



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Jim Johansson

Möjligheterna att upprätthålla en
avtalsrelation vid ändrade
förhållanden – särskilt om
omförhandling och medling

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare:
Peter Gottschalk

Ämnesområde:
Avtalsrätt/processrätt

Termin:
HT 2008

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och problemställning	6
1.3 Metod och material	6
1.4 Disposition	7
1.5 Avgränsning	7
2 ALLMÄNT OM AVTAL	8
2.1 Avtalets betydelse	8
2.2 Lagreglering	9
2.3 Teorier och principer – särskilt om avtalsbundenhet	10
3 LÅNGTIDSAVTAL OCH LOJALITETSPLIKT	12
4 ÄNDRADE FÖRHÅLLANDEN	13
4.1 Inledning	13
4.2 Rättsregler och principer vid ändrade förhållanden	14
4.2.1 Clausula rebus sic stantibus	14
4.2.2 Förutsättningsläran	14
4.2.3 36 § avtalslagen	15
4.2.4 Omförhandlingsklausuler	16
5 FÖREBYGGANDE ÅTGÄRDER FÖR ATT UNDVIKA TVIST	17
5.1 Inledning	17
5.2 Affärsförhandlingen och utformandet av kontraktet	17
5.2.1 Förhandlingen	17
5.2.2 Kontraktet	18

6	OMFÖRHANDLINGSINSTITUTET	20
6.1	Inledning	20
6.2	Omförhandlingsklausuler kontra avtalsbundenhet	20
6.3	Förhandlingsskyldighet	22
6.4	Misslyckad omförhandling	23
6.4.1	Sanktionerade respektive osanktionerade omförhandlingsklausuler	23
6.4.2	Avtalsanpassning	24
6.5	Omförhandling - ett förstadium till tvistelösning	26
7	FÖRLIKNING VID MISSLYCKAD OMFÖRHANDLING	27
7.1	Inledning	27
7.2	Förlikningsförhandling	27
7.2.1	Juridiskt ombud	28
7.2.2	Medling	28
7.2.2.1	Medlarens roll	28
7.2.2.2	Tvistens karaktär	29
7.2.2.3	Strategier	30
7.2.2.4	Reservationsvärdet och BATNA (Best Alternative To a Negotiated Agreement)	31
7.2.2.5	Val av medlare	31
7.3	NJA 1990 s 745	31
7.3.1	Bakgrund	31
7.3.2	Viktiga överväganden	32
7.3.3	Val av tvistelösningsform	33
7.3.4	Upplägg och strategier	34
8	AVSLUTANDE KOMMENTARER	37
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	40
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	42

Summary

This thesis deals with a small section of contract law and procedural law, explicitly how contractors can maintain a contractual relationship during changing circumstances. I have in these cases come to the conclusion that the renegotiation institute and settlement negotiations are potent tools for a contractual relationship, in the event of litigation, to continue.

Agreements that are intended to run for a long time can pose problems. These problems can occur because of the changing world we live in. Changes in exchange rates, government decisions and public concern in the international market are some of the factors that the parties can't predict. The result is that the agreement could be affected and no longer conforms to the new reality. I have in this thesis tried to find out what opportunities the parties have to prevent these problems. The main aim of this thesis is to present the renegotiation institute, which is an institution tailored to overcome the problem of changing circumstances. This is a much debated institution where opinions are divided. No matter how controversial the subject might be, it is likely that the renegotiate institute is a contributing factor for many conflicts to be avoided when circumstances are changed.

The renegotiation institute reinforces the fact that the law is optional. The fact that the contract is of voluntary nature means that the contractors have an opportunity to add clauses in to the agreement which means they have to renegotiate if unexpected events occurs. In view of this, it is noted that the renegotiation possibility is under development. In the present work, I have a range of issues raised. Much emphasis has been placed on investigating whether renegotiation can be considered a legitimate tool to avoid fundamental principles of contract law and what happens if a renegotiation fails. In short, the conclusion would be that it is in the parties own interest to maintain a good relationship, why a desire to get to the negotiation table and reach a solution would be of great importance.

However, it is not always possible for the parties to agree, and a conflict arises. This work describes how one can resolve conflicts with conciliation, primarily mediation. My intention is to demonstrate the value of mediation as an alternative dispute resolution method.

Sammanfattning

Detta arbete behandlar ett begränsat avsnitt inom avtalsrätten och processrätten, nämligen vilka möjligheter avtalsparter har att upprätthålla en avtalsrelation vid ändrade förhållanden. Jag har kommit fram till att omförhandlingsinstitutet och förlikningsförhandlingen är potenta verktyg för att en avtalsrelation, i händelse av tvist, skall kunna fortgå.

Avtal som är tänkta att löpa under lång tid kan innebära problem. Dessa problem kan uppstå på grund av den föränderliga värld vi lever i. Valutakursförändringar, myndighetsbeslut och allmän oro på den internationella marknaden är några av de faktorer som parterna har svårigheter att förutse. Detta resulterar i att avtal riskerar att påverkas och inte längre överensstämmer med den nya verkligheten. Jag har i denna uppsats försökt ta reda på vilka möjligheter avtalsparter har att förebygga dessa problem. Huvudsyftet med arbetet är att redogöra för omförhandlingsinstitutet som är ett institut skräddarsytt för att få bukt med problemet med ändrade förhållanden. Detta är ett mycket debatterat institut, där det råder delade meningar huruvida det strider mot avtalsrättens grundvalar eller inte. Oavsett hur kontroversiellt ämnet i fråga är så torde omförhandling vara en bidragande orsak till att många konflikter kan undvikas vid ändrade förhållande.

Omförhandlingsinstitutet förstärker vidare det faktum att avtalsrätten är dispositiv. Att avtalsrätten är av dispositiv karaktär innebär att avtalsparterna har en möjlighet att föra in klausuler i avtalet som innebär att de ska omförhandla ifall oförutsedda händelser inträffar. Med hänsyn till detta kan det konstateras att omförhandlingsmöjligheten är under utveckling. I det aktuella arbetet, har ett antal olika frågeställningar tagits upp. Stor vikt har lagts på att utreda huruvida omförhandling kan anses vara ett legitimt verktyg att sätta grundläggande avtalsrättsliga principer ur spel samt vad som händer om en omförhandling misslyckas. Kort sagt bör det ligga i parternas eget intresse att bibehålla en god affärsrelation, varför en strävan att ta sig till förhandlingsbordet samt komma fram till en lösning torde vara av stor vikt.

Det är emellertid inte alltid som parterna kan komma överens vilket kan leda till att en omförhandling havererar. Detta arbete beskriver därför hur man kan lösa konflikter med förlikningsförhandlingen, främst medling. Min slutsats är att medling har ett värde som konfliktlösningsmetod. Det är en gångbar metod för att lösa tvister på ett för parterna fördelaktigt sätt vid en misslyckad omförhandling men även i andra fall då annan anledning än just misslyckad omförhandling ligger till grund.

Förord

I och med detta examensarbete avslutar jag mina juridikstudier i Lund. Det är med både glädje och vemod som jag nu ger mig ut på en ny resa där nya mål skall realiseras. Glädjen består i att studierna äntligen är färdiga, det har varit en lång resa även om man nu i efterhand tycker att tiden gått fort. Vemodet jag känner, består framförallt i att det kommer gå längre tid mellan gångerna innan jag får återse de som kommit att bli mina vänner.

Jag vill även passa på att tacka alla de som gjort mina studier till en behaglig erfarenhet, främst alla de ovärderliga vänner jag fått men även min familj och alla trevliga och kompetenta lärare, utan er hade det inte gått. Sist men absolut inte minst vill jag tacka min handledare Peter Gottschalk som gjort allt vad han kunnat för att hjälpa mig under arbetets gång. Peter har även fungerat som en inspirationskälla under mina profileringskurser och för det är jag honom tacksam.

Jim Johansson

Hjärup 2008-12-17

Förkortningar

Prop.	Proposition
NJA	Nytt juridiskt arkiv
SOU	Statens offentliga utredningar
BATNA	Best Alternative To Negotiated Agreement
HD	Högsta domstolen
RB	Rättegångsbalken
PECL	Principles of European Contract Law
JT	Juridisk Tidsskrift

1 Inledning

”So let us not be blind to our differences, but let us direct our attention to our common interests and to the means by which those differences can be resolved. And if we cannot end now our differences, at least we can make the world safe for diversity.”

John F. Kennedy

1.1 Bakgrund

Affärsavtal uppkommer ofta genom långdragna och komplexa förhandlingar. När avtalsförhandlingarna avslutas har vanligtvis ett avtal kommit till stånd. Detta avtal innebär enligt grundläggande avtalsrättsliga principer en bundenhet för parterna. Avtalsparterna är som huvudregel skyldiga att utföra sina förpliktelser i enlighet med kontraktet. Den värld vi lever i, inte minst affärlivet, har dock visat sig vara av föränderlig karaktär. Det kan då vara vanskligt att binda upp sig under längre tid eftersom parterna inte kan förutspå framtida förändringar och vilka konsekvenser avtalsbundenheten kan få. Långa kommersiella avtalsförhållanden är vanliga och kan innebära en betydande ekonomisk förtjänst.

Avtal som löper under lång tid är ofta till fördel för parterna, ibland kan emellertid förhållandena ändras så att en eller båda parter vill omförhandla, för att anpassa avtalet efter de nya förutsättningarna. Omförhandlingsinstitutet har därför hamnat i en utvecklingsfas vilket är en direkt konsekvens av behovet av ökad flexibilitet i avtalsrelationer. Omförhandlingsinstitutets verkan på avtalsbundenheten har diskuterats av ett antal författare och olika meningar råder angående omförhandlingens betydelse som avtalsinstrument för att fullgöra avtal. Kurt Grönfors är en av de författare som tydligt förordar omförhandling. Han anser att detta institut är ett kompetent förfarande för att bibehålla en sund avtalsrelation då avtalsförutsättningarna förändrats. Genom att omförhandla består en affärsrelation istället för att brytas upp på grund av dessa förändrade omständigheter. Kurt Grönfors framhäver betydelsen av att avtal skall genomföras till varje pris istället för att avtal skall hållas enligt avtalsrättsliga grundprinciper.¹

I den perfekta världen kommer alla människor överens och i dessa fall får omförhandlingsinstitutet en lyckad existens. Det kan emellertid med enkelhet konstateras att den värld vi lever i inte är perfekt. Tvister uppstår kontinuerligt, en orsak till detta kan vara att en omförhandling misslyckas. Parterna har i ett sådant fall en antal olika sätt att lösa tvisten. Avgörande för hur tvisten kommer att lösas, är hur parterna ser på varandra och relationen dem emellan, dvs. handlar det om ett långsiktigt avtalsförhållande eller är

¹ Grönfors, Kurt, *Avtal och omförhandling*, 1995, s. 22.

det fråga om ett engångsförhållande. Denna bedömning påverkar hur tvisten kommer att behandlas och med vilka medel.

1.2 Syfte och problemställning

Jag har för avsikt att utreda vilka möjligheter avtalsparterna har att upprätthålla en avtalsrelation vid ändrade förhållanden. Syftet med uppsatsen är främst att utreda omförhandlingsinstitutets betydelse vid sådana ändrade förhållanden. Jag har i arbetet försökt ta reda på hur avtalsrättsliga principer, såsom *pacta sunt servanda*, står sig i förhållande till marknadens behov av flexibilitet i avtalsförhållanden.

Metoden att använda omförhandlingsklausuler möjliggör för parterna att vid avtalslutet förutse möjligheten av framtida oförmånliga händelser. Så långt leds man inte till eftertanke. Det är egentligen inte förrän en omförhandling misslyckas som det är dags att fundera. Arbetets huvudsakliga fråga blir därför; *vad händer om en omförhandling misslyckas?* Som ett led i denna fråga ämnar jag utreda huruvida en omförhandlingsklausul bör vara sanktionerad eller osanktionerad och huruvida domstolar skall ges rätt att avtalsanpassa, om parterna valt att inte sanktionera omförhandlingsklausulen.

Skulle en omförhandling misslyckas och det enda återstående alternativet är att slita tvisten, ämnar jag utreda förlikningsförhandlingen, främst medling, vilket aktualiserar frågan; *vilken slags relation vill parterna ha i framtiden?* Svaret på den frågan visar om medling är en gångbar tvistelösningsmetod vid misslyckad förhandling då parterna vill upprätthålla en avtalsrelation.

1.3 Metod och material

I uppsatsen tillämpas en rättsdogmatisk metod vilket innebär att jag har använt mig av lagar, förarbeten, praxis, juridisk doktrin och internationella organisationers regelverk för att klargöra rättsläget. Det är framförallt artiklar och doktrin som är av intresse, då det inte finns någon allmän lagreglering om främst omförhandling i avtalsrelationer. Genom detta material har jag sammanställt de rådande uppfattningarna på området. Den litteratur som finns tillgänglig på omförhandlingens område visar på att omförhandlingsinstitutet är kontroversiellt. Detta innebär att jag i löptexten kommer att ställa olika författares åsikter mot varandra för att det skall bli intressant. På grund av ämnets komplexitet har det varit svårt att ta reda på vad som verkligen gäller, delvis på grund av att de flesta misslyckade omförhandlingarna torde ha avgjorts i skiljedom. Dessa domar är inte tillgängliga för allmänheten. Jag har dock lyckats analysera omförhandlingsinstitutet med stöd av doktrin, artiklar och rättsfall.

1.4 Disposition

Arbetet inleds med att jag redogör för grundläggande avtalsrätt. Här beskriver jag den svenska avtalsrättens lagreglering och viktiga teorier och principer. Jag framför även andra viktiga delar i avtalsmekanismen. Efter detta beskriver jag de långvariga avtalen och vad som kännetecknar dem. Syftet med detta är att ge läsaren en inblick över de långvariga avtalens natur, särskilt vad gäller tvistlösning. Därefter redogör jag för de problem som finns kring ändrade förhållanden och dess påverkan på avtal. Här behandlas ett antal metoder och dess tillämpning för hanterandet av ändrade förhållanden. Som ett naturligt steg går jag vidare till omförhandlingsinstitutet vilket är en metod för att behandla ändrade förhållanden innan en riktig tvist, på grund av dessa förhållanden, uppstår. Här har jag valt att ge läsaren en tämligen grundlig inblick i de frågeställningar som finns på området. Efter konstaterandet att en omförhandling kan misslyckas efterföljer ett avsnitt som behandlar förlikningsförhandlingen, främst medling. Under detta kapitel diskuterar jag medlarens roll, tvisters olika karaktärer, medlingsstrategier och parternas val av medlare. Jag avslutar kapitlet med en rättsfallsanalys ämnad att ge läsaren en inblick av medlingen i en praktisk kontext. Slutligen avrundar jag med avslutande kommentarer där jag framför egna reflektioner.

1.5 Avgränsning

Arbetet är avgränsat till att främst gälla långvariga avtalsförhållanden. Detta ter sig naturligt då de problemlösningar jag kommer att redogöra för, inte torde bli effektiva i kortvariga avtalsrelationer. Framförallt försvagas incitamenten att bibehålla en avtalsrelation avsevärt, om det inte är tänkt att avtalet skall löpa under lång tid. Fokus kommer att ligga på omförhandlingsinstitutet som ett förstadium till tvistelösning. Det kan hända att en omförhandling misslyckas varför jag även ämnar redogöra för delar av förlikningsförhandlingen som tvistelösningsmetod. När jag behandlar dessa metoder, har jag valt att fokusera på förlikning i privat regi och inte domarledd förlikning enligt rättegångsbalken. När jag behandlar förlikningsförhandlingen ämnar jag emellertid, att i viss mån, även nämna domarledd förlikningen enligt RB, vilket görs i den rättsfallsanalys som utförs i arbetets slutskede. Jag har också valt att, i stort, redogöra för medlingsinstitutet då jag anser att detta institut förhåller sig bäst till arbetets syfte, nämligen bibehållandet av en sund avtalsrelation. Det finns för övrigt andra alternativa tvistelösningsmetoder som torde kunna gynna en avtalsrelation, exempelvis skiljedomstol. På grund av arbetets begränsade omfattning har jag emellertid valt att lämna dessa därhän.

2 Allmänt om avtal

2.1 Avtalets betydelse

Avtalet är ett mångskiftande redskap. Ett gemensamt drag hos alla avtal är att man vill få till en förändring eller säkerställa något bestående.² Avtal används vid en mängd olika tillfällen både i privat regi, såsom vid ingåendet av äktenskap eller vid köp av en tröja. Avtal används också i affärlivet då juridiska personer bildas, förvärvas eller ingår avtal med varandra om samverkan. Listan hade kunnat göras oändlig. I Sverige har vi inte någon heltäckande reglering av allmän avtalsrätt. I lagen regleras hur vissa avtal kan komma till stånd, vad som gäller om fullmakt att ingå avtal för annans räkning samt om ogiltighet och oskäliga avtalsvillkor. Vid de tillfällen som lagstiftningen inte tillhandahåller specifika bestämmelser skrivna i lagtext, måste vi i Sverige, till skillnad från exempelvis Tyskland, förlita oss på allmänna avtalsrättsliga principer.³ Pacta sunt servanda kan konstateras vara en sådan princip, vilket innebär att avtal skall hållas. Detta får jag anledning att återkomma till senare i arbetet. Reglerna om avtals slutande i avtalslagen är dispositiva vilket innebär att de gäller, under förutsättning att parterna bestämt att de inte skall gälla. Bestämmelserna torde också få ge vika för handelsbruk, sedvänja och andra tvingande regler.

I många avtalssituationer förekommer flera liknade skeenden. När avtal rör stora värden eller är av komplicerad beskaffenhet blir avtalsförhandlingen, utformandet av kontrakt och fullgörelseperioden viktiga sådana skeenden.⁴ Dessa viktiga skeenden får skiftande betydelse beroende av huruvida avtalet skall tillämpas under lång tid eller inte. I ett sådant fall får frågorna kring ändrade förhållanden under fullgörelseperioden särskild betydelse, vilket jag får anledning att återkomma till.

² Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 2002, s. 17 samt Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, 2005, s. 15.

³ Ramberg, a.a., s. 20.

⁴ Se Adlercreutz indelning av långvariga avtalsprocesser: 1) förhandlingsstadiet 2) enighet uppnås om huvudpunkter 3) skriftligt kontrakt undertecknas 4) verkställighetsstadiet, Adlercreutz, a.a., s. 114.

2.2 Lagreglering

Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område utgör grunden i den svenska avtalsrätten. Lagen är indelad i fyra kapitel:

- 1) Om slutande av avtal
- 2) Om fullmakt
- 3) Om rättshandlingars ogiltighet och
- 4) Allmänna bestämmelser.

1915 års lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område är av naturliga skäl den viktigaste på området men är inte helt uttömmande eller den enda. Lagen är en produkt av gemensam nordisk lagstiftning och innehåller vad man vid tiden för skapandet ansåg var moget och lämpligt för lagstiftning.⁵ Trots att den svenska avtalslagen behandlar frågor om avtals ingående och giltighet så är lagen ofullständig och innehåller en hel del luckor. Jan och Christina Ramberg listar några av dessa luckor.

- 1) Den innehåller inte uttrycklig bestämmelse om förutsättningarna för avtalets uppkomst
- 2) Bestämmandet avseende fastställandet av avtalsinnehållet saknas.
- 3) Andra former för avtals ingående än anbud och acceptmodellen behandlas inte.
- 4) Rättsverkan av sådana uttalanden, handlingar eller underlåtenheter som inte ger klart uttryck för rättshandlingsvilja finns inte reglerad.
- 5) Det saknas bestämmelser om rättsläget efter avtalets ingående.
- 6) Frågor om parternas rättssubjektivitet och rättshandlingsförmåga saknas.
- 7) Det saknas regler om rättsverkan av avtal som ingåtts i strid med legala förbud.
- 8) Det sägs inget om konsekvenserna av att avtal är ogiltigt, dvs. om prestationernas återgång, skadestånd eller annan ersättning på grund av ogiltighet.⁶

När avtalslagen inte täcker upp problem enligt ovan hänvisas man till avtalsregler för särskilda avtalstyper eller allmänna rättsgrundsatser.

⁵ Adlercreutz, a.a., s. 33.

⁶ Ramberg, a.a., s. 19 f.

2.3 Teorier och principer – särskilt om avtalsbundenhet

Avtalsrätten har under mycket lång tid innehållit den grundläggande principen om avtalsfrihet och avtalsbundenhet. Avtalsfrihet innebär kortfattat att var och en har en oinskränkt rätt att ingå avtal med vem man vill och om vad man vill. Vad gäller avtalsbundenheten efter ingånget avtal, dvs. att avtal skall hållas, *pacta sunt servanda*, är detta en förutsättning för att avtalet skall fylla sin funktion som rättsligt instrument. Denna princip är starkt förankrad i svensk avtalsrätt och varje försök till att rubba denna princip har startat debatter. Det finns flera andra teorier och principer i avtalsrätten vilka jag endast avser att nämna kortfattat då de inte har stor relevans för detta arbete. Viljeteorin, tillitsteorin, principen om godtrosskyddet, löftesteorin, kontraktsprincipen och förutsättningsläran är några som kan nämnas, vilka alla torde vara vägledande vid lösningen av ett avtalsrättsligt problem.

Principen om avtalsbundenhet innebär att parterna skall tillförsäkras de rättigheter som avtalen innehåller. Varje individ bör förstå hur viktigt det är med en ordnad samvaro mellan människor och att detta kräver en allvarlig strävan att hålla ingångna löften, både i privatlivet och i kommersiella sammanhang.⁷ Även om man skulle klara sig utan en rättsligt sanktionerad avtalsbundenhet och istället förlita sig på utomrättsliga faktorer, ökar en rättsligt sanktionerad avtalsbundenhet säkerheten i avtalsrelationerna. Därför står domstolar till förfogande för att i händelse av tvist avgöra omfattningen av rättigheter och förpliktelser i ingångna avtal. Detta har visat sig få inverkan på avtalsparternas benägenhet att mer eller mindre frivilligt fullgöra sina förpliktelser. Att avtalsbundenheten är viktig i alla sammanhang kan vi förstå, denna bundenhet är emellertid särskild viktig i näringsidkaravtal. I sådana avtal, där en näringsidkares prestation inte bara är viktig för att tillgodose medkontrahenternas behov, utan också utgör en förutsättning för dennes avtal med andra parter, finns skäl att rättsligt sanktionera avtalsbundenheten.⁸

Ett exempel som är väldigt belysande för detta arbete, där principen om avtalsbundenhet är särskilt viktig, är avtal som rör objekt för vilka priserna varierar kraftigt. Sådana avtal, vilka ofta bygger på spekulation, framhåller vikten av avtalsbundenhet för att marknaden skall fungera. Ingen bör ges möjlighet att ångra sig på grund av att de gjort en dålig affär. Ur rättsekonomisk synvinkel, genom minskade transaktionskostnader torde avtalsbundenheten påvisa sin vikt. Det finns emellertid en del författare som menar att det kan finnas skäl för att i vissa fall inskränka principen om avtalsbundenhet. Grönfors är en av dessa författare. Han menar att det

⁷ Evolutionsbiologisk forskning påvisar intressanta samband mellan avtalsbundenhet och samvaron i samhället. Se M Ridley, *The Origins of Virtue*, New York 1997 och H Ofek, *Second Nature – Economic Origins of Human Evolution*, Cambridge University Press 2001.

⁸ Ramberg, a.a., s. 24 ff.

klassiska argumentet, mot exempelvis omförhandling av ett befintligt avtal, är att det redan existerar ett bindande avtal som inte kan upplösas om inte båda parter är överens om detta. Grönfors anser vidare att resonemanget om att avtalsbundenheten som ett automatiskt verkande hinder mot omförhandling knappast är övertygande. Grönfors fortsätter med konstaterandet att avtalsbundenheten i sig, inte innebär något förbud mot omförhandling. Han menar att, vad som kan antas modifiera ett redan ingånget avtal är det nya avtal, som i sin tur skall hållas så länge detta inte modifieras genom en ny överenskommelse mellan parterna.⁹ Jag ämnar fortsätta min utredning om omförhandling i ett senare kapitel.

⁹ Grönfors, a.a., s. 36.

3 Långtidsavtal och lojalitetsplikt

Specifikt för långvariga avtal är att parterna ställt in sig på att samarbeta under en längre tid. För att avtalet skall bli givande och skapa två vinnare krävs att parterna inser att de har en långtgående plikt att vara lojala. Det är således fråga om en ömsesidig lojalitetsplikt.¹⁰ Lojalitetsplikten handlar därför om att parterna ömsesidigt skall verka för att det slutliga avtalet skall kunna fullföljas.¹¹ Med hänsyn till detta får vissa i avtalsrätten uppställda principer särskild betydelse. Upplivnings- och klargörandeplikten innebär ett krav på att upplysa och informera. Dessa två principer är särskilt viktiga i de fall där avtalsförhållandena ändrats under avtalstiden och som parterna inser är viktiga för medkontrahenten. Upplivningsplikten ämnar jag inte förklara då innebörden förklaras av ordalydelsen. Klargörandeplikten är dock inte av samma karaktär. Klargörandeplikten innebär att part skall göra klart för sin medkontrahent på ett mer detaljerat sätt vad den avtalade prestationen går ut på, exempelvis med bruksanvisningar och specifikationer.¹² Något som är speciellt viktigt att komma ihåg är att bristande lojalitet kan vara skadestandsgrundande genom culpa in contrahendo. Hur långt lojalitetsplikten sträcker sig är emellertid svårt att fastställa i det här arbetet, då detta ensamt hade krävt en egen utredning. Generellt torde man ändå kunna säga att lojalitetspliktens utsträckning är beroende av avtalstypen och övriga omständigheter, men även huruvida det är fråga om en långvarig avtalsrelation eller inte. Lojalitetsplikten torde bli förstärkt med tiden i ett långt kommersiellt avtalsförhållande.

En annan aspekt som kännetecknar långvariga avtal är att det ofta rör stora värden mellan kommersiella avtalsparter. I dessa fall är det särskilt viktigt att upprätthålla en god affärsrelation både med anledning av det aktuella värdet men även för att upprätthålla företagets goodwill och lägga en grund för framtida affärer.¹³

¹⁰ Grönfors, Kurt, *Avtal och association*. 1997, s. 11f.

¹¹ Se HD:s uttalande i NJA 1978 s. 147.

¹² Ramberg, a.a., s. 41.

¹³ SOU 1974:83, s. 157.

4 Ändrade förhållanden

4.1 Inledning

Ändrade förhållanden är vanligt förekommande i affärlivet. Att ändrade förhållanden kan påverka långvariga avtal är en naturlig följd av just avtalets längd. Valutakursförändringar, myndighetsbeslut och internationell oro är faktorer som är svåra att förutse men som starkt kan inverka på ingångna avtal. Huvudregeln i avtalsförhållanden är emellertid *pacta sunt servanda*, vilket kan tolkas som att avtalspart måste bära konsekvenserna av att den framtida händelseutvecklingen blir oförmånlig. Ändrade förhållanden är således inte en grund för att inte uppfylla sina avtalsförpliktelser och en jämkning torde därför vara begränsad. Att ett avtal bygger på förutsättningen om att förhållandena skall förbli oförändrade – *clausula rebus sic stantibus* – används fortfarande som ett argument i den juridiska diskussionen. Rättsföljden av detta blir att avtal upphör helt vid förändrade förhållanden. Med hänsyn till de krav på förutsebarhet och stabilitet som kan förväntas i avtalsförhållandena, är det inte möjligt att tillämpa regler eller läror, som medför att avtalsparterna befrias från sina förpliktelser så fort avtalsförhållandena ändras.¹⁴ Det finns dock inga regler utan undantag. Det är inte möjligt, inte heller rimligt att varje avtalslöfte måste uppfyllas under alla förhållanden även om utgångspunkten som sagt är att avtal skall hållas. Kurt Grönfors anser att *pacta sunt servanda* inte bör ses som en princip att avtal skall hållas utan istället som en princip att avtal skall genomföras.¹⁵ Det är logiskt att förutse att parterna utgår från de förhållanden som föreligger vid avtalets tillkomst. Då kan det också vara logiskt att låta avtalet justeras som ett naturligt steg om förhållandena förändras väsentligt.

Det finns undantagssituationer som beskrivs i UNIDROIT Principles och PECL och förutsätter att:

1. Avtalsbalansen rubbas väsentligt; och
2. Det inträffade var oförutsebart för den drabbade parten vid tiden för avtalets ingående; och
3. Den drabbade parten inte vid avtalets ingående borde ha räknat med att händelsen kunde komma att inträffa; och
4. Den drabbade parten inte själv hade kontroll över händelseutvecklingen; och
5. Risken inte lämpligen bör bäras av den drabbade parten.

Som framgått av föregående har man med hårda tag upprätthållit principen om *pacta sunt servanda*. Detta innebär att det i normalfallet inte är möjligt

¹⁴ Ramberg, a.a., s. 236.

¹⁵ Grönfors, a.a., s. 23. Se även Sacklén, Mats, *Om avtal och omförhandling*, JT 1996-97, s. 380, samt Ramberg, a.a., s. 236.

att få till stånd ett bortfall eller en jämkning av avtalsförpliktelsen om det inte finns särskilt stöd för detta i avtalstypen eller i särskilda avtalsklausuler. Med hänsyn till att ändrade förhållanden kan inverka på ett synnerligen förödande sätt för avtalsparterna. Det är därför snarare regel än undantag att kommersiella, långvariga avtal innehåller individuellt utformade eller standardiserade klausuler, som närmare preciserar rättsläget efter det att förhållandena ändrats och påverkat avtalet.¹⁶ Det är dock avtalsparterna som själva väljer hur de vill reglera avtalet vid eventuella förändringar. Att det förefaller vara så framgår av grundläggande avtalsrättsliga bestämmelser.

4.2 Rättsregler och principer vid ändrade förhållanden

Ändrade förhållanden har över åren visat sig vara ett svårt problem vad gäller avtalsbundenheten och har blivit ett tämligen vanligt problem inom avtalsrätten. Beroende av vilka förutsättningar som förändrats samt varför dessa förutsättningar förändrats, har olika lösningsmetoder vuxit fram.

4.2.1 Clausula rebus sic stantibus

Den så kallade klausulläran, dvs. läran om *clausula rebus stantibus*, kan sägas gå ut på att varje kontrakt presumeras innefatta ett tyst villkor om att avtalet inte skall gälla om vissa omständigheter förändras. Dessa förändrade omständigheter skall vara av sådan art att part inte skulle ha ingått avtalet om han haft kännedom om dessa förändringar. Denna lära har emellertid uppenbara svagheter. Dessa svagheter utgörs främst av det orealistiska antagandet att en förutsättning för avtalsbundenhet är att bakomliggande förhållanden är oförändrade, vilket under de senaste århundradena ansetts oförenliga med omsättningens krav och grundläggande avtalsrätt.¹⁷

4.2.2 Förutsättningsläran

Förutsättningsläran fungerar i praktiken som ett komplement till avtalslagens ogiltighetsregler då den gör det möjligt för avtalspart att undgå fortsatt avtalsbundenhet på grund av okända eller oförutsedda omständigheter (felaktiga förutsättningar). Förutsättningsläran kommer därmed att fungera som en utfyllande rättsregel, vilken bestämmer avtalsparters möjligheter att träda ur avtal på grund av felaktiga förutsättningar, när frågan inte regleras i avtalet. Den vanligaste konsekvensen av förutsättningslärans tillämpning är ogiltighet. Olika inskränkande jämkningar av förpliktelser kan också bli aktuellt. Sådan jämkning är emellertid ovanlig.¹⁸ För att förutsättningsläran skall bli

¹⁶ Ramberg, a.a., s. 271 f.

¹⁷ Lehrberg, Bert, *Omförhandlingsklausuler*, 1999, s. 17 f.

¹⁸ Lehrberg, a.a., s. 47 ff.

tillämpbar har man uppställt tre olika rekvisit, det så kallade väsentlighetsrekvisitet, synbarhetsrekvisitet samt riskrekvisitet. Ett annat grundläggande rekvisit är att en förutsättning som huvudregel inte får relevans om den som gör regeln gällande själv orsakat den felaktiga förutsättningen. Detta skulle kunna ses som ett fjärde rekvisit.¹⁹ Även om alla dessa rekvisit är uppfyllda är huvudregeln att den rättshandlande själv står risken för sina förutsättningar. Avgivaren kan emellertid få stå risken för mottagarens förutsättning om han varit i ond tro.

Ett åberopande av förutsättningsläran kan leda till en omförhandlingssituation. Det är nämligen svårt för parterna att i förväg bedöma huruvida förutsättningsläran skall kunna tillämpas eller inte. Denna osäkerhet torde vara tillräcklig för att en part skall övertygas om att en omförhandling är mer förmånlig och skapar större säkerhet. Den part som övertygas och vill få till en omförhandling bör utveckla sina argument i anslutning till förutsättningsläran. Detta kräver dock goda kunskaper om bakomliggande faktiska omständigheter, men även kunskaper om de rättsregler och principer som tillämpas inom ramen för förutsättningsläran.²⁰

4.2.3 36 § avtalslagen

Generalklausulen mot oskäligen avtalsvillkor i 36 § avtalslagen infördes år 1976. Bestämmelsen är tillämpbar, som ovan nämnts, när avtalsvillkoren är oskäligen, både som sådana och i det speciella kontraktet. Ett villkors oskälighet kan också bero på faktiska omständigheter vid avtalsslutet och/eller senare inträffade förhållanden. 36 § avtalslagen kan även tillämpas som ett komplement till förutsättningsläran i fall av ändrade förhållanden, vilket kan ge grund för ett anspråk på omförhandling. Möjligheten av jämkning enligt 36 § kan också tänkas väga mera tungt för en motpart som tvekar om huruvida han skall gå med på omförhandling eller inte. 36 § avtalslagen kan ha lett till en mera liberal syn på avtalsbundenheten och därmed skapat möjligheter för omförhandling och tillämpning av omförhandlingsklausuler.

I förarbetena konstateras att tillämpningen av 36 § avtalslagen skall ske med viss försiktighet när parterna anses jämbördiga.²¹ Jämknings kan dock bli aktuell i kommersiella förhållanden. Uttalande av domstolar borgar emellertid för att denna möjlighet bara är möjlig om parterna inte är jämbördiga.²²

¹⁹ Se vad dessa rekvisit innebär i Lehrberg, a.a., s. 48.

²⁰ Lehrberg, a.a., s. 47 ff.

²¹ Prop. 1975/76:81, s. 109.

²² Se NJA 1979 s. 666 och NJA 1987 s. 639.

4.2.4 Omförhandlingsklausuler

Tillämpning av omförhandlingsklausuler är en mycket uppmärksammas metod för att komma till rätta med ändrade förhållanden i en avtalsrelation. Klausuler av det här slaget möjliggör för en part att omförhandla sitt avtal när ändrade förhållanden påverkar dennes möjligheter att fullgöra avtalet. Det som skiljer omförhandlingsklausuler från andra lösningsmetoder för aktuellt problem, är att det är parterna själva som formulerar om avtalets innebörd för ett fortsatt samarbete och för avtalets fullgörande. Det är således inte domstolarna som skall ingripa. Detta är emellertid omtvistat vilken rättighet domstolarna skall ha inom omförhandlingssfären, framförallt om omförhandlingen misslyckas. Detta kommer jag att återkomma till under 6.4.

5 Förebyggande åtgärder för att undvika tvist

5.1 Inledning

Det är i första hand avtalet man utgår ifrån då man skall avgöra vem som bär risken för ändrade förhållanden. Av den anledningen är det säkrast att redan i avtalet reglera frågor om jämkning, bortfall av förpliktelser samt möjligheterna till fortsatt samarbete.

Ett sätt att förebygga konflikter är att föra in lämpliga kontraktsklausuler som reglerar ändrade förhållanden. Dessa klausuler kan delas in i två grupper. Antingen avser de mer begränsade, specifika situationer som exempelvis indexklausuler och prisjusteringsklausuler eller så är de mer allmänt utformade. Force majeure är ett exempel på kontraktsklausuler med en mer generell tillämpning.²³ Ett annat exempel är omförhandlingsklausuler.

Innan kontraktet utformas befinner parterna sig i en avtalsförhandling. Denna förhandling utgör grunden för det som sedan nedtecknas i det slutliga avtalet.

5.2 Affärsförhandlingen och utformandet av kontraktet

5.2.1 Förhandlingen

När parterna skall påbörja en affärsförhandling kan parternas målsättning delas in på tre nivåer:

1. Det bästa möjliga resultatet
2. Ett rimligt eller rättvist resultat
3. Det sämsta tänkbara acceptabla resultatet²⁴

Målsättningen utgör, enligt Lindskog, ett led i en övergripande affärsstrategi. Fastställandet av denna strategi ger motivet för vad man vill uppnå med förhandlingen.²⁵ Ambitionsnivån bör dock inte vara högre än att en win-win situation uppnås. Detta är en förutsättning för att avtalet skall bli bra och kunna löpa på ett balanserat sätt för parterna under en lång tid.

²³ Ramberg, Hultmark, *Allmän avtalsrätt*, 1999, s. 256.

²⁴ Lindskog, Stefan, *Förhandlingsspelet, Om affärsförhandling och kontraktskrivning* 1989, s. 46.

²⁵ Lindskog, a.a., s. 47.

Lindskog påpekar att följande frågor bör besvaras som ett led i den förberedande fasen inför förhandlingen:

1. Vad vill man uppnå med avtalet och varför?
2. Vad är man beredd att betala?
3. Vilka alternativ har man?
4. Vilka är aktörerna och vad skiljer dem åt?
5. Hur ser marknaden ut?
6. Hur ser motpartens situation ut? Hur står han ekonomiskt? Varför vill han ingå avtal?
7. Vilka är motpartens förväntningar och vad baserar han dem på?
8. Vilka är motpartens alternativ? Vilka är för- och nackdelarna om man jämför med det egna förslaget?
9. Finns det några förutsättningar som kan förändras?²⁶

Om parterna funderar på de ovan angivna punkterna, kan de möjligtvis undvika att förhandla fram ett avtal som på sikt kan komma att missgynna dem.

En annan viktig del i förhandlingsskedet är att parterna inte räds att prata med varandra. En inledande allmän konversation kan ge ett positivt förhandlingsklimat och parterna lär känna varandra, vilket underlättar när man skall göra affärer. Många konflikter torde kunna undvikas om parterna spenderar tid med varandra för att utveckla en personlig relation. En personlig relation torde göra det enklare att nå samförstånd.

5.2.2 Kontraktet

Kontraktet är det skriftliga dokument vari parternas överenskommelse nedtecknas. Ett kontrakt har som funktion att bekräfta om parterna verkligen är överens. Det kan därför hända, att vad parterna trott sig vara överens om under förhandlingen visar sig, när det skall formuleras på papper, vara baserat på ett missförstånd. Är parterna noggranna vid kontraktsskrivandet, kan de helt eller i vart fall till stor del undvika sådan dold dissens.²⁷ Det torde emellertid inte vara fråga om nedtecknande av en enorm mängd detaljer som syftar till att täcka varje lite del av de problem som kan uppstå. Det är av naturliga skäl omöjligt att förutspå alla tänkbara scenario i framtiden varför det inte kan anses lämpligt att ens försöka gardera sig fullt ut. Det skulle ta alldeles för lång tid och tid är pengar. Parterna bör, i alla fall enligt Lindskog, föra in regler i kontraktet som för juristen förefaller överflödiga – pga. den dispositiva rätten – men som kan klargöra viktiga handlingsregler för en lekman.²⁸

²⁶ Lindskog, a.a., s. 50.

²⁷ Lindskog, a.a., s. 104.

²⁸ Lindskog, a.a., s. 105.

Vad gäller ändrade omständigheter så fyller kontraktet en mycket viktig funktion. Den mänskliga förmågan att förutse torde vara liten, kontraktet bör därför utformas på ett elastiskt sätt, detta så att avtalet blir funktionsdugligt även vid ändrade förhållanden.²⁹ Avtalet kan vara kortfattat, huvudprestationen måste emellertid anges. Detta avtalslöfte blir att se som en yttre ram som efter hand kan fyllas ut med fler villkor. Om parterna från början har kommit överens om att möjligheter till komplettering skall finnas, bör de ge uttryck för detta i kontraktet. För att slippa konflikter om hur denna komplettering skall gå till, kan parterna även bestämma det förfarande som skall användas. Parterna kan exempelvis skriva in en lojalitetsplikt att rådfråga varandra och på allvar diskutera hur problemen skall lösas. För att syftet med en sådan kontraktsbestämmelse skall uppfyllas bör parterna knyta någon form av påföljd till denna, annars blir bestämmelsen tandlös. Det kan ju hända att någon av parterna vägrar diskutera när väl problemet uppstått.³⁰ Denna förhandlingsskyldighet återkommer jag till i nästa kapitel som rör omförhandlingsinstitutet. Om parterna har infört en omförhandlingsklausul bör de i kontraktet även komma överens om vad som skall hända om omförhandlingen blir utan resultat. Parterna kan eventuellt skriva in att förlikningsförhandlingar skall ta vid om omförhandlingen misslyckas.

²⁹ Grönfors, Kurt, *Avtal och omförhandling*, 1995, s. 88.

³⁰ Grönfors, a.a., s. 86.

6 Omförhandlingsinstitutet

6.1 Inledning

Som tidigare nämnts, är det oerhört svårt, om inte omöjligt att se in i framtiden och vad som där skall hända. Av den anledningen torde det vara vanskligt att helt förlita sig på allmänt dikterade avtalsbestämmelser. En lösning för att uppnå viss säkerhet, kan vara att skriva in att omförhandling skall företas om nya oförutsedda händelser inträffar som på något sätt kan komma att påverka avtalet.

Skillnaden mellan en affärsförhandling och en omförhandling är att vid omförhandling finns redan ett befintligt avtal. Det befintliga avtalet innehåller emellertid ett eller flera villkor som måste ändras. Det gamla avtalet fungerar då, enligt Grönfors, som en ram eller åtminstone som en modell för det förnyade avtal parterna vill ingå. Det gamla avtalet kan sägas fungera som ett element för att avtalsbundenheten skall anses efterlevd.³¹

6.2 Omförhandlingsklausuler kontra avtalsbundenhet

Den grundläggande funktionen med ett avtal är att binda parterna att utföra avtalets prestationer. Ett avtal anses bindande explicit utan att detta uttrycks i avtalstexten. Principen om pacta sunt servanda har under lång tid ansetts vara avtalets grundfilosofi. Under senare år har dock nya avtalstyper utvecklats vilket tycks ha skett parallellt med den tekniska och ekonomiska utvecklingen. Dessa nya avtalsförhållanden framtvingar större flexibilitet från inblandade parter då avtalsförhållandet kan förändras avsevärt. Principen att utan undantag upprätthålla ett ursprungligt avtal har övergått i utvidgade möjligheter att omförhandla med hjälp av inskrivna omförhandlingsklausuler. När parter tillämpar omförhandlingsklausuler ger detta upphov till frågan om inte grundläggande avtalsrättsliga normer, som pacta sunt servanda, förlorar sin innebörd. Omförhandlingsklausulens funktion är att modifiera avtalsbundenheten genom att innebörden i avtalet ändras på en eller flera punkter.³² Det råder skilda meningar huruvida principen om att avtal skall hållas strikt bör gälla, eller om omförhandlingsklausuler skall få verka så att parternas gemensamma intressen prioriteras.³³

Kurt Grönfors är en av dem som anser att omförhandlingsklausuler bör användas i avtalssituationer där parterna inte kan överblicka framtiden och

³¹ Grönfors a.a., s. 12.

³² Lehrberg, a.a., s. 11.

³³ Lehrberg, a a, s. 61.

vilka händelser som kan inträffa. Han anser att avtalsförhållandet mellan parterna måste bli friare. En viss elasticitet är eftersträvt annars riskerar man att avtalslärans struktur bryts ned.³⁴ Grönfors menar att när avtalslagens grundare konstruerade löftesprincipen och tillitsteorin avsåg man att det skulle gå att ändra i redan ingångna avtal. Avtalet bör inte vara det enda avgörande rättssnöret för hur fullgörandet skall ske. Den huvudsakliga principen blir i stället att ”avtalet skall förverkligas till sitt huvudsakliga ändamål”³⁵, nämligen att avtalet skall fullföljas oavsett om innehållet modifierats. Lehrberg samtycker inte med Grönfors omdefiniering av principen *pacta sunt servanda*, att regeln inte handlar om att avtal är bindande eller avtal skall fullgöras i enlighet med sitt innehåll, utan att avtal skall förverkligas till sitt huvudsakliga innehåll. Han menar att Grönfors uttalanden torde innebära att avtalet inte ses som en rättsteknisk företeelse, det vill säga en bindande viljeförklaring utan istället ses avtalet som en relation, som båda parter har nytta av. I och med att justeringar tillåts gynnas avtalet som relation, vilket ligger i bådats intressen.

Lehrberg är tveksam till om det är lämpligt att använda omförhandlingsklausuler, framförallt långtgående sådana. Istället anser han att Grönfors uttalande om klausulernas nytta för avtalet som relation, kan bekräftas bara om omförhandlingsklausuler används på ett mer varsamt sätt.³⁶ Omförhandlingsklausuler bör ges ett stramt och avgränsat tillämpningsområde. Är klausulerna långtgående med starkare sanktioner bör de användas bara när kontraktet och omständigheterna är sådana att behovet av dessa klausuler är stort och att riskerna med klausulen inte är särskilt tydliga.³⁷ Användningen av långtgående omförhandlingsklausuler med omfattande tillämpningsområden, mindre restriktiva rekvisit och radikala sanktionsmöjligheter framkallar invändningar om att avtalsbundenheten och förutsebarheten utmattas.³⁸

Grönfors är en av de författare som försvarar omförhandlingsklausuler med argument som nämnts ovan, dvs. att avtalet är en relation som båda parter har nytta av. Detta gör att han hamnar i ett relationsorienterat tankesätt, skilt från det präglade synsätt som ligger bakom den etablerade rättsordning som vi har i Sverige.³⁹ Det är ganska tydligt att Lehrberg inte håller med Grönfors vilket bidrar till att frågan blir särskilt intressant. Medan Lehrberg förespråkar en försiktig användning av omförhandlingsklausuler, skraddarsydd för varje avtalsrelation anser Grönfors att systemet behöver anpassas till ett öppet förhållningssätt för användandet av omförhandlingsklausuler. Jag vill dock inte framställa Lehrberg som en total motståndare till förhandlingsklausuler. Vad han menar är att klausulernas tillämpning inte utgör ett starkt argument för ett paradigmskifte inom avtalsrätten. Han anser dock att omförhandlingsklausuler användas i rätt

³⁴ Grönfors, a.a., s. 93f.

³⁵ Grönfors, a.a., s. 22.

³⁶ Lehrberg, a.a., s. 65.

³⁷ Lehrberg, a.a., s. 65.

³⁸ Lehrberg, a.a., s. 105.

³⁹ Lehrberg, a.a., s. 105.

sammanhang erbjuder ett mycket värdefullt redskap för regleringen av avtalsrelationer. Lehrberg uttrycker, att i vissa specifika fall kan det vara bra att avtalsbundenheten får stryka på foten för en större flexibilitet.⁴⁰

6.3 Förhandlingsskyldighet

När avtalsparter får problem vilka omfattas av en omförhandlingsklausul kan man tänka sig att parterna löser problemet på samma sätt som när avtalet inte innehåller en sådan klausul. Man skulle kunna tänka sig att de kontaktar varandra för att tala om att problem uppstått samt föreslå en lösning på problemet.⁴¹ Kan parterna inte komma överens kan en omförhandlingsklausul vara ett starkt skäl för den part som vill få igång en omförhandling. Beroende av hur klausulen är utformad resulterar den i ett rättsligt sanktionerat eller i alla fall ett moraliskt krav på att få igång en förhandling. Att parterna har en skyldighet att omförhandla betyder naturligtvis inte att parterna har en skyldighet att komma överens. Trots detta kan omförhandlingsklausulen ha betydelse. Lehrberg menar att klausulen som sådan inte ger större möjligheter för part att frånträda avtalet i förhållande till vad som gäller enligt de traditionella kontraktsreglerna. Istället manipulerar klausulerna endast med sanktionerna, genom att omförhandlingen fungerar som ett mellanled innan anspråk på återgång kan framställas.⁴²

Det kan hända att parterna trots förekomsten av en omförhandlingsklausul vägrar förhandla när detta blir aktuellt. Det kan bero på att en part vid eftertanke inser att en omförhandling kan resultera i sämre ekonomisk vinst eller att maktbalansen mellan parterna rubbas. Det torde därför ligga i båda parternas intresse att vid avtalsskrivandet iakttäta försiktighet, då man kan tänka sig att en omförhandling kommer att gynna ena parten initialt, framförallt om denne är en stor aktör. Detta är tänkbart vid exempelvis ett franchiseavtal där franchisegivaren till en början kan befinna sig i en maktposition medan franchisetagaren är en liten aktör. Om den sistnämnde eventuellt har ett större territorie att arbeta inom kan maktbalansen över tid omfördelas vilket kan innebära stora problem för franchisegivaren vid en eventuell omförhandling. Detta kan föranleda att omförhandlingen misslyckas genom att parterna inte når en uppgörelse om avtalsanpassning. Parterna kan därför i omförhandlingsklausulen reglera följderna av en vägran att omförhandla eller att de inte når framgång med omförhandlingen. Denna reglering resulterar då i en så kallad sanktionerad omförhandlingsklausul. Det är dock inte ovanligt att omförhandlingsklausuler inte sanktioneras vilket som sagt kan innebära problem. Detta får jag anledning att återkomma till senare i framställningen.

⁴⁰ Lehrberg, a.a., s. 113.

⁴¹ Lehrberg, a.a., s. 26.

⁴² Lehrberg, a.a., s. 80.

6.4 Misslyckad omförhandling

Ett problem som kan uppkomma i samband med omförhandling är att denna misslyckas. Detta föranleder frågan om parterna nu når en ändpunkt utan möjlighet att reda ut situationen. Grönfors menar att det inte är så illa då omförhandlingen bara är ett första steg till annars tillgängliga metoder för konfliktlösning, dvs. omförhandlingen kan ses som ett förstadium till annars tillgängliga metoder för tvistelösning, exempelvis:

- a) Förlikningsförhandling
- b) Skiljenämnd
- c) Allmän domstol⁴³

I huvudsak konstaterar Grönfors att det finns åtskilliga oklarheter om en omförhandling misslyckas.⁴⁴ Med detta konstaterande lämnar han frågan öppen. Grönfors nämner i sammanhanget en önskan om ökad elasticitet vid en misslyckad omförhandling.⁴⁵ Vad Grönfors menar med detta skall jag försöka reda ut i de följande avsnitten.

6.4.1 Sanktionerade respektive osanktionerade omförhandlingsklausuler

Omförhandlingsklausuler kan vara sanktionerade på så sätt att de ger ett rättsligt anspråk på att omförhandling skall genomföras eller att nå ett visst resultat med omförhandlingen. Om klausulen är noggrant utformad ger den besked i frågan vad som skall hända ifall att en part vägrar att omförhandla, eller om omförhandlingen misslyckas på grund av andra orsaker. Den här typen av klausuler är dock, för det här arbetet, inte lika intressanta som osanktionerade omförhandlingsklausuler, då sanktionerade omförhandlingsklausuler inte resulterar i problem då vanliga avtalsrättsliga regler blir gällande. Jag vill ändå passa på att nämna att det finns två generellt standardiserade omförhandlingsklausuler vilka reglerar de sanktioner som kan aktualiseras ifall parterna misslyckas med omförhandlingen.⁴⁶ När en omförhandlingsklausul däremot är osanktionerad kan problem uppstå. Det är i det här läget som frågorna uppstår hur parterna skall gå vidare för att lösa tvisten. Leder omförhandlingen ingenvart kan parterna vända sig till allmän domstol eller skiljenämnd.⁴⁷ Vid en resultatlös omförhandling kan domstolen dock ges rätten att anpassa avtalet för parternas räkning. Frågan blir om detta bara gäller om klausulen är sanktionerad. Grönfors förespråkar en vad han benämner ökad elasticitet i sin bok *Avtal och omförhandling*. Några författare har under åren försökt sig på att reda ut vad Grönfors menar. Jag

⁴³ Grönfors, a.a., s. 67.

⁴⁴ Grönfors, a.a., s. 67.

⁴⁵ Grönfors, a.a., s. 93.

⁴⁶ Lando-principerna samt Unidroits principer, se Lehrberg, a.a., s. 78 f.

⁴⁷ Grönfors, a.a., s. 67.

tolkar det som att han förespråkar ett samspel mellan de sanktioner rättsordningen stipulerar och parternas samverkan. Partssamverkan enligt min tolkning torde innebära att denna samverkan ska ligga till ensam grund för avtalets innehåll. Sanktioner skall aktualiseras som ett naturligt steg ifall då parterna misslyckas med sin omförhandling. Däremot är det oklart om Grönfors menar att domstol och skiljenämnd skall ges rätt att avtalsanpassa även när omförhandlingsklausulen är osanktionerad. Jag tolkar det som att så är fallet. Jag ska därför i det följande försöka reda ut vad som torde gälla, då det kan ifrågasättas vilken civilrättslig verkan en sanktionsfri omförhandlingsklausul har. Jag frågar mig om det verkligen kan uppkomma en rätt för en allmän domstol eller skiljenämnd att gå in och avtalsanpassa.

6.4.2 Avtalsanpassning

När en domstol ställs inför en omförhandlingssituation som misslyckats är det ofta fråga om ett kontraktsbrott. Ett kontraktsbrott brukar resultera i ett skadeståndsanspråk för den förfördelade parten, vilket stämmer överens med kontraktsrättsliga principer. Vad som dock kan ifrågasättas är huruvida en domstol kan ges rätt att anpassa ett avtal för parternas räkning då parterna misslyckats. Att detta kan ske när omförhandlingsklausulen är sanktionerad med uttrycklig bestämmelse härom behöver inte ifrågasättas. Det är dock osäkert om domstolen ges denna rätt om omförhandlingsklausulen är osanktionerad. Grönfors ställer sig frågan om inte en osanktionerad omförhandlingsklausul kan innebära att parterna genom att inte sanktionera ändå medger att domstolen anpassar avtalet för att säkra avtalets fullgörande. Jag tolkar det som att redan det faktum att parterna väljer att ta in en omförhandlingsklausul i avtalet, sanktionerad eller ej givit ett konkludent medgivande till avtalsanpassning av utomstående instanser. Grönfors anser att en omförhandlingsklausul har "...en självständig betydelse som indikation på att parterna förutsåg att det kunde bli tal om avtalsförändring och att de i så fall var beredda att samverka för att säkra avtalets fullgörande."⁴⁸ Jag ställer mig högst tveksam till en sådan tolkning som de facto kan resultera i att avtalsparter undviker att ta med omförhandlingsklausuler i sina avtal då de riskerar godtyckliga bedömningar och tolkningar av deras avsikter med avtalet. Detta kan innebära att avtalsrelationen bryts upp.

Ett skiljedomsförfarande resulterade enligt Grönfors till en komplettering och detaljutbyggnad av ett avtal.⁴⁹ Grönfors hävdar att det är en allmän uppfattning i affärslivet att "a reasonable commercial interpretation"⁵⁰ leder till avtalsförändring medan civilrättens traditionella system inte medger detta. Detta resulterar i en spänning mellan den strikta juridiska rätten och den kommersiella rätten. I en sådan situation är det sannolikt att domaren följer affärslivets egen uppfattning genom att stödja sig på *lex mercatoria*

⁴⁸ Grönfors, a.a., s. 78.

⁴⁹ Skiljedom publicerad i ND 1974 s. 74, I det här fallet låg en osanktionerad omförhandlingsklausul till grund för förfarandet.

⁵⁰ Grönfors, a.a., s. 80.

för att legitimera resultatet. Enligt Grönfors innebär omförhandling en kombination av partssamverkan och samhällssanktion.⁵¹ Detta skapar en brygga mellan den sedvanliga rättsordningen och *lex mercatoria* som ett resultat av handelslivets egen regelordning. Han noterar att detta förhållande innebär svårigheter att inordna omförhandlingen i sanktionssystemet men samtidigt medför det en större variation från total eller partiell ogiltighet till små justeringar av avtalsinnehållet i syfte att nå det huvudsakliga ändamålet.⁵²

Grönfors anser som sagt i sin framställning att domstolar och skiljenämnder har en betydande roll i situationer då parterna misslyckats med omförhandlingen. I sådana sammanhang kan det enligt honom finnas goda möjligheter att ta hänsyn till affärsmässiga synpunkter och därmed komma i bättre linje med uppfattningen om vad som är önskvärt inom affärslivet.⁵³ Sacklén menar dock att det synsättet framstår för många jurister inkluderat affärsmännen själva som lite väl optimistiskt.⁵⁴ Sacklén menar vidare att där finns omfattande svårigheter för domstolar och skiljenämnder i samband med avtalsanpassning. En svårighet är att sådana organ nästan aldrig har tillgång till de beslutsunderlag som avtalsparterna besitter. Dessa dokument är ofta av komplicerad natur och består till viss del av strikt affärsmässiga beaktande vilka kan vara komplexa att dokumentera och kvantifiera. Sacklén menar vidare att ”Härtill kommer att parterna inför ett rättsligt förfarande inte sällan gräver skyttegravar och samlar ammunition.”⁵⁵ Att parterna själv skulle tillhandahålla information av nämnda slag förefaller högst osannolikt.⁵⁶ Utan denna information har domstolen stora svårigheter att tillgodose parternas gemensamma intressen vilka naturligt ligger till grund för deras fortsatta samarbete. Om avtalsanpassning ändå genomförs kan stora problem skapas vilket i sin tur kan innebära att avtalsparterna går skilda vägar vilket inte är samhällsekonomiskt önskvärt. Utöver vad som sagts torde domaren och skiljemannen oavsett om de har samma material som avtalsparterna, ha svårt att göra en korrekt bedömning på grund av bristande utbildning och erfarenhet att göra affärsmässiga bedömningar.⁵⁷

Även det faktum att domstolsprocesser och skiljeförfarande kan dra ut på tiden kan innebära att istället för att vänta in domstolsavgörande söker parterna sig vidare till andra avtalsparter. Redan här har ett misslyckande skett då avtalsanpassningens huvudsakliga mål är att skapa bättre möjligheter för avtalets genomförande i framtiden. Om samarbetet mellan parterna avslutas på grund av avtalsensorerna faller ju hela konceptet med dessa förfaranden.

⁵¹ Grönfors, a.a., s. 80.

⁵² Grönfors, a.a., s. 80.

⁵³ Grönfors, a.a., s. 40 och 97.

⁵⁴ Sacklén, a.a., s. 388.

⁵⁵ Sacklén, a.a., s. 388.

⁵⁶ Sacklén, a.a., s. 388.

⁵⁷ Sacklén, a.a., s. 388.

Sammanfattningsvis anser jag att en domstol inte har någon möjlighet att ta ledning i en osanktionerad omförhandlingsklausul. Är klausulen osanktionerad torde det vara så att parterna själva valt detta varför ett tyst medgivande till domstol att avtalsanpassa inte finns. Således bör en omförhandlingsklausul istället vara sanktionerad för att en domstol skall ges rätt att avtalsanpassa. Klausulen skall tydligt medge en sådan anpassningsmöjlighet i händelse av att parterna själva misslyckas att reglera avtalet efter ändrade förhållanden. Med detta resonemang torde Grönfors teori om att en allmän domstol eller en skiljedomstol skall kunna avtalsanpassa med stöd av lex mercatoria ifall då omförhandlingsklausulen är osanktionerad förefalla orimlig. Det torde enligt dagens avtalsrättsliga regler och principer vara mycket svårt att justera avtal utan parternas medverkan⁵⁸ varför jag, likt Sacklén, anser att en ökad elasticitet inte är att föredra.⁵⁹

6.5 Omförhandling - ett förstadium till tvistelösning

Detta arbete tar som bekant sin utgångspunkt i att parterna skall ges en rimlig möjlighet att bibehålla en sund avtalsrelation genom omförhandling eller då en tvist uppstår på grund av att omförhandlingen misslyckas. Det innebär enligt mitt förmenande att om en omförhandling mot förmodan skulle misslyckas kan en riktig tvist uppstå. I ett sådant fall är det viktigt att parterna väljer en tvistelösning som gagnar deras affärsförhållande. Har parterna inte, genom avtalsjusteringar, lyckats nå en lösning på uppkommet problem, finns andra vettiga vägar att gå. Omförhandling kan i ett sådant fall ses som endast ett förstadium till annan tvistelösning.⁶⁰ Det naturliga torde vara att parterna kallar in en utomstående att lösa tvisten, exempelvis en medlare snarare än att ta tvisten till allmän domstol. Det är emellertid inte säkert att samtliga, alternativa tvistelösningsforum, gagnar en fortsatt avtalsrelation. Följande kommer att främst handla om de möjligheter parterna har att förlikas i händelse av tvist, så att avtalsrelationen kan fortlöpa.

⁵⁸ Prop 1975/76:81 s. 127.

⁵⁹ Sacklén, a.a., s. 383.

⁶⁰ Grönfors, a.a., s. 67.

7 Förlikning vid misslyckad omförhandling

7.1 Inledning

Parternas personliga relationer torde vara viktiga faktorer för om en tvist uppstår eller inte, men framförallt med vilka medel tvisten skall lösas om den ändå uppstår. Avtalsparterna är inte sällan bekanta med varandra genom exempelvis gemensamma uppdrag eller långvariga affärsförbindelser. Det ligger då i båda parternas intresse att upprätthålla dessa förbindelser då det kostar tid och pengar att söka nya affärskontakter och avtalsparter. Parterna har således mycket att tjäna på att upprätthålla en god avtalsrelation. Utöver vad som ovan nämnts kan även andra fördelar uppnås. För en part är det av stor vikt att, på ett framgångsrikt vis, kunna fortsätta i branschen. Avtalsparterna har i den kontexten sin s.k. goodwill att tänka på. Genom en tvist eller en otrevlig sådan, kan part få svårt att vidmakthålla sitt rykte. En part får därför ställa kostnaderna för en tvist i relation till det han måste efterge på vissa punkter i avtalet.⁶¹ Att en part därför med fördel kan välja förlikning istället för utdragen tvist i allmän domstol och med risk för avtalsanpassning kommer jag i det följande redogöra för.

7.2 Förlikningsförhandling

Förlikningsförhandlingar är en gemensam rubrik för ett antal olika former av tvistelösning i privat regi. Den gemensamma nämnaren med dessa tvistelösningssätt är att parterna skall förlikas. Vägen för att nå förlikning kan te sig olika. Parterna kan exempelvis försöka lösa tvisten på egen hand, anlita juridiska ombud eller anlita medlare. Det finns fler vägar att gå, dessa vägar har jag emellertid på grund av arbetets begränsade omfattning inte tänkt redogöra för. Nämnade tvistelösningssätt har gemensamt att det är parterna själv som tar alla beslut. Detta kräver att parterna har en vilja att lösa tvisten trots att de kanske måste göra vissa eftergifter. Om parterna har en vilja att lösa konflikten för att snabbt kunna ta upp affärens igen, är förlikningsförhandlingen en god metod. Förlikningsförhandling är nämligen en tvistelösningssätt som naturligtast förhåller sig till det sätt avtalet i första hand tillkom på, nämligen frivillighet. Beroende av hur svår tvistefrågan är, kan det vara fördelaktigt att ta in någon utomstående till förhandlingsbordet. En utomstående förhandlare kan tillföra nya infallsvinklar vilket kan bidra med en lösning på problemet, istället för att parterna själv låser sig vid sina respektive positioner. Förlikningsförhandling torde lämpa sig allra bäst i långvariga avtalsrelationer och då parterna vill fortsätta sitt samarbete.

⁶¹ Macaulay, Stewart, 28 *American Sociological Review*, 1963, s. 63-65.

7.2.1 Juridiskt ombud

Det kan hända att parterna når en punkt då de väljer att anlita ett juridiskt ombud. Ombudets roll är att medverka och ta del av förlikningsförhandlingen. När ett juridiskt ombud anlitas får avtalstexten en framträdande roll och juridiska överväganden blir mer centrala än om parterna själv skulle förhandla fram en lösning. Ett juridiskt ombud har kunskap att bedöma rättsläget och utifrån det förslå vilka handlingsalternativ som finns att tillgå. I nio fall av tio lyckas ombuden förlika parterna.⁶²

7.2.2 Medling

Medling kan definieras som inträdet av en av parterna accepterad tredje man i en konflikt med inga eller små maktbefogenheter, vilken han skall hjälpa parterna att nå en överenskommelse om de tvistiga frågorna. Medling är således en frivillig lösning och medlaren kan inte tvinga parterna att ta beslut. Medlarens roll är således att hjälpa parterna att komma fram till en överenskommelse och inte döma mellan dem.⁶³ Flertalet medlare torde inta en slags mellanställning vari de överlämnar till parterna att ta ansvaret för att tvisten blir löst, men samtidigt fungerar som en slags ledare för rättvisa, så att uppgörelsen inte blir orättvis eller att parterna handlar oetiskt.⁶⁴

Medlingsförfarandet måste anpassas specifikt för varje tvist och partskonstellation. Valet av medlare och den medlingsteknik som skall användas kan och bör bestämmas av parterna själva. Jag kommer under 7.3 att konkretisera medlingsscenarioet genom att analysera ett noga utvalt rättsfall. Detta rättsfall, är det fall som jag anser bäst belyser medlingsstrategiska frågeställningar. Jag har i rättsfallet kommit fram till att parterna visserligen inte vill bibehålla en avtalsrelation, vilket är en av frågeställningarna i detta arbete. För att få en bredare uppfattning om medlingsförfarandet i sig, har jag ändå valt att redogöra för just detta rättsfall, då jag finner det av vikt för arbetets helhet att läsaren förstår att medling kan vara ett väl fungerande redskap även när parterna inte vill fortsätta sitt samarbete. Jag kommer i rättsfallet utgå från att talan vid domstol inte väckts. Innan jag påbörjar rättsfallsanalysen finns det ett antal allmänna frågeställningar och principer kring medlingsprocessen som jag vill åskådliggöra.

7.2.2.1 Medlarens roll

En medlares roll kan te sig olika från fall till fall. Alla medlare bör dock ha som huvudroll att skapa ett klimat som innebär att parterna kan diskutera sinsemellan på ett givande sätt. Medlaren bör därför i ett initialt skede avvärja parterna ifall att han uppmärksammar konfliktinitiativ. Medlarens

⁶² Ekelöf, *Rättegång*, första häftet, 1990, s. 165.

⁶³ Lindell, Bengt, *Alternativ tvistelösning, särskilt medling och skiljeförfarande*, 2000, s. 70 f.

⁶⁴ Lindell, a.a., s. 75.

absolut viktigaste roll torde därför vara att styra processen genom en strikt dagordning snarare än att döma huruvida någon av parterna har rätt eller fel. Dagordningen är viktig då medlingsprocessen annars riskerar att stagnera, vilket inte för med sig konkreta lösningar.⁶⁵

Det finns två olika yttre former för medling. Den ena är såkallad skytteldiplomati. Medlaren pratar med parterna var för sig och förmedlar sedan budskapet mellan parterna. Parterna befinner sig i sådana fall i olika rum. Det kan även förekomma enskilda samtal enligt den såkallade konferensmetoden. Vid båda tillvägagångssätten måste det alltid finnas ett uttryckligt medgivande från parterna så att medlaren skall kunna ta upp sådant som sagts vid de enskilda samtalen. Konferensmetoden till skillnad från skytteldiplomati, innebär att parterna sitter tillsammans med medlaren och öppet pratar om sina intressen. Båda dessa metoder har många gemensamma drag.⁶⁶

Medlarens roll kan te sig skiftande från fall till fall beroende av parternas önskemål och tvistens karaktär. Det är också ofrånkomligt att medlarens personliga stil också påverkar. Oavsett vilket skall medlaren alltid vara neutral, opartisk och en god lyssnare.⁶⁷

7.2.2.2 Tvistens karaktär

När parterna skall välja medlare bör de ha klart för sig vilka olika typer av medling som står till buds och vilken roll medlaren har i dessa. Medling kan vara *distributiv* eller *integrativ*, men medling kan också vara *transformativ* eller *terapeutisk*.⁶⁸ Jag kommer emellertid endast belysa de två förstnämnda.

I den distributiva tvisten, tvistar parterna om en bestämd fråga eller sak och om denna sak har parterna oftast motstående intressen. Den ena parten vill ha så mycket som möjligt på den andres bekostnad.⁶⁹ Den distributiva tvisten innebär att parterna förhandlar med en positionell metod i ett nollsummespel, genom att de delar lika, eller i vart fall jobbar sig in mot mitten för att nå en acceptabel överenskommelse.⁷⁰ Den distributiva tvisten innebär ofta att en part i och med överenskommelsen efterger något för att minska sina förluster. Problemet med denna tvistelösning är framförallt att parterna positionerar sig och är för hårda i sin förhandling. Då kan det bli svårt att nå en överenskommelse.

Integrativ medling sker utifrån principöverenskommelsens metod. Här låser inte parterna sig vid en enskild tvistefråga utan istället finns här en möjlighet att föra in andra aspekter och resurser i förhandlingen, vilket kan

⁶⁵ De Bono, Edward, *Konflikter, ett bättre sätt att lösa dem*, 1986, s. 176.

⁶⁶ Lindell, a.a., s. 104.

⁶⁷ Norman, Jan, *Medling och andra typer av alternativ konfliktlösning*, 1999, s. 108-110.

⁶⁸ Lindell, a.a., s. 75-78 samt Norman, a.a., 75-78.

⁶⁹ Raiffa, Howard, *The art and science of negotiation*, 1982, s. 33.

⁷⁰ Nolan-Haley, Jacqueline, *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, 1992, s. 15.

leda till en win-win situation. Parterna väljer att nå en för båda fördelaktig lösning istället för att konkurrera.⁷¹ I slutändan kan parterna med den integrativa medlingen dra in andra aspekter vilket kan skapa utrymme för mervärde. Om tvistens karaktär är av distributiv eller integrativ karaktär har stor betydelse för vilken strategi parterna skall välja.

7.2.2.3 Strategier

Det finns fem olika strategier en part kan välja mellan när en tvist uppstår: *Konkurrens*, *undvikande*, *anpassning*, *framförhandlad kompromiss* och *intressebaserad förhandling*. Undvikande är emellertid inte en förhandlingsstrategi eftersom parterna undviker tvisten.⁷²

Konkurrerande strategin inträffar oftast då ena parten har ett maktövertag av ekonomisk och kunskapsmässig natur.⁷³ Strategin ger således möjligheter att underminera den svagare partens positionering och förtroende för sin sak.⁷⁴ Kontexten i sådana fall är oftast av distributiv karaktär vilket leder till en maktkamp där den överlägsna parten har ett övertag. Ingen hänsyn tas till motpartens intressen utan endast till de egna intressena. Det har påpekats att den konkurrensbaserade strategin så småningom kan leda till en samarbetslösning, samtidigt är risken för dödläge betydande beroende av hur tuff taktik som används.⁷⁵

Undvikande strategin beror oftast på att part saknar kunskaper eller på att part inte tror att en överenskommelse är möjlig samtidigt som han vill undvika en tvist.⁷⁶ Denna strategi blir mindre intressant för arbetet då arbetets fokus är att parterna faktiskt skall förlikas.

Anpassningsinriktade strategin innebär att part godtar vissa av motpartens krav genom att själv efterge något. Denna strategi lämpar sig då två avtalsparter vill bibehålla goda relationer. Den eftergivande parten kräver inte heller något i gengäld.⁷⁷

Kompromissinriktade strategin väljs oftast av parter som inte tror att det är möjligt att hitta en för båda vinnande lösning, genom att det helt enkelt inte finns tillräckligt mycket resurser i potten att fördela. I de här fallen är parterna ofta jämnstarka och kontexten är distributiv. Som strategi finns där emellertid en strävan att lösa tvisten genom samarbete och inte tävlan.⁷⁸

Intressebaserade strategin är troligtvis den mest diskuterade strategin. Denna strategi som fokuserar på det uppkomna problemet går inte ut på att fördela en viss resurs, utan lösningsalternativen utvidgas så att parternas intressen

⁷¹ Raiffa, a.a., s. 131.

⁷² Lindell, a.a., s. 50.

⁷³ Lindell, a.a., s. 52.

⁷⁴ Spiller, Peter, *Dispute Resolution in New Zealand*, 1999, s. 30.

⁷⁵ Lindell, a.a., s. 53.

⁷⁶ Lindell, a.a., s. 55.

⁷⁷ Lindell, a.a., s. 55f.

⁷⁸ Lindell, a.a., s. 56.

tillgodoses på bästa möjliga sätt. I och med att parterna strävar efter att hitta en lösning som inte rör en bestämd resurs är kontexten integrativ.⁷⁹

7.2.2.4 Reservationsvärdet och BATNA (Best Alternative To a Negotiated Agreement)

När parter skall påbörja förlikningsförhandlingen bör de veta sitt reservationsvärde eller, det minsta acceptabla budet.⁸⁰ Anledningen till detta är att parterna på så sätt skyddar sig från att anta ett bud som de egentligen borde avstå. Det är således viktigt att veta, att ju bättre partens minsta acceptabla bud är, desto större makt får han i förhandlingen. Om part har ett starkt alternativ behöver han inte känna sig tvungen att förlikas.

7.2.2.5 Val av medlare

Förre rådmannen Thord Widebeck anser att det finns fördelar med att anlita en processjurist eller advokat som medlare. En medlare med sådan bakgrund kan juridiken och kan därför förklara för part som är övertygad om att denne kommer nå framgång i en domstolsprocess, att mål ofta riskerar att drabbas av svårlösta frågor rörande bevisbörda och bevisning. Medlare av nämnda slag kan också bedöma målet i sin helhet och komma med rimliga förlikningsförslag. Widebeck menar att en medlare bör se det som sin uppgift att förklara för parterna att det sällan är så att den ena parten har rätt eller fel. Han jämför domstolen med något svart eller vitt men att en konflikt ofta kan liknas vid en grå massa. Medlaren har enligt Widebeck möjligheten att låta grått vara grått och därför hitta lösningar som är nära verkligheten. Likaså bör en medlare till skillnad från domaren påpeka för part som begär orimlig kompensation att denna just är orimlig eller att part inte har grund för sina yrkanden. En medlare bör även peka på alla osäkerhetsaspekter och vad som kan hända om medlingen misslyckas. Widebeck menar att skräckversionen bör målas upp, nämligen stora rättegångskostnader etc.⁸¹

7.3 NJA 1990 s 745

7.3.1 Bakgrund

Rättsutredningen utförs med utgångspunkt i NJA 1990 s 745. Parterna i fråga tvistade genom tre instanser och svar angående det rättsliga utfallet finns därför att tillgå. I denna utredning kommer jag att utgå ifrån fakta med ursprung i de bakomliggande omständigheter som gett upphov till stämningen. Följande ligger till grund för stämningsansökan:

Svenska Rotormaskiner Aktiebolag (SRM) hade genom ett optionsavtal för viss tid förvärvat licensrättigheter till en vakuumpump med rätt för bolaget att för avtalstidens slut träffa ett slutligt avtal. SRM inledde förhandlingar

⁷⁹ Spiller, a.a., s 33.

⁸⁰ Raiffa, a.a., s. 37.

⁸¹ Widebeck, Tord, *Några medlarfunderingar*, Ny Juridik 3/1995 s. 54 ff.

med en företagare, Bertil L, om återförsäljningsrätt av pumpen. I maj samma år skickade SRM ett brev till L där man hänvisade till ett samarbetsavtal mellan SRM och pumpens uppfinnare. I brevet hänvisades till ett villkor i samarbetsavtalet enligt vilket ett avtal skulle tecknas med L och ännu ett bolag, om försäljningsrättigheterna till pumpen. Detta skulle ske om ett slutligt avtal om rättigheterna träffades. Brevet hade sänts på begäran av L efter att han fått vetskap om att det andra bolagets ägare mottagit ett sådant. L arbetade under förfarandet med marknadsföring av pumpen. SRM hade även köpt in ett lager pumpar ämnat för L att sälja ur. I november skrev L en längre redogörelse till SRM angående det marknadsföringsarbete han utfört. Brevet besvarades aldrig, trots att Bertil L beskrev ett omfattande arbete. SRM visste vid denna tidpunkt att man förhöll sig osäkra till om man ville teckna avtal med L. När SRM i februari året efter träffade ett licensavtal beslutade man sig för att inte ingå försäljningsavtal med L. Den sistnämnde underrättades om detta ytterligare några veckor senare i samband med ett möte. Bertil L stämde SRM på skadestånd för kontraktsbrott.

Med anledning av den stämning som är riktad mot bolaget för kontraktsbrott, avser jag att utreda vilken slags förlikning som är lämpligast utifrån de bakomliggande fakta som finns i fallet. Dessförinnan ämnar jag föreslå vissa överväganden som SRM bör göra, vilka har betydelse för valet av tvistelösningsform. Därefter ger jag förslag på upplägg och strategier.

7.3.2 Viktiga överväganden

När SRM skall välja konfliktlösningsform bör de fundera på om de vill ha rättskipning eller om de vill ha konfliktlösning. Vill de ha rättskipning och man tror sig kunna vinna tvisten så kanske man bör välja ett förfarande i allmän domstol. Är man däremot osäker på sin rätt torde alternativa tvistelösningsformer såsom förlikning med eller utan medlare vara att föredra. Likaså bör SRM fundera på huruvida snabbhet, förtrolighet och effektivitet är viktiga beståndsdelar. Anser de att dessa beståndsdelar är viktiga bör de överväga en alternativ tvistelösning i form av förlikning med eller utan medlare. En rättegång i allmän domstol innebär nämligen att parterna anlitar rättssystemet för att lösa tvisten. De lämnar således över beslutsfattandet till domstolen. SRM bör i och med det fundera över ett antal faktorer. För det första handlar det om tidsaspekten. Det finns alltid stora risker att en part överklagar, speciellt när det ligger mycket pengar och prestige i potten. Överklagar en part riskerar processen att pågå i årtal innan dom föreligger. Detta kan framförallt få konsekvensen att den som förlorar tvisten inte längre är solvent när domen fallit. För det andra, rättegångskostnaderna. Dessa kan bli mycket stora, speciellt om processen sträcker sig över tre instanser. För det tredje, affärsmässiga beräkningar. SRM kommer att dras med kostnader utöver processen. Bolaget måste troligtvis sätta många i arbete under förberedelser och rättegång. För det fjärde innebär en tvist i domstol ett obehag för alla inblandade, framförallt

vad gäller den ekonomiska situationen efter processen.⁸² Jag vill även flagga för behovet av att upprätthålla goda affärsrelationer. Denna faktor har stor relevans i affärstvister.⁸³ En process i allmän domstol kan nämligen innebära att parterna inte vill ha mer med varandra att göra. I vårt fall verkar dock relationen vara en aning ansträngd med stort missnöje över hur båda parter agerat. Att förorda en tvistelösningsform bäst lämpad för ett fortsatt samarbete är därför inte aktuellt. Däremot kan sådana tvistelösningsformer vara till nytta för SRM av andra skäl som jag får anledning att återkomma till längre fram i utredningen. En process i allmän domstol för dock med sig ett antal fördelar också. En rättegång genomdriver rättigheter som är tvingande och bindande, detta sker efter beprövade processuella regler. Man bör emellertid känna sig tämligen säker på vinst för att ta processen till en domstol. Likaså ska man vara klar över att domen blir offentlig. Detta kan vara till nackdel för SRM då de har andra affärspartners för vilka de troligtvis inte vill avslöja att de befinner sig i en domstolstvist och varför.

7.3.3 Val av tvistelösningsform

Med anledning av de fakta som ligger till grund för stämningen riktad mot bolaget föreslår jag att det tas initiativ till förlikningsförhandlingar. Jag har efter noggrant övervägande gjort bedömningen att utgången är osäker i fall att tvisten avgörs i allmän domstol. Enligt den korrespondens och de övriga kontakter som parterna haft finns det en reell risk att domstolen dömer till Bertil L:s fördel. Det är således möjligt att domstolen kommer fram till att SRM gjort sig skyldiga till kontraktsbrott genom att de fört vissa förhandlingar med Bertil L samt utsänt brev där man hänvisat till samarbetsavtal mellan dem och Bertil L. Huvudregeln är att avsiktsförklaringar av detta slag, inte är att se som bindande rättshandlingar. Undantagsvis kan det emellertid vara så att en avsiktsförklaring anses bindande. Förutsättningen för det är att det i avtalet finns en samstämmighet mellan ett anbud och en accept, vilket avgörs i domstol genom avtalstolkning. Även om jag personligen anser att SRM inte handlat i strid med ett bindande avtal kan jag inte med säkerhet säga att domstolen gör samma bedömning. Med bakgrund av detta anser jag att SRM bör inleda förlikningsförhandlingar. RB 42:17 1st. pekar på att domstolens förlikningsverksamhet i dispositiva tvistemål är betydelsefull. Det innebär att domaren skall verka för att parterna förlikas. Jag föreslår emellertid att förlikningsförhandlingar mellan SRM och Bertil L sker utanför domstolens verksamhet, främst på grund av att SRM skall få nytta av ett sitt eventuella maktövertag, vilket jag får anledning att återkomma till längre fram i utredningen. Det är emellertid till SRM:s fördel att domaren driver på i frågan om förlikning. SRM riskerar nämligen att visa tecken på svaghet om de tar upp frågan vilket inte är till deras fördel enligt den strategi jag ämnar förorda senare i framställningen.⁸⁴ Det väsentliga syftet med en förlikning,

⁸² Brolin, Thore, Rhenström, Åke, Widebeck, Magnus, *Tvistemålsprocessen 1*, 2001, s. 158 ff.

⁸³ Prop. 1986/87:89, s. 111 – 114.

⁸⁴ Brolin m.fl., a.a., s. 151 f.

oavsett förlikningsstrategi, är att nå en acceptabel överenskommelse. Målsättningen för SRM är att få Bertil L att gå med på en lösning som är mer förmånlig för dem än en eventuell rättegångsförlust. Fördelen med förlikning i det här fallet är att SRM själv får vara med och påverka utfallet. Detta skapar en förutsebarhet som inte finns om tvisten fortlöper domstolsvägen. Likaså har förlikning den fördelen att de slipper den långa tidsutdräkt som en rättegång innebär. I fall som detta riskerar SRM en process som kan pågå flera år innan det blir avgjort. Kostnaderna kan likaså bli mycket höga om SRM går förlorande ur tvisten.

Medling kan jämväl fungera som ett alternativ till domstolsförfarandet. I och med att domstolsapparaten, i detta specifika fall, är igångsatt kan parterna gemensamt hemställa om att domstolen utser en medlare. Domaren gör detta i enlighet med RB 42:17 2st. I vårt fall anser jag emellertid att medling kan vara ett vanskligt alternativ. Jag är av den uppfattningen att SRM förlorar sitt maktövertag genom att en medlare driver frågan. Medling anser jag främst vara till för jämnstarka parter och parter som vill bibehålla en affärsrelation. I vårt fall är det inte aktuellt att bevara en relation då SRM klargjort att de inte vill ha några affärsförbindelser med Bertil L. Medlingsförfarandet kan emellertid föra med sig andra fördelar, framförallt det faktum att medlingen hålls hemlig vilket kan vara att föredra för SRM i egenskap av stort bolag med många affärspartners. Likaså anser jag att medling kan vara ett godtagbart alternativ med anledning av Bertil L:s, enligt mitt förmenande, orealistiska inställning till när ett kontrakt anses ingånget. Bengt Lindell hävdar just att medling är ett bra alternativ när parterna vill hålla konflikten hemlig eller i fall där båda parterna eller en av dem har en orealistisk inställning.⁸⁵ En medlare kan på ett bättre sätt än motparten förmedla att den andre parten har en verklighetsfrämmande uppfattning i en viss fråga. Vidare är alla tvister individuella och kräver av den anledningen en egen skraddarsydd lösning. Ett medlingsförfarande kan konstrueras efter parternas specifika behov vilket kan vara fördelaktigt i det här fallet. Även om medlingen skulle misslyckas leder den ofta till att efterföljande domstolsprocess förenklas. Detta leder till en snabbare rättegång och därför billigare process.⁸⁶

7.3.4 Upplägg och strategier

Jag bedömer att tvisten är av distributiv karaktär. Det kännetecknas av att SRM och Bertil L tvistar om en bestämd fråga, dvs. huruvida ett kontraktsbrott föreligger eller inte. Bertil L ämnar utfå så mycket pengar som möjligt på bolagets bekostnad. Att parterna skulle kunna finna mervärden genom att föra in andra aspekter än just tvistefrågan finner jag osannolikt. SRM torde ha betydande ekonomiska intressen i tvisten och behöver därför för att nå sina mål fastställa en strategi. Det är alltså inte fråga om en förhandlingstaktik.

⁸⁵ Lindell, Bengt, *Alternativ tvistelösning*, s. 121 f.

⁸⁶ Admund, Gunnar, *Medling enligt RB 42:17 är ett bra institut – som borde tillämpas mer*, Advokaten 1997:8, s. 17.

Man kan definiera strategi som det tillvägagångssätt en part använder sig av för att nå sina mål, medan taktik är urvalet av de medel som används för att strategin skall förverkligas.⁸⁷ Den strategi jag förespråkar i detta specifika fall är den konkurrensbaserade strategin. Denna strategi bygger på, som tidigare i arbetet nämnts, att försvaga den andre förhandlaren positionering och förtroende för sin sak.⁸⁸ Parternas förhandling kommer troligtvis röra en bestämd summa pengar vilket antagligen resulterar i en maktkamp. Detta är enligt min uppfattning en målsättning då SRM i en sådan kamp har allt att vinna, då de torde vara både ekonomiskt och kunskapsmässigt överlägsna Bertil L. En sådan maktkamp kännetecknas av att parten endast fokuserar på sina egna intressen. Spiller menar i sammanhanget att det gäller för parten att minimera sina förluster och maximera sina vinster gentemot motparten i ett diametralt spel.⁸⁹

SRM:s överlägsna ställning torde kunna skapa osäkerhet hos Bertil L, framförallt genom att de tar kommandot över förhandlingen. SRM bör offensivt verka för att förhandlingarna sker på deras hemmaplan, här ges nämligen möjligheten för dem att skaffa sig ett psykologiskt övertag med vilket de kan påverka Bertil L att ta beslut som gynnar dem. Denna påverkan kan ske med skrämselförklaringar om kostsamma processer samt hot om att SRM kan påverka andra aktörer att inte träffa avtal med Bertil L. Denna djärva strategi innebär fördelar för SRM genom att de visar sig orädda och står fast vid sin ståndpunkt. En nackdel är dock att parternas relation kan skadas ytterligare. Det har dock liten betydelse då SRM inte har för avsikt att fortsätta ett samarbete med Bertil L, nu eller i framtiden. Den konkurrensinriktade strategin är given och utövas inom en bestämd ram. Ur förlikningssynpunkt kan ramen emellertid vara kontraproduktiv, eftersom parterna tvingas fixera sina positioner och därigenom låser in sig. Av den anledningen är det av vikt att SRM inte agerar för fientligt, då detta kan resultera i att det inte kan nås en lösning. En för aggressiv framfart kan innebära att ett dödläge uppstår vilket är en risk när part använder sig av konkurrensinriktad strategi.⁹⁰ Det är därför viktigt, oavsett om de gjort ett strategival att de inte låser sig vid denna om de hamnar i en återvändsgränd utan att de förhåller sig så flexibla som möjligt.⁹¹

Det torde även vara av stor vikt att SRM inför förhandlingen kommer väl förberedda genom att vara väl insatta i tvisten. Utöver att arbeta fram en egen strategi bör de också tänka på att sätta sig in i Bertil L:s sak. Gör de det har de större chans att förstå dennes argument och strategi. Glömmer de bort Bertil L:s intressen i förlikningsförhandlingen blir det komplext att övertyga honom om det fördelaktiga i de egna förslagen. SRM har som tidigare konstaterats ett rent faktiskt maktövertag, det är dock inte säkert att de även besitter ett rättsligt övertag. SRM:s övertag ger dem emellertid större

⁸⁷ Lindell, a.a., s. 61.

⁸⁸ Spiller, a.a., s. 30.

⁸⁹ Spiller, a.a., s. 31.

⁹⁰ Lindell, a.a., s. 53.

⁹¹ Lindell, a.a., s. 61 samt Spiller a.a., s. 45 f.

möjlighet att styra och välja strategi för förhandlingen. Det är dock, som ovan nämnts, av stor vikt att de inte överdriver sin maktposition då de riskerar att förhandlingarna strandar och tvisten går tillbaka till domstol.

SRM bör också fastställa sitt BATNA. Vad de måste göra är att begrunda vilka alternativ som står till buds ifall att en överenskommelse inte nås. Det alternativ som förefaller vara det bästa blir deras BATNA, som alla andra alternativ och bud skall jämföras med.⁹² SRM bör också ta reda på Bertil L:s BATNA. Genom att känna till detta, kan de få en inblick i om Bertil L är överoptimistisk i tvisten. Om Bertil L ser goda chanser att vinna en tvist i domstol, minskar chanserna till att få igenom en förlikning.

Om SRM anser att förlikning med medlare är det bästa alternativet, utformas upplägget på ett annat sätt än vid förlikning utan medlare. Det tillämpas olika varianter av medlingsverksamhet, som skiljer sig åt beroende av vad det är för tvist, vilka som är parter samt vem som är medlare. Medlingsvariant väljs genom att det utförs en konfliktdiagnos. Ett medlingsförfarande mellan SRM och Bertil L bör inledas med att medlaren kallar parterna till ett sammanträde. Där kan parterna träffa avtal om vilken slags metod som skall tillämpas vid medlingen. Medlaren bör ställa väl valda frågor för att klarlägga parternas ståndpunkter, därefter kan möjliga lösningar diskuteras. I vårt fall kan det vara praktiskt att separera parterna till skilda rum och sen förmedla budskapen mellan parterna enligt skytteldiplomatimetoden. SRM kan då öppna upp sig utan risk att avslöja eventuella svagheter. Om samtalen leder framåt så att parterna kan enas hjälper medlaren till att utforma ett förlikningsavtal och medlingen förklaras avslutad.

Jag anser att SRM bör hålla samma profil under medlingssammanträdet som under förlikningen utan medlare, dvs. genom att visa säkerhet i sakfrågan. Skall medlingsuppdraget få någon meningsfull substans och leda till en lösning, bör SRM emellertid vara villiga att diskutera och eventuellt möta Bertil L på halva vägen. En medling mellan parter som mobiliserar för krig torde inte leda till någon konfliktlösning. Som ovan nämnts kan medling vara en vanskelig metod. SRM riskerar nämligen att förlora sitt maktövertag om de tvingas anpassa sin strategi efter medlarens diplomatiska förhållningssätt. En förlikning utan medlare ger istället SRM en möjlighet att ensidigt påverka Bertil L i den riktning de själva väljer. Båda dessa tvistelösningsformer har fördelar och nackdelar. Fördelen med förlikning utan medlare är att SRM kan angripa Bertil med starka argument understödda av skickliga jurister på deras hemmaplan. Nackdelen är att Bertil L eventuellt vänder i dörren om han känner ett psykologiskt underläge. Fördelen med medling är att det med stor sannolikhet resulterar i en lösning på tvisten. Nackdelen är att SRM troligtvis blir tvungna att vara mer tillmötesgående, vilket torde resultera i att de tvingas betala mer.

⁹² Fisher, Roger, Ury, William, Patton, Bruce, *Getting to yes: Negotiating an agreement without giving in*, 1999 s. 108 f.

8 Avslutande kommentarer

Med hänsyn till vad som framkommit i detta arbete kan det konstateras att omförhandlingsklausuler främst används till att försöka lösa ett av avtalsrättens mest klassiska problem, det vill säga frågan om avtals påverkan av ändrade förhållanden. Metoden att använda omförhandlingsklausuler gör det möjligt för parterna att vid avtalsslutet förutse möjligheten av framtida oförmånliga händelser och därför ta in villkor i avtalet om vilka rättsliga konsekvenser detta skall leda till. Så långt föränleds man inte till eftertanke. Det är egentligen inte förrän en omförhandling havererar som det blir dags att fundera på vad som skall hända. Som tidigare konstaterats är det önskvärt att sanktionera omförhandlingsklausulen då man för in denna i avtalet. Vid ett misslyckande vill som sagt parterna inte stå med ett domstolsförfarande som enda återstående alternativ då detta kan ge omförhandlingsinstitutet omvänd verkan. Med omvänd verkan åsyftar jag att avtalet kan gå om intet genom att parterna i väntan på domstolsavgörande går vidare till nya affärspartners, istället för att fortsätta löpa på i enlighet med parternas ursprungliga önskan. Omförhandlingsklausulens syfte är att skapa flexibilitet i en annars ganska strikt avtalsbundenhet. Grönfors relationsorienterade synsätt där avtal skall genomföras snarare än att avtal skall hållas har här kommit till sin rätt. Syftet uppnås bara om omförhandlingen lyckas och ger en för båda parter rimlig avtalsanpassning. Om parterna misslyckas har ändamålet med omförhandling som avtalsinstrument inte åstadkommit.

Som framgått i detta arbete kan en omförhandlingsklausul vara sanktionerad eller osanktionerad. Om klausulen är sanktionerad innebär det att parterna har reglerat vilka konsekvenser en misslyckad omförhandling har. En omförhandling kan exempelvis misslyckas genom att någon av parterna vägrar att omförhandla. Detta är inte önskvärt då hela tanken är att parternas affärsrelation skall bestå, vilket innebär att det ligger i båda parter intresse att visa god vilja och att försöka nå en lösning på ett uppkommet problem. Då en omförhandling fokuserar på parternas framtida affärer är det dock viktigt att parterna även har en god relation när de lämnar förhandlingsbordet, därför bör inte en part känna sig tvingad till avtalsanpassning då detta inte heller gynnar parterna och deras framtida relation. Enligt Grönfors bör en ofullständig omförhandlingsklausul utan sanktion i alla fall medföra en plikt att inställa sig till förhandlingen och att ta en materiell diskussion. En vägran kan innebära ett avtalsbrott. Om en omförhandlingsklausul är osanktionerad är en principiellt viktig fråga i vilken utsträckning rättsordningen skall ges möjligheter att censurera avtalsvillkor då parterna misslyckats. Som framgått torde denna möjlighet vara mycket begränsad. När en omförhandling därför misslyckas och alternativa tvistelösningsmetoder eller en allmän domstol utgör nästa steg bör detta inte resultera i att utomstående går in och avtalsanpassar. Att parterna konkludent skulle ha gett sitt samtycke till det förefaller högst osannolikt. Grönfors har i sammanhanget efterlyst ökad elasticitet i

systemet. Som stöd för sin åsikt nämner han bland annat ett skiljeförfarande där domstolen som tredje part anpassade avtalet åt parterna då de själva misslyckats. Jag har dock svårt att tänka mig att detta förfarande är något som kommer etableras i framtida praxis. Detta skiljeförfarande får nog enligt min mening istället ses som ett undantagsfall. Grönfors uppfattning är ändå att domstolarna skall ges denna rätt och redan förekomsten av klausulen i avtalet, oavsett hur ofullständig den är tjänstgör som ett slags säkerhetsventil och den får betydelse som en indikation på att parterna förutsåg att det kunde bli tal om en avtalsanpassning.⁹³ Sacklén anser att det resonemanget förefaller rimligt i mindre komplicerade avtalsförhållanden men mindre lyckat i mer komplicerade sammanhang. Vidare konstaterar Sacklén att det faktum att parterna tagit in en omförhandlingsklausul inte nödvändigtvis indikerar att parterna även avsett att domstolar skall ges utrymme till avtalsanpassning.⁹⁴ Jag delar detta synsätt då jag precis som Sacklén bedömer att parterna, framförallt i komplicerade avtalsrelationer har allt att vinna på att själva ha kontrollen över vilka avtalsanpassningar som kommer till stånd och allt att förlora på att avtalsanpassningarna görs av domstolar. Resultatet av avtalsanpassningar kan som sagt innebära godtyckliga bedömningar av parternas avsikter, vilket kan vara missgynnade för parterna. Av nämnda anledning kan det ligga i parternas intresse att vara noggranna när de formulerar omförhandlingsklausulerna, framförallt vilka sanktioner de knyter till dem.

Avslutningsvis är det viktigt att påpeka att det är parternas intressen som dirigerar avtalsutformningen. Vad vi inte får glömma är att det är människor som förhandlar med varandra vilket ställer parternas samarbetsförmåga på spets. Enligt min åsikt är det just denna samarbetsförmåga som görs gällande i en omförhandlingssituation genom att parterna måste kunna samtala och försöka lösa problemen i samförstånd. Har parterna denna förmåga kommer detta att ha större betydelse än hur omförhandlingsklausulen är utformad.

Skulle omförhandlingen ändå misslyckas och en riktig tvist blir aktuell kan förlikningsförhandlingen vara nästa steg. När parterna skall besluta om tvistelösningsmetod och en eventuell förlikning bör de fundera över vilken slags relation de vill ha med motparten i framtiden. Svaret på den frågan blir nämligen avgörande för vilken strategi en part skall förhålla sig till. Parterna bör därför försöka överväga huruvida förlikningens fördelar uppväger nackdelarna. Det viktigaste kanske inte är vem som har rätt, utan istället bör parterna se hur konsekvenserna blir i framtiden och genom förlikning undvika eventuell framtida skada. I det analyserade rättsfallet under 7.2.3, har jag kommit fram till att de konkurrensinriktade strategin är lämpligast. Denna strategi torde vara den enda av de jag nämnt som inte fokuserar på parternas framtida affärer. Övriga strategival fungerar på så vis att de istället för att bryta ner relationen mellan parterna, stärker densamma genom att processen löper enligt båda parternas villkor och fokuserar på parternas framtida samarbete. Förlikning i stort, särskilt medling kan därför anses vara

⁹³ Grönfors, a.a., s. 78 f.

⁹⁴ Sacklén, a.a., s. 391.

den metod som bäst ger parterna chansen till att bibehålla en affärsrelation trots tvisten dem emellan. Förfarandet ger således parterna fördelen av att de inte behöver förlita sig på lagreglers funktion som ansvarsfördelare. När en tvist avgörs i domstol utifrån lagregler, riskerar parterna att bli skuldbelagda vilket kan infektera tvisten. Medling torde vara den tvistelösningsmetod där parterna har störst chans till återställandet eller bevarandet av harmoniska relationer snarare än individuell rättvisa. Medlingsprocessen är också, till skillnad från allmän domstol, informell och hela förfarandet bygger på förtroende. För att en affärsrelation skall kunna bestå torde snabbhet och sekretess vara viktiga element, dels för att parterna snabbt skall komma igång igen med sina affärer tillsammans, men också att tvisten hålls hemlig för andra. Det är sällan så i stora kommersiella tvister, att de tvistande parterna är de enda som kan förlora på tvisten som sådan. Det kan handla om underkonsulter och övriga affärspartners som vill dra sig ur samarbetet på grund av oro eller annat orsakat av tvisten. Detta kan vara direkt förödande rättsekonomiskt men också för de tvistande parterna som på grund av en tvist kanske förlorar allt.

Av naturliga skäl finns det både positiva och negativa delar i medlingsprocessen. Bland de positiva delarna, utöver vad som framgår ovan, är att medling är en kontrollerad process där parterna är de som bestämmer. Parterna kommer till tals och kan ventilerat sina behov och intressen vilket jag anser vara en förutsättning för en gemensam lösning. Medling är också en konfliktlösningsmetod där parterna kan vara helt ärliga istället för att, i allmän domstol, kommunicera med varandra genom modifierade utsagor från sina respektive ombud. Medlingsförfarandet är således inte konfliktfritt utan parterna ges möjlighet att strida verbalt, vilket jag anser positivt. Ett infekterat avtalsförhållande kan må bra av att parterna får rensa luften genom verbala tillmälen. Det är emellertid inte sagt att parterna får kränka varandra och handla oetiskt. Det negativa med medling kan däremot vara att en medlare med stor auktoritet ges så stort utrymme att parterna tar beslut som överensstämmer med medlarens strategi och inte sina egna intressen. Därför är det viktigt att parterna väljer medlare med omsorg. Genom ett väl avvägt val av medlare kan parterna undvika att medlingsprocessen bara blir ett subtill sätt att övertala på.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

- Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, tolfte upplagan, Juristförlaget i Lund 2005.
- Brolin, Thore, Rehnström, Åke, Widebeck, Magnus, *Twistemålsprocessen 1, En handledning för förberedelsen*, Tredje upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2001.
- De Bono, Edward, *Konflikter, ett bättre sätt att lösa dem*, Brombergs Förlag AB, Stockholm, 1986.
- Ekelöf, Per Olof, *Rättegång*, första häftet, 7 upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1990.
- Fisher, Roger, Ury, William & Patton, Bruce, *Getting to yes: negotiating an agreement without giving in*, Random house business books, London, 1999.
- Grönfors, Kurt, *Avtal och omförhandling*, Nerenius & Santérus Förlag AB, Stockholm 1995.
- Grönfors, *Avtal och association*, Nerenius & Santérus Förlag AB, Göteborg 1997.
- H Ofek, *Second Nature – Economic Origins of Human Evolution*, Cambridge University Press 2001.
- Lehrberg, Bert, *Omförhandlingsklausuler*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1999.
- Lindell, Bengt, *Alternativ tvistelösning, Särskilt medling och skiljeförfarande*, Iustus Förlag AB, Uppsala 2000.
- Lindskog, Stefan, *Förhandlingsspelet*, Norstedts Förlag AB, Stockholm 1989.
- M Ridley, *The Origins of Virtue*, New York 1997.
- Nolan-Haley, Jacqueline, *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, West Group, 1992.
- Norman, Jan, *Medling och andra typer av alternativ konfliktlösning*, Iustus Förlag AB, Uppsala 1999.

- Raiffa, Howard *The art and science of negotiation*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.
- Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, Sjätte upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2003.
- Ramberg, J, Hultmark, C, *Allmän avtalsrätt*, 5:e upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1999.
- Spiller, Peter, *Dispute Resolution in New Zealand*, Oxford University Press, Auckland, 1999.

Artiklar

- Admund, Gunnar, *Medling enligt RB 42:17 är ett bra institut – som borde tillämpas mer*, Advokaten 1997:8:17.
- Macaulay, Stewart, *28 American Sociological Review* 1963, s. 63-65.
- Sacklén, Mats, *Om avtal och omförhandling*, JT 1996-97 s 380-393.
- Widebeck, Tord, *Några medlarfunderingar*, Ny Juridik 3/1995, s. 52-58.

Offentligt tryck

- Prop. 1986/87:89 om ett reformerat tingsrättsförfarande
- Prop. 1975/76:81 om ändring i avtalslagen
- SOU 1974:83 generalklausul i förmögenhetsrätten

Rättsfallsförteckning

- NJA 1978 s. 147
- NJA 1981 s 269
- NJA 1985 s 178
- NJA 1957 s 770
- NJA 1974 s 508
- NJA 1979 s. 666
- NJA 1987 s. 639
- ND 1974 s 74
- NJA 1990 s 745