

Skrifter från
Juridiska Fakulteten
i Uppsala

3

Motköpsavtalet i öst-västhandeln

Staffan Myrdal

SKRIFTER FRÅN JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

1. Göranson Ulf Ogiltighet i sakrätten.
2. Skuld och ansvar — Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson.
3. Myrdal Staffan Motköpsavtalet i öst—västhandeln.

JURIDISKA INSTITUTIONEN

vid Uppsala Universitet

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 vidare distribuera 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 göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

§

JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

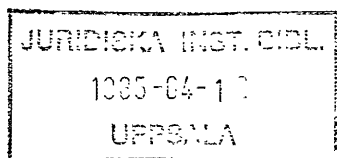
3

Redaktörer: Anders Agell, Robert Boman och Nils Jareborg

Staffan Myrdal

Motköpsavtalet i öst—västhandeln

En juridisk analys utifrån svensk rätt



Förord

Denna studie av motköpsavtalet i öst—västhandeln vänder sig i första hand till jurister. Den har samtidigt praktiskt värde för alla som sysslar med motköp eller med öst—västhandel. För att göra framställningen mer lättillgänglig för de praktiskt verksamma, redovisas en del teoretiska resonemang i noterna.

Jag tackar alla dem som under arbetets gång bidragit med värdefulla råd och upplysningar samt med kritik av utkast. Ett särskilt tack vill jag rikta till professor Torgny Håstad, jur kand Kaj Hobér samt advokaterna Hans Herrlin och Per Runeland.

Fil dr Robert Myrdal, min farfar, har med noggrannhet läst korrekturen. Härför framför jag mitt varma tack.

Till tryckningen har bidrag utgått från Sveriges Utrikeshandels och Kompensations Aktiebolag.

Uppsala i februari 1985

Staffan Myrdal

Innehållsöversikt

Innehållsförteckning	6
Förkortningar	10
Kap 1. Inledning	11
Kap 2. Kort om öst-västhandeln	14
Kap 3. Allmänt om mothandeln mellan öst och väst	19
Kap 4. Den kontraktsrättsliga regleringen av motköpsaffärer .	25
Kap 5. Kort om avtalstolkning	27
Kap 6. Motköpskontraktet. En juridisk bestämning	32
Kap 7. Motköpsförpliktelsen. En analys	38
Kap 8. Den juridiska kopplingen mellan export- och motköps- kontrakten	50
Kap 9. Dröjsmål med uppfyllande av motköpsförpliktelsen; hävning, skadestånd, bötesklausuler	67
Kap 10. Överlåtelseklausuler och inblandning av tredje man i övrigt	85
Kap 11. Internationella privat- och processrättsliga frågor	91
Kap 12. Checklista med kortfattad kommentar	106
Kap 13. Framställningens giltighet med avseende på utländsk rätt	112
Källförteckning	114
Bilagor	117

Innehållsförteckning

Förkortningar	10
Kap. 1. Inledning	11
1.1 Syfte och avgränsningar	11
1.2 Metod	12
1.3 Något om framställningens uppläggning	12
Kap. 2. Kort om öst-västhandeln	14
2.1 Planekonomi och utrikeshandel	14
2.2 Utrikeshandelns organisation	15
2.3 Öst-västhandeln i siffror	17
Kap. 3. Allmänt om mothandeln mellan öst och väst	19
3.1 Bakgrunden till mothandeln	19
3.2 För- och nackdelar med mothandel	20
3.3 Vad påverkar östföretagets mothandelskrav i det enskilda fallet?	21
3.4 Olika mothandelsvarianter	22
Kap. 4. Den kontraktsrättsliga regleringen av motköpsaffärer .	25
Kap. 5. Kort om avtalstolkning	27
5.1 Inledning	27
5.2 Det ”normala avtalsinnehållet”	28
5.3 Tolkningen i det enskilda fallet	29
Kap. 6. Motköpskontraktet. En juridisk bestämning	32
6.1 Ensidig eller ömsesidig motköpsförpliktelse?	32
6.2 Är motköpskontraktet ett köpeavtal?	33
6.3 Motköpskontraktet är normalt ett föravtal	35
6.4 Sammanfattning	37
Kap. 7. Motköpsförpliktelsen. En analys	38
7.1 Motköpsförpliktelsens storlek och tidrymd	38
7.2 Vad går motköpsförpliktelsen ut på? En precisering	39
7.3 Motköpsprodukterna	42

7.4 Priser	45
7.5 Kvalitet och leveransvillkor	47
7.6 Några slutsatser	48
 Kap. 8. Den juridiska kopplingen mellan export- och motköpskontrakten	50
8.1 Motköpskontraktets inverkan på exportkontraktet	51
8.2 Exportkontraktets inverkan på motköpskontraktet	52
8.2.1 Ändring genom partsöverenskommelse	52
8.2.2 Kontrakten föreskriver olika valutor	55
8.2.3 Exportkontraktet häves	56
8.3 Annorlunda om endast ett kontrakt?	63
8.3.1 Motköpens inverkan på exporten	64
8.3.2 Exportens inverkan på motköpen	65
8.4 Sammanfattande synpunkter	65
 Kap. 9. Dröjsmål med uppfyllande av motköpsförpliktelsen; hävning, skadestånd, bötesklausuler	67
9.1 Inledning	67
9.2 Bötesklausul saknas	68
9.2.1 Har östparten rätt att kräva prestationens uppfyllande?	68
9.2.2 Motköpskontraktet häves	71
9.2.2.1 Dröjsmålets natur	71
9.2.2.2 Partiell hävning	72
9.2.2.3 Dröjsmålets orsak	73
9.2.3 Skadestånd	73
9.2.3.1 Ersättning när kontraktet vidblives .	74
9.2.3.2 Ersättning när kontraktet häves	75
9.2.3.3 Dröjsmålets orsak	75
9.2.3.4 Något om skadeståndets beräkning .	76
9.3 Bötesklausuler	77
9.3.1 Inledning	77
9.3.2 Dröjsmålets natur	78
9.3.3 Dröjsmålets orsak	78
9.3.4 Böter utesluter skadestånd?	79
9.3.5 Betalning av böter utsläcker förpliktelsen? ..	80
9.4 Force-majeure-klausuler	83
9.5 Några slutsatser	84

Kap. 10. Överlåtelseklausuler och inblandning av tredje man i övrigt	85
10.1 Motköpen utföres av tredje man. Överlåtelseklausuler etc	85
10.1.1 Överlåtelseklausulers innebörd. Partssuccession eller endast hjälp med uppfyllandet?	86
10.1.2 Vad gäller om överlåtelseklausul saknas?	88
10.2 Västföretagets vidareförsäljning av varorna	89
Kap. 11. Internationella privat-och processrättsliga frågor	91
11.1 Inledning	91
11.2 Allmänt om tvister med anledning av motköpsaffärer samt något om skiljedomsförfarande	92
11.3 När föreligger svensk domsrätt?	94
11.4 Lagvalsproblemet	96
11.4.1 Allmän domstol	97
11.4.2 Skiljedomstol	101
11.5 Verkställighet och rättskraft	103
11.5.1 Tvisten avgjord av allmän domstol	103
11.5.2 Tvisten avgjord av skiljedomstol	104
11.6 Några slutsatser	105
Kap. 12. Checklista med en kortfattad kommentar	106
12.1 Checklista över vad som bör regleras i motköpskontraktet	107
12.2 Kommentar till checklistan	108
Kap. 13. Framställningens giltighet med avseende på utländsk rätt	112
Källförteckning	114
Bilagor	117
Bilaga 1	118
Bilaga 2	119

Förkortningar

A a	anfört arbete
A st	anfört ställe
AB 72	Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader, Svensk? Teknologföreningens formulär 20
Cit	citeras
ECE 188	General Conditions for the Supply of Plant and Machinery for Export
EKN	Exportkreditnämnden
f	och följande sida
ff	och följande sidor
HD	Högsta domstolen
ICC	International Chamber of Commerce (Internationella handelskammaren)
IKL	Lagen om tillämplig lag beträffande internationella köp
IP	Internationell privat och processrätt
kap	kapitel
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd I
NL 79	Allmänna leveransbestämmelser för leveranser av maskiner samt annan mekanisk och elektrisk utrustning mellan Danmark, Finland, Norge och Sverige
NLM 80	Allmänna bestämmelser för leverans och montage av maskiner, etc (se NL 79)
Prop	Proposition
p	punkt
RB	Rättegångsbalken
s	sidan
SUKAB	Sveriges Utrikeshandels och Kompensationsaktiebolag
SvJT	Svensk Juristtidning
UB	Utsökningsbalken
UfR	Ugeskrift för Retsvaesen

1 Inledning

Mothandel, såväl i form av köp som byte, har under det senaste decenniet fått ökad internationell betydelse. Olika mothandelsarrangemang förekommer numera i affärer mellan alla typer av länder. Mothandeln är emellertid särskilt utbredd inom öst-västhandeln. Den som ägnar sig åt öst-västaffärer kommer oundvikligen att förr eller senare stöta på denna företeelse.

1.1 Syfte och avgränsningar

Denna studie behandlar juridiska — främst kontraktsrättsliga¹ — aspekter på den vanligaste formen av mothandel, nämligen *motköp*. Den är i huvudsak inriktad på öst-västhandeln, men många av de problem som behandlas är av generell natur. När ingenting annat sägs eller eljest framgår, torde redogörelsen äga relevans även utanför öst-västhandeln.

Framställningen är avgränsad till att gälla *svensk rätts inställning* till motköpsavtal. En komparativ studie hade givetvis varit intressant, eftersom det rör sig om en avtalstyp som nästan uteslutande förekommer i internationella förhållanden. En sådan jämförelse har emellertid inte kunnat inrymmas.

Enligt min mening är emellertid även en redogörelse för svensk rätt av stort intresse. För det första är det inte ovanligt att svensk rätt tillämpas på motköpsavtal. För det andra lär de flesta *frågeställningar* som uppkommer i anledning av motköpsavtal vara likartade, oavsett vilket lands rätt som skall tillämpas. För det tredje äger även de föreslagna *lösningarna* i många fall mer eller mindre generell giltighet. Lösningarna är oftast baserade på en tolkning av de kontrakt som används vid motköpsaffärer, och den i svensk rätt övergripande tolkningsprincipen — regeln om den gemensamma partsavsikten — är allmänt vedertagen i de flesta rättssystem.

¹ Juridiska frågor i samband med de kreditarrangemang som förekommer vid motköp kommer dock inte annat än mycket ytligt att beröras.

1.2 Metod

Jag har inte stött på någon tidigare — vare sig svensk eller utländsk — renodlad juridisk framställning om motköpsaffärer. Litteraturen om motköp behandlar i huvudsak ekonomiska spørsmål, varvid juridiska frågor endast stundtals framskymtar. Inte heller några rättsfall om motköp har kommit till min kännedom. De få tvister som uppkommer slits oftast av skiljedomstol, vars domar i regel är sekretessbelagda.

Av denna anledning har jag i första hand använt mig av den juridiska litteratur som behandlar obligationsrätt i allmänhet. (Därvid har särskild vikt lagts vid avtalstyper som är närliggande motköpsavtalet.) Detta juridiska stoff har genom analogier applicerats på de fakta om motköp som jag erhållit från motköpslitteraturen och från flertaliga samtal med motköpspraktiker. Jag har också fått ta del av flera motköpskontrakt.

Många ställningstaganden har varit långt ifrån självklara; rättsläget vad gäller motköpsavtal är oklart på flera punkter. En bidragande orsak till detta är att motköpskontrakt förekommer i ett otal — ofta dåligt skrivna — utformningar.²

1.3 Något om framställningens uppläggning

I kap 2 och 3 ges en introduktion till öst-västhandeln och den däri förekommande mothandeln. Därefter följer i kap 4 en redogörelse för hur motköpstransaktioner kontraktsmässigt brukar regleras.

Eftersom denna studie till stor del bygger på en tolkning av motköpsavtalet, ges i kap 5 en kortfattad presentation av några huvudprinciper för avtalstolkning.

I kap 6—10 presenteras sedan den egentliga juridiska analysen av motköpsavtalet. Här diskuteras frågor som bindningen mellan de olika kontrakt som används (kap 8), västföretagets dröjsmål med uppfyllandet av motköpsförpliktelsen (kap 9) och inblandning av tredje man (kap 10).

² Detta kan illustreras med ett uttalande av Sten Bertling, SUKAB, vid the International Conference on Countertrade in Stockholm 1983: "... the first advise I would give is not to show ... (motköpskontraktet) ... to your legal advisor. He will probably have a nervous breakdown or something when seeing it. The most fantastic papers are used! Sometimes you don't even understand what the meaning is in some sentences; very bad English or German—probably translated two or three times from other languages by bad translators." (CP-conference, s 34.)

Kap 11 innehåller en diskussion om motköpsavtalets ställning i internationellt-privaträttsligt hänseende. En sammanfattande checklista med kommentarer följer i kap 12. I kapitel 13 sägs slutligen något om framställningens giltighet med avseende på utländsk rätt. I bilaga 1 och 2 återfinns två standardiserade motköpskontrakt.

2 Kort om öst-västhandeln

För att kunna förstå handeln mellan öst- och väststater¹ måste man veta något om hur öststaternas utrikeshandelssystem fungerar samt även något om deras plansystem. I detta kapitel skall därför mycket kortfattat redogöras för de särdrag som östländernas ekonomier uppvisar.² För en mer ingående redogörelse än vad här kommer att ges hänvisas till Frenne, Högberg, Ådahl samt Molnár.

2.1 Planekonomi och utrikeshandel

Ett grundläggande särdrag i öststaternas ekonomi är att staten äger produktionsmedlen.

Statens ägande av produktionsmedlen möjliggör *planhushållnings-systemet*. Planhushållningen kan kortfattat sägas gå ut på att staten direkt försöker styra landets ekonomi genom två olika slags planer, en långsiktig (femårig) och en kortsiktig (ettårig).³ Dessa planer innehåller direktiv för hur varje företag (och andra statliga organ) skall drivas under den kommande perioden. Sålunda bestäms bl a vilka varor och vilken kvantitet som skall produceras och även varornas prissättning.

Plansystemet har många återverkningar på utrikeshandeln. Först kan nämnas att det medför en ”inbyggd” motvilja till utrikeshandel.⁴ Det är nämligen svårt att exakt planera utrikeshandeln (hur mycket — och vad — lyckas man exportera, vilka priser gäller på världsmarknaden? etc), varför en omfattande sådan skulle göra planerna mer

¹ I denna framställning hänförs till begreppet öststater Sovjetunionen, Polen, DDR, Tjeckoslovakien, Ungern, Rumänien, Bulgarien, Jugoslavien och Albanien.

² Öststaterna kommer här att behandlas som en enhet. Givetvis uppvisar varje östland — särskilt vid en djupare inblick än som nedan kommer att ges — sina egna speciella egenskaper. Generellt sett kan dock sägas att dessa länders ekonomiska och organisatoriska drag i stort liknar varandra mycket.

³ Högberg, s 7 f.

⁴ Frenne, s 22.

osäkra.⁵ Således försöker öststaterna i största möjliga mån att vara självförsörjande och importera bara vid påtagliga behov.⁶ Det är emellertid inte bara plansystemet som ligger bakom motviljan till utrikeshandel. Ett viktigt skäl är också den politisk-strategiska fördelen av att vara självförsörjande och därmed också (mer) oberoende. Importen från väst utgörs i första hand av högteknologisk kapitalvaruutrustning och know-how, medan konsumtionsvaror kommer i andra hand.

En annan återverkning på utrikeshandeln som planekonomin medför är av mer direkt natur. I planerna fixeras importens storlek samt dess varu- och länderstruktur. Detta för med sig att utrikeshandels-systemet blir tungrott, även om det i viss begränsad omfattning finns möjlighet att importera utanför planen. (Sådan import består ofta av tillfälliga bristvaror som t ex spannmål.)⁷

Av ovan angivna skäl är man i öststaterna principiellt emot även export av varor.⁸

Att exportera är dock nödvändigt för att finansiera importen. Eftersom de östeuropeiska valutorna inte är konvertibla är behovet i öst av att väga upp importen med export (dvs undvika negativ bytesbalans) än större än i ett västland. De varor som exporteras är traditionellt råvaror, halvfabrikat och sådana stapelvaror i övrigt som efterfrågas i väst. Främst på grund av bristande efterfrågan i väst har man haft svårt att sälja teknologiskt mer avancerade varor, som t ex verkstads-maskiner.⁹

2.2 Utrikeshandelns organisation¹⁰

Figur 2:1 visar en schematisk skiss över öststaternas utrikeshandelsorganisation. Utrikeshandeln får i hög grad sin prägel av *utrikeshan-*

⁵ Den kanske främsta bristen i planekonomin är just den svårighet som ligger i att från centralt håll i detalj planera hela nationens ekonomi. Det är ingen överdrift att påstå att flera mer eller mindre grova missbedömningar uppstår i så gott som varje plan.

⁶ Frenne, s 22.

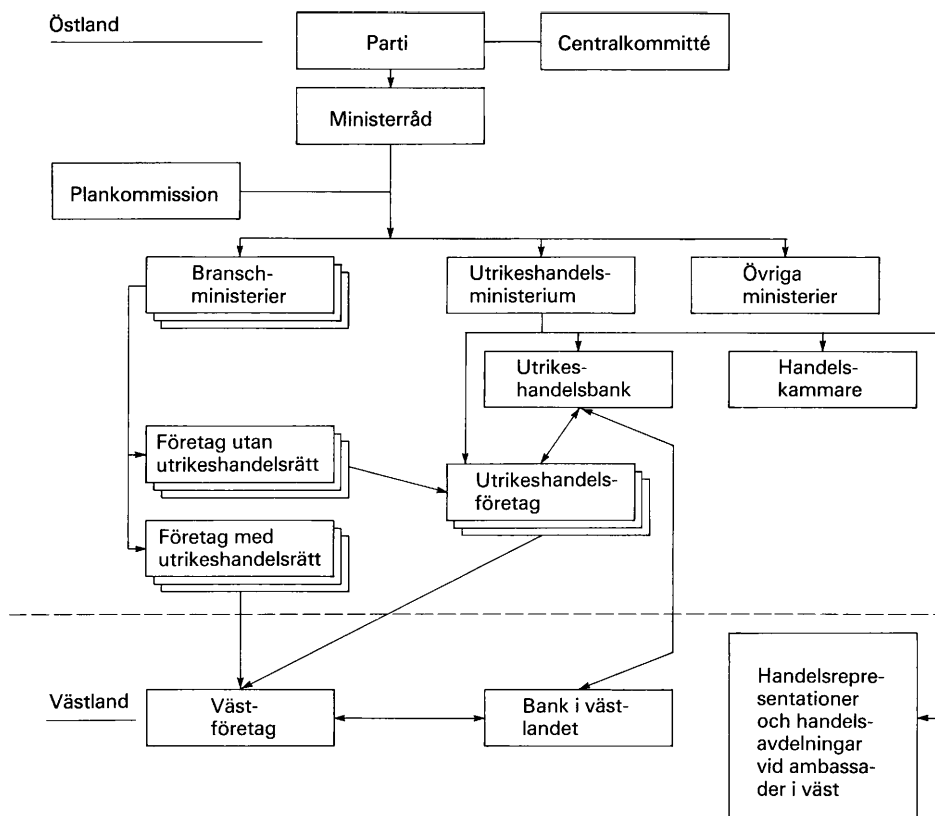
⁷ Ådahl, s 62.

⁸ Frenne, s 23.

⁹ Ådahl, s 63.

¹⁰ Uppgifterna i detta avsnitt är när inte något annat sägs hämtade från Molnár, s 58—69. Detta gäller även figur 2:1. I övrigt kan hänvisas till Högberg, s 26—35, Frenne, s 22—24 samt Ådahl, s 61—66.

Fig 2.1 Öststaternas utrikeshandelsorganisation.



delsföretagen.¹¹ Dessa är självständiga juridiska personer¹² som uteslutande sysslar med utrikeshandelsaffärer och fungerar som mellanhänder mellan de producerande inhemska företagen och västföretagen. De har således ingen egen produktion. Vidare fungerar de i regel både som import- och som exportföretag. Eftersom alla utrikeshandelsföretag ägs av staten förekommer vanligen ingen konkurrens mellan dem, utan de är inriktade på var sitt varuområde.¹³

Som huvudregel är det bara utrikeshandelsföretagen som har rättig-

¹¹ Som exempel kan nämnas att det i Sovjetunionen finns ca 60 utrikeshandelsföretag.

¹² Högberg, s 30. Att utrikeshandelsföretagen är juridiska personer innebär bl a att de äger behörighet att sluta avtal samt att uppträda som part i domstolsprocesser. Vidare har de en egen, från staten skild förmögenhetsmassa, med vilken de svarar för sina skulder.

¹³ För en juridisk redogörelse för de sovjetiska utrikeshandelsföretagen, se USSR Contract Law, s 24—32.

het att handla med utlandet. Ett undantag är att vissa tillverkande företag själva får sköta sin export.¹⁴

Det är visserligen utrikeshandelsföretagen som sköter de flesta förhandlingarna och som sluter avtalen vid utrikeshandelsaffärer, men för varje enskild affärstransaktion fordras tillstånd från det närmast överordnade organet, *utrikeshandelsministeriet*. Detta utarbetar också utrikeshandelsplaner och träffar bilaterala avtal med andra stater i utrikeshandelsfrågor. Det har vidare i de flesta västländer diplomatiska representationer — s k handelsrepresentationer. Dessa fungerar ofta som ombud för utrikeshandelsföretagen, särskilt vid inledande kontakter. Dessutom har de en allmänt marknadsförande och bevakande funktion.

Alla betalningsflöden vid import- och exportaffärer går via en speciell *utrikeshandelsbank*, som även den är underordnad utrikeshandelsministeriet.

Plankommissionen är det organ som i första hand kontrollerar hur planerna efterlevs och uppfylls.

Eftersom i princip varje varugrupp som importeras eller exporteras är inordnad under ett särskilt utrikeshandelsföretag och eftersom alla penningflöden vid utrikeshandelstransaktioner går igenom utrikeshandelsbanken, kan de högsta organen sägas ha stark kontroll över utrikeshandeln.

2.3 Öst-västhandeln i siffror

Av öststaternas totala utrikeshandel utgörs drygt 60% av handel *inom* öststatsblocket och ca 30% med västländer.¹⁵

Under 1970-talet skedde en drastisk ökning av öst-västhandeln. 1971—1980 nästan sjudubblades öststaternas import från väst: från ca 7 miljarder US\$ till ca 48 miljarder US\$. Även exporten har ökat kraftigt, men inte riktigt lika mycket.¹⁶ Särskilt under förra hälften av 1970-talet hade öststaterna sammantaget ett kraftigt underskott i bytesbalansen med väst, och fortfarande är de flesta östländernas bytesbalans negativ, om än inte i lika hög grad.¹⁷

Följden av detta har blivit att öststaternas totala skulder till väst

¹⁴ Detta förekommer främst när det är fråga om så pass tekniska eller speciella varor att det fordras att tillverkaren själv sköter förhandlingarna med västparten.

¹⁵ Frenne, s 22.

¹⁶ Molnár, s 78 f.

¹⁷ Molnár, s 81 f.

under samma tid (1970-talet) har tiodubblats, för att 1979 uppgå till ca 85 miljarder US\$.

Sovjetunionen svarar för ca hälften av öststaternas västhandel. Traditionellt har även Polen svarat för en relativt stor andel (ca 15%), men på grund av den där rådande situationen har landets utrikeshandel kraftigt minskats de senaste åren. Den resterande andelen (drygt 30%) fördelar sig ganska lika mellan de övriga staterna. Bulgariens handel är dock mindre än de övrigas (DDR, Tjeckoslovakien, Ungern och Rumänien).

Av Sveriges totala utrikeshandel är ca 3% riktad mot östländerna.¹⁸ Av tabell 2.1 framgår att Sovjetunionen är Sveriges största handelspartner inom östblocket samt att Sveriges bytesbalans med östländerna totalt sett är negativ.

*Tabell 2.1. Sveriges handel med östländerna 1982*¹⁹

	Import mkr	Export mkr
Albanien	23,7	29,7
Bulgarien	76,1	269,7
DDR	2 668,8	494,6
Jugoslavien	417,5	914,3
Polen	914,4	821,6
Rumänien	235,8	210,0
Sovjetunionen	5 005,3	2 217,0
Tjeckoslovakien	429,0	487,6
Ungern	431,2	598,5
Totalt	10 757,6	6 727,9

¹⁸ Seklund.

¹⁹ Uppgifterna är hämtade från Sveriges Exportråd.

3 Allmänt om mothandeln mellan öst och väst

3.1 Bakgrunden till mothandeln

I kapitel 2 konstaterades att öststaternas bytesbalanser försämrades och att deras skulder ökade gentemot väst under 1970-talet. En sådan situation kan givetvis inte ständigt fortgå, utan utvecklingen måste på lång sikt brytas.

Bytesbalansen kan förbättras antingen genom en minskning av importen eller genom en ökning av exporten (eller genom en kombination av dessa bägge åtgärder).

Östländerna har försökt att vara restriktiva med att importera, men importökningen har ändå inte kunnat hejdas. För Sovjetunionens del har en relativt stor del av den ökade importen sin bakgrund i att spannmålsskörden under flera år under 1970-talet slagit fel. En annan förklaring till importökningen är att östländerna mer än tidigare satsat på att "importera sig upp" (inklusive import av know-how) till västs teknologiska nivå. På detta sätt hoppas man att på lång sikt kunna tillverka industriprodukter som är mer attraktiva på den västerländska marknaden.

Den andra metoden att förbättra bytesbalansen, att öka exporten till väst, är den som för öststaterna ter sig mest attraktiv. Som nämnts har man dock haft stora problem med att producera varor som efterfrågas i väst. Östvaror (råvaror undantagna) är — med rätt eller orätt — allmänt kända för att hålla lägre kvalitet än motsvarande varor tillverkade i väst.

Det är i det här läget som mothandelsaffärer kommer in i bilden.¹ Öststater, som märkt att deras exportvaror har svårt att konkurrera på

¹ Här kan det vara lämpligt att nämna något om de begrepp som används för att beteckna mothandel. Den vanligaste *övergripande* benämningen i öst för mothandels-transaktioner är "kompensationshandel". På engelska används vanligen uttrycket "countertrade", se t ex OECD, s 9 f. I Sverige, däremot, är "motköp" den förhärsk-

västmarknaden, började allt oftare under andra hälften av 1970-talet kräva av västerländska exportörer att de "som kompensation" skulle köpa, eller förbinda sig att framdeles köpa, varor från öst.² Med mothandel menas just att två parter byter varor med varandra (antingen genom ett regelrätt varubyte eller genom att de så att säga "byter köp"³). Genom att på detta sätt knyta an exporten till sin import söker alltså östländerna förmå exportvilliga västföretag att köpa öst-varor som de annars inte skulle ha köpt.

Nu beräknas ca 40% av all omsättning i öst-västhandeln härröra från olika slags motköpsaffärer, och beräkningar finns, som pekar på att motsvarande siffra 1985 kommer att uppgå till 60%.⁴

En liknande utveckling har även börjat ta fart i handeln mellan väst och stater i tredje världen. Dessa länder har i likhet med öststaterna bytesbalans- och skuldsättningsproblem. Man kan därför vänta en kraftig framtida ökning av mothandeln också med tredje världen. Även i handeln mellan väststater har motköpskrav börjat dyka upp. Som exempel kan nämnas att de utländska underleverantörer som anlitats till det svenska JAS-projektet undertecknat mothandelsåtaganden.⁵

3.2 För- och nackdelar med mothandel

Som redan nämnts är öststaternas bytesbalansproblem i kombination med den låga efterfrågan på östs exportvaror den främsta anledningen till att öststaterna uppställer krav på mothandel. Andra skäl är att de genom mothandelsaffärer kan planera sin utrikeshandel bättre (man

kande termen. Den benämningen är emellertid inte så lyckad eftersom även den vanliga *typen* av mothandel (med rätta) kallas just för motköp. Missförstånd kan alltså lätt uppstå på det sättet. Molnár använder sig i stället av uttrycket "bytesaffärer". Också denna term begagnas dock även för en speciell typ av mothandel och kan alltså leda till motsvarande missförstånd som termen "motköp".

I detta arbete används i stället — trots att termen inte synes vara särskilt vanlig — "*mothandel*" som övergripande uttryck, dvs den direkta översättningen av engelskans "countertrade". Därigenom kan missförstånd undvikas och dessutom är "*mothandel*" den enligt min mening mest adekvata benämningen, eftersom den inkluderar såväl köp som byte.

² Det förekommer även att östföretaget erbjuder *tjänster*, t ex arbetskraft eller tillgång till utställningslokaler. När i detta arbete talas om "motköpsvaror" etc inbegripes även tjänster. Se härom t ex CP-conference, s 69 f.

³ I kapitel 4 kommer närmare att redogöras för denna skillnad.

⁴ Ahlgren.

⁵ Sjöström. Dessa mothandelsåtaganden är dock inte strikt bindande, utan har formen av "letters of intent". Se kapitel 6.1.

vet i förväg mer vad som kommer att exporteras). På grund av att många mothandelsaffärer är av långsiktig natur kan de också lättare uppnå en relativt stabil position på många västmarknader.⁶

Från västsidan, däremot, ser man östs motköpskrav med oblida ögon. Det säger sig självt att man inte vill "tvingas" köpa (eller byta till sig) varor som man kanske inte har någon användning för,⁷ som kan vara svåra att sälja vidare och som inte når upp till acceptabel kvalitetsnivå. Själva motköpet brukar innebära en ren förlust för västparten.⁸

Då ett västföretag vid förhandlingar konfronteras med ett ovillkorligt mothandelskrav är vanligen dess enda motiv för att gå med på detta att man trots allt inte vill gå miste om en exportaffär.⁹

Man kan dock tänka sig några andra motiv för västföretaget att ingå mothandelsavtal. Ett kan vara att det härigenom kan "ställa sig in" hos östföretaget ifråga; det kan skaffa sig ökad goodwill gentemot konkurrerande västföretag inför framtida affärer.¹⁰ Ett annat motiv gör sig främst gällande när mothandelsvarorna kan användas i västföretagets egen tillverkningsprocess, t ex halvfabrikat,¹¹ eller när de kan vidare säljas i västföretagets eget namn. Genom mothandel får företaget i dessa fall produkter som det ändå skulle ha köpt.

Som exempel kan nämnas en skrivmaskinstillverkare i väst, som förhandlade med ett östland om att sälja en skrivmaskinsfabrik (främst know-how). Östsidan krävde för accept att västföretaget skulle köpa produkter från fabriken för en viss summa.¹² Detta visade sig vara en lyckad lösning för västföretaget eftersom de produkter som östfabriken skulle tillverka nu var utgångna i väst. Genom att bestämma att mothandelsvarorna skulle bestå av reservdelar till de i väst utgångna modellerna, kunde västföretaget på detta sätt lägga ned sin egen olönsamma reservdelstillverkning för dessa modeller.

3.3 Vad påverkar östföretagets mothandelskrav i det enskilda fallet?

Ovan (3.1) har konstaterats att en mycket stor del av öst-västhandeln berörs av mothandelsaffärer av olika slag. Generellt kan sägas att alla

⁶ Molnár, s 101.

⁷ Se dock kapitel 3.4 om relaterade varor.

⁸ CP-conference, s 68.

⁹ Molnár, s 102 f.

¹⁰ A a, s 104.

¹¹ Jfr not 25.

¹² Denna form av mothandel kallas produktåterköp. Se kapitel 3.4.

västföretag som handlar med öst måste räkna med att komma i kontakt med mothandelskrav. Det finns dock vissa faktorer som gör att man lättare kan komma undan sådana krav.

En sådan faktor har att göra med den typ av varor som västföretaget söker exportera. Om de bedöms som oundgängliga (s k prioriterade varor) i öst är sannolikheten större att mothandelskrav inte kommer att ställas, särskilt om det inte är fler västföretag som konkurrerar om samma avtal.¹³

Det tycks också vara vanligare för i öst redan etablerade västliga storföretag att komma undan motköpskrav. Dessa brukar ändå i större eller mindre utsträckning köpa varor från öst. Ofta har de i stället för mothandelsavtal s k *evidenskonton*, genom vilka de söker åstadkomma en balansering av export och import utan att parterna förpliktat sig att uppnå en sådan.¹⁴

Såväl typen av varor västföretaget vill sälja som dettas storlek är av betydelse i två andra avseenden. För det första påverkar dessa faktorer storleken av mothandelsåtagandet — den s k *kompensationsgraden* — som kan variera från 5 % till över 100 % av värdet av västs export.¹⁵ Kompensationsgraden uppgår dock vanligen till ca 20—60 %.¹⁶ Ärt ex de varor som västföretaget vill sälja mycket attraktiva för öst, kan man vänta sig en lägre kompensationsgrad än annars. För det andra påverkas på motsvarande sätt den typ av varor som *östföretaget* erbjuder. Ett storföretag med etablerade östkontakter kan således tänkas bli erbjudet attraktivare produkter än vad ett mindre företag skulle bli i samma situation. Det är dock mycket ovanligt att östföretaget för mothandel erbjuder sådana varor som man oberoende av mothandelsavtal ändå lätt kan sälja, som t ex olja och andra attraktiva råvaror.

3.4 Olika mothandelsvarianter

Det finns en mängd avtalsmässiga konstruktioner för att reglera mothandel. Flertalet varianter kan emellertid inordnas under begreppen *motköp* (eng counterpurchase) och *byte* (eng barter).¹⁷

¹³ Molnár, s 142 f.

¹⁴ Se t ex Molnár, s 279 f.

¹⁵ A a, s 147 ff.

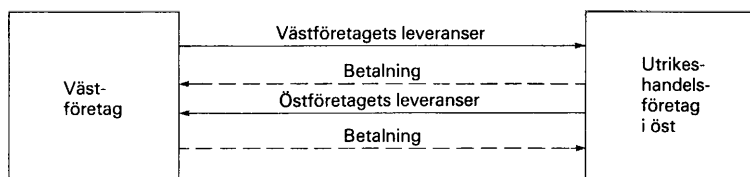
¹⁶ OECD, s 41.

¹⁷ Såväl i litteraturen som i praktiken används en brokig skara termer för att definiera de olika typerna av mothandel. Det är ingen överdrift att påstå att en hel del begreppsför-

Motköp som denna studie avser att behandla, är den utan jämförelse mest utnyttjade formen av mothandel.¹⁸ *Kortfattat kan motköpet sägas gå ut på att västföretaget exporterar varor och samtidigt därmed förbinder sig att framdeles köpa varor från importören (östparten).* Betalningarna av de olika varuflödena sker i princip separat. Västföretaget får alltså kontant betalt för sin export¹⁹ och betalar sedan kontant för motköpen. Hela motköpsaffären kan således sägas mynna ut i två köp i motsatta riktningar — ett från väst till öst och ett från öst till väst.²⁰ Se fig 3.1.²¹

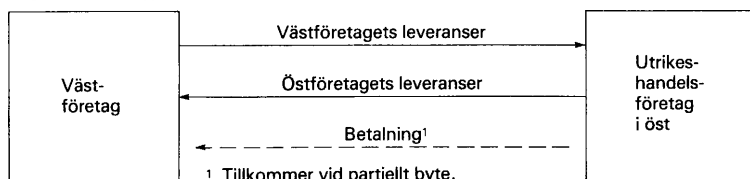
Det är också vanligt att en *tredje man* kommer in i bilden vid varuprestationen till väst. Detta kan ske på så sätt att västparter köper varor av ett annat östföretag eller genom att en tredje man på västsidan köper varorna från öst.

Fig 3.1 *Motköpsaffärer.*



Vid byte, däremot, utgör varorna från östföretaget själva betalningen för västföretagets export. Se fig 3.2.²²

Fig 3.2 *Bytesaffärer.*



virring råder på området. Nästan varje författare har sin egen arsenal av definitioner och samma term ges ofta olika betydelser i olika sammanhang. Begreppen "motköp" och "byte" används väl här i sina mest normala betydelser. Jfr dock not 1. Det som här betecknas "motköp" kallas emellertid ofta även för "parallellaffär", bl a av Molnár, s 118 ff. Jfr även not 1, not 23 nedan om partiellt byte och kap 4 not 4.

¹⁸ En svensk mothandelsexpert har uppgivit att ca 90% av all mothandel med östblocket utgörs av motköp.

¹⁹ Det förekommer dock att östparten beviljas en kortfristig kredit, t ex på 30—60 dagar.

²⁰ Detta är dock inte en helt riktig beskrivning eftersom västföretagets motköp ofta delas upp i flera separata köp.

²¹ Figuren är hämtad ur Molnár, s 119.

²² Figuren är hämtad ur Molnár, s 115. Se även Molnár, s 112.

Det är emellertid vanligt att endast en del av exporten betalas med bytesvarorna och att resten betalas kontant, s k *partiellt byte*.²³ Inte heller vid bytesaffärer är det vanligt med samtida leveranser, utan den ena parten — allt oftare östföretaget — svarar för den första leveransen mot det att den andra ställer säkerhet för sin leverans.

En viktig orsak till att motköpsaffärer är så pass mycket vanligare än bytesaffärer ligger just i att västföretag hellre ser att exporten betalas oberoende av östpartens varuprestation. Därigenom görs betalningen mer riskfri. Dessutom gäller för svensk del att Exportkreditnämnden inte erbjuder s k EKN-garanti när det är fråga om bytesavtal.

Förutom motköp och byte nämns ofta ytterligare ett annat slag av mothandel, nämligen *produktåterköpet* (eng buy-back). Ett produktåterköp innebär att exportörens (västföretagets) motköp utgörs av varor som producerats av, eller med hjälp av, just de produkter som denne sålt.²⁴ Som exempel kan nämnas att ett västföretag säljer en nyckelfärdig fabrik till ett östföretag, vilket sedan som motköpsvaror säljer möbler från just den fabriken. Sådana varor brukar kallas *resulterande varor* (eng resulting products).²⁵ Att betrakta produktåterköp som en speciell typ av mothandel kan nog vara lämpligt om mothandeln diskuteras från ekonomisk synpunkt. Produktåterköpen uppvisar i det avseendet flera särdrag — t ex vad avser typen av produkter och avtalets längd. Vid en juridisk bedömning är det dock tveksamt huruvida produktåterköpen avviker såpass mycket från normala motköps- och bytesavtal att de bör klassificeras som en särskild mothandelskategori. Den följande framställningen om motköp kommer när ingenting annat sägs att gälla även sådana produktåterköp som reglerats med motköpsavtal.

²³ Bl a Molnár kallar denna form för kompensationsaffär, s 114 ff.

²⁴ Molnár, s 122 ff.

²⁵ På sätt och vis besläktade med resulterande varor är *relaterade varor* (eng related products). Dessa har "en viss funktionell anknytning till västföretagets verksamhet", se Molnár, s 127. Generellt kan sägas att motköpsvarorna oftare är relaterade vid produktåterköp än annars. När ett västföretag erhåller mothandelsprodukter som det kan använda i sin egen produktion är det alltså fråga om relaterade produkter. Typiskt sett är det givetvis en fördel för västparten att som motköpsvaror erhålla relaterade produkter. Då slipper man ju ofta problemet med att sälja varorna vidare — och för det fall att de säljs vidare kan redan existerande distributionskanaler utnyttjas.

4 Den kontraktsmässiga regleringen av motköpsaffärer

I kap 3.4 har konstaterats att det karaktäristiska för motköpsaffärer är att de leder till två köp i motsatta riktningar och att det således också existerar två betalningsflöden. Den kontraktsmässiga reglering som en sådan affär underkastas ser i allmänhet ut på följande sätt.

Ett helt normalt *exportkontrakt* upprättas, i vilket västföretaget säljer varor till östföretaget. *Senast samtidigt därmed undertecknas ett separat kontrakt i vilket västparten förbinder sig att framdeles, inom viss angiven tid och till visst angivet värde, köpa varor från östföretaget. Detta är det sk motköpskontraktet.*¹ (I bilaga 1 och 2 återfinns två motköpskontrakt.) Det är i första hand det kontraktet som skall behandlas i detta arbete. Inom den angivna tidsrymden fullgör där- efter västföretaget sina motköp.² I samband därmed upprättas *ett eller (oftast) flera separata köpekontrakt* (se 2 i fig 4.1 nedan). Dessa kontrakt skiljer sig inte från ”vanliga” köpekontrakt utom däri att de brukar innehålla en passus om att köpesumman skall avräknas från motköpsförpliktelsen. När motköpen är utförda brukar östföretaget ibland utfärda en bekräftelse — ett *”letter of release”* — på att västparten har uppfyllt sin förpliktelse. Det förekommer att västparten vid tecknandet av motköpskontraktet utställer en *”on demand”-garanti*

¹ Ordet ”kontrakt” är tvetydigt såtillvida att det (i sin vida betydelse) är synonymt med ”avtal”, men att det även (i sin inskränkta betydelse) kan ungefär stå för ”skriftlig avtalshandling”. Se Adlercreutz, s 16. I föreliggande framställning används ”kontrakt” i den sistnämnda betydelsen, dvs för att beteckna de skriftliga handlingar i vilka motköps-, export- respektive importförpliktelseerna är uttryckta. Med denna terminologi är det alltså möjligt att ett avtal består av flera kontrakt.

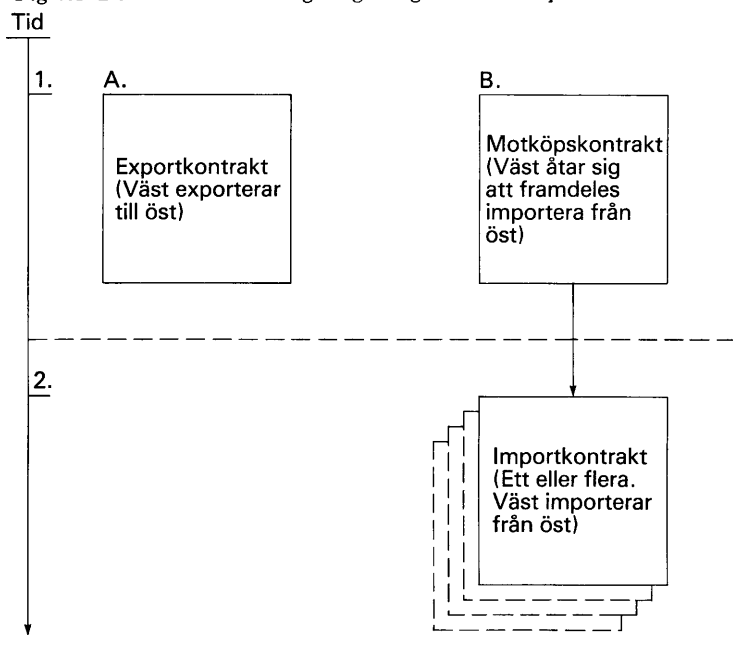
² I kap 3 not 1 har innebörden av termen ”motköp” begränsats gentemot ”mothandel”. ”Motköp” kan dock även användas i en än mer inskränkt betydelse, nämligen för att endast beskriva västföretagets köp. I fortsättningen kommer motköpsbegreppet att användas i bägge dessa betydelser. För det fall att någon tvekan kan uppstå om vilken betydelse som åsyftas, kommer dock den vidare betydelsen — dvs benämningen på mot- handelsvarianten — att benämnas ”motköpsaffär”. När det nedan talas om ”motköps- förpliktelse” eller ”motköpsåtagande” åsyftas däremot endast västpartens åtagande att köpa varor från öst.

motsvarande det bötesbelopp som maximalt kan utgå i anledning av motköpskontraktet. Denna garanti brukar gälla till dess östparten utfärdat ett "letter of release".

Inalles upprättas alltså normalt tre olika typer av kontrakt mellan parterna³: västföretagets exportkontrakt, motköpskontraktet och västföretagets importkontrakt.⁴ Se fig 4.1.

En mindre vanlig variant av kontraktsskrivande vid motköp är att de två förstnämnda kontrakten slås ihop till ett. Detta sker genom att man i exportkontraktet skriver in en motköpsklausul, eller en "motköpssektion", som i princip stadgar samma saker som ett motköpskontrakt.⁵

Fig 4.1 Den kontraktsmässiga regleringen av motköpsavtal.



³ I litteraturen nämns ofta, vilket lätt kan förvilla, endast två kontrakt eftersom man bortser från det tredje av de ovan uppräknade. Se t ex Molnár, s 118.

⁴ En relativt ovanlig variant är att ett fjärde kontrakt upprättas mellan parterna, nämligen ett "ramavtal" i vilket förhållandet mellan export- och motköpsförpliktelserna behandlas. Detta kontrakt upprättas vid tidpunkten för undertecknandet av export- och motköpskontrakten. Se Herrlin, st 16. Det förekommer även att själva *motköpskontraktet* kallas för "ramavtal" ("frame contract") — se t ex bilaga 1 — vilket bidragit till att åstadkomma den begreppsoreda som råder i mothandelsdiskussionen.

⁵ Se kap 8.3 samt 11.4 om den juridiska betydelsen av att man använder sig av en motköpsklausul i stället för av ett separat motköpskontrakt.

5 Kort om avtalstolkning

Denna studie utgörs i stor utsträckning av en tolkning av motköpskontraktets olika bestämmelser. Jag skall därför kortfattat redogöra för några i svensk rätt allmänt vedertagna principer för avtalstolkning.

Motköpskontrakt är i relativt stor utsträckning standardiserade. Många formuleringar återkommer i kontrakt efter kontrakt. Min utgångspunkt i de följande kapitlen är i huvudsak endast att söka utröna den ”*normala betydelsen*” (eller det ”normala avtalsinnehållet”) av olika bestämmelser i motköpskontraktet. Det är dock givet att omständigheterna i *det enskilda fallet* — dvs i ett konkret avtalsförhållande — varierar, vilket kan leda till att tolkningen av en viss bestämmelse avviker från den ”normala betydelsen”.

I kap 5.2 skall redogöras för hur den ”normala betydelsen” i regel bestämmes. Därefter (kap 5.3) kommer att beskrivas när och hur omständigheter i det enskilda fallet kan leda till en annan tolkning. Först skall dock några inledande kommentarer göras, bl a om begreppet tolkning (kap 5.1).

5.1 Inledning

Inledningsvis skall konstateras att parterna normalt har *avtalsfrihet*. De råder själva över avtalet och kan i princip avtala vad som helst. Avtalsfriheten är emellertid begränsad i och med att det finns viss tvingande lagstiftning som inte får avtalas bort. Inom förmögenhetsrättens område är dock avtalsfriheten ovanligt framträdande. De enda regler som kan rubba ett avtals innehåll är i praktiken avtalslagens ogiltighetsregler om tvång, svek, ocker etc samt dess 36 § om jämkning av oskäligen avtalsvillkor.

Angående öststaterna bör dock noteras att *skriftlig form* ofta krävs för att ett avtal skall vara giltigt.¹ I Sverige och övriga västländer finns

¹ För bl a Sovjetunionens del är skriftlighet ett krav vid internationella avtal, se USSR Contract Law, s 37.

däremot normalt inte något sådant krav, utan ett muntligt avtal äger samma giltighet.²

Språkets vaghet och mångtydighet i kombination med svårigheten att vid avtalsslutet förutse alla tänkbara situationer som kan uppkomma, gör att det ofta är oviss vilken exakt innebörd ett avtal har.

Denna innebörd får då fastställas genom tolkning av avtalet. Tolkningen kan bestå i att ge ”rätt” betydelse åt ett tvetydigt uttryck i en klausul. Detta är ett exempel på *tolkning i inskränkt betydelse*.³ Det är också vanligt att ett avtal har ”luckor”, dvs att det kan uppkomma situationer vars reglering parterna inte kunnat enas om eller inte ens funderat över. Genom *utfyllning* kan man ge avtalet en innebörd även i sådana fall.⁴ Normalt ser man då till de dispositiva lagregler och sedvänjor som gäller för den ifrågavarande avtalstypen. Utfyllningen kan dock i stället ta hänsyn till speciella omständigheter i den särskilda avtalsituationen — s k *individuell utfyllning* eller *utfyllande tolkning*. Här är det vanligt med analogislut från själva avtalet.⁵

Alla dessa företeelser — tolkning i inskränkt bemärkelse, utfyllning och individuell utfyllning — kallas gemensamt för *tolkning i vidsträckt bemärkelse*.⁶ I den följande framställningen åsyftas med tolkning denna övergripande betydelse.

5.2 Det ”normala avtalsinnehållet”

Det främsta tolkningsdatumet⁷ vid avtalstolkning är alltid vad parterna avsett vid avtalets ingående, *den gemensamma partsavsikten (partsviljan)*. Finns en gemensam partsvilja är det den som utgör avtalets innehåll.⁸

När man skall utröna en klausuls normala betydelse bör således ett slags ”normal partsavsikt” tjäna som utgångspunkt för bedömningen.

Oftast får väl klausulens *lydelse* antagas överensstämma med partsviljan. Ett tydande av lydelsen bör därför vara ett första steg i tolk-

² Bl a i Sverige krävs dock skriftlig form vid försäljning av fastighet och bostadsrätt, 4:1 JB samt 12 a § Bostadsrättslagen.

³ Adlercreutz II, s 9.

⁴ A st.

⁵ A st.

⁶ A a, s 7.

⁷ Tolkningsdatum = faktor som påverkar tolkningen.

⁸ Adlercreutz, s 36 f.

ningsförfarandet. De flesta är numera överens om att lydelsen inte bör tydas strikt logiskt-grammatiskt. I stället bör klausulen även underkastas en *systematisk* och *teleologisk tolkning*.

Med systematisk tolkning menas att man sätter in klausulen i sitt sammanhang (= i första hand avtalet). Rent bokstavligt kan en klausul sedd för sig ha *en* betydelse, men *en annan* om den jämförs med andra klausuler. Antag t ex att en vitesklausul i ett köpekontrakt mellan ett svenskt och ett franskt företag för ett visst fall föreskriver att vite skall utgå med 10 000 kr. Sedd för sig finns det väl all anledning att anta att klausulen åsyftar *svenska* kronor. Om nu av någon anledning *köpeskillingen* är bestämd i *danska* kronor torde en systematisk tolkning leda fram till det rimligare resultatet att även vitet skall betalas i danska kronor.

Vid en teleologisk tolkning tar man hänsyn till en bestämmelses ändamål och försöker i tveksamma fall tolka den så, att den i största möjliga mån överensstämmer med ändamålet. Likhet med teleologisk tolkning har det fallet att en klausuls lydelse fastställts först efter vissa *rimlighetsbedömningar*.⁹ Man kan t ex fråga sig om det är rimligt att (någon av) parterna verkligen avsett en viss innebörd.

Dessa tre sistnämnda metoder är dock främst att använda när lydelsen på något sätt är ofullständig eller oklar. I det fallet kan också eventuellt *sedvänja* påverka bedömningen.¹⁰

5.3 Tolknings i det enskilda fallet

Oftast avviker inte tolkningen i *det enskilda fallet* från det ”normala avtalsinnehållet”, som därför torde kunna presumeras gälla.

Det är dock fullt möjligt att partsviljan i det enskilda fallet inte stämmer överens med denna presumption, varför avtalet bör ges en annorlunda innebörd. Det kan emellertid vara svårt för parterna att visa att partsavsikten varit en annan än ”den normala”. Som stöd för en annan partsavsikt kan åberopas särskilda omständigheter vid avtalets tillkomst som t ex:

1. (Skriftliga) bevis, typ bekräftelsehandlingar och annan korrespondens eller protokoll från avtalsförhandlingarna.
2. Vissa smärre avvikelser i lydelsen — antingen i den ifrågavarande

⁹ Vahlén, s 191, 255 och 262.

¹⁰ Adlercreutz II, s 14 f.

klausulen eller annorstädes i avtalet — som indikerar, i det sistnämnda fallet genom systematisk tolkning, att partsavsikten varit annorlunda än i normalfallet.

3. Andra omständigheter som gör normaltolkningen mindre trolig eller rent av orimlig.¹¹

Om det är visat att partsviljan vid avtalets slutande inte överensstämde med det normala avtalsinnehållet finns två möjligheter:

1. Antingen kan ha visats att den gemensamma partsviljan hade en annan innebörd. *Avtalet får då denna innebörd.*
2. Eller har någon gemensam partsvilja över huvud taget inte konstaterats. I det fallet säger man att *dissens* föreligger mellan parterna.¹²

Att fastställa ett avtals innehåll vid tolkningsdissens hör till avtalsrättens svåraste områden. I praxis har dock vissa mer eller mindre klara principer utmejslats. Här skall redogöras för de viktigaste av dessa. Man kan även i vissa fall tänka sig att inte ens finna en ”normal partsavsikt”, utan att även normalfallet uppvisar dissens. Följande redogörelse är tillämplig även på dessa fall.

När dissens föreligger är avtalets lydelse och särskilda omständigheter vid avtalets tillkomst av betydelse, såtillvida att man med hjälp av dessa tolkningsdata oftast kan bestämma vilken av parterna — om någon — *som haft mest fog för sin uppfattning*, dvs haft den mest naturliga eller rimliga uppfattningen om avtalets innehåll.

Om det kan konstateras att den ena parten haft mest fog för sin uppfattning och denne samtidigt varken insett eller bort inse motpartens (miss-)uppfattning — dvs varit i god tro — får avtalet normalt detta mest rimliga innehåll. Som exempel kan nämnas NJA 1921, s 511, där en köpare som beställt torrmjök hade utgått ifrån att mjölken skulle ha en viss fetthalt. Säljaren, å andra sidan, avsåg endast att sälja sin ”vanliga” torrmjök, som inte uppnådde den önskade fetthalten. Tolkningsdissens förelåg alltså. Eftersom inget uttryckligen sagts om fetthalten vid beställningen och då den levererade mjölkens fetthalt inte var onaturligt låg, ansågs säljaren ha mest fog för sin uppfattning.

¹¹ En sådan omständighet kan vara det materiella innehållet i utländsk rätt. Även när svensk rätt skall tillämpas på ett avtal kan nämligen utländska rättsregler — eller snarare det materiella innehållet i dessa regler — ibland betraktas som tolkningsdatum för vad parterna avsett, särskilt om (någon av) dessa är utländsk(a).

¹² Adlercreutz II, s 88.

I detta fall bedömdes säljaren vara i god tro om köparens uppfattning och *avtalet fick därför det av säljaren åsyftade innehållet*.¹³

Läget skulle däremot bli ett annat om säljaren *insett eller måst inse* att köparen åsyftat den högre fetthalten. *Om säljaren trots sin insikt inte klargjort för köparen dennas misstag får avtalet i regel här köparens åsyftade innehåll* — förutsatt att inte köparen insåg säljarens uppfattning.¹⁴

Det är också troligt att avtalet skulle ha fått det av köparen åsyftade innehållet även om säljaren *bort inse* köparens uppfattning.¹⁵

När man inte kan fastställa vilken av parterna som haft mest fog för sin uppfattning, har rekommenderats en friare bedömning med en *tolkning till nackdel för den part som haft mest skuld till dissensen*.¹⁶ En regel som kan härledas ur denna princip är den s k *oklarhetsregeln*. Enligt denna skall oklarheter i ett avtal vid dissens tolkas till nackdel för den som har formulerat avtalet.¹⁷

En annan tolkningsregel, vid sidan av de ovan nämnda, är *minimumprincipen*, enligt vilken en tyngande bestämmelse in dubio tolkas till den förpliktade partens fördel.¹⁸

¹³ Detta överensstämmer i stort med de av Adlercreutz redovisade förklaringsmisstags- och kombinationsmodellerna. Adlercreutz II, s 93 f och 99 ff.

¹⁴ Denna regel, som bygger på 6 § 2 st avtalslagen, kallas av Adlercreutz för *dolusmodellen*. Adlercreutz II, s 94 ff. Jfr även NJA 1948 s 620.

¹⁵ Jfr kombinationsmodellen, Adlercreutz, s 99 ff.

¹⁶ Adlercreutz II, s 96 ff (culpamodellen).

¹⁷ A a, s 78.

¹⁸ A a, s 79.

6 Motköpskontraktet.

En juridisk bestämning

Det kontrakt vid motköp som i denna uppsats främst skall granskas är själva motköpskontraktet, i vilket västparten förbinder sig att framdeles köpa varor från öst. De andra två kontrakten, export- och importkontrakten, är till formen i stort sett ingenting annat än vanliga köpekontrakt och en behandling av sådana kontrakt ligger utanför ramen för denna studie. Däremot finns det många juridiska spörsmål angående själva bindningen mellan motköpskontraktet och de båda köpekontrakten (främst vad gäller exportkontraktet). Dessa frågor kommer att behandlas i kap 7 och 8.

6.1 Ensidig eller ömsesidig motköpsförpliktelse?

En fråga som mycket sällan uttryckligen besvaras i motköpskontraktet är huruvida kontraktet endast innebär en förpliktelse för västparten att köpa varor eller om det för östparten även föreligger en säljskyldighet. Orsaken till detta är att västparten normalt inte är intresserad av att köpa varor, utan i stället betraktar motköpen som något nödvändigt ont. Det är troligt att man vid avtalsförhandlingarna ej ens funderat över frågan om östpartens eventuella skyldighet att sälja varor. Icke desto mindre kan det vid tiden för motköpens utförande — t ex p g a prisförändringar eller varuknapphet — vara av intresse för västföretaget att få köpa varor. Frågan bör därför sällan vara utan betydelse.

När kontraktet saknar en uttrycklig bestämmelse bör det enligt min mening normalt tolkas som om motköpsförpliktelsen är ensidig och att det således inte föreligger någon skyldighet för östparten att sälja varor.¹

¹ I begreppet "förpliktelse" inbegripes inte i denna studie vad som ibland kallas för *borgenärförpliktelser*. Se Rodhe, § 2 vid not 32 och § 18 vid not 1—13 och Almén, § 33 vid not 1 samt kap 7 not 11 nedan.

För det första framgår det normalt av ordalydelsen blott att västföretaget är skyldigt att köpa varor. Däremot nämns i regel inte någon säljskyldighet för östparten. Se t ex bilaga 1 och 2.

För det andra ligger ju motköpsförpliktelsen normalt i östpartens intresse och har tillkommit för att ge ”kompensation” för dennes importkostnader. Det måste väl då vara naturligt att östföretaget — om det så önskar — kan låta bli att utnyttja denna möjlighet.

Ett tredje skäl för denna tolkning ges om man ser till motköpskontraktet i dess helhet.² De flesta kontrakt reglerar genom en bötesklausul vad som skall gälla när västföretaget inte uppfyllt sin motköpsförpliktelse vid tiden för den stadgade fristens utgång. Klausulen brukar föreskriva att västföretaget då skall betala ett visst vitesbelopp till östparten.³ Däremot finns i allmänhet ingen motsvarande reglering för det fall att östparten inte sålt föreskriven mängd varor inom den avtalade tidrymden. Denna normala typ av skrivning är knappast förenlig med att motköpsförpliktelsen är ömsesidig.⁴

I det enskilda fallet kan dock givetvis lydelsen eller andra omständigheter ge vid handen att även östföretaget är förpliktat enligt motköpskontraktet.

Särskilt när västparten har användning för varorna i sin egen verksamhet, s k relaterade varor⁵ torde kontraktet ofta kunna tolkas som att en säljskyldighet föreligger för östföretaget. Även i övrigt kan väl antas att sannolikheten ökar för en ömsesidig förpliktelse när varorna och övriga köpevillkor är väl preciserade i kontraktet⁶

6.2 Är motköpskontraktet ett köpeavtal?

Motköpskontraktet har i kap 4 sagts gå ut på en förbindelse att framdeles köpa varor. Frågan uppkommer här om redan motköpskontraktet utgör ett köpeavtal eller om köpeavtal inte skall anses vara ingånget förrän de enskilda importkontrakten slutits. Om köp anses ingånget redan vid motköpskontraktets undertecknande innebär detta att köplagen blir direkt tillämplig på motköpskontraktet. I annat fall skall den

² S k systematisk tolkning, se kap 5.2.

³ Bötesklausuler behandlas närmare i kap 9.3.

⁴ Detta är än mer uppenbart när kontraktet innehåller en s k non-fulfillment clause. Se kap 7 not 7.

⁵ Se kap 3 not 25.

⁶ Jfr t ex ”skrivmaskinsexemplet” i kap 3.2.

endast tillämpas på de enskilda köpekontrakten. Frågan är inte lika väsentlig som den vid en första anblick kan förefalla vara, eftersom köplagen är dispositiv (1 §). Om motköpskontraktet skall betraktas som ett köpeavtal kan alltså handelsbruk eller annan sedvänja sätta köplagens materiella regler åt sidan. Det är emellertid givet att tolkningen av motköpskontraktet i flera fall skulle påverkas av att detta anses utgöra ett köpeavtal.

En situation liknande den vid motköp föreligger vid de s k specifikationsköpen. Almén beskriver dessa som ”köpeavtal, vid vilka varans kvalitet i något visst avseende . . . inte blivit närmare bestämd utan åt köparen lämnats rätt att framdeles träffa sitt val härutinnan . . .”⁷

Vid specifikationsköp anses ett köpeavtal föreligga redan när parterna överenskommit om den totala kvantiteten, dvs vid tidpunkten för själva ”ramavtalet” — trots att varornas exakta sammansättning och de enskilda leveransernas tidpunkt och volym inte bestäms förrän senare.

Definitionen på specifikationsköp stämmer väl överens med motköpskontraktets innehåll. Det ligger därför nära till hands att anse att köpeavtal föreligger redan när motköpskontraktet undertecknats, och att köplagen således är tillämplig på detta. Motköpskontraktet uppvisar emellertid vissa skillnader från specifikationsköpet som enligt min mening bör beaktas.

Först kan nämnas att motköpsförpliktelsen — till skillnad från köpeavtal — normalt är *ensidig* (se kap 6.1). Redan härav framgår att det knappast kan vara fråga om ett köpeavtal. (Vid specifikationsköpets ingående föreligger däremot ömsesidighet; såväl köparen som säljaren är bundna av det första ”ramavtalet”).

En annan viktig skillnad är att de enskilda beställningarna vid specifikationsköpet normalt utföres genom att köparen blott insänder s k specifikations- eller sorteringsuppgift.⁸ Det torde väl numera också vara vanligt att beställningen göres per telefon. I och med en sådan beställning har det tidigare ingångna köpeavtalet specificerats till beställningens innehåll. I motköpsfallet — däremot — regleras de enskilda leveranserna i självständiga *köpekontrakt* som till formen inte avviker från normala internationella köpekontrakt (se kap 4). Oavsett huruvida motköpsförpliktelsen anses vara ensidig eller ömse-

⁷ Almén, Tillägg till § 28 före not 1.

⁸ A st.

sidig talar detta för att parterna avsett att köp inte kommit till stånd förrän de enskilda importkontrakten undertecknats.⁹

Vidare är förpliktelsen såsom ~~den~~ uttryckt i motköpskontraktet ofta betydligt mer obestämd än vad som är fallet med specifikationsköp, t ex beträffande varuslag och priser. Dessutom är tidsfristen normalt avsevärt längre i motköpsfallet. Även detta gör det mindre lämpligt att klassificera motköpskontraktet som ett köpeavtal, särskilt som redan specifikationsköpet befinner sig i utkanten av vad som går in under begreppet ”köp”.

Slutligen skall nämnas att *importkontrakten* inte sällan ingås mellan östparten och ett tredje företag. Som skall visas i kap 10 bör i så fall själva importkontraktet reglera förhållandet mellan dessa två parter, under det att motköpskontraktet fortfarande gäller mellan östparten och (den ursprungliga) västparten. Detta förutsätter att motköpskontraktet inte utgör ett köpeavtal, utan att detta kommer till stånd först i och med ingåendet av de enskilda importkontrakten.

Allt sammantaget bör enligt min mening köpeavtal i allmänhet inte anses ha uppkommit vid ingåendet av motköpskontraktet, utan först när de enskilda importkontrakten slutes.

För det fall att motköpsförpliktelsen är ömsesidig och köpevillkoren är relativt väl preciserade i motköpskontraktet är det dock möjligt att det skall betraktas som ett köpeavtal.

6.3 Motköpskontraktet är normalt ett föravtal

Motköpskontraktet är alltså normalt inte ett köpeavtal. Snarare kan det beskrivas som ett åtagande från en person (västföretaget) att i framtiden ingå avtal (köpeavtal) med en viss annan person, ”an agreement to agree”. En sådan rättsfigur kallas enligt svensk juridisk terminologi för *föravtal* (*pactum de contrahendo*).¹⁰

Svensk rätt saknar uttryckliga regler om föravtal, förutom avtalslagens bestämmelser om avtals ingående och ogiltighet. I övrigt är man hänvisad till analogier med andra avtalstyper. Härvidlag är det, beträffande motköpskontrakt, lämpligt att ha *köplagen som utgångs-*

⁹ Ett problem som uppkommer vid en motsatt tolkning — att redan motköpskontraktet utgör ett köpeavtal — är att köpet skulle regleras av två olika dröjsmålsbestämmelser; dels motköpskontraktets bötesklausul och dels importkontraktets dröjsmålsbestämmelser. Detta problem med dubbla påföljder berörs vidare i kap 7.2.

¹⁰ Adlercreutz, s 75 f och Almén II, s 5.

punkt.¹¹ Förutom motköpskontraktets närhet till köpeavtalet är det dels en vedertagen uppfattning att köplagen uttrycker allmänna obligationsrättsliga principer¹² och dels är det just köp som motköpsförpliktelsen till slut skall mynna ut i.

Föravtal är enligt svensk rätt — liksom i de flesta utländska rättssystem¹³ — i princip bindande.¹⁴ För att ett föravtal skall vara giltigt krävs dock att utfästelsen präglas av en *viss grad av precisering och klarhet*.

Ett exempel på när detta krav inte är uppfyllt är när det varken uttryckligen eller tolkningsvis framgår att det verkligen är fråga om ett absolut åtagande att köpa. Skulle det i motköpskontraktet stå att västföretaget skall ”verka för” att göra inköp från östparten är det snarare fråga om ett ”letter of intent”. I det fallet är västparten normalt inte bunden att göra motköpet.¹⁵

När det inte (ens tolkningsvägen) går att bestämma vad motköpsförpliktelsen går ut på, är det likaså möjligt att ett giltigt föravtal inte föreligger. Om exempelvis ett motköpskontrakt varken skulle föreskriva vilka varor som skall köpas, motköpsbeloppet eller inom vilken tidrymd motköpen skall göras, torde avtalet anses vara alltför lösligt för att konstituera en giltig förpliktelse.¹⁶ Som ovan nämnts¹⁷ är det dock inte alls nödvändigt att ovanstående avtalsvillkor är *uttryckligen* reglerade i avtalet. Ett motköpsavtal skulle t ex knappast förlora sin bindande karaktär endast därför att avtalet saknar en uttrycklig tidrymd inom vilken motköpen skall göras, utan i stället skulle avtalet i det avseendet få en rimlig utfyllnad.

¹¹ Att köplagen inte är direkt tillämplig beror som sagt på att motköpsförpliktelsen inte utgör ett köp utan ett föravtal.

¹² Se t ex Bengtsson, s 40. Bl a får såväl avtal om hyra av lös egendom, förvarings- och entreprenadavtal som i viss mån även avtal om gåva och lån sina rättsverkningar till stor del bestämda genom analogier från köplagen.

¹³ Almén II, s 5.

¹⁴ Som sagts är dock avtalslagens ogiltighetsregler tillämpliga även på föravtal. Vidare är en utfästelse om framtida försäljning av fast egendom ogiltig enligt jordabalkens regler.

¹⁵ Gomard, s 250, 257 och 305 f. För det fall att det kan konstateras att västparten inte på något sätt verkat för att köpa några varor torde emellertid östföretaget åtminstone ha rätt till skadestånd för täckande av eventuella utgifter i samband med motköpsförhandlingarna, s k negativt kontraktsintresse (se Gomard s 307 ff). För en mer utförlig redogörelse av letters of intent hänvisas till Gomards uppsats.

¹⁶ Se t ex NJA 1978 s 147 och NJA 1966 s 555, där ett sådant resonemang har förts angående avtal om att framdeles hyra en lokal respektive att gå med i en tvättförening.

¹⁷ Se kap 5.

6.4 Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan sägas att motköpskontraktet i de allra flesta fall utgör ett *föravtal*, innehållande en *ensidig* förpliktelse — nämligen att västföretaget inom viss tidrymd skall köpa varor från östparten. Den fortsatta framställningen är, när inte något annat sägs, baserad på dessa två antaganden.

Gränsen mellan föravtal och det avtal som föravtalet föreskriver (här: köpeavtal) är emellertid inte helt skarp, varför ett ömsesidigt motköpskontrakt i vissa fall torde kunna betraktas som ett köpeavtal. Följden blir i så fall att köplagens regler blir direkt tillämpliga på motköpskontraktet.

7 Motköpsförpliktelsen. En analys

Ovan har sagts att västföretaget i motköpskontraktet åtager sig att, självt eller genom tredje man, köpa varor från östparten. I detta kapitel skall redogöras för hur — och i vilka avseenden — västföretagets förpliktelse brukar preciseras i motköpskontraktet samt vad denna närmare innebär. Frågor som rör tredje man diskuteras i kap 10.

7.1 Motköpsförpliktelsens storlek och tidrymd

I princip alla motköpskontrakt innehåller de centrala bestämmelserna om motköpens storlek och inom vilken tidrymd dessa skall ha utförts. Skulle någon av dessa bestämmelser saknas — särskilt den första — är det möjligt att det över huvud taget inte är fråga om något bindande avtal, eftersom förpliktelsen då inte är tillräckligt preciserad.¹

Motköpens *storlek* har ökat markant under de senaste tio åren. I bl a Rumänien och Östtyskland är det numera inte ovanligt med krav på att motköpen skall uppgå till 100% av exportvolymen.² Som nämnts i kap 3, motsvarar dock motköpen vanligen 20—60% av exporten.

Det normala är att motköpens volym bestäms både i förhållande till exportkontraktets storlek, genom en procenthänvisning, och med ett fixerat belopp (se bilaga 1 och 2). Det förekommer också att endast endera av dessa bestämmingar används. Inget av nämnda alternativ torde medföra några tolkningsproblem vad gäller fastställande av motköpens storlek.³ För det fall att motköpskontraktet endast fastställer storleken av motköpen som en procentandel av exportkontraktet, uppkommer dock frågan om i vilken *valuta* motköpen skall beta-

¹ Se kap 6.3.

² CP-conference, s 101.

³ En annan sak är vad som skall gälla om exportkontraktets volym ändras efter de bäge kontraktens undertecknande. Denna fråga hör till bindingsproblematiken och skall behandlas i kap 8.2.

las. Det normala måste här vara att låta exportkontraktets valuta gälla även för motköpen.

Normalt stadgas i motköpskontraktet att *tidsfristen* skall börja löpa från tecknandet av exportkontraktet (vilket ju normalt sker samtidigt med tecknandet av motköpskontraktet). Den vanligaste tidsfristen inom vilken motköpsåtagandet skall ha uppfyllts är två år.⁴ Östparterna kräver dock allt kortare frister.

Det kan vara väsentligt för västföretaget att se till att motköpsfristen inte löper ut förrän exporten skall ha fullgjorts. Om exporten av någon anledning inte skulle bli av och motköpen redan utförts, kan nämligen västföretaget annars hamna i en besvärlig situation.⁵

7.2 Vad går motköpsförpliktelsen ut på? En precisering

Tidigare (se t ex kap 4) har sagts att västföretaget i motköpskontraktet åtager sig att *köpa* varor från östparten. Vid en noggrann analys av kontraktets innehåll och karaktär är denna beskrivning emellertid inte helt adekvat.

Det är vanligt förekommande att motköpskontrakt innehåller en s k *non-fulfillment clause*. En sådan klausul reglerar situationen när östparten inte går med på att sälja de varor som västparten gjort framställning om att få köpa.⁶ Klausulen stadgar att *västparten i det fallet skall anses ha uppfyllt sin förpliktelse intill det belopp som framställningen gällde, trots att inget köp de facto blivit av*. Här är därför motköpsförpliktelsen snarast knuten till västföretagets *beställning* av eller begäran om att få köpa varor.⁷ Detta torde få följande konsekvenser:

1. För det fall att västföretaget beställer motköpsvaror för t ex 2 miljoner kr, men östföretaget inte vill sälja, skall beställningens belopp likväl avräknas från motköpsförpliktelsen. Om östföretaget förklarat sig villigt att sälja de beställda varorna (till villkor som överensstämmer

⁴ CP-conference, s 33.

⁵ Jfr kap 8 not 6 och kap 9 vid not 59.

⁶ Varorna måste dock givetvis vara sådana som är upptagna i motköpskontraktet.

⁷ Med en non-fulfillment clause är det vidare givet att motköpsförpliktelsen blott är *ensidig*. Klausulen stadgar ju att följden av att östföretaget inte säljer beställda varor endast blir att beställningen får avräknas från västföretagets motköpsförpliktelse. Man kan knappast därutöver intolka en skadeståndsrätt för västföretaget — som skulle indikera en ömsesidig förpliktelse — för att något köp ej kom till stånd. Jfr kap 6 not 4.

med motköpskontraktet⁸) kan västföretaget däremot inte anses ha uppfyllt motköpsförpliktelsen förrän östparten givits möjlighet att binda västparten vid ett giltigt köpeavtal. Om det inte gäller några formkrav för köpeavtalets giltighet torde själva beställningen i princip räcka för uppfyllande av motköpsåtagandet. Östparten behöver ju i så fall endast acceptera västföretagets beställning (= anbud). Östparten måste dock enligt reglerna om legal acceptfrist — se 3 § avtalslagen — ges en *skälig tidrymd* för att besluta huruvida man vill låta beställningen resultera i ett köp. För det fall att skriftlig form krävs för avtalets giltighet⁹ torde dock i stället krävas att västparten undertecknat köpekontraktet.

2. Antag att västföretaget i anledning av ett motköpskontrakt ingår ett köpeavtal med östparten. När varorna senare skall levereras uppkommer oenighet om köpeavtalets innehåll varpå någon av parterna slutligen häver avtalet. Även här bör enligt min mening den avtalade köpeskillingen normalt avräknas från motköpsåtagandet. Ersättningsfrågor i anledning av hävningen regleras ju i det enskilda köpekontraktet. Om köpeskillingen inte skulle få avräknas från motköpsåtagandet skulle västparten därför råka ut för dubbla påföljder när östparten häver importkontraktet; dels genom importkontraktet, dels genom motköpskontraktet. För ett sådant resultat bör enligt min mening krävas en uttrycklig reglering. Som stöd för detta resonemang kan bli a minimumregeln återopas (se kap 5.3).¹⁰

Det förekommer att själva motköpsformuleringen i kontraktet stadgar att västföretaget ”förpliktar sig att *beställa*” varor. Oavsett om kontraktet innehåller en non-fulfillment clause går tydligen också här motköpsförpliktelsen snarare ut på att beställa än att köpa varor från öst. Vad som beträffande non-fulfillment clauses nämnts under 1 och 2 ovan bör därför gälla även här.

Den vanligaste formuleringen är emellertid att västparten skall ”*köpa*” varor från östparten. Enligt ordalydelsen krävs här att ett köpeavtal verkligen ingåtts för att förpliktelsen skall anses uppfylld. Antag nu att västföretaget gjort en eller flera beställningar men att östparten inte velat sälja, och att föreskrivna motköp därför inte kommit till stånd vid fristens utgång. Skulden till att några motköp här inte blivit av får sägas ligga hos östparten. Eftersom västföretaget inte kan

⁸ Se kap 7.3—5.

⁹ Jfr kap 5, vid not 1.

¹⁰ En utveckling av ovanstående skadeståndsresonemang ges i kap 9.

ansvara för motpartens handlande bör det därför, trots att inga motköp blivit av, bli befriat från förpliktelsen. Västföretaget har ju gjort vad som rimligen kan krävas av detta, nämligen att beställa varor.¹¹

Enligt ovanstående resonemang, som bygger på att det för ett köpeavtals ingående krävs två parter agerande, *bör därför även uttrycket "köpa" tolkas som "erbjuda sig att köpa", dvs beställa, varor.*¹²

Ett relativt ovanligt sätt att uttrycka motköpsförpliktelsen är att förutom lokutionen "köpa" även uttryckligen stadga att förpliktelsen inte är uppfylld förrän de importerade varorna betalats. Även i det fallet torde vad som sagts ovan — att det för köp krävs två parter agerande (och samstämmiga viljor) och att västparten inte kan ansvara för östpartens handlande — äga relevans. En obesvarad beställning bör alltså resultera i att motköpsåtagandet uppfylls. Motköpsåtagandet kan därför också här — *i detta avseende* — snarare sägas gå ut på att beställa varor.

Antag emellertid att västföretagets beställning resulterar i att ett köpeavtal skrivs, men att detta hävs, p g a parts kontraktsbrott. (Detta är samma situation som nämnts i punkt 2 ovan beträffande non-fulfillment clauses.) När det är västföretaget som orsakat hävningen — t ex genom att inte erlagga betalning för varorna — kan köpeskillingen i detta fall inte avräknas från motköpsåtagandet. Enligt lydelsen krävs det ju för en avräkning att motköpsvarorna har betalats. Västföretaget blir härigenom dubbelt bestraffat: dels blir det ersättningskyldigt enligt importkontraktets bestämmelser, dels ansvarar det — ofta med böter — för att motköpsförpliktelsen inte uppfyllts. (Om motköpsförpliktelsen ännu inte löpt ut kan emellertid den senare påföljden undvikas genom ett nytt erbjudande om att köpa varor.)

Om hävningen av importkontraktet (och den icke erlagda köpeskillingen) i stället orsakats av ett kontraktsbrott från *östpartens* sida bör

¹¹ En vägran från östpartens sida att sälja motköpsvaror bör inte betraktas som ett kontraktsbrott av denna, utan snarare som en underlåtenhet att utnyttja en rättighet, nämligen att få sälja varor. Att sälja varor kan emellertid med en annan terminologi betraktas som en *borgenärsförpliktelse* (osjälvständig förpliktelse), dvs som en "osjälvständig pendang" till västföretagets förpliktelse. Östpartens vägran att sälja skall då ses som ett kontraktsbrott, med den enda påföljden att västföretagets skyldighet att köpa varor upphör. Se härom Rodhe, § 2 vid not 32 och § 18 vid not 1—13 samt Almén, § 33 vid not 1 ff. Jfr även kap 6 not 1.

¹² Möjligen kan undantag göras för fall där västföretaget *aldrig haft för avsikt* att fullgöra köpen, utan vid *köpeavtalets* slutande kalkylerat med att inte betala för varorna eller annorledes inte uppfylla sin *köpeförpliktelse*. Se Adlercreutz s 87 f.

emellertid västparten ändå anses ha uppfyllt motköpsförpliktelsen (intill köpeskillings storlek). Det vore ju orimligt om östpartens kontraktsbrott skulle medföra att *västparten* bryter mot *motköpskontraktet* (i vilket östparten själv är motpart).

Allt sammantaget bör enligt min mening uttrycket ”köpa” i kombination med en explicit bestämmelse om att varorna skall ha betalats, betraktas som att förpliktelsen visserligen går ut på att *köpa* varor, *men* att motköpsåtagandet skall anses uppfyllt även för de fall 1) att östföretaget inte velat sälja varor trots att västparten erbjudit sig att köpa, *och* 2) när ett ingånget importavtal hävts och skulden till hävningen ligger hos östparten.¹³

Resonemanget kommer i fortsättningen av denna uppsats att vara baserat på motköpsförpliktelsens vanligaste innebörd, nämligen att västparten åtagit sig att *beställa* (eller erbjuda sig att köpa varor) från östparten.

7.3 Motköpsprodukterna

Det förekommer att parterna i motköpskontraktet bestämt exakt vilken vara som västföretaget senare skall köpa. Detta är dock relativt ovanligt, utan motköpskontraktet är i allmänhet härvidlag mer eller mindre opreciserat. En metod som tidigare var mycket vanlig var att till motköpskontraktet foga en standardiserad ”motköpslista”. Denna innehöll en förteckning över de produkter som östföretaget kunde sälja som motköpsvaror. Man har emellertid till stor del frångått bruket av sådana listor eftersom dessa visat sig snabbt bli inaktuella. Det har ofta inträffat att många av de i listan upptagna varorna — särskilt de mest attraktiva — inte längre funnits tillgängliga vid tiden för motköpens genomförande.

Det vanligaste torde numera i stället vara att västföretaget erbjuds att köpa varor ur östföretagets varusortiment utan att de närmare specificerats. Det är också relativt vanligt att kontraktet hänvisar till varor som säljes av andra utrikeshandelsföretag, s k ”koppling”. Västföretaget kan då uppfylla förpliktelsen genom att köpa varor från ett annat östföretag än det, till vilket västvarorna exporterats.¹⁴

¹³ Man skulle också kunna uttrycka saken så, att förpliktelsen går ut på att *beställa* varor, men att motköpsförpliktelsen inte anses uppfyllt när en beställning ej leder till ett korrekt genomfört köp p g a att västföretaget inte erlägger betalning.

¹⁴ Att det importerande östföretaget går med på detta hänger samman med näringslivets struktur i öst. Ytterst har ju östföretagen samma ägare — staten.

Ett annat ofta förekommande sätt att bestämma motköpsvarorna är att parterna väljer ut ett antal specifika varor att välja mellan vid motköpens genomförande.

Motköpsförpliktelsen behöver normalt inte uppfyllas i ett enda köp. Om ett västföretag förbundit sig att köpa varor för 2 milj kr inom två år, kan det således mycket väl dela upp åtagandet i flera olika köp. När kontraktet innehåller flera olika varualternativ är det vanligen också fullt möjligt att fördela köpet (köpen) mellan flera av varutyperna. Detta kan i kontraktet uttryckas så, att västparten skall köpa ”någon eller några” av de uppräknade varorna.

I föregående kapitel konstaterades att motköpsåtagandet normalt går ut på att *beställa* varor. När motköpskontraktet innehåller flera olika varualternativ uppkommer en annan — närbesläktad — fråga, nämligen huruvida en beställning av *vilken vara som helst* räcker för att uppfylla åtagandet *eller* om kontraktet skall tolkas så, att *östparten har rätt att bestämma vilken av varorna* som den skall sälja. Med den sistnämnda tolkningen är en beställning inte tillräcklig för att uppfylla förpliktelsen när östparten inte vill sälja just den beställda varan, men likväl en annan vara.

Med en non-fulfillment clause,¹⁵ som ju föreskriver att varje beställning får tillgodoräknas som uppfyllande av motköpsförpliktelsen, är svaret givet. Det framgår klart av ordalydelsen att västföretaget med befriande verkan kan beställa den produkt som det självt önskar.

En vanlig formulering i motköpskontraktet är att västparten skall beställa någon/några av de i kontraktet uppräknade varorna ”*free of choice*”. Också i det fallet ger ordalydelsen besked om att det är västparten som har rätt att välja mellan de olika varualternativen.

Även när varken en sådan lokution eller en non-fulfillment clause finns medtagen i kontraktet bör det enligt min mening räcka med att västföretaget beställer *någon* av de i kontraktet nämnda varorna för att uppfylla motköpsförpliktelsen. En motsatt tolkning, enligt vilken östföretaget får avgöra vilken vara som skall beställas av västparten, skulle lätt kunna medföra orimliga konsekvenser för västföretaget. Särskilt när kontraktet endast hänvisar till ett eller flera utrikeshandelsföretags varusortiment utan att ange några specifika produkter, skulle ju östparten kunna välja ut varor som är mer eller mindre värdeflösa på västmarknaden. Man kan därför anta att åtminstone inte väst-

¹⁵ Se kap 7.2.

parten kunnat avse en sådan tolkning.¹⁶ Även en tillämpning av minimumregeln¹⁷ talar här till västföretagets fördel. Det förefaller också som om den föreslagna lösningen i praktiken normalt accepteras av östföretag.¹⁸ Det är emellertid inte ovanligt att västparten trots detta finner sig i att välja en annan vara när östparten meddelat att en viss beställd vara inte finns tillgänglig för försäljning. Detta torde främst bero på att många västföretag i stället för att utnyttja sina lagliga möjligheter söker främja goda affärsrelationer eller att man anser en eventuell framtida tvist om avtalets rätta innebörd vara alltför omständlig och riskabel.

Det förekommer emellertid att motköpskontraktet föreskriver att västföretagets beställning skall "godkännas" av östföretaget. Detta uttryck måste i allmänhet tolkas som att det är östföretaget som har rätt att välja vara. Uttrycket torde dock inte betyda *mer* än att det har denna valrätt, t ex att det skulle ha rätt att bestämma *tidpunkten* för västföretagets beställning.¹⁹ När östföretaget vägrat att godkänna beställningar av *alla* varualternativ torde därför den *sist gjorda* beställningen räcka för att uppfylla västföretagets förpliktelse. Antag t ex att motköpskontraktet föreskriver två olika varor. Om västparten inte fått en beställning av den ena varan godkänd, bör det således anses uppfylla förpliktelsen i och med en beställning av den andra varan.

En annan fråga är huruvida en generell hänvisning till ett utrikes-handelsföretags varusortiment skall anses gälla sortimentet vid tiden för motköpsavtalets ingående eller vid tiden för beställandet. Enligt den förra tolkningen skulle västföretaget t ex kunna uppfylla sin förpliktelse i slutet av en tvåårsfrist, genom att beställa varor som är utgångna sedan ett år tillbaka. Detta kan knappast vara avsett, eftersom det skulle slå orimligt hårt mot östparten. *I stället måste den naturliga tolkningen här vara att västföretaget har att välja mellan de*

¹⁶ Jfr dock Almén, som menar att *säljaren* bör presumeras ha valrätt vid *alternativa köp*, dvs när ett *köpeavtal* omfattar t ex en av två i kontraktet nämnda varor. Almén, § 3 vid not 19—19 a.

¹⁷ Se kap 5.3.

¹⁸ Samtal med Peter Frankel, SUKAB.

¹⁹ När motköpen kan fördelas mellan flera olika köp bör dock möjligen undantag göras för det fall att östpartens vägran att godkänna en beställning har sin grund i missnöje över den beställda *kvantiteten*. Att västpartens beställning skall godkännas av östföretaget kan alltså kanske även betyda att det har en (viss) rätt att bestämma över varje beställnings storlek.

*produkter som finns i varusortimentet när beställningen göres.*²⁰ Det är dock möjligt att en annan lösning ligger närmare till hands vid vissa extrema fall, t ex när ett utrikeshandelsföretag helt byter produktinriktning eller när mycket drastiska nedskärningar göres i sortimentet.²¹

För att undvika konflikter bör västföretaget när det ingår köpeavtal försäkra sig om att östföretaget godkänner att köpet får räknas av från motköpsförpliktelsen. Detta göres enklast genom ett uttryckligt stadgande i köpekontraktet. Vid ”koppling” (se ovan vid not 15) bör ett separat godkännande inhämtas från det östföretag gentemot vilket motköpsförpliktelsen gäller. När hela motköpsförpliktelsen är uppfylld, är det i bevishänseende lämpligt att kräva ett letter of release (se kap 4) från östparten.

7.4 Priser

En i motköpskontraktet svårreglerad fråga är vilket pris som motköpsprodukterna skall betinga. Det är mycket ovanligt att några bestämda priser sätts ut i kontraktet. Ett sådant förfarande skulle vara riskfyllt för bägge parterna eftersom det kan dröja flera år innan köpen blir av. Dessutom är det ju vanligt att några specifika varor överhuvud taget inte nämns i kontraktet.

Ett vanligt sätt att söka bestämma priserna är att stadga att dessa skall vara ”competitive on the world market”, ”on competitive conditions”, eller ”competitive and equivalent to the conditions normally applicable for export to Western Europe”. Sådana formuleringar kan emellertid oftast inte sätta annat än relativt oprecisa ramar för priset. Hur skall man t ex bestämma vad som är marknadsmässigt pris på bulgariska radioapparater?²² När det gäller råvaror, t ex olja, ger en sådan skrivning emellertid ett bättre resultat. Som en utländsk motköpsexpert påpekat är det dock inte heller i detta fall möjligt med en

²⁰ Västföretaget torde å andra sidan kunna beställa nya varor, som inte ingick i varusortimentet vid motköpskontraktets ingående.

²¹ Denna slutsats kan antingen nås tolkningsvägen (genom sk teleologisk tolkning, se kap 5.2) eller med jämkning enligt 36 § avtalslagen.

²² Sten Bertling, SUKAB, har givit ett exempel på när uttrycket ”den competitive conditions” var till hjälp för västföretaget. Efter att ha köpt rumänska cyklar för \$25 styck, upptäcktes att samma cyklar såldes i Östtyskland för \$20 styck. Efter att ha påpekat detta för det rumänska företaget sänkte de priset till \$20. Man kan emellertid i regel knappast utgå ifrån ett sådant beteende från östföretaget. CP-conference, s 34.

precis prisbestämning.²³ Flera öststatsråvaror är nämligen kända för att hålla en lägre kvalitet än motsvarande västprodukter, utifrån vilka världsmarknadspriset fastställs. Många uppköpare kräver därför ett lägre pris än på motsvarande vara från väst.²⁴

Det är inte ovanligt att östföretag kräver högre priser vid motköp än vad de gör när samma vara exporteras oberoende av motköpsavtal. Genom att som i det sistnämnda exemplet skriva att priserna skall motsvara dem, som normalt gäller vid export till Västeuropa, kan västföretag lättare komma till rätta därmed.

Att motköpskontraktet inte på något sätt reglerar prissättningen ger inte östföretaget rätt att helt bestämma priserna. Enligt 5 § köplagen skall, när i ett köpeavtal ingenting avtalats om priset, köparen erlagga vad säljaren fordrar, såvitt det inte är att anse som oskäligt. Denna regel torde vara analogt tillämpbar i motköpsfallet. Vad som skall krävas för oskälighet varierar från fall till fall. Klart är dock att det normalt krävs något mer än att priset överstiger det gängse marknadspriset.

Antag nu att östföretaget sätter ett kontraktsstridigt pris på den vara som västföretaget beställt, att parterna inte kan komma överens om ändring av priset och att något köp av den anledningen aldrig kommer till stånd. Denna situation bör inte bedömas annorlunda än när östföretaget över huvud taget inte gått med på att leverera den vara som västföretaget beställt. *Den juridiska betydelsen av att östföretaget sätter ett för högt pris bör alltså vara att västföretaget — om det kan styrka de omständigheter som gör att priset är för högt — i regel har rätt att avräkna beställningen från motköpsåtagandet, även om något köp inte kommer till stånd.*²⁵

²³ CP-conference, s 45 f.

²⁴ En ytterligare anledning till att råvaror från öst har ett lägre marknadsvärde är att östleverantörer ofta anses vara mindre pålitliga med att hålla sina leveranser och att juridiska tvister med östföretag anses mer omständliga och vanskliga.

²⁵ Antag emellertid att västföretaget gör en beställning och att parterna i anledning av denna skall skriva ett köpekontrakt. Vid förhandlingarna accepterar inte västföretaget det begärda priset som enligt dess mening är kontraktsstridigt, och framhåller att det därför inte tänker köpa varorna, men att det ändå avser att räkna av de beställda varorna från motköpsförpliktelsen. *När motköpsfristen löpt ut* skulle en skiljedomstol kunna bestämma huruvida förpliktelsen är uppfylld (då det av öst begärda priset var för högt) eller om västparten är i dröjsmål (pga att priset överensstämde med motköpskontraktet). Ett alternativ vore att parterna i stället kom överens om att ingå köpeavtalet men att hålla priset flytande till dess en skiljeman (på kort tid) avgjort huruvida det begärda priset avviker från vad som stadgas i motköpskontraktet. Situationen liknar då

Slutligen skall något sägas om bevisbördan. Enligt 5 § köplagen är det normalt *säljaren* som har bevisbördan (1) för huruvida ett pris har bestämts i köpeavtalet²⁶ samt (2) för att det begärda priset överensstämmer med det bestämda.²⁷ Däremot är det *köparen* som, när inget pris bestämts, har bevisbördan för omständigheter som gör (3) att det begärda priset är oskäligt.

Överfört på motköpsfallet skulle detta innebära att östparten måste visa huruvida prisfrågan reglerats i motköpskontraktet (1) samt att det begärda priset överensstämmer med den regleringen (2). Om motköpskontraktet inte ger någon vägledning är det i stället västparten som har att visa att det begärda priset är oskäligt (3). *Det är troligt att en sådan analogi från köplagens bevisbörderegler är möjlig i motköpsfallet.*

7.5 Kvalitet och leveransvillkor

Motköpskontraktet anger ofta den kvalitet som motköpsvarorna skall ha på motsvarande sätt som vid bestämningen av deras priser, dvs med en hänvisning till vad som är marknadsmässigt ("competitive"). Det är emellertid inte ovanligt att kontraktet inte innehåller någon kvalitetsbestämning alls.

Mellan en motköpsvaras kvalitet och pris finns ett givet samband. Antag t ex att ett västföretag gör en framställning om att få köpa bulgariska motorer. Det kan då hävda att östföretagets offert är kontraktsstridig *antingen* p g a att ett för högt pris begärts (i förhållande till kvaliteten) *eller* därför att motorerna håller för låg kvalitet (i förhållande till priset). Detta ömsesidiga beroende mellan priset och kvaliteten medför att den juridiska bedömningen bör vara liknande i de bägge fallen. *Om det konstaterats att av östparten erbjudna varor inte är kontraktsenliga vad gäller kvaliteten, skall alltså västföretaget — som i "prisfallet" — kunna tillgodoräkna sig den gjorda beställningen oavsett om något köp blir av.*

Motköpskontraktet bestämmer inte sällan att även köpeavtalets

den som uppkommer vid oenighet om priset när ett *köpeavtal* redan ingåtts. Rättsverkningarna av ett domstolsavgörande är i det fallet att ett för högt pris ändras, men att köpet som sådant består.

²⁶ När det är köparen som påstår att visst pris bestämts är det emellertid vid handelsköp ovisst huruvida säljaren har bevisbördan för att ett visst pris *inte* har bestämts. Se Almén, § 5 vid not 34—59, Hellner, s 49 samt NJA 1975 s 280 och Almén, § 5 vid not 32 b—33.

²⁷ Almén, § 5 vid not 59 a—63.

leveranstider skall vara "competitive". Också när östparten med avseende på dessa ställer kontraktsstridiga villkor måste västparten, utan att behöva ingå köpeavtal, kunna avräkna den gjorda beställningen. Östparten kan heller inte anses ha rätt att kräva vilka leveranstider som helst, när denna fråga lämnats oreglerad i motköpskontraktet.²⁸ Att parterna inte kan enas om leveranstider för motköpsvarorna är dock ganska ovanligt. Det är vanligare att östparten överskrider den i köpekontraktet stipulerade leveranstiden. Problem i samband därmed regleras dock oftast inte av själva motköpskontraktet, utan i stället av de enskilda köpekontrakten.

7.6 Några slutsatser

Den diskussion som förts i detta kapitel kan kort sammanfattas på följande sätt. Motköpsåtagandet bör i normala fall betraktas som att västparten skall ge östföretaget en *möjlighet* att — om det så önskar — få ett köpeavtal till stånd. Ifall kontraktet utvisar flera varualternativ bör dock *västparten ha rätt att välja vilken vara som skall köpas*. För att östparten skall ha givits denna möjlighet att sälja, räcker det normalt att västparten *beställer* varor enligt vad motköpskontraktet föreskriver. Om östföretaget förklarar sig villigt att sälja de beställda varorna och skriftlig form krävs för köpeavtalets giltighet, torde dock rimligen krävas att *västföretaget undertecknar ett köpekontrakt* i anledning av beställningen.

Denna skyldighet föreligger dock endast när köpeavtalets villkor överensstämmer med vad som stadgas i motköpskontraktet. Om t ex de priser som östföretaget begär, eller den kvalitet som motköpsvarorna håller, avviker från motköpskontraktets föreskrifter har västparten ingen skyldighet att ingå köpeavtalet, utan kan avräkna en gjord beställning från förpliktelsen som om östparten över huvud taget inte velat sälja den beställda varan.

²⁸ När ett *köpeavtal* inte innehåller någon leveransbestämmelse skall, enligt 12 § köplagen, leverans ske när köparen så fordrar. Det kan emellertid inte vara riktigt att göra analogin, att ett motköpskontrakt som saknar bestämmelse om vilka leveranstider som *import*-kontrakten skall innehålla, ger västparten rätt att kräva att köpeavtalen skall föreskriva omedelbar leverans av motköpsvarorna. En möjlig lösning vore i stället att i likhet med 5 § köplagen ge östparten rätt att välja leveranstid, så länge denna inte är oskäligt lång. Om man här även ser till innebörden av 12 § köplagen kanske det emellertid är riktigt att ge västparten rätt att bestämma tid för leveransen, så länge den inte är oskäligt kort.

Om inte något annat uttryckligen stadgas bör enligt min mening motköpsförpliktelsen normalt anses uppfylld även om ett ingånget importkontrakt sedermera blir hävt.

Det är min bedömning att dessa nämnda egenskaper hos motköpskontraktet *enligt svensk rätt* bör gälla oavsett om en non-fulfillment clause eller uttryck som "free of choice" finns medtagna i kontraktet. (Situationen blir dock en annan om motköpskontraktet innehåller ett uttryckligt stadgande om att motköpsåtagandet ej är uppfyllt förrän motköpsvarorna *betalats*. Se kap 7.2.) Givetvis är det dock åtminstone för västparten en fördel att tydligt stadga vad som skall gälla; ju mer oprecist motköpsförpliktelsen är uttryckt, desto större risker medför den, särskilt som motköpskontrakt såvitt jag vet är oprövade i praxis. Om utländsk rätt skall tillämpas på avtalet är det ytterligare en anledning för västföretaget att precisera förpliktelsen, t ex med en non-fulfillment clause.

8 Den juridiska kopplingen mellan export- och motköpskontrakten

Det har konstaterats att motköpsavtal vanligen ingås genom att två kontrakt upprättas: västföretagets exportkontrakt och motköpskontraktet, i vilket västföretaget förbinder sig att framdeles köpa varor. I samband med uppfyllandet av motköpsförpliktelsen upprättas där- efter ett eller flera importkontrakt.

I detta kapitel skall behandlas vilken juridisk bindning (eller kopp- ling) som finns mellan export- och motköpskontraktet. Antag t ex att *exportkontraktet* häves p g a att någon av parterna gjort sig skyldig till kontraktsbrott eller att parterna efter omförhandlingar bestämmer sig för att ändra exportens volym. Skall *motköpskontraktet* på något sätt påverkas av dessa händelser? På motsvarande sätt uppkommer frågan huruvida exportkontraktet påverkas av att motköpsförpliktelsen inte uppfylls på rätt sätt. Det förekommer att dessa frågor i större eller mindre utsträckning är uttryckligt reglerade i avtalet.¹ Nedan skall dock det vanligare fallet, att dessa frågor lämnats öppna, behandlas. Därefter skall utredas om det gör någon skillnad att exportaffären och motköpsförpliktelsen reglerats i samma kontrakt.

Det skall betonas att nedan presenterade lösningsförslag gäller en typisk motköpssituation och inte kan göra anspråk på att vara helt all- mångiltiga. Avtalets lydelse och övriga omständigheter i det särskilda fallet kan således leda till ett annat resultat.

Om parterna kan sägas att det i allmänhet ligger i västföretagets intresse att reducera motköpsförpliktelsen så mycket som möjligt, eftersom ju motköpen sedda för sig i regel innebär en förlustaffär. Det är däremot i allmänhet mån om att exportaffären inte på något sätt skall kunna rubbas av att något händer med motköpskontraktet. Öst- företaget, å andra sidan, önskar i allmänhet att motköpen verkligen skall bli av. Hur pass intresserat det är av västexportens förverkligande torde variera från fall till fall.

¹ Dessa frågor kan också vara reglerade i ett separat ramavtal. Se kap 4 not 4.

8.1 Motköpskontraktets inverkan på exportkontraktet

Antag att ett västföretag sluter ett exportkontrakt med ett östföretag. Samtidigt därmed undertecknas ett motköpskontrakt, enligt vilket västparten inom två år skall köpa en viss mängd varor från östparten. Antag vidare att västparten när två år gått inte har fullgjort sin motköpsförpliktelse. Härigenom har det gjort sig skyldigt till kontraktsbrott. Frågan är nu om detta kontraktsbrott skall behandlas uteslutande inom ramen för motköpskontraktet eller om det även kan få några återverkningar på exportkontraktet.²

I motköpskontraktet finns ofta hänvisningar till exportkontraktet, framför allt i samband med bestämmandet av motköpsbeloppet.³ Exportkontraktet, däremot, innehåller oftast inte någon hänvisning alls till motköpskontraktet. Sett för sig liknar det således vilket annat köpekontrakt som helst. Exportkontraktets lydelse kan alltså sägas ge för handen att det skall betraktas som helt oberoende av motköpskontraktet. Detta tycks också vara den sedvanemässiga uppfattningen bland motköpspraktiker såväl i väst som i öst.⁴

Exportkontraktet torde därför normalt inte på något sätt påverkas av vad som händer med motköpskontraktet, utan är att bedöma som ett helt vanligt köpekontrakt. Ett kontraktsbrott eller en ändring med avseende på motköpskontraktet skall således helt och hållet regleras inom ramen för det kontraktet.

För ett motsatt resultat skulle kunna hävdas att sambandet mellan de bägge kontrakten är så pass stort att de trots allt bör ses som en enhet. Slutandet av det ena kontraktet var ju en nödvändig förutsättning för slutandet av det andra och vice versa. Förutom att sedvänjan och kontraktens lydelse enligt min mening här tar överhanden, skulle ett sådant resonemang få opraktiska följder. Antag t ex att ett motköpskontrakt föreskriver att västparten skall göra motköpen inom tre år. Det kan då normalt inte bli fråga om ett dröjsmål förrän treårsfristen har löpt ut. Vid den tiden är ofta västs exportkontrakt sedan länge fullgjort av bägge parterna. Om ett dröjsmål med motköpen här skulle få återverkningar på exportkontraktet skulle det medföra svårösta återgångsfrågor samt ett för bägge parterna ofta oönskat resultat. Det

² Samma fråga blir aktuell om parterna efter kontraktens ingående skulle komma överens om att ändra motköpens storlek. Den situationen är dock knappast förekommande i praktiken och kommer inte närmare att behandlas.

³ Se kap 8.2.

⁴ Samtal med Sten Bertling, SUKAB.

måste i stället vara betydligt lättare för parterna att endast låta det kontrakt som kontraktsbrottet gäller, motköpskontraktet, reglera dröjsmålet.

Dessutom reglerar de flesta motköpskontrakt uttryckligen, genom en s.k. bötesklausul, vad som skall gälla när västparten är i dröjsmål med fullgörandet av motköpen. Eftersom parterna med en sådan klausul har bestämt vissa — av exportkontraktet oavhängiga — dröjsmåls-påföljder, kan man förmoda att de inte avsett att exporten härutöver skall påverkas av ett dröjsmål med motköpen.

8.2 Exportkontraktets inverkan på motköpskontraktet

Här skall behandlas hur motköpskontraktet påverkas av att exportkontraktet av någon anledning inte uppfylles på föreskrivet sätt. Detta kan främst ske dels genom att parterna efter förhandlingar inskränker eller utvidgar exportens volym — vilket är betydligt vanligare än motsvarande situation vid motköpskontraktet — och dels genom att ena parten häver kontraktet i anledning av motpartens kontraktsbrott.

Det vanligaste är att motköpskontraktet stadgar att motköpens storlek skall uppgå till "...% av (exportkontraktet), dvs ... kr".⁵ Parterna har alltså både bestämt beloppet i förhållande till exportaffärens storlek och angivit ett fast belopp. Det förekommer emellertid också att parterna enbart hänvisar till en procentsats av exportkontraktet eller endast nämner ett bestämt belopp.

8.2.1 Ändring genom partsöverenskommelse

Antag att de bägge parterna en månad efter kontraktens tecknande bestämmer sig för att ändra *exportkontraktet*, så att endast hälften av varorna — till halva köpesumman — skall köpas av östföretaget. Under omförhandlingarna har ingenting sagts om motköpskontraktet. Skall nu i anledning härav även *motköpens* volym reduceras med hälften?

Någon känd sedvänja har i denna fråga knappast utvecklats, utan svaret torde i första hand vara avhängigt motköpskontraktets lydelse.

När motköpens storlek endast bestäms i förhållande till exportkontraktets köpeskilling, dvs med en procenthänvisning, torde det stå klart att parterna normalt åsyftat att motköpsåtagandet skall minskas

⁵ Se bilaga 1 och 2.

i samma mån som exporten. I vårt exempel skall alltså motköpens volym minskas med 50%.⁶ Syftet med en sådan skrivning måste ju vara att visa att det inte är beloppet som sådant man avtalat om, utan i stället motköpens storlek i förhållande till exporten, och att det därför inte krävs att parterna vid en ändring av exportvolymen uttryckligen reglerar motköpens omfattning.

Det vanligaste fallet, när *såväl* en procentsats *som* beloppets storlek angivits i kontraktet, vållar något större tolkningsproblem. Å ena sidan kan beträffande syftet med procentangivelsen anföras samma argument som ovan. Men å andra sidan kan mot detta invändas att parterna trots allt skrivit in ett fast belopp. *Enligt min mening bör dock även denna utformning i allmänhet ges den innebörden att motköpskontraktet skall reduceras i samma mån som exportkontraktet.* Att parterna medtagit ett fast belopp kan nämligen förklaras med praktiska hänsyn. Eftersom exportkontraktet trots allt oftast blir uppfyllt enligt vad som föreskrivits, måste det ju vara praktiskt att ha motköpsbeloppet direkt utskrivet i motköpskontraktet. Annars måste man ju utföra en — om än enkel — matematisk beräkning varje gång man vill ta reda på det exakta motköpsbeloppet.⁷ En viss betydelse måste det väl också ha att procentsatsen normalt är nämnd *före* beloppet.

Om däremot enbart ett fast belopp nämnts i kontraktet får väl detta — tillsammans med parternas tystnad under förhandlingarna om exportvolymen — ofta anses innebära att motköpens storlek inte skall påverkas av exportkontraktet. Det är emellertid långt ifrån omöjligt att västföretaget skulle kunna visa att parternas avsikt antingen vid motköpsavtalets ingående eller vid ändringen av exportvolymen varit att motköpen i första hand skall uppgå till en viss andel av exporten och att det nämnda beloppet skulle kunna ändras.

Ovanstående resonemang har avsett det fallet att exportkontraktet *minskas* p g a parternas överenskommelse. Nu skall diskuteras vad som gäller vid det vanligare fallet, att exportens volym *ökas*. Antag t ex att exportkontraktet föreskriver att västparten skall leverera en viss vara för 10 milj kr. Bör det göra någon skillnad om avtalet sedermera ökas till 15 milj kr jämfört med att det minskas till 5 milj kr? *Ja, möjli-*

⁶ Möjligen bör emellertid ett beslut om minskad export inte innebära att *redan utförda* motköp skall gå tillbaka, i varje fall inte om motköpsvarorna redan har levererats till västföretaget. Det kan därför vara av vikt för västföretaget att se till att motköpsfristen inte löper ut innan exporten skall ha slutförts. Jfr kap 7 vid not 5 samt kap 9 vid not 59.

⁷ Om man däremot utgår från att parterna avtalat om ett fast belopp, blir det svårt att motivera förefintligheten av procentangivelsen.

gen. När exporten ökas till 15 milj kr är det nämligen inte säkert att ökningen bör ses som en ökning av det exportkontrakt till vilket motköpskontraktet är knutet. I stället kan ökningen mycket väl vara att betrakta som ett nytt enskilt exportavtal på 5 milj kr, och i så fall kan det ju inte finnas någon grund för att öka motköpsförpliktelsen.⁸ Motsvarande resonemang kan däremot inte anläggas för det fall att exporten minskas. Då är det normalt i stället fråga om samma exportkontrakt⁹ men med en mindre volym.¹⁰ Det är dock möjligt att detta är ett alltför teoretiskt sätt att se på saken. I vart fall torde en presumption för att motköpssumman inte skall höjas i samma mån som exporten vara relativt svag.

Hittills har jag hela tiden utgått ifrån att den enda uttryckliga kopplingen i de bägge kontrakten återfinns i samband med bestämmandet av motköpens storlek. Det förekommer dock att man i motköpskontraktet även annorledes — oftast i slutet av kontraktet — ytterligare hänvisar till exportkontraktet.

Ett uttryck som jag stött på är att motköpskontraktet är ”*oberoende*” av exportkontraktet. Vad som åsyftas med denna formulering är väl inte helt klart. Möjligen menas endast att *exportkontraktet inte skall påverkas* av vad som händer med motköpsförpliktelsen. I så fall skulle uttrycket oftast sakna juridisk betydelse, eftersom det sagda normalt gäller även utan ett sådant uttryck.

Det är väl emellertid tänkbart att formuleringen även bör tolkas som att *motköpskontraktet inte skall påverkas* av ändringar avseende exportkontraktet. *När motköpens storlek fastställts med en procenthänvisning, eller en sådan i kombination med ett fast belopp, synes mig dock fortfarande den mest naturliga tolkningen vara att motköpskontraktet skall påverkas av exportkontraktet.* Presumtionen för detta är väl emellertid inte lika stark som när detta uttryck saknas.

En annan förekommande formulering är att motköpskontraktet skall ses som en ”*integral part*” av exportkontraktet (se bilaga 1). *Den grammatiska innebörden av detta uttryck är väl i princip att de bägge*

⁸ Annorlunda om det i det nya avtalet tex skrivs: ”Med ändring av . . . (det tidigare avtalet)”. I det fallet bör även motköpens volym ändras uppåt.

⁹ Detta kan förklaras med den juridiska satsen ”majus includit minus” det större (10 milj kr) innefattar det mindre (5 milj kr).

¹⁰ Om man i stället menade att det är fråga om ett helt nytt avtal, måste det i så fall innebära att det gamla avtalet helt upphört att gälla. Västparten skulle i så fall kunna hävda att den inte längre har några motköpsförpliktelser alls, vilket ju knappast kan vara rimligt.

kontrakten skall anses utgöra ett och samma avtal. En sådan tolkning — som torde kunna presumeras vara den riktiga — måste ge samma resultat som när parterna använt sig av endast ett kontrakt. Se kap 8.3 om rättsverkningarna därav. Det är emellertid även tänkbart att avsikten med ett sådant uttryck endast varit att betona att motköpsförpliktelsen skall ändras i den mån ändringar sker med exportavtalet.

8.2.2 Kontrakten föreskriver olika valutor

En situation som till viss del liknar den när parterna kommer överens om att ändra exportens volym kan uppkomma i det inte ovanliga fallet att *exporten och motköpen enligt avtalet skall betalas med olika valutor*.¹¹

Antag t ex att västföretaget skall exportera varor för 5 milj dollar och att det enligt motköpskontraktet skall göra motköp för 20% av exportvolymen. Om även motköpen skall betalas i dollar är det klart att motköpsvolymen uppgår till 1 milj dollar. Om den föreskrivna *motköpsvalutan* nu i stället är svenska kr, och en dollar är värd 8 kr, föreskriver motköpskontraktet på något av de sätt som angivits i kap 8.2.1 rimligen att den totala köpesumman är 8 milj kr. Frågan uppkommer nu huruvida en kursförändring skall innebära motsvarande förändring av motköpssumman eller om den skall stå fast.

Rent principiellt föreligger här samma situation som när exportvolymen ändrats såtillvida att den (i motköpskontraktet angivna) storleksmässiga relationen mellan export- och motköpsvolymen har ändrats. En möjlig lösning är också att bedöma situationen på samma sätt som i det fallet.¹²

Enligt min mening bör dock normalt motköpsvolymen inte påverkas av en dylik kursförändring. I och för sig medför kursförändringar att realvärderelationen mellan motköp och export ändras, och visserligen innebär en procenthänvisning i motköpskontraktet att motköpens volym skall anpassas så att den motsvarar en viss andel av exporten. Detta utesluter emellertid inte på något sätt att parterna avsett att de valutakurser som legat till grund för det i motköpskontraktet angivna

¹¹ CP-conference, s 55. När motköpsförpliktelsen endast är bestämd genom en procenthänvisning till exportkontraktet, saknas uttrycklig bestämmelse om motköpens valuta. Motköpen bör då naturligen betalas med samma valuta som exporten. Jfr kap 7 efter not 3.

¹² Här bör dock i så fall ingen skillnad göras mellan en kursuppgång och en kursnedgång för motköpsvalutan.

beloppet skall vara fasta. Här ligger inte heller något större risktagande än vad som är vanligt vid internationella köpeavtal.

Det förekommer att parterna tar in en s k *valutaklausul* i avtalet, i vilken denna fråga uttryckligen regleras. Man kan därvid tänka sig antingen en föreskrift om att motköpsvolymen skall påverkas av kursförändringar eller också att den skall baseras på valutakurserna ett visst datum (t ex kontraktsdagen).

8.2.3 Exportkontraktet häves

Vad händer med motköpsförpliktelsen när exportkontraktet häves? Nedanstående framställning utgår från att den ena parten begått ett kontraktsbrott, vilket berättigat motparten att häva avtalet,¹³ samt att parterna i avtalet inte uttryckligen reglerat denna situation. (Jag har för övrigt aldrig stött på en sådan reglering i ett motköpsavtal.)

Man kan tänka sig tre olika rättsverkningar med avseende på motköpskontraktet av att någon av parterna häver exportkontraktet:

1. Motköpsförpliktelsen upphör. Detta kan ske antingen (a) genom att motköpskontraktet anses omfattas av hävningen eller — om detta inte är fallet — (b) genom att exportens storlek genom hävningen anses vara noll och att även motköpsåtagandets storlek därigenom blir noll p g a motköpens volymmässiga relation till exporten (se kap 8.2.1).

2. Motköpsförpliktelsen kvarstår oförändrad.

3. Den hävande parten har rätt att välja huruvida även motköpsförpliktelsen skall inkluderas i hävningen. Detta skulle normalt leda till att motköpsförpliktelsen upphör vid västföretagets hävning, men kvarstår när det är östparten som häver. Som konstaterats i inledningen till detta kapitel föredrar nämligen västparten normalt total hävning, medan östparten vill att själva motköpsförpliktelsen skall bestå.

Inledningsvis är det här lämpligt att redogöra för hur skadeståndsberäkningen i samband med exportens hävande påverkas av de ovan nämnda varianterna. Låt oss utgå från följande mycket schematiska exempel:

Ett väst- och ett östföretag har ingått ett exportkontrakt på 10 miljoner kr. I samband därmed undertecknades även ett motköpskontrakt på 5

¹³ När i denna studie talas om hävning avses alltid en *berättigad* hävning.

milj kr. Västföretagets handelsvinst på exportkontraktet beräknas till 3 milj kr. Däremot antas det förlora 1 milj kr på motköpskontraktet.¹⁴ Östföretaget, å andra sidan, beräknas tjäna 2 milj kr genom motköpen.

Nu skall först antagas att *västparten* häver exportkontraktet. Mycket kortfattat kan huvudprincipen vid skadestånd i samband med hävning sägas vara att den hävande parten skall försättas i samma ekonomiska situation som om motparten aldrig hade brutit mot avtalet. I detta fall är den normala utgångspunkten att västparten skall ersättas för den förlorade handelsvinst som den uteblivna prestationen inneburit.¹⁵

Om även motköpsförpliktelsen skall anses omfattas av hävningen, har västföretaget dels förlorat 3 milj kr genom att exporten inte blev av och dels tjänat 1 milj kr eftersom motköpsförpliktelsen upphört. Västföretaget skall därför erhålla 2 milj kr i skadestånd från östparten, vilket motsvarar västpartens nettoförlust. (Här och i nedanstående beräkningsexempel bortses från kostnader i samband med hävningsförfarandet.)

Också för det fallet att motköpsförpliktelsen inte omfattas av hävningen men p g a procesthänvisningen i motköpskontraktet ändå anses upphöra, torde resultatet bli detsamma. Trots att hävningen här endast omfattar exporten, måste nämligen motköpsförpliktelsens upphörande — och de ekonomiska konsekvenser som upphörandet medfört — anses stå i sådant adekvat orsaksförhållande till hävningen att den enligt min mening ändå skall beaktas vid skadestandsberäkningen. Om inte exporten hävts, hade ju motköpsförpliktelsen kvarstått som tidigare.

Om motköpsåtagandet däremot skall vara opåverkat av hävningen av exportkontraktet skall skadeståndet uppgå till 3 miljoner kronor. Detta motsvarar ju den förlust som västföretaget i så fall kommer att lida.

När *östföretaget* är den hävande parten anses det ha rätt till ersättning motsvarande den förlust det skulle göra genom att köpa motsvarande varor från annat håll, s k täckningsköp.¹⁶ Vi antar att ett sådant

¹⁴ Det normala är att motköpen sedda för sig medför förluster för västföretaget (se kap 3 vid not 8) främst genom att varorna säljs vidare till ett pris understigande inköpspriset. Dessutom uppkommer ofta kostnader för lagring, frakt samt eventuellt ersättning till handelshus som förmedlat vidareförsäljningen.

¹⁵ Almén, § 25 vid not 55 ff.

¹⁶ Almén, § 25 vid not 139 ff.

köp här skulle kosta östparten 12 miljoner kronor. (Jämfört med 10 miljoner kronor i det hävda kontraktet.)

Om motköpsförpliktelsen anses ha upphört i samband med hävningen, medför denna dels en förlust på 2 miljoner kronor p g a täckningsköpet och dels en förlust på 2 miljoner kronor p g a de uteblivna motköpen. Västparten är alltså i detta fall skyldig att erlægga 4 miljoner kronor i skadestånd.

Om å andra sidan motköpsåtagandena anses gälla även efter hävningen, skall skadestånd utgå med 2 miljoner kronor. Detta motsvarar ju i så fall den förlust som östparten lidit i anledning av kontraktsbrott.

Ovan nämnda skadeståndsexempel har visat att den hävande parten till slut — i varje fall i teorin — uppnår samma ekonomiska resultat oavsett om motköpsförpliktelsen upphör vid en hävning av exportkontraktet.

Däremot blir beräkningen och bevisningen av skadeståndet betydligt mer komplicerade om motköpsåtagandet skulle upphöra. Särskilda svårigheter medför det att, när västparten häver, beräkna den förlust som ett genomförande av motköpen skulle medföra för denna.

Som utgångspunkt för ett fortsatt resonemang kan därför konstateras att det med hänsyn endast till skadeståndsberäkningen torde vara lämpligast att motköpsförpliktelsen *inte* skall påverkas av en hävning av exportkontraktet.

Nu skall undersökas vilka köprättsliga och övriga förmögenhetsrättsliga regler som finns beträffande liknande situationer som den nu aktuella.

För att en förpliktelse skall omfattas av hävningen av en annan förpliktelse krävs normalt att de bägge *förpliktelserna regleras i samma avtal*.¹⁷ Ett undantag från denna regel är när kontraktsbrottet avseende den ena förpliktelsen ger borgenären befogad anledning att anta att ett motsvarande kontraktsbrott är att vänta även beträffande den andra förpliktelsen.¹⁸ Ett annat undantag stadgas uttryckligen i 8:23 6 p JB, där en arrenderätt förverkas när arrendatorn gör sig skyldig till ett kontraktsbrott mot ett annat avtal än arrendeaftalet och detta är av synnerlig vikt för jordägaren.

Vid motköpsaffärer används oftast två skriftliga kontrakt. Den avgörande frågan är dock inte avtalets utformning. Det är i princip

¹⁷ Christensen, s 75.

¹⁸ Sk anteciperat kontraktsbrott. Almén, § 22 vid not 23 a.

fullt möjligt att bedöma två skriftliga kontrakt som ett avtal.¹⁹ Efter-
som det funnits ett ömsesidigt beroende mellan de bägge kontraktens
tillkomst, skulle det i motköpsfallet möjligen kunna hävdas att det i
själva verket existerar ett underförstått "ramavtal" som inkluderar
bägge kontrakten. I så fall kan påstås att hävningen egentligen rörde
hela "ramavtalet". Därigenom skulle kravet på att förpliktelserna
skall härröra från samma avtal vara uppfyllt.²⁰ Det troliga är emeller-
tid att de bägge kontrakten enligt svensk rätt normalt är att betrakta
som härrörande från två separata avtal.

Även om det är fråga om *ett* avtal är det emellertid inte säkert att en
hävning av exporten kan omfatta även motköpen.

Rättsläget är inte klart, men det synes som om en generell regel är att
bägge prestationerna kan hävas *när det länder den hävande parten till
förfång att endast få häva den ena prestationen*.²¹ Viss hänsyn bör väl
emellertid tas även till vilket alternativ som skulle te sig förmånligast
för motparten.

När det är fråga om ett *köpeavtal som omfattar två olika varuslag*,
får en hävning normalt endast ske beträffande den del av avtalet som
berörs av kontraktsbrottet. Endast när de bägge varorna har ett
*sammanhang*²² och det annars skulle vara till hävande partens *förfång*
får *hela* avtalet hävas.²³

*Sammanhangs- och förfångsrekvisiten kan sägas vara uppfyllda när
värdet av de enskilda varorna sedda var för sig understiger det värde
dessa har om de betraktas som en enhet*. Antag t ex att någon köper en
specialbyggd segelbåt samt ett antal extrasegel till denna, och att
endast seglen levereras. Här måste nämnda rekvisit normalt vara upp-
fylld. Man kan nämligen förutsätta att seglens värde är högre tillsam-
mans med båten jämfört med att de betraktas för sig.

Motköpsaffärer liknar till viss del köp av olika varuslag. Skillna-
derna kan främst sägas bestå i att den ena prestationen — motköps-

¹⁹ För definition av "kontrakt", se kap 4 not 1.

²⁰ Som nämnts i kap 4 not 5 händer det att parterna vid avtalsstillfället begagnar sig av
ett uttryckligt "ramavtal", i vilket förhållandet mellan export- och motköpsförpliktel-
serna behandlas. I det fallet torde ramavtalets lydelse normalt vara avgörande för vad
som gäller.

²¹ Rodhe, § 38 vid not 11.

²² Christensen använder det mer adekvata uttrycket "funktionellt orsakssamband".

²³ Christensen, s 74 f, Rodhe, § 38 vid not 8 f samt Almén, Tillägg till §§ 42 och 43 vid
not 60 ff. Jämför även reglerna om successiv leverans, t ex i 22 § köplagen.

förpliktelsen — inte är ett köp (utan ett föravtal), och att de bägge prestationerna i motköpssituationen sker i motsatta riktningar. I motköpsfallet finns det visserligen ett samband mellan export- och motköpskontrakten, såtillvida att det för ena avtalets ingående krävts att det andra skulle ingås och tvärtom. Detta är ju emellertid *knappast ett funktionellt samband*²⁴ utan snarare ett orsakssamband. Kravet på ett funktionellt samband och förfång kan väl knappast någonsin vara uppfyllt vid motköpsaffärer eftersom de olika varuflödena går åt motsatta håll.

En strikt analogi med köprättens regler skulle alltså innebära att en hävningsrätt i anledning av ett kontraktsbrott vad gäller exporten inte innefattar en hävningsrätt av motköpsförpliktelsen.

Å andra sidan uppvisar motköpsavtalen i det här fallet såpass säregna drag att lämpligheten av en sådan analogi kan ifrågasättas. Bl a är ju det ovan nämnda orsakssambandet mellan de bägge prestationerna så gott som alltid för handen vid motköpsaffärer. Vid vanliga köpeavtal om olika varutyper är detta samband inte alls lika givet. Man skulle därför möjligen kunna hävda att eftersom västparten aldrig enbart hade ingått motköpskontraktet, skulle det trots allt vara rimligt att även det omfattades av exportkontraktets hävande. Detta resonemang snuddar vid den s k *förutsättningsläran*. Den innebär att om en förutsättning för ett avtal (här: att exporten uppfylles) visar sig felaktig, avtalet kan under vissa förutsättningar anses ogiltigt. Dels skall motparten ha insett förutsättningen och dels skall densamma efter en lämplighetsprövning anses vara bättre skickad att bära risken för den bristande förutsättningen.²⁵ När det är västföretaget som hävt exportavtalet kan man ju tycka att riskansvaret bör ligga hos östparten, som genom ett kontraktsbrott orsakat hävningen. Mot detta resonemang kan dock invändas att förutsättningen knappast var att exportavtalet skulle uppfyllas, utan snarare att redan ingåendet av exportavtalet skulle få de beräknade ekonomiska effekterna. *Den* förutsättningen lär ju inte brista eftersom västföretaget har rätt till skadestånd.²⁶

En annan tänkbar möjlighet är att hävningen visserligen endast skall omfatta exportkontraktet, men att motköpsförpliktelsen *p g a dess volymbestämmning* skall reduceras till noll. (Se 1 b s 56 ovan). En sådan

²⁴ Jämför not 22.

²⁵ Adlercreutz, s 216 ff.

²⁶ För det i praktiken sällsynta fallet att exportkontraktet är att betrakta som *ogiltigt*

lösning skulle medföra samma resultat som om hävningen även skulle anses omfatta motköpskontraktet. Antag t ex att motköpskontraktet stadgar att motköpen skall uppgå till 20% av exporten och att exportavtalet hävs. Bör då inte motköpsförpliktelsen upphöra, på samma sätt som när parterna överenskommit om att annullera exporten? Detta är långt ifrån givet. Vid hävningsfallet kompenseras nämligen den hävande parten, så att han sätts i samma ekonomiska situation som om exportavtalet rätteligen hade fullgjorts. Hävningens effekt brukar ej heller anses vara att avtalet upphört, utan i stället att naturaprestationen inhiberats.²⁷ Resonemanget torde därför enligt min mening inte hålla.

Den hittills förda diskussionen kan sammanfattas enligt följande: Med hänsyn taget endast till skadeståndsberäkningen är det lämpligast att motköpen inte påverkas av exportens hävning.

Även en analogi med köplagen talar mot att en total hävning skall ske, särskilt om de bägge prestationerna skall anses härröra från två olika avtal.

Möjligheterna till en total hävning torde däremot vara större om man i stället ser till den generella regeln om den hävande partens förfång. Särskilt när det är västparten som hävt exporten skulle det kunna hävdas att det är denne till förfång att vidbliva motköpsförpliktelsen. Motköpens utförande betraktas allmänt som krångligt och riskfyllt och även om man vid en total hävning måste ta med den uteblivna förlusten från motköpen i skadeståndsberäkningen, torde detta kännas tryggare för västparten än att fortfarande vara bunden av motköpsåtagandet. Det kan väl också ofta anses vara rimligt att västparten löses från vidare affärsförbindelser när motparten begått ett väsentligt kontraktsbrott, särskilt som motköpsförpliktelsens natur kräver att parterna har stort förtroende för varandra.

Situationen kompliceras emellertid ytterligare eftersom det är möjligt att exporten respektive motköpsåtagandet bygger på två separata avtal. Om så är fallet ligger det närmare till hands att motköpen inte får inkluderas i hävningen. Enligt Christensen tycks emellertid denna fråga ofta inte vara av avgörande betydelse, då en bestämning av

— t ex p g a undertecknares bristande behörighet — men att samma ogiltighetsgrund inte kan åberopas angående motköpskontraktet, torde förutsättningsläran däremot med framgång kunna åberopas för att även det senare kontraktet skall anses vara ogiltigt. Här föreligger nämligen normalt ingen skadestånds rätt för västföretaget.

²⁷ Se t ex Rodhe, § 37 vid not 28 ff.

avtalsförhållandet inte sällan görs utifrån vad som anses lämpligt just med tanke på verkan av en företagen hävning.²⁸

Allt sammantaget bör enligt min mening den hävande parten — oavsett om det är öst- eller västföretaget — ha möjlighet att endast häva exporten och att låta motköpsförpliktelsen vara opåverkad. Denna möjlighet torde utnyttjas av östparten när det är västföretagets kontraktsbrott som orsakat hävningen.

Frågan är däremot huruvida parterna, om de så önskar, har rätt att även häva motköpsåtagandet. *Rättsläget är oklart, men med tanke på vad som ovan anförts anser jag det inte vara uteslutet att en sådan möjlighet trots allt föreligger.* Västföretaget skulle alltså i så fall kunna komma ifrån motköpsförpliktelsen i samband med att det häver exportkontraktet.

När motköpsavtalet reglerar ett produktåterköp är det däremot givet att motköpsförpliktelsen upphör vid en hävning av exporten. Motköpsvarorna skulle ju här produceras med hjälp av exportprodukterna. Ett annat — sällan förekommande — fall när motköpsåtagandet bör upphöra är när västföretaget häver exporten p g a östpartens kontraktsbrott och denna kan åberopa force majeure. Östparten undslipper nämligen i allmänhet skadeståndsansvar i detta fall.²⁹ Om motköpsförpliktelsen skulle bestå samtidigt som västparten inte skulle få någon ekonomisk kompensation för den uteblivna exporten, skulle ju hävningen innebära en ekonomisk förlust för densamma. Problemet är dock i princip endast teoretiskt. Det är nämligen ytterst ovanligt att en betalningsskaldenär (här: östparten) kan åberopa force majeure.³⁰

Det skall än en gång betonas att ovanstående resonemang är baserat på ett typiskt motköpskontrakt under typiska förutsättningar. I kap 8.2.1 nämndes de bägge uttrycken ”oberoende av” och ”integral part”. Som redan då konstaterats är de vaga och obestämda, men så mycket kan sägas att ”oberoende av” medför en mindre sannolikhet för att även motköpen skall påverkas samt att användandet av uttrycket ”integral part” torde få en motsatt effekt.

I detta kapitel har diskuterats västpartens möjlighet att komma

²⁸ Christensen, s 75 not 2.

²⁹ Jämför 24 § köplagen.

³⁰ Almén, § 30 vid not 6 b ff.

ifrån motköpsåtagandet genom att det omfattas av en hävning av exportåtagandet. En annan fråga är huruvida västparten kan bli kvitt motköpsförpliktelsen genom att erlægga i kontraktet stipulerade böter. Den frågan kommer att behandlas i kap 9.3.5.

8.3 Annorlunda om endast ett kontrakt?

Hittills har förutsatts att export- och motköpsförpliktelsena reglerats i två separata kontrakt, ett exportkontrakt och ett motköpskontrakt. Detta är det vanligaste tillvägagångssättet vid motköpsaffärer.³¹ Det förekommer emellertid även att parterna i exportkontraktet har med en motköpsklausul eller motköpssektion i stället för att skriva ett separat motköpskontrakt. Nedan skall undersökas huruvida en sådan reglering uppvisar några juridiska skillnader med avseende på bindningsproblematiken.

Generellt kan väl sägas att när avtal om flera prestationer — t ex köp av olika varuslag — reglerats i ett och samma kontrakt, är sannolikheten större för att parterna avsett att prestationerna skall behandlas som en enhet.

Vid motköpsaffärer kan man tänka sig olika anledningar till varför parterna valt att använda sig av ett respektive två kontrakt. En faktor som kan spela in är det omfång regleringen av motköpsåtagandet fått. Att den endast upptar några meningar skriven text kan ha varit det enda skälet för parterna att, utan att i övrigt ha funderat över frågan om ett eller två kontrakt, skriva in åtagandet i exportkontraktet. En mer utförlig motköpsreglering kan på samma sätt ha varit orsaken till att två kontrakt valts. I dylika fall, när valet endast berott av utformningstekniska skäl, torde det vara av mindre betydelse huruvida ett eller två kontrakt använts.

Ofta kan man dock anta att andra skäl legat bakom valet. Typiskt sett kan västparten ha velat använda två kontrakt för att få exporten opåverkad av motköpen, eller ett kontrakt för att motköpsförpliktelsen skall påverkas av exporten. Östparten kan å andra sidan ha föredragit en reglering med två kontrakt för att motköpen inte skall påverkas av exporten, eller ett kontrakt för att exportförpliktelsen skall påverkas av händelser med motköpen. Det kan därför vara svårt att finna någon gemensam partsavsikt med att använda ett respektive två

³¹ Se kap 4.

kontrakt; om t ex ett kontrakt används, kan ju västparten antas hävda att syftet var att motköpen skall påverkas av exporten, medan östparten kan påstå att avsikten var att exporten skall påverkas av motköpen.

Utgångspunkten bör enligt min mening likväl vara att sannolikheten för att prestationerna påverkar varandra är större när de reglerats i ett och samma kontrakt än när de reglerats separat.

8.3.1 Motköpens inverkan på exporten

För det fall att motköpsaffären är reglerad i två kontrakt har ovan sagts att exportkontraktet normalt inte skall påverkas av vad som händer med uppfyllandet av motköpsförpliktelsen.

Den slutsatsen har motiverats med fyra argument:

1. Den tycks överensstämma med den sedvanemässiga uppfattningen.
2. Det är trots allt fråga om två separata kontrakt och motköpskontraktet är inte någonstans nämnt i exportkontraktet.
3. En annan lösning skulle vara opraktisk eftersom exportkontraktets förpliktelser oftast redan är uppfyllda vid tiden för brottet mot motköpskontraktet.
4. Parterna har normalt i motköpskontraktet genom en bötesklausul ”internt” reglerat vad som skall gälla vid kontraktsbrott.

Den andra punkten kan givetvis inte åberopas när det är fråga om endast ett kontrakt. Enligt en analogi med reglerna om köp av olika varuslag krävs dock att sammanhangs- och förfångsrekvisiten skall vara uppfyllda för att en hävning skall gälla bägge prestationerna även om dessa reglerats i endast ett kontrakt. Jfr motsvarande resonemang i kap 8.2.3. Inte heller här torde dessa rekvisit kunna uppfyllas.

Punkterna 3 och 4 torde äga samma relevans här som när motköpsaffären reglerats med två kontrakt. Det bör påpekas att en separat bötesklausul som endast reglerar dröjsmål med *motköpen* normalt används även när endast ett kontrakt brukas.

Huruvida det har utvecklats någon sedvänja som innebär att motköpen normalt inte skall påverka exporten är väl inte helt klart. Så mycket kan dock sägas, att västparten oftast avsett en sådan lösning. Det skulle nämligen medföra orimligt stora risker för denna om exporten skulle kunna hävas p g a att motköpsförpliktelsen inte uppfyllts på rätt sätt.

Av ovan anförda skäl bör exporten i regel inte påverkas av kon-

traktsbrott i fråga om motköpen även när de bägge förpliktelserna är reglerade i samma kontrakt.

8.3.2 Exportens inverkan på motköpen

I kap 7.2.1 har konstaterats att ett separat motköpskontrakt normalt påverkas av att parterna beslutar sig för att *minska* exportens volym. Det är givet att *detsamma måste gälla även när exporten och motköpen reglerats i samma kontrakt*.³² Sambandet mellan de bägge prestationerna är ju snarare större i det här fallet.

Vid en *ökning* av exportvolymen är det oklart vad som skall gälla när två kontrakt används. Enligt min mening kan man inte heller vid användandet av ett kontrakt ta för givet att motköpssumman skall höjas i motsvarande mån som exportvolymen. *En sådan lösning är emellertid mer sannolik här än när de bägge prestationerna regleras i separata kontrakt.*

För det fallet att exporten respektive motköpen reglerats med olika valutor (se kap 7.2.2) torde det inte göra någon skillnad huruvida ett eller två kontrakt används.

När två kontrakt används har konstaterats att det inte är klart huruvida motköpen skall påverkas av en *hävning* av exporten (se kap 8.2.3). Bägge parter torde dock ha rätt att endast häva exporten. Möjligen kan de dessutom inkludera motköpsförpliktsen i hävningen. Det avtalsmässiga sambandet mellan de bägge förpliktelserna är i allmänhet starkare när de regleras i samma kontrakt. Inte heller i det fallet torde emellertid sammanhangs- och förfångsrekvisiten vara uppfyllda. Dessutom äger de praktiska argumenten om skadeståndsberäkningen samma relevans här som när det är fråga om två kontrakt. *Det är därför mycket möjligt att en hävning av exportkontraktet inte innebär att motköpsåtagandena upphör trots att de bägge prestationerna reglerats i samma kontrakt. Sannolikheten för att motköpsåtagandet skulle påverkas torde dock vara något större än när två separata kontrakt används.*

8.4 Sammanfattande synpunkter

Av detta kapitel har framgått att exportkontraktet i regel inte påverkas av händelser med motköpskontraktet. Däremot påverkas ofta mot-

³² Här torde sannolikheten vara större för att motköpskontraktet skall påverkas också när motköpens volym endast bestämts med ett fast belopp.

köpskontraktet av exporten. Denna skillnad stämmer väl överens med den (åtminstone i väst) allmänna uppfattningen att exportkontraktet är att bedöma som "huvudkontrakt" och att motköpskontraktet är subsidiärt i förhållande till detta.

Särskilda problem uppkommer vid frågan huruvida motköpskontraktet skall påverkas av en hävning av exportkontraktet. I kap 8.2.3 har föreslagits att den hävande parten har rätt att endast häva exportkontraktet. Det är också möjligt att en rätt att även häva motköpskontraktet föreligger. Denna rätt torde i så fall normalt utnyttjas av västparten. Det måste emellertid sägas att rättsläget inte är helt klart, samt att ovan nämnda slutsatser lätt kan rubbas i det enskilda fallet, t ex beroende på sambandet mellan motköps- och exportprodukterna, avtalets utformning etc.

Huruvida motköpsaffären är reglerad i ett eller två kontrakt bör enligt min mening ofta inte ha någon *avgörande* betydelse. Däremot torde väl användandet av ett kontrakt generellt sett innebära en viss ökning av sannolikheten för att de bägge prestationerna skall påverka varandra.

Det skall slutligen påminnas om att ovanstående slutsatser är baserade på svensk rätt och att den svåra frågan om bindningen mellan de bägge prestationerna mycket väl kan bedömas annorlunda i andra rättssystem, kanske speciellt i öststaterna. För västpartens del torde det därför vara lämpligast att reglera affären i två separata kontrakt. Därigenom minskas risken att exporten på något sätt skall påverkas av händelser med motköpen (vilket av västparten normalt anses som viktigare än att motköpsförpliktelsen inte påverkas av händelser med exporten).

Det säkraste sättet att veta vilken ömsesidig påverkan de bägge prestationerna har är emellertid att klart och uttryckligen reglera detta i kontraktet. Finns en sådan reglering bör det för frågan om bindningen inte spela någon roll alls huruvida affären reglerats med ett eller två kontrakt.³³ Exportkontraktets inverkan på motköpskontraktet kan lämpligen regleras i en force-majeureklausul i det senare kontraktet, se kap 8.4.

³³ Det har inte någon betydelse huruvida detta regleras i export- eller motköpskontraktet. Det är väl emellertid ofta lämpligast att medtaga en sådan bestämmelse i motköpskontraktet.

9 Dröjsmål med uppfyllande av motköpsförpliktelsen. Hävning, skadestånd, bötesklausuler etc

9.1 Inledning

När motköpsfristen löpt ut har västföretaget normalt köpt varor motsvarande det i motköpskontraktet föreskrivna beloppet. Det är dock inte ovanligt att de gjorda motköpen ej motsvarar motköpsbeloppet eller t o m att inga motköp alls har gjorts. Rättsläget vid en sådan situation kan vara av två olika slag.

1. I kap 7.2 har sagts att motköpsåtagandet normalt utgörs av en plikt för västparten att *beställa* varor. Motköpsförpliktelsen skall därför betraktas som uppfylld om västparten beställt varor i enlighet med motköpskontraktets föreskrifter även om något köp inte kommit till stånd p g a att östparten inte velat sälja de beställda varorna. Östparten får så att säga "skylla sig själv". På samma sätt bör situationen bedömas i andra fall när det är östpartens "fel" att några köp inte kom till stånd. Som exempel kan nämnas att östföretaget krävt ett alltför högt pris.

2. Västparten har inte uppfyllt sin förpliktelse och är alltså i *dröjsmål*.¹

Det är detta senare fall som skall diskuteras i föreliggande kapitel. Dylika situationer brukar i motköpskontrakt oftast regleras genom s k *bötesklausuler* (vitesklausuler). Detta kapitel kommer till stor del att behandla olika juridiska problem som sådana klausuler kan ge upphov

¹ För det fall att motköpsförpliktelsen i stället skall tolkas som en plikt att *köpa*, och ej bara betälla, varor (se t ex kap 7.2 om när kontraktet uttryckligen stadgar att motköpsvarorna skall ha betalats) är läget formellt sett ett annat. Västparten har då nämligen inte heller uppfyllt motköpsåtagandet under punkt 1 ovan. Resultatet torde å andra sidan bli detsamma. Västparten kan nämligen hävda att förpliktelsens uppfyllande varit *omöjligt* p g a att östparten inte accepterat att sälja, och att *förpliktelsen därigenom kommit att upphöra*, se t ex Rodhe, § 30 vid not 17 och 20.

till (kap 9.3). Dessförinnan skall dock redogöras för vad som gäller när ett motköpskontrakt *saknar* en bötesklausul och frågan om påföljder för dröjsmål inte heller i övrigt är reglerad i kontraktet (kap 9.2). Förutom att detta fallet i sig har ett intresse — eftersom trots allt inte alla kontrakt har en sådan klausul — underlättar en sådan redogörelse förståelsen av bötesklausulens syfte och funktion. Som senare skall visas är det dessutom inte helt säkert att en bötesklausul exklusivt skall reglera en dröjsmålsituation. I kap 9.4 skall slutligen något nämnas om sk force-majeure-klausuler.

Inledningsvis må här påminnas om att västs *exportkontrakt* vid motköpsaffärer normalt är att bedöma som fristående från själva motköpskontraktet.² Därför bör *de frågor som uppkommer i samband med ett västföretags dröjsmål med uppfyllandet av motköpsförpliktelsen, besvaras endast med ledning av motköpskontraktet och de regler som är tillämpliga på detta.*³

När någon av parterna i *ett köpeavtal* är i dröjsmål med sin förpliktelse disponerar motparten över flera olika påföljder. För det första kan han *kräva köpets fullgörande*. För det andra kan han ofta *häva köpet*. Dessa påföljder kombineras i allmänhet med *skadestånd*. Vad gäller kravet på köpets fullgörande har emellertid säljaren i stället rätt till *dröjsmålsränta* vid köparens dröjsmål.

Dessa regler är i stort sett uttryck för allmänna rättsgrundsatser om förmögenhetsrättsliga avtal. Av den anledningen skall de tjäna som utgångspunkt för den följande genomgången av påföljder som östparten kan göra gällande vid västföretagets dröjsmål med motköpsförpliktelsen.

9.2 Bötesklausul saknas

9.2.1 Har östparten rätt att kräva prestationens uppfyllande?

När västparten är i dröjsmål kan bägge parterna komma överens om att motköpsförpliktelsen ändå skall uppfyllas. Här skall emellertid undersökas huruvida östparten har någon *rätt* att kräva att västparten skall uppfylla förpliktelsen när väl motköpsfristen löpt ut.⁴

² Se kap 8.1.

³ Exportkontraktet kan dock ha betydelse i egenskap av tolkningsdatum för motköpskontraktets innebörd.

⁴ I vad mån en sådan rätt föreligger även för västparten skall behandlas i samband med frågan om hävning (kap 9.2.2).

Östföretaget⁵ är givetvis oförhindrat att förklara att det fortfarande önskar förpliktelsens fullgörande. För att en sådan rätt inte bara skall vara ett tomt begrepp krävs dock att någon rättsverkan är knuten till en sådan förklaring.⁶ För motköpsavtalets del skulle det här kunna bli fråga om två olika rättsverkningar, dels *skadestånd*⁷ och dels möjlighet att *framtinga prestationen med exekutiv myndighets hjälp*. När nedan talas om rätt till fullgörande menas att åtminstone en av dessa möjligheter står till buds för östföretaget.

Huvudregeln i svensk obligationsrätt är att borgenären normalt har rätt att fordra den försenade prestationens fullgörande. Bl a stadgas detta uttryckligen i köplagen för både köpare och säljare.⁸ Vissa förpliktelser omfattas emellertid inte av denna huvudregel. Här märks bl a arbetstagarens, syssломannens och arrendatorns förpliktelser.⁹ Detsamma gäller även vid tillverkningsavtal (t ex entreprenadavtal).¹⁰ I dessa fall har gäldenären i stället rätt att *komma ifrån sitt åtagande genom att en gång för alla ersätta motparten dennes skada*. Rodhe uttrycker saken så, att gäldenären har uppsägningsrätt förenad med skadeståndsskyldighet.¹¹ När ett motköpskontrakt saknar en bötesklausul talar mycket för att östparten normalt har en rätt att kräva förpliktelsens fullgörande. Både en analogi med köplagens regler och en tillämpning av den allmänna huvudregeln leder till en sådan lösning.

Det är emellertid inte helt omöjligt att västparten trots allt skall kunna bli kvitt förpliktelsen genom att erlägga ett engångsbelopp. Motköpsavtalet är liksom entreprenadavtalet av långsiktig och relativt riskfylld natur. Särskilt vid mycket obestämda avtal blir risken ofta betydande för västföretaget om det inte har möjlighet att komma ifrån

⁵ I kap 7.3 har nämnts att det förekommer att motköpen kan uppfyllas genom att varor köps från ett annat östföretag än det som importerat varor från västföretaget, s k "koppling". Även i det fallet är det dock det importerande östföretaget som är västpartens motpart i motköpskontraktet. Det är därför i regel gentemot detta företag som västparten är ansvarig för sitt dröjsmål med motköpsförpliktelsen.

⁶ Rodhe, § 32 vid not 2.

⁷ Skadeståndet skall *här* täcka borgenärens förlust p g a dröjsmålet (som kommer att nämnas i kap 9.2.3.1 är det emellertid inte helt uteslutet att dröjsmålsränta skall utgå i motköpsfallet i stället för skadestånd). Det skadestånd som utgår vid *hävning* täcker i stället förlusten för att prestationen helt uteblivit. Erläggande av skadestånd när borgenären kräver fullgörande fritar givetvis inte — som vid hävning — gäldenären från skyldigheten att fullgöra prestationen.

⁸ 21 och 28 §§ köplagen.

⁹ Rodhe, § 59 vid not 32 ff.

¹⁰ A st samt Wikander, s 336 ff.

¹¹ Rodhe, § 59 före not 4 och vid not 32 ff.

förpliktelsen på nämnda sätt. Det är därför möjligt att partsavsikten ofta varit att västparten skall kunna komma ifrån förpliktelsen genom att erlägga en engångsersättning. Det bör i detta sammanhang också nämnas att regeln om rätt att kräva uppfyllande i köplagen har utsatts för en hel del kritik. Främst har man frågat sig vilket syfte regeln har med tanke på att borgenären ändå normalt kan få sin förlust ersatt genom skadestånd.¹²

Det mesta talar nog ändå för att östparten enligt svensk rätt i allmänhet är berättigad att fordra förpliktelsens fullgörande i det avseendet att skadestånd utgår så länge inte förpliktelsen uppfyllts.

En annan fråga är huruvida västparten genom *exekutivt förfarande* skall kunna tvingas att verkligen uppfylla prestationen. Den exekutiva åtgärd som här i första hand kan tillgripas är att domstol eller kronofogdemyndigheten vid *vite*¹³ förelägger västparten att uppfylla prestationen.¹⁴ Denna möjlighet framgår av 16:12 och 2:15 UB. Bestämmelserna är emellertid vagt formulerade och ger den exekutiva myndigheten stor valmöjlighet att själv bestämma huruvida någon tvångsåtgärd skall vidtagas. I motiven föreskrivs att beslut i det enskilda fallet skall baseras på en prövning av lämpligheten och ändamålsenligheten av att prestationen tvingas fram.¹⁵

Sammanfattningsvis kan sägas att det är troligt att östföretaget kan kräva prestationens fullgörande och att det i samband därmed äger rätt till skadestånd för täckande av den skada som dröjsmålet orsakat. Detta innebär att västparten inte kan komma ifrån förpliktelsen genom att vid motköpsfristens slut ersätta östparten dennes skada.

Huruvida östparten även äger påkalla exekutiva tvångsåtgärder (*vite*) är mer osäkert.¹⁶

¹² Se t ex Fehr.

¹³ Detta vite är av *offentlighetsrättslig* karaktär och får ej förväxlas med en vitesklausul (eller bötesklausul) i ett *privaträttsligt* avtal (avtalsrättsligt vite). Det offentlighetsrättsliga vitet är statens påtryckningsmedel för att ett föreläggande (t ex i en dom) åtlids. Detta vite betalas till staten. Det avtalsrättsliga vitet är däremot en mellan parterna avtalad påföljd och erlägges till motparten.

¹⁴ Som jämförelse kan nämnas att de vanligaste åtgärderna beträffande köp är att saken hämtas (exhibition) vid säljarens dröjsmål samt att köpeskillingen utmätes vid köparens dröjsmål.

¹⁵ Prop 1980/81:8, s 799.

¹⁶ Man kan fråga sig varför man talar om en rätt att kräva förpliktelsens fullgörande när ett sådant krav endast är förenat med skadeståndsskyldighet och alltså inte med en möjlighet till exekutivt förfarande. I praktiken kan ju västföretaget då våga att uppfylla förpliktelsen. Visserligen kvarstår skadeståndsskyldigheten men en sådan skyldighet

9.2.2 Motköpskontraktet häves

En viktig dröjsmålspåföljd som östparten kan göra gällande gentemot västföretaget är att häva motköpskontraktet. Den omedelbara effekten av en hävning är att det hävda avtalets naturaprestation (-er) inte skall äga rum.¹⁷ I motköpsfallet innebär detta att motköpsförpliktelsen inte längre skall uppfyllas. I allmänhet medför en hävning dessutom att motparten skall ersätta den hävande partens skada p g a den uteblivna naturaprestationen.¹⁸

9.2.2.1 Dröjsmålets natur

Huvudregeln i svensk obligationsrätt är att det för hävning krävs att ett kontraktsbrott är av *väsentlig betydelse* för motparten.¹⁹ Enligt 21 och 28 §§ köplagen har motparten däremot såväl vid säljarens som vid köparens dröjsmål (vid handelsköp) rätt att häva köpet vid *varje dröjsmål*, dvs oavsett dröjsmålets storlek och den betydelse dröjsmålet har för den ”drabbade” parten. Här är alltså reglerna strängare.²⁰

Nu uppkommer frågan om köplagens strängare princip är analogt tillämplig på motköpsavtal. Ett starkt argument för en sådan analogi

föreligger ju även om någon rätt till uppfyllande ej finns, dvs när gäldenären äger säga upp avtalet. Det föreligger dock en skillnad mellan dessa bägge situationer. Antag att borgenären vid gäldenärens dröjsmål äger rätt att häva avtalet och att kräva förpliktelsens fullgörande. Någon möjlighet till exekutiva tvångsåtgärder föreligger emellertid inte. Antag vidare att dröjsmål uppstår och att borgenären väljer att kräva fullgörande, men att gäldenären även i fortsättningen vägrar uppfylla sitt åtagande. Till slut ger borgenären upp och häver avtalet. *Borgenären ges nu fördelen att få bestämma huruvida leveransdagen eller tidpunkten för hävningen skall ligga till grund för skadestandsberäkningen.* Detta är av vikt när prisförändringar beträffande prestationen sker mellan dessa två tidpunkter, se Rodhe, § 46 vid not 19—22.

¹⁷ Rodhe, § 37 före not 5.

¹⁸ Här bör inskjutas att bl a Rodhe visserligen inte använder termen ”hävning” beträffande ensidiga avtal (som det ju här är fråga om, se kap 6.1) Rodhe, § 37 vid not 2. Jag kan dock inte se några väsensskilda olikheter — varken med avseende på hävningsförloppet, hävningens orsaker eller dess rättsverkningar — mellan ömsesidiga avtal (t ex köp) och motköpsavtal, som i denna framställning motiverar en från hävningsbegreppet avvikande term.

¹⁹ Se t ex Rodhe, § 37 vid not 36.

²⁰ Det har dock påståtts att köplagens reglering inte avviker från huvudregeln eftersom varje dröjsmål vid handelsköp är att anse som väsentligt för motparten. Det är väl dock uppenbart att man även där kan finna dröjsmål som in casu inte är av väsentlig betydelse. Se Almén, § 2 vid not 199 och Christensen, s 66 (särskilt not 5).

är motköpsförpliktelseernas likhet med köpet. Å andra sidan är vid köpeavtal förpliktelseerna i regel väl preciserade. Motparten kan därför med fog i detalj planera för hur den i samband med köpets fullgörande erhållna prestationen skall disponeras. En köpare kan tex vidare sälja godset med leverans dagen efter den dag då han enligt kontraktet själv skall erhålla det. Det är därför lätt att förstå att även ett obetydligt dröjsmål ofta är av väsentlig betydelse för motparten (vilket ju har motiverat den strängare regeln i köplagen).

Vid motköpskontrakt gör sig emellertid detta argument inte alls gällande på samma sätt. Östparten vet ju ofta inte i förväg exakt när köpeavtalen skall ingås och inte heller vilka varor som skall säljas. Det måste därför vara riktigt att hävda att det inte typiskt sett är av samma stora betydelse att västparten uppfyller sina åtaganden i tid som vid motsvarande köpesituation. Härav torde man kunna sluta sig till att en analogi med köplagen normalt är för sträng och att *väsentlighetsrekvisitet således måste vara uppfyllt* för att östparten skall ha rätt att häva ett motköpskontrakt. En följd av detta väsentlighetskrav är att *västparten* kan sägas ha rätt att kräva att få fullgöra prestationen så länge dröjsmålet inte är väsentligt.

En annan fråga, som inte här skall göras till föremål för en djupare diskussion, är *när* väsentlighetskravet skall anses vara uppfyllt. Svaret måste givetvis variera från fall till fall.²¹ Generellt sett kan väl sägas att ju längre motköpsfrist, och ju mer obestämda motköpsvarorna är, desto större dröjsmål i tid räknat krävs det för väsentlighet. Om västparten skulle vilja köpa varor två veckor efter det att en tvåårsfrist löpt ut, torde väl dröjsmålet sällan vara att betrakta som väsentligt. Skulle förseningen i stället uppgå till två månader är presumtionen däremot kanske den motsatta.

9.2.2.2 Partiell hävning

Ett problem som har samband med att dröjsmål vid motköpskontrakt ofta endast rör en del av förpliktelsen (partiellt dröjsmål) är följande. Antag att västparten vid motköpsfristens utgång endast uppfyllt sina motköpsåtaganden till 50% och att detta föranleder östparten att häva kontraktet. Skall nu hävningen anses omfatta hela motköpskontraktet (total hävning) eller endast den ouppfyllda delen av kontraktet (partiell hävning)?

I analogi med 22 och 29 §§ köplagen som behandlar situationen när

²¹ Se tex Rodhe, § 37 vid not 71—78.

ett köp skall levereras i flera poster, får *partiell hävning normalt anses vara den enda möjligheten för östparten*.²² Situationen liknar följande hävning av entreprenadavtal. I det fallet anses normalt en hävning mitt under byggnationstiden endast omfatta återstående arbeten.²³ Såväl i motköps- som i entreprenadfallet skulle hävningsproceduren väsentligen försvåras om hävningen även kunde avse de redan avslutade köpen respektive det avslutade arbetet. Utan att — som jag ser det — tjäna något försvarbart syfte skulle bli synnerligen komplicerade återgångs- och ersättningsfrågor då behöva lösas.²⁴

9.2.2.3 Dröjsmålets orsak

Ovan har behandlats förutsättningarna för hävning med avseende på dröjsmålets natur. En annan sak är vilka förutsättningar som måste föreligga med avseende på dröjsmålets *orsak*. En generell svensk regel, vilken också uttrycks i köplagen (21 och 28 §§), är att ena parten — A — har hävningsrätt om motparten — B — är i dröjsmål med sin prestation, oavsett om B har varit vållande till dröjsmålet. Inte ens när force majeure föreligger kan B förhindra att A häver avtalet. Denna allmänna regel måste också antas gälla vid motköpskontrakt. Som skall visas i kap 9.2.3.3 har regeln dock knappast någon reell betydelse i motköpsfallet.

9.2.3 Skadestånd

Nedan skall redogöras för i vilken utsträckning östparten har rätt till skadestånd eller annan ekonomisk ersättning vid västföretagets dröjsmål. Härvidlag måste utredas vilka skillnader som föreligger mellan de fallen att motköpskontraktet vidblives respektive häves. Vidare skall något sägas om huruvida västföretagets ersättningsskyldighet är sk sk strikt eller inskränker sig till vållandeansvar samt om hur skadeståndet beräknas.

²² Se Almén, Tillägg till § 22 vid not 1—8. Om västparten har rätt att komma ifrån avtalet genom att erlagga ett slutgiltigt skadeståndsbetalopp — jfr kap 9.2.1 — måste regeln om partiell hävning tillämpas även där. Jfr kap 9.2.1.

²³ Se NJA 1917 s 58 och även 8:1 AB 72.

²⁴ Att det bara är en del av förpliktelsen som är fördröjd torde däremot inte påverka dröjsmålets *väsentlighet*. Man skall alltså inte betrakta dröjsmålet med en ringa del av hela förpliktelsen som mindre väsentligt än med en större del. Den försenade prestationens storlek påverkar således endast storleken av den del som kan hävas, Almén, Tillägg till § 22 vid not 9 och 9 a.

9.2.3.1 Ersättning när kontraktet vidblives

Den ersättning som utgår när den fördröjda motköpsförpliktelsen fortfarande skall uppfyllas — t ex p g a att östparten krävt det — skall täcka den förlust som dröjsmålet orsakar. Ersättningen förändras (normalt ökar) alltså för varje tidsenhet som dröjsmålet varar. *Köplagens* regler om säljarens respektive köparens dröjsmål skiljer sig i detta fall. Vid den förres dröjsmål utgår vanligt skadestånd (24 §). Däremot föreskriver lagen vid köparens dröjsmål en annan ersättningsform, nämligen dröjsmålsränta (38 §). Säljaren ges alltså under dröjsmålet rätt till ränta på den oguldna köpeskillingen.

Anledningen till att man valt att ersätta säljaren på detta sätt i stället för med skadestånd²⁵ är främst att regeln är lätt att tillämpa och dessutom att ersättningen ofta relativt väl motsvarar den skada som säljaren lidit p g a dröjsmålet. Skyldigheten att utge dröjsmålsränta är även utanför köplagens område den normala påföljden vid dröjsmål med penningar (såvida inte avtalet häves).²⁶

Motsvarande situation beträffande dröjsmål vid motköpskontrakt är inte helt lik den ovan beskrivna. Antag t ex att ett västföretag uppfyller sista delen av sitt motköpsåtagande genom att köpa östvaror 20 dagar efter det att motköpsfristen löpt ut. Det är här möjligt, och ofta kanske även troligt, att den skada som östföretaget lidit består i att även köpeskillingen erhålles 20 dagar för sent (och att 20 dagars dröjsmålsränta därför är en rimlig ersättning). Detta är emellertid inte givet eftersom *tidsfristen vid motköpsavtalet i regel hänför sig till västföretagets beställning och inte till köpeskillingens erläggande*. (Det är alltså egentligen inte fråga om dröjsmål med penningar.) Ingenting säger att västföretaget om det i stället gjort motköpet t ex under motköpsfristens sista dag, dvs 20 dagar tidigare, nödvändigtvis skulle ha avtalat om samma betalningsfrist eller ens ha köpt samma varor. Kanske innebär den nu fördröjda affären totalt sett t o m en större vinst för östparten, t ex genom att man lyckats bli av med mer svårsålda varor än de som skulle ha sålts 20 dagar tidigare. Man kan alltså räkna med att dröjsmålsränta i motköpsfallet inte lika väl som vid köpeavtal motsvarar östpartens faktiska skada.

Att i efterhand fastställa vad västparten hade köpt om förpliktelsen uppfyllts i tid liksom att bestämma den faktiska förlust som östföretaget genom dröjsmålet lidit om andra varor hade köpts än de som till

²⁵ Dröjsmålsränta kan dock beskrivas som ett slags normerat skadestånd. Se t ex Hellner, s 131. Rodhe använder termen vederlagsersättning. (Rodhe, § 51 vid not 6 ff.)

²⁶ Se Rodhe, § 51 vid not 7.

slut köptes, torde dock ofta vara näst intill omöjligt. Komplicerade bevisfrågor kommer att infinna sig om man i stället för dröjsmålsränta väljer att ersätta säljaren med skadestånd. Dessutom uppkommer svårlostade orsaks- och adekvansproblem.

Eftersom det här inte är fråga om en penningprestation och då regeln om dröjsmålsränta är så pass speciell, håller jag trots allt för troligt att *svensk rätt i motköpsfallet förordar skadeståndersättning framför dröjsmålsränta*. Den sistnämnda ersättningsformen kan dock inte helt uteslutas.

Vid skadeståndersättning är det en allmän princip att det är den skadelidande som har att visa storleken av den skada som uppstått. Östparten torde därför ha bevisbördan för skadans storlek.²⁷

9.2.3.2 Ersättning när kontraktet häves

Till skillnad från när motköpsförpliktelsen vidblives, utgöres skadeståndet vid kontraktets hävning av ett *engångsbelopp*. När väl detta är betalt har östparten inga vidare krav gentemot västföretaget.

9.2.3.3 Dröjsmålets orsak

En normalt sett viktig fråga är huruvida orsaken till dröjsmålet skall påverka skadeståndsskyldigheten. Enligt köplagen är dröjsmålsansvaret *strikt*, dvs part svarar oberoende av vållande.²⁸ Den normala obligationsrättsliga huvudregeln är däremot att part endast är ansvarig när den varit *vållande* till dröjsmålet.²⁹ Mycket talar väl för att köplagens strängare regel bör tillämpas analogt i motköpsfallet.

Frågan är emellertid enligt min mening i praktiken betydelselös, eftersom i princip alla dröjsmålssituationer vid motköp uppkommit

²⁷ Almén, § 25 vid not 16. Som namnts är det emellertid ofta mycket svårt att i motköpsfallet visa skadans storlek. Å andra sidan är det troligt att storleken någorlunda väl stämmer överens med de ränteförluster som östföretaget gjort i anledning av dröjsmålet. Ett inte helt osannolikt alternativ är därför att skadeståndet *regelmässigt skall baseras på en dröjsmålsräntekalkyl såvida inte endera parten kan visa att den verkliga skadan åt något håll avviker från den gjorda kalkylen*. En sådan kalkyl måste då givetvis utgå från den del av förpliktelsen som ej är uppfylld. Antag t ex att det nar en motköpsfrist löper ut återstår motköpsförpliktelser för 2 milj kr av en ursprunglig förpliktelse på 10 milj kr. Om västparten när en månad gått köper varor för 500 000 kr och ytterligare två månader senare slutför sina åtaganden genom att köpa varor för 1,5 milj kr, skall alltså skadeståndet normalt baseras på en månads dröjsmålsränta på 2 milj kr och två månaders ränta på 1,5 milj kr.

²⁸ 24 och 30 §§. Undantag göres dock för force majeure och dröjsmål som orsakats av motparten.

²⁹ Rodhe, § 48 vid not 1. För en diskussion om vållandebegreppet, se a a, § 29.

p g a vållande. Detta ligger s a s i förpliktelsens natur. Hur skall nämligen västföretaget kunna exculpera sig för att det inte inom en längre tidsfrist beställt varor? Att företaget inte haft råd att göra beställningen eller inte funnit sig ha någon användning för varorna kan t ex inte vara tillräckligt.³⁰ Inte heller ett importförbud i västföretagets hemland beträffande alla de produkter som utbjuds av östföretaget torde i allmänhet befria från ansvar. Västföretaget behöver ju inte föra in varorna i hemlandet. Det är därför rimligt att utgå från att västparten är skadeståndsskyldig vid varje östpartens befogade hävning.

9.2.3.4 Något om skadeståndets beräkning

Enligt svensk rätt skall skadestånd vid dröjsmål i kontraktsförhållanden normalt utgå till det *positiva kontraktsintresset*.³¹ Detta måste gälla även vid *motköpskontrakt*. Regeln om det positiva kontraktsintresset innebär att östparten genom skadeståndet i princip skall försättas i samma ekonomiska ställning som om kontraktet rätteligen fullgjorts. Det finns många beräkningsprinciper för att fastställa det rätta beloppet. Här skall endast nämnas en av de vanligaste, nämligen att söka utröna den skadelidandes *förlorade handelsvinst*.³²

Den förlorade handelsvinsten får man fram genom att se hur mycket östföretaget förlorat genom att affären inte blev av. Detta kan man vid köp ta reda på genom att från den avtalade köpeskillingen dra av de kostnader (inköps- och/eller tillverkningskostnader) som säljaren haft för varorna.

Vid motköpsaffärer känner man ju emellertid ofta inte till vilka varor som skulle ha köpts. I kap 7.3 har konstaterats att det normalt är västparten som har rätt att välja vilken vara som skall beställas. Det rimliga måste väl därför vara att vid beräkningen utgå från att västföretaget hade köpt den vara (av de i kontraktet nämnda) som hade gett den *minsta* handelsvinsten för östföretaget.³³

För det fall att östparten först kräver kontraktets fullgörande (och skadestånd) men sedan häver kontraktet, utsläcker skadeståndet i samband med hävningen det tidigare skadeståndskravet. Har detta redan betalats kan det avräknas från skadeståndet i samband med hävningen.

³⁰ Se t ex Rodhe, § 48 vid not 60.

³¹ Se t ex a a, § 47 vid not 1 samt Hellner, s 116.

³² För en närmare redogörelse för principer för beräkning av skadestånd, se t ex Hellner, s 134 f och Almén, § 30 särskilt vid not 10—16 a.

³³ På motsvarande sätt bör varan med den *största* handelsvinsten ligga till grund för beräkningen om det är östparten som har rätt att välja vara.

9.3 Bötesklausuler

De flesta motköpskontrakt i öst-västhandeln innehåller en bötesklausul. Nedan skall först redogöras för vad en bötesklausul innebär, hur den brukar utformas och varför man använder sig av en sådan (9.3.1). Därefter skall främst två viktiga rättsfrågor behandlas, nämligen huruvida böter utesluter skadestånd (9.3.4) och huruvida betalande av böter innebär att motköpsförpliktelsen därmed upphör (9.3.5).

9.3.1 Inledning

En typisk bötesklausul i motköpskontrakt brukar innehålla följande: ”Om . . . (västföretaget) . . . vid kontraktsfristens utgång inte har uppfyllt motköpsåtagandet, skall . . . (västföretaget) . . . till . . . (östföretaget) . . . betala . . . % av det ouppfyllda värdet.” Parterna har alltså på förhand fixerat ett ersättningsbelopp som skall utgå vid västpartens dröjsmål. Det är oomstritt att en sådan klausul enligt svensk rätt normalt är giltig.³⁴

En dylik bestämmelse, som är vanligt förekommande i kommersiella avtal, benämns enligt svensk juridisk terminologi *vitesbestämmelse* (*vitesklausul*).³⁵ Benämningen ”böter” (och ”bötesklausul”) — som är en direkt översättning av det engelska ordet ”penalty” — är emellertid så pass allmänt utbredd i öst-västhandeln att den här kommer att användas alternativt med vite.

Genom att i avtalet fixera det ersättningsbelopp som skall utgå vid dröjsmål, kan *båge parterna lättare avgöra konsekvensen av att någon part bryter mot kontraktet*.³⁶ Eftersom en bötesklausul innebär att den stipulerade bötessumman skall utgå oavsett den faktiska skadans storlek,³⁷ kan i varje fall höga bötesbelopp fungera som ett *starckare påtryckningsmedel* för fullgörande av motköpen, än om östparten skall ersättas med den faktiska skada som dröjsmålet medfört

³⁴ Se t ex Rodhe, § 52 vid not 17.

³⁵ Det är här fråga om ett *avtalsrättsligt* vite. Jfr kap 9 not 13.

³⁶ Detta syfte torde än mer gälla vid internationella avtal, där ju parterna ofta kan vara osäkra om innehållet i de dispositiva skadeståndsregler i den rättsordning som skall tillämpas på avtalet — eller kanske t o m osäkra på vilken rättsordning som skall tillämpas.

³⁷ Vitet utgör härigenom det minimibelopp som skall utgå vid kontraktsbrott. Oskäligt höga viten kan visserligen jämkas enligt 36 § avtalslagen, men den möjligheten torde vid kommersiella avtal inte kunna användas annat än i utpräglade undantagsfall. Huruvida en vitesbestämmelse också innebär en maximering av ersättningen hänger samman med frågan om böter utesluter skadestånd. Detta problem skall behandlas i kap 9.3.4.

(vilket ju blir fallet om en bötesklausul saknas). Eftersom utredningar, förhandlingar och processer om skadans storlek i stor utsträckning kan undvikas vid bötesklausuler, kan parterna också *lösa ersättningsfrågor på ett både billigare och smidigare sätt*.

Bötesbeloppets *storlek* varierar kraftigt. Enligt OECD uppgick 1981 böterna i genomsnitt till 10—15 % (av den ouppfyllda förpliktelsen).³⁸ Storleken har dock ökat de senaste åren.³⁹ Beloppen varierar dessutom kraftigt från fall till fall. Det förekommer bötesbelopp från 2—3 % upp till över 100 %.

9.3.2 Dröjsmålets natur

I bötesklausuler görs normalt inte något uttryckligt undantag för det fallet att dröjsmålet inte är väsentligt. Bötesklausulen torde utlösas vid *varje* dröjsmål. Många östföretag tycks dock ofta vara villiga att flytta fram motköpsfristens utgång mot reducerad ersättning eller utan någon ersättning alls.⁴⁰

Alla de bötesklausuler jag stött på har innehållit lokutionen ”av det ouppfyllda värdet” eller motsvarande. (Jfr exemplet i kap 9.3.1.) Detta innebär att böternas storlek anpassas efter storleken på den del av prestationen som är fördröjd. *Skulle detta uttryck saknas är en sådan tolkning enligt min mening ändå den riktiga*. Det kan väl nämligen inte vara riktigt att västföretaget skall drabbas av samma påföljd oavsett om hela förpliktelsen eller exempelvis 5 % av densamma är fördröjd.

9.3.3 Dröjsmålets orsak

Huruvida vitesklausuler normalt skall anses medföra strikt ansvar eller vållandeansvar tycks inte vara avgjort i svensk rätt.⁴¹ Som nämnts i kap 9.2.3.3 kommer dock knappast problemet att ställas på sin spets vad gäller motköpskontrakt, varför ingen vidare diskussion här skall föras.

I klargörande syfte kan det emellertid vara lämpligt för västföretaget att i bötesklausulen nämna att böter skall utgå endast vid försummelse.

³⁸ OECD, s 54.

³⁹ A st.

⁴⁰ A a, s 53.

⁴¹ Almén, § 24 vid not 103—110, Rodhe, § 52 vid not 43, samt Bengtsson, s 118.

9.3.4 Böter utesluter skadestånd?

Tidigare har sagts att stadgade böter skall erläggas även om den faktiska skadan visar sig vara mindre än bötesbeloppet. Därigenom kan en bötesklausul sägas utgöra en minimibegränsning av dröjsmålsersättningen.⁴² Nu skall utredas om en bötesklausul också utgör en *maximibegränsning* av ersättningsskyldigheten. I så fall skulle det räcka för västparten att betala stadgade böter, även om östföretagets skada i själva verket inte täcks av bötesbeloppet.

Det förekommer att det i en bötesbestämmelse uttryckligen sägs att ersättningen vid dröjsmål exklusivt skall regleras med böter. I det fallet torde normalt inga tolkningsproblem uppstå, utan det är klart att bötessumman även skall anses utgöra en maximibegränsning av den ersättning som västföretaget kan komma att utge.

Frågan är däremot hur situationen skall bedömas när ett sådant stadgande saknas. Kan man då tänka sig att skadestånd kan utgå för den del av skadan som inte täcks av vitet? Eller är det t o m möjligt att skadestånd och vite skall kumuleras, så att fullt skadestånd utgår samt att böter därutöver måste betalas?

Den senare frågan — huruvida vitet kan kumuleras med skadestånd — måste besvaras negativt.⁴³ Det kanske viktigaste syftet med vitesbestämmelser skulle ju annars helt gå förlorat, nämligen att parterna skall slippa dyra och tidsödande förhandlingar och processer om skadans storlek.

Osäkerhet råder däremot beträffande den första frågan, dvs om skadestånd kan komplettera vitet, när det inte räcker till för att täcka skadan.⁴⁴ *Enligt min mening måste den rimligaste lösningen vara att vitet normalt helt utesluter skadestånd även när inget uttryckligen avtalats.* Vitesbeloppet kommer därigenom att utgöra såväl ersättningens minimi- som maximipunkt.

Denna lösning stämmer bäst överens med att parterna genom bötesklausuler lättare vill kunna förutse konsekvenserna av ett kontraktsbrott och undvika svåra bevisfrågor om skadans storlek. Det är också vanligt att västparten vid avtalsförhandlingarna kräver ett fixe-

⁴² Se not 37 ovan samt Almén, § 25 vid not 32 och Rodhe, § 47 vid not 27 f.

⁴³ Almén, § 25 vid not 27—28 och Rodhe, § 47 vid not 26.

⁴⁴ Almén menar att det vanliga är att skadestånd här *kan* utgå, Almén, § 25 vid not 29. Rodhe, däremot, tycks förorda den motsatta lösningen, Rodhe, § 47 vid not 28. Även Hellner (s 123) och Adlercreutz (s 232) tycks vara av samma uppfattning. Vidare ger notisfall från sekelskiftet som ger stöd för den åsikten. (NJA 1891 A 22, NJA 1898 A 403 samt NJA 1907 A 100.)

rat maximibelopp för att över huvud taget ingå avtalet, då man inte vågar riskera att få betala alltför höga skadeståndsbelopp. Detta är särskilt viktigt just vid motköpskontrakt. Sådana är ju mindre preciserade än många andra avtal, vilket måste öka västpartens svårigheter att förutse såväl sannolikheten för att man kommer att hamna i dröjsmål som storleken av den skada som ett dröjsmål kan medföra.

Ovanstående lösningsförslag syftar givetvis på det fall, att inte någon gemensam partsvilja kan uttolkas ur avtalets lydelse eller ur andra omständigheter vid avtalets ingående. En omständighet, som åtminstone kan ge den föreslagna lösningen mindre styrka, är att bötesbeloppet är mycket lågt i förhållande till den skada som parterna vid avtalets ingående haft anledning att räkna med att ett dröjsmål skulle kunna medföra. På samma sätt ökar ett mycket högt bötesbelopp sannolikheten för att parterna avsett att skadeersättningen endast skall regleras genom böterna.

9.3.5 Betalningen av böter utsläcker förpliktelsen?

Tidigare har sagts att en anledning till att många västföretag vill ha en bötesklausul är att kunna beräkna den största förlust de kan göra i anledning av motköpskontraktet. Det resonemanget förutsätter att klausulen utesluter all annan typ av ersättning.

En än viktigare förutsättning är dock att betalande av böterna medför att motköpsförpliktelsen därmed upphör. För antag att västparten efter att ha betalat böter fortfarande är skyldig att göra de kvarstående motköpen. Effekten skulle då kunna bli en dubbel förlust: dels har böterna betalats, dels kvarstår skyldigheten att köpa (förlustbringande) produkter.

Det är relativt vanligt att i bötesklausulen, eller i anknytning till denna, ha med en s.k. *termination-clause*. Den stadgar just att betalande av böter frigör västföretaget från alla återstående förpliktelser enligt motköpskontraktet. I det fallet torde inte några tolkningsproblem uppstå.⁴⁵

Frågan är vad som gäller när en sådan klausul saknas (och den gemensamma partsviljan inte heller på annat sätt kan utrönas). Kan det då vara möjligt att västföretaget trots att det erlagt böter ändå är skyldigt att uppfylla motköpsåtagandet?

⁴⁵ En annan sak är om en sådan klausul även skall förstås som att parterna avtalat bort skadestånd utöver böter. Svaret torde variera efter ordalydelsens utformning.

I regel brukar en vitesklausul uppfattas som att den i dröjsmål varande parten *inte* kan frigöra sig från åtagandet genom att erlägga vite. Det vanliga är emellertid att en vitesklausul föreskriver att vite skall utgå *per fördröjd tidsenhet*. Så stadgar t ex AB 72, det i entreprenadförhållanden vanligaste kontraktet: ”*För varje påbörjad vecka, varmed entreprenören överskrider kontraktstiden skall han utge vite . .*” (min kursivering).⁴⁶ Denna typ av skrivning används t ex också i ECE 188, NL 79 och NLM 80. När klausulen utformas på detta sätt måste det vara riktigt att förpliktelsen kvarstår. Det ligger så att säga i lydelsens natur att erläggande av vite inte utsläcker förpliktelsen, eftersom nytt vite kontinuerligt utgår för varje dröjsmålets påbörjade tidsenhet. Klausulen underförstår m a o att dröjsmålet så småningom skall upphöra genom att förpliktelsen infrias.

I motköpskontrakt, däremot, saknas en motsvarande relatering till dröjsmålets tidsmässiga storlek.⁴⁷ Kan man inte vid denna (relativt ovanliga) skrivning tänka sig att avvika från den ovan nämnda regeln?

Frågan har mig veterligen inte avgjorts i svensk rättspraxis. I ett äldre danskt rättsfall rörande en konkurrensklausul ansågs emellertid den som betalat vite p g a överträdelse av klausulen därefter vara berättigad att driva den konkurrerande rörelsen.⁴⁸ Domstolen godtog alltså här att vitesbetalningen utsläckte förpliktelsen.

Såvitt jag har kunnat se har inte heller svensk doktrin (uttryckligen) behandlat problemet. Det synes mig dock som om man av såväl Rodhe som i viss mån även av Almén kan underförstå en presumtion för att en lydelse utan tidsrelatering skall innebära att förpliktelsen upphör efter vitets betalning.⁴⁹

Ett skäl för en sådan presumtion ges när man betänker vad det skulle innebära om man trots allt utgick från att förpliktelsen fortsätter att gälla. Avtalet skulle därigenom bli ”haltande” eftersom den viktiga frågan om med vilken tidslängd fristen i så fall skall skjutas upp med lämnas obesvarad. Om förpliktelsen i stället anses upphöra i och med böternas erläggande skulle avtalet däremot få ett mer sunt och komplett innehåll.⁵⁰

⁴⁶ AB 72 5:1.

⁴⁷ Sten Bertling, SUKAB, har uppgivit att han aldrig stött på en tidsrelaterad bötesklausul i ett motköpskontrakt.

⁴⁸ UfR 1916:58, refererat i SvJT 1916 s 168.

⁴⁹ Almén, § 25 vid not 35 a och Rodhe, § 52 före not 39.

⁵⁰ Mot denna tolkning (s k systematisk tolkning, se kap 5.2) kan dock invändas att ett polskt standardiserat motköpskontrakt (se bilaga 2), som jag sett, trots avsaknad av reg-

Motköpsavtalets oprecisa och svävande natur i kombination med att det inte sällan händer att västföretag endast erbjuds i princip osäljbara varor, skulle göra de flesta motköpsaffärer alltför riskfyllda om det inte ges någon möjlighet att "böta sig ut ur" förpliktelsen. Denna möjligheten får alltså oftast anses vara en nödvändig förutsättning för att västföretaget över huvud taget skall våga ingå motköpsavtal. Detta förhållande måste — på samma sätt som motsvarande resonemang i kap 9.3.4 — påverka bötesklausulens tolkning.⁵¹

Allt sammantaget är det enligt min mening rimligast att en bötesbestämmelse som saknar en termination-clause ändå normalt bör ges den innebörden att motköpsförpliktelsen upphör i och med att stipulerade böter betalats. Detta är dock inte en helt given slutsats, varför en termination-clause, i vart fall i klargörande syfte, är att rekommendera.⁵²

Med den ovan framförda tolkningen kan innebörden av bötesklausulen beskrivas som att västparten ges valmöjlighet mellan att fullgöra motköpsåtagandet eller att i stället erlagga en viss summa pengar.⁵³

I själva verket utgår ofta västföretag — eller i varje fall ser som ett högst möjligt handlingsalternativ — från att man kommer att "böta sig ut ur" förpliktelsen. Antag t ex att ett västföretag ingår ett motköpsavtal, där kompensationsgraden uppgår till 30% av dess export till östparten. I motköpskontraktet har parterna avtalat om att bötesbeloppet skall uppgå till 20% av det ouppfyllda åtagandet. Om västföretaget inte gör några motköp alls, kommer i så fall bötesbeloppet att motsvara 6% (= 20% av 30%) av dess export till östparten. Om västföretaget aldrig haft några intentioner att fullgöra motköpen kan ingåendet av motköpsavtalet således ses som en 6-procentig rabatt på

lering av tidsfrister uttryckligen stadgar att betalning av böter *inte* skall innebära att västpartens förpliktelser därmed upphör.

⁵¹ Argumentet minskar dock i vikt vid mycket små kompensationsgrader. Om kompensationsgraden t ex är 5%, motsvarar ju den förlust som västföretaget maximalt kan göra — dvs om det köper helt värdelösa varor — inte mer än 5 procents rabatt på dess exportavtal. Även bötesbeloppets storlek torde kunna påverka tolkningen på samma sätt som vid frågan om huruvida böter utesluter skadestånd (se kap 9.3.4).

⁵² Det skall här nämnas att bötesklausuler bl a enligt sovjetisk och rumänsk rätt ges den motsatta tolkningen, så att förpliktelsen kvarstår efter böternas erläggande. Se RSFSR:s civillag § 119 och OECD, s 56.

⁵³ Almén (§ 24 vid not 36 a ff) tycks vilja föra in en sådan bestämmelse under en från vitet skild rättsfigur, Reugeld. En sådan uppdelning tjänar dock knappast — i varje fall inte här — något rimligt syfte. I stället är det väl bättre att konstatera att olika vitesklausuler kan ha olika innebörder och rättsverkningar.

dess export till östparten, givetvis under förutsättning att förpliktelsen utsläcks genom bötesbetalningen.

En annan sak är emellertid att de flesta östföretag hellre vill att motköpen fullgörs än att böter betalas. Om ett västföretag vill upprätta långvariga förbindelser med östföretag är det därför ej att rekommendera att inte ens försöka uppfylla motköpsförpliktelsen. Det har t o m påståtts att företag som vid upprepade tillfällen ”bötat sig ut ur” åtagandena, har ”svartlistats” av de östeuropeiska utrikeshandelsföretagen.⁵⁴

9.4 Force-majeure-klausuler

Man kan tänka sig att motköpskontraktet innehåller en force-majeure-klausul (eller friskrivningsklausul) som fritar västföretaget från ansvar vid dröjsmål med motköpsförpliktelsen i vissa fall, exempelvis när politiska beslut (t ex importförbud) försvårat eller rentav omöjliggjort⁵⁵ västföretagets inköp.⁵⁶ Den föreskrivna effekten av force-majeure kan antingen tänkas vara att motköpsfristen skjuts upp med den tid då force-majeure föreligger — och att alltså böter eller skadestånd ej skall utgå under denna tid — eller att västföretaget helt befrias från förpliktelsen. Det torde vara svårt att få östparten att uttryckligen acceptera den sist nämnda rättsverkan.

En klausul som endast föreskriver att västföretaget ”undgår ansvar” (motsv) för dröjsmål vid vissa nämnda situationer, torde normalt endast medföra den ovan först nämnda rättsverkan. Västföretaget befrias således inte från förpliktelsen, utan i stället skjuts tidsfristen upp. En sådan tolkning kan baseras både på rimlighetsavväganden och den i svensk rätt vedertagna principen att tolka friskrivningsklausuler restriktivt.⁵⁷ Om den befrielseutlösande omständigheten varar en avsevärd tid, är det emellertid inte helt omöjligt att västföretaget här i vissa fall helt kan komma ifrån förpliktelsen.⁵⁸

⁵⁴ OECD, s 56.

⁵⁵ Som nämnts i kap 9.2.3.3 är det dock i allmänhet mycket ovanligt att en motköpsprestation är omöjlig att utföra.

⁵⁶ Om force-majeure-klausuler, se Hellner, s 112 ff och Rodhe, § 59 vid not 69—77.

⁵⁷ Se Adlercreutz II, s 81 ff och Hellner, s 112. Denna princip kan ses som ett specialfall av oklarhetsregeln. (Se kap 5.3.)

⁵⁸ Jämför t ex p 35 i NL 79, enligt vilken *hävningssrätt* föreligger för bägge parterna vid force majeure, om avtalet ej kan fullgöras inom rimlig tid. Man måste dock notera att denna bestämmelse utgår från att bägge parterna ursprungligen varit intresserade av att fullgöra avtalet, jämfört med motköpssituationen, där västparten normalt gör en förlust

En force-majeure-klausul kan tänkas innehålla bestämmelser om bindningen mellan export- och motköpsförpliktelserna. En möjlighet är att föreskriva att motköpsfristen skjuts upp om exportförpliktelsens uppfyllande blir försenat. Därigenom kommer västparten ifrån risken att motköpsfristen löper ut innan exporten är slutförd.⁵⁹ Även en bestämmelse om att motköpsförpliktelsen upphör vid en annullering eller hävning av exportkontraktet kan lämpligen föras in i en force-majeure-klausul.

9.5 Några slutsatser

Diskussionen som förts i detta kapitel har visat vilka betydande oklarheter som vidhåftar det motköpskontrakt som inte klart och uttryckligen reglerar vad som skall gälla vid västpartens dröjsmål. De frågor som inte bör lämnas oreglerade i kontraktet är framför allt

A vid skadestandsreglering

1. Har östparten rätt att kräva prestationens fullgörande eller har västföretaget uppsägningsrätt (förenad med skadeståndsskyldighet)?
2. Vilken ersättningsform gäller när kontraktet vidblives (skadestånd eller dröjsmålsränta)?
3. Har östföretaget hävningsrätt vid varje dröjsmål eller måste väsentlighet föreligga?

B vid bötesreglering

1. Utesluter böter skadestånd?
2. Innebär böternas betalning att västparten ej längre är skyldig att uppfylla förpliktelsen?

Även om frågorna under A 1—3 uttryckligen skulle besvaras i motköpskontraktet, torde begagnandet av en bötesklausul vara att föredra.⁶⁰ Framför allt måste det vara av intresse för bägge parterna att kunna förutse ersättningens storlek vid ett kontraktsbrott, vilket ju är betydligt enklare vid en bötesreglering (förutsatt att böternas betalning friar västparten från vidare förpliktelser).

genom själva motköpen. Regeln i NL 79 är därför inte lika hård mot motparten som en motsvarande bestämmelse med avseende på motköpsförpliktelsen skulle vara.

⁵⁹ Jfr kap 7 vid not 5 och kap 8 not 6.

⁶⁰ Det skulle dock kunna hävdas att en fördel för västparten med *skadestandsreglering* är att östparten då måste styrka skadans storlek, vilket ofta kan vara svårt. Jfr dock vad som nämnts i not 27 om dröjsmålsräntekalkyl.

10 Överlåtelseklausuler och inblandning av tredje man i övrigt

Som framgått av tidigare kapitel är västparten oftast inte själv den slutliga användaren av motköpsprodukterna. Det vanliga är i stället att varorna överförs till något annat företag — tredje man eller tredje part — som bättre kan ta tillvara de varor som motköpen omfattar.

En sådan överlåtelse kan ske på två olika sätt. Antingen kan man tänka sig att *västparten låter en tredje part utföra motköpen* eller att *själva motköpsvarorna överlåtes till denna*. I kap 10.1 skall redogöras för det förstnämnda fallet. Det senare fallet, där västparten själv köper produkterna från östparten, kommer därefter att behandlas i kap 10.2.

Inledningsvis skall här erinras om att de sk handelshusen spelar en central roll vid motköpsaffärer. Dessa förmedlar olika motköpsöverlåtelser och fungerar som kopplingscentraler mellan de olika företag som är involverade i öst-västaffärer. Dessutom kan de bistå med rådgivning och medverka under prekontraktuella förhandlingar. I Sverige intar *SUKAB* (Sveriges Utrikeshandels och Kompensationsaktiebolag) en särställning. SUKAB, som grundades 1940, är specialiserat på olika typer av mothandelsarrangemang och liknande typer av specialaffärer. Företaget ägs av omkring 80 svenska företag och drivs i icke-vinstgivande syfte.

10.1 Motköpen utförs av tredje man. Överlåtelseklausuler etc

Det är relativt vanligt att motköpskontrakt mellan öst och väst innehåller en *överlåtelseklausul*. En sådan stadgar att västparten kan uppdraga åt tredje man att utföra motköpen. Närmast (kap 10.1.1) skall betydelsen av en sådan klausul diskuteras. Därefter (kap 10.1.2) kommer att behandlas vad som gäller när kontraktet saknar en uttrycklig rätt till inblandning av tredje man.

10.1.1 Överlåtelseklausulers innebörd. Partssuccession eller endast hjälp med uppfyllandet?

Det vanligaste sättet att skriva in överlåtelse rätt i motköpskontraktet är följande: "(västparten) åtager sig att själv *eller genom (through), tredje man (third party)* köpa . . .". Överlåtelseklausulen — eller snarare överlåtelsepassusen — är således inskriven i själva "motköpsmeningen".¹

Det råder inte något tvivel om att västparten med en sådan överlåtelseklausul kan uppfylla sina motköpsåtaganden genom att låta ett annat (väst-)företag utföra motköpen.

Antag emellertid att ett västföretag — *x* — uppdragit åt en tredje part — *y* — att göra motköpen, men att denna av någon anledning inte uppfyller sina förpliktelser. Kan då östföretaget vända sig till *x* med krav på böter eller måste det kräva böterna av *y*? Frågan är alltså om västparten genom att överlåta uppfyllandet av motköpen till en tredje part kommer ifrån (bötes-) ansvaret för att motköpsförpliktelserna inte uppfyllts.

Svaret kan sägas bero på om det skall anses ha skett ett (egentligt) partsbyte på västsidan — gäldenärssidan — eller om det fortfarande är (det "ursprungliga") västföretaget som är östföretagets motpart vad gäller själva motköpskontraktet. Om ett partsbyte inte anses ha skett, kan situationen beskrivas som att västföretaget endast fått *hjälp med uppfyllandet* av sina förpliktelser av en tredje man. En annan sak är att de "nya" västföretagen blir östsidans motparter i varje enskilt köpeavtal. Om en tredje man utfört vissa motköp och köpen av någon anledning häves berörs alltså inte motköpskontraktet — och den ("ursprungliga") västparten — av hävningen.²

Huvudregeln i svensk rätt är att partsbyte på gäldenärssidan (substitution) kräver borgenärens samtycke.³ Anledningen till denna regel är lätt att förstå. Om man skulle tillåta gäldenären att fritt sätta annan i sitt ställe skulle borgenären lätt kunna hamna i ett sämre läge. Den nya gäldenären kan ju ha betydligt sämre möjligheter att uppfylla prestationen, t ex betala en skuld.

Det kan förutsättas att kravet på borgenärens samtycke gäller även

¹ Det förekommer även att överlåtelseklausulen skrivs separat. Det torde sakna juridisk betydelse vilken metod som väljs.

² Jfr kap 7.2. Dock annerlunda om ett uttryckligt stadgande om att motköpen måste vara betalda av västparten för att motköpsåtagandet skall vara uppfyllt.

³ Tiberg, s 33.

i motköpsfallet. Den springande punkten blir därför om överlåtelseklausulen skall tolkas som om östparten har givit sitt samtycke till att västföretaget sätter annan i sitt ställe.

Avgörande för denna fråga är givetvis i första hand en tolkning av kontraktet i det enskilda fallet. *Enligt min mening ger emellertid en överlåtelseklausul normalt inte västparten rätt till partsbyte*, utan i stället endast rätt att anlita annan för hjälp med uppfyllandet av förpliktelserna.⁴

För det första indikerar ordet "genom" i överlåtelsehandlingen (se ovan) ett slags mellanmansförhållande — och således att det fortfarande är det "ursprungliga" västföretaget som är motpart. För det andra har inte i något av de motköpskontrakt jag sett, *bötesklausulerna* innehållit en hänvisning till tredje part, utan endast föreskrivit att den västliga *avtalsparten* skall betala böter. Om parterna verkligen avsett en möjlighet till egentligt partsbyte hade det varit naturligt att stadga att avtalsparten "... eller det/de företag som förpliktelsen enligt detta kontrakt överlåtits till ..." skall betala böterna.

Ett sista argument för att partssuccession ej är tillåten enligt "normala" tredjemansklausuler bygger på rimlighetsavväganden. Om västföretaget genom överlåtelse skulle kunna utträda som part ur motköpsavtalet skulle östföretagets situation kunna väsentligen försämrars. Hur kan man vara säker på att den nya västparten har den vilja att utföra motköpen som man trott den ursprungliga parten om? Och om bötesklausulen utlöses, hur kan man veta att den inträdande parten har betalningsförmåga? Västparten skulle ju i princip i så fall kunna överlåta förpliktelsen till ett konkursmässigt företag som varken har intentioner eller förmåga att fullgöra motköpen eller att betala böter. Mot detta kan emellertid invändas att ett liknande problem uppkommer när västparten får *hjälp med uppfyllandet* av en tredje man eftersom denne svarar gentemot östparten för de *enskilda köpens* genom förande, se ovan.

Det är emellertid fullt möjligt att i motköpskontraktet uttryckligen skriva att västparten har rätt till partsbyte. (Ingen av de motköpsexpeter som tillfrågats har dock hört talas om en sådan skrivning.) Det är tveksamt om det här skulle vara tillräckligt att skriva att västparten äger "överlåta motköpsförpliktelsen". Mer otvetydigt vore att uttryckligen stadga att västföretaget genom en överlåtelse inte längre

⁴ En mer adekvat benämning vore "tredjemansklausul" eftersom det normalt alltså inte är fråga om en överlåtelse i egentlig mening till tredje man. "Överlåtelseklausul" tycks dock vara det gängse uttrycket, varför det används även här.

har några som helst förpliktelser gentemot östparten i anledning av motköpskontraktet.

Om kontraktet stadgar vilket/vilka företag som förpliktelsen får överlåtas till, torde östföretaget kunna acceptera ett sådant avtalsinnehåll. Det har ju då vid avtalsförhandlingarna möjlighet att godkänna endast de företag som det har fullt förtroende för.

10.1.2 Vad gäller om överlåtelseklausul saknas?

Av föregående avsnitt måste följä att västparten inte heller kan ha rätt att *överbåta* sin förpliktelse när motköpsavtalet *saknar* en överlåtelseklausul.

Nu återstår frågan om västföretaget då har rätt att anlita en tredje part för *hjälp med uppfyllandet* av motköpsförpliktelsen, dvs utan att ansvaret för uppfyllandet övergår till densamma.

Huvudregeln enligt svensk rätt kan sägas vara att ett sådant förfarande är tillåtet så länge inte borgenären typiskt sett hamnar i ett sämre läge.⁵ Tillåtligheten av att gäldenären får hjälp med förpliktelsens infriande kommer därför att bero på avtalstypen och omständigheterna i det enskilda fallet.

Missnöjd blir väl t ex den som anlitar en känd målare för att bli avporträtterad, om målaren skickar sin lärjunge i stället för att utföra porträttet själv. I det fallet har uppdragsgivaren hamnat i ett sämre läge genom att målaren tagit hjälp av tredje man (lärjungen), varför förfarandet alltså torde vara otillåtet. Om exemplet ändras så att målaren själv utför porträttet, men anlitar en ramverkstad för inramning (tavlan skulle enligt avtalet levereras med ram) blir läget ett annat. Ett sådant förfarande är väl typiskt sett förenligt med avtalet och alltså, under förutsättning att inget annat avtalas, tillåtet.

Frågan är således om det är av någon betydelse för östparten att motköpen utföres av någon annan än motparten i motköpskontraktet. Faktum är att det i flera avseenden kan vara av intresse för östparten att västföretaget självt utför motköpen:

1. Frågor om ansvar vid dröjsmål och fel i anledning av själva köpen från östparten skall ju behandlas inom ramen för de enskilda köpekontrakten och inte inom ramen för motköpskontraktet. Om västparten har rätt att låta en tredje part ingå köpeavtalen, innebär det att öst-

⁵ Rodhe, § 15 vid not 1—3.

företaget därigenom riskerar att få en motpart som det inte har förtroende för.

2. Östföretaget är ofta intresserat av att knyta nära och långvariga kontakter med västparten. Det syftet lär inte bli uppfyllt på väntat sätt om denna överlåter till annan att utföra motköpen.

3. Det främsta syftet med motköpskraven är ju oftast att öst vill öka sin export (i förhållande till importen). Detta sker genom att exportande västföretag, som inte annars tänkt köpa östprodukter, förbin-der sig att göra motköp. Om nu ett västföretag tillåts tillgodoräkna sig andra företags inköp som "sina" motköp, är det risk för att den vän-tade exportökningen går om intet, eftersom dessa andra företags inköp kanske ändå hade gjorts.

Vidare bestäms ofta i öststaternas exportplaner hur mycket som skall exporteras till varje enskilt land. Om det "nya" företaget är av annan nationalitet än det "ursprungliga", kan östföretagets export-planer rubbas även på det sättet.

Rättsläget är här inte helt klart, men det troliga är — allt samman-vägt — att avsaknad av en överlåtelseklausul i allmänhet medför att västparten inte kan ta hjälp av en tredje part för uppfyllandet av mot-köpsåtagandena.

10.2 Västföretagets vidareförsäljning av varorna

Diskussionen i föregående moment har gällt det fallet där västparten uppdrager åt en annan att utföra motköpen. Det förekommer också att västföretaget självt utför dessa, men att det säljer varorna vidare. I det förra fallet finns den bindningen mellan det "nya" företaget och östföretaget att de har ingått ett eller flera köpeavtal. I det senare fal-let, där varorna vidareförsäljs av den "ursprunglige" västparten, saknas däremot en sådan bindning mellan det "nya" västföretaget och öst-parten.

Om parterna inte överenskommit om något annat är en sådan reex-port i princip tillåten. Västparten måste få fritt förfoga över sin egen-dom. Det händer emellertid att motköpskontrakten på östpartens begäran innehåller reexportförbud. Det är dock inte särskilt vanligt att sådana klausuler används i motköpskontraktet eller i de enskilda köpeavtalen.⁶ Västparten kan ju nämligen sälja varorna vidare till en

⁶ Östparten brukar för övrigt göra undantag för motköpsvaror i de ensamrättsavtal de sluter med västföretag.

part (ev bulvan), som i sin tur vidare säljer dem till en förbjuden destination, och ett sådant förfarande är ej ett brott mot reexportförbudet (förutom i bulvanfallet, som å andra sidan är svårkontrollerat). Sådana förbud, som i princip är giltiga enligt svensk rätt, har antingen ett politiskt eller ett ekonomiskt syfte. Den politiska typen är den vanligaste i öst-västaffärer. Förbuden brukar begränsas till att gälla reexport av varorna till vissa uppräknade länder, oftast Sydafrika, Chile och Israel.

Det ekonomiskt betingade förbudet, som är tämligen ovanligt, har sin grund dels i att en del västföretag givits ensamrätt att sälja vissa östvaror inom sitt land och dels i att östparten själv säljer de aktuella varorna i vissa länder. I bägge nämnda situationer skulle västpartens export till dessa länder innebära en för östparten oönskad konkurrens.

En fråga som sällan uppkommer i praktiken är vad som skall gälla om västparten bryter mot ett reexportförbud, som intagits i motköpskontraktet. I den mån varor vidare sålts i strid mot förbudet har västföretaget de facto inte uppfyllt sina förpliktelser på rätt sätt. Möjligen bör denna situation bedömas på samma sätt som om västparten skulle vara i dröjsmål med motköpsförpliktelsen intill t ex kvantitet som olovligen reexporterats. Svaret torde till stor del bero på vilken betydelse överträdelsen har för östparten. I vart fall har denna rätt till skadestånd från västföretaget.⁷ Om däremot förbudet endast finns infört i ett enskilt köpekontrakt är saken att bedöma inom ramen för det kontraktet.

Ett annat problem i samband med reexportförbud är följande: Antag att *motköpskontraktet* inte nämner något om förbud mot att vidare sälja motköpsvarorna. Är då västparten vid beställningen av motköpsvarorna skyldig att acceptera östpartens krav på att de enskilda köpekontrakten skall innehålla reexportförbud? Svaret torde variera beroende på hur pass betungande ett sådant förbud skulle vara för västparten, samt övriga omständigheter i det enskilda fallet. Det är dock troligt att ett sådant krav normalt inte är förenligt med motköpskontraktet. Enligt samma resonemang som när östparten t ex begär ett för högt pris för motköpsvarorna⁸ skulle i så fall västparten kunna tillgodoräkna sig sin beställning oavsett om något köp blir av, om östparten vidhåller sitt krav.

⁷ Jfr Almén, Rubriken till §§ 28—37 vid not 2—4 samt Tillägg till §§ 21—27 vid not 82—88.

⁸ Se kap 7.4.

11 Internationella privat- och processrättsliga frågor

11.1 Inledning

I denna studie behandlas motköpsaffärer i belysning av svensk rätt. Det är dock inte säkert att svensk rätt skall tillämpas i en tvist mellan ett svenskt och ett östeuropeiskt företag. Svensk rätt kan å andra sidan vara tillämplig på internationella avtal där ingen av parterna är svensk. Svaret på vad som gäller i varje enskilt fall finns att hämta i den internationella privat- och processrätten, IP:n.

Den internationella privat- och processrätten är inte någon internationell regelsamling i den meningen att den består av vissa regler som gäller för alla (eller somliga) länder. I stället är det fråga om en viss del av varje lands rättsordning som behandlar juridiska frågor som uppkommer i samband med internationella förhållanden.

IP:n skiljer sig från andra rättsområden — t ex civilrätt — genom att den *inte innehåller några materiella regler* utan endast formella regler. Själva IP:n ger inte — annat än indirekt — några materiella lösningar på ett visst problem, utan i stället kan den i första hand sägas ge svar på följande två frågor:

1. Är den inhemska domstolen behörig att pröva en viss rättslig tvist?
2. Om svaret på den första frågan är jakande, vilket lands materiella rätt skall i så fall tillämpas i den ifrågavarande tvisten? Det är nämligen inte givet att det dömande landets rätt skall tillämpas.

Antag t ex att en tvist om betalning i anledning av ett avtal uppstår mellan ett franskt och ett svenskt företag. Det svenska företaget stämmer det franska företaget inför svensk domstol. Domstolen har då således först att pröva huruvida den enligt svensk IP — svensk domstol skall alltid döma enligt svensk IP — är behörig att döma i frågan. Om så är fallet bestämmes därefter vilket lands materiella regler som skall tillämpas på tvisten i fråga.

Anses svensk rätt tillämplig kommer domstolen att tillämpa den svenska rätten, i princip som om det vore fråga om två inhemska parter.

Om stämningsansökan i stället inkommer till fransk domstol vidtar samma förfarande med den skillnaden att behörigheten och frågan om vilket lands lag som skall tillämpas blir prövad enligt fransk IP.

Antag vidare att exempelvis den franska domstolen dömer den svenska parten att erlagga en viss ersättning p g a kontraktsbrott. Kan denna dom verkställas i Sverige? Och kan svensk domstol ta upp målet även när det redan avgjorts i Frankrike? Eller kanske redan när processen pågår i Frankrike? Också dessa väsentliga frågor om utländska domars giltighet och verkställighet hör till IP:n.

Nedan kommer jag att göra en mycket kortfattad genomgång av de IP-rättsliga spörsmål som rör motköpsaffärer. I kap 11.2 kommer först att redogöras för hur tvister normalt regleras i de olika kontrakten vid motköpstransaktioner. Därefter kommer i 11.3 domsrättsproblematiken att beröras. Lagvalsfrågan behandlas sedan i kap 11.4 och rättskrafts- och verkställighetsfrågor skall redogöras för i kap 11.5. Slutligen kommer några slutsatser att redovisas (kap 11.6).

11.2 Allmänt om tvister i anledning av motköpsaffärer samt något om skiljedomsförfarande

Endast ett fåtal internationella affärsavtal leder till att endera parten vidtar rättsliga åtgärder. Om tvister över huvud uppkommer brukar dessa lösas genom förhandlingar. Skälen till detta förhållande är flera:

1. Parterna vill ofta upprätthålla goda relationer för fortsatta affärsförbindelser. En rättslig tvist är normalt föga förenlig med denna önskan.
2. Parterna vågar inte riskera en kostsam, långsam och ofta oviss process.
3. När en process väl är vunnen återstår den ofta besvärliga frågan om verkställande av domen.

Även i anledning av motköpsaffärer är rättsliga tvister mycket sällsynta. I så gott som alla motköpsaffärer reglerar ändå de olika kontrakten vad som skall gälla vid en rättslig tvist.

Nästan i alla dessa fall är medtagen en skiljeklausul, som föreskriver att eventuella tvister i anledning av avtalet skall slitas av en skiljedomsstol. Normalt är en skiljeklausul medtagen i såväl export- och import-

kontrakten som i motköpskontraktet. Det förekommer också att motköpskontraktet hänvisar till exportkontraktets skiljeklausul.

Oftast hänvisas till något av de *permanenta skiljedomsinstituten*. Man kan emellertid tänka sig att parterna i stället föreskriver ett *ad hoc-förfarande*. De permanenta skiljedomsinstituten har egna utarbetade stadgar och regler, varför en hänvisning till ett sådant kan vara mycket kortfattad. Om parterna i stället avtalar om ett *ad hoc-förfarande* krävs oftast en betydande reglering i avtalet.

Vid motköpsaffärer mellan svenska företag och östföretag är det vanligt att parterna hänvisar till skiljeförfarande t ex i Schweiz, Österrike, Finland eller ett östland, annat än det i vilket östföretaget hör hemma. Det är även vanligt att man föreskriver att Internationella Handelskammarens — ICC:s — skiljedomreglemente skall användas. Däremot är det inte lika vanligt med en hänvisning till ett skiljedomsinstitut i något av parternas hemland.

Genom en överenskommelse mellan Sovjetunionens Industri- och Handelskammare och The American Arbitration Association (AAA) hänvisas regelbundet till skiljedomsinstitutet vid Stockholms Handelskammare i avtal mellan sovjetiska och amerikanska företag (The US/USSR Optional Clause Agreement 1977).

Det största skiljedomsinstitutet i öst är knutet till Sovjetunionens Industri- och Handelskammare i Moskva.

Här saknas utrymme för en vidare redogörelse för olika skiljedomsinstitut och för vilka skillnader som dessa sinsemellan uppvisar.¹

De *fördelar* som ett skiljeförfarande i internationella sammanhang innebär framför en tvist vid allmän domstol är främst:²

- *större möjligheter att få domen verkställd* i ett annat land.³
- ett *snabbare* förfarande
- skiljeförfarandet är oftast *sekretessbelagt*
- större möjligheter till en *sakkunnig* bedömning, enär till domstolens ledamöter kan väljas specialister på det område som tvisten gäller.

Mot dessa fördelar brukar ställas att *ett skiljeförfarande inte borgar för samma rättssäkerhet* som en process vid allmän domstol. Detta

¹ För en sådan redovisning hänvisas till Bolding, Cohn, Arbitration in Sweden och Internationella Handelskammarens förliknings- och skiljedomregler. Se även kap 11.5.2.

² Beträffande nedanstående redogörelse om för- och nackdelar, se t ex Bolding, s 111 f.

³ Se kap 11.5.2.

beror främst på att skiljedomen i regel inte är överklagbar i sak. Å andra sidan gynnas dock rättssäkerheten vid skiljedomstolar av den större sakkunnigheten.

11.3 När föreligger svensk domsrätt?

Svensk IP är till stor del okodifierad och bygger i hög grad på rättspraxis och doktrin. Lagbestämmelser beträffande frågan om när svensk domstol är behörig att uppta tvister saknas på förmögenhetsrättens område så gott som helt.⁴

När parterna varken vid tiden för tvistens uppkomst eller i prorogationsavtal (se nedan) enats om vilken domstol som målet skall anhängiggöras vid, *anses svensk domstol ha att utgå ifrån en analog tillämpning av RB:s forumregler för tvistemål*.⁵ Eftersom lagstiftaren reglerat *vilken* svensk domstol som skall uppta en tvist när ett visst faktum är för handen — t ex att svaranden har tillgångar inom en viss domsaga — har det ansetts att det därav borde följa att detta faktum utgör en grund för att svensk domstol *överhuvudtaget* skall kunna ta upp tvisten till prövning.⁶ Detta resonemang, som väl logiskt sett inte är helt vattentätt, tjänar dock som sagt endast till *utgångspunkt* för en bedömning. Framför allt är det av vikt huruvida ett visst mål har svenskt rättsskipningsintresse.

Den viktigaste forumregeln i RB återfinns i 10:1. Analogt tillämpad innebär den att domsrätt föreligger om *svaranden* har sitt *hemvist* i Sverige. För ett företag krävs normalt att styrelsen har sitt säte i landet.⁷ Denna regel medför alltså i allmänhet att svensk domsrätt föreligger när östparten stämmer ett svenskt företag, men inte när det är östföretaget som är svarandepart.

En i motköpsfallet viktig alternativ forumregel är baserad på regeln om kontraktsforum i 10:4 RB. En analog tillämpning av denna bestämmelse — som förordats i motiven⁸ — innebär att svensk domstol har domsrätt *beträffande tvister om avtal som svaranden ingått i Sverige*. Om således ett motköpskontrakt har ingåtts i Sverige, kan bägge parterna stämma motparten inför svensk domstol. Detta gäller

⁴ Se dock Bogdan, s 97 not 2.

⁵ A a, s 98 ff.

⁶ A st.

⁷ A a, s 100.

⁸ NJA II 1943, s 99.

i princip även om bägge parterna är av utländsk nationalitet.⁹ Enligt bl a NJA 1940 s 354 är det dock inte tillräckligt att avtalet ingåtts per brev, telegram eller telefon mellan Sverige och utlandet. Bägge parterna — eller parts ombud¹⁰ — måste ha varit tillstädes i Sverige vid avtalets slutande.

Ytterligare må här nämnas regeln om *förmögenhetsforum*, 10:3 RB. Enligt denna regel kan *svaranden instämmas för svensk domstol om han har tillgångar i Sverige*.¹¹

Ovanstående regler äger relevans främst när svaranden bestrider svensk domsrätt. Om parterna är ense om att svensk domstol skall pröva tvisten vidgas området för svensk domsrätt.¹²

Generellt sett kan sägas att *de svenska domsrättsreglerna i stor utsträckning tar hänsyn till parternas vilja. I princip bara när svenskt domsrättsintresse helt saknas torde parterna förvägras upptagandet av en tvist inför svensk domstol*.¹³

Det är mycket vanligt att avtalsparter i internationella avtal genom en s k *prorogationsklausul* — eller ett *prorogationsavtal* — i förväg avtalar om i vilket land en eventuell framtida tvist skall upptagas. En sådan klausul tillerkännes i allmänhet giltighet enligt svensk rätt såtillvida att svensk domsrätt föreligger när parterna hänvisat till svensk domstol — s k prorogationsverkan.¹⁴

Om å andra sidan prorogationsbestämmelsen hänvisar till ett annat lands jurisdiktion, anses detta utgöra rättegångshinder vid svensk

⁹ Å andra sidan skall regeln inte hårdragas, utan man måste se till om avtalet har någon reell anknytning till Sverige. Bogdan nämner ett exempel där tvisten inte bör tas upp, nämligen om två turistande fransmän ingår ett avtal i Sverige om framtida anställning i Frankrike. Se Bogdan, s 102. Möjligen fäster Bogdan viss vikt vid att avtalet tillkom i Sverige av en ren slump.

¹⁰ Bogdan, s 105.

¹¹ Övriga alternativa for lär knappast bli aktuella i motköpstvister. För en redogörelse för dessa hänvisas till Bogdan, s 105 ff.

¹² Jfr 10:17 och 10:18 RB.

¹³ Bogdan, t ex s 102. För att ett sådant intresse skall föreligga menar han att antingen tvisten eller någon av parterna bör ha "en viss anknytning till Sverige", s 97 och s 109. När ena parten är svensk torde sålunda ett rättsskipningsintresse undantagslöst föreligga. Se not 9 för exempel på när ett sådant intresse normalt inte föreligger.

¹⁴ Bogdan, s 107. I analogi med 10:16 RB krävs möjligen att prorogationsavtalet skall vara skriftligt samt att det rättsförhållande som tvisten rör särskilt anges. Det sistnämnda kravet kan t ex uppfyllas genom lokutionen: "Tvist i anledning av detta avtal . . .", se Eek s 28. Däremot krävs inte att en viss svensk domstol nämns. Se NJA 1980 s 188.

domstol — sk *derogationsverkan*.¹⁵ Även i detta fall respekteras alltså parternas vilja.

Enligt praxis och 3 § Lagen om utländska skiljedomar och skiljeavtal *utgör även ett giltigt skiljeavtal rättegångshinder vid svensk domstol*.¹⁶

En allmänt erkänd begränsning i domsrätten är den *immunitet* som stater och statsorgan tillerkännes enligt folkrättsliga regler. Immuniteten omfattar såväl domsrätt som verkställighet. Denna begränsning saknar dock normalt betydelse i öst-västhandeln eftersom utrikeshandelsföretagen är självständiga juridiska personer (se kap 2.2). Dessutom gäller numera i många länder immuniteten inte när det är fråga om *kommersiella affärer i statlig regi*.¹⁷ Denna inskränkning i immuniteten torde även vara accepterad i Sverige.

De flesta andra väst- och östeuropeiska länders domsrättsregler är uppbyggda enligt principer liknande de svenska. Givetvis finns dock skillnader, som visserligen kan vara små, men i ett konkret fall av avgörande betydelse. En redogörelse för dessa skillnader presenteras inte här.

11.4 Lagvalsproblemet

Den lag som tillämpas på obligationsrättsliga frågor kallas normalt för *avtalsstatutet*, eller *kontraktsstatutet*. Man kan även precisera vilken typ av avtal det är fråga om, genom att kalla tillämplig lag beträffande köpeavtal för köpstatutet, tillämplig lag beträffande hyresavtal för hyresstatutet etc.

I detta kapitel skall avtalsstatutet för de olika kontrakten i motköpsaffärer bestämmas. Först skall den situationen behandlas att en tvist slits av svensk allmän domstol (kap 11.4.1). Därefter kommer kortfattat att redogöras för vad som gäller när tvisten handlägges av skiljedomstol (kap 11.4.2).

¹⁵ Bogdan, s 107. För att klausulen skall tillerkännas derogationsverkan krävs möjligen att visst domsland angivits. Eek, s 30 f. Annorlunda Bogdan, s 107 ff. Dessutom torde krävas att det anvisade domslandet är villigt att ta upp tvisten till prövning. Eek, s 31 och Bogdan, s 107.

¹⁶ Se Arbitration in Sweden, s 33, not 15. Detta gäller även enligt 1958 års New York konvention, som gäller i de flesta väst- och öststater. Se kap 11.5.2.

¹⁷ Eek, s 24 och Strömberg, s 42 f.

11.4.1 Allmän domstol

Liksom vad gäller frågan om domsrätt saknas i stor utsträckning skrivna regler i fråga om lagvalet vid obligationsrättsliga tvister.

En i svensk rätt gällande huvudprincip är att domstolen i regel här skall rätta sig efter parternas vilja. *Om parterna — i avtalet eller vid tiden för tvistens uppkomst — valt en viss lag, bör denna alltså normalt tillämpas av domstolen.* Undantag torde dock göras för det fall att det inte hos någon av parterna kan konstateras ett rimligt intresse för att den valda lagen skall tillämpas.¹⁸ Kravet på intresset kan mycket väl vara uppfyllt t ex när ett svenskt och ett sovjetiskt företag i en tvist förordar tysk rätt. Detta kan ju t o m vara det mest naturliga valet, i fall bägge parterna är väl förtrogna med tysk rätt, men däremot inte med varandras hemlandsrätt.

Hänvisningen till ett visst lands lag behöver inte vara uttrycklig. Vissa författare har t ex menat att ett prorogationsavtal som endast föreskriver *var* tvisten skall tas upp, innebär en presumtion för att parterna avsett att domstolen skall tillämpa domstolslandets egen rätt, *lex fori*.¹⁹ Denna åsikt förefaller inte orimlig.

För det fall att *parterna inte avtalat om tillämplig lag* gäller beträffande *köp* Lagen om tillämplig lag beträffande internationella köp — IKL. Enligt 4 § 1 st IKL skall i allmänhet lagen i det land i vilket *säljaren* har sitt hemvist tillämpas vid internationella köp. Enligt §:s 2 st blir dock *köparens* hemvistlag tillämplig när säljaren mottager beställningen i detta land.

I motköpsfallet är en ”ren” tvist om västföretagets export till öst eller om dess import från öst att bedöma enligt IKL. *Beträffande exporten blir således västföretagets hemvistlag tillämplig, såvida inte västföretaget mottagit beställningen i östföretagets domicil, och motsvarande regler — med motsatt resultat — gäller vid en tvist om importen från öst.*

Frågan är däremot vad som skall gälla när tvisten rör *motköpskontraktet*. Här är inte IKL tillämplig eftersom detta kontrakt inte utgör ett köpeavtal, utan ett föravtal.

Den numera förhärskande uppfattningen är att man skall tillämpa den rättsordning som har *den starkaste anknytningen till avtalet*.²⁰

¹⁸ Bogdan, s 212. Jfr dock a a, s 211 vid not 2.

¹⁹ Kobbernagel, s 267—278 samt Eek, s 34.

²⁰ Detta är den vanligaste regeln även utomlands. I bl a Rumänien och Sovjetunionen tillämpas emellertid lagen i det land där avtalet slutits. Se Bolding s 165 f.

Härvidlag spelar varje relevant omständighet in, vägd efter sin relativa betydelse. Några normalt sett betydelsefulla omständigheter är parternas hemvist och nationalitet, platsen för avtalets tecknande respektive uppfyllande samt vem som presterar det för avtalet mest typiska.²¹ Andra normalt sett mindre tungt vägande omständigheter är t ex avtalets språk och mynslag.

Denna metod — att bestämma tillämplig lag genom en sammanvägning av de för avtalet relevanta omständigheterna — kallas *den individualiserande metoden*.²² Av namnet framgår att den är baserad på en *subjektiv bedömning*, dvs att man ser till omständigheterna i det särskilda fallet. Därför skall även parternas agerande vid och efter avtalsslutet beaktas. En annan viktig faktor kan vara huruvida ett visst kontrakt på något sätt är knutet till andra transaktioner.²³

För det fall att domstolen vid en bedömning enligt den individualiserande metoden inte kommer fram till en viss lag, har i praxis och i doktrinen uppställts generella regler för vissa typer av kontrakt, s k *in dubio-regler*, eller presumtionsregler. Dessa är baserade på vilken rättsordning som respektive kontraktstyp *typiskt sett* har starkast anknytning till och bör tillämpas när den individualiserande metoden inte ger utslag.²⁴

Åter till motköpskontraktet. I kap 6 har konstaterats att detta kontrakt normalt innehåller en ensidig förpliktelse. För ensidiga förpliktelser i allmänhet finns den in dubio-regeln att *den förpliktades hemvistlag bör tillämpas*. Så bedöms t ex ett borgensavtal normalt enligt lagen i borgensmannens domicil.²⁵ Motsvarande resonemang applicerat på motköpskontraktet skulle in dubio leda till en tillämpning av *västföretagets hemvistlag*.

För att pröva lämpligheten av en sådan presumtionsregel för motköpskontrakt måste undersökas vilka typer av konflikter som kan uppkomma i samband med detta kontrakt. Jag skall här redogöra för fyra olika typtvister:

²¹ Denna sista omständighet ligger också delvis till grund för IKL:s huvudregel om att säljarens hemvistlag skall gälla vid köp. Det är ju de köpta varorna som är avtalets typiska prestation och inte betalningen för dessa. Tanken med denna "regel" är att anknytningen normalt är större till den part, vars prestation är den för avtalet mest typiska, och dennas hemvistlag.

²² Se t ex Bogdan, s 214 f.

²³ Eek, s 56.

²⁴ Se t ex Bogdan, s 216.

²⁵ Se NJA 1912 s 231.

1. Tvisten rör enbart tolkningen av själva motköpskontraktet, t ex den rättsliga effekten av att böter betalas, huruvida förpliktelsen får uppfyllas av en tredje man eller rättsverkan av att östföretaget inte vill sälja de varor som beställs av västföretaget.

I detta fall finns det väl ingenting som talar för en annan in dubio-regel för motköpskontrakt än den som normalt gäller för ensidiga förpliktelser.

2. Tvisten rör en hävning av *exportkontraktet* och frågan uppkommer huruvida även motköpskontraktet skall beröras av hävningen. Här rör tvisten kopplingen mellan de båda kontrakten. Frågan om huruvida motköpen skall påverkas är väl i första hand beroende av hur man tolkar motköpskontraktet, men även exportkontraktets tolkning spelar in vid bedömningen. Det är givet att det kan leda till problem om de bägge kontrakten skall tolkas enligt olika lagar. Resultatet skulle då kunna bli att tolkningarna inte harmonierar med varandra, såtillvida att det ena men inte det andra kontraktet föreskriver att motköpen skall påverkas. Bör möjligen av denna anledning samma lag tillämpas på motköpskontraktet som på exportkontraktet (eller tvärtom)?

3. Ett liknande problem uppkommer när tvisten gäller huruvida exportkontraktet bör påverkas av händelser med motköpskontraktet, t ex att motköpsförpliktelse inte uppfyllts i tid. Här är det dock normalt exportkontraktet som ur tolkningssynpunkt är det viktigaste.

4. Tvisten rör en hävning av ett *importkontrakt* och frågan uppkommer huruvida hävningen skall anses innebära att det hävda beloppet skall avräknas från den uppfyllda kvoten av motköpsförpliktelsen. I denna tvist torde i första hand en tolkning göras av själva motköpskontraktet. Även importkontraktet måste väl dock göras till föremål för en tolkning. Detta kontrakt innehåller t ex ofta en formulering om att köpeskillingen skall avräknas från motköpsförpliktelsen. Även i detta fall — sett för sig — skulle det därför vara bra med en gemensamt tillämplig lag.

Om man låter en in dubio-regel för motköpskontrakt följa den normala regeln om ensidiga förpliktelser kan alltså — i fallen 2—4 — den besvärliga situationen uppkomma att *olika lagar tillämpas på samma fråga*.²⁶

²⁶ En sådan disharmoni behöver dock inte uppkomma, nämligen när importbeställningen mottagits i västföretagets domicil respektive när exportbeställningen inte mottagits i östföretagets domicil. Se ovan om 4 § IKL.

Om å andra sidan samma lag skulle tillämpas såväl på motköpskontraktet som på export- respektive importkontraktet i fallen 2—4, skulle följden bli att *olika lagar tillämpas på motköpskontraktet, beroende på tvistens natur — "motköpskontraktsstatutet" skulle alltså bli uppdelat*. En sådan delning är inte helt lyckad men anses undantagsvis kunna accepteras.²⁷

Rättsläget i denna fråga är oklart. Några rättsfall finns inte och dylika frågor är över huvud taget sparsamt behandlade i doktrinen. En tänkbar lösning som jag anser ha fog för sig är emellertid följande:

När tvisten *endast rör en tolkning av motköpskontraktet bör den normala in dubio-regeln för ensidiga förpliktelser gälla*. Västföretagets hemvistlag skall således tillämpas. *Detta bör också vara fallet när tvisten gäller frågan huruvida motköpen skall påverkas av t ex en hävning av exporten respektive importen, dvs fallen 2 och 4*. Problemet rör ju trots allt i första hand motköpskontraktet och det är normalt tolkningen av det kontraktet som är viktigast för tvistens utgång. Jag är inte heller främmande för att "motköpskontraktsstatutet" i den här specifika frågan tillämpas även på export- respektive importkontraktet. Därigenom kan man undvika problemet med att samma fråga kan komma att bedömas enligt två olika rättssystem.

För det fallet att domstolen har att ta ställning till *huruvida exportkontraktet skall påverkas av händelser med motköpskontraktet — fall 3 ovan — bör dock det av IKL anvisade köpstatutet tillämpas inte blott på tolkningen av exportkontraktet utan även av motköpskontraktet*. Här rör tvisten nämligen främst en bedömning av exportavtalet.

Enligt detta lösningsalternativ skulle alltså motköpskontraktet — och möjligen också export- och importavtalen — inte vara underkastade en enhetlig lagvalsbedömning, utan valet skulle till en viss del vara avhängigt av frågans natur.

Situationen liknar på sätt och vis de lagvalsbestämmelser som anses gälla för kvittning av genfordran. I det fallet bör *möjligheten till kvittning* bedömas enligt samma lag som huvudfordran. Däremot skall själva *genfordringens giltighet och innehåll bedömas enligt den rätt som normalt gäller för fordringen*.²⁸

Ovanstående resonemang har gällt det fallet att motköpsaffären har reglerats med *två kontrakt* (samt ett eller flera efterföljande importavtal). När endast *ett kontrakt använts bör möjligen den skillnaden*

²⁷ Karlgren, s 111 och Lando, s 185.

²⁸ Nial, s 50. Jfr dock Bogdan, s 204 not 3.

göras att IKL skall tillämpas i alla tvister, alltså även när tvisten endast rör själva motköpsförpliktelsen. Den kontraktsmässiga samhörigheten mellan export- och motköpsförpliktelsen är ju starkare här (och exporten är "huvudprestationen" — se kap 8.4 — varför inte motköpskontraktstatutet bör tillämpas på avtalet). Enligt min mening är det emellertid inte orimligt att ändå lösa lagvalsfrågan på samma sätt som när parterna använt sig av separata export- och motköpskontrakt.

Den diskussion som här förts har gällt in dubio-regler för motköpsförpliktelsen. Med hjälp av den individualiserande metoden kan dock i det enskilda fallet en annan lösning än den här föreslagna ha mer fog för sig. En omständighet som kan spela in är om motköpskontraktet saknar en lagvalsklausul men något av de andra kontrakten har en sådan. Särskilt om tvisten omfattar både motköps- och *export*kontraktet bör sannolikheten vara stor för att den däri valda lagen även skall tillämpas på motköpskontraktet.

Slutligen skall jag peka på vissa allmänna inskränkningar i kontraktstatutet.

En i alla länder accepterad uppfattning är att utländska lagregler inte skall tillämpas i domlandet när tillämpningen är *uppenbart oförenlig med domslandets rättsuppfattning, s k ordre public*. Som exempel kan nämnas att en svensk domstol knappast skulle tillämpa familjerättsliga lagar som är starkt diskriminerande mot endera könet. I kontraktsrättsliga frågor är emellertid detta problem sällan aktuellt.²⁹

Avtalsstatutet gäller heller inte beträffande processregler. I stället tillämpas *alltid domslandets egen processrätt* oavsett vilket lands rätt som tillämpas på den materiella frågan. Också i frågor om *avtalets giltighet till formen och parts rättshandlingsförmåga* tillämpas speciella regler.³⁰

11.4.2 Skiljedomstol

Lagvalet vid skiljedom är givetvis beroende av inför vilket skiljedom-

²⁹ Se t ex Eek, s 52. Jfr dock Eeks varning för fransk rätt! För en mer ingående redogörelse för ordre public, se t ex Bogdan, s 62 ff.

³⁰ Enligt svensk IP är huvudregeln den, att ett avtal anses giltigt till formen om antingen avtalsstatutet eller lagen i det land där avtalet kom till stånd betraktar avtalet som giltigt. Bogdan, s 205. Parts rättsförhandlingsförmåga bedöms däremot enligt lagen i den aktuella personens hemland. Eek, s 61 f. Bägge dessa regler är i stor utsträckning accepterade även utomlands, se Eek, s 60 ff. Se vidare om s k bistatut, Bogdan, s 204 f.

institut förfarandet äger rum. Generellt kan dock sägas att *i princip alla skiljedomstolsreglementen både i öst- och västeuropa accepterar parternas val av tillämplig lag*.³¹ Skiljedomstolar accepterar också i regel ”indirekta” laghänvisningar, dvs hänvisning till ett visst lands IP.³²

För det fall att parterna inte avtalat om tillämplig lag har vissa skiljedomstolar relativt väl preciserat vilken lag som då skall tillämpas. Bl a föreskriver Rumäniens skiljereglemente att lagen där avtalet skrivits skall tillämpas. Även vid tvister inför skiljedomstolen vid Sovjetunionens Industri- och Handelskammare är det normala att denna lag — som föreskrivs av sovjetisk IP — tillämpas.³³ Skiljedomsinstitutet i Nederländerna föreskriver däremot en presumtion för en tillämpning av uppfyllelseortens lag.³⁴ En annan variant som man möter i stadgarna för skiljedomstolen vid den östtyska handelskammaren är att östtysk IP skall bestämma den tillämpliga lagen.³⁵

Många skiljedomsinstituts regler föreskriver dock endast att lagen med den starkaste anknytningen, eller den lämpligaste lagen skall tillämpas. Se t ex stadgarna för den polska handelskammarens skiljedomsinstitut.³⁶ Var man i dessa fall slutligen hamnar beror väl till stor del på var förfarandet äger rum och på skiljedomarnas nationalitet. Man kan nog nämligen utgå från att antingen *IP-reglerna* hos landet för förfarandet eller hos domarnas hemland kommer att tillämpas. T ex enligt reglerna för Stockholms handelskammares skiljeinstitut är det normala att svensk IP tillämpas. (I varje fall när parterna själva bestämt att tvisten skall slitas enligt dessa regler.)³⁷ Enligt ICC:s skiljedomstolsreglemente tillämpas de IP-regler som skiljedomaren finner lämpliga.

Av ovanstående högst summariska redogörelse har framgått att lagvalsfrågan inte bedöms enhetligt av alla skiljedomsinstitut. Generellt kan sägas att lagvalsbeslutet är baserat på en något friare bedömning än hos allmänna domstolar. Även när tvister skall slitas av skiljedomstol är det därför av stor vikt att i förväg bestämma vilken rättsordning som skall tillämpas på avtalet.

³¹ Se jämförelsen i Cohn.

³² Många skiljedomstolar accepterar även att parterna hänvisar till att domstolen skall döma efter kända rättsgrundsatser, handelsbruk, billighet etc i stället för efter ett visst lands lag. Se t ex Cohn, s 142.

³³ Cohn, s 189 f och 180 f.

³⁴ A a, s 142.

³⁵ A a, s 76 f.

³⁶ A a, s 27 f och 158 f.

³⁷ A a, s 198 och Arbitration in Sweden, s 46 f.

11.5 Verkställighet och rättskraft

11.5.1 Tvisten avgjord av allmän domstol

Antag att en allmän domstol i Frankrike i en tvist mellan ett sovjetiskt och ett svenskt företag dömer det sovjetiska företaget att erlägga 100 000 kronor till det svenska företaget. För det fall att det sovjetiska företaget inte självant betalar beloppet, kan franska myndigheter vidtaga exekutiva åtgärder endast i den mån det sovjetiska företaget har tillgångar i Frankrike. Myndigheterna kan nämligen inte verkställa domen i ett annat land. Om det sovjetiska företaget skulle ha tillgångar i Sovjetunionen och i Sverige uppkommer därmed frågan huruvida det svenska företaget kan räkna med att exekutiva myndigheter i dessa länder är beredda att verkställa domen. Om detta inte kan ske, kan den franska domen i princip vara värdelös för den vinnande parten.³⁸

Nära förknippad med detta problem är frågan huruvida den franska domen äger *rättskraft* i andra länder, dvs om andra länders domstolar är förhindrade att döma i samma fråga (negativ rättskraft) och om de kan lägga domen till grund för ett eget avgörande i en annan fråga (positiv rättskraft).

De flesta länder — både i öst och i väst — erkänner i regel inte utländska domar på kontraktsrättens område vare sig genom att verkställa dem eller att ge dem rättskraft. I viss utsträckning förekommer dock konventioner, främst bilaterala, genom vilka olika stater förbinder sig att erkänna varandras domar. Man kan emellertid räkna med att en dom normalt endast äger giltighet i domslandet.

Sverige utgör här inte något undantag, utan *huvudregeln är att utländska domar inte erkänns i Sverige.* Denna regel är dock försedd med två viktiga undantag.

För det första har Sverige och de övriga nordiska länderna respektive Schweiz genom konventioner³⁹ avtalat om att erkänna och verkställa varandras privaträttsliga domar.

För det andra har HD i NJA 1973 s 628 konfronterats med en tvist som i enlighet med en exklusiv prorogationsklausul redan avgjorts i det

³⁸ Detta är dock inte helt sant, då utländska domar ofta äger en relativt stark *bevisverkan*. En annan sak är vidare att de flesta stora företag — även i öst — normalt finner sig i en domstols utslag.

³⁹ Lag 1977:595 om erkännande och verkställighet av nordiska domar på privaträttens område samt Lag 1936:79 om erkännande och verkställighet av dom som meddelats i Schweiz.

land till vilken klausulen hänvisade. *HD lade här den utländska (grekiska) domen till grund för den svenska, utan att materiellt pröva den grekiska domen.* Skälet för detta domslut måste vara att förhindra den konsekvensen att en tvist på grund av en prorogationsklausul inte kan tas upp i Sverige samtidigt som en dom av prorogationsforum inte gäller här. Annars skulle ett "oacceptabelt juridiskt vacuum"⁴⁰ uppstå. Genom att endast *formellt* pröva den utländska domen, dvs pröva huruvida den tillkommit i laga ordning, har HD ej heller brutit mot prorogationsavtalet. För det fall att ett prorogationsavtal föreskriver en utländsk domstol, torde alltså dennas dom kunna läggas som underlag för en svensk dom med samma innehåll. Genom denna omväg kan alltså den utländska domen "indirekt" verkställas i Sverige. Det är emellertid inte helt uteslutet att även en "direkt" verkställighet av den utländska domen kan komma till stånd. Frågan har inte prövats i praxis, men i doktrinen har detta förordats.⁴¹

Man kan inte förutsätta att denna verkställighetsregel accepteras även i andra länder.

11.5.2 Tvisten avgjord av skiljedomstol

För tvister som avgjorts genom skiljedomstol är bilden vad gäller erkännande och verkställighet en annan. Genom internationella konventioner — särskilt 1958 års New York-konvention⁴² — har så gott som alla väst- och öststater förbundit sig att erkänna och verkställa utländska skiljedomar.⁴³ *Man kan alltså räkna med att en skiljedom, i vart fall om den tillkommit i ett konventionsland, kan verkställas i alla konventionsländer.*

För Sveriges del har detta reglerats i Lagen om utländska skiljeavtal och skiljedomar. Av 6 och 7 §§ i denna lag framgår att utländska skiljedomar kan verkställas i Sverige. Dock görs undantag för vissa formella hinder, som att skiljedomsförfarandet inte gått rätt till, att verkställighet av domen strider mot svensk ordre public eller att skiljedomstolen prövat fråga som enligt svensk lag inte får avgöras av skiljemän. Dessa undantag stämmer överens med New York-konventionen.

Här visas den förmodligen största fördelen med skiljeförfarande i

⁴⁰ Bogdan, s 245.

⁴¹ Se t ex Eek, s 38 och Bogdan, s 245.

⁴² Även Genèvekonventionen från 1927.

⁴³ Bland undantagen märks Kanada, Island, Albanien och Kina.

internationella tvister. Genom att vända sig till skiljedomstol slipper parterna riskera att råka ut för att domar inte kan verkställas och att samma tvist avgörs i flera olika länder, kanske med olika resultat.

11.6 Några slutsatser

Av framställningen i detta kapitel har visats att det kan vara av stor betydelse att — och hur — man i motköpsaffärer utformar bestämmelser om hur eventuella tvister skall regleras.

Genom en *skiljeklausul* kan parterna känna sig säkra på att en framtida dom kan bli verkställd.⁴⁴ En annan tänkbar lösning är att i en *prorogationsbestämmelse* avtala om process vid allmän domstol i ett land som parterna (eller endast motparten) har tillgångar i (eller i ett land som har avtal om verkställighet med land, där sådana tillgångar finns).

Det är också tillrådligt att parterna genom en *lagvalsklausul* bestämmer vilket lands materiella rätt som skall tillämpas på tvisten. Här gäller det för respektive part att välja en rättsordning som man är förtrogen med och vars regler inte är för parten direkt ogynnsamma.

Vidare är det befogat att kontrollera att det skiljedomsinstitut man hänvisat till accepterar lagvalsklausulen samt huruvida vissa formkrav för sådana klausuler uppställts. Om en process i stället förs vid allmän domstol bör på samma sätt det föreskrivna landets IP undersökas.

Slutligen skall sägas att denna IP-reglering bör vara införd både i export-/importkontrakten och i motköpskontraktet. Av praktiska skäl torde det vara lämpligt att de olika kontrakten innehåller överensstämmande regler.

⁴⁴ Se kap 11.5.2 om New York-konventionen.

12 Checklista med en kortfattad kommentar

På flera ställen i denna framställning har konstaterats att viktiga frågor vanligen lämnas oreglerade i motköpskontrakt. Till dessa hör frågan om bindningen mellan exporten och motköpsförpliktelsen samt ofta även frågorna om bötesklausulens rättsverkningar och huruvida motköpsåtagandet går ut på att beställa eller köpa varor.

Från *strikt juridisk* synpunkt måste det vara bra att noggrant reglera vad som skall gälla i alla uppkomliga situationer. En sådan reglering är dock ibland mindre lämplig rent *affärsmässigt*.

En orsak kan vara att parterna inte kommer överens om en viss detalj — t ex huruvida böter skall utsläcka vidare förpliktelse — men att de ändå inte vill gå miste om avtalet. Man låter då bli att reglera just den frågan och hoppas att allt går som det ska och att frågan därför aldrig kommer att bli aktuell.

Det kan också skapa misstro hos motparten om man vid förhandlingar vill reglera minsta detalj, särskilt angående kontraktsbrott. Det är ju så, att ju större förtroende parterna har för varandra, desto mindre förutser de en kommande tvist i anledning av avtalet, och desto mindre viktig anser de en noggrann och uttrycklig avtalsreglering vara.

Ytterligare en synpunkt är att avtalsförhandlingar inte sällan sker under tidspress och att en detaljreglering ofta tar väsentlig tid i anspråk. Parterna har således kanske inte tid med ett långdraget förhandling.

Den lämpligaste avtalsregleringen i det enskilda fallet innebär av ovannämnda skäl ofta en kompromiss mellan de strikt juridiska och de affärsmässiga önskemålen. Enligt min mening är dock vissa spørsmål så pass grundläggande och viktiga att de i större utsträckning än vad som nu förekommer borde ges en uttrycklig reglering i motköpskontraktet. Framst tänker jag på frågan om bindningen mellan exporten och motköpsförpliktelsen.

I den checklista som följer redovisas frågor som enligt min mening bör regleras, eller åtminstone tas i beaktande av parterna, vid en nor-

mal motköpsaffär.¹ Listan gör inte anspråk på att vara helt fullständig, men torde kunna tjäna som utgångspunkt för skrivandet av motköpskontrakt.²

12.1 Checklista över vad som bör regleras i motköpskontraktet

1. Typen av avtal (kap 6)³

A Huruvida förpliktelsen är ensidig eller ömsesidig. (6.2—3)

B Föravtal, köpeavtal eller letter of intent? (6.1)

2. Förpliktelsens närmare innehåll (kap 7)

A Huruvida förpliktelsen går ut på att framdeles beställa eller köpa varor (rättsverkan av att västparten beställer varor, ingår importavtal respektive erlägger betalning för importen.) (7.2)

B Vem som har rätt att välja vara när kontraktet innehåller flera varualternativ. (7.3)

C Kvalitet och priser. (7.4—5)

D Leveransvillkor. (7.5)

E Motköpsfristens längd. (7.1)

3. Förhållandet mellan motköpsförpliktelsen och exporten (bindningsproblematiken) (kap 8)

A Huruvida exporten påverkas av händelser med motköpen. (8.1)

B Huruvida motköpen påverkas av händelser med exporten

a) när exportkontraktet hävs (8.2.3)

b) när exportvolymen minskas genom en partsöverenskommelse (8.2.1)

c) när exportvolymen ökas genom en partsöverenskommelse (8.2.1)

d) när de bägge kontrakten föreskriver olika valutor (8.2.2).

¹ Liksom tidigare bortses emellertid här från frågor som kan uppkomma vid olika kreditarrangemang i samband med motköpsaffären.

² De andra två typerna av kontrakt som är aktuella vid motköpsaffärer, export- och importkontrakten, är i princip utformade som vanliga köpekontrakt. Det är dock viktigt att i importkontrakten stadga att köpeskillingen skall avräknas från motköpsförpliktelsen. Se CP-conference s 54.

³ Parentesen hänvisar till det ställe i framställningen där det ifrågasvarande spørsmålet behandlas.

4. *Dröjsmål med motköpsförpliktelsen* (kap 9)

- A Huruvida dröjsmål skall regleras med böter eller skadestånd.
- B Force-majeure-klausul. (9.4)

I Om bötesklausul

- C Huruvida böter utesluter skadestånd. (9.3.4)
- D Huruvida erläggandet av böter utesluter förpliktelsen. (9.3.5)
- E Böternas storlek. (9.3.1)

II Om skadestånd

- C Huruvida östparten har rätt att kräva köpets fullgörande. (9.2.1)
- D Huruvida väsentlighet krävs för hävning av avtalet. (9.2.2.1)

5. *Om tredje man* (kap 10)

- A Huruvida västparten kan överlåta förpliktelsen till tredje man.
- B Huruvida västparten kan ta hjälp av tredje man för uppfyllandet av förpliktelsen.

6. *IP-frågor* (kap 11)

- A Huruvida tvister skall avgöras av skiljedomstol eller allmän domstol. (11.2, 11.5)
- B Var rättsligt förfarande skall äga rum.
- C Vilket lands rätt som skall tillämpas. (11.4)

12.2 Kommentarer till checklistan

1. *Typen av avtal* (kap 6)

Givetvis är det viktigt att parterna bestämt huruvida motköpskontraktet är ett bindande föravtal, ett letter of intent eller rent av ett köpeavtal. Man kan dock utgå från att det normalt är fråga om ett bindande föravtal. För att ett letter of intent skall föreligga krävs att det uttryckligen framgår att västparten endast skall "verka för" ("sträva efter" eller motsvarande) att motköpen skall komma till stånd.

Om inte något annat uttryckligen sägs torde det stå klart att det är fråga om en ensidig förpliktelse och att östparten således inte har någon skyldighet att sälja motköpsvarorna. Om parterna avser en ömsesidig förpliktelse torde väl detta framgå genom att avtalet uttryckligen — t ex med en bötesklausul — reglerar frågan om *östpartens* dröjsmål med att sälja varor.

2. *Förpliktelsens närmare innehåll* (kap 7)

Normalt bör enligt min mening motköpskontraktet ges den betydelsen att förpliktelsen går ut på att beställa varor och att västparten har rätt att välja vara när flera olika varualternativ finns. I klargörande syfte är det emellertid lämpligt att ha med en s k non-fulfillment clause i avtalet. En sådan stadgar uttryckligen att västföretaget har rätt att från motköpsförpliktelsen avräkna varje beställning, oavsett om östparten är villig att sälja den beställda produkten. Alternativt kan stipuleras att västföretaget skall "beställa" varor. För det fall att uttrycket "köpa" används, bör närmare preciseras vad som menas härmed. Om kontraktet innehåller flera varualternativ och en non-fulfillment clause saknas, kan det vara av vikt för västföretaget att stadga att det har rätt att beställa/köpa varor "free of choice". Med ett sådant uttryck kommer klart att det är västparten som har rätt att välja vara.

Frågan om motköpsvarornas pris och kvalitet är däremot oftast betydligt mer svårreglerad. Visserligen kan man i vissa fall, t ex beträffande råvaror och stapelvaror, relativt väl reglera priset, men i andra fall är detta omöjligt. Det måste dock oftast vara till någon hjälp att använda uttryck som "competitive on the world market" eller "comparative to world market prices" samt att förbjuda prisdiskriminering, så att östföretaget inte höjer priserna just i ifrågavarande motköpsaffär.

Beträffande motköpsfristens längd kan sägas att det ligger i västföretagets intresse att se till att exporten hunnit slutföras innan motköpsfristen löpt ut, särskilt om motköpsåtagandet påverkas av en hävning av exporten. Man kan också tänka sig att föreskriva att motköpsfristen skjuts upp vid en fördröjning av exportförpliktelsen.

3. *Förhållandet mellan motköpsförpliktelsen och exporten* (kap 8)

Enligt min mening påverkas *exportkontraktet* normalt inte av handelser med motköpen. Frågan är emellertid så pass viktig att detta uttryckligen bör stadgas. Ett lämpligt sätt är att säga detta i samband med en s k termination-clause (se 4 nedan).

Motköpskontraktet torde däremot påverkas av att *parterna kommer överens om att ändra exportens volym*, i vart fall om volymen minskas. När *exporten hävs* är det oklart vad som gäller. Det är möjligt att motköpsförpliktelsen då upphör, i vart fall när det är västföretaget som hävt exportkontraktet. Det är något förvånande att denna viktiga fråga så pass sällan görs till föremål för en explicit reglering. En sådan

kan lämpligen föras in i en force-majeure-klausul (se punkt 4 B i check-listan).

Det förekommer att motköpskontraktet föreskrivs vara en ”integral part” av exportavtalet. En sådan formulering kan inte rekommenderas för att uttrycka att motköpsåtagandet upphör vid exportens hävning. Uttrycket kan nämligen även medföra det motsatta — att exportkontraktet rycks med i motköpskontraktets hävning.

Motsvarande oklarhet uppkommer när motköpskontraktet sägs vara ”independent of” exportkontraktet. Rent semantiskt indikerar detta uttryck i första hand att motköpskontraktet inte skall påverkas av händelser med exporten. Frågan är dock om det även innebär att exporten skall vara opåverkad av händelser med motköpen, vilket väl är det, som ofta åsyftats av västparten.

4. Dröjsmål med motköpsförpliktelsen (kap 9)

Motköpskontrakt innehåller vanligen en bötesklausul. Ofta avser åtminstone västparten dels att bötesregleringen utesluter skadestånd och dels att erläggande av böter medför att motköpsförpliktelsen därigenom upphör. Det är emellertid inte säkert att detta automatiskt följer av en bötesklausul. Det bör alltså uttryckligen stadgas att böter helt ersätter skadeståndet samt att västparten helt befrias från alla vidare förpliktelser enligt kontraktet när väl böterna betalats. (Den sistnämnda rättsföljden brukar uttryckas i en sk termination-clause). I samband härmed kan det även vara lämpligt att stadga att exporten inte skall påverkas av dröjsmålet.

Vad beträffar böternas storlek torde det lämpligaste vara att relatera dessa till den del av motköpsförpliktelsen som inte uppfyllts. Detta göres enklast genom att stadga att böter utgår ”med x % av det ouppfyllda värdet” av åtagandet.

Det torde normalt vara svårt att få östföretaget att acceptera force-majeure-klausuler med annan innebörd än att motköpsfristen förlängs. Östföretaget torde alltså oftast ej gå med på en bestämmelse, vars rättsverkan är att motköpsförpliktelsen upphör. I ett fall är dock en sådan bestämmelse mer realistisk, nämligen beträffande bindningen mellan export- och motköpsförpliktelserna. Västparten bör kunna förhandla fram en uttrycklig bestämmelse om att motköpsförpliktelsen automatiskt skall upphöra vid en hävning av exportkontraktet, i vart fall när hävningen beror på östpartens kontraktsbrott.

En annan bestämmelse som kan vara lämplig att föra in i en force-majeure-klausul är att motköpsfristen skall uppskjutas med den tid

som exportkontraktets uppfyllande kan komma att försenas med. Även här är det tänkbart att i bestämmelsen skilja mellan fallen att dröjsmålet beror på östparten respektive västparten.

5. Om tredje man (kap 10)

Det är vanligt att motköpen får utföras av tredje man. Kontraktet brukar i själva "förpliktelseformuleringen" stadga att västparten själv eller "genom en tredje man" förbinder sig att uppfylla motköpsåtagandet. Detta stadgande medför dock endast att västparten kan *ta hjälp* av en utomstående part för att utföra motköpen och inte att *ansvaret* gentemot östparten för motköpsförpliktelsens uppfyllande därigenom övergår till densamma.

För att västparten även skall kunna transferera ansvaret gentemot östparten torde krävas ett uttryckligt stadgande härom.

Om kontraktet överhuvud taget inte nämner något om inblandning från en tredje part saknas troligen även möjligheten att få hjälp med uppfyllandet.

6. IP-frågor (kap 11)

I de flesta fall är ett skiljeförfarande att föredra framför en tvist vid allmän domstol. Alla motköpskontrakt som jag stött på har också innehållit en skiljeklausul.

Normalt innehåller kontraktet också bestämmelser om var skiljeförfarandet skall äga rum och vilket lands rätt som skall tillämpas på tvisten. Särskilt den sistnämnda frågan är givetvis viktig och bör aldrig lämnas obesvarad.

13 Framställningens giltighet med avseende på utländsk rätt

Denna studie är baserad på svensk rätt. I kap 11 har visats att parterna i allmänhet själva, genom en lagvalsklausul, bestämmer vilket lands rätt som skall tillämpas på avtalet. I checklistan i kap 12 har uppställts de viktigaste juridiska *frågeställningarna* som kan uppkomma vid regleringen av ett motköpsavtal. Trots att checklistan utgår från svensk rätt torde den i stort äga motsvarande relevans även när utländsk rätt skall tillämpas.

En annan fråga är huruvida framställningens *slutsatser* äger giltighet även på utländsk rätt. Det har i kap 5 konstaterats att svensk rätt i mycket stor utsträckning tar hänsyn till vad parterna avsett — partsavsikten. Denna respekt för den gemensamma partsviljan är framträdande även i övriga västländer samt i stor utsträckning i östländerna.¹ Man kan därför utgå från att i motköpskontraktet klart uttryckta bestämmelser normalt inte påverkas av vilken rättsordning som är tillämplig; klausulens lydelse blir gällande.

Man bör dock givetvis kontrollera ett visst lands lagstiftning — särskilt vilka relevanta tvingande bestämmelser den innehåller — innan man hänvisar till denna i motköpskontraktet. Detta torde framför allt gälla när avtalet hänvisar till ett östlands rättsordning. Det socialistiska samhällssystemet är till sin natur mindre främmande för tvingande regler även på kontraktsrättens område.

Beträffande Sovjetunionen vill jag här höja ett varningens finger. I RFSFR:s Civillag, som är den sovjetiska delstatslag som normalt tillämpas i utrikeshandelsrelationer, stadgas att betalning av böter och skadestånd inte befriar gäldenären från sin förpliktelse, 191 och 221 §§.² Eftersom det i sagda bestämmelser inte uttryckligen sägs att de får avtalas bort är de, som lagen är uppbyggd, tvingande. Ett västföretag som enligt kontraktet har rätt att "böta sig ur" motköpsförpliktelsen skulle alltså kunna bli obehagligt överraskad om sovjetisk

¹ För Sovjetunionens del, se USSR Contract Law, s 45 ff.

² Se även USSR Contract Law, s 68.

rätt föreskrivits. När jag berörde detta problem med handelsekreteraren vid Sovjetunionens Handelsrepresentation i Sverige, A Komarov, höll han med om att nämnda bestämmelser är tvingande, men menade att sovjetiska domstolar — särskilt skiljedomstolar — inte tolkar den sovjetiska civillagen bokstavligt när det är fråga om internationella tvister. I stället försöker de anpassa lagen — som främst är skriven för interna sovjetiska relationer — till internationella förhållanden. Komarov trodde därför att en uttrycklig bestämmelse om att erläggande av böter fritar västparten från motköpsåtagandet trots allt skulle respekteras av sovjetiska domstolar. Jag har inte undersökt huruvida de övriga öststaterna har bestämmelser motsvarande de nyss nämnda.

När motköpsavtalet är otydligt på någon punkt, träder ofta dispositiva "hjälpregler" in.³ I många fall har i denna framställning bl a analogier från den svenska köplagen varit till hjälp vid lösandet av oklara frågor. Motsvarande tolkningsförfarande används även utomlands. Lösningarna hämtas då i första hand från det *inhemska* rättssystemet och dess rättsregler. Liksom man utgår från svenska obligationsrättsliga regler när svensk rätt är tillämplig, torde man t ex utgå från schweizisk obligationsrätt när schweizisk rätt skall tillämpas på avtalet.

Även om stora likheter finns mellan väst- och östländernas dispositiva kontraktsrätt existerar givetvis otaliga skillnader. Man kan därför förutsätta att *den rättsliga bedömningen av ett motköpsavtal i väsentligt högre grad är beroende av vilken rättsordning som tillämpas, när avtalet innehåller många oklarheter och luckor, än när det fått en klar och fullständig utformning*. Om (någon av) parterna inte till fullo behärskar innehållet i den rättsordning till vilken avtalet skall hänvisa, är detta således ytterligare ett skäl för att ge avtalet en uttrycklig utformning.

³ Se kap 5.2.

Källförteckning

Offentligt tryck

Prop 1980/81:8 med förslag till utsökningsbalk (Cit: prop 1980/81:8).

Litteratur

Adlercreutz, A. Avtalsrätt I, 7 uppl. Lund 1980 (Cit: Adlercreutz).

— Avtalsrätt II, 2 uppl. Lund 1978 (Cit: Adlercreutz II).

Ahlgren, C. Motköpsaffärer hotar frihandeln, SI-Nytt 21/83 (Cit: Ahlgren).

Almén, T. Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, Stockholm, 1916 (Cit: Almén II).

— Almén, T. Om köp och byte av lös egendom, 4 uppl. Stockholm 1960 (Cit: Almén).

Arbitration in Sweden, second (revised) ed., Stockholms Handelskammare. Stockholm 1984 (Cit: Arbitration in Sweden).

Bengtsson, B. Särskilda avtalstyper I, 2 uppl. Stockholm 1979 (Cit: Bengtsson).

Bogdan, M. Svensk internationell privat- och processrätt. Lund 1980 (Cit: Bogdan).

Bolding, P-O/Stenberg, H. Affärstvister och skiljedom, i Exporträtt 4. Stockholm 1970 (Cit: Bolding).

Christensen, A. Studier i köprätt. Stockholm 1970 (Cit: Christensen).

Documentation from the International Conference on Countertrade in Stockholm 1 December 1983. Utg. av Sveriges Exportråd, Stockholm 1984. (Cit: CP-conference.)

East-West Trade. Recent Developments in Countertrade. Utg. av OECD, Paris 1981 (Cit: OECD).

Eek, H. Svensk eller utländsk lag? i Exporträtt 4. Stockholm 1970 (Cit: Eek).

Fehr, Rätt att fordra fullgörande enligt köplagen, i Festschrift till Marks von Würtenberg. Stockholm 1931 (Cit: Fehr).

Frenne, G/Salmonsson, L. Att handla med Östeuropa. Stockholm 1973 (Cit: Frenne).

Gomard, B. "Letters of intent" (Hensigtserklæringer) i Forhandlingerne ved Det 30 nordiske jurismøtet, Del I. Oslo 1984 (Cit: Gomard).

Hellner, Speciell avtalsrätt I, Köprätt. Stockholm 1982 (Cit: Hellner).

Högberg, B/Ådahl, A. Industriellt samarbete med öststaterna, bilagor, STU-information nr 179-1980. Stockholm 1980 (Cit: Högberg).

Internationella Handelskammarens förliknings- och skiljedomsregler med kommentar av Lars Hjerner. Stockholm 1981 (Cit: Internationella Handelskammarens förliknings- och skiljedomsregler).

- Karlgren, H. Kortfattad lärobok i internationell privat- och processrätt, 5 uppl. Lund 1974 (Cit: Karlgren).
- Kobbernagel. Om stiltiende partshenvisningar i den interlegale handelsret, i Festskrift till Ussing, Köpenhamn 1951 (Cit: Kobbernagel).
- Lando, O. Kontraktstatutet. Köpenhamn 1962 (Cit: Lando).
- Molnár, J. Bytesaffärer i öst-västhandeln. Göteborg 1982 (Cit: Molnár).
- Barter, kompensation eller motköp? Marknadstekniskt Centrum, skriftserie nr 20. Stockholm 1983 (Cit: Molnár II).
- Nial, H. Internationell förmögenhetsrätt, 2 uppl. Stockholm 1953 (Cit: Nial).
- Rodhe, K. Obligationsrätt. Stockholm 1953 (Cit: Rodhe).
- Seklund, M. Handeln med Sovjet dålig affär för Sverige, Upsala Nya Tidning den 30 juli 1984 (Cit: Seklund).
- Sjöström, S. Han skall skaffa order för 5 miljarder . . . Dagens Industri den 3 januari 1984 (Cit: Sjöström).
- Strömberg, T/Melander, G. Folkrätt. Malmö 1982 (Cit: Strömberg).
- Tiberg, H. Fordringsrätt. Stockholm 1979 (Cit: Tiberg).
- USSR Contract Law, Pozdnyakov m fl. Helsingfors 1982 (Cit: USSR Contract Law).
- Vahlén, L. Avtal och tolkning, 2 tryckn. Stockholm 1966 (Cit: Vahlén).
- Verzario, P. Counter Trade Practices in East Europe, the Soviet Union and China, US Department of Commerce 1980 (Cit: Verzario).
- Wikander, H. Om det materiella arbetsbetinget och dess viktigaste följder med särskild hänsyn till svensk rättspraxis. Uppsala 1916 (Cit: Wikander).
- Ådahl, A. Ekonomisk reglering i Sovjetunionen (kompendium). Uppsala 1973 (Cit: Ådahl).

Otryckta källor

- Herrlin, H. Anförande vid Stockholms Handelskammarens seminarium om öststatsrätt den 22—23 november 1978 (stencil), (Cit: Herrlin).
- Samtal med Berndt E Johansson, Elektro-Invest Trading AB; Sten Bertling, Peter Frankel och Kai Siegfried, SUKAB; Hans Herrlin, A. Johnson & Co; Åke Gustafsson, Atlas-Copco International AB; Kaj Hobér, White & Case Advokataktiebolag samt med Alexander S Komarov, Sovjetunionens Handelsrepresentation i Sverige.

Bilagor

Nedan är två autentiska motköpskontrakt bilagda. Bilaga 1 utgörs av ett kontrakt som använts mellan rumänska och svenska företag. Kontraktet i bilaga 2 är ett polskt standardkontrakt. Bägge dessa kontrakt — som är något föråldrade — innehåller brister. Bl a regleras inte frågan om bindningen med exportkontraktet.

Lägg märke till att västparten i det första kontraktet (bilaga 1) förbundit sig att utfärda en bankgaranti på bötesbeloppet. Särskilt om östföretaget kan lyfta garantin ”on demand” innebär ett sådant åtagande en risk för västföretaget. Trots att det har möjlighet att genom en skiljedom få tillbaka av östföretaget otillåtet lyftna medel, hamnar västföretaget med en dylik bestämmelse i ett sämre läge. Sådana klausuler bör därför i största möjliga utsträckning undvikas.

Notera även att det polska kontraktet (bilaga 2) stadgar att erläggande av böter inte fritar västparten från förpliktelsen.

FRAME CONTRACT

concluded on 19

between

and

CHAPTER I - Object of the Contract

1. ..(Väst)... and ..(Öst)... have concluded the Contract No. ..(exportkon-
traktet).. for the supply of equipment for the manufacture of matches
to the tune of

SEK

2. ..(Väst)... and/or nominee oblige themselves to purchase direct or
through third firms products from the following sectors of the
Roumanian industry, viz.: Machinebuilding, Mining, Metallurgical and
Chemical industries, Light industry as well as Forestry and Agri-
culture.

The quality, design and price of the products shall be competitive
and equivalent to the conditions normally applicable for export to
Western Europe and should, if required, be proven by relevant docu-
mentation.

3. The value of the Roumanian products to be purchased represents
..... % of the contractual value of Contract No.
i.e. SEK

4. The purchase mentioned under Point 3. shall be accomplished in the
two years from the date of the Contract No. Should
any amount of the purchases after the termination of this period be
outstanding and not be ordered or registered as contracted, a further
extension can be agreed upon.

CHAPTER II - Guarantee

In case of failure on ..(Väst)... side to fulfil their obligations with-
in the contractual time, or any agreed extension thereof, or in case of
only partial fulfilment, ..(Väst)... shall pay to ..(Öst)... a penalty

of % on the non-fulfilled value of their obligations. As a guarantee of the penalty ..(văst).. shall submit in favour of a Letter of Guarantee, worded in accordance with enclosure A attached hereto. The guarantee shall be issued by a bank approved of by the Roumanian Bank of Foreign Trade.

The guarantee will be reduced proportionally and pro rata to the purchase effected.

CHAPTER III - Settlement

Contracts concluded by ..(văst).. or third firms with the Roumanian Exporting Enterprises shall clearly indicate that they constitute a counter-purchase to Contract No. and shall include the following clause,

"This contract is to be considered as a counter-purchase to Contract No. dated between ..(văst).. and ..(vst)...."

Only such export contracts which are concluded after the coming into force of Contract No. shall be considered as valid counter-purchases.

..(văst).. shall submit to ..(vst).. copies of concluded purchase contracts. After receipt of the copies undertake immediately to reduce the bank guarantee pro rata.

CHAPTER IV - Arbitration

The arbitration according to article in the Contract No. is valid also for this Frame Contract.

This Frame Contract is an integral part of Contract No. dated 19 .. and enters into force at the same time as the Contract No.

Bucuresti, 19 ..

.....

ADDENDUM TO CONTRACT

METAEXPORT — MEX .

No. _____

it is agreed between:

represented by Mr. _____

Mr. _____

METAEXPORT

represented by Mr. _____

Mr. _____

as follows:

_____ undertake to purchase Polish machine tools, tools and installations from the present P. P. METAEXPORT (including RAFAMET) sales programme to the minimum value of ____ % (_____) of the above mentioned Contract i. e. _____ (FOB) say: _____ only, not later than by the end of _____. If the above is entirely or partially not fulfilled within the agreed period _____ will pay, on the first demand of Metalexport, a penalty of ____ % calculated on the value of unfulfilled portion, without being released from the counter purchase obligation to be fulfilled within an additional time period fixed by METAEXPORT.

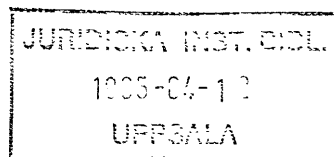
This Addendum relates exclusively to the above mentioned Contract No. _____ and should be treated separately from any other mutual obligation.

If any dispute arises from or in connection with the present Addendum which the Parties are not able to settle amicably, the arbitration clause contained in the Contract No. _____ will apply. All orders placed within the framework of counter purchase obligations should contain a special notice to this effect and should refer to the number of the contract, i. e. «This order is placed within the framework of counter purchase obligation resulting from METAEXPORT Contract No. _____».

The copies of these orders should be sent to the Reciprocal Trade Department (EK).

METAEXPORT

Warsaw, _____ 197__



JURIDIK FRÅN IUSTUS FÖRLAG

Anders Agell	Den svenska familjelagstiftningen. En resa utan mål. Särtryck ur Tidskrift, utgiven av Jur. föreningen i Finland.
Anders Agell	Förmånstagareförordnanden vid livförsäkring. Särtryck ur Svensk Juristtidning
Anders Agell	Underhåll till barn och make
Agell-Saldeén	Faderskap, vårdnad, adoption
Ingrid Arnesdotter	Finansiell leasing
Bertil Bengtsson	Miljörätt
Bertil Bengtsson	Sakrättsliga frågor i fastighetsrätten
Bertil Bengtsson	Speciell fastighetsrätt
Bertil Bengtsson	Äktenskapsliknande samlevnad
Svante Bergström	Lärobok i upphovsrätt
Bergström/Lennander	Kredit och säkerhet
Robert Boman	Deldom
Ove Bring	Aggression, självförsvar och non-intervention. Tre studier i internationell rätt
Leif Bylund	Repetitionskompendium i processrätt
Leif Bylund	Skrivningsfrågor i processrätt 1972—82
Per Olof Eklöf	Rättsmedlen
Sten Hillert	Fastighetsrättsliga frågor
Sten Hillert	Introduktion till fastighetsrätten
Sten Hillert	Servitut
Källström/Rylander	Frågekompendium för juridisk introduktionskurs
Lindblom/Rylander	Att skriva uppsats
Göran Lysén	Kompendium i familje- och successionsrätt
Åke Malmström	Förmynderskapsrätt
Åke Malmström	Successionsrätt I
Åke Malmström	Successionsrätt II
Nils Mattsson	Mervärdesskatt och socialavgifter
Alvar Nelson	Kriminalpolitik och ingripande vid brott
Tore	
Stig	
Stig	



Ett företag i Sverige förhandlar med ett polskt företag om att exportera varor. För att köpa varorna kräver östföretaget, som har likviditetsproblem, att "som kompensation" senare få sälja varor till det svenska företaget. Detta vill inte gå miste om en stor order och accepterar därför det polska motköpskravet.

Vid ingåendet av motköpsaffären upprättar parterna två kontrakt: dels ett vanligt köpekontrakt, i vilket exporten till öst regleras och dels ett motköpskontrakt, vari det svenska företaget åtager sig att framdeles, inom en viss tidrymd, importera varor från öst. När importen senare kommer till stånd regleras den, liksom tidigare exporten, separat i köpekontrakt.

Motköpsarrangemang av ovan beskrivna slag har på senare tid blivit allt vanligare i den internationella handeln. I denna bok ges en presentation av motköpsaffärer, huvudsakligen ur juridisk synvinkel, samt en redogörelse utifrån svensk rätt för olika problem som kan uppkomma i samband med sådana. Framställningen är inriktad på östvästhandeln, men äger till stor del generell giltighet.

Boken vänder sig i första hand till jurister. Den har samtidigt praktiskt värde för alla som sysslar med motköp eller med öst—västhandel. I boken har medtagits en kommenterad checklista för upprättande av motköpskontrakt.

Staffan Myrdal, f 1957, har examen från juristlinjen och har undervisat i avtalsrätt vid Uppsala universitet.

UPPSALA UNIVERSITETSBIBLIOTEK



16000

000568799

ISI
ISSN