

Hardship

Victor Gezelius

Kandidatuppsats i handelsrätt
Internationell affärsjuridik
HT2012

Handledare
Boel Flodgren



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

1. Inledning	9
1.1 Ämne Bakgrund	9
1.2 Syfte Frågeställning	9
1.3 Avgränsningar.....	10
1.4 Metod och material	10
1.5 Disposition	10
2. Avtal	11
2.1 Allmänt om avtal	11
2.2 Bundenheten	12
2.2.1 Vilja, förklaring och tillit.....	13
2.3 Långa och korta avtal.....	13
2.4 Pacta sunt servanda.....	14
3. Avtalskomplikationer	15
3.1 Pacta non sunt semper servanda	15
3.1.1 Förutsättningsläran	15
3.2 36§ AvtL	16
3.3 Friskrivningsklausuler	16
3.4 Force majeure	17
3.4.1 Omförhandlingsklausuler	18
4. Hardship	21
4.1 Unidroit principles	21
4.2 ICC.....	23
4.3 PECL.....	24
5. Analys av hardshipklausulerna	26

Sammanfattning

Det skriftliga avtalet mellan två parter har länge verkat som garanti för upprätthållandet av den grundläggande avtalsrättsliga principen om att avtal ska hållas, både nationellt och internationellt.

Men ska ett avtal alltid, under alla omständigheter, upprätthållas? Förändringar under avtalets bestånd kan göra avtalsvillkor betungande för en avtalspart. Skall en part likväl tvingas till avtalsuppfyllelse även om sannolikt kommer lida affärsmässigt?

En åtgärd för att minska risken för konsekvenserna av förändringar under avtalstiden är att ta in friskrivningsklausuler i avtalet. Dessutom finns det s.k. förutsättningsläran samt 36 § AvtL och regler om force majeure. Dessa regler har dock en restriktiv juridisk tillämpning. Den restriktiva tillämpningen har bidragit till uppkomsten av ett behov av mer flexibla friskrivningsklausuler. Där kan s.k. hardship-klausuler ses som ett sätt att möta detta behov. Hardship-klausuler som medger t.ex. omförhandling vid ändrade förhållanden, regleras i sådana regelverk som t.ex. UNIDROIT Principles.

Denna uppsats analyserar jag har jag hardship-klausulerna inom tre av de mest använda regerverken om detta, nämligen; Unidroit principles, PECL och ICC vilka alla utgör s.k. ”soft law”. Jag använder mig av traditionell juridisk metod. För att besvara mina frågeställningar har jag använt mig av lagar, praxis, förarbeten, doktrin, och softlaw. Särskild nytta har jag haft av Grönfors bok ”Avtal och omförhandling” och Lehrbergs bok ”omförhandlingsklausuler”.

Summary

The written contract between two parties has long served as a guarantee for the protection of the fundamental contract law principle that agreements must be kept, both nationally and internationally.

Yet, ought an agreement under all circumstances be followed-through? The ever-changing world can make the agreement, during its contractual lifespan, onerous for a party. Should a party, nevertheless, be forced to contractual fulfilment, even though the party is likely to suffer?

A measure to reduce the risk of contractual suffering is to add an exclusion clause into the contract. A measure, that excuses either party from its contractual obligation in a specific event. In the absence of exclusion clause, the suffering party has to rely on the “prerequisite-doctrine” incorporated in the 36 § AvtL to be excused its obligation to perform in an onerous lease. This clause, however, has a strict legal enforcement within the Swedish court of law. The restrictive use of 36 § AvtL has contributed to the need of a more flexible disclaiming option.

The incorporation of Hardship clause is a way to meet this need in the contractual agreement. A Hardship clause allows the parties, in the event of changed conditions, to renegotiate the terms of the contract.

This paper, analyses the nature of the Hardship clauses within the in three most used softlaw-collections, namely; UNIDROIT Principles, PECL and the ICC. I will use the traditional legal method to answer my thesis. This include, using the *lex scripta* (the written law), the underlying proposal of the law, case-law, softlaw, doctrine and the softlaw. Furthermore, I would like to thank the author Grönfors and Lehrberg for the information provided in the books ”Avtal och omförhandling” (Contracts and Renegotiation) and ” ”omförhandlingsklausuler” (Renegotiation Clauses).

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
ICC	International Chamber of Commerce
JB	Jordabalk
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I
PECL	Principles of European Contract Law
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
Äktb.	Äktenskapsbalk

1. Inledning

1.1 Ämne | Bakgrund

En central princip i avtalsrätten är principen om pacta sunt servanda. Principen som betyder ”avtal ska hållas” syftar till att ett avtal ska vara orubbligt och att det ska gå att lita på vad som avtalats. Denna avtalsrättsliga princip är ett fundament inom den svenska avtalsrätten. Trots detta finns det situationer där avtalsbundenheten inte är definitiv. Denna uppsats kommer att belysa de situationer som frångår principen om pacta sunt servanda. Jag kommer dels att beskriva rättsläget i svensk rätt, dels utföra en analys av den dispositiva rättens hardship-klausuler, dvs. omförhandlingsklausuler. Omförhandlingsklausuler inom avtal existerar pga. att avtal ibland behöver korrigeras.

Omförhandling av avtal genom så kallade omförhandlingsklausuler, har i den kontraktsrättsliga diskussionen varit ett aktuellt ämne de senaste tre årtiondena.¹ Omförhandling är för närvarande en extrajudiciell verksamhet, en dispositiv princip som inte tillhör den svenska rättsordningens regler,² trots att det är ett väletablerat begrepp i softlaw-samlingar och vanligt förekommande inom internationella avtal.³

1.2 Syfte | Frågeställning

Huvudsyftet med denna uppsats är att analysera den avtalsrättsliga användningen av hardship-klausuler. Jag kommer att förklara uppkomsten av dessa klausuler, hur de blir gällande samt vad det innebär för parterna när de tagit in en sådan klausul i avtalet. Hardshipklausulerna kommer att jämföras med förutsättningsläran, 36§ AvtL och force majeure-klausuler som också handlar om vad som avtalsrättsligt kan göras när oförutsedda händelser uppkommer.

Ett företag har olika avtal med andra företag på kort och lång sikt. De verkar alla i en allt mer globaliserad värld som karaktäriseras av en ökad föränderlighet. Frågeställningen i denna uppsats är följande.

- Hur reglerar den svenska lagstiftningen avtalstvister som uppkommer pga. oförutsedda ändrade förhållanden?
- Hur regleras hardship i Unidroit Principles av ICC och i PECL? Vad är skillnaden i fråga om reglerna om hardship i dessa tre regelverk?

¹ Lehrberg, Bert, 2008, Omförhandlingsklausuler, I.B.A., s.15

² Ibid. s.15

³ Agell, Anders, Malmström, Åke, 2012, Civilrätt, Liber, Malmö, s.39

1.3 Avgränsningar

Denna uppsats kommer enbart att beröra onerösa avtal, dvs. avtal där två parter har förpliktelser mot varandra i ett avtalsförhållande. Benefika avtal, dvs. avtal där endast den ena parten är förpliktad, kommer inte behandlas i uppsatsen.

I uppsatsen behandlas inte ogiltighetsgrunder vid avtals ingående dvs. ogiltighet på grund av tvång, lurendrejeri, svek, ocker och andra förfaranden i strid mot tro och heder. Jag har valt att genomföra min valda avgränsning pga. att de inte tillför något till min slutsats.

I användning av PECL kommer jag enbart utgå från del I och II, och frånga del III vilken inte handlar om det område jag ska belysa.

1.4 Metod och material

I uppsatsen tillämpas traditionell juridisk metod. Det innebär att jag har använt mig av förarbeten, praxis, doktrin, lagar och internationella organisationers regelverk (Unidroit principles, ICC och PECL) för att klargöra rättsläget kring hardship. Jag har haft särskilt stor nytta av Grönfors bok "Avtal och Omförhandling" och Lehrbergs bok "Omförhandlingsklausuler" för att kunna genomföra analysen kring hardship.

I början av uppsatsen har jag valt att ge en kort introduktion till avtalsrätten i syfte att identifiera och klargöra rättsläget kring avtalsbundenhet. Därefter följer en genomgång av situationer där avtalsrätten frångår principen om "pacta sunt servanda", genom så kallade friskrivningsklausuler.

För att slutligen kunna genomföra min analys valde jag att studera de internationella softlaw-samlingarna Unidroit Principles, ICC och PECL. Anledningen till att jag vidgat uppsatsen från att enbart studera hardship utifrån svensk rätt är att softlaw-regleringen ofta tillämpas av svenska avtalsparter i internationella avtal.

1.5 Disposition

Uppsatsen om hardship är uppbyggd av 5 huvudkapitel. Det inledande kapitlet, ger förklaring om vad som kommer att gås igenom och analyseras i uppsatsen och hur den informationen har införskaffats. Det klarläggs även vad som inte kommer tas med pga. att bredden på uppsatsen skulle bli alldeles för stor. Inledningen följs sedan av grunden i vad avtal är i kapitel 2 och några väl valda underrubriker vilka har en indirekt koppling till hardship och min analys av den.

Detta följs sedan av ett kapitel 3 vilket vidare går in på avtal och mer specifikt avtal som fått komplikationer under tiden det är verksamt. Underrubrikerna går vidare in på de olika lösningsmöjligheter som parterna inom ett avtal som blivit betungande har att tillgå. I kapitel 4 påbörjas analysen av de olika softlaw-samlingarnas regler om hardship. Den slutgiltiga analysen görs i kapitel 5.

2. Avtal

2.1 Allmänt om avtal

Ett avtal är en överenskommelse som tillkommit genom två rättshandlingar, anbud och accept och förpliktigar parter att utföra olika skyldigheter gentemot varandra. Förarbetena till den ursprungliga AvtL förklarar att en rättshandling är ”alla viljeförklaringar, vilka hava till syfte att grundlägga, förändra eller upphäva ett rättsförhållande”.⁴ Obligationsrättskommittén, som skrev detta, menar att det är syftet och inte uppnåendet av syftet som är avgörande. Från kommitténs sida fanns det i och med detta inte något skäl att specifikt definiera begreppet avtal.⁵

Det finns två huvudprinciper inom avtalsrätten, avtalsfriheten⁶ och avtalsbundenheten. För parterna innebär avtalsfriheten att de kan ingå avtal med vem som helst om praktiskt taget vad som helst, bortsett från existerande inskränkningar.⁷ Bundenheten ser sedan till att parterna följer de nedskrivna orden. Dock finns i gällande lag undantag vilka säger att upprätthållandet av ett avtal inte behöver följas till punkt och pricka.⁸

Avtal har sedan länge delats in i tre kategorier, nämligen konsensualavtal⁹, formalavtal¹⁰ och realavtal.¹¹ Det finns även standardavtal¹² och ramavtal.¹³ Ett avtal kan antingen vara

⁴ Obligationsrättskommitténs betänkande., s.116

⁵ Ibid.

⁶ Taxell, Lars Erik, Avtalsrättens normer, 1987, s.32 (individer själva skall kunna bestämma om de överhuvudtaget vill avtala, med vem avtalet skall ingås och avtalsinnehållet)

⁷ Grauers, Per Henning, 2009, Person och avtal, Liber, Malmö, s.39

⁸ Agell, Anders, Malmström, Åke, 2012, Civilrätt, Liber, Malmö, s.91 och Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, 2010, Allmän avtalsrätt, Norstedts juridik, Stockholm, s.32

⁹ AvtL 1 kap. AvtL (konsensualavtal den viktigaste och allmännaste kategorin, kännetecknas av att ett bindande avtal kommer till stånd genom utbyte av sammanträffande viljeförklaringar utan krav på särskild form ex. köp av lös egendom, hyra av lös sak och anställningsavtal)

¹⁰ AvtL 1 § 3 st. och Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars 2011, Avtalsrätt I, Jurist förlaget, Lund, s.142 (formalavtal som kräver särskild form för att vara bindande ex. köp av fast egendom och kollektivavtal)

¹¹ Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars 2011, Avtalsrätt I, Jurist förlaget, Lund, s.142 (någon enstaka gång kräver lagen att det sker överlämnande av en sak för att ett löfte skall vara bindande ex. saklån och gåva)

¹² Bernitz, Ulf, 2008, Standardavtalsrätt, Nordstedts Juridik, Stockholm, s.15 (standardavtal kan definieras om sådana avtal, som helt eller delvis ingås enligt i förväg formulerade standardiserade villkor avsedda att tillämpas likartat i större antal konkreta avtalssituationer av viss art i vilka

benefikt eller oneröst. Den förstnämnda kategorin förpliktar enbart ensidigt, till exempel ett avtal om en gåva. Den andra kategorin förpliktar båda parterna. De skyldigheter som parterna åtar sig antingen med det skrivna och/eller det muntliga avtalet, kan exempelvis vara en tjänst, betalning för något eller överlämnande av varor.¹⁴ Transaktionen, utväxlingen av prestationer är avtalets huvudsakliga och mest tydliga ändamål. Avtalet ger samtidigt uttryckligen eller underförstått, handlingsföreskrifter för parterna och särskilt inom bestående avtal.¹⁵ Även om muntliga avtal gäller, och parterna rent avtalsrättsligt inte behöver utforma en skriftlig handling, ger det skriftliga ett rättesnöre till framtida uppfyllelse. I viktiga avtal finns då en säker juridisk handling att falla tillbaka på. I slutändan kommer avtalet att bli vad parterna själva vill och behöver för att kunna genomföra överenskommelsen.

Huvudregeln i svensk rätt är att avtal kan ingås formlöst.¹⁶ Avtal som reglerar fastighetsöverlåtelse¹⁷ och äktenskapsförord¹⁸ är dock formbundna.

2.2 Bundenheten

Avtalets mest grundläggande funktion är att binda parter.¹⁹ Detta sker på olika sätt men grunden är densamma, samstämmiga viljeförklaringar i form av ett anbud och en ren accept. Avtalsbundenhet sker således i två steg. Anbudsgivaren blir bunden av sitt anbud när anbudstagaren tagit del av anbudet, även kallat löftesprincipen. Anbudstagaren och anbudsgivaren blir bundna till avtalet vid anbudets accept. Anbud och accept är sålunda två separata rättshandlingar och respektive handling är ensidigt bindande²⁰. Anledningen till detta är att mottagande part, utan risk för att anbudet annulleras, ska få möjligheten att inspektera, kontrollera och tänka över anbudet under acceptfristen.²¹ Bundenheten gäller till stunden då avtalet ses som fullgjort.²²

Utöver löftesprincipen så vilar avtalsbundenheten på tre separata förutsättningar. Den rättshandlandes vilja att binda sig, hur viljeförklaringen uttrycks och motpartens tillit till viljeförklaringen. Det kan förklaras som två parter viljor, uttryckta med en gemensam

åtminstone den ena avtalsparten växlar, och som såvitt gäller dessa villkor inte har blivit föremål för individuell förhandling)

¹³ Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars 2011, Avtalsrätt I, Jurist förlaget, Lund, s.107 (det kommersiella ramavtalet, vanligen ett leveransavtal eller avtal om tjänster, som fastställer säljarens och köparens inbördes förpliktelser och villkor för avrop enligt avtalet)

¹⁴ Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars 2011, Avtalsrätt I, Juristförlaget, Lund, s.17-18

¹⁵ Ibid. s.18

¹⁶ Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, 2010, Allmän avtalsrätt, Norstedts juridik, Stockholm, s.101 (huvudregeln i svensk rätt innebär att det är tillräckligt att det föreligger överensstämmande viljeförklaringar för att ett avtal skall komma till stånd)

¹⁷ JB 4 kap. 1 §

¹⁸ Äktb. 7 kap. 3 §, 2st

¹⁹ Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars 2011, Avtalsrätt I, Juristförlaget, Lund, s.18

²⁰ AvtL 1 §

²¹ Adlercreutz, Axel, Muller, Bernard Johan, 2009, Avtal Lärobok i allmän avtalsrätt, Norstedts Juridik, s.22-23

²² Taxell Lars Erik, 1997, Bakgrund, sammanfattning, utblick. Norstedts Juridik, s.39

viljeförklaring, i syfte att skapa en tvåsidig rättshandling.²³ I praktiken är skapandet av rättshandlingen inte lätt, ofta har parterna olika partsavsikt eller partsvilja, när avtalet börjar verka.²⁴

Upprättandet av rättshandlingen fastställer bundenheten mellan parterna men åtagandena mellan parterna begränsas inte enbart till avtalet. Det föreligger även en övergripande lojalitetsplikt mellan parterna som skall verka för att möjliggöra och underlätta avtalsförbindelsen. Syftet med denna lojalitetsplikt är att båda parterna ska hjälpa varandra att maximera värdet av avtalet.²⁵ Denna lojalitetsförpliktelse mellan kontrahenter kallas för lojalitetsprincipen. Grundbulten i lojalitetsprincipen är att ha sig själv som prioritet ett, men att hjälpa sin avtalspart tills det blir för dyrt eller för komplicerat att hjälpa motparten till egna förmåner. Självklart står graden av lojalitet i relation till avtalsperioden. Ett avtal som löper under en längre period, ett så kallat långtidsavtal, har större användning av lojalitetsprincipen än ett avtal om en enstaka transaktion eftersom ett långtidsavtal kräver en lojal avtalspart.²⁶

Problemet med lojalitetsprincipen uppkommer i användningen av den som en självständig grund i enskilda tvister, för där har den sällan något stabilt stöd. Principen fungerar mer som riktlinje i form av stöd när man ska tolka lagar och avtal.²⁷

2.2.1 Vilja, förklaring och tillit

Hur avgör man om en avtalsförpliktelse uppkommer? Det uppstår samspel mellan förpliktarens vilja, den så kallade viljeförklaringen, och att motparten uppfattar detta som viljan, och finner tillit i vad som avtalats. Själva kärnan inom viljeteorin är att viljan bör bestämma hur man blir förpliktad, förpliktelsens innebörd och omfång.²⁸ Uppfattas förpliktelsen av motparten, kommer den som avgivit förklaringen i åtskilliga fall att bli bunden av denna, även om rättshandlingen av misstag fått fel innehåll.²⁹

2.3 Långa och korta avtal

Avtal finns av de mest mångskiftande slag. De kan vara utformade för långa komplicerade relationer, eller korta och okomplicerade. Det är upp till parterna att bestämma vad de har för syfte med avtalet.

I vissa områden exempelvis fartygsbyggnadsbranschen finns det avtal som sträcker sig upp till 15-20 år. Dessa typer av avtal kallas långtidsavtal. I långtidsavtal fokuseras mer

²³ Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, 2010, Allmän avtalsrätt, Norstedts juridik, Stockholm, s.34-35

²⁴ Ibid.

²⁵ ibid. s.37-38

²⁶ Grönfors, Kurt, 1997, Avtal och Association, Nerenius & Santérus, Stockholm, s.11

²⁷ Holm, Anders, 2004, Den avtalsgrundande lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip, Linköpings universitet, s.184

²⁸ Brännare, Jenny, Ejderstedt, Kerstin, Hannikainen, Marjaana, 2003, Dissens och förklaringsmisstag inom avtalsrätten, s.3

²⁹ AvtL 32 §

på själva kompanjonskapet och ett långt affärsförhållande, till skillnad från vad som gäller vid kortvariga avtal där avtalets utförande är slutmålet.

Långtidsavtalet har fördel mot andra avtalstyper. Den ger viss säkerhet i överenskommelsen och parterna kan arbeta på utan att känna någon direkt oro för morgondagen. Som exempel kan nämnas en biltillverkare som har flera långtidsavtal med sina underleverantörer och där underleverantörer i sin tur har långtidsavtal med metall-, plast- och kolfiberföretag. Företagen i förädlingsledet känner troligen ingen större oro över företagets egna investeringar de kommande åren tack vare det skrivna långtidsavtalet. I de branscher där det sker mer tillfälliga avtalsförbindelser, används kortare avtal. Kortare avtal kan också vara en lösning under en ekonomiskt orolig period.

Det långa tidsspannet inom långtidsavtal kan medföra problem. Långtidsavtalets grundidé kan bli urholkad och oklar över tiden, vilket kan göra att målbilden förändras. Behov av fortlöpande justeringar enbart för att avtalet ska fungera i någon form kan bli nödvändigt. Ibland behövs bara mindre förändringar som att till exempel tillämpa intagna klausuler och prisförändringar. I vissa fall kan det dock krävas mer monumentalt handlande som en avtalsförändring.

Parterna kan vilja frånga avtalet om avtalets syfte har urholkats över tiden. Detta har dock visat sig vara svårt då de flesta långtidsavtal saknar en uppsägningsklausul. Det har dock i modern tid erkänts ”att även de mest långvariga avtal utan uppsägningsklausul ändå kan sägas upp med passande varsel”.³⁰

2.4 Pacta sunt servanda

En av de mer grundläggande och äldsta principerna inom avtalsrätten är ”pacta sunt servanda”, avtal ska hållas. Denna latinska princip motsvarar i huvudsak vår egen löftesprincip. Pacta sunt servanda saknar vidare konkret innehåll och kan inte bli preciserad i några rättsregler. I och med detta kan inte principen tillämpas på bestämda situationer.³¹ Istället hanteras principen som ett fundament inom avtalsrätten. Principen är så grundläggande att den i rättsvetenskapliga diskussioner behandlas som en faktisk rättsregel.³²

³⁰ Grönfors, Kurt, 1995, Avtal och omförhandling, Nerenius & Santérus, Stockholm, s.25

³¹ Ibid. s.17-18

³² Ibid. s.20-21

3. Avtalskomplikationer

3.1 Pacta non sunt semper servanda

Som nämnts i föregående kapitel skall avtal hållas efter att de har ingåtts. Denna ståndpunkt, att i alla lägen upprätthålla ett avtal, är dock mer ett önskat idealförhållande än praktiskt tillämbart. Skälet till detta kan ses som en indirekt reglering av avtalsfriheten. Avtal kan i princip slutas om vad som helst, men ingen avtalspart kan bli förpliktigad till att fullfölja en omöjlighet³³, dvs. ”pacta non sunt semper servanda” – avtal måste inte alltid hållas.³⁴ I detta kapitel kommer jag att fokusera på de vanligast förekommande undantagen till huvudregeln pacta sunt servanda.

3.1.1 Förutsättningsläran

Förutsättningsläran är en vidareutveckling av principen ”clausula rebus sic stantibus” inom den romerska rätten. Principen innebar att avtal kunde hävas om kringliggande omständigheter till parternas ingångna avtal förändrades i sådan omfattning att parterna inte hade ingått avtalet om de vetat om förändringen. Avtalet innefattade på så sätt ett tyst villkor mot oföränderlighet inom den romerska rätten.

Förutsättningsläran introducerades i Norden av rättsvetenskapsmännen Julius Lassen, Henry Ussing³⁵ och Christan Møller. Förutsättningsläran bygger på fyra rekvisit.³⁶ De fyra rekvisiten är ett väsentlighetsrekvisit, ett synbarhetsrekvisit, ett godtrosrekvisit och ett riskrekvisit. Väsentlighetsrekvisitet innebar att förutsättningen skall ha inverkat väsentligt på den rättshandlandes beslut att ingå rättshandlingen. Synbarhetsrekvisitetet kräver att förutsättningens existens och dess väsentlighet skall ha varit synbara för rättshandlingens mottagare. Godtrosrekvisitetet innebär att avtalsparten inte haft vetskap om att omständigheterna vid avtalsslutandet kan komma att bli framtida problem för parterna. Riskrekvisitetet innebär att risken för att förutsättningen slår fel förs över på motparten. Huvudregeln är annars att vara och en står risken för sina förutsättningar, dvs. den rättshandlande själv står risken för sina förutsättningar.³⁷ Av denna anledning bör man vara aktsam i frågan om att ingå avtal som inte reglerar möjliga osäkerheter. Tanken

³³ Ibid.

³⁴ Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, 2010, Allmän avtalsrätt, Norstedts juridik, Stockholm, s.32

³⁵ Claes-Robert von Post, 1999, Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden, s.281

³⁶ Lehrberg, Bert, 2008, Omförhandlingsklausuler, I.B.A., s.44

³⁷ Ibid. s.107

bakom förutsättningsläran är att använda dess regler som en sköld vid oförutsedda händelser, inte som ett svärd.³⁸

Vid tillämpning av förutsättningsläran undgår part sin skyldighet att fullfölja sin förpliktelse då hela avtalet ses som ogiltigt.³⁹ Trots detta har även jämkning av särskilda villkor antagits vara en möjlig rättsföljd.⁴⁰ Oavsett åtgärd har motparten inte rätt till skadestånd för eventuellt uppkommen skada.

3.2 36§ AvtL

1976 infördes möjligheten att jämka oskäligen avtalsvillkor genom generalklausulen i 36 § AvtL. Syftet med införandet var att vidga domstolens möjlighet att hantera och ingripa i avtalsförhållanden.⁴¹ Avtalsvillkor kan enligt 36 § jämkas eller helt lämnas utan avseende om det är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid dess tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Av de olika möjligheter till jämkning som AvtL 36 § erbjuder är det den som anknyter till ”senare inträffade förhållanden” som har störst intresse vid en jämförelse med klausuler om hardship.

En effekt av införandet av 36 § AvtL var att betydelsen av förutsättningsläran minskade. 36 § AvtL riktar sig särskilt in på avtal där den ena partern intar en ”underlägsen ställning i avtalsförhållandet”.

36 § AvtL ger möjlighet till jämkning vid ändrade förhållanden. Förutsättningsläran används idag vanligen som ett komplement till 36 § AvtL.⁴² Men till skillnad från 36 § AvtL vars tillämplighet kräver oskälighet, kräver förutsättningsläran att dess fyra subjektiva rekvisit är uppfyllda.⁴³ Förutsättningsläran kan på detta sätt ses som ett sista alternativ för part att återöppna avtalets totala ogiltighet även i situationer då 36 § AvtL inte är applicerbar.⁴⁴

3.3 Friskrivningsklausuler

Att avtal skall hållas är en grund regel inom avtalsrätten. Trots denna klara utgångspunkt innehar inte AvtL några bestämmelser kring påföljder då avtal inte uppfylls. Beroende på partsförhållandet så regleras påföljderna via bl.a. köplagen och konsumentköplagen. Påföljderna för säljaren vid utebliven eller felaktig prestation kan bli så kostsamma för säljaren att riskfördelningen mellan avtalsparterna rubbas.⁴⁵ Av denna anledning finns det

³⁸ Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, 2010, Allmän avtalsrätt, Norstedts juridik, Stockholm, s.199

³⁹ NJA 1989 s.614 och s.619 (Underhållsavtal vid skilsmässa)

⁴⁰ NJA 1989 s.614 och s.618. För en översiktlig genomgång av uppfattningen om rättsföljder av förutsättningsläran se Lehrberg, Bert, Förutsättningsläran s.561

⁴¹ Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars 2011, Avtalsrätt I, Jurist förlaget, Lund, s.310

⁴² Ibid. s.199-200 och Betänkandet, SOU 1974:83 s.157

⁴³ Lehrberg, Bert, 2008, Omförhandlingsklausuler, I.B.A., s.106

⁴⁴ Prop.1975/1976:81 s.128

⁴⁵ NJA 1979 s. 281

ett incitament för säljaren att friskriva sig från det stränga ansvar som återfinns i bl.a. köplagen.

Friskrivningsklausuler har sina rötter i den romerska rätten.⁴⁶ Det var inte förrän i slutet av 1800-talet som frågan angående en kontroll av friskrivningsklausuler uppkom inom den nordiska rätten⁴⁷. Enligt Lundmark, kan det vara den tidigare tanken på en nästan oantastlig privatautonomi som kommer till uttryck i och med upprätthållandet av en långtgående avtalsfrihet.⁴⁸ Utvecklingen av friskrivningsklausuler kan möjligtvis förklaras med den ekonomiska utvecklingen. Med industrialismens framväxt och ökande handel, ökade även risken och det slutgiltiga resultatet av avtalet. Komplexiteten ökade i många avseenden när det kom till avtalsprestationerna. Detta gav slutgiltigen en ökning i vilja hos parter att upprätthålla avtalet trots den ökade svårigheten. I och med det var friskrivningsklausuler införda i de allmänna leveransvillkoren.⁴⁹

3.4 Force majeure

En vanligt förekommande friskrivningsklausul är Force majeure-klausuler. En Force majeure-klausul syftar bl.a. till att befria part från prestationsskyldighet och/eller skadeståndsansvar på grund av dröjsmål.⁵⁰ Force majeure- begreppet har sitt ursprung i den Franska Code Civil, art. 114858.⁵¹ I den franska rätten utgör Force Majeure "en handling av Gud, en oundviklig, oförutsägbar handling av naturen, inte beroende av en handling av människan".⁵² Force majeure-klausuler används för att riskfördela mellan avtalsparterna.⁵³ Riskfördelningen mellan parterna görs för att reglera omfattningen av skadeståndsskyldigheten och prestationsskyldigheten vid avtalsbrott.⁵⁴ Den svenska innebörden av definitionen är att inget skadestånd skall utgå om gäldenären på grund av force majeure förhindras att prestera det avtalade.⁵⁵ Då force majeure klausuler kan ha denna starka påverkan på ett avtal kan även en force majeure klausul ses som oskäligen i vissa sammanhang. I de fall klausulen missbrukas, dvs. avsevärt häver jämvikten i riskfördelningen, kan jämkning enligt 36§ AvtL aktualiseras.⁵⁶

Kraven för att force majeure ska kunna åberopas från parts sida, är att part inte skulle ha kunnat förutse hindret vid tiden för avtalets ingående och att dess verkningar inte skäligen

⁴⁶ Lundmark, Torsten, 1996, Friskrivningsklausuler giltighet och räckvidd, Lustus förlag, s.34

⁴⁷ Ibid. s.53

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, 2010, Allmän avtalsrätt, Norstedts juridik, Stockholm, s.192

⁵¹ Se också art. 1147 Code Civil som stadgar att gäldenären undkommer ansvar om "*l'inexécution provient d'une causeétrangère qui ne peut lui être imputée*" dvs. icke-uppfyllelsen härstammar ifrån en utifrån kommande händelse som inte kan tillskrivas gäldenären.

⁵² <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/F/ForceMajeure.aspx>

⁵³ Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, 2010, Allmän avtalsrätt, Norstedts juridik, Stockholm, s.193

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Se även KöpL 27 §

⁵⁶ Adlercreutz Axel, Gorton Lars, 2010, Avtalsrätt II, Jurist förlaget, Lund, s.116

kunnat undvikas eller förekommas.⁵⁷ Prestationen för att undgå hindret måste sedan tvinga parten ”bortom offergränsen”, det vill säga den gräns parten inte rimligen skall behöva passera i uppfyllandet av avtalsförpliktelsen.⁵⁸ Det krävs således inte absolut omöjlighet för att en force majeure klausul ska tillämpas utan det räcker med juridisk eller praktisk omöjlighet.⁵⁹ Force majeure-klausuler kan aktualiseras vid extraordinära omständigheter som krig, naturkatastrofer eller ny lagstiftning, det vill säga händelser som ligger utanför partens kontroll. Den gemensamma faktorn i dessa händelser är att de är starkt ingripande, svårförutsedda och svårbemästrade.⁶⁰ Det är händelser som är så exceptionella att part inte har för vana att ta dessa i beräkning. Inträffar en oförutsedd händelse, som inte är lik de dikterade händelserna i avtalet, kommer domstolen att avgöra fallet med hjälp av de generella reglerna i avtalet.⁶¹

3.4.1 Omförhandlingsklausuler

Den rättsliga betydelse förutsättningsläran, 36 § AvtL och läran om force majeure är att dessa regler under vissa omständigheter, ger parterna möjlighet att åsidosätta pacta sunt servanda. Dess med all rätt snäva användbarhet i svensk rätt har ökat näringslivets behov av relativt mjukare bedömningsgrunder av/vid oskälighet och omöjlighet. På grund av detta har användningen av omförhandlingsklausuler ökat. En omförhandlingsklausul ger avtalspart rätt att omförhandla avtalet i fall av oförutsedda förhållanden.⁶² Syftet med omförhandlingsklausuler är att avtalsparterna i samförstånd skall kunna anpassa avtalet mellan sig efter de nya rådande förhållandena. Omförhandlingsklausuler utgör en relativt ny företeelse, som är unik såtillvida att den tillhandahåller en ny lösning på hur avtalsrättsliga komplikationer kan lösas.

Behovet av omförhandlingsklausuler har vuxit fram genom det kommersiella livets försök att lösa affärstvister.⁶³ Omförhandling av avtal var ett av de ämnen som behandlades på det sjunde nordiska sjörättsseminariet 1976 och som då aktualiserades av den rådande inflationen och vikande konjunkturen. Problemet för rederierna var att de hade lagt upp ordrar till förlustpriser för att kunna fylla sina orderböcker. När priset på nybyggda fartyg steg blev skillnaden mellan begagnade och nybyggda fartyg för stor. Detta resulterade i att parterna blev tvungna omförhandla priset på nybyggda fartyg.⁶⁴ Rederierna insåg att det var mindre kostsamt att självmant sänka priset på fartygen än att riskera en rättslig tvist rörande oskälighet och därmed potentiellt förlora en kund. Efter sjörättsseminariet har omförhandling blivit ett vanligt förekommande avtalsrättsligt verktyg, särskilt vid långtidsavtal.

⁵⁷ Unidroit principles. art. 7.1.7 (1)

⁵⁸ Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, 2010, Allmän avtalsrätt, Norstedts juridik, Stockholm, s.187

⁵⁹ Hellner, Jan, 1961, Köprätt, Norstedts juridik, Stockholm, s.85

⁶⁰ Hellner, Jan, Hager, Richard, 2011 Speciell avtalsrätt II kontraktsrätt, 5 uppl. 2 häft. s.68

⁶¹ Ibid. s.194

⁶² Lehrberg, Bert, 2008, Omförhandlingsklausuler, I.B.A., s.51

⁶³ Ibid. s.38

⁶⁴ Grönfors, Kurt, 1995, Avtal och omförhandling, Nerenius & Santéus, Stockholm, s.13

Den norska professorn Carl Jacob Arnholm har beskrivit en omförhandlingsklausul som en

”buffert, som medförde att de inte behöver räkna med att bli utkastad från motpartens kontor första gången man kommer och begär en förändring av kontraktet”⁶⁵

I Softlaw, t.ex. UNIDROIT Principles och PECL behandlar frågan om rätt till omförhandling som en del av läran om hardship. Med softlaw avses klausuler som inte är gällande rätt utan om ”frivillighet” bindande regler. Jag kommer nedan genomföra en analys av hardship. Jag kommer att analysera hardship inom softlaw, bl.a. den som formulerats av Institut international pour l’unification du droit privé i form av Unidroit Principles, av International Chamber of Commerce (ICC) och också de principer som går under benämningen PECL dvs. Principles of European Contract.

⁶⁵ Ibid.

4. Hardship

4.1 Unidroit principles

Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) är en oberoende mellanstatlig organisation med säte i Rom. Ett av flera resultat av deras arbete är Unidroit Principles of International Commercial Contracts (Unidroit principles). Unidroit principles huvudsyfte är att samordna civilrätten globalt,⁶⁶ och vara möjlig för parter att använda rent praktiskt oavsett lagstiftningstraditioner, ekonomiska och politiska förhållanden i länder.⁶⁷

De personer som skapat Unidroit principles kommer från olika delar av världen och från olika rättstraditioner. Deras arbete har resulterat i soft law som erkänns ha mycket hög kvalitet.⁶⁸ Unidroit principles inte en rättskälla i vanlig bemärkelse, utan en samling av principer. Den första versionen av Unidroit principles utkom 1994, ytterligare en har kommit 2004 och den senaste utgåvan är från 2010.⁶⁹

Unidroit principles kan ses som en samling av lösningar på problem som kan uppkomma vid internationella avtal. Unidroit principles är soft law. Den är tillämplig för parterna om det har avtalat om detta.

I Unidroit principles återfinns internationella sedvanerättslig grundande principer som kan tillämpas på kommersiella avtal.⁷⁰ Definitioner av handelsbruk och allmänna avtalsrättsliga principer återfinns i Unidroit principles. Unidroit principles behandlar också avtals ingående, ogiltighetsfrågor samt uppfyllelse- och kontraktsbrottsfrågor.⁷¹ Principerna ska kunna användas för att tolka eller komplettera internationell- eller nationell lagstiftning.⁷²

Unidroit principles har fått en stor spridning internationellt och kommit att användas som

⁶⁶ <http://www.unidroit.org/english/presentation/main.htm>

⁶⁷ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, Introduction to the 1994 Edition, s. xxiii och 2004 Edition s. xvii

⁶⁸ UNIDROIT Principles 2010, Introduction to the 1994 Edition, s. xxiv och Svernlöv, Carl, Bergstedt, Viveca sten, Internationella avtal – I teori och praktik, s.40

⁶⁹ UNIDROIT Principles 2010, s. vii

⁷⁰ Bonell, Michael Joachim, 1996, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Friends or Competitors?, s.272

⁷¹ Lars Gorton, Lea Hatzidaki-Dahlström 2006, Nationell rätt och internationella köpavtal, s.97

⁷² Unidroit Principles 2010, Preamble, s.1-2.

grund för ett stort antal avgöranden.⁷³ Unidroit principles är modern och anpassad till behoven i internationella, kommersiella avtalsförhållanden.

I Unidroit Principles finner man följande regler beträffande hardship.

“Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.”

Genom denna inledande text har man understrukt att hardship endast skall konstateras i exceptionella fall; utgångspunkten är att ett avtal skall följas så långt det är möjligt. Vidare följer en definition av hardship som således konstituerar ett undantag från avtalsprincipen, vilket lyder som följer

“There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party’s performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

- (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;*
- (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;*
- (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and*
- (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.”*

Av definitionen framgår att hardship endast kan konstateras om det skett en väsentlig förändring av balansen i avtalsförhållandet mellan parterna. Det kan handla om att den ena partens kostnader för att uppfylla förpliktelsen enligt avtalet har ökat avsevärt. Det kan också vara fråga om att avtalet förlorat sitt värde för den ena avtalsparten. En förutsättning för hardship, när en sådan förändring skett är att den inträffat eller blivit känd för parten efter avtalets ingående. Den drabbade parten skall inte heller kunna ha förutsett förändringen innan avtalet slöts och händelserna skall ligga utom partens kontroll och riskområde. När hardship har konstaterats stadgar Unidroit-principerna vidare om konsekvenserna av att en sådan situation har uppkommit.

“(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.

(2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.

(3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.

(4) If the court finds hardship it may, if reasonable,

(a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or

(b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.”

Den drabbade parten ges, enligt denna lydelse, en rätt att få till stånd en omförhandling av

⁷³ Ramberg, Jan, Herre, Johnny, 2004, Internationella köplagen (CISG) En kommentar, s.88

avtalet med sin motpart för att anpassa denna till förändringarna som skett. Precis som i ICCs omförhandlingsklausul, understryks att parternas förpliktelser enligt avtalet inte på något sätt upphör i och med att omförhandling har begärts. Om parterna inte lyckas nå en lösning i form av en överenskommelse kan endera parten föra tvisten vidare till domstol.

4.2 ICC

Näringslivets världsorganisation heter International Chamber of Commerce (ICC), vilken representerar företag av alla storlekar och från alla branscher.⁷⁴ Idén med ICC var att betjäna världens företag genom att gynna handel och investeringar, via öppna marknader för varor och tjänster och det fria flödet av kapital.

Första världskriget hade totalt demolerat det mesta av de internationella system som utvecklats på handelns område, vilket gav behov av återfå ett system med kontroll. Detta var ett av de grundläggande behoven som ICC skapades för. Skapandet av ICC gjordes 1919 i Atlantic City, USA. Från att i början av ICC:s historia enbart ha varit en organisation med medlemmar i USA och Västeuropa, har ICC nu växt och finns över hela världen.

ICC har fyra huvudsyften, nämligen att för det första främja ekonomisk frihet, fri handel och fri konkurrens, för det andra, verka för harmonisering av medlemsstaternas avtalsrätt i syfte att effektivisera den inomeuropeiska handeln och förenkling av regler och rutiner i internationell handel, för det tredje, självreglering genom uppförandekoder som sätter etiska standarder och för det fjärde, lösa kommersiella tvister genom medling och skiljedom. ICC antog ICC Hardship Clause 2003, den 26 November 2002.

Inledningsvis inleds det med att slå fast att den grundläggande regeln om att avtal skall hållas. Pacta sunt servanda följs sedan av under vilka omständigheter hardship föreligger och att en sådan situation framkallar en rätt till omförhandling av avtalet. Vidare anges riktlinjer för hur denna omförhandling av kontraktet skall gå till, vilka består i uppräknandet av olika kriterier som skall styra omförhandlingens genomförande.

ICC:s regler om hardship lyder som följande.

“1. A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.

2. Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that:

The continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to a event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that

It could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences;

The parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this clause, to negotiate alternative contractual terms, which reasonably allow for the consequences of the event.

⁷⁴ <http://www.icc.se/>

3. Where the paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract.”

4.3 PECL

Del I och II av Principles of European Contract Law publicerades år 1999. PECL har framställts av the Commission on European Contract Law (Lando-kommissionen) under ledning av professor Ole Lando.⁷⁵ Huvudsyftet med PECL är att utgöra allmänna principer för avtal inom Europeiska Unionen.⁷⁶

Vid publicerandet av PECL del I och II år 1999 bestod Europeiska Unionen av 15 medlemsstater, idag består Europeiska Unionen av 27 medlemsstater. Detta innebär att de som skapande PECL kommit från Västeuropas medlemsstater.⁷⁷ Trots detta har principerna utformats för att huvudsakligen kunna användas i EU:s medlemsstater. I PECL tas hänsyn till varje enskild medlemsstats ekonomiska och sociala förhållanden samt deras lagstiftningar, utan att något visst lands lagstiftning utgör utgångspunkt.⁷⁸

PECL har likheter med till Unidroit principles, och avtalsparterna måste ha valt att ta in principerna i avtalet för att dessa ska gälla.⁷⁹ PECL är alltså en softlaw-samling precis som Unidroit Principles. PECL är även likt Unidroit Principles, när det kommer till att de inte kan placeras in bland faktorer som skall beaktas av rättstillämparen, såvida principerna inte utgör en del av ett avtal.

Via Lando-kommissionen har det tagits fram riktlinjer för omförhandlingsrätt till följd av hardship.

Lando-kommissionen inleder sina omförhandlingsprinciper med att slå fast att den grundläggande regeln är att avtal skall hållas för att sedan ange under vilka omständigheter ett undantag från denna huvudregel kan vara tillämpligt. Lando-kommissionens omförhandlingsklausul skiljer sig inte avsevärt från Unidroit och ICC. I PECLs omförhandlingsklausul används dock inte begreppet hardship, men här refereras på motsvarande sätt till ”*change of circumstances*”.

PECL:s regler lyder enligt sålunda.

“(1) A party is bound to fulfill its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished.

⁷⁵ Principles of European Contract Law 1999, 1. The Need For Uniform Rules, s. xxi

⁷⁶ Ibid. artikel 1:101 punkt (1). Se 2. The Purposes for Which the Principles are Designed s.xxiii-xxiv

⁷⁷ [http://www.sweden.gov.se/sb/d/6787/a/15735%20\(3/5%202010\)](http://www.sweden.gov.se/sb/d/6787/a/15735%20(3/5%202010))

⁷⁸ PECL 1999, 4. Sources, s. xxv

⁷⁹ Ibid. artikel 1:101 punkterna (2)-(4)

(2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that:

*(a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract,
(b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and
(c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.*

(3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may:

*(a) end the contract at a date and on terms to be determined by the court ; or
(b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances.*

In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing.”

5. Analys av hardshipklausulerna

Enligt Unidroit principles, ICC:s hardship clause och PECL gäller samma juridiska grundförutsättning, d.v.s. parterna i ett avtal är fortfarande bundna till avtalet mellan dem även om det uppkommit svårigheter som gör avtalet betungande för ena eller båda parter. Pacta sunt servanda gäller således enligt dessa tre softlaw-samlingar. Även om grundprincipen i de olika regelverken står skriven på lite olika sätt så blir det märkbart att varje softlaw-samling vill stå på egna ben trots att grunduppfattningen är densamma.⁸⁰

Inom de tre regelverken återfinns den egna uppfattningen och kraven för att hantera den avtalskomplikation som benämns hardship⁸¹. Olikheterna är dock små mellan dem. Resultatet är dock inte tre helt lika regelverk rörande hardship. Unidroit principles, ICC: hardship clause och PECL har alla utgått från samma läge, pacta sunt servanda med kraven som parterna måste uppfylla, men lösningen blir olika vid händelse av hardship. Olikheten mellan Unidroit principles, ICC:s hardship clause och PECL, kan till stor del bero på de olika bakgrunder och arbetsmetoder som softlaw-samlingarna har.

Vid en analys av hardshipklausulerna inom Unidroit principles, ICC:s hardship clause och PECL framkommer att de bygger på ett antal olika rekvisit. Dessa rekvisit innehåller de väsentlighetskrav som måste vara uppfylla för att en part ska ha möjligheten att åberopa hardship. PECLs grundrekvisit är mycket lik den i ICC:s hardship clause, *”performance of the contract becomes excessively onerous”* (PECL) *”performance of its contractual duties has become excessively onerous”* (ICC). I det första rekvisitet i ICC:s hardship clause anges att prestationen mellan parterna måste ha blivit alltför betungande. I jämförelse med PECLs rekvisit, är ICC-rekvisitet av något lägre dignitet. Om avtalet mellan parterna blir alltför betungande, så uppfylls väsentlighetsrekvisiten. Unidroits väsentlighetsrekvisit, *”the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract”* bygger på ett helt annat tänkesätt och är bland dessa tre den svåraste att uppfylla för parterna enligt min mening. Unidroits grundkrav, säger att händelsen måste påverka jämvikten i avtalet mellan parterna för att grunden för rekvisiten med hardship ska vara uppfyllda. Resultatet inom dessa tre regelverk, blir att ur väsentlighetsrekvisitsperspektiv befinner sig PECL, ICC och sist Unidroit, där svårigheten att uppfylla väsentlighetsrekvisit ökar från PECL till sist Unidroit.

Väsentlighetsrekvisitet inom Unidroit är ett allmänt och opreciserat krav på att de förändrade förhållandena skall påverka jämvikten i avtalsförhållandet mellan parterna på ett väsentligt sätt. PECLs rekvisit ställer ett mer långtgående krav, och med den bättre formuleringen ger det ett större tillämpningsområde än de andra softlaw-samlingarna. Detta ger dock sina egna problem. Ett högt ställt väsentlighetskrav kan för avtalsparten

⁸⁰ UNIDROIT Principles 2010, Introduction to the 1994 Edition, s.182 (*contract to be observed*), PECL 1999, s. 322 (1), ICC Force Majeure Clause 2003, Hardship Clause 2003

⁸¹ UNIDROIT Principles 2010, Introduction to the 1994 Edition, s.183 (*Definition of hardship*), PECL 1999, s. 322 (2-3), ICC Force Majeure Clause 2003, Hardship Clause 2003

innebära begränsade möjligheter att åberopa hardshipklausulerna. Skillnaden i ordval om ändå väldigt lite i ICC:s hardship clause's väsentlighetskrav "*the contract*" istället för PECL "*its contractual duties*" blir att ICC väsentlighetskrav är bredare än PECLs. Detta gör det svårare att uppfylla ICCs väsentlighetskrav.

Även om väsentlighetsrekvisiten för hardship är uppfyllda betyder inte det att parterna kan åberopa en av dessa hardshipklausuler. I Unidroit står det "*provided that those events meet the requirements*"⁸² och med "*event*" menas det som har gjort avtalet betungande för ena eller båda parter. ICC och PECL har liknande meningar som Unidroit. Inom ICC och PECL är det dock krav på ytterligare kontroller av situationen.

Rekvisiten som de tre regelverk har som krav för att hardship ska kunna blivit föreligga är konstruerade så att om de inte är uppfyllda korrekt, leder det till att partern inte har rätt att omförhandla avtalet.

Det första kravet, att "*the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract*"(PECL) och "*the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract*"(Unidroit) är väldigt lika mellan dessa softlaw-samlingar även om ordvalet är lite olika. I detta fall blir det inte någon avgörande skillnad för parterna, att ta med "*or become known to the disadvantaged party*" pga. att den inte ger mer säkerhet utan det är mer frågan om självständighet ifrån exempelvis PECL:s hardshipklausul. ICC:s hardship clause tar inte med något som liknar första kravet som Unidroit och PECL använder sig av, utan ICC:s regler börjar med det som i Unidroit är det andra kravet.

Det andra kravet vilket är godtrosrekvisitet återfinns i samtliga samlingar, ex. "*was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract*"(PECL) "*the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract*"(Unidroit) och "*which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract*" (ICC). Ordvalen mellan dem i detta fall ger dock lite olika konsekvenser för part. Unidroit väljer att precisera, att det måste vara den som är missgynnande part som ej ska ha kunnat förutse problem i förväg. Både ICC och PECL ger en bredare acceptans av vilken part som ej ska ha kunnat förutse problem med avtalet. Dock har ICC i jämförelse med Unidroit och PECL valt en högre komplexitet "*it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract*". Ordvalet som ICC har när det kommer till kravet för parternas kunskap om händelsen "*not reasonably*", ger parterna väldig osäkerhet vad som gäller, för det finns inget klart krav för partern att stå på.

Skillnaden som finns mellan dessa tre regelverk när det kommer till det tredje rekvisitet nämligen kontrollansvaret, ger ett klart tecken på att Unidroit kräver mer än ICC och PECL innan part kan åberopa hardship. I Unidroit står det "*the events are beyond the control of the disadvantaged party*". I PECLs hardshipklausul saknas detta kontrollansvar helt och i ICC står det enbart "*it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences*" vilket inte ger samma klara kontrollansvar för part att uppfylla som i Unidroit.

⁸² UNIDROIT Principles 2010, Introduction to the 1994 Edition, s.183

Det sista rekvisit som PECL innehåller för uppfyllandet av hardship *"the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear"*. Denna kontroll finns även i Unidroit, som säger *"the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party"*. Formuleringen inom PECL ger här ett tydligare och bättre rekvisit än Unidroit, vilket påvisar att en avtalad riskfördelning endast har betydelse om den uttryckligen förts in i kontraktet. Klausulen är dock tillämplig även då uttryckliga kontraktuella åtaganden saknas. Både Unidroit och PECL gör undantag för de fall där parterna avtalat om en riskfördelning vid inträffandet av förändring av omständigheter. Inom ICC finns detta slutgiltiga krav, kombinerat med kontrollansvaret. Detta leder till att ICC:s hardship clause i detta läge är dåligt och skulle inte ge part mycket att stå på om parterna vill omförhandla.

Om parterna nu kommit så här långt i frågan om att uppfylla rekvisiten men trots det inte kommer fram till något som leder till en lösning, finns det inom varje regleverk en slutgiltig lösning på parternas avtalsproblem. *"If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may"* (PECL), *"Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court"* (Unidroit) *"But where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this clause is entitled to termination of the contract"* (ICC). I PECL går parternas avtal direkt till domstol, vilket i nästa läge ger två olika utvägar. Antingen *"end the contract at a date and on terms to be determined by the court"* eller *"adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances"*. I Unidroit är denna slutgiltiga lösning nästa en kopia av PECLs, bortsett från en punkt. Där PECL skriver *"equitable"* i den slutgiltiga av den två lösningarna, skriver Unidroit *"restoring its equilibrium"*. Unidroits val av ord gör deras rekvisit mycket klarare för parten, att "rättvist" återställa så som det var innan komplikationerna i avtalet uppkom. ICC i jämförelse har valt en ganska enkel väg ut för parterna. Om inte parterna kommer överens avslutas avtalet. ICCs val att välja denna direkta och raka form, motarbetar dock hela ICCs omförhandlingsklausul, eftersom ICCs skäl för att skapa och publicera en omförhandlingsklausul är att öka parternas lösningsmöjligheter vid avtalsproblem, inte minska dem.

Slutligen kan konstateras att de standardiserade hardshipklausulernas tillämpningsområde är mycket vidsträckt men att de rekvisit som ställs upp för deras tillämplighet gör att de endast kan komma ifråga i exceptionella fall. Därför kan det ifrågasättas om dessa klausuler ger en omförhandlingsrätt i fall där man inte redan kan åberopa jämkning eller hävning enligt "vanliga" regler. Kanske kan därigenom dessa klausuler anses vara överflödiga. Dock skall påpekas att tanken med dessa klausuler inte bara är att avtalsparterna i vissa situationer skall få reell möjlighet att omförhandla ett ofördelaktigt avtal. En hardshipklausul skall också få parterna att se en omförhandling som ett bättre alternativ än de traditionella anspråken på jämkning eller ogiltighet.

Källförteckning

Offentliga tryck

Proposition 1975/76:81 *Förslag till ändring i lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område m.m.*

SOU 1974:83 *Förslag till jämkningsregeln i 36§ AvtL*

Obligationsrättskommitté betänkande, 1915, 2 saml., avd, 1 band, *Till förslag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*

Litteratur

Adlercreutz, Axel, Gorton Lars, Avtalsrätt I, 2011, Jurist förlaget, Lund

Adlercreutz, Axel, Gorton Lars, 2010, Avtalsrätt II, 2010, Jurist förlaget, Lund

Adlercreutz, Axel, Muller, Bernard Johan, Avtal Lärobok i allmän avtalsrätt, 2009, Norstedts Juridik, Stockholm

Agell, Anders, Malmström, Åke, Civilrätt, 2012, Liber, Malmö

Bernitz, Ulf, Standardavtalsrätt, Nordstedts Juridik, 2008, Stockholm

Bonell, Micheal Joachim, ” The UNIDROIT principles of international contracts and the Principles of European Contract Law: Friends or Competitors?” 1996, Juridisk Tidskrift

Gorton, Lars, Hatzidaki-Dahlström, Lea, Nationell rätt och internationella köpavtal, 2006, Studentlitteratur

Grauers, Per Heninng, Person och avtal, 2009, Liber, Malmö

Grönfors, Kurt, Avtal och omförhandling, 1995, Nerenius & Santérus, Stockholm

Grönfors, Kurt, Avtalsgrundande rättsfakta, 1993, Nerenius & Santérus, Stockholm

Grönfors, Kurt, Avtal Och Association, 1997, Nerenius & Santérus, Stockholm

Hellner, Jan, Köprätt, 1961, Norstedt Juridik, Stockholm

Hellner, Jan, Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, 2011, Jurist förlaget, Stockholm

Holm, Anders, Den avtalsgrundande lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip, 2004, Linköpings universitet

Internation chamber of commerce, ICC Force majeure clause 2003 ICC hardship clause 2003. Publication No. 650

Lehrberg, Bert, Omförhandlingsklausuler, 2008, I.B.A.(institutet för bank- och affärsjuridik AB), Warsaw

Lundmark, Torsten, Friskrivningsklausuler. Giltighet och räckvidd. Särskilt om friskrivning i kommersiella avtal om köp av lös egendom. 1996, Iustus förlaget, Uppsala

Unidroit principles of international commercial contracts 2010

Principles of European Contract Law, Parts I and II, 1999

Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, Allmän avtalsrätt, 2010, Norstedts Juridik, Stockholm

Ramberg, Jan, Herre, Jonny, Internationella köplagen (CISG) En kommentar. 2004, Norstedts Juridik, Stockholm

Svernlöv, Carl, Bergstedt, Viveca sten, Internationella avtal – i teori och praktik, 2003, Norstedts Juridik, Stockholm

Taxell, Lars Erik, Avtalsrättens normer, 1987, Åbo akademis förlag

Taxell, Lars Erik, Bakgrund, sammanfattning, utblick, 1997, Norstedts Juridik, Stockholm

Uppsatser

Bränner, Jenny, Ejderstedt Kerstin, Hannikainen, Marjaana, (2003), Dissens och förklaringsmisstag inom avtalsrätten

Internet

<http://www.icc.se/arkiv/arkiv02.htm>

<http://www.unidroit.org/dynasite.cfm>

<http://www.icc.se>

[http://www.sweden.gov.se/sb/d/6787/a/15735%20\(3/5%202010\)](http://www.sweden.gov.se/sb/d/6787/a/15735%20(3/5%202010))

Rättsfallsregister

Rättsfall från Högsta domstolen

NJA 1979 s. 281

NJA 1989 s. 614

NJA 1989 s. 618

NJA 1989 s. 619

NJA 1997 s. 5