

Vesa Annola

Dynamiskt avtal
– förändringsmekanismer i bestående avtal

Dynamiskt avtal

– förändringsmekanismer i bestående avtal

Av jur.lic. ekon. dr. *Vesa Annola*, Finland

1. Inledning

I det moderna samhället behövs allt oftare sådana avtal som inte regleras helt och hållet på grundval av parternas överenskommelse vid avtalslutet. Avtalsprestationens slutliga innehåll bestäms då efter avtalets uppkomst, möjligen först i prestationsskedet. Det finns ett behov av dynamik.

Med dynamiska avtal avses här avtal som parterna själva har medvetet gjort dynamiska. Avtalen kan dock variera mycket. Dynamik kan helt enkelt skapas genom att införa i avtalet en öppen term, vars innehåll kan variera i takt med tiden. Å andra sidan kan avtalets dynamik basera sig på en invecklad mekanism.

I det här föredraget skisseras ett möjligt sätt att hantera dynamiska avtal ur avtalsrättens synvinkel. Det här är ett försök att formulera de element som behövs för att stöda användningen av dynamiska avtal. Föremålet är alltså behandla sådana förändringsmöjligheter i relationen, som kan skapas med avtalsvillkor. Syfte är också att identifiera skillnader mellan dynamiska och traditionella avtal.

Dynamikens genomföring i avtalsrelationen förutsätter många etapper eller mekanismer. Man kan identifiera åtminstone tre mekanismer som anknyter sig till olika skeden i avtalets förändringsprocess. För det första (1) behöver man en mekanism som skapar dynamiken. Man behöver alltså klausuler som tillåter förändringen. För det andra (2) behövs en mekanism som man följer vid förändringsprocessens gång. Och slutligen (3) behöver man en mekanism som används för att definiera det nya avtalsinnehållet i förändringsskedet. Det är inte nödvändigt att explicit definiera alla tre mekanismer i avtalet. Om någon mekanism fattas, följs allmänna regler. I alla fall behövs varje tre etapper för att genomföra förändringsprocessen.

2. Dynamikens element

2.1. Behovet av dynamiken

Behovet av dynamiken är inte likadant i olika avtalstyper¹. Om man använder

¹ Se Runesson, Eric M. (1996): Rekonstruktion av ofullständiga avtal. Särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader, s. 344.

avtalet i synnerhet för att allokera risker, behovet av dynamiken är möjligen inte stort². Också sådana avtal behövs. Om man i stället verkar tillsammans under avtalsrelationen, kan det vara naturligt att förutsätta samarbete eller samförstånd också vid tiden för förändrade omständigheter. Med sådana avtal är dynamik ett medel³.

Orsaken till avtalets dynamik varierar. Parterna kan vara tvungna att använda dynamiken för att nå ett avtal. Å andra sidan kan man fritt välja användningen av förändringsmöjligheten. Man kan identifiera åtminstone tre slags orsaker till användningen.

Förhållande till omgivningen (a). Behovet av dynamiken beror delvis på verksamhetsmiljöns inverkan på avtalsrelationen. Verksamhetsmiljön och dess förändringar kan inte förutses på det sättet att man alltid skulle vilja bestämma förbindelsernas innehåll redan före prestationsskedet. Då kan man inte skilja avtalet från dess omgivning. I stället använder man omgivningen för att skapa förutsebarhet i avtalsrelationen. Avtalet ska vara förutsebart i förhållande till omgivningen.

Förhållande till samarbetspartner (b). Delvis beror behovet av dynamiken på antalet samarbetsparterna i affärslivet. Avtalen kan forma ett nätverk där avtalsparternas prestationer hör ihop på många olika sätt. Var och en i nätverket borde få rum att finna det bästa möjliga sättet att befrämja avtalets och nätverkets syfte. Om nätverket bedrivs i bolagsform kan behovet av flexibilitet enkelt tillgodoses. Om nätverket bedrivs i stället i kontraktsform, förutsätter flexibiliteten en avtalad mekanism. Så kan man utforma smidigheten som ett normalt läge också i avtalsnätverket. Då behöver man inte identifiera förändringen som en avvikelser från det ursprungliga avtalet.

Förhållande till innehållet (c). Avtalets innehåll kan i sig vara så komplicerat, att det skulle vara ytterst svårt att definiera alla relevanta omständigheter redan vid avtalslutet. I stället för det kan man försöka bestämma metoder för att finna godtagbara lösningar då, när man möter oförutsedda händelser eller oförutsedda möjligheter. Den här orsaken har en anknytning till punkterna a och b. Med innehållet som en självständig orsak till dynamiken kan man betona det, att behovet av dynamiken kan härstamma också direkt från avtalsrelationen i sig.

² Samarbete i avtalsrelationen är dock inte ett antingen/eller –begrepp. Varje avtal har drag av riskallokering och drag av samarbete.

³ Samarbete under avtalstiden genererar ny information. Med dynamiken som medel kan man försöka finna det bästa möjliga sättet att främja avtalsparternas intressen. Det bästa möjliga innehållet under avtalets lopp kan till och med vara bättre än vad man kunde ha anat vid avtalets uppkomst. I så fall är det inte fråga om allokering av typiska negativa risker, utan om optimering av avtalsinnehållet.

2.2. Från klassiska modellen till dynamiken

Den klassiska modellen

I den klassiska avtalsmodellen använder avtalsparterna avtalet i första hand för att bygga egna, individuella normer som reglerar deras relation. Avtalet skiljer med andra ord avtalsrelationen från de andra relationerna som uppkommer på marknaden och som regleras på grund av andra eller allmänna normer. Det här kan ännu anses vara den viktigaste uppgiften som avtalsinstitutionen vanligen har: avtalsrelationen blir självständig.

Traditionell avtalsuppfattning kan skildras som statisk. I den klassiska, ideella, modellen försöker man bestämma avtalsparternas relation direkt och bara på grundval av avtalsnormerna. Då ser man förändringar i omgivningen som ett hot mot förutsebarheten i avtalsrelationen. Därför strävar man efter att förhindra omgivningens impulser till avtalsförpliktelse. Centralt är att reagera på omgivningens förändringsrisker genom att lämna dem utanför avtalskontexten. Vardera parten bär risken för förändrade förhållanden. Omgivningen stängs ut för avtalskontexten vid avtalslutet. Tiden påverkar inte avtalsinnehållet.

Glidning mot dynamik

Statiskhet bildar ännu hörnstenarna i avtalsläran. Teorin om avtalets statiskhet håller dock på att försvagas. Momentet för avtalets uppkomst är inte mera en lika stark grund för obligationer som tidigare. Viktiga moment finns både före och efter avtalslutet. Numera tar man alltmer hänsyn till *preliminary negotiations*. Tidpunkten för avtals prestationen har också blivit viktigare. Avtalsrelationen kan leva och växa tillsammans med tiden. Som helhet kan man beskriva påverkningar som en glidning från statiskhet till dynamik.

I Norden har Avtalslagens 36 § (jämningsregel) ökat smidigheten i traditionella avtal även om ändrade förhållanden medför oskälighet bara undantagsvis. Jämningsregelns betydelse är större än dess formella innehåll. Regeln har påverkat både avtalets innehållsaspekt och tidsaspekt.⁴ Jämningsregeln kan därför vara till hjälp, när man försöker systematisera användningen av avtalad förändring i dynamiska avtal.

Dynamiskt avtal

Dynamiken anknyter verksamhetsmiljöns betydelse till avtalsrelationen. Det har modifierat den traditionella avtalsuppfattningen. Avtalsbegreppet gör det möj-

⁴ Dessutom visar jämningsregeln, att man kan ta hänsyn till omständigheter som finns, när man gör prestationen. Tiden kan påverka förpliktelseernas innehåll. Den är i alla fall en av de viktigaste faktorerna i skälighetsbedömningen. Skäl för jämnings föreligger oftast vid bestående avtal. Tiden har alltså betydelse.

ligt att skapa smidiga relationer. I dynamiska avtal nöjer man sig inte alltid med det. Därtill vill parterna ofta själv välja det, hur dynamiken påverkar avtalsinnehållet. Dynamik används som medel.

I dynamiska avtal använder man omgivningen för att skapa förutsedda eller godtagbara lösningar. Verksamhetsmiljön tillhör avtalskontexten. Man ser tidens lopp och förändringar i verksamhetsmiljön som en möjlighet för att optimera avtalsförpliktelserna. I dynamiska avtal är det centralt att kunna kontrollera och styra förändringar med avtalsvillkor.

2.3. Dynamik och förutsebarhet

Om parterna har skapat dynamiken i avtalet, finner man sällan förpliktelsernas slutliga innehåll direkt i de individuella klausulerna. Då behöver man extra material för att genomföra förändringen eller smidigheten. Ökad dynamik skapar ökad oförutsebarhet i avtalsrelationen. Det gäller i synnerhet förutsebarheten ur avtalstextens synvinkel.

Avtalsparterna har i alla fall förväntningar om avtalsrelationens innehåll. Parterna måste kunna lita på det, att anpassningen genomförs så, att väntan på förutsebarheten uppnås. Annars blir risken att använda dynamik för stor. Parterna har valt att inte bygga förväntningarna direkt på basen av avtalstexten och isoleringen från omgivningen. Förutsebarheten måste ha sin grund på annat håll.

Med ett dynamiskt avtal startar man en process, vars mål ännu kan vara odefinierat. I stället för att bygga förutsebarheten direkt på basen av själva avtalstexten, kan parterna styra den process som man måste genomföra för att realisera förändringen.

I förändringsprocessen behöver man också annat än själva avtalet. Anpassningen kan förutsätta användning av sådant material, vars innehåll och betydelse inte kan definieras på förhand. I doktrinen måste man också försöka definiera kriterier, hur det här yttre materialet filtreras till en del av avtalet på ett förutsebart sätt. Om dynamiken har sin grund i omgivningens utveckling, måste kriterierna anknytas till de förväntningar som omgivningen typiskt väcker i sådana avtalsrelationer.⁵

Om förändringsprocessen är förutsebar, borde den producera godtagbara resultat efter anpassningen. Slutligen kan det vara så, att ur verksamhetsmiljöns synvinkel har också innehållets förutsebarhet ökat.

⁵ Motpartens typiska förväntningar är det relevanta när man definierar upplysningspliktens omfattning, se Hultmark, Christina (1993): Upplysningsplikt vid ingående av avtal, s. 17. Man kan använda motsvarande elementet också när man definierar kriterier för avtalets förändringmaterial.

3. Mekanismer som skapar dynamik – dynamikfaktor

För att förändringsprocessen skall börja, måste man ha en faktor som fastställer, när anpassningen blir möjlig eller aktuell. Med faktorn menas här den omständighet som startar förändringen. Faktorn bestämmer inte nödvändigtvis förändringsprocessens gång eller kriterier för det kommande nya avtalsinnehållet.

Innehållet av traditionella avtal kan likväl förändras. Jämkning (AvtL 36 §) utgör en möjlighet. Vid jämkning behöver man också en faktor som bestämmer när operationen blir aktuell. Vid AvtL 36 § utgör konstateringen av oskäligheten den faktor, som startar anpassningen. Det skiljer sig från typiska fall vid dynamiska avtal. Med dynamiskt avtal försöker man inte bara undvika otrevliga omständigheter utan ofta också nå optimalt avtalsinnehåll ur avtalsparternas synvinkel. Man kan behöva förändringar i avtalsrelationen också i andra än i oskäliga fall.

Vid dynamiskt avtal kan faktorn bestämmas fritt. Det betyder att man kan skapa avtalsrelationen dynamiskt på många sätt. Man kan konstatera det utryckligen i preamble eller i de individuella klausulerna. Liksom andra förpliktelser i avtalsrätten kan också dynamiken komma fram tyst, implicit. Faktorn kan skapas t.ex. med hjälp av indexklausulerna. Då anknyter man faktorn direkt till omgivningens utveckling. Processen kan starta också genom att parten har fått rätt att be om förhandlingar om avtalsförändring. Man kan klassificera metoder t.ex. på följande sätt.

Luckor. Först kan man lämna luckor i avtalet. Luckan kan finnas redan vid avtalsslutet, men det kan uppkomma också senare i prestationsskedet. Begreppet lucka kan vara vidsträckt. Med lucka kan förstås också sådana nya möjligheter i relationen som man möter under avtalstiden och som kan rymmas in i avtalskontexten. Man kan naturligtvis också förbereda sig för fyllningen av luckorna på olika sätt.

Öppna termer. För det andra kan man innefatta öppna termer i avtalet.⁶ Termernas form kan vara sådana att prestationens slutliga innehåll kan bestämmas först vid prestationsskedet. Även om man använder och tolkar samma klausul, kan den få olika verkningar på avtalsrelationen. Termens betydelse kan med andra ord variera i takt med tiden.

⁶ Öppna termer brukar man använda när man definierar prestationens kvalitet eller pris. Avtalet kan t.ex. innehålla en klausul, som förutsätter "den bästa möjliga kvaliteten" eller marknadspris.

Öppna termer kan också sikta mot godtagbarheten av det nya avtalsinnehållet. Förändringen måste t.ex. vara sådant, att "en förnuftig person skulle godkänna innehållet."

Som öppet term kan anses också sådana förpliktelser som förutsätter parten att verka på ett bestämt sätt. Parten binder sig t.ex. till att utveckla och optimera produkten.

Detaljreglering. För det tredje kan man bygga sådana klausuler in i avtalet, vilka leder till det, att man kan bestämma prestationens innehåll direkt på grundval av klausulen. Då försöker man identifiera och reglera alla möjliga scenarier. Därmed förlorar man dock många aspekter av smidigheten⁷. Förändringsaspekten ligger då däri att man inte vet på förhand vilka klausuler som kommer att aktualisera eller på vilket sätt de kommer att aktualiseras⁸.

Dynamikfaktorns betydelse

Alla nämnda metoder leder till det, att man inte slutligt kan bestämma de förpliktelser som uppkommer på grundval av avtalet redan vid avtalslutet. Man kan säga, att man lämnar förpliktelserna öppna för senare anpassning. Öppna termer måste tolkas. Luckorna måste fyllas. I dynamiskt avtal har parternas intention i alla fall varit densamma – att göra smidigheten möjlig. I båda fallen måste man kunna fastställa innehållet av en ny förpliktelse. Detta måste tas hänsyn till vid genomföringen av förändringen.

Avtalets dynamik har traditionellt sett varit synlig, när man har haft luckor i avtalet. Avtalets dynamik har inte förorsakat det här fenomenet. Avtalsrättens förändring borde därför inte förändra mekanismen, när avtalsrelationen är traditionell; statiskt avtal. I ett traditionellt avtal ser man luckan som ett fenomen som är utanför avtalet. Det är någonting som man inte har avtalat om. Avtalet kan sägas vara bristfälligt. Viljeförklaringen måste utfyllas i första hand med hjälp av lagregler.⁹ Operationen heter i så fall utfyllning.

I ett dynamiskt avtal kan man se anpassningsmekanismens betydelse på ett annat sätt. Skillnaden kan kanske bäst skildras med hjälp av luckorna. Om man har strävat efter dynamiken, borde detta tas hänsyn till. Man kan anse luckan höra till den kontext där man måste finna materialet för att skapa de slutliga förpliktelserna. De omständigheterna där behovet för anpassningen aktualiseras behövs med andra ord inte ses vara utanför avtalet utan höra till avtalets kontext. T.ex. luckorna betyder inte nödvändigtvis det, att man inte har avtalat om de omständigheterna.¹⁰ I stället kan man anse, att man har avtalat om luckorna och om det, att man ska finna materialet senare för att utfylla dem. Man kunde kanske säga, att luckorna i dynamiska avtal inte alls är luckor i traditionell betydelse.

Sättet att fastställa betydelsen av luckorna och öppna termerna närmar sig

⁷ Se Grönfors (1995): Avtal och omförhandling, s. 85.

⁸ Sådana villkor är typiska t.ex. i indexklausulerna.

⁹ Se Lehrberg, Bert (2003): Avtalsstolkning, s. 176–177. Hemmo har konstaterat, att i uppfyllningen är det helt fråga om normativ problematik, se Hemmo, Mika (1997): Sopimussoikeus II, s. 79.

¹⁰ Betydelsen av luckans avsiktighet kommer fram i UNIDROIT Principles Art. 2.1.14 “Contract with terms deliberately left open”. Artikeln reglerar dock inte direkt tolkningsfrågan utan luckans betydelse till avtalets bundenhet.

varandra i dynamiska avtal. Man använder materialet i avtalskontexten på samma sätt. Avtalets uppgift i dynamiska avtal är att styra förändringsoperationen. Det betyder, att om termen är för öppen för att direkt fastställa förpliktelsens innehåll i avtalet, kan man använda annat material från avtalskontexten för att bestämma innehållet. Problemet är inte i första hand normativt. Luckans avsiktlig het minskar skillnaden mellan tolkning och utfyllning. Om luckan är avsiktlig, kan den anses vara en del av avtalet. I så fall kan förändringsoperationen vara partsorienterad. Operationen heter i så fall tolkning.

Internationellt sett har benägenheten att utfylla eller anpassa avtalen ökat. Ökade möjligheter till anpassning kan ses knyta an till det nya synsättet på avtalet. Glidningen från statiskhet till dynamik är ett internationellt fenomen¹¹. Det är naturligt, att för att kunna genomföra anpassning, behöver man material som man använder vid operationen. Materialets betydelse anknyter dynamikens medel till innehållsmekanismerna.

4. Mekanismer som implementerar anpassningen

Avtalets anpassning förutsätter, att det finns en bindande mekanism som slutligen kan användas för att verkställa förändringen in i avtalet. Med den här mekanismen menas här mao. den process som måste genomgå för att kunna definiera det nya, förändrade avtalsinnehållet. I dynamiska avtal kan man fastställa olika mekanismer för förändringens genomföring¹².

Mekanismer som man använder för att implementera förändringen kan klassificeras på olika sätt. Det är möjligt är göra huvudindelningen på grundval av, vem som genomför implementeringen – dvs. vem som fastställer det nya avtalsinnehållet. I så fall kan grupperna bli följande.

- (a) *Omförhandlingar – Förändring genom överenskommelse.* Om man inte har avtalat om en särskild mekanism, skall avtalsparterna genomföra förändringen – implementeringen – tillsammans. I så fall måste avtalsparterna vara eniga om det nya innehållet före det nya avtalsinnehållet träder i kraft. Mekanismen motsvarar det sätt som man vanligen utformar klausulerna vid uppkomsten av avtalet. Om parterna är oeniga och om parterna inte har avtalat annat, övergår implementeringen naturligtvis till domstolens handläggning.

I praktiken finns det mycket sofistikerade klausuler som reglerar förändringsprocessen. De kan t.ex. förutsätta gemensam kommunikation samt föl-

¹¹ Se också Nassar, Nagla (1995): Sanctity of Contracts Revisited: A Study in the Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transactions.

¹² I jämningsregeln har man definierat domstolsbehandling som mekanism.

jandet av en noggrann process och ett detaljerat förhandlingssätt. Allt detta hjälper till att parterna kan finna godtagbara lösningar i avtalsrelationen. Slutligen är det dock fråga om förändringen förutsätter enighet mellan parterna.

- (b) *Förändring genom en ensidig bestämmanderätt.* För det andra kan man avtala om det, att en av avtalsparterna själv genomför implementeringen. Normalt brukar man ge implementeringsrätt till en avtalspart i sådana fall, när det är fråga om förpliktelsens verkställighet. Sådana klausuler möter man i synnerhet i optionsavtal. Det är möjligt att den ena parten får rätt att fastställa också det nya innehållet. Fastställandet av det nya avtalsinnehållet kontrolleras i alla fall med jämningsregel.
- (c) *Tredje man som implementeringsmekanism.* För det tredje kan parterna avtala om det, att implementeringen genomförs av tredje man dvs. av någon utomstående person. Den förändringen som har utförts av tredje man är jämförlig med de avgöranden som har gjorts av avtalsparterna.
- (d) *Automatik som implementeringsmekanism.* För det fjärde kan avtalet utformas så, att förändringen i förpliktelserna uppkommer automatiskt på grund av avtalsvillkor utan att särskilt behöva implementera förändringen. Sådan effekt har ofta t.ex. indexklausulerna. Det behöver dock inte vara så med indexklausulerna. Det kan förutsättas att den ena avtalsparten själv måste vädja till förändringen för att göra den effektiv.

Implementeringsmekanismens betydelse

I juridisk litteratur har man konstaterat att förändringsklausulen kan vara meningslös om man inte har definierat sanktioner för klausulen¹³. Med sanktionen kan man också förstå en mekanism som man ska använda för att implementera förändringen. Man förutsätter mao. att i avtalet finns en separat mekanism för att verkställa förändringen om parterna inte kan nå överenskommelse. Förändringen kan verkställas till exempel av någon utomstående eller genom skiljemannaförfarande.

Ett sådant tankesätt hänvisar till det att implementeringsmekanismen eller sanktionen i sig skulle öka bundenheten till fastställandet av förändringen. I principen borde sanktionerna dock inte ha någon direkt påverkan på själva förändringsklausulens betydelse. Det borde inte påverka förändringspliktens omfattning, om man har fastställt vem som ska eller hur man ska genomföra förändringen. Anpassningsklausulens juridiska betydelse måste i första hand bes-

¹³ Sanktionernas betydelse betonar t.ex. Schmitthoff (1980), som konstaterar, att "A hardship clause without sanction is hardly worth the paper on which it is written.", se. *Journal of Business Law*, s. 88.

täckas på grundval av den klausul, som ska fastställa innehållet. Om klausulen visar parternas vilja att bli bundna till förändringen, borde själva förändringsmekanismen vara utan betydelse. Om inte annan mekanism har definierats, skulle domstolen i sista hand fastställa det nya avtalsinnehållet.

Ur praktisk synvinkel kan läget se annorlunda ut. Implementeringsmekanismen eller sanktionen kan ha indirekt påverkan vid fastställandet av anpassningsklausulens betydelse. Det gäller i synnerhet omförhandlingsklausuler. Det är klart, att implementeringsmekanismen kan i praktiken förstärka förändringsklausulens betydelse. Om omförhandlingsklausulen är helt osanktionerad, kan det hända att dess rättsverkningar blir obetydliga. Man måste förhandla, men man behöver inte nödvändigtvis nå en överenskommelse om förändringen.¹⁴ Om man i stället har ställt t.ex. någon utomstående tredje man som skall fastställa det nya avtalsinnehållet, kan betydelsen av samma klausul förändras helt och hållet. Tredje man kan fastställa ett nytt avtalsinnehåll som binder båda parterna. Innehållsmässigt är det dock fråga om samma klausul.

Om man har avtalat mycket noggrant om en implementering av en förändring är det ett klart tecken på det, att avtalsparternas avsikt är att förändringsklausulen också skall ha betydelse. Det visar parternas vilja att bli bundna till förändringen. Man borde i alla fall inte tolka dess betydelse så att förändringen skulle förutsätta en explicit implementeringsmekanism. Parterna kan vara bundna till förändringen även om de inte har inskrivit en särskild sanktion eller implementeringsmekanism i avtalet. Utgångspunkten borde också gälla för omförhandlingsklausulerna i dynamiska avtal.

Om en av avtalsparterna eller om någon utomstående tredje man fastställer förändringen, blir deras lösning en del av avtalsinnehållet. Det kan överklagas på samma sätt som själva avtalet. Vanligen betyder det, att man kan ingripa i avtalsinnehållet på grundval av skälighetskontrollen¹⁵. Oskälighetströskeln bör nog vanligen vara på låg nivå, om man inte har förutsatt enighet för att fastställa innehållet.¹⁶ Lojalitetsplikten kan till exempel anses vara av särskild vikt om den ena av avtalsparterna har själv rätt att genomföra förändringen. I USA

¹⁴ Se t.ex. Berger (2003): Renegotiation and adaptation of international investment contracts: The role of contract drafters and arbitrators. I: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, s. 1378: "This sort of clause (renegotiation clause) is only effective if it has been combined with an arbitration agreement, and in this way provides for a possible method of third party adjustment if the parties are unable to reach an agreement".

¹⁵ Enligt *Principles of European Contract Law* (Article 6:106) förutsätter utfyllningens klanderbarhet, att villkoren har blivit "grossly unreasonable".

¹⁶ När man övervägar förändringens skälighet, måste man till exempel ta hänsyn till det om utomstående tredje man är neutral eller om det kan finnas en intressemotsättning. Det kan också ha betydelse om man har tillbörligt beaktat parternas behov av rättskydd i förändringsprocessen.

har man utgått från det att man måste använda „best efforts” med fullgörelse av avtalet om man har fått ensamrätt i bestående avtalsrelation.¹⁷ Partens plikt att ta hänsyn till motpartens ställning är alltså stark.

Vid dynamiska avtal kan man nog framställa, att oskälighetskontrollen inte är den enda metoden man kan använda för att ingripa i förändringens innehåll. Det borde gälla också situationer, när en av avtalsparterna eller en neutral tredje man har fastställt det nya innehållet. I dynamiska avtal anser man avtalsvillkoren vara som skyltar som styr förändringen. Avtalsvillkoren ritar gränser för förändringen. Parterna har redan vid avtalsslutet avtalat om förändringens möjliga innehåll. Därför måste parterna kunna ingripa i det nya innehållet på grundval av det att förändringen möjligen är utanför den ursprungliga avtalsrelationen. Parten kan mao. framställa, att det nya avtalsinnehållet inte överrensstämmer med avtalsvillkoren. Det betyder nödvändigtvis inte det att det nya avtalsinnehållet skulle vara oskäligt i sig. Det är bara någonting som parternas ursprungliga viljeförklaringar inte täcker. Sådan förändring kan inte vara bindande. Det betyder att parterna kan effektivt styra förändringen med avtalsvillkoren. De behöver inte nöja sig med skälighetskontrollen.

6. Mekanismer som bestämmer anpassningens innehåll

Indelningen

Med innehållsmekanism menas här den mekanism som man använder för att finna det nya förändrade avtalsinnehållet. Man måste kunna bestämma det syfte, som man försöker nå i anpassningen. Vid dynamiskt avtal bestäms syftet antingen på grundval av den explicita avtalstexten eller annars på basen av avtalsrelationens ändamål. Förändringens mål är centralt, när man måste definiera materialet för det nya avtalsinnehållet. Med materialet avses här källor som man använder i förändringsprocessen för att skapa det nya avtalsinnehållet. Med materialet är det fråga om fakta, inte om regler.

Med jämningsregeln är förändringens syfte anknytt till jämningsfaktorn. De kan dock skiljas. Konstateringen av oskäligheten berättar inte direkt det nya skäliga innehållet. Det måste fastställas separat. Det är klart redan på grundval av domstolens behörighet. Domstolen har vittgående prövningsrätt vid fastställandet av det nya innehållet.¹⁸ Syftet med jämkning är alltså det, att man måste fastställa skäligt avtalsinnehåll under de aktuella omständigheterna.

¹⁷ UCC 2–306.

¹⁸ Hagstrøm, Viggo (1993): Urimelige avtalevilkår. I: Forhandlingerne ved Det 33. nordiske Juristmøde i København 18.–20. august 1993, s. 388.

Innehållsmekanismer kan indelas i grupper på olika sätt. Här grupperas mekanismerna på grundval av varifrån man får materialet man använder i förändringen. Materialet finns i tre källor. Material kan fås från avtalsparternas individuella relation, från avtalskontext och från rättsnormer (lagar och allmänna rättsgrundsatser). Skillnaden mellan grupperna kan vara svag. Grupperingen visar i synnerhet den aspekt som man använder i sökandet av materialet. Det kan naturligtvis hända, att man måste använda material från varje grupp.

Materialet kan ge tre slags impulser för förändringen. Materialet kan för det första ge bara indirekt hjälp till anpassning. Det kan visa vägen till annat relevant material. För det andra kan materialet ge signaler om det optimala innehållet. Sådant material ger direkt stöd för förändringens innehåll. För det tredje kan materialet kontrollera gränserna för förändringen. Materialet kan bestå av regler som kontrollerar användningen av själva anpassningsmaterialet.

Avtalsvillkor som skyltar till det rätta materialet

Om man avsiktligt har skapat ett dynamiskt avtal, har man utgått i från det att man inte nödvändigtvis finner svar på alla frågor direkt i avtalet. I ett dynamiskt avtal har man avtalat om det att förpliktelser kan ha sin grund också i den kontext som omger själva avtalet. Avtalet och dess omgivning har då inte en klar gräns. Centralt är, att man måste kunna se kontexten som en del av avtalsmaterialet i dynamiska avtal. Det centrala problemet blir då det, hur man kan identifiera det relevanta materialet från verksamhetsmiljön. Hur kan man filtrera det rätta materialet från annat material? Vad är förhållandet mellan avtalstexten och omgivningen?

I dynamiska avtal ger avtalstexten inte alltid direkt svar på anpassningstillfällen. I så fall kan svaret vara bara indirekt. Avtalstextens betydelse kan då ses som styrande. I stället för att bestämma innehållet, styr klausulerna parterna till det rätta spåret för att finna materialet för förändringen. Avtalets innehåll kan naturligtvis användas också för att filtrera det relevanta materialet in i avtalet. Avtalstextens betydelse har då en förbindelse till användningen av jämkningsregeln. Båda elementen fungerar som direktiv för det nya avtalsinnehållet. De styr letandet av det nya innehållet utan att direkt bestämma det.

Enligt Grönfors ger anpassningen bättre möjligheter för att avtalet skall kunna genomföras.¹⁹ Grönfors har betonat avtalets huvudsakliga ändamål i justeringen. Man kan vara ense med Grönfors. Med dynamiska avtal kan man ta hänsyn till det, att man inte behöver se ändamålets innehåll som skarpt definierad. Också avtalets ändamål kan vara av sådan natur att det bara visar vägen till målet utan att innefatta definierade bestämmelser om ändamålet. Ändamålet

¹⁹ Se Grönfors (1995), s. 93.

kan fungera som kompass, som visar den rätta riktningen men som inte berättar, när man har kommit fram.

Strukturellt sett har avtalsvillkoren i dynamiska avtal en likadan uppgift som AvtL 36 § har i jämkningen. Det är inte möjligt att bestämma jämkningens definierade innehåll i lagtexten. Lagen anger bara linjer för bedömning.²⁰ Jämkningens förutsebarhet baserar sig därför inte på jämkningens definierade resultat. Förutsägbarheten kan i stället finnas i själva processen. Där finns en förbindelse till avtalad förändring.

I common law –länderna har man nuförtiden ett ökat förtroende för allmänna avtalsrättsliga standarder liksom “good faith”, “fair dealing” och “reasonableness”²¹. De här standarderna möjliggör estimeringen av materialets innehåll i verksamhetsmiljöer. Det har också skett t.ex. i USA. I Uniform Commercial Code ges domstolen vittgående rättigheter att uppfylla luckorna om parterna har varit villiga att förbinda sig.²² I England har man betonat betydelsen av fyllning av luckorna genom att ge skiljemän rätt att göra anpassningar till avtalet²³. Användbarheten av dynamiken har alltså en stark förbindelse till rättsregler och till doktrinen.

Man kan utveckla individuellt material också efter avtalets uppkomst. Avtalsrelationens innehåll definieras ofta genom parternas dagliga agerande. I synnerhet i dynamiska avtal kan det sägas vara vanligt, att avtalsförpliktelser utvecklas så småningom under avtalstiden. Avtalsparternas agerande i avtalsrelationen kan visa avtalets syfte på olika sätt. Å ena sidan kan det visa avtalets ursprungliga syfte. Å andra sidan kan det innehålla någonting extra och nytt om avtalsparternas intentioner. Parternas beteende kan därför sägas vara mera betydelsefullt i dynamiska avtal än i andra avtal. Parternas beteende kan anpassa avtalsklausuler direkt, men det kan användas också för att filtrera relevant material från verksamhetsmiljön.

Marknader som källa för förändringsmaterialet

Avtalsparternas intention kan vara det, att förpliktelsernas innehåll måste följa med i den takt som omgivningen utvecklas. Materialet för avtalets förändring kan då fås från avtalets yttre kontext – från avtalets verksamhetsmiljö. I så fall måste man delvis glömma avtalet i sig och fästa avseende vid omgivningen. Tidpunkt för avtalets uppfyllelse blir då central, när man bestämmer förpliktel-

²⁰ Hagström (1993), s. 388.

²¹ Se Berger (2003), s. 1378.

²² U.C.C. § 2–204 (3).

²³ Se Berger, Peter (2003), s. 1376.

sernas innehåll. Förändringens slutresultat kan då utgående från avtalstextens synvinkel vara sådant att förändringens förutsebarhet minskar men godtagbarheten ökar.

Kutymer. Man kan använda materialet i verksamhetsmiljön när avtalsförpliktelseerna fastställs. Alla förpliktelser i avtalsförhållandet har inte sin grund i avtalstexten. Marknaderna väcker typiska förväntningar som kan få skydd på grundval av lagen.²⁴ I dispositiva lagar brukar man uttrycka explicit, att kutymer kan även åsidosätta lagtexten. Vad kunde då vara skillnaden mellan traditionella och dynamiska avtal?

I traditionella avtal förutsätter kutymer betydelse, att kutymen kan anses vara generell eller annars bindande. Kutymer används i avtalsrätten mycket liksom regler. Man förutsätter formella krav för att tillämpningen av kutymen skulle vara möjlig. Uppreparandet måste förändra faktumet till en regel för att det skall kunna användas. I dynamiska avtal behöver upprepningen inte skapa regler för att kunna påverka anpassningen. Innehållet är det viktigaste.

Möjlig bra kutym. Det kan vara, att det inte finns klara marknadssedvänjor som skulle ge material för förändringen²⁵. I de dynamiska avtalen siktar man mot framtiden. Då man letar efter godtagbart material för anpassningen, behöver man inte bara se på det förflutna. Man kan utgående från avtalets synvinkel fundera, hurudant material är bäst för att nå syftet i avtalsrelationen eller för att överskrida målet. I så fall måste man kunna estimeras och använda också möjliga fungerande kutymer. Då måste man försöka identifiera de svaga impulser som kan bli starkare i framtiden. Vid sidan av formella kriterier kan man också använda innehållsmässiga kriterier för anpassningen av dynamiska avtal.

Som ett exempel på innehållsmässigt material kan nämnas uppförandekodexer på olika områden. Med uppförandekodexer försöker man ofta inte bara harmonisera handlingssätten utan också ställa standarder för praxis för att höja avtalsrelationernas kvalitet. Uppförandekodexer har en anknytning till bestämmelser om god sed. Inom många branscher har det utvecklats handlingssätt enligt vilka man bör följa god sed i olika transaktioner. Likadana bestämmelser har också explicit kodifierats i många lagar.

Alla de nämnda olika sätten att fastställa kodexer för uppförandet hänvisar åtminstone delvis till framtiden. Kodexen för uppförandet kan utvecklas och dess slutliga innehåll kan kanske bestämmas först vid avgörandet av den möjliga tvisten. Det rätta sättet att uppföra kan inte alltid bestämmas på förhand. Sådant material kan användas i anpassningen av dynamiska avtal.

Standardavtal. Kravet på kutymens bundenhet i traditionella avtal visar, att i avtalsrätten har man varit försiktig att inte störa parternas privatautonomi med

²⁴ Se Hultmark (1993), s. 19, som granskar förpliktelseerna ur upplysningspliktens synvinkel.

²⁵ Det gäller i synnerhet miljöer, där ny teknik ger upphov till nya beteenden, se Hultmark, Christina: Elektronisk handel och avtalsrätt, s. 24.

marknadens regler. Parterna måste få veta, hurdana klausuler kommer att bli en del av avtalet. Tankesätten kommer fram också i förhållande till standardavtal.

Traditionellt har man sett villkoren i standardavtal som hot mot motpartens ställning. Man har försökt förhindra de negativa effekterna genom att begränsa standardavtalens påverkan på avtalet. Man har använt t.ex. läran om överraskande eller särskilt stränga villkor. Deras betydelse måste betonas vid ingående av avtal, för att de skulle bli en del av avtalet²⁶. Betoning kan anses betyda också det, att villkoret inte mera är ett normalt standardvillkor. Med betoning kan villkoret kanske anses bli individuellt. Man kunde konstatera det samma positivt genom att säga att om man inte betonar klausulens betydelse blir bara sådana villkor en del av avtalet, som är vanliga och godtagbara. De estimeras på grundval av marknadens godtagbara kutymer.

I dynamiska avtal letar man efter material, som man kunde använda i anpassningen. De standardavtalen som används i andra avtalsrelationer är en möjlighet. Grundregeln är, att man måste hänvisa till allmänna avtalsvillkor för att de skulle bli en del av avtalet. Utan hänvisning har man vanligen inte sett standardavtalen som medel som kan förmedla klausuler in i avtalsrelationen²⁷. Det är inte uteslutet, att man skulle kunna använda standardavtalen som medel för att föra godtagbara sedvänjor in i avtalsrelationen. Om man har som utgångspunkt, att villkoren måste vara godtagbara, finns det inget hinder att i det dynamiska avtalet använda dem som material liksom handelsbruk. Med dynamiska avtal behöver man inte godkänna alla klausuler eller klausuler som sådana för att de skulle vara nyttiga. Avtalsrelationen styr användningen av villkor. De kan i alla fall bli modifierade när man för in dem i det nya avtalsinnehållet.

AvtL 36 § visar ett sätt att använda materialet i verksamhetsmiljön för att förändra avtalsförpliktelser. Ett tecken på materialets vid användbarhet är t.ex. det, att gott affärsskick nämndes inte i lagtexten för att inte begränsa domstolarnas prövningsrätt.²⁸ Erfarenheter med jämningsregel kan vara nyttiga, när man genomför förändringsprocessen i dynamiska avtal. Verksamhetsmiljön kan alltså ha inverkan på förpliktelserna.

Rättsnormernas betydelse i förändringen

Rättsnormernas betydelse kan ofta antas vara mindre i dynamiska avtal än i andra avtal. Det beror på det att i dynamiska avtal har man möjliggjort användningen av verksamhetsmiljöns material mera än i andra avtal. Normerna är dock inte alls utan betydelse i dynamiska avtal. Deras betydelse är annorlunda.

²⁶ Se t.ex. Wilhelmsson, Thomas (1995): *Vakiosopimus*.

²⁷ Se närmare t.ex. Wilhelmsson (1995), s. 68.

²⁸ Lehrberg, Bert (2004): *Avtalsrättens grundelement*, s. 192, 198.

Man behöver normer för att kontrollera materialets användning. Normerna kontrollerar förändringens godtagbarhet. Det är nog möjligt att man styr förändringar med avtalsvillkor så bra, att man inte behöver rättsnormerna. Avtalsnormer kan räcka till. Om avtalsnormernas styrförmåga är i stället bristfällig, kan rättsnormer bli viktiga.

Rättsnormer skapar i första hand inte innehållet i dynamiska avtal. Deras ställning påminner om betydelsen av dispositiva regler i typiska tolkningssituationer. De kan påverka valet mellan olika alternativ, som redan har stöd i avtalet.²⁹ Deras syfte är att kontrollera det material som man har kunnat samla med hjälp av avtalsklausuler. Som kontrollnormer kan användas dispositiva lagregler och avtalsrättens allmänna rättsgrundsatser. Till sådana hör t.ex. kravet på avtalets skälighet och kravet att följa god sed. Också kravet på parternas ömsesidiga lojalitet blir betydelsefullt.

7. Den stora linjen

Den dynamiska synvinkeln kan på ett naturligt sätt bildas på basen av den nya avtalsuppfattningen. Avtalet ses inte mera som allomfattande. Om avtalet inte mera innefattar hela avtalsrelationen, behöver man nytt material i förändringsprocessen. Man måste gå utanför själva avtalet. Dynamikens idé är här. I dynamiska avtal använder man den nya avtalsuppfattningen som medel.

Avtalstexten i dynamiska avtal är inte mera en direkt grund för varje förpliktelse i avtalsrelationen. Avtalets dynamik betonar förbindelser mellan avtalet och omgivningen. Avtalsklausulernas betydelse blir indirekt. Avtalstexten kan visa vägen till materialet i avtalskontext som man kan använda vid förverkligandet av dynamiken. Rättsnormerna behövs i synnerhet för att kontrollera förändringen.

Traditionellt sett medför dynamiken oförutsebarhet. Juridikens uppgift är därför att identifiera behovet av förbindelserna mellan avtalet och verksamhetsmiljön. Juridikens uppgift är att försöka skapa processen mellan avtalet och omgivningen så förutsebar som möjligt. Det kan förverkligas bara med hjälp av traditionella medel. Förutsebarheten kan förverkligas bara om man kan upprätthålla förbindelserna till juridikens tradition.

²⁹ Se Lehrberg (2003), s. 127 om betydelsen av dispositiva regler i tolkningen.

8. Några teser som grund för diskussionen

1. *Avtalsrelationen – Från slott till torg.* I statiska avtal använder parterna avtal som ett slott. Parterna vill skydda relationen från yttre påverkningar. Ett dynamiskt avtal är som ett torg. Avtalet skapar ett forum som möjliggör samarbete och letande av optimala lösningar i avtalsrelationen. Förpliktelsernas innehåll är ännu öppna vid ingående av avtalet. Avtalet öppnas till omgivningens dynamik.
2. *Avtalsklausulen – Från norm till filter.* I dynamiska avtal används avtalsklausulerna inte för att skapa förpliktelser utan för att styra filtreringen av avtalets yttre material in i avtalet. I avtalstexten är det inte fråga om fastställande av normer utan om det, att man skapar medel för att finna fakta-material för det nya innehållet. Dynamik överför kärnan i förändringssituationerna från regler till fakta.
3. *Doktrinen.* Dynamiken i avtalet ökar förutsebarheten. I doktrinen måste man utveckla metoder för att kunna behandla luckorna och tvetydigheterna på ett konsekvent sätt. Då behöver man knyta avtalet till omgivningen. Förutsebarheten kan ökas genom att öka förutsebarheten i interaktionen mellan avtalet och omgivningen.
4. *Juristen – Från tillskärare till sömmare.* Juristens roll i dynamiska avtal blir annorlunda. Traditionellt är juristens roll att dra klara skiljelinjer mellan parterna. I dynamiska avtal måste juristen kunna skapa förbindelser som ökar tilliten mellan parterna och förutsebarheten i förändringsprocessen. Det förutsätter ökad kunskap om avtalsrelationens materiella innehåll. Blott juridisk kunskap räcker inte.