

Avtalet:

Verktyget för riskfördelning

Parter sluter avtal för att skapa mervärden åt sig själva, det vill säga för att försätta sig i en situation som förväntas vara bättre än den som skulle ha varit om avtalet inte hade slutits. Det är tämligen självklart att så är fallet och att det gäller båda parter. Det är likaledes självklart att vardera parten inser att även motparten har ett sådant syfte. Syftet med avtalet kan därför sägas vara att skapa mervärden för parterna.

Det omedelbara syftet med de flesta avtalsvillkor är i stället att mellan parterna fördela de risker som är förknippade med avtalet. Riskerna kan visserligen begränsas, men är ändå i princip oundvikliga. Det kan till exempel vara fråga om att säljaren levererar för sent eller levererar något som köparen inte är nöjd med, att köparen betalar för sent, att fysiska varor skadas eller kommer bort under transport, att intrång görs i annans immaterialrätt, eller att tjänster utförs på ett för beställaren otillfredsställande sätt.

I FÖRLÄNGNINGEN av dessa händelser ligger också risken för att ekonomiska skador – inte minst utbliven vinst – inträffar. Den part som bär en viss risk kan i och för sig ofta försäkra sig mot risken, eller i vissa fall rikta anspråk mot den som egentligen har orsakat skadan, såsom en transportör eller en underleverantör.

I relationen mellan säljare och köpare eller uppdragsgivare och uppdragstagare saknas emellertid andra alternativ än att riskerna fördelas mellan avtalets parter. I varje enskilt avtal måste således 100 procent av risken för att något ofördelaktigt inträffar fördelas mellan avtalsparterna. Insikten att varje ofördelaktig händelse kommer att drabba den ena parten och därmed inte den andra är fundamental för förståelsen av hur avtal fungerar.

Parters inställning till hur risker ska fördelas ter sig rimligtvis på olika sätt, beroende på om en viss ofördelaktig händelse redan har inträffat, eller om

den vid avtalstillfället bara framstår som möjlig. I det förra fallet är fokus inställt på att slippa bära risken. I det senare fallet – när parterna inte vet om en viss risk kommer att aktualiseras och följaktligen inte heller vem av dem som kommer att drabbas av en händelse – bör fokus i stället vara inriktat mot att välja vem av parterna som ska bära risken. Ett ineffektivt val av riskbärare skapar extra – onödiga – kostnader. En effektiv riskfördelning skapar däremot mervärden som parterna kan fördela mellan sig. Parterna har därför alltid ett gemensamt intresse av att fördelningen sker så effektivt som möjligt. Bra avtalsvillkor gör därtill detta på ett tydligt sätt, medan dåliga villkor i stället ökar risken genom att skapa osäkerhet om hur den ska fördelas. Att parter har ett gemensamt intresse i att mellan sig fördela risker på ett så effektivt sätt som möjligt, innebär naturligtvis inte att de gemensamma intressena också omfattar hur fördelningen av mervärdet sker. I den frågan är parterna definitiva motståndare och ska båda sträva efter att själva få lejonparten av detta värde.

AVTALSPARTERNA BÖR således tydligt och på ett så ändamålsenligt sätt som möjligt fördela de risker som är förknippade med avtalet, så att den part som bär en viss risk som kan göra det för en lägre kostnad än motparten, eller som av någon annan anledning bör bära den risken. Det saknar däremot i princip intresse om en viss lösning är rättvis eller inte. Ett exempel från köprätten kan belysa detta: När varor skadas eller förstörs under transport, innebär det att det värde har försvunnit som representeras av skillnaden mellan varornas värde i oskadat skick och det värde de har efter skadan. Värdeförlusten är ett faktum som ingen av parterna kan påverka. I relationen mellan säljare och köpare återstår bara att fördela förlusten. Fördelningen kan i princip göras på tre sätt: Antingen står säljaren för hela förlusten. En tänkbar effekt av detta är att köparen inte behöver betala mer än varornas värde i skadat skick. Det uppenbara alternativet är naturligtvis att köparen i stället står för hela förlus-

ten och således ska betala fullt pris trots att den inte erhåller full valuta för betalningen. Det är köplagens dispositiva huvudregel. Det tredje alternativet är att parterna på något sätt delar förlusten mellan sig. Alternativen är juridiskt likvärdiga. Valet mellan dem ska ske på ekonomiska grunder.

ETT GRUNDLÄGGANDE ekonomiskt antagande är att risker är kostnader: Risken för att en ofördelaktig händelse inträffar måste spridas över samtliga tillfällen när den inte inträffar, så att överskottet vid dessa tillfällen kan täcka den kostnad som uppkommer när olyckan är framme. Varje avtalsvillkor som fördelar de med riskerna förknippade kostnaderna mellan parterna – och så bör vara fallet med de flesta villkor i ett avtal – har ett pris som skiljer sig från alternativa regleringar av samma fråga. Utformningen av varje enskilt avtalsvillkor påverkar därför risk- och kostnadsfördelningen mellan parterna. Priset – som ju inte är något annat än ett avtalsvillkor – måste därför inte minst summera de övriga villkorens riskfördelning. När en risk ska bäras av köparen ökar köparens kostnader i anledning av avtalet och utrymmet för att betala säljaren minskar i motsvarande mån. Om i stället risken bärs av säljaren, minskar köparens risk och den därtill anknutna kostnaden: Köparens möjlighet att betala mer till säljaren ökar utan att detta belastar köparens ekonomi. Villkor som ökar köparens risk verkar således prissänkande, medan villkor som minskar köparens risk verkar prishöjande. Det slutliga priset bör bestämmas mot bakgrund av hur avtalsvillkoren fördelar risker mellan parten och inte minst mot bakgrund av deras val av påföljd för eventuella avtalsbrott.

Ett exempel med ett vanligt trätoämne kan belysa detta: Två parter förhandlar om ett avtal och har kommit till frågan om regleringen av säljarens eventuella dröjsmål. Enligt säljarens förslag ska vite utgå med en halv procent av varans pris per vecka, medan vite enligt köparens förslag utgår med två procent.

En sådan förhandling utgår ofta från den princip-

iellt felaktiga förutsättningen att en halv procent är lite och att två procent är mycket och urartar lätt till ett schackrande om procent. I själva verket bör i stället köplagstiftningens huvudregel – att all skada på grund av avtalsbrottet ska ersättas – vara utgångspunkt. Mot en sådan bakgrund är både säljarens halva procent och köparens två procent i de flesta fall en rejäl begränsning av säljarens ansvar: Eftersom den skada som en köpare i ett enskilt fall lider är ett faktum, innebär till och med köparens förslag om två procent att denne många gånger kommer att stå risken för den största delen av effekterna av säljarens avtalsbrott.

OM TILL EXEMPEL priset för en vara är 100 000 kronor, säljarens dröjsmål berättigar köparen till vite med 2 000 kronor per vecka men skadan på grund av dröjsmålet är 10 000 kronor per vecka, medför det avtalade vitet att köparen står för 80 procent av risken för effekterna av säljarens avtalsbrott. Förhållandet mellan påföljden vid dröjsmål och varans pris ser följaktligen ut så här: Säljarens alternativ med en halv procents vite per vecka ska föranleda ett lägre pris än köparens alternativ med två procents vite, vilket i sin tur ska föranleda ett lägre pris än köplagens alternativ med i princip full skadetäckning.

Det sagda innebär att avtalsvillkor ytterst sällan kan sägas vara oskäligen och naturligtvis inte heller vara säljar- eller köparvänliga. Avtalsvillkor är däremot prispåverkande, eftersom de fördelar risker mellan parterna. I bästa fall sker det på ett tydligt och effektivt sätt. Även om så inte skulle vara fallet, fördelar de flesta avtalsvillkor – kompletterade av tillämplig lagstiftning – under alla förhållanden avtalets samtliga risker mellan parterna. Det är ett faktum som ingen gör klokt i att negligera, inte minst när priset för säljarens prestation slutligt bestäms.

JUR DR
JON KIHLMAN
är advokat vid
Gärde Wesslau
Advokatbyrå
i Stockholm.
Hans specialiteter
är avtalsrätt,
särskilt köprätt,
offentlig upp-
handling samt
transporträtt.

JON KIHLMAN