

Avtal om rätt till förhandling eller omförhandling

TORGNY HÅSTAD*

1. Inledning

Det förekommer vid varaktiga avtal att parterna enas om att en eller båda ska ha rätt till omförhandling ifall förhållandena ändrar sig väsentligt.¹ Det kan gälla ändrade möjligheter att fullgöra en naturaprestation, ändrade kostnader, minskat utbyte eller tillämpningen av en prismekanism.

Ett exempel på en sådan omförhandlingsklausul finns i ett avtal mellan Transdev och Storstockholms Lokaltrafik (SL), som Stockholms tingsrätt behandlat i en dom 2025-06-19 i mål T 10033-23. Domen har principiellt intresse.

Ersättningen till utföraren Transdev är relaterad till antalet resande, vilket innebär ett incitament att öka antalet resande. Avtalet innehåller i punkt 5.3 följande ”generalklausul”:

Vid händelse som medför ändrade förutsättningar, ändringar och/eller anpassningar av Uppdraget och denna händelse inte är reglerad i andra delar av Uppdragsavtalet, har Part rätt att uppta förhandling angående justering av ersättningen om båda förutsättningarna i (a)–(b) nedan är uppfyllda;

- a) Händelsen var inte beslutad eller borde inte rimligen ha känts till av Part vid tidpunkten för slutligt anbud i den upphandling som föregick Uppdragsavtalet ingående; och
- b) Händelsen innebär ändring med väsentlig kostnads- och/eller intäktpåverkan för Part.

Med ”händelse” enligt detta avsnitt 5.3 avses en och samma grundhändelse och dess effekt på kostnads- och/eller intäktpåverkan på Uppdraget (dvs. inte flera olika mindre händelser sammanräknat).

Med ”kostnads- och/eller intäktpåverkan” enligt detta avsnitt 5.3 avses påverkan på faktiska kostnader och/eller intäkter för utförande av Uppdraget (dvs. inte exempelvis bonus och viten).

Parterna är överens om att en väsentligt kostnads- och/eller intäktpåverkan under Uppdragsavtalet är en händelse som ger upphov till ca fem (5) procents förändring av Uppdragsavtalets aktuella årsomsättning. Detta gäller dock inte för de händelser som anges i avsnitt 3 ovan som anses

* Professor, f.d. justitieråd.

¹ Partens förutsättningar kan inte ändra sig men har ibland varit från början oriktiga eller senare brutit. Däremot kan de objektiva förutsättningarna för att fullgöra eller erhålla vinst ha ändrats.

utgöra ”normaltillståndet” för Uppdraget och inte ger Part rätt till förhandling avseende justering av ersättningen.

Ifall p. 5.3 ger part rätt till förhandling ska priset justeras enligt bilaga 11 p. 6.4:

Utgångspunkten för justering av ersättning enligt denna bilaga ska dels beräknas utifrån tillkommande och/eller avgående direkta, skäligen och verifierade ändrade kostnader och/eller intäkter till följd av ändringen eller anpassningen av Uppdraget dels utifrån trafikutövarens möjlighet att över tid, genom effektivisering av Uppdraget, reducera både fasta och rörliga kostnader för utförande av Uppdraget. Trafikutövaren ska alltid begränsa sina kostnader för ändring eller anpassning av Uppdraget.

Efter pandemin kom parterna överens om en justerad ersättning för 2021 och 2022 men inte för 2023 och 2024. Transdev yrkade vid tingsrätten att SL skulle förpliktas att betala mer än som följde av den ursprungliga prismekanismen. Tingsrätten noterade att det var ostridigt att pandemin var en kvalificerande händelse enligt generalklausulen men ogillade talan på flera enligt tingsrätten tillräckliga grunder.

För det första påverkades enligt tingsrätten resandet, sedan Folkhälsomyndighetens rekommendation att inte resa kollektivt upphävts i februari 2022, inte självständigt och direkt av pandemin utan *även av teknikutvecklingen* som underlättade distansarbete, en omvärldsfaktor som Transdev bar risken för.

För det andra ger avtalet inte Transdev någon automatisk rätt till höjd ersättning och än mindre till fullständig kompensation för pandemins påverkan utan *bara en rätt till förhandlingar*. Generalklausulen innehåller alltså bara en förfaranderegulering.

För det tredje är det *inte genom Transdevs prognoser på anbudsstadiet styrkt att resandevolymen skulle ha varit större om pandemin inte hade inträffat*. Även det i avtalet inbyggda incitamentet talar emot att en nedgång på grund av pandemin ska medföra justerad ersättning.

2. Kommentar

2.1 Bara rätt till förhandling

Den främsta principiella frågan är om Transdevs talan ska ogillas redan på grunden att generalklausulen ger Transdev endast en rätt till förhandling men inte någon automatisk rätt till (viss) justerad ersättning.

Härvid bör man inledningsvis beakta att en part redan enligt läran om *bristande förutsättningar* och den tvingande 36 § *avtalslagen* kan ha rätt till jämkning av avtalet. En rätt till förhandling är i detta perspektiv en chimär. Ingen seriös part ansöker om stämning eller påkallar skiljeförfarande i en affärstvist

utan att först ha försökt komma överens i en förhandling. Begär en missnöjd part förhandling med ett visst yrkande, får motparten på egen risk välja mellan att medge yrkandet och att bestrida det, helt eller delvis. Bestrider motparten obefogat, kommer hen att förpliktas fullgöra och att betala processkostnader.² Vad tillför en klausul om *rätt* till förhandling eller omförhandling?

Vid utarbetandet av DCFR, vari jag deltog, ansåg somliga att en klausul om rätt till förhandling har en självständig betydelse så att motparten är skyldig att inte bara delta i förhandlingar utan även förhandla lojalt vid äventyr av en särskild sanktion. Men hur skulle det bedömas att motparten förhandlat lojalt? Kriteriet måste vara vad motparten anses skyldig att fullgöra om tvisten prövas rättsligt i domstol eller skiljeförfarande. Någon tilläggssanktion för att motparten inte förliktes på den nivån är inte lämplig om det inte särskilt avtalats. Dessbättre infördes ingen sanktionerad bestämmelse i DCFR om skyldighet att förhandla.

Frågan är emellertid om ett avtal om rätt till förhandling när vissa kriterier är uppfyllda *påverkar de materiella förutsättningarna för jämkning*. Skäl talar för en sådan påverkan. Genom att infoga en klausul om rätt till förhandling visar en part en beredskap till jämkning, som *påverkar motparten att nöja sig med ett avtal om fast pris utan preciserade prisuppräkningsformler*. Det bör kosta. Om en omförhandlingsklausul bara skulle ge rätt att få tala med motparten och en skyldighet för denne att lyssna, saknar klausulen annat innehåll än att den förhandlingsberättigade kan åsamka motparten kostnader, vilket inte kan vara ett samhälleligt önskvärt mål.

Men vad bör det kosta när varken en gemensam partsvilja kan bevisas eller dolusregeln kan tillämpas?³

En tänkbar utfyllnad är att avtalet ska anses *sakna bestämt pris* när omförhandlingsförutsättningen är uppfyllt. Därmed skulle 45 § köplagen bli direkt

² Här skulle många, bl.a. HD, inte skriva ”hen” utan ”han eller hon” även om korrelatet oftast är juridisk person. Pronomenet blir då missvisande (exkluderande). Det blir dessutom ängsligt löjväckande när ”han eller hon, henne eller honom, hennes eller hans” förekommer i samma mening; observera den växlande ordföljden i bokstavsordning. Ska alla möjliga korrelat inkluderas borde ”han eller hon, den eller det” väljas. Men det är för tungt och skulle skymma det väsentliga budskapet. Pronomen bör vara enstaviga. ”Han” har dugt som en avkönad teknisk term sedan Hedenhös, men är olämpligt i sambandförhållanden och om konsumenter. Numera anses det tydligen generellt osynliggöra halva mänskligheten. Valet står därmed mellan ”hen” (som omfattar korrelat av alla genus) och en eller flera upprepningar av korrelatet. Pronomenet ”denne” tycks dock fortfarande godtas ensamt. Anknytning till korrelatets språkliga genus har länge skett när korrelatet är ett bolag (”det”) och kan utsträckas. Men även om korrelatet är en tredje man eller mellanman tynger somliga texten med ”han eller hon”, t.o.m. om tredje man etc. oftast är en juridisk person, t.ex. en fondkommissionär eller mäklare. – Det anförda gäller *abstrakt* text; syftar man exempelvis på en bestämd skiljeman, som är en kvinna, bör ”hon” föredras framför ”han” eller så får det bli en tyngre upprepning av korrelatet (skiljemannen). På abstrakta sjuksköterskor passar ”hen” eller ”de” bra.

³ Första gången HD slog fast en tolkningshierarki torde ha varit i NJA 1999 s. 35, delvis som ett svar till Grönfors, *Tolkning av fraktavtal*, där dispositiv rätt ges prioritet.

eller analogt tillämplig. Inom ramen för vad som är positivt eller negativt angivet i avtalet skulle det ankomma på domstolen eller skiljenämnden att fastställa ett skäligt pris. Vad som är skäligt är en rättsfråga som när svensk rätt är tillämplig inte behöver bevisas, men de faktiska omständigheter som läggs till grund för skälighetsbedömningen kan vara föremål för en bevisbörda.

Alternativet till 45 § köplagen är att utgå från den ursprungliga (avtalade) prismekanismen men eventuellt jämka den, varvid *tröskeln för jämkning sänks* jämfört med att villkoret om rätt till förhandling hade saknats. Skillnaden blir nog inte så stor.

I prop. 1976/76:81 anförs att det inte är avsett att 36 § avtalslagen ska ersätta förutsättningsläran,⁴ och så har inte heller skett.⁵ Denna (i Ussings objektiva tappning) etablerade lära kan alltså fortsatt tillämpas, men eftersom det är ovisst i vad mån felaktiga förutsättningar kan leda inte bara till överksamhet utan även till att motparten åläggs utökade förpliktelser, ligger det närmast till hands att tillämpa 36 § avtalslagen, som kan leda till både minskade och ökade förpliktelser.

Jag instämmer således inte i tingsrättens bedömning att Transdevs talan ska ogillas på den grunden att förhandlingsvillkoret inte automatiskt ska leda till ändrade villkor. Tvärtom bör varje avtalsvillkor tillmätas någon självständig betydelse. Varför har klausulen om rätt till förhandling annars överenskommit, om inte för att ändra utgångsläget jämfört med att klausulen saknats?

2.2 Hinder för prövning eller bifall?

I stället för en rätt till förhandling kan parter avtala att de har en *skyldighet* att förhandla innan endera (som kändande) påkallar prövning vid domstol eller skiljenämnd. Ett sådant villkor utgör knappast ett processhinder, som kan läggas till grund för avvisning, eftersom det alltid går att få en materiell prövning vid domstol utom om parterna avtalat om skiljeförfarande (jfr NJA 2001 s. 511).⁶ Men vad gäller om parterna har avtalat att en talan ska ogillas, om den påkallande inte först har underkastat sig en förhandlingsprocedur (i viss ordning)? Ett sådant villkor borde leda till att en talan *inte för närvarande* kan bifallas. Parter

⁴ S. 128 med hänvisning till SOU 1974:83.

⁵ Se NJA 1985 s. 178.

⁶ I det nyligen remitterade förslaget till nya AB för entreprenad har BKK dock antagligen utgått från att åsidosatt förhandlingskyldighet utgör ett processhinder, eftersom det är ett utmejslat system med avgörande av en medlare som blir bindande om det inte överklagas inom viss tid (jfr bestämmelsen om att entreprenader enligt AB ska bli föremål för besiktning), vilket leder till frågan om en part i ett skiljeförfarande får begära påföljd för ett påstått fel som inte gjorts till föremål för besiktning, kanske i form av ett tilläggsyrkande under skiljeförfarandet. Eller menar BKK att förhandlingsplikten är bara en osanktionerad ordningsregel, som förhoppningsvis ska få styrande effekt?

kan ju avtala om t.ex. förfallodag. Så varför skulle inte en avtalad förhandlings-skyldighet kunna ha motsvarande effekt? Men som andra materiella villkor kan ett sådant avtal åsidosättas enligt 36 § avtalslagen.

2.3 Kravet på självständig inverkan

Av ”generalklausulen” i avtalet framgår att det måste finnas en väsentlig omständighet som motiverar jämkning medan det inte räcker med flera samverkande, mindre väsentliga omständigheter. Detta har betydelse för tolkningen, fastän det inte är helt avgörande eftersom 36 § avtalslagen är tvingande, vilket även förut-sättningsläran kan vara i egenskap av en ogiltighetsregel (jfr 33 § avtalslagen). Men avtalet har ingåtts mellan två näringsidkare, och då bör partsautonomin väga tungt.

Om det finns en väsentlig händelse som har påverkat resandevolymen, är det dock svårt att förstå varför denna skulle *helt* sakna betydelse därför att den må ha förstärkts av andra samverkande mer ordinära händelser som utföraren ska stå risken för. Det riktiga synes vara att göra en proportionerlig bedömning av vad som är en jämningsgrundande omständighet och vad som inte är det.

2.4 Bevisbörda och beviskrav

Tingsrätten ansåg vidare att Transdevs talan skulle ogillas därför att Transdev *inte* genom sin prognos på anbudsstadiet *styrkt* vilken som skulle ha blivit resandevolymen om pandemin inte hade inträffat.

Beviskravet är orimligt. Det går inte att styrka vilken volymen hade varit om pandemin uteblivit. Man får nöja sig med *övertvägande sannolikhet*. Jämför hur beviskravet bestämts på detta sätt i MB 32 kap. 3 § baserad på NJA 1981 s. 622 rörande svårutredda miljöskador.⁷ Beviskrav ska utformas så att de *i allmänhet* leder till en materiellt riktig utgång, inte omöjliggöra en materiellt riktig utgång.⁸

Vidare gäller att inte låta sig luras av partsställningen, så att en *bevisbörda* läggs på en part endast därför att parten är kärende/påkallande. Utgången ska bli densamma oavsett om ena parten kräver fullgörelse eller andra parten för en negativ fastställsetalan där samma bevisfråga är avgörande.⁹ Bevisbördan med

⁷ Se Bengtsson, Skadestånd för miljöskada, 2011, s. 92, samt NJA 1992 s. 896.

⁸ Jfr Olivecrona, Beviskyldigheten och den materiella rätten, bl.a. s. 156 ff.

⁹ I ARN skrivs det enligt en mall att anmälaren har bevisbördan för att varan eller tjänsten är felaktig. Detta är principiellt felaktigt, fastän näringsidkare inte kan föra negativ fastställsetalan i ARN. Ibland kan näringsidkaren ha sådan överlägsen teknisk sakkunskap att näringsidkaren bör ha bevisbördan rörande fel. Bristande funktion inom normal hållbarhetstid kan presumeras

lämpligt beviskrav ska läggas på den part som haft lättast att säkra bevisning eller har lättast att i processen ta fram bevisning (jfr NJA 2001 s. 177).

bero på ursprunglig bristande hållbarhet även om ingen tidsbestämd funktionsgaranti har lämnats. Men konsumenten ska förstås åberopa i vilket avseende varan eller tjänsten är felaktig.