är möjligt att avtalsvägen planera för alla händelser som kan ha en negativ inverkan på förtjänstmöjligheterna. Det för jämkningsmöjligheten avgörande bör dock inte vara huruvida avtalet innefattar ett medvetet risktagande eller ej, utan om löftesmottagaren med fog kan utgå från att löftesgivaren ensam skall bära de negativa konsekvenserna av en viss händelseutveckling. Och detsamma gäller omvänt, om löftesgivaren kan kan utgå från att löftesmottagaren skall gå med på att omförhandla avtalet försåvitt förhållandena utvecklas på ett för löftesgivaren negativt sätt. I den klassiska bytesrelationen, kan detta i allmänhet inte antas.[202]

53-025 I andra avtalsrelationer, som går ut på samverkan eller där ett ensidigt eller ömsesidigt beroendeförhållande uppkommit, bör däremot kunna inläsas ett "altruistiskt" krav på att löftesmottagaren *ex post* skall

[198] Se Prop 1975/76:81 s 104 och s 119. För en avvisande hållning härtill, se t ex Ramberg, *Avtalsrätt*, s 208 f; Krüger, *Kontraktsrett*, s 720 och Andersen & Nørgaard, s 178 ff och 187 f.

[199] Se Prop 1975/76:81 s 105.

[200] Grönfors, *Avtalslagen*, s 249.

[201] Jfr. Ramberg, *Avtalsrätt*, s 131. Jfr, även NJA 1971 s 474 på s 496

[202] Jfr. Ramberg, *Avtalsrätt*, s 211.

avstå av sin oförutsedda vinst för att minska löftesgivarens oförutsedda förlust. Om så inte sker kan oskäligheten sägas bestå i att löftesmottagaren vägrar uppträda altruistiskt *ex post*, trots att avtalets kontext gör att ett sådant uppträdande förväntas av honom. Jämkning skulle då kunna sägas bli aktuell när efterföljande processuell oskälighet föreligger.[203]

53-026 Men vid en sådan bedömning av löftesmottagarens beteende *ex post* måste också beaktas att löftesgivaren kan ha kompenserats för de negativa verkningarna genom andra bestämmelser i avtalet eller i ett annat avtal mellan samma parter.[204] Vid långvariga avtalsförhållanden måste vidare beaktas att löftesgivaren kan ha gynnats i förhållande till löftesmottagaren under en viss period av avtalstiden eller gynnats av samma händelseutveckling i andra avtalsrelationer med andra parter.[205] Det bör under alla förhållanden vara den part som söker jämkning som har att bevisa hur de ändrade förhållandena påverkar just honom. NJA 1943 s 35 (*Fastighetsaktiebolaget Livia ./. Lantmännens tryckeriförening u.p.a.*) är belysande för detta.

> Avgörandet grundades på 3:43 nyttjanderättslagen (senare ersatt av 12:61 JB och därefter av 36 § avtalslagen). Det rörde ett femårigt hyreskontrakt, i vilket hyresvärden utan särskild ersättning utöver den avtalade hyran åtagit sig att tillhandahålla uppvärmning. Utbrottet av det andra världskriget medförde en ökning av uppvärmningskostnaderna med omkring 75%. Hyresvärden begärde jämkning på sådant sätt att kontraktet skulle kompletteras med en av Socialstyrelsen utarbetad bränsleklausul. HD fann att de ökade uppvärmningskostnaderna icke rimligen borde ha tagits i beräkning vid hyresavtalets ingående och att det inte fanns anledning att räkna med någon väsentlig nedgång i bränslepriserna under den återstående hyrestiden. Hyresvärdens talan ogillades ändå, eftersom hyresvärden underlåtit att presentera en räntabilitetskalkyl. HD fann det följaktligen inte styrkt att tillämpningen av hyresvillkoret stred mot god sed i hyresförhållanden eller att villkoret eljest var otillbörligt.

[203] Jfr. Taxell som framhåller att skälighetsregeln främst tar sikte på de fall då part behöver skydd mot att utnyttjas av sin motpart. Taxell, *Avtal och rättsskydd*, s 79.

[204] Se Prop 1975/76:81 s 127 och Grönfors, *Avtalslagen*, s 231 ff.

[205] Jfr. Rt 1990 s 500; jämkning av hyresavtal till fast hyra medgavs inte. Jämte förhållandet att hyresgästerna gjort viss insatsbetalning och att avtalen var tidsbegränsade (60 år) torde avgörande för utgången ha varit att fastigheten bytt ägare och att den nye ägaren varit medveten om hyresavtalens innehåll vid förvärvet samt att köpeskillingen för fastigheten blivit lägre. Den nye fastighetsägaren hade således fått kompensation för den belastning som hyresavtalen utgjorde. Se härtill Wilhelmsen, TfR 1985 s 1 på s 183 f. Jfr. 24-004 ovan.

5.3.2 En utblick över rättsutvecklingen med särskilt avseende på U.S.A. och Tyskland

53-027 Tanken att det objektivt sett skall råda ekvivalens mellan vederlag och prestation är av gammalt ursprung och kan åtminstone härledas till Aristoteles tankar om det rättvisa priset.[206] Denna tankegång aktualiserar på ett tydligare sätt ingrepp i avtalsfriheten än vad som blir fallet när lösningarna grundas på synpunkten att avtalet kommit till stånd på grund av avvikelser från den processuella rättvisan och löftesgivaren därför kan sägas ha varit offer för ett viljefel.

53-028 Tankar om det rättvisa priset synes ha förekommit i senromersk rätt där det exempelvis ansågs att en säljare av fast egendom skulle ha en möjlighet att få köpet att återgå på grund av *laesio enormis*, om det avtalade priset för egendomen understeg hälften av det "rättvisa priset".[207]

53-029 Det rättvisa priset har definierats som materialkostnader för att producera en viss vara plus en lön till hantverkaren eller köpmannen som var tillräckligt stor för att bibehålla honom i hans givna sociala ställning. Det rättvisa priset var således ett "pris" som inte ändrade den andel av samhällets totala resurser som innehades av parten innan transaktionen ägde rum.[208]

53-030 I engelsk rätt synes det inte ha förekommit något öppet erkännande av att prestation och vederlag måste stå i ett visst rättvist förhållande.[209] Atiyah förmodar att "*jury control over the damages (which included matters of price) may have rendered it unnecessary to strive for substantive fairness of exchange*".[210] Icke desto mindre torde principer om *fairness of exchange* och *good faith* kunna spåras till *equity*-rättskipningen under 1700-talet.[211] De liberalistiska strömningarna under 1800-talen kom emellertid att medföra en kraftigt minskad betydelse av substantiella rättvisesynpunkter.[212] Sannolikt har detta inte bara med ideologi att göra, utan kan väl även spåras till förekomsten av prisrörliga marknader och att avtal som skulle fullgöras i framtiden i denna kontext kunde anses vara

[206] Se von Mehren & Gordley, s 990.
[207] Se von Mehren & Gordley, s 986 med vidare hänvisningar.
[208] Se härtill von Mehren, s 75 f och von Mehren & Gordley, s 986 ff med vidare hänvisningar.
[209] Se Atiyah s 146 f.
[210] Atiyah, s 147.
[211] Se Atiyah s 168 ff.
[212] Se Atiyah s 168.

instrument för att allokera risken för värdeförändringar, bland annat risken för att prestationskostnaderna skulle öka.[213]

5.3.2.1 U.S.A.

53-031 I amerikansk rätt beaktas ekvivalenssynpunkter, dels i *equity*[214], dels enligt läran om *unconscionability* och *mutual mistake*[215]. I *equity*-rättskipningen kan avvikelser från den substantiella rättvisan leda till att löftesmottagarens fullgörelsetalan (*specific performance*) inte får bifall. I princip skall prövningen ske med utgångspunkt i de förhållanden som rådde vid avtalets ingående.[216] Efterföljande omständigheter kan dock ha betydelse. Från praxis kan nämnas *Marks v. Gates*.[217]

> Detta rättsfall gällde ett avtal om förfogande över den framtida avkastningen till den fastighet som löftesgivaren kunde komma att förvärva. Löftesgivaren lovade att till löftesmottagaren utge 20% av avkastningen från all den egendom han senare kunde komma att förvärva i Alaska mot att löftesmottagaren utbetalade USD 1.000 och avstod från att utkräva USD 11.225 som löftesgivaren påstods vara skyldig honom. Löftesgivaren kom sedemera att skaffa egendom i Alaska till ett värde om USD 750.000. Domstolen biföll inte löftesmottagarens talan om *specific performance*. Domstolen konstaterade att även om ett avtals skälighet skall bedömas efter förhållandena när avtalet slöts, så var missförhållandena mellan prestationerna (*the inadequacy of consideration*) här så stora att avtalet var att betrakta som oskäligt.

53-032 Principerna bakom *equity*-rättsskipningen har senare givit upphov till den amerikanska läran om *unconscionability*, som uttrycks i UCC § 2-302:

> *If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.*

53-033 Läran om *unconscionability* anses inte vara begränsad till enbart köprätten, utan har har kommit till generellt uttryck i *Restatement (Se-*

[213] Se Atiyah s 202.
[214] Se 42-038 ovan.
[215] Beträffande läran om *mutual mistake*, se 33-052 ff ovan.
[216] Se t ex *Tuckviller v. Tuckviller*, 413 S.W.2d 274 (Mo 1967). En 73-årig kvinna med parkinsons-sjukdom lovade att överlåta en bondgård genom ett visst testamentariskt förordnande mot att hon erhöll livstids försörjning och omvårdnad. Kvinnan dog tre veckor efter löftet. Domstolen uttalade att "*viewed from the standpoint of the parties at the time of the agreement, we find that the contract was fair*".
[217] 154 F.481 (9th Cir. 1907).

cond) of Contracts § 208. Frågan om ett avtal skall anses vara *unconscionable* skall i princip, liksom skälighetsprövningen i *equity*, bedömas med utgångspunkt i de förhållanden som rådde vid avtalets tillkomst.[218]

53-034 I UCC § 2-302 *comment* 1 framhålls att bestämmelsen inte skall tas till intäkt för att ändra parternas riskfördelning, utan att bestämmelsen syftar till att motverka "*oppression and unfair surprise*". I *Restatement (Second) of Contracts* § 208 *comment* c) uttalas att det teoretiskt är tänkbart att ett avtal kan vara *oppressive* även om den processuella rättvisan iakttagits. Detta uttalande har emellertid inte undanröjt oklarheten om uttrycket "*oppression*" kan anses innefatta annat än processuella aspekter på avtalets tillblivelse.[219] Den amerikanska läran om *unconscionability* torde därför inte ha någon större betydelse för förståelsen av den substantiella rättvisan som riskdelningsargument.

53-035 Läran om *impracticability* öppnar dock vissa möjligheter till riskdelning på grund av efterföljande nyttominskande omständigheter. Substantiella rättvisesynpunkter torde vara avgörande för valet av lösningar *in casu*. Läran om *impracticability* går som vi sett i princip ut på att lägga risken för ökade prestationskostnader antingen på den ena eller den andra parten. I UCC § 2-615 *comment* 6 uttalas dock:

> "*In situations in which neither sense nor justice is served by either answer when the issue is posed in flat terms of "excuse" or "no excuse", adjustment under the various provisions of this Article is necessary, especially the sections on good faith, on insecurity and assurance and on the reading of all provisions in the light of their purposes, and the general policy of this Act to use equitable principles in furtherance of commercial standards and good faith.*"

53-036 Mig veterligt har den jämkningsmöjlighet som här öppnas inte utnyttjats i praxis. I det allmänt kända amerikanska fallet om jämkning på

[218] Se *Bradford v Plains Cotton Coop Assn.*, 539 F.2d 1249 (10 th Cir. 1976), där senare prisökningar inte ansågs leda till *unconscionability* på grund av förhållandena vid avtalets tillkomst. Jfr. dock *Industralease Automated & Scientific Equip. Corp. v. R.M.E. Enterprises*, 58 App.Div.2d 482, 396 N.Y.S.2d 427 (1977), där domstolen uttalade "*we cannot divorce entirely the events which occur later*". Jfr. även UCC § 2-719 (2): "*Where circumstances cause an exclusive or limited remedy to fail of its essential purpose, remedy may be had as provided in this Act.*" Bestämmelsen avser fall när en oväntad händelse medför att en klausul, som inte framstod som oskälig vid avtalets ingående, plötsligt får genomgripande konsekvenser. Som exempel kan nämnas ett avtal som begränsar köparens val av felpåföljder till reparation eller omleverans av felaktiga delar. Om varan totalförstörs på grund av någon felaktighet som förelegat vid farans övergång, kan de kontraktuella felpåföljderna sägas ha förlorat sitt syfte och övriga i UCC angivna felpåföljder får åberopas oaktat säljarens friskrivning.

[219] Farnsworth, s 315 not 45.

grund av ökade prestationskostnader, *Aluminum Corp. of America v. Essex Group Inc* (ALCOA-fallet)[220], var UCC § 2-615 inte tillämplig. Enligt Farnsworth är avgörandet istället att återföra på läran om *mutual mistake*, trots att det kan anses diskutabelt om nyttominskningen kan anses hänförlig till förhållanden som förelegat vid avtalsslutet.[221]

> ALCOA-fallet rörde ett avtal ingånget 1967 att gälla under 16 år med option för Essex att förlänga avtalstiden i ytterligare fem år. Enligt avtalet skulle ALCOA motta leveranser av aluminiumoxid från Essex och återleverera aluminium. Utvinning av aluminium ur aluminiumoxid är en enegrikrävande process. Det vederlag som Essex skulle utge till ALCOA var indexerat enligt WPI (*Wholesale Price Index – Industrial Commodities*). Under 1979 stod det klart att det valda indexet inte gav ALCOA kompensation för den då inträffande kraftiga ökningen av energikostnaderna och att ALCOA riskerade att förlora ca USD 60.000.000 på avtalet. ALCOA försökte frånträda avtalet under åberopande av bl a läran om *mutual mistake*. Misstaget påstods vara hänförligt till valet av index. Domstolen fann att parterna vid valet av index avsett att ge ALCOA kompensation för icke arbetsrelaterade kostnader, vilket var en funktion som WPI-indexet hade förmått fylla historiskt sett. Eftersom det valda indexet visat sig inte kunna fylla denna funktion ansågs partena ha begått ett *mistake of facts*. Istället för att medge ALCOA rätt att frånträda, jämkade domstolen avtalet varvid ett nytt index infördes som förmodades kunna ge kompensation även för de ökade energikostnaderna. Parterna enades sedan om ett annat index.[222]

53-037 Det är av intresse att här särskilt notera de allmänna överväganden som legat till grund för avgörandet: Domstolen antog att förståndiga parter skulle undvika en i och för sig önskvärd långvarig avtalsbindning om det inte funnes några rättsliga möjligheter att ingripa i långvariga avtal som, trots att de utformats med noggranhet, ändå leder till orimliga resultat.[223] Dessa överväganden, som ansågs motivera en jämkning av avtalet, bryter mot den amerikanska traditionen att domaren inte skall skriva om avtalet åt parterna. Kritiken mot detta uppmärksammade och isolerade avgörande har också på sina håll varit tämligen stark; det har t ex karakteriserats som "*a lonely monument on a bleak landscape, the only instance in which an American judge has tried to dictate entirely different substantive terms ... in a contract that was still being actively performed. This may explain why so much attention has been given to the frustrated venture of*

[220] 499 F. Supp. 53 (W.D. Pa 1980).
[221] Farnsworth, s 651 f.
[222] Se Dawson, 64 B. U. L. Rev., s 1 på s 35.
[223] Se 499 F. Supp. 53 (W.D. Pa 1980) på s 89.

a single trial judge whos fancy was unusually free.".[224]

53-038 Domen i *Northern Indiana Public Service Co (NIPSCO) v. Carbon County Coal Company*[225] tycks istället vara representativt för det härskande synsättet.

> Det gällde ett 20-årigt avtal rörande årliga leveranser av 1.500.000 ton kol till NIPSCO till ett grundpris om USD 24/ton. Avtalet innehöll en indexklausul. Mellan 1978, det år då avtalet ingicks och 1985 ökade priset till USD 44/ton. I egenskap av *public utility* ansökte NIPSCO om tillstånd att ta ut högre priser av sina kunder, men något sådant tillstånd medgavs inte. Posner, som dömde i målet, uttalade (s 278) att fastpris-avtal innebar "*an explicit assignment of the risk of market price increases to the seller and the risk of market price decreases to the buyer*" och att själva syftet med ett sådant avtal var att lägga risken för kostnadsökningar på löftesgivaren.[226]

5.3.2.2 Tyskland

53-039 Vad härefter angår den tyska rättsutvecklingen kan en lämplig utgångspunkt vara det förhållningssätt som intogs av upphovsmännen till BGB. Under arbetet med kodifikationen avvisades uttryckligen idén om att avtal måste bygga på objektivt sett rättvisa värden.[227] Som vi sett i avsnitt 4.2.6.2.1 hindrade detta dock inte att principen om *Treu und Glauben* i BGB § 242 genom läran om *Geschäftsgrundlage* ansågs medge ett tämligen generöst beaktande av ekvivalenssynpunkter genom jämkning. Den tyska utgångspunkten synes emellertid inte vara att ett objektivt sett riktigt förhållande mellan prestation och vederlag skall upprätthållas, utan snarare att det förhållande mellan prestation och vederlag som parterna ursprungligen valt skall återställas. Vanligen hänförs så kallade ekvivalensstörningar till en särskild grupp av fall inom läran om *Geschäftsgrundlage*. Ekvivalensstörningar utlöses typiskt sett av ökade prestationskostnader och inflation.

53-040 Larenz har beskrivit en rättsligt relevant ekvivalensstörning i följande termer:

[224] Dawson, 64 B.U.L. Rev., s 1 på s 35. Med att domarens "*venture*" var "*frustrated*" avses förmodligen att parterna efter domen enade sig om ett annat index än det som domaren föreslagit.

[225] 799 F.2d 265 (7th Cir. 1986).

[226] För kritiska synpunkter på detta avgörande se Birmingham, 23 U.S.F. L. Rev., s 379 ff (1989) och mer återhållsamt Wourine, 50 Ohio St. L. J., s 163 ff (1989).

[227] Se von Mehren, s 77.

> "*Von einer rechtlich beachtlichen Äquivalenzstörung muß man dann sprechen, wenn in folge einer unvorhergesehenen Änderung der Verhältnisse bei einem gegenseitigen Vertrage die beiderseitigen Verpflichtungen in ein 'grobes Mißverhältnis' geraten sind, wenn also das von den Parteien angenommene annähernde Gleichwertverhältnis der beiden Leistungen auch nicht annähernd mehr gegeben ist.*"[228]

Det skall alltså vara fråga om ett grovt missförhållande mellan prestation och vederlag orsakat av en händelse som parterna normalt inte anses behöva räkna med.[229]

53-041 Tysk praxis rörande relevansen av ekvivalensstörningar orsakade av inflation utgår från de extaordinära förhållanden som inträdde i Tyskland efter det första världskriget. Guldmyntfoten avskaffades 1914. Förhållandena var tämligen stabila fram till 1919. I januari 1920 krävdes 12,6 mark ("pappersmark") för att uppnå samma köpkraft som en guldmark hade 1913. Från att förhållandet mellan den gamla guldmarken och "pappersmarken" varit 1/100,6 i juli 1922 försämrades värdet till att i december 1922 vara 1/1.475. Mellan den 9 oktober och den 16 oktober 1923 rasade värdet från 1/307.400.000 till 1/1.092.800.000. I slutet av november 1923 hade värdet sjunkit till den ofattbara bottennoteringen; 1/1.422.900.000.000.[230]

53-042 Den 22 november 1923 gav *Reichsgericht* dom i RGZ 107, 78 (1923), som delvis får sägas angå jämkning av den då gällande tyska valutalagstiftningen.

> Målet rörde återbetalning av ett hypotekslån. Gäldenären hade 1913 upptagit ett lån om 13 000 mark. Lånet förföll den 1 april 1920. Gäldenären återbetalade i "pappersmark", vilka alltså då var värda mindre än 1/10 av motsvarande belopp i guldmark. Borgenären vägrade att motta betalning och hävdade att gäldenären var skyldig att betala ett belopp som motsvarade värdet av lånet när det gavs. *Reichsgericht* fann att BGB § 242 var tillämplig och att både gäldenärens och borgenärens intressen i det konkreta fallet måste beaktas; några generella principer för uppräkning i alla skuldförhållanden kunde därför inte anges. Domstolen gick härefter över till en undersökning av om uppräkning av en skuld var lagstridig eller ej. Domstolen fann att den nominalistiska principen var lagfäst. I princip skulle därför gäldenären kunna betala med "pappersmark" med befriande verkan. Domstolen fann dock att lagstiftaren när dessa lagar antogs inte beaktat möjligheten av stark inflation. BGB § 242 tilläts därför att ta över gällande valutalagstiftning. En ekvivalensstörning ansågs föreligga; vid penninglån var det gäldenärens plikt och likaså vanligen parternas avsikt att

[228] Larenz, s 324.
[229] Se Larenz, s 325.
[230] Se von Mehren & Gordley, s 1088 ff.

återbetalning skulle ske inte bara av samma belopp, utan med samma värde. Om jämkning skulle ske i det konkreta fallet skulle enligt domstolen vara avhängigt av inflationens storlek.[231]

53-043 Avgörandet var revolutionerande och öppnade portarna för miljontals tvister. *Reichsgericht* avgjorde mer än 2 000 mål rörande uppräkning av fordringsbelopp under en tioårsperiod.[232]

53-044 Enligt gällande tysk rätt synes utgångspunkten vara att inflationsrisken principiellt ligger på borgenären; dvs den nominalistiska principen upprätthålls. Argumentet härför tycks enligt härskande mening vara att inflationsrisken är förutsebar.[233] Om således penningvärdeförsämringen dock är större än vad vad borgenären normalt anses böra räkna med kan jämkning komma i fråga. Osäkerheten består i fråga om hur stor penningvärdeförsämringen måste vara. Som tumregel har angivits att en absolut inflation om 100% och en relativ inflation om 20-25% per år tyder på att jämkning kan komma ifråga.[234] Penningvärdeförsämringar på grund av ändrade växelkurser synes så vitt fråga är om ömsesidiga avtal kunna beaktas i större utsträckning.[235]

53-045 Vid jämkning på grund av ökade prestationskostnader som beror på allmänna marknadsförhållanden synes man i tysk rätt vara tämligen återhållsam. Allmänt sett krävs att prestationskostnadsökningen skall ha varit oförutsebar och att löftesgivaren inte skall kunna anses ha åtagit sig att bära risken härför enligt någon bestämmelse i avtalet. Som exempel kan anföras WM 1964 s 1253, där ökade lönekostnader inte föranledde jämkning.

En byggnadsfirma (löftesgivaren) hade ingivit anbud på en entreprenad och kalkylerat med endast 2% vinst (ca DM 70.000). På grund av lönekostnadsökningar skulle avtalet istället sannolikt leda till en förlust om ca DM 80.000. *Bundesgerichtshof* fann att lönekostnadsökningarna var förutsebara vid avtalets ingående och att löftesgivaren härtill genom att ingå avtal till fasta priser accepterat en risk för ökade kostnader. Domstolen framhöll: "*Wer ein solches Risiko durch Vereinbarung von Festpreisen eingeht, kann nur ganz ausnahmsweise von den Festpreisen loskommen. Das kann ihm nicht schon deshalb ermöglicht werden, weil die Durchführung des Vertrags zu den vereinbarten Preisen statt*

[231] Se von Mehren & Gordley, s 1084 ff.

[232] Se Nussbaum, 206 ff. 1925 ingrep lagstiftaren med en lag om generell uppräkning av hypotekslån (*das Aufwärtungsgesetz*), vilken genom att den hade viss retroaktiv effekt i sin tur skapade nya problem. Se t ex Zweigert & Kötz, s 561.

[233] Se *Münchener Kommentar* § 242 Rn 565 ff.

[234] *Münchener Kommentar* § 242 Rn 550.

[235] Se *Münchener Kommentar* § 242 Rn 562.

des erhofften Gewinns einen Verlust bringt."[236] Domstolen fasthöll vid den i praxis tidigare utvecklade grundsatsen att det för jämkning på grund av *Wegfall der Geschäftsgrundlage* måste röra sig om "*eine derart einschneidende Änderung..., daß ein Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung zu einem untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin nicht mehr vereinbarenden Ergebnis führen würde.*"[237]

53-046 Inte heller föranledde oljekrisen och de därav följande kostnadsökningarna för ett fjärrvärmeverk jämkning, se BGH NJW 1977 s 2262, eller kostnadsökningar för ett företag pga övergång från det planekonomiska systemet i DDR till marknadsekonomi, se BGHZ 121, 378 (1993).

53-047 Om risken för ökade prestationskostnader eller inflation är förutsebar och också förutsedd krävs det i princip av löftesgivaren att han inför någon form av indexklausul i avtalet om han skall undgå risken. Om indexklausulen sedan visar sig ge ett dåligt skydd uppstår nya problem. I regel skall jämkning då inte komma ifråga.[238] En parallell till de amerikanska avgörandena i *Aluminum Corp. of America v. Essex Group Inc* och *Northern Indiana Public Service Co (NIPSCO) v. Carbon County Coal Company* är de tyska rättsfallen BGHZ 81, 135 (1981) och WM 1973 s 839.

WM 1973 s 839 gällde ett avtal ingånget 1955, enligt vilket en part gav medkontrahenten en option att förvärva en fastighet från och med 1970. Optionspriset var indexjusterat. Med indexjustering blev priset DM 11,57/m^2. Marknadspriset var minst DM 100/m^2. *Bundesgerichtshof* jämkade inte avtalet; parterna ansågs ha räknat med att fastighetens värde skulle kunna öka genom att de tagit in en indexklausul i avtalet. Det spelade därvid ingen roll om värdestegringen blivit större än beräknat eller att indexklausulen inte förmådde spegla den faktiska värdeökningen.[239]

53-048 BGHZ 81, 135 (1981) utgör möjligen ett undantag grundat på individuell utfyllnad.[240]

Här gällde det ett tomträttsavtal (*Erbbaurecht*) slutet för en tid av 99 år. Parterna hade enats om en fast avgäld. Fastighetsägaren skulle dock istället för avgälden kunna utkräva en viss mängd råg. Parterna ansågs ha antagit att rågpriset skulle följa utvecklingen av de allmänna levnadsomkostnaderna. Rågpriserna förblev

[236] WM 1964 s 1253 på s 1254.
[237] WM 1964 s 1253 på s 1254.
[238] Se *Münchener Kommentar* § 242 Rn 551.
[239] Se härtill *Münchener Kommentar* § 242 Rn 573. Jfr. dock *Münchener Kommentar* § 242 Rn 599 med hänvisning till BGH BB 1970 s 1192, där en stor och oförutsedd värdeökning på en bolagsandel skall ha tillagts relevans.
[240] Se härtill Larenz, s 331 f.

dock oförändarde på grund av statligt understöd till jordbrukssektorn. *Bundesgerichtshof* ansåg att parterna med rågklausulen åsyftat att åstadkomma en följsamhet med den allmänna prisutvecklingen. Eftersom klausulen inte åstadkom detta, förelåg en lucka i avtalet. Det ansågs vara möjligt att intolka ett förbehåll (*Leistungsvorbehalt*) i avtalet för den uppkomna situationen.

5.3.3 Den svenska rättsutvecklingen före 36 § avtalslagen

53-049 Ideér om det rättvisa priset förekom möjligen i svensk rätt under medeltiden. I Magnus Erikssons stadslag, köpmålabalken flock 19, heter det exempelvis att de som säljer och de som köper skall få "fult geen fullo".[241] Industrialismens och näringsfrihetens genombrott på 1800-talet torde dock ha lett bort från sådana föreställningar om att avtal måste bygga på objektivt sett rättvisa värden.

53-050 I motiven till den svenska avtalslagen framgår dock att en bristande balans mellan prestation och vederlag kan ha betydelse för avtalets giltighet.[242] Uttalandet synes inte vara begränsat till viljefel som förelegat vid avtalets ingående, utan tycks också inbegripa avvikelser från vad vi här valt att kalla den substantiella rättvisan.

53-051 Att domstolen skulle ha möjligheter att tillgripa jämkning förefaller inte ha avsetts, men i det praktiska rättslivet gjorde sig uppenbarligen snart ett behov gällande att kunna jämka långvariga avtal, i vart fall gäller detta hyresavtal när hyresvärden drabbades av ökade uppvärmningskostnader och liknade. I dansk rätt infördes en begränsad möjlighet till jämkning av hyresavtal redan 1917.[243] I svensk rätt infördes 1939 en vidare gående jämkningsregel med avseende på otillbörliga villkor i hyresförhållanden i 3:43 nyttjanderättslagen. Regeln kom under krigsåren i flera fall att användas så att löftesmottagarens/hyrestagarens förpliktelse att utge hyra jämkningsvis ökades.[244] Regeln bibehölls vid införandet av jordabalken (12:64 JB) och utsträcktes där även till arrendeförhållanden (8:27 JB).[245] Dessa särskilda jämkningsregler har utgått ur jordabalken i sam-

[241] Se Holmbäck & Wessén, s 121 med not 119.
[242] Se t ex NJA II 1915 s 251.
[243] Se Steglich-Petersen, s 16.
[244] För en översikt över rättspraxis se SOU 1974:83 s 63 ff.
[245] Jämkning av otillbörliga villkor i arrendeförhållanden hade dessförinnan i ett fall (NJA 1948 s 138) företagits utan uttryckligt lagstöd. Jämkningen grundades dock inte på ändrade förhållanden utan utlöstes av enuntiativt uppträdande på löftesmottagarens sida. Se härtill SOU 1974:83 s 63.

band med ikraftträdandet av 36 § avtalslagen.[246]

53-052 Bredvid de mer eller mindre allmänna jämkningsregler som över tiden upptagits i svensk rätt – 34 § försäkringsavtalslagen, 8 § skuldebrevslagen, 3:43 nyttjanderättslagen, senare 8:27 och 12:64 JB, 8 § i den upphävda avbetalningsköpslagen (1915:219) och 29 § upphovsrättslagen (1960:729) och som sedermera ersatts av 36 § avtalslagen märks stadganden som inte uttryckligen nämner jämkning som rättsföljd, men vilkas tillämpning likafullt leder till en lättnad i löftesgivarens prestationsförpliktelse och därmed medför en riskdelning. Som exempel kan nämnas 45 § 2 st försäkringsavtalslagen (nedsättning av försäkringsgivarens ansvar på grund av fareökning) och 13:15 st 2 och 14:20 st 2 sjölagen (substituthamn).[247] Även om det är möjligt att bereda löftesgivaren en sådan lättnad enligt 36 § avtalslagen, tycks det i praxis, inom det här studerade avsnittet av avtalsrätten, saknas exempel på att så skett. Praxis rör istället löftesgivarens anspråk på att löftesmottagarens vederlagsförpliktelse skall öka.

53-053 I svensk rätt framskymtar en benägenhet att göra åtskillnad mellan dessa bägge jämkningsformer och svenska domstolar synes inte utan direkt lagstöd ha velat använda jämkningsinstrumentet för att öka löftesmottagarens förpliktelser.[248] Som exempel på denna avvisande hållning kan anföras de tidigare omnämnda avgörandena i NJA 1946 s 679 (*Tjänstemännens egnahemsförening vid Storängen m.b.p.a ./. Järnvägs AB Stockholm-Saltsjön*) och NJA 1956 s 136 (*Motala ströms kraft AB ./. David Andersson*).[249]

53-054 I en dom rörande verkan av inflation kan dock påvisas att löftesmottagarens vederlagsförpliktelse ökats utan lagstöd genom vad som får anses vara jämkning. I NJA 1930 s 507 I (*Mauser-Werke Aktiengesellschaft ./. Arméförvaltningen*) hänvisar HD till "allmänna civilrättsliga grundsatser" innebärande att löftesmottagaren ansågs skyldig att utge ett skäligt vederlag för löftesgivarens prestation. Domen har sin bakgrund i den tyska hyperinflationen och det läge som uppstod efter det att Tyskland den 11 oktober 1924 återinförde guldmyntfoten, som avskaffats 1914. Den

[246] Jfr. dock specialstadgandet i 35 § norska husleieloven.

[247] Jfr. avsnitt 4.3.4.2.1.

[248] Se t ex Rodhe, *Jämkning*, s 33.

[249] Beträffande äldre nordisk praxis, se Sevón, NJM 1978 Bil 3 s 14 ff. Se även NJM 1978 s 131 beträffande Island. Se även RG 1976 s 650 (*Esso*-skiljedomen) där en norsk skiljenämnd ansåg att en ökning av råoljepriset (300-400%) medförde rätt för en leverantör av nafta (Esso) att höja priset med 100% vid sina leveranser till ett kommunalt gasverk. Se härtill Küger, *Kontraktsrett*, s 718. Se även Ramberg, *Avtalsrätt*, s 225 f.

nya lagstiftningen innebar att gamla marksedlar motsvarande 1.000.000.000.000 Mark skulle gälla lika mycket som 1 Reichsmark.

> *Mauser-Werke Aktiengesellschaft ./. Arméförvaltningen* rör inverkan av denna valutaförändring på ett licensavtal avseende vapentillverkning. Den svenske licenstagaren hade åtagit sig att utge 1,5 Mark för varje tillverkat vapen. Licensavgiften skulle utges den 15 januari vart år och var baserad på det antal vapen som licenstagaren räknade med att tillverka under året. Licensavgifter för åren 1923–1925 utgavs inte; licenstagaren hävdade att fordran hade utplånats på grund av penningvärdeförsämringen. Licensgivaren krävde att få ut licensavgifternas nominella värde i den nya valutan, *Reichsmark*. HD fann att licenstagaren skulle utge ett skäligt vederlag för rätten att tillverka vapen. HD beaktade att licenstagaren kunde tillgodogöra sig ett värde som inte berördes av markvärdets nedgång och fann därför att licensgivaren ägde fordra ett belopp som till fullo motsvarade värdet av de utfästa licensavgifterna före nedgången av markvärdet. HD fann emellertid också att om licenstagaren rättidigt betalat licensavgiften den 15 januari 1923, så skulle licensgivaren ha fått vidkännas en värdeminskning på detta belopp. HD förpliktade därför licenstagaren att utge endast hälften av det nominella beloppet för 1923 i *Reichsmark*. För 1924 och 1925 bifölls licensgivarens talan.

53-055 I domskälen omnämns att *Reichsgericht* i ett avgörande 1923 förklarat att det skulle strida mot tro och heder att återbetala en före nedgången av myntvärdet uppkommen skuld med det nominella beloppet och att skulden därför borde uppräknas.[250] Förmodligen åsyftas det ovan refererade avgörandet i 107 RGZ 78 (1923). HD kan ha tagit intryck av detta och licensgivarens argument att en "[b]etalning i nuvarande mark skulle i värde alldeles motsvara den betalningsprestation som förvaltningen åtagit sig enligt kontraket."[251] Det avgörande för utgången synes ha varit att licenstagarens nytta av licensgivarens prestation inte berördes av försämringen av den tyska valutans värde. En förlust av nytta i förhållande till läget när avtalet ingicks skulle således uppstå för licensgivaren endast om licenstagaren hade sluppit att utge några licensavgifter för de aktuella åren. Både förlustminimerings- och ekvivalenssynpunkter kan således ha inverkat på utgången.

53-056 HD har tydligen i princip ansett att licensgivaren inte skulle bli överkompenserad; licenstagarens betalningsdröjsmål kunde ha lett till att licensgivaren undgått den värdeförsämring som skulle ha drabbat honom vid rättidig betalning. HD nedsatte därför den betalning som skulle ha erlagts den 15 januari 1923 till hälften. Denna nedsättning tycks ha skett

[250] NJA 1930 s 507 I på s 511.
[251] NJA 1930 s 507 I på s 510.

helt skönsmässigt. Tydligen besvärades HD inte av att en betalning den 15 januari 1924, det vill säga före den nya lagens ikraftträdande, likaledes skulle ha inneburit en värdeminskning för licensgivaren.

53-057 Någon utredning i målet rörande hur stor värdeminskning licensgivaren skulle ha råkat ut för vid rättidig betalning synes inte ha förebringats. Det kan i detta sammanhang erinras om att den tyska inflationen tog verklig fart vid årsskiftet mellan 1922 och 1923. Det genomsnittliga värdet av en marksedel var i december 1922 omkring 1/1.475 av markens värde 1913 eller markens värde efter valutareformen. I januari hade värdet sjunkit till omkring 1/4.000. I slutet av november 1923 var värdet – som nämnts – endast 1/1.422.900.000.000.[252] Det tycks således som om licensgivaren blev kraftigt överkompenserad när det gäller 1923 och 1924 års betalningar.[253] Häri ligger enligt min uppfattning avgörandets jämkningselement.

53-058 De sakomständigheter som redovisas i rättsfallsreferatet medger inte några slutsatser i fråga om till vilket resultat en tillämpning av rekonstruktionsmodellen (riskspridningsrekvisitet) hade lett. Det kanske inte heller är av praktiskt intresse, eftersom – om motsvarande situation skulle uppstå idag – det ter sig naturligt att tillmäta avsaknaden av en klausul till skydd mot valutaförändringar betydelse i riskallokeringshänseende. Detta är inte lika naturligt när det gäller avtal som ingåtts 1895, då inflationen som fenomen var betydligt mindre känd än idag. Avsaknaden av en valutaförändringsklausul gör det så att säga lättare att låta licensgivaren bära inflationsrisken i ett avtal ingånget idag. Därmed är dock inte sagt att jämkning skall vara utesluten när inflationen blir oförutsett hög.[254]

53-059 I ett fall som det ovan diskuterade har det funnits särskilt god anledning att undersöka resultatet av en sådan riskallokering och anbringa förlustminimerings- och ekvivalensprinciperna. Vanligen innebär inträffandet av en nyttominskande omständighet att en förlust uppstår oavsett hur risken allokeras; frågan är då vem som skall drabbas av förlusten i ett nollsummespel. Den situation som förelåg i NJA 1930 s 507 I var annorlunda. Endast om licensgivaren fått bära risken för valutaförändringen,

[252] Se, von Mehren & Gordley, s 1088 ff med hänvisning till Graham, *Exchange, Prices, and Production in Hyper-Inflation Germany, 1920-1923* s 156 ff. (1930).

[253] Domen har ansetts innebära en uppräkning av skulden; se Almén & Eklund, § 30 not 31 och Walin, s 61 not 7. Tanken att HD företagit en uppräkning beror på att HD tillämpat den tyska omräkningsregeln, men ändå dömt ut ett större penningbelopp än som skulle ha följt direkt av omräkningsregeln.

[254] Se avsnitt 5.3.4.1.

skulle en förlust av nytta ha uppstått i förhållande till den balans mellan prestation och motprestation som rådde när avtalet ingicks. HD har således utnyttjat tillfället att undvika en förlust av nytta och har istället eftersträvat en värdemaximering *ex post* genom utfyllnad.

53-060 Det är belysande att jämföra *Mauser-Werke Aktiengesellschaft ./. Arméförvaltningen* med NJA 1930 s 507 II (*civilassessorn W.R. Ditzinger ./. Försäkringsaktiebolaget Skandia*), som hade samma bakgrund i den tyska hyperinflationen.

> En försäkringtagare hade under 1917 betalat en engångspremie om 35.715 Mark till Skandia mot löfte om utbetalning av 50.000 Mark under 1927. Frågan var om Skandia skulle behöva infria sitt försäkringslöfte i värdet av valutan före eller efter den nya tyska valutalagstiftningen. HD fann att Skandias löfte avsåg den tyska myntenhet som gällde när avtalet ingicks och att den nya lagens omräkningsregel medfört att försäkringssumman inte motsvarade något värde i *Reichsmark* (5/100.000.000 Reichsmark). HD prövade därefter om någon betalningsskyldighet ändå åvilade Skandia enligt "svensk rätts grundsatser", men fann att så inte var fallet.

53-061 HD:s domskäl är tämligen intetsägande. Möjligen har HD grundat domen på Skandias argument:

> "Enligt de principer, som måste tillämpas vid livförsäkring, tecknad i främmande valuta, hade försäkringsanstalten att tillse, att för dess skuld i främmande valuta alltid funnes full täckning i samma valuta. Försäkringstagaren måste själv bära valutarisken; försäkringsgivaren kunde endast svara för den försäkringstekniska risken."[255]

53-062 Mot detta står i sådant fall argumentet att Skandia marknadsfört en försäkring att betalas i tyskt mynt utan att ha friskrivit sig från risken för valutaförändringar och att försäkringsbolaget säkerligen är den bättre riskspridaren.[256]

53-063 Utan hänsyn till om detta föresvävat HD kan NJA 1930 s 507 II tolkningsvis motiveras med att försäkringstagaren Ditzinger framstod som riskbenägen. Den tyska inflationen hade blivit märkbar redan under 1917, det vill säga att risken för en fortsatt penningvärdeförsämring var förutsebar det år försäkringen tecknades. Härtill kommer att tecknandet av en försäkring i utländsk valuta rimligen redan på den tiden måste anses ha inrymt ett spekulativt moment: Om Markens värde 1927 hunnit återhämta sig mot kronan hade försäkringstagaren gjort en kursvinst. Det kan mycket

[255] NJA 1930 s 507 II på s 513.
[256] Jfr. försäkringtagarens argumentation i NJA 1930 s 507 II på s 513.

väl ha varit detta som Ditzinger hoppades på och som gjorde att han valde en tysk framför en svensk försäkring.

53-064 I övrigt kan *Mauser-Werke*-domen särskiljas från *Ditzinger*-domen, genom att HD i *Ditzinger*-domen ställts inför den typiska frågan vem som *ex post* skulle drabbas av en förlust i ett nollsummespel. HD synes i *Ditzinger*-domen, till skillnad mot i *Mauser-Werke*-domen, inte ha haft någon möjlighet att eliminera löftesgivarens nyttoförlust genom jämkning utan att samtidigt försämra för löftesmottagaren i förhållande till hans läge *ex ante*.

53-065 *Mauser-Werke*-domen kan i detta hänseende jämföras med NJA 1956 s 136 (*Motala ströms kraft AB ./. David Andersson*),[257] där HD inte medgav jämkning trots att den begärda jämkningen sannolikt skulle ha eliminerat kraftbolagets/löftesgivarens nyttoförlust utan att försämra läget för löftesmottagaren i förhållande till hans läge *ex ante*. HD får i och med uttalandet i målet, att kraftbolaget inte kunde ha åtagit sig att utan begränsning i tiden vidmakthålla ledningen, i praktiken anses ha hänvisat bolaget och samtliga löftesmottagare/tomtägare till omförhandlingar utförda mot bakgrund av att bolaget kunde upphöra med sin skötsel av ledningen. Sådana omförhandlingar hade uppenbarligen lyckats med alla tomtägare utom en, David Andersson. Av referatet framgår inte huruvida det varit praktiskt möjligt för bolaget att upphöra med skötseln av enbart den ledning som var avsedd för David Andersson. Om så inte varit fallet, borde frågan ha varit: hur nu göra med David Andersson? HD synes inte ha ställt sig denna fråga, varför effekten av HD:s dom – med nu angiven utgångspunkt – blir att bolaget för att få full kostnadstäckning och undvika en förlust måste kräva att de kostnader som var hänförliga till David Andersson skulle delas mellan de övriga tomtägarna. Om de övriga tomtägarna inte vore villiga att bära David Anderssons kostnader måste bolaget för att undvika förlust upphöra med underhållet av ledningarna och detta trots att alla tomtägare utom en kunde tänkas vara villiga att utge kompensation för sina egna kostnadsökningar. Enligt min uppfattning kan ifrågasättas om inte jämkning i ett sådant läge hade varit ett samhällsekonomiskt optimalt alternativ.

53-066 Dessa avgöranden kan också jämföras med NJA 1946 s 679 (*Tjänstemännens egnahemsförening vid Storängen m.b.p.a ./. Järnvägs AB Stockholm-Saltsjön*).[258] Det kan noteras att Just.R Karlgren, som biträtt

[257] Se 52-025 ovan.
[258] Se 52-024 ovan.

domskälen i NJA 1956 s 136 var skiljaktig i NJA 1946 s 679, där han ville diktera ett nytt avtal åt parterna. I ett särvotum till NJA 1956 s 136 förklarade han att omständigheterna i NJA 1956 s 136, bl a avtalets innebörd och tiden för dess tillkomst – 1929, inte kunde anses jämförliga med 1946 års fall. Distinktionen är inte alldeles lätt att förstå och hans hållning i 1946 års fall kan tyckas strida mot hans uttalanden i NJM 1951 s 208 f om att omgestaltning av avtal som medförde att en kontrahent fick ökad prestationsskyldighet inte borde få förekomma. Möjligen skall Karlgrens uppfattning förstås så, att det särskiljande för 1956 års fall var att tomtägarna enligt avtalet var förpliktade att bruka ledningarna så länge de vidmakthölls. En ökning av avgiften hade därför inneburit en ökning av tomtägarnas prestationsskyldighet. I 1946 års fall fanns däremot inte någon motsvarande skyldighet för medlemmarna i Tjänstemännens egnahemsförening att utnyttja de erbjudna persontransporterna. De boende kunde ju ta sig in till Stockholm på annat sätt än med järnvägen om de ansåg att biljettpriset blivit för högt.

53-067 Även i 1946 års fall synes HD ha haft en möjlighet att eliminera löftesgivarens nyttoförlust genom att medge jämkning utan att försämra läget för löftesmottagaren i förhållande till läget *ex ante*. Belysande för detta är att HovR:n fann det tala för bolagets ståndpunkt, att biljettprisbestämmelserna inte innebar någon särskild ekonomisk förmån för föreningsmedlemmarna när avtalet ingicks. En höjning av biljettpriserna torde därför ha återställt den ursprungliga balansen i avtalet. Den riskallokering som ansågs avtalad tilläts dock medföra en förlust av nytta för bolaget och motsvarande vinning för föreningsmedlemmarna. Enligt min uppfattning är HD:s ståndpunkt riktig när det gäller avtalsförhållanden där parterna enats om en lång avtalstid som ett led i en spekulation eller när avtalsvillkoren avser att etablera en nominell prisstabilitet.

53-068 Förhållandena i NJA 1946 s 679 tyder emellertid inte på att järnvägsbolagets utfästelse om fasta biljettpriser varit ett led i en spekulation om den framtida prisutvecklingen på persontransporter med järnväg.

53-069 Det är naturligare att uppfatta avtalet innebära en utfästelse från bolaget att de boende skulle ha tillgång till allmänna kommunikationer till Stockholm på sedvanliga villkor och att bolaget inte skulle utnyttja sin naturliga monopolställning beträffande allmänna kommunikationer och höja priserna sedan de boende väl etablerat sig. Biljettprisbestämmelserna kan mycket väl ha syftat till att gardera medlemmarna mot denna risk, snarare än att etablera en nominell prisstabilitet. Mot att en nominell prisstabilitet åsyftats talar också de fakta som utvisar att bolaget avsett att

biljettpriset skulle ge kostnadstäckning, dels att biljettpriset vid avtalets ingående var marknadsmässigt, dels att bolaget förbehållit sig rätten att upphöra med transporterna om antalet boende sjönk under ett visst minsta antal.

53-070 HD synes ha valt att grunda sin dom på bolagets uppträdande *ex post*, varav framgick att bolaget inte ansåg sig ha rätt att höja biljettpriserna utan föreningens godkännande. Enligt min åsikt borde detta inte utesluta jämkning när ett avtal av allt att döma inte är avsett att fungera som ett instrument för vadslagning om den framtida prisutvecklingen. Innebörden av att bolaget enligt avtalet skall bära risken bör i ett sådant fall vara mer begränsad: Löftesmottagaren skall få den nytta av avtalet som han med fog kunnat räkna med vid avtalets ingående och inte behöva drabbas av förluster i förhållande till läget *ex ante*. En justering av biljettpriserna, så att det ursprungliga förhållandet mellan prestation och vederlag återställts, borde därför ha kunnat ske utan att den avtalade riskfördelningen skulle rubbas på ett sådant sätt att tilliten till att avtal kommer att hållas skulle riskera att minska.

5.3.4 36 § avtalslagen

5.3.4.1 Risken för inflation

53-071 Det har i det föregående sagts att jämkning enligt läran om *Geschäftsgrundlage* vid ekvivalensstörningar inte åsyftar att upprätthålla ett visst objektivt sett rättvist förhållande mellan prestation och vederlag, utan att jämkningen åsyftar att återställa det förhållande mellan prestation och vederlag som parterna ursprungligen valt. Denna målsättning synes också ligga till grund för jämkning enligt 36 § avtalslagen.[259]

53-072 Förhållandena i NJA 1979 s 731 (*Magnus Magnusson & al. ./. makarna Ålgren & makarna Lundström*) är belysande för detta. Den ursprungliga relationen mellan prestation och vederlag blev bestående efter jämkning trots att det vederlag som betingats hävdades vara oskäligt lågt.

> Målet rörde jämkning av ett arrendeavtal avseende en tomt för fritidsbostad slutet 1960 för en tid av 49 år. Arrendeavgiften var 50 kronor per år. Kärandena yrkade att avgiften för två arrendatorer skulle jämkas till 350 kronor respektive 400 kronor samt att arrendeavgiften skulle följa förändringen i konsumentpris-

[259] Se 53-039 ovan. Beträffande den grundläggande skillnaden mellan läran om *Geschäftsgrundlage* och 36 § avtalslagen, se Hellner, *HD och avtalsrätten,* s 222.

index. Som grund för yrkandet om höjning av arrendeavgiften åberopades att avgiften redan vid avtalets tillkomst varit oskäligt låg, att arrendetiden var lång, att kostnaderna för fastigheten och priserna i allmänhet hade ökat samt att också ortens pris för jämförliga bostadsarrenden hade stigit. Kärandena hävdade att den snabba inflationstakten gjorde det oskäligt att avtalet inte innehöll en indexklausul. Parterna var ense om att av kostnadsökningen var ca SEK 100 hänförliga till vart och ett av arrendeställena. Arrendatorerna vitsordade en ökning av arrendeavgiften till SEK 150 för att täcka jordägarens ökade kostnader och den allmänna prisutvecklingen, men bestred att avgiften skulle knytas till index. HovR:n, vars dom fastställdes av HD, fann det inte vara visat att avgifterna varit oskäligt låga med hänsyn till avtalens innehåll eller omständigheterna i övrigt och att arrendatorernas medgivande till en viss ökning av arrendeavgiften innefattade ett hänsynstagande till ökade kostnader och den allmänna prisutvecklingen. HovR:n fann varken den långa arrendetiden eller ortens pris utgöra skäl för ytterligare höjning av avgiften. Det ansågs inte heller oskäligt att avtalet saknade en indexklausul.

53-073 Av fallet framgår inte huruvida jämkning skulle ha skett om inte arrendatorerna genom vissa medgivanden förklarat sig villiga att ta hänsyn till "ökade kostnader och den allmänna prisutvecklingen".[260] Mot en jämkning i ett sådant läge talar förhållandet att arrendatorerna ingått avtalet till ett fast pris, vilket, om risken för kostnadsökningar under de kommande 49 åren var förutsebar när avtalet ingicks (1960), skulle tyda på en avtalad riskdelning.[261]

53-074 Jämkning borde då ske endast om omfattningen av kostnadsökningarna varit oförutsebara och löftesmottagarna/arrendatorerna skulle göra en oförutsedd vinning på jordägarens bekostnad. Inget i referatet tyder på att så skulle ha varit fallet. För jämkning borde härtill, enligt det synsätt som här förfäktas, krävas att avtalet kan anses inrymma ett krav på samverkan *ex post* för att det skall kunna fylla sitt syfte. Detta torde i regel inte vara fallet med arrendeavtal; sådana avtal framstår närmast som exempel på en klassisk bytestransaktion. Jämkning borde därför vara utesluten och riskallokeringen ske med hjälp av rekonstruktionsmodellen. När det gäller relevansen av inflation torde i regel inte något annat rekvisit i rekonstruktionsmodellen än riskspridningsrekvisitet ge vägledning. Om inte heller detta rekvisit ger vägledning är det som ovan uttalats egalt vem som

[260] Jfr. RG 1990 s 1094 och RG 1991 s 794. Se härtill Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 187.

[261] Jfr. RG 1993 s 106 där jämkning inte medgavs på grund av att inflationsrisken ansågs ha varit förutsebar när avtalet ingicks. Jfr. även UfR 1987 s 711 V där jämkning enligt 36 § i den danska avtalslagen inte medgavs arrendatorn i ett arrendeavtal avseende fritidshus slutet för en tid av 49 år. Se härtill Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 184 f.

bär risken, men i förutsebarhetens intresse bör, som tidigare framhållits, grundregeln upprätthållas.

53-075 I norsk rätt finns dock exempel på att arrendeavtal till fasta priser jämkats när arrendatorerna inte, som i NJA 1979 s 731, medgivit viss uppjustering av arrendet. I Rt 1988 s 276 (*Røstad*-domen) framstår 36 § avtalslagen som ett instrument för att genombryta grundregeln och åstadkomma en värdemaximerande riskallokering genom jämkning. I det andra avgörandet, Rt 1988 s 295 (*Skjelviks*-domen), framstår stadgandet däremot som ett redskap för att åstadkomma motsatt resultat. Bägge målen avgjordes i plenum och innebar en förändring i förhållande till den i Rt 1958 s 529 (*Madla*-domen) knäsatta nominalistiska principen.[262]

I Rt 1988 s 276 (*Røstad*-domen) jämkades ett arrendeavtal ingånget 1899. Arrendet var satt till NOK 200/år och avtalet var ouppsägbart för jordägaren, men gav arrendatorn (staten/försvarsdepartementet) rätt att säga upp avtalet med ett års uppsägningstid. Jordägaren yrkade att arrendet skulle uppjusteras till NOK 54.000 och att framtida uppjustering av arrendet skulle ske enligt konsumentprisindex. *Høyesterett* fann att det ursprungliga arrendet idag motsvarade NOK 5.000 och att penningvärdeförsämringen som ägt rum framförallt sedan slutet av 1950-talet medfört en "*ekstrem ubalanse*" (s 285) mellan prestation och vederlag. *Høyesterett* fann också att parterna inte bort förutse denna penningvärdeförsämring. För jämkning ansågs slutligen tala att avtalet inte kunde sägas upp av jordägaren. Arrendet sattes till NOK 5.000 med framtida justering enligt konsumentprisindex.

53-076 Rt 1988 s 276 (*Røstad*-domen) innebar att grundregeln genombröts genom att inflationsrisken placerades på löftesmottagaren/arrendatorn (*ex nunc*). Med utgångspunkt i *Høyesteretts* ståndpunkt att inflationen inte varit förutsebar när avtalet ingicks (1899), dvs att avtalets bestämmelse om fast arrende inte kunde anses som en avtalad riskfördelning, torde en tillämpning av rekonstruktionsmodellens riskspridningsrekvisit ha lett till samma resultat.

53-077 Arrendatorn/staten hade ingått ett flertal likartade arrendeavtal och kunde därför sprida kostnaderna för en värdering av inflationsrisken. Härtill kommer att arrendatorn torde ha haft bättre möjligheter att försäkra sig mot inflationsrisken genom att själv arrendera ut statlig mark. Typiskt sett torde det också förhålla sig så, att staten är mindre riskaversiv än en enskild jordägare. Allt detta talar sammantaget för att arrendatorn/-

[262] Se även RG 1991 s 445, RG 1992 s 1225, RG 1993 s 705, Rt 1992 s 1387 och Rt 1992 s 1397. Se härtill Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 193 ff. Senare har tillkommit Rt 1995 s 674.

staten skall anses närmare att bära risken för den i avtalet oreglerade inflationsrisken.[263]

53-078 Med tanken på att 36 § avtalslagen här använts för att placera risken för inflation på löftesmottagaren/arrendatorn, framstår stadgandet inte som ett instrument för riskdelning utan som ett instrument för att åsidosätta en riskallokering som visserligen följer direkt av avtalets objektiva förklaringsinnehåll, men som inte torde kunna grundas på partsviljan sådan den såg ut år 1899, när avtalet ingicks. Detta kan också uttryckas så att 36 § avtalslagen fungerar som ett instrument för att åstadkomma en värdemaximerande riskallokering genom utfyllnad.

53-079 Domstolen synes emellertid ha försett stadgandet i denna funktion med en begränsning: domskälen ger intryck av att det skulle krävas en "*ekstrem ubalanse*" mellan prestation och vederlag innan det objektiva förklaringsinnehållet kan frångås genom jämkning, så att en värdemaximerande riskallokering kan åstadkommas.[264] Ett sådant krav har påtagliga likheter med det i omöjlighetsläran och kontrollansvarsregeln förekommande kravet att en offergräns måste överskridas innan ökade prestationskostnader kan ges relevans. Jag har ovan uttalat att offergränstanken utgör ett hinder mot en värdemaximerande riskallokering och att tanken *de lege ferenda* borde överges. Vid en tillämpning av kontrollansvarsregelns aktivitetsrekvisit är vi hänvisade till att låta riskallokeringen påverkas av offergränstanken. Det är visserligen en nära till hands liggande möjlighet att uttyda oskälighetsrekvisitet i 36 § som innebärande ett krav på att de ändrade förhållandena skall ha medfört att löftesgivarens fortsatta prestationsskyldighet innebär att offergränsen överskrids. Det är dock inte nödvändigt att inläsa denna begränsning.

53-080 När 36 § kan tjäna som ett redskap för att åstadkomma en värdemaximerande riskallokering såsom i *Røstad*-domen, bör därför *de sententia ferenda* inte något krav upprätthållas på att en extrem obalans mellan prestation och vederlag skall ha uppstått innan jämkning kan ske. I andra fall, när stadgandet fyller en funktion som *riskdelare* är det däremot önskvärt att kräva att de ändrade förhållandena skall ha medfört att förhållandet mellan prestation och vederlag råkat i obalans och att löftesgivaren drabbats av en förlust medan löftesmottagaren gjort en oförutsedd vinning.

I Rt 1988 s 295 (*Skjelviks*-domen) jämkades ett tidsobegränsat (ouppsägbart)

[263] Se Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 189 ff.

[264] *Høyesterett* uttalar inte att detta skulle vara ett krav, men uttalar väl (på s 285) att en sådan obalans "*må være et vesentlig moment i forhold til § 36.*"

arrendeavtal ingånget 1955. Avtalet saknade bestämmelser om justering av arrendet, som var satt till NOK 98,20/år. *Høyesterett* fann att realvärdet av det ursprungliga arrendet hade sjunkit till 1/7. *Høyesterett* beaktade att inflationen som fenomen var betydligt bättre känd 1955 än 1899 (det år då avtalet i *Røstad*-domen ingicks), men ansåg ändå att avsaknaden av en bestämmelse om justering av arrendet inte kunde anses innebära att parterna avsett att jordägaren skulle bära risken för inflation. Avgörande för detta betraktelsesätt synes ha varit att avtalet slutits på bas av ett tryckt formulär utan att parterna biträtts av juridiska ombud och att bestämmelser om justering av arrenden då var mycket ovanliga på orten.

53-081 Även domen i Rt 1988 s 295 (*Skjelviks*-domen) innebar att grundregeln genombröts genom att inflationsrisken placerades på löftesmottagaren/arrendatorn (*ex nunc*). Medan riskallokeringen i *Røstad*-domen kan försvaras med argumentet att löftesmottagaren/arrendatorn var den bättre riskspridaren, synes utgången i *Skjelviks*-domen ha varit den motsatta. Löftesgivaren/jordägaren hade ingått åtta likartade avtal och måste anses ha vida bättre möjligheter än de enskilda arrendatorerna att bedöma det negativa värdet av inflationsrisken, varför han också borde ha kunnat bära risken mot ett lägre vederlag än löftesmottagarna. Med Wilhelmsen kan sägas:

> *"Dette betyr att det i motsetning til Røstadsaken i dette tilfellet var bortfesteren som kunne fordele kostnader ved en eventuell sannsynlighetsberegning over flere avtaler, og dermed oppnå en lavere belastning pr. avtale enn om den enkelte fester skulle foretatt en slik vurdering. Samtidig må man kunne legge til grunn at mens både bortfester og fester hadde mulighet for å vurdere tapet på den aktuelle festeavtale dommen angikk, hade bortfesteren bedre grunnlag for å vurdere størrelsen på sitt totale tap. Dette tapet var avhengig av bortfesterens totale eksponering gjennom samtlige festeavtaler og avkastningen ved alternativ bruk av tomterne – faktorer som bortfesteren må antas å kjenne bedre enn en enkeltstående fester."*[265]

53-082 Rt 1988 s 295 (*Skjelviks*-domen) synes innebära ett genombrott av grundregeln baserat på *Høyesteretts* uppfattning om vad som var rätt och billigt i det enskilda fallet, utan att hänsyn togs till om den resulterande riskallokeringen stod i överensstämmelse med samhällsekonomiska önskemål om värdemaximering *ex ante*. Utgången har otvivelaktigt påverkats av att arrendeavtalet var utan tidsbegränsning, men *obiter dicta* yttras att övervägandena bakom *Skjelviks*-domen också kan tillämpas på tidsbegränsade arrendeavtal när lång tid återstår tills avtalet löper ut.[266] På mot-

[265] Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 192 f.
[266] Rt 1988 s 295 på s 302.

svarande sätt torde det i viss mån ha bidragit till utgången i *Røstad*-domen att jordägaren saknade möjlighet att säga upp avtalet. Vi skall strax återkomma till en lång eller obegränsad avtalstid som särskilt jämkningsargument.[267]

5.3.4.2 Risken för ökade prestationskostnader

53-083 Såvitt jag kunnat finna, har risken för ökade prestationskostnader i avtal som saknat bestämmelser om kostnadsjustering i svensk praxis efter införandet av 36 § avtalslagen behandlats endast i ett par avgöranden, RH 1986:112 (*HB Folkareds Bygg ./. makarna N*) och NJA 1994 s 359 (*Borås kommun ./. Robert P*). RH 1986:112 rör närmast avtalstolkning och utfyllnad.

> RH 1986:112 gällde en tvist om huruvida ett entreprenadavtal (småhus) hade ingåtts till fast pris eller löpande räkning. Entreprenören ansågs inte ha bevisat att avtalet ingåtts på löpande räkning. Till grund för uppdraget låg en kalkyl som utvisade ett pris om SEK 560.000. HovR:n fann att avtalet var ingånget till fast pris, men att parterna varit införstådda med att inte helt låsa priset till det angivna beloppet. Priset jämkades uppåt med stöd av 36 § avtalslagen.[268]

53-084 Omständigheterna i NJA 1994 s 359 var mer särpräglade och det var ostridigt att det för jämkning aktuella avtalsvillkoret var oskäligt. Tvisten gällde närmast från vilken tidpunkt jämkning skulle ske.

> Det gällde ett avtal mellan Almedahl-Dalsjöfors AB och Toarps kommun ingånget 1954. Enligt avtalet överlät bolaget sina vattentäkter och vatten- och avloppsledningar till kommunen mot en köpeskilling om SEK 50.000. Som en del av vederlaget erhöll bolaget "befrielse från anslutningsavgifter för all framtid ävensom framtida årliga avloppsavgifter" för tolv stycken angivna fastigheter. Kommunen ansökte sedemera om att Statens va-nämnd skulle fastställa att ägarna till de uppräknade fastigheterna skulle vara skyldiga att, utan hinder av avtalet, utge brukningsavgifter för spillvattenavlopp enligt gällande va-taxa. Till stöd för att avtalet skulle jämkas anförde kommunen att dess kostnader hade ökat på grund av den lagstiftning med offentligrättsliga inslag om vatten och avlopp som införts efter avtalsslutet. Kostnadsökningarna berodde på att kraven på rening succesivt ökat. Enligt kommunen skulle härtill penningvärdeförsämringen sedan 1954 beaktas samt att avgiftsbefrielsen innebar ett åsidosättande av den kommunala likställighetsprincipen. Kommunen anförde slutligen att det över huvud taget måste anses orimligt med avtal utan tidsbegränsning. HD fann att varken den nya lagstiftningen eller likställighetsprincipen i och för sig utgjorde tillräckliga skäl för jämkning. HD jämkade ändå avtalet.

[267] Se 53-088 ff nedan.
[268] Jfr. dock RH 110:1985.

Som skäl för detta angavs att lagstiftningen inneburit att anslutna fastighetsägare skulle betala en taxa "efter skälig och rättvis grund" och att avtal i strid mot dessa taxebestämmelser i princip var förbjudna. Härtill kom enligt HD att skillnaden mellan avgiftsfrihet och skyldighet att betala enligt taxa med tiden blivit allt större beroende på penningvärdeförsämringen och gjorda investeringar i va-anläggningen. Avgift utgick i enlighet med vad svaranden i och för sig medgivit.

53-085 Avgörandet kan i princip sägas gälla risken för kostnadsökningar som betingas av tvingande offentligrättslig lagstiftning.[269] En jämförelse med RG 1985 s 507 är här av intresse.[270]

Inför försäljningen av ett antal tomter 1936 anlade fastighetsägaren ett eget vattenverk, eftersom någon samordnad kommunal vattenförsörjning då ännu inte var anordnad. 1940, efter det att kommunen anlagt ett eget vattenverk, ingick kommunen och de dåvarande 14 fastighetsägarna ett avtal vari kommunen åtog sig att leverera vatten mot en fast avgift om NOK 60/år oavsett förbrukning. Samtidigt fick kommunen rätt att lägga ner fastighetsägarnas privata vattenverk. 1980, dvs efter 40 år, ansökte kommunen om jämkning. Vattenavgiften hade stigit från NOK 0,25/^{3} till NOK 1,16/^{3} 1980 och förväntades under 1984 uppgå till NOK 3,30/^{3}. På grund av en kommande lagstiftning om att fastighetsägarna genom att betala vattenavgift skulle täcka alla kostnader i samband med vatten- och avloppsförsörjning kunde förutses att avgiften under 1985 skulle stiga till NOK 5,13/m^3. *Lagmansretten* fann med stöd av 36 § avtalslagen och förutsättningsläran att prisökningen (över 1.000%) medfört att balansen i avtalsförhållandet rubbats på ett sådant sätt att det vore orimligt att göra avtalets prisbestämmelse gällande.

53-086 Den av domstolarna företagna jämkningen i NJA 1994 s 359 och RG 1985 s 507 synes strida mot en värdemaximerande riskallokering. Avsteg från rekonstruktionsmodellen är inte heller motiverade med hänsyn till avtalets kontext. Det implicita jämkningsargumentet synes i bägge målen ha varit att löftesgivarnas offergräns överskridits (i NJA 1994 s 359 mer specifikt att offergränsen kunde anses överskridas vid en viss framtida tidpunkt) och att de övriga kommuninnevånarna tvangs bekosta de fördelar som tillkom de i målen aktuella löftesmottagarna. Detta framstår intuitivt som orättvist, men bör enligt min uppfattning inte i sig vara tillräckligt för att utlösa jämkning.

[269] Se Hellner, JT 1994-95 s 137 på s 140.

[270] Jfr. även resonemangen i WM 1978 s 1354 beträffande läran om *Geschäftsgrundlage* tillämpad på avtal mellan ett gruvföretag och en fastighetsägare om vattenleveranser till fasta priser. Gruvföretagets åtagande avsåg att ge kompensation till fastighetsägaren för att företagets verksamhet medfört att hans brunn sinat. BGH godtog ej *Oberlandesgerichts* jämkning utan återförvisade målet.

53-087 Löftesgivarna synes i bägge målen ha haft möjlighet att sprida kostnaderna för en värdering av kostnadsökningsrisken på ett flertal avtal. Detta har särskild betydelse i NJA 1994 s 359, där risken för en ändrad och kostnadsdrivande lagstiftning knappast kan ha varit oförutsebar för kommunen; 1955 års va-lagstiftning infördes kort efter avtalsslutet. Denna möjlighet till kostnadsspridning stod inte öppen för de enskilda fastighetsägarna. Härtill kommer synpunkten att löftesgivarna, som i bägge fallen var kommuner, kan antas vara både bättre riskspridare och mindre riskaversiva än de enskilda fastighetsägarna. Detta talar sammantaget för att löftesgivaren skall bära risken för de ökade prestationskostnaderna.[271] Mot jämkning i NJA 1994 s 359 talar härtill att den risk för penningvärdeförsämring som synes ha beaktats av HD rimligen borde ha tagits i beräkning av kommunen vid avtalets ingående. Jämkningen får därför sägas ha inneburit, inte bara att värdemaximeringsprincipen åsidosatts, utan även att en avtalad riskfördelning ändrats trots att något stöd för detta knappast kan inläsas i avtalets kontext.

53-088 Något bör här sägas om en lång eller obegränsad avtalstid som särskilt riskdelningsargument. Avtalstiden synes ha beaktats som ett riskdelningsargument, dock tillsammans med övriga omständigheter, i bägge de ovan behandlade avgörandena.

53-089 Avtalstiden i sig räcker dock inte för att utlösa jämkning. Detta fastslås uttryckligen i NJA 1994 s 359 där HD uttalade:

> "Som en omständighet till stöd för sin ståndpunkt att avtalet bör jämkas har kommunen anfört att det över huvud taget är orimligt med evighetsavtal av förevarande slag. Här kan till en början anmärkas att det visserligen ofta föreligger skäl för jämkning av avtal om ett framtida tillhandahållande av tjänster m m och som föreskriver för all framtid att ingen eller en viss fast ersättning härför skall betalas. Det kan emellertid inte anses att dylika avtalsbestämmelser under alla förhållanden skall lämnas utan avseende eller jämkas och att de således skall betraktas som oskäliga i och för sig. Att det i förevarande fall rör en dylik bestämmelse för all framtid utgör således inte ensamt skäl för jämkning." (s 364)

53-090 Det finns skäl att ifrågasätta varför det – som HD säger – ofta skulle finnas skäl att jämka av avtal som går ut på ett framtida tillhandahållande av tjänster och liknande mot fast ersättning eller ingen ersättning alls. Till att börja med torde i de flesta ömsesidiga avtalsförhållanden uttrycket att en tjänst skall tillhandahållas utan ersättning vara missvisande.

[271] Se till detta och beträffande RG 1985 s 507, Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 198.

Sådana åtaganden – som fallet var både i NJA 1994 s 359 och i RG 1985 s 507 – ingår i regel som i ett led i vederlaget i en bytestransaktion.

53-091 Förmodligen menar HD med det nyss anförda yttrandet att långvariga avtal till fasta priser lätt leder till stora förluster för löftesgivaren och möjligen också till motsvarande stor vinst för löftesmottagaren. Detta kan tyckas medföra att avtalet blir oskäligt; den oförutsedda efterföljande utvecklingen medför en kraftig obalans mellan prestation och vederlag. Enligt vad som sagts i det föregående bör en sådan kraftig "obalans" emellertid inte utgöra något självständigt riskdelningsargument, lika litet som det faktum att uppoffringarna för att prestera överstiger den så kallade offergränsen bör utgöra något riskallokeringsargument. Det avgörande bör i första hand vara vem som är närmast att bära risken för den efterföljande händelseutvecklingen. Därefter bör undersökas i vilken mån avtalets kontext tillåter ett krav på att parterna i någon mån skall uppträda altruistiskt *ex post*.

53-092 I de fall löftesgivarens åtagande ingår som ett led i vederlaget för en överlåtelse kan något sådant krav knappast uppställas, utan parterna bör vara fria att maximera det egna värdet *ex post*.[272] Det kan därför tyckas som om utrymmet för jämkning borde vara särskilt litet i dessa fall. Från dansk praxis kan följande exempel anföras.

> UfR 1987 s 600 Ø rörde ett hyresavtal som tillkommit i samband med en fastighetsöverlåtelse 1979. Hyresavtalet gällde en lokal för den möbelhandel som överlåtaren bedrev. Hyresavtalet stadgade en bestämd hyrestid om 20 år. Grundhyran uppgick till DKK 132.000 med möjlighet till viss uppjustering. Fastighetsköparen krävde efter sex år marknadsmässig hyra (enligt 47 § *lejeloven*), vilken ostridigt uppgick till DKK 489.000. Hyran enligt avtalet uppgick endast till DKK 170.000. Domstolen ansåg inte att det var orimligt att göra gällande de avtalade hyresvillkoren. Domstolen noterade vidare att avtalet ingåtts efter långvariga förhandlingar med sakkunnigt biträde på bägge sidor.[273]

53-093 Mot jämkning i UfR 1987 s 600 Ø talade också att hyreskontraktet hade överlåtits. Förvärvaren hade därvid sannolikt betalat extra för de förmånliga hyresvillkoren, varvid överlåtaren, som hade varit med om att upprätta avtalet, får sägas ha diskonterat den framtida nyttan av det vederlag som utgick i form av förmånliga hyresvillkor. Om avtalet hade jämkats kan med skäl ifrågasättas om inte den som förvärvat rörelsen i skälig-

[272] Se Ramberg, *Avtalsrätt*, s 211 med synpunkten avtal om nyttjanderätt som skall gälla under objektets hela ekonomiska livslängd kan vara att jämställa med köp och att jämkningsutrymmer därför blir begränsat.

[273] Se härtill Andersen & Nørgaard, s 184. Jfr. dock UfR 1985 s 714 H.

hetens och rättvisans namn borde ha fått rikta krav mot säljaren och säljaren i sin tur ha fått anspråk på köpets återgång eller en tilläggsköpeskilling.

53-094 Fall som de nu nämnda kan liknas vid att löftesgivaren/köparen har fått kredit och senare finner det svårt att fullgöra sitt betalningsåtagande. I sådana fall synes jämkning inte komma ifråga utan en regel om i det närmaste strikt ansvar upprätthållas.[274] Varför skulle jämkning då kunna ske när löftesgivaren fått kredit med en naturaprestation som i NJA 1994 s 359?

53-095 Det kan tyckas att när löftesgivarens prestation stigit så till den grad i värde att en stark obalans mellan prestation och vederlag anses ha uppstått, så borde de nyttigheter som löftesgivaren presterar tillkomma dem som är villiga att betala mest. Ett samhällsekonomiskt intresse synes då tala för att löftesgivaren skall kunna frigöra de resurser som annars är bundna till fullgörelsen av avtalet. Om däremot den bortre tidsgränsen för löftesgivarens prestationsskyldighet inte är alltför avlägsen, kan det vara värt att låta det så kallade skyddet för omsättningens intresse gå före och upprätthålla avtalet.

53-096 Enligt min uppfattning bör sådana överväganden *de sententia ferenda* vara irrelevanta vid ett ställningstagande till om ett avtal skall jämkas eller inte. Utgångspunkten bör istället vara att löftesgivaren – om han anses närmare att bära risken för de ökade prestationskostnaderna och avtalets kontext inte ger stöd för jämkning – skall vara skyldig att ersätta löftesmottagaren dennes skada vid utebliven prestation. Om detta är den klara utgångspunkten, bör det kunna förväntas att parterna träffar en förlikning: Om löftesgivaren är villig att utge ett belopp för att slippa vidare fullgörelse och detta belopp minst motsvarar löftesmottagarens uppfattning om värdet av de framtida prestationerna bör enligt Coase-teoremet en förlikning bli följden. Om parterna inte kan finna en uppgörelse bör domstolen inte jämka avtalet, utan utdöma skadestånd. Att en uppgörelse inte nåtts bör primärt kunna uttydas som att löftesmottagaren värderar löftesgivarens fortsatta prestation högre än löftesmottagaren värderar att slippa fortsatt prestationsskyldighet. Då kan avtalet inte heller sägas medföra någon värdeförstöring.

53-097 Om jämkningsmöjligheten å andra sidan står domstolen till buds – vilket synes vara den ståndpunkt som intas i praxis – torde sådana uppgörelser försvåras. Löftesgivaren har knappast något att förlora på att försöka få avtalet jämkat innan han binder sig vid en uppgörelse med

[274] Se 44-045 ovan.

löftesmottagaren.[275] Löftesgivarens hänvändelse till domstol kan i princip utfalla på tre sätt:

Jämkning medges inte: Löftesgivaren kan nu liksom före rättegången lösa sina framtida prestationer mot ett engångsbelopp eller med en skadeståndsdom. Det värsta som kan hända löftesgivaren är att löftesmottagaren framtvingar fullgörelse *in natura*, vilket dock inte innebär någon försämring av nuläget för löftesgivaren.

Viss jämkning medges: Resultatet har visserligen inte utfallit till löftesgivarens fulla belåtenhet, men han kan nu ta det jämkade avtalet till utgångspunkt för en uppgörelse om ett engångsbelopp. Typiskt sett står löftesgivaren i ett bättre läge än före domen och kan förmodligen komma undan med ett mindre belopp än annars.

Full jämkning medges: Löftesgivaren har fått full framgång på löftesmottagarens bekostnad och behöver inte träffa någon uppgörelse.

53-098 Detta sammantaget skapar en ogynnsam situation för löftesmottagaren. I de fall löftesgivarens prestationslöfte kan ses som ett framtida utfallande vederlag för löftesmottagarens redan fullgjorda prestation – som fallet synes vara i NJA 1994 s 359 och RG 1985 s 507 – bör härtill beaktas att löftesmottagaren, sedan en lång tid förflutit, knappast kan häva avtalet *ex tunc* och återfå sin prestation. Om en sådan möjlighet ändå finns, torde i regel svåra och tvistedrivande avräkningsproblem uppstå.

53-099 Jag kan således i dessa fall inte inse det motiverade i att lämna något utrymme för jämkning. Framförallt kan jag inte instämma i HD:s synpunkt att det "ofta föreligger skäl för jämkning" av sådana avtal. Snarare borde det endast undantagsvis föreligga skäl för jämkning. Ett sådant skäl kan vara att stora transaktionskostnadshinder föreligger för att löftesgivaren skall lyckas träffa en uppgörelse. Detta kan tänkas vara fallet när löftesgivaren har ingått avtal med ett flertal löftesmottagare. Svårigheterna att nå enighet med alla på likartade villkor kan då leda till att löftesgivaren går i konkurs eller eljest upphör att prestera (och accepterar ett skadestånd), trots att en majoritet hellre skulle utgivit en höjd ersättning för att löftesgivaren skulle fullfölja sitt åtagande; jfr den likartade situationen i NJA 1956 s 136 (*Motala ströms kraft AB ./. David Andersson*), 53-065 ovan.

53-100 Det kan också finnas anledning att överväga jämkning i den omvända situationen att överlåtaren finner att det han i avtalsögonblicket

[275] Detta förutsätter dock att tillräckligt stora värden står på spel för att den förväntade nyttan av alla tänkbara utfall i en kommande dom skall uppväga rättegångskostnaderna.

trodde var värdefulla rättigheter senare visar sig bli betungande skyldigheter. Förhållandena i Nord.Domss 1990 s 467 (dom av Finlands Högsta domstol) är illustrativa.

> Målet gällde ett avtal ingånget 1963 mellan ett elverk och en privatperson avseende överlåtelse av en andel i ett vattenfall. Som en del av köpeskillingen åtog sig elverket att utan avgift under 99 år leverera 5.000 kwh/år till överlåtarens fastighet. Om elförbrukningen översteg 5.000 kwh/år, skulle överlåtaren betala gängse pris för tillfällig elektricitet. Under 1983 var elförbrukningen 19.905 kwh. Priset för tillfällig elektricitet var FIM 0,525/kwh. Den allmänna tariffen var däremot endast FIM 0,295/kwh. Överlåtaren (snarare överlåtarens rättighetsinnehavare) betalade därför mer för sin elektricitet än andra förbrukare gjorde och hade härtill blivit av med en andel i ett vattenfall. Domstolen uttalade att resultatet av avtalet inte överensstämde med vad parterna eftersträvat och avsett. Jämkning skedde i enlighet med ett förlikningsförslag som elverket presenterat för överlåtaren före rättegången.

53-101 I regel torde det sakna betydelse att avtalet blir mindre förmånligt än beräknat. En överlåtare som finner att det blivit ointressant eller betungande att motta de framtida prestationer som var tänkta som en del av vederlaget för överlåtelsen kan i regel efterge sina avtalade rättigheter. Problem uppstår emellertid när avtalet också kan anses inrymma ett åtagande av överlåtaren – som här, att betala ett visst rörligt pris – och förvärvaren har en rättslig monopolställning eller faktiskt intar en sådan ställning på grund av de investeringar som överlåtaren gjort. I ett sådant läge är fältet öppet för att exploatera överlåtaren i en omförhandling.[276]

53-102 Efter denna kritik av avgöranden där varken värdemaximeringsprincipen eller avtalets kontext lämnat stöd för jämkning bör nämnas ett par avgöranden där jämkning kan motiveras med att avtalets kontext tillåter ett krav på att parterna skall uppträda altruistiskt *ex post* och att det därför kan vara rimligt att dela risken.

53-103 Det norska avgörandet i ND 1985 s 234 (*Mascot*-skiljedomen) är särdelses belysande.[277]

> *Mascot*-skiljedomen rörde jämkning av en valutaklausul i två avtal om samarbete (under 10 respektive 12 år) mellan två rederier, Mascot och Nosac, avseende sjötransport av bilar. Mascot byggde om ett av sina bulkfartyg till ett fartyg speciellt avsett för transport av bilar. Ombyggnaden skedde väsentligen

[276] Jfr. Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 169 f beträffande UfR 1981 s 300 H; UfR 1987 s 526 H och UfR 1987 s 531 H, där avtalet av den ena parten mer eller mindre medvetet kan antas ha utformat avtalet så att en förmånlig position skulle uppnås vid avvecklingen av avtalsförhållandet.

[277] Se Krüger, *Kontraktsrett*, s 717 och Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 153 och 164.

enligt anvisning från Nosac. Avtalet innebar att den vinst som var hänförlig till fartyget på visst sätt skulle delas mellan parterna. Av intäkterna skulle Nosac först täcka sina direkta utgifter som "tidsbefraktare" och operatör. Därefter skulle Mascot få täckning för en del av sina direkta utgifter som ägare av fartyget (bl a vissa försäkringspremier och kommission). Mascot skulle uppbära resterande del av intäkterna (splittbeloppet) intill USD 9.000/dag under de första två åren. Därefter skulle en årlig ökning av gränsen för splittbeloppet ske med USD 250/dag. Resultatet utöver splittbeloppet skulle delas lika mellan parterna. Avtalet var ingånget i en "dollarmiljö": Fraktintäkterna var angivna i USD, belåningen hade skett i USD och fartygets driftsutgifter var övervägande i USD. Avtalet innehöll en valutaklausul som avsåg att ge Mascot ökade USD-intäkter vid fallande kurs. Orsaken till att Mascot försäkrat sig mot fallande USD-kurs var att bolaget hade vissa utgifter i NOK. Det första avtalet följdes efter tre år av ytterligare ett samarbetsavtal. Strax efter det att detta avtal hade slutits började USD-kursen att stiga kraftigt. Parterna omförhandlade på grund härav delvis avtalen. Vid omförhandlingarna anförde Mascot att gränsen för vinstdelning blivit orimligt låg pga kursökningen på USD och att gränsen därför borde höjas. Enighet om detta uppnåddes inte och saken gick till skiljedom där Mascot yrkade att valutaklausulen skulle *åsidosättas* enligt 36 § avtalslagen. Detta godtogs inte av skiljenämnden. Nämnden fann emellertid att klusulen skulle jämkas, så att den "*søkes omlaggt slik at den bedre tilveiebringer den effekt parterne har ønsket.*" (s 245) Jämkningen ansågs i princip kunna ske på två sätt; dels kunde valutaklausulen jämkas till att avse endast en del av splittbeloppet, dels kunde gänsen för splittbeloppet höjas. Vid avtalsförhandlingarna hade Mascot visserligen genomfört beräkningar av hur valutaklausulen skulle verka vid olika tänkbara kursutfall, men ökningen av USD-kursen ansågs ha varit större än vad parterna räknat med. Skiljenämnden ansåg att kursökningen medfört en obalans i avtalet som var så stor att jämkning var motiverad. Skiljenämnden fann att Mascot för att uppnå ett skydd vid fallande USD-kurs hade avstått från viss vinstmöjlighet vid stigande USD-kurs. Valutaklausulen ansågs dock inte böra begränsas enbart till den del av splittbeloppet som svarade mot Mascots utgifter i NOK: "*Når så Mascot som gjenytelse for sitt krav aksepterte en tilsvarende regulering i den annen vei om dollar skulle stige, kan voldgiftsretten vanskelig se at det er urimelig at Mascot får finne seg i å ta konsekvensen av dette når dollar stiger. Den fordel Nosac på denne måte har fått er prinsipielt sett den samme som Mascot ville ha fått om dollar var gått den annen vei. Det som blir igjen er usikkerheten i kontraheringsøjeblikket om hvordan kursen ville utvikle seg, og når partene er enige om hvorledes denne risiko skal slå ut mellom dem, kan ikke § 36 brukes for å eliminere denne feilvurdering.*" (s 246) Skiljenämnden fann emellertid att den obalans som splittgränsen medförde vid rådande valutakurser varit helt oavsedd och att jämkning därför skulle ske.

53-104 *Mascot*-skiljedomen ger stöd för hypotesen att ett tydligt samverkansmoment i avtalet ökar möjligheterna för löftesgivaren att få avtalet jämkat. Skiljenämnden gjorde ett principiellt uttalande:

"*De foreliggende to avtaler er ingått mellom profesjonelle næringsdrivende,*

jevnbyrdige i faglig innsikt og erfaring og begge i slik økonomisk posisjon at de kan overlegge nokså fritt om de vil kontrahere eller la være. Hva speciellt angår den avtalte valutaklausul er den foreslått av og utformet av Mascot-siden for å sikre denne side mot at en fallende dollarkurs skal påføre Mascot et tap på sine løpende kroneforpliktelser. Den innrømmelse Mascot har måttet gi til gjengjeld er at en stigende dollarkurs skal tilsvarende reducere Mascots andel av reiseresultatet. Klausulens formulering tillater uten vanskelighet en tallmessig vurdering av hvorledes varierende dollarkurser vil slå ut. Under disse omstendigheter skal det meget til før § 36 bør kunne komme til anvendelse." (s 244)

53-105 Samverkansmomentet i avtalet synes ha varit utslagsgivande för bedömningen att jämkning ändå borde ske. Skiljenämnden uttalade:

"*Det sentrale grunnlag for å foreta en revisjon er at de to parter er bundet til hinannen i et langvarig samarbeid, at det er en nødvendig forutsetning for samarbeidet at de begge får et rimelig økonomisk utbytte og at den skjevhet i gevinstfordelningen som er oppstått er i strid med partenes sammenfallende forutsetninger og skyldes at de ikke på forhånd har gjennomanalysert avtalekontexten og att de dermed har fått et resultat som de ganske åpenbart ikke har regnet med.*" (s 247)

53-106 Samverkansmomentet blev särskilt tydligt i det andra avtalet som uppvisar ett klart bolagsrättsligt element[278]. Avtalet innehöll bl a följande förklaring:

"*Mens samseilingsavtalen av 14 juli 1977 bærer preg av å være en avtale som regulerer beskjeftigelse av Mascot-tonnasje ved Nosac, skal denne nye samseilingsavtale reflektere i større grad det forhold at Mascot blir å anse som deltager i det felleskap Nosac representerer. Følgelig har parterne funnet det riktig at [x] blir medlem av styret i Nosac. Det er videre intensjonene ved sådant styremedlemskap at Mascot's representant [x] gis mulighet til å utøve behørig innflytelse på viktige beslutninger om Nosac-flåtens omfang og struktur, Nosac's langsiktige transportforpliktelser og andre saker som i stor grad kan påvirke Nosac's og Mascot's økonomi til det bedre eller verre.*"

53-107 Avtalsrelationen synes också ha inrymt ett inslag av relationsspecifika investeringar. I vart fall var det svårt för Mascot att avbryta samarbetet; ett förhållande som skiljenämnden också synes ha beaktat (se s 247).

53-108 Sammanfattningsvis kan jämkningen enligt min mening försvaras med att avtalet inrymde ett tydligt samverkansmoment och att det jämkade avtalet inte ställde Nosac i ett sämre läge än Nosac rimligen kunnat räkna med vid avtalets ingående. Jämkningen kunde så att säga ske

[278] Jfr Grönfors, *Avtal och omförhandling*, s 23.

utan att skyddet för Nosacs befogade tillit till Mascots prestationslöfte träddes förnär. Betänkligheterna mot jämkning bör i ett sådant fall också minska genom att ingen av parterna synes ha varit närmare än den andra att bära risken för kursökningen.

53-109 Ett frågetecken i marginalen är dock motiverat, eftersom jämkning skedde trots att Mascot inte synes ha drabbats av någon förlust, utan bara gått miste om vinst. I princip borde jämkning då inte ske i enlighet med vad som tidigare sagts.[279] Förhållandena i ND 1990 s 204 (norsk skiljedom) kan illustrera obenägenheten att omfördela vinst.

> Det gällde här ett avtal mellan BP och Statoil om oljetransporter med pipeline från Ula-fältet. Avtalet skulle gälla under hela oljefältets ekonomiska livstid. Statoil åtog sig att transportera oljan mot en fast månatlig avgift och ett visst belopp per fat. Vid avtalets ingående 1983 antog parterna att oljefältet inrymde ca 160 miljoner fat. 1988 stod det klart att oljevolymen uppgick till ca 330 miljoner fat. Detta medförde en ökning av vinsten för bägge parter. BP:s transportkostnader per fat var oförändrade medan Statoil sedan investeringen kunnat avskrivas fick en relativt sett mycket större del av den värdeökning som den oväntat ökade oljefyndigheten medförde. Jämkning skedde inte.[280]

53-110 Förhållandet att 36 § i princip inte bör användas för att omfördela vinst har dock inte avhållit skiljenämnden i ND 1985 s 234 från att företa jämkning. Till försvar för detta kan möjligen sägas att jämkning är en optimal lösning sedan parterna inte lyckats omförhandla avtalet och samarbetet står inför ett sammanbrott. Skiljenämnden legitimerade jämkningen med observationen att "*det er en nødvendig fortutsetning for samarbeidet at de begge får et rimelig økonomisk utbytte*".

53-111 Jämkning skedde däremot inte i Rt 1994 s 1 trots att avtalsrelationen kan anses ha inrymt ett samverkanselement, om än inte lika uttalat som i *Mascot*-skiljedomen, och trots att avtalsrelationen av allt att döma saknade spekulativa inslag. Avtalet avsåg dock tämligen tydligt att etablera en åtminstone tillfällig (5 år) nominell prisstabilitet inför löftesmottagarens investeringsbeslut. Det kan tyckas som att domstolen genom att ta fasta på löftesmottagarens efterföljande beteende sökt och funnit en möjlighet att justera upp vederlaget något trots att löftesmottagaren motsatt sig detta vid de försök till en uppgörelse som föregick rättegången. Detta och omständigheten att parterna omförhandlat avtalet för kommande år bidrog till att grundregeln kunde i princip upprätthållas.

[279] Se 51-038 ovan.
[280] Se härtill Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 200 f. Jfr. Ramberg, *Avtalsrätt*, s 225.

Rt 1994 s 1 rörde ett avtal mellan Vest-Agder Energiverk och Tinfos Jernverk om elleveranser under 30 år till ett smältverk som järnverket skulle uppföra. Elektriciteten skulle levereras med koncessions-el från Sira-Kvina kraftselskap som var under uppförande och från Bjelland Kraftverk som Vest-Agder Energiverk skulle uppföra. Utgångspunkten för elpriset var NOK 0,03/kwh. Priset skulle slutligt fastställas sedan priset på elektricitet från de tre första utbyggnadsetapperna av Sira-Kvina var fastställt och Bjelland Kraftverk var färdigbyggt. Av priset skulle 75% vara fast och 25% skulle följa ett index. Avtalet innehöll en omförhandlingsklausul som gav parterna rätt att påkalla omförhandlingar vart femte år.

Elleveranserna påbörjades 1974, men priset kunde fastställas först under 1987. Olje- och energidepartementet fastställde då priser som gällde för vart driftsår och omfattande de utbyggnadsetapper som vid var tid hade satts i drift. Effekten av detta blev att elpriset efter hand kom att styras av de totala byggnadskostnaderna för Sira-Kvina och att elpriset successivt blev allt högre samt att priset inte kunde beräknas såsom var föreskrivet i kontraktet.

Parterna omförhandlade avtalet med verkan från den 1 januari 1989, men kunde inte enas om hur priset för perioden 1974-1988 skulle beräknas. Tinfos hävdade att priset skulle beräknas med utgångspunkt i genomsnittspriset för elektricitet från de tre första *utbyggnadsetapperna* 1974-1978; ca NOK 0,023/kwh. Vest-Agder hävdade däremot att parternas förutsättningar brustit genom det sätt på vilket priserna fastställts och att en självkostnadsberäkning skulle genomföras; ca NOK 0,035/kwh.

Højesterett fann att Vest-Agder var närmare att bära risken för att priset på koncessions-el blivit högre än de priser som fastställts för de år som bara omfattade de tre första *utbyggnadsetapperna*. Parterna ansågs bägge ha haft väsentliga och synbara förutsättningar, vilka blivit oförenliga genom prisbeslutet. Vest-Agder hade slutit avtalet med förutsättningen att Tinfos skulle täcka Vest-Agders självkostnad för koncessions-el. Tinfos hade ingått avtalet och fattat beslutet att bygga smältverket med förutsättningen att ett lågt elpris och en lång löptid var säkerställda. Vid en totalvärdering av vem som var närmare att bära risken för att koncessions-elen blivit dyrare än beräknat, befanns Vest-Agder vara den bättre riskbäraren. Rätten fäste sig vid att det varit Vest-Agder som lanserat idén att leverera koncessions-el och att Vest-Agder var representerat i styrelsen för Sira-Kvina. Vest-Agder ansågs därför ha haft löpande tillgång till information om frågor som styrde prisutvecklingen.

Bidragande till utgången torde vidare ha varit ett inslag av enuntiativt beteende från Vest-Agder under avtalsförhandlingarna: "*Tross den usikkerhet som besto, gjorde ikke [Vest-Agder] det klart overfor [Tinfos] at usikkerheten om fremtidlig pris ville bli vesentlig større ved levering av konsesjonskraft enn ved levering utelukkende basert på egen kraft. Det kan riktignok sies at [Tinfos] ved å foreta nærmere undersøkelser kunne ha fått samme innsikt som [Vest-Agder], men siden [Vest-Agder] ikke ga uttryck for større usikkerhet og var den nærmeste til å ha oversikt over situasjonen, finner jeg ikke dette avgjørende.*"(s 12)

Vest-Agder ansågs härtill ha bort se till att kontraktet tydligt angav att täck-

ning för självkostnaderna skulle utgå oavsett hur priset kom att fastställas om nu detta varit Vest-Agders avsikt. Elpriset fastställdes till NOK 0,027713/kwh; ett pris som Tinfos ansågs ha accepterat genom sitt agerande *ex post*. Med denna utgång ansågs det inte finnas fog för att jämka avtalet. Bidragande härtill torde ha varit att parterna omförhandlat avtalet med verkan från den 1 januari 1989: "*Jeg kan ikke se at det etter en samlet vurdering vil være urimelig overfor [Vest-Agder] at den prisberegning jeg er kommet frem til, blir stående til den 1. januar 1989.*"(s 14)

53-112 Rt 1994 s 1 är också av intresse för hypotesen att en omförhandlingsklausul skulle kunna uttydas som ett bemyndigande för domaren att efter misslyckade omförhandlingar jämka avtalet.[281] Den i avtalet förekommande omförhandlingsklausulen gav vardera parten rätt att begära omförhandling vid ändrade förhållanden som medfört att avtalets bestämmelser blivit "*åpenbart urimelige*". Enligt klausulen kunde förhandlingar bara påkallas vart femte år och resultatet av förhandlingarna skulle bara gälla för kommande år och alltså inte verka retroaktivt.

53-113 Vest-Agder anförde att en rätt att utfå priser som täckte självkostnaden från den 1 januari 1979 eller i vart fall från den 1 januari 1984 kunde grundas på omförhandlingsklausulen. *Høyesterett* avvisade detta resonemang. Omförhandlingsklausulen, såsom den var utformad, ansågs bara tillämplig om part begärt omförhandling – och detta var ej fallet för den i målet aktuella tidsperioden. Klausulen ansågs inte heller kunna grunda något anspråk på retroaktiva förändringar i avtalet. Rätten framhöll att om klausulen skulle tillämpas från en tidigare tidpunkt så "*må det i tilfelle være på grunnlag av rimelighetsbetraktninger og med utgångspunkt i avtalelovens § 36 eller læren om bristende forutsetninger.*"(s 14) Till detta kan sägas att det även i avsaknad av en omförhandlingsklausul rimligen måste stå domstolen fritt att anlägga "*rimelighetsbetraktninger*". Yttrandet framstår därför antingen som redundant eller också måste det uttydas som att en omförhandlingsklausul ger ett större utrymme för att anlägga sådana synpunkter. Det bör dock noteras att *Høyesterett* inte tog ställning till rättsverkningarna av omförhandlingsklausulen, utan fann det "*tvilsomt i hvilken utstrekning en slik reforhandlingsklausul gir vedkommende kontraktspart noe egentlig krav på endringer i kontrakten.*"(s 14)

53-114 Såväl Tinfos som Vest-Agder torde ha gjort relationsspecifika investeringar i och för det omtvistade avtalet. Detta framhölls av Tinfos som ett argument mot jämkning: "*Ved den konkrete rimelighetsvurdering som må foretas, må det videre legges vesentlig vekt på at Øye smelteverk*

[281] Se 51-070 ovan.

er anlagt i tillit til [Vest-Agders] prisangivelse og at [Tinfos] ikke har noen mulighet for tilpassing i og med at smelteverket ligger der det ligger."(s 4)

53-115 Förhållandet att löftesmottagaren/Tinfos företagit relationsspecifika investeringar talar i viss mån mot att jämkning skall ske. Tinfos blev genom beslutet sårbart för efterföljande krav på ändringar till förmån för Vest-Agder. Detta kan emellertid inte ha varit avgörande här; Vest-Agder försökte av allt att döma inte göra annat än att undvika en förlust och synes inte ha utnyttjat Tinfos ställning för att tilltvinga sig en större andel vinst. Frågan är då om Rt 1994 s 1 motsäger eller bekräftar hypotesen att ett samverkanselement ökar sannolikheten för jämkning.

53-116 Avgörandet synes vara väl förenligt med de analytiska utgångspunkter som presenterats i det föregående. För att jämkning, med dessa utgångspunkter, skall kunna ske fordras att löftesmottagaren inte drabbas av en förlust i förhållande till situationen *ex ante*. Detta villkor synes inte ha varit möjligt att tillfredsställa. En jämförelse med *Mascot*-skiljedomen är påkallad. Där fanns utrymme för att kräva att Nosac skulle avstå från en del av den oförutsedda vinningen till förmån för Mascot. Jämkningen kan inte sägas ha berövat Nosac några av de fördelar som Nosac rimligen kunnat räkna med vid avtalets ingående. I Rt 1994 s 1 gällde det däremot att dela en förlust utan att löftesmottagaren synes ha haft någon vinning (och i synnerhet inte någon vinning utöver vad han rimligen kunnat räkna med vid avtalets ingående). Om jämkning skett, skulle en del av förlusten lyfts av den bättre riskbäraren, Vest-Agder, och lagts på Tinfos/löftesmottagaren.[282] Detta skulle i sin tur ha berövat Tinfos de fördelar med avtalet som Tinfos räknat med vid avtalets ingående. Det kan med ett tillitsteoretiskt synsätt sägas att jämkning av avtalet skulle ha skett på bekostnad av skyddet för Tinfos befogade tillit till Vest-Agders prestationslöfte. Jämkning bör då inte komma ifråga.

5.3.4.3 Jämkning av avtal med indexering

53-117 Avslutningsvis skall dryftas de speciella spörsmål som kan uppstå i fråga om jämkning av avtal som innehåller någon flexibilitetsklausul, t ex en indexklausul.

53-118 Man kan som Krüger anse att det föreligger "*et hovedskille mellom kontraktsbaserte løsninger som direkte eller indirekte utelukker eller begrenser frirettslige lempningsresonnementer eller anvendelse av le-*

[282] Jfr. Wilhelmsen, TfR 1995 s 1 på s 162 f.

gale bakgrunnsløsninger på den ene side – og kontraktsregulering som direkte eller indirekte åpner for lempning og revisjon i videre omfang og større utstrekning enn det som ville blitt resultatet efter bakgrunnsreglene."[283] Frågan är hur förhandenvaron av en indexklausul i avtalet skall betraktas i detta hänseende.

53-119 Här kolliderar två skilda principiella resonemang. För jämkning talar å ena sidan resonemanget i ALCOA-fallet, *Aluminum Corp. of America v. Essex Group Inc.*[284] Frånvaron av en jämkningsmöjlighet skulle kunna tänkas leda till att potentiella avtalsparter undviker att träffa samhällsekonomiskt önskvärda avtal när en långvarig avtalsbindning framstår som nödvändig. Alternativen för parterna blir att antingen avstå från en viss affärsaktivitet eller att integrera den i den egna organisationen. Bägge alternativen kan vara sämre både för parterna än ett långvarigt och jämkningsbart avtal. Mot jämkning talar å andra sidan resonemanget i *Northern Indiana Public Service Co v. Carbon County Coal Company.*[285] Ett fastprisavtal innebär en uttrycklig reglering av risken för kostnadsökningar. Likaså kan en indexklausul i avtalet anses innebära en uttrycklig anvisning om att löftesgivaren skall bära risken för de kostnadsökningar som inte täcks av klausulen.

53-120 Resonemanget i *Northern Indiana Public Service Co v. Carbon County Coal Company* uppvisar enligt min uppfattning en bristande känslighet för de överväganden som kan ha legat bakom beslutet att ingå ett långvarigt avtal. Resonemanget torde bygga på ett förenklat och verklighetsfrämmande antagande att långvariga avtal ingås därför att parterna önskar slå vad om den framtida pris- och kostnadsutvecklingen. Undersökningar av långvariga avtalsrelationer går dock som vi sett snarast i motsatt riktning. Långvariga avtal torde ofta ingås därför att avtalsbindningen ger skydd för relationsspecifika investeringar och därför att en långvarig avtalsbindning kan leda till att parterna gemensamt besparar sig transaktionskostnader.[286]

53-121 Resonemangen implicerar dessutom att frågan om relevansen av nyttominskande omständigheter är färdigbehandlad redan efter en undersökning av prestationslöftets objektiva förklaringsinnehåll. Om detta är riktigt synes riskallokeringsfrågan just i dessa komplexa avtalsrelationer avgöras med en förenklad tolkningsmodell som inte alltid anses god nog

[283] Krüger, *Kontraktsrett*, s 699.
[284] Se 53-036 ovan.
[285] Se 53-038 ovan.
[286] Se avsnitt 5.1.4.

för att ensamt tillämpas när det gäller andra tolkningsspörsmål. Varför skulle det objektiva förklaringsinnehållet väga så tungt just vid tolkningen av långvariga avtal?

53-122 Det förhållandet att parterna lätt kunnat avtala om prisjustering enligt ett index kan dock tänkas böra påverka tolkningen av ett löfte om framtida prestationer till fasta priser; frånvaron av en indexklausul tyder på att avtalet innefattar ett spekulativt moment.[287] En jämkning av avtalet sker då på bekostnad av löftesmottagarens skyddsvärda tillit till prestationslöftet. Det kan också tyckas att en mycket tydlig reglering av risken skett, om parterna avtalat om ett index. Om det valda indexet inte följer kostnadsutvecklingen ligger det nära till hands att inläsa en partsavsikt att löftesgivaren skall bära konsekvenserna av detta och att en jämkning skulle åstadkomma en helt annan riskfördelning än den parterna avsåg när de träffade avtalet.

53-123 En analys av förhållandena i det konkreta fallet kan visa att parterna vid avtalsslutet räknat med att kostnadsläget endast skulle variera inom ett mindre intervall; jfr. ND 1985 s 234 (*Mascot*-skiljedomen). Det kan också vara så att parterna endast uppmärksammat risken för vissa kostnadsökningar och därför lämnat risken för andra kostnadsökningar oreglerade; jfr. *ALCOA*-fallet. Man kan i sådana fall knappast åberopa vare sig viljeprincipen eller tillitsprincipen för att frånkänna kostnadsökningarna relevans.

53-124 Härtill kommer att förhållandena kan utvisa att det indexerade avtalet inte varit avsett som ett instrument för vadslagning om den framtida prisutvecklingen, utan att parterna istället försökt skapa mekanismer för att säkerställa att den initiala balansen mellan prestation och vederlag skulle bibehållas. Detta borde minska betänkligheterna mot jämkning. Allra minst borde betänkligheterna vara när parterna inte lyckats omförhandla avtalet och avtalet innehåller någon form av omförhandlingsklausul, vilket bär vittne om att parterna åtagit sig att uppträda altruistiskt *ex post*.

53-125 Enligt vad som nu har sagts ger förhandenvaron av en indexklausul i avtalet inte något otvetydigt stöd för att frånkänna kostnadsökningar relevans enligt viljeprincipen eller tillitsprincipen.

53-126 För att utvärdera betydelsen av en indexklausul som tolkningsdatum torde det vara nödvändigt att utgå från ett antagande om hur verklighetens nyttomaximerande avtalsparter typiskt sett kan antas reso-

[287] Jfr. Krüger, *Kontraktsrett*, s 701.

nera när det gäller relationen mellan prestation och vederlag inför ingåendet av långvariga avtal.

53-127 Sunt förnuft säger att en säljare i allmänhet kan antas vilja knyta priset till den egna kostnadsutvecklingen. Köparen kan emellertid i allmänhet antas motsätta sig detta, därför att det är svårt för honom att få insyn i säljarens kostnadsutveckling. Härtill kommer att köparen ger säljaren ett dåligt incitament att hålla kostnadsutvecklingen nere. Köparen kan istället i allmänhet förväntas vilja knyta priset till den efterfrågan han möter. Säljaren kan antas motsätta sig detta, därför att han har svårt att få insyn i efterfrågeutvecklingen. Parterna ställs således inför svåra problem och får i allmänhet försöka tillskapa flexibilitet i avtalsrelationen genom att införa en omförhandlingsklausul, eventuellt förenad med en rätt till förtida frånträdande eller genom att kompromissa och knyta relationen mellan prestation och vederlag till ett index vars utveckling är lätt att verifiera.

53-128 Problem uppstår när ett lämpligt index saknas eller när det index som valts inte speglar den för de specifika parterna aktuella kostnads- eller efterfrågeutvecklingen.

53-129 Att avtala om en rätt till förtida frånträdande måste te sig otillfredsställande när den ena parten eller bägge parter skall göra relationsspecifika investeringar. En omförhandling – särskilt om den äger rum mot bakgrund av en rätt till förtida frånträdande – kan antas skapa utrymme för ett distributivt betingat strategiskt förhandlingsbeteende. Till skillnad från de ovan berörda fallen rörande jämkning i klassiska bytestransaktioner, där presumtionen bör vara att jämkning inte skall ske, kan – om utgångspunkten istället är att jämkning på något sätt skall ske – en omförhandling mot bakgrund av en rätt att påkalla jämkning antas minska betydelsen av sådana strategiska hinder och leda till att parterna själva lyckas lösa fler problem inom ramen för avtalsrelationen och utan inblandning av utomstående. Möjligheten att en utomstående part inträder och jämkar avtalet ter sig så att säga som ett hot för bägge parter, förutsatt att de tycker sig vara bäst skickade att själva omgestalta sina förhållanden. Den part som i en omförhandlingssituation inte förmår stävja sin strävan att maximera sin egen vinning riskerar att en domstol kommer fram till en lösning som är sämre än den som parten hade varit beredd att godta i en omförhandling.

53-130 Avgörandena i NJA 1983 s 385 (*Carl C db. ./. Bertil S*) och RH 14:1980 (*Varbergs kommun ./. Varbergs Renhållningsverk AB*), bägge rörande jämkning av avtal innehållande indexklausuler skall diskuteras i anslutning till det nu sagda.

NJA 1983 s 385 rörde jämkning av arrendeavtal avseende en tomt för fritidsbostad slutet för en tid av 49 år. Avtalet hade ingåtts 1950. Den årliga arrendeavgiften uppgick till SEK 30 och "100 kg höstvete efter ett pris av den notering, som gäller den 1 jan. samma år arrendet betalas i förskott". Det var ostridigt att avgiften motsvarade ortspriset vid avtalets tillkomst. Det var vidare ostridigt att parterna avsett att kompensera jordägaren för penningvärdeförsämringen genom att anknyta arrendet till priset på höstvete. Priset för 100 kg höstvete hade mellan 1949 och 1980 stigit från SEK 31 till SEK 85, medan konsumentprisindex hade stigit från 100 till 601 enheter. HD fann att ökningen i den allmänna prisnivån medfört att arrendeavgiften framstod som anmärkningsvärt låg. HD jämkade avtalet med hänsyn till att jordägaren inte rimligen bort förutse att anknytningen till priset på höstvete skulle visa sig olämplig för att motverka en urholkning av arrendeavgiftens realvärde. Avgiften höjdes till SEK 265 och anknöts till konsumentprisindex.[288]

53-131 HD stödde sin slutsats om bristande förutsebarhet på "den ringa erfarenhet av indexklausuler som får antas ha funnits år 1950". Därmed antyds att utgången hade kunnat bli en annan om avtalet hade ingåtts vid en senare tidpunkt, vid vilken erfarenheten var mindre bristfällig. En tillämpning av förutsebarhetskriteriet, baserad på en allmänt sett bristande erfarenhet av indexklausuler, förefaller emellertid inte bara överflödig utan riskerar härtill att leda till ett felaktigt resultat. I målet var ostridigt att parterna avsett att arrendeavgiften skulle vara realvärdebeständig. Uppenbarligen hade utformningen av indexklausulen skett på grund av ett gemensamt misstag. Det vore då märkligt om denna partsavsikt inte skulle få slå igenom på grund av att jordägaren enligt en efterföljande bedömning *in abstracto* borde ha insett att det valda indexet var olämpligt.

53-132 Inte bara motivet för jämkning i NJA 1983 s 385, utan även formerna för jämkningen kan kritiseras. I det ursprungliga avtalet hade avgiften bestämts med en fast del och en indexerad del. Avsikten härmed måste rimligen ha varit att låta förändringar i penningvärdet endast slå igenom till hälften. HD valde emellertid att låta avgiften i det jämkade avtalet justeras med 100 % av förändringarna i konsumentprisindex, trots att 50 % av index hade legat närmare den ursprungliga partsavsikten. HD motiverar detta avsteg enbart med att "avtal träffades så tidigt som 1950"!

53-133 Det är vidare i hög grad diskutabelt om valet av konsumentprisindex är motiverat. I domskälen kommenteras inte arrendatorns argument att justeringen av arrendet istället borde följa utvecklingen av taxeringsvärdet (troligen avsåg arrendatorn taxeringsvärdet för jordbruksmark). Arrendatorns argumentering hade varit värd ett bättre öde: Arren-

[288] Jfr. BGHZ 81, 135 (1981), 53-048 ovan.

deavgiften motsvarade ursprungligen ortens pris med hänsyn till markens beskaffenhet. När avtalet ingicks var marken mer eller mindre att betrakta som impediment. Jordägaren som bedrev jordbruksrörelse på resterande mark, valde en indexering som stod i relation till den avkastning brukningsenheten i övrigt kunde förväntas ge genom en anknytning till priset på vete. Arrendatorn anförde: "Konsumentprisindex har ingen anknytning till fastighetsavkastning och kan därför inte anses vara en rättvis indexserie för höjning av arrende av ur jordbrukssynpunkt värdelös mark."; s 392.

53-134 Domen i NJA 1983 s 385 ligger dock i linje med NJA 1979 s 731 (*Magnus Magnusson & al. ./. makarna Åhgren och makarna Lundström*)[289] i så motto att utgångspunkten i princip var att den ursprungliga relationen mellan prestation och vederlag skulle återställas. Det bör således inte bli fråga om att jämka avtalet så att det motsvarar ortens pris vid jämkningstidpunkten. I NJA 1983 s 385 tyder den av jordägaren presenterade utredningen på att ortspriset var omkring 20 gånger högre än den aktuella arrendeavgiften. HD synes dock inte ha beaktat detta vid bedömningen av om avtalet var oskäligt.

53-135 I RH 14:1980 (*Varbergs kommun ./. Varbergs Renhållningsverk AB*) kan erfarenheten av indexklausuler inte sägas ha varit ringa. Trots detta skedde jämkning.

> Målet gällde ett avtal rörande avfallshantering gällande från och med den 1 april 1974 till och med den 1 april 1979. Ersättningen till bolaget bestämdes enligt en prislista som innehöll en bestämmelse om uppräkning av priserna i enlighet med konsumentprisindex. Konsumentprisindex visade sig illa spegla kostnadsutvecklingen genom att indexet påverkades av statliga subventioner på vissa varor. Bolaget hade fått full kostnadstäckning om biltransportindex istället hade valts. Till bilden hör också att det av kommunförbundet senare utvecklade renhållningsindex hade varit mer gynnsamt för bolaget. Skillnaden mellan konsumentprisindex och biltransportindex var ursprungligen liten, men ökade under avtalstiden. Skillnaden var 13% under 1974, 23 % under 1975 och 42 % under 1977. Bolagets vinst som under 1974 uppgick till ca SEK 57.000 förbyttes i en förlust om ca SEK 57.000 under 1975, SEK 218.000 under 1976, SEK 464.000 under 1977 och SEK 518.000 under 1978. Omsättningen under 1977 uppgick till ca SEK 3.300.000. HovR:n ansåg det utrett att parterna varit överens om att bolaget skulle kompenseras för kostnadsökningar, men att bolaget begått ett affärsmässigt misstag genom att välja konsumentprisindex trots sin kännedom om att ett biltransportindex fanns. Detta talade enligt HovR:ns uppfattning mot en jämkning. Avtalet jämkades ändå på grund av att avtalet avsåg en förhållandevis lång tid, att förlusten var stor i förhållande till bolagets omsättning och att bolaget inte hade affärsrelationer av någon omfattning med nå-

[289] Se 53-072 ff ovan.

gon annan än kommunen. Jämkningen skedde så att bolaget fick innehålla SEK 300.000 av totalt SEK 655.148 i uppburna avgifter, vilka bolaget enligt avtalet skulle ha utgivit till kommunen.

53-136 Enligt min uppfattning talar för jämkning att bolaget begått ett misstag. Bägge parter har upptäckt misstaget i efterhand i ljuset av de ändrade förhållandena. När den ursprungliga partsavsikten kan utredas bör denna vara styrande. Den avgörande frågan är huruvida bolagets val av konsumentprisindex gav upphov till en skyddsvärd tillit hos kommunen att kompensation för kostnadsökningar som specifikt avsåg avfallshantering inte skall utgå. Detta kan knappast ha varit fallet. Avtalet torde vara föranlett av att bolaget ansågs kunna sköta avfallshanteringen till lägre kostnader än kommunen. Höjningar i det allmänna kostnadsläget rubbade inte denna grundläggande ekvation. Kommunen kan antas ha tjänat på avtalet även om indexering enligt biltransportindex skett i förhållande till alternativet. Det framgår inte att kommunen valt bolaget framför någon annan just därför att bolaget erbjudit prisjustering enligt konsumentprisindex, när andra anbudsgivare offererat med biltransportindex. Om så varit fallet kan det tänkas att kommunens tillit till prestationslöftets objektiva förklaringsinnehåll hade varit skyddsvärt.

53-137 Kommunens ståndpunkt, att bolaget gjort en ekonomisk felbedömning och att "ett hänsynstagande till dylika felspekulationer skulle leda till orimliga konsekvenser" kan inte tillmätas någon betydelse i en avtalsrelation som den aktuella. Däremot leder HovR:ns domskäl till oförutsebarhet och möjligen också orimliga konsekvenser. Att ett misstag begåtts talar enligt min uppfattning för och inte mot jämkning i avtalsrelationer som inte är marknadsstyrda. Att avtalet har viss varaktighet, att förlusten är stor och att den drabbade parten har merparten av sin ekonomi bunden till ett givet avtal, utgör däremot inte några generella argument för jämkning, utan är snarare utslag av att HovR:n ansett bolaget vara "ömkansvärt".[290] I den mån rättsföljden jämkning förutsätter att domstolen finner en part vara ömkansvärd uppstår svåra förutsebarhetsproblem för parterna, i fråga om att avgöra när jämkning kan beräknas ske, och i så fall hur. Detta minskar den positiva funktion som 36 § avtalslagen skulle kunna ha som bas för omförhandlingar.

53-138 I det senare avseendet är RH 14:1980 belysande. De sammanlagda förlusterna för bolaget uppgick till ca SEK 1.200.000. Kommunens vinning kan antas ha varit ungefär lika stor. Bolaget försökte innehålla

[290] Se Karnell, s 63.

SEK 655.000 kronor mer än kommunen ansåg att bolaget hade rätt till. Om avtalet byggt på biltransportindex, hade bolaget klart fått innehålla i vart fall ca SEK 662.000. HovR:n ålade bolaget att utge SEK 300.000. Hur HovR:n kommit fram till detta belopp är höljt i dunkel.

53-139 RH 14:1980 ger upphov till den generella, i och för sig banala, reflexionen att det finns ett stort och önskvärt utrymme för en rättsutveckling inriktad på att åstadkomma ökad förutsebarhet i fråga om vilka faktorer som bestämmer det närmare resultatet av en väl företagen jämkningsoperation. Om den klara utgångspunkten för jämkning är att det ursprungliga förhållandet mellan prestation och verderlag skall återställas (*ex nunc*), torde en hel del vara vunnet i förutsebarhetshänseende. Parterna skulle också få lättare att renodla sin argumentation och bevisning.

5.4 Sammanfattning

54-001 I detta kapitel har påvisats att den rättsföljd som kopplas till den valda riskallokeringen i regel medför ett större eller mindre mått av riskdelning mellan parterna. Detta gäller även när utgångspunkten är att löftesgivaren skall bära hela risken. Till någon del kan denna riskdelning vara en följd av en målsättning att minimera förluster *ex post* och hindra värdeförstöring (förlustminimeringsprincipen). Ett annat riskdelningsargument som kunnat urskiljas är att löftesmottagaren gjort en oförutsedd vinning på löftesgivarens bekostnad (ekvivalensprincipen). I avsnitt 5.1 har presenterats de övergripande analytiska synpunkter som sedan i avsnitt 5.2 och 5.3 anbringats på rättsregler och praxis rörande uppsägnings- och frånträdanderätt samt jämkning.

54-002 I avsnitt 5.1.1 har undersökts i vilken mån köplagens avbeställningsregel (52 § 2 st) medför en riskdelning utöver vad som redan följer av eljest gällande begränsningar i rätten till skadestånd. Jag hävdade att en sådan vidare gående riskdelning bör undvikas. Undersökningen har givit vid handen att avbeställningsregeln inte leder till en sådan riskdelning, dock förutsatt att det inte ställs höga krav på att säljaren skall förebringa bevisning om att köparens avbeställning ger upphov till väsentliga olägenheter som berättigat säljaren att fullgöra sin prestation trots avbeställningen. Som en analytisk utgångspunkt *de sententia ferenda* har framförts att avbeställningsregeln i första hand bör ses som ett instrument mot att säljaren utnyttjar att köparen *ex post* funnit att fullgörelsen av avtalet inte är meningsfull.

54-003 I avsnitt 5.1.2 undersöktes principen att avtal skall hållas.

Fråga var om en vidare gående riskdelning och därmed ett genombrott av grundregeln (att löftesgivaren skall stå risken för ökade prestationskostnader) kunde anses innebära ett åsidosättande av principen *pacta sunt servanda* på ett sätt som är skadligt ur samhällsekonomisk synvinkel. Jag fann att principen kan och bör uttryckas som att löftesmottagarens tillit till löftesgivarens prestationslöfte är skyddsvärd och att principen inte kan utgöra ett argument mot att frångå grundregeln, när löftesmottagaren kan anses närmare att bära risken för de ökade prestationskostnaderna. Jag har i samband med detta också hävdat att principen inte utgör ett argument mot att dela risken mellan parterna utan att fasthellre förlustminimerings- och ekvivalensprinciperna kan förenas med önskemålet om värdemaximering *ex ante* och skyddet av befogad tillit. Detta kan ske om löftesgivaren alltid bär risken i den mån han kan anses vara den bättre riskbäraren och löftesmottagaren alltid tillförsäkras den nyttoökning som han med fog kunnat räkna med när avtalet ingicks. Däremot är det inte något beaktansvärt intresse att löftesmottagaren härutöver får en värdeökning som kan anses vara en följd av att löftesmottagaren inte varit skicklig, men haft tur – och löftesgivaren inte varit oskicklig, men haft otur.

54-004 I avsnitt 5.1.3 har noterats att det ställs vissa krav på löftesmottagarens uppträdande *ex post* när en riskdelning kommer i fråga; löftesmottagaren kan inte alltid egoistiskt eftersträva att maximera det egna värdet *ex post*, utan att negativa konsekvenser uppstår för honom. Det krävs istället stundom ett visst mått av altruism; löftesmottagaren anses då i princip skyldig att dela med sig av sin vinning för att reducera löftesgivarens förlust. Utgångspunkten är att detta effektivast sker genom en omförhandling av avtalet *ex post*. Min analytiska utgångspunkt har varit att de rättsregler som är tillämpliga i dessa situationer bör utformas så att sådana omförhandlingar underlättas. Det är därvid viktigt att kunna ange när ett sådant altruistiskt uppträdande kan förväntas. Kraven på löftesmottagarens uppträdande *ex post* bör i första hand avpassas mot avtalets kontext: ett större inslag av altruism bör kunna krävas i avtalsrelationer som går ut på samverkan för ett gemensamt mål. Sådana samverkansavtal skiljer sig från det klassiska köpet, som typiskt sett avser standardiserade eller generiska varor på en marknad med utbytbara aktörer.

54-005 I avsnitt 5.1.4 har behandlats avtal där fullgörelsen av naturaprestationen tar lång tid, vare sig prestationen är tidsmässigt odelbar eller inte (långvariga avtal). När det gäller sådana avtal är det i regel förutsebart att ändrade förhållanden på något sätt kommer att rubba det ursprungliga förhållandet mellan prestation och vederlag. Parterna försöker ofta lösa

detta problem genom att tillskapa avtalsmässiga flexibilitetsmekanismer, t ex införa en indexklausul. En praktiskt viktig fråga därvidlag är hur man lämpligen skall lösa de problem som uppstår när en sådan flexibilitetsklausul inte förmår bibehålla den ursprungliga ekvivalensen. I avsnittet har undersökts varför parterna utsätter sig för de problem som en långvarig avtalsbindning innebär. I polemik mot antagandet att långvariga avtal i princip skall ses som instrument för parternas önskan att slå vad om den framtida pris- och kostnadsutvecklingen, har hävdats att orsakerna till att en långvarig avtalsbindning väljs väl så gärna kan vara andra. En sådan orsak hävdas vara att en långvarig avtalsbindning ofta utgör en förutsättning för att en part skall våga göra en relationsspecifik investering. En annan, trivial men ofta förbisedd orsak är att långvariga avtal kan nedbringa transaktionskostnaderna och utgöra alternativ till integration.

54-006 I avsnitt 5.2 har med ledning av de förut utvecklade synpunkterna behandlats de regler som ger löftesgivaren rätt att säga upp eller i förtid frånträda ingångna avtal.

54-007 I avsnitt 5.2.1 undersöktes betydelsen av att parterna valt en obestämd framför en bestämd avtalstid. I focus för undersökningen stod här frågan huruvida valet av en obestämd avtalstid kan ses som åsyftad mekanism för flexibilitet, genom att parterna därigenom i regel får en obetingad rätt att säga upp avtalet med iakttagande av viss uppsägningstid. Det är dock inte möjligt att grunda några bestämda slutsatser beträffande förekomsten av uppsägningsrätt enbart på att parterna valt en obestämd avtalstid. Frågan om uppsägningsrätt skall anses föreligga bör istället i första hand avgöras genom tolkning och individuell utfyllnad, varvid värdemaximeringsprincipen jämte förlustminimerings- och ekvivalensprinciperna bör beaktas.

54-008 I avsnitt 5.2.2 undersöktes vilka motiv som kan anses uppbära regeln att en viss uppsägningstid skall iakttas vid uppsägning av avtal. Behovet av skydd av relationsspecifika investeringar som skett i tillit till att avtalet skulle bestå identifierades som ett sådant motiv. En slutsats blev att gällande rätt illa förmår skydda sådana investeringar och att det torde finnas ett behov av att genom uppsägningsreglernas tillämpning *in casu* se till att reglerna motverkar strategiskt betingade uppsägningar som görs av den ena parten för att kunna pressa fram ett för honom bättre avtal.

54-009 I avsnitt 5.2.3 undersöktes regler som ger löftesgivaren en rätt att frånträda ingångna avtal i förtid på grund av ökade prestationskostnader. I avsnitt 5.2.3.1 konstaterades att ökade prestationskostnader utanför det lagreglerade området inte tycks ha haft någon betydelse för att grunda rätt

till förtida frånträdande. I avsnitt 5.2.3.2 inventerades översiktligt de lagreglerade fallen av rätt till förtida frånträdande. I avsnitt 5.2.3.3-5.2.3.4 behandlades principen om viktig grund. Det hävdades att principen om viktig grund torde kunna ses som ett förtydligande av culparegeln och då i synnerhet av dess förut behandlade aktivitetsrekvisit. Principen om viktig grund hävdades därför inte innebära någon vidare gående riskdelning än vad som följer av möjligheterna till befrielse från skadeståndsansvar i allmänhet.

54-010 I avsnitt 5.3 undersöktes riskdelning genom jämkning. Detta skedde med utgångspunkt i hur framför allt svenska och norska domstolar har betraktat ändrade förhållanden i form av ökade prestationskostnader och inflation. Fall där jämkningen till någon del kan förklaras av att det förelegat brister i den förhandlingsprocess som lett fram till avtalet (processuell oskälighet) lämnades åsido. Kvar blev fall där oskäligheten bestått i att de ändrade förhållandena medfört att den ursprungliga balansen mellan prestation och vederlag rubbats (substantiell oskälighet).

54-011 I avsnitt 5.3.1 utvecklades vad som i avsnitt 5.1 allmänt sagts om ekvivalensprincipen och betydelsen av avtalets kontext.

54-012 I avsnitt 5.3.2 gjordes ett försök att i ett kortfattat idéhistoriskt perspektiv beskriva rättsutvecklingen med särskilt avseende på U.S.A och Tyskland.

54-013 I avsnitt 5.3.3 behandlades på motsvarande sätt den svenska rättsutvecklingen före införandet av 36 § avtalslagen; uppmärksamheten inriktades på fall där möjligheterna till jämkning övervägts i praxis utan särskilt lagstöd. Det framkom att svenska domstolar varit obenägna att jämka avtal så att löftesmottagarens förpliktelser ökat. Det påvisades att sådan jämkning skett i ett fall, rörande verkan av stark inflation och att influenser från tysk rätt kan ha gjort sig gällande.

54-014 I avsnitt 5.3.4 undersöktes specifikt 36 § avtalslagen. Det konstaterades att stadgandet vid substantiell oskälighet i princip inte skall föranleda någon ändring av det förhållande mellan prestation och vederlag som parterna ursprungligen valt.

54-015 I avsnitt 5.3.4.1 behandlades risken för inflation. Med utgångspunkt i två norska avgöranden påvisades att 36 § avtalslagen inte bara kan fungera som ett riskdelningsinstrument, utan att stadgandet också kan tjäna som ett redskap för att genombryta grundregeln och därvid åstadkomma en värdemaximerande riskallokering varjämte det dessvärre lika gärna kan utnytjas för att åstadkomma ett motsatt resultat. Det senare bör givetvis *de sententia ferenda* undvikas. Stadgandet kan fungera som ett redskap för att åstadkomma en värdemaximerande riskallokering i de fall avtalets objek-

tiva förklaringsinnehåll inte kan anses ligga till grund för några definitiva slutsatser om vilken riskallokering parterna åsyftat. Jag fann att det då inte bör uppställas något krav på att förhållandet mellan prestation och vederlag skall ha råkat i en viss obalans. Argumentet mot att tillämpligheten av 36 § begränsas på detta sätt är detsamma som anfördes vid den föregående kritiken mot kontrollansvarsregelns aktivitetsrekvisit.

54-016 I avsnitt 5.3.4.2 behandlades så risken för ökade prestationskostnader. Det konstaterades att de synpunkter som förut utvecklats kring betydelsen av avtalets kontext visserligen åtminstone i norsk praxis kan anses ha föranlett jämkning; ND 1985 s 234 (*Mascot*-skiljedomen). Kontextuella element som tyder på att jämkning inte borde ske – särskilt i klassiska bytestransaktioner – tycks inte ha förhindrat jämkning: HD:s principiella uttalanden i NJA 1994 s 359 tyder på att domstolen har underlåtit att beakta kontextuella element som talar mot jämkning. Det påvisades hur jämkningsmöjligheten i sådana fall torde försvåra för parterna att träffa en uppgörelse *ex post*.

54-017 I avsnitt 5.3.4.3 behandlades slutligen jämkning av avtal som innehåller en indexklausul. De principiellt sett skilda synpunkter som kommit till uttryck i de amerikanska avgörandena i ALCOA-fallet, *Aluminum Corp. of America v. Essex Group Inc.*, respektive *Northern Indiana Public Service Co v. Carbon County Coal Company* togs som utgångspunkt för en diskussion i vilken mån förekomsten av en indexklausul kunde anses utgöra ett indicium på att löftesgivaren åtagit sig att bära risken för sådana kostnadsökningar som inte täcks av indexklausulen och därför borde öka betänkligheterna mot jämkning. Slutsatsen var att detta kan anses vara fallet endast i ringa utsträckning. Det avgörande borde istället här liksom eljest vara den grad av svårigheter som parterna haft att skapa relevanta flexibilitetsmekanismer och avtalets kontext.

54-018 Undersökningen i kapitel 5 leder till slutsatsen att de i avsnitt 5.1 skisserade analytiska utgångspunkterna delvis bekräftas av gällande lagregler och praxis. Således synes intresset att bereda skydd för relationsspecifika investeringar i viss mån beaktas vid utformning och tillämpning av regler om uppsägnings- och frånträdanderätt. I vart fall gäller detta inom ramen för kommissionslagen. Vi kan också konstatera att inslag av samverkan i avtalet torde minska betänkligheterna mot jämkning. Att det omvända förhållandet också skulle gälla beträffande avtal som ligger nära den klassiska bytestransaktionen bekräftas dock inte av praxis; snarare tvärt om. Det finns därför skäl att ifrågasätta huruvida de riktlinjer för jämkning på grund av ändrade förhållanden som hunnit utvecklas i praxis

borde grundligt omprövas för att befrämja klarhet och förutsebarhet. I samband med diskussionen kring avgörandet i RH 14:1980 (*Varbergs kommun ./. Varbergs Renhållningsverk AB*) gjordes också det generella konstaterandet att det finns ett stort och önskvärt utrymme för en rättsutveckling inriktad på att åstadkomma ökad förutsebarhet i fråga om vilka faktorer som bestämmer det närmare resultatet av domstolarnas jämkande verksamhet. Innan så sker kan 36 § avtalslagen knappast fylla den för kommersiella avtalsförhållanden önskvärda funktionen att minimera utrymmet för strategiskt värdekrävande beteende *ex post* och befrämja godvilliga uppgörelser utom rätta.

Kapitel 6
Sammanfattning – utgångspunkter och slutsatser

Utgångspunkten för denna undersökning har varit att den part som i ett ömsesidigt avtalsförhållande primärt har drabbats av att avtalet ger mindre nytta än beräknat – löftesgivaren – i princip skall bära risken för detta. Denna *grundregel* har antagits gälla oavsett om nyttominskningen består i att löftesgivarens prestation visade sig vara eller visade sig bli mer betungande än beräknat (ökade prestationskostnader) eller att mottagandet av motprestationen var eller blev mindre förmånligt än beräknat (minskat vederlagsvärde).

Den övergripande frågan har därefter varit huruvida det är möjligt att formulera några generella kriterier eller argument för att genombryta denna grundregel.

Grundläggande för undersökningen har varit antagandet att avtal som uppvisar en ofullständig reglering av risken för ökade prestationskostnader eller minskat vederlagsvärde (nyttominskande omständigheter) kan rekonstrueras med utgångspunkt i önskemålet att varje avtal *ex ante* helst bör ge upphov till så mycket mervärde som möjligt för parterna att dela på; oavsett *hur* detta mervärde delas. Med denna utgångspunkt bör domaren efter bästa förmåga utfylla det ofullständiga avtalet och ålägga den av parterna att bära risken som *ex ante* kan antas ha varit villig att bära risken mot det minsta vederlaget (värdemaximeringsprincipen).

Värdemaximering är en grov approximation av ekonomisk effektivitet. Behovet av en sådan approximation föreligger, eftersom det inte torde vara praktiskt möjligt att eftersträva ekonomisk effektivitet vid efterföljande bedömningar utförda av en utomstående domare eller annan konfliktlösare. Med hänsyn till kostnaderna för att administrera en sådan effektivitetsregel torde det heller inte vara samhällsekonomiskt optimalt att eftersöka vad som kan antas vara en ekonomiskt effektiv riskallokering i det enskilda fallet. I kapitel 2 diskueras och föreslås en norm för värdemaximerande utfyllnad av avtal med en ofullständig reglering av risken för nyt-

tominskande omständigheter (rekonstruktionsmodellen). Rekonstruktionsmodellen består av fyra riskallokeringsargument med enligt min uppfattning gradvis avtagande tyngd.

1. Regressrekvisitet

Hade någon av parterna en möjlighet att minimera skadan genom att på kontraktuell grund föra regresstalan i bakre led?

– Om ja, placera risken på den part som haft en sådan regressmöjlighet.
– Om nej, gå till 2.

2. Förebyggande rekvisitet

Hade någon av parterna bättre möjligheter än den andra att till rimliga kostnader förebygga att risken skulle realiseras?

– Om ja, placera risken på den part som kunde förebygga risken.
– Om nej, gå till 3.

3. Riskområdesrekvisitet

Hade löftesgivaren bättre möjligheter än löftesmottagaren att bedöma sannolikheten för att risken skulle realiseras?

– Om ja, placera risken på löftesgivaren.
– Om nej, gå till 4.

4. Riskspridningsrekvisitet

Hade någon av parterna bättre möjligheter än den andra att bära risken genom riskspridning?

– Om ja, placera risken på den bättre riskspridaren.
– Om nej, placera risken på löftesgivaren.

Om inte heller riskspridningsrekvisitet ger utslag, förordas att risken i sista hand skall läggas på löftesgivaren, det vill säga att grundregeln skall upprätthållas. Den valda riskallokeringen kan här inte återföras på värdemaximering. Den kan dock antas tillskapa förutsebarhet i rättstillämpningen, vilket i sin tur kan antas leda till lägre transaktionskostnader *ex post*.

Rekonstruktionsmodellen bygger på den klassiska avtalsrättens "allt eller intet"-perspektiv; antingen bär löftesgivaren ensam risken eller också

genombryts grundregeln varvid löftesmottagaren ensam får bära risken. Det kan därför tyckas som om rekonstruktionsmodellen skulle styra valet av rättsföljd: Om löftesgivaren skall bära risken för ökade prestationskostnader synes slutsatsen bli att han skall förpliktas att antingen fullgöra sin prestation eller utge fullt skadestånd. Även om en sådan slutsats kan tyckas ligga nära till hands, är dock avsikten med rekonstruktionsmodellen inte att ge domaren vägledning vid valet av rättsföljd. I undersökningen tas helt enkelt inte ställning till tyngden av intresset att uppnå värdemaximering *ex ante* när det gäller val av rättsföljd *ex post* och i undersökningen (kap 5) konstateras att det stundom kan finnas skäl att genom valet av rättsföljd låta parterna dela risken.

Om värdemaximering *ex ante* och reducerade transaktionskostnader *ex post* kan antas vara givna samhällsintressen som väger tyngre än eventuella motstående billighetssynpunkter, så är slutsatsen i denna del att det synes vara möjligt att formulera en generell regel för tillämpning i ickelagreglerade fall rörande relevansen av nyttominskande omständigheter i allmänhet och om relevansen av ökade prestationskostnader i synnerhet.

Denna slutsats är knappast ägnad att förvåna, eftersom åtskilliga företrädare för doktrinen i större eller mindre utsträckning synes har räknat med förutsättningsläran som en sådan utfyllande riskallokeringsregel. Till skillnad från förutsättningsläran uppställer rekonstruktionsmodellen dock inte något väsentlighets- eller synbarhetsrekvisit. Väsentlighetsrekvisitet har antagits vara betingat av att rättsföljden av att en förutsättning tilläggs relevans i regel är att avtalet blir ogiltigt. Genom att rekonstruktionsmodellen inte är avsedd att ge ledning vid valet av rättsföljd kan väsentlighetsrekvisitet undvaras. Detta innebär att väsentlighetsrekvisitet inte kan anses ha någon betydelse som riskallokeringsargument. Även synbarhetsrekvisit har konstaterats vara överflödigt. Synbarhetsrekvisitet har antagits vara uppställt för att utesluta relevansen av förutsättningar som är hänförliga till särpräglade eller onormala faktorer på löftesgivarens sida. Även rekonstruktionsmodellen utesluter på grund av riskområdesrekvisitet i regel att sådana faktorer medför ett genombrott av grundregeln, oavsett synbarhet.

Vid en jämförelse mellan rekonstruktionsmodellen och förutsättningsläran avslutande riskrekvisit framgår att riskrekvisitet i Henry Ussings och Bert Lehrbergs tappningar inte synes tillmäta intresset av värdemaximering *ex ante* någon större tyngd. I förgrunden står istället billighetssynpunkter.

Enligt min uppfattning kan rekonstruktionsmodellen ses som en med förutsättningsläran konkurrerande princip för bedömning av problema-

tiska fall. Ofta, men inte alltid, kommer då värdemaximeringsprincipen på kollisionskurs med billighetsbaserade riskallokeringsargument.

Även om det synes vara möjligt att formulera en generell regel för relevans av nyttominskande omständigheter gäller dock åtminstone ett memento. När rekonstruktionsmodellen konfronteras med de lösningar av riskallokeringsspörsmålet som marknadens aktörer valt, borde man, försåvitt marknadens aktörer kan antas eftersträva värdemaximering eller effektivitet, kunna förvänta sig en fullständig kongruens. Detta är emellertid inte fallet, utan vid en jämförelse med ett par stilbildande standardavtal för leveranser av maskinell utrustning (ECE 188 och NL 92) som har upprättats med beaktande av såväl säljar- som köparintressen framkommer att risken för strejk bland säljarens anställda lagts på köparen. Rekonstruktionsmodellen leder till motsatt lösning. Det kan inte uteslutas att marknaden valt denna lösning av strategiska och kanske politiska skäl, men det kan inte heller uteslutas att rekonstruktionsmodellen kan ha formulerats ofullständigt eller felaktigt i någon punkt. Jag vill härmed uttryckligen säga att rekonstruktionsmodellen inte kan pretendera på att lämna slutgiltiga svar på de "eviga frågor" som riskallokeringproblemet närmare besett ger upphov till.

Rekonstruktionsmodellen har härefter konfronterats med ond tro och enuntiativt uppträdande såsom riskallokeringsargument (kap 3). Frågeställningen har här varit i vilken mån ond tro och enuntiativt uppträdande kan antas ha självständig betydelse vid valet av riskallokering (betydelsen av sådana faktorer vid val av rättsföljd undersöks däremot inte). Särskilt intresse har tillkommit fall där förekomsten av ond tro och enuntiativt uppträdande befunnits vara irrelevant. Detta särskilda intresse beror på att jag utgått från antagandet att om löftesgivaren trots löftesmottagarens onda tro eller enuntiativa uppträdande med avseende på en viss nyttominskande omständighet får bära risken, då borde risken *a fortiori* ligga på löftesgivaren när löftesmottagaren kan anses ha varit i god tro eller inte ha uppträtt enuntiativt under eljest lika förhållanden. Jag har ansett att en undersökning av relevansen av ond tro och enuntiativt uppträdande har varit påkallad med hänsyn till att förutsättningsläran naturligen tycks leda till att löftesmottagarens onda tro (insikt) om existensen av löftesgivarens förutsättning bör utgöra ett kvalificerat fall av relevans.

Slutsatsen efter denna konfrontation är att värdemaximeringsprincipen, sådan den kommer till uttryck i rekonstruktionsmodellen, inte kan åberopas för att vare sig tillägga eller frånkänna löftesmottagarens onda tro relevans.

Jag har i stället valt att bygga undersökningen av hithörande fall på en med värdemaximeringsprincipen besläktad analytisk utgångspunkt: Löftesmottagarens onda tro bör i regel frånkännas självständig betydelse som riskallokeringsargument, om intresset att premiera investeringar i information väger tyngre än intresset att skydda löftesgivaren från att begå misstag på grund av sin egen okunnighet. Den valda utgångspunkten har föranlett hypotesen att förhållandet att löftesgivarens okunnighet avsett allmänt tillgänglig information borde medföra att löftesgivarens okunnighet betraktas som irrelevant, försåvitt inte förtigandet avsett destruktiva fakta, dvs ett förtigande som medfört inte bara att värde överförts från löftesgivaren till löftesmottagaren utan därutöver givit upphov till en minskning av värde.

Denna hypotes bekräftas dock inte fullständigt av vad som torde kunna betraktas som gällande rätt. Vid en undersökning av gällande rätt finns det skäl att skilja mellan fall när löftesmottagaren dolöst förtiger att löftesgivaren kommer att drabbas av en nyttominskande omständighet och fall av culpöst förtigande.

Enligt gällande rätt torde dolösa förtiganden i princip vara relevanta, dvs medföra att grundregeln genombryts. Relevansen kan bortfalla när den dolöse löftesmottagaren kan åberopa någon motgrund. Den i praktiskt avseende viktigaste motgrunden torde vara att fakta rör prisbildning och konjunkturer. Allmänt sett kan sägas att intresset att premiera den som investerat i information tillgodoses eller motverkas på grundval av hur motgrunderna utformas. Undersökningen av verkan av dolösa förtiganden har till största delen och i de praktiskt viktigaste fallen bekräftat den ovannämnda hypotesen. Förekommande undantag synes i stor utsträckning kunna förklaras av en i vissa avtalsförhållanden rådande lojalitetsplikt (liksom möjligen i fall av icke undersökta ockerliknande situationer).

Att ett dolöst förtigande bör frånkännas relevans innebär dock inte att riskallokeringsfrågan är avgjord så att löftesgivaren alltid får bära risken. Istället bör vid sådant frånkännande riskallokering ske på bas av objektiva överväganden.

När det så gäller betydelsen av culpösa förtiganden har påvisats att de yttre relevansramarna bör bestämmas med ledning av de dolösa fallen. Enligt gällande rätt synes relevansen av culpösa förtiganden vara mindre än i dolusfallen och relevans kan ingalunda – som i de dolösa fallen – antas vara den principiella utgångspunkten. Snarare tycks det vara så att relevansen av culpösa förtiganden är begränsad till fall när löftesmottagaren förtigit någon nyttominskande omständighet som är att hänföra till hans egen sfär (fakta vars riktighet han enligt riskområdesrekvisitet typiskt sett kan

bedöma lättare än löftesgivaren). Relevansen av culpösa förtiganden torde här vara begränsad på samma sätt som vid dolösa förtiganden.

Undersökningen har givit vid handen att löftesmottagarens förtigande av förhållanden inom löftesgivarens sfär i regel bör vara irrelevant, liksom förtigande av förhållanden utanför parternas respektive sfärer. När det culpösa förtigandet saknar relevans bör, liksom i dolusfallen, riskallokeringen avgöras på grundval av objektiva överväganden. Det befogade häri blir särskilt tydligt när det gäller så kallade gemensamma villfarelser. Det är emellertid ovisst om detta synsätt står i full överensstämmelse med gällande rätt.

I kapitel 3 påvisades slutligen att enuntiativt uppträdande på löftesmottagarens sida kan reducera betydelsen av att löftesgivaren underlåter att hålla sig informerad. Detta synes dock gälla endast om det enuntiativa uppträdandet avser förhållanden inom löftesmottagarens egen sfär. Huruvida det därtill kan krävas att det enuntiativa uppträdandet är culpöst, torde vara en öppen fråga. Enligt den uppfattning som här har framförts torde det emellertid vara rättspolitiskt olämpligt att tillägga culpamomentet denna självständiga betydelse.

En av de frågor som denna undersökning har avsett att ge svar på har varit hur rekonstruktionsmodellen förhåller sig till förekommande fall av lagreglerad allokering av risken för ökade prestationskostnader. Denna fråga har undersökts i kapitel 4. Studien har här, från att i de föregående kapitlen ha varit allmänt hållen, primärt avgränsats till köplagens område. Undersökningen har i denna del syftat till att upptäcka eventuella skillnader mellan den riskallokering som rekonstruktionsmodellen anvisar och den som föreskrivs i köplagen.

Inom köprätten är det tydligt att ökade prestationskostnader kan tilläggas relevans, så att löftesgivarens eljest föreliggande skadeståndsskyldighet temporärt bortfaller. I princip suspenderas löftesgivarens förpliktelse att fullgöra intill dess att löftesmottagaren häver avtalet.

Undersökningen har genomförts med utgångspunkt i den så kallade kontrollansvarsregeln, 27 § köplagen. Kontrollansvarsregeln har brutits upp i tre rekvisit; kontrollrekvisitet, oförutsebarhetsrekvisitet och aktivitetsrekvisitet.

När det gäller kontrollrekvisitet har jag framfört uppfattningen att detta rekvisit kan ses som ett generellt uttryck för satsen att löftesgivaren/gäldenären skall svara för de risker som han har möjlighet att förebygga. Detta är förenligt med rekonstruktionsmodellens förebygganderekvisit i förening med dess riskområdesrekvisit. Några påtagliga skillnader mellan re-

konstruktionsmodellen och kontrollansvaret har inte kunnat påvisas i denna del.

Även oförutsebarhetsrekvisitet har befunnits *kunna* leda till en riskallokering som i huvudsak överensstämmer med rekonstruktionsmodellens riskområdesrekvisit. Om oförutsebarhetsrekvisitet uppfattas innebära ett krav på att ett prestationshinder faktiskt borde ha förutsetts vid avtalets ingående, så blir det, med den tolkning av kontrollrekvisitet som har förordats, strängt taget överflödigt. Men om oförutsebarhetsrekvisitet ses som ett juridiskt-tekniskt uttryck för en strävan att åstadkomma en lämplig riskfördelning *in casu*, finns det skäl att *de sententia ferenda* utbygga rekvisitet med rekonstruktionsmodellens riskspridningsrekvisit, som eljest inte beaktas i kontrollansvarsregelns riskallokeringsschema. Om så sker blir likheterna mellan riskallokeringen enligt kontrollansvarsregeln och den enligt rekonstruktionsmodellen påtagliga.

Vid undersökningen av kontrollansvarsregelns aktivitetsrekvisit har påvisats en lika markant som från värdemaximeringssynpunkt omotiverad skillnad i förhållande till rekonstruktionsmodellen. Skillnaden visar sig tydligast när löftesmottagaren/borgenären är den bättre riskspridaren. Enligt rekonstruktionsmodellen undgår då löftesgivaren risken, medan han enligt kontrollansvarsregeln är skyldig att försöka övervinna föreliggande prestationshinder. Löftesgivaren undgår skadeståndsansvar först om det inte skäligen kan krävas att han övervinner hindret. Kontrollansvarsregeln bygger här på en gammal rättstradition som innebär att löftesgivaren inte skall kunna förpliktas till fullgörelse om prestationen är omöjlig.

I doktrinen har stundom påtalats att förhållandet att en prestation är omöjlig givetvis är ett tvingande argument mot att förplikta löftesmottagaren att fullgöra avtalet, men att det är ett undermåligt argument för att lägga risken för skadeverkningarna härav på löftesmottagaren. Det finns så att säga inte någon naturlig koppling mellan skadeståndet och möjligheten till naturaprestation, eftersom skadestånd kan utgöra ett surrogat för naturaprestationen. Det gör därvid naturligtvis inte någon skillnad om man för att ansvarsfrihet skall inträda kräver omöjlighet *stricto sensu* eller praktisk omöjlighet, *impracticability*, eller om man, i anslutning till kontrollansvarsregeln, säger att ansvarsfrihet kan komma i fråga om det inte skäligen kan krävas att löftesgivaren/gäldenären undviker eller övervinner hindret.

Anledningen till att vissa undantag gjordes i den romerska rätten från regeln att omöjlighet medförde avtalets ogiltighet synes ha varit att det stundom tedde sig stötande att löftesgivaren/gäldenären kunde *undgå* ansvar bara för att prestationen var *omöjlig*. Vid en genomgång av rättsut-

vecklingen kan man konstatera att problemet kommit att kastas om. Det ter sig så att säga stötande att löftesgivaren/gäldenären *åläggs* ansvar trots att prestationen i och för sig är *möjlig*, eftersom han i någon bemärkelse förtjänar att undgå ansvar. Vilka konkreta skäl som uppbär detta billighetsbaserade riskallokeringsargument har inte kunnat klargöras genom denna undersökning. Ett tämligen innehållslöst försök till att sammanfatta skälen vore att säga att löftesgivaren/gäldenären inte kan anses ha samtyckt till att göra vilka ansträngningar som helst för att övervinna prestationshinder som han inte kunnat förutse eller behärska. Med ett tillitsteoretiskt uttryckssätt skulle istället kunna sägas att löftesmottagaren inte kan anses ha någon skyddsvärd tillit till att löftesgivaren/gäldenären åtagit sig att bära risken för sådana prestationshinder. Med ett rättsrealistiskt språkbruk skulle det kunna sägas att det inte hotar omsättningens intressen att i vissa fall låta löftesgivaren/gäldenären slippa ett eljest strikt ansvar. Dessa sammanfattande formler saknar enligt min uppfattning förklaringsvärde.

Omöjlighet liksom stegrade prestationskostnader över huvud taget kan ha betydelse för att begränsa löftesmottagarens/borgenärens rätt att begära fullgörelse. Detta återförs på intresset att undvika värdeförstöring *ex post*. Det synes emellertid inte finnas något skäl att låta det förhållande att prestationen blivit mer kostnadskrävande än beräknat medföra att kostnadsrisken kastas över på löftesmottagaren/borgenären så att löftesgivaren/gäldenären undgår skadeståndsansvar. Köplagen tycks här bygga på en av rättstraditionen betingad olycklig sammanblandning av rättsföljdsargument och riskallokeringsargument. Denna sammanblandning döljs av oklara billighetsssynpunkter och kan ofta nog tänkas leda till obilliga resultat.

Undersökningen har också påvisat en annan brist i kontrollansvarsregelns aktivitetsrekvisit. Det borde vara ett starkt samhällsekonomiskt intresse att en klar och förutsebar regel för riskallokering tillämpas, när ingen av parterna kan sägas vara närmare att bära risken, dvs när det från värdemaximeringssynpunkt är egalt vem som bär risken. Klarhet är motiverad av hänsyn till intresset att försöka hålla transaktionskostnaderna *ex post* så låga som möjligt. Kontrollansvarsregelns aktivitetsrekvisit synes på grund av sitt svårbestämbara innehåll vara illa ägnat att tillgodose detta intresse.

Undersökningen utmynnade i ett försök att rädda kontrollansvarsregeln undan de påtalade bristerna.

Med hänsyn till att kontrollansvarsregeln är avsedd att bryta med de traditionella begreppen *force majeure*, *impracticability* och omöjlighet och

bilda "*a system of its own*" finns det inte några skäl att beträffande aktivitetsrekvisitet anknyta till dessa begrepp och traditioner och dessas krav på att prestationskostnaderna skall ha ökat till en viss nivå. En lösning vore att istället låta detta krav bero på huruvida löftesgivaren/gäldenären enligt värdemaximeringsprincipen kan anses stå närmare att bära risken eller inte. Om han enligt rekonstruktionsmodellen är närmare att bära risken, bör skadeståndsansvar åläggas honom oavsett om prestationshindret *kan* övervinnas eller icke. Om å andra sidan löftesmottagaren/borgenären är närmare att bära risken, bör kravet på löftesgivaren/gäldenären sättas lågt; i princip borde löftesgivaren/gäldenären inte behöva ådra sig några kostnader alls för att övervinna uppträdande prestationshinder utan att få kompensation härför.

Om ingen av parterna kan anses närmare att bära risken, bör aktivitetsrekvisitet bestämmas på ett entydigt sätt. Den klaraste regeln vore att tillämpa samma lösning som när löftesgivaren/gäldenären är närmare att bära risken; dvs ålägga honom ansvar oavsett om prestationshindret är oövervinneligt eller ej.

En sådan lösning har dock befunnits stämma dåligt med kontrollansvarsregelns lydelse. En alternativ och nöjaktigt entydig regel vore då att låta löftesgivaren/gäldenären undgå risken om han kan visa att avtalets fullgörelse skulle medföra en nettoförlust av värde. Visst stöd för denna lösning på de problem som aktivitetsrekvisitet medför följer av aktivitetsrekvisitets hänvisning till skälighet.

Undersökningen visar således att det är svårt att med resonemang *de lege lata* rädda kontrollansvarsregeln undan de påtalade bristerna. Detta förhållande bör dock kunna ha betydelse för att begränsa analogiutrymmet kring regeln. Ett näraliggande alternativ till riskallokering genom kontrollansvarsregeln *ex analogia* är då att istället grunda möjligheterna till ansvarsbefrielse på culparegeln.

Vid undersökningen av culparegeln (avsnitt 4.4) har regeln brutits upp i tre rekvisit motsvarande dem som återfinns i kontrollansvarsregeln.

Culparegeln har befunnits ha fördelen att *de sententia ferenda* medge en bestämning av aktivitetsrekvisitet på det sätt som jag *de lege ferenda* förordat beträffande kontrollansvarsregeln.

Nackdelen med culparegeln – i vart fall när domstolen är hänvisad till en fri culpabedömning – kan å andra sidan anses vara att regelns tillämpning i högre grad än kontrollansvarsregelns förutsätter en prövning av omständigheterna i det enskilda fallet. Detta medför att en tillämpning av culpare-

geln torde ge upphov till större transaktionskostnader *ex post* än vad som är fallet med kontrollansvarsregeln.

Allmänt sett torde det därför finnas störst skäl att låta culparegeln stå tillbaka för kontrollansvarsregeln när intresset att minimera transaktionskostnaderna väger tungt. Detta torde vara fallet när, som det brukar sägas, omsättningsintresset framstår som särskilt skyddsvärt. För egen del finner jag det mer klargörande att säga att kontrollansvarsregeln bör ha principiellt företräde när avtalet framstår som ett instrument för utbyte av substituerbara varor mellan substituerbara parter – dvs vid marknadsstyrda avtal, där den klassiska avtalsrättsmodellen är adekvat.

I kapitel 5 diskuterades förhållandet mellan riskallokering och valet av rättsföljd med särskilt avseende på rättsföljdsbetingade *riskdelningsargument*. Särskild uppmärksamhet ägnades långvariga avtalsrelationer och det behov av flexibilitet som där föreligger. Detta behov av flexibilitet kan, ytligt betraktat, komma i konflikt med den gamla maximen att avtal skall hållas.

Undersökningen lämnade här det *ex ante*-perspektiv som anlagts i det föregående. I fokus stod istället den betydelse som förekommande rättsföljder kan antas ha för parternas strategiska överväganden *ex post*. Tyngdpunkten låg på betydelsen av svårigheten att förutse huruvida och i vilken mån avtalet kan komma att jämkas om inte parterna förmår omförhandla sitt avtal i ljuset av ändrade förhållanden. Syftet var att med dessa utgångspunkter *de sententia ferenda* föreslå förutsebara (eller åtminstone mindre svårförutsebara) kriterier för när jämkning bör kunna komma ifråga.

Den rättsföljd som kopplas till den valda riskallokeringen har befunnits medföra ett större eller mindre mått av riskdelning mellan parterna; detta även när utgångspunkten är att löftesgivaren skall bära hela risken. Till någon del kan denna riskdelning vara en följd av en målsättning att minimera förluster *ex post* och hindra värdeförstöring (förlustminimeringsprincipen). Ett annat riskdelningsargument har identifierats vara att löftesmottagaren gjort en oförutsedd vinning på löftesgivarens bekostnad (ekvivalensprincipen).

En fråga av intresse i denna på köplagen primärt inriktade studie är huruvida köplagens avbeställningsregel (52 § 2 st) medför en riskdelning utöver vad som redan följer av eljest gällande begränsningar av rätten till skadestånd. Undersökningen tillåter slutsatsen att avbeställningsregeln inte leder till en sådan vidare gående riskdelning, dock förutsatt att det inte ställs höga krav på att säljaren skall förebringa bevisning om att köparens avbeställning givit upphov till väsentliga olägenheter som berättigat sälja-

ren att fullgöra sin prestation trots avbeställningen. I avsnittet framfördes som en analytisk utgångspunkt *de sententia ferenda* att avbeställningregeln i första hand bör ses som ett instrument mot att säljaren utnyttjar att köparen *ex post* finner att fullgörelsen av avtalet inte är meningsfull. Avbeställningsregeln kan inte heller sägas vara stridande mot principen att avtal skall hållas.

I avsnitt 5.1.2 undersöktes principen att avtal skall hållas med särskilt avseende på principens användbarhet som motargument mot en rättsföljdsbetingad riskdelning. Den primära frågeställningen var därvid om en riskdelning och ett därmed förbundet genombrott av grundregeln (att löftesgivaren skall stå risken för ökade prestationskostnader) kunde anses innebära ett åsidosättande av principen *pacta sunt servanda* på ett sätt som är skadligt ur samhällsekonomisk synvinkel.

Det hävdades att principen kan och bör uttryckas som att löftesmottagarens tillit till löftesgivarens prestationslöfte är skyddsvärd och att principen inte kan utgöra ett argument mot att frångå grundregeln, när löftesmottagaren kan anses närmare att bära risken för de ökade prestationskostnaderna. Det hävdades också att principen inte alltid utgör ett argument mot att dela risken mellan parterna utan att förlustminimerings- och ekvivalensprinciperna kan förenas med önskemålet om värdemaximering *ex ante* och skyddet av befogad tillit. Detta kan ske om löftesgivaren alltid bär risken i den mån han kan anses vara den bättre riskbäraren och löftesmottagaren alltid tillförsäkras det mervärde som han med fog kunnat räkna med när avtalet ingicks. Oförutsebarhetsrekvisitet återkommer här, men det är så att säga vänt ut och in; det oförutsebara i löftesmottagarens vinning gör en riskdelning mer befogad och inte tvärt om såsom oförutsebarhetsrekvisitet vanligen tillämpas. Det förefaller som om det oförutsebara i löftesgivarens förlust traditionellt har tagits till intäkt för att lägga en del av förlusten på löftesmottagaren. Enligt min uppfattning kastar detta omvända synsätt nytt ljus på oförutsebarheten som riskdelningsargument.

Som ett ytterligare skäl för att medge en riskdelning i dessa fall nämns att det inte framstår som något beaktansvärt intresse att löftesmottagaren får en värdeökning, inte till följd av sin skicklighet, utan till följd av att han haft tur – och löftesgivaren har haft otur.

I avsnitt 5.1.3 noterades att det ställs vissa krav på löftesmottagarens uppträdande *ex post* i de fall en riskdelning kommer i fråga; löftesmottagaren får inte egoistiskt ha eftersträvat att maximera det egna värdet *ex post*, utan att negativa konsekvenser skall uppstå för honom. Det krävs istället ett visst mått av altruism. Löftesmottagaren anses i princip skyldig att dela

med sig av sin vinning för att reducera löftesgivarens förlust. Min utgångspunkt var att detta effektivast sker genom en omförhandling av avtalet *ex post*. De rättsregler som kan bli tillämpliga när sådana omförhandlingar har misslyckats inte i sig bör få försvåra godvilliga uppgörelser. Det är därvid viktigt att kunna ange när ett sådant altruistiskt uppträdande kan förväntas. Det hävdades att kraven på löftesmottagarens uppträdande *ex post* i första hand bör avpassas mot avtalets kontext och att ett större inslag av altruism bör kunna krävas i avtalsrelationer som går ut på samverkan för ett gemensamt mål. Sådana samverkansavtal skiljer sig från det klassiska köpet som typiskt sett avser standardiserade eller generiska varor på en marknad med utbytbara aktörer.

I avsnitt 5.1.4 behandlades avtal där fullgörelsen av naturaprestationen tar lång tid, vare sig prestationen är tidsmässigt odelbar eller inte (långvariga avtal). När det gäller sådana avtal är det i regel förutsebart att ändrade förhållanden på något sätt kommer att rubba det ursprungliga förhållandet mellan prestation och vederlag. Parterna försöker ofta lösa detta problem genom att tillskapa avtalsmässiga flexibilitetsmekanismer, t ex genom att införa en indexklausul. En praktiskt viktig fråga därvidlag är hur man lämpligen skall lösa de problem som uppstår när en sådan flexibilitetsmekanism inte förmår bibehålla den ursprungliga ekvivalensen. I avsnittet undersöktes varför långvariga avtal ingås. I polemik mot antagandet att långvariga avtal i princip skall ses som instrument för parternas önskan att slå vad om den framtida pris- och kostnadsutvecklingen, hävdas att orsakerna till att en långvarig avtalsbindning väljs väl så gärna kan vara andra. En sådan orsak hävdas vara att en långvarig avtalsbindning ofta utgör en förutsättning för att en part skall våga göra en relationsspecifik investering. En annan orsak är att långvariga avtal kan nedbringa transaktionskostnaderna och utgöra alternativ till integration.

I långvariga avtalsförhållanden finns i regel ett behov av flexibilitet som medger en smidig anpassning till ändrade förhållanden. Detta ställer avtalsskrivaren inför svåra problem, vilka förstärks av ett halsstarrigt insisterande på att avtal skall hållas.

I avsnitt 5.2.1 undersöktes betydelsen av att parterna valt en obestämd avtalstid framför en bestämd. I focus för undersökningen stod frågan huruvida valet av en obestämd avtalstid kan ses som en åsyftad mekanism för flexibilitet, genom att parterna då i regel får en obetingad rätt att säga upp avtalet med iakttagande av viss uppsägningstid. Det hävdades att det inte är möjligt att grunda några bestämda slutsatser beträffande förekomsten av uppsägningsrätt enbart på förhållandet att parterna valt en obestämd av-

talstid. Frågan om uppsägningsrätt skall anses föreligga bör istället i första hand avgöras genom tolkning och individuell utfyllnad, varvid värdemaximeringsprincipen jämte förlustminimerings- och ekvivalensprinciperna bör beaktas.

I avsnitt 5.2.2 undersöktes vilka motiv som kan anses uppbära regeln att en viss uppsägningstid skall iakttas vid uppsägning av avtal. Behovet av skydd för relationsspecifika investeringar som skett i tillit till att avtalet skall bestå identifierades som ett sådant motiv. Det noterades att gällande rätt illa förmår skydda sådana investeringar och att det torde finnas ett behov av att genom uppsägningsreglernas tillämpning *in casu* se till att reglerna motverkar strategiskt betingade uppsägningar som görs av den ena parten för att kunna pressa fram ett för honom bättre avtal.

I avsnitt 5.2.3 undersöktes det utrymme för flexibilitet som ges av regler om löftesgivarens rätt att frånträda ingångna avtal i förtid på grund av ökade prestationskostnader. Undersökningen var här främst inriktad på principen om viktig grund. Det hävdades att principen om viktig grund torde kunna ses som ett förtydligande av culparegeln, i synnerhet dess förut behandlade aktivitetsrekvisit. Principen om viktig grund hävdades därför inte innebära någon vidare gående riskdelning än vad som följer av möjligheterna till befrielse från skadeståndsansvar i allmänhet. Det konstaterades också att ökade prestationskostnader utanför det lagreglerade området i praxis inte tycks ha haft någon betydelse som grund för en rätt till förtida frånträdande.

I avsnitt 5.3 undersöktes slutligen 36 § avtalslagen och den därav följande möjligheten till riskdelning genom jämkning. Undersökningen skedde med utgångspunkt i hur ändrade förhållanden har behandlats när de yttrat sig i ökade prestationskostnader och inflation. I undersökningen bortsågs i princip från fall där jämkningen till någon del kunde förklaras av att det förelegat brister i den förhandlingsprocess som lett fram till avtalet (processuell oskälighet). Kvar blev då fall där oskäligheten bestod i att de ändrade förhållandena medfört att den ursprungliga balansen mellan prestation och vederlag har rubbats (substantiell oskälighet). Det konstaterades att stadgandet vid substantiell oskälighet i princip inte skall föranleda en förändring av det förhållande mellan prestation och vederlag som parterna ursprungligen valt.

Med utgångspunkt i två norska avgöranden har jag påvisat att 36 § avtalslagen inte bara kan fungera som ett riskdelningsinstrument, utan att stadgandet också kan tjäna som ett redskap för att genombryta grundregeln och därvid åstadkomma en värdemaximerande riskallokering varjämte

stadgandet, dessvärre, lika gärna kan utnyttjas för att åstadkomma ett motsatt resultat. Det senare bör givetvis *de sententia ferenda* undvikas. Stadgandet kan fungera som ett redskap för att åstadkomma en värdemaximerande riskallokering när avtalets objektiva förklaringsinnehåll inte anses kunna läggas till grund för några definitiva slutsatser om vilken riskallokering parterna åsyftat. Det hävdades att det då inte bör uppställas något krav på att förhållandet mellan prestation och vederlag skall ha råkat i ett visst mått av obalans. Argumentet mot att tillämpligheten av stadgandet begränsas på detta sätt är detsamma som anförts vid den föregående kritiken mot kontrollansvarsregelns aktivitetsrekvisit.

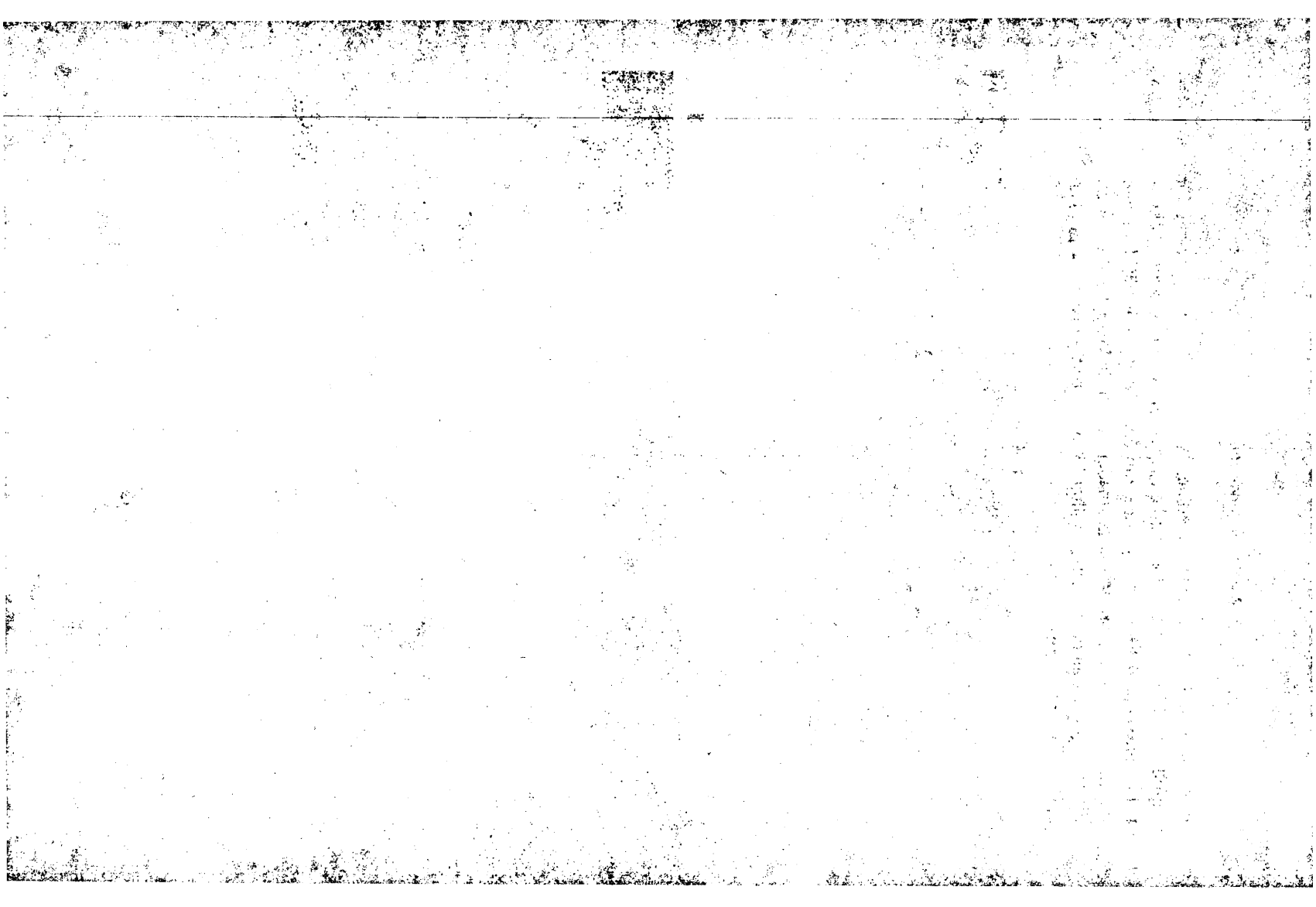
Undersökningen av 36 § avtalslagen synes bekräfta hypotesen att de synpunkter som förut utvecklats kring betydelsen av avtalets kontext torde kunna föranleda jämkning enligt gällande rätt. Men kontextuella element som tyder på att jämkning inte borde ske – dvs i klassiska bytestransaktioner – tycks inte förhindra jämkning. Det påvisas att jämkningsmöjligheten i sådana fall försvårar för parterna att träffa en uppgörelse *ex post*.

I undersökningen av 36 § avtalslagen behandlades slutligen i avsnitt 5.2.3 jämkning av avtal som innehåller en indexklausul med utgångspunkt i de principiellt sett skilda synpunkter som kan anbringas på förekomsten av en sådan klausul i ett avtal: En indexklausul kan anses utgöra ett indicium på att löftesgivaren åtagit sig att bära risken för sådana kostnadsökningar som inte täcks av indexklausulen och den ökar därför betänkligheterna mot jämkning, men den kan lika gärna tas till intäkt för att parterna avsett att den initiala balansen mellan prestation och vederlag skall bibehållas genom hela avtalstiden.

Diskussionen ledde fram till att någon avgörande betydelse för möjligheten till riskdelning inte bör tillmätas förekomsten av en indexklausul, utan att det avgörande istället bör vara graden av svårigheter som parterna haft att skapa relevanta flexibilitetsmekanismer samt avtalets kontext. Vid en genomgång av den knappa rättspraxis som här har hunnit utveckla sig gjordes det generella konstaterandet att det finns ett stort och önskvärt utrymme för en rättsutveckling inriktad på att åstadkomma en ökad förutsebarhet i fråga om vilka faktorer som bestämmer det närmare resultatet av en väl företagen jämkningsoperation. Innan så sker kan 36 § avtalslagen knappast komma att fylla den för kommersiella avtalsförhållanden önskvärda funktionen att minimera utrymmet för strategiskt värdekrävande beteenden *ex post* och att befrämja godvilliga uppgörelser utom rätta.

Avslutningsvis kan konstateras att den modell för rekonstruktion av ofullständiga avtal som i det föregående har presenterats kan med beak-

tande av de individuella avtalens kontext vara ett användbart verktyg för lagtolkning. Modellen kan dock varken sägas vara vedertagen eller bekräftad av praxis på det icke-lagreglerade området. Rättspraxis när det gäller relevansen av ökade prestationskostnader är alltför knapphändig för att tillåta några bestämda slutsatser. Fältet för en fortsatt rättsutveckling kan därför sägas vara fritt.



Summary

The starting point for this investigation is that a party to a mutual contractual relationship who finds less value in the contract than expected, i.e. the promisor, shall in principle bear the risk therefor (*the general rule*). It has been presumed that this general rule applies irrespective of whether the reduction of his value consists of the promisor's performance being a more onerous burden than expected (*increased performance costs*) or in that the consideration received was less beneficial than expected (*reduced value of consideration*).

The main issue thereafter is whether it is possible to formulate any general criteria or arguments on the basis of which this general rule should be set aside.

A fundamental assumption for the investigation is that contracts which fail to completely regulate the risk for increased performance costs or reduced value of consideration (*value reducing circumstances*) can be reconstructed given that every contract *ex ante* should produce the greatest added value possible to be distributed between the parties; irrespective of *how* that added value is apportioned. On that basis, the judge should, so far as is possible, supplement the incomplete contract and order that the risk shall be borne by the party who, *ex ante*, can be assumed to have been willing to bear the risk for the lowest premium (*the value maximisation principle*).

The value maximisation principle is presented as a rough approximation of economic efficiency. The need for such an approximation arises because it is probably not practically possible to endeavour to achieve economic efficiency through subsequent assessments carried out by an independent judge or other individual engaged to resolve the dispute. Taking into account the costs required to administer such an efficiency rule, it is probably not appropriate from the point of view of the economy to endeavour to

establish what can be deemed to be an economically efficient allocation of risk in individual cases.

In Chapter 2 a "rule" is suggested which focuses on maximisation of the total value of the transaction (*the reconstruction model*). The reconstruction model consists of four prerequisites with respect to risk allocation which, in my opinion, have a declining scale of importance.

1. *The right of recourse prerequisite*

Was it possible for either of the parties to the contract to minimise the loss through a recourse action in proceedings against another party in the chain?

- If yes, the party which had such right of recourse should bear the risk.
- If no, go to 2.

2. *The prevention prerequisite*

Had either of the parties a better opportunity than the other, at a reasonable cost, to prevent realisation of the risk?

- If yes, the party which could take such preventive action should bear the risk.
- If no, go to 3.

3. *The scope of the risk prerequisite*

Had the promisor a better opportunity than the promisee to assess the likelihood of the risk being realised?

- If yes, the promisor should bear the risk.
- If no, go to 4.

4. *Risk spreading prerequisite*

Had either of the parties a better opportunity than the other to bear the risk by means of spreading of the risk?

- If yes, the party with that opportunity should bear the risk.
- If no, the promisee should bear the risk.

If the risk spreading prerequisite does not produce a result, it is recommended that the risk, ultimately, should be borne by the promisor, that is to say, that the general rule should be maintained. The method of risk allocation selected cannot, in this case, be traced back to maximisation of the total value of the transaction. It can, however, create predictability in the application of the law, which in turn can be expected to lead to lower transaction costs *ex post*.

The reconstruction model is based upon the classic contractual "all or nothing" perspective: either the promisor is the sole bearer of risk, or the general rule is not applied, whereupon the promisee becomes the sole bearer of risk. It may, therefore, be thought that the reconstruction model will have an impact on legal remedies: if the promisor is going to bear the risk of increased production costs, the conclusion appears to be that he should be obliged either to perform his obligation or to pay damages. Even if such a conclusion appears to be close at hand, the reconstruction model does not allow any such conclusions. No position is adopted in the thesis with respect to the weight to be attached to the interest of achieving maximisation of the total value of the transaction *ex ante* with respect to the consequences of any given legal rule *ex post*. In the thesis (Chapter 5) it is observed, however, that there may be reasons for allowing the parties to share the risk.

If maximisation of the total value of the transaction *ex ante* and reduced transaction costs *ex post* can be taken to be social interests which carry greater weight than possible counter arguments based upon e.g. fairness, the conclusion is that it is possible to formulate a rule for application in circumstances which are not regulated by legislation relating to the relevance of value reducing circumstances in general, and relating to the relevance of increased performance costs in particular.

That conclusion is hardly likely to be surprising since a great number of authorities, to a greater or lesser extent, have interpreted the doctrine of assumptions (*förutsättningsläran*) as such a supplementary risk allocation rule. Contrary to this doctrine, the reconstruction model, however, does not require the satisfaction of any materiality or visibility prerequisites (*väsentlighets- och synbarhetsrekvisit*). The materiality prerequisite is assumed to be a necessary consequence of the fact that the legal consequence of an application of the doctrine is, as a rule, that the contract is invalid. Since the reconstruction model is not designed to give guidance with respect to the legal consequences of the risk allocation chosen, the materiality prerequisite can be dispensed with. That means that the materiality pre-

requisite cannot be regarded as having any weight as an argument with respect to the allocation of risk. The visibility prerequisite is also observed to be superfluous. The visibility prerequisite has been assumed to be adopted for the purpose of excluding the relevance assumptions which are referable to specifically characterised or abnormal factors on the promisor's side. The reconstruction model, because of the scope of risk prerequisite, also as a rule precludes that such factors result in setting aside the general rule, irrespective of visibility.

In comparing the reconstruction model with the risk prerequisite associated with the doctrine of assumptions, it appears that the risk prerequisite in the versions espoused by Henry Ussing and Bert Lehrberg does not attach any greater weight to the interests in maximisation of the total value of the transaction *ex ante*. Issues related to fairness instead lie in the foreground, which only occasionally are found to be satisfied through the application of the reconstruction model.

In my opinion the reconstruction model can be regarded as a principle competing with the doctrine of assumptions for the purpose of assessing problem cases. Often, but not always, the value maximisation principle collides with risk allocation arguments based upon fairness.

Even if it seems to be possible to formulate a rule for the relevance of value reducing circumstances, it should be observed, however, that the behaviour of participants on the market does not seem to confirm the reconstruction model. When confronting the solutions of the reconstruction model with the solutions of risk allocation problems which participants on the market have selected, one could, to the extent that participants on the market can be assumed to have endeavoured to maximise the total value of the transaction, expect complete congruity. That is not, however, the case, but rather from a comparison of a number of widely used standard agreements for the delivery of machinery equipment (ECE 188 and NL 92) which have been drafted taking into account both the seller and the buyer's interests, it appears that the risk for strike by the sellers' employees is placed upon the purchaser. The reconstruction model results in the opposite solution. The possibility cannot be excluded that the market selected that solution for strategic and possibly political reasons, but nor can the possibility be excluded that the reconstruction model may have been formulated in an incomplete form, or may be wanting in some other respect. I would like to state here that it cannot be pretended that the reconstruction model can provide conclusive answers to the "eternal questions" to which the risk allocation problem, on closer analysis, gives rise.

The reconstruction model has hereafter been confronted with concealment in bad faith, negligent concealment (*culpöst förtigande*) included, and representations (*enuntiativt uppträdande*) as risk allocation arguments (Chapter 3). The issue here has been to what extent bad faith concealment and representations can be assumed to have independent importance as legally relevant facts in selection of the allocation of risk (the importance of such factors in the selection of legal consequence is not, however, investigated). Specific interest arises in cases where the existence of bad faith concealment and representations has been found to be irrelevant. The particular interest is a result of the fact that I have started from the assumption that if the promisor, despite the promisee's bad faith concealment or representations with respect to a particular value reducing circumstance, should bear the risk, the risk should *a fortiori*, be imposed on the promisor where, under similar circumstances, the promisee has acted in good faith and has made no representations. An investigation of the relevance of bad faith concealment and representations was also regarded as justified, taking into account the fact that the doctrine of assumptions naturally seems to make the promisee's bad faith with regard to the existence of the promisor's assumption a qualified instance of application of the doctrine.

The conclusion after this confrontation, is that the value maximisation principle, as expressed in the reconstruction model, does not give any significance to the fact that the promisee may have acted in bad faith. The investigation of cases relevant hereto is, instead, based upon an analytical starting point related to the value maximisation principle: the promisee's bad faith should, as a rule, be denied independent importance as a risk allocation argument if the interest in promoting investment in information is considered more important than the interest in protecting the promisor from making a mistake on the basis of his own lack of knowledge.

The starting point selected has led to the hypothesis that the fact that the promisor's lack of knowledge related to generally available information should result in his mistake being regarded as irrelevant, to the extent that the facts concealed by the promisee were not destructive, i.e. concealment of facts which not only resulted in value being transferred from the promisor to the promisee, but has also caused a reduction of the total value.

This hypothesis, however, is not entirely confirmed by applicable law. For investigation of applicable law, reasons are identified for distinguishing between cases where the promisee intentionally conceals that the promisor will suffer from a value reducing circumstance, and cases of negligent concealment.

It is found that according to applicable law, intentional concealment should in principle be relevant, i.e. result in the general rule being set aside. The relevance can be lost where the fraudulent promisee can rely upon some defence. In practical terms the most important defence is probably that the facts concealed affect price structure, and the state of the economy. Generally it can be said that the interest in rewarding the person who invests in information is met or counteracted on the basis of how defences are formulated. The investigation of the effect of intentional concealment has primarily, and in the most important cases, confirmed the above hypothesis. It has been found that such exceptions that exist can, to a large extent, be explained by a certain obligation of loyalty in the context of the contractual relationship (and not investigated situations relating to usury).

That an instance of intentional concealment should be denied relevance does not, however, mean that the risk allocation issue is clear in such a way that the promisor always bears the risk. Instead, in such circumstances, risk should be allocated on the basis of objective grounds.

With respect to the meaning of negligent concealment, it is suggested that the limits of relevance should be determined on the basis of the fraudulent case. According to applicable law, the relevance of negligent concealment is regarded as being less than in the case of intentional concealment, and relevance can by no means be regarded as the primary starting point. Rather, it is regarded that the relevance of negligent concealment is limited to cases where the promisee concealed some value reducing circumstance which is referable to his own sphere (facts, the accuracy of which, according to the scope of risk prerequisite, he is typically in a position to assess more accurately than the promisor). The relevance of negligent concealment should here be limited in the same way as applies with respect to intentional concealment.

The research has revealed that the negligent concealment by the promisee of circumstances within the control of the promisor should, as a rule, be irrelevant, as should such concealment of circumstances outside of the control of both parties. When the negligent concealment lacks relevance, the risk allocation should, as in the case of intentional concealment, be determined on the basis of objective criteria. The justification for this is especially obvious with respect to mutual mistakes. It is, however, uncertain whether this viewpoint is fully compatible with applicable law.

It is demonstrated finally in Chapter 3 that representations on the part of the promisee can reduce the significance of the fact that the promisor failed to keep himself informed. This appears to apply, however, where the

representation relates to circumstances within the control of the promisee. Whether it is also possible to require that the representations be negligent, is probably an open question. However, according to the position advanced here, it is probably inappropriate from a legal policy point of view to ascribe this independent significance to the element of negligence.

One of the questions which this research is intended to answer is how the reconstruction model relates to applicable cases of legislated allocation of the risk regarding increased cost of performance. This question is examined in Chapter 4. The study has in this respect primarily been limited to the scope of the Sale of Goods Act, in contrast to the preceding chapters which were more generally framed. The research in this respect has been designed to discover any deviations between the risk allocation which the reconstruction model calls for and that which is prescribed in the Sale of Goods Act.

Within the law relating to the sale of goods, it is obvious that increased costs of performance may be ascribed relevance so as to temporarily remove the liability in damages which the promisor would otherwise have. In principle, the promisor's obligations to perform are suspended pending termination of the agreement by the promisee.

The study has been carried out based upon the rule about exemption (section 27 of the Sale of Goods Act). The exemption rule has been broken down into three prerequisites: the control prerequisite, the unforeseeability prerequisite, and the activity prerequisite.

With regard to the control prerequisite, I advance the position that this prerequisite may be seen as a general expression for the proposition that the promisor/debtor shall be liable for the risks which he has the possibility of preventing. This is consistent with the prevention prerequisite of the reconstruction model in combination with its scope of the risk prerequisite. It has not been possible in this respect to demonstrate any tangible differences between the reconstruction model and the exemption rule.

The unforeseeability prerequisite has also been found to be *capable* of leading to a risk allocation which generally agrees with the scope of the risk prerequisite of the reconstruction model. If the unforeseeability prerequisite is understood to include a requirement that an obstacle to performance should actually have been foreseen at the time of the execution of the agreement, this would, if the control prerequisite is interpreted as recommended, strictly speaking, be redundant. But if the unforeseeability prerequisite is seen as a technical legal expression for a desire to achieve a suitable distribution of the risk *in casu*, there is reason to expand upon

it with the reconstruction model's risk spreading prerequisite (which is otherwise not taken into consideration in the exemption rule). If this takes place, the similarities between the exemption rule and the reconstruction model will be obvious.

An examination of the activity prerequisite, reveals an equally obvious as, from a value maximisation point of view, unjustified, difference in relation to the reconstruction model. The difference is most obvious when the promisee/creditor is the better risk-spreader. According to the reconstruction model, the promisor in such case avoids the risk while, according to the exemption rule, he is liable to attempt to overcome any existing obstacles to performance. The promisor can first avoid liability in damages where it cannot be reasonably required that he overcome the obstacle. In such case, the exemption rule is based upon an old legal tradition which holds that it should not be possible to obligate the promisor to carry out performance where performance is impossible.

It has occasionally been pointed out in legal treatises that the circumstances under which performance is impossible naturally form a compelling argument against obligating the promisee to perform under the agreement, but that it is a poor argument for placing the risk of loss as a consequence thereof on the promisee. One can say that there is no natural connection between the damages and the possibility of specific performance, since damages may serve as a substitute for specific performance. Of course, in this context, it does not make any difference if, in order to allow exemption, one requires impossibility *stricto sensu*, or impracticability, or if one, in conjunction with the exemption rule, states that exemption may be allowed where it cannot reasonably be required that the promisor/creditor avoids or overcomes the obstacle.

The reason that certain exceptions were made in Roman law from the rule that impossibility resulted in the avoidance of the agreement appears to have been that it occasionally was considered to be objectionable that the promisor/debtor could *avoid* liability merely due to the fact that performance was impossible. From an examination of the development of the law, one can state that this view seems to have been inversed. It appears, as it were, objectionable to impose liability on the promisor/debtor notwithstanding that performance is possible, since in some sense he deserves to be exempted from liability. In the present research, it has not been possible to demonstrate the concrete reasons which support this vague fairness criterion. A rather feeble attempt would be to say that the promisor/debtor cannot be regarded as having agreed to make whatever efforts are necess-

ary in order to prevail over obstacles to performance which were beyond his control and which he could not reasonably have foreseen. Expressed in terms of reliance theory, one might say instead that the promisee cannot reasonably rely on the promise as including an undertaking to perform under all circumstances. In terms of legal realism it might be said that it does not threaten commercial interests if, in certain cases, the promisor/debtor is allowed to escape what would otherwise be strict liability. In my opinion, these comprehensive formulas are devoid of explanatory value.

Impossibility, just as increased performance costs in general, can be of significance when limiting the right of the promisor/debtor to demand performance. This can be traced to the interest in avoiding *ex post* destruction of value. There appears, however, to be no reason to allow the fact that performance has become more costly than initially estimated to lead to the risk being imposed on the promisee/creditor, which is the case if the promisor/debtor is exempted from liability in damages. Here, the Sale of Goods Act is thought to be based on a legal tradition entailing an unfortunate confusion of arguments for and against liability with risk allocation arguments. This confusion is hidden by unclear fairness considerations and may often lead to unfair results from the promisees perspective.

The research has also shown another deficiency in the activity prerequisite of the exemption rule. There should be a strong economic interest in a clear and foreseeable rule of risk allocation being applied when neither of the parties can be said to be closer to bearing the risk, i.e. when, from a value maximising point of view, it makes no difference who bears the risk. Clarity is justified with reference to the interest in attempting to keep transaction costs *ex post* as low as possible. Because its contents are difficult to determine, the activity prerequisite appears to be ill-suited to satisfying this interest.

The research led to an attempt to rescue the exemption rule from the criticised deficiencies.

It is contended, with reference to the fact that the exemption rule is intended to break with the traditional concepts of force majeure, impracticability and impossibility, and to be "a system of its own", that there are no reasons to link the activity prerequisite to the requirement inherent in these concepts that the costs of performance shall exceed a certain limit before exemption may be granted. One solution would be instead to make such a requirement dependent on whether or not, in accordance with the value maximization principle, the promisor/debtor can be deemed to be closer to bearing the risk. If, according to the reconstruction model, he is

closer to bearing the risk, liability in damages should be imposed on him irrespective of whether or not the obstacles to performance can be overcome. If, on the other hand, the promisee/creditor, is closer to bearing the risk, the demand on the promisor/debtor should be demoted; in principle, the promisor/debtor should in this case not need to incur any costs at all in order to prevail over obstacles to performance which arise, without receiving further compensation therefor.

If neither of the parties can be deemed to be closer to bearing the risk, the activity prerequisite should be determined in an unequivocal manner. The clearest rule would be to apply the same solution as when the promisor/debtor is closer to bearing the risk, i.e. to impose liability on him irrespective of whether or not the obstacles to performance can be overcome.

However, such a solution is found not to be consistent with the formulation of the exemption rule. An alternative and satisfactorily unequivocal rule would be to allow the promisor/debtor to avoid the risk if he can show that performance of the agreement would result in a net loss of value (compared with the combined value of the parties before they entered into the contract). Certain support for this solution of the problems caused by the activity prerequisite can be found in the reference to reasonableness made in the activity prerequisite.

The research thus shows that it is difficult, using *de lega lata* reasoning, to rescue the exemption rule from the criticised deficiencies. This fact should have significance for limiting the scope for analogy with respect to the rule. An alternative to risk allocation by means of the exemption rule *ex analogia* is, instead, to base the possibilities of discharge from liability on the negligence rule.

When investigating the negligence rule (section 4.4), the rule has been divided into three elements corresponding to those found in the exemption rule.

The negligence rule has been found to have the advantage to easily permit a determination of the activity prerequisite in the manner which I, *de lege ferenda*, recommended with respect to the exemption rule.

The disadvantage of the negligence rule – in any case where the court is referred to a free determination of negligence – may, on the other hand, be deemed to be that the application of the rule to a higher degree than the competing exemption rule is conditional on an examination of the circumstances of the individual case. This means that an application of the negligence rule probably results in greater transaction costs *ex post* than is the case with the exemption rule.

Seen in general terms, reasons for pushing the negligence rule into the background in favour of the exemption rule seem to be stronger when the interest of minimising transaction costs weighs heavily. This seems to be the case when, as is often said, the commercial interests are particularly worthy of protection. Personally, I find it more elucidating to say that the control liability rule should, in principle, take precedence when the agreement appears to be an instrument for the exchange of substitutable goods between two substitutable parties, viz. in the case of agreements governed by market conditions, where the classical contract law model is adequate.

In Chapter 5 there is a discussion of the relationship between risk allocation and the choice of legal consequences, with specific reference to legal consequences leading to a division of risk. Particular attention is paid to long-term contractual relationships and the need for flexibility which exists in relation thereto. This need for flexibility may, superficially considered, come into conflict with old maxim that agreements should be honoured; *pacta sunt servanda.*

Here, the investigation departs from the *ex ante* perspective which was presented in the foregoing. Instead, attention is focused on the significance which frequently occurring legal consequences may be assumed to have for the parties' strategic considerations *ex post.* The main focus is on the significance of the difficulties of foreseeing whether, and to what extent, the agreement can be adjusted if the parties are unable to renegotiate their agreement in the light of the changed circumstances. On these bases the aim should be, to propose *de sententia ferenda* foreseeable (or at least less unforeseeable) criteria as to when adjustment should become an issue.

The legal consequences which are linked to the chosen risk allocation usually result, to a greater or lesser degree, in a division of the risk between the parties; this is so even when the point of departure is that the promisor shall bear the entire risk. To a certain degree, this risk allocation may be a consequence of the goal of minimising losses *ex post* and preventing value destruction (*the loss minimisation principle*). Another risk division argument identified was found when the promisee has made a windfall profit at the expense of the promisor (*the equivalence principle*).

A matter of interest in this study, which is primarily concerned with the Sale of Goods Act, is whether the cancellation rules (§ 52 paragraph 2) leads to a division of the risk over and above the results of the otherwise applicable limitations on the right to damages. The research reaches the conclusion that the cancellation rule does not lead to such a wider division of the risk. This is, however, subject to the condition that no heavy burden

is placed on the seller to adduce evidence that the cancellation by the buyer has caused material inconvenience which entitles the seller to fulfil his performance notwithstanding the cancellation. The section presents, as an analytical starting point, that the cancellation rule should primarily be regarded as an instrument against the seller exploiting the fact that the buyer *ex post* finds that the performance of the agreement is not meaningful. Nor can the cancellation rule be said to violate the principle that agreements should be honoured.

In section 5.1.2, the principle that agreements should be honoured is examined with particular reference to the usefulness of the principle as a counter-argument to legal consequences entailing a division of the risk. The primary question in this context was whether the division of risk, and the thereto associated setting aside of the general rule (that the promisor shall bear the risk of increased cost of performance), can be deemed to encroach on the *pacta sunt servanda* principle in a manner which is injurious from an economic point of view.

It is argued that the principle can, and should, be expressed such that the promisee's reliance on the promisor's promise of performance is worthy of protection and that the principle cannot constitute an argument against relinquishing the basic rule, when the promisee can be deemed to be closer to bearing the risk for the increased costs of performance. It is also argued that the principle does not constitute an argument against a division of the risk between the parties, but rather that the loss minimisation principle and the equivalence principle can be combined with the goal of value maximization *ex ante* and protection of justified reliance. This may happen if the promisor always bears the risk to the extent that he can be assumed to be the better risk-bearer and the promisee is always assured of the surplus value which he reasonably could have taken into account when the agreement was concluded. Here the requirement of unforeseeability returns but is, as it were, inverted: the unforeseeability of the promisor's gain makes a division of the risk more justified. Traditionally, the unforeseeable element in the promisor's loss has usually been taken as a pretext for imposing part of the loss on the promisee. In my opinion, the inverted approach sheds new light on unforeseeability as an argument for a division of the risk.

A further reason for accepting a division of the risk in these cases is that there does not appear to be any interest worth protecting when the promisor receives an increase in value as regarded as a consequence – not of his skill – but rather of his luck – and the promisor suffers a loss – not

because he lacks skill – but rather as a result of his bad luck.

In section 5.3, it is noted that certain requirements are imposed for performance *ex post* by the promisee in those cases where risk allocation occurs: the promisee may not egotistically strive to maximise its own value *ex post*, without negative consequences ensuing for him. Instead, a certain degree of altruism is demanded. The promisee is, in principle, deemed obligated to share his profit in order to reduce the promisor's losses. The assumption is that this happens most effectively through a renegotiation of the agreement *ex post*. The analytical starting point is that the legal rules which may be applicable when such renegotiations have failed should not themselves make a voluntary agreement more difficult. In this context it is important to be able to indicate when such an altruistic action can be expected. It is argued that the requirement for the promisee's performance *ex post* should primarily be adjusted to the context of the agreement and that a large element of altruism should be required in the contractual relationship which is based on co-operation towards a common goal. Such co-operation agreements differ from the classical purchase which typically refers to standardised or generic goods on a market with substitutable participants.

In section 5.1.3 it is noted that certain requirements with respect to the promisee's behaviour *ex post* are imposed in cases where a division of the risk is at issue. The promisee may not egoistically maximise his value *ex post*. A certain degree of altruism seems to be required. The promisee is sometimes in principle required to share his value with the promisor in order to reduce his loss. The analytical starting point is best done through renegotiations and that the legal rule (applied in case the renegotiations fail) should not make such renegotiations more difficult. If this holds true, it is vital that the parties can predict when such altruistic behaviour is expected. It was contended that the requirements of altruism were more obvious when the agreement aimed at cooperation for a common goal. Such cooperation agreements were found to be different from the classical sales of goods transaction which typically concerns standardised merchandise on a market with substitutable actors.

Section 5.1.4 deals with agreements in which performance of a kind other than money takes a long time, either where the performance is indivisible or where it is not (*long-term agreements*). With respect to such agreements, it is usually foreseeable that changed circumstances will in some manner disturb the original relationship between the performance and the consideration. The parties often seek to solve this problem by the

creation of flexible contractual mechanisms, e.g. by introducing an indexation clause. An important practical question in this context is how one can suitably solve the problems that arise when such a mechanism for flexibility is not capable of preserving the original equivalence. In the section there is an examination of the question why the parties expose themselves to the problems which a long-term agreement entails. In opposition to the assumption that long-term agreements should be seen, in principal, as an instrument of the parties' wish to bet on the future price and cost developments, it is argued that long-term contractual undertakings can be chosen for many differing reasons. It is argued that one such reason is that a long-term agreement often constitutes a prerequisite for one of the parties daring to make an investment specific to the contractual relation. Another reason is that long-term agreements can bring down transaction costs and constitute an alternative to vertical integration.

In long-term contractual relationships there is usually a need for flexibility which allows for adjustment to changed circumstances. This poses severe problems for the draftsmen. These problems are exacerbated by a stubborn insistence that agreements should be honoured.

Section 5.2.1 examines the significance of parties choosing an indefinite term for the contract, instead of a definite one. The research focuses on the question whether the choice of an indefinite term can be regarded as a mechanism aimed at flexibility, since the parties then usually have an unconditional right to terminate the agreement, subject to a certain period of notice of termination. It is argued that it is not possible to draw any definite conclusions with respect to the existence of the right of termination solely from the fact that the parties have chosen to contract for an indefinite period. The issue of whether a right of termination is deemed to exist should instead be determined primarily through interpretation and individual extensive interpretation (*individuell utfyllnad*), whereupon the value maximisation principle and the loss minimization and equivalence principles should be taken into account.

Section 5.2.2 examines the reasoning which can be regarded as supporting the rule that a certain period of notice of termination should be observed in the termination of an agreement. The need for protection of "relation specific investments" which take place in reliance on the continued existence of the agreement is identified as such a justification. It is noted that the present law provides poor protection for such investments and that there is a need, through the application of termination rules *in casu*, to ensure that the rules counteract strategic terminations made by

one of the parties in order thereby to extort a better agreement by means of renegotiations.

Section 5.2.3 examines the room for flexibility afforded by rules with respect to the promisor's right to prematurely terminate an agreement due to increased performance costs. The research considers, primarily, the principle of important reason (*viktig grund*). It is argued that the principle should be seen as an elucidation of the negligence rule, especially the previously discussed activity prerequisite. Accordingly, it is argued that the principle does not constitute any more extensive division of the risk allocation than that which results from the possibilities of discharge from liability from damages in general under the negligence rule. It is also concluded that, in case law, increased performance costs are not considered to have any significance as the basis for a right of premature termination.

Finally, section 5.3 examines 36 § of the Contracts Act and the possibility afforded by that section of risk division through adjustment (*jämkning*). The basis of the research is how changed circumstances are treated when they express themselves in increased performance costs and inflation. In principle, the research disregards cases in which the adjustment could to some extent be explained by the existence of deficiencies in the process which led to the agreement (*procedural unconscionability*). There remain the cases in which the unconscionability consists of the changed circumstances causing a disturbance to the original balance between performance and consideration (*substantive unconscionability*). It is concluded that, in principle, the provision, in cases of substantive unconscionability, should not lead to a change in the relationship between performance and consideration which the parties originally had chosen.

Based on two Norwegian decisions, it is shown that 36 § of the Contracts Act can not only function as an instrument for the division of risk, but also that the provision can serve as a tool for piercing the general rule and thereby achieving a value maximizing risk allocation, in addition to which the provision, unfortunately, can also be exploited in order to achieve the opposite result. The latter should naturally be avoided. The provision can serve as a tool for achieving a value maximizing risk allocation when the objective declaratory contents (*objektiva förklaringsinnehållet*) cannot be regarded as providing the basis for any definite conclusions as to which allocation of the risk the parties intended. It is argued that in such a case no demand should be made that the relationship between performance and consideration should have come into a certain element of imbalance. The argument against such an application of 36 § is

said to be the same as adduced in the context of the foregoing criticism of the activity prerequisite of the exemption rule.

The examination of 36 § of the Contracts Act appears to confirm the hypothesis that the opinions previously elaborated with respect of the significance of the context of the agreement can lead to adjustment in accordance with applicable law. But contextual elements which indicate that adjustment should not take place – i.e. the classical barter transaction – seems not to preclude adjustment. It is demonstrated that the possibility of adjustment in such cases makes it more difficult for the parties to reach an agreement *ex post*.

Finally, the examination of 36 § of the Contracts Act considered the adjustment of agreements containing indexation clauses, starting with a discussion about the principal ways in which such a clause can be construed. An indexation clause may be deemed to signal that the promisor undertakes to bear the risk for such increases in costs as are not covered by the indexation clause. With this view the misgivings as to adjustment increases. An indexation clause may, however, just as well signal that the parties intended that the initial balance between performance and consideration should be maintained throughout the entire term of the agreement.

The conclusion from the discussion is that, with regard to the possibility of a division of the risk, no determinative significance should be inferred from the existence of an indexation clause. Rather, the determining factor should be the degree of difficulty which the parties have had in creating the relevant flexibility mechanisms, and the contractual context. From a review of the meagre case law which has developed, it is generally concluded that there is a large and desirable room for legal development aimed at achieving an increased foreseeability in the question of which factors determine the detailed result of a well-conducted adjustment operation. Before this happens, 36 § of the Contracts Act can scarcely fulfil the desirable function, for commercial contractual relations, of minimizing the room for strategic value demanding behaviour *ex post* and promoting voluntary settlements outside the court room.

Finally, it may be stated that the model for the reconstruction of incomplete agreements, as applied after due regard to the context of the individual agreements, may be a useful tool for interpretation of statutes, but that the model is neither recognised nor confirmed by the case law in the areas not covered by statutory law. The case law on the subject of the relevance of increased performance costs is all too meagre to allow any

conclusions. Accordingly, the field can be said to be open for continued legal development.

Citerade lagrum

Sverige

Fastighetsmäklarlagen (1995:400)

12 § 130, 308
20 § 304

Sjölagen (1994:1009)

5:15 353
13:11 195, 335, 367
13:15 280, 368, 395
13:25 305
13:26 305 f
13:27 306
13:28 305
13:30 305
13:34 306
13:40 306
13:41 115, 364, 369
14:20 277, 280, 395
14:22 364, 369
14:27 305
14:32 195, 335, 367
14:35 195
14:36 299
14:37 306
14:38 256, 353, 368
14:39 368
14:48 195
14:50 195
14:51 256, 368
14:57 305
14:58 256, 369
14:64 305
14:65 306
14:71 195
14:74 256, 368 f
15:13 277
15:15 256

Konkurrenslagen (1993:20)

6 § 156
33 § 157, 302

Handelsagenturlagen (1991:351)

5 § 130, 301
7 § 130, 301
24 § 353, 362
26 § 29, 353, 369, 373
28 § 362, 363
34 § 195, 305, 313, 331

Insiderlagen (1990:1342)

4 § 125

Köplagen (1990:931)

13 § 21
17 § 150, 275
18 § 27, 112, 160, 164
19 § 112
22 § 335
23 § 29, 270, 288 ff, 330 f, 334 f, 341, 353
24 § 281
25 § 334
26 § 334
27 § 29, 92 ff, 98, 141, 190, 225 ff, 299, 318 f, 334, 436

28 § 281
29 § 281
33 § 133
34 § 330 f
40 § 197, 225, 251, 255, 328
41 § 197
48 § 249
50 § 231, 249
52 § 29, 335 ff, 341, 425, 440
57 § 161, 195, 225, 249, 255, 283, 336 f
60 § 231
61 § 364
67 § 291, 336
70 § 139, 222, 230, 272, 287, 297, 320, 334 ff, 342
75 § 194

Aktiekontolagen (1989:827)

7:2 299

Försäkringsmäklarlagen (1989:508)

13 § 130
14 § 304

CISG – Lag om internationella köp (1987:822)

Art 2 245
Art 6 229
Art 7 35, 272, 276, 283, 335, 339
Art 28 278
Art 35 275
Art 42 197
Art 60 249
Art 61 249
Art 62 272
Art 74 291, 334
Art 77 272
Art 79 98, 197, 206, 225 ff, 229, 232 ff, 244 ff, 248 f, 254, 256, 258, 268, 281 f, 290, 298
Art 80 225, 248
Art 85 194

Konkurslagen (1987:672)

4:5 115

Konsumenttjänstlagen (1985:716)

1 § 207

Järnvägstrafiklagen (1985:192)

3:23 206 f
3:24 207
3:28 ff 305

Lagen om anställningsskydd (1982:80)

11 § 362

Lag om handelsbolag och enkla bolag (1980:1102)

2:24 353
2:25 353, 369, 373
4:7 353

Lagen om medbestämmamde i arbetslivet (1976:580)

60 § 74, 93

Aktiebolagslagen (1975:1385)

8:14 145
15:1 127, 304
15:2 304

Räntelagen (1975:635)

8 § 250

Lagen om inrikes vägtransport (1974:610)

28 § 207
29 § 207
32–39 §§ 74, 305

Skadeståndslagen (1972:207)

4:1 320

Jordabalken (omtryck 1971:1209)

4:13 303
4:14 303
4:15 197
4:16 197
4:17 197
4:18 197
4:19 112, 197, 303
4:25 194 f
8:27 394 f
9:3 354
9:7 ff 354
9:9 354
11:3 354
11:5 ff 354
12:4 353
12:10 303
12:11 303
12:12 303
12:13 29, 303
12:14 303
12:16 303
12:24 303
12:42 195
12:57 354
12:61 385
12:64 394 f

Lagen om allmänna vatten- och avloppsanläggningar (1970:244)

12 § 308
29 § 308

Upphovsrättslagen (1960:729)

29 § 395

Varumärkeslagen (1960:644)

14 § 198
25 § 198

Luftfartslagen (1957:297)

9:18 207
9:19 207
9:22 305

Rättegångsbalken (1942)

35:5 334
58:11 168

Nyttjanderättslagen (1939:354)

3:43 381, 385, 394 f

Skuldebrevslagen (1936:81)

7 § 249 f
8 § 395
9 § 159, 197

Checklagen (1932:131)

48 § 167, 256
36 § 250

Växellagen (1932:130)

41 § 250
54 § 167, 256

Försäkringsavtalslagen (1927:77)

4 § 115
5 § 159, 364
34 § 395
45 § 364
46 § 364
47 § 364

Lagen om avbetalningsköp (1915:219)

8 § 395

Avtalslagen (1915:218)

11 § 145
30 § 111, 115, 122, 127, 380
31 § 111, 115, 127 f, 380
32 § 26 f, 132 f, 137, 140
33 § 111, 115 f, 120, 124, 127 f, 132 f, 136, 165, 380
36 § 29, 35, 111, 115 f, 128, 156, 287, 338, 341, 353, 370, 378, 380 ff, 383, 385, 395, 401, 403 f, 406 f, 413 ff, 424, 428 f, 443 f
39 § 127, 131

Kommissionslagen (1914:45)

17 § 305
29 § 376
42 § 130
46 § 335
50 § 313, 353, 362, 371
51 § 195, 313, 331, 335, 353, 369, 371 ff
52 § 363, 375 ff
54 § 313

Köplagen (1905:38 s 1)

21 § 141
23 § 90, 225, 310, 319, 329
24 § 90, 92, 94, 96, 141, 168, 174, 190 f, 193 ff, 199, 201 ff, 206, 208, 219 f, 225, 228 ff, 240, 246, 252, 254, 259 f, 263, 265 ff, 277, 283 ff, 310, 329, 346, 367
30 § 194
36 § 194
42 § 112, 162, 194, 303, 310
43 § 194, 310

Sjölagen (1891:35)

6 § 209 f
131 § 176

1734 års lag

HB 1:20 191
HB 1:23 191
HB 9:3 191
HB 15:5 191
HB 15:6 191
HB 18:4 304
HB 18:7 353, 369
RB 12:1 191

Danmark

Køpeloven (Lov nr 102, 1906)

24 § 204, 206

Aftaleloven (Lov nr 242, 1917)

36 § 379, 402

Finland

Köplagen (1987/355)

52 § 336

Räntelagen (1982/633)

10 § 250

Norge

Kjøpsloven (Lov nr 27, 1988)

52 § 336

Husleieloven (Lov nr 6, 1939)

35 § 395

Tyskland

BGB

§ 119 146
§ 242 88, 111, 178, 209, 211, 213, 390 f
§ 254 272
§ 275 177, 209
§ 276 300
§ 278 177
§ 279 177, 300
§ 280 177
§ 281 177
§ 284 175
§ 285 175
§ 286 175
§ 306 174, 176
§ 307 176, 257
§ 320 ff 177 f
§ 326 175
§ 434 112
§ 440 112
§ 446 177
§ 447 177
§ 459 ff 112, 174
§ 463 112
§ 537 ff 174
§ 626 370
§ 633 ff 174
§ 649 336
§ 651 174, 336
§ 652 ff 174
§ 723 370
§ 779 146 f
§ 818 177

USA

UCC

§ 1–203 188
§ 2–202 185
§ 2–302 387 f
§ 2–306 188 f
§ 2–314 112
§ 2–315 112
§ 2–613 182, 189
§ 2–614 182 f, 189, 276
§ 2–615 181, 182 ff, 188 f, 216, 235, 277, 388 f
§ 2–616 182, 184
§ 2–704 336
§ 2–711 ff 112
§ 2–719 388

Restatement (Second) of Contracts

§ 208 387 f

§ 151 147
§ 152 147, 148
§ 153 147
§ 154 148
§ 158 149
§ 161 111
§ 164 113
§ 261 183, 189, 257
§ 350 272

Restatement of Contracts

§ 454 210

Övrigt

European Contract Principles

Art 1.106 288, 360
Art 2.109 359
Art 2.117 222, 270, 281, 343, 377
Art 3.108 92, 224, 234, 238, 281
Art 4.101 337
Art 4.102 288
Art 4.303 232
Art 4.504 272

UNIDROIT Principles

Art 6.2.2 223
Art 6.2.3 223, 270, 343, 351, 377
Art 7.1.7 224

ULIS

Art 74 205, 226

Council Directive of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents

Art 8 363

Citerade rättsfall

Sverige

NJA 1876 s 60 91, 192
NJA 1878 s 65 192
NJA 1892 s 223 243
NJA 1906 s 592 142
NJA 1912 s 204 259
NJA 1914 s 475 70
NJA 1916 s 256 278 f
NJA 1917 s 58 91 f, 304
NJA 1918 s 20 I–III 217 f, 284
NJA 1919 s 115 279
NJA 1919 s 166 265
NJA 1919 s 169 284
NJA 1920 s 83 256, 266 f
NJA 1920 s 175 234
NJA 1920 s 178 280 f
NJA 1920 s 317 284
NJA 1921 s 119 279
NJA 1922 s 612 281
NJA 1923 s 20 208, 218 f, 271, 284 ff
NJA 1923 s 402 25
NJA 1924 s 115 233
NJA 1924 s 372 180
NJA 1925 s 184 31, 180
NJA 1925 s 354 233
NJA 1925 s 497 180
NJA 1925 s 624 208, 219, 271, 284
NJA 1929 s 90 162
NJA 1930 s 507 I 395, 397 ff
NJA 1930 s 507 II 70, 398 f
NJA 1931 s 642 180
NJA 1933 s 33 155
NJA 1934 s 190 328
NJA 1934 s 209 144
NJA 1935 s 57 23
NJA 1936 s 368 24
NJA 1937 s 113 31
NJA 1938 s 273 23
NJA 1938 s 365 234 f
NJA 1940 s 325 164 f
NJA 1940 s 359 23
NJA 1941 s 205 70
NJA 1941 s 608 151
NJA 1942 s 130 243
NJA 1942 s 373 23
NJA 1942 s 542 23
NJA 1942 s 548 284
NJA 1943 s 35 385
NJA 1943 s 109 70
NJA 1944 s 653 160
NJA 1945 s 94 154
NJA 1945 s 305 70
NJA 1946 s 679 69, 353, 357 f, 359, 377, 395, 399 f
NJA 1948 s 123 23
NJA 1948 s 138 394
NJA 1949 s 134 24
NJA 1949 s 786 159
NJA 1950 s 15 24
NJA 1950 s 389 59, 69
NJA 1950 s 560 151, 153 f
NJA 1951 s 444 250
NJA 1951 s 600 243
NJA 1951 s 625 24
NJA 1951 s 716 23
NJA 1953 s 14 273 f
NJA 1956 s 136 70, 358, 377, 395, 399 f, 411

NJA 1957 s 770 24
NJA 1959 s 562 91
NJA 1961 s 330 162
NJA 1961 s 642 356, 360
NJA 1962 s 276 307
NJA 1963 s 105 307
NJA 1965 s 107 162
NJA 1966 s 18 207
NJA 1966 s 555 162 f, 352
NJA 1967 s 195 250
NJA 1969 s 409 24
NJA 1970 s 72 29, 353, 365 f
NJA 1970 s 122 304
NJA 1970 s 478 246, 262
NJA 1971 s 474 24, 384
NJA 1972 s 1 366
NJA 1977 s 92 307
NJA 1978 s 147 307
NJA 1979 s 157 127
NJA 1979 s 731 401, 403, 423
NJA 1981 s 269 25, 113, 130, 150 f, 160
NJA 1981 s 683 316 f
NJA 1981 s 894 23
NJA 1982 s 493 155
NJA 1983 s 3 35
NJA 1983 s 385 421 ff
NJA 1983 s 617 207, 304
NJA 1984 s 280 352
NJA 1984 s 721 308
NJA 1985 s 178 27, 112 f, 126, 159 ff, 163
NJA 1989 s 117 23, 160, 197
NJA 1989 s 156 23
NJA 1989 s 346 379
NJA 1989 s 614 100, 113, 130, 142 ff, 154, 164
NJA 1990 s 591 145
NJA 1990 s 745 307
NJA 1991 s 217 304
NJA 1991 s 580 308
NJA 1991 s 720 308
NJA 1991 s 808 23, 162
NJA 1992 s 58 305
NJA 1992 s 243 305
NJA 1992 s 326 328
NJA 1992 s 375 307
NJA 1992 s 439 355 f
NJA 1992 s 502 305
NJA 1993 s 228 355
NJA 1993 s 319 155
NJA 1993 s 436 273
NJA 1993 s 555 359
NJA 1993 s 764 308
NJA 1994 s 85 23
NJA 1994 s 204 307
NJA 1994 s 359 353, 358, 406 ff, 411, 429
NJA 1994 s 532 305
NJA 1994 s 598 305
NJA 1995 s 274 317
NJA 1995 s 586 307

NJA 1947 A 126 256
NJA 1949 A 11 278
NJA 1951 A 79 271, 273 f
NJA 1971 A 8 365
NJA 1974 A 4 162
NJA 1989 A 7 359
NJA 1994 A 2 158

SvJT 1918 rf s 57 240 ff
SvJT 1942 rf s 43 265 f
SvJT 1943 rf s 15 234
SvJT 1944 rf s 36 381
SvJT 1979 rf s 58 335

RH 14:1980 421, 423 ff, 430

RH 110:1985 406
RH 1986:112 406

Helsingborgs tingsrätts DT 1331 den 21 december 1995 302

Norden

Nord. Domss. 1984 s 432 144
Nord. Domss. 1985 s 289 124 f
Nord. Domss. 1990 s 467 412
Nord. Domss. 1993 s 494 335

Danmark

UfR 1916 s 598 H 199
UfR 1953 s 973 SH 199
UfR 1963 s 429 Ø 68
UfR 1970 s 666 V 355
UfR 1978 s 973 V 154 f
UfR 1981 s 300 H 412
UfR 1981 s 725 V 130, 155
UfR 1985 s 334 H 160
UfR 1985 s 714 H 409
UfR 1987 s 526 H 412
UfR 1987 s 531 H 412
UfR 1987 s 600 Ø 409
UfR 1987 s 711 V 402
UfR 1989 s 1039 H 155
UfR 1995 s 277 H 157
SHT 1915 s 128 217
SHT 1927 s 77 259

Norge

Rt 1898 s 135 24
Rt 1921 s 267 125
Rt 1935 s 122 220
Rt 1958 s 529 403
Rt 1970 s 1059 220, 234 f, 248
Rt 1980 s 1586 160
Rt 1988 s 276 403 f
Rt 1988 s 295 404 ff
Rt 1990 s 500 385
Rt 1992 s 1387 403
Rt 1992 s 1397 403
Rt 1993 s 509 152
Rt 1993 s 1497 163
Rt 1994 s 1 351, 415 ff
Rt 1995 s 674 403

RG 1976 s 650 395
RG 1985 s 507 407 f, 411
RG 1990 s 66 139
RG 1990 s 1094 402
RG 1991 s 445 403
RG 1991 s 794 402
RG 1992 s 1225 403
RG 1992 s 1296 151
RG 1993 s 106 402
RG 1993 s 705 403

ND 1990 s 293 24

England

Paradine v. Jane, Aleyn 26, 82 Eng. Rep. 897, (K.B. 1647) 31, 179 ff, 185 f, 257
Rugg v. Minett, (1809) 11 East 210 181
Moss v. Smith, 9 C.B. 94, 103 (1850) 209 f
Taylor v. Caldwell, 5 Best & S. 826, 122 Eng. Rep. 309 (K.B. 1863) 181 f, 185, 198, 209
Tsakiroglou & Co. Ltd v. Noblee Thorl GmbH, [1962] A.C. 93 (H.L.) 280

USA

Laidlaw v. Organ, 15 U.S. (2 Wheat.) 178 (1817) 121 ff, 128, 138
School Dist. No 1 v. Dauchy, 25 Conn. 530 (1857) 181
Wood v. Boynton, 64 Wis. 265, 25 N.W. 42 (1885) 149
Sherwood v. Walker, 66 Mich. 568, 33 N.W. 919 (1887) 149
Marks v. Gates, 154 F. 481 (9th Cir. 1907) 387
Mineral Park Land Co. v. Howard, 156 P. 458 (1916) 183, 209 f, 217, 219
Peterson v. First Natl. Bank, 162 Minn. 369, 203 N.W. 53 (1925) 153
Canadian Industrial Alcohol Co. v. Dunbar Molasses Co., 179 N.E. 383 (1932) 187 f, 190
Conway v. O'Brien, 111 F.2d 611 (2d Cir. 1940) 76
United States v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947) 76
Blount-Midyette & Co. v. Aeroglide Corp., 254 N.C. 484, 119 S.E.2d 225 (1961) 190
National Presto Indus. v. United States, 338 F.2d 99 (Ct. Cl. 1964) 149
Arnold v. Ray Charles Enterprises, 264 N.C. 92, 141 S.E.2d 14 (1965) 190
Transatlantic Fin. Corp. v. United States, 363 F.2d 312 (D.C. Cir. 1966) 186
Tuckviller v. Tuckviller, 413 S.W.2d 274 (Mo 1967) 387
Maple Farms v. City School District of Elmira, 352 N.Y.S.2d 4784 (1974) 187
Northern Corporation v. Chugach Electric Association, 518 P.2d 76 (1974) 277
Bradford v. Plains Cotton Coop Assn., 539 F.2d 1249 (10th Cir. 1976) 388
Gulf Oil Corp. v. F.P.C., 563 F.2d 588 (3d Cir. 1977) 186

Industralease Automated & Scientific Equip. Corp. v. R.M.E. Enterprises, 58 App.Div.2d 482, 396 N.Y.S.2d 427 (1977) 388
Virginia Electric & Power Co. v. Westinghouse Electric Corp., 887 ATTR No 887–A15 (1978) 378
Aluminium Corp. of America v. Essex Group Inc, 499 F. Supp. 53 (W.D. Pa. 1980) 149, 183, 389, 393, 419, 429
Northern Indiana Public Service Co. (NIPSCO) v. Carbon County Coal Company, 799 F.2d 265 (7th Cir. 1986) 57, 390, 393, 419, 429
Scullin Steel Co. v. PACCAR, Inc., 708 S.W.2d 156 (Mo.Ct.App. 1986) 187
Florida Power & Light Co. v. Westinghouse Elec. Corp., 826 F2d 239 (4th Cir. 1987) 187

Australien

Scanlan's New Neon Ltd v. Tooheys Ltd, (1943) 67 C.L.R. 169, 201 131

Tyskland

RGZ 57, 116 (1904) 207 f, 211
RGZ 88, 172 (1916) 211
RGZ 95, 41 (1919) 211 f
RGZ 103, 328 (1921) 212
RGZ 107, 78 (1923) 391 f

BGH BB 1970 s 1192 393
BGH NJW 1977 s 2262 393
BGHZ 81, 135 (1981) 393, 422
BGHZ 83, 197 (1982) 178
BGH NJW 1984 s 1746 147
BGHZ 121, 378 (1993) 393

WM 1978 s 1354 407
WM 1964 s 1253 392 f
WM 1973 s 839 393

JZ 1952 s 145 87
JZ 1966 s 409 214
JZ 1972 s 120 214

Skiljedomar

ND 1975 s 74 351
ND 1985 s 234 412 ff,420, 429
ND 1990 s 204 152, 415

RG 1992 s 327 354

Czarnikow Ltd v. Centrala Handlu Zagranieznego Rolimpex, Lloyd's Rep. 2 (1978) 305 236
ICC Case No. 3099/3100 (1979), 7 Y.B. Comm.Arb. 87 (1982) 236

Källförteckning

Offentligt tryck m m.

NJA II
NJA II 1891:1. Sjölagen den 12 juni 1891.
NJA II 1901:1. Nya lagberedningens förslag till lag om köp och byte m m.
NJA II 1906:1. Ny lagstiftning om köp och byte.
NJA II 1914:6. Lagstiftning om kommission, handelsagentur och handelsresande.
NJA II 1915:5. Lagstiftning om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.
NJA II 1936:1. Lagstiftning om skuldebrev.
NJA II 1936:3. 1936 års sjölagsändringar.
NJA II 1939:5. Reviderad hyreslagstiftning.
NJA II 1972:1. Jordabalken.
NJA II 1974:13. Ändring i kommissionslagen.

Propositioner
Prop. 1975/76:81. Förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område m.m.
Prop. 1979/80:143. Förslag till ny lagstiftning om handelsbolag m.m.
Prop. 1981/82:165. Förslag till konkurrenslag.
Prop. 1987/88:155. Om skydd för företagshemligheter.
Prop. 1988/89:76. Om ny köplag.
Prop. 1990/91:42. Om insiderhandel.
Prop. 1990/91:63. Handelsagentur.
Prop. 1991/92:155. Skadestånd för arbetstagares deltagande i olovlig stridsåtgärd.
Prop.1992/93:56. Ny konkurrenslagstiftning
Prop. 1993/94:195. Om ny sjölag.
Prop. 1995/96:5. Lag om företagsrekonstruktion.

SOU
SOU 1974:83. Generalklausul i förmögenhetsrätten.
SOU 1976:66. Köplag. Slutbetänkande.
SOU 1983:52. Företagshemligheter. Betänkande av utredningen om skydd för företagshemligheter.

SOU 1984:85. Handelsagentur och kommission. Betänkande av kommissionslagskommittén.
SOU 1986:56. Personförsäkringslag. Delbetänkande av försäkringsrättskommittén.
SOU 1987:59. Ansvarsgenombrott m m. Betänkande av betalningsansvarskommittén.
SOU 1989:88. Skadeförsäkringslag. Slutbetänkande av försäkringsrättskommittén.
SOU 1990:13. Översyn av sjölagen 2. Godsbefordran till sjöss. Slutbetänkande av sjölagsutredningen.
SOU 1992:110. Information och den nya informationsteknologin – straff- och processrättsliga frågor m m. Betänkande av datastraffrättsutredningen.
SOU 1994:81. Ny lag om skiljeförfarande. Delbetänkande av skiljedomsutredningen.
SOU 1995:44. Aktiebolagets organisation. Delbetänkande av aktiebolagskommittén.

NU

NU 1984:5. Nordiska köplagar. Förslag av den nordiska arbetsgruppen för köplagstiftning.

Förslag till allmän civillag, Stockholm 1826 [cit 1826 års förslag till allmän civillag].

Övrigt

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd II, Berlin/Leipzig 1888. [cit *BGB Motive* II]
Commentary on the General conditions for the supply of Plant and Machinery for Export, E/ECE/169 E/ECE/IM/WP,5/9.
The United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods, Vienna 1980 (CISG).
Council Directive of 18 December 1986 on the coordination of the law of the member States relating to self-employed commercial agents, O.J. No L 382/17.
The United Nations Convention on International Bills of Exchange and International Promissary Notes, 9 december 1988.

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit), Rom 1994. [cit UNIDROIT Principles]
The Principles for European Contract Law. Part I: Performance, Non-Performance and Remedies. Prepared by the Commission on European Contract Law, Chairman O. Lando. Ed. O. Lando & H Beale. Martinus Ninjhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1995. [cit European Contract Principles]

Övrig Litteratur

Adlercreutz, A, Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal (om "letters of intent", principöverenskommelser m.m.), SvJT 1987 s 493.
– Avtalsrättens framväxt i Högsta domstolens praxis, s 1 ff i Skrifter utgivna av Institutet för rättshistorisk forskning, 17 bd, Stockholm 1990. [cit Adlercreutz, Avtalsrättens framväxt]
– Avtalsrätt II, 3 u, Lund 1991.
– [Anmälan av] Lehrberg, Förutsättningsläran, TfR 1992 s 282.
– Avtalsrätt I, 10 u, Lund 1995.
Afrell, Klahr, & Samuelsson Lärobok i kapitalmarknadsrätt, Stockholm, 1995. [cit Afrell mfl.]
Agell, A, Säljarens ansvar för faktiska fel enligt jordabalken och köplagen, SvJT 1972 s 722.
– Om presumtionsansvar vid skada på omhänderhavd egendom, s 1 ff i Festskrift till Henrik Hessler, Stockholm 1985.
Almén, T, Om köp och byte av lös egendom. Kommentar till lagen den 20 juni 1905, 1–3 u, Stockholm 1906, 1917, 1924, 1934. [Cit Almén (år)]
Almén & Eklund, Om köp och byte av lös egendom. Kommentar till lagen den 20 juni 1905, 4 u ombesörjd av R Eklund, Stockholm 1960.
American Law Institute, Restatement of the Law (Second) of Contracts, Volume 1 §§ 1–177, Volume 2 §§ 178–315, Volume 3 §§ 316 – End Tables and Index. As adopted and Promulgated by The American Law Institute at Washigton D C May 17, 1979, St Paul, Minn., 1981. [cit Restatement (Second) of Contracts]
Andersen, Kr, Norsk kjøpsrett i hovedtrekk, Oslo 1945.
– Selgerens erstaningsansvar när leveringen uteblir eller försinkes, SvJT 1944 s 625.
Andersen & Nørgaard, Aftaleloven med kommentarer, Köpenhamn 1990.

Andersson, H, Skyddsändamål och adekvans. Om skadeståndsansvarets gränser, Uppsala 1993.
André, M, Finns det s.k. efterföljande fel, SvJT 1983 s 145.
– Marknadsföringsansvar. Om förutsättningar för marknadsrättsligt ansvar för marknadsföringen, Stockholm 1984.
– En allmän regel om säljares uppgiftsansvar, s 53 ff Festskrift till Sveriges Advokatsamfund, Stockholm 1987.
Anners, E, Den europeiska rättens historia 2, Stockholn 1980.
Arnholm, C J, Almindelig Obligasjonsrett. Stencil, Universitetets Studentkontor, Oslo 1941. [Cit Arnholm, *Obligasjonsret*]
–, Privatrett I. Almindelig Privatrett., Oslo 1964. [Cit Arnholm, *Privatrett I*]
–, Privatrett II. Avtaler. Oslo 1964. [cit Arnholm, *Privatrett II*]
Arrow, K J, Essays in the Theory of Risk Bearing, Amsterdam/London 1971.
Atiyah, P S, The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford 1979.
Axelrod, R, The Evolution of Cooperation, New York 1984.

Bagge, A, När är, vid underlåtenhet eller dröjsmål med godets avlämnande, säljaren fritagen från ersättningsskyldighet enligt engelsk, amerikansk och svensk rätt?, SvJT 1944 s 853.
Beck, A, Zu den Grundprinzipen der bona fides im römischen Vertragsrecht. Æquitas und Bona Fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, Basel 1955.
Becker, J D, The Rolimpex Exit from International Contract Responsibility, 10 N.Y.U.J. Int. L & Pol., s 447 (1978).
Bengtsson, B, Hävningsrätt och uppsägningsrätt vid kontraktsbrott, Stockholm 1967. [cit Bengtsson, Hävningsrätt].
–, Särskilda avtalstyper I, 2 u, Stockholm 1971, 1976.
–, Nya jämkningsmöjligheter? s 51 ff i Festskrift till Anders Agell. Uppsala 1994.
Bengtsson, & Victorin, Hyra och annan nyttjanderätt till fast egendom, 4 u, Stockholm 1991.
Benjamin, P, The ECE General Conditions of Sale and Standard Forms of Contract, J. Bus. L., 1961, s 113.
Bergem, & Rognlien, Kjøpsloven. Kommentarutgave for Kjøpsloven 1988 og FN-Konvensionen om internasjonale løsørekjøp, Oslo 1991.
Berman, H J, Excuse for Nonperformance in the Light of Contract Practices in International Trade, 63 Colum. L. Rev., s 1413 (1963).

Bernitz, U, Utvecklingen mot en standardavtalsrätt I. Standardavtalen i rättstillämpningen, SvJT 1972 s 401.
Bianca & Bonell, Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention, Milano 1987. [cit Bianca & Bonell/förf.]
Birmingham, R L, A Second Look at the Suez Canal Cases: Excuse for Nonperformance of Contractual Obligations in the Light of economic Theory, 20 Hastings L. Rev., s 1393 (1969).
– Why is there Taylor v. Caldwell? Three Propositions About Impracticability, 23 U.S.F. L. Rev., s 379 (1989).
Björling, C G, Har gängse tolkning av 24 § köplagen visats vara riktig?, SvJT 1923 s 281.
Blok, P, Ugyldighetssanktionen i fællesmarkedets konkurrenceret, TfR 1974 s 488.
Bugge, K L, Vederlag og Risiko; En formueretlig Betragtning, TfR 1902 s 184.
Bull, H J, Tredjemannsdekninge i forsikringsforhold, Oslo 1988.

Cæmmerer & von Schlectriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 2 u, München 1995. [cit Cæmmerer & Schlectriem/(förf. Art Rn)]
Calabresi, G The Costs of Accidents: a Legal and Economic Analysis, New Haven 1970.
Carlsson, G, Olyckshändelse och omöjlighet i 24 § köplagen, SvJT 1922 s 361.
Chitty, On Contracts, Vol I, Sweet & Maxwell, 27 u, London 1994.
Christensen, A, Regler om misstag rörande faktiska förhållanden, TfR 1973 s 482.
Clark, R C, Corporate Law, Boston/Toronto 1986.
Coase, R, The Problem of Social Cost, 3 J. L. & Econ., s 1 (1960).
Coleman, J L, Markets, Moral and the Law, Cambridge 1988.
Cooter, Marks & Mnookin Bargaining in the Shadow of the Law. A Testable Model of Strategic Behavior, 9 J. Legal Stud. s 225. (1982). [cit Cooter & al.]
Cooter, & Ulen, Law and Economics, 1988.
Cornil, H, The ECE General Conditions of Sale, 3 J. World Trade L., 390 (1969).
Crawford, P, Long-term Relationships Governed by Short-Term Contracts, 78 Am. Econ. Rev. s 485 (1988).

Dawson, J P, Judicial Revision of Frustrated Contracts: Germany, 63 B.U.L. Rev., s 1039 (1983).
– Judicial Revision of Frustrated Contracts: The United States, 64 B.U.L. Rev., s 1 (1984).
Daintith, T, The Design and Performance of long-term Contracts, s 164 ff i D Harris & T Daintith, Contract and Organization, Berlin 1986.
Deullar, & Nordström, ECE 188A-NL 80. Kommentarer till allmänna leveransbestämmelser, Sveriges Exportråd i samarbete med Sveriges Mekanförbund, Stockholm 1981.

Eisenberg, M A, Private Ordering through Negotiation: Dispute-Settlemet and Rulemaking, 89 Harv. L. Rev., s 637 (1976).
Ekeberg, T, Tore Almén, SvJT 1919 s 65.
Eklund, R, Om force majeure-klausuler i köpeavtal och befraktningsavtal. Utredning på uppdrag av Stockholms Handelskammare, Stockholm 1940.
Emmerich, V., Das recht der Leistungsstörungen, 2 u, München 1986.
Eyben von, B, Additional Compensation on Account of Unforeseen Development of Damage, 34 Sc. St. L., s 29 (1990).

Farnsworth, E A, Contracts, Boston/Toronto 1982.
Fried, Ch, Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligations, Cambridge, M.A./London 1981.
Friedman, M, Capitalism and Freedom, Chicago 1962.
Fudenberg, Holmstrom & Milgrom, Short-Term Contracts and Long-Term Agency Relationships, 51 J. Econ. Theory, s 1 (1990). [cit Fudenberg & al.]

Gillette, C P, Commercial Relationships and the Selection of Default Rules for Remote Risks, 19 J. Legal Stud. s 535. (1990).
Gilmore, G, The Death of Contract, Columbus 1974.
Gjelsvik, N, Den norske Privatrets Lære om Vildfarelsens Indflydelse paa Retshandlers Gyldighed, Kristiania 1897.
Glossner, O, Contract Adaptation through Third Party Intervener: the Referee Arbitral, Horn, Adaptation, s 191 ff.
Godenhielm, B, Om säljarens bundenhet under ändrade förhållanden, Stockholm 1954.
Goetz & Scott, The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation, 69 Va. L. Rev., s 967 (1983).

Goger, T J, Labor Disputes as Excusing, under UCC § 2-615. Failure to Deliver Sold Goods, 70 A.L.R. 3d 1976 s 1266.
Goldberg, V P, Readings in the Economics of Contract Law, Cambridge, M A, 1989.
Goldberg & Erickson, Quantity and Price Adjustment in Long-term Contracts: A Case Study of Petroleum Coke, 30 J. L. Econ., s 369 (1987).
Gomard, B, Obligationsret. 1 del, 3 u, Köpenhamn 1993. [cit Gomard, Obligationsret I]
– Obligationsret. 2 del., Köpenhamn 1991. [cit Gomard, Obligationret II]
– Almindelig kontraktsret, Indgådelse, gyldighed, fortolkning, Köpenhamn 1988. [cit Gomard, Kontraktsret]
Gorton, L, Penningvärdeförändring och partsdisposition, Sjörättsföreningens i Göteborg skrifter 54, Göteborg 1975.
– Något om gränsdragningen mellan borgen och kreditförsäkring, s 85 ff i Iura på mange måder, Festskrift till Børge Dahl, Köpenhamn 1994.
Grauers, F, Fastighetsköp, 13 u, Lund 1994.
Grobgeld & Hertzman, Fel, hållbarhet och garanti, SvJT 1981 s 241.
Grotius, H, De iure belli ac pacis, utdrag i von Mehren & Gordley.
Grönfors, K, Fraktavtalet under 100 år, Sjörättsföreningens i Göteborg, Skrifter 66, Göteborg 1986.
– Löftesprincipen, tillitsteorin och avtalslagen, JT 1992-93 s 267.
– Avtalslagen, 3 u, Stockholm 1995.
– Avtal och omförhandling, Stockholm 1995.
Guldberg, H, Om bristande förutsättningar vid avtal, SvJT 1953 s 1.

Hagstrøm, V, Culpanorm og skrevne adferdsnormer. Lover, forskrifter og interne instruksers betydning for culpavurderingen, TfR 1980 s 292.
– Kjøpsrettskonvensjonen, norsk kjøpslov og internasjonal rettsenhet, TfR 1995 s 561.
Hasselrot, B, Handelsbalken jemte dithörande författningar med förklarande anmärkningar och belysande prejudikat till praktiska juristers och affärsmäns tjenst, 1:a delen, Stockholm 1893.
Hellner, J, Om obehörig vinst. Särskilt utanför kontraktsförhållanden. Ett civilrättsligt problem i komparativ belysning, Uppsala 1950.
– Om misstag beträffande fastighetsinteckningsbelastning vid överlåtelse, SvJT 1952 s 1.
– Juridiska personers skadeståndsansvar, s 122 ff i Teori och Praxis, Studier i svensk civilrätt. Skrifter tillägnade Hjalmar Karlgren, Stockholm 1964.

- Försäkringsrätt, Försäkringsjuridiska föreningens publikation nr 15, 2 u, Stockholm 1965.
- The Influence of the German Doctrine of Impossibility on Swedish Law, s 705 ff i Jus Privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969, Bd II, Tübingen 1969. [cit Hellner, The Influence]
- Värderingar i skadeståndsrätten, s 299 ff i Festskrift till P O Ekelöf, Stockholm 1972.
- Rättsekonomi, avbeställning och Coaseteorem, s 101 ff i Festskrift till Per Stjernquist, Skrifter utgivna av juridiska föreningen i Lund nr 24, Lund 1978. [cit Hellner, *Coase-teoremet*]
- Ipso facto avoidance, s 9 ff i Köp och avtal. Uppsatser 1980–1992, Skrifter utgivna av Stockholms universitet. Skriftserien nr 40, Stockholm 1992. Ursprungligen s 85 ff i Privatautonomie, Eigentum und Verantwortung, Festgabe für Hermann Wietnauer zum 70. Geburtstag, [ed] H Ehman, Berlin 1980. [cit Hellner, Ipso facto avoidance]
- Speciell avtalsrätt I. Köprätt, Stockholm 1982. [cit Hellner, Köprätt]
- UN Konventionen om internationella köp och den nordiska köprätten, TfR 1983 s 449.
- Pacta sunt servanda, s 85 ff; Köp och avtal. Uppsatser 1980-1992, Skrifter utgivna av Stockholms universitet. Skriftserien nr 40, Stockholm 1992. Ursprungligen s 335 ff i Sammfunn-Rett-Rettferdighet. Festskrift till Torstein Eckhoffs 70-årsdag, Oslo 1986. [cit Hellner, Pacta sunt servanda]
- Förutsättningsläran rediviva, Advokaten 1986, s 86 ff och (fortsättning) s 138 ff. Ursprungligen s 133 ff i Festskrift till Matti Ylöstalo, Helsingfors 1987. [cit Hellner, Förutsättningsläran]
- Fredrik Stang och 33 § avtalslagen, TfR 1987 s 300.
- Lagstiftning inom förmögenhetsrätten, Stockholm 1990. [cit Hellner, Lagstiftning]
- Högsta domstolen och avtalsrätten 920–1989, s 201 ff i Skrifter utgivna av Institutet för rättshistorisk forskning, 17 bd, Lund 1990. [cit Hellner, HD och avtalsrätten]
- Kontrollansvaret, s 125 ff i Köp och avtal. Uppsatser 1980–1992. Skrifter utgivna av juridiska fakulteten Stockholms universitet. Skriftserien nr 40, Stockholm 1992, s 125 . Ursprungligen s 114 ff i Juhlajulkaisu – Festskrift Curt Olsson 1919–28.9-1989. Helsingfors 1989. [cit Hellner, *Kontrollansvaret*]
- The parol evidence rule och tolkning av skriftliga avtal i svensk rätt,

s 185 ff i Festskrift till Kurt Grönfors, Stockholm 1991. [cit Hellner, The parol evidence rule]
- Kontrollansvar och annat skadeståndsansvar i den nya köprätten, TfR 1991, s 141.
- CISG och den nya kontraktsrätten, TfR 1992 s 1. Även införd i Köp och avtal. Uppsatser 1980-1992, Skrifter utgivna av Stockholms universitet. Skriftserien nr 40, Stockholm 1992.
- Strikt skadeståndsansvar för skador från fjärrvärmeanläggning [rättsfallskommentar], JT 1991-92 s 646.
- Kommersiell avtalsrätt, 4 u, Stockholm 1993.
- Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. Första häftet. Särskilda avtal, 2 u, Stockholm 1993. [cit Hellner, SpA II:1]
- Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. Andra häftet. Allmänna ämnen. 2 u, Stockholm 1993. [cit Hellner, SpA II:2]
- Rättsteori. En introduktion, 2 u, Stockholm 1994. [cit Hellner, Rättsteori]
- Jämkning av långvarigt avtal m m [rättsfallskommentar], JT 1994-95 s 137.
- Skadeståndsrätt, 5 u, Stockholm 1995.

Hellner & Ramberg, Speciell avtalsrätt I. Köprätt, 2 u, Stockholm 1991.

Hemström, C, Fråga om en allmän vatten- och avloppsanläggning tillgodosåg skäliga anspråk på säkerhet [rättsfallskommentar], JT 1991-92 s 697.

Herre, J, Den nya växelkonventionen – FN:s internationella växel, TfR 1990 s 390.
- Ersättningar i köprätten. Särskilt om skadeståndsberäkning, Stockholm 1996.

Heuman, L, Förbudet att åberopa förlikningserbjudanden inför rätta, SvJT 1991 s 87.

Hjerner, L, Främmande valutalag och internationell privaträtt, Uppsala 1956.
- Om köp av bestämt gods och leveransavtal, s 277 ff i Festskrift till Jan Hellner, Stockholm 1984. [cit Hjerner, Om köp av bestämt gods]

Hoffman & Spitzer, The Coase Theorem: Some Experimental Tests, 25 J. L. Econ., s 73 (1982).

Holmbäck, U, Studier i förutsättningslärans terminologi, Uppsala 1970.
- Förklaringsmisstag och oklara avtal, SvJT 1960 s 321.

Holmbäck & Wessén, Magnus Erikssons landslag. Skrifter utgivna av Institutet för rättshistorisk forskning, 6 bd, Stockholm 1962.

Honnold, J O, Documentary History of the Uniform Law for International Sales. The Studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations, Deventer 1989. [cit Honnold, Documentary History]
– Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 2 u, Deventer/Boston 1991.
Hoppu, E, Skadestånd-försäkring, NJM 1978 Bilaga 12.
Horn, N [utg], Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, Studies in Transnational Economic law, vol 3, Deventer 1985.
Hull, J C, Options, Futures, and Other Derivative Securities, 2 u, Englewood Cliffs, N.J. 1993.
Hultmark, Ch, Lojalitetsplikten i avtalsförhållanden – närmare bestämt upplysningsplikten rörande rådighetsinskränkningar vid köp av kioskrörelse [rättsfallskommentar] JT 1991–92 s 701.
– Upplysningsplikt vid ingående av avtal, Stockholm 1993. [cit Hultmark, Upplysningplikt]
– Köplagens tillämplighet på fel i patent, JT 1993–94 s 687.
Huser, K, Avtaletolking. En innføring i avtaletolkingslærens alminnelige del, Bergen-Oslo-Stavanger-Tromsø 1983.
Håstad, T, Den nya köprätten, 3 u, Uppsala, 1993. [cit Håstad]
– Säljarens upplysningsplikt, JT 1992-93 s 607.

ICC, International Chamber of Commerce Publication No 421, 1985.

Joskow, P L, Commercial Impossibility, the Uranium Market and the Westinghouse Case, 6 J. Legal Stud., s 119 (1977).
Jägerskiöld, S, Roman Influence on Rwedish Case Law in the 17th Century, 11 Sc. St. L., s 175 (1967).
Jørgensen, S, Grotius' kontraktslære, TfR 1967 s 454.

Karlgren, Hj, 33 § avtalslagen, SvJT 1933 s 219.
– Några aktierättsliga anteckningar i anledning av ett par rättsfall, SvJT 1938 s 189.
– Om jämkning av kontrakt pga ändrade förhållanden, NJM 1951 s 206.
– Avtalsrättsliga spörsmål, 2 u, Norstedts, Stockholm 1954. [cit Karlgren]
– Perpetuatio obligationis, TfR 1955 s 361.
– Ett rättsfall till belysning av den s.k. förutsättningsläran [rättsfallskommentar] SvJT 1956 s 521.

– Tolkning och omtolkning – i relation till misstagsregeln i 32 § avtalslagen, SvJT 1966 s 161.
– Utfästelse och enuntiation, SvJT 1970 s 126.
– Skadeståndsrätt, 5 u, Stockholm 1972.
–Prestation och "fara" i köprätten, Stockholm 1976. [cit Karlgren, Prestation och fara]
– Felansvaret vid fastighetsköp, Lund 1976. [cit Karlgren, Felansvaret]
– Obehörig vinst och värdeersättning, Stockholm 1982.
Kaser, M, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht. 2 u, München 1971. [cit Kaser I]
– Das römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt. Die nachklassische Entwicklungen, 2 u, München 1975. [cit Kaser II]
Karnell, G, Avtalsparter mellan rätt och skönstillämpning, i Våra rättigheter II, Stockholm 1983.
Klein, Crawford, & Alchian, Vertical Integration, Appropriable Rent, and the Competitive Contracting Process, 21 J. L. & Econ., s 297 (1978). [cit Klein & al.]
Kleineman, J, Ren förmögenhetsskada. Särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart, Stockholm 1987. [cit Kleineman]
– Jämkning av försäkringsavtal med stöd av 36 § avtalslagen [rättsfallskommentar], JT 1989–90 s 103.
– Förutsättningsläran två steg framåt och ett steg tillbaka [rättsfallskommentar], JT 1989-90 s 522.
– De offentliga rättssubjektens skadeståndsansvar – offentligrättslig reglering med privaträttslig metod, JT 1991-92 s 63.
– Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar [rättsfallskommentar], JT 1991-92 s 125.
– Lender liability, JT 1992-93 s 289.
– Avtalsbundenhet som avtalstolkningsproblem [rättsfallskommentar], JT 1992-93 s 523.
– Tekniska konsulters skadeståndsansvar för vilseledande information, [rättsfallskommentar], JT 1994-95 s 702.
Knight, F H, Risk, uncertainty and profit, Chicago/London 1921 omtryck 1985.
Kolrud, Kriström, Kortekangas & Schultz, Kommentar till NL 92, Sveriges verkstadsindustrier, Stockholm 1993. [cit Kolrud & al.]
Koktvedgaard, M, Om købelovgivningens anvendelse på overdragelse af immaterialrettigheder, TfR 1965 s 571.

Krokeide, K, Forutsetningslæren og misligholdsbegrepet – særlig i langsiktige kontraktsforhold, TfR 1977 s 569 ff.
Kronman, A T, Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts, 7 J. Legal Stud. s 1 (1978).
Krüger, K, Norsk Kjøpsret, 3 u, Bergen 1991. [cit Krüger, Kjøpsret]
– Norsk kontraktsrett, 2 u, Bergen 1991. [cit Krüger, Kontraktsrett]
Källström, K, Arrendators ersättningsrätt vid uppsägning av anläggningsarrende. Om ändamålstolkning av avvägningsnormer, SvJT 1988 s 622.
Köhler, H, Zur ökonomischen Analyse der Regeln über die Geschäftsgrundlage, s 148 ff i Schäfer & Ott, Allokationseffizienz in der Rechtsordnung: Beiträge zum Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts 23-26 März 1988, Berlin/Heidelberg/-New York 1989.

Landes & Posner, The Positive Economic Theory of Tort Law, 15 Ga. L. Rev., s 851 (1981).
Lando, O, Udenrigshandelens kontrakter. Udenrigshandelsret I. Internationelt gældende samt vesteuropæisk og amerikansk ret om kontraktforhold i almindelighed og om løsørekøb, agentur og eneforhandling, 4 u, Köpenhamn 1991.
– The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration, 34 I C L Q, s 747 (1985).
Lando & Beale, The Principles for European Contract Law. Part I: Performance, Non-Performance and Remedies. Prepared by the Commission on European Contract Law, Chairman O. Lando. Ed. O. Lando & H Beale, Dordrecht/Boston/London, 1995.
Larenz, K, Lehrbuch des Schuldrechts. Bd I. Allgemeiner Teil, 14 u, München 1987.
Lassen, J, Haandbog i Obligationsretten I. Almindelig Del, 1 u Köpenhamn 1892.
Lax & Sebenius, The Manager as Negotiator, New York 1986.
Leff, A A, Unconscionability and the Code – The Emperor's New Clause, 115 U Pa L Rev s 485. (1967).
Lehrberg, B, 36 § avtalslagen och förutsättningsläran, SvJT 1986 s 249.
– Förutsättningsläran. Allmänna betingelser för möjligheten att frånträda rättshandlingar på grund av okända eller oförutsedda omständigheter, Uppsala 1989.
– Förutsättningslärans rättsföljder. Några synpunkter i anledning av en nyligen avkunnad dom, JT 1990–91, s 403.

– Förutsättningsläran – en rättsregel i modern svensk rätt, SvJT 1990 s 187.
– Förutsättningssynpunkter på köprättens felbegrepp, SvJT 1990 s 543.
Lennander, G, Gäldenärens kontraktsförhållanden i ett framtida rekonstruktionsförfarande, JT 1992-93 s 318.
Linder, & Westin, Något om avtals eller avtalsvillkors ogiltighet enligt den nya konkurrenslagen, SvJT 1995 s 45.
Lindskog, S, Preskription. Om civilrättsliga förpliktelsers upphörande efter viss tid, Stockholm 1990.
Ljungholm, C, Om 24 § köplagen, SvJT 1936 s 577.
Ljungman, S, Ytterligare om sydfruktslasten, s 152 ff i Festskrift till Vilhelm Lundstedt, Uppsala universitets årsskrift 1947:6, Uppsala 1947. [cit Ljungman, Sydfruktslasten]
Lookofsky, J M, Fault and No-fault in Danish, American and International Sales Law. The Reception of the 1980 United Nations Sales Convention, 27 Sc. St. L., s 135 (1983).
Lundstedt, A V, Kan härskande tolkning av § 24 köplagen anses riktig? SvJT 1921 s 325.
– Fiktion eller sanning i juridiken? SvJT 1924 s 241.
Löwisch, M, Arbeitskampf und Vertragserfüllung, 174 AcP s 203 (1974).

Macaulay, S, Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study, 55. Am. Soc. Rev., s 55 (1963).
Macneil, I, Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law, 72 Nw. U. L. Rev., s 854 (1978).
– Contracts. Exchange Transactions and Relations, 2 u, Mineola/New York 1978.
– Contract Remedies: A Need for Better Efficiency Analysis, JITE 1988 s 6.
Madsen, P B, Vildfarelser, forudsædninger og billighed – Aftalerisikoen i historisk og komparativ belysning, Aarhus universitet 1981.
Martinson, C, Säljarens upplysningsplikt – en fråga om att gå över ån efter vatten?, JT 1992–93 s 436.
Medicus, D, Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht, 86 Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Rom. Abt. s 69. (1969). [cit Medicus, Zur Funktion]
– Zur Entdeckungsgeschichte der culpa in contrahendo, s 169 ff i Iuris Professio, Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag, Wien/Köln/-

Graz/ 1986. [cit Medicus, Zur Entdeckungsgeschichte]
– Schuldrecht I. Allgemeiner Teil, 3 u, München 1986. [cit Medicus, Schuldrecht]
Mehren, von, A T, A General View of Contract, Encyclopedia of Comparative Law, Vol VII, Chapter 1, Tübingen 1971–.
Mehren, von, & Gordley, The Civil Law System. An Introduction to the Comparative Study of Law, 2 u, Boston/Toronto 1977. [cit von Mehren & Gordley]
Mestad, O, Om force majeure og risikofordeling i kontrakt, Oslo 1991.
Millqvist, G, Informationsansvar och kontraktsregler. En kommentar till en kommentar, JT 1995-96 s 575.
– Tidsgarantier och andra fullgörelsegarantier i köp- och uppdragsavtal [rättsfallskommentar], JT 1995-96 s 109.
Münchener Kommentar, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil (§§ 241–432), 2u, München 1985. [cit Münchener Kommentar § Rn].
Mutén, L, Skatterättsliga förutsättningar för civilrättsliga avtal. En probleminventering, s 369 ff i Rättsvetenskapliga studier tillägnade minnet av Phillips Hult, Stockholm, Göteborg, Uppsala 1960.
Møller, E, Forudsætninger. Bidrag til Belysning af Principerne for Retshandlers Afhængighed af Fyldestgørelsen af Parternes Forudsætninger. På Grundlag af dansk (og norsk) Formueret inter vivos (med særlig hensyn til dansk Praxis), Köpenhamn 1894.

Neumayer & Ming, Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Lausanne 1993.
Nial, H, Om handelsbolag och enkla bolag, 3 u [omarbetad i samverkan med C Hemström], Stockholm 1992.
Noll & Krier, Some implications of Cognitive Psychology for Risk Regulation, 19 J. Legal Stud., s 747 (1990).
Nordling, E V, Anteckningar efter Prof. E.V. Nordlings föreläsningar i svensk civilrätt. Allmänna delen, Uppsala 1891.
Nussbaum, A, Money in the Law, 2 u, Brooklyn 1950.
Nyström, J-Å, Kontraktsbrott vid agenturavtal, 2 u, Stockholm 1988.
Nørager-Nielsen, & Theilgaard, Købeloven med kommentarer, 2 u, Fredriksberg 1993.

Oxenstierna, G, Studier i sannolikhetens filosofi, Doxa 1983.

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 54 u, München 1995. [cit Palandt § Rn]
Palmgren, G, Om jämkning pga ändrade förhållanden, NJM 1951 s 188.
Peczenik, A, Juridisk argumentation. En lärobok i allmän rättslära, Norstedts, Stockholm 1990.
Pittman, R, Specific Investment, Contracts, and Opportunism: the Evolution of Railroad Sidetrack Agreements, 34 J. Law & Econ., s 565 (1991).
Polinsky, A M, An Introduction to Law and Economics, 2 u, Boston/Toronto 1989.
Porter, M E, Konkurrensstrategi. Tekniker för att analysera branscher och konkurrenter, 2 u, Stockholm 1983.
Posner, R A, Economic analysis of Law, 3 u, Boston/Toronto 1986.
Posner & Rosenfield, Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis, 6 J. Legal Stud., s 83 (1977).
Pufendorf, S, De iure naturæ et gentium, utdrag i von Mehren & Gordley.

Ramberg, J, Cancellation of contracts of affreightment on account of war and similar circumstances, Handelshögskolan i Göteborg, Skrifter 1970:2, Göteborg 1970. [cit Ramberg, Cancellation]
– Spedition och fraktavtal, Stockholm 1983.
– Allmän avtalsrätt, Stockholm 1991. [cit Ramberg, Avtalsrätt]
– Medveten otydlighet som avtalsrättsligt problem, JT 1992-93 s 358.
– Köplagen, Stockholm 1995.
Rasmusen, & Ayres, Mutual and Unilateral Mistake in Contract Law, J. Legal Stud., s 309 (1993).
Rawls, J, A Theory of Justice, Cambridge M. A., 1971.
Rodhe, K, Om jämkning av kontrakt på grund av ändrade förhållanden, NJM 1951 Bilaga V. [cit Rodhe, Jämkning]
– Obligationsrätt, Stockholm 1956. [cit Rodhe]
– Förmögenhetsbrotten. Kreditväsendets rättsliga problem, 15 u, Stockholm, 1985.
Roos, C M, Mysteriet med de oåterkalleliga fullmakterna, TfR 1967 s 326.
– Tvetydighet i avtal, SvJT 1972 s 625.
– Varför rättsekonomi, TfR 1993 s 227.
– Prevention av skador enligt Steven Shavell, s 517 ff i Festskrift till Anders Agell, Uppsala 1994.
– Förlikningsgapet – om rättsekonomi och processrätt, JT 1994-95 s 476.

Rosén, J, Till frågan om av krig vållad prisstegrings egenskap av force majeure, SvJT 1918 s 300.
Røsæg, E, Garantier eller fattigmanns trøst, Oslo 1992.

Sandgren, C, En social avtalsrätt? Del I, JT 1992-93 s 456.
– En social avtalsrätt? Del II, JT 1992-93 s 643.
Sandström, G, Kan av krig vållad prisstegring enligt svensk rätt utgöra giltigt stöd för dröjsmål med fullgörande av leveransavtal?, SvJT 1917 s 177.
– Betimeligheten av lovregler angaaende lempning av kontrakter som paa grund av uforutseede begivenheter falder særlig tyngende for den ene part, NJM 1922 s 113.
Sandvik, B, Säljarens kontrollansvar, Åbo 1994.
Schelling, T C, The Strategy of Conflict, Cambridge, M.A/London 1960, omtryck 1980.
Schmidt, F, Typfall, partsavsikt och partsculpa, SvJT 1959 s 497.
– En culparegel vid avtalstolkning, SvJT 1960 s 420.
Schmitthoff, C M, Hardship and Intervener Clauses, 20 J. Bus. L., s 82 (1980).
Schäfter & Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2 u, Berlin/Heidelberg 1995.
Sevón, L, Inflation och jämkning av avtal, NJM 1978 Bilaga 3.
Sevón, Wihelmsson, & Koskelo, Huvudpunkter i köplagen, Helsingfors, 1987. [cit Sevón & al.]
Shavell, S, Liability and the Incentive to Obtain Information about Risk, J. Legal Stud., s 259 (1992).
Skog, G [utg], Law and Economics; Report from a Symposium in Lund, Sweden 24–26 August 1977, Lund 1978.
Smit, H, Frustration of Contract: A Comparative Attempt at Consolidation, 58 Colum. L. Rev., s 287 (1958).
Stang, F, Innledning i Formueretten, 3 u, Oslo 1935. [cit Stang, Innledning]
– Avtalelovens § 33. Dens indhold og dens forhold til forutsætningslæren, TfR 1930 s 51.
Stavang, E, Verdiskapingshensyn og juridisk argumentation. Særlig om kompensasjon for lokale miljøskader, Institut for privatrett, Universitetet i Oslo, Stensilserie Nr 139 (1992).
Steglich-Petersen, Betimeligheten af lovregler angaaende lempning af kontrakter som paa grund av uforutsete betimeligheter falder særlig

tyngende for den ene part, NJM 1922 Bilaga III.
Stenberg, H, ICC:s force majeure-klausul och den i ECE 188, s 135 ff i Festskrift till Ulf Bernitz, Stockholm 1984.
Stjernquist, & von Eyben, Organisatoriska avtal, TfR 1969 s 220.
Strömholm, S, Utländskt material i juridisk doktrin, SvJT 1971 s 251.
– Rätt, rättskällor och rättstillämpning, 3 u, Stockholm 1988.
Sundberg, J, Om ansvaret för fel i lejt gods, Stockholm 1966.
Sykes, A O, The Doctrine of Commercial Impracticability in a Second-Best World, 19 J. Legal Stud., s 43 (1990).
Söderholm, A, Betimeligheten av lovregler angaaende lempning av kontrakter som paa grund av uforutseede begivenheter falder særlig tyngende for den ene part, NJM 1922 s 132.
Söderlund, H, Agenträtt. Kommentar till lagen om handelsagentur m.m., Stockholm 1994.

Tamm, D, Romersk rätt och europeisk rättsutveckling, Stockholm 1993.
Taxell, L E, Avtal och rättsskydd, Åbo 1972.
– Avtalsrättens normer, Åbo 1987.
– Avtalsersättning och culpa, TfR 1987 s 343.
– Skadestånd vid avtalsbrott, Åbo 1993. [cit Taxell, Skadestånd]
Tiberg, H, Another Angle of Frustration, s 97 ff i Skog.
– [anmälan av] Ramberg, Cancellation of contracts of affreightment on account of war and similar circumstances, SvJT 1972 s 294.
Trebilcock, M J, The Limits of Freedom of Contract, Cambridge MA, (1993).
Treitel, G H, Remedies for Breach of Contracts, Encyclopedia of Comparative Law, Vol VII, Chapter 16, Tübingen 1971–.
– Frustration and Force Majeure, Sweet & Maxwell, London 1994.

UNCITRAL, UNCITRAL Yearbook V, Rom 1974.
UNIDROIT, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Unidroit, Rom 1994. [cit UNIDROIT Principles]
Ussing, H, Bristende Forudsætningar. Bidrag till Læren om Formueretslige Tilsagn, Köpenhamn 1918.
– Købelovens første 25 Aar, UfR 1932 s 100.
– Køb, Köpenhamn 1946.
– Dom til opfyldelse in natura af kontrakt, UfR 1949 s 227.
– Aftaler paa Formuerettens Omraade, 3 u, Köpenhamn 1950. [cit Ussing, Aftaler]

Vahlén, L, Formkravet vid fastighetsköp. Särskilt dess inverkan på regler om förutsättningar och fel, Stockholm 1951. [cit Vahlén, Formkravet]
– Bör förutsättningsläran avskaffas, TfR 1953 s 394.
– Avtal och tolkning, Stockholm 1960.
Varian, H, Intermediate Microeconomics: A Modern Approach, 3 u, New-York/London 1993.
Veljanovski, C G, Wealth Maximization, Law and Ethics; On the Limit of Economic Eficiency, Int'l Rev. L. of Econ., s 5 (1981).
Walin, G, Lagen om skuldebrev m m, Stockholm 1977.
Wangerin, P T, The 'Wisdom of Solomon'. Reliance, Unconscionability and Excuse in the Law of Contracts, 5 JCL, s 241 (1992).
Wennergren, B, Förvaltningsprocess, 3 u, Stockholm 1995.
Werin, L, Ekonomi och rättssytem, 2 u, Stockholm 1982. [cit Werin]
Westerlind, P, Kommentar till jordabalken 1-5 kap, Stockholm 1971.
Weyers, H L, Tillräknelighet eller: Subjektives zum Culpa-Begriff, s 709 ff i Festskrift till Anders Agell, Uppsala 1994.
Wilhelmsen, T L, Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet, TfR 1995 s 1.
Wilhelmsson, T, En social avtalsrätt – Några kommentarer, JT 1993-94 s 499 ff.
Williamson, O E, The Economic Institutions of Capitalism, New York/ London 1985, paper back edition 1987. [cit Williamson]
Windscheid, B, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850.
Wuorine, S E, Northern Indiana Public Service Company v. Carbon County Coal Company: Risk Assumption in Claims of Impossibility, Impracticability, and Frustration of Purpose, 50 Ohio St.L.J. s 163 (1989).
Zweigert & Kötz, An Introduction to Comparative Law, 2 u, Oxford 1987. [cit Zweigert & Kötz]
Øvergaard, J, Umulighet ved omstendigheter som løftegiveren burde tatt i beregning, TfR 1949 s 241.

Sakordsregister

affärshemlighet, se företagshemlighet
agentavtal 301, 344, 355, 362 f
agreed documents 90
aktivitetsrekvisitet
– culparegelns 258, 311, 327 ff, 373, 428
– kontrollansvarsregelns 55, 108, 226 f, 235, 242, 247, 251, 254, 267 ff, 298 f, 311, 331, 404, 429
alternativkostnad, begreppet 43
anses-utfästelser 112, 160, 162, 194, 197, 303
arbetskonflikt 45, 74, 84, 90 ff, 97 ff, 110, 138 f, 192, 206, 236 f, 249, 259
arbetstillstånd 176
artificiell risk 21
atypisk risk 259, 262 f, 265 f, 331, 342
avtal
– absoluta, teorin om 180 f, 186
– bilateralt styrda 345 f
– långvariga 35, 46, 214, 301, 345, 348 ff, 360, 365 ff, 370, 379, 385, 389, 394, 408, 419 ff, 426 f
– marknadsstyrda 332, 345 f, 424
– momentana 349 f
– trilateralt styrda 345 f

bankstrejk, se arbetskonflikt
bonae fidei 170
brand 43, 55 ff, 60 ff, 66, 77 f, 181, 190, 192, 206, 208, 237 f, 250, 277, 306
börsnoterat bolag 86 f

citrusfrukter, handel med 96
Coase-teoremet 43 f, 89, 357, 361, 410
constructive total loss 209
crop failure 181, 278
culpa
– begrepp 299
– in contractu 306 ff, 325 f
– in contrahendo 174, 303, 306 f, 312, 326
– in eligendo 319 f
– in inspiciendo 319 f
– post pactum perfectum 306

destruktiva fakta 79, 116 ff, 121, 126, 141
dröjsmålsränta 194 f, 250

ECE 188 90, 93 ff, 98 f, 110
efficient breach 293 f, 296
ekonomisk effektivitet, begreppet 39
ekvivalensprincipen 342 ff, 356, 382, 397, 425, 427 f
el-leverans 245, 416

emptio venditio 170
entreprenad 148, 163, 365 f, 392, 406
enuntiativt uppträdande 27, 46, 111 ff, 126, 151, 158 ff, 197, 307, 352, 360, 394, 416
ergänzende Vertragsauslegung 62
error
– in corpore 100
– in persona 100
– in qualitate 150
– in substantia 150
exporttillstånd, se myndighetstillstånd

fara 21
fel
– faktiskt fel 112, 149, 160, 197 f, 303
– immaterialrättsligt fel 197 f
– lönsamhetsfel 162
– riskfel 23
– rådighetsfel 134, 162, 197
– rättsligt fel 112, 197
flexibilitetsklausul 346, 348, 350 f, 418, 427
forward contracts 85
frustration 30 f, 51 f, 54 f, 217, 282
futures contract 59, 85 f
förebygganderekvisitet
– rekonstruktionsmodellens 70, 74 ff, 79, 86, 93, 109, 227, 254 f, 297
– culparegelns 311 ff, 323, 327
företagshemlighet 81, 120, 125 f, 137, 176
förklaringsmisstag 21, 23, 99, 146, 231
förlikning 87, 130, 143, 145 f, 150, 154 f, 157, 219, 355, 378, 410
förlustminimeringsprincipen 342, 344, 356, 397, 425, 427
förutsättning
– begreppet 100
– bristande 100, 103, 173
– felaktig 100, 102, 107 f, 110, 151
– individuell 102
– omedveten 100, 215
– oriktig 100, 103, 134, 155
– typ- 102, 215
förutsättningsläran 99 ff, 113, 135, 150, 154 ff, 160 f, 203, 213, 215, 220 f, 365, 378, 407
– riskrekvisitet 32, 101, 103
– rättsföljd 100
– synbarhetsrekvisitet 102 f, 146
– väsentlighetsrekvisitet 100 f

gemeinschaftlicher Irrtum 145 f, 150, 213, 215
Geschäftsgrundlage 31, 62, 88, 100, 113, 146 f, 174, 212 ff, 222, 276, 286
grundregeln 19 f, 27, 29, 36, 49, 79 f, 88, 113, 122, 139, 142, 146, 166, 168, 307, 322, 356,

369, 378, 384, 403, 405, 426, 428

Haagreglerna 305
halvgeneriska köp 208, 277, 279
Hamburgreglerna 85, 305
handelsagenturavtal, se agentavtal
hedging 85

immaterialrättsligt fel, se fel
impracticability 51 f, 55, 179, 182 ff, 189, 196, 202, 206, 209 f, 217, 224, 229, 265, 277, 282, 290, 298, 388
indexklausul 23, 57, 149, 348, 380, 390, 393, 402, 418 ff, 427, 429
indexoptioner 87
individuell utfyllnad 26, 62, 357, 393, 427
inflationsrisk 392, 403 ff
informationsasymmetri 53, 56
informationshittelön 131
informationsmonopol 81 f, 121, 124, 153, 261
intresseteori, Nordlings 196
inverterat kontraktsbrott 150
ipso facto avoidance 232

Kaldor Hicks-kriteriet 39
kassation 99
knock for knock-principen 84
koncern 57, 248
konspirationsinvändning 236
kontrollrekvisitet 226, 235 ff, 269, 278, 280, 285, 289, 295, 297, 311 f, 315
krig 121, 168, 194, 206, 217 ff, 234 f, 266, 284, 368 f, 394
kvantitetsjusteringsklausul 346

laesio enormis 386
Learned Hand-formeln 75 ff, 238, 255, 316 f, 323, 326 f
leveransavtal 58, 90 f, 93, 190 f, 193, 206, 224, 241, 254
licensavtal 80, 344, 376, 396
licensgivare 80, 396 f
licenstagare 24, 80, 156, 396
lockout, se arbetskonflikt
lojalitet 121, 138, 301, 347
lönsamhetsfel, se fel

marginal Hand Formula 76
marknadsförutsättning 80, 122
monopol 248, 320 f, 400, 412
moral hazard-problemet 84
motgrund 120, 121 ff, 131, 136, 141 ff, 152, 158, 165 f, 261
motivvillfarelse 22
mutual mistake 51, 145, 147 ff, 387, 389
myndighetstillstånd 23, 70, 162, 230, 236, 265 f, 390
myndighetsingripande 214
myndighetsutövning 24

NL 92 90, 93 f, 98 f, 110, 256
nautiskt fel 85, 305
nytta, begreppet 21 f

obehörig vinst 31, 177, 180
objektiva förklaringsinnehållet 25

obligation de moyen 265, 301
obligation de résultat 301
offentligt rättssubjekt 24
oförnuftiga avtal 68
oförutsebarhetsrekvisitet
– culparegelns 321 ff, 331
– kontrollansvarsregelns 216, 222, 226 f, 242, 247, 253 f, 259, 268, 278, 285 f, 293, 295, 297, 311, 321, 325 f
omförhandling 33, 44, 47, 218, 222, 224, 271, 293 ff, 338 f, 341 ff, 346 f, 351, 354, 357, 359 ff, 377 f, 384, 399, 412 f, 415 ff, 420 f, 424, 426
omöjlighet
– efterföljande 170, 173, 176 f, 182
– ekonomisk 210 ff, 284 f
– objektiv 90 f, 167, 173, 176 f, 183, 194 ff, 199, 202 ff, 208, 274, 279, 328 f, 367
– partiell 173, 178
– praktisk 194, 208, 210 f, 224, 283
– rättslig 144 f, 239, 241
– subjektiv 173 f, 176 f, 183, 195 f, 199
– total 173, 178
– ursprunglig 130, 144, 170, 173 f, 176, 182, 230 ff
– övergående 173, 200
omöjlighetsläran 169 ff, 195, 207 ff, 220 f, 256, 284, 286, 368, 404
option 85 f, 389, 393
pareto-effektivitet, begreppet 39
paretokriteriet 40, 62
parol evidence 185
partiell ogiltighet 156 f
partiell prestation 178, 184
partiellt prestationshinder 234 f
perpetuatio obligationis 170 f, 192
preklusion 133
preskription 133, 168
prevention 77, 134, 136, 158, 200
prisjusteringsklausul 188, 346
processuell oskälighet 380, 428
produktiva fakta 117 ff, 152
proratering 234 f
pulvrisering 86, 331

redistributiva fakta 117 ff
regressrekvisitet 70, 73 f, 93, 109, 254, 320 f
relationsspecifika investeringar 344, 349 f, 354, 360 ff, 370 f, 375 f, 414, 417, 419, 421, 427, 429
reservationspris 50, 83, 361
riskaversion 49 f, 59, 87, 265, 292 f, 403, 408
risk, begreppet 21
riskbenägenhet 49, 126, 161, 269, 398
riskfel, se fel
riskneutralitet 49 f, 59 ff, 78, 87, 108, 292 f
riskområdesrekvisitet 70, 79 ff, 102, 109, 122, 138 f, 144, 166,

255, 261 f, 297, 315, 320, 325, 327, 329, 331, 366
riskpremie 56, 60 ff, 68, 75, 101, 104, 201
riskspridningsrekvisitet 70, 79 f, 82 ff, 93, 109, 122, 138 f, 262, 264, 266 f, 297, 315, 325, 327, 329, 331, 397, 402 f
riskteori, Godenhielms 205, 221 f
rivningsrisk 23
rådighetsfel, se fel
räknefel 100
ränta 164, 250, 335, 337, 385
rättsligt fel, se fel
rättsvillfarelse 24, 121, 130, 143 f, 152 ff, 230 ff

självförsäkring 56, 60, 62, 86
spannmål, handel med 96, 218
speciesköp 90 f, 193 f, 224, 231, 245 f, 254, 310, 319
stellvertretendes commodum 177, 233
strejk, se arbetskonflikt
substantiell rättvisa 387 f, 394
substantiell oskälighet 381, 428
substitut, tredje man 244, 318, 320
substituthamn 397
substitut, natura 143, 182, 270, 275 ff
Suez-kanalen, stängningen av 66 f, 186, 276 f
sunk costs 43
sydfruktsfallet 199 ff, 210, 252 ff, 264 f, 269 f
sättningsrisk 23, 197

termin 58 f, 85 f
tillitsteorin 26, 102, 111 ff, 133, 142 f, 196, 198, 259, 331, 341, 420
tillstånd, se myndighetstillstånd
transaktionskostnad, begreppet 44 f

upplysningsplikt 81 f, 111, 118, 121, 124 ff, 134, 161 f, 261, 306, 324
utfästelse 112, 155, 158 ff, 186, 196 f, 251, 372, 400
utvecklingsfel 252

valutaklausul 397, 412 f
vederlagsmoment 69, 313
verksamhetsansvar 301 f, 374 f
viktig grund 355, 359, 365, 369 ff, 428
viljefel 111 f, 120, 381, 386, 394
viljeteorin 133, 140, 420
von Neumann-Morgensterns nyttofunktion 83
värde, begreppet 42
återförsäljaravtal 156, 300, 344, 376

östhandeln 97 f