

GWA ARTIKELSERIE

Titel: Riskfördelning i avtal

Rättsområde: Avtalsrätt

Författare: Jur. dr Jon Kihlman

Det är vanligt att parter i kommersiella avtal använder standardiserade villkor. Det kan vara fråga om att en part – eller båda parterna – har egna leverans- eller inköpsvillkor, eller att villkoren är s.k. *agreed documents*, dvs. standardiserade villkor som har arbetats fram av branschorganisationer eller av företrädare för såväl säljar- som köparintressen. (För att förenkla framställningen kommer jag att benämna parterna säljare och köpare. Diskussionen är emellertid lika relevant även om parterna har någon annan relation.) Bruket av standardiserade villkor är i stor utsträckning rationellt, men leder samtidigt många gånger till att diskussionen mellan parterna rör vilket standarddokument som skall användas snarare än innehållet i enskilda villkor. Förhandlingen om val av villkor bygger ofta på antagandet att säljarens villkor är ”säljarvänliga” och att köparens är ”köparvänliga”. Jag skall i det följande diskutera dels avtalsvillkors funktion att fördela risker, dels den principiellt felaktiga uppfattningen att det finns säljarvänliga och köparvänliga villkor. I en senare artikel behandlas sedan frågan om det inte vore klokt av säljare att göra sina villkor mer ”köparvänliga” än köparens. I en tredje artikel behandlas slutligen den omvända frågan: Borde inte köpare emellanåt göra sina inköpsvillkor mer ”säljarvänliga”.

Syftet med avtalet och syftet med avtalsvillkoren

Det är uppenbart att parter i ett avtal har ingått avtalet för att skapa mervärden åt sig själva, åtminstone om man med mervärden avser något som parten själv anser vara gynnsamt. Insikten att så är fallet har lett till antaganden om vad som tidigare litet högtidligt brukade kallas ”parternas ömsesidiga lojalitetsförpliktelser” och som nu inte sällan benämns ”win-win”.



Syftet med avtalet som sådant får emellertid inte förväxlas med syftet med avtalsvillkoren, som i stället i allt väsentligt är att fördela de risker som är förknippade med avtalet. Riskerna kan visserligen begränsas, men är ändå i princip oundvikliga. Det kan t.ex. vara fråga om att fysiska varor skadas eller kommer bort under transport, att säljaren levererar för sent eller levererar något som köparen inte är nöjd med, eller att köparen av någon anledning betalar för sent. I förlängningen av dessa händelser ligger också risken för att ekonomiska skador – inte minst utebliven vinst – inträffar. Riskerna måste fördelas mellan avtalets parter, eftersom det inte finns någon annan som kan bära dem. (En annan sak är att den part som bär en viss risk kan försäkra sig mot risken, t.ex. hos ett försäkringsbolag.) Insikten att varje ofördelaktig händelse kommer att drabba den ena parten och därmed inte den andra är fundamental för förståelsen av hur avtal fungerar. I stort sett alla avtalsvillkor syftar till att klargöra vem som drabbas av en ofördelaktig händelse. Bra avtalsvillkor gör detta på ett tydligt sätt, medan dåliga villkor skapar osäkerhet om hur risken skall fördelas.

Parters inställning till hur risker skall fördelas ter sig rimligtvis på olika sätt beroende på om en viss ofördelaktig händelse redan har inträffat eller om den vid avtalstillfället framstår som möjlig. I det förra fallet är fokus inställt på att slippa bära risken. I det senare fallet bör det i stället vara fråga om att välja vem av parterna som skall bära risken. Här finns det stort utrymme för juridisk kreativitet, syftande till att skapa en så kommersiellt lämplig lösning som möjligt. Parterna har vid avtalstillfället gemensamma intressen av att göra avtalet så ekonomiskt effektivt som möjligt, eftersom det skapar ett ytterligare mervärde som kan fördelas mellan dem. De har däremot naturligtvis inte gemensamma intressen i *hur* fördelningen av mervärdet sker, eftersom de båda vill ha lejonparten av detta värde. Juridiken är verktyget för riskfördelningen och kan således generera ytterligare överskott i ett avtal om den används på ett kommersiellt lämpligt sätt.



Säljarvänliga och köparvänliga villkor

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. Av detta följer att *varje avtalsvillkor* i princip *är prispåverkande*, eftersom det fördelar en risk mellan parterna på ett visst – och inte på något annat – sätt. Om ett visst villkor inte har sådana effekter, bör man allvarligt överväga om villkoret behövs i avtalet. När en risk skall 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.

Ett exempel med ett vanligt trätoämne kan belysa det sagda: Två parter förhandlar om ett avtal och har kommit till frågan om regleringen av säljarens eventuella dröjsmål. Enligt säljarens förslag skall vite utgå med en halv procent av varans pris per vecka, medan vite enligt köparens förslag utgår med två procent. Det är vanligt att det förra villkoret uppfattas som mer ”säljarvänligt”, medan det senare uppfattas som mer ”köparvänligt”. Uppfattningen bygger på den felaktiga utgångspunkten att avtalets övriga villkor är statiska. Förhandlingen blir lätt låst, eftersom ingen av parterna vill backa från sitt villkor. Frågan parterna bör diskutera är emellertid inte om det ena eller andra alternativet är skäligt och inte heller vad som är säljar- eller köparvänligt, utan i stället vilka behov köparen har av att säkerställa att leverans sker i rätt tid. När de behoven har fastställts kan parterna gå över till att diskutera hur man bäst tillgodoser dem. I första hand sker detta genom ett avtalsvillkor som lägger en väl avvägd del av risken för att så inte sker på säljaren. Först därefter finns det anledning att förhandla om priset för villkoret. Med en sådan ordning blir uppfattningen att avtalsvillkor är säljar- eller köparvänliga inte bara överflödigt utan direkt felaktigt. Priset är det villkor i vilket de övriga villkorens riskfördelning sammanfattas. Priset måste därför vara det sista villkor som beslutas. Att göra på något annat sätt är som att spanna kärran framför hästen.